

**Juridisk argumentasjon ut fra rettsprinsippet om
beskyttelse av berettigede forventninger**

av

Svein Kr. Arntzen

(Bedømmelseskomiteens vurdering datert 26. mai 2009 følger vedlagt)

Avhandling levert for graden PhD i rettsvitenskap

**UNIVERSITETET I TROMSØ
Det juridiske fakultet**

Vår 2009

Forord

I 1989 ble ti jurister uteksaminert ved Universitetet i Tromsø. Dette var det første kullet med jurister utdannet i Tromsø, og denne begivenheten ble blant annet behørig markert med hilsning fra justisministeren per telegram. Etter at alle kandidatene hadde erklært at de ville fremme rett og hindre urett, var det duket for en juridisk løpebane. Jeg var en av disse håpefulle juridiske kandidatene, og trodde ikke den gang at jeg skulle vende tilbake til Universitetet i Tromsø høsten 2004 som stipendiat for å skrive en doktoravhandling.

En tilbakevendende problemstilling som har engasjert meg helt fra studietiden er individets vern mot statsmakten. Dette spørsmål ble særlig påtrengende etter at jeg prosederte saker mot staten for fiskere og reindriftsutøvere. Tanken var da også å skrive en avhandling om de stadige skiftninger i rammebetingelsene for fiskeriene. Etter å ha skrinlagt et rent fiskerirettlig prosjekt høsten 2005, og arbeidet en del med forvaltningsrettens omgjøringslære i begynnelsen av 2006, valgte jeg i tilknytning til omgjøringslæren å undersøke nærmere rettsprinsippenes stilling i norsk rett. Disse prosesser tok tid, og for en som ikke har dyptpløyende kunnskaper om rettsteori var det en utfordring å sette seg inn i diskursen. Det ante meg imidlertid at rettsteorien ville gi meg nye og spennende perspektiver. Innsatsen bar frukter, og min idé om å skrive en avhandling om juridisk argumentasjon ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger begynte å falle på plass mot slutten av 2007. Fokuset ble da i særlig grad rettet mot prinsipp teorien som er utviklet av Robert Alexy. Dette valget ledet meg inn i en hektisk skriveperiode for å omarbeide mitt manus med utgangspunkt i teorien. Jeg vil her tilføye at prinsipp teorien har et abstraksjonsnivå som gjør den interessant i relasjon til moderne samfunn som bygger på grunnrettigheter og folkestyreprinsippet, og jeg har forsøkt å tilnærme meg teorien både fra forskerens og praktikerens ståsted.

Mine veiledere har møtt meg med tro og tvil. Uten min veileder Petri Keskitalo sin faste tro på prosjektet ville det ikke blitt igangsatt, og prosjektet hadde ikke skutt fart uten hans oversikt over kilder og evne til å forstå hvor jeg ville hen. Uten min veileder Johan Aulstad sin tvil, ville ikke mine tanker blitt klart nok formulert. Og sist men ikke minst, uten Hans Petter Graver sine avgjørende råd i den siste etappen fra sommeren 2008 og fram til avslutningen av arbeidet i februar 2009, er det ikke sikkert at avhandlingen ville sett dagens lys. Hans veiledning hadde en forløsende effekt når jeg stod i stampe, og rådene hans bidro til

å forenkle og forbedre det budskapet jeg strevde med å formidle. Min beste takk til dere, Hans Petter, Petri, og Johan, for bidragene deres, som har ført til at jeg i dag kan si at jeg lyktes med å nå mitt mål om å skrive en doktoravhandling.

Det juridiske fakultet er en livskraftig institusjon med en rekke dyktige forskere og medarbeidere. I dette miljøet er det en del grunnpilarer som uslitlelig holder virksomheten i gang, og det er tilvekst som vil trå til når tiden er moden. Pionerene har lyktes i å skape et livskraftig fakultet som utdanner ettertraktede jurister på alle nivåer. Jeg har trivdes i min stipendiatperiode ved fakultet.

Lammy Benedictus har lest korrektur, gått igjennom registre og for øvrig kommet med gode innspill som har hevet kvaliteten på produktet. Cecilie Svendsen og Ronny Vedvik har alltid stilt opp på kort varsel og gitt meg nødvendig it-faglig bistand. De feil som fortsatt finnes i manuset er kommet til i en hektisk sluttspurt, og er helt og holdent mine. Tusen takk Lammy, Cecilie og Ronny.

Mange syntes nok det var uvanlig at jeg nedprioriterte en etablert advokatvirksomhet til fordel for den akademiske verden. Heldigvis har min kjære Bente forstått at jeg trengte nye utfordringer etter mange år som allmennpraktiker, og hun har alltid gitt meg rom og støtte. Jeg er også blitt møtt med forståelse fra våre to døtre Ellen og Ingvild. Dere, Bente, Ellen og Ingvild, gir alt strevet mening.

Tromsø, den 7. juni 2009.

Svein Kristian Arntzen

*Gå mot vinden, du får rødere kinn.
Finn den ulendte stien. Hold den.
Den er kortere.*

Rolf Jacobsen i diktet "Nord"

Til Bente

Del I	7
Innledning	7
1 Presentasjon av undersøkelsen	9
1.1 Hovedproblemstillingen	9
1.2 De juridiske problemstillinger	11
1.3 Hvem sin gjøren og laden har interesse?	12
1.4 Hvorfor reise problemstillingen?	12
1.5 Formålet med undersøkelsen	18
1.6 Arbeidshypotesen	19
1.7 Kort om rettsprinsippers funksjon	19
1.8 Den videre fremstilling	21
2 Prinsipp teorien	23
2.1 Kort innledning	23
2.2 Beskrivelse av teorien	23
2.2.1 "Optimization requirement" (optimaliseringspåbudet)	23
2.2.2 "The Collision Law"	27
2.2.3 "The Law of Balancing"	28
2.2.4 "The Weight Formula"	33
2.2.4.1 Presentasjon av vektformelen	33
2.2.4.2 Inngrepsintensitet (<i>Ii</i>) og inngrepsbehov (<i>Ij</i>)	34
2.2.4.3 Abstrakt relativ vekt ("abstract weight")	36
2.2.4.4 Kunnskap om premisser	36
2.2.5 "The principles of suitability and necessity"	38
2.3 "The Law of Balancing" i rettspraksis fra EMD og EF-domstolen	39
2.3.1 Oversikt	39
2.3.2 Den europeiske menneskerettsdomstol	39
2.3.2.1 Generelt om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ...	39
2.3.2.2 Rettspraksis – oversikt over dommene	43
2.3.2.3 Pine Valley Developments	43
2.3.2.4 Pressos Compania Naviera	47
2.3.2.5 Stretch	51
2.3.2.6 Fedorenko	56
2.3.3 EF-domstolen	60
2.3.3.1 Generelt om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ...	60
2.3.3.2 Rettspraksis – oversikt over dommene	64
2.3.3.3 Herpels	64
2.3.3.4 CNTA	67
2.3.3.5 Mulder	71
2.3.4 Sammenfatning	76
3 Konstruksjon av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger	77
3.1 Kort innledning	77
3.2 Induksjon fra forvaltningsloven	82
3.3 Induksjon fra grunnloven §§ 97 og 105	84
3.3.1 Kort innledning	84
3.3.2 Høyesterettspraksis	85
3.3.2.1 Rt. 1970 s. 67 "Strandlovdommen" og Rt. 1994 s. 813 "Herlofsen"	85
3.3.2.2 Rt. 2006 s. 293 "Arves Trafikkskole"	88
3.3.2.3 Rt. 2007 s. 1281 "Sakristivold"	91
3.4 Ugyldighetslæren	93

3.5	Sammenfatning og konklusjon	97
4	Minstevilkårene for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger får anvendelse.....	99
4.1	Utgangspunkter.....	99
4.2	Minstevilkårene etter EF-retten	100
4.3	Forventningen må ha grunnlag i visse objektivt konstaterbare forhold.....	101
4.3.1	Søkelyset rettes mot sentrale trekk ved argumentasjonen	101
4.3.2	Som utgangspunkt en bred tilnærming.....	101
4.3.3	Enkeltvedtak – skarpere regler.....	104
4.4	Forventningen må være ”berettiget”	105
4.5	Den subjektive forventningen må holde seg innenfor hva som objektivt sett kan utledes av grunnlaget.....	108
4.6	Sammenfatning	114
5	Er rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger en grunnrettighet?.....	115
6	Avgrensning mot diskursen om et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp	119
	Del II.....	125
	Kan rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger forstås ut fra prinsipp teorien?	125
7	En nærmere innføring i problemstillingen	127
7.1	En grunnleggende forutsetning for den videre undersøkelse	127
7.2	Hva er betydningen av at underprinsippet får anvendelse?.....	130
7.3	Rettskildeprinsipper	133
7.4	Rammen for den videre undersøkelse	139
8	Balansering og rettferdiggjøring - ”The Law of Balancing”	141
8.1	Kunnskapsinteressen.....	141
8.2	Lovendringer.....	142
8.2.1	Oversikt.....	142
8.2.2	Rt. 2006 s. 293 ”Arves Trafikkskole”	142
8.2.3	Rt. 1962 s. 369 ”Gullklausuldommen”.....	148
8.2.4	Rt. 1996 s. 1440 ”Thunheim”	148
8.2.5	Rt. 2007 s. 1281 ”Sakristivold”	153
8.2.6	Sammenfatning	156
8.3	Forskriftsendringer.....	157
8.3.1	Oversikt.....	157
8.3.2	Rt. 1992 s. 182 ”Polardommen”	157
8.3.3	Rt. 1995 s. 955 ”Brødrene V”	159
8.3.4	Rt. 2007 s. 651 ”Vassfarvegen”	161
8.3.5	Rt. 1992 s. 1235 ”Fiskekvotedommen”.....	165
8.3.6	Sammenfatning	167
8.4	Omgjøring av enkeltvedtak etter de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler”.....	167
8.4.1	Noen generelle bemerkninger	167
8.4.2	De ”ytre forholdene” har endret seg.....	171
8.4.3	Endret ”samfunnsoppfatning”	174
8.4.4	Feilutbetalinger	179
8.4.5	Bortfall av kvalifikasjonsvilkår.....	182
8.4.6	Nye opplysninger om forhold på avgjørelsestidspunktet	184
8.4.7	Omgjøring som forvaltningssanksjon	186
8.4.8	Sammenfatning	189
9	Vektforstyrning som følge av at de kolliderende prinsipper har ulik abstrakt relativ vekt	191

9.1	Noen spredte bemerkninger.....	191
9.2	Lovendringer.....	194
9.2.1	Rt. 2006 s. 293 "Arves Trafikkskole"	194
9.2.2	Rt. 1996 s. 1440 "Thunheim"	195
9.3	Forskriftsendring.....	197
9.4	Omgjøring på ulovfestet grunnlag	201
9.5	Sammenfatning	203
10	Vektforskyvning ut fra graden av kunnskap om premisser.....	205
11	Underprinsippene om hensiktsmessighet og nødvendighet.....	211
12	Konklusjon	215
Del III		217
Om synet på grunnrettigheter som optimaliseringspåbud bør sedimenteres i rettskulturen...		217
13	Nærmere presisering av problemstillingen	219
14	"Eckhoffismens" syn på rettsprinsipper og norsk diskurs om metodelæren.....	223
15	Materiell demokratiforståelse i norsk diskurs og rettighetsavgrensningen.....	235
15.1	Kort innledning	235
15.2	Nærmere om en materiell demokratiforståelse.....	235
15.2.1	Hva er en materiell demokratiforståelse?	235
15.2.2	Har er en materiell demokratiforståelse befestet seg?.....	236
15.3	"Kjerneprøving" og andre metodiske grep.....	241
15.4	Konklusjon	255
16	Alternativer til relativisering - Habermas og Dworkin	257
16.1	Kort innledning	257
16.2	Habermas.....	258
16.2.1	Habermas' deliberative demokratimodell.....	258
16.2.2	Grenser for rettsanvendelsesskjønn.....	260
16.3	Dworkin.....	261
16.3.1	Dworkins "Law as integrity"	261
16.3.2	Grenser for rettsanvendelsesskjønn.....	264
16.4	Alexy vs. Habermas	271
16.4.1	Alexys tilsvare til Habermas.....	271
16.4.2	Alexys kritikk av Habermas' metodiske tilnærming.....	272
16.5	Alexy med flere vs. Dworkin	274
16.6	Sammenfatning og konklusjon	276
17	Konklusjon	279
Del IV		281
Avslutning.....		281
18	Hva har undersøkelsen vist?.....	283
19	Avsluttende merknad	285
Figurliste		287
Kilder		289
Bedømmelseskomiteens vurdering 26. mai 2009		301

Del I

Innledning

1 Presentasjon av undersøkelsen

1.1 Hovedproblemstillingen

Juridisk argumentasjon uten rettsprinsipper er ganske utenkelig etter vår rettstradisjon.¹

Samtidig har rettsprinsippene en noe uklar stilling i vår rettskildelære.²

Denne undersøkelse gjelder argumentasjon ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Det reises spørsmål om vi i norsk rett har et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger som kan forstås som et optimaliseringspåbud i samsvar med ”prinsipp teorien”. Dette er en teori som er utviklet av Alexy på bakgrunn av studier av Den tyske forfatningsdomstolens, BVerfG, praksis.

Prinsipp teorien inndeler rettsnormene i regler og rettsprinsipper og oppstiller ”teser” og ”lover” som innebærer en rasjonell og formell juridisk metode ved avgrensningen av konstitusjonelle rettigheter. Slike rettigheter er i samsvar med teorien rettsprinsipper. Rettsprinsippene har den egenskap at de i den konkrete rettsanvendelsen er optimaliseringspåbud (”optimization requirements”), det vil si idealer som skal realiseres i størst mulig grad i rettsanvendelsesskjønnet³. Kardinalpunktet i teorien er ”the Law of Balancing” som får anvendelse ved ”kollisjon” eller ”konkurranse” mellom rettsprinsipper. Denne ”loven” inngår som en viktig bestanddel av proporsjonalitetsprinsippet (”the principle of proportionality”) som etter teorien er uløselig knyttet til forståelsen av rettsprinsipper som optimaliseringspåbud. I en sak hvor eksempelvis rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kolliderer med styringsprinsippet, vil proporsjonalitetsprinsippet være

¹ Graver, 'I prinsippet prinsipiell: om rettsprinsipper', *TfR*, 2006 s. 221.

² Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern* (2005) s. 86.

³ Betegnelsen ”rettsanvendelsesskjønn” er hentet fra Mæhle, *op.cit.*, s. 17 og omfatter de vurderinger rettsanvenderen må foreta ved fastleggingen av den abstrakte rettsnormen eller avgjørelsesnormen, det vil si fastlegging av rettsnormens generelle materielle innhold og anvendelsesområde og fastleggingen av normens konkrete innhold og relevans i den foreliggende sak, jfr. Rytter, *Grundrettigheter: domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten* (2000) s. 76-77. Mæhle sier det slik på s. 17: ”En lovtekst kan ikke anvendes i forhold til en rettslig problemstilling uten tolkning. Den som skal løse et rettsspørsmål – rettsanvenderen – må derfor gjøre en rekke vurderinger: Han må vurdere og ta stilling til hvilke kilder han skal hente argumenter til tolkningsprosessen fra. Han må videre trekke en slutning om hvilke argumenter som skal hentes fra hver argumentkilde. Argumenter som eventuelt trekker i forskjellige retninger, må harmoniseres. Endelig må han trekke en slutning i vid forstand fra hele argumentbildet, og fastsette hvilken rettsregel som skal legges til grunn i forhold til det konkrete rettsspørsmålet.” Se nærmere om rettsprinsippenes funksjon i rettsanvendelsesskjønnet i punkt 1.7.

avgjørende for rettighetsavgrensningen. Proporsjonalitetsprinsippet består av tre underprinsipper: ”the principle of suitability”, ”the principle of necessity” og ”the principle of proportionality in a narrow sense”. Inngrep i konstitusjonelle rettigheter må med andre ord være hensiktsmessige, nødvendige og må tilfredsstillende krav til proporsjonalitet i en mer begrenset betydning. De to førstnevnte underprinsipper retter seg mot optimalisering innenfor hva som er faktisk mulig, og det sistnevnte underprinsippet gjelder optimalisering innenfor hva som er rettslig mulig. Teorien skal beskrives nærmere i kapittel 2.

Her kan tilføyes at i norsk diskurs⁴ tales det om et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp som oppstiller krav til forvaltningens myndighetsutøvelse, og som består av tre underprinsipper som synes ganske sammenfallende med proporsjonalitetsprinsippet. Et inngrep gjennom påbud eller forbud må etter dette forholdsmessighetsprinsippet være egnet til å realisere det formål inngrepet skal fremme, det må ikke gå ut over det som er nødvendig i det enkelte tilfellet, og fordelene med å foreta inngrepet må overstige ulempene.⁵

Hovedproblemstillingen i undersøkelsen er ikke først og fremst rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventningers grunnlag, innhold og hvor de eksakte grensene for rettighetsvernet går etter prinsippet, men om den materielle rettighetsavgrensningen etter prinsippet kan forstås ut fra prinsippeteorien. Det presiseres for ordens skyld at når det heretter tales om optimaliseringspåbudet, ligger det implisitt i denne talemåte at det skal finne sted en rettighetsavgrensning ved kollisjon mellom rettsprinsipper. I den grad det kan konstrueres et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger, blir dermed spørsmålet om rettighetsavgrensningen ved løsningen av den konkrete juridiske problemstillingen helt eller

⁴ Mæhle, *op.cit.* s. 23-25 utskiller dette uttrykket fra begrepet diskusjon ved å fremheve at ”[u]ttrykket «diskurs» blir brukt som en betegnelse på en argumentasjon som foregår på visse bestemte forutsetninger eller premisser.” Videre sier hun at i den rettslige diskurs er det den juridiske metodelæren som utgjør og bestemmer rammene for hva som er meningsfull språkbruk. Dette slutter jeg meg til. Jeg mener også som Mæhle at de grenser for rettsanvendelsesskjønnet som trekkes opp innenfor det legitime tolkningsrom, kan tilskrives forskjellige forståelser av hva rettslig legitimitet innebærer. Hva som faller innenfor eller utenfor det legitime tolkningsrom – det vil si hva som regnes som forsvarlige juridiske metoder – kan selvsagt også forklares med utgangspunkt i forskjellige forståelser av hva rettslig legitimitet innebærer. Her tilføyes for ordens skyld at rettslig legitimitet ikke refererer til bestemte moralske eller verdimeslige grunnlag, men blir mer en samlebetegnelse på oppfatningene av hvorvidt og hvordan retten kan rettferdiggjøres på de premisser som til enhver tid aksepteres av diskursfelleskapet, jfr. Mæhle, *op.cit.*, s. 22. Diskursen er altså alfa og omega for de premisser som utgjør referanserammen for det legitime tolkningsrom og for de grenser for rettsanvendelsesskjønnet som trekkes opp.

⁵ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s.128-129. Det kan for ordens skyld presiseres at etter prinsippeteorien er forholdsmessighetsprinsippet uløselig knyttet til optimaliseringspåbudet, det vil si til den materielle rettighetsavgrensningen ved kollisjon mellom konstitusjonelle rettigheter. I Gravers bok synes forholdsmessighetsprinsippet å få en mer selvstendig stilling eller ”frittstående” stilling som grense for rettsanvendelsesskjønnet. Se nærmere om forholdsmessighetsprinsippet og diskursen om dette i kapittel 6.

delvis kan forklares ut fra prinsippteoriens proporsjonalitetsprinsipp med sine tre underprinsipper.

1.2 De juridiske problemstillinger

Hovedtyngdepunktene i undersøkelsen av den materielle rettighetsavgrensningen vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er lagt på tilbakevirkningsforbudet i grunnloven § 97 og de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler” om omgjøring av begunstigende forvaltningsvedtak, jfr. forvaltningsloven § 35 siste ledd.

Læren om omgjøring er valgt med bakgrunn i at det alminnelige synspunktet i omgjøringslæren er at et begunstigende forvaltningsvedtak i utgangspunktet ikke kan omgjøres til ugunst for parten, når det foreligger berettigede forventninger.⁶ De berettigede forventninger som vedtaket har skapt, kan ifølge omgjøringslæren bare settes til side dersom de hensyn som taler for omgjøring, veier vesentlig tyngre enn de hensyn som taler mot.⁷ Her står vi med andre ord overfor det Graver karakteriserer som en ”prima-facie regel”, det vil si et prinsipp som ”betegner viktige hovedregler som det er knyttet moralske eller politiske verdier til å opprettholde”⁸ og som bare må vike ”når gode grunner tilsier det”.⁹

Det er heller ikke tvilsomt at grunnloven § 97 gir et vern mot inngrep i berettigede forventninger. I plenumsavgjørelsen i *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole” ble det for eksempel valgt en lignende formulering for lovgivers inngrepsadgang i berettigede forventninger som den vi finner i omgjøringslæren.¹⁰ Her la flertallet til grunn at grunnlovsmessigheten av inngrepet i en trafikkskoles forventning om at en foretatt fradragsføring av påløpt merverdiavgift ved kjøp av en ny kjøreskolebil var endelig, måtte anses som et spørsmål om det samfunnsmessige behov som begrunnet den tilbakevirkende loven var ”tilstrekkelig tungtveiende” til å godta inngrepet.¹¹ Denne måten å løse spørsmålet om rettighetsvernet etter grunnloven § 97 på ble angitt å være en ”mellomvariant” mellom

⁶ Graver, *op.cit.*, s. 463 og Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* (2006) s. 291. Se også punkt 3.2.

⁷ Graver, *op.cit.*, s. 463 og Smith, *Forvaltningsrett* (2006) s. 296.

⁸ Graver, *Juridisk overtalelseskunst* (2008) s. 115.

⁹ *ibid.* s. 116.

¹⁰ Se nærmere om denne dommen i punkt 3.3.2.2

¹¹ Dommens avsnitt (74).

standardteoriens helhetsvurdering og et absolutt forbud etter rettsregelteorien.¹² Dommen skal behandles nærmere i punkt 8.2.2.

1.3 *Hvem sin gjøren og laden har interesse?*

Ved den nærmere undersøkelsen av spørsmålet om prinsipteorien som forklaringsmodell ved løsningen av de nevnte juridiske problemstillinger er det av interesse både å undersøke hva høyesterettsdommere gjør, og hva fremtredende forskere gjør.¹³ Graver fremtoner for eksempel det siste forholdet ganske sterkt når han slår fast at dommerne ikke trekker opp reglene for juridisk forskning, og at rettsvitenskapens kommunikasjonsfellesskap først og fremst består av forskere.¹⁴ Dette fellesskapet er selvsagt ikke begrenset til norske forskere, og kan avgrenses ut fra andre kriterier enn nasjonalitet. Se for eksempel Mæhles plassering av forfattere av ulik nasjonalitet og fra ulike rettstradisjoner i legitimitetsmodeller.¹⁵

Her kan for øvrig presiseres at på samme måte som ved Alexys analyse av Den tyske forfatningsdomstolens, BVerfG, praksis, kan det ikke kreves at høyesterettsdommerne eller forfatterne taler om ”kolliderende rettsprinsipper”, ”optimalisering” eller benyttes andre begreper som klart tilkjennegir at det argumenteres ut fra prinsipteorien.¹⁶

1.4 *Hvorfor reise problemstillingen?*

Knoph slo i sin tid fast at ”[p]roblemet med rettskildene og om dommerens stilling under rettsanvendelsen hører til dem som har evig aktualitet i jussen.”¹⁷ I dag er Graver inne på det samme når han påpeker at det er en felles oppfatning blant rettsforskerne om at retten ”ikke bare [er] noe juristene kan ta for gitt, men [er] noe de er kollektivt ansvarlige for kontinuerlig å produsere og reproducere.”¹⁸ På generelt grunnlag kan det med andre ord tales om en slags

¹² *ibid.* avsnitt (69).

¹³ Uttrykket ”gjøren og landen” omfatter her både det noen gjør eller ikke gjør.

¹⁴ I Graver, 'Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger', *TfR* 2008 s. 4 sier han det slik: ”På samme måte som vi kan gi en beskrivelse av rettsanvendelsens metode gjennom beskrivelse av hva særlig høyesterettsdommere gjør, kan vi gi en beskrivelse av den rettsvitenskapelige metode gjennom studier av hva fremtredende representanter for denne sjangeren gjør.”

¹⁵ Mæhle, *op.cit.* Se særlig hennes oppsummering på s. 226-227.

¹⁶ Alexy, *A theory of constitutional rights* (2002) s. 51.

¹⁷ Knoph, *Rettslige standarder: særlig Grunnlovens § 97* (1939) s. 1.

¹⁸ Graver, Hans Petter, 'Fornuft og følelser: om klassisk retorikk som modell for moderne juridisk metode', *TfR*

”lovmessighet” i å reise problemstillinger om juridisk metode. Kort sagt at en levende diskurs krever at denne typen spørsmål reises.

Når det konkret gjelder begrunnelsen for å reise problemstillingen om den materielle rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forklares ut fra prinsipteorien, kan det tas utgangspunkt i at det er god grunn til å mene at prinsipteorien avspeiler europeisk grunnrettighetspraksis.¹⁹ Prinsipteorien avspeiler ganske ubestridelig Den tyske forfatningsdomstolens, BVerfG, argumentasjonsstruktur ved fastlegging av beskyttelsen av konstitusjonelle rettigheter.²⁰ Teorien har dessuten, som det er påpekt av Rivers og Mæhle, et abstraksjonsnivå som gjør den interessant også utenfor Tyskland.²¹ Med tilslutning fra Graver fremholder for eksempel Mæhle for norsk retts vedkommende at ”the Law of Balancing” har forklaringsverdi i forhold til Høyesteretts avveining av kolliderende rettigheter nedfelt i henholdsvis grunnloven og Den europeiske menneskerettskonvensjon.²² Rytter har for øvrig for dansk retts vedkommende innarbeidet prinsipteorien i sin teori om dansk grunnrettighetsfortolkning og kontroll.²³ Rytters teori er ifølge han selv en ”nogenlunde sammenhengende teori om grundrettighetsfortolkning og – kontroll”.²⁴

Rytters teori har interesse også sett fra et norsk ståsted som følge av sammenfall i rettskulturen. Jeg skal derfor si noen ord til om denne teorien. I teorien står fortolkningsprinsippene sentralt. Dette er materielle-strukturelle prinsipper som er ”retningsgivende for indholdet af den formålsorienterede og dynamiske fortolkning”.²⁵ Rytter opererer med fem fortolkningsprinsipper, og i alle fall to av prinsippene synes han å utlede fra prinsipteorien. Det er prinsippene om ”forfatningens enhet” og ”praktisk konkordans”.²⁶ De tre andre prinsippene har han trukket ut av Den europeiske menneskerettighetsdomstols praksis. Det er prinsippene om ”effektiv grunnrettighetsbeskyttelse”, ”europeisk konvergens” og ”funksjonell balanse”.²⁷ Fortolkningsprinsippet om *forfatningens enhet* forutsetter at forfatningen fortolkes som en systematisk og normativ enhet.²⁸ Det betyr at forfatningen tolkes i lys av forfatningens øvrige normer samt i lyset av skrevne og uskrevne grunnprinsipper. Og

2007 s. 528.

¹⁹ Rytter, *Grundrettigheder: domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten* (2000) s. 230.

²⁰ Rivers, *Translator's introduction* (i: Alexy, *A theory of constitutional rights* (2002) s. xvii).

²¹ Rivers, *op.cit.*, s. xviii og Mæhle, *Op.cit.*, s. 281.

²² Mæhle, *op.cit.*, s. 281 og 285 flg. Graver, I prinsippet prinsipiell: om rettsprinsipper, *TfR*, 2006 s. 204 note 27.

²³ Rytter, *op.cit.* Han behandler i kapittel 7 grunnrettigheter som rettsprinsipper og legger i kapittel 8 til grunn ved rettighetsavgrensningen.

²⁴ Rytter, *op.cit.*, s. 22.

²⁵ *ibid.* s. 179.

²⁶ *ibid.* s. 230.

²⁷ *ibid.* s. 180.

²⁸ *ibid.* s. 186.

videre at forfatningsnormene harmoniseres, slik at motsigelser og konflikter mellom normene unngås.²⁹ Ifølge Rytter er dette prinsippet nøye knyttet sammen med prinsippet om ”praktisk konkordans”.³⁰ Fortolkningsprinsippet om ”praktisk konkordans” forutsetter at fortolkningen skal ”sikre en forholdsmessig balance mellom hensynet til grunnrettighedsbeskyttelsen og kolliderende forfatningshensyn – være sig almene samfundshensyn eller hensynet til beskyttelse af andres rettigheder.”³¹ Dette kravet til forholdsmessig balanse er det sentrale ved fastleggingen av grunnrettighetenes grenser og kan knyttes til forholdsmessighetsgrunnsetningens krav om proporsjonalitet mellom mål og middel.³² Hos oss taler Mæhle om en ”prinsipiell balanseringsprosess” og synes å sikte til Rytters krav om forholdsmessig balanse. Poenget hos begge synes å være å få frem at proporsjonalitetsvurderingen knyttes til Alexy sin prinsipp-teori. Mens den ene sier at det skal foretas en ”prinsipiell balanseringsprosess”, sier den andre at rettsanvendelsesprosessen går ut på å finne en ”forholdsmessig balanse”. Det er altså ingen forskjell i meningsinnholdet. Fortolkningsprinsippet om ”effektiv grunnrettighetsbeskyttelse” innebærer at grunnrettigheter skal fortolkes slik at de fremstår som reelle og tidsriktige rettsgarantier for mindretallet og det enkelte individ.³³ Når det gjelder prinsippet om ”europisk konvergens”, uttrykker dette et ideal om en felles europeisk rettighetsforståelse.³⁴ Prinsippet om ”funksjonell balanse” er et prinsipp om maktbalansen mellom domstolene og lovgiver.

I forlengelsen av Mæhle og Gravers antydninger om prinsipp-teoriens forklaringsverdi ved fortolkningen av høyesterettsdommer om ”grunnrettigheter”³⁵ kan nevnes at det i nyere norske arbeider gjør seg gjeldende synspunkter som er inspirert av prinsipp-teorien eller kan forstås ut fra denne. Nazarian³⁶ tar for eksempel utgangspunkt i Alexys optimaliseringstese ved sin undersøkelse av lojalitetsprinsippet i kontraktsretten. Bendiksen velger i sin undersøkelse om barn i langvarige fosterhjems plasseringer å ta utgangspunkt i Nygaards forståelse av rettsprinsipper som ”retningslinjer med en tungtveiende karakter”, men kommer med presiseringer som peker i retning av Alexys forståelse av rettsprinsipper som optimaliseringspåbud.³⁷

Utviklingen i retning av en økt forståelse av rettsprinsipper som optimaliseringspåbud utfordrer ”eckhoffismens” ”inkommensurable-tese” og ”helhetsvurderinger” ved at det legges til grunn en mer formalistisk argumentasjonsmodell.³⁸ Det er også mulig å koble en slik

²⁹ *l.c.*

³⁰ Rytter, *op.cit.*, s. 190.

³¹ *l.c.*

³² Rytter, *op.cit.*, s. 246.

³³ *ibid.* s. 194.

³⁴ *ibid.* s. 198.

³⁵ Se nærmere i kapittel 5 om dette begrepet og i kapittel 13 om diskursen om menneskerettighetenes ”semi-konstitusjonelle karakter”.

³⁶ Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (2006) s. 71.

³⁷ Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer: foreldres ansvar og adopsjon* (2008) s. 165.

³⁸ Se nærmere om ”inkommensurable-tesen” og ”helhetsvurderinger” i kapittel 7.

utvikling med en materiell demokratiforståelse:³⁹ Grunnrettigheter som i samsvar med prinsipp teorien skal optimaliseres, trekker ikke bare opp grenser for rettsanvendelsesskjønnet ved å pålegge rettsanvenderen ved utformingen av avgjørelsesnormen å behandle grunnrettigheter som optimaliseringspåbud, men innskrenker samtidig den demokratisk valgte lovgiverens kompetanse til å gripe inn i grunnrettigheter gjennom kravet om proporsjonalitet. Optimalisering av grunnrettigheter i rettsanvendelsesskjønnet gir dermed den effekt at prinsipp teoriens argumentasjonsmodell på den ene siden forhindrer at rettighetene utvannes av rettsanvenderen, og tilbyr på den andre siden en metode for å avgjøre spørsmålet om når lovgiver har trådt grunnrettighetene for nær. Prinsipp teorien som rettighetsteori fremstår dermed som friksjonsdempende i to relasjoner.

Undersøkelsen av spørsmålet om den materielle rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut prinsipp teorien, er etter dette begrunnet i et ønske om kunnskap om argumentasjon ut fra rettsprinsipper som optimaliseringspåbud og forholdet til ”eckhoffismen”. Videre har den som siktemål å kaste lys over det mer generelle spørsmålet om denne forklaringsmodell ved rettighetsavgrensningen vedrørende grunnrettigheter også bør sedimenteres⁴⁰ i juristfellesskapet ut fra en materiell demokratiforståelse.

³⁹ Se nærmere om en materiell demokratiforståelse i punkt 15.2.

⁴⁰ Bruken av dette begrepet er inspirert av Tuoris inndeling av retten i tre lag hvor aktivitet på rettens ytre nivå vil kunne innvirke på rettskulturen og dypstrukturen, jfr. Tuori, *Critical Legal Positivism* (2002). Denne teorien er også nevnt i kapittel 14. Se for øvrig om ulike bilder av retten i Graver, *Juridisk overtalelseskunst* (2008) s. 175-178. I tillegg til Tuoris bilde av retten som en lagdelt struktur hvor det finner sted påvirkning mellom lagene, kan retten ses på som en pyramide med en styrende vilje eller norm i toppen som regler og løsninger kan utledes fra, som et system bygget opp av visse normer og visse aktiviteter, som en skog hvor retten vokser ut av samfunnet, og hvor for eksempel opptråkkede stier i skogen må holdes vedlike for ikke å gro igjen, som en klar sammenhengende struktur med løse koblinger som et edderkoppspinn, eller som et flytende element hvor eksempelvis lovgivers og domstolenes gjøren og laden påvirker retten. Som Graver påviser får slike metaforer frem krakteristiske trekk, men som metaforer flest må de tas med ”en klype salt” fordi de ikke nødvendigvis får frem hele bildet. Et eksempel her er tidligere president George W. Bush sin metafor om ”ondskapens akse” etter terrorangrepet mot ”Twin-Towers” i New York den 11. september 2001. Han brukte uttrykket i sin State of the Union-tale (om nasjonens tilstand) 29. januar 2002 for å beskrive regimer som støtter terror. Bush nevnte spesifikt Iran, Irak og Nord-Korea i talen. Bush sa det slik: “States like these, and their terrorist allies, constitute an axis of evil, arming to threaten the peace of the world. By seeking weapons of mass destruction, these regimes pose a grave and growing danger. They could provide these arms to terrorists, giving them the means to match their hatred. They could attack our allies or attempt to blackmail the United States. In any of these cases, the price of indifference would be catastrophic.” Dette utdraget av talen er hentet fra CNN sin internettside med følgende adresse: <http://archives.cnn.com/2002/ALLPOLITICS/01/29/bush.speech.txt/>.

Slik det skulle skinne igjennom, er en del av motivasjonen for undersøkelsen at jeg finner det utilfredsstillende at rettighetsavgrensningen vedrørende grunnrettigheter i rettspraksis og litteratur stort sett fremstilles som ”helhetsvurderinger”. Dermed indikeres kanskje på sviktende grunnlag at det ikke foreligger en rasjonell struktur i argumentasjonen som formaliserer og objektiviserer vurderingene noenlunde i samsvar med prinsipp teorien. Videre mener jeg at den økte betydning menneskerettighetene har fått i norsk rett, i kombinasjon med at det synes å gjøre seg gjeldende en økt materiell demokratiforståelse i juristfellesskapet, baner veien for prinsipp teorien.

Når det gjelder bruken av ”helhetsvurderinger” i argumentasjonen, kan som et illustrerende eksempel trekkes frem Fleischers *Petroleumsrett*⁴¹. Fleischer sier i relasjon til grunnlovsmessigheten av tilbakekall av offentlige tillatelser at ”[d]et må gjennomføres en *fleksibel helhetsvurdering* av om et inngrep fra lovgiverens side i en etablert posisjon virker for massivt.”⁴²

I denne vurderingen er, ifølge Fleischer, både det faktum at det er gitt en tillatelse, og at tillatelsen er eksklusiv og dermed kan ha medført særlig sterke forventninger, momenter av betydning. Fleischer sier lite i *Petroleumsrett* om strukturen på denne vurderingen, men tar i *Rettskilder og juridisk metode* til ordet for å bryte avveiningene etter grunnloven §§ 97 og 105 opp i ”elementer”.⁴³ Han formulerer imidlertid ingen vektformel som den vi finner i prinsipp teorien.

Et problem med ”helhetsvurderinger” er at det åpnes for at rettferdiggjorte rettsnormer kan misbrukes, det vil si at individets vern mot statmakten utvannes. I tilknytning til Habermas’ teori om juridisk diskurs, som skal behandles nærmere i kapittel 16, sier for eksempel Eriksen og Weigård følgende av overføringsverdi til ”helhetsvurderinger” for å få frem budskapet om faren for misbruk av rettferdiggjorte rettsnormer:

”Når en [rettsanvender] skal velge mellom rettferdiggjorte normer i en [retts]anvendelsessammenheng, må en imidlertid på en mer kontant måte korrigere for makt- og interesseforhold, fordi rettferdiggjorte normer kan misbrukes. Målet kan komme til å hellige midlet. Som Fichte ganske riktig

⁴¹ Fleischer, *Petroleumsrett* (1983).

⁴² *ibid.* s. 304.

⁴³ Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode* (1998) s. 461.

har sagt, har man ikke lov til å gå ut fra at menneskene er gode og fullkomne...» (Weber 1919:43). Mennesket er endelig og feilbarlig, og en må regne med negative bivirkninger av gode intensjoner. Den gode vilje må derfor institusjonaliseres og kontrolleres av en fornuft som er orientert mot hva som må til for å opprettholde rettssamfunnet.⁴⁴

Her kan tilføyes at det kan synes som om Høyesterett i den allerede nevnte plenumsavgjørelsen i *Rt. 2006 s. 293* "Arves Trafikkskole" har tatt et skritt i retning bort fra "helhetsvurderingene". I saken som gjaldt egentlig tilbakevirkning på det økonomiske området, presiserte flertallet at det ikke prøves om loven er i strid med en enten/eller regel om tilbakevirkning, det vil si en regel som utledes fra grunnloven § 97. Det foretas heller ikke en "helhetsvurdering hvor bare den særlig urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt".⁴⁵ I stedet prøves om "det foreligger et tilstrekkelig tungtveiende samfunnsmessig behov til å godta at lovendringen gis tilbakevirkende kraft".⁴⁶

Selv om begge avveininger antakeligvis kan forklares ut fra "the Law of Balancing", tenderer den sistnevnte avveiningen sterkest i retning av "loven". Høyesterett har for øvrig i denne dommen sett det som nødvendig å gi et korrektiv til tidligere fortolkninger av *Rt. 1962 s. 369* "Gullklausuldommen".⁴⁷ I litteraturen legges det til grunn at det foretas en "helhetsvurdering av konsekvensene av den enkelte lov".⁴⁸ Mens det ifølge Høyesteretts uttalelse dreier seg om en "mellomløsning" mellom på den ene siden en helhetsvurdering av konsekvenser og på den andre siden subsumering under en regel om forbud mot omgjøring. Begge dommer behandles nærmere i punkt 8.2.

I den grad prinsipp teorien kan anvendes ved rettighetsavgrensningen vedrørende grunnrettigheter, er det i første omgang et generelt behov for mer kunnskap om teorien og fokus på denne i metodelæren. Ved økt erkjennelse blir det selvsagt i neste omgang enklere å påberope og anvende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og andre grunnrettigheter i det praktiske rettslivet. Videre må det antas at problemet med "the chilling effect" neddempes. Betegnelsen "the chilling effect" benyttes i utenlandsk litteratur for å beskrive den tilbakeholdenhet forvaltningen ofte, kanskje unødvendig, utviser når

⁴⁴ Eriksen og Weigård, *Kommunikativ handling og deliberativt demokrati: Jürgen Habermas' teori om politikk og samfunn* (1999) s. 190.

⁴⁵ Dommens avsnitt (69).

⁴⁶ *ibid.* avsnitt (74).

⁴⁷ *ibid.* avsnitt (69).

⁴⁸ Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* (2006) s. 446.

domstolsprøvingen er dyptpløyende, jfr. petitavsnittet nedenfor. Men denne betegnelsen kan også anvendes når usikkerhet om den materielle kompetansen medfører at lovgiver og forvaltningen ikke griper inn i etablerte posisjoner for å ivareta bredere samfunnsinteresser.

Utenlandsk forskning viser at dyptgående prøvning av forvaltningsvedtak i enkelte tilfeller kan gi en "chilling effect" for forvaltningen. Det vil si at forvaltningen unnlater å bruke sin kompetanse for å unngå å bli trukket inn for domstolene.⁴⁹ I litteraturen hersker det til en viss grad uenighet om en utstrakt domstolsprøvning av forvaltningsavgjørelser ut fra et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger ("protection of legitimate expectations") får en "chilling effect". Poole kritiserer for eksempel Schönberg for at han i sin avhandling *Legitimate expectations in administrative law* ikke underbygger sin nedtoning av frykten for at "extensive protection of expectations has the potential to ossify administrative policy making", med empiriske undersøkelser.⁵⁰ Han føyer til at de få studier av virkningene av utstrakt domstolsprøvning av forvaltningsavgjørelser "tend not to support Schönberg's thesis".⁵¹ Schönbergs bok er en komparativ studie av beskyttelsen av berettigede forventninger i fransk rett, engelsk rett og i EF-retten. Særlig EF-domstolens prøvning av formelle individuelle forvaltningsavgjørelser har interesse for oss ettersom EØS-avtalen innebærer en implementering av grunnprinsippene i dette rettssystemet i vår rettsorden. Ett av disse rettsprinsipper er prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Dette prinsippet behandles nærmere i punkt 2.3.3.

1.5 Formålet med undersøkelsen

Formålet med undersøkelsen er etter dette først og fremst å komme til ny erkjennelse om strukturen i argumentasjonen ved rettighetsavgrensingen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forklares ut fra prinsipp teorien, men samtidig skal det altså til en viss grad kastes lys over spørsmålet om denne forklaringsmodell bør sedimenteres i juristfellesskapet.

For ordens skyld vil jeg presisere at også ved anvendelse av prinsipp teorien står rettsanvender overfor vanskelige vurderinger. Den relative vekten av kolliderende rettsprinsipper er med andre ord ikke gitt på forhånd.⁵² Videre tjener en eventuell konvertering av de foretatte vurderinger til tallstørrelser ikke annet formål enn å klargjøre de bakenforliggende vurderinger.⁵³ En slik klargjøring bør nok helst foretas av rettsanvender underveis ved løsning

⁴⁹ Halliday og Hertogh, *Judicial review and bureaucratic impact: international and interdisciplinary perspectives* (2004).

⁵⁰ Poole, 'Anmeldelse av Søren J. Schönberg, *Legitimate expectations in administrative law*, 2000', *The Modern Law Review*, 2001 s. 948.

⁵¹ *l.c.*

⁵² Se nærmere om innvendinger til teorien i kapittel 16.

⁵³ Se punkt 2.2.4 om "the Weight Formula".

av et vanskelig juridisk problem ("hard case"), for eksempel inngrep i den personlige frihet begrunnet i hensynet til nasjonal sikkerhet. Men den kan også være et pedagogisk analyseverktøy i etterkant. Startpunktet for rettsanvendelsen er med andre ord ikke matematisk. Teoriens startpunkt er tesen om rettsprinsipper som optimaliseringspåbud og hvordan kollisjon mellom rettsprinsipper skal løses.⁵⁴ Og der for eksempel "the law of diminishing marginal utility" ikke kan gi rettsanvender bidrag til å løse "a hard case", tilbyr "the Law of Balancing" en formalisert fremgangsmåte for rettsanvender.⁵⁵ Alexy taler i denne forbindelse om "a definitive decision-taking procedure."⁵⁶ Her kan også nevnes at Alexy mener at teorien ikke innebærer en utvanning av grunnrettigheter⁵⁷, slik for eksempel Habermas og Dworkins teorier antyder.⁵⁸

1.6 *Arbeidshypotesen*

Min arbeidshypotese i det følgende er at prinsipteorien som forklaringsmodell kan og bør velges ved rettighetsavgrensningen vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og andre grunnrettigheter.

1.7 *Kort om rettsprinsippers funksjon*

Prinsipteoriens rettsprinsipper får som antydnet en bestemt funksjon i rettsanvendelsesskjønnet som optimaliseringspåbud og med en medfølgende metode for rettighetsavgrensning ved kollisjon mellom prinsipper ut fra proporsjonalitetsprinsippets tre underprinsipper. Som et bakteppe til dette er det imidlertid grunn til å gjøre oppmerksom på at det finnes stor variasjonsbredde vedrørende den normative kraft eller betydning rettsprinsipper tillegges i rettsanvendelsesskjønnet.⁵⁹

⁵⁴ Se punkt 2.2.1 om "optimization requirement".

⁵⁵ Se om "the law of diminishing marginal utility" i punkt 2.2.3 og "the Law of Balancing" i punkt 2.2.3.

⁵⁶ Alexy, *op.cit.*, s. 105.

⁵⁷ Se punkt 2.2.3 om "the law of diminishing marginal utility", punkt 2.2.4.2 om "overproportionality" og kapittel 16 hvor alternativer til prinsipteorien presenteres.

⁵⁸ Se kapittel 16.

⁵⁹ Graver, *op.cit.*, s. 199-200 og Evald, *Om retsprinsipper i formueretten* (i: Dalberg-Larsen og Lemann Kristiansen (red), *Om retsprinsipper* (2004) s. 132-136.)

Ut fra Gravers redegjørelse for rettsprinsippenes funksjon i rettsanvendelsesskjønnet synes det å kunne tales om en glideskala.⁶⁰ Rettsprinsippene kan i den ene enden av skalaen være begrenset til å utgjøre en ”klangbunn” eller en del av rettsanvenderens ”forståelseshorison” til å utgjøre ”krav og rammer” for rettsanvendelsesskjønnet i den andre enden. Hvis rettsanvender plikter å ta utgangspunkt i rettsprinsipper som setter krav og rammer ved løsningen, befinner vi oss i den ene ytterkanten av glideskalaen. Det samme gjelder dersom prinsippet er anvendt som et selvstendig (primært⁶¹) rettsgrunnlag for avgjørelsen.⁶²

Optimaliseringstesen som er introdusert gjennom prinsipp teorien oppstiller åpenbart ”krav og rammer” for rettsanvendelsesskjønnet og plasserer tilsynelatende rettsprinsipper til vern av grunnrettigheter i den ene ytterkanten av skalaen. Her må det imidlertid minnes om at prinsippene er relative størrelser, det vil si at disse kun gir prima facie vern mot inngrep og at optimalisering bare finner sted innenfor hva som er faktisk og rettslig mulig etter proporsjonalitetsprinsippet. Det er dermed diskutabelt hvor langt ut på glideskalaen optimaliseringpåbudet plasserer rettsprinsippene.

Nettopp det poeng at det må sondres mellom rettsprinsipper som setter grenser for rettsanvendelsesskjønnet og de som ikke gjør det, er viktig å få frem for forståelsen av rettsprinsippets normative kraft. Den manglende presiseringen av dette forholdet synes for eksempel å ligge til grunn for kritikken av Mørups avhandling om berettigede forventninger i dansk forvaltningsrett.⁶³ Mørup påviser at det gjelder et alminnelig rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger. Men Revsbech kritiserer at Mørup ”tidlig i afhandlingen [ikke] har formuleret en målestok for, hvornår en sådan retsgrundsætning kan siges at foreligge”, slik at ”analyserne af og dokumentationen for en retsgrundsetning [kunne] have været styret igennem på en mer overbevisende måde.”⁶⁴ Revsbech sier også samme sted at det ikke må overses at ”den almindelige forvaltningsret har været i stand til på grundlag af det hidtil eksisterende begrepsapparat og tankegods at håndtere spørgsmål om berettigede forventninger i tilbaekaldelseslæren, læren om saglige hensyn (magtfordreijninglæren) og i ugyldighedslæren uden større problemer.”⁶⁵

⁶⁰ Graver, *op.cit.* s. 199-200.

⁶¹ Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 29.

⁶² *ibid.* s. 200.

⁶³ Mørup, *Berettigede forventninger i forvaltningsretten* (2005) s. 1024.

⁶⁴ Revsbech, 'Anmeldelse Søren H. Mørup: Berettigede Forventninger i forvaltningsretten.' *Juristen*, 2006 s. 150.

⁶⁵ *l.c.*

1.8 *Den videre fremstilling*

I det følgende skal prinsippteorien presenteres og illustreres med rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol og EF-domstolen med utgangspunkt i de domstolsutviklede rettsprinsipper om beskyttelse av berettigede forventninger. Deretter undersøkes om det særlig med grunnlag i grunnloven, lovgivningen og høyesterettspraksis kan konstrueres et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger. Videre undersøkes minstevilkårene for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger får anvendelse og avgrensningen mot et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp, samt om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er en grunnrettighet. Disse spørsmål utgjør første hoveddel av undersøkelsen.

I andre hoveddel undersøkes om rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forklares ut fra teorien. Spørsmålet testes i første rekke mot tilbakevirkningsforbudet i grunnloven § 97 og forvaltningsrettens lære om omgjøring av enkeltvedtak etter de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler”, jfr. forvaltningsloven § 35 siste ledd.

I tredje hoveddel undersøkes mer generelt om prinsippteorien bør sedimenteres i rettskulturen. Her drøftes spørsmålet om menneskerettighetenes rettslige status i norsk rett, det vil si om det kan tales om grunnrettigheter. Videre drøftes spørsmålet om i hvilken grad teorien ”passer” eller harmonerer med den norske rettskulturen hvor ”eckhoffismen” inntar en dominerende stilling. Til slutt drøftes om det finnes andre alternative teorier som eventuelt bør velges i stedet for Alexys teori som innebærer relativisering av grunnrettigheter. Konkret siktes det her til Habermas’ og Dworkins rettsteorier.

I fjerde og siste hoveddel angis kort hva undersøkelsen har vist og avgis en avsluttende merknad.

2 Prinsipp teorien

2.1 Kort innledning

I dette kapittel skal prinsipp teoriens optimaliseringspåbud beskrives og illustreres blant annet gjennom å rette søkelyset mot to rettsprinsipper om beskyttelse av berettigede forventninger som er implementert i norsk rett ved henholdsvis lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) og lov 27. mars 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (gjennomføringsloven).

Begge prinsipper representerer minstekrav⁶⁶ til myndighetsutøvingen, men anvendelsesområdet for prinsippet i EF-retten er selvsagt begrenset til de forvaltningsområder som er omfattet av EØS-avtalen.⁶⁷

2.2 Beskrivelse av teorien

2.2.1 "Optimization requirement" (optimaliseringspåbudet)

Den sentrale tesen etter prinsipp teorien er at konstitusjonelle rettigheter er rettsprinsipper og at rettsprinsipper er optimaliseringspåbud ("optimization requirements").⁶⁸ Dette betyr at en konstitusjonell rettighet er et ideal som skal realiseres i rettsanvendelsesskjønnet i størst mulig grad innenfor hva som er rettslig og faktisk mulig.⁶⁹ Rettsanvender kan med andre ord ikke nøye seg med å vurdere det aktuelle hensyn som fremmes gjennom prinsippet, men plikter å optimalisere dette ved fastlegging av innholdet i den abstrakte rettsnormen eller den konkrete avgjørelsesnormen. Med den abstrakte rettsnormen forstås regelens generelle innhold og

⁶⁶ Sejersted i Sejersted m.fl., *EØS-rett* (2004) s. 102 fremholder at de ulovfestede forvaltningsprinsippene som EF-domstolen har oppstilt i EU-retten, som hovedregel må antas å gjelde ved forvaltningen av EØS-retten. Blant prinsippene for materiell kontroll med forvaltningsskjønn fremhever Sejersted prinsippene om forholdsmessighet, rettsikkerhet, likebehandling og beskyttelse av berettigede forventninger.

⁶⁷ EFTA-statene, herunder Norge, er gjennom EØS-avtalen gjort til en del av EUs indre marked med fri flyt av varer, tjenester, arbeid og kapital samt med felles konkurransevilkår for næringslivet. Norge har gjennom EØS-avtalen overtatt en stor del av EF-retten og har forpliktet seg til å gjennomføre denne i norsk rett.

⁶⁸ Alexy, *A theory of constitutional rights* (2002) s. 388.

⁶⁹ *ibid.* s. 47.

anvendelsesområde, og med avgjørelsesnormen forstås regelen slik den er anvendt i en konkret sak.⁷⁰

Slik Alexy fremhever, er doktrinen om at grunnrettigheter er rettsprinsipper slått fast av Den tyske forfatningsdomstolen, BVerfG, i "Lüth-dommen" fra 1958 BVerfG 7, 198. Det fremkommer i avgjørelsen at for å sikre en effektiv grunnrettighetsbeskyttelse må grunnrettigheter anses som generelle rettsgrunnsetninger som er retningsgivende både for lovgivningsmakten, forvaltningen og domstolene.⁷¹

Den nødvendige eller logiske konsekvens av pålegget om å optimalisere er ifølge Alexy at proporsjonalitetsprinsippet ("the principle of proportionality") med sine tre underprinsipper om "suitability", "necessity" og "proportionality in its narrow sense" får anvendelse.⁷² Den tyske forfatningsdomstolen, BVerfG, taler her om en forholdsmessighetsgrunnsetning som oppstiller krav om at inngrepet er hensiktsmessig, nødvendig, og at det er proporsjonalt i en mer begrenset betydning ("narrow sense").⁷³ Prinsippene om hensiktsmessighet og nødvendighet følger av at optimalisering bare kan finne sted innenfor det som er faktisk mulig.⁷⁴ Mens prinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning ("narrow sense") følger av at optimalisering bare kan finne sted innenfor hva som er rettslig mulig.

Det er viktig å merke seg at hos Alexy er denne sammenhengen mellom prinsipp teorien og proporsjonalitetsprinsippet så nær som det overhodet er mulig å komme.⁷⁵ Alexy forklarer sammenhengen slik:

"The nature of principles implies the principle of proportionality and vice versa. That the nature of principles implies the principle of proportionality means that the principle of proportionality with its three sub-principles of suitability, necessity (use of the least intrusive means), and proportionality in its narrow sense (that is, the balancing requirement) logically follows from the nature of principles; it can be deduced from them."⁷⁶

Hvorvidt Alexy her gir en god forklaring på hvorfor proporsjonalitetsprinsippet får anvendelse, er diskutabelt. Alexy har imidlertid utviklet sin teori ut fra Den tyske

⁷⁰ Se Rytter, *Grundrettigheter: domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten* (2000) s. 77.

⁷¹ Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing and Rationality', *Ratio Juris*, 2003 s. 132 og Rytter, *op.cit.*, s. 207.

⁷² Alexy, *A theory of constitutional rights* (2002) s. 66.

⁷³ Rytter, *op.cit.*, s. 232.

⁷⁴ Alexy, *op.cit.*, s. 67.

⁷⁵ *ibid.* s. 66.

⁷⁶ *l.c.*

forfatningsdomstolen, BVerfG, sin praksis, og synes altså å ha fått en viss tilslutning i juristfelleskapet for det syn at proporsjonalitetsprinsippet er ubrytelig knyttet til optimaliseringspåbudet.

Den grovstruktur som etter dette avtegner seg, er at rettighetsavgrensningen finner sted i et spenningsfelt mellom optimaliseringspåbudet ("optimization requirements") på den ene siden og forholdsmessighetsgrunnsetningen ("the principle of proportionality") på den andre siden. Dette er for så vidt en riktig observasjon, men bildet blir ikke komplett uten "the Collision Law". Denne tesen går ut på at rettsprinsipper kolliderer eller konkurrerer, og at konflikten løses gjennom proporsjonalitetsprinsippets vektformel ("the Weight Formula"), med "the Law of Balancing" som det sentrale hjelpemiddel. I tillegg må den abstrakte relative vekt ("abstract weight") av de konflikterende prinsipper og "the Second Law of Balancing" vurderes.

Ifølge Alexy er de sentrale teser i hans teori tesene om "optimization" (optimalisering), "collision" (kollisjon) og "balancing" (avveining eller balansering).⁷⁷ De er "lover" eller "påbud" som rettsanvenderen skal legge til grunn, når rettighetsvernet etter rettsprinsippene skal fastlegges. De får imidlertid ikke anvendelse ved subsumpsjon etter en rettsregel, som er den andre typen rettsnorm Alexy opererer med. Sondringen mellom et prinsipp og en regel er dermed av fundamental art og krever en klargjøring.

Det sentrale skillet mellom regler og rettsprinsipper er at mens rettsreglene har en enten/eller karakter, det vil si at enten oppfylles regelen, eller så oppfylles den ikke, har rettsprinsippene karakter av å være prima facie rettigheter.⁷⁸ Den som står overfor en regel, har valget mellom å følge den eller å unnlate å følge den. Riktignok kan regelen være vag, men det er fortsatt et enten/eller valg. Et prinsipp oppstiller derimot et ideal som kan realiseres i større eller mindre grad.⁷⁹ Rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger gir for eksempel kun prima facie vern og er ikke en definitiv rettighet.⁸⁰

Rettsregelens enten/ellen karakter svekkes selvsagt i takt med den mulighet som er til stede for å gjøre unntak fra regelen. En total utvanning av regelen slik at den kan likestilles med et

⁷⁷ Alexy, 'On the Structure of Legal Principles', *Ratio Juris*, 2000 s. 295.

⁷⁸ Alexy, *A theory of constitutional rights* (2002) s. 57.

⁷⁹ Peczenik, *Rättsnormer* (1986) s. 52.

⁸⁰ Alexy, *op.cit.*, s. 57.

rettsprinsipp, krever imidlertid at formelle prinsipper ("formal principles") som er bestemmende for regelens vekt, fjernes. Poenget er at et prinsipp som konflikterer med et annet prinsipp, vil kunne bli satt til side av dette prinsippet, det vil si at det ene prinsippet går foran det andre prinsippet. Dette er ikke nødvendigvis tilfellet vedrørende en regel. Her vil det formelle prinsippet kunne medføre at regelen går foran.⁸¹

Styringsprinsippet er et formelt rettsprinsipp av sentral betydning for min undersøkelse. Dette prinsippet henspiller i min undersøkelse på den kompetansen staten har til å gripe inn i berettigede forventninger gjennom styringsinstrumentene lov, forskrift og enkeltvedtak. Det er kollisjonen mellom dette rettsprinsippet og rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger som først og fremst er gjenstand for behandling.

Her vil jeg tilføye at Graver taler om regler, retningslinjer, prima facie-regler og prinsipper.⁸² Dette i tråd med hva som er tradisjonen hos oss. Hovedsondringen går ifølge Graver mellom regler og retningslinjer. I førstnevnte gruppe finner vi regler som har "normativ kraft", og regler som ikke har slik kraft. Det vil si at hvis rettsfølgene bestemmes av regelen, har den normativ kraft, men hvis regelen kun skal trekkes inn i rettsanvendelsesskjønnet som et moment i retning av en bestemt løsning, har den ikke normativ kraft. Med retningslinjer forstås regler som nøyer seg med å gi anvisning på hensyn, som det skal legges vekt på i en vurdering. Videre prima facie-regler⁸³, det vil si regler som gjelder ved første øyekast, men som må vike dersom gode grunner taler for å ikke følge regelen. Graver presiserer at hvor gode grunner som skal til for at rettsprinsippene må vike, varierer fra prinsipp til prinsipp.⁸⁴ Ut fra dette kan det for det første konstateres at et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger er en "prima facie-regel". For det andre synes det å være fullt mulig å kutte ned

⁸¹ *ibid.* s. 58.

⁸² Graver, *Rettsretorikk: en metodelære* (2007) s. 73 og Graver, *Juridisk overtalelseskunst* (2008) s. 115.

⁸³ Bugge, *Lærebok i miljøforvaltningsrett* (2006) s. 59 synes i relasjon til de "grønne prinsipper" (miljørettslige prinsipper) å legge til grunn at disse er "prima-facie regler" som det kreves tungtveiende mothensyn for å kunne modifisere. Han sier det slik: "Det er en vanlig oppfatning at et prinsipp verken skal eller vil gjelde absolutt, som en ufravikelig regel. Snarere må det ses som en hovedregel eller «presumsjon» som kan ha sine unntak. Tungtveiende mothensyn kan medføre at prinsippet ikke bør få fullt gjennomslag. Forskjellige prinsipper kan også stå i motstrid, slik at det må foretas en avveining mellom dem. At et prinsipp må modifiseres i møte med andre hensyn, vil også kunne ses som et spørsmål om tolkning av innholdet i selve prinsippet." Når det spesifikke gjelder grunnloven § 110b og prinsippet i første ledd om individets rett til et miljø som sikrer sunnhet og bevaring av naturen, konkretiserer Bugge sitt syn slik på s. 76: "Men også for første ledd må det gå en rettslig «nedre grense» for hva domstolene kan godta av lovgivning eller mangel på lovgivning og andre tiltak for å verne miljøet. Paragraf 110b må altså kunne anvendes direkte for domstolene som grunnlag for å sikre det minimum av vern som er nødvendig for å sikre både folks helse og naturgrunnlag som er nødvendig for velferden til dagens befolkning og framtidige generasjoner." Se som en kontrast til denne fortolkning Dworkins synspunkter i "the Snail Darter-Case" i punkt 16.3.2.

⁸⁴ Graver, *op.cit.*, s. 74.

på denne ”skog av regler” i retning av den inndelingen av rettsnormene som legges til grunn etter prinsipp teorien. Det vil si at vi reserverer regel-begrepet til de tilfeller hvor regelen uttrykker de betingelser, som må være til stede for at rettsfølgen skal inntre, og for øvrig taler om prinsipper. Poenget er at det er et behov for en klar forståelse av hva en regel er. En nyttig sonndring i denne forbindelse er også mellom den abstrakte regelen og avgjørelsesregelen, det vil si mellom regelens generelle innhold og regelen anvendt i en konkret sak.⁸⁵ Når det gjelder sammenhengen mellom regler og prinsipper, som jeg skal komme tilbake til i punkt 2.2.2, vil det for eksempel ved kollisjon mellom rettsprinsipper kunne utledes regler om når det ene prinsippet går foran det andre.

2.2.2 ”The Collision Law”

Kollisjonstesen (”the Collision Law”) eller, som den også kalles, tesen om konkurrerende prinsipper (”the Law of Competing Principles) tar sitt utgangspunkt i at når rettsprinsipper konflikter, løses denne konflikt på en annen måte enn ved kollisjon mellom rettsregler.⁸⁶ Mens en kollisjon mellom rettsregler løses ut fra formelle prinsipper som *lex superior* og *lex posterior* eller gjennom å anse en regel som et unntak fra en annen⁸⁷, avgjøres en konflikt mellom kolliderende rettsprinsipper ved en avveining.

Denne avveining gir ofte grunnlag for å kunne utlede generelle rettsregler i form av ”hvis, så – setninger”, det vil si at hvis bestemte vilkår foreligger, så går det ene prinsippet foran det andre og medfører altså en bestemt rettsvirkning. Dette har for eksempel aktualitet for forståelsen av de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler” om omgjøring som det er vist til i forvaltningsloven § 35 siste ledd.⁸⁸

”The Collision Law” lyder slik:

”The conditions under which one principle takes priority over another constitute the operative facts of a rule giving legal effect to the principle deemed prior.”⁸⁹

⁸⁵ Rytter, *op.cit.*, s. 77.

⁸⁶ Alexy, 'On the Structure of Legal Principles', *Ratio Juris*, 2000 s. 295.

⁸⁷ Eckhoff, *Rettskildelære* (2001) s. 348 og Graver, *Juridisk overtalelseskunst* (2008) s. 113.

⁸⁸ Se den nærmere undersøkelse av disse regler i punkt 8.4.

⁸⁹ Alexy, *op.cit.*, s. 297.

Vi ser altså at prinsippene i forhold til slike rettsregler begrunner regelen. Et annet sentralt poeng som følger av kollisjonstesen, er at prioritetsforholdet mellom rettsprinsippene er relativt, det vil si relaterer seg til sakens omstendigheter.⁹⁰

Kollisjonstesen kan også utformes som en formel.⁹¹ Dette sies det noe mer om i rammen nedenfor:

Vi forutsetter her at de konflikterende prinsipper er P_i og P_j . Betingelsene for at P_i skal gå foran P_j uttrykkes med bokstaven C , og rettsvirkningene betegnes R . Vi får følgende formel:

$$(P_i, P_j)C$$

Videre medfører C rettsvirkningen R , som kan oppstilles slik:

$$C \rightarrow R$$

I samsvar med Alexy kan dette uttrykkes som følger: Hvis prinsippet P_i går foran prinsippet P_j når vilkårene C foreligger, og hvis prinsippet P_i medfører rettsvirkninger R , da foreligger en regel som angir C som den operative del av regelen og R som rettsvirkningen.

2.2.3 "The Law of Balancing"

"The Law of Balancing" tar sitt utgangspunkt i at optimaliseringstesen forutsetter proporsjonalitetsprinsippet ("the principle of proportionality") og vice versa. Optimalisering av grunnrettigheter er med andre ord ikke tenkbart uten proporsjonalitetsprinsippet ettersom optimalisering av en grunnrettighet bare kan finne sted innenfor hva som er faktisk og rettslig mulig etter proporsjonalitetsprinsippet.⁹² Hva som er faktisk mulig, avgjøres ut fra grunnsetningens to første underprinsipper, nemlig prinsippene om hensiktsmessighet og nødvendighet (se nedenfor i punkt 2.2.5). De rettslige grenser utledes av underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning, det vil si den avveiningen som følger av "the Law of Balancing", som vi skal se nærmere på i det følgende.

⁹⁰ *l.c.*

⁹¹ *l.c.*

⁹² *l.c.* og Alexy, *A theory of constitutional rights* (2002) s. 100.

”The Law of Balancing” kan formuleres slik:

”The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other.”⁹³

Denne tesen viser at vurderingen av proporsjonalitet kan inndeles i tre trinn . Dette kan forklares med utgangspunkt i de to konflikterende prinsipper *Pi* og *Pj*:

(1) I første trinn klarlegges graden av inngrep eller forstyrrelse vedrørende det første prinsippet, *Pi*.

(2) I andre trinn klarlegges viktigheten av å tilfredsstille det konkurrerende prinsippet, *Pj*.

(3) I tredje trinn avgjøres om viktigheten av å tilfredsstille *Pj* rettferdiggjør inngrepet i eller forstyrrelsen av *Pi*.

Ettersom *Pi* og *Pj* begge er konstitusjonelle rettsprinsipper som skal optimaliseres, har de altså i utgangspunktet samme abstrakte relative vekt. ”The Law of Balancing” konsentrerer seg derfor om å klarlegge inngrepsintensiteten og inngrepsbehovet for på det grunnlaget å kunne rettferdiggjøre hvorfor det ene prinsippet skal gå foran det andre prinsippet.

Alexy benytter til illustrasjon av den tre trinns fremgangsmåte et eksempel fra forfatningsdomstolen vedrørende et pålegg overfor tobakksindustrien om å trykke en helseadvarsel på alle tobakkspakker som selges til forbrukerne.⁹⁴ Et slikt pålegg anses etter den tyske forfatningen som et inngrep i friheten til å drive næringsvirksomhet. Her står altså styringsprinsippet mot prinsippet om frihet til å drive næringsvirksomhet.

Forfatningsdomstolen graderte inngrepet i prinsippet om næringsfrihet og viktigheten av inngrepet etter samme målestokk. Inngrepet i eller forstyrrelsen av retten til å drive næringsvirksomhet ble funnet å være begrenset, det vil si tillegges liten vekt. Helserisikoen ble på den annen side funnet å være stor, og dermed var pålegget også av stor viktighet, det vil si tungtveiende. På denne bakgrunn var det ifølge forfatningsdomstolen opplagt at

⁹³ Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *Ratio Juris*, 2003 s. 436.

⁹⁴ *ibid.* s. 437.

proporsjonalitet forelå, og inngrepet var ikke i strid med forfatningen.⁹⁵ Ut fra "the Law of Balancing" gikk altså styringsprinsippet foran det kolliderende prinsippet om næringsfrihet.

Når det, som i "Tobakk-saken", tas utgangspunkt i at det kan anvendes en felles målestokk i relasjon til de konflikterende prinsipper, åpner dette for å tale om en vektformel ved avgjørelse av spørsmålet om proporsjonalitet ("proportionality in a narrow sense"). Alexy har derfor som en del av sin teori om rettsprinsipper som optimaliseringspåbud utarbeidet "the Weight Formula" som i sin enkleste form bare består av "the Law of Balancing". Denne formelen kan imidlertid utbygges med det Alexy omtaler som den abstrakte relative vekten ("abstract weight") av de konflikterende prinsipper, samt med "the second Law of Balancing". Det er altså tre vurderingstema som gjør seg gjeldende etter "the Weight Formula".

Vurderingstemaet som han omtaler som den abstrakte relative vekten ("abstract weight") av prinsippene, innebærer at det skal tas hensyn til den relative vekten et prinsipp kan ha i forhold til et annet, uavhengig av de konkrete omstendigheter i saken.

"The second Law of Balancing" kan formuleres slik:

"The more heavily the interference with a constitutional right weighs, the greater must be the certainty of its underlying premisses."⁹⁶

I neste punkt presenteres strukturen i "the Weight Formula" i større bredde. Her følger noen presiseringer som bør tas i mente i tilknytning til gjennomgangen av formelen:

For det første kan påpekes at "the Weight Formula" i seg selv kun er en struktur for den fremgangsmåte som skal følges ved fastleggingen av de rettslige grenser for optimaliseringen av kolliderende rettsprinsipper. Formelen forutsetter med andre ord en felles målestokk for vektfastsettingen ut fra de tre vurderingstema, det vil si en juridisk metodelære som gjør dette mulig. Fra "Tobakk-saken" husker vi for eksempel at det ikke fremstod som tvilsomt for noen av dommerne at inngrepet i friheten til å drive næringsvirksomhet, vurdert ut fra den tyske konstitusjonen, ikke var et tungtveiende inngrep, mens styringshensynet på den andre siden

⁹⁵ BVerfG Vol. 95, 179 "Tobakk-dommen".

⁹⁶ Alexy, *op.cit.*, s. 446.

var tungtveiende. Alexy forutsetter altså at kravet om et felles referansepunkt for fastsettingen av den relative vekten av de konflikterende prinsipper oppfylles gjennom den tyske konstitusjonen, og at vektfastsettingen både kan begrunnes og forstås. Dette betyr ikke at det alltid er like lett å avgjøre om inngrepsintensiteten i forhold til en konstitusjonell rettighet for eksempel er stor, moderat eller liten, og hvilken matematisk vekt de ulike faktorer i formelen skal tillegges. Poenget er at ved hjelp av konstitusjonen og juridisk metode er det i mange tilfeller hvor rettsprinsipper kolliderer, mulig å benytte formelen som verktøy for å komme frem til en avgjørelse av prioritetsforholdet mellom prinsippene. Alexy er inne på dette blant annet i tilknytning til den nevnte "Tobakk-saken". Han sier det slik:

"The Tobacco and Titanic Judgments show that rational judgments about degrees of intensity and importance are possible at least in some cases, and that such judgments may be set in relation to each other for the sake of justifying an outcome.

Of course, such judgments presuppose standards that are not themselves to be found in the Law of Balancing"⁹⁷

Videre:

"The assumptions underlying judgments about intensity of interference and degree of importance are not arbitrary. Reasons are given for them, and they are understandable."⁹⁸

For det andre kan "the law of diminishing marginal utility" has i mente ved gjennomgangen av "the Weight Formula".⁹⁹ Denne "loven" forutsetter at den enkelte rettsanvender ikke er viljesløs, men har en bestemt oppfatning av hvor langt det er legitimt å gå ved inngrep i grunnrettigheter under gitte omstendigheter. Det kan for eksempel være inngrep i den personlige friheten for å forebygge terror. Den inngrepsmargin som den enkelte rettsanvender kan støtte, kan variere, men det vil på et abstrakt plan i en seriøs juridisk diskurs være enighet om at dess større inngrepsintensiteten er, dess større grad av viktighet for å sikre nasjonale interesser må foreligge.¹⁰⁰ Denne enighet er imidlertid ikke det sentrale poenget her. Poenget

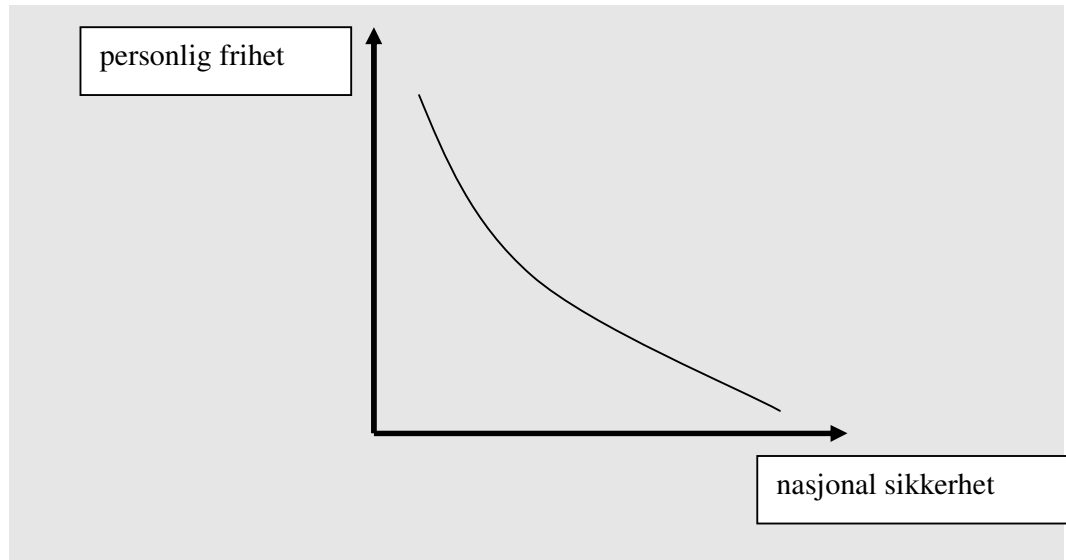
⁹⁷ *ibid.* s. 439.

⁹⁸ *l.c.*

⁹⁹ Alexy, *A theory of constitutional rights* (2002) s. 103.

¹⁰⁰ Nåværende utenriksministeren Jonas Gahr Støre gir i sin bok *Å gjøre en forskjell: refleksjoner fra en norsk utenriksminister* (2008) s. 178 uttrykk for følgende syn som kan forstås i sammenheng med "the law of diminishing marginal utility": "Kampen mot terror må ikke drives så langt at vi gir avkall på friheten i våre egne samfunn. Det er et grunnleggende prinsipp i politikk og i jussens og folkerettens verden at det må være et rimelig forhold mellom målsetting og virkemiddel. En total overvåking av samfunnet ville i teorien være et effektivt middel i kampen mot terrorisme. Men jo lenger vi beveger oss i den retningen, jo mindre vekt legger vi på å forsvare våre egne samfunn." På dette abstrakte planet er det ikke vanskelig å være enig med Støre. Og ofte vil det ikke herske noen tvil om at et inngrep vil være uproporsjonalt ut fra "the law of diminishing marginal

er at på et visst punkt vil inngrepet være av en slik karakter at ingen nasjonal interesse kan forsvare dette. Ettersom denne "lov" med en margin som sitt fokus ikke gir en definitiv struktur for argumentasjonen og løsningen, får "the Weight Formula" stor betydning som måleinstrument.¹⁰¹ Marginen, som det altså ikke er vanskelig å få en generell aksept for når det først er en aksept for at de kolliderende hensyn i prinsippet er like tungtveiende, kan illustreres slik:



Figur 1 "The law of diminishing marginal utility"

utility". Prinsipp teorien gjør dermed "annenlinjetjeneste" ved at den kan anvendes ved løsningen av en "hard case".

¹⁰¹ Alexy, *op.cit.*, s. 105.

2.2.4 "The Weight Formula"

2.2.4.1 Presentasjon av vektformelen

Mens subsumpsjon under rettsregler har en logisk struktur, følger avveining eller balansering av rettsprinsipper en annen rasjonell struktur som kan uttrykkes gjennom "the Weight Formula":¹⁰²

"The Weight Formula" kan angis slik:

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

Formelen slik denne er gjengitt her, tar utgangspunkt i en konflikt mellom de to rettsprinsipper P_i og P_j og kan forklares slik:

$W_{i,j}$ representerer den konkrete relative vekten av P_i i forhold til P_j ut fra avveiningen av de tre faktorparene I_i/I_j , W_i/W_j og R_i/R_j .

Tegnparet eller faktorene I_i og I_j er vurderingen som skal foretas etter "the Law of Balancing".

Tegnparet eller faktorene W_i og W_j er vurderingen av den abstrakte relative vekten av de to konflikterende prinsipper.

Tegnparet eller faktorene R_i og R_j er vurderingen som skal foretas ut fra "the second Law of Balancing".

I det følgende skal faktorene forklares nærmere.

¹⁰² Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *Ratio Juris*, 2003 s. 446.

2.2.4.2 Inngrepsintensitet (I_i) og inngrepsbehov (I_j)

Tegnparet I_i/I_j representerer vurderingen etter "the Law of Balancing".

Det kan tas utgangspunkt i følgende eksempel inspirert av en norsk plenumsdom i *Rt. 2007 s. 1281 "Sakristivold"*.¹⁰³ Vi tenker oss at vi står overfor den situasjon at festetiden i en rekke kontrakter inngått på 1960-tallet mellom grunneiere og boligbyggere er i ferd med å løpe ut. I kontraktstiden har det funnet sted en betydelig økning i tomtepriser som ikke samsvarer med den generelle verdiøkningen i samfunnet. Boligeierne vil i denne situasjon, uten at staten griper inn med en tilbakevirkende lov, som gir rett til fornyelse av kontraktene på samme vilkår som før, i praksis stå overfor valget om enten å kjøpe grunnen til full markedspris eller å tåle en betydelig økning i festeavgift. Vi legger til grunn at grunneierne har en berettiget forventning om å kunne oppjustere festeavgiften som nyter et vern etter grunnloven § 97. Mot dette rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, P_i , står styringsprinsippet, P_j , med retten til bolig som det sentrale hensyn. Vi graderer inngrepet i grunnrettigheten og viktigheten av styringshensynet ut fra samme målestokk. Her velges en enkel tre trinns målestokk som består av gradene lett (l), moderat (m) og stort (s). Vi kan tallfeste disse slik: $l=1$, $m=2$, $s=4$.

Den ekstraordinære prisutviklingen på tomtegrunn sammen med lovgivningshistorikken viser at styrken av de berettigede forventninger er svak. Intensiteten av forstyrrelse vedrørende P_i settes derfor til 1. På den annen side vurderes viktigheten av P_j som stor, med bakgrunn i den langvarige lovgivningstradisjon som er til stede vedrørende beskyttelse av retten til bolig. Viktigheten settes på denne bakgrunn til 4. I formelen blir dermed $I_i=1$ og $I_j=4$.

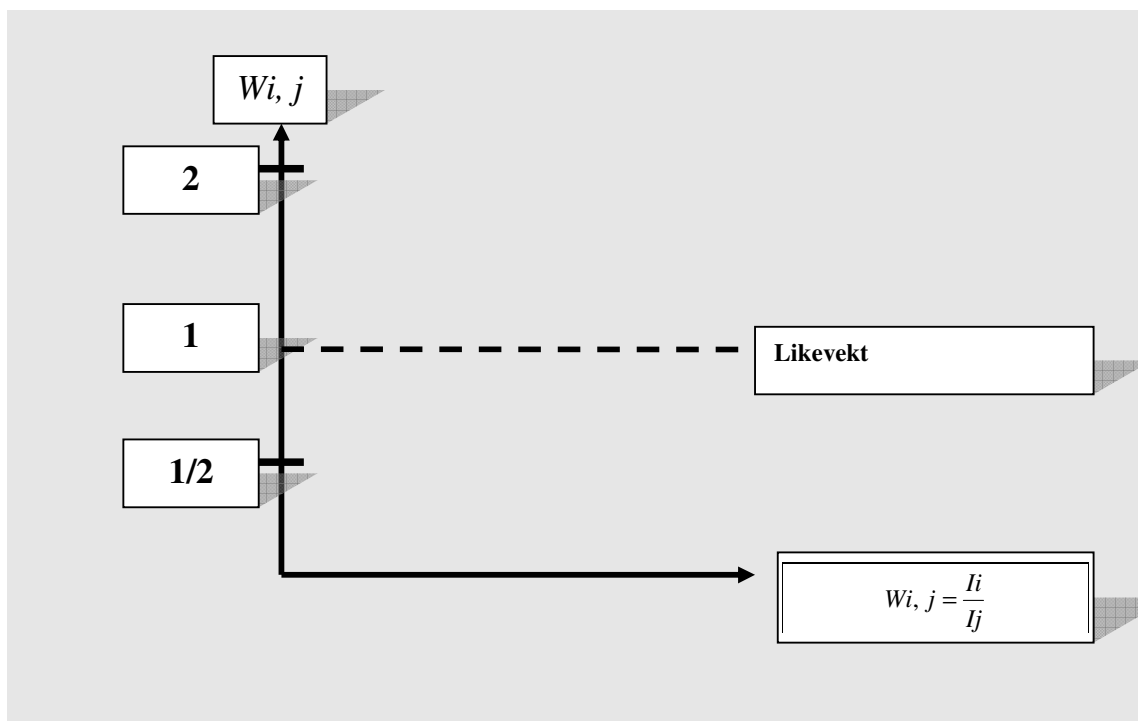
Når vi plasserer disse tallene inn i "the Weight Formula", blir resultatet at vekten av P_i (de berettigede forventninger) er $\frac{1}{4}$:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$\frac{1}{4} = \frac{1}{4}$$

¹⁰³ Se nærmere om denne dom i punkt 3.3.2.3

Vi kan gå videre og benytte de andre mulige kombinasjoner av vektforholdet. Det vi da kommer frem til, er at i alle tilfeller hvor P_j er mer tungtveiende enn P_i , er vekten av P_i ut fra "the Weight Formula" lavere enn tallet 1. Videre at i alle tilfeller hvor P_i er mer tungtveiende enn P_j , er vekten av P_i ut fra formelen større enn tallet 1. Kommer vi ut med tallet 1 er det likevekt eller balanse. Dette kan illustreres slik:



Figur 2 Illustrasjon av likevekt etter "the Law of Balancing"

Alexy påpeker at ved å endre målestokken til en mer finmasket gradering, for eksempel ni ulike grupper, dvs. at hver av de tre gruppene (l), (m) og (s), inndeles i tre, og vi velger en geometrisk skala fra 2^0 til 2^8 sammenlignet med en aritmetisk skala fra 1-9, kan et sentralt poeng fremheves.¹⁰⁴ Hvis det for eksempel er dødsstraff for å spytt på gaten, får den geometriske modellen klart frem at vekten av grunnrettighetene øker med den økte intensiteten av inngrepet i rettigheten. I den aritmetiske modellen settes spytt på gaten til tallet 1, mens dødsstraff settes til tallet 9. I den geometriske modellen står tallet 2 mot tallet 256.

¹⁰⁴ Alexy, *op.cit.*, s. 446.

Alexy taler i denne forbindelse om overproporsjonalitet ("overproportionality"):

"This overproportional growth of concrete weight fits well with the fact that the power of rights increases overproportionally with increasing intensity of interference."¹⁰⁵

2.2.4.3 Abstrakt relativ vekt ("abstract weight")

Når det gjelder tegnpåret W_i/W_j , legges det til grunn at den abstrakte relative vekten av P_i og P_j kan angis ut fra den samme målestokk som benyttes i forholdet I_i og I_j , for eksempel (l), (m) og (s). Denne vurderingen tar hensyn til at det ene prinsippet i utgangspunktet kan anses å ha større vekt enn det kolliderende prinsippet, det vil si uavhengig av sakens konkrete omstendigheter.

Styringsprinsippets abstrakte relative vekt i forhold til rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan for eksempel være større når inngrepsinstrumentet er en lov enn et nytt enkeltvedtak. Dette kan for eksempel begrunnes ut fra et demokratiprinsipp.¹⁰⁶

2.2.4.4 Kunnskap om premisser

Hva angår den tredje vurderingen, representert ved tegnpåret R_i/R_j , gjelder denne de premisser som ligger til grunn for inngrepet i den aktuelle rettighet. Det vil si den konkrete kunnskap som blir lagt til grunn og sannsynligheten for at denne er korrekt.

Alexy benytter her et eksempel om forbud mot cannabis hentet fra Den tyske forfatningsdomstolen, BVerfG.¹⁰⁷ I denne dommen slo domstolen fast at det underliggende empiriske materialet lovgivningen bygde på vedrørende viktigheten av å gripe inn med forbudet, særlig med tanke på helseskader ved bruk av cannabis, er usikkert. Ut fra en tredeling av sannsynlighet i sikkert (s), holdbart (m) og ikke klart uriktig (l) kan det settes tallverdier også på denne vurderingen. Det er sikkert (s) at forbud mot bruk av cannabis er et inngrep i P_i , og vi setter $R_i=1$. Det er på den andre siden kun holdbart (m) at stoffet medfører

¹⁰⁵ *l.c.*

¹⁰⁶ Se for eksempel punkt 9.1 om Fleischers posisjon.

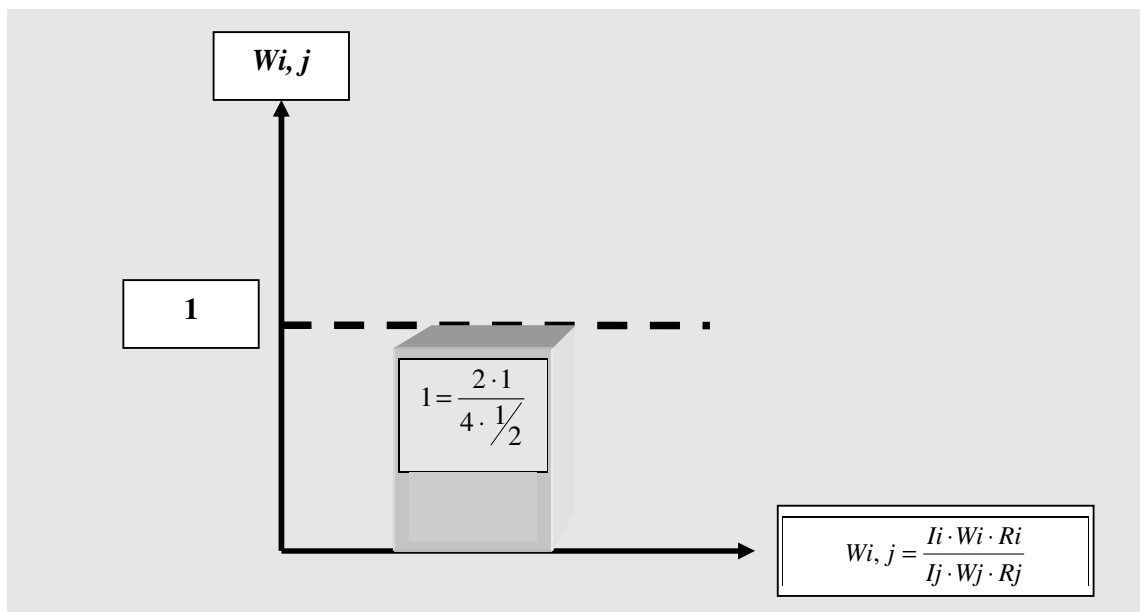
¹⁰⁷ BVerfG, Vol. 90, 145 "Cannabis-dommen".

helseskader, og vi setter $R_j = 1/2$. Hvis vi så for det første forutsetter at de to motstående interesser har samme abstrakte relative vekt, $W_i = 1$ og $W_j = 1$, og for det andre forutsetter at inngrepet i P_i anses moderat (m)=2, mens viktigheten styringsprinsippet, P_j anses å være stort (s)=4, får vi følgende oppsett ut fra "the Weight Formula":

$$W_{i,j} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

$$1 = \frac{2 \cdot 1 \cdot 1}{4 \cdot 1 \cdot \frac{1}{2}}$$

Ettersom P_i ikke veier mer enn 1, er ikke forbudet i strid med den tyske konstitusjonen, dvs P_i er ikke mer tungtveiende enn P_j . Dette er samme resultat som den tyske forfatningsdomstolen kom til. Figuren nedenfor illustrerer tenkningen, nemlig at hvis vekten av P_i , det vil si $W_{i,j}$, er større enn 1, vil inngrepet være uproporsjonalt etter "the Weight Formula".



Figur 3 Illustrasjon av "Cannabis dommen"

2.2.5 "The principles of suitability and necessity"

Disse underprinsippene til "the principle of proportionality" oppstiller krav til inngrepets hensiktsmessighet ("suitability") og nødvendighet (necessity") og gjelder rettighetsavgrensning ut fra hva som er faktisk mulig.

Et inngrep som ikke på noen måte kan bidra til å nå den aktuelle målsettingen, er selvsagt ikke hensiktsmessig. Videre hvis inngrepet kan gjennomføres på en mer skånsom måte, er det i strid med nødvendighetsprinsippet.

Alexy fremhever at disse underprinsipper stammer fra ideen om "Pareto-optimalitet".¹⁰⁸ Med en Pareto-optimal allokering (fordeling) menes i samfunnsøkonomisk sammenheng en situasjon der ingen kan få det bedre, uten at minst én annen får det verre.¹⁰⁹ Alexy har sannsynligvis i tankene en mer nyansert forståelse av Pareto-optimalitet enn de rent økonomiske sider. Som eksempel nevner han at myndighetene vil gripe inn i retten til næringsvirksomhet for å sikre forbrukerne mot å bli pådyttet varer de ikke ønsker - en vare markedsføres for eksempel under navnet "brunost" uten å inneholde de ingredienser som de fleste forbinder med dette produktet. Hvis et pålegg om å gi tydelige opplysninger om produktets innhold vil forhindre at forbrukerne blir lurt, vil det være i strid med nødvendighetsprinsippet å forby salg av produktet.¹¹⁰

¹⁰⁸ Alexy, 'On the Structure of Legal Principles', *Ratio Juris*, 2000 s. 298

¹⁰⁹ Eide og Stavang, *Rettsøkonomi: analyse for privatrett og miljørett* (2001) s. 21.

¹¹⁰ Alexy, *op.cit.*, s. 298.

2.3 ”The Law of Balancing” i rettspraksis fra EMD og EF-domstolen

2.3.1 Oversikt

I det følgende skal prinsipp teoriens kardinalpunkt, ”the Law of Balancing”, illustreres gjennom å rette søkelyset mot rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippene om beskyttelse av berettigede forventninger (”protection of legitimate expectations”) i EF-retten og etter Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 1 artikkel 1.

I punkt 2.3.2 undersøkes rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol om vern av eiendom etter protokoll 1 artikkel 1. I punkt 2.3.3 undersøkes det samme spørsmålet i rettspraksis fra EF-domstolen. I punkt 2.3.4 gis en sammenfatning.

2.3.2 Den europeiske menneskerettsdomstol

2.3.2.1 Generelt om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger

Rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger (”protection of legitimate expectations”) har grunnlag i EMDs praksis om vernet av eiendom etter EMK Protokoll 1 artikkel 1.¹¹¹ Bestemmelsen lyder slik i den norske oversettelsen:

”Enhver fysisk eller juridisk person har rett til å få nyte sin eiendom i fred. Ingen skal bli fratatt sin eiendom unntatt i det offentliges interesse og på de betingelser som er hjemlet ved lov og ved folkerettens alminnelige prinsipper.

Bestemmelsene ovenfor skal imidlertid ikke på noen måte svekke en stats rett til å håndheve slike lover som den anser nødvendige for å kontrollere at eiendom blir brukt i samsvar med allmennhetens interesse eller for å sikre betaling av skatter eller andre avgifter eller bøter.”¹¹²

¹¹¹ Kjølbros, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere* (2007) s. 788.

¹¹² Denne oversettelsen er en del av menneskerettsloven.

Bestemmelsen inneholder tre regler. Disse er angitt slik i EMDs dom 23. september 1982

Sporrong Lönnroth mot Sverige:

“The first rule [prinsippregelen], which is of a general nature, enounces the principle of peaceful enjoyment of property; it is set out in the first sentence of the first paragraph. The second rule [avståelsesregelen] covers deprivation of possessions and subjects it to certain conditions; it appears in the second sentence of the same paragraph. The third rule [kontrollregelen] recognises that the States are entitled, amongst other things, to control the use of property in accordance with the general interest, by enforcing such laws as they deem necessary for the purpose; it is contained in the second paragraph.”¹¹³

Den europeiske menneskerettsdomstol har utledet rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger av begrepet ”eiendom” (”possession”) i artikkel 1. I EMDs dom 28. september 2004 *Kopecký mot Slovakia* slås for eksempel fast følgende:

”An applicant can allege violation of Article 1 Protocol No. 1 only in so far as the impugned decisions related to his ”possessions” within the meaning of this provision. “Possessions” can be either ”existing possessions” or assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he or she has at least a “legitimate expectation” of obtaining effective enjoyment of a property right. By way of contrast, the hope of recognition of a property right which it has been impossible to exercise effectively cannot be considered a “possession” within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1, nor can a conditional claim which lapses as a result of the non-fulfilment of the condition...”¹¹⁴

Kjølbros mener at det hefter en viss usikkerhet ut fra menneskerettsdomstolens praksis vedrørende spørsmålet om når det foreligger en berettiget forventning som nyter beskyttelse.¹¹⁵ Det vil si en forventning som gir prima facie vern mot inngrep. Han påpeker at domstolen synes å oppstille krav om at forventningene har et rimelig grunnlag i gjeldende lovgivning og praksis, herunder i offentlige myndigheters konkrete tilkjennigelser eller handlinger.¹¹⁶

¹¹³ Dommens avsnitt 61. Se også Rook, *Property law and human rights*, (2001) s. 61 om de tre regler.

¹¹⁴ Dommens avsnitt 35 i bokstav c.

¹¹⁵ Kjølbros, *op.cit.*, s.788.

¹¹⁶ *l.c.*

Ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger legger domstolen til grunn et krav om "fair balance" (rettferdig balanse).¹¹⁷ Dette er et generelt prinsipp etter Den europeiske menneskerettskonvensjon. Forfatterne Van Dijk og Van Hoof sier dette slik:

"The 'search for a fair balance between the demands of the community and the requirements of the individual's fundamental rights' is, in the words of the Court, 'inherent' in the Convention system."¹¹⁸

I EMDs dom 5. mai 1995 *Air Canada mot Storbritannia* som gjaldt kontrollregelen i artikkel 1 angis kravet til "fair balance" slik:

"Consequently, an interference must achieve a 'fair balance' between the demands of the general interests of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights. The concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 as a whole, including the second paragraph: there must therefore be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued."¹¹⁹

Ved avveiningen legger domstolen til grunn en skjønnsmargin ("margin of appreciation") for staten. Aall mener at denne skjønnsmargin varierer etter inngrepets styrke, særlig relatert til rettighetens karakter.¹²⁰ Han trekker en parallell til inndelingen av interesser i *Rt. 1976 s. 1* "Kløftadommen" og påpeker at Høyesterett har vært tilbakeholden vedrørende sin prøvning av inngrep i økonomiske rettigheter, men inntar en langt mer aktiv holdning ved inngrep i den personlige friheten.¹²¹

Allerede ut fra det som her er sagt, antydes ganske klart at det kan trekkes en forbindelseslinje til "the Weight Formula" og faktorene I_i/I_j og W_i/W_j , det vil si "the Law of Balancing" og vurderingen av de konflikterende rettsprinsippers abstrakte relative vekt ("abstract weight"). En rettferdig balanse ("fair balance") er jo nettopp hensikten med "the Weight Formula" med

¹¹⁷ Avveiningen forutsetter at domstolen i utgangspunktet har funnet at inngrepet er "in accordance with the law and in the general interest". Se Rook, *Property law and human rights* (2001) og hennes analyse av EMDs dom 29. november 1991 *Pine Valley Developments med flere mot Irland* på side 343-346. Se også EMDs dom 28. september 2004 *Kopecný mot Slovakia*, avsnitt 45.

¹¹⁸ Dijk og Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (1998) s. 81.

¹¹⁹ Dommens avsnitt 36.

¹²⁰ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon* (2007) s. 130

¹²¹ *ibid.* s. 100 og s. 130.

faktorene i "the Law of Balancing" som sentrale indikatorer, og gjennom innrømmelse av en skjønnsmargin ("margin of appreciation") tas det hensyn til at styringsprinsippet til en viss grad bør ha større abstrakt relativ vekt ("abstract weight"). Det samme antydes også gjennom domstolens utsagn om at inngrepet ikke må være ute av proporsjoner.¹²² Den abstrakte relative vekten av rettsprinsipper til vern av enkeltindividet kan på den annen side selvsagt også være tillagt større abstrakt relativ vekt enn det konflikterende rettsprinsippet. Menneskerettsdomstolen krever for eksempel at inngrepet er begrunnet i "a pressing social need".¹²³

Som et eksempel på hvordan Høyesterett går frem ved fastlegging av skjønnsmarginen ("the margin of appreciation") kan trekkes frem *HR-2008-02171-A* "Plexus Investments USA, Inc." Saksforholdet i denne saken var at Plexus Investments og Northlight Oil AS hadde fått rett til oljeleting og enerett til utvinning ("utmål") i et område med norsk suverenitet etter Svalbardtraktaten. Ved opprettelsen av Hopen naturreservat gikk disse utnyttelsesmuligheter tapt. Høyesterett la til grunn at utmål bare er "et skritt på veien mot en mulig økonomisk utnyttelse". Det var derfor ifølge Høyesterett tvilsomt om protokoll 1 artikkel 1 fikk anvendelse¹²⁴, det vil si om det forelå "en rimelig forventning om at rettsposisjonen vil kunne utnyttes som forutsatt"¹²⁵. Spørsmålet om proporsjonalitet ble likevel vurdert ut fra kontrollregelen.¹²⁶ I dommen tales det ikke om at styringsprinsippet må gis større abstrakt relativ vekt enn rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, men det er ikke tvilsomt at Høyesterett gjorde dette ved å reise problemstillingen om "hvor langt vernehensynet må gis forrang ved naturfredning."¹²⁷ Ved fastleggingen av den abstrakte relative vekten av de kolliderende prinsipper anvendte Høyesterett rettspraksis om grunnloven § 105 og begrunnet dette med at "[d]et er imidlertid ikke noe ved [menneskeretts]domstolens praksis som tilsier at disse hensynene vil bli tillagt mindre vekt ved tolkingen av EMK P 1-1 enn den vekt norske domstoler har tillagt disse hensyn ved fastleggingen av rekkevidden av Grunnloven § 105 i denne sammenheng."¹²⁸

¹²² Rytter, *Grundrettigheter: domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten* (2000) s. 256.

¹²³ *ibid.* s. 257.

¹²⁴ Dommens avsnitt (44).

¹²⁵ *ibid.* avsnitt (41).

¹²⁶ *ibid.* avsnitt (51).

¹²⁷ *ibid.* avsnitt (59).

¹²⁸ *l.c.*

Utgangspunktet for Høyesterett var dermed at de verdipreferanser og prinsipper som gjør seg gjeldende i norsk rett, blir avgjørende ved fastleggningen av den abstrakte relative vekten mellom de kolliderende prinsipper, med mindre det finnes holdepunkter i menneskerettsdomstolens praksis som rokker ved dette.

2.3.2.2 Rettspraksis – oversikt over dommene

Det skal nå ses nærmere på noen konkrete avgjørelser om beskyttelse av berettigede forventninger etter protokoll 1 artikkel 1. I kronologisk rekkefølge undersøkes følgende avgjørelser: Pine-Valley Developments fra 1991, Pressos Compania Naviera fra 1995, Stretch fra 2003 og Fedorenko fra 2006. Ved utvelgelsen av disse fire dommene er det særlig lagt vekt på at de berettigede forventninger er skapt av myndighetene på forskjellige måter, noe som understreker artikkel 1 som et grunnleggende krav til myndighetsutøvingen.

2.3.2.3 Pine Valley Developments

I EMDs dom 29. november 1991 *Pine Valley Developments (I) mot Irland* ble det lagt til grunn at det forelå et inngrep i berettigede forventninger om vern av eiendom begrunnet med hensynet til en korrekt anvendelse av den irske planlovgivningen.¹²⁹ Domstolen måtte dermed ta stilling til om dette inngrepet var ”proportionate” (”proportionate to the aim pursued”¹³⁰ eller ”regarded as a disproportionate measure”¹³¹). Denne vurderingen skal straks undersøkes nærmere i relasjon til ”the Law of Balancing”. Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger,¹³² samt redegjøres for klagernes anførsler.¹³³

Saksforholdet i *Pine Valley Developments (I) mot Irland* var at Pine Valley Developments hadde ervervet et grunnareal på 2 ½ acres, som tilsvarer ca. 85 mål, i tillit til en rammetillatelse (”outline planning permission”) for planlegging av lager- og kontorbygninger på arealet. Tillatelsen var gitt av ”the Minister for Local Government” til arealets tidligere eier

¹²⁹ Dommens avsnitt 51, 54 og 59.

¹³⁰ *ibid.* avsnitt 58 in fine.

¹³¹ *ibid.* avsnitt 59 in fine.

¹³² *ibid.* avsnitt 9-13.

¹³³ *ibid.* avsnitt 35.

10. mars 1977 etter klage over planmyndighetenes avslag om innvilgelse av en søknad om endelig tillatelse ("full planning permission"). Planmyndighetene hadde ved sitt avslag vist til at arealet befant seg i et område som i foreliggende generalplan var avsatt til landbruk- og grøntområde.¹³⁴ Da Pine Valley Developments senere søkte om å få godkjent sin bebyggelsesplan ("detailed planning approval") med grunnlag i den foreliggende rammetillatelse ble søknaden avslått av planmyndighetene. Med bakgrunn i en begjæring oversendt domstolene fra Pine Valley Developments ble planmyndighetene av underinstansene pålagt å gi selskapet tillatelse. Saken ble imidlertid påanket av planmyndighetene til "the Supreme Court". Før saken ble behandlet i "the Supreme Court", overdro Pine Valley Developments arealet til Healy Holding. Ved sakens behandling i "the Supreme Court" fikk planmyndighetene medhold. Retten mente at den foreliggende rammetillatelse var ugyldig og en nullitet på grunn av at "the Minister for Local Government" ikke hadde kompetanse til å sette til side reguleringen i generalplanen til jordbruk og grøntområde. Arealet, som var kjøpt av Pine Valley Developments i 1978 for 550.000 irske pund og videresolgt til Healy Holding for samme sum, ble som følge av dette solgt. Salgssummen var denne gang 50.000 irske pund.

Klagerne, Pine Valley Developments, Healy Holdings Ltd og Mr. Healy, anførte brudd på rettighetsvernet etter protokoll 1 artikkel 1 når staten ikke la til grunn den foreliggende rammetillatelse for sin myndighetsutøving og heller ikke erstattet deres tap.

Ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger tok domstolen blant annet stilling til om inngrepet var "proportionate". Ut fra prinsipp teoriens "principle of proportionality" synes formuleringene "proportionate to the aim pursued" og "disproportionate measure" å gjelde spørsmålet om hvilke faktiske og rettslige muligheter som er til stede for å optimalisere rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Med andre ord indikeres at underprinsippene om "necessity", "suitability" og "proportionality in a narrow sense" får anvendelse. Avgjørelsens avsnitt 59 synes å bekrefte dette. Her fremkommer blant annet følgende:

"The interference was designed and served to ensure that the relevant planning legislation was correctly applied by the Minister for Local Government not simply in the applicants' case but across the board. The decision of the

¹³⁴ Antakelig tilsvarer dette LNF-områder (landbruks-, natur- og friluftsområder) i arealdelen av kommuneplanen, jfr. plan- og bygningsloven § 20-4.

Supreme Court, the result of which was to prevent building in an area zoned for the further development of agriculture so as to preserve a green belt (see paragraph 9 above), must be regarded as a proper way - if not the only way - of achieving that aim.

The applicants were engaged on a commercial venture which, by its very nature, involved an element of risk (see, mutatis mutandis, the Håkansson and Stureson judgment of 21 February 1990, Series A no. 171-A, pp. 17-18, paras. 53 and 55, and the above-mentioned Fredin judgment, Series A no.192, pp. 17-18, para. 54) and they were aware not only of the zoning plan but also of the opposition of the local authority, Dublin County Council, to any departure from it (see paragraphs 10 and 12 above). This being so, the Court does not consider that the annulment of the permission without any remedial action being taken in their favour can be regarded as a disproportionate measure.”

Vurderingen i første avsnitt i dette sitatet kan relateres til prinsipp teoriens underprinsipper om ”necessity” og ”suitability”, mens det siste avsnittet kan relateres til underprinsippet om ”proportionality in a narrow sense” og ”the Law of Balancing”.

Spørsmålet er dermed om den tre trinns fremgangsmåte som følger av denne ”loven”, gjenspeiles i sistnevnte avsnitt. Det vil si at inngrepsintensiteten vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger veies mot styringsbehovet, og at tilsidesettelsen av de berettigede forventninger rettferdiggjøres gjennom at den relative vekten av styringsprinsippet anses å være større enn vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger.

Menneskerettsdomstolen synes ut fra det først siterte avsnitt i dommens avsnitt 59 å ha hatt som utgangspunkt at styringsbehovet var betydelig, det vil si at behovet for etterlevelse av planlovgivningens vernekrav nedfelt i soneplanen var betydelig. Dermed konsentrerte menneskerettsdomstolen seg i første rekke om å komme frem til inngrepsintensiteten i forhold til rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Denne klarla domstolen ut fra flere omstendigheter. For det første ble det pekt på at det dreide seg om en økonomisk virksomhet med en viss risiko. For det andre at de private rettssubjekter både var kjent med den soneplan som ”the Minister for Local Government” hadde satt til side ved sin tillatelse til å anvende arealet til industriformål, og den motstand denne tilsidesettelse hadde blitt møtt med hos de lokale planleggingsmyndighetene. For det tredje ble det pekt på at arealet ikke ble verdiløst som følge av inngrepet, ettersom det kunne utnyttes til jordbruk. Domstolen foretok

etter dette en avveining av om tilsidesettelsen av de berettigede forventninger var uproporsjonalt og besvarte dette benektende.

Det kan etter dette konkluderes med at menneskerettsdomstolens argumentasjon ved sin rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra "the Law of Balancing", det vil si at strukturen i argumentasjonen vedrørende kravet om "proportionality" kan forklares ut fra denne "loven".

I rammen nedenfor går jeg noe nærmere inn på dommen med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

Pine Valley Developments

Det kan ut fra premissene synes som om domstolen mener at hensynet til vern av arealet er mer tungtveiende enn hensynet til beskyttelse av berettigede forventninger. En annen mulighet er at domstolen mener at behovet for vern av arealet (I_j) i alle fall er like tungtveiende som styrken av de berettigede forventninger (I_i). I dette siste tilfellet blir den konkrete vekten av P_i , når det motstående prinsippet er like tungtveiende, tallet 1: $W_{i,j}=1$. Dette ut fra følgende:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$1 = \frac{1}{1}$$

I begge de nevnte tilfeller er ikke forstyrrelsen av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger uproporsjonalt. Konklusjonen er med andre ord at P_i går foran P_j ved tilstedeværelsen av de angitte betingelser. Dette kan, som kjent, ut fra "the Collision Law" angis slik: $(P_i, P_j)C$.

Ut fra "the Law of Balancing" og målestokken (s), (m) og (l), antyder dommen videre følgende:

$$(1) P_i:s, P_j:m,l$$

$$(2) P_i:m, P_j:l$$

Altså at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, P_i , går foran styringsprinsippet, P_j , når inngrepsintensiteten er sterk ($I_i:s$) og inngrepsbehovet er moderat ($I_j:m$) eller lite ($I_j:l$). Videre at P_i går foran P_j , når inngrepsintensiteten er moderat ($I_i:m$) og inngrepsbehovet er lite ($I_j:l$).

2.3.2.4 Pressos Compania Naviera

I EMDs dom 20. november 1995 *Pressos Compania Naviera and Others (I) mot Belgia* ble det lagt til grunn at det forelå et inngrep i berettigede forventninger om vern av eiendom.¹³⁵ Dette inngrepet var begrunnet med statsfinansielle hensyn, behov for å gjeninnføre forutberegnelighet ("legal certainty") på erstatningsrettens område og å bringe belgisk erstatningsrett i samsvar med nabolandenes rett.¹³⁶ Domstolen måtte dermed ta stilling til om dette inngrepet tilfredstilte kravet om "a fair balance".¹³⁷ Disse vurderinger skal straks undersøkes nærmere i relasjon til "the Law of Balancing". Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og for klagernes anførsler.

Saken gjaldt det som i norsk rett gjerne omtales som egentlig tilbakevirkning. Ved lov 30. august 1988 ble den belgiske lov om lostjenester endret. Endringen bestod i at det ble innført ansvarsbegrensninger for lostjenester med en tilbakevirkende kraft på 30 år. Pressos Compania Naviera og 25 andre klagere, som hadde reist erstatningssøksmål mot den belgiske staten og private losselskap for uaktsom skadeforvoldelse ved utføring av lostjenesten, anførte for menneskerettsdomstolen at ansvarsbegrensningen brøt med den tidligere rettsituasjon fastlagt gjennom belgisk rettspraksis så tidlig som i 1920 ("La Flandria – dommen"). Ut fra denne dommen og senere rettspraksis mente klagerne å ha en berettiget forventning etter protokoll 1 artikkel 1 om å kunne kreve sine tap erstattet.¹³⁸

Menneskerettsdomstolen vurderte spørsmålet om inngrepet tilfredsstillte kravet om "a fair balance" under overskriften "[p]roportionality of the interference".¹³⁹ Det fremkommer at det sentrale spørsmålet er om "taking of property without payment of an amount reasonably related to its value" er uproporsjonalt,¹⁴⁰ og med henvisning til tidligere rettspraksis slår domstolen fast at "a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 (P1-1) only in exceptional circumstances...".¹⁴¹ Ut fra prinsipp teoriens "principle of proportionality" synes disse formuleringene å gjelde spørsmålet om hvilke rettslige

¹³⁵ EMDs dom 20. november 1995 *Pressos Compania Naviera and Others (I) mot Belgia* avsnitt 34.

¹³⁶ *ibid.* avsnitt 36 og 40.

¹³⁷ *ibid.* avsnitt 38.

¹³⁸ *ibid.* avsnitt 31.

¹³⁹ *ibid.* punkt 3 (b).

¹⁴⁰ *ibid.* avsnitt 38.

¹⁴¹ *l.c.*

muligheter som er til stede for å optimalisere rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Med andre ord indikeres at underprinsippet om ”proportionality in a narrow sense” får avgjørende betydning. Domstolens vurderinger av statens tre begrunnelser for inngrepet i de berettigede forventninger synes å bekrefte dette.¹⁴²

“40. The Government invoked the financial implications, which were both enormous and unforeseeable, of the Court of Cassation's judgment of 15 December 1983. During preparatory work on the 1988 Act, the financial impact of the actions then pending against the Belgian State had been assessed at 3.5 thousand million Belgian francs. The legislature had been entitled to protect the public purse from this expense, because it stemmed from a construction placed on the relevant provisions that was so disputable and unforeseeable that the applicants could not reasonably have believed that it would be endorsed by the legislature. Indeed this had been confirmed in substance by the Court of Arbitration (see paragraph 7 above).

The Government also stressed that it had been necessary to put an end to the "lack of legal certainty" generated by the judgment of 15 December 1983. In their view, the legislature in 1988 had had to reaffirm a principle that had been recognised under Belgian law for nearly one hundred and fifty years and had been overturned by a questionable interpretation on the part of the Court of Cassation. Finally the Government contended that the 1988 Act was also intended to bring the Belgian legislation into line with that of neighbouring countries.

41. The applicants observed in the first place that the 1988 Act benefited not only the Belgian State, but also the private pilot company that was involved in several disputes (see paragraph 6 above). They then submitted that the financial reasons cited by the Government could not justify such a massive violation of their fundamental rights, in particular in view of the fact that, far from being unforeseeable, the Court of Cassation's judgment of 15 December 1983 was entirely consistent with its "La Flandria" judgment of 1920 (see paragraph 17 above). The State had had ample time to take measures in conformity with the Convention so as to anticipate a ruling that merely developed a particular line of case-law, which had been initiated much earlier. Instead it had not only annulled retrospectively claims that were already in existence, but it had waited until 1988 before doing so, thereby aggravating the frustration of the applicants' expectations, many of whom had delayed instituting proceedings against the State until 1986 or later.

42. The Court recalls that the Court of Cassation had recognised in its "La Flandria" judgment of 5 November 1920 that the State and the other public-law bodies were subject to the general law of tort (see paragraph 17 above).

¹⁴² EMDs dom 20. november 1995 *Pressos Compania Naviera and Others (I) mot Belgia* avsnitt 40-44.

Since then the Court of Cassation had admittedly not had occasion to hear cases relating to the State's liability concerning pilot services, but it was certainly not unforeseeable that it would apply to this type of case, at the first opportunity, the principles that it had defined in general terms in the judgment of 1920. This was especially true in view of the fact that a reading of the 1967 Act in the light of the Conseil d'Etat's opinion could reasonably support the conclusion that the Act did not depart from the general law of tort (see paragraphs 11-13 above). The 1983 judgment did not therefore undermine legal certainty.

43. The financial considerations cited by the Government and their concern to bring Belgian law into line with the law of neighbouring countries could warrant prospective legislation in this area to derogate from the general law of tort.

Such considerations could not justify legislating with retrospective effect with the aim and consequence of depriving the applicants of their claims for compensation.

Such a fundamental interference with the applicants' rights is inconsistent with preserving a fair balance between the interests at stake.

44. It follows that in so far as the 1988 Act concerned events prior to 17 September 1988, the date of its publication and its entry into force, it breached Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1)."

Her fremkommer for det første at statens begrunnelse for lovendringen med rettsusikkerhet ikke ble funnet godtgjort av menneskerettsdomstolen. Domstolen tok utgangspunkt i "La Flandria – dommen" fra 1920 og mente blant annet at det fulgte av denne dommen at de alminnelige erstatningsregler også gjaldt for lostjenester, og at det dermed var påregnelig at dette ville bli gjort gjeldende av skadelidte i senere erstatningssaker. Den senere dom fra 1983 skapte ikke usikkerhet om dette. For det andre fremkommer at når det gjelder statens begrunnelse for lovendringen med finansielle forhold og å bringe retts situasjonen i samsvar med nabolandenes rett, foretok menneskerettsdomstolen en samlet vurdering av kravet om "a fair balance" og kom til at disse begrunnelser verken samlet eller hver for seg kunne rettferdiggjøre inngrepet i klagerens erstatningskrav uten kompensasjon.¹⁴³ I denne forbindelse er det særlig grunn til å merke seg at staten karakteriserte de statsfinansielle utgifter ved tilsidesettelse av loven på 3500 millioner belgiske francs som "enormous",¹⁴⁴ men dette var altså ikke tungtveiende nok til å sette til side vernet etter rettsprinsippet om

¹⁴³ *ibid.* avsnitt 43.

¹⁴⁴ *ibid.* avsnitt 40.

beskyttelse av berettigede forventninger mot "deprivation of possessions" ("avståelsesregelen").¹⁴⁵

Det er vurdering av kravet om "fair balance" i forhold til statens begrunnelse av lovendringen med finansielle forhold og å bringe rettssituasjonen i samsvar med nabolandenes rett som skal undersøkes i relasjon til "the Law of Balancing".

Spørsmålet er dermed om den tre trinns fremgangsmåten som følger av "loven", gjenspeiles i menneskerettsdomstolens avveining.

I første trinn hvor intensiteten vedrørende inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger vurderes, la domstolen vekt på at rettssituasjonen vedrørende erstatningsansvar ble klarlagt allerede ved "La Flandria - dommen" fra 1920. Videre at den samme domstolen som stod bak "La Flandria – dommen", fastholdt den aktuelle rettsnorm om erstatningsansvar i sin dom fra 1983. Det forelå dermed ikke omstendigheter som kunne svekke skadelidtes forventninger om å kunne kreve erstattet oppståtte tap. Her må også ha i mente domstolens klare formulering om at avståelse av eiendom uten erstatning i de fleste tilfeller vil være uproporsjonalt.

I andre trinn hvor styringsbehovet klarlegges, synes domstolen å ha ansett dette som begrenset. Domstolen uttrykte nemlig ingen forståelse for begrunnelsen bak den tilbakevirkende lov og avfeier disse hensyn med å slå fast at "taking of property without payment of an amount reasonably related to its value will normally constitute a disproportionate interference and a total lack of compensation can be considered justifiable under Article 1 (P1-1) only in exceptional circumstances...".¹⁴⁶

Bak denne formuleringen finner vi ganske opplagt "the law of diminishing marginal utility", jfr. punkt 2.2.3.

I tredje trinn foretok domstolen en avveining av om tilsidesettelsen av de berettigede forventninger var uproporsjonalt og besvarte dette benektende.

¹⁴⁵ *ibid.* avsnitt 33.

¹⁴⁶ *ibid.* avsnitt 38.

Det kan etter dette konkluderes med at menneskerettsdomstolens argumentasjon ved sin rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra "the Law of Balancing", det vil si at strukturen i argumentasjonen vedrørende kravet om "proportionality" kan forklares ut fra denne "loven".

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på dommen med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

Pressos Compania Naviera

Domspremissene indikerer at inngrepsintensiteten vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er sterk ($I_i:s$). Videre at styringsbehovet er begrenset ($I_j:l$) eller i alle fall ikke mer enn moderat ($I_j:m$). Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$2 = \frac{4}{2}$$

Vi ser at inngrepet i eller forstyrrelsen av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er uporsjonalt etter "loven", men denne er ikke særlig interessant ettersom domstolen anvendte "the law of diminishing marginal utility".

2.3.2.5 Stretch

I EMDs dom 24. juni 2003 *Stretch mot Storbritannia* ble det lagt til grunn at det forelå et inngrep i berettigede forventninger om vern av eiendom¹⁴⁷ begrunnet med hensynet til en korrekt anvendelse av britisk lovgivning.¹⁴⁸ Domstolen måtte dermed ta stilling til om dette inngrepet tilfredstiller kravet om "a fair balance",¹⁴⁹ det vil si om inngrepet i de berettigede

¹⁴⁷ EMDs dom 24. juni 2003 *Stretch mot Storbritannia* avsnitt 36.

¹⁴⁸ *ibid.* avsnitt 38.

¹⁴⁹ *ibid.* avsnitt 37.

forventninger tilfredsstillende ”the principle of proportionality”.¹⁵⁰ Denne vurderinger skal straks undersøkes nærmere i relasjon til ”the Law of Balancing”. Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og for klagerens anførsler.

Saksforholdet var at klageren i 1969 hadde leid et grunnareal fra kommunen, West Dorset, for en periode på 22 år med en avtalefestet mulighet for forlengelse i ytterligere 21 år. Klausulen var i strid med lovgivningen ved kontraktsinngåelsen, men verken kommunen eller kommunens rettsforfølger var kjent med de rettslige begrensninger som forelå vedrørende klausulen om forlengelse av leieforholdet. Leietaker hadde i samsvar med kontrakten foretatt utbygginger på arealet i tillitt til avtalen, fremleid en del grunnareal og for øvrig oppfylt sine plikter etter avtalen. Innsigelsen fra kommunen om at klausulen om fornyelse var ugyldig ble fremsatt i 1995, det vil si etter at leieforholdet var forlenget. Det var på det rene at forbudet mot å inngå avtaler med forlengelsesmulighet for leieren ble opphevet ved en endring av ”the Local Government Act 1972”. Klausulen ville dermed vært gyldig om leieavtalen var inngått etter ikrafttreden av 1972-loven.¹⁵¹

Ved sakens behandling i de engelske domstoler fikk leieren ikke medhold.

Menneskerettsdomstolen refererte følgende synspunkter av interesse fra ”the Court of Appeal”:

“... I would dismiss this appeal. I do so with little satisfaction. It seems to me unjust that when public bodies misconstrue their own powers to enter into commercial transactions with unsuspecting members of the public, those bodies should be allowed to take advantage of their own errors to escape from the unlawful bargains which they have made. For a local authority to assert the illegality of its own action is an unattractive stance for it to adopt. It is the more striking when, as in this case, the transaction in question is as mundane as a building lease; and the local authority, by taking the point against the member of the public with whom it or its predecessor contracted, thereby robs that member of the public of part of the consideration for entering into the lease...”¹⁵²

¹⁵⁰ *ibid.* avsnitt 38.

¹⁵¹ *ibid.* avsnitt 26.

¹⁵² *ibid.* avsnitt 22.

Klageren anførte blant annet for menneskerettsdomstolen at det ved kontraktsinngåelsen ikke var klart at de lokale myndigheter manglet kompetanse til å inngå avtalen med den aktuelle opsjon. Videre at han måtte komme i samme stilling som klageren i *Pine Valley Developments (I) mot Irland* vedrørende spørsmålet om prima facie vern etter protokoll 1 artikkel 1 mot inngrep begrunnet med doktrinen om "ultra vires".¹⁵³

Menneskerettsdomstolen vurderte spørsmålet om inngrepet tilfredsstillende kravet om "a fair balance". Vurderingstemaet angis slik:

"The Government have emphasised in this case the doctrine of *ultra vires* which provides an important safeguard against abuse of power by local or statutory authorities acting beyond the competence given to them under domestic law. The Court does not dispute the purpose or usefulness of this doctrine which indeed reflects the notion of the rule of law underlying much of the Convention itself. It is not however persuaded that the application of the doctrine in the present case respects the principle of proportionality."¹⁵⁴

Ut fra prinsipp teoriens "principle of proportionality" synes denne formuleringen å gjelde spørsmålet om hvilke rettslige muligheter som er til stede for å optimalisere rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Med andre ord indikeres at underprinsippet om "proportionality in a narrow sense" får avgjørende betydning. Domstolens vurdering av statens begrunnelse for inngrepet i de berettigede forventninger synes å bekrefte dette:

"39. The Court observes that local authorities inevitably enter into many agreements of a private law nature with ordinary citizens in the pursuance of their functions, not all of which however will concern matters of vital public concern. In the present case, the local authority entered in a lease and was unaware that its powers to do so did not include the possibility of agreeing to an option for renewal of the lease. It nonetheless obtained the agreed rent for the lease and, on exercise of the renewal of the option, had the possibility of negotiating an increase in ground rent. There is no issue that the local authority acted against the public interest in the way in which it disposed of the property under its control or that any third party interests or the pursuit of any other statutory function would have been prejudiced by giving effect to the renewal option. The subsequent statutory amendments further illustrate that there was nothing per se objectionable or inappropriate in a local authority including such a term in lease agreements (see paragraph 26).

¹⁵³ *ibid.* avsnitt 28.

¹⁵⁴ *ibid.* avsnitt 38.

40. The Government argued that the applicant, as with all persons entering into contract with the local authority, should have been aware of the consequences of any incapacity and that he had the opportunity to take legal advice, or sue his solicitors for negligence in giving any such advice. Since however the local authority itself considered that it had the power to grant an option, it does not appear unreasonable that the applicant and his legal advisers entertained the same belief. While the Government also referred to the doctrine of ultra vires being mitigated by the principles of unjust enrichment, it is not suggested that in this case the applicant had any possibility to obtain some kind of compensation for the application of the rule in his case. The applicant not only had the expectation of deriving future return from his investment in the lease but, as was noted in the Court of Appeal, the option to renew had been an important part of the lease for a person undertaking building obligations and who otherwise would have had a limited period in which to recoup his expenditure.

41. Having regard to those considerations, the Court finds that in this case there was a disproportionate interference with the applicant's peaceful enjoyment of his possessions and therefore, concludes that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention."

Slik det fremkommer her, kom menneskerettsdomstolen til at kravet om "a fair balance" ikke var innfridd. Det ble tatt utgangspunkt i at de lokale myndigheter mente å ha kompetanse til å inngå avtalen, og at det ikke fremstod som usannsynlig at klageren og hans juridiske rådgiver mente det samme. Det ble videre påpekt at det på avtaleinngåelsestidspunktet ikke forelå omstendigheter som kunne underbygge at noen samfunnsmessige interesser av betydning ble tilsidesatt gjennom den aktuelle avtaleklausul, og at den senere lovendringen underbygget dette. Det forhold at de lokale myndigheter hadde mulighet til å kreve en reforhandling vedrørende grunnleien ved forlengelse av avtalen ble også trukket frem. Videre at klageren ikke bare hadde forventning om å få tilbake sin investering i bygninger, men at muligheten til å forlenge avtalen i seg selv var et sentralt forhold for leietaker.

Vurderingen i dommens avsnitt 39-41 skal undersøkes i relasjon til "the Law of Balancing".

Spørsmålet er dermed om den tre trinns fremgangsmåte som følger av denne "lov", gjenspeiles i dommens avsnitt 39-41.

Ved fastleggingen av intensiteten vedrørende forstyrrelsen av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger fremhevet domstolen i første trinn den foreliggende

forventningen om å få tilbake investeringer i bygninger, og at avtalen kunne forlenges. Når disse forventninger ikke innfris, synes domstolen å ha som utgangspunkt at inngrepsintensiteten er ganske stor.

Hva angår styringsbehovet, det vil si behovet for korrekt etterlevelse av britisk rett, hadde menneskerettsdomstolen i andre trinn av sin vurdering ingen merknader til at de lokale myndigheter tok utgangspunkt i “the doctrine of *ultra vires*”.¹⁵⁵ Tvert i mot ble det presisert at “the purpose or usefulness of this doctrine which indeed reflects the notion of the rule of law underlying much of the Convention itself”.¹⁵⁶ Ved vurderingen av styrken av dette hensynet fremhevet imidlertid menneskerettsdomstolen at ingen samfunnsmessige hensyn var krenket ved forlengelsen av leieforholdet. Menneskerettsdomstolen kom etter dette i tredje trinn til at styringshensynet begrunnet med “the doctrine of *ultra vires*” alene ikke var tilstrekkelig tungtveiende til å kunne sette til side vernet av leierens berettigede forventninger.

Det kan etter dette konkluderes med at menneskerettsdomstolens argumentasjon ved sin rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra “the Law of Balancing”, det vil si at strukturen i argumentasjonen vedrørende kravet om “proportionality” kan forklares ut fra denne “loven”.

Videre kan det selvsagt utformes en regel: $(P_i, P_j)C$. Det vil si at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger går foran styringsprinsippet når betingelsene i dommen er oppfylt. Dommen indikerer mer generelt at når styringsbehovet (I_j) ikke gjør seg gjeldende, eller har liten vekt i forhold til inngrepsintensiteten (I_i) vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, går rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger foran, selv om det foreligger ugyldighet. Dette kan angis slik: $P_i:s,m, P_j:l$.

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på dommen med utgangspunkt i “the Weight Formula” og “the Law of Balancing”.

¹⁵⁵ *ibid.* avsnitt 38.

¹⁵⁶ *l.c.*

Stretch

Domspremissene indikerer at inngrepsintensiteten vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er sterk ($I_i:s$). Videre at styringsbehovet er begrenset ($I_j:l$). Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$4 = \frac{4}{1}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er uproporsjonalt etter "loven".

2.3.2.6 Fedorenko

I EMDs dom 1. juni 2006 *Fedorenko mot Ukraina* ble det lagt til grunn at det forelå et inngrep i berettigede forventninger om vern av eiendom¹⁵⁷ begrunnet med hensynet til en korrekt anvendelse av ukrainsk lovgivning.¹⁵⁸ Domstolen måtte dermed ta stilling til om dette inngrepet tilfredstilte kravet om "a fair balance",¹⁵⁹ det vil si om inngrepet i de berettigede forventninger tilfredstilte kravet om "a reasonable relationship of proportionality".¹⁶⁰ Denne vurderinger skal straks undersøkes nærmere i relasjon til "the Law of Balancing". Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og for klagerens anførsler.

Saksforholdet¹⁶¹ var at klageren hadde solgt en fast eiendom til staten. I kontrakten var det inntatt en bestemmelse om regulering av kjøpesummen UAH 35,000 med følgende ordlyd:

"In case if the exchange rate of the Hryvna [UAH] depreciates the overall sum to be paid cannot be less than the Hryvna equivalent of USD 17,000."

¹⁵⁷ EMDs dom 1. juni 2006 *Fedorenko mot Ukraina* avsnitt 24.

¹⁵⁸ *ibid.* avsnitt 10

¹⁵⁹ *ibid.* avsnitt 28.

¹⁶⁰ *l.c.*

¹⁶¹ Dommens avsnitt 5-13.

Da klageren gjorde gjeldende klausulen overfor staten som kjøper, ble det ikke bestidt at UAH hadde svekket seg betydelig i forhold til USD. Staten gjorde i stedet gjeldende at kontrakten måtte heves og ytelsene tilbakesendes som følge av at statens representant ikke hadde kompetanse til å forplikte staten til å oppfylle "the dollar value clause". Ved domstolsbehandlingen av saken fikk staten i ankeinstansen medhold i at statens representant ikke hadde kompetanse til å innta klausulen i kontrakten uten samtykke av det aktuelle departement, det vil si at han hadde "acted ultra vires". Videre ble det slått fast at UAH var den eneste lovlige valuta for innenlandske transaksjoner som den foreliggende. Ankeinstansen sluttet seg for øvrig ikke til førsteinstansens fortolkning av klausulen som en sikring mot inflasjon. "The Supreme Court" avviste klagerens anke. Ettersom de ukrainske domstoler ikke tok til følge kravet fra staten om heving og kun satte til side "the dollar value clause", ble klageren påført et økonomisk tap. Klageren anførte blant annet for menneskerettsdomstolen at klausulen var gyldig og hadde skapt en rettighet ("possession") som var vernet etter protokoll 1 artikkel 1.¹⁶²

Menneskerettsdomstolen vurderte spørsmålet om inngrepet tilfredsstillende kravet om "a fair balance".¹⁶³ Vurderingstemaet var om "the doctrine of ultra vires (albeit legitimate in itself) in the present case respected the principle of proportionality."¹⁶⁴ Ut fra prinsipp teoriens "principle of proportionality" synes denne formuleringen å gjelde spørsmålet om hvilke rettslige muligheter som er til stede for å optimalisere rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Med andre ord indikeres at underprinsippet om "proportionality in a narrow sense" får avgjørende betydning. Domstolens vurdering av statens begrunnelse for inngrepet i de berettigede forventninger synes å bekrefte dette:

"30. The Court observes that State authorities inevitably enter into many agreements of a private law nature with ordinary citizens in pursuance of their functions, not all of which however will involve matters of vital public concern. In the present case, Mr R., the president of a local court, representing the Department (an authority responsible for the logistical support of the judiciary) bought a house from the applicant, being apparently unaware that his powers did not include the possibility of equating the price to a foreign currency. The Department nonetheless obtained the applicant's apartment and, until August 1999, paid him the agreed instalments.

¹⁶² *ibid.* avsnitt 20.

¹⁶³ *ibid.* avsnitt 30-34.

¹⁶⁴ *ibid.* avsnitt 29.

31. The Court notes that since Mr R. himself, being a judge, considered that he had had the power to sign the contract as agreed, it does not appear unreasonable that the applicant entertained the same belief. The applicant therefore expected to derive a certain return from the transaction. He sought to link his future benefits to a hard currency to mitigate the risks involved in commercial transactions during the economic turmoil experienced by Ukraine in the late 1990s. This condition was thus an important part of the contract for the applicant, who otherwise would probably have had serious reservations about the sale (cf. *mutatis mutandis*, *Stretch*, cited above, § 40).

32. The Government stated that the applicant was compensated for the inflation rate. The Court, however, is not convinced by this argument as the evidence before it suggests the contrary. In particular, the Court of Appeal's decision stated that an extra UAH 1,678.50³ was paid to the applicant in interest (calculated at the statutory rate of 3% per annum and bearing no relation to the real inflation which had occurred; see paragraph 15 above). In the Court's view, this amount was clearly inadequate to compensate the applicant for the adverse effects of depreciation, as established by the judgment of 24 July 2001 (see paragraph 10 above; cf. *mutatis mutandis*, *Akkus v. Turkey*, judgment of 9 July 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-IV, §§ 30 and 31).

33. The Court is also struck by the fact that the Department sought the annulment of the whole contract before the domestic courts. However, the Court of Appeal, having found the impugned clause to be unlawful, did not invalidate the whole contract, which would have required the restoration of the parties to their original situation (see paragraph 14 above). Instead, it greatly decreased the applicant's gains from the transaction simply by finding that the amount already paid constituted sufficient compliance with the Department's contractual obligations.

34. Having regard to these considerations, the Court finds that there was a disproportionate interference in the present case with the applicant's peaceful enjoyment of his possessions and, therefore, it concludes that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention."

Slik det fremkommer i dommens avsnitt 30-34, tok menneskerettsdomstol utgangspunkt i at selv om statens representant ved kontraktsinngåelsen ikke hadde kompetanse til å forplikte staten ved den aktuelle klausulen, overtok staten klagerens eiendom og for øvrig oppfylte sin betalingsforpliktelse. Tatt i betraktning at staten benyttet en dommer som sin representant, var det ikke usannsynlig at kontrakten skapte forventninger hos klageren om oppfyllelse av kontrakten. Domstolen mente videre at klausulen var en viktig del av kontrakten, og at klageren uten denne ville vært tilbakeholden med å selge eiendommen. Når det gjaldt statens anførsel om at klageren hadde fått kompensert sitt inflasjonstap gjennom en forskriftsmessig rente på 3 %, fant ikke menneskerettsdomstolen dette godtgjort. Det ble også påpekt at den

delvise tilsidesettelsen av avtalen, som ikke var krevd av staten, medførte en vesentlig reduksjon av det vederlag klageren ville oppnådd, dersom klausulen var opprettholdt.

Det er dommernes avveining i avsnitt 30-34 som skal undersøkes i relasjon til "the Law of Balancing". Spørsmålet er om den tre trinns fremgangsmåte som følger av denne "lov", gjenspeiles i dommens avsnitt 30-34.

Ved fastleggingen av intensiteten vedrørende forstyrrelsen av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger la domstolen i første trinn vekt på at klageren ved kontraktsinngåelsen "expected to derive a certain return from the transaction", og at det å knytte vederlaget til "a hard currency" var et ønske om å "mitigate the risks involved in commercial transactions during economic turmoil experienced by Ukraine in the late 1990s". Menneskerettsdomstolen klargjorde videre at det oppgjør som var gitt for eiendommen, ikke ga kompensasjon for inflasjonstap. For det andre la menneskerettsdomstolen vekt på følgende: "Mr. R himself, being a judge, considered that he had had the power to sign the contract as agreed, it does not appear unreasonable that the applicant entertained the same belief."

Hva angår styringsbehovet, det vil si behovet for å opprettholde den løsningen domstolene var kommet til, nemlig at bare den aktuelle klausul ble satt til side og ikke hele kontrakten, la menneskerettsdomstolen vekt på at staten hadde krevd tilsidesatt hele kontrakten som ugyldig og ikke bare den aktuelle klausul. I en slik situasjon ville hver av partene måttet tilbakeføre de mottatte ytelser, og tap ville ikke ha oppstått.

Menneskerettsdomstolen kom i tredje trinn til at styringshensynet begrunnet med "the doctrine of *ultra vires*" alene ikke var tilstrekkelig tungtveiende til å kunne sette til side vernet av leierens berettigede forventninger.

Det kan etter dette konkluderes med at menneskerettsdomstolens argumentasjon ved sin rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra "the Law of Balancing", det vil si at strukturen i argumentasjonen vedrørende kravet om "proportionality" kan forklares ut fra denne "loven".

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på dommen med utgangspunkt i ”the Weight Formula” og ”the Law of Balancing”.

Fedorenko

Domspremissene indikerer at inngrepsintensiteten vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er sterk ($I_i:s$). Videre at styringsbehovet er begrenset ($I_j:l$). Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter ”The Law of Balancing”:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$4 = \frac{4}{1}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er uproporsjonalt etter ”loven”.

2.3.3 EF-domstolen

2.3.3.1 Generelt om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger

Rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger utgjør sammen med rettsprinsippet om ”legal certainty” de sentrale rettskilder ved EF-domstolens avgjørelse av EU-administrasjonens omgjøringsadgang.¹⁶⁵ Begge prinsipper har sitt utspring i statenes aksept av ”the rule of law”.¹⁶⁶

Rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger gir prima facie vern mot omgjøring av gyldige avgjørelser, men det fremstår som uavklart om rettsprinsippet får anvendelse ved omgjøring av ugyldige vedtak.¹⁶⁷ Her er det i stedet rettsprinsippet om ”legal certainty” som får anvendelse. Videre er det prinsippet om ”legal certainty” som oppstiller et forbud mot tilbakevirkende lovgivning.

¹⁶⁵ Schwarze, *European administrative law* (2006) s. 867 flg.

¹⁶⁶ Craig, *EU administrative law* (2006) s. 607 flg, og Schwarze, *op.cit.*, s. 867.

¹⁶⁷ Craig, *op.cit.*, s. 627.

Det er ikke tvilsomt at det er en nær sammenheng mellom de to rettsprinsippene. Schwarze påpeker for eksempel at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er utledet av prinsippet om "legal certainty".¹⁶⁸ Schwarze benytter et utsagn i den tyske "Westzucker-dommen" om at "legal certainty" for private rettssubjekter fremfor alt betyr beskyttelse av berettigede forventninger.¹⁶⁹ Mens rettsprinsippet om "legal certainty" baserer seg på objektive kriterier for sin anvendelse i den juridiske problemløsningen, har prinsippet om "protection of legitimate expectations" som sin sentrale oppgave å beskytte subjektive rettigheter.¹⁷⁰

Den alminnelige oppfatningen synes å være at prinsippene anses innført i de nasjonale rettssystemer.¹⁷¹ Likevel overlater EF-domstolen i stor grad til medlemsstatene å avgjøre omgjøringsprosjekt ut fra nasjonale omgjøringsregler.¹⁷² Rettsprinsippene får dermed karakter av å være en minstestandard i nasjonal rett.

Nygaard for norsk retts vedkommende og Fenger for dansk retts vedkommende antyder en viss smitteeffekt av EF-domstolens metodiske tilnærming. Uten en direkte henvisning til rettighetsavgrensningen etter EF-retts rettsprinsipper til vern av enkeltidivider mot statsmakten fremholder Nygaard at "Norge er ikkje medlem i EU, men er likevel langt på veg like bunden av EF-domstolens tolkningsstil og tolkingar på dei fire områda som går inn under EØS-avtalen".¹⁷³

I samme retning for dansk retts vedkommende presiserer Fenger at det grunnleggende fellesskapsrettslige krav om fellesskapskonform fortolkning også gjelder for nasjonale rettsregler innenfor fellesskapsretten.¹⁷⁴ Han sier videre at "[u]anset om der er modstrid mellom fællesskapsreglen og den danske bestemmelse, og uanset om fællesskapsreglen opfylder betingelsene for at have direkte virkning, er fællesskapsreglen – og dermed også dette retssystemets særegne fortolkningsprinsipper – en umiddelbar og højt rangerende retskilde ved fortolkningen av den danske bestemmelse."¹⁷⁵

Det finnes for øvrig ikke mange komparative studier de siste ti årene mellom EF-retten og nasjonale rettssystemer der problemstillingen er omgjøring av formelle individuelle forvaltningsavgjørelser. Schönbergs

¹⁶⁸ Schwarze, *op.cit.*, s. 947.

¹⁶⁹ *ibid.* s. 948.

¹⁷⁰ *ibid.* s. 947.

¹⁷¹ Sejersted m.fl., *EØS-rett* (2004) s. 102. Se også Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* (2006) s. 351.

¹⁷² Schwarze, *op.cit.*, s. 1113.

¹⁷³ Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 38.

¹⁷⁴ Se Fenger, *Fællesskapsrettens betydning* (i: Blume m.fl., *Forvaltningsretlige perspektiver* (2006) s. 86.)

¹⁷⁵ *ibid.* s. 87.

komparative studie fra 2000 vedrørende "legitimate expectations" i engelsk, fransk og i EF-retten, er imidlertid et eksempel.¹⁷⁶ Generelt fremholder han at forskjellene mellom de materielle løsningene i de ulike systemer er mindre markante, men det er viktig å merke seg hans presisering om at forskjeller gjør seg gjeldende ved omgjøring av ugyldige avgjørelser.¹⁷⁷ Går vi lengre tilbake enn ti år, kan Schwarzes arbeid fra 1992 nevnes (utgitt på nytt i 2006 med en ajourføring av rettsituasjonen innledningsvis).¹⁷⁸ Han anlegger til en viss grad en komparativ tilnærming. Det er derfor for oss som har en rettsituasjon som er nært beslektet med den danske, verdt å ta med seg eventuelle konklusjoner vedrørende likheter og forskjeller mellom EF-retten og dansk rett. Som følge av den brede tilnærmingen som Schwarze anlegger ved sin undersøkelse av rettsprinsippene om "legal certainty" og "legitimate expectations", og det forhold at han i liten grad sammenligner dansk rett med EF-retten, er det dessverre lite å hente her. Et sentralt forhold er imidlertid at Schwarze mener at det i dansk rett ikke gjør seg gjeldende et generelt rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger eller av "vested rights", selv om disse ideer ligger i bunnen av for eksempel den danske grunnlovens artikkel 73 om erstatning ved ekspropriasjon og for prinsipper om erstatningsansvar for skadeforvoldelse.¹⁷⁹ Det må tilføyes at Schwarzes forståelse ikke deles av alle danske forfattere. I denne forbindelse kan Timmermann Pedersen og Mørup trekkes frem.¹⁸⁰ Prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger har også støtte i *U 1887 s. 640 H* "læbæltedommen", se nærmere i punkt 3.4.

Rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger synes etter EF-retten særlig å gjøre seg gjeldende i fire situasjoner. Det er for det første den situasjon at det foreligger en formell individuell avgjørelse som ønskes opprettholdt av private rettssubjekter. For det andre når forvaltningen signaliserer et bestemt vedtak, men senere unnlater å følge dette opp enten ved at det ikke fattes et vedtak, eller at det fattes et vedtak med et annet innhold enn det som er signalisert. For det tredje når det dispensereres fra fast praksis eller generelle uttalelser i enkeltsaker. For det fjerde når innholdet i en generell normering erstattes med en ny generell normering som følge av politisk kursendring.¹⁸¹

I *Algera*¹⁸² fremkommer at det nærmere innholdet av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ble utledet med utgangspunkt i de seks medlemsstaters lovgivning, litteratur og rettspraksis. Den komparative studie som domstolen gjennomførte, viste at

¹⁷⁶ Schönberg, Søren, *Legitimate expectations in administrative law* (2000).

¹⁷⁷ *ibid.* s. 104.

¹⁷⁸ Schwarze, *op.cit.*

¹⁷⁹ *ibid.* s. 922.

¹⁸⁰ Timmermann Pedersen, *Proportionalitetsprinsippet* (2000) s. 151 flg. og Mørup, *Berettigede forventninger i forvaltningsretten* (2005) s. 1019.

¹⁸¹ Schönberg, *op.cit.*, s. 8 og Craig, *op.cit.*, s. 611.

¹⁸² Sak 7/56, 3/57 til 7/57, dansk spesialutgave s. 45.

“an administrative measure conferring individual rights on the person concerned cannot in principle be withdrawn, if it is a lawful measure; in that case, since the individual right is vested, the need to safeguard confidence in the stability of the situation thus created prevails over the interests of an administration desirous of reversing its decision... If, on the other hand, the administrative measure is illegal, revocation is possible under the law of all the member states. The absence of an objective legal basis for the measure affects the individual right of the person concerned and justifies the revocation of the said measure. It should be stressed that whereas this principle is generally acknowledged, only the conditions for its application vary.”¹⁸³

Schwarze har sammenfattet innholdet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i noen grunnleggende vilkår: Det kreves for det første at forventningen har grunnlag i visse objektivt konstaterbare forhold som for eksempel en forvaltningsavgjørelse i favør av det private rettssubjekt. For det andre må forventningen være berettiget, det vil si at det private rettssubjekt for eksempel ikke kunne forutse at forventningen ikke ville bli innfridd. De subjektive forventninger må for det tredje holde seg innenfor hva som objektivt sett kunne utledes av grunnlaget for forventningen. Det foretas videre ifølge Schwarze en konkret forholdsmessighetsvurdering mellom det private rettssubjekts forventninger og de samfunnsmessige interesser som gjør seg gjeldende.¹⁸⁴

Her kan nevnes at Craig synes å legge til grunn at forholdsmessighetsvurderingen fremstår som den klassiske test av proporsjonalitet, hvor de tre spørsmål om egnethet, nødvendighet og proporsjonalitet i begrenset betydning (“narrow sense”) prøves. Dette kan slutes av hans utsagn om at han ikke kan se den helt store forskjellen mellom dansken Schönbergs argumentasjon i relasjon til engelsk rett for en avveining av ”significant imbalance” og den klassiske proporsjonalitetsvurdering. Craig sier det slik: “[T]he test framed in terms of significant imbalance entails consideration of similar issues, notwithstanding the fact that they are not separated as discretely as within a proportionality test.”¹⁸⁵

Schönberg har altså, som antydnet, for engelsk retts vedkommende foreslått å tale om ”a test of significant imbalance” ved omgjøring fremfor en test av omgjøringens ”proportionality”.¹⁸⁶ Det er ikke bare Craig som har kritisert Schönbergs forslag. I sin omtale av Schönbergs bok fremholder for eksempel Anthony at ”given that proportionality has fully and formally arrived

¹⁸³ *ibid.* s. 55 (engelsk utgave).

¹⁸⁴ Schwarze, *op.cit.*, s. cxlii-cxliv.

¹⁸⁵ Craig, *op.cit.*, s. 651.

¹⁸⁶ Schönberg, *op.cit.*, s. 155.

in administrative law (at least in cases falling under the Human Rights Act), the addition of further standards may only clutter and confuse jurisprudence. In the end scenario, therefore, it may be better to disentangle the existing language and logic of proportionality rather than to try to reinvent the wheel.”¹⁸⁷

I EF-rettens omgjøringslære finner vi noen sentrale sondringer av betydning ved fastsettingen av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger sin relative vekt.¹⁸⁸ Det er for det første sondringen mellom omgjøring *ex tunc* og *ex nunc*. For det andre sondringen mellom om det er en lovbundet (”declaratory”) avgjørelse som slår fast en eksisterende rett, eller om det er en diskresjonær (”discretionary”) avgjørelse som konstituerer en rettighet. For det tredje sondringen mellom om det er en avgjørelse som har en viss varighet, slik forholdet for eksempel er ved løpende ytelser eller tillatelser til å drive en bestemt virksomhet, eller om avgjørelsen gjelder for mer kortvarige forhold i forholdet mellom myndighetene og private rettssubjekter.

2.3.3.2 Rettspraksis – oversikt over dommene

Det skal nå ses nærmere på tre konkrete avgjørelser om beskyttelse av berettigede forventninger: *Herpels*, *CNTA* og *Mulder*. Den første saken gjaldt omgjøring av et individuelt vedtak med et nytt individuelt vedtak. De to andre saker gjaldt inngrep i berettigede forventninger ved forskrifter.

2.3.3.3 Herpels

I *Herpels*¹⁸⁹ ble det antydnet at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ga et vern mot omgjøring til ugunst av et begunstigende vedtak *ex tunc*, mens det ble avgjort at prinsippet ikke ga et vern *ex nunc*. Domstolen uttalte at ”[e]n tilbakekaldelse *ex tunc* af en fejlagtig eller uriktig afgørelse normalt er undergivet særdeles strenge betingelser, men en saadan afgørelse kan derimod altid ophæves *ex nunc*.”¹⁹⁰

¹⁸⁷ Anthony, 'Legitimate Expectations in Administrative Law (book review).' *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2002 s. 108.

¹⁸⁸ Schönberg, *op.cit.*, s. 65. Se også Schwarze, *op.cit.*, s. 1024.

¹⁸⁹ Sak 54-77, Samling af Afgørelser 1978 s. 585.

¹⁹⁰ *ibid.* avsnitt 38.

Saksforholdet i denne dommen var at en tjenestemann, Antoon Herpels, i en periode på 7 ½ år uberettiget mottok tilskudd for å opprettholde dobbelt hushold. Han hadde ved endring av sitt tjenestested fra Brussel til Luxembourg i 1961 rettmessig fått utbetalt et løpende utenlandstillegg. Ved tilbakeflytting til Brussel i 1968 ble imidlertid ikke utbetalingen stanset. Han mottok dermed uberettiget tillegget helt frem til 1. januar 1976 da en generell kontroll utført av det kompetente generaldirektorat avdekket feilen. Kommisjonen fremmet ikke krav om tilbakebetaling av uberettiget mottatte beløp, men stanset ytterligere utbetalinger. Herpels anførte at kommisjonen ikke etter 7 ½ år forløp urimelig og til egen fordel kunne forstyrre allerede fastlagte og likelige fordelte interesser for å beriktige feil som var begått av egne tjenestemenn.¹⁹¹

EF-domstolen synes ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, både når det er tale om omgjøring *ex nunc* og *ex tunc*, å ha tatt utgangspunkt i at det skal foretas en avveining av inngrepsintensiteten. Det indikeres altså at underprinsippet om ”proportionality in a narrow sense” får avgjørende betydning for omgjøringsadgangen. EF-domstolens vurdering lyder slik:

”35 Saksøger gjør som tredje søksmålsgrund gældende, at der er sket en krænkelse af en berettiget forventning.

36 I følge saksøger kan kommissionen efter syv og et halvt års forløp ikke ’urimeligt til egen fordel forstyrre allerede fastlagte, ligeligt fordelte interesser for at berigtige en fejl, der angiveligt er begaaet af dens tjenestegrene’.

37 I den foreliggende sag hænger de nævnte søksmålsgrunde nøje sammen og vil følgelig være at behandle under et;

38 En tilbagekaldelse *ex tunc* af en fejlagtig eller uriktig afgørelse er ganske vist normalt undergivet særdeles strenge betingelser, men en saadan afgørelse kan derimod altid ophæves *ex nunc*;

39 Under alle omstændigheder kan en uretmæssig tildeling eller fortsat udbetaling af bestanddele af lønnen ikke efter de tjenstemandsretlige regler begrunde nogen velervervet ret, som kan være til hinder for en ophævelse;

40 Denne sondring bekræftes af selve vedtægten i artikkel 85 vedrørende tilbakesøkningsen af fejlkagtigt udbetalt beløp, idet tilbakesøkningsen heri er underhivet klart fastsatte betingelser, men stilltiende giver ret til at standse endnu ikke udbetalte beløp;

¹⁹¹ *ibid.* avsnitt 36.

41 Da det forudsættes, at tjenestemænd har kendskap til denne artikel, kan de derfor ikke i så henseende påberåpe sig en berettiget forventning ... ”

Det er denne avveiningen som skal undersøkes i relasjon til ”the Law of Balancing”.

Spørsmålet er om den tre trinns fremgangsmåte som følger av denne “lov”, gjenspeiles i vurderingen.

I første trinn synes EF-domstolen å ha som utgangspunkt at inngrepsintensiteten i de berettigede forventninger er betydelig ved inngrep ex tunc, men at inngrepsintensiteten ved omgjøring ex nunc er begrenset. I forhold til inngrepsintensiteten ved omgjøring ex nunc påpekes særlig at vedtektenes artikkel 85 stilltiende forutsetter stansning av utbetalingen til Herpels. Når det gjelder vurderingen av behovet for å gripe inn i andre trinn, sier ikke domstolen så mye om dette i de siterte avsnitt, men både fremhevingen av artikkel 85 og det forhold at Herpels var uberettiget til ytelsen, bygger opp under at vekten av styringsbehovet ikke er ubetydelig. I tredje trinn finner altså domstolen ikke de berettigede forventninger tungtveiende nok til å sette til side kommisjonens avgjørelse om å stanse videre utbetalinger til Herpels.

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på Herpels-dommen med utgangspunkt i ”the Weight Formula” og ”the Law of Balancing”.

Herpels

Slik det antydes i dommen, var inngrepsintensiteten (I_i) ved stansning av en uberettiget ytelse ex nunc liten ($I_i:l$). Behovet for å rette opp feilen (I_j) var i alle fall moderat ($I_j:m$). Ut fra "the Law of Balancing" ser vi at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ("protection of legitimate expectations") sin relative vekt i forhold til styringsprinsippet, var mindre enn sistnevnte prinsipp. Inngrep ex nunc gjennom stansning av ytelsen var dermed ikke uporsjonalt etter "The Law of Balancing", illustrert nedenfor som situasjon (1). Den motsatte konklusjonen må trekkes ved omgjøring ex tunc illustrert nedenfor som situasjon (2). Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing".

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Situasjon (1):

$$\frac{1}{2} = \frac{1}{2}$$

Situasjon (2):

$$2 = \frac{4}{2}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ikke var uporsjonalt etter "the Law of Balancing" i forhold til situasjon (1), men at det motsatte var tilfellet vedrørende situasjon (2).

2.3.3.4 CNTA

I *CNTA*¹⁹² ble det lagt til grunn at det forelå et inngrep i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger¹⁹³ begrunnet med et behov for endring av EFs regelverk om utjevningssbeløp for kurssvingninger ved eksport av fettstoffer (raps- og rybsfrø).¹⁹⁴ EF-domstolen måtte dermed ta stilling til om det "forelå något överordnat allmänt intresse av motsatt innebörd" ("an overriding matter of public interest"), som var det vilkår som ble

¹⁹² Sak 74/74, Sml. 1975 s. 533 og i svensk spesialutgave s. 461.

¹⁹³ *ibid.* avsnitt 42.

¹⁹⁴ *ibid.* avsnitt 7 og 44.

oppstilt for å tilkjenne CNTA erstatning for tap av utjevningsbeløp.¹⁹⁵ Denne vurderinger skal straks undersøkes nærmere i relasjon til ”the Law of Balancing”. Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og for CNTAs anførsler.

CNTA gjaldt monetære utjevningsbeløp som eksportører av fettstoffer (raps- og rybsfrø) hadde krav på etter rådets¹⁹⁶ forordning nr. 974/71 av 12. mai 1971. Det vil si beløp som skulle kompensere kurssvingninger ved eksport av fettstoffer. CNTA hadde inngått eksportkontrakter i tillit til forordningen som imidlertid ble endret, før leveringen av frøene hadde funnet sted. På grunn av kurssvigning oppstod det et tap på firmaets hånd som ble krevd erstattet av EF. CNTA anførte blant annet at tilbakekallet av forordningen ”innebær ett åsidosättande av principen om rättssäkerhet [”legal certainty”], dels därför att det fått retroaktiv verkan, dels därför att hänsyn inte tagits till den berättigade förväntan [”legal certainty”] som de berörda haft på att utjämningsbeloppen skulle bibehållas i fråga om pågående affärstransaktioner.”¹⁹⁷

EF-domstolen vurderte ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger om det forelå ”något överordnat allmänt intresse av motsatt innebörd”. Ut fra prinsipp teoriens ”principle of proportionality” synes denne formuleringen å gjelde spørsmålet om hvilke rettslige muligheter som er til stede for å optimalisere rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Med andre ord indikeres at underprinsippet om ”proportionality in a narrow sense” får avgjørende betydning. Domstolens vurdering av statens begrunnelse for inngrepet i de berettigede forventninger synes å bekrefte dette.¹⁹⁸

”39 De regler som gäller för tillämpningen och upphävandet av systemet med utjämningsbelopp inom en viss sektor tar inte hänsyn till olika enskilda näringsidkares situation och erbjuder dem inga garantier för att systemet skall fortsätta att tillämpas.

40 Därav följer att systemet med utjämningsbelopp inte kan anses innebära en garanti för näringsidkarna mot risken för växelkursändringar.

¹⁹⁵ *ibid.* avsnitt 43.

¹⁹⁶ Se om EU-institusjonene i Sejersted, *EØS-rett* (2004) s. 119-137. Rådet er behandlet på s. 122.

¹⁹⁷ Sak 74/74 avsnitt 28.

¹⁹⁸ *ibid.* avsnitt 41-44.

41 Inte desto mindre medför tillämpningen av utjämningsbeloppen att valutarisker i praktiken undviks, så att även en försiktig näringsidkare kan förledas att låta bli att skaffa sig täckning för denna risk.

42 Under dessa omständigheter kan en näringsidkare med rätta förvänta sig att han, vid affärsuppgörelser som han ingått och inte kan dra sig ur därför att han mot ställande av säkerhet erhållit exportlicens med i förväg fastställt exportbidrag, inte skall drabbas av några oförutsebara ändringar som kan förorsaka honom oundvikliga förluster genom att på nytt utsätta honom för valutarisker.

43 Gemenskapen är därför ansvarsskyldig om kommissionen, utan att det föreligger något överordnat allmänt intresse av motsatt innebörd, med omedelbar verkan och utan föregående varning upphäver tillämpningen av utjämningsbelopp inom en viss sektor utan att föranstalta om övergångsbestämmelser som åtminstone skulle göra det möjligt för en näringsidkare att antingen undvika den förlust som skulle ha drabbat honom genom fullföljandet av exportkontrakt vilkas bestånd och bindande karaktär grundar sig på förutfastställelsen av exportbidragen, eller att få ersättning för denna förlust.

44 Kommissionen har brutit mot en övergripande rättsregel och därmed gjort gemenskapen ansvarsskyldig genom att den utan att det funnits något överordnat allmänt intresse inte försåg förordning nr 189/72 med övergångsbestämmelser till skydd för det förtroende som näringsidkaren med rätta kunde ha för gemenskapsbestämmelserna.”

Slik det fremkommer, mente EF-domstolen at kravet om ”något överordnat allmänt intresse av motsatt innebörd” ikke var oppfylt. Det er vurderingen i dommens avsnitt 39-44 som skal undersøkes i relasjon til ”the Law of Balancing”.

Spørsmålet er dermed om den tre trinns fremgangsmåte som følger av denne “lov”, gjenspeiles i dommens avsnitt 39-44.

Ved fastleggingen av intensiteten vedrørende forstyrrelsen av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er EF-domstolens sentrale argument at selv en forsiktig næringsdrivende på grunn av den etablerte ordningen ville unnlatt å sikre seg mot valutasvingning. Dette indikerer at intensiteten vedrørende forstyrrelsen av de berettigede forventninger ble ansett å være ganske betydelig. På den annen side fremholdt domstolen at formålet med ordningen ikke var å sikre eksportørene, men å avverge de vanskeligheter som en valutamessig ustabil situasjon kunne medføre for de felles markedsordningers knirkefrie

funksjon. Videre at ordningen ikke ga de ervervsdrivende noen garanti mot endringer i vekslingskursene.

Ved vurderingen av styringsbehovet legges det i avsnitt 43 til grunn at det ikke forelå "något överordnat allmänt intresse" som skulle tilsi at det ikke ble gjort mulig for CNTA å forhindre tapet.

EF-domstolen kom etter dette til at CNTA hadde krav på erstatning, det vil si at styringsbehovet ikke var tilstrekkelig tungtveiende til å kunne sette til side vernet av leierens berettigede forventninger.

Det kan etter dette konkluderes med at EF-domstolens argumentasjon ved sin rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra "the Law of Balancing", det vil si at strukturen i argumentasjonen vedrørende kravet om "något överordnat allmänt intresse av motsatt innebörd" kan forklares ut fra denne "loven".

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på dommen med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

CNTA

Det fremstår som noe usikkert hvilken inngrepsintensitet som ble lagt til grunn ut fra domspremissene. Det må i alle fall kunne tales om en moderat inngrepsintensitet ($I_i:m$). Hva angår styringsbehovet synes dette å ha blitt ansett som begrenset ($I_j:l$). Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$2 = \frac{2}{1}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger var uproporsjonalt etter "the Law of Balancing".

Det kan for ordens skyld tilføyes at det følger både av *Tomadini*¹⁹⁹, *Sofrimport*²⁰⁰ og *Unifruit Hellas*²⁰¹ at tungtveiende styringsbehov kan være til hinder for at det etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kreves en overgangsordning for private rettssubjekter.

2.3.3.5 Mulder

I *Mulder*²⁰² ble det lagt til grunn at det forelå et inngrep i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger²⁰³ begrunnet med et behov for endring av EFs regelverk om tildeling av melkekvoter.²⁰⁴ Domstolen måtte dermed ta stilling til om tilsidesettelsen av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger var ”tilstrækkelig kvalifisert”²⁰⁵ til å tilkjenne erstatning til saksøkere som ble omfattet av forordning nr. 764/89 om innføring av en begrensning i forordning 857/84 vedrørende tildeling av melkekvoter til produsenter som hadde nyttiggjort seg de muligheter som var nedfelt i forordning 1078/77. Denne vurderinger skal straks undersøkes nærmere i relasjon til ”the Law of Balancing”. Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger.

Saksforholdet i *Mulder* var at noen melkeprodusenter hadde gått inn på en frivillig ordning som myndighetene hadde etablert for denne yrkesgruppen, og som innebar at de sa fra seg sin mulighet til å produsere melk i en periode, det vil si en slags frivillig karantenetid, jfr. forordning 1078/77. Den etablerte ordningen var økonomisk begrunnet fra myndighetenes side. Det politiske mål var å redusere produksjonen og holde prisen på melk på et akseptabelt nivå for aktørene. Når den frivillige perioden var over for produsentene og de skulle ta opp igjen sin melkeproduksjon, ble de på grunn av endret regelverk stilt dårligere enn de melkeprodusenter som ikke hadde benyttet seg av den frivillige ordningen. De nye regler medførte at produsenter som hadde nyttiggjort seg av muligheten etter forordning 1078/77

¹⁹⁹ Sak 84/78, Sml. 1979 s. 1801, avsnitt 20.

²⁰⁰ Sak C-152/88, Sml. 1990, I s. 2477.

²⁰¹ Sak C-51/95 P, Sml. 1997, I s. 727, avsnitt 27.

²⁰² Sak C-104/89 og C-37/90, Sml. 1992, I s. 3061.

²⁰³ *ibid.* avsnitt 15.

²⁰⁴ *ibid.* avsnitt 5.

²⁰⁵ *ibid.* avsnitt 19.

enten ble nektet å ta opp igjen sin produksjon, eller vedkommende måtte tåle en reduksjon på 60 % av kvantum produsert året før han eller hun gikk inn på den frivillige ordningen.

EF-domstolen mente som antydnet at det ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger måtte foretas en vurdering av om inngrepet i de berettigede forventninger - om at myndighetene ikke ville innføre regler som spesielt rammet produsenter hadde nyttiggjort seg mulighetene etter forordning 1078/77 - var "tilstrækkelig kvalificeret" til å tilkjenne erstatning. Ut fra prinsipp teoriens "principle of proportionality" synes denne formuleringen å gjelde spørsmålet om hvilke rettslige muligheter som er til stede for å optimalisere rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Med andre ord indikeres at underprinsippet om "proportionality in a narrow sense" får avgjørende betydning. Domstolens vurdering av statens begrunnelse for inngrepet i de berettigede forventninger synes å bekrefte dette:²⁰⁶

"16 For det andet har fællesskabslovgiver åbenbart og groft overskredet grænserne for sine skønsmaessige beføjelser, idet man uden at henvise til en afgørende offentlig interesse ganske har undladt at tage hensyn til den særlige situation, som en klart afgrænset gruppe erhvervsdrivende, nemlig de producenter, som paa grund af en forpligtelse i henhold til forordning nr. 1078/77 ikke leverede mælk i referenceåret, befandt sig i, og har således i tilstrækkelig kvalificeret grad krænket en højere retsregel.

17 Denne krænkelse er så meget desto mere åbenbar, som den fuldstændige og permanente udelukkelse af de pågældende producenter fra at få tildelt en referencemængde, hvorved de faktisk forhindres i at genoptage markedsføringen af mælk efter udløbet af deres ikke-markedsførings- eller omstillingsforpligtelse, ikke kan antages at være forudsigelig eller ligge inden for grænserne for de økonomiske risici, som normalt er forbundet med udøvelse af virksomhed som mælkeproducent.

18 Derimod kan Fællesskabet - i modsætning til hvad sagsøgerne har gjort gældende - ikke ifalde ansvar i forbindelse med anvendelsen af forordning nr. 764/89, hvorved 60%-reglen blev indført.

19 Denne regel er ganske vist også i strid med princippet om beskyttelse af den berettigede forventning, som de pågældende

²⁰⁶ *ibid.* avsnitt 16-21.

producenter kunne have om, at deres ikke-markedsførings- eller omstillingsforpligtelse havde begrænset rækkevidde, således som Domstolen har fastslået i de ovennævnte domme af 11. december 1990 i Spagl- og Pastaetter-sagerne. Den konstaterede tilsideættelse af princippet om beskyttelse af den berettigede forventning kan imidlertid ikke betegnes som tilstrækkelig kvalificeret, jf. Domstolens praksis om Fællesskabets ansvar uden for kontraktforhold.

20 I denne sammenhæng bemærkes for det første, at 60%-reglen - i modsætning til ordningen i 1984, som gjorde det umuligt for de pågældende erhvervsdrivende at markedsføre mælk - gjorde det muligt for disse erhvervsdrivende at genoptage deres mælkeproduktion. Raadet har således ikke ved udstedelsen af ændringsforordning nr. 764/89 undladt at tage hensyn til de pågældende producenters situation.

21 For det andet bemærkes, at fællesskabslovgiver ved udstedelsen af forordning nr. 764/89 som følge af de ovennævnte domme af 28. april 1988 i Mulder- og von Deetzen-sagerne traf et erhvervspolitisk valg med henblik på gennemførelsen af de principper, der er fastslået i disse domme. Dette valg beroede for det første på, at det var "strengt nødvendigt ikke at gribe ind i den skrøbelige stabilitet, der for tiden er opnået på markedet for mælk og mejeriprodukter" (femte betragtning til forordning nr. 764/89), og for det andet på, at det var nødvendigt at finde en balance mellem de pågældende producenters interesser og de øvrige producenter, som var undergivet ordningen. Raadet gennemførte dette valg ved at bibeholde størrelsen af de andre producenters referencemængder uændret og samtidig forhøje fællesskabsreserven med 600 000 tons, svarende til 60% af de samlede mængder i de forventede ansøgninger om tildeling af specifikke referencemængder, hvilket efter dets opfattelse var den højeste mængde, der var forenelig med ordningens målsætning. Under disse omstændigheder har Raadet taget hensyn til en afgørende offentlig interesse uden åbenbart og groft at tilsidesætte grænserne for dets skønsmaessige beføjelse på området.

22 Der må herefter bestå en forpligtelse for Fællesskabet til at erstatte de tab, som sagsøgerne har lidt ved anvendelsen af forordning nr. 857/84, som suppleret ved forordning nr. 1371/84, men ikke for de tab, der følger af anvendelsen af forordning nr. 764/89. ”

Slik det fremkommer, mente EF-domstolen at kravet om at tilsidesættelsen av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger var ”tilstrækkelig kvalificeret”, var innfridd for de melkeprodusenter som ble omfattet av 60%-regelen, men ikke for de produsenter som ikke

fikk gjenoppta melkeproduksjon. Det er disse vurderinger som skal undersøkes i relasjon til ”the Law of Balancing”.

Spørsmålet er dermed om den tre trinns fremgangsmåte som følger av denne ”lov”, gjenspeiles i dommens avsnitt 16-22.

Ved fastleggningen av intensiteten vedrørende inngrepet i de berettigede forventningene i først trinn sondret domstolen mellom den berettigede forventningen om å kunne fortsette med melkeproduksjonen etter utløpet av den avtalte karantenetid og forventningene om å kunne ta opp igjen melkeproduksjonen på samme nivå som før karantenetiden. Inngrepet ble funnet å være mer intensivt vedrørende førstnevnte forventning enn sistnevnte.

Vedrørende viktigheten av styringshensynet i andre trinn la domstolen vekt på at utelukkelsen av melkeprodusenter mangler en begrunnelse i en ”avgjørende offentlig interesse”.²⁰⁷ Derimot mente domstolen at det var et behov for reduksjonen av melkekvote til 60 % av den tidligere produksjonsmengde. Det ble fremhevet at myndighetene hadde lagt vekt på den skrøpelige stabilitet som var oppnådd på markedet for melk og meieriprodukter, samt at det var nødvendig å finne en balanse mellom de produsenter som det ble forventet ville igangsette sin produksjon på nytt, og de øvrige produsenter.²⁰⁸

I tredje trinn ser vi i saken om utelukkelse at inngrepsintensiteten vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger tillegges større vekt enn styringsbehovet, og inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger anses som uproporsjonalt. Det motsatte er tilfellet vedrørende saken om reduksjon av melkekvote. Her er det styringsprinsippet som tillegges større vekt enn inngrepsintensiteten vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger eller i alle fall anses å ha samme vekt, og inngrepet er ikke uproporsjonalt. Det ble dermed bare tilkjent erstatning i den førstnevnte saken om utelukkelse fra kvoteordningen etter at den frivillige karantenetid var utløpt.

²⁰⁷ *ibid.* avsnitt 16.

²⁰⁸ *ibid.* avsnitt 21.

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på dommen med utgangspunkt i ”the Weight Formula” og ”the Law of Balancing”:

Mulder

Domspremissene indikerer at inngrepsintensiteten I_i i forhold til rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger var betydelig overfor de produsenter som ikke fikk ta opp igjen sin melkeproduksjon, det vil si $I_i:s$. Men dette var ikke tilfellet i relasjon til de produsenter som fikk ta opp igjen sin produksjon, dog med et redusert kvantum, det vil si $I_i:l$.

Når det gjelder styringsbehovet, slås fast at det ikke forelå noen avgjørende offentlig interesse i å stenge melkeprodusenter ute, men at det er et ganske stort behov for å redusere produksjonen til de som tar opp igjen denne. Antakelig kan det her opereres med $I_j:l$ i førstnevnte tilfelle og $I_j:m$ i sistnevnte tilfelle.

Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$ får vi i de to tilfeller følgende avveining etter ”The Law of Balancing”:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

(1) Situasjonen hvor melkeprodusenter utelukkes:

$$4 = \frac{4}{1}$$

(2) Situasjonen hvor melkeprodusenter får ta opp igjen sin produksjon:

$$\frac{1}{2} = \frac{1}{2}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, var uproporsjonalt etter ”the Law of Balancing” i situasjon (1), men ikke i situasjon (2).

Ut fra ”the Law of Balancing” synes det videre å kunne trekkes følgende konklusjoner:

Situasjon 1: $P_i:s$, $P_j:m,l$ og $P_i:m$, $P_j:l$

Situasjon 2: $P_j:s$, $P_i:s,m,l$ og $P_j:m$, P_i,m,l

2.3.4 Sammenfatning

Undersøkelsen viser at argumentasjonen i avgjørelsene fra Den europeiske menneskerettsdomstolen og EF-domstolen knyttet til rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er ganske sammenfallende med "the Law of Balancing".

I rammen nedenfor sammenfattes mer konkret i forhold til "the Weight Formula" og "the Law of Balancing":

Ut fra utfallet i dommene, tilpasset målestokken $s=4$, $m=2$, og $l=1$, ser vi at hvor vekten av de berettigede forventninger overskrider "proporsjonalitetsgrensen" ($W_i, j = 1$), er inngrepet uproporsjonalt etter "the Law of Balancing".

Denne "proporsjonalitetsgrensen" ($W_i, j = 1$) er imidlertid ikke representativ ved "taking of property" uten kompensasjon. Her vil, som antydnet, inngrepsintensiteten regnes som sterk ($I_i:s$), og inngrepet vil, i de tilfeller det ikke betales erstatning, være uproporsjonalt selv om det foreligger sterke samfunnsmessige hensyn ($I_j:s$).

3 Konstruksjon av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger

3.1 Kort innledning

I dette kapittel undersøkes grunnlaget for rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Problemstillingen er om det finnes holdepunkter for å konstruere et slikt prinsipp i norsk rett.

Ved besvarelsen av dette spørsmålet er det naturlig å ta utgangspunkt i rettstradisjonen. Det kan slås fast at konstruksjon av rettsprinsipper har lang tradisjon hos oss.²⁰⁹ På forvaltningsrettens område var for eksempel Castberg en foregangsmann gjennom sin ”konstruktive metode”.²¹⁰ I Frihagens tidlige forfatterskap presiseres også viktigheten av å konstruere generelle rettsprinsipper på forvaltningsrettens område.²¹¹ I dag finner vi en ganske positiv oppfatning til konstruksjon av rettsprinsipper hos Backer og Graver.²¹² På generelt grunnlag gjør også Fleischer det klart at ”[d]ersom juridisk virksomhet skal drives på forsvarlig vis, må aktørene ha kjennskap til og forståelse for de *grunnprinsippene* som gjelder i de enkelte rettsområder.”²¹³

En oversikt over ulike oppfatninger både om på hvilket grunnlag rettsprinsipper konstrueres, og hvilken funksjon disse skal tjene i rettsanvendelsesskjønnet, er utarbeidet av Graver.²¹⁴ Som Graver påviser, er induksjon fra grunnloven, lovgivningen og rettspraksis en akseptabel fremgangsmåte. Videre påviser Bergo gjennom et stort antall høyesterettsdommer at

²⁰⁹ Hagstrøm (i: Hagstrøm og Aarbakke, *Obligasjonsrett* (2003) s. 66) påpeker for eksempel at den fellesnordiske kjøpsloven av 1907 kodifiserte alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, og at kritikken mot denne rettsdisiplinen på 1970-tallet ikke kunne rokke ved rettsprinsippene. Dette betyr imidlertid ikke at prinsippenes innhold er upåvirket av lovgivningen. Hagstrøm sier det slik på s. 67: ”På en rekke punkter må det konstateres at den nye kontraktsrettslovgivningen avviker fra kjøpsloven (1907) og dermed fra etablerte obligasjonsrettslige prinsipper. Dette kan ikke være uten betydning for prinsippenes eksistens og innhold.” Han er også inne på spørsmålet om konstruksjon av et allment prinsipp om avbestillingsrett i tilvirkningskjøp og uttrykker da på s. 69 det standpunkt at ved slik konstruksjon ”må de signaler som kan utledes av lovgiverens vurdering i 1988, veie tyngre enn en høyesterettsdom som først er brakt for dagen ved «juridisk arkeologi».” Hagstrøms sans for en kritisk konstruktiv metode basert på det positive lovgivningsmateriale ser vi også hos Castberg. Sistnevnte teori skal straks undersøkes nærmere.

²¹⁰ Castberg, 'Den konstruktive metode', *TfR*, 1922

²¹¹ Frihagen, *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten* (1966) s. 185

²¹² Backer, *Naturvern og naturinngrep: forvaltningsrettslige styringsmidler* (1986) s. 810 note 2 og Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 33 flg.

²¹³ Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode* (1998) s. 398.

²¹⁴ Graver, 'I prinsippet prinsipiell: om rettsprinsipper', *TfR*, 2006 s. 196 flg.

Høyesterett også anser tekstene i forarbeidene som et tilstrekkelig grunnlag for å oppstille generelle prinsipper.²¹⁵ Teksten gir ifølge Bergo et slags prinsipielt tillegg, som ligger i at tekstene brukes til å konstruere eller utlede prinsipper på områder som tekstene ikke sier noe om, og heller ikke er ment å si noe om.²¹⁶

Blant annet ut fra dette konstaterer Bergo at Høyesterett argumenterer i mønstre som ikke fanges opp av Eckhoffs *Rettskildelære*. Denne påpekning er ikke imøtegått i diskursen.²¹⁷ Blandhol nøyer seg for eksempel med å konstatere at "[d]ette er en interessant påstand, som har sammenheng med det viktige spørsmål om forholdet mellom rettskildelæren og rettskildepraksis".²¹⁸ Det må bemerkes at Blandhol gjennom sitt ordvalg tåkelegger at Bergo har empirisk belegg for sin påstand.

Konstruksjon av alminnelige rettspinsipper synes etter dette å være en oppgave både for høyesterettsdommerne og forskere. På dette punktet skiller nok ikke den norske tradisjonen seg fra den kontinental-europeiske. Vi ser for eksempel at EF-domstolen i *Algera*²¹⁹ induserte fra medlemslandenes lovgivning, litteratur og rettspraksis ved konstruksjon av rettspinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. EF-domstolen synes å legge til grunn en kritisk konstruktiv metode ved sin vurdering av rettskildematerialet. Det kan dermed for norsk retts vedkommende trekkes en parallell til Castbergs konstruktive metode. Dette er også nødvendig fordi senere norske forfattere ikke i like stor grad har redegjort for den konstruktive metoden og dens begrunnelse.

Castberg redegjorde for sin konstruktive metode i sin selvvalgte prøveforelesning "Den konstruktive metode" fra 1921.²²⁰ Castberg uttalte her at metoden "svarer til en helt menneskelig trang til logisk erkjennelse av de rettslige fenomener." Videre at "[t]rangen til å forstå tingene har vel et like sterkt krav på anerkjennelse her som på videnskapens og tenkningens andre områder".²²¹

Castberg mente at gjennom induksjon fra det positive lovgivningsmateriale er det mulig å utlede alminnelige rettspinsipper, som ved deduksjon gis anvendelse ved løsningen av en konkret sak. Han beskrev metoden slik:

²¹⁵ Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s. 314

²¹⁶ *ibid.* s. 314.

²¹⁷ *ibid.* kapittel 11.

²¹⁸ Blandhol, 'Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse', *TJR*, 2004 s. 381

²¹⁹ Sak 7/56, 3/57 til 7/57, Dansk Spesialutgave s. 45.

²²⁰ Castberg, 'Den konstruktive metode', *TJR*, 1922.

²²¹ *ibid.* s. 316.

”Den konstruktive metode kaller man den metode i rettsvidenskapen hvorefter man søker å sammenfatte den positive retts norm i almindeligere setninger i den hensikt å erkjenne den logiske sammenheng i rettsordenen, spare hukommelsen for å fastholde en uendelighet av detaljnormer og — efter manges opfatning — i de opstillede generalisasjoner å erverve midler til løsning av nyopdukkede rettsspørsmål.”²²²

Castberg talte også om at denne metoden ”letter den intellektuelle beherskelse av rettsstoffet”²²³ Og slo videre fast at selv om metoden ikke kunne føre frem til en eneste praktisk løsning, har den likevel sin eksistensberettigelse. Dette fordi den ”svarer nemlig til en helt menneskelig trang til logisk erkjennelse av de rettslige fenomener.”²²⁴ Et spark til de som mente at metoden ikke tjente det praktiske liv, var hans utsagn om at ”[d]en praktiske løsning av rettstilfellene er ofte likeså selvvinnlysende for lægmannen som for juristen ... [m]en rettsvidenskapen må søke å gi svar på hvorfor” dette er den korrekte løsning.²²⁵ Dette gjøres ved å påvise ”den almindelige regel som leder til disse resultater.”²²⁶

Formelen til Castberg er altså å ikke benytte den konstruktive metode kritikkkløst på nye praktiske rettsspørsmål. Det betyr at det skal utøves kritikk både ved ”generalisasjoner av den positive retts setninger og deduksjoner fra disse generalisasjoner”.²²⁷ Gjennom å konsentrere seg om det praktiske rettsliv og ha interesse og forståelse for dette er oppskriften gitt for å unngå tidligere tiders feil.²²⁸ Denne tilnærming synes også å være resepten for å hindre at rettspolitiske spørsmål blir forsømt. Men Castberg tar også til ordet for at rettsvitenskapen må gå enda lenger og må ”ofre de reelle livsforhold som reglene angår, større oppmerksomhet ... undersøke hvordan rettsreglene virker i livet ... søke å forstå de krefter som har virket bestemmende på rettens skikkelse”.²²⁹ I denne forbindelse trakk han inn ”rettens formål”.²³⁰ Ved å sette seg inn i rettsreglenes formål kan så rettsanvenderen gi rettsreglene den rekkevidde som stemmer med formålet.

²²² *ibid.* s. 294.

²²³ *ibid.* s. 304.

²²⁴ *ibid.* s. 316.

²²⁵ *ibid.* s. 317.

²²⁶ *l.c.*

²²⁷ Castberg, *op.cit.*, s. 296.

²²⁸ *ibid.* s. 298.

²²⁹ *ibid.* s. 301.

²³⁰ *l.c.*

Et sitat fra Castberg i forbindelse med hans behandling av ugyldighetslæren spissformulerer hans metodesyn ganske godt: ”På grunnlag av det rettsmateriale man har i spredte lovbestemmelser og et ganske stort antall rettsavgjørelser, må man søke å oppstille generelle ledesetninger, under hensyn til vår offentlige retts alminnelige prinsipper og de formål rettsordenen skal fremme.”²³¹

Castbergs ønske om å ta utgangspunkt i det praktiske rettsliv og iaktta hva som er løsningen i ensartede situasjoner, for på denne måten å legge grunnlaget for å utlede generelle rettssetninger, kan sies å være et kjernepunkt i hans kritiske konstruktive metode. Inspirasjon og slektskap finner han ved iakttagelse av ”enhver konstatering og anvendelse av sedvanerettslige normer.”²³² Den metode Castberg gir anvisning på, er at det ”sluttes fra spesielle rettssetninger til en almindelig regel og derfra til de konkrete tilfeller.”²³³

Først må man altså kartlegge de spesielle rettssetninger slik disse er kommet til uttrykk i lov og sedvaneretten, så må man komme frem til hva som er den alminnelige regel, og deretter er det duket for å løse det konkrete rettstilfellet. Denne tankens vandring fra det spesielle til det generelle og tilbake igjen, eller foreningen av induksjon og deduksjon, særkjenner ifølge Castberg den konstruktive metode. Castberg mente at selv om man ikke er seg det bevisst, er det ved analogislutninger nettopp slutninger fra det man anser for å være en alminnelig regel i en bestemmelse som foretas.

I Eckhoff *Rettskildelære* er tanken om eksistensen av en alminnelig regel nokså fremmed. Analogislutninger kan ifølge Eckhoff begrunnes med så mangt: ”De *begrunnelser* som kan anføres for å tolke en bestemmelse utvidende eller analogisk, må naturligvis ha en viss tilknytning til bestemmelsen, ellers vil man ikke si at det er *den* man tolker utvidende eller trekker slutninger fra. Men alle slags tolkningsmomenter med tilknytning til bestemmelsen kan ha betydning. Det kan for eksempel være sagt i forarbeidene at bestemmelsen bør kunne anvendes også på andre forhold enn dem som dekkes av ordlyden. Eller det kan være bestemmelsens formål som tilsier en utvidet anvendelse. Ofte blir det også argumentert med at det er likhet mellom de faktiske forhold som dekkes av ordlyden, og de utenforliggende som det er spørsmål om å anvende den på. Både rettferdighetshensyn og ønsker om konsekvens og enkelthet i rettsystemet, kan jo tale for at like tilfeller blir behandlet likt.”²³⁴

Castberg gir eksempler på anvendelsen av sin kritiske konstruktive metode fra flere områder. En rød tråd i denne utlegning er kravet om å legge til side egne vurderinger av resultatets

²³¹ Castberg, *Innledning til forvaltningsretten* (1955) s. 191.

²³² Castberg, 'Den konstruktive metode', *TfR*, 1922 s. 304.

²³³ *l.c.*

²³⁴ Eckhoff og Helgesen, *Rettskildelære* (2001) s. 125.

godhet og å holde seg konsekvent til de alminnelige regler. Castberg slår fast at ”et spesielt rettsbud kan fremtre så klart som anvendelse av en almindelig regel, at denne må anerkjennes, uansett om de resultater den leder til, finnes helt tilfredsstillende eller ikke.”²³⁵ Videre: ”Det praktisk heldigste resultat må tross alt vike for konsekvensene av ”almindelige grunnsetninger”, det vil si ”videnskapens generalisasjoner på grunnlag av den positive retts bestemmelser.”²³⁶

Johs. Andenæs har i en minnetale over Castberg fremhevet denne siden ved Castbergs tenkning: ”Han var reservert overfor den moderne tendens til å henvise til det *konkret rettferdige* som norm for avgjørelsen, som Knoph med sin standardlære var den mest utpregede eksponent for i hans samtid. Castberg har klarere enn det i våre dager er vanlig blant juridiske vitenskapsmenn, gitt uttrykk for sin tro på at det finnes noe slikt som en objektiv gyldig rettferdighet, som er noe mer enn personlige preferanser. Han bekjente seg til naturretten, og anså den som forutsetningen for ideen om menneskerettighetene som har fått en slik renessanse etter den annen verdenskrig. Men samtidig var han klar over hvor vanskelig det er for menneskene å bli enige om *hva* som er rettferdig. Han sier selv at hans rettsfilosofi er *en pessimistisk* idealisme, fordi han ikke har vurdert høyt menneskenes sjanse til å kunne møtes i felles vurderinger, felles tro på det ideelt riktige. Derfor søkte han i sitt forfatterskap mest mulig å utforme faste regler på grunnlag av det positive rettsstoff som er gitt i lov og rettspraksis, og skyve det vurderingsmessige, subjektive element i tenkningen så langt tilbake som mulig.”²³⁷

Vi ser at Castbergs prosjekt er å sammensmelte logikk og erfaring. De logiske slutninger fra det positive rettsstoffet må fortolkes ut fra erfaringene fra det praktiske rettslivet. På den annen side må ikke de konsekvensorienterte og pragmatiske strømninger ta overhånd. Det er en balansering som må finne sted, og rettsanvenderen må ikke sette sin subjektive oppfatning av resultatets godhet foran den løsningen som det positive rettsstoffet utpeker, når erfaringen har vist at det aktuelle rettspriusippet kan rettferdiggjøres.

I tråd med vår tradisjon om konstruksjon av rettspriusipp ved induksjon undersøkes i det følgende først forvaltningsloven som grunnlag for et rettspriusipp om beskyttelse av berettigede forventninger. Deretter undersøkes grunnloven §§ 97 og 105 og ugyldighetslæren. Formålet med gjennomgangen av rettskildematerialet er å verifisere om det er tilstedeværelsen av berettigede forventninger som enten legger en viss begrensning på myndighetenes inngrepskompetanse eller utløser spørsmålet om den private parten har krav på kompensasjon. Altså at det i utgangspunktet kan tales om et rettspriusipp om beskyttelse av

²³⁵ Castberg, *op.cit.* 310.

²³⁶ *ibid.* s. 307.

²³⁷ Andenæs, 'Frede Castberg', *Lov og Rett* 1997 s. 296.

berettigede forventninger som gir prima facie vern. Minstevilkårene for at prinsippet skal få anvendelse og fremgangsmåten ved den nærmere rettighetsavgrensningen behandles i henholdsvis kapittel 4 og del II. Gjennomgangen av rettskildene tar ikke sikte på å være noen fullstendig opprømsing av relevant materiale. Når det gjelder høyesterettspraksis, er det lagt vekt på å trekke frem plenumsavgjørelser og også vise at det går en linje fra dommen i *Rt. 1970 s. 70* "Strandlovdommen" og frem til i dag.

3.2 Induksjon fra forvaltningsloven

Forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav a gir forvaltningen en fri adgang til å omgjøre et enkeltvedtak i tiden frem til det er meddelt eller kunngjort. Dette begrunnes i forarbeidene med at før dette tidspunktet, er det ikke skapt noen posisjon eller forventning.²³⁸

Forvaltningsloven § 39 som bestemmer at en forskrift ikke kan påberopes overfor borgerne, før denne er kunngjort eller på annen måte gjort kjent for disse, tar også utgangspunkt i borgernes forventninger. Dette underbygges for eksempel av *Rt. 1992 s. 25* "Polardommen" som gjaldt gyldigheten av en forskriftsendring *ex tunc*. Saksforholdet var at noen transportselskaper hadde krav på transportstøtte etter de forskrifter som gjaldt ved utføringen av transporten, eller om de måtte tåle avslag på sine søknader med grunnlag i en senere forskriftsendring. Høyesterett ga transportørene ved sine konkursbo medhold ut fra en fortolkning av § 39. Av interesse her er imidlertid at Høyesterett ved sin fortolkning tok utgangspunkt i grunnloven § 97.²³⁹ Høyesterett signaliserer med andre ord at det skal foretas tilsvarende avveining som ved rettighetsavgrensningen etter grunnloven § 97, men med en vesentlig reservasjon. Høyesterett sier nemlig at "prøvelse av lovers grunnlovsmessighet reiser spørsmål om forholdet mellom lovgiver og domstoler som ikke på tilsvarende måte gjør seg gjeldende ved vurderingen av forskrifters rekkevidde."²⁴⁰ Ut fra prinsipp teorien sikter Høyesterett her til den abstrakte relative vekten av styringsprinsippet i forhold til rettspresippet om beskyttelse av berettigede forventninger.²⁴¹ Med et forslitt og ikke særlig opplysende uttrykk kan vi si at Høyesterett signaliserer at "prøvningsintensiteten" er større i forhold til forskriftsendringer *ex tunc* enn i forhold til tilbakevirkende formelle lover.

²³⁸ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 98 første spalte.

²³⁹ Se nærmere om denne dommen i punkt 8.3.2.

²⁴⁰ Side 186-187.

²⁴¹ Se nærmere i kapittel 11.

Når det gjelder omgjøringsadgangen etter de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler” som er nevnt i forvaltningsloven § 35 siste ledd, er det ikke tvilsomt at det er tale om forventningsbeskyttelse. Forutsatt at et inngrep i et begunstigende enkeltvedtak gjennom omgjøring til ugunst går klar av legalitetsprinsippet krav om hjemmel i formell lov, er det alminnelige synspunktet i rettspraksis og teori at partens berettigede forventninger bare kan settes til side dersom tungtveiende samfunnsmessige interesser taler for det. Utsagnet er for eksempel benyttet av Høyesterett i et obiter dictum i *Rt. 1976 s. 1376* og er av flere forfattere konkretisert som et spørsmål om de interesser som taler for omgjøring, veier vesentlig tyngre enn de interesser som taler mot.²⁴² Når det gjelder litteraturens fremheving av hensynet til beskyttelse av posisjoner og forventninger, kan linjen trekkes fra Castbergs pionérarbeid *Innledning til forvaltningsretten* og via Frihagen og Eckhoff til Graver og Smith.²⁴³ Graver sier for eksempel at:

”Det hensyn som taler mot omgjøring, er hensynet til stabilitet og beskyttelse av berettigede forventninger. Det er et viktig hensyn at den enkelte skal kunne innrette seg i tillitt til en bevilling, tillatelse eller dispensasjon, se forvaltningskomiteens innstilling s. 236. Dette hensynet er tillagt stor vekt også i andre lands forvaltningsrett.”²⁴⁴

Eckhoff og Smith fremhever tilsvarende:

”Vanskeligere blir det når omgjøring vil ramme interesser som må antas å være beskyttet av det opprinnelige vedtaket (søkeren, en konkurrent som tapte i første omgang osv). Hvis ikke *berettigede forventninger* skal bli ofret, er det altså behov for å veie argumenter for omgjøring mot de private interesser som taler *imot*.”²⁴⁵

Forvaltningskomiteens utredning kan også nevnes. Her fremholdes at det vil skape usikkerhet dersom myndighetene fritt kan omgjøre et begunstigende vedtak, og at dette samfunnsmessig ville være lite ønskelig. Videre at omgjøring til ugunst bare kan finne sted når vedkommende part åpenbart ikke har rimelig krav på å kunne innrette seg på at avgjørelsen vil bli stående.²⁴⁶

²⁴² Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* (2006) s. 296 og Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 554.

²⁴³ Castberg, *Innledning til forvaltningsretten* (1938) s. 186, Frihagen, *op.cit.*, s. 16, Eckhoff m.fl., 'Omgjøring av forvaltningsvedtak', *Jussens Venner*, 1969 s. 101, Graver, *op.cit.*, s. 543 og Ot.prp. nr. 3 (1976-77).

²⁴⁴ Graver, *op.cit.*, s. 543.

²⁴⁵ Eckhoff og Smith, *op.cit.*, s. 291.

²⁴⁶ Forvaltningskomiteens innstilling s. 236.

Det kan fremheves at Graver ikke synes å ha funnet spørsmålet om induksjon av et rettspriussipp om beskyttelse av berettigede forventninger særlig tvilsomt. Han fremholder at forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav a er utslag av et mer generelt rettspriussipp om beskyttelse av berettigede forventninger.²⁴⁷ I kjølvannet av dette vil jeg fremholde at selv om andre forfattere er mer tilbakeholdne med å tale om et rettspriussipp om beskyttelse av berettigede forventninger, er det ikke tvilsomt at det er stor grad av enighet om at det er konstateringen av en berettiget forventning som i de aller fleste tilfeller begrenser omgjøringskompetansen. Med andre ord at rettspriussippet gir prima facie vern mot omgjøring til ugunst.

3.3 Induksjon fra grunnloven §§ 97 og 105

3.3.1 Kort innledning

Rettspriussipper som induseres fra grunnlovens bestemmelser, er i samsvar med Graver uttrykk for ”mer generelle overordnede prinsipper som gis samme normative karakter og rang som bestemmelsen[e] selv.”²⁴⁸

Andenæs og Fliflet sier det slik: ”Ikke bare det som er direkte sagt i grunnloven, er bindende for lovgiveren, men også det som følger av en rimelig tolkning.”²⁴⁹ Dette eksemplifiseres av disse forfatterne gjennom påpekningen av at selv om grunnloven § 105 etter sin ordlyd bare gir et vern mot avståelse av eiendom til offentlig bruk uten kompensasjon gjelder dette også ved avståelse til private.²⁵⁰ I tråd med dette påpeker de videre at vernet etter grunnloven § 97 ifølge standardteorien gir uttrykk for et ”rettferdighetsprinsipp” og må fortolkes deretter, det vil si at det er den urettferdige, utilbørlige og hensynsløse tilbakevirkningen som rammes av grunnloven § 97.²⁵¹

I det følgende legges det vekt på å få frem høyesterettspraksis av interesse ved induksjon av et rettspriussipp om beskyttelse av berettigede forventninger, fordi det i teorien ikke synes å være

²⁴⁷ Graver, *op.cit.*, s. 545.

²⁴⁸ Graver, 'I prinsippet prinsipiell: om rettspriussipper', *TJR*, 2006 s. 197.

²⁴⁹ Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* (2006) s. 350.

²⁵⁰ *l.c.*

²⁵¹ Andenæs og Fliflet, *op.cit.*, s. 446.

lagt særlig vekt på å trekke dette prinsippet frem i lyset. Dette kan forklares med utgangspunkt i ulikt syn innen juristfellesskapet på hensiktsmessigheten av å konstruere rettsprinsipper. Eckhoff og Smith er for eksempel kritiske til konstruksjon og argumentasjon ut fra rettsprinsipper. Eckhoffs sentrale poeng synes å være at rettsprinsippene i seg selv ikke har noen vekt i rettsanvendelsesskjønnet, men at det heller er de hensyn som prinsippene refererer til.²⁵² Denne forståelsen av rettsprinsipper synes å være utløst av at Eckhoff reagerer på at Dworkins ”principles” ikke er relative størrelser, men har en vekt som oppfattes å være gitt på forhånd.²⁵³ En prinsipiell avstandtagen til rettsprinsipper som relative størrelser kan med andre ord ikke spores hos Eckhoff. Smiths synspunkter fremkommer i Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett*.²⁵⁴ Hans sentrale poeng synes å være at meningsinnholdet i ordet ”prinsipp” er uklart.²⁵⁵ Videre at flertydigheten og det han omtaler som den ”emotive appell” av ordet, gir grunn til varsomhet.²⁵⁶ Heller ikke hos Smith ser vi en prinsipiell avstandtagen til rettsprinsipper som relative størrelser. En nærmere forklaring på hvorfor det ikke er lagt vekt på konstruksjon av rettsprinsipper kan søkes i det jeg har kalt ”inkommensurable-tesen”, se nærmere om denne i kapittel 7.

3.3.2 Høyesterettspraksis

3.3.2.1 Rt. 1970 s. 67 ”Strandlovdommen” og Rt. 1994 s. 813 ”Herlofsen”

I plenumsavgjørelsen i *Rt. 1970 s. 67 ”Strandlovdommen”* og i *Rt. 1994 s. 813 ”Herlofsen”* ble det lagt til grunn at forventninger hos den grunneier som har påtatt seg økonomiske oppofrelser i tillit til rettstilstanden før statens inngrep, kan ha et grunnlag og en styrke som tilsier at det gis et erstatningsvern etter prinsippet i grunnloven § 105.²⁵⁷

Saksforholdet i *Rt. 1970 s. 67 ”Strandlovdommen”* var at det ble nedlagt et byggeforbud i henhold til strandloven²⁵⁸ som ikke gjorde det mulig å oppføre flere bygninger på en holme

²⁵² Eckhoff, *Legal principles* (i: *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems: festschrift für Robert S. Summers* (1994) s. 39)

²⁵³ *l.c.*

²⁵⁴ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* (2006) s. 30. Disse synspunkter er skrevet av Smith etter Eckhoffs død, og må derfor tilskrives Smith.

²⁵⁵ *l.c.*

²⁵⁶ Eckhoff og Smith, *op.cit.*, s. 31.

²⁵⁷ Se særlig *Rt. 1994 s. 813 ”Herlofsen”*, s. 819.

²⁵⁸ Midlertidige lov av 25. juni 1965 nr. 5 (strandloven).

(Sauholmen) på ca. 70 mål. Eieren fremmet krav om erstatning for tap av byggemuligheten under henvisning til prinsippet i grunnloven § 105, men fikk ikke medhold. Høyesterett la vekt på at lovens byggeforbud var tidsbegrenset, og at formålet med det var å gi myndighetene den nødvendige tid til å utforme arealdisponeringsplaner. Av særlig interesse er Høyesteretts påpekning av at eieren ”ikke har foretatt noen investeringer på Sauholmen med sikte på salg eller overhodet av den art at han ikke tilgodegjør seg dem ved å bruke eiendommen på den måte han gjorde før byggeforbudet.”²⁵⁹

Det forelå dermed ifølge Høyesterett ingen spesielle omstendigheter som kunne tilsi at grunneieren hadde krav på erstatning. Riktignok sier ikke Høyesterett eksplisitt at innrettelse i tillit til berettigede forventninger kan utløse krav på erstatning, men slik er dette forstått i senere praksis, jfr. *Rt. 1994 s. 813* ”Herlofsen”.

Saksforholdet i *Rt. 1994 s. 813* ”Herlofsen” var at en grunneier i samsvar med foreliggende plangrunnlag igangsatte arbeid med prosjektering av sin eiendom for senere utbygging. Utgiftene ved dette arbeidet ble senere verdiløse på grunn av kommunens reguleringsendring. Han fremmet krav mot kommunen om erstatning for spilte utgifter ved utarbeidingen av en bebyggelsesplan blant annet under henvisning til prinsippet i grunnloven § 105, men fikk ikke medhold. Høyesterett fant heller ikke grunnlag for å gi grunneieren medhold i at kommunen hadde opptrådt uaktsomt og derfor måtte betale erstatning etter culpa-regelen. Av særlig interesse er Høyesteretts oppfatning vedrørende vernet av berettigede forventninger etter prinsippet i grunnloven § 105.²⁶⁰ Høyesterett synspunkt var som følger (min understreking):

”Nå er det slik, som den ankende part sterkt har fremhevet, at Høyesterett i flere avgjørelser synes å ha forutsatt at erstatningsspørsmålet kan komme i en annen stilling når det er tale om inngrep som direkte gjør verdiløse utgifter som eieren har pådradd seg, eller investeringer som han har gjort, enn når det gjelder inngrep som rammer hans adgang til fremtidig økonomisk utnyttelse av eiendommen. Forventningen hos den grunneier som slik har påtatt seg økonomiske oppofrelser i tillit til rettstilstanden før inngrepet, kan ha et grunnlag og en styrke som tilsier at den gis erstatningsvern. En reservasjon i denne retning ble tatt allerede i strandlovdommen [*Rt* 1970 s. 67 på side 77], nevnes til støtte for resultatet at eieren «...ikke har foretatt noen investeringer ...

²⁵⁹ Side 77.

²⁶⁰ NOU 2004:28, s. 724 første spalte.

med sikte på salg eller overhodet av den art at han ikke tilgodegjør seg dem ved å bruke eiendommen på den måte han gjorde før byggeforbudet».²⁶¹

Ut fra dette prinsippet kom Høyesterett til at et vilkår for erstatningsansvar etter prinsippet var at den aktuelle forventningen har grunnlag i en ”avsluttet regulering”.²⁶² Dette var ifølge Høyesterett ikke tilfellet når det i reguleringsplanen krevdes en bebyggelsesplan som måtte anses å være et mellomstadium før den endelige reguleringen var på plass. Høyesterett argumenterte slik:

”Jeg er enig med lagmannsrettens flertall i at reguleringsbestemmelsene til planen av 1977 i vår sak innebærer at planelementer som etter bygningsloven av 1965 ellers ville være deler av reguleringsplan, skulle inkorporeres i bebyggesplanen, og at denne derfor fremstår som et ledd i planprosessen. Herlofson [grunneier] kunne ikke ha noen sterk forventning om at den bebyggelsesplan rederiet fremla forslag til i januar 1985, skulle bli lagt til grunn for den endelige regulering av eiendommen.

Herlofson må også ha vært klar over - som det er opplyst for Høyesterett - at bevaringshensyn for enkelteierdommer i det hele ikke var blitt vurdert i forbindelse med reguleringsplanen av 1977. Rederiet måtte i det minste lett ha kunnet skaffe seg kjennskap til dette. Det er på det rene at både OPAK og arkitektene var kjent med at Drammensveien 88 B stod på Byantikvarens Gule liste. Vi befinner oss i 1980-årene, i en tidsperiode hvor bevaringshensyn i forhold til miljøfaktorer og kulturminner stadig har vunnet sterkere fotfeste i den offentlige arealplanlegging og i opinionen. Også av denne grunn kunne Herlofson vanskelig ha noen sterk forventning om at forslaget til bebyggelsesplan ville få gehør i den videre planprosess, selv om full bevaring ville være betinget av omregulering.”²⁶³

Vi ser at både i plenumsavgjørelsen i *Rt. 1970 s. 67* ”Strandlovdommen” og *Rt. 1994 s. 813* ”Herlofsen” indikeres et rettighetsvern for berettigede forventninger som lovgivningen ikke kan gripe inn i uten at ”gode grunner” taler for dette.

²⁶¹ Side 819.

²⁶² Side 820.

²⁶³ Side 821.

3.3.2.2 Rt. 2006 s. 293 ”Arves Trafikkskole”

I plenumsavgjørelsen i *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole” var det enighet mellom flertallet på 11 dommere og mindretallet på 4 dommere om at den ankende part, Arves Trafikkskole, hadde en berettiget forventning som i utgangspunktet var vernet etter grunnloven § 97. Forventningen knyttet seg til skolens fradragsføring av påløpt merverdiavgift etter kjøp av en kjøreskolebil. Det nærmere saksforholdet var at kjøreskolen i samsvar med mervediavgiftsloven hadde fradragsført den påløpte merverdiavgift, men da trafikkopplæring senere ved lov 21. desember 2001 nr. 113 ble fritatt for merverdiavgift fulgte det av lovens overgangsbestemmelser at fradragsføring av avgift på personkjøretøy som hadde funnet sted i en seks måneders periode før lovens ikrafttreden, måtte tilbakeføres. Dette ble ikke godtatt av Arves Trafikkskole som hadde ervervet ny bil i den aktuelle perioden. Kjøreskolen gjorde gjeldende at lovens overgangsbestemmelser var i strid med tilbakevirkningsforbudet i grunnloven § 97, og krevde derfor at fylkesskattekontorets vedtak om tilbakeføring måtte kjennes ugyldig. Høyesteretts flertall var enig i dette synspunktet.

Både flertallet og mindretallet tok utgangspunkt i at grunnloven § 97 ikke setter et absolutt forbud mot inngrepet. Ut fra en inndeling av rettsnormene i ”enten/eller regler”²⁶⁴ og ”prima facie-regler”²⁶⁵ er altså utgangspunktet hos samtlige dommere at grunnloven § 97 ved løsningen av spørsmålet om grunnlovsmessigheten av det foreliggende inngrepet er en ”prima facie-regel”. Tilsidesettelse av det vern berettigede forventninger nyter etter grunnloven § 97, krever med andre ord at ”gode grunner” taler for dette.²⁶⁶ Strukturen i argumentasjonen vedrørende den normative kraften av de berettigede forventninger i rettsanvendelsesskjønnet er nokså sammenfallende hos flertallet og mindretallet. Det er imidlertid forskjellige oppfatninger når argumentasjonen vurderes ut fra prinsipp teorien, både om hvilken abstrakt relativ vekt styringshensynet har i forhold til vernet av de berettigede forventninger, og om inngrepsintensiteten vedrørende de berettigede forventninger.

Når det gjelder strukturen i argumentasjonen, vurderer som sagt samtlige dommere inngrepsintensiteten vedrørende de berettigede forventninger, men synes å ha ulikt standpunkt til dette spørsmålet. Det samme gjelder det konkrete behovet for å gripe inn. Det vesentlige

²⁶⁴ Se om Alexys inndeling av rettsnormene i regler og prinsipper i punkt 2.2.1.

²⁶⁵ Graver, *Juridisk overtalelseskunst* (2008) s. 115.

²⁶⁶ *ibid.* s. 116.

punktet hvor flertallet og mindretallet skiller lag, er imidlertid synspunktet på den abstrakte relative vekten av styringsbehovet i forhold til hensynet til beskyttelsen av de berettigede forventninger. Flertallet tilkjenner dette gjennom å kreve at det for de såkalte handlingsskatter må foreligge "tungtveiende samfunnsmessige hensyn" for å godta tilbakevirkningen, mens mindretallet helst vil unngå denne formuleringen og fremholder at også "mindre tungtveiende samfunnshensyn" kan gi grunnlag for å akseptere tilbakevirkningen.²⁶⁷ Den nærmere vurdering av flertallet og mindretallets argumentasjonsstruktur i forhold til prinsipteorien behandles i punkt 8.2. Her skal kun påpekes flertallets generelle synspunkter vedrørende vernet av berettigede forventninger etter prinsippet i grunnloven § 97 og den konkrete vurderingen av om disse forventninger var svekket eller fraværende som følge av de opplysninger som forelå på ervervstidspunktet om fritak av trafikkopplæring fra merverdiavgiftsplikt.

Når det gjelder flertallets generelle oppfatning av grunnloven § 97 som en prima facie-regel om vern av berettigede forventninger ved de såkalte handlingsskatter, fremkommer denne oppfatningen slik:

"(71) Staten har anført at lovgiver må ha stor handlefrihet på skatte- og avgiftsområdet. Jeg bemerker at dette synspunktet har vært lagt til grunn som et generelt utgangspunkt i forhold til alminnelig inntekts- og formuesskatt. I vår sak gjelder det en transaksjonsavgift hvor nye byrder blir knyttet til en transaksjon som avgiftsmessig sett skulle ha vært gjort opp før lovendringen. Hensynet til omsetningslivets innrettelsesbehov må da veie tungt. Bestemmelsen i merverdiavgiftsloven § 74 om at merverdiavgift svares etter de regler som gjelder på leveringstiden, gir borgerne en særlig forventning om at lovendringer ikke skal skje med tilbakevirkende kraft til skade for dem. Når hensynene til forutberegnelighet og endelige oppgjør veier tungt, må mer generelle hensyn etter mitt syn vike. Jeg kan heller ikke se at lovgivers behov for handlingsrom er like stort på dette området som ved fastsettelsen av de rettslige rammer for det alminnelige skatteoppgjør i det enkelte inntektsår.

(72) Etter dette mener jeg at en ny transaksjonsavgift bare kan legges på en tidligere handling dersom sterke samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende. Det samme må gjelde når det er tale om å tilsidesette et korrekt gjennomført fradrag for merverdiavgift. Noen helhetsvurdering hvor bare den klart urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt, er det ikke rom for. "

²⁶⁷ Dommens avsnitt (100).

Flertallets drøfting av spørsmålet om det var mulig å tale om en forventning om at den pådratte merverdiavgiften ikke ville bli krevd tilbakeført ved vedtakelsen av en lov om avgiftsfritak for trafikkopplæring, underbygger forventningenes vern etter grunnloven § 97. Mindretallet synes på sin side ikke å ha vært uenig i denne vurderingen og nøyer seg med å konstatere at ” [a]vtale om bilkjøp ble inngått, og bilen ble forskuddsbetalt, på et tidspunkt da Arves Trafikkskole ikke hadde konkret kjennskap til at en opphevelse av avgiftsplikten var nær forestående.”²⁶⁸

Flertallets drøfting var som følger:

”(78) Som jeg har vært inne på, ble kjøpsavtalen om bilen inngått 12. oktober 2001, fire dager etter at Sem-erklæringen ble lagt frem, men før regjeringen hadde fremmet proposisjonen med forslag til lovendring. Bilen ble levert etter at proposisjonen var fremmet og finanskomiteens innstilling var avgitt, men ble betalt og er akseptert å være rettmessig ført til fradrag før de nevnte stortingsdokumentene ble avgitt.

(79) Jeg legger til grunn at lovgiver - for å unngå skatte- og avgiftsmotiverte tilpasninger - har et visst spillerom for å bestemme at en lov skal tre i kraft fra et tidligere tidspunkt enn vedtakstidspunktet, for eksempel fra den dato proposisjonen ble fremmet. Formålet med Grunnloven § 97 er å skape trygghet og forutberegnelighet. Dersom tilstrekkelig forutberegnelighet er etablert før loven blir vedtatt, kan det derfor etter omstendighetene være berettiget å bestemme at lovendringen skal tre i kraft fra et tidspunkt forut for vedtakelsen for å motvirke disposisjoner med sikte på å komme loven i forkjøpet under lovforberedelsen, jf. også Rt 1990 s. 284 på side 295 og Rt 1976 s. 1245 på side 1251.

(80) Forutsetningen må være at det på det tidligere tidspunktet er klart eller nærliggende at man vil få den regel som senere blir lov. Etter mitt syn må det videre normalt kreves at lovforslaget og forslaget til ikrafttredelsestidspunkt er gjort tilstrekkelig kjent for den aktuelle gruppe. Hvilke vilkår som ellers må stilles opp, finner jeg ikke grunn til å komme nærmere inn på her.

(81) Sem-erklæringen skapte etter mitt syn ikke tilstrekkelig kunnskap om den kommende overgangsordningen. Den ga bare uttrykk for mindretallsregjeringens politiske målsetning om å få opphevet ordningen med merverdiavgift på kjøreopplæring i løpet av en fireårs-periode, og nevnte ikke tilbakevirkningsregelen.”

²⁶⁸ *ibid.* avsnitt (98).

Denne plenumsavgjørelsen indikerer et rettighetsvern for berettigede forventninger som lovgivningen ikke kan gripe inn uten at ”gode grunner” taler for dette. Dette undersøkes nærmere i punkt 8.2.2.

3.3.2.3 Rt. 2007 s. 1281 ”Sakristivold”

I plenumsavgjørelsen i *Rt. 2007 s. 1281* ”Sakristivold” tok Høyesterett blant annet stilling til grunnlovsvernet av bortfesternes forventning om å kunne øke festeavgiften med basis i markedsverdien på festearealet ved festetiden er utløpt. Saksforholdet var at festerne ved lov 2. juli 2004 nr. 63 fikk rett til å kreve festet forlenget ”på same vilkår som før”, jfr. tomtfesteloven § 33. Dermed grep lovgiver inn i et tidligere etablert rettsforhold i favør av den ene parten med en regel om ”tvangskontrahering”.²⁶⁹ Høyesterett tok utgangspunkt i at dette inngrepet etter vår rettstradisjon skal vurderes etter grunnloven § 97²⁷⁰ og at bestemmelsen i denne sammenheng er en prima facie-regel. Høyesterett formulerte seg slik:

”(99) Da § 33 regulerer konsekvensene av en allerede inngått avtale, står vi overfor det som betegnes som « uegentlig tilbakevirkning ». Det er imidlertid klart at også inngrep i etablerte rettigheter eller posisjoner etter omstendighetene kan rammes av Grunnloven § 97. For slike tilfeller er den såkalte «standardteorien» fremherskende i dag, jf. Rt 2006 s. 293 avsnitt 60. Etter den må det foretas en helhetsvurdering av hvilke virkninger loven får. Ved denne vurderingen må det på den ene siden legges vekt på hensynet til festerne. Disse hensynene må avveies mot hvilke konsekvenser loven får for bortfesterne, og hvor beskyttelsesverdige deres interesser er.
(100) Hva som aksepteres, avhenger av hvilket rettsområde det er tale om ...”

Når det gjelder vurderingen av inngrepsintensiteten i bortfesternes forventning om å kunne oppjustere festeavgiften, slik at vederlaget avspeilet grunnarealets reelle verdi, ble dette, som vi straks skal se drøftet av Høyesterett, som et spørsmål om styrken av forventningene. Hva angår drøftingen av styringsbehovet og den nærmere avveiningen skal dette behandles nærmere i punkt 8.2.5.

²⁶⁹ Dommens avsnitt (91).

²⁷⁰ *ibid.* avsnitt (90).

Høyesteretts drøfting av styrken av forventningene var som følger:

”(109) Da festeavtalene ble inngått i en periode med prisregulering, har ankemotpartene fremhevet at man forventet at prisreguleringen etter hvert ville bli opphevet, og at man ved forlengelse av festeavtalen ville få mulighet til å oppnå en festeavgift som avspeilte tomtens reelle verdi. Til dette bemerker jeg at det kan reises spørsmål om hvor sterk denne forventningen kan ha vært. Dette fremheves også i Ot.prp.nr.28 (1995-1996) side 24 andre spalte i forbindelse med forslaget til reguleringsklausul i lovens § 15. Jeg viser videre til Rt-2006-1547, som gjaldt oppregulering av festeavgift for en tomt til fritidshus i Hvaler kommune, og hvor festeavtalen ble inngått i 1965 - med andre ord omtrent samtidig med festeavtalene i vår sak. Om partenes forventninger uttaler førstvoterende i avsnitt 51:

« Ankemotpartene har lagt stor vekt på at dersom partene hadde forutsatt at tomtfesteavgiftene skulle reguleres etter konsumprisindeksen, var det ikke behov for å ta inn en bestemmelse i kontrakten om at tvister om reguleringen skal avgjøres ved skjønn. Etter mitt syn kan man imidlertid ikke legge særlig vekt på dette. På 1960-tallet var det vanskelig å forutse at prisene på hyttetomter skulle stige vesentlig kraftigere enn det som det alminnelige fall i pengeverdien skulle tilsi. Mest sannsynlig hadde partene ved inngåelsen av kontrakten ikke noen klare forestillinger om hva som skulle danne det materielle grunnlag for regulering av festeavgiften. »

110) I tillegg til det som fremgår av dette sitatet, bemerker jeg at i den grad bortfesteren eventuelt hadde forventninger om at prisreguleringen skulle opphøre, kunne ikke bortfesteren ha noen berettiget forventning om at lovgiveren ville akseptere en prisstigning for festeavgifter som avvek markert fra den øvrige prisutviklingen. Hadde ikke lovgiveren grepet inn, ville de senere års prisøkninger nærmest hatt karakter av en «tilfeldig gevinst», jf. Ot.prp.nr.41 (2003-2004) side 51 andre spalte. En forventning om at lovgiveren til fordel for festerne ikke ville gripe regulerende inn overfor den prisutviklingen vi har hatt de siste årene, var derfor ikke realistisk.”

Denne plenumsavgjørelsen indikerer et rettighetsvern for berettigede forventninger som lovgivningen ikke kan gripe inn uten at ”gode grunner” taler for dette. Som sagt skal den nærmere rettighetsavgrensning behandles i punkt 8.2.5.

3.4 Ugyldighetslæren

Problemstillingen her er om forvaltningsrettens ugyldighetslære underbygger et konstitusjonelt rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger ved at det i denne læren aksepteres at materielt uriktige avgjørelser opprettholdes i strid med lovgivningen som følge av partens berettigede forventninger.

Forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c slår fast at et vedtak kan omgjøres ved ugyldighet. Hva som kreves for å erklære et vedtak ugyldig, og om forvaltningen plikter å omgjøre vedtaket, skal imidlertid avgjøres ut fra ”alminnelige forvaltningsrettslige synspunkter”.²⁷¹ Sentrale kilder er dermed rettspraksis og den forvaltningsrettslige litteraturen.

I eldre høyesterettspraksis finner vi eksempler på at Høyesterett ut fra hensynet til beskyttelse av den private partens berettigede forventninger har satt til side lovgivningen, det vil si at aktuelle vedtaket til gunst for parten er blitt opprettholdt, selv om det er i strid med loven. Det dreier seg gjerne om vedtak hvor skadevirkningene ved opprettholdelsen av vedtaket fremstår som mindre tungtveiende, og inngrepsintensiteten i de berettigede forventninger vurderes som ganske stor. Et eksempel her dommen i *Rt. 1889 s. 345* som gjaldt spørsmålet om en byggherre som hadde bygd ca. fem centimeter utenfor den regulerte gatelinje, kunne pålegges å trekke bygningen tilbake innenfor linjen. Byggherren hadde fått sin byggesøknad godkjent uten noen merknader og kunne ikke antas å ha vært oppmerksom på overskridelsen av byggelinjen. Høyesteretts flertall satte til side bygningsloven og opprettholdt den approberte byggeplanen.

Et annet eksempel er dommen i *Rt. 1906 s. 700*. Saken gjaldt en enke som etter sin ektefelles død i desember 1905 hadde drevet videre sin ektefelles virksomhet som gikk ut på salg av vin. Avdøde hadde i januar 1905 betalt avgiften for opprettholdelsen av sin bevilling for virksomheten én dag etter den lovbestemte frist. Etter lovens ordlyd skulle han dermed ha mistet sin bevilling. Årsaken til den sene betaling var at betalingsfristen, den 15. januar 1905, falt på en søndag. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom enstemmig til at når betalingsfristen falt på en søndag, kunne ikke dette medføre at betaling dagen etter medførte tap av bevillingen. Det var i alle fall klart at når kommunen året etter, i januar 1906, etter ektefellens død, uten

²⁷¹ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 98 første spalte.

merknader mottok avgift for vinsalg for 1906, var den dermed bundet og kunne ikke senere gjøre gjeldende bortfall av enkens rett til å selge vin.

Vi har også en lagmannsrettsavgjørelse av interesse inntatt i *Rt. 1939 s. 941*. Her ble en lovstridig ansettelse av en lærer ikke kjent ugyldig. Ansettelsesorganet hadde vært i villfarelse om ansettelsesforholdet til en annen lærer ved skolen og trodde derfor at den lovbestemte kvote for antallet fast ansatte lærere ikke var oppbrukt. I vurderingen ble de berettigede forventningene den nyansatte læreren hadde, tillagt vekt. Jeg nevner i denne forbindelse også *Rt. 1930 s. 715*. I denne dommen var spørsmål om en lærer kunne få en oppsigelse satt til side fordi hun ved en feil var plassert i en oppsigelig stilling og ikke i en uoppsigelig stilling slik loven krevde. Høyesterett sluttet seg til herredsrettens begrunnelse vedrørende tolkningen av den aktuelle bestemmelse. Herredsretten la vekt på at læreren ikke hadde hatt forventning om noe annet enn en oppsigelig stilling.

Disse eldre dommer indikerer en viss støtte til et konstitusjonelt rettspriusipp om beskyttelse av berettigede forventninger. Det må imidlertid medgis at ingen av disse avgjørelser har satt dype spor etter seg i litteraturen. Tvert i mot ble Høyesteretts holdning til tilsidesettelse av loven møtt med sterk motstand av Castberg. Hva angår dommen i *Rt. 1889 s. 345* unnlot han å problematisere det forhold at Høyesterett satte til side bygningsloven og i realiteten opprettholdt den approberte byggeplanen. I stedet problematiserer han ut fra et tenkt eksempel og falt ned på at en ulovlig tillatelse bare kan betraktes som gyldig frem til ugyldighet blir konstatert ved ny forvaltningsakt eller dom.²⁷² Castbergs syn kom også klart til frem når han tilkjennega uenighet med Høyesterett for domstolens tilsidesettelse av loven i *Rt. 1906 s. 700*.²⁷³ Hos Castberg synes det altså ikke å ha vært rom for å ta hensyn til berettigede forventninger ved ugyldighet som skyldes et lovstridig vedtak. Ved andre typer feil var han imidlertid tilbøyelig til å strekke seg langt i å ville opprettholde vedtakene.²⁷⁴ Videre for å imøtekomme det private rettssubjekts behov for forutberegnelighet og rettighetsvern ved begunstigende vedtak innførte han sontringen mellom angripelige vedtak og nulliteter slik at et ugyldig begunstigende vedtak falt i førstnevnte gruppe. Det vil si at virkningen av ugyldighet ikke inntreffer før dette konstateres ved dom eller nytt vedtak.²⁷⁵

²⁷² Castberg, *Imledning til forvaltningsretten* (1955) s. 77.

²⁷³ *ibid.* s. 78.

²⁷⁴ *ibid.* s. 189.

²⁷⁵ *ibid.* s. 194.

Blant dagens forfattere synes det ikke å være noen uenighet om at partens berettigede forventninger kan få betydning for spørsmålet om ugyldighet skal konstateres eller ikke. Graver legger for eksempel til grunn at selv om parten i utgangspunktet ikke kan ha en berettiget forventning om at et ugyldig vedtak skal opprettholdes, åpnes det for å gjøre unntak for den situasjon at vedkommende er uten skyld i ugyldigheten og har innrettet seg i tillit til vedtaket.²⁷⁶ Eckhoff og Smiths kritikk av *Rt. 1965 s. 181* ”Tapetsererdommen” peker i samme retning som det synspunktet Graver gjør seg til talsmann for. Saken gjaldt tilsidesettelse av en prøve i tapetsererfaget åtte år etter at prøven var avlagt. I strid med regelverket var kandidatene ikke prøvd i tapetsering kant i kant, som er ansett å være vanskeligere enn tapetsering kant over kant som prøven hadde gått ut på. Høyesterett la ikke avgjørende vekt på at det er hardt å kjenne en eksamen ugyldig åtte år etter at den er avlagt på grunn av en feil som kandidaten ikke hadde noen skyld i, noe som altså kritiseres av Eckhoff og Smith.²⁷⁷ Ettersom denne nokså tilårskomne dommen skaper en viss usikkerhet om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger sin normative kraft, kan tilføyes at dommen i sin samtid var gjenstand for fortolkningstvil. Frihagen mente at det var uklart om Høyesterett ved sin avgjørelse hadde tatt stilling til omgjøringsspørsmålet. Han indikerte nokså klart at Høyesterett meget vel kunne oppfattes å ha nøydt seg med å avgjøre gyldighetsspørsmålet og ikke samtidig tok stilling til omgjøringsadgangen.²⁷⁸

I dansk rett har det i tiden etter dommen i *U 1887 s. 640 H* ”læbæltedommen” ikke heftet tvil om at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan sette til side lovgivningen.²⁷⁹ Ut fra vår felles rettstradisjon gir selvsagt dette støtte til de synspunkter som allerede er forfektet av norske forfattere.

Dommen i *U 1887 s. 640 H* ”læbæltedommen” gjaldt en næringstillatelse som var utstedt på uriktig faktisk grunnlag, idet virksomheten lå for nært nærmeste ”axeltorv”. Kort fortalt kan man si at avstandskravet var ca. 10.000 meter, og det manglet ca. 100 meter for at lovens krav ville vært oppfylt. Høyesteret mente at det foreliggende tilbakekall av næringstillatelsen var urettmessig. Det ble i avgjørelsen vist til at forvaltningen hadde ansvaret for å påse at lovens krav var oppfylt, og for å kreve fremlagt dokumentasjon i søknadsprosessen, at avviket fra lovens krav var ubetydelig, og at næringsretten var utøvd over lang tid og i god tro.²⁸⁰ Timmermann

²⁷⁶ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007), s. 547.

²⁷⁷ Eckhoff og Smith, *op.cit.*, s. 458.

²⁷⁸ Frihagen, *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten* (1966) s. 43.

²⁷⁹ Timmermann Pedersen, *Proportionalitetsprinsippet* (2000) s. 152.

²⁸⁰ *ibid.* s. 153.

3 Konstruksjon av rettspriinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger

Pedersen fremholder at rettspriinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ("grundsætningen") gjør seg gjeldende i dansk forvaltningsrett og i særlig grad ved tilbakekall av begunstigende forvaltningsakter.²⁸¹

I forlengelsen av forrige avsnitt kan nevnes at Christensen har lagt til grunn at omgjøring ex nunc til ugunst ved hjemmelmangel, enten denne skyldes en opprinnelig hjemmelmangel eller at faktum har endret seg slik at vedtaket nå er i strid med rettsgrunnlaget, stort sett er kurant. Han har da i siktet løpende ytelser. Fra denne klare hovedregelen kreves ifølge Christensen både "solid funderet berettiget forventning, og at ydelsen ikke løber for langt ud i fremtiden."²⁸² Som eksempel trekker han frem en sak fra Folketingets ombudsmand (FOB) fra 1985.²⁸³ Saken har en parallell til "læbæltedommen", på grunn av feiltakelse av avstand og innvilgelse av en søknad i strid med loven. Her var det ikke avstanden fra et axeltorv, men mellom en skoleelevs hjem og hans skole det dreide seg om. Eleven fikk innvilget et busskort gjeldende for et skoleår, fordi myndighetene la til grunn at avstanden var syv kilometer. Da det et stykke inn i skoleåret ble oppdaget at avstanden bare var seks og en halv kilometer og lovens vilkår dermed ikke var oppfylt, var spørsmålet om tilbakekall kunne finne sted. Ombudsmannen la vekt på noen av de samme momenter som i "læbæltedommen" og mente at tilbaketrekking ikke kunne finne sted. Det ble konstatert at villfarelsen var kommunens feil, at det ikke var et betydelig avvik fra lovens regler, og at ytelsen ville ha uttømt sin virkning i løpet av kort tid.

I forlengelsen av dette kan også kastes et raskt blikk på EF-domstolens praksis som viser at rettspriinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger får anvendelse, når omgjøring til ugunst begrunnes i ugyldighet, dog avgrenset til de tilfeller hvor det dreier seg om omgjøring ex tunc. På dette punktet er det dermed en forskjell mellom EF-retten på den ene siden og norsk og dansk rett på den andre siden, hvor også omgjøring ex nunc i noe større grad synes å kunne begrenses med henvisning til berettigede forventninger hos det private rettssubjektet. Ved omgjøring ex tunc foretar EF-domstolen en avveining av de to kolliderende prinsipp: rettspriinsippet om "legal certainty" og rettspriinsippet om "protection of legitimate expectations". En sentral avgjørelse vedrørende omgjøring av ugyldige avgjørelser ex tunc, er *SNUPAT*.²⁸⁴ Saksforholdet var at kjøperne av skrapmetall måtte betale en avgift beregnet ut fra mengden skrap som ble kjøpt, men skrapmetall fra egen produksjon var unntatt. En konkurrent av *SNUPAT*, Hoogovens, mottok skrap fra et samarbeidende selskap og fikk fritak fra skrapavgiften. Slikt fritak ble ikke gitt til *SNUPAT*. EF-domstolen mente at fritaket som var meddelt Hoogovens, var ulovlig, men overlot til "the High Authority" å avgjøre om det kunne finne sted omgjøring ex tunc. De interesser som stod mot hverandre, var på den ene siden det forhold at Hoogovens antakeligvis i god tro hadde innrettet seg på at selskapet ikke var forpliktet til å betale avgiften, og på den andre side hensynet til gjennomføringen av myndighetenes utjevningssåmålsetting som forutsatte en felles plikt for alle som benyttet jernskrap i sin produksjon til å bidra med å betale avgift. Selv om EF-domstolen ikke foretok den konkrete avveining i *SNUPAT*-saken, har ikke dette hindret domstolen fra å foreta avveiningen senere. I *De Compte*²⁸⁵ kom for eksempel retten til at omgjøring ikke kunne finne sted ut fra rettspriinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Det ble lagt til grunn at selv om en forvaltningsavgjørelse som er ulovlig innen en

²⁸¹ Timmermann Pedersen, *op.cit.*, s. 152.

²⁸² Christensen, *op.cit.*, s. 202.

²⁸³ Folketingets ombudsmand (FOB) 1985 s. 213.

²⁸⁴ Sak 42 og 49/59, Samling af afgørelser, dansk spesialutgave s. 319.

²⁸⁵ Sak C-90/95, Samling af afgørelser 1997 side I-01999.

rimelig frist fra dette oppdages, kan tilbakekalles *ex tunc*, måtte det finne sted en avveining av de offentlige interesser som gjorde seg gjeldende mot det private rettssubjekts berettigede forventninger. Saken gjaldt en tjenestemann som var påført yrkesskade i form av en mental sykdom. Det ugyldige vedtaket om å tilkjenne han erstatning ble omgjort før utbetaling hadde funnet sted, men dette ble ikke godtatt av EF-domstolen etter en avveining av de kolliderende prinsipper.

Hvorvidt ugyldighetslæren underbygger et konstitusjonelt rettspriusipp om beskyttelse av berettigede forventninger kan sette til side lovgivningen, fremstår etter dette som noe usikkert. Konsekvensen av synspunktene i litteraturen er imidlertid at det gis støtte for et slikt synspunkt, som altså er i tråd med dansk rett.

3.5 Sammenfatning og konklusjon

I samsvar med høyesterettspraksis om grunnloven §§ 97 og 105 er det ikke tvilsomt at den som for eksempel har disponert i tillit til en etablert rettssituasjon, kan ha fått en berettiget forventning som nyter et vern mot statens inngrep til ugunst, jfr. plenumsavgjørelsen i *Rt. 1970 s. 67* "Strandlovdommen" og *Rt. 1994 s. 813* "Herlofsen". Videre vil den som har inngått en langsiktig avtale om bortfeste av eiendom, kunne ha en berettiget forventning om å kunne øke leiesummen når festetiden er utløpt, jfr. plenumsavgjørelsen i *Rt. 2007 s. 1281* "Sakristivold". Likeledes vil den som i tråd med merverdiavgiftslovgivningen på ervervstidspunktet har ført til fradrag påløpt merverdiavgift i sitt regnskap, kunne ha en berettiget forventning om at fradraget var endelig, jfr. plenumsavgjørelsen i *Rt. 2006 s. 293* "Arves Trafikkskole".

Forvaltningsrettens ugyldighetslære underbygger også et rettspriusipp om beskyttelse av berettigede forventninger ved at det i visse tilfeller synes å kunne aksepteres at materielt uriktige avgjørelser opprettholdes i strid med lovgivningen som følge av partens berettigede forventninger. Det er heller ikke tvilsomt at forvaltningsloven §§ 35 og 39 underbygger rettspriusippet.

Konklusjonen blir etter dette at det ut fra rettstradisjonen om konstruksjon av rettspriusipp kan konstrueres et rettspriusipp om beskyttelse av berettigede forventninger. Hvorvidt priusippet er en "grunnrettighet" behandles nærmere i kapittel 5.

4 Minstevilkårene for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger får anvendelse

4.1 *Utgangspunkter*

Problemstillingen om hvilke minstevilkår som må være oppfylt for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal få anvendelse, er ikke behandlet i noen særlig grad verken i statsrettslige eller forvaltningsrettslige fremstillinger. I rettspraksis er det heller ikke angitt bestemte minstevilkår. De synspunkter som er kommet til uttrykk i høyesterettspraksis og i litteraturen om rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, gir imidlertid visse antydninger om hva som kreves. Her vil jeg tilføyes at den gjennomgående formuleringen i rettspraksis er at imøtekommelse av den private partens krav mot stat eller kommune beror på en vurdering av forventningens ”grunnlag og styrke”. Formuleringen henviser imidlertid ikke til begreper som er gitt et fasttømret rettslig innhold, men fremstår mer som en angivelse av sentrale forhold ved vurderingen av om berettigede forventninger foreligger, og hvilken normativ kraft disse skal ha i rettsanvendelsesskjønnet.

Det kan nevnes at Hov fremholder at beskyttelse av berettigede forventninger er et rettsprinsipp på kontraktsrettens område.²⁸⁶ Nazarian synes for sin del ikke å ta ikke stilling til spørsmålet i sin avhandling om lojalitetsplikt i kontraktsforhold hvor hun for øvrig mener at lojalitetsplikten er et rettsprinsipp eller en alminnelig rettsgrunnsetning.²⁸⁷ Hos Nazarian får de berettigede forventninger betydning for de minstevilkår hun utvikler for å konstatere lojalitetsplikt etter lojalitetsprinsippet. Poenget synes å være at hvis berettigede forventninger konstateres, får dette betydning for hvilket handlingsalternativ som burde ha vært valgt.²⁸⁸ De berettigede forventninger inngår altså i en vurdering av om medkontrahtenten har handlet klanderverdig.²⁸⁹ Etter mitt skjønn kunne hun ha lagt vurderingen av klanderverdighet inn som en del av spørsmålet om forventningen er ”berettiget” og kommet til at lojalitetsplikten i kontraktsforholdet hviler på et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger. I stedet velger hun altså å tale om ”beskyttelsesverdige forventninger”, ikke som et selvstendig rettsprinsipp på kontraktsrettens område, men som et vilkår for lojalitetsplikt.

I den følgende undersøkelsen av spørsmålet om minstevilkår for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal få anvendelse, tas det utgangspunkt i

²⁸⁶ Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet* (2002) s. 45.

²⁸⁷ Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (2006) s. 56 og s. 237.

²⁸⁸ *ibid.* s. 235.

²⁸⁹ *ibid.* s. 289.

minstevilkårene etter EF-retten. Dette ut fra den antakelse at det ikke er usannsynlig at det er sammenfall i tenkningen vedrørende dette spørsmålet. Her kan det minnes om at EF-rettens rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger er induisert fra medlemslandenes rettssystemer og dermed tar opp i seg felleseuropeisk tenkning. Valg av EF-rettens minstevilkår som utgangspunkt letter også arbeidet.

4.2 Minstevilkårene etter EF-retten

I EF-retten synes det på bakgrunn av EF-domstolens praksis å være enighet om at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger forutsetter at tre minstevilkår er til stede. Disse vilkårene skal presenteres i det følgende.

For det første kreves at forventningen har grunnlag i visse objektivt konstaterbare forhold som for eksempel en begunstigende forvaltningsavgjørelse. Schwarze sier det slik:

”The first requirement is the presence of objective circumstances on which legitimate expectations may be based. As such, any activity by a Community body which is suitable for creating good faith may qualify: the adoption of legal acts, a consistent administrative practice or individual statements or representations. However, trade participants may not rely on the continued existence of a situation which the Community bodies are allowed to change within their sphere of discretion.”²⁹⁰

Schwarze kan suppleres med Craig som fremholder at det private rettssubjektet må påvise ”a bargain of some form between the individual and the authorities, or to a course of conduct or assurance on the part of the authorities which can be said to generate the legitimate expectation.”²⁹¹

For det andre må forventningen være ”berettiget”. Det vil for eksempel si at det private rettssubjekt ikke kunne forutse at forventningen ikke ville bli innfridd, samt at forventningen er ”verdlig” å beskyttes. Schwarze sier det slik:

”As an additional subjective requirement for good faith, expectations need to be worthy of protection. The key to this requirement is an external

²⁹⁰ Schwarze, *European administrative law* (2006) s. cxliii.

²⁹¹ Craig, *EU administrative law* (2006) s. 637.

manifestation of good faith (activity based on expectations) and an assessment that the subsequent frustration of such expectations could not have been foreseen by the affected individual.”²⁹²

For det tredje må de subjektive forventninger holde seg innenfor hva som objektivt sett kan utledes av grunnlaget for forventningen. Schwarze sier det slik:

”Finally, the protection of justified expectations presupposes a causal link between the objective and subjective circumstances of good faith ...”²⁹³

4.3 Forventningen må ha grunnlag i visse objektivt konstaterbare forhold

4.3.1 Søkelyset rettes mot sentrale trekk ved argumentasjonen

Det fremstår som nokså selvsagt at den private parten må kunne vise til objektivt konstaterbare forhold som underbygger den forventningen som påberopes, slik at det mest interessante spørsmålet er Høyesteretts tilnærming til spørsmålet. Søkelyset er dermed i det følgende rettet mot sentrale trekk ved argumentasjonen.

4.3.2 Som utgangspunkt en bred tilnærming

Rettspraksis om rettighetsvernet etter grunnloven § 97 indikerer en bred tilnærming til spørsmålet om det er grunnlag for den påberopte forventning.

I *Rt. 2007 s. 1281* ”Sakristivold”²⁹⁴ tok for eksempel Høyesterett i betraktning den konkrete rettssituasjonen da den private part foretok sin disposisjon, rettstradisjonen på området og om de konkrete faktiske omstendigheter kunne gi grunnlag for forventningen om å kunne oppjustere festeavgiften ved kontraktstidens utløp. I *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole”²⁹⁵ var det særlig spørsmålet om kjøreskolene hadde fått et forvarsel om avgiftsfritak for

²⁹² Schwarze, *op.cit.*, s. cxliv.

²⁹³ *l.c.*

²⁹⁴ Se nærmere om dommen i punkt 8.2.5

²⁹⁵ Se nærmere om dommen i punkt 8.2.2

trafikkskoleopplæring som ble satt i fokus. I *Rt. 1996 s. 1440* ”Thunheim”²⁹⁶ la både førstvoterende og tredjevoterende til grunn at det forelå en berettiget forventning om å kunne motta en trygdeytelse ubeskåret, det vil si at selve vedtaket dannet grunnlag for forventningen. Andrevoterende kom imidlertid til at det ikke forelå en berettiget forventning, og viste til andrevoterendes argumentasjon i *Rt. 1996 s. 1415* ”Borthen”, hvor det ble uttalt: ”Etter mitt syn må det i tilfelle være opp til Stortinget - etter en politisk behandling - å fastsette og eventuelt nærmere utforme et grunnlovsværn for forventninger av den karakter denne saken dreier seg om.”²⁹⁷ Antakeligvis finnes roten til denne uenigheten om trygdevedtak kan danne grunnlag for forventningsskaping i at ”inkommensurable-tesen” legges til grunn: ”Jeg tilføyer at det vil være problematisk å angi et adekvat vurderingstema for et eventuelt grunnlovsværn for denne type trygdeytelser. En generell avveining mellom lovgivers behov for å endre vedkommende lov og borgernes behov for å kunne innrette seg på at bestemmelsene ikke endres, er etter mitt syn et lite håndterlig vurderingstema.”²⁹⁸

Rettspraksis om erstatningsansvar for forventningsskaping ved forvaltningens tilsagn eller opptreden for øvrig indikerer også at det anlegges en forholdsvis bred tilnærming.

Her kan først trekkes frem *Rt. 1981 s. 462* ”Malvik kommune”, hvor både flertallet og mindretallet bygde på at forvaltningens signaler om positiv medvirkning ved behandlingen av en reguleringsplan kunne skape berettigede forventninger som ga grunnlag for å kreve erstatning. Saken gjaldt investeringer som A/L Ungdommens Egen Heim hadde foretatt ut fra forventninger som Malvik kommune hadde skapt om fremtidig regulering av et grunnareal til boliger. Andelslaget kjøpte i 1969 et område på 160 mål, ”Storsand-prosjektet”, med sikte på utnyttning til boligformål. Kommunen var involvert allerede fra konsesjonssøknad ble sendt til landbruksmyndighetene og assisterte også boligbyggelaget i forbindelse med delingssøknaden. Prosjektet ble inntatt i kommunens boligprogram, og det ble innhentet tilsagn fra boligbyggelaget om at kommunen skulle få utpeke kjøpere til 30 småhustomter. Da reguleringsplanen skulle behandles i 1971, ble imidlertid området likevel ikke regulert til boligformål av forskjellige grunner. A/L Ungdommens Egen Heim gikk senere konkurs, og dets konkursbo reiste søksmål mot kommunen om erstatning for spilte utgifter. Med tre mot to

²⁹⁶ Se nærmere om dommen i punkt 8.2.4

²⁹⁷ Side 1437.

²⁹⁸ Side 1436.

stemmer fikk andelslaget ikke medhold. Både flertallet og mindretallet tok generelt utgangspunkt i at spørsmålet om erstatningsansvar skal avgjøres ut fra ”forventningens grunnlag og styrke og av de forhold som førte til at kommunen ikke traff vedtak i samsvar med forventningen”.²⁹⁹

Dette er en proporsjonalitetsvurdering som ikke forutsetter at kommunen har begått noen feil³⁰⁰, og som kan forstås ut fra ”the Law of Balancing”. Ved den konkrete vurderingen av inngrepsintensitet vedrørende de berettigede forventninger trakk flertallet i tvil om det kunne tales om en berettiget forventning ut fra profesjonalitetsnivået på utbyggersiden. På den andre siden kom flertallet til at de hensyn som kommunen anførte i alle fall veide like tungt som de berettigede forventninger, og et erstatningsansvar for kommunen kunne dermed ikke slås fast. Mindretallet kom til motsatt resultat både når det gjaldt vekten av de berettigede forventninger og de hensyn som kommunen anførte for ikke å vedta reguleringsplanen.

Rt. 1992 s. 1235 ”Fiskekvotedommen”³⁰¹ kan også trekkes frem når det er tale om erstatningsansvar for forventningsskaping, men da som et eksempel på at forvaltningen ikke kan høres med at det i avgitte tilsagn er bakt inn et forbehold om adgang for forvaltningen til å foreta visse endringer av tilsagnet. Denne saken gjaldt statens erstatningsansvar for å ha unnlatt å tildele noen trålerrederier rederikvoter i henhold til et tilsagn som disse mente å ha fått. Bakgrunnen for saken var at departementet, som et virkemiddel for å få redusert overkapasiteten i trålerflåten og øke lønnsomheten, ville tildele en rederikvote som kompensasjon for at rederiene frivillig reduserte antallet trålere i fisket. Flere rederier valgte å gå inn på denne ordningen. Høyesterett mente at Fiskeridepartementet hadde gitt et bindende tilsagn om tildeling av rederikvoter, og avviste at departementets anførsel om at det var mulig å endre tilsagnet så lenge dette ikke medførte en vesentlig innskrenkning i utøvelsen av næringen. Videre ble det lagt til grunn at omgjøringen av tilsagnet til rederiene om rederikvoter kunne utløse krav på erstatning for innrettelsestapet uavhengig av om forvaltningen hadde kompetanse til å binde sin forvaltningsmyndighet eller ikke. Når dette spørsmålet ikke ble avgjort av Høyesterett, skyldtes det at retten fant at kravet var foreldet.³⁰²

²⁹⁹ Side 469.

³⁰⁰ Dette preiseres av førstvoterende som talsmann for flertallet på side 471 og skinner igjennom i mindretallets argumentasjon på side 472 flg.

³⁰¹ Se nærmere om denne dommen i punkt 8.3.5

³⁰² Se dommen s. 1241.

4.3.3 Enkeltvedtak – skarpere regler

I forhold til enkeltvedtak har lovgiver oppstilt mer fasttømrede regler om når forventninger skal anses å foreligge.

Forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav b trekker for eksempel opp en klar grense for når forventninger kan knyttes til slike vedtak. I samsvar med ordlyden og forarbeidene er det først når vedtaket blir meddelt eller kunngjort at et enkeltvedtak skaper forventninger eller en posisjon som er beskyttelsesverdig.³⁰³ Tilsvarende vil et tilsagn om hvordan forvaltningen vil benytte sin myndighet først skape berettigede forventninger når dette er meddelt parten, jfr. *Rt. 1992 s. 1235 "Fiskekvotedommen"*.³⁰⁴

Det kan tilføyes at når det gjelder spørsmålet om når forvaltningen er bundet, i den forstand at berettigede forventninger foreligger, presiserer forarbeidene til forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav b at det ikke er et krav om skriftlig meddelelse, med andre ord vil en orientering på annen måte kunne godtas.³⁰⁵ Ved en muntlig orientering kreves det imidlertid at denne kommer fra rette vedkommende. I *Rt. 1968 s. 283* ble for eksempel avgjørelsesorganets formann og en skoleinspektør ansett å være "rette vedkommende" idet de ble antatt å ha nødvendig fullmakt til å gi den aktuelle meddelelse om ansettelse av en vaktmester.

Her kan også nevnes to saker fra sivilombudsmannens praksis. I sivilombudsmannens årsmelding 2002 s. 228 hadde skattyter fått meddelt muntlig fra ett av medlemmene i overligningsnemnda, men ikke fra lederen av nemnda, at det var fattet et vedtak i hans favør. Ombudsmannen mente at nemnda dermed ikke var avskåret fra å fatte et nytt vedtak i vedkommendes disfavør, ettersom det ikke var gitt "muntlig underretning om vedtaket av en person som var bemyndiget til å opptre på vegne av overligningsnemnda." I sivilombudsmannens årsmelding 1985 s. 145 som gjaldt klage over at jordsalgmyndighetene etter å ha tildelt festetomt på statsgrunn i Finnmark fortsatte sin saksbehandling, uttalte ombudsmannen følgende:

"Jeg har ved gjennomgåelsen av klagernes saker festet meg spesielt ved de deler av saksbehandlingen som falt etter positive vedtak i jordsalgstyret om å tildele tomt på statens grunn for A: 5. juni 1980, for B: 14. juni 1983.

Den rettslige situasjon var da at avgjørelsene var underkastet de vanlige forvaltningsrettslige regler om klage og omgjøring. Dette innebærer bl.a. at kompetanse til å endre et vedtak må bygge enten på at det er fremmet klage i lovlige former (jfr. lovens §§ 28-

³⁰³ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 98.

³⁰⁴ Se nærmere om *Rt. 1992 s. 1235 "Fiskerkvotedommen"* i punkt 8.3.5.

³⁰⁵ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 97 andre spalte.

32) eller at vilkårene for omgjøring uten klage er til stede (lovens § 35). Disse begrensninger i adgangen til endring vil indirekte også sette skranke for myndighetenes adgang til å videreføre saksbehandlingen etter at vedtaket egentlig er blitt endelig. Dette kan underbygges med andre regler i loven, jfr. således § 11 a, som fastsetter at avgjørelser skal treffes uten ugrunnet opphold, og §§ 29-31 om klagefrist og formelle regler for å ta klage under behandling når fristen er oversittet.

Det som skjedde i denne saken er ikke forenlig med disse rettslige prinsipper.”

Avslutningsvis kan nevnes at i dansk rett er det ikke tvilsomt at et forvaltningsvedtak ikke medfører rettsvirkninger før det er meddelt. Dette er det lang tradisjon for, jfr. Poul Andersens eldre fremstillinger av dansk forvaltningsrett³⁰⁶ og i dag Gammeltoft-Hansen m.fl. fremstilling.³⁰⁷ Et vedtak regnes for øvrig etter dansk rett som meddelt når det er kommet frem til vedkommende.³⁰⁸ Videre står forvaltningen fritt til å omgjøre et vedtak før det er meddelt eller kunngjort.³⁰⁹ Her kan også tilføyes at EF-retten synes å skille seg både fra norsk og dansk rett ved at meddelsen må være skriftlig for å binde forvaltningen.³¹⁰

4.4 Forventningen må være ”berettiget”

Ut fra det forhold at rettspraksis og teori om omgjøring av enkeltvedtak har utviklet en del regler om når en forventning ikke er ”berettiget” slik at omgjøring til ugunst for parten kan finne sted, gis det dermed også støtte til å oppstille et vilkår om at den påberopte forventningen må være ”berettiget”.³¹¹ Høyesteretts argumentasjon vedrørende rettighetsvernet etter grunnloven §§ 97 og 105 synes også å peke i samme retning. Et eksempel her er *Rt. 2007 s. 1281* ”Sakristivold” hvor Høyesterett blant annet mente at det nærmest ville fremstå som en ”tilfeldig gevinst” dersom bortfesterne skulle få oppjustere festeavgiften ut fra den ekstraordinære prisstigningen på fast eiendom.³¹²

Når det gjelder regler om omgjøring til ugunst, fremstår det ikke som tvilsomt at i de tilfeller hvor parten kunne forutse at forventningen sannsynligvis ikke ville bli innfridd, vil

³⁰⁶ Andersen, *Hovedpunkter af forvaltningsretten, I*, (1930) s. 220-221. Se også Castberg, *Innledning til forvaltningsretten* (1955) s. 146.

³⁰⁷ Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret* (2003) s. 609.

³⁰⁸ *ibid.*, s. 611.

³⁰⁹ Schönberg, *Legitimate expectations in administrative law* (2000) s. 77.

³¹⁰ *l.c.*

³¹¹ Se for eksempel Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2006) s. 544 flg.

³¹² Dommens avsnitt (11). Se nærmere om dommen i punkt 8.2.5.

forventningen ikke være berettiget. Videre kan den part som har fremkalt et vedtak ved kritikkverdige forhold, ikke hevde å ha en berettiget forventning som forhindrer omgjøring til ugunst.

Dommen i *Rt. 1981 s. 462 "Malvik kommune"* gir støtte for den førstnevnte regelen om omgjøringsadgang når det er sannsynlig at forventningen ikke vil bli innfridd. Saksforholdet i denne saken var at kjøperen av et grunnareal hadde pådratt seg utgifter til erverv av arealet og tilrettelegging til utbygging i samsvar med kommunens boligbyggeprogram og for øvrig foretatt sine disposisjoner i et tett samarbeid med kommunen. Da reguleringsplanen skulle vedtas, valgte likevel kommunen å ikke regulere arealet til utbygging. Utbyggeren ved sitt konkursbo fremmet krav mot kommunen med krav om erstatning for spilte utgifter. Av interesse her er imidlertid at flertallet ved sin vurdering av utbyggers forventning fremhevet at denne "hadde erfaring som utbygger og kunne vurdere risikofaktorene".

Flertallet var dermed i tvil om den foreliggende forventning var berettiget. Slik tvil ser vi imidlertid ikke hos mindretallet.

Forvaltningskomiteen la i sin utredning til grunn den regel at en part som har fremkalt et begunstigende vedtak ved uriktige eller ufullstendige opplysninger, ikke har en berettiget forventning om at vedtaket vil bli opprettholdt.³¹³ Denne regelen er imidlertid i senere rettspraksis blitt noe modifisert. Det oppstilles nemlig et krav om at parten i det minste har opptrådt uaktsomt. Dommen i *Rt. 1961 s. 78* er et eksempel på dette. Saksforholdet var at en lastebileier i 1955 søkte om tillatelse til å bruke en lastebil til i sin transportvirksomhet, men fikk avslag av samferdselsnemnda. Etter anke til departementet ble han tildelt en bevilling. Denne avgjørelse opphevet imidlertid departementet, fordi den var truffet på grunnlag av uriktige og misvisende opplysninger søkeren hadde gitt. Dette mente Høyesterett at departementet var berettiget til, uansett om søkeren hadde fått underretning om departementets første avgjørelse. Høyesterett begrunnet avgjørelsen med at den aktuelle transportbevilling var basert på uriktige opplysninger som i det minste skyldtes et uaktsomt forhold på søkerens side.

Et annet eksempel er dommen i *Rt. 1962 s. 105*. Her hadde en arkitekt søkt og fått godkjent oppføring av en tomannsbolig. Etter å ha igangsatt arbeidet søkte han om utvidelse til fem

³¹³ Forvaltningskomiteens innstilling s. 237 andre spalte.

leiligheter. Han opplyste i søknaden at naboene hadde fått fornyet varsel vedrørende endringen, noe som ikke var tilfellet. Disse hadde bare fått varsel om at han hadde fornyet sin bygganmeldelse etter utløp av tidligere bygganmeldelse. Etter at arkitekten senere søkte og fikk innvilget etablering av beboelsesrom i en underkjeller, uten at det var sendt eller krevd nabovarsel, fremkom det protester fra naboene. Kommunen tilbakekalte da begge innvilgede tillatelser om utvidelse under henvisning til de uriktige opplysninger. Arkitekten mente at omgjøringene var ugyldige, men fikk ikke medhold av Høyesterett som mente at arkitekten ikke hadde vunnet noen rett ved en dispensasjon som var kommet i stand på denne måten.

Her kan tilføyes at de danske løsninger ved kritikkverdige forhold fremstår som ganske like de norske. I *U 2002.463 V* ble for eksempel spørsmålet om tilbakeholdelse av opplysninger behandlet. Her tok landsretten stilling til om en oppholdstillatelse for en mindreårig kunne tilbakekalles på grunn av at hun tilbakeholdt opplysninger om at hun var gift. Retten kom med to mot en stemme til at det foreliggende tilbakekall hadde hjemmel i loven og ikke var særlig belastende. *U 2006.137 H* kan også nevnes. Her ble spørsmålet om den bindende virkningen av Undervisningsministeriets vedtak om fordeling av statlige midler mellom en del privatskoler behandlet. En av skolene hadde innrapportert uriktig ansiennitet vedrørende enkelte av sine lærere og hadde dermed mottatt en mindre andel av det beløp som skulle fordeles på skolene. Feilen skyldtes en inkurie fra skolens medhjelper, et revisorselskap, og ble først oppdaget mer enn ett år etter at tilskuddet var beregnet. Departementet avviste å foreta en omfordeling. Høyesteret mente at departementet var berettiget til å unnlate å foreta en omfordeling, og argumenterte med at departementet ikke var berettiget overfor de andre skoler til å foreta en omfordeling. Videre kunne ikke departementet være forpliktet til å forhøye det innvilgede beløp når feilen skyldtes søkerens egen feil.

Når det gjelder EF-retten, synes det ikke å være tvilsomt at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ikke får anvendelse når det private rettssubjektet uaktsomt har gitt uriktige eller ufullstendige opplysninger. På dette punktet er løsningen ikke forskjellig etter norsk og dansk rett, det vil si at forvaltningen i de to land i utgangspunktet har omgjøringskompetanse i begge disse tilfeller.³¹⁴ I *Euroagri Srl*³¹⁵, som gjaldt pengestøtte, slo for eksempel EF-domstolen fast at ”the information did not correspond to the facts, the award decision is vitiated by an error of facts and must therefore be considered to be unlawful.”

³¹⁴ Craig, *EU administrative law* (2006) s. 617.

³¹⁵ Sak T-180/01, Samling af Afgørelser 2004 side II-00369.

Denne avgrensningen av innholdet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er kritisert av flere forfattere. Disse synes å ta til ordet for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger bør få anvendelse når det ikke foreligger uaktsomhet.³¹⁶

For ordens skyld tilføyes til slutt det som er ganske selvsagt, nemlig at ved samtykke til omgjøring av et vedtak har ikke parten lenger noen berettiget forventning. Det kan nevnes at allerede Castberg slo fast at en forvaltningsakt alltid må kunne tilbakekalles, når den som har ervervet rett etter forvaltningsakten, samtykker.³¹⁷ Dette er også forutsatt i forarbeidene til forvaltningsloven § 35 fjerde ledd som i dag er femte ledd.³¹⁸ Også i dansk rett er det forutsatt at begrensningen i omgjøringskompetansen knyttes til spørsmålet om det private rettssubjektet ønsker å fastholde den begunstige forvaltningsakt.³¹⁹ Den samme løsningen finner vi i EF-retten.³²⁰

4.5 Den subjektive forventningen må holde seg innenfor hva som objektivt sett kan utledes av grunnlaget

Det fremstår ikke som tvilsomt ut fra rettspraksis at også vilkåret om at den subjektive forventningen må holde seg innenfor hva som objektivt sett kan utledes av grunnlaget legges til grunn i norsk rett.

Fra praksis om grunnloven § 97 kan som eksempel nevnes plenumsavgjørelsen i *Rt. 2007 s. 1281* "Sakristivold", avsnitt (110).³²¹ Høyesterett fremholdt her at "i den grad bortfesterne eventuelt hadde forventninger om at prisreguleringen skulle opphøre, kunne ikke bortfesterne ha noen berettiget forventning om at lovgiveren ville akseptere en prisstigning for festeavgifter som avvek markert fra den øvrige prisutviklingen." Videre at "[e]n forventning om at lovgiver til fordel for festerne ikke ville gripe regulerende inn overfor den prisutvikling vi har hatt de siste årene, var derfor ikke realistisk."

³¹⁶ Jfr. Craig, *op.cit.*, s. 617.

³¹⁷ Castberg, *Innledning til forvaltningsretten* (1955) s. 161.

³¹⁸ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 99.

³¹⁹ Garde m.fl., *Forvaltningsret: almindelige emner* (2004) s. 522 og 547.

³²⁰ Craig, *op.cit.*, s. 617.

³²¹ Se nærmere om denne dommen i punkt 8.2.5.

Som jeg skal komme tilbake til i punkt 8.2.5, valgte Høyesterett å bygge dette synspunktet på den verdipreferanse som kan utledes av lovhistorikken vedrørende retten til bolig.³²² Det poeng som skal fremheves her, er at Høyesterett mente at bortfesterne ikke kunne ha noen berettiget forventning ut fra det foreliggende grunnlaget for at lovgiver ikke ville gripe inn.

I forhold til enkeltvedtak vil det som tidligere antydte måtte tas utgangspunkt mer direkte i de dokumenter og opplysninger for øvrig som er tilflytt parten i hans kontakt med forvaltningen. I det følgende skal dette eksemplifiseres med utgangspunkt i forvaltningens meddelelse til parten, tildelingsvedtak om servicetilbud og synbare forutsetninger og omgjøringsforbehold i vedtaket. Etter dette undersøkes kort situasjonen ved forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet og trekkes en parallell til dansk rett og EF-retten.

Praksis viser at *meddelelsen* trekker opp en ramme for forventningen. Et eksempel på dette er *Rt. 1968 s. 283*. Her var det sendt en skriftlig orientering om ansettelsesvedtaket til vedkommende søker på en vaktmesterstilling, men det var utelatt at han faktisk ble ansatt i møtet. Brevet opplyste i stedet at adressaten var ”innstilt som nr. 1”, og det ble anmodet om framlegging av legeattest. Dermed var det ifølge Høyesteretts flertallet ikke egnet til å skape noen forventning hos adressaten om at han var ansatt. Mindretallet synes å ville legge større vekt på at det faktisk var fattet et ansettelsesvedtak som satte vedkommende i en rettslig posisjon, og at det hadde mindre betydning hvilke formuleringer som var benyttet i orienteringsbrevet. Det kan selvsagt synes noe underlig at forvaltningen skal kunne skaffe seg en ekstra tenkepause og mulighet til fritt å kunne omgjøre et vedtak. Dommen indikerer imidlertid at det rettslig relevante er hva adressaten med rimelighet kunne forvente med bakgrunn i meddelelsen, og at forvaltningen dermed gis et spillerom. Når det gjelder det nærmere saksforholdet i *Rt. 1968 s. 268*, var dette at skolestyret ansatte A som vaktmester ved en folkeskole til tross for opplysninger om at han led av kronisk hjertesykdom. På skoledirektørens anbefaling omgjorde skolestyret sitt vedtak en måned senere under henvisning til sykdommen. A (senere hans enke) reiste krav om erstatning, men fikk under dissens (3-2) ikke medhold. Høyesterett mente at ansettelsesvedtaket i seg selv var endelig, men at A ikke hadde fått melding om det på slik måte at kommunen var rettslig forpliktet.

³²² Se nærmere om verdipreferanser i punkt 7.3.

I forhold til *tildelingsvedtak* vedrørende offentlige servicetilbud kan nevnes ombudsmannens årsmelding 1994 s. 113. Her tok ombudsmannen utgangspunkt i et vedtak om tildeling av barnehageplass og kom til at dette ikke var til hinder for omlegging av barnehagetilbudet. Saksforholdet var at en far mente at en kommunes omlegging av sitt barnehagetilbud til ugunst var en ulovlig omgjøring. Konkret dreide det seg om at kommunen innførte såkalt 0. klasse ved barneskolene, slik at hans barn ikke fikk beholde sin barnehageplass frem til ordinær skolestart. Ombudsmannen tok utgangspunkt i at kommunens omlegging var i tråd med det regjeringen hadde gått inn for i Ot.prp. nr. 21(1993-94) om lov om endring i lov 13. juni 1969 nr. 24 om grunnskolen. Ut fra en tolkning av vedtaket om tildeling av barnehageplass kom ombudsmannen til at det ikke kunne utledes en plikt til å opprettholde barnehagetilbudet i nøyaktig samme form som ved tildelingen. Brukerne og deres barn måtte dermed godta endringer basert på faglige vurderinger og kommunestyrets politiske prioriteringer. Ut fra grunnlaget for vedtaket var det altså ikke holdepunkter for at tilbudet skulle opprettholdes i samme form.

Når det gjelder *synbare forutsetninger*, kan nevnes som eksempel at den som får utbetalt sykepenger selvsagt må finne seg i at utbetalingene stanser når han eller hun blir frisk.³²³ Det samme gjelder utvilsomt også for den som får utbetalt et utenlandstillegg til sin statlige lønn, og senere flytter tilbake til Norge. Fra eldre rettspraksis kan dommen i *Rt. 1884 s. 349* trekkes frem. Her var det en bakeripipe som, etter at den var oppført, viste seg å skape sotproblemer for naboene. Sunnhetskommissjonen kunne da påby forhøyelse av pipen ut fra den lære at forvaltningsorganets synbare forutsetninger har rettslig betydning.³²⁴

Hvis det i vedtaket er inntatt et *omgjøringsforbehold*, det vil si en lovlig bestemmelse om omgjøring på visse vilkår, vil det heller ikke være mulig å tale om en berettiget forventning når disse vilkår inntreffer, jfr. forvaltningsloven § 35 siste ledd hvor det er omgjøringsadgang når dette følger av ”vedtaket selv”.³²⁵

Dersom vedtaket er *tidsbegrenset*, kan parten selvsagt ikke ha noen berettiget forventning om at vedtaket opprettholdes. I de tilfeller hvor det i konsesjonsvilkårene er åpnet for fornyelse, er imidlertid utgangspunktet det motsatte. Et eksempel på dette fra praksis er den såkalte ”P4-

³²³ Graver, *op.cit.*, s. 551.

³²⁴ Castberg, *op.cit.*, s. 173 note 1.

³²⁵ Ot.prp. nr. 3 (1976-77) s. 99.

saken” i ombudsmannens årsmelding for 2003 s. 233. Her var det i P4 sine konsesjonsvilkår skapt berettigede forventninger om fornyelse av konsesjonen ved utløpstiden. Det måtte dermed foretas en avveining av forventningene mot hensynet til bredere samfunnsmessige interesser ved departementets avgjørelse om å tildele konsesjonen til konkurrerende søkere. Ombudsmannen uttalte følgende:

”Det er her, slik jeg ser det, tale om å gjøre gjeldende en noe avdempet anvendelse av de rettspolitiske synspunkter den ulovfestede forvaltningsrettslige omgjøringsregelen bygger på, og som forvaltningsloven § 35 siste ledd viser til. Den ulovfestede regelen forvaltningsloven henviser til, åpner for å omgjøre bindende forvaltningsvedtak også til skade for en part ut fra en interesseavveining der tungtveiende samfunnsmessige hensyn er av tilstrekkelig overvekt og derfor utslagsgivende. Jeg viser generelt til Hans Petter Graver, Alminnelig forvaltningsrett, 2. utgave, 2002, s. 236-243 særlig på side 239.”³²⁶

I kjølvannet av det som her er sagt om omgjøring av enkeltvedtak, kan det også vises til Høyesteretts synspunkter vedrørende problemet om *forhåndsbinding av myndighetsutøving*. I *Rt. 2007 s. 651* ”Vassfarvegen” hadde en kommune avgitt et tilsagn om overtakelse av en privat veg etter opprustning av denne til fylkesvegstandard. Overtakelse av vegen fant sted i henhold til tilsagnet. Høyesterett tok blant annet stilling til om kommunen var berettiget til å nedlegge vegen med hjemmel i vegloven, i en situasjon hvor denne fortsatt skulle holdes åpen for alminnelig ferdsel. Ved sin vurdering av hva som kunne utledes av kommunens tilsagn, tok Høyesteretts flertall på tre dommere utgangspunkt hvilke krav til tilsagnet som var oppstilt i foreliggende forskrifter:

”Ved tolkingen av kommunestyrevedtaket av 27. januar 1983 må det etter min mening tillegges vesentlig betydning at forskriften om avgiftsfritak bare stiller krav om at det må foreligge et bindende vedtak om at vegen skal bli opptatt som offentlig veg. Forskriften krever ikke at det offentlige - for alltid eller for noen bestemt minstetid - skal ha forpliktet seg til å opprettholde vegen som offentlig veg. Dersom kommunen etter å ha opptatt en veg som offentlig veg, på grunn av endrede omstendigheter eller på grunn av nye politiske prioriteringer finner det riktig å nedlegge vegen, vil det derfor ikke representere noen bristende forutsetning for avgiftsfritaket.”³²⁷

³²⁶ Sivilombudsmannens årsmelding 2003 s. 233.

³²⁷ Dommens avsnitt (50).

Etter en påpekning av at vedtaket ut fra de faktiske omstendigheter ikke ville virke urimelig³²⁸ for grunneierne, konkluderte flertallet slik:

”Jeg er på dette grunnlag kommet til at Nes kommune bare har forpliktet seg til å overta Vassfarvegen etter hvert som vegen ble opprustet til avtalt standard, men at kommunen ikke har forpliktet seg til å opprettholde vegen som kommunal veg for alltid eller for noen bestemt minsteperiode. Nes kommunestyres vedtak av 11. desember 2003 om å nedlegge vegen som kommunal veg er basert på en vurdering av kommunens økonomi på dette tidspunkt, og hvilke formål som skal prioriteres. Jeg kan ikke se at dette vedtaket kan anses som noe brudd på den forpliktelse kommunen i 1983 påtok seg til å overta vegen. Dette innebærer at jeg er enig med lagmannsretten i at Nes kommune må frifinnes.”³²⁹

Mindretallet på to dommere kom til motsatt resultat og begrunnet dette med at de forventninger som avtalen hadde skapt om fremtidig kommunalt vedlikehold av vegen begrenset den kompetanse kommunestyret ellers hadde etter vegloven § 7, til å nedlegge Vassfarvegen som kommunal veg. Disse dommerne hadde med andre ord en annen oppfatning enn flertallet vedrørende spørsmålet om hva som objektivt kunne utledes av grunnlaget for de påberopte forventninger.³³⁰ Mindretallet la i forhold til flertallet langt større vekt på korrespondansen mellom grunneierne og kommunen og de forutsetninger om overtakelse av vedlikeholdsansvaret som fremkom i denne.

Denne dissens viser en forskjell i tolkningsstilen hos flertallet og mindretallet. Flertallet synes å ha lagt til grunn en mer formell tilnærming til spørsmålet om hva som objektivt sett kan utledes av grunnlaget, mens mindretallet er mindre bundet av det formelle grunnlaget, selv om det ikke var noen uenighet om hva som kreves for at forhåndsbinding skal foreligge.

Det er også i *dansk rett* forutsatt at forventninger ikke skapes i større utstrekning enn det er grunnlag for etter vedtaket. Fra Garde m.fl. kan for eksempel siteres følgende vedrørende tilbakekallelseforbehold i vedtaket:

”Når et præcist tilbakekaldelsesforbehold kan udvide adgangen til tilbakekaldelse, henger det sammen med, at forbeholdet gør det klart for

³²⁸ *ibid.* avsnitt (55)

³²⁹ *ibid.* avsnitt (58)

³³⁰ *ibid.* avsnitt (77) – (82). Se nærmere om denne dommen i punkt 8.3.4 og 9.3..

adressaten hvornår tilbakekaldelsen kan ske. Han eller hun kan derfor ikke oppbygge berettigede forventninger, der rekker ud over forbeholdet.”³³¹

Fra ombudsmandens praksis (05-19-1) kan nevnes et eksempel hvor det var tvil om hvilke forventninger som var skapt. Saksforholdet var at en boligeier hadde fått utbetalt et tilskudd i forbindelse med etablering av fjernvarme. Utbetalingen var betinget av at huseieren sørget for å oppstille radiatorer i alle rom, noe som ikke var gjort. Kravet fremkom ikke av de tekniske standarder på området, men i søknadsskjemaet. Ombudsmanden kom til at vedkommende hadde vært i god tro, og at brudd på vedtakets vilkår derfor ikke medførte at tilsagnet om tilskudd var ugyldig og kunne gi grunnlag for tilbakebetaling.

I dansk litteratur fremholdes videre at stillingtagen til om en tidsbegrenset tillatelse skal forlenges, ikke er et tilbakekallelsspørsmål. Det fremheves imidlertid at de samme vurderinger som ved tilbakekall av en løpende tillatelse gjør seg gjeldende.³³² Hva angår de berettigede forventninger, fremkommer i Gammeltoft-Hansen m.fl. at tidsbegrensningen normalt må antas å innskrenke tilbakekallesmuligheten, ”idet hensynet til borgernes forventning her er særlig åpenbart, og idet det inden for en kortere periode jævnligt bør være lettere for forvaltningen at tage højde for en del af de relevante tilbagekaldelsesgrunde allerede før udstedelsen af tilladelsen.”³³³

Etter *EF-retten* synes, på samme måte som etter dansk rett, spørsmålet om fornyelse av en tidsbegrenset tillatelse ved dens utløp å falle utenfor omgjøringslæren. Det er imidlertid neppe tvilsomt at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan tenkes å få anvendelse dersom det er skapt forventninger om at tillatelsen vil kunne fornyes. Dette følger av at vi står overfor et grunnprinsipp i *EF-retten*. Her kan også tilføyes at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger etter *EF-retten* ikke får anvendelse, når synbare forutsetninger i vedtaket ikke innfris eller faller bort. I *Interhotel-Sociedade*³³⁴ var det for eksempel gitt tilskudd til yrkesmessig opplæring til et privat rettssubjekt. Vedkommende hadde imidlertid ikke oppgitt enkelte utgifter ved innsendingen av sin søknad, og ved fullføring av opplæringen ble det gitt avslag på dekning av disse utgifter samt enkelte utgifter som ikke var tilstrekkelig dokumentert. *EF-domstolen* slo fast at rettsprinsippet om

³³¹ Garde m.fl., *op.cit.*, s. 541.

³³² Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret* (2003), s. 941.

³³³ *l.c.*

³³⁴ Sak T-81-95, Samling af afgørelser 1997 s. II-01265.

”protection of legitimate expectations” ikke fikk anvendelse på kommisjonens vedtak vedrørende utgiftsdekningen. I *Herpels*³³⁵ var en tjenestemann gitt økonomisk støtte fordi han arbeidet i Luxemburg og bodde i Brussel. Da han ble tilbakeført til Brussel, stanset ikke overføringene. Domstolen fant det uproblematisk at støtten ble stanset *ex nunc*, når feilen ble oppdaget.³³⁶

4.6 Sammenfatning

Det fremstår etter denne gjennomgangen ikke som tvilsomt at minstevilkårene for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal få anvendelse, er sammenfallende med de grunnleggende vilkårene som er oppstilt i EF-retten, men likevel slik at det kan foreligge nyanser vedrørende den nærmere praktiseringen av vilkårene.

³³⁵ Sak 54-77, Samling af afgørelser 1978 s. 585.

³³⁶ Craig, *op.cit.*, s. 618.

5 Er rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger en grunnrettighet?

Grunnrettigheter kan defineres som rettigheter til vern om individet eller en minoritet som er sikret i forfatningen eller i internasjonale menneskerettskonvensjoner med tilnærmedesvis samme status i nasjonal rett som i forfatningen.³³⁷

Denne definisjonen indikerer at grunnrettigheter skal kunne påberopes for domstolene og skal tillegges en viss normativ kraft i rettsanvendelsesskjønnet. Det kreves imidlertid ikke at prinsippets normative kraft skal være gitt på forhånd, eller at rettigheten må være en enten/eller regel som er *lex superior* i forhold til formell lov.

Ut fra denne forståelsen av grunnrettigheter er det ikke tvilsomt at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er en grunnrettighet. Dette fordi rettsprinsippet kan utledes av grunnloven §§ 97 og 105, og både Stortingets og forvaltningens rettighetsavgrensning ved henholdsvis lovgivningsvedtak og forvaltningsvedtak kan prøves av domstolene.

Det kan selvsagt diskuteres hvilke minstekrav som må stilles til domstolsprøvingen og prinsippets gjennomslagskraft i rettsanvendelsesskjønnet for at det skal oppfylle de kvalitetskrav som bør stilles til en grunnrettighet. Hvis grunnrettigheten ved domstolsprøving aldri kan sette til side lovgivningen, fremstår det etter min mening som hensiktsløst å tale om en grunnrettighet fordi rettigheten gjennomgående har lav status. Denne oppfatningen synes å ha støtte hos Carsten Smith. Han sier følgende: "Enkelte rettsgrunnsetninger – grunnrettigheter taler man også om – vil ha en så sterk stilling i møte med positiv lov at de kan ha en mer eller mindre overordnet karakter."³³⁸

Et minstevilkår er altså at prinsippet ved domstolsprøvingen antas å være utrustet med noen konkrete vurderingstema som legger begrensninger på Stortingets handlingsrom i en slik grad at dette kan medføre tilsidesettelse av lovgivningen. Ut fra *Rt. 1997 s. 580* "OFS-dommen" sin påpeking av presumpsjonsprinsippets begrensede rekkevidde innebærer dette at

³³⁷ Rytter, *Grundrettigheter: domstolenes fortolkning og kontroll med lovgivningsmagten* (2000) s. 21.

³³⁸ Smith, 'Fra menneskerettsloven til grunnlovfesting av menneskerettigheter', *Juristkontakt* 2002 nr. 5 s. 36.

rettigheter som ellers anses som grunnrettigheter i stater som ikke bygger på et dualistisk system, ikke anses som grunnrettigheter i norsk rett. Høyesterett uttalte følgende i denne dommen:

”Konvensjoner om menneskerettigheter, avgjørelser av EMD og anerkjente folkerettslige prinsipper kan også få internrettslig virkning fordi norsk rett antas å være i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser. Dersom det er klar motstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet være at den interne rett går foran.”³³⁹

Hvorvidt det er hensiktsmessig å opprettholde synspunktet i denne dommen, eller om så vel presumpsjonsprinsippet og det dualistiske prinsipp bør suppleres av et ”implementeringsprinsipp”, bør vurderes. Se i denne forbindelse Carsten Smith³⁴⁰ som påpeker at tre høyesterettsjustitiarer mente at Den europeiske menneskerettskonvensjon måtte anvendes av domstolene, selv om konvensjonen på denne tiden ikke var implementert i norsk rett. Synspunktet ble begrunnet med at konvensjonen stifter subjektiv rett umiddelbart for privatpersoner. Det ble dermed bygd på et særskilt ”implementeringsprinsipp” for disse rettigheter.

Når det gjelder rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, er utgangspunktet for den videre undersøkelse at dette i tråd med prinsipp teorien gir prima facie vern mot inngrep til ugunst ved anvendelse av styringsinstrumentene lov, forskrift og enkeltvedtak. Det tas altså utgangspunkt i at prinsippet er ”frittgående”, i den forstand at det får anvendelse i forhold til samtlige instrumenter, men at prinsippets gjennomslagskraft i rettsanvendelsesskjønnet kan variere. Denne variasjon i normativ kraft kan som antydtes skyldes at rettsprinsippet er svakere utrustet ved prøvning av Stortingets maktutøvelse ved formell lov, og/eller at det er lagt inn større handlingsrom for Stortinget enn det som tolereres fra forvaltningens side. Hvis for eksempel domstolene ved Stortingets inngrep i en berettiget forventning ved formell lov ikke prøver inngrepets hensiktsmessighet og nødvendighet, men gjør dette ved forvaltningens inngrep ved forskrift eller enkeltvedtak, er rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ”lettere utrustet” i førstnevnte tilfelle. Skulle situasjonen være den at styringsprinsippet tillegges større abstrakt relativ vekt i forhold til det kolliderende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ved domstolenes

³³⁹ Side 593. Se også NOU 2007:13 s. 174 andre spalte.

³⁴⁰ Smith, *op.cit.*, s. 31.

prøvning av en formell lov enn ved prøvning av et forvaltningsvedtak, indikerer dette et større handlingsrom for Stortinget enn for forvaltningen. Noen vil kanskje her tale om ulik prøvningsintensitet, men denne terminologien er noe uklar.

Et særskilt forhold vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er, som det fremkommer i kapittel 4, at myndighetene vil kunne utforme lovgivningen og sine vedtak på en måte som i stor grad eliminerer at det skapes berettigede forventninger.³⁴¹ Rent teoretisk kan vi altså tenke oss at den siste ”bastionen” er vernet av berettigede forventninger etter prinsippene i grunnloven §§ 97 og 105. Likevel må rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger anses å være en grunnrettighet, fordi dette særlig i kombinasjon med legalitetsprinsippet oppstiller visse krav til maktutøvelsen som kan prøves for domstolene.

Den videre undersøkelse vil bidra til å klarlegge spørsmålet om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger som grunnrettighet, men i alle fall når det gjelder prøvning av forvaltningens rettighetsavgrensning ved omgjøring av enkeltvedtak er det sikkert nok at domstolene foretar en ”full prøvning” ut fra forholdsmessighetsprinsippet, jfr. kapittel 6. Når det gjelder domstolsprøvning av Stortingets rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, er svaret ikke like klart, jfr. punkt 7.1.

Med disse presiseringer skulle det i relasjon til prinsippteorien fremstå som ganske uproblematisk å ha denne teoriens optimaliseringspåbud som utgangspunkt for den videre undersøkelse av rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Vi står altså overfor en grunnrettighet som er ”frittgående” og som får anvendelse til vern mot statsmakten når minstevilkårene for prinsippet er oppfylt.

³⁴¹ Se nærmere om minstevilkårene i kapittel 4

6 Avgrensning mot diskursen om et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp

Spørsmålet om anvendelse av et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp til vern av borgerne ved ethvert forbud eller påbud må holdes fra spørsmålet om rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Forskjellen er at i førstnevnte tilfelle får forholdsmessighetsprinsippet karakter av et selvstendig prinsipp, mens det ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er avledet av at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger får anvendelse.

I diskursen om et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp i forvaltningsretten er det påpekt at det i norsk rett ikke er tvilsomt at forholdsmessighetsprinsippet for eksempel får anvendelse i læren om omgjøring.³⁴² Dette underbygger for så vidt forholdsmessighetsprinsippet som et ”avledet” prinsipp, det vil si et prinsipp som får anvendelse ved rettighetsavgrensningen for eksempel etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, jfr. prinsippteorien.

Ettersom det i diskursen om et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp fremkommer synspunkter om dette prinsippets innhold og funksjon ut over det som allerede er sagt om at det får anvendelse i læren om omgjøring på ulovfestet grunnlag, skal denne diskursen i noen grad undersøkes nærmere i det følgende. Det tas utgangspunkt den seneste diskurs hvor det synes å være hevdet at Høyesterett ved *Rt. 2008 s. 560* har ”parkert” forholdsmessighetsprinsippet.³⁴³

Som påpekt av Aulstad, synes Graver å være den som har gått lengst i å presisere innholdet i et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp.³⁴⁴ Graver oppstiller krav om at normeringen må være egnet til å realisere formålet og ikke gjøre større inngrep enn det som er nødvendig. Videre må fordelene med inngrepet overstige ulempene.³⁴⁵ Vi ser at disse underprinsipper samsvarer godt med de tre underprinsipper i Alexys ”principle of proportionality”, det vil si

³⁴² Se Graver, 'Forholdsmessighet og myndighetsmisbruk i forvaltningsretten', *Jussens Venner*, 2008 s. 386, Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 130 og Aulstad, 'Ny høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet', *Jussens Venner*, 2008 s. 262-273.

³⁴³ Aulstad, *op.cit.* s. 269 og Graver, 'Forholdsmessighet og myndighetsmisbruk i forvaltningsretten', *Jussens Venner*, 2008 s. 386-387.

³⁴⁴ Aulstad, *op.cit.*, s. 264.

³⁴⁵ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 129.

underprinsippene om "necessity", "suitability" og "proportionality in a narrow sense". Ved den nærmere beskrivelse av disse underprinsippers funksjon synes imidlertid ikke Graver å ta utgangspunkt i prinsippeteorien "teser" og "lover". Særlig når det gjelder underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning gjør dette en forskjell.³⁴⁶

Aulstad er også den som med utgangspunkt i *Rt. 2008 s. 560* mener at Høyesterett har "parkert" diskursen om et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp. Hans begrunnelse skal straks presenteres etter at det først er gitt en kort redegjørelse for saksforholdet.

Saksforholdet i *Rt. 2008 s. 560* var at en mann, opprinnelig fra Kosovo, ikke fikk opphevet et innreiseforbud til Norge, jfr. utlendingsloven § 29 fjerde ledd, til tross for at han hadde kone og fire barn i landet. Han hadde tidligere blitt utvist fra Norge på grunn av straffedom hvor han ble dømt for å ha begått grove ran, simpelt ran og grove tyverier. Mannen og konen ble skilt som følge av domfellelsen, og de to eldste barna hadde i stor grad vokst opp uten far. Høyesterett kom i sin vurdering etter Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 8 til at mannen ikke hadde en berettiget forventning om å få opphevet innreiseforbudet på det tidspunkt han valgte å inngå ekteskap med sin tidligere kone og få to nye barn med henne. Av interesse her er imidlertid at Høyesterett mente at ordlyden i utlendingsloven § 29 fjerde ledd ikke inneholdt noen forholdsmessighetsbegrensning. Høyesterett sa dette slik:

"§ 29 fjerde ledd tredje punktum inneholder ikke noen forholdsmessighetsbegrensning. Dette er også vel begrunnet. Som staten har fremholdt, er det generelt ikke det samme behov for rettssikkerhetsgarantier for utlendinger som ønsker å reise inn i landet, som for utlendinger som lovlig oppholder seg her, og blir besluttet utvist. I tillegg kommer at det i tilfeller hvor det er spørsmål om å gi innreisetillatelse etter § 29 fjerde ledd tredje punktum, ligger et utvisningsvedtak i bunnen. Spørsmålet i slike saker er om det innreiseforbud som følger av utvisningsvedtaket, helt eller delvis skal oppheves. Utlendingens behov for rettssikkerhetsgarantier vil i disse tilfellene være tilstrekkelig ivarettatt ved utvisningen."³⁴⁷

Ut fra dette avsnittet kan det synes som om Høyesterett oppstiller et krav om at forholdsmessighetsbegrensningen må være positivt angitt i loven for at prøvning skal kunne finne sted. Aulstad synes for eksempel å mene dette. Han fortolker det siterte avsnittet slik:

³⁴⁶ Se om dette i kapittel 7 og 13.

³⁴⁷ Dommens avsnitt (46).

”Høyesterett uttaler her for første gang at det ikke gjelder et generelt krav om forholdsmessighet som en del av den alminnelige myndighetsmisbrukslære. Kravet om forholdsmessighet skal følgelig ikke ha samme status som forbudet mot utenforliggende hensyn, vilkårlighet, usaklig forskjellsbehandling og grovt urimelig resultat. En konsekvens skulle være at kravet om forholdsmessighet ikke kan legges til grunn som en generell skranke ved forvaltningens skjønnsutøvelse.”³⁴⁸

Det har neppe vært Høyesteretts mening å avgi en prinsipiell uttalelse om avstandtagen til et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp. Uttalelsen er i første setning av avsnittet direkte knyttet til utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum og må forstås med denne begrensning. Videre er det sentrale Høyesterett vil ha frem at når en forholdsmessighetsbegrensning fremkommer i forhold til andre typer vedtak, har det en mening at dette ikke er nevnt i § 29 fjerde ledd tredje punktum, nemlig at lovgiver har ment å klargjøre at et alminnelig prinsipp om forholdsmessighet ikke får anvendelse. Det kan også vises til Gravers fortolkning. Han mener at ”[d]et Høyesterett sier uttrykkelig, er at i utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum, ligger ikke noen prøvningskompetanse for domstolene utover det som følger av den alminnelige myndighetsmisbrukslære.”

Minstestandarden som et vedtak etter § 29 fjerde ledd tredje punktum må oppfylle, er dermed at spørsmålet om forholdsmessighet er vurdert, at vedtaket ikke strider mot de alminnelige synspunkter om myndighetsmisbruk, og at de rettigheter som følger av menneskerettskonvensjonen, ikke er krenket. At det er en del som taler for at det i praksis ikke er stor forskjell på forholdsmessighetsvurderingen ved rettighetsavgrensningen etter menneskerettskonvensjonen artikkel 8 og ut fra et alminnelig prinsipp om forholdsmessighet, sier Høyesterett ikke noe om.

Det er ikke vanskelig å være enig med Graver i at denne dommen ikke gir noen entydig støtte for en utvikling mot at domstolene vil begrense seg til å prøve om forvaltningen har vurdert spørsmålet om forholdsmessighet og for øvrig vil begrense seg til å vurdere forvaltningens vedtak i lys av de alminnelige synspunkter i læren om myndighetsmisbruk. Like viktig er også det forhold at forholdsmessighetsprinsippet i læren om omgjøring er sammenvokst med prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og også gjør seg gjeldende i forvaltningsrettens lære om vilkår og sanksjoner. Graver sier det slik:

³⁴⁸ Aulstad, *op.cit.*, s. 269.

”Det dommen gir grunn til å stille spørsmål ved, er om det er grunnlag for å gå lengre i domstolsprøvelse av forholdsmessigheten enn det som følger av de alminnelige utgangspunkter. Fra den senere tid har vi noen dommer som kan peke i den retningen, se *Alminnelig forvaltningsrett* s. 133-134. Med denne siste dommen kan vi si at det ikke er noen entydig utvikling i den retning. Men det betyr ikke at ikke domstolene kan fortsette å prøve forholdsmessigheten av vilkår, omgjøring, sanksjoner og EMK-inngrep, og at de for øvrig skal prøve om forholdsmessigheten er vurdert på forsvarlig måte.”³⁴⁹

Spørsmålet som må stilles med bakgrunn i at domstolene ut fra EF-retten og menneskerettsloven prøver inngrep overfor borgerne i lys av proporsjonalitetsprinsipper, er om det ikke er naturlig å styrke forholdsmessighetsprinsippets gjennomslagskraft hvor lovgivningen ikke har tatt stilling til behovet for denne type prøvning. Det vil si at forvaltningen ”gis mer av samme vaksine” for å forhindre at demokratiet forvirrer gjennom et svakt rettighetsvern av individuelle rettigheter.

I kjølvannet av dette kan fremholdes at når menneskerettsloven og gjennomføringsloven har innført krav om forholdsmessighet som forvaltningen må innrette seg etter, er dette et ganske sterkt signal fra lovgiver om at vi står overfor et generelt prinsipp. Med andre ord at det er unntak fra dette prinsippet som må begrunnes i forarbeidene. I denne forbindelse kan det pekes på at Høyesterett i *Rt. 2005 s. 117* ”Elvebåter” oppstiller et krav til klarhet fra lovgivers side når rettssikkerhetsaspektet nedbygges. Graver har viet denne dommen oppmerksomhet,³⁵⁰ og formulerer det sentrale poeng slik:

”Høyesterett valgte å se bort fra lovens ordlyd og intensjonene uttrykt i forarbeidene. Et klarsignal til å gjøre det fant den i at rettssikkerhetsaspektet ikke var «nærmere drøftet i forarbeidene». Retten dro i avsnitt (48) den slutning at «den manglende drøftelsen gir grunn til å tvile på om det var lovgiverens overveide standpunkt at bestemmelsen skulle ha det innholdet som lovens ordlyd og forarbeidene umiddelbart kunne tyde på.»

Graver mener at Høyesterett med dette anvendte ”et prinsipp om rett til domstolsprøving av forvaltningsvedtak, og gir det en normativ kraft av en slik art at det går foran lovgivning, med mindre det er tydelig og overbevisende lovgiverargumentasjon for å gjøre unntak fra det.”³⁵¹

³⁴⁹ Graver, 'Forholdsmessighet og myndighetsmisbruk i forvaltningsretten', *Jussens Venner*, 2008 s. 386.

³⁵⁰ Graver, 'I prinsippet prinsipiell: om rettsprinsipper', *TfR*, 2006 s. 207-208.

³⁵¹ *ibid.* s. 208.

Vender vi oss et kort øyeblikk til Fleischer, kan Gravers prinsipp formodentlig plasseres sammen med det Fleischer kaller ”prinsipper for forsvarlig lovbehandling”.³⁵² Det vil si når grunnleggende rettsprinsipper står på spill, aktiveres prinsippene for forsvarlig lovbehandling. I den nevnte dommen var det altså retten til domstolsprøving som stod på spill. Graver rører ved et sentralt forhold ved prinsippet når han skriver at det må kreves ”en overbevisende lovgiverargumentasjon”.

Beveger vi oss til dansk og svensk rett, kan det synes som om norsk teori henger litt igjen når det gjelder et alminnelig forholdsmessighetskrav.

Ifølge dansk teori synes ”proportionalitetsprinsippet” å ha befestet seg i dansk rett.³⁵³ Revsbech sier at dette prinsippet omfatter dels et krav om at en forvaltningsmyndighets beslutning (normalt en avgjørelse med karakter av inngrep) står i et akseptabelt forhold til det mål som forfølges med beslutningen. Dette omtales som ”forholdsmessighetskravet”. Videre oppstilles et ”nødvendighetskrav”, det vil si at inngrepet må være nødvendig av hensyn til ivaretagelse av interessene bak dette.³⁵⁴ Ganske interessant er det også at Revsbech fremhever at prinsippet ”har etterhånden så meget magt over sindene, at der også er eksempler på, at det anvendes i forbindelse med lovfortolkning (og ikke alene i relation til skønsudøvelsen).”³⁵⁵

For svensk retts vedkommende har Helmius påvist ”proportionalitetsprinsippet” som et offentligrettslig prinsipp kodifisert i den alminnelige lovgivningen og utviklet i rettspraksis av Regeringsrätten.³⁵⁶ Helmius klargjør at hun i det svenske proporsjonalitetsprinsippet ”innefattar även det som brukar kallas behovsprincipen og principen om et lindrigaste inngreppet.” Hun opererer dermed med de samme underprinsipper som det eksempelvis er redegjort for hos Graver, det vil si prinsippet om proporsjonalitet ”mellan mål og medel”³⁵⁷, ”behovsprincipen”³⁵⁸ og ”principen om et lindrigaste inngreppet”³⁵⁹. Et sentralt poeng for Helmius ut over å påvise et alminnelig proporsjonalitetsprinsipp ved induksjon, synes å være at ”[d]et går inte att åsidosätta legalitetsprincipen med hänvisning til

³⁵² Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode* (1998) s. 399.

³⁵³ Revsbech, *Aktuell dansk forvaltningsret. karakteristiske træk og udviklingstendenser* (2008) s. 82.

³⁵⁴ *l.c.*

³⁵⁵ Revsbech, *op.cit.*, s. 83.

³⁵⁶ Helmius, 'Proportionalitetsprincipen' (i: Marcussen, *Offentligrettslige principer*, 2005, s. 107-135).

³⁵⁷ *ibid.* s. 135.

³⁵⁸ *ibid.* s. 108.

³⁵⁹ *l.c.*

proportionalitetsprincippet eller några andra principer.”³⁶⁰ Videre understreker hun den fleksibilitet som ligger innbakt i underprinsippet om proporsjonalitet mellom mål og middel ved at ”[o]m målet ändras, ändras också ramen för principens tillämpning.”³⁶¹ Ut fra prinsipp-teorien påpekes med andre ord at endret syn på styringsbehovet ved ny lovgivning eller ny fortolkning av eksisterende lovgivning kan få betydning for den relative vekten av de kolliderende prinsipper. Helmius behandler imidlertid i liten grad den konkrete rettighetsavgrensningen vedrørende det svenske proporsjonalitetsprinsipp, men det kan synes som om hun mener at den argumentasjonsstruktur som legges til grunn av Den europeiske menneskerettsdomstol er ganske lik den svenske domstoler anvender.³⁶²

For å unngå å sakke akterut i europeisk sammenheng bør Høyesterett følge det danske og svenske eksempel på rettstenkning i forkant av utviklingen i Den europeiske menneskerettsdomstol og EF-domstolen. Med andre ord at Høyesterett gir et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp anvendelse i stedet for å lunte etter i utviklingen. Graver har som sagt antydnet sitt syn på et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp.³⁶³ Aall synes å dele Gravers standpunkt.³⁶⁴ Smith er imidlertid mer tilbakeholden med å tale om et alminnelig prinsipp utenfor området for Den europeiske menneskerettskonvensjon og EF-retten.³⁶⁵

³⁶⁰ Helmius, *op.cit.*, s. 135

³⁶¹ *l.c.*

³⁶² *l.c.*

³⁶³ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 130.

³⁶⁴ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen* (2007) s. 122

³⁶⁵ Eckhoff og Smith, *op.cit.*, s. 385. Dette synspunktet er skrevet av Smith etter Eckhoffs død og må derfor tilskrives Smith.

Del II

**Kan rettighetsavgrensningen etter
rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede
forventinger forstås ut fra prinsipp teorien?**

7 En nærmere innføring i problemstillingen

7.1 En grunnleggende forutsetning for den videre undersøkelse

Problemstillingen i denne delen av avhandlingen er om rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra prinsipp teorien. Dette spørsmål skal undersøkes med utgangspunkt i teori og praksis om grunnloven § 97 og de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler” om omgjøring på ulovfestet grunnlag, jfr. forvaltningsloven § 35 siste ledd.

En grunnleggende forutsetning for å kunne besvare dette spørsmålet bekreftende er at i det minste underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning får anvendelse. Dette har sammenheng med at prinsipp teoriens kardinalpunkt ”the Law of Balancing” er den sentrale bestanddel av dette underprinsippet.

Som det allerede er påpekt i kapittel 6, er det alminnelig akseptert i norsk rett at forholdsmessighetsprinsippet får anvendelse ved omgjøring etter de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler”, jfr forvaltningsloven § 35. Det er imidlertid ikke umiddelbart like klart at forholdsmessighetsprinsippet får anvendelse ved rettighetsavgrensningen etter grunnloven § 97. Dette kommer jeg straks tilbake til. Først skal det sies noen ord om innholdet i underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning.

Når det gjelder underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning mener Graver at dette prinsippet krever at det skal vurderes om “de hensyn som taler for inngrepet, veier tyngre enn de hensyn som taler mot.”³⁶⁶

Ved omgjøring av gyldige enkeltvedtak etter de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler” synes det å være ganske stor grad av enighet om at den private partens vern mot omgjøring må forsterkes med et vesentlighetskrav, med andre ord at underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning utstyres med et vesentlighetskrav. Graver sier det slik: ”Utgangspunktet er at gyldige vedtak som tilgodeser noen, bør bli stående, men som en

³⁶⁶ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 129.

sikkerhetsventil vil man kunne omgjøre dersom hensynet til omgjøring veier vesentlig tyngre enn hensynet til den som er tilgodesett.”³⁶⁷

Verken hos Graver eller andre forfattere presenteres det i kjølvannet av denne formuleringen noen presis vektformel for avveiningen, slik tilfellet på den annen side er etter prinsippteoriens underprinsipp om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning. Det er også sparsomt med generelle uttalelser om avveiningen. Ettersom Graver er den som har gått lengst i å uttale seg generelt om avveiningen vil jeg gjengi hans synspunkter i det følgende:

”Det er sjelden at avgjørelsen kan vurderes ut fra rene økonomiske betraktninger, eller at de hensyn og verdier som står opp mot hverandre er kommensurable. Vurderingen av forholdsmessighet vil derfor i de fleste tilfeller bero på et verdibasert skjønn, ofte med klare politiske overtoner.”³⁶⁸

Videre:

”Kravet til interesseovervekt, dvs. den forholdsmessighetsstandard som anvendes, vil kunne variere fra område til område. Det er opp til lovgiveren å fastsette hvor mye de offentlige hensyn skal telle i forhold til hensynet til den berørte part.”³⁶⁹

Sistnevnte avsnitt indikerer i forhold til læren om omgjøring at det ved vektfastsettingen vedrørende de offentlige hensyn skal trekkes veksler på hjemmelsloven for førstevedtaket, det vil si hjemmelsloven for det vedtak som det er aktuelt å omgjøre. Dermed signaliserer Graver her at det som jeg velger å kalle ”inkommensurable-tesen” ikke gjelder generelt.³⁷⁰ Med ”inkommensurable-tesen” forstås en skeptisk eller sterkt kritisk innstilling til at den relative vekten av de kolliderende hensyn kan fastsettes med noen særlig presisjon innenfor de rammer som den positive lovgivningen trekker opp³⁷¹ og i tråd med prinsippteorien eller andre teorier som bygger på en vektformel.³⁷²

³⁶⁷ *ibid.* s. 554.

³⁶⁸ *ibid.* s. 129.

³⁶⁹ *l.c.*

³⁷⁰ Se nærmerere i punkt 8.4.1.

³⁷¹ Se nærmerere i punkt 7.3.

³⁷² Her kan nevnes at Lundeby er inne på det jeg omtaler som ”inkommensurable-tesen” i Lundeby, *Free speech and political exclusion* (2000) s. 35. Ved sin analyse av førstevoterendes argumentasjon i plenumsdommen i *Rt.1997 s. 1821* ”Hvit Valgalliance” karakteriserer han for eksempel førstevoterende posisjon som ”consequentialist and sentimentalist”. Han sier det slik (min understreking): “By consequentialist, I mean the tendency to treat this dilemma [vernet av yttringsfrihet og vernet mot rasediskriminerende utsagn] exclusively as a weighing or balancing of benefits and burdens against each other. This is indicated by the “weighing” of free speech up against “other interests”, as opposed to the more principled approach Justice Lund [andrevoterende] represent, which will be discussed later. By sentimentalist, I mean the tendency to be satisfied with having to make a weighing or balancing without attempting to express explicitly the measure of weight or the principle of balance. It is mainly by silent discretion, by the common sense of the members of the Court, that the scope of

Når det gjelder rettighetsavgrensningen etter grunnloven § 97 er anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet ved rettighetsavgrensningen ikke like klart. I plenumsavgjørelsen i *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole” om egentlig tilbakevirkning ble det for eksempel forutsatt at domstolene ikke kan ”overprøve de politiske vurderinger av behovet for tiltak eller hensiktsmessigheten av de tiltak som blir valgt, jf. blant annet Kløftadommen [*Rt. 1976 s. 1*] og avgjørelsen i *Rt. 2001 s. 762* på side 768.”³⁷³ Ut fra dette indikeres at underprinsippene om hensiktsmessighet og nødvendighet i alle fall ikke får aktualitet ved egentlig tilbakevirkning. Det stiller seg imidlertid annerledes i forhold til underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning. Høyesteretts flertall uttalte nemlig (min understreking):

”at normen i § 97 åpner for mellomvarianter mellom et absolutt forbud og en helhetsvurdering hvor bare den særlig urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt. Gullklausuldommen i *Rt 1962 s. 369* er et eksempel på en slik mellomvariant: Omfattende private økonomiske rettigheter måtte vike for tvingende samfunnsinteresser.”³⁷⁴

Videre:

”Etter dette mener jeg at en ny transaksjonsavgift bare kan legges på en tidligere handling dersom sterke samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende. Det samme må gjelde når det er tale om å tilsidesette et korrekt gjennomført fradrag for merverdiavgift. Noen helhetsvurdering hvor bare den klart urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt, er det ikke rom for.”³⁷⁵

Det kan altså synes som om underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning i visse tilfeller kan få anvendelse også ved rettighetsavgrensningen på grunnlovstrinnet.³⁷⁶

free speech and the competence of the legislators to restrict it are delimited, not by formulating criteria. The force of the Constitutional provision on free speech is primarily found in the restrictive *attitude* the members of the Court claim to assume in judging whether speech-limiting legislation constitutional or not.” Som jeg skal komme tilbake til i punkt 15.3 er det delte oppfatninger om fortolkningen av førstvoterendes votum. Mæhle og Graver mener for eksempel at dette votum kan forstås ut fra Alexys prinsipp teori, mens Lundeby har fått følge av Kinander i sitt syn på førstvoterende posisjon som ”consequentialist and sentimentalist”, det vil si en posisjon som tar utgangspunkt i en helhetsvurdering av konsekvenser og hvor ”inkommensurable-tesen” får råde. Om anvendelsen av ”inkommensurable-tesen” påpeker Lundeby korrekt på side 36 at ”[t]he problem with this weighing of incommensurate items like the weight of free speech and the strength of offensive utterances is that this can be neither publicly accessible, nor exact.”

³⁷³ Dommens avsnitt (74).

³⁷⁴ *ibid.* avsnitt (69).

³⁷⁵ *ibid.* avsnitt (72).

³⁷⁶ Se nærmere i punkt 8.2.2.

7.2 Hva er betydningen av at underprinsippet får anvendelse?

Denne konstateringen av at underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning får anvendelse ved rettighetsavgrensningen, innebærer selvsagt ikke at det automatisk kan legges til grunn at det ved den nærmere rettighetsavgrensningen arbeides ut fra prinsippeteoriens ”teser” og ”lover”.

Når det gjelder omgjøring på ulovfestet grunnlag, sier for eksempel Graver ikke at rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i kollisjon med styringsprinsippet følger strukturen i prinsippeteoriens proporsjonalitetsprinsipp.

Høyesterett sier heller ikke noen steder at det er prinsippeteoriens underprinsipp om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning som får anvendelse. Det sentrale budskapet som Høyesterett er opptatt av å formidle, er at det ikke er standardteorien og rettsregelteorien som velges, men en ”mellomvariant”. Hva er så det? Svaret kommer til uttrykk i *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole” gjennom presiseringen av at det er valgt en mellomvariant ”mellom et absolutt forbud [rettsregelteorien] og en helhetsvurdering hvor bare den særlig urimelige og urettferdige tilbakevirkning er forbudt [standardteorien].”³⁷⁷

Ved dette valget nedtones forståelsen av grunnloven § 97 som en enten/eller regel, dvs at det kan oppstilles klare forbud på ulike rettsområder. Når så Høyesterett heller ikke vil bevege seg over i standardteorien, er en mulig forklaring på dette at standardteorien helt fra Knophs dager både bygger på tanken om at det ikke er mulig å komme frem til den relative vekten av kolliderende hensyn med noen særlig presisjon,³⁷⁸ og at denne teorien gir uttrykk for en bestemt forståelse av forholdet mellom stat og individ.³⁷⁹ Knoph siteres fortsatt i høyesterettspraksis,³⁸⁰ og jeg vil derfor i tilknytning til synet på forholdet mellom stat og individ trekke frem følgende utsagn vedrørende grunnloven § 97:

³⁷⁷ Dommens avsnitt (69).

³⁷⁸ Knoph, *Rettslige standarder: særlig Grunnlovens § 97* (1939) s. 17 sier at ”de interesser som skal veies mot hverandre er så lite kommensurable, at resultatet av vurderingen aldri kan komme ut som en matematisk størrelse.”

³⁷⁹ Se også Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2008) s. 112 hvor det fremholdes at ”læren om rettslige standarder i den konstitusjonelle rett, slik den ble introdusert i Norge i lys av kristetiden før 1940 [av Knoph], tok sikte på å øke lovgivernes handlefrihet i forhold til det som fulgte av eldre rettspraksis om [grunnloven] § 97.”

³⁸⁰ Dommens avsnitt (69).

”Nå er det en kjent sak at det siden 1814 er foregått store forskyvninger i opfatningen av forholdet mellom individ og stat. Hele samfundsmentaliteten er blitt en annen. Jeg skal ikke trette med at skildre denne utviklingen, men dens facit kan vel kort gjengis sånn, at tanken på individet og dets rettigheter har tapt terreng i forhold til samfundsprinsippet, dets krav og dets behov. Dette har igjen ført med seg at opfatningen av om en tilbakevirkning er forsvarlig eller utilbørlig, er blitt en annen en før i tiden. Mangt og meget som vilde ha blitt ansett for urettferdige overgrep i første halvdel av det 19. århundre, kan derfor ha gode chanser til å passere uantastet i våre dager.”³⁸¹

Fortolket ut fra prinsipteorien peker Knophs uttalelse i retning av at den abstrakte relative vekten av styringsprinsippet er langt større enn for eksempel prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. I dette lyset må vi antakelig også forstå standardteoriens formulering at det bare er den særlig urimelige og urettferdige tilbakevirkning som rammes. Formuleringen indikerer riktignok ikke at domstolene skal unnlate å veie styringshensynet mot hensynet til vern av den enkelte borger mot inngrepet, men når grunnholdningen er at ”samfundsprinsippet” har domenet, er svaret gjerne gitt uten at det er behov for en hårfin avveining.

Standardteorien legger til grunn at de interesser som skal veies mot hverandre, er ”lite kommensurable”.³⁸² Likevel mener Knoph at rettslige standarder som grunnloven § 97 inneholder en målestokk som det er mulig å klarlegge ut fra rettskildene. Han sier det slik:

”Materialet som skal brukes er nemlig ikke for hånden i raffinert tilstand. For å slutte sig til standardens innhold og innstilling må en jo bygge på detaljreglene i loven, på analogier fra lover med beslektet innhold, på avgjørelser i rettspraksis, eller på mere eller mindre tydelige forutsetninger i forarbeidene – alt sammen på ting som er temmelig flytende og som det er vanskelig å trekke entydige, logiske slutninger fra.”³⁸³

Vi ser altså at referansepunkter for vektfastsetting av kolliderende hensyn finnes etter standardteorien, men at det gjør seg gjeldende en negativ innstilling til muligheten for fastsetting av de kolliderende hensyns relative vekt ut fra rettskildene. Her støter vi altså igjen på det jeg har kalt ”inkommensurable-tesen”.

³⁸¹ Knoph, *op.cit.*, s. 86. Dette utsagnet skriver seg fra perioden mellom 1. og 2. verdenskrig nærmere bestemt mot slutten av 1930-tallet hvor synet på en materiell demokratiforståelse var annerledes, jfr. for eksempel situasjonen i Tyskland og Sovjetunionen. Se om en materiell demokratiforståelse i punkt 15.2.

³⁸² Knoph, *op.cit.*, s. 17.

³⁸³ *ibid.* s. 39.

La oss nå holde ”inkommensurable-tesen” opp mot prinsippteorien og spørre hvorfor det forholder seg slik at prinsippteoriens underprinsipp om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning bygger på at det er mulig å komme frem til den relative vekten av de kolliderende rettsprinsipper, mens ”inkommensurable-tesen” peker i motsatt retning.

Svaret på dette spørsmålet er ganske enkelt at Alexy i sin prinsippteori, i motsetning til det syn på rettsprinsipper som eksponenter for ”inkommensurable-tesen” synes å velge, tar utgangspunkt i at rettsprinsipper til vern mot statsmakten skal optimaliseres i rettsanvendelsesskjønnet. Dette betyr med andre ord at eksempelvis rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i utgangspunktet har en udiskutabel og formidabel normativ kraft eller vekt. Gjennom prinsippteoriens underprinsipp om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning og ”the Law of Balancing” er dette utgangspunktet forutsatt, og det kreves at inngrepsintensiteten i prinsippet skal vektfastsettes og måles mot vekten av styringsbehovet. Vektfastsetting er her mulig når det samtidig legges til grunn at konstitusjonen trekker opp rammen for vurderingen. Det legges altså til grunn en normativ tilnærming. Dette i motsetning til standardteorien som synes å bygge på den forståelse av rettsprinsipper som vi for eksempel finner i Eckhoffs rettskildelære, det vil si at rettsprinsippene inngår i rettskildedefaktoren reelle hensyn. Dette innebærer at rettsprinsippene ikke får større normativ kraft enn det rettsanvenderen mener disse fortjener ut fra en ”helhetsvurdering” av motstående hensyn og resultatets godhet. Denne metodiske tilnærmingen behandles nærmere i kapittel 14. Her er det tilstrekkelig å konstatere at den vesentlige forskjellen i standardteoriens og prinsippteoriens syn på ”inkommensurable-tesen” sin gyldighet må tilskrives et ulikt syn på rettsprinsippene. Når disse befinner seg i den store kategorien reelle hensyn, har ”inkommensurable-tesen” grobunn, men når disse er en egen kategori rettskildedefaktorer som er utstyrt med et optimaliseringspåbud, er det samtidig valgt en avvisende holdning til ”inkommensurable-tesen”. Denne type rettsprinsipper bør derfor få sin egen plass i listen over rettskildedefaktorer, selv om rettsprinsippene er avledet av de øvrige rettskildedefaktorer. Det siste gjelder for øvrig også i stor grad for de reelle hensyn, som altså har fått sin egen plass på listen.

7.3 Rettskildeprinsipper

Et spørsmål i kjølvannet av forrige punkt er hvilke metodiske prinsipper i vår rettskildelære som kan gi støtte for en normativ tilnærming ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, det vil si som nyanserer eller svekker ”inkommensurable-tesen” eller gir en viss åpning mot prinsipp teorien. Dette skal jeg derfor undersøke nærmere i det følgende særlig med utgangspunkt i spørsmålet om vektfastsetting av styringsbehovet.

Når det gjelder omgjøring på ulovfestet grunnlag, er det allerede antydnet at *hjemmelsloven for førstevedtaket* får betydning. Dette utgangspunktet synes ikke særlig omstridt.³⁸⁴ Backer slår for eksempel fast at det er kombinasjonen av omgjøringsregler og den materielle kompetanseregulering bak det første vedtaket som avgjør om det er et materielt grunnlag for omgjøringen.³⁸⁵ Videre fremholder Frihagen at de konkrete lovregler gir et utgangspunkt, selv om omgjøringsadgangen ikke er direkte regulert, samt at omgjøringsadgangen vil variere i atskillig grad fra område til område og avhenge av rettstradisjonen på det aktuelle området.³⁸⁶ Her kan også vises til Gravers redegjørelse for våre grunnprinsipper om nøytralitet og saklighet. Han peker på at det er liten tvil om at domstolene også i dag opprettholder kravet om at en kompetanse ikke må nyttes av forvaltningen til å fremme formål som faller utenfor loven.³⁸⁷ Høyesteretts formulering av avveiningen etter læren om forvaltningens adgang til forhåndsbinding i *Rt. 2007 s. 651* ”Vassfarvegen” bekrefter dette.³⁸⁸ Her er det et sentralt vilkår for adgangen til forhåndsbinding at bindingen fremmer hjemmelslovens formål:

”Som påpekt av Høyesterett i *Rt 1992 s. 1235* på side 1240, må forvaltningen dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme en hjemmelslovs formål, ha adgang til i en viss utstrekning å binde sin fremtidige myndighetsutøvelse ved avtale.”³⁸⁹

Som Høyesterett selv fremhever, har dette også støtte i *Rt. 1992 s. 1235*

”Fiskekvotedommen”.³⁹⁰

³⁸⁴ Synspunktet gjenfinnes også i dansk rett. Se Garde m.fl., *Forvaltningsret : almindelige emner* (2004) s. 523.

³⁸⁵ Backer, *Naturvern og naturinngrep: forvaltningsrettslige styringsmidler* (1986) s. 780.

³⁸⁶ Frihagen, *Forvaltningsrett III Omgjøring, kontroll og ugyldighet* (1992), s. 47.

³⁸⁷ Graver, *op.cit.*, s. 116.

³⁸⁸ Se nærmere om dommen i punkt 8.3.4.

³⁸⁹ Dommens avsnitt (42).

³⁹⁰ Se nærmere om dommen i punkt 8.3.5.

”Nasty saken” fra midten av 1960-tallet kan nevnes som eksempel på at at hjemmelsloven for førstevedtaket ble ansett å sette en skranke for forvaltningens omgjøringsadgang.³⁹¹ Saken gjaldt regjeringens kompetanse til å tilbakekalle en meddelt eksporttillatelse for motortorpedobåter av typen ”Nasty”. Saksforholdet var at et norsk skipsverft som hadde fått tillatelse til eksport av flere fartøyer til kjøperen, staten Hellas, ikke hadde overlevert alle fartøyer til kjøper da det fant sted et militærkupp i landet. Det var bred politisk enighet om at det var ønskelig å ikke levere de resterende fartøyene til de nye makthaverne som følge av militærkuppet og brudd på menneskerettighetene. Regjeringen vurderte mulighetene for omgjøring, men kom i sin redegjørelse til Stortinget til at lovgivningen ikke ga hjemmel for å omgjøre til ugunst. Synspunktet ble imøtegått i dagspressen av blant andre professor Opsahl, som argumenterte med at omgjøring kunne finne sted mot erstatning til det norske verftet. I ettertid synes flere jus-professorer å slutte opp om dette.³⁹²

I de tilfeller hvor hjemmelsloven ikke kan gi veiledning om vekten av styringsbehovet, tar for eksempel Backer til ordet for å følge *Castbergs konstruktive metode*.³⁹³ Denne metoden går som påpekt i punkt 3.1 ut på å inducere fra enkeltbestemmelser til generelle prinsipper, som det deduseres fra ved løsningen av det aktuelle problemet.

I kjølvannet av Castbergs konstruktive metode og med særlig tanke på fastleggingen av vekten av styringsbehovet kan Bergos empiriske undersøkelse om Høyesteretts forarbeidsbruk trekkes frem.³⁹⁴ Ut fra et betydelig antall høyesterettsdommer påviser Bergo at Høyesterett utleder *generelle verdipreferanser* av forarbeidene og andre rettskilder og gir disse anvendelse i en annen lovmessig kontekst enn de er knyttet til. Bergo sier dette slik:

”HR er ikke bare ute etter hva lovgiver faktisk mente med ordene i loven eller i forarbeidene, men etter det generelle verdisyn som lå bak – de bakenforliggende prioriteringsønsker tekstene manifesterer. De generelle legislative preferansene er det større normative genus lov- og forarbeidstekstene er kasus under, og det er for HR spørsmål om å anvende et slikt genus på andre kasus.”³⁹⁵

³⁹¹ St. forh. (1966-67) s. 3465-66 og Dagbladet 27. mai 1967.

³⁹² Frihagen, 'Omgjøring av forvaltningsvedtak', *Lov og Rett*, 1970, s. 316 og Eckhoff m.fl., 'Omgjøring av forvaltningsvedtak', *Jussens Venner*, 1969, s. 111.

³⁹³ Backer, *op.cit.*, s. 810 note 2.

³⁹⁴ Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000).

³⁹⁵ *ibid.* s. 290.

Bergos funn underbygger synspunktene hos Backer vedrørende den konstruktive metode, men viser også at Høyesterett går bredere ut enn det som Backer synes å ta til ordet for.³⁹⁶ Dette ser vi for eksempel i høyesterettspraksis om rettighetsavgrensning etter grunnloven § 97. Her kan trekkes frem plenumsavgjørelsene i *Rt. 2007 s. 1281* "Sakristivold" og *Rt. 2006 s. 293* "Arves Trafikkskole".³⁹⁷ I begge avgjørelser fant Høyesterett referansepunkter ved vektfastleggingen av styringsbehovet gjennom en historisk gjennomgang av lovgivningen, det vil si en normativ tilnærming. Dette er tydeligst i *Rt. 2007 s. 1281* "Sakristivold", men skinner også igjennom i *Rt. 2006 s. 293* "Arves Trafikkskole"

Rt. 2007 s. 1281 "Sakristivold" gjaldt tomtefesteloven § 33 som gir festere av tomt til bolig- eller fritidshus rett til forlengelse av festet "på same vilkår som før" ved festetidens utløp. Det nærmere saksforholdet var at noen festere overfor bortfester krevde rett til forlengelse av festet av tomt til bolig under henvisning til tomtefesteloven § 33. Bortfester og grunneier nektet å etterkomme kravet. Disse ville i stedet forholde seg til festeavtalene fra 1963 som utløp i slutten av 2006. Etter mislykte forhandlinger om enten forlengelse av festet på nye betingelser eller festernes innløsning av tomten til full verdi på innløsningstiden, reiste bortfester og grunneier søksmål mot festerne. Det ble anført at tomtefesteloven § 33 var i strid med rettighetsvernet etter grunnloven § 97 og Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 1 artikkel 1. Høyesterett argumenterte slik vedrørende vekten av styringsbehovet (min understreking):

"(102) Ved feste av boligtomt er det tale om å sikre festerens grunnleggende rett til å ha et sted for seg og sin familie å bo - noe som var den bærende begrunnelsen bak lovendringen. For de fleste festerne er det dessuten tale om deres klart største investering. De har en velbegrunnet forventning om at lovgiveren beskytter deres faktiske situasjon. Dette illustreres også av at vi utenom festeforholdene har flere eksempler på at lovgiveren har funnet det riktig å verne rettigheter av denne karakter - også når det skjer ved inngrep som kan ha en viss karakter av rettighetsoverføring:

(103) Jeg nevner for det første lov av 23. juli 1920 nr. 1, som fastsatte at «[h]usmenn, bygselmenn og leilendinger skal uansett om leieforholdet ifølge opsigelse fra eierens side eller ifølge leieavtalen skulde ha opphørt før faredag

³⁹⁶ Backer, *op.cit.*, s. 810 note 2.

³⁹⁷ Begge avgjørelser er allerede nevnt og vil bli behandlet senere i andre sammenhenger. Se for eksempel punkt 3.3.2 om grunnlaget for rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og punkt 8.2 om "the Law of Balancing".

1922, dog ha rett til å fortsette bruken av leiebruket på de samme vilkår som før inntil nevnte faredag ». Bestemmelsen var begrunnet i at det på denne tiden pågikk et arbeide med å revidere husmannsloven, og at man fryktet at enkelte grunneiere skulle si opp avtalen før den nye lovgivningen kunne vedtas og tre i kraft, jf. Ot.prp.nr.63 (1920). Da den nye lovgivningen dro ut, ble det på 1920-tallet vedtatt flere tilsvarende lover fram til vedtakelsen av jordloven av 22. juni 1928 nr. 25, som i kapittel V regulerte forholdet mellom grunneieren og husmannen.

(104) Som et annet eksempel nevner jeg lov av 16. juni 1939 nr. 6 om husleie, som i § 38 innførte en rett for leietakeren til ved tidsbestemte leieavtaler med oppsigelsesrett for utleieren, å få kjent en oppsigelse av leieforholdet ugyldig dersom den ikke var saklig begrunnet eller ville virke urimelig. Bestemmelsen gjaldt også i en viss utstrekning for tidsbestemte leieavtaler. For de tidsbestemte leieavtalene ble bestemmelsen gitt anvendelse også på tidligere inngåtte avtaler når oppsigelsen ble gitt etter lovens ikrafttreden.

(105) Husleiereguleringen er et tredje eksempel som illustrerer lovgiverens bestrebelse på å verne retten til bolig. I Norge ble den innledet ved en prisanordning av 17. desember 1915. Deretter hadde vi fram til 1935 bestemmelser om husleieregulering. I Rt. 1918 I side 497 (Rt 1918 s. 497) kom Høyesterett til at det ikke var i strid med Grunnloven § 97 å anvende denne reguleringen på eldre husleiekontrakter. Siden har vi fra mai 1940 hatt spesialbestemmelser om husleieregulering. Någjeldende lov er lov om husleieregulering m.v. av 7. juli 1967 nr. 13 som etter hvert stort sett er opphevet, men som fram til 31. desember 2009 fortsatt gjelder i Oslo og Trondheim for boliger eller boligrom i hus oppført før 8. april 1940.”

I *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole” er det ikke den normative tilnærmingen like synlig, men vi ser også her at Høyesterett gjennom flertallet vurderte spørsmålet om den relative vekten av styringsbehovet ut fra lovhistorikken. Denne saken gjaldt som sagt i punkt 1.2 grunnlovsmessigheten av inngrepet i en trafikkskoles forventning om at en foretatt fradragsføring av påløpt merverdiavgift ved kjøp av en ny kjøreskolebil var endelig. Flertallet uttalte følgende:

”Jeg kan da heller ikke se at hensynet til å unngå innrettelse i mellomperioden og konkurransehensynet er tungtveiende nok til å forsvare den aktuelle tilbakevirkningen. Heller ikke lovgiver kan ha ment at det var noe presserende behov for å unngå avgiftstilpasning og konkurransevridning. Det ble ikke vedtatt noen tilsvarende overgangsordning da merverdiavgift ble innført for tjenester. Og da kjøreskolene ble tatt ut av avgiftsområdet, var det bare avgift for personbiler som skulle tilbakeføres. Fradragsført avgift for andre anskaffelser, som lastebiler, datautstyr og kontormøbler, skulle ikke

tilbakeføres. Jeg tilføyer at den økonomiske betydningen for staten av tilbakeføringsordningen var beskjedent. Samlet tilbakeføring fra kjøreskolene ble anslått til rundt 10 millioner kroner, jf. Ot.prp.nr.21 (2001-2002) side 7.”³⁹⁸

Det bildet som tegnes ovenfor om hjemmelsloven, den konstruktive metode og verdipreferanser i forarbeider som ganske sikre referansepunkter for vektfastsettingen, ”forstyrres” utvilsomt av ”inkommensurable-tesen”. I praksis viser dette seg ved at forfatteren velger å si at vekten av de motstående hensyn vil bero på en ”helhetsvurdering”. Selv hos Backer som så klart henviser til hjemmelsloven og Castbergs konstruktive metode, tales det om en ”helhetsvurdering”.³⁹⁹ Det er derfor ikke alltid enkelt å si hva den enkelte forfatter forstår med en ”helhetsvurdering”. Problemet vi står overfor, er altså hvilke grenser den aktuelle forfatteren egentlig mener skal gjelde for rettsanvendelsesskjønnet, og hva som skiller den ene forfatteren fra den andre. Det er allerede sagt noe om dette spørsmålet med utgangspunkt i Knophs standardteori og Gravers redegjørelse for rettighetsavgrensningen ved omgjøring etter de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler”. Her skal det sies litt mer om spørsmålet med utgangspunkt i Castberg, Frihagen og Eckhoff.

Frihagen sier at der loven er taus, uttaler Castberg seg for sterkt når han mener at løsningen i alminnelighet finnes ved en undersøkelse av ”lovens ord og mening”.⁴⁰⁰ Utenfor en del tilfeller hvor omgjøring stort sett vil være mulig, hevder Frihagen at det vil bero på ”en *helhetsvurdering* der en må sammenholde på den ene side de offentlige hensyn og på den annen side partenes interesse i å kunne innrette seg etter vedtaket, og i hvilken grad de har innrettet seg og vil få ulempe ved eventuell omgjøring.”⁴⁰¹ En idé om hva dette innebærer får vi når Frihagen i sitt siste arbeid om omgjøringslæren presiserer at det ikke kun er en avveining av hensyn som skal foretas, men at argumentene for og mot omgjøring til ugunst også må ”sees i sammenheng med den rettslige tradisjonen på området [...] og i noen grad vil det også her være en sammenheng ved at praksis og forestillingen om vid eller snever omgjøringsadgang kan være mer eller mindre forutsatt eller forankret i lovregler på området.”⁴⁰²

³⁹⁸ Dommens avsnitt (75).

³⁹⁹ Backer, *op.cit.*, s. 810.

⁴⁰⁰ Frihagen, 'Omgjøring av forvaltningsvedtak', *Lov og Rett*, 1970 s. 311 note 15.

⁴⁰¹ *ibid.* s. 336.

⁴⁰² Frihagen, *Forvaltningsrett III Omgjøring, kontroll og ugyldighet* (1992) s. 51.

Ved sin gjennomgang av omgjøringsreglene i 1969, slår Eckhoff fast at "[s]elv om det ikke finnes lovhjemmel, kan omgjøring i visse tilfelle finne sted på grunnlag av en avveining av arten og styrken av de interesser som gjør seg gjeldende for og imot. Det blir med andre ord en skjønnsmessig helhetsvurdering som må foretas."⁴⁰³

Eckhoff taler her om gyldige vedtak og omgjøring til skade utenfor klage- og omgjøringsreglene i forvaltningsloven. Når Eckhoff skriver at det i "visse tilfelle" kan omgjøres, fremkommer det ikke hvilken begrensning han tenker seg ut over at det etter en interesseavveining må konkluderes med at omgjøringsadgang ikke foreligger. I Eckhoffs *Forvaltningsrett*, som første gang ble utgitt i 1978, er det sentrale synspunktet at omgjøring kan finne sted når tungtveiende allmenne hensyn taler for det, og det kreves vesentlig interesseovervekt.⁴⁰⁴

Eckhoff synes i mindre grad enn Frihagen å være bundet av lovhjemmelen for førstevedtaket og er heller ikke villig til å tillate omgjøring uten videre selv om det er tatt gyldig forbehold om dette i vedtaket. Hos Eckhoff blir tilsynelatende et gyldig forbehold bare et moment i en helhetsvurdering.⁴⁰⁵ Men selv om Eckhoff synes å åpne opp for en bred avveining av ulike hensyn, "kompenserer" han med å kreve at det må foreligge tungtveiende samfunnsmessige hensyn som taler for omgjøring, og som veier vesentlig tyngre enn de hensyn som taler mot.⁴⁰⁶ Slik må også Smith forstås.⁴⁰⁷

Eckhoff og Smiths tilnærming åpner selvsagt for å operere med et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger som en relativ størrelse i rettsanvendelsesskjønnet. Men Eckhoff og Smith synes altså i mindre grad enn Castberg og Frihagen å ville akseptere hjemmelsloven som avgjørende for vektfastsettingen av de kolliderende hensyn. Eckhoff og Smiths tenkning på dette punktet synes dermed å være preget av en grunnfestet tro på at rettsanvenderne ved hjelp av en "helhetsvurdering" av de reelle hensyn og vurdering av

⁴⁰³ Eckhoff, 'Omgjøring av forvaltningsvedtak', *Jussens Venner*, 1969 s. 106.

⁴⁰⁴ Se for eksempel Eckhoff, *Forvaltningsrett* (1982) s. 515.

⁴⁰⁵ Eckhoff, 'Omgjøring av forvaltningsvedtak', *Jussens Venner*, 1969 s. 110.

⁴⁰⁶ Se punkt 9.4.

⁴⁰⁷ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* (2006) s. 296. Smith foretok ved utgivelsen av 7. utgave av Eckhoff og Smith *Forvaltningsrett* i 2003 en fullstendig bearbeiding av Eckhoffs opprinnelige tekst, endret systematikken og tok inn flere underavsnitter. Se forordet til Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* (2003).

resultatets godhet vil være i stand til å fastsette vekten av de hensyn som henholdsvis taler for og mot omgjøring til ugunst for private rettssubjekter.⁴⁰⁸

7.4 *Rammen for den videre undersøkelse*

Som en oppsummering av det som er sagt hittil vil jeg si at ”inkommensurable-tesen” synes å være ganske godt innarbeidet i den metodiske forståelsen hos mange forfattere og at dette kan forklares ut fra at rettsprinsipper ikke er behandlet som optimaliseringspåbud, men som reelle hensyn.

I den videre undersøkelse må dermed fokuset rettes mot spørsmålet om det likevel er grunnlag for å hevde at det i praksis er støtte for å anse rettsprinsipper som optimaliseringspåbud ved at det ikke er særlig tvilsomt at prinsipp teorien gjennom sin enkleste utgave i ”the Law of Balancing” får anvendelse. Her tilføyes at det i denne sammenheng også må tas i betraktning at det i norsk metodelære finnes rettskildelære prinsipper som åpner for en normativ tilnærming, jfr. punkt 7.3.

Undersøkelsen i de følgende kapitler er altså preget av spørsmålet om det å anse rettsprinsipper som optimaliseringspåbud er en forsvarlig juridisk metode i vår rettskultur. Her melder det seg imidlertid et særskilt spørsmål, nemlig hva som er den nedre terskel for å besvare dette spørsmålet bekreftende.

Min terskel for å besvare spørsmålet bekreftende er at i det minste én høyesterettsdommer eller én anerkjent norsk forfatter kan anses å gi støtte for dette. At det finnes andre legitime metoder som kanskje mer hyppig er i bruk, er altså ikke særlig interessant i denne delen av undersøkelsen.

Dette perspektiv preger utvelgelsen av høyesterettspraksis hvor altså siktemålet er å finne avgjørelser som åpner for å forstå argumentasjon om rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ut fra prinsipp teorien.

⁴⁰⁸ Se nærmere om ”Eckhoffs rettskildelære” i kapittel 14.

Dommene blir for øvrig også det sentrale ettersom vi ikke har noen forfattere som uttrykkelig sier at de ser på rettsprinsipper som optimaliseringspåbud eller anvender teorien i noen utstrekning. Det forhold at både Mæhle og Graver⁴⁰⁹ har fremholdt at prinsippteorien har forklaringsverdi i forhold til rettighetsavgrensning vedrørende grunnrettigheter, må imidlertid fremheves. Disse forfatterens synspunkter indikerer utvilsomt at vi her har å gjøre med en metode som ut fra nyere høyesterettspraksis får plass i det legitime tolkningsrom, det vil si anses for å være en forsvarlig juridisk metode i juristfellesskapet. I denne forbindelse kan også Nazarian og Bendiksen⁴¹⁰ nevnes, som sammen med Mæhle er representanter for en ny forskergenerasjon med større nysgjerrighet vedrørende rettsprinsipper. Ved sin undersøkelse av lojalitetsprinsippet på kontraktsrettens område tar Nazarian utgangspunkt i Alexys optimaliseringstese, mens Bendiksen velger en forståelse av de grunnleggende barnerettslige prinsipper som peker i samme retning.

⁴⁰⁹ Se punkt 1.4 og 15.3.

⁴¹⁰ Se kapittel 14.

8 Balansering og rettferdiggjøring - "The Law of Balancing"

8.1 *Kunnskapsinteressen*

"The Law of Balancing" lyder slik:

"The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one right or principle, the greater must be the importance of satisfying the other."⁴¹¹

Som det er redegjort for i kapitel 2, er utgangspunktet for denne "lov" optimaliseringstesen og "the Collision Law", det vil si oppfatningen av rettsprinsipper som optimaliseringspåbud og at det ved kollisjon mellom prinsippene på en rasjonell måte blant annet ved hjelp av "the Law of Balancing" er mulig å komme frem til hvilket prinsipp som må vike.

I det følgende tas det utgangspunkt i høyesterettspraksis hvor det foreligger kollisjon mellom rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og styringsprinsippet, det vil si en situasjon hvor minstevilkårene for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger får anvendelse er oppfylt, og hvor det gjøres inngrep i prinsippet ved lovendring, forskriftsendring eller ved omgjøring av enkeltvedtak etter "de alminnelige forvaltningsrettslige regler", jfr. forvaltningsloven § 35.

Det sentrale spørsmålet er om den tre trinns fremgangsmåte som kan utledes av "the Law of Balancing", har støtte i rettskildene ettersom dette får avgjørende betydning for besvarelsen av spørsmålet om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er et optimaliseringspåbud.

⁴¹¹ Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *Ratio Juris*, 2003 s. 436.

8.2 Lovendringer

8.2.1 Oversikt

I det følgende undersøkes rettighetsavgrensningen etter grunnloven § 97. Totalt fem plenumsavgjørelser skal undersøkes.

I de tre første dommene, *Rt. 2006 s. 293* "Arves Trafikkskole", *Rt. 1996 s. 1415* "Borthen" og *Rt. 1996 s. 1440* "Thunheim", bygger de berettigede forventninger på lovgivningen. I de to siste dommene, *Rt. 1962 s. 369* og *Rt. 2007 s. 1281* "Sakristivold", har de berettigede forventninger sitt grunnlag i kontrakt.⁴¹²

8.2.2 Rt. 2006 s. 293 "Arves Trafikkskole"

Som påpekt i punkt 3.3 var det i plenumsavgjørelsen i *Rt. 2006 s. 293* "Arves Trafikkskole" enighet mellom flertallet på 11 dommere og mindretallet på 4 dommere om at den ankende part, Arves Trafikkskole, hadde en berettiget forventning som i utgangspunktet var vernet etter grunnloven § 97. Slik det videre fremkommer i dette punktet, var forventningene knyttet til trafikkskolens fradragsføring av påløpt merverdiavgift etter kjøp av en kjøreskolebil. Fradraget var gjort i samsvar med mervediavgiftsloven på ervervstidspunktet, men ble krevd tilbakeført ved vedtak fattet av fylkesskattekontoret da trafikkopplæring senere ved lov 21. desember 2001 nr. 113 ble fritatt for merverdiavgift. Vedtaket var hjemlet i lovens overgangsbestemmelser som slo fast at fradragsføring av avgift på personkjøretøy som hadde funnet sted i en seks måneders periode før lovens ikrafttreden, måtte tilbakeføres. Arves Trafikkskole gjorde gjeldende at lovens overgangsbestemmelser var i strid med tilbakevirkningsforbudet i grunnloven § 97 og krevde derfor at fylkesskattekontorets vedtak om tilbakeføring måtte kjennes ugyldig. Høyesteretts flertall var enig i dette synspunktet på bakgrunn av at inngrepet ikke oppfylte et proporsjonalitetskrav som ble formulert slik (min understreking):

⁴¹² Plenumsavgjørelsene i *Rt. 2006 s. 293* "Arves Trafikkskole" og *Rt. 2007 s. 1281* "Sakristivold" er også behandlet punkt 3.3.

"Domstolene kan riktignok ikke overprøve de politiske vurderinger av behovet for tiltak eller hensiktsmessigheten av de tiltak som blir valgt, jf. blant annet Kløftadommen og avgjørelsen i Rt 2001 s. 762 på side 768. I vår sak må derfor Høyesterett ta utgangspunkt i at det var behov for å motvirke avgiftstilpasning og konkurransevridning, og at overgangsordningen var et hensiktsmessig virkemiddel for å nå disse målene. Men dermed er det ikke sagt at hensynene skal være avgjørende i vurderingen av om det foreligger et tilstrekkelig tungtveiende samfunnsmessig behov til å godta at lovendringen gis tilbakevirkende kraft."⁴¹³

Mindretallet synes å ha sluttet seg til at rettighetsavgrensningen skal finne sted ut fra underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning, men vil ikke oppstille et krav om "tungtveiende" samfunnsmessige behov (min understreking):

"De forhold jeg har trukket frem i det foregående - overgangsbestemmelsens sammenheng med selve lovendringen og dens begrunnelse, fradragsrettens særlige karakter og tilbakevirkningens begrensede omfang - tilsier at pålegget om forholdsmessig tilbakeføring av fradragsført inngående merverdiavgift, går klar av Grunnlovens § 97. Pålegget tilhører ikke den kjerne av handlingsskatter som det enten er et absolutt forbud mot å gi tilbakevirkende kraft, eller hvor dette iallfall krever ekstraordinære, tungtveiende samfunnsmessige hensyn. Dette sistnevnte kriterium, som førstvoterende synes å bygge på, passer etter mitt skjønn ikke godt ved bedømmelsen av grunnlovmessigheten til en lovendring av så vidt begrenset rekkevidde som den foreliggende. Men vi befinner oss på handlingsskattens område, og det er da ikke grunnlag for å kreve at tilbakevirkningen er « klart urimelig eller urettferdig » før den må settes til side som grunnlovsstridig, jf. Rt 2001 s. 762. Det foreliggende tilfellet befinner seg her i en mellomstilling, hvor også mindre tungtveiende samfunnshensyn kan gi grunnlag for å akseptere tilbakevirkningen. Det hører i første omgang under lovgiver å bedømme hvilke samfunnshensyn som her vil være relevante."⁴¹⁴

Problemstillingen i det følgende er altså om Høyesterett ved rettighetsavgrensningen ut fra dette kravet til proporsjonalitet i en mer begrenset betydning kan hevdes å ha fulgt den tre trinns fremgangsmåte som følger av "the Law of Balancing", det vil si fastlegging av inngrepsintensitet, styringsbehovet og at det deretter foretas en rettferdiggjøring av inngrepet.

Når det gjelder spørsmålet om Høyesterett vektfastsatte inngrepsintensiteten, kan det først slås fast at Høyesterett ikke gjorde noe forsøk på å sette en matematisk størrelse på inngrepet i de

⁴¹³ Dommens avsnitt (73).

⁴¹⁴ *ibid.* avsnitt (100).

berettigede forventninger. Det er imidlertid ikke tvilsomt at Høyesterett har ansett spørsmålet om hvor intensivt forventningene rammes som sentralt i sin avveining, og at dette ble kvantefisert uten bruk av matematiske størrelser, noe som for øvrig er helt i samsvar med rettspraksis som er gjennomgått tidligere i punkt 2.3 fra EF-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstol. La oss nå se hvordan Høyesterett argumenterte vedrørende inngrepsintensiteten i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Flertallet som mindretallet synes å slutte seg til uttalte følgende:

"Staten har anført at lovgiver må ha stor handlefrihet på skatte- og avgiftsområdet. Jeg bemerker at dette synspunktet har vært lagt til grunn som et generelt utgangspunkt i forhold til alminnelig inntekts- og formuesskatt. I vår sak gjelder det en transaksjonsavgift hvor nye byrder blir knyttet til en transaksjon som avgiftsmessig sett skulle ha vært gjort opp før lovendringen. Hensynet til omsetningslivets innrettelsesbehov må da veie tungt. Bestemmelsen i merverdiavgiftsloven § 74 om at merverdiavgift svares etter de regler som gjelder på leveringstiden, gir borgerne en særlig forventning om at lovendringer ikke skal skje med tilbakevirkende kraft til skade for dem. Når hensynene til forutberegnelighet og endelige oppgjør veier tungt, må mer generelle hensyn etter mitt syn vike. Jeg kan heller ikke se at lovgivers behov for handlingsrom er like stort på dette området som ved fastsettelsen av de rettslige rammer for det alminnelige skatteoppgjør i det enkelte inntektsår."⁴¹⁵

I dette avsnittet ser vi at det på generelt grunnlag klargjøres at et krav om tilbakeføring av merverdiavgift må anses å veie tungt. Høyesterett tar imidlertid også i betraktning hvordan inngrepet konkret virker for Arves Trafikkskole, og her synes dommerne å ha falt ned forskjellig. Flertallets vurdering skal siteres først:

"Det direkte tapet Arves Trafikkskole har lidt på grunn av lovendringen, kan synes lite, men det er ikke helt lite i forhold til trafikkskolens størrelse. At tapet bare er på noen få titusener, må uansett ha begrenset betydning ved grunnlovsvurderingen. Også de mer indirekte økonomiske virkningene må spille en underordnet rolle. Det er for øvrig betydelig usikkerhet knyttet til flere av disse forholdene, blant annet i hvilken grad lovendringen gjorde det mulig for Arves Trafikkskole å oppnå en større omsetning av kjøretimer."⁴¹⁶

⁴¹⁵ Dommens avsnitt (71).

⁴¹⁶ *ibid.* avsnitt (76).

Mindretallet formulerte seg slik:

"Det må kunne legges til grunn at Arves Trafikkskole kjøpte bilen ut fra et reelt behov for utskifting. Det er riktignok anført at trafikkskolen - på grunn av fradragsregelen - anskaffet en noe dyrere bil enn den ellers ville ha gjort. Men jeg har vanskelig for å se at trafikkskolen ble særlig hardt rammet av lovendringen - iallfall i et noe lengre tidsperspektiv. Det ville etter min mening fremstå som en noe tilfeldig fordel om de trafikkskoler som kjøpte bil i annet halvår 2001, skulle oppnå en fradragsrett de ikke hadde som kjøpte bil kort tid før eller kort tid etterpå."⁴¹⁷

Denne forskjellen i synet på inngrepsintensitet fremstår som betydelig. Vi ser at mens flertallet antyder at det dreier seg om et tungtveiende inngrep, er mindretallet av en helt annen oppfatning. Hvorvidt flertallets vurdering er mer "normativ" enn mindretallets vurdert ut fra prinsipp teoriens tanke om konstitusjonen som referansramme, er det ikke grunnlag for å hevde.

Når det gjelder styringsbehovet, synes det også her å være uenighet mellom flertallet og mindretallet om vektspørsmålet. Spørsmålet ble vurdert ut fra statens anførsler om at det var behov for å unngå innrettelse og konkurransevidning, samt den økonomiske betydningen for staten. Flertallets vurdering var som følger:

"Jeg kan da heller ikke se at hensynet til å unngå innrettelse i mellomperioden og konkurransehensynet er tungtveiende nok til å forsvare den aktuelle tilbakevirkningen. Heller ikke lovgiver kan ha ment at det var noe presserende behov for å unngå avgiftstilpasning og konkurransevidning. Det ble ikke vedtatt noen tilsvarende overgangsordning da merverdiavgift ble innført for tjenester. Og da kjøreskolene ble tatt ut av avgiftsområdet, var det bare avgift for personbiler som skulle tilbakeføres. Fradragsført avgift for andre anskaffelser, som lastebiler, datautstyr og kontormøbler, skulle ikke tilbakeføres. Jeg tilføyer at den økonomiske betydningen for staten av tilbakeføringsordningen var beskjeden. Samlet tilbakeføring fra kjøreskolene ble anslått til rundt 10 millioner kroner, jf. Ot.prp.nr.21 (2001-2002) side 7."⁴¹⁸

Mindretallet fremhevet i sin vurdering av styringsbehovet ikke det statsfinansielle hensynet og indikerte dermed enighet med flertallet om at dette hensyn tillegges liten vekt. I motsetning til flertallet fant imidlertid mindretallet intet som tydet på at Stortinget hadde ansett at

⁴¹⁷ Dommens avsnitt (99).

⁴¹⁸ *ibid.* avsnitt (75).

styringsbehovet var lite og fremtonet særlig likebehandlingsprinsippet ved overgang fra et avgiftsregime til et nytt regime:

”(94) Høyesterett har nå til bedømmelse overgangsbestemmelsen i den loven som gjeninnførte avgiftsfrihet, og som var ønsket av trafikkskolene, og som generelt må anses å ha medført fordeler for disse. Overgangsbestemmelsen hadde til formål « å unngå avgiftsmotivert tilpasning » og « å likebehandle kjøreskoler som har benyttet seg av fradragsretten i forhold til andre kjøreskoler som ikke har benyttet seg av dette », se Ot.prp.nr.21 (2001-2002) side 7. Det hadde vært en fordel om lovendringen av 21. desember 2001 var blitt forberedt med en åpen drøftelse av tilbakevirkningens forhold til Grunnlovens § 97, slik at Stortinget kunne ha tatt stilling til dette. Men det er likevel på det rene at Stortinget i proposisjonen ble presentert for en tilbakevirkende og klar overgangsbestemmelse for kjøretøyer som var anskaffet i tidsrommet 1. juli 2001 - 1. januar 2002, se Innst.O.nr.3 2001-2002 side 30.

(95) Overgangsbestemmelsen er motivert av vesentlige formål, som ofte søkes ivarett ved endringer i skatte- og avgiftslovgivning. Særlig iøynefallende er overgangsregelens forankring i likebehandlingshensynet. Den kjøreskole som investerte i nytt personkjøretøy umiddelbart før 1. juli 2001, eller etter 1. januar 2002, fikk intet fradrag for inngående avgift, men måtte dekke denne fullt ut. Uten overgangsregelen ville alle som foretok slik investering i tidsrommet 1. juli 2001 til 1. januar 2002 få fullt fradrag for inngående avgift, fordi man da befant seg i et merverdiavgiftspliktig regime. Med overgangsregelen sikret man seg at fradragsretten fikk virkning i den utstrekning det anskaffede personkjøretøy ble benyttet i avgiftspliktig virksomhet - fra seks måneder og ned til en måned, som ble situasjonen for Arves Trafikkskole. Derved oppnådde man langt på vei en avgiftsmessig likestilling av trafikkskolene i en periode med endringer i avgiftsregimet.”

Vi ser at flertallet og mindretallet ved sin proporsjonalitetsvurdering har ulike oppfatninger av vekten av inngrepsintensiteten og styringsbehovet. Videre er det uenighet om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal forsterkes med et krav om at det må foreligge ”tungtveiende” samfunnsmessige hensyn, det vil si at mens flertallet synes å ville tillegge rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger større abstrakt relativ vekt enn styringsprinsippet, kan ikke mindretallet se noen grunn til dette. Dette siste aspektet kommer jeg tilbake til i kapittel 9. Poenget her er at flertallet og mindretallet i denne dommen synes å ha lagt til grunn at det er mulig å fastsette den relative vekten av de kolliderende prinsipper, og at denne vektfastsettingen rettferdiggjør om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal settes til side eller ikke.

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på flertallets avveining med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

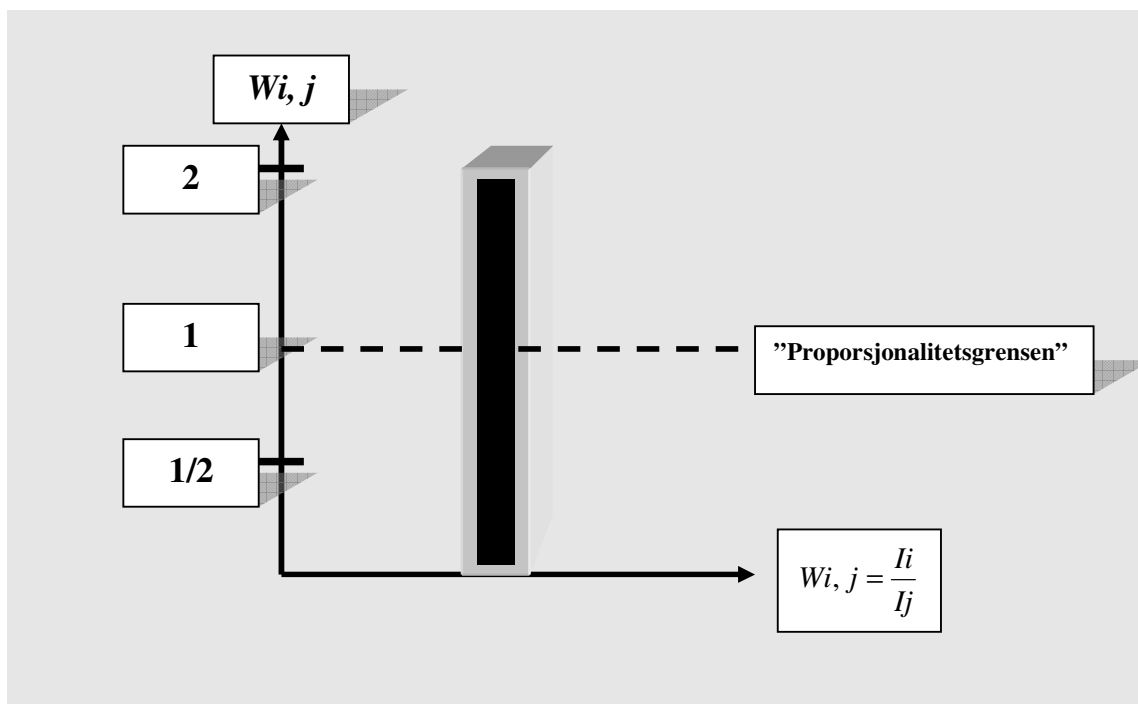
Rt. 2006 s. 293 "Arves Trafikkskole"

Domspremissene indikerer at inngrepsintensiteten i det minste var moderat $li:m$. Videre at styringsbehovet var lite, det vil si $lj:l$. Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{li}{lj}$$
$$2 = \frac{2}{1}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger var uproporsjonalt etter "loven".

Dette kan også illustreres med figuren nedenfor:



Figur 4 Illustrasjon Rt. 2006 s. 293 "Arves Trafikkskole"

8.2.3 Rt. 1962 s. 369 "Gullklausuldommen"

Plenumsavgjørelsen i *Rt. 1962 s. 369* "Gullklausuldommen" gjaldt en lov som avskar kreditorers muligheter etter avtale med debitor, blant andre staten, til å kreve betaling i gull. Høyesterett avveide kreditorenes forventninger mot de samfunnsmessige interesser. Det er ikke tvilsomt at vurderingen som ble foretatt av Høyesterett, har tilsvarende struktur som den vi finner hos flertallet i plenumsavgjørelsen i *Rt. 2006 s. 293* "Arves Trafikkskole". Høyesterett presiserer nemlig i sistnevnte dom at den legger til grunn samme avveining som i *Rt. 1962 s. 369* "Gullklausuldommen", jfr. avsnitt (69). Ut fra dette går jeg ikke nærmere inn på premissene.

8.2.4 Rt. 1996 s. 1440 "Thunheim"

I denne plenumsavgjørelsen synes rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger å ha fått anvendelse i førstvoterendes og tredjevoterendes argumentasjon om grunnlovsmessigheten av en endring av trygderettslovgivningen med tilbakevirkende kraft, jfr. grunnloven § 97. Videre synes det ved rettighetsavgrensningen hos disse voterende å ha blitt lagt til grunn en proporsjonalitetsvurdering ut fra underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning. Denne proporsjonalitetsvurderingen skal straks undersøkes nærmere i relasjon til "the Law of Balancing". Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og for den trygdedes anførsler.

Saksforholdet var at den trygdede, Thunheim, fikk redusert sin tilleggspensjon som uførepensjonist etter en lovendring som innførte nye omregningsregler, jfr. folketrygdloven § 6-4 etter lovendring 21. desember 1980 nr. 80, jfr. folketrygdloven § 6-6. Den trygdede anførte at dette inngrepet i en ytelse som han hadde betalt særskilt for, og som skal komme som erstatning for lønn, var i strid med prinsippet i grunnloven § 97.

Ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger synes som sagt både førstvoterende og tredjevoterende å ha foretatt en avveining ut fra underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning. Førstvoterende uttalte følgende:

"Når saken så skal vurderes opp mot normen etter § 97 slik den er utformet i Borthensaken: om overgangsregelen var klart urimelig eller urettferdig, veier på den ene side den forventning om fortsatte utbetalinger av ytelser som er skapt av lovgivningen og offentlig informasjon. Mot dette står følgende, som for meg er avgjørende:"⁴¹⁹

Tredjevoterende formulerte seg slik (min understreking):

"Det er på det rene at saken ikke gjelder noe stort beløp for Thunheim. Jeg ser det imidlertid slik at det er en rettighet som han har, og mener at vernet da ikke kan bero på en skjønnsmessig, standardpreget vurdering, der beløpets størrelse tillegges avgjørende betydning. Jeg viser til det som jeg har uttalt i Borthensaken om valget mellom rettighetsteorien og standardteorien ved anvendelsen av Grunnloven § 97. Det kan ellers pekes på at for mange andre uføretrygdete kan det dreie seg om større beløp. Overgangsreglene i loven av 21 desember 1990 nr 80 kan vanskelig tenkes anvendt på forskjellig måte overfor ulike trygdete med tilleggs pensjon."⁴²⁰

Spørsmålet er etter dette om den tre trinns fremgangsmåte som følger av "the Law of Balancing" gjenspeiles i førstvoterendes og tredjevoterendes proporsjonalitetsvurdering. Det vil si at inngrepsintensiteten vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger veies mot styringsbehovet, og at eventuelt tilsidesettelse av de berettigede forventninger rettferdiggjøres gjennom at den relative vekten av styringsprinsippet anses å være større enn den relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger.

Både førstvoterende og tredjevoterende synes i sin argumentasjon å ha tatt utgangspunkt i inngrepsintensiteten i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, men har trukket ulik konklusjon vedrørende dette spørsmålet. Slik tredjevoterende har antydnet i det siterte avsnittet ovenfor, kan dette forklares med at førstvoterende valgte å tillegge størrelsen på beløpet som kommer til reduksjon stor betydning ved vektfastsettingen, noe altså ikke tredjevoterende fant grunn til. Førstvoterendes argumentasjon vedrørende inngrepsintensiteten var som følger:

"Først virkningen for uførepensjonistene. Reduksjonen i pensjonen for Thunheim som for svært mange andre av de som ble berørt, må betraktes som

⁴¹⁹ Side 1452.

⁴²⁰ Side 1456.

beskjeden. Som jeg har nevnt, viser beregninger at tapet under visse forutsetninger kunne bli atskillig større, og det er sannsynlig at dette har slått ut for enkelte. For disse vil endringen innebære en følbart reduksjon som de vil ha små muligheter for å avbøte. Hvor mange som ble rammet slik, foreligger det ikke opplysninger om. Generelt sett mener jeg det må ha betydning at lovendringen rammet de av pensjonistene som hadde høyest tilleggspensjon og som derfor best kunne tåle en reduksjon. Noen nominell reduksjon i utbetalingene fant ikke sted for noen. Jeg vil videre peke på at jo større tapet var, desto større ble garantitillegget, og jo lengre overgangstid fikk den enkelte til å tilpasse seg det lavere nivå.⁴²¹

Når det gjelder vekten av styringsbehovet, var det også på dette punktet stor avstand mellom førstvoterende og tredjevoterende. Ved denne avveiningen synes den avgjørende forskjellen å ha vært at førstvoterende finner at styringsbehovet var stort ut fra at staten begrunnet inngrepet i de berettigede forventninger med likhetsprinsippet. Førstvoterende uttalte dette slik (min understreking):

"Videre vil jeg trekke frem det likhetshensyn som var del av begrunnelsen for den overgangsregel som ble valgt. Overgangsregelen førte til at pensjonsopptjening for tiden etter lovendringens ikrafttreden beregnes etter samme regler for alle. Uten omregningen ville fremtidige pensjonspoeng bli beregnet etter mindre gunstige regler for de som arbeider enn for de som var uføre ved lovens ikrafttredelse. Etter omregningen vil de som var uføre før ikrafttredelsestidspunktet, få pensjonspoeng etter dette tidspunkt beregnet etter samme regler som de som ble uføre etter lovendringen. Likhets hensynet som her lå til grunn, står i samme stilling som likhetshensynet i Borthensaken. På samme måte som der, må dette moment etter mitt syn tillegges vesentlig betydning."

Her må presiseres at førstvoterendes utgangspunkt for vurderingen av likhetshensynet var at de innbetalinger som Thunheim og hans arbeidsgiver hadde gjort mens han var i arbeid måtte ses på som en slags skatt. Dette ble for såvidt ikke bestridt av tredjevoterende som imidlertid ikke fant grunn til å tillegge dette forholdet og likhetsprinsippet vekt. I stedet knyttet han vekten av styringsbehovet til lovendringens betydning for statsfinansene:

"Et spørsmål for seg er om hensynet til statens finanser kan forsvare en reduksjon i tilleggspensjonen. Jeg viser der til de opplysningene som er gitt av førstvoterende om besparelsene ved den overgangsordning som ble valgt. De er etter min mening så beskjedne i den store sammenheng, at statsfinansielle

⁴²¹ Side 1452-1453.

hensyn ikke kan forsvare noe fravik fra det som ellers ville følge av Grunnloven § 97."⁴²²

Ut fra det som her er sitert, gis det også en viss antydning om at førstvoterende og tredjevoterende synes å ha hatt forskjellig syn på den abstrakte relative vekten av de kolliderende prinsipper. Førstvoterende synes å bygge på at styringsprinsippet har større abstrakt relativ vekt enn rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger mens tredjevoterende synes å mene at begge prinsipper har samme abstrakte relative vekt:

"Som nevnt av førstvoterende, skjedde reduksjonen i de uføretrygdedes tilleggspensjoner ved at deres fremtidige pensjonspoeng ble redusert, mens de opptjente poeng ble stående. Justisdepartementets lovavdeling kom til at det i forhold til Grunnloven § 97 var adgang til å foreta en reduksjon på denne måten. Selv om Stortinget kan sies å ha sluttet seg til denne forståelse av Grunnloven, må Høyesterett foreta en selvstendig vurdering. For min del er jeg uenig med Lovavdelingen."⁴²³

Her skal ikke den abstrakte relative vekten vies noen større oppmerksomhet. Det sentrale budskapet er at både førstvoterende og tredjevoterende synes å rettferdiggjøre sine standpunkter ut fra den relative vekten som fremkommer gjennom faktorparene i "the Law of Balancing", men hvor det samtidig er en understrøm av divergerende oppfatninger vedrørende den abstrakte relative vekten av de kolliderende prinsipper.

I kjølvannet av denne konklusjon og til støtte for den kan tilføyes at Aall synes å mene at Den europeiske menneskerettsdomstol ved sin proporsjonalitetsvurdering argumenterer "omtrent [etter] de samme linjer" som mindretallet i plenumsavgjørelsene i *Rt. 1996 s. 1415* "Borthen" og *Rt. 1996 s. 1440* "Thunheim".⁴²⁴ Riktignok sier ikke Aall hvilket mindretall han taler om, men gjennom sin henvisning til Kjørstad i *Lov og Rett 1997 s. 243- 292*⁴²⁵ må det antas at han sikter til tredjevoterendes votum. Kjørstad sluttet seg i denne artikkelen til tredjevoterendes votum og argumenterer for å følge menneskerettsdomstolens syn på grensene for rettsanvendelsesskjønnet.⁴²⁶ Aall sier at "opptjeningselementet skaper

⁴²² *ibid.* s. 1456.

⁴²³ *ibid.*

⁴²⁴ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen* (2007) s. 271.

⁴²⁵ Kjørstad, 'Trygderettigheter, Grunnloven og Høyesterett', *Lov og Rett*, 1997.

⁴²⁶ *ibid.* s. 263, s. 286 og s. 288.

berettigede forventninger om tilsvarende tilbakebetaling – nærmest som i et kontraktsrettslig forhold – og at dette blir tillagt for liten vekt ved vurderingen.”⁴²⁷

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på først- og tredjevoterendes votum i *Rt. 1996 s. 1440 "Thunheim"* med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

Rt. 1996 s. 1440 "Thunheim"

Førstvotererne synes å legge til grunn at inngrepsintensiteten var liten, det vil si $l_i:l$. Styringsbehovet ut fra likhetsbetraktninger var imidlertid større $l_j:m$. Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{l_i}{l_j}$$

$$\frac{1}{2} = \frac{1}{2}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ikke var uproporsjonalt etter "loven".

Tredjevoterende synes å legge til grunn at inngrepsintensiteten var moderat, det vil si $l_i:m$. Styringsbehovet ut fra en statsfinansiell begrunnelse var imidlertid begrenset. I motsetning til flertallet mente tredjevoterende at det ved et kontraktslignende forhold ikke var plass for synspunkter om at "pensjonsordningene supplerer hverandre og finansieres integrert, ved skatter og avgifter", jfr. dommen s. 1451. Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{l_i}{l_j}$$

$$2 = \frac{2}{1}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger var uproporsjonalt etter "loven".

⁴²⁷ Aall, *op.cit.*, s. 271.

8.2.5 Rt. 2007 s. 1281 "Sakristivold"

I denne plenumsavgjørelsen synes rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger å ha fått anvendelse i Høyesteretts argumentasjon om grunnlovsmessigheten av en endring av tomtfesteloven med tilbakevirkende kraft, jfr. grunnloven § 97. Videre synes det ved rettighetsavgrensningen å ha blitt lagt til grunn en proporsjonalitetsvurdering ut fra underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning. Denne proporsjonalitetsvurderingen skal straks undersøkes nærmere i relasjon til "the Law of Balancing". Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og for den bortfesterens anførsler.

Saksforholdet i denne saken var at festere av boligareal ved festeavtalens utløp fikk rett til å kreve festet forlenget "på same vilkår som før", jfr. tomtfesteloven § 33. Bortfesterne mente at dette inngrepet var i strid med grunnloven §§ 97 og 105. Det sentrale synspunktet synes å vært at bortfesterne i henhold til den inngåtte festeavtale ved utløpet av festetiden hadde rett til å kreve at festerne enten inngikk en ny avtale om feste i nye 50 år, eller at tomten ble innløst til full verdi på innløsningstidspunktet. Videre at staten ikke kunne gripe inn i denne forventning ut fra et ønske om å drive sosial utjevningsspolitikk.⁴²⁸ Dette synspunktet ble først og fremst forankret i grunnloven § 105. I forhold til grunnloven § 97 synes bortfesterne særlig å ha fremhevet at en forlengelse av festet på samme vilkår ikke var rimelig, ut fra at det dermed ble lagt til grunn en tomteverdi på 9,5 millioner kroner, mens den faktiske kapitalverdi var 60 millioner kroner.⁴²⁹

Høyesterett mente at spørsmålet om den uegentlige tilbakevirkningens grunnlovsmessighet måtte vurderes etter grunnloven § 97 og ut fra en "helhetsvurdering av hvilke virkninger loven får":

"Da § 33 regulerer konsekvensene av en allerede inngått avtale, står vi overfor det som betegnes som « uegentlig tilbakevirkning ». Det er imidlertid klart at også inngrep i etablerte rettigheter eller posisjoner etter omstendighetene kan rammes av Grunnloven § 97. For slike tilfeller er den såkalte «standardteorien» fremherskende i dag, jf. Rt 2006 s. 293 avsnitt 60. Etter den må det foretas en

⁴²⁸ Dommens avsnitt (25).

⁴²⁹ *ibid.* avsnitt (27).

helhetsvurdering av hvilke virkninger loven får. Ved denne vurderingen må det på den ene siden legges vekt på hensynet til festerne. Disse hensynene må avveies mot hvilke konsekvenser loven får for bortfesterne, og hvor beskyttelsesverdige deres interesser er.⁴³⁰

Høyesterett synes her gjennom henvisningen til *Rt 2006 s. 293* "Arves Trafikkskole" å ville presisere at den "mellomvariant" som ble anvendt i denne saken, ikke får anvendelse. Det vesentlige budskapet synes imidlertid å være at det ikke kreves "tungtveiende" samfunnsmessige interesser, det vil si at den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ikke er større enn vekten av de motstående hensyn ved uegentlig tilbakevirkning. Hvorvidt argumentasjonen for øvrig ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra den tre trinns fremgangsmåte som følger av "the Law of Balancing", skal undersøkes i det følgende.

Det er ikke tvilsomt, som jeg skal komme tilbake til, at Høyesteretts argumentasjon kan forklares ut fra en avveining av spørsmålet om inngrepsintensitet og styringsbehov. Det må imidlertid erkjennes at siden det her er en gruppering borgere (bortfesteren) som står mot en annen gruppering borgere (festerne) i tidligere etablerte kontraktsforhold passer det ikke helt å tale om inngrepsintensitet og styringsbehov. Høyesterett pekte for eksempel på at det ikke bare var bortfesterne som hadde en berettiget forventning til staten om å beskytte deres posisjon, men også festerne hadde en slik forventning på bakgrunn av det vern retten til bolig har i rettstradisjonen:

"Ved feste av boligtomt er det tale om å sikre festerens grunnleggende rett til å ha et sted for seg og sin familie å bo - noe som var den bærende begrunnelsen bak lovendringen. For de fleste festerne er det dessuten tale om deres klart største investering. De har en velbegrunnet forventning om at lovgiveren beskytter deres faktiske situasjon. Dette illustreres også av at vi utenom festeforholdene har flere eksempler på at lovgiveren har funnet det riktig å verne rettigheter av denne karakter - også når det skjer ved inngrep som kan ha en viss karakter av rettighetsoverføring: ..."⁴³¹

Når det gjelder spørsmålet om styringsbehovet relative vekt indikerer ovennevnte avsnitt at Høyesterett fant dette tungtveiende ut fra lovhistorikken. Det samme indikeres gjennom

⁴³⁰ *ibid.* avsnitt (99).

⁴³¹ *ibid.* avsnitt (102).

henvisningen til at det gjorde seg gjeldende "tungtveiende boligsosiale hensyn", og at det ikke var tvilsomt at det forelå et klart beskyttelsesbehov vedrørende festernes investering i bolig.⁴³²

Ved fastsettingen av vekten av inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger tok Høyesterett utgangspunkt i at det konkret dreide seg om bortfesteres forventning om å kunne fastsette nye økonomiske betingelser ved festekontraktens utløp. Høyesterett fremholdt at "bortfesterne hadde ingen rimelig forventning om å kunne nyte godt av den helt særegne prisstigningen på tomtegrunn."⁴³³

Proporsjonalitetsvurderingen og rettferdiggjøringen av at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger måtte vike ble oppsummert slik av førstvoterende:

"Min konklusjon er etter dette at tomtefesteloven § 33 ikke er i strid med Grunnloven § 97. Jeg har særlig lagt vekt på følgende: Bestemmelsen er begrunnet i tungtveiende boligsosiale hensyn. Det forelå et klart beskyttelsesbehov for en rekke festere, og bortfesterne hadde ingen rimelig forventning om å kunne nyte godt av den helt særegne prisstigningen på tomtegrunn."⁴³⁴

Som det skulle fremgå, synes Høyesteretts argumentasjon å kunne forstås ut fra faktorparene i "the Law of Balancing".

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på dommen med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

⁴³² *ibid.* avsnitt (121).

⁴³³ *l.c.*

⁴³⁴ *l.c.*

Rt. 2007 s. 1281 "Sakristivold"

Inngrepsintensiteten (I_i) gjennom at bortfesterne måtte tåle forlengelse av festeforholdet på samme betingelser som tidligere, synes å ha blitt ansett som begrenset ($I_i:l$). Vekten av styringsprinsippet synes å ha blitt vurdert som stort ($I_j:s$). Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$\frac{1}{4} = \frac{1}{4}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ikke er uproporsjonalt etter "loven".

8.2.6 Sammenfatning

Denne gjennomgangen av rettspraksis indikerer at argumentasjonen ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra "the Law og Balancing".

I særlig grad kan fremheves at det er mulig å trekke en linje fra *Rt. 1962 s. 369* "Gullklausulsaken" via dommer Backers votum i *Rt. 1996 s. 1440* "Thunheim" og videre til *Rt. 2006 s. 293* "Arves Trafikkskole", i den forstand at proporsjonalitetsvurderingen ut fra underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning tar utgangspunkt i at den abstrakte relative vekten av de kolliderende prinsipper er lik. Dermed kommer vektfastsettingen av inngrepsintensiteten og styringsbehovet klarere frem i lyset.

Her tilføyes at riktignok uttales det ingen steder at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal optimaliseres, eller at vi står overfor en situasjon med konkurrerende rettsprinsipper, men dette er ikke påkrevet for å påvise at strukturen i "the Law og Balancing" følges.

8.3 Forskriftsendringer

8.3.1 Oversikt

I det følgende tas utgangspunkt i høyesterettspraksis om forskriftsendringer. Tre dommer skal undersøkes. Det er *Rt. 1992 s. 92* "Polardommen", *Rt. 1995 s. 955* "Brødrene V" og *Rt. 2007 s. 651* "Vassfarvegen".

I førstnevnte dom, *Rt. 1992 s. 92* "Polardommen", hadde de berettigede forventninger grunnlag i en forskrift om transportstøtte. I den andre dommen, *Rt. 1995 s. 955* "Brødrene V", var forventningene knyttet til reglene om adgang til å drive ervervsmessig fiske. I sistnevnte dom, *Rt. 2007 s. 651* "Vassfarvegen", bygget de berettigede forventninger på tilsagn fra kommunen om kommunal overtakelse av Vassfarvegen mot at grunneierne oppruster denne til fylkesvegstandard.

8.3.2 Rt. 1992 s. 182 "Polardommen"

I denne avgjørelsen synes rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger å ha fått anvendelse ved Høyesteretts argumentasjon om gyldigheten av en tilbakevirkende forskrift om transportstøtte, jfr. forvaltningsloven § 39. Videre synes det ved rettighetsavgrensningen å ha blitt lagt til grunn en proporsjonalitetsvurdering ut fra underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning. Denne proporsjonalitetsvurderingen skal straks undersøkes nærmere i relasjon til "the Law of Balancing". Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og for den transportselskapenes anførsler.

Saksforholdet i denne saken var at noen transportselskaper som hadde utført transport i 1989, fikk avslag på sine søknader om transportstøtte for dette året etter en senere forskriftsendring. Det var ikke tvilsomt at selskapene hadde krav på støtten etter de forskrifter som gjaldt ved utføringen av transporten. Selskapene anførte prinsipalt at inntil de nye forskrifter ble gjort kjent, hadde de innrettet seg på å motta transportstøtten, og at de både etter forvaltningsloven § 39 og grunnloven § 97 var beskyttet mot dette inngrepet.⁴³⁵

⁴³⁵ Side 183.

Høyesterett tok utgangspunkt i at forvaltningsloven § 39 er strengere enn grunnloven § 97 ved at skjæringspunktet for tilbakevirkning er satt ved kunngjøringen og ikke ved vedtakelsen og presiserte samtidig at "[o]gså når det gjelder tilbakevirkningsspørsmålet i forhold til forvaltningsloven § 39, må det imidlertid skje en konkret vurdering."

Hvorvidt argumentasjonen ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra den tre trinns fremgangsmåte som følger av "the Law of Balancing", skal undersøkes i det følgende.

Av domspremissene fremgår at Høyesterett ikke kunne se at det var et "reelt behov" for den tilbakevirkende forskriften, det vil si at fylkeskommunen hadde et reelt behov for å kunne praktisere et fleksibelt regelverk. Dette indikerer et lite styringsbehov. På den annen side ble det fremhevet at det ved behandlingen av transportstøtteordningen i Stortinget var gitt uttrykk for at "«forslag om omlegginger av ordningen bør gjennomføres på en slik måte at bedriftene kan forholde seg til dem i sin planlegging og i sine budsjetter.»"⁴³⁶

Høyesteretts argumentasjon indikerer at spørsmålet om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger sin gjennomslagskraft ble vurdert ut fra en konkret fastsetting av den relative vekten av de kolliderende prinsipper. Som det skulle fremgå, synes Høyesteretts argumentasjon å kunne forstås ut fra faktorparene i "the Law of Balancing". I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på dommen med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

⁴³⁶ Side 187.

Rt. 1992 s. 182 "Polardommen"

Vi kan ut fra dommen antakelig sette vekten av inngrepsintensiteten $I_i:s$ og vekten av inngrepsbehovet $I_j:l$. Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$4 = \frac{4}{1}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger var uproporsjonalt etter "loven".

8.3.3 Rt. 1995 s. 955 "Brødrene V"

I denne avgjørelsen synes rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger å ha fått anvendelse ved Høyesteretts fortolkning av en forskrift om endring av vilkårene for å kunne få tildelt torskekvote. Høyesterett formulerte dette slik: "De ankende parter har videre påberopt seg prinsippet i grunnloven § 97. Jeg oppfatter det slik at det er § 97 som tolkingsprinsipp som man her tar sikte på, og ikke den samme bestemmelse som skranke for lovgivningen."⁴³⁷

Ved den konkrete rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet synes Høyesterett å ha lagt til grunn en proporsjonalitetsvurdering ut fra underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning. Denne proporsjonalitetsvurderingen skal straks undersøkes nærmere i relasjon til "the Law of Balancing". Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og for fiskerens anførsler.

Saksforholdet i *Rt. 1995 s. 955 "Brødrene V"* var at fire fiskere som hadde drevet ervervsmessig fiske med et kystfiskefartøy "Brødrene V", ikke ble tildelt torskekvote som følge av endring av forskriftene for slik tildeling. De anførte at forskriftene manglet hjemmel.

⁴³⁷ Side 961.

Videre at forskriftene måtte fortolkes ut fra prinsippet i grunnloven § 97, det vil si at de ut fra en avveining måtte fortolkes slik at de ikke utelukket fartøyet "Brødrene V" fra torskefisket.

Høyesteretts avveining med grunnloven § 97 som fortolkningsprinsipp lød som følger:

"Selv om § 97 generelt har betydning som tolkingsprinsipp, kan jeg ikke se at forholdene her er slik at prinsippet i bestemmelsen leder til et annet resultat. De ankende parter hadde drevet fiske etter flere fiskeslag, og deres fangst av torsk hadde ikke i de senere år vært spesielt stor. Det ble for 1990 bare gjort en begrenset innskrenkning i deres adgang til å drive den tilvandrete ervervsvirksomhet. Det dreiet seg om en innskrenkning som var nødvendig, og som rammet svært mange andre. Det var i en dramatisk ressursituasjon behov for å benytte noen kriterier ved reguleringen som var effektive og enkle å praktisere."⁴³⁸

Høyesterett synes her å åpne for at fiskerne hadde en berettigete forventning etter grunnloven § 97 om å få tildelt torskevot med grunnlag i tidligere deltakelse i disse fiskerier, men fremhevet samtidig at inngrepsintensiteten i forventningen var liten tatt i betraktning fisket kvantum i tidligere år. Det var ifølge Høyesterett "bare gjort en begrenset innskrenkning i deres adgang til å drive den tilvandrete ervervsvirksomhet". Samtidig ser vi at den relative vekten av styringsbehovet er stor på grunn av ressurskrisen, og at det i en slik situasjon anses akseptabelt å ha et regelverk som var enkelt å praktisere.

Slik Høyesterett argumenterte i denne saken, gis underprinsippet om proporsjonalitet i en begrenset betydning anvendelse ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, det vil si at argumentasjonen kan forklares ut fra "the Law of Balancing". I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på dommen med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

⁴³⁸ *l.c.*

Rt. 1995 s. 955 "Brødrene V"

Vi kan ut fra dommen antakelig sette vekten av inngrepsintensiteten $I_i:l$ og vekten av inngrepsbehovet $I_j:s$. Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$\frac{1}{4} = \frac{1}{4}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ikke var uproporsjonalt etter "loven".

8.3.4 Rt. 2007 s. 651 "Vassfarvegen"

I denne avgjørelsen synes det å ha vært uenighet mellom flertallet og mindretallet om minstevilkårene etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger var oppfylt, jfr. punkt 4.5. I motsetning til flertallet synes mindretallet å ha kommet til at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger måtte legges til grunn, og at underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning dermed var avgjørende for rettighetsavgrensningen. Denne proporsjonalitetsvurderingen skal straks undersøkes nærmere i relasjon til "the Law of Balancing". Først skal det imidlertid redegjøres kort for saksforholdet av betydning for rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og for grunneiernes anførsler. Videre skal det sies litt om flertallets proporsjonalitetsvurdering ut fra et urimelighetskriterium.

Saksforholdet var at en kommune hadde avgitt et tilsagn om overtakelse av en privat veg etter opprustning av denne til fylkesvegstandard. Overtakelse av vegen fant sted i henhold til tilsagnet, men kommunen besluttet etter noen år å nedlegge vegen som kommunal vei, slik at den ble tilbakeført til privat veg, jfr. vegloven § 8 annet ledd. Grunneierne som hadde hatt kostnader med å oppruste vegen, før overdragelsen fant sted til kommunen, mente at kommunen ikke var berettiget til å nedlegge vegen med bakgrunn i det tilsagn som var avgitt av kommunen om kommunal overtakelse og vedlikehold av vegen.

Det synes ikke å ha vært noen uenighet mellom flertallet og mindretallet om prinsippet for klarlegging av forvaltningens kompetanse til å forhåndsbinde sin myndighet, selv om det altså var uenighet om tolkningen av kommunens tilsagn. Det prinsipp som Høyesterett la til grunn, var som følger:

"Som påpekt av Høyesterett i Rt 1992 s. 1235 på side 1240, må forvaltningen dersom det anses nødvendig eller ønskelig for å fremme en hjemmelslovs formål, ha adgang til i en viss utstrekning å binde sin fremtidige myndighetsutøvelse ved avtale. Bindingen må imidlertid holdes innenfor forsvarlige rammer, og hvor langt forvaltningen kan binde seg, stiller seg noe forskjellig på de ulike forvaltningsområder. Avgjørelsen må bero på en avveining av forvaltningens interesse i til enhver tid å kunne forvalte offentlig myndighet og offentlige midler til beste for fellesskapet, og behovet for å kunne oppnå ønskede målsetninger eller løsninger ved å binde fremtidig myndighetsutøvelse. For å sikre at spørsmålet om fremtidsbinding er blitt tilstrekkelig grundig overveid, må det også stilles krav om at bindingen har et klart grunnlag i den avtale som måtte være inngått."⁴³⁹

Vi ser at det ble lagt til grunn en proporsjonalitetsvurdering med lovens formål som det sentrale referansepunktet.

Ettersom flertallet ikke fant grunnlag for å konstatere noen berettiget forventning om opprettholdelse av vegens status som kommunal veg med kommunal vedlikeholdsplikt, så lenge denne vegen fortsatt skulle være åpen for alminnelig ferdsel, begrenset disse dommene seg til å prøve om omgjøringen fremstod som "urimelig". Ved denne vurderingen ble det lagt til grunn en forholdsvis bred vurdering av spørsmålet om proporsjonalitet (min understreking):

"(54) De ankende parter har lagt stor vekt på at det var kommunen som ønsket at Vassfarvegen skulle rustes opp til fylkesvegstandard, og at denne høyere standard medfører høyere vedlikeholdskostnader. Jeg har forståelse for at det for grunneierne kan føles urimelig at de som følge av kommunens krav til vegstandard vil bli påført høyere vedlikeholdskostnader enn det de ville ha hatt om kommunen aldri hadde overtatt vegen. Dette kan likevel ikke danne grunnlag for en rettslig forpliktelse for kommunen til å opprettholde vegen som kommunal veg.

⁴³⁹ Dommens avsnitt (42).

(55) Etter mitt syn har de ankende parter også tegnet et noe ensidig bilde av situasjonen. Som det fremgår av den redegjørelse jeg har gitt for saksforholdet, har kommunen i perioden 1970-1995 ytet tilskudd med til sammen kr 1.669.000. Etter opprustingen av vegen har kommunen frem til i dag også hatt ansvaret for vedlikehold av vegen. Fra de enkelte parseller av vegen er blitt overtatt av kommunen, har grunneierne vært fullstendig fri for vedlikeholdsforpliktelser. Kommunen har også tilbudt å yte økonomisk tilskudd i forbindelse med at vegen igjen skal bli privat. Dette medfører at kommunens standpunkt alt i alt ikke vil virke så urimelig overfor grunneierne som de ankende parter har hevdet."

Vi skal nå se nærmere på mindretallets proporsjonalitetsvurdering. Mindretallet vurderte saken slik:

"(78) Jeg går så over til å se nærmere på om kommunens avtale med vegstyret om overtakelse av vedlikeholdet representerer noen begrensning i kommunens adgang til etter vegloven § 7 tredje ledd å legge ned vegen som kommunal veg.

(79) Spørsmålet om kommunen står fritt til å nedlegge vegen, må løses på bakgrunn av den konkrete situasjon som foreligger. Jeg er enig med førstvoterende i at man vanskelig kan tenke seg at kommunen skulle ha forpliktet seg til for all framtid å sørge for vedlikehold av vegen. Hvis vegen ikke lenger tjener sitt offentlige formål, eller hvis kommunens interesse i vegen er bortfalt, må kommunen således være berettiget til å nedlegge vegen som offentlig veg, med den følge det har for kommunens vedlikeholdsansvar.

(80) Etter min mening er imidlertid ikke dette situasjonen i herværende tilfelle. Det er ingenting som tyder på at kommunen har oppgitt sitt hovedmål med vegen, eller at den ikke lenger har den samme interesse i vegen som da den traff prinsippvedtaket i 1983, nemlig at den skal tjene som en veg for allmenn ferdsel mellom Hallingdal og Valdres og blant annet styrke kommunesenteret Nesbyen som handelssenter i området. Etter det som er opplyst, fungerer vegen i dag på denne måten, og trafikkmengden betegnes som økende.

(81) Det er heller ingen spor av slike tanker i den skriftlige saksframstillingen som foreligger i forbindelse med kommunestyrets nedleggingsvedtak av 11. desember 2003. Den begrunnelse som gis, er utelukkende knyttet til den økonomiske belastning som den kommunale drift og vedlikehold fører med seg. Det framgår videre at man forutsatte at vegen fortsatt skulle tjene som allmenn ferdselsåre, men at dette skulle skje ved gjenoppbygging av privat drift gjennom bompengefinansiering.

(82) Jeg kan vanskelig se [nedleggings-]vedtaket annerledes enn som et brudd på den klare forutsetningen som lå til grunn for avtalen mellom partene, nemlig at opprustningen til fylkesvegstandard skulle skje mot at de private

interessenter i området, representert ved vegstyret, ikke skulle sitte igjen med vedlikeholdet av vegen og det ansvar som det fører med seg. Så lenge vegen fortsatt er ment å skulle tjene som allmenn ferdselsåre mellom Hallingdal og Valdres i tråd med kommunens målsetting, må etter min mening kommunen være forhindret fra å fatte et slikt nedleggingsvedtak, som i realiteten utelukkende har som formål å skyve vedlikeholdsansvaret over på den private part."

Mindretallet synes å ha lagt til grunn at kommunens tilsagn skapte en berettiget forventning som begrenser kommunens kompetanse etter vegloven, med andre ord at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger får anvendelse. Det prima facie vern rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger dermed ga grunneierne, kan slik mindretallet påpekte bare settes til side dersom gode nok grunner foreligger. Slik mindretallet slo fast var det ikke en god nok grunn at kommunen ønsket å spare penger, når det samtidig var på det rene at vegen fortsatt skulle tjene som allmenn ferdselsåre mellom Hallingdal og Valdres i tråd med kommunens målsetting. Det er vanskelig å se det annerledes enn at mindretallet la til grunn en proporsjonalitetsvurdering hvor inngrepet i de foreliggende forventninger veies mot vekten av kommunens styringsbehov. Denne vurderingen lar seg forklare ut fra "the Law of Balancing".

En sentral forskjell mellom flertallets og mindretallets avveining er at det i mindretallets avveining gjør seg gjeldende et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger. Dette prinsippet optimaliseres, og det må altså i kollisjon mellom rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og styringsprinsippet finne sted en rettighetsavgrensning. Denne rettighetsavgrensning kan forklares ut fra "the Law of Balancing":

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på mindretallets votum med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

Rt. 2007 s. 651 "Vassfarvegen"

Ut fra mindretallets argumentasjonslinjer kan vi antakeligvis legge til grunn at inngrepsintensiteten vedrørende de berettigede forventninger var moderat ($I_i:m$). Samt at behovet for inngrepet var lite ($I_j:l$). Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$2 = \frac{2}{1}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger var uproporsjonalt etter "loven".

8.3.5 Rt. 1992 s. 1235 "Fiskekvotedommen"

Dommen i *Rt. 1992 s. 1235 "Fiskekvotedommen"* gjaldt statens erstatningsansvar for å ha unnlatt å tildele noen trålerrederier rederikvoter i henhold til et tilsagn som disse mente å ha fått. Bakgrunnen for saken var at departementet, som et virkemiddel for å få redusert overkapasiteten i trålerflåten og øke lønnsomheten, ville tildele en rederikvote som kompensasjon for at rederiene frivillig reduserte antallet trålere i fisket. Flere rederier valgte å gå inn på denne ordningen.

Høyesterett mente at Fiskeridepartementet hadde gitt et bindende tilsagn om tildeling av rederikvoter, og var ikke enig med staten i at det var mulig å endre tilsagnet så lenge dette ikke medførte en vesentlig innskrenkning i utøvelsen av næringen. Videre ble det lagt til grunn at omgjøringen av tilsagnet til rederiene om rederikvoter kunne utløse krav på erstatning for innrettelsestapet, uavhengig av om forvaltningen hadde kompetanse til å binde sin forvaltningsmyndighet eller ikke. Når dette spørsmålet ikke ble avgjort av Høyesterett, skyldtes det at retten fant at kravet var foreldet, se dommen s. 1241.

Slik Høyesterett formulerer seg i dommen, kan det nærmest synes som om retten ved vurdering av erstatningsspørsmålet ikke foretar en avveining av proporsjonalitet i en mer begrenset betydning ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av

berettigede forventninger, men det er antakelig å legge for mye i den kortfattede dommen. Det må med andre ord kunne tenkes at erstatningsansvar ikke vil foreligge når inngrepsintensiteten vedrørende de berettigede forventninger er liten ut fra de konkrete omstendigheter, og det på den andre siden dreier seg om tungtveiende samfunnsmessige interesser.

Her kan tilføyes at når det ikke foreligger berettigede forventninger skapt ved myndighetenes tilsagn, kreves det for utløsning av erstatningsansvar at "inngrepet er av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om inngrepet skal tåles."⁴⁴⁰

Det er ikke tilstrekkelig at det dreier seg om et vesentlig inngrep i den aktuelle virksomheten. På det økonomiske området er med andre ord den relative vekten av styringsprinsippet i forhold til prinsippet i grunnloven § 105 stor. Muligens har Høyesterett med sine formuleringer i *Rt. 2004 s. 1092* "Stonglandssaken" og *Rt. 2005 s. 469* skjøvet spørsmålet om individets vern mot statsmakten over til Den europeiske menneskerettsdomstol og Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 1 artikkel 1. I *Rt. 2004 s. 1092*

"Stonglandssaken" uttalte for eksempel Høyesterett følgende:

"(76) Det foreligger en omfattende høyesterettspraksis om erstatning ved rådighetsinnskrenkninger. Jeg nøyer meg med å vise til oppsummeringen i Skoghøy: Rådighetsinnskrenkninger og erstatning i Lov og Rett 1995 på side 213, der han uttaler:

«Ved Høyesteretts avgjørelser i disse sakene er det blitt slått fast at det ikke er tilstrekkelig for at det offentlige skal bli erstatningsansvarlig, at det dreier seg om et vesentlig inngrep. Etter min oppfatning må det være riktig å sammenfatte praksis slik at for at det offentlige skal bli erstatningsansvarlig, må det kreves at inngrepet er av en slik karakter at det ut fra en helhetsvurdering vil være sterkt urimelig om inngrepet skal tåles.»

(77) Jeg slutter meg til dette. Ut fra det jeg tidligere har sagt om bakgrunnen for konflikten, hensynene bak fredningsvedtaket og det omfang det faktisk har gjennom dispensasjonspraksis, finner jeg det klart at disse kriterier ikke er tilfredsstillt. Grunnloven § 110 a og konvensjonsbestemmelser om urfolks rettigheter kan ikke, slik de ankende parter anfører, bringe erstatningsspørsmålet i en annen stilling."

⁴⁴⁰ Skoghøy, 'Rådighetsinnskrenkninger og erstatning', *Lov og Rett*, 1995 s. 213. Her kan tilføyes at det er vist til dette sitatet i *Rt. 2004 s. 1092* "Stonglandssaken" avsnitt (76). Se også Andenæs og Fliflet, *op.cit.*, s. 432.

8.3.6 Sammenfatning

Det kan her gis noenlunde tilsvarende sammenfatning her som i forhold til lovendringer, det vil si at argumentasjonen ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger synes å kunne forstås ut fra "the Law og Balancing".

Riktignok uttales det heller ikke her noen steder i rettspraksis at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal optimaliseres, eller at vi står overfor en situasjon med konkurrerende rettsprinsipper, men dette er ikke påkrevet for å påvise at strukturen i "the Law og Balancing" følges.

8.4 Omgjøring av enkeltvedtak etter de "alminnelige forvaltningsrettslige regler"

8.4.1 Noen generelle bemerkninger

I det følgende undersøkes særskilt omgjøring etter de "alminnelige forvaltningsrettslige regler" i følgende situasjoner⁴⁴¹: de "ytre forholdene" har endret seg, samfunnsoppfatningen har endret seg, feilutbetalinger, bortfall av kvalifikasjonsvilkår, nye opplysninger om forhold på avgjørelsestidspunktet og omgjøring som forvaltningssanksjon.

Det er ikke er tvilsomt at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger gir prima facie vern mot omgjøring til ugunst i disse situasjoner, og at det ved rettighetsavgrensningen foretas en avveining av inngrepsintensitet og styringsbehov.⁴⁴² Den sentrale problemstilling i relasjon til "the Law of Balancing" er dermed at forståelsen av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger som et optimaliseringspåbud støter an mot det jeg har omtalt som "inkommensurable-tesen".⁴⁴³

Liv og lære kan være forskjellig. Det vil si at selv om det foreligger en grunnholdning hos mange forfattere i retning av å ta utgangspunkt i "inkommensurable-tesen" er det et åpent

⁴⁴¹ For en mer utfyllende liste over aktuelle grunner for omgjøring se Frihagen, *Forvaltningsrett III Omgjøring, kontroll og ugyldighet* (1992), s. 14.

⁴⁴² Se punkt 1.2.

⁴⁴³ Se punkt 7.1.

spørsmål om det likevel er mulig å gjenkjenne avveiningen som legges til grunn etter "the Law of Balancing". Det ligger nemlig en viss selvmotsigelse i å formulere spørsmålet om forvaltningens omgjøringskompetanse som et vekstspørsmål når det samtidig sies at det dreier seg om inkommensurable størrelser. Dette er imidlertid ikke bare et særnorsk fenomen, men gjør seg også gjeldende i dansk rett. Hva kan vi så avsløre ved å gå de enkelte forfattere nærmere etter i sømmene?

Det første som kan konstateres er at i de mange fremstillinger av omgjøringslæren konsentrerer både norske og danske forfattere seg om å finne et mest mulig eksakt svar på spørsmålet om når styringsprinsippet går foran rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. I enkelte danske lærebøker er det endog hevdet at det til en viss grad er mulig å katalogisere⁴⁴⁴ hvilke styringshensyn som alltid eller stort sett går foran berettigede forventninger ved omgjøring av begunstigende enkeltvedtak. Det tales her om sterke hensyn. Videre tales det om svake hensyn som ikke går foran de berettigede forventninger, samt en mellomgruppe av styringshensyn som noen ganger går foran de berettigede forventninger, andre ganger ikke.⁴⁴⁵ Disse ferdigformulerte avveininger synes dels å bygge på lovgivers avveininger av styringsbehovet mot hensynet til beskyttelse av berettigede forventninger i spesiallovgivningen og dels på praksis vedrørende omgjøring til ugunst på ulovfestet grunnlag.⁴⁴⁶ Christensen sier følgende om dette samspillet⁴⁴⁷:

"I et vist omfang fortrænger disse spesielle regler de alminnelige retsgrundsætninger. Det sædvanlige er imidlertid, at de spesielle regler supplerer retsgrundsætningerne. I den konkrete prøvelsessituation er retsgrundlaget for prøvelsen derfor ofte et samspill mellom regler i love og anordninger og den afvejning af de grundlæggende vurderinger, som de almindelige retsgrundsætninger vejleder om."⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Mørup, Berettigede forventninger i forvaltningsretten (2005) synes å ha et slikt katalogpreg og kompliserer kanskje mer enn det som klargjøres? Det fremstår nemlig som et ganske vanskelig prosjekt å lage en slik katalog på grunn av at de fleste saker inneholder visse omstendigheter som kan medføre at det hele forskyver seg. Dersom noen lar seg inspirere av å få presentert en rekke avveininger, har dette selvsagt noe for seg. Jeg tror imidlertid at den beste måten å lære seg å tenke "rett" om omgjøringsproblemet, er å ta utgangspunkt i prinsipteoriens optimaliseringspåbud.

⁴⁴⁵ Garde m.fl., Forvaltningsret : almindelige emner (2004) s. 527

⁴⁴⁶ ibid. s. 523.

⁴⁴⁷ For ordens skyld nevnes at Christensen ikke opererer med en inndeling av styringshensyn i tre grupper ut fra antatt gjennomslagskraft overfor motstridende hensyn.

⁴⁴⁸ Christensen, Forvaltningsret. Prøvelse (1994) s. 195.

Denne vekselvirkning⁴⁴⁹ mellom lovgivning og praksis om omgjøring på ulovfestet grunnlag synes også å stå sentralt i den norske tenkningen om vekten av de motstående prinsipper, og vil bli lagt til grunn i det følgende i relasjon til de utvalgte omgjøringssituasjoner.

Ved siden av å peke på relevante momenter i avveiningen og forsøk på katalogisering av regler om når det ene prinsippet går foran det andre, har litteraturen også bidratt med å peke på en del sentrale sondringer av betydning for vurderingen av den relative vekten av de kolliderende prinsipper.⁴⁵⁰ Det er sondringen mellom omgjøring av et løpende begunstigende vedtak og et avsluttet forhold, mellom omgjøring *ex nunc* og *ex tunc*, samt mellom omgjøring av lovbundne vedtak og diskresjonære vedtak. Disse vil bli lagt til grunn i det følgende i relasjon til de utvalgte omgjøringssituasjoner.

Når det gjelder sondringen mellom løpende og avsluttede forhold, kan fra praksis om inngrepsintensiteten vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ved tilbakevirkende lovgivning trekkes frem plenumsavgjørelsen i *Rt. 2007 s. 1281* "Sakristivold". I denne dommen ble det tillagt betydning at det dreide seg om inngrep i et langsiktig kontraktsforhold. Høyesterett fremholdt at "[v]ed langsiktige avtaler ... må parten dessuten være forberedt på at utviklingen vil kunne ta en retning som øker lovgiverens behov for å gripe inn for å sikre en rimelig balanse mellom partene."⁴⁵¹ Kontraktsforholdet hadde en varighet på 45 år. Et slikt tidsperspektiv kan også gjelde for offentlige tillatelser som i prinsippet gis uten noen tidsbegrensning. Det gjelder for eksempel for tillatelsene etter deltakerloven til å utøve ervervsmessig fiske.

Sondringen mellom omgjøring *ex nunc* og *ex tunc* fremkommer for eksempel i *Rt. 1948 s. 601*. I denne dommen kunne et vedtak om høyeste lovlig leie i husleieforhold endres med virkning for fremtiden (*ex nunc*), men ikke med tilbakevirkende kraft (*ex tunc*). En rekke forfattere fremhever denne sondringen.⁴⁵²

⁴⁴⁹ Se punkt 7.3.

⁴⁵⁰ Se for eksempel Schönberg, *Legitimate expectations in administrative law* (2000) s. 65 og Christensen, *op.cit.*, som for eksempel sondrer mellom pågående virksomhet i punkt 6.2. og avsluttede forhold i punkt 6.3.

⁴⁵¹ Dommens avsnitt (107).

⁴⁵² Eckhoff, 'Omgjøring av forvaltningsvedtak', *Jussens Venner*, 1969 s. 109, Frihagen, *Forvaltningsrett III Omgjøring, kontroll og ugyldighet* (1992) s. 57 og Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 543.

Hva angår sontringen mellom omgjøring av lovbundne og diskresjonære enkeltvedtak, knytter denne seg i første rekke til adgangen forvaltningen har til å innta vilkår om omgjøringsadgang i førstevedtaket.⁴⁵³

Tsang⁴⁵⁴ synes i sin undersøkelse av omgjøringslæren å kritisere litteraturens tildekning av de "bakenforliggende premisser og rammer"⁴⁵⁵ ved utlegninger av omgjøringslæren, og mener vi har å gjøre med en "formalisert og rasjonalisert"⁴⁵⁶ rimelighetsvurdering. Han synes imidlertid ikke å arbeide ut i fra at vernet mot omgjøring til ugunst for private parter bygger på rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og hvor forholdsmessighetsprinsippet med sine tre underprinsipper får anvendelse ved rettighetsavgrensningen. Et hovedpoeng synes i stedet å være at avveiningen har "betydelig forankring i, den aktuelle tillatelses styringsformål slik dette er kommet til uttrykk i den bakenforliggende forbuds- og tillatelseslovgivning."⁴⁵⁷ Han tegner så et bilde av at omgjøringslæren befinner seg "i en overgang mellom tolkningsprosessen og den frirettslige rimelighetsvurdering – som normalt vil være ulovlig."⁴⁵⁸ Og hvor den ulovfestede omgjøringsadgang ligger "forholdsvis tett opp mot tolkningsprosessen på grunn av det tidligere fremholdte kravet til tilbakekallsargumentenes forankring i tillatelsens grunnlag gjennom dennes styringsformål."⁴⁵⁹

Tsangs fortolkning av omgjøringslæren kan ses på som et anslag mot "inkommensurable-tesen" og de som hevder at omgjørings spørsmål avgjøres ut fra en "helhetsvurdering" av interesser. Han tar dermed opp tendensene til økt formalisering⁴⁶⁰ av rettstenkningen, men setter likevel ikke så stramme grenser om rettsanvendelsesskjønnet som blir resultatet ved å bygge omgjøringslæren på prinsipp teorien og rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Et sentralt forhold her er at han ikke anvender forholdsmessighetsprinsippet ved rettighetsavgrensningen. I relasjon til "the Law of Balancing" underbygger imidlertid Tsangs undersøkelse mulighetene for å vektfastsette styringsbehovet.

⁴⁵³ Se for eksempel Castberg, *Innledning til forvaltningsretten* (1955) s. 165.

⁴⁵⁴ Tsang, 'Forvaltningen gav og forvaltningen tok: om tilbakekall av offentlige tillatelser etter forvaltningsrettens ulovfestede omgjøringsregel', (i: Cecilia M. Bailliet (red), Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 2/2008, Universitetet i Oslo, 2008: s. 1-159).

⁴⁵⁵ *ibid.* s. 107.

⁴⁵⁶ *ibid.* s. 124.

⁴⁵⁷ *ibid.* s. 124.

⁴⁵⁸ *ibid.* s. 126.

⁴⁵⁹ *ibid.* s. 127.

⁴⁶⁰ *ibid.* s. 101.

Avslutningsvis tilføyes for ordens skyld at det foreløpig ikke er noen norsk eller dansk forfatter, så vidt meg bekjent, som sier at han eller hun arbeider ut fra prinsipp teorien ved fremstilling av omgjøringslæren.

8.4.2 De "ytre forholdene" har endret seg

Med de "ytre forholdene" forstås i utgangspunktet både endringer vedrørende vedtakets faktiske og rettslige grunnlag.

Endringer vedrørende vedtakets rettslige grunnlag er allerede berørt gjennom undersøkelsen av rettighetsavgrensningen ved lovendring og forskriftsendring, jfr. punkt 8.2 og 8.3. I det følgende er det derfor endringer vedrørende det faktiske grunnlaget for vedtaket som skal undersøkes.

I lovgivningen finner vi en rekke eksempler på at endringer vedrørende vedtakets faktiske grunnlag åpner for omgjøring. Genteknologiloven § 16 bokstav a åpner for eksempel for omgjøring av tillatelser etter loven dersom det viser seg at den aktuelle bruk medfører større risiko for helse og miljø enn forutsatt da bruken ble godkjent. Et annet eksempel er akvakulturloven § 9 første ledd bokstav a som åpner for omgjøring av tillatelse til å drive akvakulturvirksomhet dersom dette er nødvendig ut fra hensynet til miljøet.

Det er ganske selvsagt at når det gis tillatelser til virksomhet som "pløyer nytt land", det vil si at forvaltningen ikke har fullstendig oversikt over alle faremomenter eller virkningene av den menneskelige aktivitet, kan det til en viss grad tales om synbare forutsetninger for parten. Vi står imidlertid her overfor en noe annen situasjon enn at parten for eksempel måtte forstå at han ville få et pålegg om å forlenge sin bakeripipe, dersom denne skulle vise seg å skape sanitære problemer for omgivelsene, jfr. *Rt. 1884 s. 349*.

Den usikkerhet vedrørende "return on investment"⁴⁶¹ som dermed følger med tillatelser som gis til "pionérbedrifter", har lovgiver i enkelte tilfeller dempet gjennom en tilnærmet "garantert" løpetid for tillatelsen. Det nærmeste eksemplet her er forurensningsloven § 18 som

⁴⁶¹ Med ROI forstås de inntekter som oppnås som følge av investeringen fratrukket kostnadene som følger med investeringen. $ROI = (\text{Gain from investment} - \text{Cost of Investment})$, jfr. <http://www.investopedia.com/terms/r/returnoninvestment.asp>

etter sin ordlyd på en indirekte måte sikrer parten mot bortfall av tillatelsen i de første ti årene av tillatelsens løpetid samt setter en ganske høy terskel for inngrep i den "garanterte" perioden. Slike forsikringer fra myndighetenes side kan selvsagt også være gitt gjennom tilsagn eller kontrakt.

I mangel av "garantier" om å kunne henholde seg til en begunstigende tillatelse i et bestemt tidsrom er parten prisgitt det vern som rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger gir mot omgjøring til ugunst. I det følgende undersøkes ikke hvor de eksakte grensene for rettighetsvernet går etter prinsippet, men om den materielle rettighetsavgrensningen kan forklares ut fra den tre trinns fremgangsmåte som følger av "the Law of Balancing". Her vil det kunne tas utgangspunkt i forurensningsloven § 18.

Når det gjelder spørsmålet om inngrepsintensitet gir forurensningsloven § 18 første ledd visse retningslinjer av generell interesse. For eksempel bestemmes det i nr. 2 at omgjøring kan finne sted, dersom ulempen kan reduseres uten urimelig kostnad for forurenseren. I nr. 3 åpnes det for omgjøring dersom ny teknologi gjør det mulig å minske forurensningen i vesentlig grad.

Forurensningsloven § 18 gir også visse retningslinjer av generell interesse ved vurderingen av styringsbehovet gjennom at det oppstilles et vesentlighetskrav. Det er for eksempel når ny teknologi gjør det mulig å minske forurensningen "vesentlig", at vedtaket kan omgjøres, og det er når forurensningen blir "vesentlig" større enn forutsatt, at det kan omgjøres. Vi ser at når lovens formål er å begrense forurensning og det er fattet et vedtak som plasserer en virksomhet på et bestemt forurensningsnivå, er det dette nivået som danner målestokken for vesentlighetskravet. Styringsbehovet må dermed ikke blindt vurderes ut fra forurensningslovens målsetting om reduksjon av det som til enhver tid oppfattes som forurensning. Loven forutsetter i stedet en forståelse også for andre samfunnsmessige behov som dermed kan modifisere synet på viktigheten av å omgjøre et begunstigende vedtak. Det nevnte vesentlighetskravet må selvsagt ikke sammenblandes med det generelle kravet om proporsjonalitet etter underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning. Dette er da også presisert i forurensningsloven § 18 siste ledd som slår fast at "[v]ed avgjørelser etter denne paragraf skal det tas hensyn til kostnadene en endring eller omgjøring vil påføre forurenseren og de fordeler og ulemper endring eller omgjøring for øvrig vil medføre."

Her kan tilføyes at Høyesterett i *Rt. 1995 s. 738 "Fett & Lim"* synes å gi støtte for denne fortolkningen. Høyesterett uttalte følgende:

"Etter utvalgets mening må tredje ledd forstås slik at det gir en regel om hensyn som skal tas i betraktning ved avgjørelser etter annet - og også etter første - ledd. I den forstand kan det sies at bestemmelsen gir anvisning på at det må være en forholdsmessighet mellom kostnader eller tap ved tilbakekall og det som oppnås ved at forurensningskilden fjernes."

Det må presiseres at saksforholdet i denne saken var at en konsesjon for en industribedrift ble trukket tilbake etter ti år, jfr. forurensningsloven § 18 annet ledd. Ut fra at parten var kjent med denne tidsbegrensningen forelå det ikke en berettiget forventning om at tillatelsen ikke ville bli tilbakekalt etter ti år. Her kan tilføyes at i forhold til omgjøringshjemlene i forurensningsloven § 18 første ledd vil det gjerne være lettere å konstatere at minstevilkårene etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er oppfylt. Dette får selvsagt innvirkning på den forholdsmessighetsvurdering som skal foretas etter forurensningsloven § 18 siste ledd. Når rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger får anvendelse, må rettsanvendelsesskjønnet kunne prøves fullt ut av domstolene. Her står vi med andre ord overfor en annen situasjon enn situasjonen i forurensningsloven § 18 annet ledd hvor det ikke forelå berettigede forventninger, og hvor vurderingen av styringsbehovet ikke underlegges det vesentlighetskrav som indikeres etter forurensningsloven § 18 første ledd.

Nå er ikke hovedpoenget her å gi noen fullstendig redegjørelse for forurensningslovens § 18. Det sentrale er å få frem den nære sammenhengen mellom den ulovfestede lære om omgjøring og de lovfestede omgjøringsregler, og at rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra "The Law of Balancing". Ut fra det som er sagt, indikeres at et omgjøringsvedtak til ugunst begrunnet i at de faktiske forhold har endret seg, må rettferdiggjøres ut fra graden av inngrepsintensitet og vekten av styringsbehovet, og hjemmelsloven for førstevedtaket vil her gi veiledning om vekten av de kolliderende prinsipper. I den grad det legges til grunn at den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er større enn styringsprinsippet gjennom et "vesentlighetskrav", heves selvsagt terskelen for forvaltningens omgjøringskompetanse.

Det kan tilføyes at denne gjennomgangen med utgangspunkt i forurensningsloven § 18 også indikerer at det vanskelig kan sies noe generelt om grensene for omgjøringskompetansen ved endringer i de ytre forholdene. Grensene må fastsettes konkret fra område til område. Det samme er konstatert i dansk litteratur. I denne forbindelse kan vises til Christensen. Han slår i sin fremstilling av omgjøringslæren sammen den situasjon at førstevedtaket lider av en opprinnelig hjemmelmangel, og den situasjon at det foreligger endringer i det faktum som lå til grunn for vedtaket, og fremholder at det for disse situasjoner ikke kan oppstilles håndfaste retningslinjer for denne omgjøringsavveiningens utfall. Han sier at "[m]an kan næppe komme lenger end til følgende spredte utsagn: Hvor reguleringsordningen har til formål at avværge fare, og afgivelsen fra retsgrunlaget er utvivlsom, vil afvejningen oftest falde ud til tilladelsens ændring eller annullering."⁴⁶²

8.4.3 Endret "samfunnsoppfatning"

Ved omgjøring av enkeltvedtak begrunnet i en endret "samfunnsoppfatning" foreligger ingen endring vedrørende vedtakets faktiske eller rettslige grunnlag. Endringen begrunnes kun med at oppfatningen av "samfunnsnytt" til den aktuelle virksomhet, produkt med videre har endret seg, og at bevillingshaverens interesser dermed må vike.

I lovgivningen finner vi bestemmelser som åpner for omgjøring ut fra en endret samfunnsoppfatning. Her kan nevnes produktkontrollloven § 7 om adgang til tilbakekall av en tillatelse dersom "nye opplysninger om, eller vurderinger av produktet eller forbrukertjenesten eller deres virkninger gjør dette ønskelig". Videre kan nevnes Ekomloven § 11-7 om kompetanse for Kongen til omgjøring av Post- og teletilsynets vedtak i saker etter § 10-2 når de er av "prinsipiell eller stor samfunnsmessig betydning". Videre deltakerloven § 19 om fiskerimyndighetenes adgang til å tilbakekalle en hel gruppe spesielle tillatelser som er gitt for en bestemt type fiske eller fangst ut fra en endret fiskeripolitikk.

Så vidt meg bekjent har vi ingen eksempler i rettspraksis vedrørende endring på dette grunnlaget uten hjemmel i formell lov, og de kjente eksempler fra forvaltningspraksis synes alle å ha kommet i stand etter et regjeringsskifte og etter samtykke fra den berørte parten etter

⁴⁶² Christensen, *Forvaltningsret. Prøvelse* (1994) s. 205.

å ha blitt tilbudt erstatning.⁴⁶³ Det er derfor grunn til å reise spørsmål om omgjøring begrunnet med en endret samfunnsoppfatning anerkjennes uten hjemmel i formell lov.

Til støtte for at en slik mulighet er til stede, kan nevnes forarbeidene til produktkontrollloven § 7 og forurensningsloven § 18. I forarbeidene til produktkontrollloven § 7 uttales følgende:

"Etter departementets syn innfører § 7 neppe en videre omgjøringsrett enn den som nå antas å følge av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper. Hvorvidt et begunstigende forvaltningsvedtak kan omgjøres til skade for en part beror, i mangel av andre bestemmelser, på en totalvurdering hvor det på den ene side legges vekt på hensynet til vedkommende part, og på den annen side tas almene hensyn. Ved denne avgjørelse vil man bl.a. legge stor vekt på om forholdene har endret seg på en slik måte at en kan si at forvaltningsvedtaket er truffet på grunnlag av bristende forutsetninger. Dette kan bl.a. være tilfelle hvor en får nye kunnskaper om produktets skadevirkninger, eller det har skjedd slike endringer i samfunnsoppfatninger at en tillatelse, på grunn av skadevirkninger, ikke bør opprettholdes. Likeledes kan den som har fått tillatelsen bryte vilkårene for den på en slik måte at en av hensyn til skadevirkningene finner å måtte omgjøre vedtaket."⁴⁶⁴

Miljøverndepartementet synes i forarbeidene til forurensningsloven § 18 om endring og tilbakekall av utslippstillatelse å bygge på samme grunnsyn som ligger bak produktkontrollloven. Her fremkommer nemlig at departementet ønsker å legge omgjøringsreglene i forurensningsloven nær opp til reglene i produktkontrollloven og de alminnelige forvaltningsrettslige omgjøringsregler.⁴⁶⁵ Departementets argumentasjon knyttet til regelen om en fri omgjøringsadgang ti år etter at tillatelsen ble gitt, skaper imidlertid en viss uklarhet med hensyn til omgjøring begrunnet i en endret samfunnsoppfatning. Regelen fremstår nemlig som utslag av en tanke om at tilbakekall av en tillatelse før det er gått ti år begrunnet i en endret samfunnsoppfatning, ikke vil skape en "rimelig balanse mellom samfunnets behov for å omgjøre og industriens behov for å kunne holde seg til en utslippstillatelse i en viss tid."⁴⁶⁶

Det er i forhold til begge disse lover tale om et endret syn på skadevirkninger, det vil si hva som bør tåles av belastninger for miljøet og fare for mennesker. Det er imidlertid ikke dermed

⁴⁶³ Frihagen, *Forvaltningsrett III Omgjøring, kontroll og ugyldighet* (1992) s. 54.

⁴⁶⁴ Ot. prp. nr. 51 (1974-1975) s. 92 andre spalte.

⁴⁶⁵ Ot. prp. nr. 11 (1979-1980) s. 35 første spalte.

⁴⁶⁶ *ibid.* s. 120 første spalte.

klart at omgjøring ut fra en endret samfunnsoppfatning bare kan begrunnes i slike forhold. I alle fall er det i dagens juridiske litteratur lite som tyder på dette. Gravers synspunkt er nok ganske representativt for norske forfatters syn. Han sier at "[p]å samme måte som det offentlige må ha en adgang til å gripe inn i privates forventninger med generell lovgivning, må man også kunne gripe inn i individuelle posisjoner hvis de offentlige hensyn er tungtveiende nok."⁴⁶⁷

Her kan tilføyes at ut fra Forvaltningskomiteens utredning og Castbergs fremstillinger av forvaltningsretten synes det ved produktkontrollen å ha funnet sted et skifte i oppfatningen om omgjøringsadgang på dette grunnlaget. Forvaltningskomiteen presiserte for eksempel i sin innstilling, at førstevedtaket kan ha "skapt rettigheter som er til hinder for omgjøring"⁴⁶⁸. Castberg formulerte problemstillingen som et spørsmål om "man må anvende prinsippet om tilbakekallelse i henhold til ny lovgivning i en ennå videre utstrekning",⁴⁶⁹ men fremstår som ganske tilbakeholden med å åpne for omgjøring på dette grunnlaget.

Når det gjelder vurderingen av inngrepsintensitet, fremstår omgjøring på dette grunnlaget umiddelbart som et intensivt inngrep i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Enhver innehaver av en begunstigende tillatelse må imidlertid være forberedt på at synet på virksomheten, produktet med videre vil kunne endres over tid. Her kan det også vises til sontringen mellom avsluttede og løpende forhold i punkt 8.4.1. Inngrepsintensiteten vil selvsagt også dempes dersom parten gis en viss avviklingstid og/eller kompensasjon for det tap som oppstår. Slik det gis uttrykk for hos flere forfattere i kjølvannet av "Nasty-saken", ville det for eksempel vært ganske uproblematisk å dempe virkningene av et tilbakekall av en eksporttillatelse for noen motortorpedobåter ved å yte erstatning til verftet i en situasjon hvor styringsbehovet var stort. Både i Stortinget og i regjeringen var det et sterkt ønske om å stanse eksporten av båtene for å forhindre at disse ble disponert av militærregimet som ved et kupp hadde overtatt makten i Hellas etter kontraheringen. Regjeringen tilbakekalte imidlertid ikke tillatelsen og synes å ha bygd på en forutsetning om at tilbakekall på dette grunnlaget ikke hadde nødvendig hjemmel i eksportlovgivningen.

⁴⁶⁷ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 554

⁴⁶⁸ Forvaltningskomiteens innstilling s. 236 første spalte

⁴⁶⁹ Castberg, *Innledning til forvaltningsretten* (1955) s. 174

Nettopp kravet til hjemmel i formell lov for å kunne gripe inn ved en endret samfunnsoppfatning begrenser dette omgjøringsgrunnlagets aktualitet, og etter implementeringen av flere menneskerettskonvensjoner i norsk rett gjennom menneskerettsloven er dette spørsmålet påtrengende. I denne forbindelse kan nevnes dommen i *Rt. 2006 s. 1382* "Utsi" hvor prinsippet om "accessibility og foreseeability" ble lagt til grunn ved fortolkningen av legalitetsprinsippet. Saken gjaldt overføring av næringsvirksomhet, nærmere bestemt en driftsenhet etter reindriftsloven § 4. Driftsenheten hadde vært uten reinsdyr de siste årene før overføringen, og innehaver av driftsenheten hadde ikke sendt inn melding om reindrift. Høyesterett formulerte sakens problemstilling som et spørsmål "om eit vedtak gjort av Landbruksdepartementet om omgjøring av vedtak om godkjenning av overføring av driftseining etter reindriftslova § 4 i områdestyret, er ugyldig." ⁴⁷⁰

Departementet hadde begrunnet omgjøringen med at overdragerens rett til reindrift var falt bort, og at dette fulgte av "reglane sett i samanheng", jfr. Dommens avsnitt (43). Dette var ikke Høyesterett enig i og viste blant annet til prinsippet i Den europeiske menneskerettskonvensjon om "accessibility og foreseeability" ved sin klarlegging av legalitetsprinsippets innhold. Generelt ble det også pekt på at saken gjaldt viktige næringsinteresser samt at en kulturbærende næring var berørt.

Det må erkjennes at i de tilfeller hvor det åpnes for at forvaltningen skal kunne omgjøre et enkeltvedtak til ugunst begrunnet i en endret samfunnsoppfatning, uten at hjemmelsloven for førstevedtaket gir holdepunkter for vektfastsettingen av styringsbehovet, beveger man seg utenfor den ramme som forutsettes etter "the Law of Balancing". Det er selvsagt betenkelig å gi forvaltningen en slik mulighet ut fra hensynet til borgernes rettssikkerhet, og antakeligvis vil domstolene kreve at for at forvaltningen skal kunne ha denne mulighet, må det forlanges ganske klare holdepunkter for dette i loven. Det fant for eksempel Høyesterett i *Rt. 1995 s. 738* "Fett & Lim"⁴⁷¹ i forhold til forurensningsloven § 18 annet ledd om vurdering av om en forurensner skulle få fortsette sin virksomhet, etter at den "garanterte" løpetid for tillatelsen på ti år var løpt ut. Høyesterett uttalte følgende (min understreking):

"Kjæremålsutvalget ser det slik at § 18 tredje ledd fastslår at forvaltningen plikter å trekke inn i sin vurdering blant annet kostnader og tap ved tilbakekall

⁴⁷⁰ Dommens avsnitt (1).

⁴⁷¹ Denne dommen er også behandlet i punkt 8.4.2.

av tillatelsen for den som har drevet virksomheten. Den konkrete vekt kostnadene og tapet skal tillegges og hvordan dette skal avveies mot andre relevante hensyn, tilligger det forvaltningen å avgjøre. At det her er tale om et fritt skjønn, bekreftes av vurderingstemaet. Kostnader og forurensning er inkommensurable størrelser. Disse kan vanskelig avveies mot hverandre ut fra rettslige kriterier.

Ut fra dette finner kjæremålsutvalget at domstolene ikke kan overprøve det konkrete skjønn over om tillatelsen bør tilbakekalles, ut over det å kontrollere at forvaltningen har trukket inn de relevante hensyn ved sin vurdering og at det konkrete skjønn ikke er så sterkt urimelig at vedtaket av den grunn må underkjennes. En slik kontroll har lagmannsretten undergitt Miljøverndepartementets vedtak.⁴⁷²

Skal omgjøring begrunnet i en endret samfunnsoppfatning kunne forstås ut fra "the Law of Balancing", kreves det altså at det kan opereres med "kommensurable størrelser", det vil si at vektfastsetting ut fra hjemmesloven for førstevedtaket og andre rettskilder lar seg gjennomføre. Ganske mye trekker i retning av at det er nettopp når det er slik, at omgjøring på ulovfestet grunnlag og begrunnet i en endret samfunnsoppfatning er mulig. Det er i punkt 7.3 antydnet at det gjør seg gjeldende forskjellige rettskildeprinsipper ved fastleggingen av styringsbehovet, og forvaltningens anvendelse av disse prinsipper vil selvsagt kunne benyttes for å forsvare et inngrep i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger begrunnet i et endret samfunnssyn. Gjennom induksjon fra lovverket eventuelt andre tekster gis det for eksempel et grunnlag for vektfastsettingen. Den grovinndelingen av sterke hensyn som i utgangspunktet setter til side rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og som vi finner i dansk litteratur om omgjøring, kan forstås i lys av dette. I kategorien sterke samfunnsmessige hensyn faller hensyn til menneskers liv, sunnhet og velferd, statens sikkerhet og opprettholdelse av ro og orden. Svake interesser er hensynet til det offentlige økonomi og til å sikre likhet og konsekvens i forvaltningsutøvelsen. I mellomgruppen finner vi statens alminnelige utenrikspolitiske interesser, andre enkeltpersoners (enn adressatens) miljømessige eller økonomiske interesser, som for eksempel vil foreligge i forbindelse med visse næringstillatelser, og sosiale beskyttelseshensyn i alminnelighet.⁴⁷³

Den rettslige situasjonen fremstår som noe annerledes i dansk rett og i EF-retten. I Garde m.fl. fremkommer for eksempel at hvis forvaltningen bygger "sit ønske om at tilbakekalde en

⁴⁷² Side 741.

⁴⁷³ Garde m.fl., *Forvaltningsret: almindelige emner* (2004) s. 527.

tidligere utstedt begunstigende forvaltningsavgjørelse på en ren omvurdering af faktiske opplysninger, som forelå for myndigheten, da den traf sin oprindelige avgjørelse, er den klare hovedregel, at der ikke er adgang til tilbakekaldelse. Myndighederne skal ikke mere eller mindre vilkårlig, kunne tilsidesette adressatens berettigede forventninger."⁴⁷⁴

I EF-retten er spørsmålet om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er til hinder for omgjøring av individuelle vedtak ut fra en endret politikk/samfunnsoppfatning, ikke avklart i rettspraksis.⁴⁷⁵ I litteraturen synes imidlertid den dominerende oppfatningen å være at en slik mulighet ikke er til stede.⁴⁷⁶

8.4.4 Feilutbetalinger

Feilutbetalinger av tilskudd og ytelser fra det offentlige forekommer fra tid til annen. Det kan være flere grunner til at feilutbetalinger finner sted. Ofte dreier det seg om menneskelig svikt eller manglende kontrollrutiner. I det følgende vil jeg konsentrere meg om den situasjon at parten mottar mer enn vedkommende har krav på etter det foreliggende enkeltvedtak, men må anses for å ha vært i god tro helt frem til feilen oppdages av myndighetene. Altså en situasjon hvor minstevilkårene for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal få anvendelse er til stede.

Lovgivning om denne situasjonen henviser gjerne til den ulovfestede lære om *condictio indebiti*. Dette er for eksempel tilfellet vedrørende folketrygdloven § 22-15, jfr. forarbeidene, som viser til at den tidligere rettstilstand videreføres.⁴⁷⁷ Vilkåret i folketrygdloven § 22-15 om å kunne kreve et beløp tilbakebetalt når "særlige grunner gjør det rimelig", må altså fortolkes i samsvar med den ulovfestede lære om *condictio indebiti*.

Et eksempel på at et krav om tilbakebetaling kunne finne sted, fordi vedkommende ikke var i aktsom god tro etter læren om *condictio indebiti*, finner vi i sivilombudsmannens årsmelding 1988 s. 142. Her la ombudsmannen til grunn at forvaltningens krav om tilbakebetaling av for mye utbetalt produksjonstillegg i landbruket var rettmessig, fordi hovedsynspunktet etter denne lære er at den som mottar en pengeytelse må finne seg i å betale tilbake det vedkommende har fått for mye, såfremt vedkommende ikke har vært i aktsom god tro.

⁴⁷⁴ *ibid.*, s. 531.

⁴⁷⁵ Schönberg, *Legitimate expectations in administrative law* (2000) s. 88 og Craig, *EU administrative law* (2006) s. 619.

⁴⁷⁶ Craig, *EU administrative law* (2006) s. 619.

⁴⁷⁷ Ot. prp. nr. 29 (1995-1996), kapittel 20 i kommentaren til § 22-15.

Slik det redegjøres for denne læren hos norske forfattere, synes det å være tale om en "helhetsvurdering" av momenter som taler for og mot. Hagstrøm og Aarbakke redegjør for eksempel for en rekke momenter og presiserer at deres oppregning på ingen måte er uttømmende. Sentrale momenter er partenes subjektive forhold: hvem feilen kan føres tilbake til, partenes profesjonalitet, fordringens art, om det fant sted noe betalingspress, tidsmomentet, om det er tatt forbehold, og om kravet fremsettes innen rimelig tid etter at feilen ble oppdaget.⁴⁷⁸ I rettspraksis tales det også om en avveining av de motstående hensyn.⁴⁷⁹

Når problemet om tilbakebetaling oppstår i forholdet til den som bygger sin rett på et enkeltvedtak, er det to sentrale hensyn som står mot hverandre. På den ene siden hensynet til beskyttelse av de berettigede forventninger som vedtaket og den påfølgende utbetalingen har skapt, og på den andre siden behovet for å kunne kreve tilbake berikelsen, det vil si det beløp eller de verdier som er i behold.

Spørsmålet er så om denne avveingen kan forstås ut fra "the Law of Balancing". Svaret er ganske enkelt ja. Det dreier seg om inngrep i en etablert posisjon skapt av myndighetene, og det er rettighetsvernet ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger som må vurderes.

I utgangspunktet må det antas at inngrepsintensiteten oppleves som ganske sterk, ved et krav om tilbakebetaling av berikelsen. Økonomisk handlefrihet er viktig for de fleste. Det å motta et krav om tilbakebetaling på grunn av feil begått av forvaltningen eller på grunn av andre årsaker som ikke kan klandres parten, kan velte planer som er lagt. Et moment som kan redusere inngrepsintensiteten, er selvsagt at feilen oppdages kort tid etter utbetalingen og at parten straks varsles. Videre at det dreier seg om en løpende ytelse hvor rentefri motregning kan finne sted over lang tid. Men utgangspunktet her må altså være at graden av inngrepsintensitet er betydelig.

Behovet for å kreve tilbakebetaling må vurderes ut fra de finansielle konsekvenser feilutbetalingen får. I de tilfeller hvor staten foretar den uriktige utbetalingen, får denne neppe

⁴⁷⁸ Hagstrøm og Aarbakke, *Obligasjonsrett* (2003) s. 683.

⁴⁷⁹ Se *Rt.* 1997 s. 1210.

store statsfinansielle konsekvenser. Det vil også måtte dreie seg om ganske store beløp for at en feilutbetaling får store finansielle konsekvenser for en kommune. Med dette som utgangspunkt vil inngrepsbehovet stort sett være begrenset.

Generelt kan det etter dette slås fast at det i de fleste tilfeller vil være et uproporsjonalt inngrep etter "the Law of Balancing" å kreve tilbakebetalt berikelsen. Rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger går med andre ord foran styringsprinsippet i disse tilfeller.

Dansk rett er i tråd med norsk rett vedrørende feilutbetalinger. Det er også her de uskrevne regler om *condictio indebiti* fra obligasjonsretten som i utgangspunktet får anvendelse.⁴⁸⁰ I sin undersøkelse av spørsmålet synes Christensen å legge til grunn at vernet av de berettigede forventninger stort sett alltid går foran styringshensynet.⁴⁸¹

Når det gjelder EF-retten, er rettssituasjonen annerledes. Mens det private rettssubjekts gode tro etter norsk og dansk rett får betydning for forvaltningens kompetanse til å kreve tilbakebetalt tilskudd, synes rettsprinsippet om "protection of legitimate expectations" ikke å få gjennomslag. Innenfor EØS-rettens område innebærer dette at norske og danske myndigheter må sørge for å harmonere vårt rettssystem med EF-retten.⁴⁸²

I rammen nedenfor vil jeg illustrere det norske og danske synspunktet med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

⁴⁸⁰ Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret* (2003) s. 174.

⁴⁸¹ Christensen, *Forvaltningsret: prøvelse* (1994) s. 203.

⁴⁸² Jans, *Europeanisation of Public Law* (2007) s. 186.

Feilutbetalinger

Inngrepsintensiteten ved krav om tilbakebetaling av berikelsen antas generelt å være betydelig, det vil si $Ii:s$. Videre er styringsbehovet som oftest begrenset, det vil si $Ii:l$. Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$Wi, j = \frac{Ii}{Ij}$$

$$4 = \frac{4}{1}$$

Vi ser at inngrepet i retsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er uproporsjonalt etter "loven".

8.4.5 Bortfall av kvalifikasjonsvilkår

Bortfall av kvalifikasjonsvilkår er selvsagt en annen situasjon enn den situasjon at kvalifikasjonsvilkårene aldri har vært til stede. I sistnevnte situasjon som ikke behandles her, oppstår spørsmålet om vedtaket er ugyldig, om det kan dispenseres, og eventuelt om det foreligger stilltiende godkjenning fra forvaltningsorganet.⁴⁸³

Hjemmelsloven for førstevedtaket kan pålegge forvaltningen å tilbakekalle en begunstigende tillatelse ved bortfall av lovens kvalifikasjonskrav. Det slås for eksempel fast i deltakerloven § 11 første ledd bokstav a at en ervervstillatelse skal tilbakekalles, når fartøyeieren ikke oppfyller lovens nasjonalitetskrav, ikke har drevet ervervsmessig fiske eller fangst i minst tre av de siste fem årene, og heller ikke er knyttet til fiske- og fangststyrket. I disse tilfeller hvor loven slår fast at bortfall er konsekvensen ved tap av kvalifikasjonskrav, har ikke bevillingshaveren noen berettiget forventning om å kunne fortsette virksomheten.

Loven kan også overlate til forvaltningen å vurdere spørsmålet. Alkoholloven § 3A-12 bestemmer for eksempel at dersom vilkårene for å inneha alkoholbevilling for engrossalg ikke lenger er oppfylt, "kan" myndighetene inndra tillatelsen. Her tas det dermed høyde for at

⁴⁸³ Frihagen, *Forvaltningsrett III Omgjøring, kontroll og ugyldighet* (1992) s. 40

berettigede forventninger og andre hensyn kan tilsi at omgjøring til ugunst for parten ikke finner sted.

Hvis spørsmålet om omgjøring er uregulert i hjemmelsloven, må grunnlaget for tilbakekall av en begunstigende tillatelse søkes i den ulovfestede omgjøringslære. Hvorvidt forvaltningen har adgang til tilbakekall av en begunstigende tillatelse på dette grunnlaget, er imidlertid diskutabelt etter *Rt. 2006 s. 1382* "Utsi".⁴⁸⁴ Høyesterett la som sagt i punkt 8.4.3 til grunn i denne dommen et krav om hjemmel i formell lov for å kunne tilbakekalle en tillatelse til utøving av næringsvirksomhet (reindrift) blant annet under henvisning til Den europeiske menneskerettskonvensjons krav om "accessibility og foreseeability". Dette samsvarer også med dansk rett hvor det alminnelige synspunktet synes å være at hvis tilbakekallelsen får som konsekvens at vedkommende ikke kan fortsette sitt erverv, kreves som altoverveiende hovedregel lovhjemmel.⁴⁸⁵

Permanent tilbakekall av et begunstigende vedtak vil som oftest være et mer intensivt inngrep i en berettiget forventning enn midlertidig bortfall. Hvilken betydning tillatelsen har for vedkommende, er et annet moment. Tilbakekall som begrunnes i kvalifikasjonsvilkår som knytter seg til vedkommende person, for eksempel alder, godt syn og uplettet vandel, vil imidlertid sjelden anses som særlig intensive. Den som skal arbeide som navigatør om bord på Hurtigruten, som trafikkerer året rundt langs norskekysten, kan for eksempel ikke fortsette i yrket ved tap av synet. En forsvarsadvokat som lekker informasjon til kriminelle fra politiavhør han har deltatt i med en klient med brev- og besøksforbud, kan ikke hevde at det er et sterkt inngrep i hans berettigede forventninger om å kunne fortsette som forsvarer. Har vedkommende vært forsinket med innlevering av sitt regnskap til tilsynsmyndighetene, vil imidlertid unnlattelse av å utstede ny advokatbevilling når forholdet er brakt i orden, måtte anses som et intensivt inngrep, jfr. *Rt 2005 s. 416*. I denne dommen hadde en advokat fått tilbakekalt sin bevilling på bakgrunn av en formalovertredelse. Tilsynsmyndighetene mente å ha hjemmel for å tidsbegrense tilbakekallingen uavhengig av om forholdet var brakt i orden. Høyesteretts flertall på fire dommere var ikke enig i dette. Argumentasjonen om inngrepsintensitet har interesse og skal derfor siteres:

⁴⁸⁴ Se nærmere om *Rt. 2006 s. 1382* "Utsi" i punkt 8.4.3.

⁴⁸⁵ Garde m.fl., *Forvaltningsret: almindelige emner* (2004) s. 530.

"Jeg legger til at § 230 ikke kan sees å gi grunnlag for å tilbakekalle en advokatbevilling «for alltid», med den konsekvens at enhver fremtidig søknad kunne avslås selv om vilkårene for øvrig var tilfredsstillende. Et tidsbegrenset tilbakekall kan dermed heller ikke forankres i en «fra det mer til det mindre»-betraktning. Tvert imot ville en adgang til å tidsbegrense tilbakekallet innebære en klar skjerpelse av reglene. Ved at varigheten også knyttes til forgåelsens alvorlighetsgrad, ville en slik forståelse gi reglene et pønt preg. Dette krever en klar lovmessig forankring, som i dette tilfellet ikke foreligger."⁴⁸⁶

Kvalifikasjonsvilkår som knytter seg til en næringsutøvers person, er i de fleste tilfeller begrunnet i hensynet til å sikre kvaliteten og sikkerheten for mottakerne av de angjeldende varer og tjenester. Det kan imidlertid også gjøre seg gjeldende en rekke andre hensyn. Den som søker om alkoholbevilling for engrossalg, må for eksempel oppfylle et vilkår om å ha et tilfredsstillende sikret varelager. Vedkommende er også utelukket fra å drive annen virksomhet som er uforenlig med engrossalg, jfr. alkoholloven § 3A-4 nr. 3 og 4. Ut fra dette er det enkelt å se at vurderingen av inngrepsbehovet ved tap av lovens kvalifikasjonskrav vanskelig kan besvares generelt.

Som antydning vil altså så vel spørsmålet om inngrepsintensitet og inngrepsbehov kunne variere i en slik grad at det er vanskelig å trekke en generell konklusjon vedrørende spørsmålet om proporsjonalitet, det vil si den relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i forhold til styringsprinsippet. Det er imidlertid ikke tvilsomt at avveiningen i et konkret saksforhold kan forklares ut fra "the Law of Balancing".

8.4.6 Nye opplysninger om forhold på avgjørelsestidspunktet

Etter at et vedtak er fattet, kan det tilflyte forvaltningen opplysninger om forhold som var til stede på avgjørelsestidspunktet, og som gjør det ønskelig å omgjøre vedtaket til ugunst for det private rettssubjektet.

Forvaltningskomiteen tok i tilknytning til denne situasjonen utgangspunkt i at forvaltningen må forholde seg til "undersøkelsesprinsippet", det vil si det prinsipp som i dag er kodifisert i forvaltningsloven § 17,⁴⁸⁷ og la til grunn at omgjøring som hovedregel ikke vil være mulig,

⁴⁸⁶ Dommens avsnitt (59).

⁴⁸⁷ Forvaltningskomiteens innstilling s. 237 andre spalte.

uten at det foreligger klanderverdige forhold på partens side.⁴⁸⁸ Altså en situasjon hvor minstevilkårene for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal få anvendelse, ikke er innfridd. I det følgende behandles dermed den situasjon at parten ikke kan klandres for de uriktige opplysninger som er lagt til grunn for vedtaket.

I Forvaltningskomiteens formulering ligger det en antydning om at en part ikke bør straffes for feil som forvaltningen gjør ved å unnlate å oppfylle det krav som følger av undersøkelsesprinsippet. Dermed indikeres klart at inngrepsintensiteten i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger må anses som betydelig når forvaltningen kan klandres. Det er ikke vanskelig å være enig i dette, men inngrepsintensiteten er selvsagt ikke avledet av om forvaltningen kan klandres eller ikke. Inngrepsintensiteten i relasjon til denne blir åpenbart ikke mindre selv om det finnes en forklarlig grunn til at forvaltningen ikke var i stand til å fremskaffe de aktuelle opplysninger. Sondringen mellom omgjøring *ex nunc* og *ex tunc* kommer imidlertid inn med full tyngde her. Hvis det for eksempel dreier seg om en løpende serviceytelse til parten, fremstår det ikke alltid som et intensivt inngrep i de berettigede forventninger når det finner sted en omgjøring *ex nunc*.

På samme måte som ved omgjøring ut fra en endret samfunnsoppfatning vil omgjøringsbehovet kunne variere fra rettsområde til rettsområde. Det kan dermed vanskelig trekkes en generell konklusjon om vekten av inngrepsbehovet uten også å ha kunnskap om de konkrete omstendigheter i den aktuelle saken. Når det tas som utgangspunkt at inngrepsintensiteten vedrørende inngrep i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er betydelig, kreves selvsagt tilsvarende tyngde vedrørende styringsprinsippet for at proporsjonalitet etter underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning skal foreligge.

Slik gjennomgangen viser, lar avveiningen seg forklare ut fra "the Law of Balancing". I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på denne omgjøringssituasjonen med utgangspunkt i denne "loven".

⁴⁸⁸ *l.c.*

Nye opplysninger om forhold på avgjørelsetidspunktet

Inngrepsintensiteten vil i utgangspunktet være stor, *li:s*. Det er imidlertid vanskelig å si noe generelt om inngrepsbehovet, det vil si *lj:?*. Ut fra "the Law of Balancing" kreves imidlertid tilsvarende vekt vedrørende styringsprinsippet for at proporsjonalitet skal foreligge. Når målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$ legges til grunn, kan dermed vises til "proporsjonalitetsgrensen" i figuren i punkt 8.2.2.

8.4.7 Omgjøring som forvaltningssanksjon

Når parten ikke respekterer sine plikter etter enkeltvedtaket, oppstår spørsmålet om omgjøring i form av helt eller delvis tilbakekall. Berg omtaler denne type omgjøring som forvaltningssanksjoner fordi det ikke bare er tale om å forebygge fremtidige overtredelser, men også om å tilføre overtrederen et onde.⁴⁸⁹

I lovgivningen finner vi en rekke eksempler på at mislighold av plikter kan gi grunnlag for tilbakekall. Deltakerloven § 11 annet ledd bokstav e bestemmer for eksempel at en ervervstillatelse vedrørende fiskefartøy kan tilbakekalles, dersom fartøyeieren eller andre som har drevet fartøyet, grovt eller gjentatte ganger har overtrådt bestemmelser gitt i medhold av deltakerloven eller fiskerilovgivningen for øvrig. Tilbakekallet kan også gjøres tidsbegrenset, jfr. bestemmelsens nest siste ledd. E-pengeforetaksloven § 6-1 første ledd nr. 3 slår tilsvarende fast at forvaltningen har adgang til tilbakekall ved grovt brudd på loven eller gjentatte overtredelser.

Lovgivningen er en kodifisering av et ulovfestet prinsipp om omgjøringsadgang ved "vesentlig mislighold av plikter som knytter seg til begunstigende vedtak."⁴⁹⁰ Spørsmålet om inngrepet må ha hjemmel i formell lov, er dermed ikke så påtrengende her som ved bortfall av en næringstillatelse begrunnet i tap av kvalifikasjonsvilkår.

⁴⁸⁹ Berg, *Forvaltningssanksjoner* (2005) s. 17.

⁴⁹⁰ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* (2006) s. 426.

Når det gjelder spørsmålet om inngrepsintensitet, er det allerede i punkt 8.4.1 gjort oppmerksom på sontringen mellom et tidsbegrenset og permanent tilbakekall. Som oftest vil et tidsbegrenset inngrep i partens berettigede forventninger måtte anses som mindre skadelig enn et endelig tilbakekall. Tenker vi oss at det er en løpende næringsvirksomhet som får stengt sitt anlegg, kan imidlertid selv et kortvarig avbrudd medføre konkurs. Det er da liten trøst i at sanksjonen er midlertidig.

Lovbestemmelsene om omgjøring indikerer at inngrepsintensiteten reduseres i takt med økt grad av mislighold. Dommen i *Rt. 1998 s. 929* "Nils H. Nilsen" trekker også i denne retningen.⁴⁹¹ Christensen sier det samme for dansk retts vedkommende. Han fremhever at under "alle omstendigheter sker der en kraftig svækkelse af hensynet til berettigede forventninger, hvor det er adressaten selv, der ikke respekterer gældende ret."⁴⁹²

Når det gjelder styringsbehovet, er altså utgangspunktet at parten ikke respekterer sine plikter etter enkeltvedtaket, selv om han har hatt mulighet til det. Et tilbakekall kan i en slik situasjon dels begrunnes med behovet for å forebygge fremtidige overtredelser, men også med et ønske om å påføre overtrederen et onde. Det pønale moment er fremhevet av Høyesterett i *Rt. 1998 s. 929* "Nils H. Nilsen". Høyesteret ved andrevoterende som talsmann for flertallet uttalte generelt at "[e]n økonomisk interesse bør rammes gjennom en økonomisk sanksjon." Videre fremholdes det almenpreventive moment at "risikoen for en slik administrativt fastsatt økonomisk sanksjon som det her er tale om [tidsbegrenset tilbakekall av kjøpergodkjenning for råfisk], i alminnelighet vil ha en sterkere preventiv effekt enn risikoen for strafforfølgning vil ha."⁴⁹³

Her indikeres altså at i de fleste tilfeller hvor parten neglisjerer sine plikter, vil styringsbehovet være betydelig.

Spinner vi imidlertid videre på dommen i *Rt. 1998 s. 929* "Nils H. Nilsen", og tenker oss at dette er hjørnestensbedriften i kommunen som sysselsetter 50 % av arbeidskraften, vil stans i bedriften få store konsekvenser for kommunen. Hvis vi videre forutsetter at råfiskloven har som formål å fremme sysselsetting i distriktene, oppstår spørsmålet om omgjøringen likevel

⁴⁹¹ Se nærmere om denne dommen i kapittel 11.

⁴⁹² Christensen, *Forvaltningsret: prøvelse* (1994) s. 208.

⁴⁹³ Side 936.

ikke kan rettferdiggjøres. Her må det etter min mening sondres mellom snever rettferdiggjøring etter "the Law of Balancing" og rettferdiggjøringen som foretas, etter at det er justert for den abstrakte relative vekten av de to konflikterende rettsprinsipper. De bredere, samfunnsmessige virkninger av inngrepet kommer med andre ord med i vurderingen gjennom synspunkter på den abstrakte relative vekten av styringsprinsippet ut fra hvilket organ som fatter det aktuelle omgjøringsvedtaket, og hvilken kunnskap dette organet har om virkningene av inngrepet.⁴⁹⁴

Det kan nevnes at den danske løsningen ved kritikkverdige forhold fremstår som ganske lik den norske. I *U 2002.1060 V* ble for eksempel spørsmålet om mislighold av plikter behandlet. Saksforholdet var at et transportselskap gjentatte ganger hadde overtrådt bestemmelser om kjøre- og hviletid for sjåførene. Landsretten kom til at Vejtransportrådets tilbakekall av tillatelser til å drive ervervsmessig transportvirksomhet var lovlig. De gjentatte overtredelser viste at innehaveren var ute av stand til å drive virksomheten på forsvarlig måte, og godtkørselslov § 12 stk 2 ga da hjemmel for tilbakekall. I *U 2005.3217 H* ble spørsmålet om vilkårsbrudd behandlet. Her tok Høyesteret stilling til om Miljø- og Energiministeriet kunne tilbakekalle sitt tilsagn om ytelse av tilskudd til etablering av et kraftvarmeverk. Søkeren hadde handlet i strid med et vilkår i tilsagnet om at bindende avtale om kjøp av motorer ikke måtte inngås før tilsagnet var avgitt av departementet. I de fastsatte bestemmelser fremkom videre at utbetaling av tilskudd ikke kunne finne sted ved vilkårsbrudd av denne type. Høyesteret fant at departementet var berettiget til å tilbakekalle det avgitte tilsagnet.

Etter EF-retten får ikke rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger anvendelse dersom parten i god tro har gitt uriktige opplysninger. Det samme gjelder selvsagt også hvis parten har fremkalt vedtaket ved klanderverdige forhold. Når det gjelder etterfølgende mislighold av plikter, synes imidlertid EF-domstolen å åpne for en avveining av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger mot behovet for omgjøring.

Slik gjennomgangen viser, lar avveiningen seg forklare ut fra "the Law of Balancing", men det er selvsagt også for norsk retts vedkommende mulig å reise spørsmålet om det er naturlig å la rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger få anvendelse ved mislighold.

I rammen nedenfor vil jeg gå noe nærmere inn på denne omgjøringssituasjonen med utgangspunkt i "the Weight Formula" og "the Law of Balancing".

⁴⁹⁴ Se om abstrakt relativ vekt i kapittel 9.

Omgjøring som forvaltningssanksjon

Inngrepsintensiteten ved omgjøring som forvaltningssanksjon er i de fleste tilfeller begrenset, det vil si $I_i:l$. Inngrepsbehovet er derimot gjerne stort, det vil si $I_j:s$. Hvis vi benytter målestokken $s=4$, $m=2$ og $l=1$, får vi følgende avveining etter "The Law of Balancing":

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

$$\frac{1}{4} = \frac{1}{4}$$

Vi ser at inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ikke er uproporsjonalt etter "loven".

8.4.8 Sammenfatning

Sammenfatningsvis kan det hevdes at rettighetsavgrensningen vedrørende rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra "the Law of Balancing". Det forhold at det er særdeles problematisk å fastsette en bestemt vekt på de konflikterende prinsipper i relasjon til de fleste omgjøringssituasjoner løsrevet fra de faktiske forhold i en konkret sak, endrer ikke dette. Hvor det er mulig å angi en hovedretning vedrørende den relative vekten av prinsippene, er dette illustrert ved å konvertere vekten etter en tre trinns målestokk: liten relativ vekt = 1, moderat relativ vekt = 2 og stor relativ vekt = 4.

9 Vektforskyvning som følge av at de kolliderende prinsipper har ulik abstrakt relativ vekt

9.1 Noen spredte bemerkninger

Prinsipp teoriens vektformel "the Weight Formula" krever at den relative vekten som fremkommer ved anvendelse av "the Law of Balancing", må justeres dersom den abstrakte relative vekten av de kolliderende prinsipper er forskjellig. Dette forholdet kan forklares nærmere med utgangspunkt omgjøringslæren og prinsippet i grunnloven § 97.

I omgjøringslæren er det stor grad av enighet om at vekten av de interesser som taler for omgjøring av et vedtak til ugunst, må veie "vesentlig" mer enn vekten av de interesser som taler mot. Dette vesentlighetskravet forstått ut fra vektformelen henspeiler på den abstrakte relative vekten i forholdet mellom rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og styringsprinsippet. Rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger tillegges altså større abstrakt relativ vekt enn styringsprinsippet. Vender vi oss til prinsippet i grunnloven § 97, vil styringsprinsippet antakeligvis ha større abstrakt relativ vekt enn rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ved uegentlig tilbakevirkning, men ikke ved egentlig tilbakevirkning.⁴⁹⁵

I diskursen om rettighetsvernet etter grunnloven §§ 97 og 105 og Den europeiske menneskerettskonvensjon henspeiler utsagn om "prøvningsintensitet" og "margin of appreciation" ("skjønnsmargin") direkte på den abstrakte relative vekten mellom styringsprinsippet på den ene siden og grunnrettighetene på den andre siden. Det legges med andre ord inn et spillerom for den demokratisk valgte lovgiver ved rettighetsavgrensningen, men dette spillerommet kan variere. Aall synes for eksempel å mene at det så vel i Den europeiske menneskerettsdomstol og Høyesterett sin praksis gjenspeiles at spillerommet er variabelt ut fra hvilken type rettigheter som gjør seg gjeldende. For eksempel mener han at

⁴⁹⁵ I motsetning til egentlig tilbakevirkning får en uegentlig tilbakevirkende lov bare virkning for den privates posisjon for fremtiden.

menneskerettsdomstolen på samme måte som Høyesterett gir større spillerom ved inngrep i økonomiske rettigheter enn når liv og helse står på spill.⁴⁹⁶

Det er ikke alltid umiddelbart klart hvorfor den abstrakte relative vekten av et rettsprinsipp er større enn det kolliderende prinsippet, det vil si at det ene idealet i utgangspunktet er viktigere enn det andre idealet. Hvorfor bør for eksempel prinsippet om ytringsfrihet ha større abstrakt relativt abstrakt enn prinsippet om vern mot rasediskriminerende ytringer? Enkelte vil kunne hevde at siden ytringsfriheten er vernet i grunnloven, og vernet mot rasediskriminerende ytringer er vernet på lavere nivå gjennom menneskerettsloven, har vernet av ytringsfriheten større abstrakt relativ vekt. Dette ser vi for eksempel tendenser til i andrevoterendes votum i *Rt. 1997 s. 1821* "Hvit Valgallianse". Saken gjaldt straff etter straffeloven § 135a for rasediskriminerende utsagt i et politisk program som partiet "Hvit Valgallianse" stod bak, og i denne forbindelse kollisjon mellom prinsippet om ytringsfrihet i grunnloven § 100 og vernet mot rasediskriminerende utsagn i Den europeiske menneskerettskonvensjon. Andrevoterende uttalte på side 1835 at "ytringsfriheten er vernet av Grunnloven, som står over et straffebed formulert i lov."

Som påpekt av Mæhle synes andrevoterende for øvrig å bygge sin argumentasjon om rettighetsavgrensningen etter grunnloven § 100 på tanken om at bestemmelsen har en kjerne, som det ikke kan gripes inn i ved formell lov.⁴⁹⁷ Men jeg er ikke enig med henne i at andrevoterendes votum ikke kan forstås ut fra prinsipp teorien, som hun omtaler som en "konkretiserende balanseringsprosess".⁴⁹⁸ Andrevoterendes poeng synes å være sammenfallende med "the law of diminishing marginal utility".⁴⁹⁹ Med andre ord at det finnes en grense for hvor intensivt lovgiver kan gripe inn i ytringsfriheten, selv om behovet for vern mot rasediskriminerende utsagn er betydelig.

Fleischer er en forfatter som har stått sentralt i den statsrettslige diskurs om grunnlovens rettighetsvern av borgernes økonomiske interesser. Når Fleischer sier at det i dag er en selvfølgelighet "[a]t det må sondres mellom Grunnloven som tolkningsmoment og dens betydning som skranke",⁵⁰⁰ vil jeg knytte dette til den abstrakte relative vekten av styringsprinsippet.

⁴⁹⁶ Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen* (2007) s. 130 og punkt 2.3.2.1.

⁴⁹⁷ Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern* (2005) s. 291.

⁴⁹⁸ *ibid.* s. 292.

⁴⁹⁹ Se nærmere punkt 2.2.3.

⁵⁰⁰ Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode* (1998) s. 459.

Det Fleischer konsentrerer seg om og tillegger stor betydning ved rettighetsavgrensningen etter grunnloven §§ 97 og 105, er om Stortinget konkret har tatt stilling til om de eldre etablerte økonomiske forholdene omfattes av den inngripende loven eller ikke. Hvis Stortinget har tatt stilling til spørsmålet, øker altså dette den abstrakte relative vekten av styringsprinsippet i forhold til eksempelvis et konstitusjonelt rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger, mens dette ikke skjer hvis Stortinget ikke har vurdert om de eldre etablerte posisjoner skal omfattes. Fleischer går langt i å fremtone at hvis Stortinget har talt, plikter domstolene å lystré, jfr. blant annet hans henvisning til ”grunnleggende demokratiske prinsipper” og en ”forsvarlig kompetansefordeling mellom statsorganene”.⁵⁰¹ Har derimot Stortinget ikke talt, står domstolene friere. Denne forståelsen av abstrakt relativ vekt nyanseres imidlertid ved Flesichers påpekning av at det må sondres mellom såkalt egentlig og uegentlig tilbakevirkning.

Slik jeg oppfatter Fleischer i lys av prinsipp teorien, får altså styringsprinsippet i utgangspunktet stor abstrakt relativ vekt når Stortinget har tatt stilling til spørsmålet om inngrep i en eldre posisjon. Dette er ifølge Fleischer klart nok ved inngrep i etablerte posisjoner med virkning for fremtiden, men ved egentlig tilbakevirkning får ikke styringsprinsippet tilsvarende abstrakt relativ vekt. Det er ikke vanskelig å være enig med Fleischer i dette utgangspunktet. Men når han vil tale om at det er ulike metoder ved rettighetsavgrensningen etter grunnloven §§ 97 og 105 ved inngrep i økonomiske posisjoner, blir det litt uklart.⁵⁰² Forskjellen på de to metoder opplyses imidlertid å være hvor bred rimelighetsvurderingen er.⁵⁰³ For å forstå Fleischers synspunkter kreves det for det første en forståelse av hva han mener med en rimelighetsvurdering, og for det andre hva som er en bred rimelighetsvurdering. Dette går jeg ikke nærmere inn på, men velger i stedet å minne om at det i punkt 8.2 indikeres at Høyesteretts rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forstås ut fra ”the Law of Balancing”. Dette gjelder for det første ved egentlig tilbakevirkning på avgiftsrettens område, jfr. *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole”, for det andre ved uegentlig tilbakevirkning hvor det gripes inn i etablerte rettsposisjoner mellom private, jfr. *Rt. 2007 s. 1281* ”Sakristivold”, og for det tredje ved uegentlig tilbakevirkning på trygderettens område, jfr. *Rt. 1996 s. 1440* ”Thunheim”. Det

⁵⁰¹ *l.c.*

⁵⁰² Fleischer, *op.cit.*, s. 460-461.

⁵⁰³ *ibid.* s. 461

forhold at flertallet i trykderettskjennelsen legger til grunn at tilsidesettelse av loven krever at denne er klart urimelig eller urettferdig, indikerer at den abstrakte relative vekten av styringsprinsippet er større enn den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger.

Etter disse spredte bemerkninger skal søkelyset rettes mer konkret mot rettspraksis om rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, det vil si rettspraksis hvor det synes å være rimelig klart at prinsippets abstrakte relative vekt enten anses å være større eller mindre enn vekten av styringsprinsippet. Først undersøkes rettspraksis om tilbakevirkningsforbudet i grunnloven § 97. Etter dette undersøkes rettspraksis om forskriftsendring og omgjøring på ulovfestet grunnlag, det vil si etter de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler”, jfr. forvaltningsloven § 35 siste ledd.

9.2 Lovendringer

9.2.1 Rt. 2006 s. 293 ”Arves Trafikkskole”

Ved behandlingen av denne dommen i punkt 8.2.2 antydes at flertallet og mindretallet hadde ulikt syn på den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i forhold til styringsprinsippet. Saken gjaldt en lovendring som medførte at rettmessig fradragsført merverdiavgift ved kjøp av en bil til trafikkskoleopplæring måtte tilbakeføres i henhold til skattemyndighetenes pålegg, det vil si såkalt egentlig tilbakevirkning. Uenigheten om den abstrakte relative vekten kom i dommen til uttrykk ved at mindretallet i motsetning til flertallet mente at det ikke kunne oppstilles et krav om et ”tungtveiende” samfunnsmessig behov for å sette til side rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Flertallet formulerte seg slik (min understreking):

”I vår sak må derfor Høyesterett ta utgangspunkt i at det var behov for å motvirke avgiftstilpasning og konkurransevridning, og at overgangsordningen var et hensiktsmessig virkemiddel for å nå disse målene. Men dermed er det ikke sagt at hensynene skal være avgjørende i vurderingen av om det foreligger et tilstrekkelig tungtveiende samfunnsmessig behov til å godta at lovendringen gis tilbakevirkende kraft.”⁵⁰⁴

⁵⁰⁴ Dommens avsnitt (73).

Mindretallet bygde sin argumentasjon på følgende (min understreking):

”Pålegget tilhører ikke den kjerne av handlingsskatter som det enten er et absolutt forbud mot å gi tilbakevirkende kraft, eller hvor dette iallfall krever ekstraordinære, tungtveiende samfunnsmessige hensyn. Dette sistnevnte kriterium, som førstvoterende synes å bygge på, passer etter mitt skjønn ikke godt ved bedømmelsen av grunnlovmessigheten til en lovendring av så vidt begrenset rekkevidde som den foreliggende. Men vi befinner oss på handlingsskattens område, og det er da ikke grunnlag for å kreve at tilbakevirkningen er «klart urimelig eller urettferdig» før den må settes til side som grunnlovsstridig, jf. Rt 2001 s. 762. Det foreliggende tilfellet befinner seg her i en mellomstilling, hvor også mindre tungtveiende samfunnshensyn kan gi grunnlag for å akseptere tilbakevirkningen. Det hører i første omgang under lovgiver å bedømme hvilke samfunnshensyn som her vil være relevante.”⁵⁰⁵

Vurdert ut fra prinsipteorien antydes her at Høyesteretts syn på den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i forhold til styringsprinsippet kan grovinndeles i tre nivåer. I de tilfeller hvor det kreves ”tungtveiende” samfunnsmessige interesser indikeres at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger sin abstrakte relative vekt i forhold til styringsprinsippet er stor. Hvor det bare er den ”klart urimelige og urettferdige” tilbakevirkning som rammes, indikeres at den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er liten i forhold til styringsprinsippet. Hvor det verken kreves tungtveiende samfunnsmessige interesser, eller at inngrepet er klart urimelig og urettferdig, synes de kolliderende prinsipper i utgangspunktet å ha like stor abstrakt relativ vekt.

9.2.2 Rt. 1996 s. 1440 ”Thunheim”

Ved behandlingen av denne dommen i punkt 8.2.4 antydes at førstvoterende og tredjevoterende hadde ulikt syn på den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i forhold til styringsprinsippet.⁵⁰⁶ Saken gjaldt en lovendring som medførte en reduksjon i den trygdede, Thunheim, sine fremtidige samlede trygdeutbetalinger (uegentlig tilbakevirkning). Uenigheten om den abstrakte relative vekten

⁵⁰⁵ *ibid.* avsnitt (100).

⁵⁰⁶ Her nevnes for ordens skyld at andrevoterende gjennom sin presisering av at pensjonsytelsen vil være avhengig av den til enhver tid gjeldende lovgivning synes å ha ment at at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ikke kom til anvendelse, se s. 1454.

mellom førstvoterende og tredjevoterende kommer i dommen antydningvis til uttrykk gjennom tredjevoterendes presisering av at Høyesterett må foreta en selvstendig vurdering av forholdet til grunnloven selv om Stortinget kan sies å ha sluttet seg til en bestemt forståelse:

”Som nevnt av førstvoterende, skjedde reduksjonen i de uføretrygdedes tilleggspensjoner ved at deres fremtidige pensjonspoeng ble redusert, mens de opptjente poeng ble stående. Justisdepartementets lovavdeling kom til at det i forhold til Grunnloven § 97 var adgang til å foreta en reduksjon på denne måten. Selv om Stortinget kan sies å ha sluttet seg til denne forståelse av Grunnloven, må Høyesterett foreta en selvstendig vurdering. For min del er jeg uenig med Lovavdelingen.”⁵⁰⁷

Flertallets syn på den abstrakte relative vekten kom indirekte til uttrykk gjennom at det ble vist til hva førstvoterende i *Rt. 1996 s. 1415* ”Borthen” uttalte i denne dommen. Her siteres derfor fra *Rt. 1996 s. 1415* ”Borthen” (min understreking):

”Det er åpenbart at det ved lov må kunne foretas vidtgående endringer i folkepensjonens rettigheter og ytelser om vi skulle få en vesentlig forverring av samfunnsøkonomien. Om grunnlovsmessigheten av slike krisebetonte tiltak kan vises til gullklausuldommen i *Rt 1962 s. 369*. Lovgiver må også i en periode med deflasjon kunne nedsette pensjonene.

Men lovgivers adgang til å gripe inn må gå vesentlig videre enn dette. Folketrygden utgjør en betydelig del av samfunnsøkonomien. Utgiftene til folketrygden er omtrent 1/3 av statens samlede utgifter. Stortinget er gjennom Grunnloven § 75 bokstav a og d gitt kontroll med og herredømme over statens finanser - på inntekts- og utgiftssiden. Omfattende bånd på lovgivers rett til å gripe inn i trygderettigheter vil komme i konflikt med de hensyn som ligger bak Grunnloven § 75 bokstav a og d, og dette må ha betydelig tyngde ved fastleggelsen av den skranke Grunnloven § 97 her setter.”⁵⁰⁸

Vurdert ut fra prinsippteorien synes altså førstvoterende i *Rt. 1996 s. 1440* ”Thunheim” å ha tillagt styringsprinsippet større abstrakt relativ vekt enn rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, mens tredjevoterende ikke ville tillegge styringsprinsippet større vekt når det var et ”kontraktslignende” forhold.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ Side 1454.

⁵⁰⁸ Side 1428.

⁵⁰⁹ Se nærmere om dommen i punkt 8.2.4.

9.3 Forskriftsendring

Av de dommene som er referert i punkt 8.3, er det kun i *Rt. 1992 s. 182* "Polardommen" at det finnes en mer prinsipiell uttalelse av betydning for synet på den abstrakte relative vekten mellom rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og styringsprinsippet. Høyesterett viste her at det ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ut fra underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning ikke var noen grunn til at domstolene skal vise noen tilbakeholdenhet ved sin prøvning, det vil si at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger hadde mindre abstrakt relativ vekt enn styringsprinsippet.⁵¹⁰ Dette ble formulert slik (min understreking):

"Forvaltningsloven § 39 gir uttrykk for at en forskrift ikke kan "påberopes" overfor den enkelte før den er kunngjort eller på annen måte bekjentgjort overfor de interesserte på en forsvarlig måte med mindre disse har fått kjennskap til forskriften på annen måte. Det er ikke tvilsomt at lovbestemmelsen også begrenser adgangen til å anvende en forskrift på handlinger og begivenheter som finner sted før den ble kunngjort eller bekjentgjort.

Forvaltningsloven § 39 er strengere enn Grunnloven § 97 ved at skjæringstidspunktet for tilbakevirkning er satt ved kunngjøringen, og ikke ved vedtakelsen. Hvorvidt tilbakevirkning for øvrig må vurderes på samme måte etter forvaltningsloven § 39 som etter Grunnloven § 97, har det vært noe ulike oppfatninger om. Jeg mener for min del at Høyesteretts prøvelse av lovers grunnlovsmessighet reiser spørsmål om forholdet mellom lovgiver og domstoler som ikke på tilsvarende måte gjør seg gjeldende ved vurderingen av forskrifters rekkevidde. Det er derfor ikke grunn til at domstolene - av hensyn til Stortingets syn - skal vise noen tilbakeholdenhet med å anvende det klare forbud mot tilbakevirkning i forvaltningsloven § 39. Jeg viser i denne forbindelse til Arvid Frihagen: "Forvaltningsloven" (2 utgave 1986) bind II side 835.

Også når det gjelder tilbakevirkningsspørsmålet i forhold til forvaltningsloven § 39, må det imidlertid skje en konkret vurdering."⁵¹¹

Det kan tilføyes at ingen av de øvrige dommer som er referert i punkt 8.3, gir noen indikasjon på at det er noen forskjell på den abstrakte relative vekten mellom rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og styringsprinsippet.

⁵¹⁰ Se nærmere om dommen i punkt 8.3.2.

⁵¹¹ Side 186.

I juridisk litteratur indikeres at den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i visse tilfeller kan være større enn den abstrakte relative vekten av styringsprinsippet. Den som i sterkeste grad har antydning dette, er Bernt, men også Frihagen synes å støtte en slik tanke. Bernt vil plassere forskrifter på en glideskala mellom lov og enkeltvedtak, og når forskriften befinner seg i nærheten av enkeltvedtaket, vil selvsagt et eventuelt vesentlighetskrav for omgjøring få anvendelse, det vil si at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger tillegges større abstrakt relativ vekt enn styringsprinsippet gjennom kravet om vesentlig interesseovervekt.⁵¹² Bernt sier det slik:

”Slik jeg ser det, vil det her gi en god modell om vi opererer med en glideskala: I den ene enden av denne har vi de forskrifter som for alle praktiske formål må likestilles med ordinære lovvedtak. Her vil Stortinget og forvaltningens kompetanse som lovgiver være nokså parallelle, dog med den modifikasjon at de «skyggesonebetraktninger» som medfører et krav om særdeles klar tale når en lov nærmer seg grensene for det som anses forenlig med § 97, også må anvendes på kompetansenormen – fullmaktsloven, hvor det er spørsmål om den lovlige rekkevidde av en forskrift. I den andre enden finner vi så forskrifter som ligger nær opp til grensen mot enkeltvedtak. Her vil de forvaltningsrettslige prinsipper mht. skrankene for omgjøring til skade, komme inn med stor styrke og langt på vei erstatte § 97-vurderingen.”⁵¹³

Frihagen sier for sin del at ”[n]oe skarpt og direkte skille mellom adgangen til å fastsette tilbakevirkning mellom enkeltvedtak og forskrift, er det likevel ikke plass for, jfr. Bernt, *Avtaler* (1981) s. 132. Det vil således her som ellers være en glidende overgang mellom hva som reelt og formelt er individuelle og generelle vedtak ...”⁵¹⁴

Her vil jeg tilføye at det ofte mangelfulle byggverk som lover er, kan med andre ord sjelden, og i alle fall ikke gjennom systembetraktninger, trumfe eller overgå den konkrete avveiningen som må foretas i den enkelte sak, selvsagt knyttet opp mot de grunnleggende prinsipper til beskyttelse av enkeltindivider og minoriteter som gjør seg gjeldende på forvaltningsrettens område. Praksis fra Høyesterett viser dette. En interessant dom i denne forbindelse er *Rt. 2006 s. 1382* ”Utsi” hvor Høyesterett på legalitetsprinsippets område tok avstand fra de systembetraktninger som lagmannsretten utledet fra reindriftsloven som begrunnelse for bortfall av retten til å drive reindrift.⁵¹⁵ Et annet interessant tilfelle nevnes av Bernt i *Festskrift til Thue fra 2007*, vedrørende Andenæs’ systembetraktninger som konstituert høyesterettsdommer contra de øvrige dommeres

⁵¹² Bernt, *Avtaler med stat og kommune: forhåndstilsagn om utøving av skjønnsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter: kompetansespørsmål og rettsvirkninger* (1981) s. 134

⁵¹³ *l.c.*

⁵¹⁴ Frihagen, *Forvaltningsrett III Omgjøring, kontroll og ugyldighet* (1992) s. 57

⁵¹⁵ Se nærmere om dommen i punkt 8.4.3.

argumentasjon.⁵¹⁶ Det som kan trekkes ut av det siste eksemplet, er at en tro på at den enkelte lov gir det argumentasjonstilfang som er nødvendig, kan selv den beste jurist bli fanget av.

Nå er det riktignok ikke slik at Bernt og Frihagen argumenterer ut fra et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger, og det kan heller ikke tas for gitt at de mener at vesentlighetskravet gjelder ved omgjøring til ugunst på alle rettsområder. For Frihagens del er dette sikkert nok ettersom han uttrykkelig reserverer seg mot et generelt vesentlighetskrav for å kunne omgjøre.⁵¹⁷ Når disse likevel trekkes frem som viktige, er det fordi det særlig hos Bernt argumenteres for et proporsjonalitetskrav ved inngrep i enkeltvedtak og tilsagn til ugunst for den private part. Bernts synspunkt er at ”den interesseavveining vi kjenner fra den tradisjonelle omgjøringslære, kan ses som et utslag av et gjennomgående og generelt prinsipp for avgjørelsen av i hvilken utstrekning tidligere utsagn binder senere forvaltningsvedtak.”⁵¹⁸

Hvis vi her vender oss til Høyesteretts argumentasjon i *Rt. 2007 s. 651* ”Vassfarvegen”, synes denne tanken å ha fått et visst rotfeste. Høyesterett slo i denne dommen generelt fast at det gjør seg gjeldende visse grunnleggende vilkår for å kunne forhåndsbinde forvaltningsmyndighet og tok konkret stilling til om det kommunale tilsagnet om overtakelse av ”Vassfarvegen” forpliktet kommunen til å opprettholde vegen som kommunal veg, det vil si om tilsagnet begrenset kommunens kompetanse etter vegloven til å fatte et nedleggingsvedtak. Høyesterett delte seg i dette spørsmålet og synes å ha vurdert om vilkårene for å kunne tale om en berettiget forventning var oppfylt. Flertallet synes å ha medgitt at tilsagnet skapte berettigede forventninger om opprettholdelse av vegen i en periode, men at denne perioden i alle fall var utløpt etter 20 år.⁵¹⁹ Grunneierne ble derfor ikke gitt medhold. Mindretallet mente at grunneierne hadde en berettiget forventning om at kommunen fortsatt skulle opprettholde vegen som kommunal veg så lenge denne fortsatt skulle være åpen for alminnelig ferdsel. Det ble deretter ganske i tråd med Bernts synspunkt foretatt en avveining av proporsjonaliteten av kommunens begrunnelse for nedleggingsvedtaket som var å spare penger, mot de berettigede forventninger som var skapt ved tilsagnet. Hvorvidt

⁵¹⁶ Bernt, 'Den ene og retten: brytningen mellom liberalisme og kollektivism i norsk rettsteori' (i: Frantzen, Giertsen og Moss (red.), *Rett og toleranse: festskrift til Helge Johan Thue: 70 år, 2007* s. 491.)

⁵¹⁷ Frihagen, *Forvaltningsrett III Omgjøring, kontroll og ugyldighet* (1992) s. 52.

⁵¹⁸ Bernt, s *Avtaler med stat og kommune: forhåndstilsagn om utøving av skjønnsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter: kompetansespørsmål og rettsvirkninger* (1981) s. 322.

⁵¹⁹ Dommens avsnitt (53)

mindretallet her mente at den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger var større enn styringsprinsippet sies det ikke noe om i dommen.⁵²⁰

Her kan tilføyes at Graver har gitt sin tilslutning til Bernts synspunkt (min understreking):

”Bernt legger mer fokus på virkningene av bindingen for den senere kompetanseutøvelse. I stedet for å spørre om adgangen til å binde myndigheten, spør han om adgangen til å fravike forventninger som er skapt hos den private parten, se *Bernt* 1981 s. 98-112. Det blir da ikke behov for å skille så skarpt mellom forhåndsuttalelse, forhåndstilsagn og forhold hvor det er preg av gjensidighet.

Poenget er at når man skal vurdere hvor fritt forvaltningen etterpå står, kan man foreta en helhetsvurdering hvor objektive og subjektive momenter trekkes inn. Jeg er enig i at de sentrale spørsmål som reiser seg, best kan håndteres som et spørsmål om forvaltningens omgjøringskompetanse overfor berettigede forventninger. Det forhold at det er gitt en forhåndstillatelse, tolkning av dette, behovet for forhåndsbinding og innrettelsesaspektet vil i så fall komme inn som momenter i vurderingen, se nedenfor s. 555.”⁵²¹

Når det tas i betraktning at Graver legger til grunn at omgjøringslæren bygger på et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger, og at forholdsmessighetsprinsippet med sine tre underprinsipper får anvendelse, må det kunne hevdes at ”helhetsvurderingen” i praksis er en forholdsmessighetsvurdering. Det problematiske punktet for å få det hele til å gli inn i prinsipp teorien er imidlertid ”inkommensurable-tesen” og at det ikke sies klart at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er et optimaliseringspåbud.⁵²²

Avslutningsvis vil jeg si at det neppe er grunn til å nedtone viktigheten av å klargjøre prinsippet om når forvaltningen har kompetanse til å forhåndsbinde sin forvaltningsmyndighet, og Høyesterett har gjennom *Rt. 2007 s. 651* ”Vassfarvegen” gått noe lengre i denne retningen sammenlignet med *Rt. 1992 s. 1235* ”Fiskekvotedommen”. Den konkrete betydningen i forhold til rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, er at den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er mindre når et tilsagn om forhåndsbinding er ugyldig, enn når dette er gyldig.

⁵²⁰ Se nærmere om dommen i punkt 8.3.4.

⁵²¹ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 242.

⁵²² Se kapittel 7.

9.4 Omgjøring på ulovfestet grunnlag

Det synes å være en ganske alminnelig oppfatning i juridisk litteratur om den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i de fleste omgjøringstilfeller må anses å være større enn den abstrakte relative vekten av styringsprinsippet.⁵²³ Dette med bakgrunn i kravet om at de interesser som taler for omgjøring, må veie ”vesentlig” tyngre enn de interesser som taler mot. Eckhoff og Smith slår fast at ”[f]or at omgjøring skal kunne skje, må de hensyn som taler for omgjøring, veie vesentlig tyngre enn de hensyn som taler mot.”⁵²⁴ Graver sier det slik:

”Det er ikke nok at de beste grunner taler for et annet vedtak, men hensynene for omgjøring må veie vesentlig tyngre enn hensynet til den som er tilgodesett. Utgangspunktet er at gyldige vedtak som tilgodeser noen bør bli stående, men som en sikkerhetsventil vil man kunne omgjøre dersom hensynet til omgjøring veier vesentlig tyngre enn hensynet til den som er tilgodesett.”⁵²⁵

Det synspunkt at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger har større abstrakt relativ vekt enn styringsprinsippet har også støtte i et obiter dictum i *Rt. 1976 s. 1376*. Saksforholdet i dommen var at byggearbeidene for to boliger under oppføring ble krevd stanset som følge av at bygningssjefen etter utstedelse av byggetillatelse fryktet at konstruksjonen var for svak. Det ble utført prøver og beregninger av sakkyndige, og det gikk ca. fire måneder før arbeidet ble tillatt gjenopptatt. Byggherren krevde erstatning for byggestansen og begrunnet dette med at når byggetillatelse var gitt og det ikke var konstatert at arbeidet objektivt sett var ulovlig, manglet bygningsmyndighetene hjemmel for å stanse byggearbeidet. Høyesterett var ikke enig i dette og uttalte at det fulgte av bygningsmyndighetenes kontrollplikt etter bygningsloven § 97, jfr. § 113, at et byggearbeid kunne stanses når det oppsto alvorlig tvil om de krav lov og forskrifter stilte, var oppfylt.⁵²⁶ I sitt obiter dictum uttalte Høyesterett at det kreves mer ”tungtveiende” samfunnsmessige interesser for å kunne omgjøre og det gis for øvrig en generell tilslutning til utgangspunktene som tas av Frihagen og Eckhoff i deres artikler om omgjøring noen år tidligere.⁵²⁷ Høyesterett sa det slik (min understreking):

⁵²³ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett* (2006) s. 296. Graver, *op.cit.*, s. 554.

⁵²⁴ Eckhoff og Smith, *op.cit.*, s. 296.

⁵²⁵ Graver, *op.cit.*, s. 554.

⁵²⁶ Dommens s. 1382.

⁵²⁷ Ingen av forfatterne synes å ha endret sine synspunkter fremsatt i henholdsvis Frihagen, 'Omgjøring av Forvaltningsvedtak', *Lov og Rett*, 1970, s. 305-338 og Eckhoff, 'Omgjøring av forvaltningsvedtak'

”Jeg kan for øvrig vise til at så vel Torstein Eckhoff i artikkelen « Omgjøring av forvaltningsvedtak » i Jussens venner 1969 243 som Arvid Frihagen i artikkel med samme tittel i Lov og Rett 1970 305 gir uttrykk for at tillatelser etter bygningsloven kan omgjøres når mer tungtveiende allmenne hensyn taler for det.”⁵²⁸

Det kan tilføyes at Frihagen har reservert seg noe mot et generelt vesentlighetskrav. Hans sier at hvorvidt det skal kreves ”markert overvekt av hensyn” vil variere etter saksområde og art av vedtak det gjelder, ut fra den rettslige tradisjon og rettslige forankring på området det er tale om.⁵²⁹ Frihagen synes å være den som har gått lengst i retning av å neddempe vesentlighetskravet etter de ulovfestede regler om omgjøring.

Vesentlighetskravet kan selvsagt ikke uten videre legges til grunn hvor forvaltningens omgjøringsadgang er lovregulert. I forarbeidene til produktkontrollloven § 7 tales det for eksempel ikke om et vesentlighetskrav, men henvises kun til en ”totalvurdering hvor det på den ene side legges vekt på hensynet til vedkommende part, og på den annen side tas allmenne hensyn.”⁵³⁰

I rammen nedenfor skal jeg gå noe nærmere inn på ”vesentlighetskravet” med utgangspunkt i ”the Weight Formula” og ”the Law of Balancing”:

Jussens Venner, 4, 1969, s. 243-259 i senere fremstillinger av omgjøringslæren.

⁵²⁸ Side 1382.

⁵²⁹ Frihagen, *Forvaltningsrett III Omgjøring, kontroll og ugyldighet* (1992), s. 52.

⁵³⁰ Ot. prp. nr. 51 (1974-1975), s. 92 andre spalte.

Vesentlighetskravet

I relasjon til "the Weight Formula" vil kravet om "vesentlig" interesseovervekt – etter den enkle målestokken ($l = 1$ ($m = 2$ og $s = 4$ – kunne komme til uttrykk ved at den abstrakte relative vekten ("abstract weight") av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, for eksempel er 1 poeng mer enn styringsprinsippet. Hvis vi for eksempel står overfor en situasjon med omgjøring som forvaltningssanksjon, jfr. punkt 8.4.7, får vi følgende oppstilling:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j} \cdot \frac{W_i}{W_j}$$

$$\frac{1}{2} = \frac{1}{4} \cdot \frac{2}{1}$$

Vi ser at inngrepsintensiteten er 1, inngrepsbehovet er 4, det vil si faktorene I_i og I_j , etter "the Law of Balancing". Videre ser vi at den abstrakte relative vekten av de berettigede forventninger, W_i , er 2, samt at den abstrakte relative vekten av styringsprinsippet, W_j er 1. Dette gir rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger en relativ vekt i forhold til styringsprinsippet på $\frac{1}{2}$, det vil si at $W_{i,j} = \frac{1}{2}$. Inngrepet i de berettigede forventninger er dermed ikke uproporsjonalt.

9.5 Sammenfatning

Tendensen ut fra denne gjennomgangen er at den abstrakte relative vekten av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i forhold til styringsprinsippet er mindre enn den abstrakte relative vekten av sistnevnte prinsipp ved inngrep ved lov, men er større når det gripes inn ved et nytt enkeltvedtak. Videre synes den abstrakte relative vekten å være lik ved forskriftsendring.

10 Vektforskyvning ut fra graden av kunnskap om premisser

Ved kollisjon mellom rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og styringsprinsippet krever "the Weight Formula" at den relative vekten som fremkommer ved anvendelse av "the Law of Balancing", må justeres i favør av den berørte private parten dersom det hefter usikkerhet ved de premisser inngrepet bygger på. Den "lov" som krever dette er i prinsippteorien kalt "the second Law of Balancing" og formuleres slik:

"The more heavily the interference with a constitutional right weighs, the greater must be the certainty of its underlying premisses."⁵³¹

Graden av kunnskap om premisser må vurderes særskilt, og kan for eksempel graderes etter følgende målestokk for sannsynlighet: sikkert, holdbart og ikke klart uriktig. Hvis inngrepet bygger på sikre premisser, for eksempel at tobakk er helseskadelig, er det ingen grunn til å justere den relative vekten av styringsprinsippet i forhold til en kolliderende konstitusjonell rettighet. Er det mindre grad av sannsynlighet, er det grunn til å justere den relative vekten av styringsprinsippet for å kunne ta stilling til om inngrepet i den konstitusjonelle rettighet er proporsjonalt etter underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning. I punkt 2.2.4.4 er "Cannabis saken" fra Den tyske forfatningsdomstolen, BVerfG, benyttet som illustrasjon på at det heftet usikkerhet vedrørende premissen om cannabis medfører helseskader.

I de dommer som er gjennomgått hittil, synes det ikke å ha vært noen tvil om graden av kunnskap om de premisser som lå til grunn for inngrepet i rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Dette betyr imidlertid ikke at dette er en lite praktisk problemstilling. Ved tilbakekall av en forurensningstillatelse etter forurensningsloven § 18 første ledd eller en akvakulturtillatelse etter akvakulturloven § 9 kan det for eksempel hefte usikkerhet om bevillingshaveren er årsak til de miljømessige problemer som er oppstått eller om de tiltak som kreves iverksatt fra myndighetenes side, vil få den ønskede virkningen for miljøet.

⁵³¹ Alexy, 'On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison', *Ratio Juris*, 2003 s. 436. Se også punkt 2.2.3.

Det fremstår ikke som tvilsomt at forvaltningen kan tillegge usikkerhet om premissene for vedtaket vekt i proporsjonalitetsvurderingen ved omgjøring, dersom omgjøringen hjemles i de ulovfestede regler om omgjøring. Her er den alminnelige oppfatningen at domstolene kan prøve inngrepet ”fullt ut”.⁵³²

Når omgjøringsspørsmålet er lovregulert, vil lovreguleringen kunne innebære at minstevilkårene for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal få anvendelse, ikke er oppfylt. I de tilfeller hvor berettigede forventninger foreligger, vil det imidlertid ved rettighetsavgrensningen etter prinsippet kunne tas med i vurderingen om det hefter usikkerhet med premissene for inngrepet. Slik oppfatter jeg for eksempel følgende utsagn i forarbeidene til forurensningsloven § 18:

”Domstolene kan overprøve omgjøringsvedtak etter [forurensningsloven] § 19 [lovens § 18] i samme utstrekning som de kunne overprøve omgjøringsvedtak truffet i henhold til ulovfestede regler. Det må imidlertid merkes at de retningslinjer som loven gir for myndighetsutøvelsen – se særlig § 2 – må følges også av domstolene.”⁵³³

Det kan nevnes at Backer synes å innta motsatt standpunkt. Han mener at det er tvilsomt om denne uttalelsen i forarbeidene bør tas på ordet og viser blant annet til at ”full domstolskontroll vil harmonere dårlig med det brede perspektiv som det forutsettes at omgjøringsspørsmålet skal bli vurdert i.”⁵³⁴

Backer synes ved sin argumentasjon uriktig å slå sammen omgjøring etter forurensningsloven § 18 annet ledd med omgjøring etter første ledd. Det er riktig at det skal anlegges et bredt perspektiv ved omgjøring av en forurensningstillatelse ved ti års fristens utløp (annet ledd), men ikke etter alternativene i første ledd. Etter annet ledd er det med andre ord grunn til å tale om inkommensurable størrelser, men ikke etter første ledd. Backer overser videre at ved omgjøring etter ti års fristens utløp vil minstevilkårene for at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal få anvendelse, sjelden være oppfylt.

Som det skulle fremgå, må det etter min mening sondres mellom de tilfeller hvor det foreligger berettigede forventninger, og de tilfeller hvor rettsprinsippet om beskyttelse av

⁵³² Backer, 'Er det fri adgang til å omgjøre utslippstillatelser etter ti år?' *Lov og rett*, 1992 s. 632.

⁵³³ Ot. prp. nr. 11 (1979-80) s. 35 sp. 2.

⁵³⁴ Backer, *Naturvern og naturinngrep: forvaltningsrettslige styringsmidler* (1986) s. 633

berettigede forventninger ikke får anvendelse, det vil si hvor det er tale om en rettighetsavgrensning og hvor det ikke er tale om en rettighetsavgrensning.

Et annet eksempel i denne forbindelse er dommen i *Rt. 2001 s. 1116* ”Båndtvang” om samiske sedvaners vern mot inngrep, det vil si rettighetsavgrensningen etter ILO nr. 169 artikkel 8 om rettsanvenderens plikt til å ta tilbørlig hensyn til en samisk sedvane. I denne dommen som skal behandles nærmere i punkt 15.3, lot nemlig Høyesterett usikkerhet om premissene for inngrepet få betydning for rettighetsavgrensningen, dog i disfavør av det private rettssubjektet. Saken var en straffesak mot en same for ikke å ha hatt en elghund i bånd på tur i naturen. Høyesterett avveide inngrepet i den samiske sedvanen, som altså nyter beskyttelse etter ILO konvensjonen artikkel 8 nr. 1, mot hensynet bak båndtvangsregelen i viltloven. Av interesse for spørsmålet om usikkerhet om premisser får betydning for den relative vekten av de konflikterende prinsipper, er følgende sitat:

”Som lagmannsretten finner jeg at det knytter seg en del usikkerhet til innholdet av den sedvanen som er påberopt. Det er således, som nevnt foran, uklart om sedvanen er begrenset til å gjelde for samer. Videre er det uklart hvilket geografisk område sedvanen er knyttet til. Det er også uklart hvilke hunderaser sedvanen har vært praktisert for, selv om det er på det rene at elghunder – som det er tale om i saken – er omfattet. Denne usikkerheten omkring sedvanens innhold taler mot at den kan få gjennomslag overfor viltloven.”⁵³⁵

En avgjørelse som tilsynelatende går i motsatt retning av det vi ser i *Rt. 2001 s. 1116* ”Båndtvang” vedrørende å tillegge usikkerhet om premisser vekt, er plenumsavgjørelsen i *Rt. 1982 s. 241* ”Altavassdraget”. Saksforholdet i denne saken var at regjeringen etter å ha innhentet samtykke fra Stortinget ved en kongelig resolusjon regulerte Altavassdraget. Naturverninteresser, reindriftsutøvere og laksefiskere mente at reguleringsvedtaket var ugyldig, men fikk ikke medhold i Høyesterett. Påstanden om ugyldighet ble blant annet begrunnet med mangelfull utredning på de ulike trinn i saksbehandlingen og at inngrepet var i strid med folkeretten. Av særlig interesse her er Høyesteretts uttalelse om usikkerhet om premissene for inngrepet:

”På en rekke punkter har uenigheten mellom partene i saken sammenheng med at det ofte er meget vanskelig å forutse om en skade vil oppstå og hvor stor den

⁵³⁵ Dommens s. 1120.

i tilfelle vil bli. Det er klart at man i så fall ikke kan stille bestemte krav om at skadefølgen skal tallfestes eller kvantifiseres. Det man kan gjøre, er å avdekke risikofaktorer og angi mulige skadefølger. I og med at det her dreier seg om prognoser som etter sin art vil være forbundet med usikkerhet, må saksbehandlingen være i orden dersom prognosene er forsvarlige på den tid de må foretas. Er prognosene forsvarlige, vil det også vanskelig bli tale om å anse utbyggingsvedtaket ugyldig på grunn av uriktige faktiske forutsetninger selv om utviklingen skulle ta en annen retning eller nyere kunnskap gjør det mulig å oppstille bedre prognoser.”⁵³⁶

Denne vurderingen synes ikke i særlig grad å ha vært knyttet til rettighetsavgrensningen etter de påberopte menneskerettskonvensjoner. Dette kan antakeligvis forklares med at Høyesterett ikke fant det tvilsomt at det ikke forelå en krenkelse av disse rettigheter:

”Heller ikke når det gjelder de påberopte minoritetsrettigheter kan jeg se at avgjørelsen byr på tvil. Avgjørende for mitt syn på dette spørsmål er det faktiske omfang av det inngrep som her gjøres i de samiske interesser. En forutsetning for at det overhodet kunne oppstå noe folkerettslig spørsmål i en reguleringssak, måtte i alle fall være at reguleringen medførte bastante og meget skadelige inngrep i slike interesser. Først da kunne man reise spørsmål om den nevnte art. 27 var gått for nær, fordi inngrepet i reindriftsnæringen var så stort at det truet samenes kultur. Det inngrep som her finner sted, er imidlertid langt fra av denne alvorlige karakter. Jeg viser til min tidligere drøftelse av inngrepet, og minner om at de varige virkninger av reguleringen vil være at et område på ca 2,8 km² blir neddemmet og dermed går tapt som beiteland. Selv om det dreier seg om vår- og høstbeite som er en knapphetsfaktor og man derfor ikke bare kan se på antallet tapte forenheter, vil den reduksjon i bestanden inngrepet måtte foranledige, bli liten i forhold til det samlede antall dyr i Nourtabælle. Det vil videre bli en permanent vei med trafikk til og fra kraftanlegget. Når veien, slik det er forutsatt, blir stengt for allmennheten, vil det også her bli spørsmål om begrensede skadevirkninger. I anleggstiden vil skadevirkningene bli betydelig mer omfattende, men jeg kan ikke finne at de selv i denne periode etter en totalvurdering vil være av nevnte alvorlige karakter, heller ikke for den del av Kautokeino reinsogn som hører til Nourtabælle. Jeg kan derfor ikke se at reindriften blir skadelidende på en slik måte at det kan berøre muntlige folkerettslig beskyttede samiske minoritetsrettigheter.”⁵³⁷

Ut fra at Høyesterett i *Rt. 2001 s. 1116* ”Båndtvang” ble stilt overfor et noe vanskeligere rettighetsavgrensningsspørsmål enn det som var tilfellet i *Rt. 1982 s. 241* ”Altavassdraget” og da fant grunnlag for å legge vekt på usikkerhet om premisser, bør det ikke legges for stor vekt

⁵³⁶ Side 266.

⁵³⁷ Side 289-300.

på at Høyesterett i *Rt. 1982 s. 241* "Altavassdraget" nøyde seg med å tale om forsvarlige premisser.

Her kan tilføyes at når Graver slår fast at det i norsk teori, i motsetning til i dansk teori, ikke opereres med et skjerpet beviskrav hvor det skal treffes et tyngende forvaltningsvedtak, må ikke dette forstås slik at det ved proporsjonalitetsvurderingen etter underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning ikke skal tas hensyn til graden av usikkerhet vedrørende de premisser et vedtak bygger på.⁵³⁸

Sammenfatningsvis viser altså denne gjennomgangen at spørsmålet om vurderingen av graden av kunnskap vedrørende premissene for et inngrep kan stille seg forskjellig når det for eksempel er tale om en rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, og når dette prinsippet ikke får anvendelse.⁵³⁹

⁵³⁸ Graver, 'Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten', *TfR*, 2004 s. 480.

⁵³⁹ Her kan tilføyes at når det for eksempel synes å være en "svikt" på dette punktet i Backers argumentasjon vedrørende spørsmålet om "full prøvning" av omgjøringsvedtak etter forurensningsloven § 18 første ledd, er en mulig forklaring på dette at han ikke opererer med et rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger som skal optimaliseres. Han synes for øvrig også å legge til grunn "inkommensurable-tesen" ved avveiningen etter forurensningsloven § 18 første ledd, jfr. hans uttalelse om en bred vurdering.

11 Underprinsippene om hensiktsmessighet og nødvendighet

Ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, synes Høyesteretts prøvning av inngrepets hensiktsmessighet og nødvendighet å være avledet av hvilket styringsinstrument som er benyttet.

Skillelinjen synes å gå ved om inngrepet er et lovvedtak eller om det er et forvaltningsvedtak, det vil si at spørsmålet om inngrepets hensiktsmessighet og nødvendighet ikke prøves av domstolene når styringsinstrumentet er en formell lov, mens det motsatte er tilfellet når styringsinstrumentet er et forvaltningsvedtak.

I *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole”,⁵⁴⁰ hvor det forelå berettigede forventninger om at fradragsføring av merverdiavgift var endelig, uttales for eksempel følgende når styringsinstrumentet er en formell lov:

”Domstolene kan riktignok ikke overprøve de politiske vurderinger av behovet for tiltak eller hensiktsmessigheten av de tiltak som blir valgt, jf. blant annet Kløftadommen [*Rt. 1976 s. 1*] og avgjørelsen i *Rt. 2001 s. 762* på side 768.”⁵⁴¹

I relasjon til forskrifter som styringsinstrument kan dommen i *Rt. 1995 s. 955* ”Brødrene V”⁵⁴² trekkes frem. Her forelå en berettiget forventning om å kunne fortsette ervervsmessig torskefiske.⁵⁴³ Høyesterett tok stilling til om den aktuelle forskrift om utelukkelse av fartøyet ”Brødrene V” fra torskefisket med virkning *ex nunc*, var hensiktsmessig og nødvendig. Førstvoterende sa det slik:

”Det dreiet seg om en innskrenkning [i retten til ervervsmessig fiske] som var nødvendig, og som rammet svært mange andre. Det var i en dramatisk ressursituasjon behov for å benytte noen kriterier ved reguleringen som var effektive og enkle å praktisere.”⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ Se nærmere om *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole” i punkt 8.2.2.

⁵⁴¹ Dommens avsnitt (74).

⁵⁴² Se nærmere om dommen i punkt 8.3.3.

⁵⁴³ Her kan tilføyes at det sjelden vil foreligge berettigede forventninger ved forskriftsendringer, jfr. Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (2007) s. 545.

⁵⁴⁴ Side 961.

Antakelig peker også Høyesteretts generelle utsagn i *Rt. 1992 s. 182* ”Polardommen”⁵⁴⁵ i denne retningen. Ved sin fortolkning av forvaltningsloven § 39 fremholdt nemlig Høyesterett at det ikke var noen grunn til at domstolene av hensyn til lovgiver skulle vise noen tilbakeholdenhet ved fastleggningen av rekkevidden av tilbakevirkningsforbudet i bestemmelsen:

”Forvaltningsloven § 39 er strengere enn Grunnloven § 97 ved at skjæringstidspunktet for tilbakevirkning er satt ved kunngjøringen, og ikke ved vedtakelsen. Hvorvidt tilbakevirkning for øvrig må vurderes på samme måte etter forvaltningsloven § 39 som etter Grunnloven § 97, har det vært noe ulike oppfatninger om. Jeg mener for min del at Høyesteretts prøvelse av lovers grunnlovsmessighet reiser spørsmål om forholdet mellom lovgiver og domstoler som ikke på tilsvarende måte gjør seg gjeldende ved vurderingen av forskrifters rekkevidde. Det er derfor ikke grunn til at domstolene - av hensyn til Stortingets syn - skal vise noen tilbakeholdenhet med å anvende det klare forbud mot tilbakevirkning i forvaltningsloven § 39. Jeg viser i denne forbindelse til Arvid Frihagen: "Forvaltningsloven" (2 utgave 1986) bind II side 835.”⁵⁴⁶

Dette synspunktet synes å ha støtte i *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole”.⁵⁴⁷

Andre voterende, dommer Rieber-Mohn, som talsmann for mindretallet, bemerket nemlig at ”[n]år det ses bort fra forholdet mellom lovgiver og domstoler, er dette forvaltningsmessige tilbakevirkningsspørsmålet [tilbakevirkning vurdert i forhold til forvaltningsloven § 39] langt på vei sammenfallende med spørsmålet etter Grunnloven § 97.”⁵⁴⁸

Når det gjelder inngrep i berettigede forventinger gjennom omgjøring etter de ”alminnelige forvaltningsrettslige regler” i forvaltningsloven § 35 siste ledd, er det den felles oppfatning blant norske og danske forfattere at domstolprøvingen av omgjøringsvedtak er omfattende.⁵⁴⁹ Backer sier det for eksempel slik:

”Selv om avveiningen er skjønnsmessig, er det ikke tale om et fritt skjønn for forvaltningen. Omgjøringsadgangen bestemmes ved et rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan prøves fullt ut – enda det er vanskelig å se at dette

⁵⁴⁵ Se nærmere om dommen i punkt 8.3.2.

⁵⁴⁶ Side 186-187

⁵⁴⁷ Se nærmere om dommen i punkt 8.2.2.

⁵⁴⁸ Dommens avsnitt (90).

⁵⁴⁹ Backer, *Naturvern og naturinngrep: forvaltningsrettslige styringsmidler* (1986) s. 808, Graver, 'Forholdsmessighet og myndighetsmisbruk i forvaltningsretten', *TfR*, 2008 s. 386-387 og Garde, *Forvaltningsret: almindelige emner* (2004) s. 523.

skjønnet er av en annen art enn mange av de hensiktsmessighetskjønn som domstolene ikke kan overprøve. Forklaringen ligger nok i at de skjønsmessige grenser for omgjøringsadgangen kunne bli illusoriske om ikke domstolene kunne prøve dem, samtidig som rettssikkerhetsbehov taler for en slik overprøving. Men innenfor grensene for omgjøring blir det et nytt skjønsspørsmål om adgangen til omgjøring skal brukes, og *dette* skjønnet er i utgangspunktet fritt.”⁵⁵⁰

Vi ser at Backer ikke argumenterer ut fra at det dreier seg om rettighetsavgrensning etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger, men det er neppe tvilsomt at Backer mener at domstolene skal prøve omgjøringsvedtakets hensiktsmessighet og nødvendighet. Graver sier for sin del dette uttrykkelig i diskursen om et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp i norsk rett.⁵⁵¹ Han poengterer at det forhold at dommen i *Rt. 2008 s. 560* ikke peker i retning av en entydig utvikling i retning av et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp⁵⁵² ikke ”betyr at ikke domstolene skal fortsette å prøve forholdsmessigheten av vilkår, omgjøring, sanksjoner og EMK-inngrep, og at de for øvrig skal prøve om forholdsmessigheten er vurdert på en forsvarlig måte.”⁵⁵³

Her tilføyes for ordens skyld at også i de tilfeller hvor omgjøringsadgangen er lovfestet vil rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kunne komme til anvendelse.⁵⁵⁴ Dette kan illustreres med Høyesteretts dom i *Rt. 1998 s. 929* ”Nils H. Nilsen”. Saken gjaldt gyldigheten av et tidbegrenset tilbakekall av en kjøpergodkjenning for fisk etter råfiskloven. Andrevoterende, som talsmann for flertallet, vurderte blant annet om inngrepet var ”adekvat og hensiktsmessig” og påpekte for øvrig at anken over spørsmålet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning var nektet fremmet av kjæremålsutvalget. Høyesteretts flertall uttalte følgende (min understreking):

”Jeg legger dessuten vekt på at den reaksjonen det er tale om - de økonomiske konsekvenser av tilbaketrekningen - fremstår som en adekvat og hensiktsmessig reaksjon i sammenhengen. Det er en økonomisk interesse som i alminnelighet motiverer til slike regelbrudd som det er tale om. En økonomisk interesse bør rammes gjennom en økonomisk sanksjon. Jeg antar at risikoen for en slik administrativt fastsatt økonomisk sanksjon som det her er tale om, i

⁵⁵⁰ Backer, *op.cit.*, s. 808.

⁵⁵¹ Graver, 'Forholdsmessighet og myndighetsmisbruk i forvaltningsretten', *TJR*, 2008 s. 386-387.

⁵⁵² Se nærmere om diskursen om et alminnelig forholdsmessighetsprinsipp i kapittel 6.

⁵⁵³ Graver, *op.cit.*, s. 386.

⁵⁵⁴ Se i denne forbindelse også i punkt 7.3 **Feil! Fant ikke referanseilden.** om vekselvirkningen eller samspillet mellom de ulovfestede og de lovfestede omgjøringsregler.

alminnelighet vil ha en sterkere preventiv effekt enn risikoen for strafforfølgning vil ha. I 1991 var det for øvrig ikke hjemmel for slik foretaksstraff for selskapet som det nå kunne være aktuelt å ilegge etter bestemmelsene i straffeloven kap 3 a. At det var hjemmel for å straffe tillitsmenn i selskapet, slik det faktisk har skjedd i dette tilfelle, er ikke det samme.

Adgangen til å trekke en kjøpergodkjenning tilbake for et bestemt tidsrom eller til å fastsette et hvilket som helst tidsrom, er imidlertid ikke ubegrenset. Anvendelsen av en slik reaksjon må blant annet anses undergitt et prinsipp om forholdsmessighet mellom regelbruddet og reaksjonen. Et prinsipp om forholdsmessighet er lagt til grunn for departementets avgjørelse i klagesaken og er vurdert av lagmannsretten. Anken vedrørende anvendelsen av forholdsmessighetsprinsippet er nektet fremmet til Høyesterett. Jeg går derfor ikke inn på dette.⁵⁵⁵

Med utgangspunkt i prinsipp teoriens proporsjonalitetsprinsipp med sine tre underprinsippet, er altså tendensen at proporsjonalitetsprinsippet amputeres ved rettighetsavgrensningen etter grunnloven § 97. Det vil si at underprinsippene om hensiktsmessighet og nødvendighet ikke gis anvendelse. Ved tilsvarende prøvning av enkeltvedtak og forskrifter anvendes imidlertid proporsjonalitetsprinsippet i sin fulle bredde ved rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger.

⁵⁵⁵ Side 936.

12 Konklusjon

Ved besvarelsen av spørsmålet om rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan anses å være et optimaliseringspåbud, har undersøkelsen særlig konsentrert seg om "the Law of Balancing". Denne "loven" er prinsipp teoriens kardinalpunkt og representerer vektformelen i sin enkleste form, det vil si at det ses bort fra justeringer av den relative vekten ut fra forskjeller i den abstrakte relative vekten mellom de kolliderende prinsipper og ut fra usikkerhet vedrørende kunnskap om premisser.

Det fremstår ikke som særlig tvilsomt at i de tilfeller hvor rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger får anvendelse, anses dette å være en rettighet som avgrenses ut fra underprinsippet om proporsjonalitet i en mer begrenset betydning med utgangspunkt i "the Law of Balancing". Når det gjelder en gyldig forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet, hefter det imidlertid en viss usikkerhet om det foreligger et sterkere rettighetsvern, det vil si at myndighetsinngrep i det etablerte rettsforholdet ikke kan finne sted i dette tilfellet.

I hvilken grad "inkommensurable-tesen" har spilt inn ved vektfastsettingen og dermed undergravd fundamentet for å kunne tale om en optimalisering av rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger i samsvar med prinsipp teorien, er usikkert. Dette ville for eksempel ha kommet klarere frem dersom det hadde foreligget rettspraksis om prøvning av omgjøring av enkeltvedtak på ulovfestet grunnlag ut fra en endret samfunnsoppfatning. Den foreliggende tvil endrer imidlertid ikke det faktum at det er mulig å forstå rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger ut fra prinsipp teorien. Spørsmålet i tiden fremover er dermed om denne metoden får tilslutning av et flertall i juristfellesskapet og dermed sedimenteres i større grad i rettskulturen. Diskursen om prinsipp teoriens syn på grunnrettigheter som optimaliseringspåbud bør sedimenteres i metodelæren behandles nærmere i del III.

Del III

Om synet på grunnrettigheter som optimaliseringspåbud bør sedimenteres i rettskulturen

13 Nærmere presisering av problemstillingen

Spørsmålet om rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger bør forstås ut fra prinsipp teorien, berører et mer prinsipielt spørsmål, nemlig om synet på ”grunnrettigheter” som optimaliseringspåbud generelt bør sedimenteres i vår rettskultur.⁵⁵⁶ Dette er hovedproblemstillingen i det følgende. Et kritisk punkt er dermed i hvilken grad det kan tales om ”grunnrettigheter” i norsk rett. Dette spørsmålet behandles derfor først.

Grunnrettigheter er rettigheter til vern om individet eller en minoritet som er sikret i forfatningen eller i internasjonale menneskerettskonvensjoner med tilnærmedesvis samme status i nasjonal rett som i forfatningen.⁵⁵⁷ Et problematisk forhold i norsk rett er at det er diskutabelt om menneskerettighetene som er implementert i norsk rett, har slik status som denne definisjonen forutsetter. I den norske diskursen er dette et spørsmål om de implementerte menneskerettighetene har en ”semi-konstitusjonell karakter”. Carsten Smith lanserte denne betegnelsen i forbindelse med vedtakelsen av forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3 og sa det slik (min understreking): ”Gjennom forrangsbestemmelsen vil konvensjonene få en form for semi-konstitusjonell karakter. De vil ikke være på linje med grunnloven, men likevel «gå foran» lov. Man kan som et bilde tale om en trinnhøyde mellom lov og Grunnlov.”⁵⁵⁸

I kjølvannet av dette fremholdt Eivind Smith at det er ”en tendens til å tillegge den såkalte forrangsbestemmelsen i [menneskeretts]loven § 3 større vekt enn den rettslig sett kan bære.”⁵⁵⁹

Det problematiske punktet for å tale om menneskerettigheter med en ”semi-konstitusjonell karakter” er at forrangsbestemmelsen vil kunne endres ved ny lov og at bestemmelsen

⁵⁵⁶ Her kan nevnes at Knoph stilte et lignende spørsmål da han undersøkte de rettslige standarder. Han sa det slik: ”Sånn som standardene nå gjennemsyrer lovgivningen har det stor interesse å undersøke om de er av det onde eller av det gode, om de bør oppmuntres eller bekjempes.” Se Knoph, *Rettslige standarder* (1948) s. 14. Som påpekt av Eivind Smith var essensen i læren om rettslige standarder i den konstitusjonelle rett, slik læren ble introdusert i Norge i kristiden før 1940, å øke Stortingets handlingsrom. Læren fikk først fotfeste flere tiår etter at den ble introdusert av Knoph. Se Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2008) s. 112.

⁵⁵⁷ Jfr. kapittel 5.

⁵⁵⁸ Smith, 'Fra konvensjon til lov', *Mennesker og rettigheter* 3/1999 s. 272.

⁵⁵⁹ Smith, '«Semi-konstitusjonell karakter?»', *Lov og Rett* 2001 s. 385,

antakeligvis bare får anvendelse i forhold til eldre lovgivning, det vil si en oppfatning om at Stortingets handlingsrom ikke er innskrenket ved forrangsbestemmelsen og menneskerettighetene.

Som følge av at den uenighet som foreligger om menneskerettighetenes rettslige status ut fra forrangsregler, synes diskursen om menneskerettighetenes ”semi-konstitusjonelle karakter” å ha minsket i styrke. Diskursen synes istedet å gjelde spørsmålet om menneskerettighetene bør implementeres i grunnloven. Carsten Smith argumenterer for eksempel for grunnlovsfesting av de ”allmenne internasjonale prinsipper”⁵⁶⁰ og spissformulerer seg slik til Advokatbladet: ”Bare innskrivning i grunnloven vil gi vern mot politisk vingling og offentlig stemningsskifter. Bare da kan vi hindre at staten skaffer seg menneskerettsfrie soner.”⁵⁶¹

Antakeligvis har uklarheten om menneskerettighetenes status som grunnrettigheter og dreiningen mot en diskurs om grunnlovsfesting av de allmenne internasjonale prinsipper til vern av individet mot statsmakten bremsset opp en mer omfattende diskurs om grunnrettigheter, grunnrettighetskontroll og grunnrettighetsfortolkning.⁵⁶² Det er det imidlertid liten grunn til. Stortinget vil neppe vedta en lov som strider mot de implementerte eller anerkjente menneskerettigheter og det er ikke usannsynlig at grunnlovsfesting av menneskerettigheter en gang vil finne sted⁵⁶³. Det er også tegn som tyder på en økt materiell demokratiforståelse i den norske rettslige diskursen, slik at den oppfatning at Stortingets handlingsrom ikke er redusert gjennom menneskerettighetenes økte betydning i rettstenkningen, allerede er svekket. Som nevnt i kapittel 5 har tre høyesterettsjustitiarer i diskursen fremholdt at rettighetene i Den europeiske menneskerettskonvensjon kan gå foran lovgivningen ved motstrid. Hertil kommer at med et eventuelt økt fokus på konstruksjon av

⁵⁶⁰ *ibid.* s. 39.

⁵⁶¹ Se Advokatbladet nr. 9 2008.

⁵⁶² Her nevnes for ordens skyld at Carsten Smith synes på ingen måte å ha forkastet tanken om at de menneskerettigheter som er implementert ved menneskerettsloven, har en ”semi-konstitusjonell karakter”. I NOU 2008:5 står han fast ved dette synspunktet og påpeker for øvrig i tilknytning til SP artikkel 27 om vern av minoriteters kultur at minoritetsvernet er forsterket gjennom grunnloven § 110a. Han sier det slik (min understreking): ”Folkeretten og Grunnloven, prinsippet i FN-konvensjonens artikkel 27 og prinsippet i Grunnlovens § 110 a, må på denne bakgrunn sies å stille ensartede krav. Rettstilstanden for samene er ikke blitt endret ved grunnlovsbestemmelsen i den forstand at de har fått nye rettigheter til naturressurser. Men Grunnloven forsterker konvensjonens bestemmelse ved at den ikke bare er en «semi-konstitusjonell» rettsregel ifølge menneskerettsloven. Bestemmelsen har også fått Grunnlovens støtte i norsk rett.”

⁵⁶³ Det er bemerkelsesverdig at den fremste stridsmann for dette i diskursen, er pensjonert professor og høyesterettsjustitiarius Carsten Smith. Forhåpentligvis vil flere yngre krefter komme til i takt med at forvitringstesen tilbakevises og erstattes med det syn at grunnlovsfesting av menneskerettighetene forhindrer at demokratiet forvitrer. Se nærmere om forvitringstesen i kapittel 15.

rettsprinsippet med en konstitusjonell karakter banes det vei for at domstolene vil trekke opp visse grenser for Stortingets inngrepsmulighet overfor borgerne ved alminnelig lovgivning.

Det er altså som antydnet et spørsmål om synet på rettslig legitimitet vil kunne bidra til å trekke de implementerte menneskerettighetene inn under definisjonen av grunnrettigheter, det vil si at de gis en "semi-konstitusjonell karakter". Et slikt trekk fra Høyesterett ved fortolkningen av grunnloven og presumpsjonsprinsippet vil neppe få en dårlig mottakelse fra Stortinget, som allerede har gått langt i sin anerkjennelse av menneskerettighetene som kompetansebegrensende prinsipper.

Spørsmålet om sedimentering av prinsippteorien syn på grunnrettigheter som optimaliseringspåbud er imidlertid ikke alene et spørsmål om menneskerettighetenes rettslige status ved konflikt med lovgivningen, men er også et spørsmål om i hvilken grad teorien "passer" med rettskulturen, og om det finnes andre alternative teorier som eventuelt bør velges i stedet for Alexys. Sedimenteringsspørsmålet drøftes etter dette også med utgangspunkt i "eckhoffismen" som er en dominerende metodelære og i relasjon til Habermas' og Dworkins rettsteorier.

Her tilføyes for ordens skyld at drøftelsen ut fra rettskulturen får et hermeneutisk preg.⁵⁶⁴ Det vil si en tilnærming som bygger på den forståelse at fortolkeren reproducerer objektet gjennom en kontinuerlig bevegelse mellom fortid og nåtid. Dette illustreres vanligvis ved å tale om en "bevegelse" både horisontalt og vertikalt. Den horisontale bevegelse tar opp tolkningsmomenter fra fortiden. Mens den vertikale bevegelse skjer innenfor samtidens rammer. Ved denne tankens bevegelse veksles det mellom å forstå delen ut fra helheten og helheten ut fra delen. En viktig forhold for hermeneutikken er å forstå at fortolkeren alltid vil befinne seg i en kontekst. Det vil si at det gjør seg gjeldende en forforståelse eller en fordom. Dermed vil fortolkningen eksempelvis kunne påvirkes av fortolkerens egne erfaringer eller den kontekst denne skaper. Hermeneutikken åpner for at ulike fortolkere kan komme til ulik fortolkning av objektet. Dette åpner igjen for kreativitet og kritikk, som er et grunnleggende element ved menneskelig aktivitet. Gjennom denne forståelse gis det også en forklaring på fornyelser i rettstradisjonen. Det skjer ved at nye fortolkninger legges til de eldre fortolkninger. Med andre ord er det en konflikt mellom fortolkninger som over tid kan veksle om hegemoniet. Det betyr at det ikke finner sted en lineær eller forutsigbar utvikling, samt at det alltid er en ny tradisjon basert på eldre tradisjoner som skapes. Tanken om å kunne løsrive seg fra tradisjonen forkastes med andre ord. Som påpekt av Tontti⁵⁶⁵ kan det i relasjon til retten trekkes noen forståelseslinjer. Det er for det første at ikke-kontekstuell forståelse av retten ikke anses som mulig. For det andre er forestillingen om alltid å kunne sondre skarpt mellom hvordan retten "er" og

⁵⁶⁴ Se for eksempel Tontti, *Law, Tradition and Interpretation* (i: *International Journal for the Semiotics of Law*, 1998, hefte 31).

⁵⁶⁵ *ibid.*

hvordan den ”bør” være, ikke er mulig. Dette ut fra den forståelse at det i ethvert utsagn om hvordan et objekt er, finnes det et element av bør.

Når det gjelder betegnelsen ”eckhoffisme” kan nevnes at denne er hentet fra Askeland, som presiserer at Eckhoffs bok *Rettskildelære* som kom i første utgave i 1971, ikke brakte mye nytt, men ”mer festet på papiret en tradisjon som allerede hadde godt fotfeste”.⁵⁶⁶ Dette er en tradisjon som i stor grad åpner for vurderinger av motstridende hensyn og ”resultatets godhet”. Graver har påpekt at ”eckhoffismen” avmaterialiserer retten ved at læren mangler klare materielle prinsipper og skranker som setter grenser for rettsanvendelseskjønnet.⁵⁶⁷ Bernt og Doublet setter fingeren på at Eckhoff ”legger i likhet med hermeneutikerne til grunn at verdier rent faktisk vil inngå i de rettslige avveiningene, og ser det som en oppgave å synliggjøre disse premissene.”⁵⁶⁸ De sier videre:

”I tråd med dette legger han [Eckhoff] til grunn at «synspunkter på resultatets godhet» eller «reelle hensyn» vil kunne inngå også i rettsdogmatiske resonnementer, men han utvikler ingen fullstendig modell for hvordan verdimeslig argumentasjon kan integreres i det juridiske resonnement – hvordan vi avgjør hvilke verdier som er relevante, og hvor stor vekt de skal tillegges.”⁵⁶⁹

I det følgende undersøkes i kapittel 14 ”eckhoffismens” syn på rettsprinsipper i relasjon til prinsippteorien og gis et overblikk over den norske diskursen om metodelæren. Deretter undersøkes i kapittel 15 mer konkret den norske diskursen om metodelæren og rettighetsavgrensning vedrørende grunnrettigheter ut fra en materiell demokratiforståelse. Her nedtones det forhold at menneskerettighetenes rettslige status som grunnrettigheter i norsk rett er diskutabel. I kapittel 16 undersøkes Habermas’ og Dworkins teorier som alternativer til Alexys teori om relativisering av grunnrettigheter. Til slutt i kapittel 17 trekkes en konklusjon.

⁵⁶⁶ Askeland, 'Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning', *Jussens Venne*, 2003 s. 12.

⁵⁶⁷ Graver, 'Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover', *TfR*, 2000 s. 435-439. Se også Askeland, *op.cit.*, s. 18.

⁵⁶⁸ Bernt og Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring* (1998) s. 224.

⁵⁶⁹ *l.c.*

14 ”Eckhoffismens” syn på rettsprinsipper og norsk diskurs om metodelæren

”Eckhoffismen” tar utgangspunkt i en avveiningsmodell hvor rettskildefaktorene ikke har en forhåndsbestemt vekt og inngår i relasjon til hverandre ved fastleggingen av den konkrete avgjørelsesnorm. Helgesen presiserer dette slik: ”Eckhoff fremholdt i alle sammenhenger at harmonisering og avveining av rettskildefaktorer er en relativ prosess, en prosess hvor de enkelte elementer inngår i relasjon til hverandre.”⁵⁷⁰

Eckhoff uttalte selv at ”[d]et er heller ikke slik at de forskjellige typer rettskildefaktorer har hver sine faste vekter.”⁵⁷¹ Han presiserte videre at det forhold at rettskildefaktorene ikke har hver sine faste vekter, i ”særlig høy grad” gjelder reelle hensyn⁵⁷², som er den rettskildefaktor hvor vi kan plassere rettsprinsippene.⁵⁷³

Reelle hensyn er i samsvar med alminnelig lære vurderinger av resultatets godhet, men slike vurderinger inngår også i utvelgelsen og vektingen av andre rettskildefaktorer. Blandhol sier dette nokså treffende ved sin påpekning av at ”reelle hensyn på en måte blir en overgripende kategori for hele rettskildelæren”⁵⁷⁴ Rettsanvender skal altså foreta en type helhetsvurdering av de argumenter som vedkommende utleder av rettskildene med bakgrunn i rettskildepriippet om anvendelse av reelle hensyn og vurdering av resultatets godhet.⁵⁷⁵ Vi ser at i dette bildet er det ikke plass for rettsprinsipper som har en vekt som er bestemt på forhånd, noe som også er presisert av Eckhoff ved hans behandling av Dworkins ”principles”:

”Another difference between principles and rules is, according to Dworkin⁵⁷⁶ (p.26) that: «Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance.» I would rather say that it is not the principles, but the reasons to which they refer that have the dimension of weight.”⁵⁷⁷

⁵⁷⁰ Eckhoff og Helgesen, *Rettskildelære* (2001) s. 28.

⁵⁷¹ *ibid.*

⁵⁷² *l.c.*

⁵⁷³ Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*, s. 86 og note 196. Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 261.

⁵⁷⁴ Blandhol, ’Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse’, *TJR*, 2004 s. 372.

⁵⁷⁵ Mæhle taler om ”den fundamentale avveiningsnormen”, se Mæhle, *op.cit.*, s. 166

⁵⁷⁶ Dworkin, *Taking rights seriously* (1977) s. 26.

⁵⁷⁷ Eckhoff, *Legal Principles* (i: Werner Krawietz, Neil MacCormick og G.H. von Wright (red.), *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems: festschrift für Robert S. Summers* (1994) s. 33-42).

En prinsipiell avstandtagen til rettsprinsipper som relative størrelser kan imidlertid ikke spores hos Eckhoff, men noen optimaliseringstese legges det ikke direkte til rette for.

Rettsprinsipper fremstår imidlertid ikke som unyttige i Eckhoffs tenkning. Han synes å mene at anvendelse av rettsprinsipper kan bidra til at argumentasjon ut fra reelle hensyn ("substantive reasons") får større innpass i rettsanvendelsesskjønnet. Antakelig bygger Eckhoff på en slags "evolusjons-teori" hvor rettsprinsippene er det redskap som baner veien for rettskildefaktoren reelle hensyn, som altså i mindre grad enn rettsprinsippene forutsetter et formelt grunnlag ("formal recognition"⁵⁷⁸) i rettskildene. Han sier det slik (min understreking):

"The fact that legal principles usually are shaped by reasons of substance but that they still may bear a certain stamp of authoritativeness, places reasoning on the basis of principles in a border-field between substantive and formal reasoning. The use of principles in legal reasoning may indicate that a need is felt to take substantive reasons into account, but that one does not feel free to give the substantive reasons sufficient weight unless they are embodied in a recognized principle. In the development of legal systems frequent use of principles may serve as a stage in an evolution from more to less formality."⁵⁷⁹

Gitt at det er korrekt at Eckhoff bygde på en slik "evolusjons-tese" kan det konstateres at denne tesen ikke er innfridd i særlig grad verken nasjonalt eller i europeisk målestokk. Både i rettspraksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol, EF-domstolen og i Høyesterett forsvarer nemlig rettsprinsippene sin plass. For norsk retts vedkommende har Graver med henvisning til Bergo⁵⁸⁰ fremholdt (min understreking):

"Som en generell tese må det kunne hevdes at Høyesterett gjennom de siste tyve årene har vist til prinsipper og alminnelige rettsgrunnsetninger langt hyppigere enn de gjorde før. Dessuten gis prinsippene et annet innhold, karakter og funksjon. Når retten før 1980-tallet viser til alminnelige rettsgrunnsetninger og lignende, er det som regel som en veiledning til å løse spørsmål som ikke er underlagt positivrettslig regulering. Som regel er det vanskelig å se at prinsipper gir noen nevneverdig selvstendig normativ kraft. Innholdet av prinsipper formuleres gjerne som en interesseavveining, hvor

⁵⁷⁸ *ibid.* s. 42. Eckhoff påpeker at en slik formell anerkjennelse ikke nødvendigvis øker vekten av de reelle hensyn som er inkorporert i prinsippet.

⁵⁷⁹ Eckhoff, *op.cit.*, s. 42.

⁵⁸⁰ Bergo, *Høyesteretts forarbeidsbruk* (2000) s. 300 og 312.

saken avgjøres på grunnlag av en pragmatisk tilnærming ut fra de interesser som gjør seg gjeldende, og de konsekvenser de forskjellige løsningsalternativer vil få. I senere avgjørelser opptrer prinsipper hyppigere som ledd i den språkbruk Høyesterett benytter seg av. I tillegg er vurderingen på grunnlag av prinsippene annerledes. Prinsippene brukes som normative føringer utover de positive kilder som danner grunnlag for konstruksjonen, og de avveininger som foretas mellom prinsipper, fremstår oftere som en avveining og balansering av prinsipper mot hverandre, enn som en klarlegging og avveining av de konsekvenser forskjellige løsninger kan ha for interesser som berøres."⁵⁸¹

Slik Graver formulerer seg, synes det også å kunne konstateres at det har funnet sted en vitalisering av rettsprinsippene i høyesterettspraksis ved at disse tillegges større normativ kraft.⁵⁸² Kjønstad er inne på det samme i en artikkel fra 2006, men bygger på et mer begrenset materiale.⁵⁸³ Det mest interessante med Kjønstads artikkel er derfor at han forsøker å forklare hvorfor utviklingen går i denne retningen, det vil si i motsatt retning av det Eckhoff synes å ha sett for seg. Kjønstad trekker for det første frem at Norge ikke lenger er et homogent samfunn. Det gjør seg gjeldende ulike religioner og kulturer, og det er mindre enighet om verdispørsmål. Rettsprinsipper vil da, slik jeg tolker Kjønstad, gi fastere holdepunkter for rettsanvender. For det andre påpeker Kjønstad problemet med å skaffe seg sikre holdepunkter, for eksempel gjennom samfunnsvitenskapelig forskning, for hvilke konsekvenser en løsning vil få, noe som er en sentral og optimistisk tanke bak "Eckhoffs rettskildelære". For det tredje legger Kjønstad vekt på de begrensede muligheter dagens jurister, med den tid som står til rådighet i det praktiske liv, har til å beherske og forstå den store mengden normativt bindende og veiledende tekster. I tillegg til denne både praktiske og samfunnsvitenskapelig orienterte argumentasjon vil jeg påpeke at det for eksempel også kan argumenteres for at anvendelse av rettsprinsipper er hensiktsmessig ut fra en materiell demokratiforståelse. Dette kommer jeg straks tilbake til.

Den økte interessen for å tenke ut fra rettsprinsipper viser seg også i nyere juridiske arbeider på så forskjellige områder som kontraktsrett og barnerett.

⁵⁸¹ Graver, 'I prinsippet prinsipiell: om rettsprinsipper', *TfR*, 2006 s. 211.

⁵⁸² Denne utviklingen er i tråd med Askelands antakelse i hans artikkel fra 2003 om rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning. Han sier med utgangspunkt i EF-rettens implementering i norsk rett "at Europarettens inntog antagelig vil bidra til en vending bort fra de frie vurderingene av resultatets godhet." Se Askeland, 'Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning', *Jussens Venner*, 2003 s. 22.

⁵⁸³ Kjønstad, Asbjørn, *Reelle hensyn som rettskilde* (i: Fauchald, Jakhelln, Syse red., *Dog fred er ej det bedste: festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-års dag 26. august 2006* (2006)).

Nazarian klargjør for eksempel i sin undersøkelse av lojalitetsplikt i kontraktsforhold sitt syn på rettsprinsipper slik:

"Robert Alexys optimaliseringstese beskriver etter mitt syn den grunnleggende forskjell mellom rettsprinsipper og rettsregler. Dette momentet har også betydning for en analyse av lojalitetsprinsippet. Lojalitetsprinsippet vil blant annet måtte tilpasses prinsippet om handlefrihet og ytringsfrihet. Det må vurderes konkret hvilket av rettsprinsippene som veier tyngst i det konkrete tilfellet.

Lojalitetsprinsippet må også vurderes opp mot lovbestemmelser. Et eksempel på dette er bestemmelsene i konkurranseloven og forholdet til illojal konkurrerende virksomhet. ... Ofte må rettsprinsippet vike for lovbestemmelser hvis det er kollisjon. Rettsprinsipper kan imidlertid i noen tilfeller brukes til å sensurere de positive rettskilder, og kan legge bånd på både lovgivning og rettspraksis."⁵⁸⁴

Bendiksen behandler i sin undersøkelse om barn i langvarige fosterhjems plasseringer barnerettens prinsipper om barnets beste, det biologiske prinsippet og det mildeste inngreps prinsipp. Hun tar utgangspunkt i at dette er prinsipper med en "normativ karakter". Dette synes å innebære at prinsippene skal legges til grunn i rettsanvendelsesskjønnet. Videre at prinsippene har en vekt i seg selv med den følge at det er løsninger i strid med prinsippene som må begrunnes. Som følge av denne funksjonen mener hun at prinsippene er "overordnede". Prinsippene er også "overordnede" ifølge Bendiksen fordi de har grunnlag i lovgivningen og menneskerettighetene. Hun sier det slik:

"Når jeg legger til grunn at prinsippene er overordnet, sier det både noe om grunnlaget og om betydningen av dem. Med hensyn til betydningen legger jeg som Nygaard til grunn at det er retningslinjer med en tungtveiende karakter:

«Men når ein talar om rettsgrunnsetningar eller rettsprinsipp, tenkjer ein seg truleg at det er tale om *hovudretningslinjer* eller ei *hovudrettesnor*. Altså at det er tale om *tungtvegande* retningslinjer. I dette vil liggja at avvik frå hovudrettesnora må grunngjevast særskilt. Fråvik frå rettsprinsippet eller rettsgrunnsetningen skal kosta noko.»

I lys av dette vil prinsippene som behandles nedenfor være noe mer enn sammenfatninger av enkeltregler som i hovedsak ville ha hatt en systematiserende eller pedagogisk funksjon. Prinsippene vil derimot være

⁵⁸⁴ Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (2006), s. 71.

retningslinjer med normativ karakter. Det innebærer for det første at det ikke er løsninger i samsvar med det prinsippet gir uttrykk for som må begrunnes.

....

Dernest innebærer det at prinsippene har normativ karakter at de tillegges vekt i seg selv i rettslig argumentasjon. Prinsippet om barnets beste har vekt i seg selv, det er ikke avhengig av å være forankret i den konkrete lovhjemmelen, uttalt av Høyesterett eller på annen måte kommet eksplisitt til uttrykk i andre kilder.

Også med hensyn til grunnlaget legger jeg til grunn at prinsippene er noe mer enn bare sammenfatninger av enkeltregler. Grunnlaget for de prinsippene som vil bli behandlet i det følgende, er mer overordnet i den forstand at det er normer som er lagt til grunn og fulgt over et lengre tidsrom, de er knyttet til større rettslige områder, og har røtter både i lovgivningen og i menneskerettighetene.⁵⁸⁵

De barnerettslige prinsipper skal altså ifølge Bendiksen legges til grunn i rettsanvendelsesskjønnet. Videre skal den løsningen som prinsippet utpeker følges med mindre gode grunner taler mot dette. Dette utgangspunktet harmonerer med Alexys optimaliseringstese.⁵⁸⁶ Parallellen til Alexy blir videre klarere når det ved den konkrete avveiningen av spørsmålet om det foreligger gode grunner, tas utgangspunkt i inngrepsintensiteten vedrørende de barnerettslige prinsipper. Det er altså inngrepet i de barnerettslige prinsipper som må rettferdiggjøres.⁵⁸⁷ Hvorfor de barnerettslige prinsipper skal optimaliseres, sier Bendiksen ikke så mye om, men forankringen i menneskerettighetene synes å stå sentralt. Når det konkret gjelder prinsippet om barnets beste, går hun etter min mening vel langt når hun legger til grunn at dette prinsippet skal tillegges normativ kraft uten noen forankring i rettskildene. En slik oppfatning lar seg imidlertid forene med Dworkins teori hvor "principles" står sentralt.⁵⁸⁸

Selv om vi ser konturene av en utvikling i retning av å tillegge rettsprinsippene større betydning i norsk rett, må det likevel konstateres at formell lovgivning antakelig fortsatt oppfattes som "rettens kjerne", ikke bare i norsk rett men også i svensk og dansk rett. Som Graver påpeker, het det i middelalderens lovbøker at "med lov skal land bygges", og denne forståelsen av loven som det sentrale utgangspunktet ved fastlegging og endring av rettsregler,

⁵⁸⁵ Bendiksen, *Barn i langvarige fosterhjems plasseringer – foreldreansvar og adopsjon* (2008) s. 165.

⁵⁸⁶ Se punkt 2.2.1 om optimaliseringspåbudet.

⁵⁸⁷ Se punkt 2.2.3 om "the Law of Balancing".

⁵⁸⁸ Se nærmere om Dworkins rettsteori i punkt 16.3.

står nok fortsatt sterkt.⁵⁸⁹ Dette betyr nødvendigvis ikke at retten alene utvikles gjennom politiske lovprosesser, og at rettsanvenderne i sitt daglige virke ikke er påvirket av generelle prinsipper som utledes av rettskildene. Med andre ord kan de politiske prosesser og den formelle lov være sluttpunktet i en utvikling heller enn startpunktet. Forestillingen om loven som "rettens kjerne" står imidlertid ganske fast ut fra tradisjonen. Dette i motsetning til for eksempel den kontinentale tradisjon hvor alminnelige overordnede prinsipper utgjør "rettens kjerne" eller den engelske tradisjonen hvor rettsavgjørelser utgjør "rettens kjerne".⁵⁹⁰ Som Dalberg-Larsen presiserer i sin rettsteoretiske analyse av disse tre forestillinger om hva som har avgjørende betydning i retten og dermed "udgør rettens kjerne", kan de fleste neppe tenke seg rettssystemer uten både lover, rettspraksis og rettsprinsipper.⁵⁹¹ Problemet i relasjon til rettsprinsippene oppstår imidlertid når disse anses hevet over de to andre elementer.⁵⁹² I Eckhoffs rettskildelære synes dette problemet, som antydnet, å være eliminert ved å plassere rettsprinsippene under rettskildedefaktoren reelle hensyn og ved at han samtidig bygger på at samtlige faktorer er relative størrelser.

Sammenlignet med "eckhoffismens" syn på rettsprinsipper vil optimaliseringspåbudet på en langt klarere måte fremtone at for å kunne utvanne grunnrettigheter ved den konkrete rettsanvendelse må en bestemt fremgangsmåte følges, og det er et krav om at det finner sted en vektfastsetting ut fra rettskildene. Selv om det riktignok er slik at også prinsippeteoriens rettsprinsipper er relative størrelser, antas altså at dette gjelder i mindre grad enn når rettsprinsipper regnes som reelle hensyn og "inkommensurable-tesen" og tanken om "helhetsvurderinger" får råde. Hvorvidt dette i praksis medfører at grunnrettighetsvernet er svakere ved praktiseringen av "helhetsvurderinger" enn når optimaliseringspåbudet legges til grunn, er vanskelig å underbygge med empirisk materiale. Per i dag synes det heller ikke å foreligge slike undersøkelser. I diskursen om prinsippeteorien bør velges eller forkastes ved rettighetsavgrensingen av konstitusjonelle rettigheter, er dermed det sentrale argument for å velge prinsippeteorien at skjønnsfriheten begrenses gjennom at det stilles krav om en bestemt struktur på argumentasjonen gjennom teoriens teser og lover. Tanken her er altså at redusert skjønnsfrihet er lik redusert fare for utvanning av de konstitusjonelle rettigheter eller det som kan karakterisere som misbruk av rettferdiggjorte rettsnormer. Et annet forhold er at ved å

⁵⁸⁹ Graver, *Juridisk overtalelseskunst* (2008) s. 81.

⁵⁹⁰ *l.c.*

⁵⁹¹ Dalberg-Larsen, *Hvad udgør rettens kjerne: retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?* (i: Dalberg-Larsen og Lemann Kristiansen (red.), *Om retsprinsipper* (2004) s. 11).

⁵⁹² *ibid.* s. 12.

følge prinsipp teorien garanteres i stor grad et rasjonelt, dokumenterbart og etterprøvbart resultat ved løsningen av konkrete saker, noe som ikke alltid er like klart når rettsanvender skal bygge på "helhetsvurderinger" av reelle hensyn og etter en angivelse av ulike hensyn sier at resultatet etter en totalvurdering av disse hensyn blir X eller Y. Dette er i og for seg gode grunner for å velge prinsipp teorien.

Det generelle argumentet for valg av prinsipp teorien er altså at dette valg bringer inn mer struktur i argumentasjonen som på en tydelig måte tar utgangspunkt i at det skal finne sted en avgrensning av rettigheter. Disse rettigheter er imidlertid også etter prinsipp teorien relative størrelser og rettighetsavgrensning ut fra denne teorien ligger derfor ikke milevis fra helhetsvurderingen av reelle hensyn med "inkommensurable-tesen" som utgangspunkt for argumentasjonen. Synet på de kolliderende hensyn som relative størrelser er altså felles, og dette innebærer at sedimentering av oppfatningen av grunnrettigheter som optimaliseringspåbud ikke er uforenelig med "eckhoffismen". Prinsipp teorien løser også problemet om "eckhoffismens" mangel på en "fullstendig modell for hvordan verdimeslig argumentasjon kan integreres i det juridiske resonnement – hvordan vi avgjør hvilke verdier som er relevante, og hvor stor vekt de skal tillegges".⁵⁹³

Eckhoffs metodeforståelse er ikke enerådende blant norske forfattere. Askeland har for eksempel vist hvordan Eckhoff kan plasseres i forhold til andre forfattere ut fra kriteriet "tekstlojalitet", det vil si i hvilken grad rettsanvenderen oppfatter seg som bundet av ordlyden i positivt rettskildemateriale.⁵⁹⁴ Et sentralt poeng for Askeland synes å være at ulike norske forfattere ut fra sin tekstlojalitet kan plasseres innenfor teoretiske retninger som positivisme, hermeneutikk, rettsrealisme, pragmatisme og postmodernisme, og at den rettsrealistiske retningen som Eckhoff var en frontfigur for, dermed utfordres av andre tenkemåter. Det er vanskelig å si med sikkerhet om kriteriet "tekstlojalitet" er egnet til å få frem de fronter som står mot hverandre i den rettsteoretiske diskurs. Dalberg-Larsen har valgt en annen tilnærming, nemlig å ta utgangspunkt i hva ulike teoretikere anses som rettens kjerne eller essens.⁵⁹⁵ Når spørsmålet er synet på hva som kreves for at reelle hensyn kan "trumfe" lovens ordlyd, synes jeg imidlertid at Askeland kommer godt ut av det. Ser vi for eksempel på Nygaard, påpeker Askeland at Nygaard velger et annet utgangspunkt enn Eckhoff ved å reise

⁵⁹³ Bernt og Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring* (1998) s. 224.

⁵⁹⁴ Askeland, 'Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning', *Jussens Venner*, 2003 s. 8.

⁵⁹⁵ Dalberg-Larsen, *op.cit.*

spørsmålet om hva som kan være et primært rettsgrunnlag for å hjemle det krav som fremmes. Askeland taler her om en "primærgrunnlagsmodell" i motsetning til Eckhoffs "avveiningsmodell" hvor avgjørelsesnormen et resultat av en konkret avveining av rettskildefaktorer som relative størrelser. Ifølge Askeland gis det hos Nygaard rom for rettsprinsipper som primært rettsgrunnlag, det vil si at prinsippene utgjør den rettsnorm som inneholder de vilkårene som kreves for at rettsvirkningen skal utløses.⁵⁹⁶ Slik jeg oppfatter Nygaard, åpner han for at rettsprinsippene kan ha en slik vekt at de får avgjørende betydning ved tolkningen av lovens ordlyd.⁵⁹⁷ Blant annet som følge av dette synes Askeland å ha visse vanskeligheter med å plassere Nygaard i kategorien positivisme eller rettsrealisme. Han velger å plassere Nygaard begge steder.⁵⁹⁸

Det er altså ingen enkel sak å plassere ulike forfattere i rettsteoretiske båser. Et annet forhold er at det er glidende overganger. Eckhoffs rettskildelære kan for eksempel forstås i sammenheng med en pragmatisk livsanskuelse gjennom betoningen av at det skal legges vekt på resultatets godhet ved utformingen av avgjørelsesnormen.⁵⁹⁹ Pragmatister tror, som Blandhol påpeker, at argumentasjon og begrunnelse skjer ved at man avveier en rekke momenter i en helhetsvurdering.⁶⁰⁰ Det sentrale er å komme frem til hva som virker, det vil si hva som gir resultater.⁶⁰¹ Kjernepunktet for denne retningen er erkjennelsen av at vurderinger av reelle hensyn og resultatets godhet er en rettferdighetsvekt som i mange tilfeller gir det resultatet som rettsanvenderen i utgangspunktet kunne ønske seg. Augdahls avstandtagen fra tanken om en "almengyldig" rettferdighetsvekt, er vel ganske kjent. Han mener at "[d]er er i virkeligheten likesaa mange «vegter» som der er individer."⁶⁰²

Rettsrealistenes svar på dette problemet med mangel på en objektiv målestokk er å studere hva Høyesterett "til enhver tid legger til grunn som riktig forståelse av rettsregelen ved sin rettsanvendelse."⁶⁰³ Gjennom en slik tilnærming undergraver rettsrealistene ifølge Doublet "jusens mulighet for å stå som garantist for grunnleggende etiske og rettsikkerhetsmessige verdier."⁶⁰⁴ Doublet tar derfor sammen med Bernt utgangspunkt i hermeneutikk, det vil si at

⁵⁹⁶ Askeland, *op.cit.*, s. 16.

⁵⁹⁷ Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (2004) s. 261.

⁵⁹⁸ Askeland, *op.cit.*, s. 19.

⁵⁹⁹ Askeland, *op.cit.*, s. 13. og Graver, 'I prinsippet prinsipiell: om rettsprinsipper', *TJR*, 2006, s. 202.

⁶⁰⁰ Blandhol, *Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse* (2004) s. 368.

⁶⁰¹ Askeland, *op.cit.*, s. 12.

⁶⁰² Augdahl, *Ret og retskrænkelser. Betragtninger over den nordiske retsbrudslære* (1921) s. 65. Se også Nesland, *Norsk rettskildelære 1884-1939* s. 275.

⁶⁰³ Bernt m.fl., *Ret, samfunn og demokrati: innledning til juss-studiet* (2007) s. 190.

⁶⁰⁴ Doublet, *Ret, vitenskap og fornuft: et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimeessige forutsetninger* (1995) s. 256.

enhver tolkning av en rettsregel må skje i lys av en helhet.⁶⁰⁵ De bygger videre på at retten er en selvjusterende organisme som altså takler oppgaven med å gi et vern mot inngrep i grunnleggende etiske og rettssikkerhetsmessige verdier.⁶⁰⁶ Dette synet på rettslig legitimitet omtales hos Mæhle som en funksjonell legitimitetsmodell og er en av tre legitimitetsmodeller i hennes undersøkelse av rettslig legitimitet i spenningsfeltet mellom flertallsmakt og rettighetsvern.⁶⁰⁷ De to andre modeller er den substansielle legitimitetsmodell og den demokratiske legitimitetsmodell. Etter den substansielle modell kreves "at det materielle innholdet i enkelte, til en viss grad på forhånd verdimesse premisser, må inkluderes og tillegges avgjørende betydning i rettsanvendelsen."⁶⁰⁸ Dette er ikke et krav etter den funksjonelle modell hvor vi altså finner Doublet og Bernt, og hvor det forutsettes eller argumenteres for "at det juridiske fortolkningsfellesskapets evne til å sikre samspill mellom rett og samfunn har en avgjørende betydning for rettslig legitimitet."⁶⁰⁹

I den demokratiske modellen er det avgjørende for rettslig legitimitet "at rettsanvenderen etablerer og opprettholder en demokratisk forankring for rettsanvendelsesprosessen."⁶¹⁰

Mæhle erkjenner at samtlige modeller har trekk fra hverandre.⁶¹¹ Kritikere vil derfor kunne hevde at modelltenkingen har mindre verdi. En annen tilnæringsmåte til legitimitetsspørsmålet enn den vi finner hos Mæhle, følges av Dalberg-Larsen som spør: "Hva udgør rettens kjerne – retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?"⁶¹² Fordelen med hans tilnærming er at i hans komparative analyse av ulike teorier som velger rettsavgjørelser, retsregler eller rettsprinsipper som rettens kjerne eller essensielle bestanddel. Dermed får han frem den enkelte rettsteoretikers forståelse av rettslig legitimitet uten bruk av legitimitetsmodeller.

⁶⁰⁵ Askeland, *op.cit.*, s. 11.

⁶⁰⁶ Askeland, *op.cit.* s.11 og Bernt og Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring* (1998) s. 169-174 og 263-269.

⁶⁰⁷ Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern* (2005).

⁶⁰⁸ *ibid.* s. 74.

⁶⁰⁹ *ibid.* s. 129.

⁶¹⁰ *ibid.* s. 174.

⁶¹¹ *ibid.* s. 226-227.

⁶¹² Dalberg-Larsen, *op.cit.*

Både Askelands og Mæhles arbeider indikerer at de mener at det i diskursen om rettsanvendelsesskjønnets grenser er behov for en dypere forståelse av hvilke legitimitetsforutsetninger som ligger bak de metodiske valg som forfattere og andre rettanvendere gjør. Altså at en diskurs om rettskildene ikke gir et godt nok grunnlag for å forstå argumentasjonen om metoden for løsning av juridiske problemstillinger. Den norske "praktiske" tilnærmingen med utgangspunkt i rettskildelæren er da også kritisert av utenlandske rettsteoretikere. Tuori sier det slik:

"Ett särdrag i den norske rättsteoretiska diskussionen har varit rättskällelärans dominans. Man kan t.o.m. påstå att nästan alla rättsteoretiska problem har definierats i denna lära. Jag är dock inte säker på om läget i alla hänseenden har varit gynnsamt för teorins utveckling. Det kan nämligen väl finnas rättsteoretiskt relevanta frågeställningar som helt enkelt inte kan infångas av rättskällelärans begreppsapparat."⁶¹³

Tuori nevner Mæhles og Kinanders arbeider som eksempler på et brudd med den norske tradisjon. Det finnes imidlertid flere, hvor Doublet og Bernt særlig må fremheves. Disse tilhører den såkalte "bergensskolen", som jeg forbinder med søken etter svar på rettsteoretiske problemer også i rettens "dypstruktur".⁶¹⁴ Her tilføyes at tanken om at retten har en "dypstruktur", et mellomnivå og et ytre nivå, gjør seg gjeldende hos Tuori. Ut fra denne tenkning om rettens lagdeling kan vi plassere prinsipp teorien på rettens mellomnivå (rettskulturen) hvor vi finner metodelæren. I "dypstrukturen" plasseres demokratiprinsippet som kan påvirke og begrunne metodelæren. På rettens ytre nivå plasseres empirisk konstaterbart materiale som lovgivning, dommer etc. Et sentralt poeng med lagdelingen er å få frem påvirkningen mellom de ulike nivåer⁶¹⁵, samt at Tuori tenker seg at de dypere lag er mer konstante enn rettens ytre nivå.⁶¹⁶ Forandring skjer for øvrig ikke av seg selv. Det kreves menneskelig aktivitet på de ulike nivåer.⁶¹⁷

Det er antakelig lite treffende å tale om skoleretninger i den norske juridiske diskursen. Oslo-professoren Smiths bok om konstitusjonelt demokrati⁶¹⁸ hvor han med direkte henvisning til

⁶¹³ Tuori, *Critical legal positivism* (2002) s. 691.

⁶¹⁴ *ibid.*, s. 147.

⁶¹⁵ *ibid.* s. 196.

⁶¹⁶ *ibid.* s. 192.

⁶¹⁷ *ibid.* s. 197.

⁶¹⁸ Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2008).

Mæhles arbeid blant annet undersøker spørsmålet om prøvningsrettens legitimitet⁶¹⁹, viser dette. Bernt advarer da også ganske sterkt mot skolestrid i norsk rettsteori ved følgende påpekning:

"Rettsteoriens formål er i siste hånd pragmatisk – å tjene det fag som det utgjør den teoretiske grunnmuren for. Og da må en hovedoppgave være å identifisere og formulere den fornuftmessige, metodiske og verdimeslige referanserammen for rettsvitenskapelige utsagn; synspunkter og argumentasjonsmåter som oppfattes som relevante for forståelsen av juridisk metode, og dermed for utlegningen av gjeldende rett, eller som er vesentlige i en rettspolitisk sammenheng."⁶²⁰

Hvor viktig er så synet på rettslig legitimitet? Etter min mening er denne dimensjon viktig både for forståelsen av argumentasjonen og for opprettholdelse av det legitime tolkningsrom, det vil si at ulike metodiske tilnærminger anses for forsvarlige og ikke dør ut. Deltakerne i den juridiske diskursen, som for eksempel en høyesterettsdommer som skriver en dom, bør for eksempel forstå at hans syn på rettslig legitimitet ikke er en "handelsvare" i den forstand at han eller hun i en ny sak om for eksempel grensene for beskyttelsen etter grunnloven § 97 må "justere" seg etter flertallet i den forutgående sak. Med andre ord må ikke vedkommende i takt med flertallets fortolkning av en grunnrettighet som grunnloven § 97 innta et annet syn på forholdet mellom stat og individ med hensyn til spørsmålet om det er proporsjonalitet. Dette fordi synet på rettslig legitimitet ved fastleggingen av grensen mellom flertallsmakt og individvern gjelder oppfatningen av demokrati, hvor det alltid er behov for at nyansene mellom våre høyesterettsdommere kommer frem.⁶²¹ Mæhle uttaler seg i samme retning slik:

"Dersom rettslig diskurs skal kunne yte bidrag til den løpende erkjennelsesprosessen av hva den demokratiske rettsstaten innebærer og krever av både politisk og rettslig myndighetsutøvelse, bør innspillene fra det juridiske fagfellesskapet bære slike

⁶¹⁹ *ibid.* s. 322.

⁶²⁰ Bernt, *Den ene og retten: brytningen mellom liberalisme og kollektivism i norsk rettsteori* (i: Frantzen, Giertsen og Moss (red.), *Rett og toleranse: festskrift til Helge Johan Thue: 70 år, 2007* s. 500.)

⁶²¹ Jeg er derfor for eksempel kritisk til høyesterettsdommer Tjomslands tilpasning til flertallets syn i "trykderettskjennelse", det vil si *Rt. 1996 s. 1415* "Borthen" og *Rt. 1996 s. 1440* "Thunheim". Tjomsland fikk ikke gjennomslag for sine synspunkter i førstnevnte avgjørelse og justerte seg derfor i samsvar med flertallets synspunkter ved sin votering i sistnevnte avgjørelse. Dommer Sinding-Larsen, som hadde gitt sin tilslutning til Tjomslands synspunkter, fulgte ikke Tjomslands eksempel. Sinding-Larsen uttalte følgende: "Det gir slik jeg ser det, det riktige bildet av Høyesteretts syn hvis mindretallet i Borthensaken gir uttrykk for sitt syn også på foreliggende sak ut fra sitt rettslige utgangspunkt, og uavhengig av flertallets syn slik det er kommet til uttrykk i Borthensaken." Se *Rt. 1996 s. 1440* "Thunheim" s. 1454.

tydelige preg av hvilke legitimitetsforutsetninger den rettslige argumentasjonen skjer ut i fra."⁶²²

Slik denne gjennomgangen viser, dannes et noe broket bilde av den norske diskurs, men med "eckhoffismen" som den sentrale strømmingen som særlig utfordres gjennom økt fokus på spørsmålet om rettslig legitimitet ved fastleggingen av rettsanvendelsesskjønnets grenser. I kapittel 15 undersøkes denne økte interesse for fastlegging av rettsanvendelsesskjønnets grenser med utgangspunkt i en materiell demokratiforståelse.

Essensen eller hovedkonklusjonen i inneværende kapittel blir at det riktignok er slik at "eckhoffismens" syn på rettsprinsipper skiller seg fra det syn vi finner i prinsippteorien, men begge posisjoner anser grunnrettigheter som relative størrelser. Den sentrale forskjellen er dermed at prinsippteorien representerer en "innstramming" av grensene for rettsanvendelsesskjønnet i forhold til "eckhoffismen". Det er imidlertid ikke, som det heter i pc-terminologien, tale om å skifte fra et operativsystem til et annet ut fra den relativisering som begge modeller bygger på. To alternativer til relativisering av rettsprinsipper finner vi i rettsteoriene til henholdsvis Dworkin og Habermas. Disse kommer jeg tilbake til i kapittel 16.

⁶²² Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn* (2005) s. 317. Her tilføyes ordens skyld at med rettslig legitimitet forstås i samsvar med Mæhle, *op.cit.*, s. 22 "vurderinger av spørsmålet om hvorvidt og hvordan retten kan rettferdiggjøres diskursivt, det vil si innenfor en juridisk faglig bestemt referanseramme". En juridisk faglig diskurs om rettslig legitimitet er med andre ord en diskurs hvor deltakernes argumentasjon skjer på visse bestemte forutsetninger eller premisser, jfr. Mæhle, *op.cit.*, s. 23. Rettslig legitimitet må ikke forveksles med rettens legitimitet, som er den bredere samfunnsmessige legitimering av retten i det samfunnsmessige fellesskapet, jfr. Mæhle, *op.cit.*, s. 22.

15 Materiell demokratiforståelse i norsk diskurs og rettighetsavgrensningen

15.1 Kort innledning

I kapittel 14 indikeres at ”eckhoffismens” syn på rettsprinsipper utfordres gjennom økt fokus på spørsmålet om rettslig legitimitet ved rettighetsavgrensning vedrørende grunnrettigheter. Her skal denne økte interessen for rettslig legitimitet ved rettighetsavgrensningen undersøkes nærmere med utgangspunkt i en materiell demokratiforståelse.

15.2 Nærmere om en materiell demokratiforståelse

15.2.1 Hva er en materiell demokratiforståelse?

En materiell demokratiforståelse er en bestemt forståelse av sammenhengen mellom rettsstaten og demokratiet. Mæhle fremholder at det er en demokratiforståelse hvor flertallsmakt og rettighetsvern ses i en tett integrert og ubrytelig sammenheng, og hvor det er tale om betingelser for myndighetsutøvelse som ”i alle fall alminnelige politiske flertall i den enkelte rettsorden ikke fritt kan sette seg ut over”.⁶²³

Rytter er inne på det samme når han sier at ”[i] en materiell demokratisk rettsstat forudsætter statsmaktens legitimitet foruden parlamentarisk demokrati også garantier for mindretallets og individets grunnleggende rettigheder.”⁶²⁴

Her kan tilføyes at i samsvar med Olsens bok om maktfordeling kan det sondres mellom en formell og en materiell demokratioppfatning:

”Spørsmålet om, hvorvidt der i demokratibegrebet skal indlægges et krav om en vis indholdsmæssig begrænsning at de beslutninger der kan træffes gennem anvendelse af flertalsprincippet, eller ej, er i nyere teori blevet betegnet som et

⁶²³ Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern* (2005) s. 263.

⁶²⁴ Rytter, *Grundrettigheder: domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten* (2000) s. 58.

spørsmål om tilslutning til en formel eller materiel demokratiopfattelse. I henhold til den formelle demokratiopfattelse skal flertalsprincippet ikke begrenses, medens flertalsprincippet i henhold til den materielle demokratiopfattelse er underlagt visse begrensninger, der kan håndhæves ved domstolene.”⁶²⁵

15.2.2 Har er en materiell demokratiforståelse befestet seg?

Det kan ikke tas for gitt at en materiell demokratiforståelse har fått fullstendig gjennomslag i norsk rett, og at det som gjenstår er en diskurs om rettskildelærens muligheter til å sikre rettighetene mot utvanning i den konkrete rettsanvendelse. Diskursen om menneskerettighetenes ”semi-konstitusjonelle karakter” og grunnlovfesting av menneskerettighetene indikerer dette, jfr. kapittel 13. Makt- og demokratiutredningens sluttrapport i *NOU 2003:19 Makt og demokrati* peker i samme retning.

Sluttrapporten indikerer at det ikke har fått fullt gjennomslag hos utrederne at implementeringen av grunnrettigheter som kan prøves av domstolene er en nødvendig forutsetning for å forhindre at demokratiet forvitrer. Det tas i stedet som utgangspunkt at domstolsprøvingen i lys av grunnrettigheter har medført en politisering av retten. Det sentrale poeng for utrederne, hvor ingen var jurister, synes å være at når domstolene tvinges til å ta stilling til politisk bestemte konflikter, reduseres det politiske handlingsrom til fordel for domstolene. Grunnholdningen er dermed antakeligvis at enhver forskyvning av makt fra Stortinget til domstolene, private organisasjoner, markedet etc. – også når dette skjer ved å gi borgerne lovfastsatte rettigheter – innebærer en forvitring av demokratiet.⁶²⁶ Rettsliggjøring anses med andre ord som synonymt med nedbygging av folkestyret selv i de tilfeller hvor det står lovgiver fritt til å oppheve rettighetsloven.

I juristfellesskapets diskurs finnes det røster som er sterkt kritiske til maktutredernes forvitringstese, mens andre langt på vei er enig i at i alle fall implementeringen av grunnrettigheter nedbygger folkestyret. Backer befinner seg for eksempel i sistnevnte

⁶²⁵ Olsen, *Magtfordeling. En analyse af magtfordelingslæren med henblikk på den lovgivende magt* (2005) s. 526.

⁶²⁶ Se i denne forbindelse Henrichsens bokomtale av Kinander (red.), 'Makt og rett. Om Makt- og Demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring', i *Jussens Venner* 2006 s. 120.

gruppe.⁶²⁷ Det interessante med Backers posisjon er at han samtidig gir uttrykk for en materiell demokratiforståelse, men med måtehold. Den riktige balansen mellom vern av individet mot flertallsmakten mener han oppnås når domstolene konsentrerer seg om grunnrettighetenes ”kjerne”.⁶²⁸ I ”randsonen” må med andre ord den demokratisk valgte nasjonalforsamlingen stå fritt. Hvorvidt dette er en treffende beskrivelse av Høyesteretts argumentasjon er ikke poenget her. Hensikten med å trekke frem Backer er at selv om han synes å innta en materiell demokratioppfatning som viser forståelse for ”forvitringstesens”, opponerer han ikke mot det forhold at Stortinget for eksempel gjennom menneskerettsloven har implementert en rekke konvensjoner som begrenser det politiske manøvreringsrom.⁶²⁹ Denne grunnholdning synes for øvrig å være gjennomgående i den juridisk faglige diskursen og danner dermed en front for eksempel mot det forvitringssynspunkt som fremkommer i *NOU 2003:19 Makt og demokrati*. Men her må det raskt tilføyes at selv om det synes å være ganske stor grad av enighet om at demokratiet ikke forvitrer ved at grunnrettigheter setter visse grenser for folkestyret, åpner grunnrettighetene for skjønnsmessige avveininger og det er neppe noen unison enighet om metoden ved rettighetsavgrensningen. I denne situasjonen får vi det som kan omtales som en ”for mye og for lite diskurs”, det vil si at domstolene og andre rettsanvendere ved sin rettighetsavgrensning må finne det ”riktige” balansepunktet hvor handlingsrommet for det nasjonale folkestyret ikke begrenses for mye eller for lite fordi begge deler ut fra en materiell demokratiforståelse kan medføre at demokratiet forvitrer.

Tanken om en materiell demokratiforståelse synes i nyere norske rettsteoretiske arbeider å gjøre seg gjeldende i større grad enn tidligere. Bernt sier for eksempel at han er kritisk til oppstilling av lojalitet til lovgiver og lojalitet til individets rettigheter som to motpoler,⁶³⁰ og presiserer at ”[e]t styrket rettslig vern av individet er nødvendig for å opprettholde legitimiteten av en stadig mer finmasket statlig styring.”⁶³¹

En materiell demokratiforståelse skinner også igjennom hos våre stats- og menneskerettsforfattere når de viser til at en slik forståelse har ”demokratisk legitimitet” ved

⁶²⁷ Backer, 'Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre: Forelesning 26. januar 2006 ved Uppsala universitets juridiske fakultet i anledning av tildeling av den juridiske hedersdoktorsgrad ved Uppsala universitet', *Jussens Venner*, 2006 s. 258.

⁶²⁸ *ibid.* s. 264.

⁶²⁹ Bildet av et ”manøvreringsrom” er hentet fra Henrichsen, 'Litteratur', *Lov og Rett*, 2006 s. 120.

⁶³⁰ Bernt, *Den ene og retten: brytingen mellom liberalisme og kollektivism i norsk rettsteori* (i: Frantzen, Giertsen og Moss (red), *Rett og toleranse: festskrift til Helge Johan Thue: 70 år*, 2007 s. 497).

⁶³¹ *ibid.* s. 502.

Stortingets vedtakelse av menneskerettsloven. Videre konstaterer Aall at domstolene har fått ”et langt klarere mandat ... til å anvende disse konvensjonsbaserte menneskerettigheter foran norsk rett”.⁶³²

Fliflet tilkjenner at mens det tidligere bare var lite tenkelig at Høyesterett skulle sette til side en lov ut fra grunnleggende rettsprinsipper, kan dette perspektivet sies nå å ha blitt endret etter menneskerettsloven.⁶³³

Ingen av de nevnte forfattere retter noen direkte bredside mot ”forvitringsteser” i *NOU 2003:19 Makt og demokrati*. Det gjør derimot Carsten Smith. I Advokatbladet fremkommer det for eksempel at han i sitt foredrag i anledning Advokatforeningens 100-årsjubileum for Vest-Agder krets av foreningen finner grunn til å forsvare sitt syn på rettslig legitimitet. Han siteres slik i Advokatbladet:

”I flere tiår har jeg jobbet for en styrking av de individuelle rettighetene og en styrking av domstolene. Har jeg jobbet for en forvitring av folkestyret? Nei, jeg mener rettsliggjøringen er en realisering av folkestyret.”⁶³⁴

Videre:

”Innskrivning av menneskerettighetene i den norske grunnloven vil vise at vi er en menneskerettighetsstat, ikke bare en rettsstat. Særlig er det kampen mot terrorisme som nå setter menneskerettighetene på prøve. Bare innskrivning i grunnloven vil gi vern mot politisk vingling og offentlig stemningsskifter. Bare da kan vi hindre at staten skaffer seg menneskerettsfrie soner.”⁶³⁵

Disse sitater viser en grunnfestet tro hos Carsten Smith på at folkestyret realiseres best gjennom implementering av grunnrettigheter som skal håndheves av domstolene.

I diskursen om ”forvitringsteser” står ikke Carsten Smith alene. En rekke forfattere har i boken *Makt og rett. Om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*⁶³⁶ kommet med vektige innlegg som utfordrer denne tesen. Smiths foredrag synes dermed å være et foreløpig sluttpunkt på en opphetet debatt hvor

⁶³² Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon* (2007) s. 83.

⁶³³ Andenæs og Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* (2006) s. 350.

⁶³⁴ Advokatbladet nr. 9 2008 s. 45.

⁶³⁵ *l.c.*

⁶³⁶ Kinander (red.), *Makt og rett: om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring* (2005).

temperaturen kommer klarest frem i noen innlegg fra lederen av Makt- og demokratiutredningen, Øyvind Østerud, i *Lov og Rett* i 2006.⁶³⁷

Et spørsmål som er reist i den norske diskurs, er om en materiell demokratiforståelse er et demokratisk paradoks? Mæhle mener at det kan tales om et slikt paradoks og sikter med det til at "[g]runnleggende rettigheter både er en forutsetning for en demokratisk rettsstat, men samtidig – i alle fall i de tilfeller der normene er positive – også resultater av demokratiske overveielser."⁶³⁸

Men hva er så løsningen på dette "paradoks"? Tuori reiser spørsmålet i direkte tilknytning til Mæhles bok og sender problemstillingen i retur med spørsmålet om ikke svaret er at "rettigheterna som betingelser för demokratin begränsar det demokratisk legitimerande flertalets makt, att de m.a.o. förhindrar demokratin från att förstöra sina egna betingelser?"⁶³⁹

I denne forbindelse kan også Eriksen og Weigård nevnes. Med utgangspunkt i Habermas' demokratiforståelse sier disse forfatterne ganske enkelt at "[i]ndividuelle rettigheter er altså både et resultat av og en forutsetning for demokratisk lovgivning."⁶⁴⁰ Dette utdyper Eriksen og Weigård slik:

"Menneskerettighetene er ikke bare et instrument for den kollektive viljesdannelsen, men har en absolutt status. De har en verdi i seg selv. De går forut for og setter begrensninger på den kollektive viljesdannelsen, samtidig som de må kunne rettferdiggjøres i en fri diskusjon (Bal 1994:77, Peters 1999, 1994:114f). Individuelle rettigheter skal derfor ikke oppfattes som begrensninger på aktørenes private autonomi eller på lovgiverens autonomi, slik de oppfattes i konvensjonell politisk teori. Det er en dialektikk her: Det kan først dannes en kvalifisert felles vilje når individene er frie, men det er først ved kollektivets hjelp av betingelsene for fri meningsdannelse kan etableres. Det er dette som forklarer den like fundamentale og like opprinnelige plassen til demokrati og rettsstat. Individuell frihet, som menneskerettighetene sikrer, er både en forutsetning for og et resultat av lovgivningsprosessen. Dette er ikke

⁶³⁷ Østerud, 'Makt og urett: kommentar til en rettsteoretisk kritikk av Makt- og demokratiutredningen', *Lov og Rett*, 2006 s. 106-116 og Østerud, 'Ukritisk om makt og rett', *Lov og Rett* 2006 s. 254-312. Henrichsen, 'Kritisk om makt og rett', *Lov og Rett* 2007 s. 306-312 synes å være slutt punktet i denne diskursen.

⁶³⁸ Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flerallsmakt og rettighetsvern* (2005) s. 264.

⁶³⁹ Tuori, 'Bokomtale av Synne Sæther Mæhle: Grenser for rettsanvendelsesskjønn. Gyldendal akademisk, Oslo 2005. 338 s.', *TJR*, 2006 s. 696.

⁶⁴⁰ Eriksen og Weigård, *Kommunikativ handling og deliberativt demokrati: Jürgen Habermas' teori om politikk og samfunn* (1999) s. 201.

noen motsetning, som noen hevder (Larmore 1993), men hele poenget med den diskursetiske rettsteori (Günter 1994:471, Maus 1996:838).⁶⁴¹

Vi kan i kjølvannet av de nevnte forfatternes svar på ”det demokratiske paradoks” si at grunnleggende rettighetsvern for individet antakeligvis hindrer demokratiet i å forvitre. Med andre ord, snu 180 grader på flisa i forhold til Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring.

Dette fokuset på rettigheter kan lett gi inntrykk av at det gjør seg gjeldende en slags rettighetseufori blant forskere som arbeider med rettsprinsipper som gir et vern mot statsmakten. En slik antakelse er det kanskje noe i. Dalberg-Larsen maner for eksempel til forsiktighet når han fremhever at ”retsprincipperenes avgjørende betydning for retten ikke er en sandhed, der er hævet over al kritikk”.⁶⁴²

Rytter presiserer i samme retning: ”Rettighedsfobi synes at høre fortiden til – og godt det samme. Rettighetseufori er på den anden side farlig.”⁶⁴³

Når han i fortsettelsen av sitt resonnement taler om ”den gyldne middelvei”, blir imidlertid dette noe utydelig. Den som skal undersøke retten, må selvsagt verken ha fobier eller befinne seg i en tilstand av eufori, men heller ikke tro at ”den gyldne middelvei” alltid er den beste.

Selv om det kan synes ganske klart at det generelt gjør seg gjeldende en materiell demokratiforståelse i den norske juridiske diskursen, vil variasjoner i synet på rettslig legitimitet kunne begrunne forskjellige metodiske valg. Backers tilnærming hvor balansepunktet mellom flertallsmakten og individvernet går i skjæringspunktet mellom rettighetens kjerne og randsone er allerede nevnt, men skal behandles nærmere i nedenfor.

⁶⁴¹ *ibid.*

⁶⁴² Dalberg-Larsen, *Hvad udgør rettens kærne: retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?* (i: Dalberg-Larsen og Lemann Kristiansen (red.), *Om retsprinsipper* (2004) s. 12).

⁶⁴³ Rytter, *Grundrettigheder: nogle almene betragtninger* (i: Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, Årsskrift (2000) s. 18.)

15.3 "Kjerneprøving" og andre metodiske grep

Backers tilnærming til rettighetsavgrensningen vedrørende grunnrettigheter synes preget av en overbevisning om at verdivalg er politiske valg som tas gjennom en politisk prosess, slik at domstolene må begrense seg til å undersøke om grunnrettighetenes "kjerne" er trådt for nær.

Backer sier det slik (min understreking):

"Menneskerettskonvensjonene gir uttrykk for grunnleggende verdier som vi ikke vil gi avkall på. Men trenger vi for dette formålet en så utstrakt domstolskontroll som vi har fått i Norge? Den enkelte menneskerett må ofte avveies mot en annen, f.eks. ytringsfrihet og religionsfrihet mot personvern og minoritetsvern, som i Högsta Domstolens dom om pastoren i Borgholm [NJA 2005 s. 805]. Det kan også være nødvendig å veie det som er opphøyd til menneskerett mot andre viktige hensyn – f.eks. privat eiendomsrett mot miljøhensyn. Er det rasjonelt om en nasjonal domstol her lar seg motivere av frykten for å bli underkjent av EMD? I virkeligheten er slike avveininger politiske verdivalg som heller bør tas av folkevalgte organer enn av domstolene."⁶⁴⁴

Hvilken juridisk metode som åpner for denne grensdragningen, som Backer omtaler som en "kjerneprøving"⁶⁴⁵, er imidlertid ikke så klart. Det er mulig at det her gjør seg gjeldende det Mæhle omtaler som en "ordkjernesubstansiell" fortolkning.⁶⁴⁶ En slik fortolkning tar utgangspunkt i at grunnrettigheten er bygd opp rundt en ordkjerne, og det er denne kjernen som i seg selv har en legitimerende funksjon. Som et eksempel på en "ordkjernesubstansiell" fortolkning trekker Mæhle frem andrevoterendes votum i plenumssaken i *Rt. 1997 s. 1821* "Hvit Valgallianse".⁶⁴⁷ Denne saken gjaldt rettighetsavgrensningen etter ytringsfrihetsprinsippet i grunnloven § 100. Påtalemyndigheten mente at lederen av det politiske partiet Hvit Valgallianse hadde overtrådt forbudet mot rasediskriminerende utsagn i straffeloven § 135a første ledd, mens det fra tiltaltes side ble anført at han ikke kunne straffes for de rasediskriminerende utsagnene som var fremsatt i partiprogrammet, ut fra prinsippet i grunnloven § 100. Andrevoterende uttalte følgende (min understreking):

⁶⁴⁴ Backer, *op.cit.*, s. 264

⁶⁴⁵ *l.c.*

⁶⁴⁶ Mæhle, *op.cit.*, s. 291.

⁶⁴⁷ Her tilføyes for ordens skyld at hun mener at førstvoterendes argumentasjon kan forstås ut Alexys prinsipp teori, det vil si at førstvoterende tar utgangspunkt i kollisjonstesen hvor det er den relative vekten av de kolliderende prinsipper som blir avgjørende for om inngrepet i ytringsfrihetsprinsippet er proporsjonalt ut fra "the Law of Balancing". Se Mæhle, *op.cit.*, s. 287-288.

”Etter min oppfatning må hensynet til den politiske ytringsfrihet tillegges større vekt enn det som følger av førstvoterendes votum. Jeg mener dette er forankret i den uttrykkelige henvisning i § 100 til frimodige ytringer om statsstyrelsen, især sett i lys av hensynet til den demokratiske styreform.

Friheten til å formulere politiske meninger er det sentrale innhold i Grunnloven § 100. Straff i et tilfelle som det foreliggende er bruk av statens tvangsmakt mot borgernes meninger. Vi befinner oss her innenfor selve kjerneområdet for ytringsfriheten, der Grunnloven § 100 etter min oppfatning vil begrense rekkevidden av straffeloven § 135a.

Dette synspunkt forsterkes ved at de politiske ytringer saken gjelder er kommet til uttrykk i et partiprogram.”⁶⁴⁸

Til støtte for sin argumentasjon fremhevet andrevoterende rettsprinsippet om rett til å danne politiske partier⁶⁴⁹ og ”demokratiets virkemåte” som ytringsfrihetsprinsippet har som sentralt formål å beskytte. Han uttalte dette slik (min understreking):

”Så lenge det dreier seg om lovforslag som partiet vil arbeide for og gjennomføre hvis det får til strekkelig oppslutning i folket, vil bruk av straff, i enda sterkere grad enn ved politiske ytringer ellers, være et inngrep i demokratiets virkemåte, som Grunnloven § 100 har som sentralt formål å beskytte.”⁶⁵⁰

Det er ikke umiddelbart klart at Mæhles karakteristikk av andrevoterendes votum som ”ordsubstansiell” er treffende. Eivind Smith påpeker for eksempel at når Høyesterett i plenumsavgjørelsen i *Rt. 1976 s. 1* ”Kløftadommen” taler om en kjerne i rettighetsvernet etter grunnloven § 105, er antakeligvis dette mer et teoretisk grep enn et praktisk virkende redskap. Eivind Smith sier det slik (min understreking):

”Høyesterett sa imidlertid lite om hvordan kjernen skulle avgrenses. Mye taler for at det mer var tale om et teoretisk grep enn om et praktisk virkende redskap, og det var skarp dissens om hvorvidt loven overholdet grep inn i en slik kjerne. Men tankegangen har altså interesse ikke bare i diskusjon om grensen mellom grunnlovstolkning og – endring (eller – brudd), men også som bidrag til læren om tolkning av rettighetsbestemmelser.”⁶⁵¹

⁶⁴⁸ Side 1835.

⁶⁴⁹ Se side 1833 hvor andrevoterende slår fast at ”[m]ye taler for at retten til å danne politiske partier i dag følger av konstitusjonell sedvanerett.”

⁶⁵⁰ Side 1836.

⁶⁵¹ Smith, *op.cit.*, s. 123.

”Kløftadommen” gjaldt fastsettelse av erstatning ved ekspropriasjon til motorvei (E 6) ved Kløfta. Grunneierne gjorde blant annet gjeldende at overskjønnsretten i strid med grunnlovens § 105 hadde fastsatt lavere grunnerstatninger enn lovlig omsetningsverdi. Eksproprianten Ullensaker kommune med staten som hjelpeintevenient erkjente at grunnlovens § 105 inneholder en kjerne som lovgiveren ikke kan angripe, men mente at denne kjerne ikke var gått for nær i forhold til grunneierene.⁶⁵² Førstvoterende uttalte seg slik om grunnlovens ”kjerne”:

”Jeg finner det lite hensiktsmessig å drøfte hvorvidt grunnlovens § 105 skal oppfattes som en såkalt standardregel. På den ene side må det være klart at bestemmelsen inneholder det som i prosedyren er omtalt som en «hard kjerne», som lovgiveren ikke kan gripe inn i. På den annen side må lovgiveren ha atskillig frihet til nærmere å presisere og regulere hvordan erstatningsutmålingen skal skje, uten at man kommer i strid med det sentrale innhold i § 105, og uten at det er avgjørende at domstolspraksis tidligere har valgt en annen løsning.”⁶⁵³

Vi ser at både Backer og Eivind Smith mener at tanken om en kjerne som det ikke kan gripes inn i, kan være hensiktsmessig, men det mangler altså en nærmere angivelse av den struktur og metode som skal følges ved rettighetsavgrensningen.⁶⁵⁴ Eivind Smith arbeider imidlertid ut fra at det ved fortolkning av konstitusjoner finnes ”to ulike inntak til tolkningen” som følge av at det må sondres mellom regler og prinsipper:

”Skillet mellom regel og prinsipp åpner for to ulike inntak til tolkningen av konstitusjoner. En mulighet er å tolke grunnlovsbestemmelser på omtrent samme måte som ordinære lover – med utgangspunkt i ordlyden og med stor vekt på behovet for å løse den enkelte sak. En annen er å se regelen som et mer eller mindre kasuistisk uttrykk for et mer generelt synspunkt, og legge stor vekt på dette prinsippet ved løsningen av den enkelte sak.”⁶⁵⁵

Men selv om Eivind Smith er grunnleggende positiv til at ”[p]rinsipporientering kan gi et fullt forsvarlig grunnlag for tolkning og utvikling av sentrale grunnlovsbestemmelser”⁶⁵⁶, nøyser

⁶⁵² Side 5.

⁶⁵³ Side 7.

⁶⁵⁴ Antakelig vil Smith ved utvidelse av sin bok *Konstitusjonelt demokrati* (2008) med en del C komme nærmere inn på dette. Se hans omtale av del C på s. 19 i boken.

⁶⁵⁵ Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2008) s. 106.

⁶⁵⁶ *ibid.* s. 108.

han seg for norsk retts vedkommende med å vise til tradisjonen med å anse konstitusjonelle rettigheter for individene som rettslige standarder⁶⁵⁷. Dette innebærer ifølge Smith at det skal vurderes om lovens virkninger i den enkelte sak er så sterkt urimelig eller urettferdig at den strider mot grunnloven.⁶⁵⁸ Her blir det altså ikke tale om en utstrakt ”ordsubstansiell fortolkning”.

Hvis vi nå retter blikket bort fra Eivind Smith og Backer, kan det påpekes at Blandhol synes å målbare tanken om at rettighetsavgrensningen vedrørende grunnrettigheter enkelt og greit kan gjennomføres ved å holde fast ved det Askeland omtaler som ”eckhoffisme”, fordi de pragmatiske trekk ved avveiningsmodellen kan konstateres både hos EU-domstolen og Den europeiske menneskerettsdomstol.⁶⁵⁹ Blandhol sier at ”noen av de pragmatiske særtrekk ved norsk metodelære – som bruken av reelle hensyn – så langt fra å være særnorske forhold, skapt av Eckhoff eller rettsrealismen, korresponderer med metodetendensen i viktige avgjørelser i sentrale globaliserende rettsorganer, og derfor kan eksistere i forening med den rettslige globaliseringen.”⁶⁶⁰

Når det konkret gjelder praksis fra menneskerettsdomstolen, synes Blandhol å tendere slektskapet med ”eckhoffismen” enda sterkere. Han gjør høyesterettsdommer Stang Lund til talsmann for det syn at Høyesterett ikke ser noen fundamental motsetning mellom Den europeiske menneskerettsdomstol sin metode og norsk pragmatisk metode med avveining av de reelle hensyn. Blandhol fremhever at Stang Lund sier uttrykkelig at det innenfor den metode som anvendes av Den europeiske menneskerettsdomstol, kan bli tale om å ”avveie ulike interesser eller verdier mot hverandre”.⁶⁶¹

⁶⁵⁷ *ibid.* s. 111.

⁶⁵⁸ *ibid.* s. 112.

⁶⁵⁹ Denne tendens til å omdefinere rettsprinsipper til reelle hensyn er ganske merkverdig og får også utlendinger til å reagere. Due sier for eksempel i en kommentar til fire foredrag om reelle hensyn som ble holdt på Det nasjonale doktorandseminar i rettsvitenskap i 1998, følgende (min understreking): ”Jeg har glædet mig til at få nærmere besked om indholdet af dette begreb, der har spillet en væsentlig rolle i nyere norsk retsteori. Min fornemmelse var, at det i hvert fald dækkede det, som vi i dansk retskildeteori har kaldt ”forholdets natur” eller med Alf Ross’s terminologi ”kulturtraditionen”. Hermed tænkes på omstændigheder, som kan forklare en retsafgørelse, der ikke kan støttes på de sædvanlige mer eller mindre objektiverede retskilder. Efter de fire foredrag kan jeg konstatere, at denne forståelsen er rigtig, men at begrepet er langt mer omfattende. Det er især blevet tydeligt gennem Arnesens foredrag. Mine gamle kolleger i EF-domstolen ville nok blive forbavset over at høre at nogle af de generelle fællesskabsretlige prinsipper, som de i deres retspraksis har været med til at udforme ud fra deres opfattelse af Fællesskabets karakter, skulle være udtryk for ”reelle hensyn”.” Se Due, Kommentar, (i: Universitetet i Tromsø, Det juridiske fakultet skriftserie nr. 40 1999) s. 58.

⁶⁶⁰ Blandhol, ’Er rettsanvendelsen i EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesensforskjellig fra norsk rettskildelære?’, *Lov og Rett*, 2005 s. 323.

⁶⁶¹ *ibid.* s. 326.

Blandhols tilnærming, om den får gjennomslag, innebærer at det legges lokk over diskursen om rettsprinsipper som optimaliseringspåbud er mer velegnet enn ”eckhoffismens” metode, men det er selvsagt ingenting i veien ved et slikt valg for å bygge rettsanvendelsesskjønnet på en materiell demokratiforståelse.

For å finne en annen tilnærming enn Blandhols som samtidig synes å være mer positivt innstilt til rettsprinsipper, kan vi for eksempel vende oss til Bernt og Graver. Ingen av disse synes å innta en fullstendig avvisende holdning til bruk av rettsprinsipper i rettslig argumentasjon forutsatt at den begrunnelse som gis for resultatet tilfredsstillende visse krav til dokumentasjon og klarhet. Altså at det er mulig å fremme kritikk mot resultatet. Bernt sier dette slik:

”Graver [i sin artikkel ”I prinsippet prinsipiell – Om rettsprinsipper”, *TfR* 2006 s. 189 flg.] avviser altså ikke vurderingspregede argumenter fullstendig, slik Ross gjorde, ut fra et naturvitenskapelig inspirert krav om verifiserbarhet basert på iakttagelse eller formelle resonneringer. Kjernen i hans innvendinger er egentlig at slik bruk av overordnede prinsipper som rettslige argumenter innebærer en svekkelse av *kritiserbarheten* av de synspunktene som fremføres.

Det er åpenbart at dette synspunktet ikke uten videre kan avvises, men det kan ikke begrunne en fullstendig avvisning av slik bruk av prinsipper og andre overordnede og generelle betraktningmåter i rettslig argumentasjon, for eksempel føre-var prinsippet. Det fører ikke lenger enn til at det må stilles krav til dokumentasjon og klarhet i begrunnelsen når et slikt prinsipp påberopes, og at slike prinsipper må kunne gjøres til gjenstand for stadig analyse og kritisk vurdering. Men dette er i seg selv viktig nok å understreke.”⁶⁶²

Selv om den norske diskursen som er gjennomgått hittil, indikerer at grunnrettigheter kan anses som rettsprinsipper og ikke regler, er det lite som tyder på at prinsippene er noe mer enn relative størrelser i rettsanvendelsesskjønnet. Tanken om rettsprinsipper som tillegges større normativ kraft, eksempelvis som ”trumfer” i den juridiske argumentasjonen i tråd med Dworkins rettsteori, som behandles i kapittel 16, synes altså i liten grad å gjøre seg gjeldende. Mæhle sier imidlertid at en slik sterk normativ forståelse av rettsprinsipper ikke er ukjent i norsk juridisk diskurs, og trekker frem som et eksempel dommen i *Rt. 1979 s. 1079* ”Sinnsykes ankerett”.⁶⁶³ Saksforholdet i denne saken var at en kvinne som var idømt 10 års sikring, ville anke straffutmålingen til Høyesterett. Hun var sinnssyk og representert ved

⁶⁶² Bernt, *Den ene og retten: brytningen mellom liberalisme og kollektivism i norsk rettsteori* (i: Frantzen, Giertsen og Moss (red.), *Rett og toleranse: festskrift til Helge Johan Thue: 70 år, 2007* s. 496-497.)

⁶⁶³ Mæhle, *op.cit.*, s. 99.

hjelpeverge som ikke ville anke saken. Selv om ordlyden i dagjeldende straffeprosesslov § 98, rettspraksis og teori trakk i retning av at sinnssyke ikke hadde ankerett, kom Høyesterett til at hun kunne anke saken. Både Mæhle⁶⁶⁴ og Rytter⁶⁶⁵ mener at Høyesterett la til grunn et ulovfestet rettsprinsipp om enhver tiltalts rett til å ivareta sine egne interesser ved anke, men Mæhle påpeker at det kan stilles spørsmål ved om argumentbruken er et entydig eksempel på en sterk normativ forståelse av rettsprinsipper, fordi straffeprosesslovens § 98 var foreslått endret på domstidspunktet.

Det er for øvrig særlig grunn til å merke seg at både Mæhle og Graver fremholder Alexys prinsippteori som betydningsfull ved forståelsen av Høyesterettspraksis om grunnrettigheter.⁶⁶⁶

Mæhle bygger i særlig grad sin analyse på plenumsavgjørelsen i *Rt. 1997 s. 1821* "Hvit Valgallianse". Saksforholdet i denne avgjørelsen var at en mann i kraft av ansvarlig leder for et politisk parti hadde distribuert partiprogrammet som inneholdt krenkende uttalelser av rasistisk art. Han ble tiltalt for overtredelse av straffeloven § 135a første ledd 1. punktum, jfr. annet ledd. Under dissens 12-5 ble han i Høyesterett idømt 60 dager betinget fengsel og en ubetinget bot på kr. 20.000. Ved analysen av denne dommen trekker Mæhle særlig frem "the Law of Competing Principles"⁶⁶⁷ og "the Law of Balancing". Gjennom sin påpekning av betydningen av "Stortingets stillingtagen"⁶⁶⁸, er hun også inne på at den relative vekten som følger av "the Law of Balancing" må justeres med bakgrunn i at de kolliderende prinsipper kan ha ulik abstrakt relativ vekt. Hun finner for øvrig støtte for sin fortolkning hos andrevoterende i plenumsavgjørelsen i *Rt. 2002 s. 1618* "Boot Boys".⁶⁶⁹ Mæhles sentrale synspunkter, synes å fremkomme i følgende avsnitt:

⁶⁶⁴ *l.c.*

⁶⁶⁵ Rytter, *Grundrettigheter: domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten* (2000) s. 106.

⁶⁶⁶ Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern* (2005) s. 285 flg. og Graver, 'I prinsippet prinsipiell: om rettsprinsipper', *TfR*, 2006 s. 204 note 27.

⁶⁶⁷ En annen betegnelse er "the Collision Law", se punkt 2.2.2.

⁶⁶⁸ Se for eksempel Fleischers utsagn om tilbakevirkningsforbudet i grunnloven § 97 og Stortingets stillingtagen i *Rettkilder og juridisk metode* (1998) s. 460: "Det er langt mindre betenkelig å bruke § 97 som tolkningsprinsipp, og eventuelt tolke den nye lov innskrenkende i favør av dem som har innrettet seg; når Stortinget ikke har tatt noe bastant standpunkt om lovens nærmere innhold her. Dette er noe helt annet enn den situasjon vi har når Stortinget har bestemt uttrykkelig at også de eldre rettighetshavere skal rammes av den nye loven."

⁶⁶⁹ Hun mener at andrevoterende i *Rt. 2002 s. 1618* "Boot Boys" er orientert mot "spenningen mellom de ulike prinsippene", se Mæhle, *op. cit.* s. 295. Saksforholdet i dommen var at en leder i den nynazistiske gruppen Boot Boys under en demonstrasjon hadde fremsatt nedsettende uttalelser om innvandrere og jøder. Spørsmålet var om

”Alexys oppfatning av strukturen i rettslige fortolkningsprosesser som en prinsipielt basert fortolkningsprosess, har betydelig klargjørende verdi i forhold til norsk statsrettslig teori der spørsmålet om «betydningen av Stortingets stillingtagen» har stått sentralt. Alexys modell poengterer og presiserer at rettigheter som verner individer/minoriteter og hensynet til flertallets handlefrihet – blant andre materielle og formelle prinsipper – utgjør et samlet og prinsipielt rammeverk for rettsanvendelsen. Dette klargjør bildet av rettsanvendelsesskjønnet som et prinsipielt basert og i den forstand ikke-politisk formelt autonom vurdering. Modellens perspektivering av konstitusjonelle rettigheters basis i et prinsipielt rammeverk klargjør også den materielle autonome karakteren som kreves av et rettsanvendelsesskjønn i en rettsanvendelsessituasjon som involverer konstitusjonelle normer: Det dreier seg om en selvstendig prøving av forholdet mellom prinsipper som kan stå i en viss motsetning til hverandre i en konkret prøvingssituasjon. Et slikt syn på strukturen i fortolkningsprosesser som berører konstitusjonelle rettigheter, poengterer at rettsanvendelsessituasjonen både *har mulighet for* og *krever årvåkenhet* i forhold til balansen mellom respekt for flertallsmakt og forventning om rettighetsvern.⁶⁷⁰

Mæhle er i sin analyse av dommen i relasjon til prinsippteorien særlig fokusert mot førstvoterendes votum som talskvinne for flertallet, og et sentralt utsagn hos førstvoterende som underbygger ”the Law of Balancing”, er følgende:

”Det skal skje en avveining hvor hensynet til yringsfriheten må veie tungt. Men - og det er for meg helt sentralt - det ligger i rettsstridsreservasjonen nettopp at det skal foretas en avveining. Hensynet til yringsfriheten skal ikke slå igjennom for enhver pris - uten hensyn til tyngden av de interesser som tilsier at uttalelsene må kunne belegges med straff.”⁶⁷¹

Hvis vi spør hvordan førstvoterende går frem for å ”oppgradere” menneskerettighetsvernet i Den europeiske menneskerettskonvensjon til grunnlovstrinnet, slik at prinsippteorien får aktualitet, er jeg enig med Eggen⁶⁷² i at grunnlovens § 110c benyttes som tolkningsprinsipp. Paragraf 110c slår som kjent fast at det ”paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighetene”.⁶⁷³ Hvorvidt det her bør tales om en ”oppgradering” av menneskerettighetene til grunnlovstrinnet er diskutabelt. Førstvoterende stod overfor et

disse ble rammet av straffeloven § 135a. Høyesteretts flertall fant under dissens 11-6 at utsagnene riktig tolket ikke var i strid med straffeloven § 135a lest i lys av Grunnloven § 100.

⁶⁷⁰ Mæhle, *op.cit.*, s. 281.

⁶⁷¹ Side 1831-1832.

⁶⁷² Eggen, 'Kjuus-saken [Rt. 1997 s. 1821 "Hvit Valgalliance"] – rasediskriminering og yringsfrihet', *Lov og rett* 1998 s. 270.

⁶⁷³ Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2008) s. 159 synes på sin side å fortolke denne dommen annerledes.

spørsmål om en fremgangsmåte for avgrensning av rekkevidden av grunnloven § 100. Ved å ta utgangspunkt i at rettsnormen er et rettsprinsipp som ut fra grunnloven § 110c forutsetter en avveining mot de idealer som følger av menneskerettighetene, betyr ikke dette at menneskerettighetene er plassert på grunnlovstrinnet. Det er tale om hvordan kollisjon mellom rettsprinsipper på ulike nivå skal løses, og ikke en kollisjon mellom rettsregler på ulike nivå hvor trinnhøyden blir avgjørende.

Det må tilføyes at Kinander har et annet syn enn Mæhle på førstvoterendes votum. Han fremholder at førstvoterende bygger på en ”balancing of interest model”⁶⁷⁴ og slutter seg for øvrig til Lundeby's analyse av dette votum. Lundeby mener at det i førstvoterendes argumentasjon ikke er tale om å slå fast at ytringsfrihetsprinsippet i grunnloven § 100 generelt har forrang eller er tungtveiende i sitt kjerneområde. Videre at ”the task of the Court in applying the Constitution on the penal Code is not to establish or enforce strong principles, but to weigh the interests, benefits and burdens up against each other.”⁶⁷⁵

Lundeby's påpekning av mangelen på en vektformel gis også tilslutning av Kinander. Lundeby sier det slik:

”The method of weighing seems to be sentimental discretion, as it is difficult to see any reason supporting the right to free speech, except for the rather abstract view that it is a right protecting the liberty and security of individuals. The method of decision is weighing of interests, burdens and benefits, but very is said on the benefits of protecting free speech at all. Thus it is not easy to be assured that the freedom of expression carries heavy weight in the considerations.”⁶⁷⁶

Slik denne gjennomgangen viser står vi i diskursen overfor to ulike fortolkninger av førstvoterende votum i *Rt. 1997 s. 1821* ”Hvit Valgallianse”. På den ene siden har vi Mæhle og Graver som ser prinsipp-teoriens struktur i argumentasjonen, og på den andre siden har vi Lundeby og Kinander som ikke ser denne strukturen. Det er ikke mulig å avgjøre hvem som har rett. Vi må kun konstatere at det er rom for begge fortolkninger.

⁶⁷⁴ Kinander, *The view from within: An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence* (2004) s. 344.

⁶⁷⁵ Lundeby, *Free Speech Expressions and Political Exclusion* (2000) s. 36.

⁶⁷⁶ *ibid.*

Her går jeg dermed ikke nærmere inn på uenigheten om fortolkningen av dommen fra 1997, men vil se nærmere på nyere argumentasjon fra Høyesterett om minoriteters rettigheter. Det er argumentasjonen i *Rt. 2001 s. 1116* "Båndtvangssaken" og *HR-2008-2183-A* "Reinslaktdommen"⁶⁷⁷ om ILO konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater⁶⁷⁸ artikkel 8 som skal undersøkes nærmere. Ingen av disse dommer er plenumsavgjørelser, men det forhold at det er to dommer avsagt med et ganske kort mellomrom øker disse dommers rettskildemessige betydning.

Først kan artikkel 8 presenteres. Artikkel 8 lyder slik i den norske oversettelsen⁶⁷⁹:

- ”1. Ved anvendelse av nasjonale lover og forskrifter overfor vedkommende folk, skal det tas tilbørlig hensyn til deres sedvaner og sedvanerett.
2. Disse folk skal ha rett til å beholde sine egne skikker og institusjoner der disse ikke strider mot grunnleggende rettigheter fastlagt i nasjonal rettsorden eller mot internasjonalt anerkjente menneskerettigheter. Når det er nødvendig, skal det etableres framgangsmåter for å løse konflikter som kan oppstå ved gjennomføringen av dette prinsippet.
3. Anvendelse av punktene 1 og 2 i denne artikkel skal ikke være til hinder for at medlemmene av disse folk utøver de rettigheter som enhver borger har, og for at de påtar seg tilsvarende plikter.”

Begge dommer gjaldt straff, nærmere bestemt bot for utøving av samiske sedvaner som strider mot norsk lov. "Båndtvangssaken" gjaldt en samisk sedvane om å la hund gå løs på tur i utmark, og "Reinslaktdommen" gjaldt avliving av rein med stikk i hjertet uten bedøvelse, såkalt "giettådit". Høyesterett tok ved sin argumentasjon i begge dommer utgangspunkt i straffeloven § 1 om at straffelovgivningen skal anvendes med de begrensninger som følger av overenskomst med fremmed stat eller folkeretten for øvrig. Hvorvidt vernet av samiske sedvaner slik dette er kommet til uttrykk i artikkel 8, har en "semi-konstitusjonell karakter", slik at Stortinget gjennom ny formell lov er avskåret fra å avskjære domstolene fra å prøve

⁶⁷⁷ Dommen ble avsagt 19. desember 2008, men er foreløpig ikke publisert i Retstidende. Referansen er derfor til Lovdata. Publisering i Rt. kan forventes i mars 2009.

⁶⁷⁸ Konvensjonen ble ratifisert av Norge i juni 1990, jfr. NOU 2007:13 s. 214.

⁶⁷⁹ Denne oversettelsen av nr. 1 og nr. 2 er inntatt i begge dommer. Susann Funderud Skogvang, *Samerett* (2009) s. 74 fremholder at oversettelsen av nr. 1 og nr. 2 er unøyaktig ved at det tales om "sedvaner" i nr. 1 og "skikker" i nr. 2. Ifølge Skogvang er "skikker" et snevrere begrep enn "sedvaner" og skulle ha vært benyttet også ved oversettelsen av nr. 2 til norsk. Denne feil kan ifølge Skogvang ha bidratt til misforståelser om forholdet mellom nr. 1 og nr. 2 i "Båndtvangssaken" og "Reinslaktdommen".

forholdet til artikkel 8, var ikke et tema i noen av dommene. I mindretallets votum i ”Reinslaktdommen” ble imidlertid spørsmålet om ”forrang” for artikkel 8 nr. 2 ved kollisjon med loven behandlet, det vil si spørsmålet om urfolks interne sedvaner som ikke strider mot grunnleggende menneskerettigheter, skal gå foran kolliderende lovgivning. Ut fra en konkret fortolkning av konvensjonen mente mindretallet at artikkel 8 ikke oppstilte dette kravet.⁶⁸⁰ Spørsmålet om artikkel 8 nr. 2 sin ”semi-konstitusjonelle karakter” kom dermed ikke på spissen.

Problemstillingen er altså om Høyesteretts argumentasjon i disse to dommer forstås ut fra prinsipp teorien når det ses bort fra problemet om artikkel 8 sin ”semi-konstitusjonelle karakter”?

Vi starter med ”the Collison Law”:

Når det tas utgangspunkt ”Båndtvangssaken”, synes førstvoterende å formulere en problemstilling om kollisjon mellom rettsnormer. Det er sedvanen på den ene siden som skal avveies mot loven og øvrige rettskilder på den annen side. Han taler om ”den avveining som må foretas mellom lovbestemmelsen og andre rettskilder på den ene siden og sedvanen på den andre”.⁶⁸¹ I ”Reinslaktdommen” er dette kollisjonsaspektet mer nedtonet. Det tales riktignok i førstvoterende votum om at sedvanen står mot loven⁶⁸², men i denne dommen fremtones særlig ved andrevoterendes votum at det dreier seg om en interesseavveining.⁶⁸³ I denne avveiningen er ifølge andrevoterende samiske sedvaner og sedvanerett relevante rettskilder som skal tillegges tilbørlig vekt basert på ”en konvensjonslojal avveining av det samiske folks behov opp mot storsamfunnets behov.”⁶⁸⁴ Andrevoterende synes dermed å ”hoppe over” spørsmålet om sedvanen som sådan er en rettighet som skal avgrenses. I stedet går han direkte til spørsmålet om utforming av avgjørelsesnormen i den konkrete saken. Dette ut fra at det foreligger kollisjon mellom rettskildefaktorer med en mulig ulik relativ vekt i forhold til hverandre og hvor tanken om en rimelig balanse mellom storsamfunnets behov og det

⁶⁸⁰ Dette er i samsvar med NOU 2007:13 s. 221 andre spalte, hvor det uttales følgende i tilknytning til artikkel 8 (min understreking): ”Det er imidlertid vanskelig å se at ordlyden kan gi noe rettskildemessig grunnlag for slutninger om at artikkel 8 er en slags traktatfestet vektregel som setter alminnelig norsk rettskildelære til side, ved at samisk sedvanerett i samiske anliggender gis en trinnhøyde omtrent på nivå med hva de konvensjonene som er inkorporert i norsk rett har etter menneskerettsloven § 3, jf. § 2.”

⁶⁸¹ Side 1119.

⁶⁸² Dommens avsnitt (44).

⁶⁸³ Dommens avsnitt (61).

⁶⁸⁴ Dommens avsnitt (48).

samiske folks behov er den overgripende verdi. Går man imidlertid den konkrete avveiningen nærmere i sømmene, og med ”the Law of Balancing” som rettesnor, er det ikke nødvendigvis slik at denne avstand til tanken om rettigheter som kolliderer, gjenspeiles i avveiningen.

Vi går etter dette over til ”the Law of Balancing”:

Høyesterett talte i ”Båndtvangssaken” ikke om forstyrrelse av den samiske sedvanen eller om inngrepsintensitet vedrørende denne, men det er ikke tvilsomt at en slik vurdering foretas. Ut fra premissene synliggjøres at med bakgrunn i at fredningsprinsippet i viltloven § 3 måtte anses som forenlig med samisk kultur og at det for øvrig ikke forelå omstendigheter som kunne rokke ved dette, la Høyesterett til grunn at inngrepsintensiteten vedrørende sedvanen i utgangspunktet var liten (min understreking):

”Ved den avveining som må foretas mellom lovbestemmelsen og andre rettskilder på den ene siden og sedvanen på den andre, legger jeg i tillegg til den klare ordlyden i viltloven § 52 annet ledd, vesentlig vekt på viltloven § 1, som bestemmer at viltlovens formål er å bevare naturens produktivitet og artsrikdom. Dette formålet må, slik jeg ser det, fremstå som vel forenlig med samisk syn på viltforvaltning. Jeg legger videre vesentlig vekt på fredningsprinsippet som kommer til uttrykk i viltloven § 3. Bestemmelsen fastslår som hovedregel at alt vilt er fredet, at vilt ikke må jages, og at vilt ikke må påføres unødig lidelse og skade. Også dette må, slik jeg ser det, fremstå som vel forenlig med samisk syn på viltforvaltning. Jeg forutsetter at det i tilstrekkelig utstrekning foreligger adgang til jakt for samer. Viltloven § 52 annet ledd er utformet i det nevnte perspektiv, og må anses som et sentralt ledd i regelverket for viltforvaltningen. Skal en urfolkssedvane ha gjennomslag overfor en slik lovbestemmelse, må sedvanen være klar i sitt innhold og ha en særlig kvalitet.

(...)

Avgjørende for meg er likevel at de begrunnelser for den påberopte sedvane som domfelte har anført, virker lite overbevisende på meg.⁶⁸⁵

Når det gjelder styringsbehovet, synes Høyesterett å ha tillagt dette betydelig vekt ut fra fredningsprinsippet, jfr. første avsnitt i sitatet ovenfor

⁶⁸⁵ Side 1119.

Heller ikke i ”Reinslaktdommen” talte Høyesterett om forstyrrelse av den samiske sedvanen eller om inngrepsintensitet vedrørende denne. Det er imidlertid ikke tvilsomt at både flertallet og mindretallet vurderte inngrepsintensiteten og kom til at denne var begrenset. Dette ut fra konstateringen av at den samiske skikk med bruk av krumkniv var et alternativ til ”giettådit”, at slaktemetoden bare var praktisk og økonomisk begrunnet og for øvrig stod svakt i dagens samiske tradisjon.⁶⁸⁶ Flertallet sa det slik:

”Mot dyrevernloven § 9 står en samisk sedvane som i hovedsak etter det lagmannsretten har lagt til grunn, er praktisk og økonomisk begrunnet. Slike praktiske og økonomiske behov kan langt på vei varets ved bruk av krumkniv til bedøving ved hjernestikk før dyret avblødes. Den tradisjonelle bruk av kniv til avliving ved stikk i hjertet, kan i dag ikke være av særlig betydning for opprettholdelse av samisk tradisjonell skikk for slakt av nisterein. Jeg viser her til at under høringen av forskrift om bruk av krumkniv tok de samiske organisasjonene ikke opp spørsmålet om bevaring av andre skikker for avliving av tamrein utenfor slakteri.”⁶⁸⁷

På den annen side ble styringsbehovet tillagt stor vekt ut fra at dyrevernloven § 9 gjennomfører en folkerettslig forpliktelse som har forrang, jfr. EØS-loven § 2.⁶⁸⁸ Flertallet sa det slik:

”Dyrevernloven § 9 skal sikre at avliving av tamdyr skjer uten at de utsettes for unødig smerte og lidelse, og krever at dyr som skal avlives, bedøves før avliving. Paragrafen gjennomfører en folkerettslig forpliktelse i norsk rett, og bestemmelsen har som nevnt forrang, jf. EØS-loven § 2. Dette medfører at bestemmelsene i dyrevernloven § 9 jf. § 31, har stor vekt i avveiningen mot et urfolks sedvaner.”⁶⁸⁹

Når det gjelder de øvrige faktorparene i ”the Weight Formula” skal bemerkes:

I ”Båndtvangssaken” berørte Høyesterett ”the second Law of Balancing”. Her ble den abstrakte relative vekten av sedvanen reduseres på grunn av usikkerhet om sedvanens innhold.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ Se flertallet avsnitt (44) og mindretallet avsnitt (58) og (59).

⁶⁸⁷ Dommens avsnitt (44).

⁶⁸⁸ Se flertallet avsnitt (42) og mindretallet avsnitt (60).

⁶⁸⁹ Dommens avsnitt (42).

⁶⁹⁰ Se nærmere i kapittel 10.

”Som lagmannsretten finner jeg at det knytter seg en del usikkerhet til innholdet av den sedvanen som er påberopt. Det er således, som nevnt foran, uklart om sedvanen er begrenset til å gjelde for samer. Videre er det uklart hvilket geografisk område sedvanen er knyttet til. Det er også uklart hvilke hunderaser sedvanen har vært praktisert for, selv om det er på det rene at elghunder - som det er tale om i saken - er omfattet. Denne usikkerheten omkring sedvanens innhold taler mot at den kan få gjennomslag overfor viltloven.”

I ”Reinslaktdommen” la som kjent mindretallet til grunn artikkel 8 nr. 2 fikk anvendelse. Den konkrete betydningen av dette var at sedvanen ble tillagt større abstrakt relativ vekt enn styringsprinsippet. Dette kunne imidlertid ikke bidra til å gi et annet resultat enn det flertallet kom til i denne saken.⁶⁹¹ Mindretallet argumenterte slik (min understreking):

”Med min tolkning av artikkel 8 blir det ikke nødvendig å trekke noen skarp grense mellom de sedvaner som omfattes av nr. 1, og de skikker som omhandles i nr. 2. Det blir et spørsmål om gradforskjeller, hvor vekten av samisk praksis i forhold til norsk lovgivning vil øke jo nærmere man er kjernen i samefolkets indre liv og kulturutøvelse. Jeg føyer til at man ved avveiningen bør være varsom med å tillegge det selvstendig vekt at inngrepet er et resultat av generell norsk lovgivning, og altså ikke av lovgivning rettet spesielt mot det samiske folk. I motsatt fall vil man i realiteten kunne bane vei for den samme integrasjonslinje som man ved ILO-konvensjon nr. 169 - og særlig ved endringen av artikkel 8 nr. 2 - nettopp tok sikte på å legge om.”⁶⁹²

Det kan altså konkluderes med at dommene om artikkel 8 kan fortolkes ut i fra prinsipteorien. Riktignok er det i ”Båndtvangssaken” utvist større forståelse for å ta utgangspunkt i kolliderende rettsnormer ut fra ”the Law of Collision”, men når det ses på selve rettighetsavgrensningen vedrørende sedvanen, åpner det seg likevel også i ”Reinslaktdommen” mulighet for ganske uanstrengt å anvende ”the Law of Balancing”. Det er dermed merkverdig at selv om rettigheter og rettighetsavgrensning i argumentasjonen i ”Reinslaktdommen” synes å kokes ned til et spørsmål om ”kollisjon mellom rettskildefaktorer”, er det ”the Law of Balancing” som gjenspeiles i argumentasjonen.

I rammene nedenfor skal jeg gå noe nærmere inn på dommene med utgangspunkt i ”the Weight Formula”:

⁶⁹¹ Se mindretallet avsnitt (56) og (57).

⁶⁹² *ibid.* avsnitt (57)

Rt. 2001 s. 1116 ”Båndtvang”

Vi forutsetter at inngrepsintensiteten (I_i) er liten (l)= 1 og inngrepsbehovet (I_j) er moderat (m)= 2 , samt at de to konflikterende prinsipper har samme abstrakte relative vekt = 1 . Usikkerheten om sedvanen innebærer en ”avkortning” vedrørende R_i . Her velges en avkortning med $\frac{1}{2}$ ut fra følgende målestokk: sedvanen er sikker = 1 , sedvanene er holdbar = $\frac{1}{2}$ og sedvanen er tvilsom = $\frac{1}{4}$.

Vi får $R_i = \frac{1}{2}$ og $R_j = 1$. Ut fra ”the Weight Formula” får vi følgende:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j} \cdot \frac{W_i}{W_j} \cdot \frac{R_i}{R_j}$$

$$\frac{1}{4} = \frac{1}{2} \cdot \frac{1}{1} \cdot \frac{1/2}{1}$$

Vi ser at inngrepet i den samiske sedvanene ikke er uproporsjonalt. Høyesterett var da heller ikke i tvil om at straff kunne idømmes for brudd på båndtvangsbestemmelsen.

HR-2008-2183-A ”Reinslaktdommen”

Vi forutsetter at inngrepsintensiteten (I_i) er liten (l)= 1 og inngrepsbehovet (I_j) er stort (s)= 4 . Videre at de to konflikterende prinsipper har ulik abstrakt relativ vekt, jfr. mindretallets votum. Den samiske sedvanen gis maksimal abstrakt relativ vekt i forhold til styringsbehovet, dvs. $W_i = 4$ og $W_j = 1$. Det er for øvrig ingen usikkerhet om premissene for inngrepet eller sedvanens innhold, dvs. $R_i/R_j = 1$. Ut fra ”the Weight Formula” får vi følgende:

$$W_{i,j} = \frac{I_i}{I_j} \cdot \frac{W_i}{W_j} \cdot \frac{R_i}{R_j}$$

$$1 = \frac{1}{4} \cdot \frac{4}{1} \cdot \frac{1}{1}$$

Vi ser at inngrepet i den samiske sedvanene ikke var uproporsjonalt. Høyesterett var da heller ikke i tvil om at straff kunne idømmes.

15.4 Konklusjon

Den sentrale konklusjon på drøftingen i dette kapittel er at selv om det ved rettighetsavgrensning vedrørende grunnrettigheter gjør seg gjeldende ulike oppfatninger vedrørende hva som er en forsvarlig juridisk metode må det kunne hevdes at rettighetsavgrensning ut fra prinsipp teorien i alle fall ikke går utenfor det legitime tolkningsrom, når det ses bort fra uklarheten om menneskerettighetenes rettslige status i norsk rett. Denne konklusjonen underbygges også av min konklusjon i kapittel 12 om prinsipp teoriens forklaringsverdi i relasjon til rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger.

I kjølvannet av denne konklusjonen kan tilføyes at kampen om det legitime tolkningsrom basert på ulike oppfatninger av hva en demokratisk rettsorden krever, skinner klart igjennom hos Eivind Smith. Han sier for eksempel i tilknytning til presumpsjonsprinsippet at "[h]vis man må gå utenfor det legitime tolkningsrom for å få norsk rett til å stemme med folkeretten, mister presumpsjonsprinsippet sin kraft."⁶⁹³

Dermed skimtes også en viss mulighet for å anvende prinsippet i grunnloven § 110c som en brekkstang for å tillegge menneskerettighetene en "semi-konstitusjonell karakter", det vil si utvide det legitime tolkningsrom gjennom en konstitusjonell forankring.⁶⁹⁴ Antakeligvis er det dette Carsten Smith antyder når han på vegne av utvalget bak NOU 2008:5 *Retten til fiske i havet utenfor Finnmark* sier at "Grunnloven [§ 110a] forsterker konvensjonens bestemmelse [SP artikkel 27 om minoritetsvern] ved at den ikke bare er en «semi-konstitusjonell» rettsregel ifølge menneskerettsloven. Bestemmelsen har også fått Grunnlovens støtte i norsk rett."⁶⁹⁵

⁶⁹³ Smith, *op.cit.*, s. 155

⁶⁹⁴ *ibid.* s. 159

⁶⁹⁵ NOU 2008:5 s. 261 første spalte.

16 Alternativer til relativisering - Habermas og Dworkin

16.1 Kort innledning

I dette kapittel legges til grunn at relativiseringen av grunnrettigheter hos Alexy blir satt på den hardeste prøve gjennom å bevege seg bort fra den norske diskurse og over til Dworkins og Habermas' rettsteorier. Det antas med andre ord at disse forfatternes syn på rettsanvendelsesskjønnets grenser skiller seg fra Alexys og det norske syn på grunnrettigheter som relative størrelser.

I Habermas' teori er det lovvedtakene som er "rettens kjerne", og som utgjør de sentrale referansepunkter som setter grenser for rettsanvendelsesskjønnet.⁶⁹⁶ Relativisering av de lovgiverfastsatte rettigheter ut fra prinsipp teorien er ifølge Habermas forfeilet av to sentrale grunner. For det første avkles rettighetene deres normative kraft ved relativisering.⁶⁹⁷ For det andre opphever prinsipp teorien begreper som for eksempel "rett og galt" og "rettferdighet".⁶⁹⁸ Med andre ord er prinsipp teorien ute av stand til å rettferdiggjøre den konkrete rettsanvendelse selv om den er i stand til å gi et resultat i den enkelte sak. Disse innvendinger mot prinsipp teorien er imøtegått av Alexy⁶⁹⁹ og skal undersøkes nærmere.

Dworkin inndeler rettsnormene i "rules", "principles" og "policies".⁷⁰⁰ "Principles" angår individenes grunnleggende rettigheter i et samfunn med "integrity", er moralsk begrunnet og er alt annet enn relative størrelser. Hos Dworkin får disse karakter av "trumfer" i rettsanvendelsesskjønnet. Dermed kan Dworkin antas å støtte Habermas' kritikk mot prinsipp teorien for denne teoriens "lettvinne" omgang med rettigheters normative kraft og begreper som "rett og galt", og "rettferdighet".⁷⁰¹

⁶⁹⁶ Habermas, *Between facts and norms* (1986) s. 262, Mæhle, *op.cit.*, s. 220-221 og Dalberg-Larsen, *Hvad udgør rettens kerne: retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?* (i: Dalberg-Larsen og Lemann Kristiansen (red.), *Om retsprinsipper* (2004) s. 28).

⁶⁹⁷ Habermas, *op.cit.*, s. 256, Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing and Rationality', *Ratio Juris*, 2003 s. 134 og Mæhle, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet I et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern* (2005) s. 214.

⁶⁹⁸ Habermas, *Reply to Symposium Participants* (i: Rosenfeld og Arato (red.), *Habermas on Law and Democracy* (1998) s. 430).

⁶⁹⁹ Alexy, *op.cit.*, s. 134.

⁷⁰⁰ Se nærmere punkt 16.3.2. Se også Dalberg-Larsen, *op.cit.* s. 34.

⁷⁰¹ Se nærmere punkt 16.4.1.

Problemstillingen kan etter dette formuleres som et spørsmål om de alternativer til relativisering av rettsprinsipper som Dworkin og Habermas tilbyr, innebærer at det bør advares mot å sedimentere prinsippteorien i for stor grad i vår metodelære.

Forholdet Alexy, Habermas og Dworkin er tidligere behandlet av Mæhle i *Grenser for rettsanvendelseskjønn*.⁷⁰² Av særlig interesse er hennes undersøkelse av forskjellene mellom de tre rettsteoretikernes posisjoner med bakgrunn i at samtlige mener at rettsanvenderen har plikt til å ta rettsprinsippene i betraktning.⁷⁰³ Ved klarlegging av Habermas og Dworkins posisjoner i det følgende hentes det dermed i særlig grad inspirasjon fra hennes arbeid.

16.2 Habermas

16.2.1 Habermas' deliberative demokratimodell

I tråd med Eriksen og Weigård er det ved forståelsen av den deliberative demokratimodellen hensiktsmessig å ta utgangspunkt i den liberale og pluralistiske teoritradisjon på den ene siden og den republikanske tradisjon på den andre siden.⁷⁰⁴

Grunnleggende i den liberale og pluralistiske teoritradisjon er tanken om flertallsstyre gjennom stemmegivning ved valg. I denne modell defineres politikk som ”kompromisser mellom konkurrerende, private interesser ved hjelp av formelle voteringsarrangementer.”⁷⁰⁵

Den republikanske tradisjon forstår ikke politikk på nevnte måte. Politikk er ikke først og fremst en konflikt mellom interesser og kompromisser, men er meningsdannelse i formelle og uformelle fora: ”Her er demokrati forstått som et gode i seg selv. Det bidrar ikke bare til konfliktløsning og kollektiv måloppfylning, men også til å opplyse, utvikle og danne borgerne.”⁷⁰⁶

⁷⁰² Mæhle, *op.cit.*, s. 174-227.

⁷⁰³ *ibid.*, s. 212 flg.

⁷⁰⁴ Eriksen og Weigård, *Kommunikativ handling og deliberativt demokrati: Jürgen Habermas' teori om politikk og samfunn* (1999) s. 151.

⁷⁰⁵ *l.c.*

⁷⁰⁶ Eriksen og Weigård, *op.cit.*, s. 153.

Modellen har, som Eriksen og Weigård påpeker, røtter tilbake til den greske polis, og det er forholdsvis enkelt å fremsette argumenter som får modellen til å fremstå som antekvert. Kritikken retter seg både mot den forståelse at "folkets vilje" i enhver henseende går foran individuelle rettigheter, at deltakelse er mulig i et stort og komplekst samfunn, at det i et pluralistisk samfunn er vanskelig å finne felles verdier og normer, og at det i dagens moderne samfunn også er en rett til ikke-deltakelse.⁷⁰⁷

På tross av denne kritikken viser for eksempel amerikanske undersøkelser at den republikanske tradisjon er dominerende i USA.⁷⁰⁸ I den politiske teorien om deliberativ politikk påpeker imidlertid Eriksen og Weigård at det har oppstått et skisma mellom "fellesskapstenkningen – representert ved de såkalte kommunitaristene – og den liberale rettstenkningen i forståelsen av det moderne demokrati."⁷⁰⁹

Og det er her Habermas gjennom sin teori om kommunikativ handling etablerer et alternativ som han kaller en diskursteoretisk deliberativ demokratimodell.⁷¹⁰ Denne modellen er selvsagt ikke øremerket for amerikanske forhold, men er i like stor grad et innlegg i den europeiske diskurs om rettferdiggjøring av normer og anvendelsen av disse.

Hva er så det nærmere innholdet i Habermas' diskursteoretiske deliberative demokratimodell? I tråd med Mæhle⁷¹¹ vil jeg fremheve at Habermas sentrale utgangspunkt er at rett, moral og politikk utgjør ulike sider vedrørende samme grunnleggende problem, nemlig hvordan man skal organisere et samfunn og løse konflikter på en rasjonell måte.⁷¹² Han tar avstand fra tanken om at det er mulig å utlede politisk og/eller rettslig legitimitet fra en homogen verdimeslig samfunnskontekst.⁷¹³ I stedet er det diskursprinsippet som får en sammenbindende funksjon mellom rett, moral og politikk, og som løser den grunnleggende problemstilling om organisering og konfliktløsning i et samfunn. Dette prinsippet tar utgangspunkt i at rett, politikk og moral dreier seg om menneskelig samhandling og kommunikasjon. Det stiller visse krav til deltakeren i diskursen ved at han eller hun regner sitt utsagn som sant, mener utsagnet er riktig ut fra den kontekst utsagnet fremsettes i, er ærlig og

⁷⁰⁷ *l.c.*

⁷⁰⁸ *l.c.*

⁷⁰⁹ *l.c.*

⁷¹⁰ Eriksen og Weigård, *op.cit.*, s. 154.

⁷¹¹ Mæhle, *op.cit.*, s. 188-225.

⁷¹² Habermas, *Between facts and norms* (1996) s. 106 og Mæhle, *op.cit.*, s. 189.

⁷¹³ Habermas, *op.cit.* s. 95 og Mæhle, *op.cit.*, s. 189.

oppriktig vedrørende sitt standpunkt og er villig til å begrunne dette.⁷¹⁴ Habermas mener at denne type diskurs får integrerende kraft, altså en sammenbindende funksjon.⁷¹⁵ Størst kraft oppnås i en fri diskurs, det vil si i en diskurs hvor ingen utelukkes, og hvor denne er fri for tvang.⁷¹⁶ Diskursen skal lede frem til normer som det er en viss felles enighet om, og det er disse som legitimerer samfunnsorganiseringen og konfliktløsningen. Slik Habermas påpeker, står denne type diskurs i konflikt med andre typer av kommunikasjon.⁷¹⁷ For eksempel kommunikasjon hvor strategisk rasjonalitet gjør seg gjeldende, slik vi for eksempel ser innenfor økonomisk systemtenkning. Diskursprinsippet suppleres av moralprinsippet og demokratiprinsippet.⁷¹⁸ Diskurs om moral atskilles fra den politiske diskurs, men den sentrale forståelse at den politiske diskursen forutsetter enighet om normer som utledes av den moralske diskurs.⁷¹⁹ Dermed kommer den indre sammenheng mellom folkestyre og rettighetsvern til syne. Menneskerettighetene er eksempelvis hos Habermas et produkt av den moralske diskurs, og oppfyllelse av disse får dermed betydning for å kunne tale om et demokrati.⁷²⁰ Demokratiprinsippet kommer etter dette frem ved at demokrati defineres som folkestyre pluss rettighetsvern. De er med andre ord ikke motsetninger.

16.2.2 Grenser for rettsanvendelsesskjønn

Hos Habermas er det, som antydnet, selve lovgiverprosessen og lovvedtakene som gir rettsanvender det rettslige argumentasjonsmaterialet.⁷²¹ Disse skal utformes på en presis måte for å sikre forutberegnelighet og kan med rette hevdes å utgjøre ”rettens kjerne” hos Habermas.⁷²² I denne forbindelse kan kort siteres fra Habermas: ”Just those action norms are valid to which all possible affected persons could agree as participants in rational discourses.”⁷²³

⁷¹⁴ Habermas, *op.cit.* s. 119, Mæhle, *op.cit.*, s. 190 og Eriksen og Weigård, *op.cit.* s. 55.

⁷¹⁵ Habermas, *The theory of communicative action*, bind 1, (1984) s. 101, Eriksen og Weigård, *op.cit.*, s. 14-15 og Mæhle, *op.cit.*, s. 190.

⁷¹⁶ Habermas, *En genealogisk undersøkelse av moralens kognitive gehalt* (i: Jürgen Habermas, *Kraften i de bedre argumenter* (1999) s. 210) og Mæhle, *op.cit.* s. 191.

⁷¹⁷ Habermas, *The theory of communicative action*, bind 2, (1987a) s. 322, Eriksen og Weigård, *op.cit.* s. 138 og Mæhle, *op.cit.*, s. 192.

⁷¹⁸ Mæhle, *op.cit.*, s. 194.

⁷¹⁹ Habermas, *Between facts and norms* (1996) s. 110 og Mæhle, *op.cit.* s. 195.

⁷²⁰ Habermas, *op.cit.*, s. 104 og Mæhle, *op.cit.*, s. 196.

⁷²¹ Habermas, *op.cit.*, s. 672 og Mæhle, *op.cit.*, s. 207.

⁷²² Dalberg-Larsen, *op.cit.* s. 28.

⁷²³ Habermas, *op.cit.* s. 107.

Habermas' argumentasjonsmodell går ut på at rettsanvender skal identifisere hvilken konstellasjon av rettslige argumenter som kreves ved løsning av det konkrete juridiske problem, og deretter prioritere de ulike hensyn som står mot hverandre.⁷²⁴ Vi ser at dette henger godt sammen med hans sterke betoning av lovvedtakene som på forhånd gitte målepunkter.⁷²⁵

Nettopp denne forståelsen av forholdet mellom lovgiver og domstoler er et vesentlig ankepunkt for Alexy. Dette kommer jeg straks tilbake til i punkt 16.4.

16.3 Dworkin

16.3.1 Dworkins "Law as integrity"

Dworkin synes å ha sin forankring i den republikanske tradisjon. Han sier for eksempel følgende i boken *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*⁷²⁶: "We need to find ways not merely to struggle against one another about these issues, as if politics were contact sports, but to argue about them from deeper principles of personal and political morality that we can all respect."⁷²⁷ Sentrale spørsmål som Dworkin undersøker med tanke på å finne "principles", er blant andre karakteren og styrken av menneskerettighetene og fordelingen av samfunnets økonomiske goder.⁷²⁸

Dworkins bekymring for retningen i amerikansk politikk bort fra en argumentasjon basert på prinsipper skinner også igjennom hos Storbritannias tidligere statsminister Tony Blair i en samtale med vår utenriksminister Jonas Gahr Støre om USAs utenrikspolitikk. Når sistnevnte minner Blair om hans engasjement i 2002 for å gå til krig mot Saddam Husseins despotiske styre i Irak, og Blairs uttalelse dengang om at det ikke fantes noe "gjerde" å sitte på slik at man dermed måtte velge side, svarer Blair slik på spørsmålet om dette er det samme ultimatum som Bush taler om når han sier at "enten er dere med oss, eller så er dere mot oss": "Det er to forskjellige tilnærminger i utgangspunktet. Problemet oppstår når vi ikke skjeller mellom verdier og interesser. Når Bush sier enten-eller, snakker han om interesser. Jeg snakker om verdier. Du kan ikke stille deg nøytral til folkemord, for eksempel. Der er det ikke noe gjerde å sitte på. Det amerikanerne sier er at folk kan velge om de vil være mot eller med dem, men at det uansett vil være USAs interesser som avgjør politikkenes hensikt og mål. Holdningene

⁷²⁴ Habermas, *op.cit.*, s. 260 og Mæhle, *op.cit.*, s. 215.

⁷²⁵ Mæhle, *op.cit.*, s. 214.

⁷²⁶ Dworkin, *Is democracy possible here?: principles for a new political debate* (2006).

⁷²⁷ *ibid.* s. xi.

⁷²⁸ *l.c.*

som ligger bak disse to tilsynelatende like enten-eller, er i virkeligheten helt forskjellige. Selv om amerikansk [utenriks]politikk i en viss forstand bygger på moralske anskuelser, blir det ren interessepolitikk så lenge det er USA som fatter beslutningene og gjør det alene.”⁷²⁹ Et spørsmål mange stiller seg etter innsettelsen av Barack Hussein Obama jr. som president den 20. januar 2009 er om det forholdet Blair beskriver vil endre seg.

En grunnleggende idé i Dworkins teori er ideen om at individene er moralsk forpliktet overfor hverandre, når de opplever seg selv som ”del av et fellesskap med bestemte normative kvaliteter”.⁷³⁰ Den enkelte kan ikke velge å stå utenfor dersom bestemte grunnvilkår av ”normativ karakter er innfridd i en bestemt samfunnsmessig kontekst”.⁷³¹

De fire grunnvilkårene som oppstilles⁷³², er at borgerne anser forpliktelsene som spesielle eller distinkte for fellesskapet, borgerne er personlig forpliktet og ikke bare kollektivt forpliktet, de utviser en generell omtanke for samtlige av de andre medlemmer av fellesskapet, og de opplever omtanken som lik medlemmene imellom. De normative kvaliteter kommer til uttrykk gjennom en prinsippbasert samfunnsmodell som har to særtrekk.⁷³³ Det er en ”prinsipporientert myndighetsutøvelse” og at borgerne ”anser sine samfunnsmessige rettigheter og plikter som mer grunnleggende og bredere hjemlet enn i konkrete lovvedtak og rettsavgjørelser”.⁷³⁴ I Dworkins terminologi er et samfunn hvor myndighetsutøvingen er basert på et koherent sett av prinsipper, et samfunn der myndighetsutøvelsen uttrykker integritet (”integrity”).⁷³⁵ Og nettopp fordi integritet foreligger, vil borgerne akseptere og anse seg forpliktet av myndighetsutøvelsen.⁷³⁶ Den konkrete oppgaven som dette munner ut i for myndighetsutøverne, er å oppfylle kravet til en prinsipporientert myndighetsutøvelse. Det er spesifisert som den felles forståelse av kravet til ”justice”, ”fairness” og ”due process”. Etersom dette er diskutabile størrelser, blir kravet om integritet det overordnede ideal ved tolkningen av disse krav. Det kan her tales om en form for ”rolleforventning til statsmyndighetene” om å ivareta det prinsipielle fundament for samfunns- og rettsordenen på en koherent måte.⁷³⁷ Legitimitet avhenger dermed av at myndighetsutøvelsen er rettet inn mot å realisere ”justice”, ”fairness” og ”due process”.⁷³⁸

⁷²⁹ Støre, *Å gjøre en forskjell: refleksjoner fra en norsk utenriksminister* (2008) s. 145-146.

⁷³⁰ Mæhle, *op.cit.*, s. 102.

⁷³¹ *ibid.*

⁷³² Dworkin, *Law's empire* (1998) s. 199 og Mæhle, *op.cit.*, s. 103.

⁷³³ Dworkin, *op.cit.*, s. 199 og Mæhle, *op.cit.*, s. 103.

⁷³⁴ Mæhle, *op.cit.*, s. 104.

⁷³⁵ Dworkin, *op.cit.*, kapittel 6 og Mæhle, *op.cit.*, s. 104.

⁷³⁶ *l.c.*

⁷³⁷ Mæhle, *op.cit.*, s. 105.

⁷³⁸ Dworkin, *op.cit.*, s. 165 og Mæhle, *op.cit.*, s. 105.

Dworkin går i sin teori inn for et utstrakt vern av de tradisjonelle liberale frihetsrettigheter. Men samtidig har han et moralsk begrunnet syn på likhet som er mer grunnleggende enn de tradisjonelle liberale frihetsrettigheter. Det moralske utgangspunktet hos Dworkin er at samfunnets fordelingssystem må være ”ambition-sensitive” og ikke ”endowment-sensitive”.⁷³⁹ Det vil si at han går inn for et fordelingssystem som legger vekt på likhet med hensyn til fordeling av ressurser. Fordelingssystemet må dermed i størst mulig grad fremme likhetstankegangen gjennom å eliminere betydningen av sosiale forhold og naturgitte muligheter. Det er kun forskjeller som skyldes individenes egne ambisjoner og valg som godtas.

En sentral drivkraft for Dworkins tenkning synes å være hans uenighet med de synspunkter som H.L.A. Hart fremførte i *The concept of law*.⁷⁴⁰ Dworkin plasserer Hart i en rettspositivistisk retning som han omtaler som ”doctrinal positivism”:

”Doctrinal positivism holds that moral facts cannot figure, at least fundamentally, in the truth conditions of propositions of law. In his book *The Concept of Law*, H.L.A. Hart defended doctrinal positivism. “According to my theory”, he said, “the existence and content of the law can be identified by reference to the social sources of law (e.g., legislation, judicial decisions, social customs) without reference to morality except where the law thus identified has itself incorporated moral criteria for the identification of the law”.”⁷⁴¹

Dworkins kritikk retter seg særlig mot to punkter i Harts teori. Det er for det første det forhold at Hart ikke åpner for rettsprinsipper (”principles”).⁷⁴² For det andre at Hart tillater dommeren ved dennes rettsskapende virksomhet å anvende det Dworkin omtaler som ”policy arguments”.⁷⁴³ Noen sentrale utgangspunkter for å forstå kritikken av Hart er dermed å bringe klarhet i hva som er ”principles”⁷⁴⁴ og herunder ”arguments of principle”, samt hva som er ”arguments of policy”.⁷⁴⁵ Dette skal gjøres nedenfor, men ikke med det formål for øyet å skaffe seg oversikt over diskursen mellom Hart og Dworkin. Formålet er som kjent å få frem

⁷³⁹ Dworkin, *Sovereign virtue: the theory and practice of equality* (2000) kapittel 2 og Spaak, *Guidance and constraint: the action-guiding capacity of theories of legal reasoning* (2007) s. 108 note 9.

⁷⁴⁰ Hart, *The concept of law* (1961).

⁷⁴¹ Dworkin, *Justice in robes* (2006) s. 26.

⁷⁴² Dworkin, *Taking rights seriously* (1977) s. 22.

⁷⁴³ Dworkin, *op.cit.*, s. 34 og 82 og Spaak, *op.cit.*, s. 107.

⁷⁴⁴ Dworkin, *op.cit.*, s. 22.

⁷⁴⁵ *ibid.* s. 82.

Dworkins metodiske tilnærming som alternativ til prinsippteoriens relativisering av rettsprinsipper.

16.3.2 Grenser for rettsanvendelsesskjønn

Dworkin inndeler rettsnormene i ”rules”, ”principles” og ”policies”.⁷⁴⁶ Av disse er det altså ”principles” som har karakter av ”trumpf” i det juridiske resonnement.⁷⁴⁷

Hva er ”principles”? ”Principles” er ifølge Dworkin ”a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality.”⁷⁴⁸

Det finnes imidlertid ingen katalog over ”principles”, og ledestjernen er dermed forståelsen av ”integrity”.⁷⁴⁹

Når rettsanvender argumenterer ut fra ”principles”, taler Dworkin om ”arguments of principle”.⁷⁵⁰ Dworkin sier at denne argumentasjonen rettferdiggjør ”a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right.”⁷⁵¹

Rettferdiggjøring av lovgivning om ikke-diskriminering av minoriteter ut fra at slike grupper har rett til lik behandling, er ifølge Dworkin et eksempel på ”arguments of principle”.⁷⁵²

Hva er ”policy arguments”? For å forklare denne type argumentasjon kan det tas utgangspunkt i at ”principles” knyttes til individuelle rettigheter, det vil si individualiserte politiske mål. Argumentasjon ut fra ”policy arguments” er politiske argumenter som fremmer kollektive mål (”goals”) som for eksempel ren luft og økonomisk effektivitet, det vil si ikke-individualiserte politiske mål.⁷⁵³ Når Hart tillater at dommeren argumenterer ut fra ”policy arguments”, gjøres dommeren i Dworkins teori til en slags fullmektig for lovgiver. Dworkin mener at det er feil at dommeren skal søke å bygge sin argumentasjon på den samme

⁷⁴⁶ *ibid.* s. 22.

⁷⁴⁷ Dworkin, *Law's empire* (1998) s. 223 og Mæhle, *op.cit.*, s. 101.

⁷⁴⁸ Dworkin, *Taking rights seriously* (1977) s. 22. Kinander, *Rettsfilosofi: en innføring* (2005) s. 165 taler her om ”en standard som må respekteres, ikke fordi det vil fremme eller sikre en økonomisk, politisk eller sosial situasjon, men fordi det er et krav som følger av rettferdighet, rimelighet eller en annen dimensjon av moral.”

⁷⁴⁹ Jfr. punkt 16.3.1.

⁷⁵⁰ Dworkin, *op.cit.*, s. 22.

⁷⁵¹ *ibid.* s. 82.

⁷⁵² *l.c.*

⁷⁵³ Dworkin, *op.cit.*, s. 82 og Spaak, *op.cit.*, s. 107.

avveiningen som er fremtredende innenfor lovgivers domene, nemlig bruk av ”policy arguments”.⁷⁵⁴

Her må for ordens skyld tilføyes at hos Hart vil problemet med dommerens rettsskapende virksomhet få aktualitet når rettsspørsmålet ligger i ordenes randsoner. Det sondres altså hos Hart mellom kjernesone (”core”) og randsoner (”penumbra”). Dette er en sondering som ikke benyttes av Dworkin ut fra rettsprinsippenes sentrale betydning.⁷⁵⁵

Kritikken mot Harts åpning for ”policy arguments” i randsonen (”penumbra”) har sitt utspring i Dworkins syn på grensene for rettsanvendelsesskjønnet. De ulike syn på grensene for skjønnet hos Hart og sin egen teori får Dworkin frem gjennom sin inndeling av skjønnet i tre typer skjønn: svakt skjønn, endelig skjønn og sterkt skjønn. Han mener at det rettsanvendelsesskjønn Hart åpner for, er et sterkt skjønn, fordi det er et skjønn som ikke er underlagt rettslige premisser, men har en politisk karakter.⁷⁵⁶ Rettsanvendelsesskjønnet han selv tar til ordet for, er ifølge Dworkin et svakt skjønn, særlig på grunn av de grenser for rettsanvendelsesskjønnet som rettsprinsippene (”principles”) trekker opp.⁷⁵⁷

Sonderingene mellom de ulike typer skjønn vil jeg illustrere gjennom følgende eksempel fra en profesjonell fotballklubb. I denne klubben er det et styre som mener at antallet fotballspillere i spillerstallen er for stort og må reduseres fra 30 spillere til 28 spillere. Klubbens manager som er ansvarlig for trening og laguttak, gis i oppgave å selge to av spillerene. Hvis manageren stilles fritt til å plukke ut to av spillerene for salg, foreligger et sterkt skjønn. Er det imidlertid oppstilt et kriterium om at det er de to spillerne som presterer svakest i kamp, som skal selges, er det et svakt skjønn. Et endelig skjønn er hos Dworkin en type svakt skjønn. Dette skjønn kan illustreres ved et eksempel fra fotballspilletts regler: Europeisk fotball skiller seg fra amerikansk fotball ved at det er strenge begrensninger vedrørende bruk av hendene på ballen. Hvis andre spillere enn målvakten til det forsvarende laget bruker hendene innenfor et avgrenset område kalt ”straffefeltet”, får det angripende laget straffespark som er en statistisk stor sjanse til å skyte mål og øke vinnermuligheten. Hvis dette regelbruddet finner sted utenfor ”straffefeltet”, får det angripende laget ”frispark”, som statistisk sett gir mindre mulighet til å skyte mål. Avgjørelsen av om regelbruddet fant sted innenfor eller utenfor straffefeltet, er et endelig skjønn.

”Principles” får altså en sentral betydning ved fastleggingen av rettsanvendelsesskjønnets grenser. Det betyr imidlertid ikke at det kun er ”arguments of principle”, det vil si argumentasjon som fremmer eller beskytter individuelle rettigheter som får betydning ved

⁷⁵⁴ Dworkin, *op.cit.* s. 82.

⁷⁵⁵ Mæhle, *op.cit.*, s. 113.

⁷⁵⁶ Dworkin, *op.cit.*, s. 34 og Mæhle, *op.cit.*, s. 116.

⁷⁵⁷ Dworkin, *op.cit.*, s. 32 og Mæhle, *op.cit.*, s. 116.

utmeisling av rettsnormen, Også ”policy arguments” kan få betydning i rettsanvendelsesskjønnet. Den sentrale forskjell på disse to argumentasjonstyper er deres funksjon. I den rettslige argumentasjonen kan ”arguments of principle”, som i et kortspill, ”trumfe” annen argumentasjon.⁷⁵⁸ Dworkins oppstiller videre krav til dommeren at han eller hun ved løsningen av rettsspørsmål skal konstruere en teori som ikke bare ”fits”, men som også innebærer den beste moralske rettferdiggjøring av rettsnormen (”moral justification”).⁷⁵⁹

Ved sin fortolkning av rettsnormene blir altså det overordnede kravet til rettsanvender å sørge for å realisere ”justice”, ”fairness” og ”due process”, kalt ”integrity”. Dette oppnås dersom rettsspørsmålet som skal avgjøres, ”fits” og tilfredsstillende kravet til ”moral justification”. Det er ifølge Dworkin et komplekst og nært samspill mellom disse to kravene som begge må oppfylles.⁷⁶⁰ Kravet om ”fits” innebærer blant annet at det konkrete rettsspørsmål må løses ut fra rettsprinsippene slik disse er fortolket tidligere.⁷⁶¹ Kravet om ”moral justification” innebærer at rettsanvendelsen må være overensstemmende med forventningene fra samfunnet om en prinsipporientert myndighetsutøvelse.⁷⁶² Dworkin erkjenner at dette siste kravet kan være problematisk, og at rettsanvenderen til en viss grad må legge til grunn sin egen forståelse av disse forventninger.⁷⁶³

Dworkins teori kan illustreres med ”The Snail-Darter Case”.⁷⁶⁴ Denne saken ble avgjort av The Supreme Court i USA i 1978.

Saksforholdet var at the Tennessee Valley Authority (TVA) i 1967 startet sin bygging av the Tellico Dam and Reservoir Project i den nedre del av vassdraget the Little Tennessee River. Hensikten var etablering av et kraftverk for å øke den økonomiske veksten i området. Utbyggingen ville medføre at elven og omkringliggende områder ble omgjort til en dam. Seks år senere, i 1973, ble en tidligere ukjent type fisk, the Snail-Darter, oppdaget syv amerikanske miles fra elvemunningen. Fire måneder etter denne oppdagelsen ble en lov, the Endangered Species Act, vedtatt. Ifølge denne fikk the Secretary of the Interior kompetanse til å avgjøre om en art var truet (”endangered”) og til å klarlegge artens habitat. Hvis arten ble erklært

⁷⁵⁸ Dworkin, *Law's empire* (1998) s. 223 og Mæhle, *op.cit.*, s. 101.

⁷⁵⁹ Dworkin, *op.cit.*, s. 230, 239, 245-46 og 255 og Mæhle, *op.cit.*, s. 108.

⁷⁶⁰ Dworkin, *op.cit.*, s. 234 og Mæhle, *op.cit.*, s. 109.

⁷⁶¹ Dworkin, *op.cit.*, s. 257 og Mæhle, *op.cit.*, s. 119.

⁷⁶² Mæhle, *op.cit.*, s. 105.

⁷⁶³ Dworkin, *Freedom's law* (1996) s. 10 og Mæhle, *op.cit.*, s. 118.

⁷⁶⁴ Dworkin, *Law's empire* (1998) s. 313-354 og Spaak, *op.cit.*, s. 224 flg.

truet, noe som ble fastsatt for the Snail-Darter i 1975, fikk lovens artikkel 7 anvendelse. I praksis innebar dette fredning av fisken og dens habitat som the Secretary of the Interior mente var ved elvemunningen til the Little Tennessee River. Dermed forelå en konflikt mellom TVA som ikke hadde fullført byggingen av dammen, og verneinteressene. En gruppe biologer og andre som ønsket å berge fisken, gikk til søksmål mot TVA for å få stanset den videre utbygging. Spørsmålet i saken var om lovens artikkel 7 fikk anvendelse med tilbakevirkende kraft på utbyggingsprosjekter som TVA fremholdt var autorisert av myndighetene, finansiert over offentlige budsjetter, og som for det vesentlige var ferdig bygd.

Den amerikanske Høyesterett avgjorde saken i favør av verneinteressene, men det var dissens. De dissenterende dommere bygde sitt resultat både på lovens ordlyd og en presumpsjon om at lover i utgangspunktet ikke gis tilbakevirkende kraft. I det følgende konsentrerer vi oss imidlertid om Dworkins argumentasjon.

Det er ifølge Dworkin et nært samspill mellom kravene om "fits" og "moral justification". Kravet om "fits" innebærer at det må legges til grunn en fortolkning som "fits" med tidligere fortolkninger og lovhistorikken. Rettsanvenderen må gjengi og vektlegge "the story of a democratically elected legislature enacting a particular text in particular circumstances – in the best light overall, and this means that he must justify the story as a whole, not just its ending."⁷⁶⁵ Videre kreves at fortolkningen lar seg forene med ordlyden i lovbestemmelsen. Kravet om "moral justification" innebærer at det må legges vekt på rimelighet, "fairness", slik dette forstås blant samfunnsmedlemmene.

Dworkin påpeker at det ikke foreligger en tidligere fortolkning av artikkel 7 i the Endangered Species Act, samt at verken lovhistorikken eller andre bestemmelser i loven gir holdepunkter for at hensynet til sløsing med en begrenset ressurs får avgjørende betydning for fortolkningen. Altså trekker ordlyden i retning av at den rammer igangsatte, men ikke ferdigstilte anlegg. Bestemmelsen må imidlertid også fortolkes ut fra kravet om "moral justification" slik dette forstås blant samfunnsmedlemmene. Spørsmålet er da ifølge Dworkin om det er en dominerende "public opinion" som går ut på at det ikke er rimelig at vernet av the Snail-Darter går foran de politiske hensyn som taler for ferdigstillelse og idriftsetting av kraftverket. Denne oppfatningen må i tilfelle tas i betraktning ut fra kravet om "integrity".

⁷⁶⁵ Dworkin, *op.cit.*, s. 347. Se også Spaak, *op.cit.*, s. 229.

Dworkin konkluderer med at hvis dommeren deler det som han mener er den dominerende oppfatningen blant samfunnsmedlemmene, nemlig at fisken må ofres for å fremme økonomisk vekst i området, vil dette medføre at loven tolkes slik at den kun omfatter fremtidige utbyggingsprosjekter. Dworkin sluttet seg dermed til de dissenterende dommere som ville ofre fisken. Han sier det slik gjennom sitt talerør, superdommer Herkules:

”He [Herkules] thinks reading the statue to save the dam would make it better from the point of view of sound policy. He has no reason of textual integrity arguing against that reading, nor any reason of fairness, because nothing suggests that the public would be outraged or offended by that decision. Nothing in the legislative history of the bill itself, properly understood and taken as the record of public decision, argues the other way, and the later legislative decisions of the same character argue strongly for the reading he himself thinks best. He joins the justices who dissented in the case.”⁷⁶⁶

Det er til en viss grad mulig å forstå norsk høyesterettspraksis ut fra Dworkins tenkning. Her skal nevnes noen eksempler.

Først kan trekkes frem Høyesteretts argumentasjon i *Rt. 2007 s. 1281* ”Sakristivold” vedrørende grunnloven § 97. Høyesterett la vekt på at vedtakelsen av en bestemmelse om rett til å forlenge festeforholdet som gir beskyttelse for retten til å ha et sted å bo, ”fits” når lovgivningshistorikken om beskyttelse av retten til bolig tas i betraktning. Videre synes Høyesterett å bygge på at festerne har en grunnlagt forventning til lovgiverne om å gripe inn for å beskytte deres individuelle rettigheter. Dette peker i retning av en ”moral entitlement” til å få fortsette festeforholdet uten vesentlige endringer i den årlige leie. Med andre ord rettferdiggjør Høyesterett sin fortolkning av grunnloven § 97 med det som hos Dworkin omtales som ”moral justification”. Et særskilt spørsmål som kan henges på til slutt, er om Den europeiske menneskerettskonvensjon protokoll 1 artikkel 1 kan tenkes å gi festerne et rettsbeskyttet krav på inngripen fra lovgiver til beskyttelse av deres investering i bygningene på festetomten. Altså noe mer enn en moralsk rett til å få nyte sin eiendom i fred. Dette drøftes ikke her.

En annen dom som kan nevnes, er *Rt. 2008 s. 65*. Her finner vi hos mindretallets argumentasjonslinjer som faller sammen med integritetskravet (”integrity”) hos Dworkin.

⁷⁶⁶ Dworkin, *op.cit.*, s. 347. Se i denne forbindelse også Spaak, *op.cit.*, s. 230.

Denne saken gjaldt en kvinnes oppreisningskrav mot fem menn som enten hadde voldtatt eller medvirket til å voldta henne i en leilighet, såkalt gruppevoldtekt. I sin anke til lagmannsretten krevde kvinnen at oppreisningsbeløpet ble fastsatt for hver enkelt gjerningsmann ut fra at hver av dem hadde påført henne en krenkelse, og fremholdt videre at erstatningsbeløpene ikke gjaldt samme skade.

Flertallet på fire dommer uttalte at selv om kvinnen ble utsatt for flere ulike krenkelser, forelå det bare en skade og ett oppreisningskrav. Videre at ansvarsformen solidaransvar kan fravikes, dersom forholdene i den enkelte sak tilsier det, men at det ikke var aktuelt i denne saken. Det sistnevnte standpunktet synes førstvoterende som talskvinne for flertallet, å begrunne med at det vil være vanskelig å fastsette et oppreisningsbeløp særskilt for hver av gjerningsmennene. Flertallet tolket anken til å gjelde ansvarsformen solidaransvar og ikke spørsmålet om de seksuelle krenkelser kvinnen hadde vært utsatt for, ga opphav til ett eller flere oppreisningskrav.

Mindretallet på en dommer var uenig i en slik forståelse av anken. Ved stillingtagen til spørsmålet om det foreligger ett eller flere oppreisningskrav tok mindretallet utgangspunkt i bestemmelsen i skadeserstatningsloven som gir grunnlag for å kreve oppreisning, nemlig skadeserstatningsloven § 3-5 første ledd bokstav b med videre henvisning til § 3-3. Bestemmelsen åpner for å tilkjenne erstatning ved slik ”krenking” som kvinnen var utsatt for, men gir ingen direkte veiledning om erstatning skal utmåles separat i forhold til hver gjerningsperson. Mindretallet resonnerer imidlertid ut fra at når kriteriet for erstatning er ”krenking”, er første steg å klarlegge om ”man står overfor én eller flere [strafferettslige] krenkelser”.⁷⁶⁷ En hovedsondring i strafferetten, sier mindretallet, går da mellom om det er samme gjerningsperson eller flere gjerningspersoner. Når det er flere gjerningspersoner, er neste steg å avgjøre ”om gjerningspersonenes krenkelser kan skilles fra hverandre”.⁷⁶⁸

Både ”hvordan krenkelsene blir opplevd av fornærmede”⁷⁶⁹, og lovhistorikken om skjerping av strafferammen for voldtekt talte etter mindretallets mening for at kvinnen ble utsatt for flere krenkelser. Her mente også at det er ”fullstendig uakseptabelt og direkte støtende” når

⁷⁶⁷ Dommens avsnitt (71).

⁷⁶⁸ *ibid.* avsnitt (75).

⁷⁶⁹ *ibid.* avsnitt (77).

lagmannsretten mener at ”man vil kunne komme galt av sted dersom man multipliserer det normerte beløp [kr. 100.000] med antall gjerningsmenn, eventuelt antall overgrep”.⁷⁷⁰

Kritikken retter seg også mot at lagmannsretten mente at det ikke var noe ”tungtveiende argument”⁷⁷¹ at gjerningsmannen vil slippe med et lavere beløp, når vedkommende hadde deltatt i en gruppevoldtekt enn om han eller hun hadde handlet på egenhånd. Mindretallet fremholdt at det ikke er noen reell grunn til ”at menn som går sammen etter tur om å voldta en kvinne, blir «premiert» med en «kvantumsrabatt».⁷⁷²

Når det gjelder solidaransvarsregelen, var mindretallets fortolkning av denne at det er opp til skadelidte om vedkommende vil påberope seg denne eller nøye seg med delt ansvar, og viser til at formålet med bestemmelsen er å sikre skadelidtes muligheter for å få dekning og ikke begrense vedkommendes rett til erstatning.⁷⁷³

Mindretallet var i samsvar med Dworkins teori orientert mot å klarlegge de tvistende parters rettigheter. Han konstaterte at loven ga kvinnen i saken rett til å kreve oppreisning for de seksuelle krenkelser hun ble utsatt for. Videre at regelen om solidaransvar ikke ga skadevolderne noen rettigheter, men har som formål å styrke skadelidtes dekningsmuligheter. Ved sin fortolkning av spørsmålet om når fornærmede kan kreve at oppreisningskrav skal beregnes separat for hver enkelt overgriper, bygde han både på lovens bruk av ordet ”krenket”, formålet med oppreisningsinstituttet, lovhistorikken og en moralsk vurdering. Han sa ut fra dette at det avgjørende vilkår for å kunne kreve utmålt erstatning separat fra hver enkelt gjerningsperson er at det foreligger en eller flere krenkelser som kan skilles fra hverandre. Mindretallets argumentasjon viser at han satte seg inn i oppreisningsinstituttets formål og den sammenveving som hadde funnet sted med strafferetten vedrørende ordet ”krenket”, samt at han arbeidet ut fra en teori om at skadeserstatningsloven må fortolkes slik at denne ”fits” med det som har passert hos lovgiver, og hvor den sentrale idé er å gi den skadelidte kvinnen kompensasjon. Samtidig oppstilte han et krav om at fortolkningen kan forsvares på et moralsk grunnlag, eller sagt på en annen måte, at det ikke støter an mot den rådende moralske eller verdimeslige oppfatningen han mener råder i samfunnet. Her mente

⁷⁷⁰ *ibid.* avsnitt (81).

⁷⁷¹ *ibid.* avsnitt (80).

⁷⁷² *ibid.* avsnitt (81).

⁷⁷³ *ibid.* avsnitt (76).

han at lagmannsretten ikke hadde bestått prøven.⁷⁷⁴ Vi gjenkjenner både kravet om ”fits” og ”moral justification” i mindretallets argumentasjon.

Til slutt kan nevnes at Mæhle har analysert tredjevoterendes, dommer Backers, argumentasjonslinjer i *Rt. 1996 s. 1415* ”Borthen” og *Rt. 1996 s. 1440* ”Thunheim” ut fra standardteorien og rettighetsteorien.⁷⁷⁵ Og har trukket en forbindelseslinje mellom Backer og Dworkin hva angår Backers synspunkt på behovet for et selvstendig og offensivt rettighetsvern ved domstolene.⁷⁷⁶ Etter min mening er det lettere å plassere Backers argumentasjonslinjer innenfor de grenser for rettsanvendelsesskjønnet som Den europeiske menneskerettsdomstol og prinsipp teorien trekker opp. Det sentrale forholdet for Backer synes nemlig å være at lovgiver har etablert et system som gir økt uttelling ved økt arbeidsmessig innsats fra rettighetshaveren, og at det dermed er skapt en forventning hos vedkommende som det ikke kan gripes inn i ved ny lovgivning, uten at dette kan rettferdiggjøres med et forholdsvis tungtveiende behov for å redusere statens økonomiske forpliktelser. Essensen hos Backer synes dermed i større grad å være at de konflikterende hensyn må balanseres mot hverandre, enn at rettighetene har et substansielt innhold som domstolene kan klarlegge, og som ”trumfer” eller setter til side inngrepsloven.⁷⁷⁷

16.4 Alexy vs. Habermas

16.4.1 Alexys tilsvare til Habermas

Habermas har to sentrale innvendinger mot prinsipp teorien. For det første at teorien medfører at rettighetene mister sin normative kraft. For det andre at den opphever begreper som for eksempel ”rett og galt” og ”rettferdighet”. Alexy er ikke enig i dette.

Når det gjelder innvendingen at rettighetene mister sin normative kraft (”collapse of the fire wall”⁷⁷⁸), støtter Alexy seg til rettspraksis fra Den tyske forfatningsdomstolen, BVerfG, som

⁷⁷⁴ *ibid.* avsnitt (81).

⁷⁷⁵ Mæhle, *op.cit.*, s. 247.

⁷⁷⁶ *ibid.* s. 248.

⁷⁷⁷ Se nærmere i punkt 8.2.4.

⁷⁷⁸ Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing and Rationality', *Ratio Juris*, 2003 s. 139.

han mener motbeviser dette.⁷⁷⁹ Det sentrale poenget er at det finnes områder hvor inngrep i en konstitusjonell rettighet så å si aldri vil kunne rettferdiggjøres med vekten av behovet for å gripe inn, jfr. det som tidligere er sagt om ”the law of diminishing marginal utility” i punkt 2.2.3.⁷⁸⁰ Det følger som kjent av sistnevnte ”lov” at selv om synet på spørsmålet om rettighetsavgrensningen kan variere fra person til person, vil det være mulig å oppnå enighet om en toleransmargin når de kolliderende prinsipper rangeres likt på et abstrakt plan.

Når det gjelder innvendingen at relativisering av rettigheter nærmest opphever grensen mellom begreper som ”rett og galt” og ”rettferdighet”, viser Alexy til forholdsmessighetsgrunnsetningens krav til myndighetsutøvingen og hvordan denne praktiseres av Den tyske forfatningsdomstolen, BVerfG.⁷⁸¹ Han fremhever at rettighetsavgrensningen finner sted ut fra argumentasjon om inngrepsintensitet og vekten av inngrepsbehovet, jfr. ”the Law of Balancing”.⁷⁸² Dette er ifølge Alexy en argumentasjon som bygger nettopp på slike oppfatninger som Habermas vil fraskrive prinsipp teorien.⁷⁸³

16.4.2 Alexys kritikk av Habermas’ metodiske tilnærming

Habermas bygger sin teori på en klar sonndring mellom den lovgivende forsamlings rettferdiggjøring av den abstrakte rettsnormen (”discourse of justification”) og domstolens rettferdiggjøring av avgjørelsesnormen (”discourse of application”). Domstolene skal ifølge Habermas bygge sin argumentasjon på klart formulerte lovvedtak. Avvik fra dette vil dermed, som Mæhle påpeker, være et ”legitimasjonsproblem”⁷⁸⁴ fordi det åpner for utvanning av individenes rettigheter. Alexy ser noe annerledes på skillet mellom den rettferdiggjøring som skjer hos lovgiver og i domstolene.

Alexy mener, som påpekt av Mæhle, at domstolene har en ”særlig og konkret tilgang til den problematikken som forholdet mellom flertallsmakt og rettighetsvern skaper”,⁷⁸⁵ og dermed har en ”plikt til å utvikle og realisere de grunnleggende rettighetene i en rettsorden”.⁷⁸⁶ Det er

⁷⁷⁹ *ibid.* s. 139-140.

⁷⁸⁰ Alexy, *A theory of constitutional rights* (2002) s. 103.

⁷⁸¹ Alexy, 'Constitutional Rights, Balancing and Rationality', *Ratio Juris*, 2003 s. 138-139.

⁷⁸² *ibid.*

⁷⁸³ *ibid.* s. 139.

⁷⁸⁴ Mæhle, *op.cit.*, s. 224.

⁷⁸⁵ *l.c.*

⁷⁸⁶ *l.c.*

dermed ifølge Alexy ikke mulig å opprettholde Habermas' skarpe sondering mellom rettferdiggjøring av den abstrakte rettsnormen som sikrer individenes rettigheter og den rettferdiggjøring som legges til grunn av domstolene ved utformingen av avgjørelsesnormen.⁷⁸⁷

Mæhle synes å ville forklare dette med at der Habermas ser et "legitimitetsproblem" ser Alexy et "legitimitetspotensial".⁷⁸⁸ Habermas mener enkelt sagt at demokratiet vil forvitte dersom rettsreglene ikke er "rettens kjerne",⁷⁸⁹ mens Alexy mener at et mer aktivt bidrag fra domstolene er nødvendig for å forhindre at demokratiet faller sammen. Dalberg-Larsen beskriver Habermas' posisjon slik (min understreking):

"Ifølge Habermas er den demokratiske rettsstat nemlig karakterisert ved, at lovgiverne utformer præcist formulerte retsregler med utgangspunkt i de oppfattelser vedrørende rettens innhold, der gjør sig gældende ude i befolkningen. Hvis lovgiverne ikke omsætter disse oppfattelser i præcis lovgivning, vil der ske det, at den udøvende magt på demokratiets bekostning, idet den vil tolke upræcise og vage love ud fra egne synspunkter. Og tilsvarende vil domstolene begynde at følge deres egen politiske kurs og optræde i en illegitim politisk rolle, dersom de ikke i deres retsanvendelse bindes af præcise lovregler. Habermas' opfattelse er altså den, at vi især af hensyn til demokratiet fortsat bør opfatte rettens kerne som præcise retsregler, og at vi, hvis vi forlader denne opfattelse, da kaster vrage på den demokratiske retsstat, der møjsommeligt er blevet opbygget med udgangspunkt i oplysningstidens tankeverden tilbage i det 18. århundrede."⁷⁹⁰

Som følge av Alexys mer optimistiske oppfatning av domstolenes rolle som "vedlikeholdsarbeidere" av "byggverket" som vi kaller demokrati, får altså rettsprinsipper større plass hos ham enn hos Habermas. En bærende idé hos Alexy er dermed samspillet mellom lovgiver og domstolene, hvor domstolene har større mulighet for å komme frem til hva som er den riktige løsningen. Dette synspunktet kjenner vi igjen fra Eckhoff *Rettskildelære* hvor hensynet til resultatets godhet er et bærende prinsipp. I denne forbindelse

⁷⁸⁷ Alexy, 'A discourse-theoretical conception of practical reason', *Ratio Juris*, 1992 s. 237 og Mæhle, *op.cit.*, s. 217.

⁷⁸⁸ Mæhle, *op.cit.*, s. 224.

⁷⁸⁹ Dette uttrykket er hentet fra Dalberg-Larsen, *Hvad udgør rettens kerne: retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?* (i: Dalberg-Larsen og Lemann Kristiansen (red.), *Om retsprinsipper* (2004) s. 11-48).

⁷⁹⁰ Dalberg-Larsen, *op.cit.*, s. 28.

kan også Thue⁷⁹¹ nevnes som innenfor rammene av Eckhoffs *Rettskildelære* argumenterer både for beskyttelse av grunnrettigheter og individets krav på en avgjørelse som tar utgangspunkt i vedkommendes situasjon.⁷⁹²

16.5 Alexy med flere vs. Dworkin

Det er neppe tvilsomt at Alexy til en viss grad er inspirert av Dworkins syn på rettsprinsipper, det vil si at de pliktmessig skal legges til grunn av rettsanvender, og at de setter grenser for rettsanvendelsesskjønnet. Når det ses bort fra det som er sagt ovenfor om ”overproporsjonalitet” for enkelte rettsprinsipper og ”the law of diminishing marginal utility” som innebærer at rettsprinsipper kan få en viss ”trumpf-funksjon”, er Alexy kritisk til Dworkins generelle oppfatning av ”principles” som trumfer. Dermed tar han også avstand fra Dworkins ”kongstanke” om at det kan finnes ett riktig svar på juridiske problemstillinger ut fra hans teori om ”Law as integrity”. Han kritiserer videre Dworkins krav til at nye domsavgjørrelser må føye seg inn i eldre avgjørelser som i en kjederoman.

Det må for ordens skyld tilføyes at som gjennomgangen ovenfor har vist, er Alexys rettsprinsipper en langt større gruppe enn Dworkins ”principles”. Et sentralt poeng her er også at Alexy, i motsetning til Dworkin, ikke begrenser seg til å tillegge enkeltindivider vern etter rettsprinsippene; også minoriteter og andre grupperinger har grunnrettigheter.

I det følgende vil jeg supplere Alexys kritikk med kritikk som er rettet mot Dworkin også fra andre. Spaak har for eksempel fremholdt at teorien både er vanskelig å forstå og stiller store krav til rettsanvenderen. Han sier det slik:

”My main concern is that Dworkin`s theory is rather difficult to understand and even more difficult to apply. In regard to the issue of application, it requires a

⁷⁹¹ Thue, 'Den ene og retten: En eksistensialistisk rettsteori', TfR, 1985 s. 379-394.

⁷⁹² Se Bernt, 'Den ene og retten: brytningen mellom liberalisme og kollektivism i norsk rettsteori' (i: Frantzen, Giertsen og Moss (red.), Rett og toleranse: festskrift til Helge Johan Thue: 70 år, 2007). Bernt sier det slik på s. 502: ”Thue bruker Eckhoffs rettskildedeforståelse som ramme for et krav om en fornyet oppmerksomhet mot de liberale frihetsidealer som verdimeslige premisser for utlegningen av gjeldende rett. Thues kritikk er ikke en avvísning av den beskrivelsen av juridisk metode som vi finner i rettskildedefaktorlæren, men tvert i mot et krav om at denne tar sin egen tilnærming på alvor. Hans program er ikke et krav om at velferdsstatlig rettstenkning med vekt på folkesuverenitet og politikkenes primat i forhold til jussen skal kastes på historiens skraphaug. Hans anliggende er å avdekke og fremheve den «dypstruktur» i vår rettstenkning som representerer de klassiske liberale frihetsidealer, er og bør være en viktig del av den verdimeslige referanserammen for rettsanvendelsen.”

deep understanding of the relevant field of substantive law, in that it requires that the judge go far beyond usual interpretive arguments and construct a theory that fits and offers the best moral justification of the relevant statutory provision(s) or case law norm(s). This means that there is a risk that the theory will be too difficult to use for anyone who is not an expert in the relevant field of law.”⁷⁹³

Det problem Spaak særlig trekker frem her, synes å være tanken hos Dworkin om at rettsanvenderen skal anse seg som forfatter av en kjederoman. For å kunne gi sitt bidrag til historien må rettsanvenderen skaffe seg fullstendig oversikt over alt relevant materiale som er produsert på rettsfeltet, og utarbeide en teori om de verdier, politiske mål (”goals”) og ”principles” som rettsinstituttet tilkjenner eller fremmer. Denne fortolkningsstrategi omtaler Dworkin som ”constructive interpretation”. Det vil si at objektet for fortolkningen gis et formål som fremmer det system eller den genre som det tilhører.⁷⁹⁴

En annen type kritikk til tanken om en kjederoman finner vi hos Fish. Han kritiserer Dworkin ut fra at han mener at Dworkin uriktig forutsetter at det finnes en fasitfortolkning av tidligere fortolkningsprosesser.⁷⁹⁵ Dworkins⁷⁹⁶ synspunkt her er, som påpekt av Mæhle, at grensen mellom en fortolkning i samsvar med tidligere fortolkninger og det rettsanvenderen selv mener er den korrekte løsningen, ikke må overdrives.⁷⁹⁷ Dworkin sier det slik:

”[N]either of these crude descriptions – of total creative freedom or mechanical textual constraint – captures [the interpreters] situation, because each must in some way be qualified by the other.”⁷⁹⁸

Mæhle mener her at det er et berettiget spørsmål om Dworkin møter Fish`s kritikk på en tilfredsstillende måte.⁷⁹⁹ Dette spørsmålet lar jeg ligge.

Spaak reiser for øvrig spørsmålet om rettsanvendelse ut fra Dworkins teori vil medføre at det blir rettsanvenderens egen moralske overbevisning som får gjennomslag i rettsanvendelsesprosessen, slik at det finner sted en overføring av politisk makt til

⁷⁹³ Spaak, *op.cit.*, s. 129.

⁷⁹⁴ Dworkin, *Law's empire* (1986) s. 52. Se også Spaak, *op.cit.*, s. 118.

⁷⁹⁵ Fish, *Doing what comes naturally: change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies* (1989) s. 95 og Mæhle, *op.cit.*, s. 109.

⁷⁹⁶ Dworkin, *op.cit.*, s.234.

⁷⁹⁷ Dworkin, *op.cit.*, s. 234 og Mæhle, *op.cit.*, s. 110.

⁷⁹⁸ Dworkin, *op.cit.*, s. 234.

⁷⁹⁹ Mæhle, *op.cit.*, s. 110.

domstolene.⁸⁰⁰ Dermed stiller han seg tvilende til om Dworkins krav om at det ved ”moral justification” ikke er rettsanvenderens subjektive moralske oppfatning som skal legges til grunn, lar seg realisere i praksis. Denne tvil kan muligens forklares med at Spaak ikke tillegger ”principles” tilstrekkelig grad av substansiell karakter, eller overser, som Mæhle påpeker, at Dworkin mener at det er ”visse faste holdepunkter i fortolkningsprosessens ”natur” som setter grenser for rettsanvendelsesskjønnet”.⁸⁰¹

16.6 Sammenfatning og konklusjon

Gjennomgangen i dette kapittel har vist at det er stor avstand mellom de tre teoretikere Habermas, Alexy og Dworkin vedrørende synet på rettsprinsipper, og om hvordan rettighetsavgrensningen i spenningsforholdet mellom flertallsmakt og vern av individene skal gjennomføres. Samtidig kan jeg imidlertid ikke se at de alternativer til prinsippteorien som er presentert, og de innvendinger som er reist mot prinsippteorien vedrørende relativisering av rettigheter, gjør det påkrevet å advare mot at teorien sedimenteres i vår metodelære.

For ordens skyld kan tilføyes at jeg er innforstått med at det ikke er mulig å trekke en konklusjon som får allmenn oppslutning. Hvis for eksempel rettsanvender ikke deler Dworkins tro på et fasitsvar ved løsningen av juridiske problemstillinger, og herunder anser ”principles” nærmest som på forhånd gitte størrelser, vil prinsippteorien fremstå som et alternativ. Anses imidlertid prinsippteorien i for stor grad å åpne for utvanning av rettighetsvernet, vil Habermas’ modell kunne være et alternativ. Denne evige diskurs lar seg med andre ord ikke fastfryse, og disse tre teoretikers synspunkter møter selvsagt konkurranse også fra andre teorier.

Helt til slutt vil jeg si at det selvsagt kan tenkes at Habermas’, Alexys og Dworkins synspunkter vedrørende grenser for rettsanvendelsesskjønnet nødvendigvis ikke gir et ulikt resultat i en konkret sak. Samtlige tar utgangspunkt i det som kan omtales som en materiell demokratiforståelse, og en rekke vurderinger i konkrete saker om avgjørelsesnormens utforming må antas å falle likt ut. Et annet spørsmål er om det kan tenkes at samme rettsanvender i enkelte saker argumenterer på en måte som kan forklares ut fra den ene teorien, og i andre saker argumenterer på en måte som kan forklares ut fra de øvrige teorier.

⁸⁰⁰ Spaak, *op.cit.*, s. 129.

⁸⁰¹ Mæhle, *op.cit.*, s. 120 og s. 77.

Altså en situasjon hvor ”ingen vet hvor haren hopper”. Dette er mulig, men jeg tror at argumentasjonsmønstrene er ganske godt innarbeidet hos den enkelte. Særlig fremmed vil jeg for eksempel anta at det er for norske rettsanvendere å generelt anse prinsipper som trumfer.

17 Konklusjon

Ved besvarelsen av spørsmålet om prinsippteorien bør sedimenteres i rettskulturen, er det i denne delen av avhandlingen særlig lagt vekt på om prinsippteoriens relativisering av grunnrettigheter representerer et markant brudd med ”eckhoffismen”, og om rettighetsavgrensning ut fra teorien er innenfor det legitime tolkningsrom. I tillegg er det undersøkt om de grenser for rettsanvendelsesskjønnet som Habermas og Dworkins teorier trekker opp, bør resultere i tilbakeholdenhet med å anbefale teorien.

Med utgangspunkt i den metodelære som blant andre Eckhoff har vært eksponent for (”eckhoffismen”), synes det å kunne gis et bekræftende svar vedrørende spørsmålet om relativisering av rettigheter samsvarer med rettskulturen. Når det videre i kapittel 12 er konkludert med at rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger kan forklares ut fra prinsippteorien, peker selvsagt også dette i retning av at prinsippteorien bør sedimenteres.

Hertil kommer at undersøkelsen av kritikken mot Alexy ved Habermas’ og Dworkins teorier har vist at teorien synes å kunne gi et tilfredsstillende svar på hvordan det ”demokratiske paradoks” kan løses.

Ut fra at teorien også avspeiler europeisk grunnrettighetspraksis og dermed er ”utprøvd” i et demokratisk Europa, samt at også Graver og Mæhle mener at teorien har forklaringsverdi vedrørende norsk rettspraksis om rettighetsavgrensning vedrørende grunnrettigheter, vil jeg konkludere med at det i alle fall ikke er sterke grunner til at teorien ikke bør sedimenteres i rettskulturen.

Teorien bør etter dette vies større plass i metodelæren og rettsprinsippene bør få innpass i opplister over rettskildedefaktorer.

Del IV

Avslutning

18 Hva har undersøkelsen vist?

Denne undersøkelsen har vist at det i norsk rett gjør seg gjeldende et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger som får anvendelse til vern av borgerne mot statsmakten når visse minstevilkår er oppfylt. Videre at rettighetsavgrensningen etter prinsippet kan forstås ut fra prinsippteorien, det vil blant annet si at rettsprinsippet er et optimaliseringspåbud.

Det er videre argumentert for at prinsippteorien, hensett blant annet til vår rettskultur med fordel kan velges som forklaringsmodell når grensene for vernet av individet og minoriteter mot statsmakten skal gås opp. Forståelsen av rettsprinsipper som optimaliseringspåbud bør med andre ord sedimenteres i rettskulturen.

19 Avsluttende merknad

Valg av prinsipteorien som forklaringsmodell innebærer selvsagt ikke et pålegg om at det konkrete rettsanvendelsesskjønn skal konverteres til matematiske størrelser. Et slikt valg innebærer kun at rettsanvenderen har valgt å forstå rettsprinsipper til vern av grunnrettigheter som optimaliseringspåbud. Ved rettighetsavgrensningen er det dermed for eksempel ikke holdbart å vise til en ”helhetsvurdering” av motstridende hensyn.

Det kan synes som om Høyesterett særlig ved plenumsavgjørelsen i *Rt. 2006 s. 293* ”Arves Trafikkskole” i sterkere grad enn tidligere og i tråd med europeisk grunnrettighetspraksis, signaliserer økt forståelse for å formalisere og objektivisere rettighetsavgrensningen etter rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger. Dommen gir også en antydning om at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger vil komme klarere frem i argumentasjonen i årene fremover.

En generell utvikling hvor rettsprinsippenes noe uklare stilling i norsk metodelære søkes avklart er velkommen.

Figurliste

Figur 1 "The law of diminishing marginal utility"	32
Figur 2 Illustrasjon av likevekt etter "the Law of Balancing"	35
Figur 3 Illustrasjon av "Cannabis dommen"	37
Figur 4 Illustrasjon Rt. 2006 s. 293 "Arves Trafikkskole"	147

Kilder

Lovgivning

Grunnloven	Kongeriget Norges Grundlov, given i Riksforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814.
Akvakulturloven	Lov 17. juni 2005 nr. 79 om akvakultur
Alkoholloven	Lov 2. juni 1989 nr. 27 om omsetning av alkoholholdig drikk (alkoholloven)
Deltakerloven	Lov 26. mars 1999 nr. 15 om retten til å delta i fiske og fangst (deltakerloven)
Ekomloven	Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven)
E-pengeforetaksloven	Lov 13. desember 2002 nr. 74 om e-pengeforetak (e-pengeforetaksloven)
Folketrygdloven	Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)
Forurensningsloven	Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og avfall (Forurensningsloven).
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
Genteknologiloven	Lov 2. april 1993 nr. 38 om framstilling og bruk av genmodifiserte organismer m.m. (genteknologiloven).
Gjennomføringsloven	Lov 27. mars 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Menneskerettsloven Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Produktkontrollloven Lov 11. juni 1976 nr. 79 om kontroll med produkter og forbrukstjenester (produktkontrollloven)

Plan- og bygningsloven Lov 14. juni 1985 nr. 77 Plan- og bygningslov

Tomtefesteloven Lov 20. desember 1996 nr 106 om tomtefeste (tomtefese-loven)

Vegloven Veglov av 21. juni 1963 nr. 23 (veglova)

Ot.prp.

Ot.prp. nr. 38 (1964-65) *Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker.*

Ot.prp. nr. 51 (1974-1975) *Lov om produktkontroll.*

Ot.prp. nr. 3 (1976-77) *Om lov om endring i lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (regler om taushetsplikt m.m.).*

Ot.prp. nr. 11 (1979-1980) *Om lov om vern mot forurensninger og om avfall (Forurensningsloven).*

Ot.prp. nr. 29 (1995-1996) *Om ny lov om folketrygd (folketrygdloven).*

St. forh.

St. forh. (1966-67)

NOU m.v.

Forvaltningskomiteens innstilling - *Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteen) avgitt 13. mars 1958.*

NOU 2004:28 *Lov om bevaring av natur, landskap og biologisk mangfold*

NOU 2007:13 *Den nye sameretten*

NOU 2008:5 *Retten til fiske i havet utenfor Finnmark*

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon Protokoll 1

Norsk Retstidende og høyesterettsdommer fra 2008

Rt. 1884 s. 349

Rt. 1889 s. 345

Rt. 1906 s. 700

Rt. 1930 s. 715

Rt. 1936 s. 923

Rt. 1939 s. 941 (lagmannsrettsavgjørelse)

Rt. 1948 s. 601

Rt. 1961 s. 78

Rt. 1962 s. 105

Rt. 1962 s. 163

Rt. 1962 s. 369 ”Gullklausuldommen”

Rt. 1965 s. 181 ”Tapetsererdommen”

Rt. 1968 s. 283

Rt. 1969 s. 1220

Rt. 1970 s. 67 ”Strandlovdommen”

Rt. 1976 s. 1 ”Kløftadommen”

Rt. 1976 s. 1376

Rt. 1981 s. 462 ”Malvik kommune”

Rt. 1982 s. 241 ”Utbygging av Altavassdraget”

Rt. 1985 s. 247

Rt. 1991 s. 1311

Rt. 1992 s. 182 ”Polardommen”

Rt. 1992 s. 1235 ”Fiskekvotedommen”

Rt. 1993 s. 578

Rt. 1994 s. 813 ”Herlofsen”

Rt. 1995 s. 738 “Fett & Lim”

Rt. 1995 s. 955 “Brødrene V”

Rt. 1996 s. 1415 ”Borthen”

Rt. 1996 s. 1440 ”Thunheim”

Rt. 1997 s. 1210

Rt. 1997 s. 1821	”Hvit Valgallianse”
Rt. 1998 s. 929	”Nils H. Nilsen”
Rt. 2001 s. 762	
Rt. 2001 s. 1116	”Båndtvang”
Rt. 2002 s. 1618	”Boot Boys”
Rt. 2004 s. 1092	
Rt. 2005 s. 117	”Elvebåter”
Rt. 2005 s. 416	
Rt. 2005 s. 469	
Rt. 2006 s. 293	”Arves Trafikkskole”
Rt. 2006 s. 1382	”Utsi”
Rt. 2007 s. 651	”Vassfarvegen”
Rt. 2007 s. 1281	”Sakristivold”
Rt. 2008 s. 65	
Rt. 2008 s. 560	
HR-2008-02171-A	”Plexus Investments USA, Inc.”
HR-2008-2183-A	”Reinslaktdommen”

Den europeiske menneskerettsdomstol

EMDs dom 28. september 2004 *Kopecký mot Slovakia*

EMDs dom 23. september 1982 *Sporrong Lönnroth mot Sverige*

EMDs dom 5. mai 1995 *Air Canada mot Storbritannia*

EMDs dom 29. november 1991 *Pine Valley Developments (I) mot Irland*

EMDs dom 20. november 1995 *Pressos Compania Naviera and Others (I) mot Belgia*

EMDs dom 24. juni 2003 *Stretch mot Storbritannia*

EMDs dom 1. juni 2006 *Fedorenko mot Ukraina*

EF-domstolen

Agegate, sak C-3/87, Sml. 1989 s. 4459.

Algera, sak 7/56, 3/57 til 7/57, dansk spesialutgave s. 45

CNTA, sak 74/74, Sml. 1975 s. 533 og i svensk spesialutgave s. 461.

De Compte, sak C-90/95, Sml. 1997 s. I-01999

Euroagri Srl, sak T-180/01, Sml. 2004 s. II-00369

Factorame, sak C-221/89, Sml. 1991 s. 3905

Herpels, sak 54-77, Sml. 1978 s. 585.

Interhotel-Sociedade, sak T-81-95, Sml. 1997 s. II-01265

Jaderow, sak C-216/87, Sml. 1989 s. 4509

Kommisjonen mot Irland, sak C-93/89, Sml. 1991 s. 4569.

Mulder, Sak C-104/89 og C-37/90, Sml. 1992, I, s. 3061.

SNUPAT, sak 42 og 49/59, Sml. dansk spesialutgave s. 319.

Sofrimport, sak C-152/88, Sml. 1990, I s. 2477.

Tomadini, sak 84/78, Sml. 1979 s. 1801, avsnitt 20.

Unifruit Hellas, sak C-51/95 P, Sml. 1997, I, s. 727, avsnitt 27.

UfR

U 1887 s. 640 H "læbæltedommen"

U 2002 s. 463 V

U 2002 s. 1060 V

U 2005 s. 3217 H

U 2006 s. 137 H

Den tyske forfatningsdomstolen, BverfG

Vol. 7, 198 "Lüth-dommen"

Vol. 90, 145 "Cannabis-dommen"

Vol. 95, 179 "Tobakk-dommen"

Sivilombudsmannens årsmelding

Årsmelding 1985 s. 145

Årsmelding 1988 s. 142

Årsmelding 1994 s. 113

Årsmelding 2002 s. 228

Årsmelding 2003 s. 233 "P 4"

Folketingets ombudsmand

FOB 1985 s. 213

Konkrete ombudsmandsuttalelser: 05-19-1

Internett, aviser m.v.

<http://archives.cnn.com/2002/ALLPOLITICS/01/29/bush.speech.txt/>.

<http://www.investopedia.com/terms/r/returnoninvestment.asp> (nedlastet 21. oktober 2008)

Dagbladet 27. mai 1967

Advokatbladet nr. 9 2008.

Litteratur

Alexy, Robert, *A discourse-theoretical conception of practical reason* (Ratio Juris, 5, 1992, s. 231-251).

Alexy, Robert, *On the structure of legal principles* (Ratio Juris, 13, 2000, s. 294-304).

Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights* (Oxford University Press, Oxford 2002).

Alexy, Robert, *On balancing and subsumption: a structural comparison* (Ratio Juris, 16, 2003, s. 433-449).

Alexy, Robert, *Constitutional rights, balancing and rationality* (Ratio Juris, 16, 2003 s. 131 – 140).

Andenæs, Johs. og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge* (10. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2006).

Andenæs, Johs., *Frede Castberg* (Lov og Rett, 1997, s. 293-301).

Andersen, Poul, *Hovedpunkter af Forvaltningsretten, Bind I Indledning, retskilder, forvaltningsorganisationen, tjenestemænd, forvaltningsakter*, (Nyt Nordisk Forlag. Arnold Busck, København 1930).

Anthony, Gordon, *Legitimate expectations in administrative law. By Søren Schønberg* (Oxford University Press, 2000, lxxvii and (with index) 270 pp, (bokanmeldelse). (Northern Ireland legal quarterly, 53, 2002, s. 106-108).

Askeland, Bjarte, *Rettskildelærens utvikling i rettsteoretisk belysning* (Jussens Venner, 38, 2003, s. 8-23.)

Augdahl, Per, *Ret og retskrænkelse: betragninger over den nordiske retsbrudslære*, (Cappelen, Kristiania 1921).

Aulstad, Johan, *Ny høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet (HR-2008-695-A)*, (Jussens Venner, 43, 2008, s. 262-273).

Backer, Inge Lorange, *Naturvern og naturinngrep: forvaltningsrettslige styringsmidler* (Universitetsforlaget, Oslo 1986).

Backer, Inge Lorange, *Er det fri adgang til å omgjøre utslippstillatelser etter ti år?* (Lov og Rett, 1992, s. 625-635).

- Backer, Inge Lorange, *Lovgivere og domstoler ved begynnelsen av det 21. århundre: Forelesning 26. januar 2006 ved Uppsala universitets juridiske fakultet i anledning av tildeling av den juridiske hedersdoktorsgrad ved Uppsala universitet* (Jussens Venner, 2006, s. 248-266).
- Bendiksen, Lena R.L., *Barn i langvarige forsterhjems plasseringer: foreldreansvar og adopsjon* (Fagbokforlaget, Bergen 2008).
- Berg, Bjørn O., *Forvaltnings sanksjoner: forvaltningens vedtak om bøter, tvangsmulkt og inndragning av ulovlig vinning* (Universitetsforlaget, Oslo 2005).
- Bergo, Knut, *Høyesteretts forarbeidsbruk* (Cappelen akademisk forlag, Oslo 2000).
- Bernt, Jan Fridthjof, *Avtaler med stat og kommune: forhåndstilsagn om utøving av skjønnsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter: kompetansespørsmål og rettsvirkninger* (Universitetsforlaget, Bergen 1981).
- Bernt, Jan Fridthjof og David Roland Doublet, *Vitenskapsfilosofi for jurister: en innføring* (Fagbokforlaget, Bergen 1998).
- Bernt, Jan Fridthjof, *Den ene og retten: brytningen mellom liberalisme og kollektivism i norsk rettsteori* (i: Torstein Frantzen, Johan Giertsen og Guiditta Cordero Moss (red.), *Rett og toleranse: festskrift til Helge Johan Thue: 70 år*, Gyldendal akademisk, Oslo 2007: s. 488-503).
- Bernt, Jan Fridthjof, Synne Sæther Mæhle og Jørn R. T. Jacobsen, *Rett, samfunn og demokrati: innledning til juss-studiet* (Gyldendal akademisk, Oslo 2007).
- Blandhol, Sverre, *Pragmatismens aktualitet i rettsvitenskap og rettsanvendelse* (TfR, 2004, s. 365-391).
- Blandhol, Sverre, *Er rettsanvendelsen i EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesensforskjellig fra norsk rettskildelære?* (Lov og Rett, 2005, s. 316-327).
- Bugge, Hans Christian, *Lærebok i miljøforvaltningsrett* (Universitetsforlaget, Oslo 2006).
- Castberg, Frede, *Den konstruktive metode* (TfR, 1922, s. 294-317).
- Castberg, Frede, *Innledning til forvaltningsretten* (O. Christiansens boktrykkeri, Oslo, 1938).
- Castberg, Frede, *Innledning til forvaltningsretten* (3. utg., Akademisk forlag, Oslo, 1955).
- Christensen, Bent, *Forvaltningsret: prøvelse* (2. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1994).
- Craig, Paul, *EU administrative law* (Oxford University Press, Oxford 2006).
- Dalberg-Larsen, Jørgen, *Hvad udgør rettens kærne: retsafgørelser, retsregler eller retsprinsipper?* (i: Jørgen Dalberg-Larsen og Bettina Lemann Kristiansen (red.), *Om retsprinsipper*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2004 s. 11-48).

- Dijk, P. van og G. J. H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights* (3. utg., Kluwer Law International, The Hague 1998).
- Doublet, David Roland, *Rett, vitenskap og fornuft: et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimeslige forutsetninger* (Alma Mater, Bergen 1995).
- Due, Ole, *Kommentar* (i: Hege Brækhus (red.), *Reelle hensyn: bruk av reelle hensyn innen formuerett, forvaltningsrett, EF/EØS-rett og menneskerettigheter*, Skriftserie nr. 40, Universitet i Tromsø, Det juridiske fakultet, 1999: s. 58).
- Dworkin, Ronald, *Law's empire* (Belknap Press, Cambridge, Mass. 1986).
- Dworkin, Ronald, *Freedom's law* (Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1996).
- Dworkin, Ronald, *Sovereign virtue: the theory and practice of equality* (Harvard University Press, Cambridge, Mass. 2000).
- Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously* (Duckworth, London 2005).
- Dworkin, Ronald, *Justice in robes* (Belknap Press, Cambridge, Mass. 2006).
- Dworkin, Ronald, *Is democracy possible here?: principles for a new political debate* (Princeton University Press, Princeton, New Jersey 2006).
- Eckhoff, Torstein, *Legal principles* (i: Werner Krawietz, Neil MacCormick og George Henrik von Wright (red.), *Prescriptive formality and normative rationality in modern legal systems: festschrift for Robert S. Summers*, Duncker & Humboldt, Berlin 1994: s. 33-42).
- Eckhoff, Torstein, *Omgjøring av forvaltningsvedtak* (Jussens Venner, 4, 1969, s. 243-259).
- Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære* (5. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2001).
- Eckhoff, Torstein, *Forvaltningsrett* (2. utg., Universitetsforlaget, Oslo 1982).
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett* (7. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2003).
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett* (8. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2006).
- Eide, Erling og Endre Stavang, *Rettsøkonomi: analyse for privatrett og miljørett* (Cappelen akademisk forlag, Oslo 2001).
- Eriksen, Erik Oddvar og Jarle Weigård, *Kommunikativ handling og deliberativt demokrati: Jürgen Habermas' teori om politikk og samfunn* (Fagbokforlaget, Bergen 1999).
- Evald, Jens, *Om retsprinsipper i formueretten* (i: Jørgen Dalberg-Larsen og Bettina Lemann Kristiansen (red.), *Om retsprinsipper*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004 s. 109-145).

- Fenger, Niels, *Fællesskapsrettens betydning for den almindelige forvaltningsret* (i: Carsten Henrichsen, Peter Blume og Steen Rønsholdt (red.), *Forvaltningsretlige perspektiver*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2006: s. 79-106).
- Fish, Stanley, *Doing what comes naturally: change, rhetoric, and the practice of theory in literary and legal studies* (Clarendon Press, Oxford 1989).
- Fleischer, Carl August, *Petroleumsrett* (Universitetsforlaget, Oslo 1983).
- Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode* (Ad notam Gyldendal, Oslo 1998).
- Frihagen, Arvid, *Villfarelse og ugyldighet i forvaltningsretten* (Universitetsforlaget, Oslo 1966).
- Frihagen, Arvid, *Omgjøring av forvaltningsvedtak* (Lov og Rett, 1970, s. 305-338).
- Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett III Omgjøring, kontroll og ugyldighet* (4. utg., Forlaget A. Frihagen, Oslo 1992).
- Gammeltoft-Hansen, Hans, Jon Andersen, Morten Engberg, Kaj Larsen, Karsten Loiborg, og Jens Olsen, *Forvaltningsret* (2. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2003).
- Garde, Jens, Jørgen Aalbæk Jensen, Orla Friis Jensen, Helle Bødker Madsen, Jørgen Mathiassen og Karsten Revsbech, *Forvaltningsret: almindelige emner* (4. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2004).
- Graver, Hans Petter, *Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover* (TfR, 2000 s. 429-476).
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett* (2. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2002).
- Graver, Hans Petter, *Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten* (TfR, 2004, s. 465-498).
- Graver, Hans Petter, *I prinsippet prinsipiell: om retsprinsipper* (TfR, 2006 s. 189-221).
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett* (3. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2007).
- Graver, Hans Petter, *Rettsretorikk: en metodelære* (Fagbokforlaget, Bergen 2007).
- Graver, Hans Petter, *Fornuft og følelser: om klassisk retorikk som modell for moderne juridisk metode* (TfR, 2007, s. 527-562).
- Graver, Hans Petter, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger* (TfR 2008, s. 1-30).
- Graver, Hans Petter, *Juridisk overtalelseskunst* (Fagbokforlaget, Bergen 2008).
- Habermas, Jürgen, *The theory of communicative action, bind 1 Reason and the rationalization of society* (Beacon Press, Boston, Mass. 1984).
- Habermas, Jürgen, *The theory of communicative action, bind 2 Lifeworld and system: a critique of functionalist reason* (Beacon Press, Boston, Mass. 1987).

- Habermas, Jürgen, *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy* (MIT Press, Cambridge, Mass. 1996).
- Habermas, Jürgen, *Reply to symposium participants* (i: Michel Rosenfeld og Andrew Arato (red.), *Habermas on law and democracy: a critical exchange*, University of California Press, Berkeley, Calif. 1998: s. 381-452).
- Habermas, Jürgen, *En genealogisk undersøkelse av moralens kognitive gehalt* (i: Jürgen Habermas, *Kraften i de bedre argumenter*, Ad Notam Gyldendal, Oslo, 1999).
- Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke, *Obligasjonsrett* (Universitetsforlaget, Oslo 2003).
- Hart, H. L. A., *The concept of law* (Clarendon Press, Oxford 1961).
- Helmius, Ingrid, *Proportionalitetsprincippet* (i: Lena Marcusson (red.), *Offentligrettslige prinsipper*, Iustus Förlag, Uppsala 2005: side 107-136).
- Henrichsen, Carsten, *Litteratur* (Lov og Rett, 2006, s. 120-126).
- Henrichsen, Carsten, *Kritisk om makt og rett* (Lov og Rett, 2007, s. 306-312).
- Hertogh, Marc og Simon Halliday, *Judicial review and bureaucratic impact: international and interdisciplinary perspectives* (Cambridge University Press, Cambridge 2004).
- Hov, Jo, *Avtaleslutning og ugyldighet* (3. utg., Papinian, Oslo 2002).
- Jans, Jan H., *Europeanisation of public law* (Europa Law Publishing, Groningen 2007).
- Kinander, Morten (red.), *Makt og rett: om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring* (Universitetsforlaget, Oslo 2005).
- Kinander, Morten, *Rettsfilosofi: en innføring* (Fagbokforlaget, Bergen 2005).
- Kinander, Morten, *The view from within: an analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence* (Fagbokforlaget, Bergen 2004).
- Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention: for praktikere* (2. utg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2007).
- Kjønstad, Asbjørn, *Trygderettigheter, Grunnloven og Høyesterett* (Lov og Rett, 1997, s. 243-292).
- Kjønstad, Asbjørn, *Reelle hensyn som rettskilde* (i: Ole Kristian Fauchald, Henning Jakhelln og Aslak Syse (red.), *"Dog fred er ej det bedste": festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-års dag 26. august 2006*, Universitetsforlaget, Oslo 2006: s. 357-382).
- Knoph, Ragnar, *Rettslige standarder: særlig Grunnlovens § 97* (I kommisjon hos Grøndahl, Oslo, 1939).
- Lundeby, Erik, *Free speech and political exclusion* (Unipub forlag, Oslo 2000).

- Mæhle, Synne Sæther, *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern* (Gyldendal akademisk, Oslo 2005).
- Mørup, Søren H., *Berettigede forventninger i forvaltningsretten* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2005).
- Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (doktoravhandling) (Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, Tromsø 2006).
- Nesland, Erik, *Norsk rettskildelære 1884-1939* (doktoravhandling) (Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, Tromsø 2006).
- Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt* (Universitetsforlaget, Oslo 2004).
- Palmer Olsen, Henrik, *Magtfordeling: en analyse af magtfordelingslæren med særligt henblik på den lovgivende magt* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2005).
- Peczenik, Aleksander, *Rättsnormer* (Norstedts Förlag, Stockholm 1987).
- Poole, Thomas, *Søren J. Schønberg, Legitimate expectations in administrative law, Oxford: Oxford University Press, 2000* (bokanmeldelse) (Moderen law review, 64, 2001, s. 946-948).
- Revsbech, Karsten, *Anmeldelse Søren H. Mørup: Berettigede forventninger i forvaltningsretten* (Juristen, 2006, s. 148-150).
- Revsbech, Karsten, *Aktuel dansk forvaltningsret: karakteristiske træk og udviklingstendenser* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2008).
- Rivers, Julian, *Translator's introduction* (i: Robert Alexy, *A theory of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford 2002: s. xvii-li).
- Rook, Deborah, *Property law and human rights* (Blackstone Press, London 2001).
- Rytter, Jens Elo, *Grundrettigheder: nogle almene betragtninger* (Årsskrift, Københavns Universitet, Retsvidenskabeligt Institut B, 2000).
- Rytter, Jens Elo, *Grundrettigheder: domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten* (Thomson Gad Jura, København 2000).
- Schwarze, Jürgen, *European administrative law* (rev. utg., Sweet & Maxwell, London 2006).
- Schønberg, Søren, *Legitimate expectations in administrative law* (Oxford University Press, Oxford 2000).
- Sejersted, Fredrik, *EØS-rett* (2. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2004).
- Skoghøy, Jens Edvin A., *Rådighetsinnskrenkninger og erstatning* (Lov og Rett, 1995, s. 213).
- Skogvang, Susann Funderud, *Samerett* (2. utg., Universitetsforlaget, Oslo 2009).
- Smith, Eivind, *Konstitusjonelt demokrati* (foreløpig utgave Fagbokforlaget, Bergen 2008).

- Smith, Eivind, ”Semi-konstitusjonell karakter?” (Lov og Rett, 2001, s. 385-386).
- Smith, Carsten, *Fra konvensjon til lov* (Mennesker og rettigheter, nr. 3, 1999, s. 266-274).
- Spaak, Torben, *Guidance and constraint: the action-guiding capacity of theories of legal reasoning* (Iustus Förlag, Uppsala 2007).
- Støre, Jonas Gahr, *Å gjøre en forskjell: refleksjoner fra en norsk utenriksminister* (Cappelen Damm, Oslo 2008).
- Thue, Helge J., *Den ene og retten: en eksistensialistisk rettsteori* (TfR, 1985, s. 379-394).
- Timmermann Pedersen, Jan, *Proportionalitetsprincippet* (Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 2000).
- Tontti, Jarkko, *Law, tradition and interpretation* (International journal for the semiotics of Law, 11, nr. 31, 1998, s. 25-38).
- Tsang, Vincent, *Forvaltningen gav og forvaltningen tok: om tilbakekall av offentlige tillatelser etter forvaltningsrettens ulovfestede omgjøringsregel* (i: Cecilia M. Bailliet (red), Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 2/2008, Universitetet i Oslo, 2008: s. 1-159).
- Tuori, Kaarlo, *Critical legal positivism* (Ashgate Publishing, Aldershot 2002).
- Tuori, Kaarlo, *Synne Sæther Mæhle: Grenser for rettsanvendelsesskjønn. Gyldendal akademisk, Oslo 2005. 338 s. (bokanmeldelse)* (TfR, 2006, s. 691-697).
- Østerud, Øyvind, *Makt og urett: kommentar til en rettsteoretisk kritikk av Makt- og demokratiutredningen* (Lov og Rett, 2006, s. 106-116).
- Østerud, Øyvind, *Ukritisk om makt og rett* (Lov og Rett 2006 s. 254-312).
- Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter: en innføring i vernet om individets sivile og politiske rettigheter etter den norske forfatning og etter Den europeiske menneskerettighetskonvensjon* (2. utg., Fagbokforlaget, Bergen 2007).

VEDLEGG

BEDØMMELSESKOMITEENS

VURDERING

DATERT 26. MAI 2009

Det juridiske fakultet
Universitetet i Tromsø

9037 TROMSØ

**BEDØMMELSE AV SVEIN KRISTIAN ARNTZENS DOKTORAVHANDLING
”JURIDISK ARGUMENTASJON UT FRA RETTSPRINSIPPET OM BESKYTTELSE
AV BERETTIGEDE FORVENTNINGER”**

1. Innledning

Cand. Jur. Svein Kristian Arntzen søkte i brev av 16. februar 2009 om å få avhandlingen ”*Juridisk argumentasjon ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger*” vurdert for graden ph.d. i rettsvitenskap ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø.

Styret ved Det juridiske fakultet oppnevnte 26. januar 2009 følgende *bedømmelseskomiteé*:

- Professor Lena Marcusson, Juridiska fakulteten, Uppsala universitet
- Professor Jan Fridthjof Bernt, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen
- Professor Hege Brækhus, Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø (leder)

Bedømmelseskomiteen har hatt møte i Oslo 26. mai 2009. Med dette avgir komiteen sin *enstemmige innstilling*.

2. Bedømmelseskriteriene

Det vises til Forskrift for graden philosophiae doctor (ph.d.) ved Universitetet i Tromsø med Utfyllende regler til forskrift for graden philosophiae doctor (ph.d.) ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Tromsø, Veiledning om bedømmelse av doktorgrader ved Universitetet i Tromsø og Notat om nivået for juridiske doktorgrader utarbeidet av professorene Kai Krüger, Erling Selvig og Jens Edvin A Skoghøy.

Av disse dokumentene går det fram at en doktorgrad skal være et selvstendig og helhetlig forskningsarbeid på høyt faglig nivå når det gjelder problemformuleringer, begrepsmessig presisering, metodisk, teoretisk og empirisk grunnlag. Det må stilles høye krav til dokumentasjon og behandling av litteratur, og likeså til objektivitet, åpenhet, fullstendighet og til fremstillingsformen.

Avhandlingen skal tilfredsstillende de vitenskapelige kravene som fagmiljøet stiller til norsk juridisk doktoravhandling, herunder de internasjonale standarder på området. Avhandlingen skal bidra til å utvikle ny faglig kunnskap og ligge på et nivå som tilsier at den vil kunne publiseres som en del av fagets vitenskapelige litteratur.

Det anbefales at avhandlingen skal være på 250-400 sider. Kravene må ikke settes høyere enn at det normalt skal være praktisk mulig å gjennomføre avhandlingsarbeidet i løpet av normalt studietid på tre år.

Ved bedømmelsen har komiteen lagt kvalitetskriteriene som følger av disse dokumentene til grunn.

3. Avhandlingen

Avhandlingens er på 299 sider hvorav 19 sider utgjør registre mv.

I kapittel 1 presenteres problemstillingen hvorvidt vi i norsk rett har et rettsprinsipp om beskyttelse av berettigede forventninger som kan forstås som et optimaliseringspåbud etter prinsipp teorien. I kapittel 2 presenteres prinsipp teoriens optimaliseringspåbud slik den først og fremst beskrives av Alexys. Kapitlet inneholder også en oversikt om hvordan prinsippet praktiseres i Den europeiske menneskerettsdomstolen og i EF-domstolen. I kapittel 3 gjennomgås norsk rettsteori og Høyesteretts praksis med henblikk på om det er holdepunkter for at prinsippet har en plass i norsk rett. I kapittel 4 undersøkes hvilke minstevilkår som må være oppfylt for at prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger skal få anvendelse. Dette skjer først og fremst på grunnlag av dommer fra Høyesterett. I kapittel 5 vurderes det om prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger er en grunnrettighet. Doktoranden konkluderer raskt med at vi her har med en grunnrettighet å gjøre. Dermed har prinsippet en normativ kraft som lovgiver og rettsanvender må innrette seg etter. Kapittel 6 inneholder en kort diskusjon om forholdet mellom prinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger og det alminnelige forholdsmessighetsprinsippet. Disse kapitlene utgjør til sammen avhandlingens Del I Innledning og over 40 % av den samlede avhandlingen.

I del II undersøkes det om prinsippet om berettigede forventninger praktiseres i overensstemmelse med prinsipp teorien. I kapittel 7 gjennomgås først og fremst teori i forhold til denne problemstillingen. Her går det fram at særlig Eckhoffs rettskildeteori plasserer rettsprinsippene under reelle hensyn og således med en begrenset normativ kraft. Den videre undersøkelsen går ut på å se om prinsipp teorien er en forsvarlig metode i norsk rettskultur. Kapittel 8 kan kanskje sies å være avhandlingens sentrale del. Her prøves om rettsprinsipper behandles som optimaliseringspåbud i Høyesteretts praksis. I kapittel 9 diskuteres det om styringsprinsippet som prinsippet om berettigede forventninger skal veies opp mot i utgangspunktet har forskjellig vekt alt ettersom det gjelder forvaltningsvedtak, forskrift lov osv. I kapittel 10 vurderes det om rettighetsavgrensningen påvirkes av usikkerhet med hensyn til premisene som inngrepet i de berettigede forventningene bygger på. I kapittel 11 vurderes det om rettighetsavgrensningen påvirkes av om inngrepet er hensiktsmessig og nødvendig. Dette undersøkes særskilt for inngrep gjort i lov og inngrep gjort ved forskrift eller vedtak. I kapittel 12 konkluderes det for det som behandles i del II.

I del III er temaet mer rettspolitisk: Bør rettsprinsippet om berettigede forventninger praktisert som et optimaliseringspåbud bli en del av norsk rettskultur. Her gjennomgås teoriens bidrag til spørsmålet i kapittel 14, i forhold til ulike oppfatninger av demokratibegrepet i kapittel 15 og spesielt i forhold til Habermas' og Dworkins rettsteorier i kapittel 16. I kapittel 17 konkluderes det for del III.

I del IV Avslutning inneholder kapittel 18 en kort konklusjon om at rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger faktisk brukes som optimaliseringspåbud i norsk rett

og med fordel kan sedimenteres i rettskulturen. I kapittel 19 gis det en avsluttende bemerkning om at teorien med fordel kan befeste sin stilling hos oss.

4. Vurdering

Temaet er velvalgt og utfordrende. Doktoranden driver temaet framover og vurderer det fra ulike vinkler. Når det gjelder prinsipp teorien som undersøkelsen gjøres i forhold til, er det først og fremst Alexys teorier doktoranden bygger på.

Disposisjonen fungerer godt. Det kan likevel stilles spørsmålsteget ved om den relativt omfattende gjennomgangen av teori som finnes i del III, er hensiktsmessig plassert så langt ut i avhandlingen.

Avhandlingen kan sies å fokusere på bruken av rettsprinsipper generelt, mens prinsippet om berettigede forventninger får en mer underordnet rolle som illustrasjonsmateriale.

Doktoranden har satt seg godt inn i litteraturen på området, både nasjonal og internasjonal. Foreliggende norske litteratur på området er begrenset og innrettet mot andre hovedproblemstillinger enn det Arntzens avhandling fokuserer på. Både teori og rettspraksis brukes på en god måte. Når det gjelder rettspraksis, går det ikke fram på hvilken måte dommene er valgt ut. Dette antas å være av størst betydning når det gjelder EF-domstolens avgjørelser.

Rettsprinsipper generelt og et eventuelt rettsprinsipp angående berettigede forventninger er av stor interesse i norsk rettsvitenskap ikke minst i forvaltningsretten. Selv om temaet er rent teoretisk, kan argumentasjonen være brukbar i praktisk juridisk argumentasjon.

Arbeidet har uten tvil den kvalitet og originalitet som kreves.

Konklusjon

Svein Kristian Arntzens avhandling ”*Juridisk argumentasjon ut fra rettsprinsippet om beskyttelse av berettigede forventninger*” finnes verdig til å forsvares offentlig i disputas for graden ph.d. i rettsvitenskap.

Oslo 26. mai 2009

Lena Marcusson

Jan Fridthjof Bernt

Hege Brækhus