



U i T

NORGES
ARKTISKE
UNIVERSITET

Det juridiske fakultet

Fylkesmannens overprøvingskompetanse

Betydningen av bestemmelsen i forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum der det fremgår at det skal legges stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøvingen av det frie skjønnet

—

Magnus Stien

Liten masteroppgave i rettsvitenskap høst 2018



Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Oppgavens tema.....	1
1.2	Temaets aktualitet	3
1.3	Juridisk metode.....	3
1.4	Klage etter forvaltningsloven – lovens systematikk	4
1.5	Veien videre.....	6
2	Det kommunale selvstyre.....	8
2.1	Historikk.....	8
2.1.1	Grunnlovsfesting av det kommunale selvstyre – Grl. § 49	8
2.2	Generell definisjon av det kommunale selvstyre.....	9
2.3	Hensyn bak selvstyret	10
2.4	Selvstyret i relasjon til fvl. § 34 andre ledd tredje punktum	10
3	Det frie skjønn.....	12
3.1	Innledning.....	12
3.2	Fritt skjønn ved ikke-lovbestemte vedtak	14
3.3	Hensiktsmessighetsskjønn («kan»-skjønn)	15
3.3.1	Innskrenkende tolkning av «kan»-skjønnet?	15
3.3.2	Adgang til å stille vilkår for vedtak?	17
3.4	Fritt skjønn med hensyn til den generelle lovtolkningen	19
3.5	Fritt subsumsjonsskjønn.....	22
3.6	Særlig om Fylkesmannens rettsanvendelse	24
3.7	De ytre grenser for kommunens skjønnsutøvelse.....	26
3.7.1	Innledning.....	26
3.7.2	Tilblivelsesmangler	27
3.7.3	Innholdsmangel.....	28

3.7.4	Rettsvirkningene ved overskridelse av rammene for skjønnsutøvelsen.....	29
4	Vekten av det frie skjønn ved klagebehandlingen.....	30
4.1	Innledning.....	30
4.2	Nærmere om kravet til å legge «stor vekt» på det frie skjønn.....	30
4.3	Veien videre.....	32
4.4	Ikke-lovbestemte vedtak	32
4.5	Plan- og bygningsloven.....	33
4.5.1	Dispensasjonsvedtak etter pbl. § 19-2.....	33
4.5.2	Skjønn ved om et tiltak har gode visuelle kvaliteter	37
4.6	Barnevernretten.....	38
4.7	Pasient- og helselovgivning.....	39
5	Rettslige virkemidler ved påstått overtredelse av fvl. § 34 andre ledd tredje punktum ...	41
5.1	Innledning.....	41
5.2	Omgjøring av vedtak.....	42
5.2.1	Innledning.....	42
5.2.2	Fylkesmannens omgjøring av eget vedtak.....	42
5.2.3	Klageinstansen eller overordnet organs overprøvelse av Fylkesmannens vedtak	
	43	
5.2.4	Omgjøring til skade?	43
5.3	Klage til Sivilombudsmannen	44
5.4	Domstolsbehandling.....	45
5.4.1	Hvem kan reise søksmål?	45
5.4.2	Hva kan domstolene prøve ved Fylkesmannens anvendelse av fvl. § 34 andre ledd tredje punktum?	46
6	Kildeliste.....	47
6.1	Lover	47
6.2	Forskrifter	48
6.3	Forarbeider	48

6.4	Rettspraksis.....	48
6.4.1	Høyesterettspraksis.....	48
6.4.2	Underrettspraksis.....	49
6.5	Forvaltningspraksis.....	49
6.6	Litteratur.....	49
6.7	Internettlenker.....	49
7	Vedlegg.....	50

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Oppgavens tema er Fylkesmannens overprøvingskompetanse av enkeltvedtak i relasjon til det kommunale selvstyre. Bestemmelsen i forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum fastsetter at det skal legges stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøvingen av det frie skjønn.¹ Bestemmelsen i annet ledd tredje punktum lyder slik:

«Tas klagen under behandling, kan klageinstansen prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Den skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham. *Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.*² Det skal fremgå av vedtaket hvordan klageinstansen har vektlagt hensynet til det kommunale selvstyret.»

Kommunene og fylkeskommunene er geografisk avgrensede offentlige rettssubjekter.³ De er henholdsvis de to laveste forvaltningsorganer i den offentlige forvaltning.⁴ Det rettslige grunnlaget for disse finnes i kommuneloven av 1992.⁵ Kommunenes oppgave er å er å tilby tjenester til innbyggerne i samsvar med rasjonell og effektiv drift, jf. formålsbestemmelsen i koml. § 1. Kommunene er demokratisk styrte organer hvor kommunestyret er det øverste organ i de lokale kommunene, og fylkestinget i de regionale fylkeskommunene, jf. koml. § 6. Etersom kommunene er også er selvstendige rettssubjekter, kan de om ønskelig påta seg enhver oppgave etter sitt eget forgodtbefinnende. Forutsetningen er at det ikke strider mot lov, forskrift eller ulovfestet rett. Bernt mfl. betegner derfor deres kompetanse som negativt avgrenset.⁶

Når det sies at kommunene er selvstendige rettssubjekter, må inngrep fra statlige myndigheter i disse må skje med hjemmel i lov eller i medhold av lov. Slike inngrep kan angå kommunen selv, eller gi kommunene kompetanse til å gjøre inngrep overfor andre. Kommunene er gitt

¹ Lov 2. oktober 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) (heretter fvl.)

² Min utheving

³ Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove, *Kommunalrett*, 4. utgave, Oslo 2002 s. 69

⁴ Oppgaven fellesbetegner kommuner og fylkeskommuner dersom ikke annet fremgår

⁵ Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) (heretter koml.)

⁶ Bernt mfl. (2002) s. 77

slik utstrakt kompetanse ved slik lov eller forskrift til blant annet å gjøre inngrep overfor innbyggerne, i den såkalte særlovgivningen.⁷ Slike inngrep kan være reguleringer, påbud og forbud, tillatelser mv. Slike inngrep skjer oftest ved enkeltvedtak fattet i samsvar med saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven.

Kommunen fatter en rekke enkeltvedtak overfor private i medhold av lov og forskrift. Mange vedtak kan være av mindre betydning for den enkelte. I en rekke tilfeller kan imidlertid innholdet i slike vedtak oppfattes som mer eller mindre inngripende for adressaten. Det eksisterer derfor et rettssikkerhetsmessig behov for å kunne påklage enkeltvedtak og med det forhindre eventuell urett begått mot både fysiske så vel som juridiske rettssubjekter.

Fylkesmennes rolle er blant annet å opptre som statlig klageinstans når kommunale enkeltvedtak påklages. I forarbeidene til forvaltningsloven ble det argumentert for at en statlig klageinstans vil være best egnet til å sikre upartisk to-instans klagebehandling av enkeltvedtak.⁸ De har sitt rettslige grunnlag i en rekke forskjellige lover og delegasjonsvedtak fra de øvrige statlige myndigheter.⁹ I forlengelsen av dette kan det for eksempel vises til plan- og bygningsloven § 1-9 der det heter at departementet er klageinstans for enkeltvedtak etter loven.¹⁰ Denne myndigheten er delegert til Fylkesmennene ved delegasjonsbrev.¹¹

Utgangspunktet er derfor skulle derfor være oversiktlig. Bildet kompliseres imidlertid av bestemmelsen i § 34 andre ledd tredje punktum legger føringer for overprøving av kommunens frie skjønn ved vedtaket. Ettersom det skal legges «stor vekt» på det kommunale selvstyre ved prøvingen av det frie skjønn ved vedtaket, oppstår det derfor et spenningsforhold mellom kommunens interesser, den som har påklaget vedtaket og Fylkesmannen som klageinstans. Dette reiser en rekke forskjellige rettslige spørsmål.

Hovedspørsmålet for avhandlingen er på denne bakgrunn hvilke rettslige implikasjoner bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd tredje punkt innebærer. Spørsmålet om hva som skal forstås som det kommunale selvstyre, det frie skjønn og vektingen av det kommunale selvstyre i klagebehandlingen står sentralt. I tillegg er det grunn til å undersøke hvilke rettslige virkemidler som kan tas i bruk dersom enten klageren eller kommunen selv mener

⁷ Ibid s. 75

⁸ Ot.prp.nr.42 (1991-1992) s. 214

⁹ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave, Oslo 2014 s. 114

¹⁰ Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (heretter pbl.)

¹¹ Delegasjonsbrev fra Det kgl. kommunal- og regionaldepartement Ref. 09/2179-1 KFR 28. september 2009 (Se internettlenke i kildelisten)

det kommunale selvstyre ikke har vært vektlagt, ikke har vært tilstrekkelig vektlagt eller vektlagt for mye ved klagebehandlingen.

1.2 Temaets aktualitet

Bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum er ikke ny. Siden 1997 var Fylkesmannen eller annen statlig klageinstans forpliktet til å legge «vekt» på det kommunale selvstyre ved prøvingen av det frie skjønn.¹² Bestemmelsen skulle derfor ikke være ukjent for Fylkesmannens virke som klageinstans over de kommunale enkeltvedtak.

Ved endringslov 16. juni 2017 ble imidlertid innholdet i fvl. § 34 endret.¹³ Blant annet i nytt andre ledd tredje punktum heter det nå at det skal legges «stor vekt» på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Endringen trådte i kraft 1. januar 2018.¹⁴ Språklig sett innebærer lovendringen en uomtvistelig større plikt for Fylkesmannen til å vektlegge det frie skjønn ved prøvingen av kommunens frie skjønn.

I mange saker kan det være motstridende hensyn som står i strid mot det kommunale selvstyre, herunder den enkelte borgers rettssikkerhet eller nasjonalpolitiske mål og retningslinjer.¹⁵ I lys av lovendringen er det nå større grunn enn tidligere til å reise spørsmål ved om disse motstridende hensyn vil måtte vike for kommunens frie skjønn enn tidligere.

Dessuten er det kommunale selvstyre grunnlovfestet etter lang tids debatt i det rettsvitenskapelige miljø.¹⁶ Grunnloven § 49 andre ledd slår nå fast folkets rett til å styre lokale forhold ved lokale folkevalgte organer.¹⁷ Bestemmelsens rekkevidde er foreløpig juridisk uklar, jf. punkt 2.2.1.

1.3 Juridisk metode

Opgaven anvender alminnelig juridisk metode, slik den er fremstilt av blant annet Eckhoff og Nygaard.¹⁸

¹² Lov 1. oktober 1997 nr. 7 om endringer i visse lover som vedrører kommuner og fylkeskommuner

¹³ Lov 16. juni 2017 nr. 63 om endringer i forvaltningslova, tvistelova m.m. (overprøvingskompetanse m.m.)

¹⁴ Forskrift 16. juni nr. 757 om ikraftsetting av lov 16. juni 2017 nr. 63 om endringer i forvaltningslova, tvistelova m.m. (overprøvingskompetanse m.m.)

¹⁵ Prop. 64 L (2016-2017) s. 18

¹⁶ Se for eksempel Eivind Smith, «Grunnlovsfesting av kommunalt selvstyre», *Lov og Rett*, 01/2003 s. 3-20

¹⁷ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

¹⁸ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen, Oslo 2001 og Nils Nygaard, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Bergen 2004

Noen særegne metodiske problemstillinger finnes det ikke grunnlag for å drøfte her. Oppgaven anvender imidlertid alminnelige rettskildedefaktorer ikke bare som kildemateriale ved argumentasjon for en bestemt løsning av rettsspørsmål, men også som illustrasjon for hvorledes rettsspørsmål løses i det praktiske liv. Skoghøy benytter begrepet illustrasjonskilde om dette fenomenet.¹⁹ I lys av at temaet relaterer seg til forvaltningsretten, kan det være hensiktsmessig å benytte rettsavgjørelser og forvaltningspraksis til illustrasjon ved enkelte tilfeller.

1.4 Klage etter forvaltningsloven – lovens systematikk

I det følgende redegjøres det for forvaltningslovens systematikk når det gjelder klage over enkeltvedtak truffet av kommuner.

Utgangspunktet er at forvaltningsloven gjelder for ethvert organ for stat og kommune. Unntak må fastsettes i den enkelte særlov eller i medhold av denne, jf. fvl. § 1.²⁰ Lovens kapittel VI om klagerett gjelder kun når det foreligger et enkeltvedtak, jf. § 3.

Med «enkelvedtak» siktes det til en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som må være bestemmende for rettigheter eller plikter til en bestemt krets av personer, jf. § 2 bokstav a og b. Hvorvidt en avgjørelse er enkeltvedtak kan i enkelte tilfelle by på tvil. Oppgaven drøfter ikke denne problemstillingen nærmere. Det er tilstrekkelig å legge til grunn at avgjørelser over de fleste lovbestemte rettigheter eller plikter overfor en bestemt krets av personer vil være enkeltvedtak med tilhørende klagerett.

Enkelvedtak kan bare påklages av en part eller andre med rettslig klageinteresse i saken, jf. § 28 første ledd. Det er den vedtaket primært angår som har klagerett, jf. «part». Spørsmålet om andre har klagerett beror på en vurdering, jf. «rettslig klageinteresse».

Når enkeltvedtak er truffet av et organ opprettet i medhold av kommuneloven²¹, vil klageinstansen være kommunestyret eller fylkestinget, eller til den de delegerer ansvaret til. Dersom enkeltvedtaket er truffet av kommunestyret eller fylkestinget selv, vil departementet være klageinstans, jf. § 28 andre ledd første og andre punktum. Dersom kommunen eller fylkeskommunen ønsker å forhindre statlig overprøving, må de derfor delegere

¹⁹ Jens Edvin A. Skoghøy, «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse», *Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard*, 2002 s. 323-343 (på s. 332)

²⁰ Se for eksempel lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven) § 1-3

²¹ Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) (heretter koml.)

vedtaksmyndighet til et underliggende organ. Denne type vedtak er av imidlertid mindre betydning og angår som regel ikke-lovpålagte oppgaver kommunen pålegger seg selv.²²

Når statlig organ har delegert myndighet til å treffe enkeltvedtak til kommunene, er vedkommende statlige organ klageinstans, jf. § 28 andre ledd tredje punktum. Slike statlige organ har som nevnt oftest delegert kompetansen videre til Fylkesmannen. Kommunene har ikke anledning selv til å opptre som klageinstans i slike tilfeller. I forarbeidene til forvaltningsloven begrunnet departementet det med bakgrunn i at «(...) hensynet til rettssikkerheten, som det grunnleggende hensynet bak klagesystemet, [må] veie tyngre enn hensynet til det lokale folkestyret».²³ Det ble vurdert at det vil være best i overensstemmelse for den enkelte borgers rettsfølelse å få avgjort sine rettigheter og plikter av en upartisk instans adskilt fra den kommunale organisasjon og dens interesser.

Graver fremholder at det kan oppfattes som en viss selvmotsigelse i loven at kommunene får delegert statlig vedtaksmyndighet etter særlovgivningen som senere kan overprøves nasjonalt.²⁴ Rettslig sett vil imidlertid bestemmelsen i § 34 andre ledd tredje punktum legge føringer for prøvingen av det frie skjønn i slike tilfeller. Den tilsynelatende interessekonflikten mellom stat og kommune er derfor forsøkt minsket.

Ved klage på enkeltvedtak sendes klagen til underinstansen som har truffet vedtaket i første omgang, jf. § 32 første ledd bokstav a. Dersom underinstansen ikke gir medhold i klagen, sendes den til klageinstansen, jf. § 33 fjerde ledd. Når det gjelder klageinstansens kompetanse ved prøvingen av enkeltvedtaket vises det til § 34. Dersom Fylkesmannen finner å ta klagen under behandling, vil bestemmelsen i § 34 andre ledd tredje punktum gjelde med mindre annet er bestemt ved lov eller forskrift i medhold av lov.

Det er nødvendig å understreke at den klare regel er at Fylkesmannen kan prøve alle sider av saken dersom klagen tas under behandling, jf. § 34 andre ledd, jf. første ledd. Lovens forarbeider er likelydende, og understreker dessuten at plikten til å ta hensyn til det frie skjønn «(...) legg [bare] føringar for vektinga (...)». Det er således ingen «(...) rettsleg avgrensing i kompetansen til klageinstansen».²⁵

²² Eckhoff og Smith (2014) s. 292

²³ Ot.prp nr. 42 (1991-1992) s. 214

²⁴ Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave, Oslo 2015 s. 463

²⁵ Prop. 64 L (2016-2017) s. 17

Kommunens frie skjønn skal vektlegges både når klageren krever en begunstigende endring, samt når Fylkesmannen vurderer å endre vedtaket til skade for klageren. I sistnevnte relasjon til sistnevnte må imidlertid en endring til ulempe for klageren også begrunnes ut fra offentlige interesser eller andre privatpersoner, jf. § 34 tredje ledd første punktum.

Det kan oppstå situasjoner hvor det ikke bare er parten – men også en motpart eller annen med rettslig klageinteresse – som klager over vedtaket. I slike tilfeller gjelder ikke begrensningen i tredje ledd første punktum, jf. § 34 tredje ledd siste punktum. Kommunens frie skjønn må likevel vektlegges i slike tilfeller. De motstridende hensyn som eksisterer på motklagerens hånd, vil imidlertid kunne inngå som grunner for å overprøve kommunens frie skjønn.

Fylkesmannen kan enten treffe nytt vedtak i saken, oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen til helt eller delvis ny behandling, jf. § 34 siste ledd. Et helt nytt eller delvis nytt vedtak fattet av kommunen vil naturligvis være et enkeltvedtak som igjen kan påklages til Fylkesmannen.

Oppgaven konsentrerer seg nødvendigvis først og fremst om enkeltvedtak truffet av kommuner som har fått delegert vedtaksmyndighet fra et statlig forvaltningsorgan eller fått delegert kompetanse gjennom særlovgivningen. Det er naturlig, idet bestemmelsen i § 34 andre ledd tredje punktum som oftest får anvendelse i slike tilfeller, sml. § 28 andre ledd første og andre punktum.

Avslutningsvis pekes det på at man bare har rett til å klage i én omgang, jf. § 28 tredje ledd første punktum. Eventuell angripelse av Fylkesmannens vedtak må skje med andre rettslige virkemidler enn forvaltningsrettslig klage over enkeltvedtak, jf. punkt 5.

1.5 Veien videre

I punkt 2 redegjøres det for det kommunene, det kommunale selvstyre generelt og i relasjon til fvl. § 34. Hensikten er å bidra til økt forståelse om hva det kommunale selvstyret innebærer, samt undersøke om selvstyret eventuelt skal avgrenses i relasjon til § 34.

Deretter drøftes det hva som er fritt skjønn i punkt 3. Eksistensen av et fritt skjønn er en sentral forutsetning for hvorvidt bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum får anvendelse. I tillegg reises det en del tilstøtende problemstillinger til det frie skjønn.

I punkt 4 drøftes det hvilken vekt det kommunale selvstyre skal gis generelt og ved den konkrete prøvingen av det frie skjønn på ulike rettsområder. I punkt 5 undersøkes det hvilke rettslige virkemidler som kan benyttes for å sikre at det kommunale selvstyre enten har vært vurdert eller tilstrekkelig vurdert ved klagebehandlingen.

2 Det kommunale selvstyre

2.1 Historikk

Norges lokaldemokrati har lange historiske linjer. Ved vedtakelsen av formannskapslovene i 1837 ble fylkeskommunene og kommunene etablert og fikk sitt grunnlag i lovgivningen.²⁶

Den historiske begrunnelsen for vedtakelsen av formannskapslovene var et ønske om å frigjøre seg fra lokale inngrep fra Kongen og hans embetsmannsvelde.²⁷ Gjennom lokal styring, kunne borgerne unndra seg for uønsket maktutøvelse fra sentrale myndigheter.

Formannskapslovene er senere blitt erstattet av en rekke kommunelover siden den tid. Gjeldende lov av 1992 ventes å bli avløst en ny kommunelov i nær fremtid.²⁸ Loven er foreløpig vedtatt, men ikke ikraftsatt.

2.1.1 Grunnlovsfesting av det kommunale selvstyre – Grl. § 49

Stortinget grunnlovsfestet det kommunale selvstyret 31. mars 2016.²⁹ Dette kan anses som en milepæl i selvstyrets lange historiske eksistens. Idéen om å grunnlovfeste selvstyret er ikke ny. Smith antok allerede i 2003 at Norges tilslutning til Europeisk charter om lokalt selvstyre ETS nr. 112 art 4 nr. 1 forplikter myndighetene til å grunnlovfeste selvstyret.³⁰

I Grunnloven § 49 andre ledd heter det nå at «[i]nnbyggerne har rett til å styre lokale anliggender gjennom lokale folkevalgte organer. Nærmere bestemmelser om det lokale folkevalgte nivå fastsettes ved lov».³¹

En naturlig forståelse av ordlyden tilsier at Norge klart fortsatt er en enhetsstat; de lokale folkevalgte nivå fastsettes ved «lov». Stortinget råder derfor fortsatt ubetinget ved lov over organiseringen av det lokale selvstyre. Bestemmelsen gir imidlertid innbyggerne «rett» til å styre lokale anliggender ved de folkevalgte organ. Idet «rett[en]» bestemmes nærmere ved «lov», er det uklart hvor langt borgernes grunnlovsfestede rett til lokal styring går. Om

²⁶ Bernt mfl. (2002) s. 23

²⁷ Ibid. s. 34

²⁸ Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) (ikke ikr.)

²⁹ Forskrift 22. april 2016 om kunngjøring av Stortingets vedtak 31. mars 2016 om endringer i Grunnloven § 49

³⁰ Smith (2003) s. 12

³¹ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

bestemmelsen kan sies å oppstille en minstestandard for inngrep i retten til lokal styring, er videre uklart.

Flertallet i Kontroll- og konstitusjonskomiteen pekte på at bestemmelsen «(..) i sin nåværende form [vil] ha karakter av en prinsipperklæring».³² Bestemmelsen har ikke vært gjenstand for prøving i domstolene, og rekkevidden av bestemmelsen er derfor rettslig uavklart.

Bestemmelsen kan likevel oppfattes som et signal til lovgiver og rettsanvendere om å legge vekt på det kommunale selvstyre. Skulle det foreligge tolkningstvil om et rettsspørsmål, kan det være godt i overensstemmelse med grunnlovsbestemmelsen å velge det tolkningsresultat som harmonerer best med innbyggernes rett til lokal styring.

2.2 Generell definisjon av det kommunale selvstyre

Oppgaven har allerede brukt begrepet «det kommunale selvstyre» en rekke ganger. Spørsmålet er i det følgende hvordan det generelt skal forstås. Begrepet er ikke nytt. Det har imidlertid ikke noe fasttømret innhold, og kan variere over tid og etter ens eget politiske ståsted.³³ Enkelt forklart kan begrepet betegne kommunenes ønske og vilje til å styre lokale forhold selv. Demokratiske kommunevalg bidrar til å sikre folket representativitet i de kommunalpolitiske organer. Gjennom deres representanter kan derfor lokalbefolkningen bidra til å få vedtatt og realisert sine ønsker og idéer lokalt. Et sentralt hensyn bak selvstyret er derfor den lokale folkevilje.

Lovgivningen har i utstrakt grad gitt kommunene kompetanse til å regulere og gjøre inngrep i privates rettsstilling, for eksempel gjennom pålegg om eiendomsskatt.³⁴ Samtidig er lovgivningen også nærmest til å regulere omfanget av det kommunale selvstyre. Definisjonen er mer eller mindre klar, denne kan være skiftende avhengig av forhold kommunene ikke direkte anledning til å påvirke selv. Gjennom lovpålagte oppgaver og regulering av kommunenes inntektskilder, har derfor omfanget av det kommunale selvstyre klare vekselvirkninger med den til enhver tid gjeldende statlige politikk.³⁵ Problematikken er ikke ny; det vil imidlertid falle utenfor oppgavens ramme å drøfte dette nærmere.

³² Innst. 182 S (2015-2016) s. 7

³³ Smith (2003) s. 3

³⁴ Lov 6. juni 1975 nr. 29 om eiendomsskatt til kommunane (eiendomsskattelova)

³⁵ Bernt mfl. (2002) s. 48

2.3 Hensyn bak selvstyret

I det følgende ses det på hvilke sentrale hovedhensyn som begrunner det lokale selvstyret.

For det første er det utfordrende for staten å utøve all offentlig myndighet fra sentralt hold.³⁶ Slutningen er geografisk sett nokså logisk, idet Norge er et langstrakt med mange levende lokalsamfunn. Det er derfor praktisk og nødvendig å delegere myndighet og oppgaver til lokale organer for å sikre effektiv offentlig ressursbruk.

For det andre kan det anføres at det er en verdi i seg selv dersom beslutningene treffes av lokale organer med nærhet til den krets av personer beslutningene angår.³⁷ Dette bidrar til å sikre avgjørelser en større grad av legitimitet og forståelse hos befolkningen. De lokale samfunn vil ha lettere adgang for å bli hørt med deres meninger gjennom deltakelse i kommunevalgene.

For det tredje kan lokal styring bidra til at beslutninger tilpasses de iboende lokale forskjeller som eksisterer blant kommunene.³⁸ Norge er et langstrakt land med ulike lokale behov og kulturforskjeller mellom byer og land. Gjennom lokal styring er det adgang til å ta hensyn til slike i større grad enn sentralforvaltningen kan antas å være i stand til.

Samtidig er det gode grunner som tilsier at det lokale selvstyret ikke kan gis mer eller mindre gjennomslag på ulike rettsområder. Slike grunner kan være av rettssikkerhetsmessig art for den enkelte borger eller være av mer overordnet statlig art. Slike synspunkter kan være å sikre lik behandling av borgerne på tvers av kommunegrensene, for eksempel ved tildeling av viktige velferdsgoder.³⁹

2.4 Selvstyret i relasjon til fvl. § 34 andre ledd tredje punktum

Etter fvl. § 34 andre ledd tredje punktum skal «(..) klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn». Spørsmålet i det følgende er hva som omfattes av «det kommunale selvstyre» i relasjon til bestemmelsen.

Ordlyden gir ingen særlig veiledning. Begrepet «det kommunale selvstyre» kan forstås som kommunens rett til å avgjøre egne forhold etter sitt eget forgoftbefinnende.

³⁶ Ibid. s. 33

³⁷ NOU 2000: 22 Om oppgavefordelingen mellom stat, region og kommune s. 75

³⁸ Ibid. s. 75

³⁹ Ibid. s. 78

I forarbeidene til forvaltningsloven er spørsmålet ikke inngående berørt. Departementet la uten drøftelser til grunn at definisjonen på det kommunale selvstyre er at «(...) kommunane har rett til å styre seg sjølve».⁴⁰ Departementet synes følgelig ikke å oppstille det kommunale selvstyre som et materielt vilkår for at et enkeltvedtak skal være beskyttet i medhold av bestemmelsen.

På bakgrunn av dette kan det ikke oppstilles noen begrensning med hensyn til hvilke forhold som omfattes av det kommunale selvstyre. Ethvert enkeltvedtak som stammer fra kommunen må derfor være uttrykk for det kommunale selvstyre. Med andre ord vil enhver kommunal interesse være vernet etter bestemmelsen. Også enkeltvedtak som verken objektivt eller subjektivt kan sies å være av noen lokalpolitisk betydning, må følgelig være vernet.

⁴⁰ Prop. 64 L (2016-2017) s. 10

3 Det frie skjønn

3.1 Innledning

Utgangspunktet er at Fylkesmannen fritt kan prøve enhver side av saken, jf. fvl. § 34 andre ledd første punktum. Avveiningsnormen i andre ledd tredje punktum kommer imidlertid til anvendelse i tilfelle det er tale om å overprøve «det frie skjønn» ved vedtaket. Spørsmålet i dette kapittelet er hva som er fritt skjønn.

Begrepet skjønn kan sidestilles med vurderinger; man skjønner over noe. Skjønn inngår i enhver rettsanvendelse, fra hvorledes et rettsspørsmål skal formuleres til hvordan man slutter av rettskildefaktorer til hvordan man vekter de ulike rettskildefaktorene i svaret på rettsregelen for rettsspørsmålet. Skjønn som utøves av rettsanvenderen er følgelig mangeartet.

I forvaltningsrettslig terminologi har skjønn derimot et mer fasttømret innhold. Med «fritt skjønn» siktes det til lov eller forskrift som overlater til rettsanvenderens vurdering å foreta den endelig beslutning. Loven gir altså ikke selv klar veiledning på hvilke handlingsalternativer som rettsanvenderen kan foreta seg.⁴¹ Eckhoff og Smith betegner det som fullmaktslovgivning som ikke er fullt ut rettslig styrt.⁴² Bakgrunnen er at kompetansegrunnlaget – lov- eller forskriftsbestemmelsen – kan overlate til kommunen å bestemme hvorvidt kompetansen skal brukes, hvordan kompetansen skal forstås og hvordan den skal utøves. Når loven gir fullmakter, gis kommunen et smidig handlingsrom for å utøve sin kompetanse i overensstemmelse med faglige og lokale forhold.

Hvorvidt kommunen har fritt skjønn innenfor et kompetansegrunnlag, beror på en tolkning av vedkommende hjemmel for vedtaket, jf. Rt. 2008 s. 524 på avsnitt 37.

Motsetningen til det frie skjønn er lovbundet skjønn, også betegnet som rettsanvendelsesskjønn. Lovbundet skjønn foreligger når det klart fremgår av kompetansegrunnlaget hva kommunen kan bestemme.⁴³ Det vil være tilfelle når kompetansegrunnlaget klart angir vilkår for å treffe beslutning om et forhold, samt rettsfølgene av vilkåret er oppfylt eller ikke oppfylt. I slike tilfelle er ikke kommunens vedtak

⁴¹ Graver (2015) s. 232

⁴² Eckhoff og Smith (2014) s. 371

⁴³ Ibid. s. 371

vernet etter § 34 andre ledd tredje punktum. Det er naturlig, idet det ikke foreligger noe fritt skjønn ved vedtaket.

Læren om det frie skjønn er et i første rekke et domstolskapt fenomen.⁴⁴ Bakgrunnen for å kartlegge det frie skjønn er at den kompetansen som utøves er lovlig innenfor rammen av vedkommende hjemmelslov. Domstolene viker derfor tilbake for å overprøve det frie skjønn fordi forvaltningen har hjemmel i lov for deres vedtak.

Det eksisterer imidlertid en klar forskjell mellom domstolene og Fylkesmannen. I lys av at Fylkesmannen forfekter statlig politikk og er en del av forvaltningshierarkiet, har derfor Fylkesmannen kompetanse til å overprøve det frie skjønn ved kommunens vedtak, jf. fvl. § 34 første ledd første punktum.⁴⁵ Dette er en naturlig konsekvens av at Fylkesmannen tilhører den utøvende makt, jf. Grl. § 3. Domstolene tilhører den utøvende makt. Dersom domstolene skulle overprøve det frie skjønn, ville maktfordelingen mellom de tre statsgrener bli forskjøvet.

Et viktig forbehold er at både Fylkesmannen og domstolene til enhver tid kan overprøve kommunens skjønn dersom den har gått utover rammene for hva som er lovlig fritt skjønn. Under slike omstendigheter foreligger det ingen begrensninger, hverken på domstolens hånd eller hos Fylkesmannen, jf. § 34 andre ledd tredje punktum.

Avslutningsvis er det helt nødvendig å bemerke at både domstolene og Fylkesmannen som den klare hovedregel vil kunne prøve hvorvidt det generelt foreligger lovhjemmel for et inngripende vedtak.⁴⁶ Dette er en sentral del av rettsikkerheten for enkeltindividet.

Inngripende myndighetsutøvelse må skje i tråd med legalitetsprinsippet i Grl. § 113, jf. også lovkravet i EMK dersom myndighetsutøvelse støter an på interesser som er vernet etter konvensjonen.⁴⁷

I det følgende gjennomgås de ulike former for fritt skjønn som kan eksistere ved kommunens vedtak. En viktig bemerkning er én type skjønn ikke nødvendigvis utelukker en annen form for skjønn ved kompetansegrunnlaget.

⁴⁴ Ibid s. 362

⁴⁵ Ibid s. 81

⁴⁶ Ibid s. 373

⁴⁷ Graver (2015) s. 84

3.2 Fritt skjønn ved ikke-lovbestemte vedtak

Innledningsvis i punkt 1.4 ble det pekt på at departementet (Fylkesmannen) kan være klageinstans for enkeltvedtak truffet av et organ opprettet i medhold av kommuneloven, dersom kommunestyret eller fylkestinget ikke har delegert ansvaret nedover i sin organisasjon, jf. fvl. § 28 andre ledd første og andre punktum. Slike vedtak er som nevnt typisk basert på et ikke-lovbestemt grunnlag, herunder kommunens handlefrihet i lys av deres stilling som selvstendig rettssubjekt.

Slike vedtak – selv om de ikke er basert på lovgivning – kan ha mer eller mindre stor praktisk betydning for den enkelte på lik linje med lovbestemte vedtak. Det kan for eksempel dreie seg om utlysning om økonomisk tilskudd til idrettsforeninger, lokale miljøtiltak for eldre og lignende begunstigende vedtak.

Det frie skjønn ble ovenfor i punkt 3.1 definert som et handlingsrom som oppstår innenfor rammen av lov og forskrift. Også vedtak som ikke er basert på lov eller forskrift kan i prinsippet sies å inneha fritt skjønn. Men i disse tilfellene gir det dels liten mening å tale om et fritt skjønn, idet kommunens handlingsfrihet er ubegrenset såfremt vedtaket ikke er i strid med lov, forskrift eller ulovfestet rett. Det derfor aldri tale om å kartlegge hva som er fritt eller lovbundet skjønn, idet kommunens vedtak ikke er basert på lov eller forskrift.

Når Fylkesmannen prøver slike vedtak, vil hele vedtaket måtte anses å falle inn under kommunens frie skjønn. Dette omfatter eksempelvis (1) hvorvidt vedtaket skal treffes eller ikke, (2) hvilke vilkår eller avveininger som skal gjelde, og hvordan vilkår skal forstås og (3) hva som skal være følgen av at vilkåret er oppfylt.

Fylkesmannen plikter å legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøvingen alle forhold ved vedtaket som nevnt ovenfor i samsvar med bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum.

Men også her gjelder det visse ulovfestede grenser for kommunens handlingsfrihet. Begrunnelsen er at kommunen må anses som et offentlig rettssubjekt og dermed være underlagt noen ytre grenser for den frie skjønnsutøvelse, jf. punkt 3.7. Også ikke-lovbestemte vedtak rammes av disse grenser.⁴⁸

⁴⁸ Bernt mfl. (2002) s. 91

3.3 Hensiktsmessighetsskjønn («kan»-skjønn)

En sentral form for fritt skjønn er det såkalte hensiktsmessighetsskjønnet. Med denne typen skjønn siktes det til kompetansegrunnlag som gir kommunen selv myndighet til å avgjøre hvorvidt kompetansen skal anvendes eller ikke. Loven vil ofte kunne forstås slik dersom den inneholder ordet «kan», derav begrepet «kan»-skjønn. Når lovbestemmelser er utformet slik, vil både bruk og avståelse fra bruk av kompetansen være lovlige handlingsalternativer. Kommunen avgjør med andre ord selv om det er hensiktsmessig å benytte sin tildelte kompetanse.

Hvorvidt det foreligger et slikt skjønn, beror her som ellers på en tolkning av vedkommende hjemmelslov for vedtaket. Et eksempel som illustrerer dette, er Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2007 s. 1573. Spørsmålet var om et utvisningsvedtak fattet i medhold av utlendingsloven § 30 var gyldig. Loven var utformet slik at utvisning kunne besluttes dersom hensynet til rikets sikkerhet gjorde det nødvendig. Bemerket at Høyesterett fullt ut kunne prøve hva som omfattes av vilkåret «rikets sikkerhet», ville «kan»-skjønnet ha liten reell betydning når utvisningsvedtaket også var betinget av at det ble ansett «nødvendig». Men vilkåret «nødvendig» ble ansett å falle inn under forvaltningens frie skjønn, jf. avsnitt 57-59. Dommen illustrerer forøvrig også at prøvingen vil komme forskjellig ut avhengig av om det er domstol eller overordnet forvaltningsorgan som prøver vedtaket.

En viktig bemerkning er at «kan»-skjønnet må holdes adskilt fra lovens øvrige deler. Et eksempel som illustrerer dette er pbl. § 19-2 om dispensasjon fra plan- og bygningslovens bestemmelser og bestemmelser i medhold av denne. Kommunen har ved spørsmål om dispensasjon skal gis et «kan»-skjønn. Men dispensasjonen er dessuten betinget av at vilkårene i lovens andre ledd er oppfylt. I lovens forarbeider understrekes det uttrykkelig at lovens vilkår for å gi dispensasjon er lovbundet skjønn.⁴⁹ Som en følge av «kan»-skjønnet, vil en søker ikke ha ikke rettskrav på dispensasjon selv om vilkårene er oppfylt. Motsatt er tildeling av dispensasjon betinget av at både et «kan»-skjønn samt at vilkårene er oppfylt.

3.3.1 Innskrenkende tolkning av «kan»-skjønnet?

Et særlig spørsmål oppstår når kommunen ønsker å bruke sin kompetanse til å fatte et vedtak, men ikke fullt ut. Spørsmålet er om «kan»-skjønnet kan fortolkes innskrenkende. Den lovteknisk begrunnelse for en slik innskrenkende tolkning, er at kommunen har fritt skjønn

⁴⁹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242

med hensyn til om de ønsker å treffe et vedtak eller ikke. Når kommunen har slik myndighet, oppstår derfor spørsmålet om de kan bruke myndigheten – men i mindre grad enn loven åpner for.

En nylig avsagt dom fra Borgarting lagmannsrett illustrerer problemstillingen.⁵⁰ Saken er ikke rettskraftig avgjort i skrivende stund. Saken gjaldt et gruppesøksmål bestående av boligeiere i Oslo kommune mot Oslo kommune. Tvisten gjaldt blant annet hvorvidt eiendomsskatteloven § 11 andre ledd åpnet for å fastsette et bunnfradrag på kr 4 millioner på beregningen av eiendomsskatt i kommunen. Etter eiendomsskatteloven § 11 andre ledd «kan» kommunestyre fastsette bunnfradrag i eiendomsskatt. Et sentralt spørsmål i dommen var hvorvidt «kan»-skjønnets overskred rammene for et lovlig skjønn. Dersom det var tilfelle, var forskriften om eiendomsskatt følgelig ugyldig. Partene i gruppesøksmålet tapte på dette punkt. De foregående års skattevedtak om eiendomsskatt ble dog kjent ugyldig på annet grunnlag før dette spørsmålet etter lovens § 11 ble drøftet.

Lagmannsretten bemerket at fastsettelse av bunnfradragets størrelse som utgangspunkt hørte til kommunens frie skjønn. Likevel måtte kommunens skjønnsutøvelse holde seg innenfor rammene av hjemmelsloven – i dette tilfellet eiendomsskatteloven – for at forskriften (og eventuelt senere skattevedtak) skulle være gyldig.

I vurderingen av hvorvidt kommunen hadde gått utover rammene for det frie skjønn, var i første rekke ordlyden i eiendomsskatteloven § 11 andre ledd utgangspunktet for vurderingen. Når ordlyden ikke ga svaret på spørsmålet, var andre rettskilder sentrale for å besvare løsningen. Lovens forarbeider – slik dommen leses – hadde nok avgjørende betydning for resultatet. Innskrenkning i hvem som i realiteten betalte eiendomsskatt som en følge av bunnfradraget, kunne aksepteres i lys av fordelingshensyn. Øvrige anførte rettskilder for det motsatte ble ikke ansett å ha tilstrekkelig vekt for et annet resultat. Likevel ble det antatt å eksistere en øvrig grense for bunnfradrag, uten at denne ble definert.

Saken illustrerer det faktum at når kommunen ønsker å fatte et vedtak i samsvar med en innskrenkende tolkning av hjemmelsgrunnlaget, er det ingen automatikk i at det nødvendigvis er tale om en lovlig skjønnsutøvelse. En innskrenkende tolkning av «kan»-skjønnets kan være rettmessig ved undersøkelse av lovens ordlyd, forarbeider, rettspraksis og andre rettskilder.

⁵⁰ LB-2017-181429 (Borgarting)

Dersom kommunen ved en innskrenkende tolkning av hjemmelsloven for vedtaket, setter seg ut over rammene for det frie skjønn, er Fylkesmannens plikt til å legge stor vekt på det frie skjønn ved prøvingen bortfalt. Fylkesmannen må likevel ha plikt til å legge stor vekt på det frie skjønn ved en realitetsbehandling av klage så langt skjønnet er lovlig.

3.3.2 Adgang til å stille vilkår for vedtak?

I forlengelsen av spørsmålet om innskrenkende tolkning av «kan»-skjønnet, er en nært beslektet problemstilling hvorvidt kommunen har anledning til å fatte et betinget begunstigende vedtak overfor en part. Som ovenfor kan begrunnelsen for dette være at når kommunen har anledning til å avstå fra å gi et begunstigende vedtak, bør de kunne treffe et vedtak som ligger i en mellomstilling mellom begunstigende og bebyrdende – i motsetning til å gi ubetinget avslag på søknader om tillatelser o.l.⁵¹

Fra det praktiske liv kan en klagesak om byggetillatelse avgjort av Fylkesmannen i Sogn og Fjordane belyse problemstillingen.⁵² Sogndal kommune gav en part byggetillatelse til boligformål i samsvar med den innsendte byggesøknaden. Utgangspunktet i saken som ellers var at byggetillatelse skulle gis når tiltaket ikke er i strid med plan- og bygningsloven eller bestemmelser gitt i medhold av den, jf. pbl. § 21-4. Tillatelsen ble gitt på vilkår om på hvilken måte boligens utvendige fasade skulle utformes, jf. § 29-2. Etter § 29-2 har kommunen et fritt skjønn med hensyn til tiltakets visuelle kvaliteter. Når kommunen mente byggesøknaden ikke oppfylte kravet, stilte de derfor vilkår om endring av boligens utvendige arkitektoniske uttrykk for byggetillatelsen, jf. § 29-2, jf. § 21-4. Tiltakshaver klaget på vedtaket begrenset til denne vilkårsstillelsen.

Saken viser at vilkårsstillelse ved begunstigende vedtak kan være hensiktsmessig for å sikre at offentlig myndighet blir utøvd på en smidig og tilpasset måte. Når alternativet er å avslå en byggesøknad fordi tiltaket ikke oppfyller kommunens krav til fasadeutforming, kan vilkårsstillelse bidra til å avbøte kommunens skepsis mot å bruke deres tildelte kompetanse, med den følge at tiltakshaver får medhold i søknaden med forbehold. Dette gjelder ikke bare på plan- og bygningsrettens område, men også andre rettsområder hvor kommunen kan utøve fritt skjønn med hensyn til begunstigende vedtak.

⁵¹ Graver (2015) s. 262

⁵² Vedtak i klagesak som gjelder klage på vilkår for byggetillatelse i Sogndal kommune. Avgjort av Fylkesmannen i Sogn og Fjordane, ref. 2013/1434 - 423.1 (Se vedlegg)

Hovedregelen er at vilkår for begunstigende vedtak kan stilles såfremt kompetansegrunnlaget for vedtaket ikke er til hinder for det.⁵³ Utover dette kan loven i seg selv gjøre begrensninger på hvilken måte eller i hvilket omfang vilkår kan stilles. Dette beror på en tolkning av vedkommende hjemmelsgrunnlag for vedtaket. I slike tilfeller må Fylkesmannen ved en eventuell klagesak vurdere hvorvidt kommunens vilkår er i samsvar med vedtakets hjemmelslov ved alminnelig lovtolkning/rettskilddeprinsipper, for deretter å subsumere vilkårene under lovens krav.

Når loven ikke fastsetter noe om adgangen til å stille vilkår, kan vilkår likevel stilles såfremt man befinner seg på området for «kan»-skjønn.⁵⁴ I slike gjelder den ulovfestede vilkårs læren. Det er to betingelser for å kunne stille vilkår. Eckhoff og Smith uttrykker det som at vilkåret som stilles må ha saklig sammenheng med hjemmelsloven for begunstigelsen. I tillegg må vilkåret ikke være uforholdsmessig tyngende.⁵⁵ Sistnevnte vilkår skal ikke forstås i relasjon til parten, men i relasjon til hvilke virkninger ved vilkåret som kommunen ønsker å oppnå.

Når Fylkesmannen får inn en klagesak fra kommunen om klage på vilkår, må det først vurderes hvorvidt det foreligger et «kan»-skjønn for vedtaket. Når det er tilfelle, må de vilkår kommunen har stilt vurderes opp mot de ovennevnte to ulovfestede vilkår.

Såfremt vilkårene blir ansett lovlige, synes det klart at kommunens frie «kan»-skjønn må 'smitte over' på vilkårene som er stilt. Således kan en eventuell overprøving av vilkårene fra Fylkesmannens side støte an mot fvl. § 34 andre ledd tredje punktum dersom vilkårene overprøves selv om de er lovlige. Det foreligger derfor en plikt til å legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre både ved en eventuell overprøving av lovlige vilkår, samt om et begunstigende vedtak skal treffes eller ikke.

Dersom Fylkesmannen kommer til at vilkår kommunen har stilt eksempelvis ikke har saklig sammenheng med hjemmelsloven, må vilkårene måtte anses bortfalt med den hovedregel at vedtaket ellers er gyldig. Spørsmålet om virkningene ved ugyldige vilkår er imidlertid ikke helt utvilsomt.⁵⁶ Alternativet kan være å oppheve kommunens vedtak og sende saken tilbake til kommunen for ny behandling, jf. fvl. § 34 fjerde ledd. Sistnevnte løsning bidrar til at

⁵³ Graver (2015) s. 265-266

⁵⁴ Ibid. s. 265-266

⁵⁵ Eckhoff og Smith (2014) s. 414

⁵⁶ Graver (2015) s. 270

kommunen får vurdert vilkårsstillelse på nytt selv, i motsetning til nytt vedtak uten vilkår ved Fylkesmannen.

3.4 Fritt skjønn med hensyn til den generelle lovtolkningen

Den klare hovedregel er at Fylkesmannen kan prøve enhver side av vedtaket, jf. fvl. § 34 andre ledd første punktum. Dette omfatter blant annet den generelle lovtolkningen – dvs. å påse hvorvidt kommunen har hatt hjemmel i lov for sitt vedtak, se punkt 3.1. Spørsmålet her er om det likevel kan anføres at den generelle tolkningen skal anses som en del av kommunens frie skjønn, slik at Fylkesmannen vil måtte legge stor vekt på kommunens generelle lovtolkning for vedtaket, jf. § 34 andre ledd tredje punktum.

I denne forbindelse gir Rt. 1995 s. 1427 «Naturfredningsdommen» bidrag til spørsmålet. Saken gjaldt hvorvidt et fredningsvedtak av to naturreservat var ugyldige etter den daværende naturvernloven av 1970. Spørsmålet i saken var om staten etter naturvernloven § 8 hadde tilstrekkelig hjemmel for å verne de to naturreservatene.

Høyesterett stadfestet lagmannsrettens dom, med den følge at staten måtte frifinnes. Fredningsvedtakene ble derfor ansett gyldige. Vurderingen av vedtakets gyldighet berodde dels på en lovtolkning av den nevnte § 8, samt den konkrete anvendelsen av bestemmelsen på sakens faktum. Spørsmålet var om de to naturreservatene Nysætervatnet og Hostadvatnet utgjorde en «spesiell naturtype» etter naturvernloven § 8. En enstemmig Høyesterett var enige i dommens resultat, dog var det to dissenser når det gjaldt domstolenes adgang til å prøve vedtaket.

Om spørsmålet hvorvidt domstolene kunne prøve om vilkårene for vedtaket – om forvaltningen hadde generell hjemmel for vedtaket – var til stede, uttalte tredjevoterende dommer Aarbakke med tilslutning fra de to øvrige dommere følgende:

«Om de lovbestemte vilkår for en forvaltningsavgjørelse er til stede, må domstolene kunne prøve fullt ut, dersom det ikke er sikre holdepunkter for noe annet».

Utgangspunktet er derfor klart. Den generelle lovtolkningen for et forvaltningsvedtak må domstolene kunne prøve, og dette må naturligvis også gjelde for Fylkesmannens vedkommende. Hvorvidt lovbestemte vilkår likevel skal anses å falle inn under kommunens frie skjønn, må bero på en tolkning av det aktuelle kompetansegrunnlaget for vedtaket. Og denne tolkningen må med sikkerhet innebære at lovtolkningen er ment å være fritt skjønn.

I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2007 s. 257 «Trallfa» medførte en tolkning av den daværende plan- og bygningsloven § 7 at kommunen hadde fritt skjønn ikke bare ved hensiktsmessighetsskjønn («kan-skjønn») men også med hensyn til den generelle lovtolkningen.

Saken gjaldt hvorvidt Fylkesmannens vedtak om å omgjøre Sandnes kommune sitt dispensasjonsvedtak var gyldig. Sandnes kommune vedtok å innvilge dispensasjon fra reguleringsplan for at Trallfa Forus IV AS («Trallfa») skulle få etablere et større forretningsbygg på Forus i Sandnes kommune. Settefylkesmannen i Vest-Agder fattet vedtak etter klage om at dispensasjonen ikke var gyldig, idet vilkåret «særlige grunner» i den daværende pbl. § 7 ikke var oppfylt. Trallfa reiste derfor søksmål med påstand om at sistnevnte vedtak var ugyldig.

En enstemmig Høyesterett kom til lagmannsrettens dom måtte stadfestes, med den følge at staten ble frifunnet.

For Høyesterett var det sentrale spørsmålet hvorvidt vilkåret «særlige grunner» måtte anses som en del av kommunens frie skjønn, eller som et lovbundet skjønn/rettsanvendelsesskjønn.

Høyesterett kom til at vilkåret «særlige grunner» måtte ses i sammenheng med «kan»-skjønn i § 7, jf. avsnitt 36 og 40. På denne bakgrunn ble hele bestemmelsen ansett å falle inn under forvaltningens frie skjønn, inklusive både den generelle lovtolkningen og den konkrete anvendelsen av vilkåret «særlige grunner» på sakens faktum. Men den generelle tolkningen av bestemmelsen kunne bare være fritt skjønn så lenge vedtaket bygget på relevante og saklige grunner i henhold til hjemmelsloven, jf. avsnitt 36.

Høyesterett la avgjørende vekt på at ordlyden «særlige grunner» ikke var særlig egnet til en alminnelig lovtolkning. Bakgrunnen var at begrepet var nokså vagt og skjønnsmessig. I forlengelsen ble det vist til at lovens forarbeider viste til at forvaltningen måtte avgjøre hvorvidt særlige grunner var oppfylt i lys av areal- og ressursdisponeringshensyn. Således dreide det seg om skjønnsmessige vurderinger som domstolene var lite egnet til å konkretiseres ved en generell lovtolkning, jf. avsnitt 42.

Videre ble det lagt vekt på bestemmelsens utforming. I lys av at «særlige grunner» også var betinget av et «kan»-skjønn, ble det samlede hele ved bestemmelsen ansett å være fritt skjønn.

Når det var ulike hensyn kunne begrunnet dispensasjon, ble avveiningen av disse hensyn vanskelig å forene som et lovbundet skjønn sammen med det frie «kan-skjønn».

Avslutningsvis var det spørsmål om hvorvidt rettssikkerhetshensyn kunne begrunne at «særlige grunner» måtte anses som et lovbundet skjønn. Dette var ikke tilfelle. Bakgrunnen var at bestemmelsen krevde vurderinger av bygningsfaglige og især politiske vurderinger – i motsetning til mer juridisk eller moralsk art. Domstolene kan imidlertid alltid prøve hvorvidt forvaltningen hadde overskredet sin myndighet utover rammen av det loven tillater, herunder om det har skjedd myndighetsmisbruk, jf. avsnitt 44. Det var ikke tilfelle her.

Trallfa-dommen viser at domstolene i prinsippet alltid kan prøve lovtolkningen, jf. de to siste setninger på avsnitt 36. Men når tilsynelatende lovbundne vilkår blir ansett å være fritt skjønn, blir utgangspunktet for lovtolkningen hvorvidt loven er anvendt på en relevant og saklig måte. Dette angår den ytre rammer for den frie skjønnsutøvelsen, sml. forrige avsnitt.

Hvorvidt den generelle tolkningen av et kompetansegrunnlag skal anses å falle inn under kommunens frie skjønn, må avgjøres ved en alminnelig tolkning. Som vist vil lovvilkår med skjønnspregede, politiske og faglige uttrykk kunne tale for et fritt skjønn. I tillegg kan forarbeidene være utformet slik at den generelle tolkningen av bestemmelsen er av en så faglig-politisk karakter at forvaltningen er nærmere til å tolke bestemmelsen enn domstolene. På den annen side må det understrekes at også rettssikkerhetshensyn for den enkelte kan tale for at et vilkår må anses som et lovbundet skjønn, med den følge at det kan med mer intensiv kontroll.

Det må understrekes at for prøvingen hos Fylkesmannen blir situasjonen en del annerledes til forskjell fra prøving av vedtak ved domstolene. Når Høyesterett i Trallfa-dommen kom til at vilkåret «særlige grunner» var fritt skjønn, var den avgjørende begrunnelsen den faglig-politiske karakter som heftet ved vilkåret. Fylkesmannen er derimot en del av forvaltningsapparatet og er derfor klart egnet til å prøve den generelle lovtolkningen i slike tilfeller som i Trallfa-dommen. Likevel må også Fylkesmannen måtte vurdere hvorvidt kommunen har fritt skjønn med hensyn til den generelle tolkningen når det finnes begrunnet. Skulle det ikke være slik, vil avveiningsnormen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum kunne

miste en del av sin effektive virkning. Uansett er det nok bare unntaksvis at den generelle lovtolkningen er ment å være fritt skjønn, jf. de nevnte premisser i Naturfredningsdommen.⁵⁷

3.5 Fritt subsumsjonsskjønn

Et spørsmål som er nært beslektet med hvorvidt kommunen kan ha fritt skjønn med hensyn til den generelle lovtolkningen, er hvorvidt kommunen har fritt skjønn med hensyn til den *konkrete* anvendelsen av loven på sakens faktum. Spørsmålet her er med andre ord hvorvidt kommunen har fritt skjønn når den subsumerer sakens faktiske sider mot lovens vilkår.

Hvorvidt loven åpner for fritt skjønn når det gjelder subsumsjonen, må her som ellers bero på en alminnelig tolkning av den aktuelle lovbestemmelse. Man kan skille mellom de tilfeller hvor loven selv løser spørsmålet, og hvor loven ikke løser spørsmålet.

Et eksempel på lovbundet skjønn er dispensasjonsvedtak etter plan- og bygningsloven. Etter pbl. § 19-2 har kommunen «kan»-skjønn med hvorvidt dispensasjon skal gis eller ikke; men vilkårene for å gi dispensasjon er lovbundet skjønn. I forarbeidene til loven fremgår det uttrykkelig at «lovens vilkår er rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene».⁵⁸ Når det er tilfelle, må lovens regel være klar. Subsumsjonen – den konkrete anvendelsen av vilkårene på tiltaket – så vel som den generelle tolkningen av vilkårene for å gi dispensasjon, må være lovbundet skjønn og går dermed klar av regelen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum.

Når loven ikke løser spørsmålet om hvorvidt kommunen har fritt skjønn ved subsumsjonen, må løsningen først og fremst besvares ved hjelp av rettspraksis.

I denne forbindelse er det nødvendig å se nærmere på premissene i Naturfredningsdommen.⁵⁹ Når det gjelder de sakens faktiske sider og dommens resultat, vises det tilbake til punkt 3.4.

Staten anførte at vilkåret i vernebestemmelsen i naturvernloven § 8 om «spesiell naturtype» måtte være fritt skjønn med hensyn til den konkrete rettsanvendelse. De hevdet det bare var et utgangspunkt at domstolene skal kunne prøve forvaltningens konkrete rettsanvendelse. Eierne

⁵⁷ Graver (2015) s. 249

⁵⁸ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242

⁵⁹ Rt. 1995 s. 1427

av de berørte naturreservatene anførte imidlertid det motsatte med henvisning til forvaltningslovens eldre forarbeider.

Førstvoterende dommer Backer ga ikke medhold i statens anførsel om domstolenes begrensede prøvelsesrett ved den konkrete lovanvendelsen, og bemerket at:

«Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes».

Hovedregelen er dermed at domstolene må kunne prøve subsumsjonen ved inngripende vedtak. Dette gjelder også for Fylkesmannens vedkommende, jf. fvl. § 34 andre ledd første punktum.

Videre fremholdte førstvoterende at de skjønsmessige vurderingene vilkårene legger opp til, «spesiell naturtype» og «som skiller seg ut ved sin egenart» ikke kunne utgjøre en slik «særskilt begrunnelse», se s. 1433. Leses premissene implisitt, trakk heller ingen andre rettskilder i motsatt retning. Backer gikk derfor videre og drøftet konkret hvorvidt naturreservatene utgjorde en slik spesiell naturtype. Det ble besvart bekreftende.

Annenvoterende dommer Tjomsland var enig i realiteten med førstvoterende. Men når det gjaldt domstolenes prøvelsesrett, ble det bemerket at:

«Spørsmålet om domstolene kan overprøve forvaltningens konkrete lovanvendelse beror på en tolkning av den aktuelle lovbestemmelse», se s. 1435.

Denne bemerkningen kan nok forstås som en presisering av førstvoterende. De unntak som begrunner prøvingen av subsumsjonen, må «særskilt begrunnes» i medhold av en fortolkning av vedkommende hjemmelslov for vedtaket.

Tjomsland fremholdte at vilkårene i nevnte § 8 var av svært naturfaglig karakter. Domstolene ville dermed måtte vike tilbake for å overprøve den konkrete vurderingen av hvorvidt et område kunne klassifiseres som en «spesiell naturtype» og som «skiller seg ut ved sin egenart». Hvorvidt rettssikkerhetshensyn likevel kunne begrunne overprøvelse av den konkrete lovanvendelsen, ble besvart benektende.

Dommer Aarbakke, med tilslutning fra de to øvrige dommerne, sluttet seg til førstvoterende. Aarbakke bemerket at hvorvidt den konkrete lovanvendelsen skulle være unntatt fra overprøving, måtte skje med utgangspunkt i lovens ordlyd. På dette punkt forelå det konsensus med annenvoterende. Bestemmelsen i § 8 ble imidlertid ikke ansett å gi holdepunkter for at den skulle være unntatt fra prøving av det konkrete skjønn. Det ble lagt vekt på at den daværende naturvernloven var mer tyngende enn de tidligere naturvernlover. Skulle den konkrete lovanvendelsen være unntatt fra domstolsprøving på linje med de tidligere naturvernlover, måtte det finnes «sikre holdepunkter» for en slik tolkning. Det var ikke tilfelle, bemerket at spørsmålet ikke var behandlet i lovens forarbeider, se s. 1436.

Det klare utgangspunkt er følgelig at subsumsjonen kan prøves fullt ut. Dette gjelder domstolene så vel som Fylkesmannen etter fvl. § 34 andre ledd første punktum. Dersom kommunen skal bli hørt med at deres subsumsjon er fritt skjønn som rammes avveiningsnormen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum, må det finnes tilstrekkelige holdepunkter for det.

Slike holdepunkter ble vurdert i dommens premisser. Utgangspunktet for å avklare hvorvidt det er fritt skjønn ved den konkrete lovanvendelsen, er lovens ordlyd. Selv skjønnsmessige, vage og vilkår av faglig karakter vil etter omstendighetene være gjenstand for lovbundet skjønn. I motsatt retning kan det nok hevdes at dersom loven er formulert som en avveiningsregel med retningslinjer, kunne resultatet blitt fritt skjønn.

Lovens ordlyd er som nevnt kun et utgangspunkt. Dersom lovforarbeidene klart presiserer at det er meningen at forvaltningen skal ha fritt skjønn med hensyn til subsumsjonen, vil det måtte være et klart holdepunkt for at det foreligger fritt skjønn.

Dessuten er det sentralt hvor tyngende vedtaket er. Spørsmålet om hvor tyngende vedtaket er, har en klare likhetstrekk med annenvoterende sin vurdering av såkalte rettssikkerhetshensyn. Når et vedtak klart representerer et vidtgående inngrep for parten, taler gode grunner for at det ikke er tale om subsumsjonsskjønn ved det aktuelle kompetansegrunnlaget.

3.6 Særlig om Fylkesmannens rettsanvendelse

Et særlig spørsmål oppstår når Fylkesmannen må ta stilling til hvorvidt kommunen har fritt skjønn både når det gjelder både den generelle og konkrete lovanvendelsen. Under slike omstendigheter kan det foreligge en rettslig diskrepans mellom kommunen og Fylkesmannen.

Spørsmålet er ikke upraktisk og kan illustreres ved hjelp av den allerede nevnte Trallfaldommen, jf. Rt. 2007 s. 257 og punkt 3.4. Her behandles en side ved dommen som hittil ikke har vært berørt.

Som nevnt hadde Sandnes kommune fattet et dispensasjonsvedtak i medhold av den daværende pbl. § 7 som senere ble overprøvd av Fylkesmannen i Vest-Agder. Høyesterett konkluderte med at «særlige grunner» måtte ses i sammenheng med «kan»-skjønn og dermed utgjøre et fritt skjønn.

De ankende parter hadde i sin hovedanførsel anført at vedtaket måtte underkjennes under henvisning til fvl. § 34 andre ledd tredje punktum, jf. avsnitt 47. Bakgrunnen for anførselen var at det kommunale selvstyre ikke var tatt i betraktning og vurdert ved Fylkesmannens overprøvelse av Sandnes kommune sitt opprinnelige vedtak.

Det er klart nok at bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum gjaldt allerede når settefylkesmannen i Vest-Agder omgjorde kommunens vedtak, all den tid daværende pbl. § 7 inneholdt et «kan»-skjønn. Men vilkåret «særlige grunner» ble på dette stadiet ansett av Fylkesmannen å være et lovbundet skjønn. En eventuell overprøvelse av «særlige grunner» skulle derfor ikke støte an mot avveiningsnormen om det kommunale selvstyre, jf. fvl. § 34.

Når så Høyesterett kom til at «særlige grunner» også var et fritt skjønn, måtte også Fylkesmannens omgjørende vedtak i relasjon til «særlige grunner» måles mot fvl. § 34 andre ledd tredje punktum, jf. avsnitt 48.

Høyesterett kom etter en gjennomgang av Fylkesmannens vedtak til at hensynet til det kommunale selvstyre var vektlagt selv om det ikke fremgikk uttrykkelig, jf. avsnitt 54.

Saken illustrerer den iboende usikkerhet ved bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum. Ofte vil situasjonen være avklart, i lys av at kommunen bare har et «kan»-skjønn ved vedtaket. I andre tilfeller kan det imidlertid hefte usikkerhet ved hvorvidt kommunen i tillegg til – eller istedenfor – «kan»-skjønn har fritt skjønn med hensyn til den generelle tolkningen og/eller den konkrete anvendelsen av vilkåret i kompetansegrunnlaget.

I sistnevnte tilfelle kan Fylkesmannen kun vurdere med beste evne hvorvidt kommunen har fritt skjønn. Disse tilfellene er juridisk sett langt mer usikre enn ved hvorvidt det foreligger «kan»-skjønn, som kapittel 3 har vist.

Utover dette er det neppe mulig å gi noen fyllestgjørende løsning på problematikken, utover enkelte rettspolitiske bemerkninger. Når rettstilstanden angående det frie skjønn er slik den er, må det nok aksepteres at Fylkesmannens vurderinger av og til slår feil ved en eventuell domstolsprøving. Alternativet er på nåværende tidspunkt å endre fvl. § 34 andre ledd tredje punktum til kun å omfatte «kan»-skjønnen. En slik endring kan skape mer klarhet, dog vil det representere en ulempe for kommunen for hvilket fritt skjønn som skal tillegges vekt.

3.7 De ytre grenser for kommunens skjønnsutøvelse

3.7.1 Innledning

Avslutningsvis i dette kapitlet behandles de ytre rammene for kommunens skjønnsutøvelse. Selv om kommunens vedtak kan omfatte «kan»-skjønn, skjønn med hensyn den generelle tolkningen av kompetansegrunnlaget og skjønn med hensyn til den konkrete anvendelsen av kompetansegrunnlaget, foreligger det alltid noen ytre grenser for skjønnsutøvelsen.

I den omtalte Naturfredningsdommen fremholdte annenvoterende dommer Tjomsland de sentrale ytre rammer for skjønnsutøvelsen.⁶⁰ Dette omfattet hvorvidt «(...) forvaltningen har bygget på riktig faktum, tatt utenforliggende hensyn, om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet», se s. 1435.

Bakgrunnen for å operere med slike ytre grenser, er at det alltid vil være en risiko for at den frie skjønnsutøvelsen er av en slik karakter at den ikke under noen omstendighet kan godtas. I lovforarbeidene til forvaltningsloven understrekes det derfor at regelen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum naturligvis ikke gjelder for vedtak som overskrider de ytre rammer for skjønnsutøvelsen.⁶¹

I det følgende gjennomgås de ulike ytre rammer for kommunens frie skjønnsutøvelse. Det tas imidlertid ikke sikte på noen dyptgående gjennomgang. De mangler som kan eksistere ved skjønnet kan deles inn i to ulike kategorier. Den første kategorien er de såkalte tilblivelsesmangler. Den andre kategorien er de såkalte innholdsmangler.

⁶⁰ Rt. 1995 s. 1427

⁶¹ Prop. 64 L (2016-2017) s. 17

Hvorvidt det enten foreligger en feil ved hvordan vedtaket har kommet i stand, eller en feil ved vedtakets innhold som sådan, har betydning for den etterfølgende vurdering av hvorvidt vedtaket skal anses ugyldig.⁶²

3.7.2 Tilblivelsesmangler

3.7.2.1 Utenforliggende hensyn

For det første har kommunen ikke anledning til å ta utenforliggende hensyn. Eckhoff og Smith uttrykker det slik at den konkrete lovanvendelsen må bygge på en begrunnelse som er «saklige eller relevante i relasjon til kompetansegrunnlaget selv».⁶³ Det sentrale poeng er at kommunen ved den konkrete lovanvendelsen ikke kan ta slike hensyn som etter en tolkning av lovhjemmelen for vedtaket ligger utenfor de hensyn loven tar sikte på å ivareta. Et åpenbart eksempel på en skranke for skjønn er dersom kommunen ved sitt «kan»-skjønn ved dispensasjon etter pbl. § 19-2 avslår en søknad om dispensasjon begrunnet i søkerens klesstil.

3.7.2.2 Vedtak som bygger på vilkårlighet

For det andre kan ikke kommunen treffe vilkår som bygger på ren vilkårlighet. Med uttrykket vilkårlighet siktes det til at en avgjørelse treffes helt etter rettsanvenderens eget forgodtbefinnende. Slike vedtak er feilaktige, ettersom tilblivelsen ikke er i samsvar med loven slik den foreskriver.⁶⁴

3.7.2.3 Usaklig forskjellsbehandling

I den omtalte dommen i Rt. 2011 s. 111 ble også usaklig forskjellsbehandling vurdert som en mulig ugyldighetsgrunn for vedtaket. Det ble omtalt som et sentralt «forvaltningsrettslig prinsipp [om] at like tilfeller skal behandles likt», se avsnitt 66.

I avsnitt 67 ble det konkret vurdert hvorvidt det forelå usaklig forskjellsbehandling. Selv om «praksis [når det gjaldt tilbakekall av drosjeløyve grunnet annet hovederhverv] kan bli forskjellig rundt om i landet» var det ikke avgjørende. Bakgrunnen var at hjemmelsloven for vedtaket – yrkestransportloven – desentraliserte myndigheten til å avgjøre spørsmål om drosjeløyve.

⁶² Eckhoff og Smith (2014) s. 460

⁶³ Ibid s. 385

⁶⁴ Ibid s. 398

Når det ble anført at «(...) parallelle tilfeller (...) har (...) vært behandlet annerledes andre steder i landet» kunne det ikke være avgjørende. I lys av at hjemmelsloven tillot forskjellsbehandling mellom fylkeskommunene, kunne derfor ikke tilbakekallelsen bli ansett som usaklig.

Saken viser at hvorvidt det foreligger usaklig forskjellsbehandling må avgjøres på bakgrunn av en tolkning av hvilke saklige grunner kompetansegrunnlaget for vedtaket åpner for.

3.7.2.4 Kravet om riktig faktum

Kommunen må alltid bygge sitt vedtak – og dermed sin skjønnsutøvelse – på faktiske forhold som er korrekte. Dersom de fakta som vedtaket bygger på er feil, kan vedtaket underkjennes som nevnt i Naturfredningsdommen.

Dersom kommunen eksempelvis overveier hvorvidt de skal gi tillatelse til forurensende virksomhet etter forurensningsloven § 11 første ledd, må de faktiske forhold avklares før vedtaket treffes.⁶⁵ Selv om lovens forarbeider forutsetningsvis stadfester et «kan-skjønn» etter bestemmelsen, er rammene for skjønnsutøvelsen klart overtrådt dersom den lovanvendelsen bygger på ukorrekte fakta.⁶⁶

3.7.2.5 Ugyldighet ved tilblivelsesmangler

Dersom Fylkesmannen konstaterer at det foreligger en tilblivelsesmangel – en feil – ved kommunens vedtak, kan vedtaket etter omstendighetene kjennes ugyldig. Hvorvidt det er tilfelle, beror på en vurdering av hvorvidt «feilen kan ha virket bestemmende (...) på avgjørelsens innhold.», jf. Rt. 2009 s. 851 på avsnitt 86. Saken gjaldt hvorvidt en arbeids- og oppholdstillatelse var ugyldig som følge av uriktig faktum, noe som er en tilblivelsesmangel. Begrunnelsen for å operere med et slikt vilkår er at feil ved hvordan et vedtak er kommet i stand, ikke nødvendigvis har betydning for vedtakets innhold.⁶⁷

3.7.3 Innholdsmangel

3.7.3.1 Urimelige vedtak

Det klare utgangspunktet er at skjønnsutøvelsen til kommunen må godtas av adressaten for vedtaket. I punkt 3.3 ble det såkalte «kan»-skjønnnet omtalt. Dette omtales også som et

⁶⁵ Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)

⁶⁶ Ot.prp. nr. 11 (1979-1980) s. 109

⁶⁷ Eckhoff og Smith (2014) s. 469

hensiktsmessighetskjønn. Hvorvidt et vedtak er hensiktsmessig er opp til kommunen å vurdere. Likevel foreligger det rettspraksis på at dersom vedtaket er tilstrekkelig urimelig, kan vedtaket underkjennes uten hensyn til det frie skjønn.

I Høyesteretts enstemmige dom inntatt i Rt. 2011 s. 111 ble spørsmålet vurdert. Rogaland fylkeskommune hadde tilbakekalt en rekke drosjeløyver begrunnet i at innehaveren hadde et annet hovederhverv. Spørsmålet var hvorvidt vedtaket om tilbakekallelse var gyldig.

Det ble anført en rekke feil ved fylkeskommunens vedtak, herunder om vedtaket kunne anses som «(...) sterkt urimelig og derfor er ugyldig etter myndighetsmisbrukslæren», se avsnitt 70. Når det gjaldt den generelle terskelen for å tilsidesette vedtaket, bemerket Høyesterett at det skulle «(...) mye til før domstolene setter til side et vedtak som beror på forvaltningens frie skjønn på grunn av urimelighet.», se avsnitt 71.

På denne bakgrunn må regelen være at hvorvidt vedtakets innhold er sterkt urimelig, beror på en konkret vurdering hvor terskelen for tilsidesettelse må være meget høy. Dette understrekes ved Høyesteretts formulering om at vedtakets innhold må være «sterkt» urimelig.

3.7.3.2 Ugyldighet ved innholdsmangel

Når det er konstatert at det foreligger en innholdsmangel ved den frie skjønnsutøvelsen – sterk urimelighet – er nok den umiddelbare reaksjonen at vedtaket neppe kan opprettholdes som gyldig. Til forskjell fra hvordan vedtaket er kommet i stand, er en innholdsmangel en feil ved vedtakets innhold. I slike tilfeller er det neppe grunnlag for å vurdere opprettholdelse.⁶⁸

3.7.4 Rettsvirkningene ved overskridelse av rammene for skjønnsutøvelsen

Dersom Fylkesmannen konstaterer at kommunens vedtak lider av tilblivelsesmangler og denne kan antas å ha virket inn på vedtakets innhold, eller at et vedtak lider av en innholdsmangel, må det foretas et valg. Fylkesmannen kan selv treffe nytt lovlig vedtak eller oppheve det og sende saken tilbake til kommunen, jf. fvl. § 34 fjerde ledd.

Såfremt saken er tilstrekkelig opplyst i medhold av fvl. § 17 synes det å være gode grunner for at Fylkesmannen selv treffer nytt vedtak i saken. Et sentralt hensyn ved loven som

⁶⁸ Eckhoff og Smith (2014) s. 461

fremholdt av Forvaltningslovkomiteens innstilling av 1958 er å sikre effektiv ressursutnyttelse i forvaltningen.⁶⁹ Effektiv og rask avgjørelse av klager kan oppfylle dette.

4 Vekten av det frie skjønn ved klagebehandlingen

4.1 Innledning

Til nå har avhandlingen blant annet sett generelt på det kommunale selvstyrets historikk og hensyn. De rettslige rammer for det frie skjønn er dessuten behandlet. Et sentralt spørsmål gjenstår. Spørsmålet er hvor stor vekt kommunens frie skjønn skal tillegges når Fylkesmannen ved klagebehandlingen må ta stilling til hvorvidt utfallet av skjønnsutøvelsen bør erstattes med et annet resultat.

I det følgende tolkes derfor forvaltningslovens krav om å legge «stor vekt» på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøvingen av det frie skjønn, jf. fvl. § 34 andre ledd tredje punktum.

4.2 Nærmere om kravet til å legge «stor vekt» på det frie skjønn

I det følgende er spørsmålet hvordan kravet til «stor vekt» ved prøvingen av det frie skjønn generelt skal forstås, jf. fvl. § 34 andre ledd tredje punktum.

Etter ordlyden skal det ikke bare legges «vekt» på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøvingen av det frie skjønn, vekten skal være «stor». Stor vekt er en mindre størrelse enn avgjørende vekt. I motsatt ende må stor vekt bety en høyere terskel for overprøving enn bare «vekt». Dette tilsier at terskelen for å overprøve kommunens frie skjønn derfor må være høy.

I den omtalte Trallfa-dommen i punkt 3.4 og 3.6 måtte Høyesterett som nevnt ta stilling til hvorvidt vedtaket måtte underkjennes med henvisning til at det ikke var lagt vekt på kommunens frie skjønn etter bestemmelsen. Det ble lagt til grunn ved tolkningen av bestemmelsen at klageinstansen «(...) pålegges en viss terskel i forhold til å endre kommunale eller fylkeskommunale vedtak ved overprøving av det frie skjønnet (...)» med henvisning til lovens forarbeider, jf. avsnitt 49.

Dommen er imidlertid avsagt under 1997-loven. Som omtalt i punkt 1.2 er bestemmelsen språklig endret fra «vekt» til «stor vekt» siden den tid. På denne bakgrunn taler lovens

⁶⁹ NUT 1958: 3 s. 5 og 6

nåværende ordlyd for at Høyesteretts fortolkning om en «viss terskel» ikke kan forstås bokstavelig. En «viss terskel» er klart en annen og mindre størrelse enn lovens nåværende krav om stor vekt.

Utover Trallfa-dommen finnes det ingen andre avgjørelser fra Høyesterett som gir bidrag til tolkningen av lovens krav om å vektlegge det kommunale selvstyre ved prøvingen av det frie skjønn. Den nærmere forståelse av loven må derfor søkes i andre rettskilder.

I lovens forarbeider understrekte departementet at hensikten med lovendringen var å styrke det kommunale selvstyre gjennom en økt terskel for overprøving. Den generelle regelen når det gjaldt hvilke grunner som taler for overprøving i konkrete tilfeller, skulle imidlertid videreføres slik den var forstått etter 1997-loven.⁷⁰ Departementet uttrykte det slik:

«Etter lovframlegget skal forvaltningslova § 34 andre ledd første punktum framleis vere ein standardregel. Endringa inneber at terskelen for overprøving blir heva ytterlegare. At føresegna er ein standardregel, inneber at vektinga av omsynet til det kommunale sjølvstyret kan variere mellom ulike saksområde. I saksområde av lokalpolitisk art vil omsynet til det kommunale sjølvstyret ha større vekt enn i saksområder utan særlege lokalpolitiske interesser».⁷¹

Den naturlige forståelse av bestemmelsen i medhold av forarbeidene er at vekten av kommunens frie skjønn må relativiseres avhengig av hvilket rettsområde man befinner seg på. Hvorvidt kompetansegrunnlaget eller lovhjemmelen som ligger til grunn for vedtaket er av en slik art at det har lokalpolitisk betydning medfører at hensynet til det lokale selvstyre må vektlegges i større grad.

Departementet synes imidlertid å legge til grunn at lovens krav om «stor vekt» som sådan kan etter omstendighetene må innskrenkes. En mer presis tilnærming er nok at det konkrete skjønn som utøves i medhold av det aktuelle kompetansegrunnlag i seg selv er av en slik karakter at det ikke finnes grunnlag for å legge «stor vekt» på selvstyret. Realiteten er likevel den samme hvorvidt man antar den ene innfallsvinkelen eller den andre.

Selv om det argumenteres for en slik relativisering av vekten av det frie skjønn, finnes det naturlig at kravet for å overprøve kommunens frie skjønn må være større sammenlignet med

⁷⁰ Prop. 64 L (2016-2017) s. 17

⁷¹ Ibid. s. 17

1997-loven. Når lovendringen både i medhold av ordlyden og lovens forarbeider følgelig styrker terskelen, bør det være klart at det må foreligge tilstrekkelig begrunnede argumenter som taler for å overprøve kommunens frie skjønn.

Etter dette er konklusjonen på spørsmålet at kravet til «stor vekt» ikke kan besvares generelt. Hvilken vekt kommunens frie skjønn skal tillegges ved prøvingen, må søkes løst ved en undersøkelse av de hensyn det aktuelle kompetansegrunnlaget for vedtaket bygger på.

4.3 Veien videre

I lys av at kravet til «stor vekt» må forstås som en standardregel – en skjønnsmessig terskel – er det ikke mulig å besvare generelt om kommunens frie skjønn skal ha avgjørende vekt eller ikke samlet for alle rettsområder. De enkelte rettsområder hvor det foreligger fritt skjønn må derfor undersøkes hver for seg for å besvare hvor stor vekt kommunens frie skjønn skal tillegges.

I det følgende skal derfor kommunens frie skjønnsutøvelse på utvalgte sentrale rettsområder for kommunens virksomhet undersøkes med sikte på hvilken vekt den skal tillegges i møte med andre hensyn som begrunner overprøving.

4.4 Ikke-lovbestemte vedtak

De såkalte ikke-lovbestemte vedtak er dels behandlet i punkt 3.2. Slike vedtak kan finne sin vei til Fylkesmannen dersom kommunen ikke har delegert ansvaret for klagebehandling til et underordnet organ, jf. fvl. § 28 andre ledd første og andre punktum. Spørsmålet er hvor stor vekt kommunens frie skjønn skal tillegges ved en eventuell overprøving av slike vedtak.

Siden kommunen ut i fra sin handlefrihet har fritt skjønn med hvorvidt slike vedtak skal treffes og hva de skal gå ut på, må nok slike vedtak befinne seg i kjernen av det kommunale selvstyre.

For det første gir fvl. § 28 andre ledd adgang til å unndra slike vedtak fra statlig klageinstans ved Fylkesmannen. Lovens system taler følgelig for at slike vedtak først og fremst er ansett å bli endelig avgjort med endelig virkning av kommunen selv.

For det andre er ikke-lovbestemte vedtak nettopp ikke regulert ved lov eller i medhold av lov. Eksistensen av slike vedtak beror fullt ut på kommunens eget forgodtbefinnende. I motsetning

til vedtak som fattes etter lov eller i medhold av lov, er de rettssikkerhetshensyn som taler for overprøving av et lovlig fritt skjønn mer fraværende ved ikke-lovbestemte vedtak.

For det tredje vil ikke-lovbestemte vedtak bare være av begunstigende karakter. Kommunen har åpenbart ikke anledning til å treffe inngripende vedtak når det ikke finnes hjemmel for det. Det foreligger således langt mindre berettigede forventninger om å få en ytelse fra kommunen når denne kun er av begunstigende karakter og dessuten ikke funnet nødvendig å regulere ved lov.

Samlet sett tilsier disse argumenter klart at kommunens frie skjønn må være åpenbart avgjørende på området for ikke-lovbestemte vedtak.

Fylkesmannen har likevel til enhver tid mulighet å vurdere hvorvidt kommunens vedtak lider av en tilblivelsesfeil eller innholdsmangel, se punkt 3.7 flg. Kommunens vedtak vil derfor ikke være helt unndratt fra forsvarlighetskontroll. Som en presisering finnes det grunn til å bemerke at det neppe kan bli tale om en innholdsmangel ved kommunens skjønnsutøvelse – sterk urimelighet – nettopp fordi vedtaket bare kan angå begunstigende ytelser skal tildeles eller ikke.

4.5 Plan- og bygningsloven

Plan- og bygningsloven er en sentral lov som blant annet kommunen er satt til å håndheve. På enkelte punkter i loven er kommunen gitt fritt skjønn med hensyn til hvorvidt et vedtak skal treffes eller ikke. Loven er omfattende, og bare de mest sentrale former for fritt skjønn som behandles. Spørsmålet er som ovenfor hvor stor vekt kommunens frie skjønn skal ha i møte med motstridende hensyn.

4.5.1 Dispensasjonsvedtak etter pbl. § 19-2

Dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av plan- og bygningsloven skjer etter pbl. § 19-2 første ledd flg. Bestemmelsen innebærer et fritt skjønn med hensyn til om dispensasjon skal gis eller ikke når vilkårene er oppfylt. Hvorvidt vilkårene er oppfylt eller ikke, er derimot lovbundet skjønn.⁷²

⁷² Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242

Når det gjelder Fylkesmannens vurdering av i hvilken grad kommunens «kan-skjønn» skal tillegges vekt, er det fruktbart å skille mellom vedtak om avslag og vedtak om tilsagn på dispensasjon.

4.5.1.1 Avslag på dispensasjonsvedtak

Det er ikke upraktisk at kommunen avslår dispensasjon selv om de lovbundne vilkår er oppfylt. Begrunnelsen for dette kan være av forskjellig art.

I forarbeidene til bestemmelsen sies det uttrykkelig at det ikke «(...) er en kurant sak å fravike gjeldende plan».⁷³ Kommunen avslår for eksempel en søknad om dispensasjon begrunnet med en uønsket fare om utglidning. I forlengelsen kan slik utglidning bidra til at reguleringsplaner om bruk, vern og utforming av de kommunale arealer forkludres med fravikelser, jf. pbl. § 12-1. Det kan derfor foreligge vektige grunner som taler mot at dispensasjon.

Dispensasjon er som nevnt et klart unntak fra lovens alminnelige regler. Hovedregelen er at byggetillatelse i samsvar med pbl. § 21-2 ikke kan skje dersom tiltaket strider mot kommuneplanens arealdel etter § 11-5 eller reguleringsplan etter § 12-1.

Dersom kommunen skulle mene at det ikke er hensiktsmessig med dispensasjon i det konkrete tilfellet, synes det etter dette at Fylkesmannen må legge avgjørende vekt kommunens frie skjønn. Hvorvidt de ytre grenser for «kan»-skjønn er overskredet, må her som ellers kunne prøves.

4.5.1.2 Tilsagn om dispensasjonsvedtak

Tilsagn om dispensasjonsvedtak er en mer tvilsom problemstilling. Bakgrunnen er som nevnt i forarbeidene i forrige punktum at dispensasjonsvedtak ikke er en kurant løsning på arealbruk.

Dersom kommunen kommer til at vilkårene er oppfylt, og således gir tilsagn om dispensasjonsvedtak etter «kan»-skjønn, oppstår spørsmålet hvilken vekt Fylkesmannen må legge på kommunens skjønn ved klage fra parten selv eller andre med rettslig klageinteresse.

Utgangspunktet for vurderingen av forholdet mellom kommunens skjønn og andre hensyn må innledningsvis søkes i lovens ordlyd.

⁷³ Ibid. s. 17

For det første forutsetter § 19-2 tredje ledd at ved dispensasjon fra loven og forskriften, skal det legges «særlig vekt» på konsekvensene for helse, miljø, jordvern, sikkerhet og tilgjengelighet. Bestemmelsen må forstås slik at vilkårene forutsetningsvis er oppfylt; avveiningene skjer altså på stadiet for «kan-skjønn». Det skal dessuten ikke bare legges vekt på disse hensyn, det skal legges særlig vekt.

I forarbeidene presiseres det at de nevnte formålene ikke ved dispensasjonsvedtaket ikke må berøres i særlig grad.⁷⁴ Dette tilsier at de nevnte formål må veie tungt ved spørsmålet om hvorvidt dispensasjon skal innvilges.

Fylkesmannens plikt til å legge stor vekt på kommunens frie skjønn til ulempe for de ovennevnte hensyn reiser problemer. Ettersom bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum opererer med en omtalt nokså sterk terskel for overprøving av kommunens frie skjønn, synes det vanskelig å avveie deres standpunkt med de avveininger som fremgår av pbl § 19-2 tredje ledd. Det er neppe mulig å anse § 19-2 for å være en form for lex specialis-regel, all den tid forvaltningsloven er en generell lov for hele forvaltningsapparatet dersom annet ikke er bestemt, jf. fvl. § 1.

På den annen side trenger ikke avveiningen mellom kommunens frie skjønn og mothensynene å være problematiske. Ettersom det er forutsatt at avveiningsnormen i fvl. § 34 må relativiseres avhengig av hvilket rettsområde og dertilhørende hvilket kompetansegrunnlag som anvendes, er det neppe kontroversielt å hevde at kommunens frie skjønn enkelte ganger må vike. Dersom det eksempelvis synes risiko for at dispensasjonsvedtaket vil medføre at et tiltak skaper fare menneskers generelle allmennhelse, bør nok Fylkesmannen nekte dispensasjon.

For det andre skal det ved vurderingen av «kan»-skjønn legges særlig vekt på statlige og regionale rammer og mål, jf. § 19-2 fjerde ledd første punktum.

Statlige planretningslinjer kan gis av Kongen i medhold av pbl. § 6-2. Slike planretningslinjer «skal» legges til grunn blant annet ved kommunale enkeltvedtak etter loven, jf. andre ledd bokstav b. Regelen er klart nok en pliktregel, jf. «skal».

⁷⁴ Ibid. s. 17

I forarbeidene fremholdes et sentralt prinsipp ved loven at kommunale vedtak må ligge innenfor disse retningslinjer, inklusive dispensasjonsvedtak.⁷⁵ Lovens system fremstår noe uklar, ettersom § 19-2 fjerde ledd første punktum bare fastsetter at det skal legges «særlig vekt» på statlige og regionale rammer og mål, hvoretter slike presiseres å kunne være retningslinjer etter § 6-2 i forarbeidene.⁷⁶

Fylkesmannen må således kunne overprøve kommunens «kan»-skjønn dersom det klart viser seg at dispensasjonen strider mot statlige planretningslinjer. Hvorvidt man vil anse planretningslinjene for å representere en innskrenkning i lovens «kan»-skjønn etter pbl. § 19-2 første ledd, jf. § 6-2 eller hvorvidt § 6-2 fastsetter rammer for skjønnsutøvelsen, er nok en smakssak. Realiteten er at kommunens frie skjønn her må vike.

Dersom de statlige retningslinjene derimot skulle fremtre mer skjønnsmessige med hensyn til hvilke tiltak som etter omstendighetene ikke bør fravike gjeldende plan, vil plikten til å legge stor vekt på det kommunale selvstyre være mer fremtredende. Det samme gjelder ved regionale retningslinjer, da slike bare skal legges «særlig vekt» på, i henhold til § 19-2. I slike tilfeller må det foretas en avveining av hvor sterke de hensyn planretningslinjene bygger på skal være i møte med kommunens frie skjønn. Det er neppe mulig å gi noe klart svar på dette spørsmålet. Et utgangspunkt ved tvil om kommunens skjønn skal gis avgjørende vekt, kan være hvilken løsning som samlet sett i størst grad oppfyller lovens formål, jf. pbl. § 1-1.

For det tredje «bør» ikke kommunen gi dispensasjon fra planer og lovens bestemmelser om planer, samt 100-metersbeltet langs sjø og vassdrag. Dette gjelder bare dersom direkte berørt statlig eller regional myndighet uttalt seg negativt om dispensasjonssøknad., jf. pbl. § 19-2 fjerde ledd andre punktum.

Ordlyden «bør» kan neppe forstås som at kommunens frie skjønnsutøvelse er verken rettslig forpliktet i høy grad nødt til å utøves i samsvar med statlige og regionale myndighets negative henstilling til dispensasjonsvedtaket. De hensyn som fremholdes i den negative uttalelsen må således inngå i en vurdering av hvilken vekt hensynet til det kommunale selvstyre skal tillegges, jf. fvl. § 34. Utgangspunktet bør nok være at det kommunale selvstyre slår gjennom, med mindre det foreligger begrunnede holdepunkter for å innta et motsatt standpunkt.

⁷⁵ Ibid. s. 243

⁷⁶ Ibid s. 196

I forarbeidene legges det til grunn angående § 1-8 at forbudet mot bygging i 100-metersbeltet «[m]å veie tungt. Det skal svært mye til før dispensasjon kan gis til bygging her, spesielt i områder med stort utbyggingspress». ⁷⁷ Uttalelsen en presisering av lovens bestemmelse når det kommer til kommunens frie skjønnsutøvelse. Det er følgelig en meget høy terskel for bygging i nevnte område.

Når Fylkesmannen må ta stilling til hvorvidt et tiltak skal godkjennes i 100-metersbeltet, synes utgangspunktet å være at kommunens skjønn har mindre vekt og må vike. På den annen side kan det være begrunnede motforestillinger mot å innta en negativ holdning til tiltaket dersom det befinner seg i et område som ved muntlig språk kan betegnes som 'ødemark'.

4.5.1.3 Betydningen av vilkårsstillelse?

Regelen om dispensasjon fastsetter uttrykkelig at det kan settes vilkår for dispensasjonen, jf. § 19-2 første ledd. Hvilke grenser som gjelder for vilkårene er ikke fastsatt i loven. I forarbeidene slås det fast at den alminnelige ulovfestede vilkårs læren gjelder. ⁷⁸ Når det gjelder reglene for denne, vises det til punkt 3.3.2.

Det sentrale poeng her er ikke hvorvidt Fylkesmannen kan prøve vilkårenes lovlighet, men hvorvidt vilkårene kan være egnet til å avbøte de ulemper som ellers ville følge av dispensasjonsvedtaket. Ettersom skjønnsutøvelsen må omfatte vilkårene i tillegg til de overveielser som ligger til grunn for «kan»-skjønnen, kan en vurdering med vilkårene i betraktning tilsi at kommunens skjønnsutøvelse er forsvarlig i henhold til de hensyn loven bygger på.

4.5.2 Skjønn ved om et tiltak har gode visuelle kvaliteter

Etter pbl. § 29-2 «skal» ethvert tiltak etter kapittel 20 «[inneha] gode visuelle kvaliteter både i seg selv og i forhold til dets funksjon og dets bygde og naturlige omgivelser og plassering»; hvorvidt det er tilfelle avgjøres «etter kommunens skjønn». Ordlyden er ikke tvilsom. Kommunen har her vurderingsfrihet med hensyn til om tiltaket har gode visuelle kvaliteter.

Regelen er etter lovens system et selvstendig grunnlag for å gi avslag på byggesøknad, jf. § 20-2 sammenholdt med § 20-1. Også forarbeidene understreker dette. ⁷⁹

⁷⁷ Ibid s. 243

⁷⁸ Ibid. s. 242

⁷⁹ Ibid. s 342

Spørsmålet er hvilken vekt kommunens skjønnsutøvelse etter § 29-2 skal tillegges dersom vedtaket påklages til Fylkesmannen.

Etter ordlyden vil det skjønnnet kommunen utøver være av nokså avveieende karakter hvor en rekke hensyn kan ha relevans og vekt. Hvorvidt et tiltak er tilstrekkelig estetisk, synes det lokale folkestyret å være best egnet til å vurdere. De avveininger som foretas av kommunen ved dette spørsmålet vil i overveiende grad i første rekke angå innbyggerne innenfor kommunen selv. Det er derfor gode grunner som taler for at spørsmålet unntas administrativ overprøvelse av Fylkesmannen. Kommunen anses best selv til å avgjøre hvorvidt et tiltak – en bygning sitt estetiske uttrykk – i seg selv er estetisk og i samvirke med det øvrige miljøet rundt.

På den annen side er det åpenbart at det leilighetsvis kan oppleves som dramatisk og upassende dersom et avvikende tiltak godkjennes i et nabolag som brer preg av en bestemt bygningsstil. I særlig grad vil dette gjelde tiltakets nærmeste naboer. Samtidig kan det være gode grunner fra kommunens side å godkjenne tiltaket, for eksempel med den begrunnelse at de moderne arkitektoniske byggestiler har løpt fra den mer konservative stil.

Likevel kan det teoretisk tenkes tilfeller hvor et tiltak er av særdeles spesiell karakter enten i seg selv eller sammenlignet med sitt umiddelbare miljø eller begge deler. Under slike omstendigheter kan det tenkes at Fylkesmannen vil kunne overprøve kommunens skjønn, men det er vanskelig å presentere noen gode konkrete eksempler på dette.

Konklusjonen må nok bli at kommunens skjønnsutøvelse etter § 29-2 må tillegges en høy, om ikke avgjørende grad av vekt.

4.6 Barnevernretten

Barnevernloven følger et to-sporet system. Kommunen er ansvarlig for å utføre oppgaver innenfor barnevernet såfremt barnevernloven ikke har lagt oppgavene til et statlig organ, jf. bl. § 2-1. Fylkesmannen er klageinstans for enkeltvedtak den kommunale barneverntjenesten har treffer, jf. § 6-5.

Forvaltningsloven gjelder for anvendelsen av loven med mindre annet er bestemt, jf. § 6-1. Fylkesmannen er etter loven bare pliktig til å «legge vekt» på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. Denne terskel er klart lavere enn ved et krav om

«stor vekt», sml. fvl. § 34 andre ledd tredje punktum. Utover dette gjelder § 34 på vanlig måte.

Den sentrale bestemmelsen om den kommunale barneverntjenestens frie skjønn finnes i bvl. § 4-4 andre ledd. I bestemmelsen heter det at barneverntjenesten «[b]arneverntjenesten skal, når barnet på grunn av forholdene i hjemmet eller av andre grunner har særlig behov for det, sørge for å sette i verk hjelpetiltak for barnet og familien».

Bestemmelsen er i lovforarbeidene angitt for å gi barneverntjenesten fritt skjønn med hensyn til den konkrete vurderingen av hvilke hjelpetiltak som skal iverksettes.⁸⁰

Det kan tenkes situasjoner hvor foreldrene til barnet påklager den kommunale barneverntjenestens vedtak om hjelpetiltak til Fylkesmannen. Dette kan være begrunnet i flere forhold. Når det gjelder det frie skjønn, vil de mest sannsynlige anførsler være at hjelpetiltakene ikke er tilstrekkelige eller av for stort omfang.

Når det blant annet gjelder hvilke hjelpetiltak som skal treffes, skal det legges avgjørende vekt på det resultat som oppfyller hva som er til det beste for barnet, jf. § 4-1, jf. den likelydende Grl. § 104. FNs konvensjon om barnets rettigheter (BK) er dessuten inkorporert ved menneskerettsloven.⁸¹ I tillegg følger det av denne at konvensjonen skal gjelde som norsk lov og ha forrang foran annen alminnelig lov, jf. §§ 2 og 3.

Disse momenter taler klart i retning for at vekten av det kommunale barnevernets frie skjønn må i stor grad nedjusteres på området for barnevernretten. Det er neppe grunnlag for å legge noen avgjørende vekt på kommunens vurdering dersom det skulle vise seg at det handlingsalternativ som er valgt for eksempel skulle være utilstrekkelig eller av for stort omfang.

4.7 Pasient- og helselovgivning

Fylkesmannen er klageinstans for en rekke vedtak etter pasient- og brukerrettighetsloven, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 7-2 første ledd.⁸²

⁸⁰ Prop. 72 L (2014-2015) s. 6

⁸¹ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

⁸² Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven) (heretter pbrl.)

Forvaltningsloven gjelder med lovens særlige bestemmelser. Etter loven skal det legges vekt på det frie skjønn ved kommunale vedtak om helsetjenester. For øvrige vedtak skal det legges stor vekt på det frie skjønn i samsvar med den generelle regel i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum, jf. § 7-6 første ledd.

Etter pbrl. § 2-1 a har pasient og bruker «rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen». Uttrykket er vagt og upresist. Det tilsier følgelig at den konkrete lovanvendelsen og dermed hvilke tjenester som kan tilbys er opp til kommunen å avgjøre.

I lovens forarbeider heter det at selv om det foreligger et rettskrav på nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen, har pasient eller bruker ikke krav på en avgrenset og klart definert tjeneste.⁸³ Kommunen må derfor vurdere hvilke tjenester som skal tilbys vedkommende innenfor rammen av et lovlig skjønn. Loven henviser i denne forbindelse til at pasient og bruker har rett til forsvarlig helsehjelp i medhold av helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 første ledd bokstav b, jf. pbrl. § 2-1 a tredje ledd.⁸⁴ Dette endrer ikke det foregående. Skjønnen må klart være forsvarlig eller lovlig.

Videre uttales det i samme forarbeider om forsvarlighetsvurderingen:⁸⁵

«Omfang og nivå på hjelpen må derfor vurderes konkret. Det avgjørende må være den hjelpetrengendes behov ut i fra en helse- og sosialfaglig vurdering. I vurderingen må behovet til den enkelte veies opp mot fellesskapets behov, hvor det kan legges vekt på kommunens økonomiske ressurser. Det er imidlertid en minstestandard som kommunene ikke kan gå under med henvisning til dårlig økonomi. Det vises i den forbindelse til «Fusa-dommen» Rt-1990-874».

Saken i Fusa-dommen gjaldt gyldigheten av et kommunalt enkeltvedtak som gjorde en kraftig reduksjon i helsetilbudet etter den daværende kommunehelsetjenesteloven § 2-1.⁸⁶ Essensen i dommen er at det ble foretatt en prøving etter den daværende kommunehelsetjenesteloven § 2-1 og sosialomsorgsloven § 3 nr. 1 om rett til sosialhjelp og helsehjelp. Dette ble besvart bekreftende at det forelå rettskrav om helsehjelp. Høyesterett uttalte at når det gjaldt «(...) omfanget av ytelsene, vil spørsmålet ved en domstolskontroll etter min mening være om det

⁸³ Prop. 91 L (2010-2011) s. 515

⁸⁴ Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

⁸⁵ Prop. 91 L (2010-2011) s. 514

⁸⁶ Rt. 1990 s. 874

aktuelle forvaltningsvedtak tilfredsstillende et visst minstekrav som må forutsettes å gjelde for slike ytelser». Bakgrunnen for at det ble oppstilt et slikt krav var en tolkning av lovens forarbeider, se dommens premisser på s. 887 og 888. Det er også tilfellet i dag, sml. forrige forarbeidssitat. Dommen tok imidlertid ikke stilling til hva minstekravet innebar.

Når det gjelder den konkrete lovanvendelsen – kommunens skjønn etter pbrl. § 2-1 a – har Fylkesmannen på denne bakgrunn ingen plikt til å vektlegge dette dersom det skulle vise seg at helsehjelpen er under kravet til en minstestandard. Over denne minstestandarden, beror det på en avveining mellom kommunens økonomiske og tilgjengelige ressurser og forhold ved den enkelte pasient eller bruker hvorvidt skjønnet bør overprøves. Dersom skjønnet etter en konkret vurdering ut fra disse forhold fremstår som forsvarlig er nok begrunnelsen for å overprøve kommunens skjønn sviktende.

5 Rettslige virkemidler ved påstått overtredelse av fvl. § 34 andre ledd tredje punktum

5.1 Innledning

Det er ikke upraktisk at Fylkesmannen finner å måtte avvike fra kommunens frie skjønn fordi dette ikke kan tillegges avgjørende vekt i møte med andre hensyn som begrunner overprøving. Et eksempel er at kommunen innvilger dispensasjon fra reguleringsplan etter pbl. § 19-2 som senere påklages av naboer med rettslig klageinteresse, jf. fvl. § 28. Fylkesmannen treffer således nytt vedtak i saken i medhold av fvl. 34 siste ledd og overprøver kommunens frie skjønn ved kompetansegrunnlaget som ligger til grunn for vedtaket.

På den annen side er det heller ikke noe i veien for at parten selv eller andre hevder Fylkesmannen har lagt *for stor* vekt på kommunens frie skjønn.

Regelen er som nevnt i punkt 1.4 at man bare kan klage til overordnet organ i ett ledd. Når Fylkesmannen treffer endelig vedtak i saken, må derfor partens muligheter for videre overprøvelse finnes et annet sted enn etter klagereglene i forvaltningsloven.

Spørsmålet er her hvilke rettslige virkemidler som kan tas i bruk med sikte på å forsøke å få overprøvd Fylkesmannens vedtak.

5.2 Omgjøring av vedtak

5.2.1 Innledning

Omgjøring er en særlig form for overprøvelse av enkeltvedtak som forvaltningen gjør av eget tiltak «uten at det er påklaget», jf. fvl. § 35 første ledd. Det er en snevrere adgang til omgjøring etter § 35 enn når det gjelder klageinstansens kompetanse etter § 34. I det følgende gis det en kort oversikt over disse regler.

5.2.2 Fylkesmannens omgjøring av eget vedtak

Fylkesmannen kan etter omstendighetene omgjøre sitt eget vedtak dersom han finner det begrunnet at hensynet til det kommunale selvstyre eksempelvis ikke var vurdert, ikke var tilstrekkelig vurdert eller var tillagt for stor vekt. Dette kan skje av eget tiltak, eller som følge av oppfordring fra andre. Men en oppfordring til å vurdere omgjøring er ikke rettslig bindende, jf. ordlyden «uten at det er påklaget».⁸⁷

Reglene om omgjøring fremgår nærmere av fvl. § 35. Fylkesmannen kan *for det første* endre vedtaket dersom det ikke er til skade for noen som «vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser», jf. første ledd bokstav a.

Utgangspunktet er altså at Fylkesmannen kan omgjøre sitt vedtak og således endre eller oppheve det såfremt det ikke foreligger øvrige berørte «vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser» som vil ta skade av en omgjøring. Det synes nokså uklart hva som menes med dette vilkåret. Lovens forarbeider gir ikke veiledning på dette. Eckhoff og Smith legger til grunn at omgjøring ikke kan skje dersom det fører til at et etablert rettsforhold vil oppløses ved omgjøringen.⁸⁸

For det andre kan Fylkesmannen omgjøre sitt vedtak dersom det enda ikke er «kommet fram til vedkommende og vedtaket heller ikke er offentlig kunngjort», jf. bokstav b. Dette vil ofte være nokså uproblematisk å vurdere. Spørsmålet er om vedtaket er kommet frem til adressaten enten ved post eller er offentlig kjent gjennom kunngjøring ved blad, avis eller lignende.

⁸⁷ Eckhoff og Smith (2014) s. 314

⁸⁸ Ibid. s. 308

For det tredje kan Fylkesmannen omgjøre vedtaket når det må anses ugyldig, jf. bokstav c. Dette beror på en rettslig vurdering av om det foreligger en feil ved vedtaket, herunder innholdsmangler i vid forstand (ikke bare begrenset til skjønnsutøvelsen, dvs. hvorvidt vedtaket er sterkt urimelig) og tilblivelsesmangler.

Dersom det skjer omgjøring til skade, vil det være et nytt enkeltvedtak fra Fylkesmannen som kan påklages til departementet, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b. Klageinstansen i relasjon til Fylkesmannen vil være Kommunal og moderniseringsdepartementet, som Fylkesmannen er underlagt.⁸⁹ Overordnet organ av departementet vil måtte være Kongen i statsråd.⁹⁰

5.2.3 Klageinstansen eller overordnet organs overprøvelse av Fylkesmannens vedtak

Dersom ett av de tre vilkår som nevnt i punkt 5.2.2 er oppfylt, kan også klageinstansen eller annet overordnet organ overprøve Fylkesmannens vedtak.

Dersom det skjer omgjøring, vil det være et nytt enkeltvedtak som kan påklages til overordnet organ såfremt dette finnes, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b. Dersom departementet omgjør vedtaket, vil klagen måtte avgjøres av Kongen i statsråd.

5.2.4 Omgjøring til skade?

Det kan tenkes en situasjon hvor et organ som er overordnet Fylkesmannen ønsker å omgjøre Fylkesmannens vedtak til skade for den vedtaket gjelder. Et eksempel er for eksempel at det har kommet innsigelser med oppfordring til å endre det vedtaket i saken fordi Fylkesmannen har lagt for stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre i spørsmålet om en part eksempelvis skulle få dispensasjon etter pbl. § 19-2.

Reglene for dette fremgår av fvl. § 35 tredje ledd. Dette kan bare skje dersom hensynet til andre privatpersoner eller offentlige interesser tilsier det, selv om vilkårene i første ledd bokstav b og c ikke er oppfylt. Men det gjelder strenge tidsfrister, jf. tredje ledd.

Dersom det skjer omgjøring til skade kan vil også her det nye enkeltvedtaket etter omstendighetene kunne påklages, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b og forrige punkt.

⁸⁹ <https://www.regjeringen.no/no/dep/kmd/org/etater-og-virksomheter-under-kommunal--og-moderniseringsdepartementet/id2008124/> (sist besøkt 19. oktober 2018)

⁹⁰ Eckhoff og Smith (2014) s. 172

5.3 Klage til Sivilombudsmannen

Den eller de som mener at Fylkesmannen har lagt for liten eller for stor vekt på kommunens frie skjønn, kan klage til Sivilombudsmannen.

Sivilombudsmannens formål er å sikre at det ikke skjer urett mot den enkelte borger i strid med lovgivningen og menneskerettighetene, jf. sivilombudsmannsloven § 3.⁹¹

Ombudsmannens arbeidsområde omfatter hele den offentlige forvaltningen, med enkelte unntak som ikke er relevante her, jf. lovens § 4.

Enhver borger som mener seg utsatt for urett fra den offentlige forvaltningen, har rett til å klage til Ombudsmannen, jf. § 6 første ledd. Ombudsmannen kan dessuten ta opp saker etter eget tiltak, jf. § 5.

Ombudsmannen har i sitt virke om å avdekke urett rett til å innhente de opplysninger fra forvaltningen som anses nødvendig for å avdekke urett, jf. § 7.

Dersom Ombudsmannen velger å ta en sak som omhandler hans virke til realitetsbehandling, har han rett til å uttale sin mening, jf. § 10 første ledd. Det kan påpekes enhver form for feil ved vedtaket, jf. andre ledd. Men lovens § 10 er formulert på en slik måte at Sivilombudsmannen ikke tar standpunkt til hvorvidt en avgjørelse er hensiktsmessig i tråd med forvaltningens skjønn, jf. ordlyden i andre ledd om «klart urimelig», som jo representerer den ytre ramme for skjønnsutøvelsen. Dette fremgår av også lovens forarbeider.⁹²

Ombudsmannen må likevel være kompetent til å uttale sin mening om hvorvidt Fylkesmannens har rent faktisk har vurdert hensynet til det frie skjønn. Etter fvl. § 34 andre ledd siste punktum fastsettes det at det «skal fremgå av vedtaket hvordan klageinstansen har vektlagt hensynet til det kommunale selvstyre». Dette er en plikt, jf. «skal». Dersom dette ikke er gjort, er det tale om en saksbehandlingsfeil som etter omstendighetene kan medføre ugyldighet i tråd med regelen i fvl. § 41 dersom feilen kan antas å ha virket bestemmende på vedtakets innhold.

⁹¹ Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven)

⁹² Ot.prp nr. 30 (1959-1960) på s. 9 og 10

Dersom Ombudsmannen kommer til at det foreligger en feil ved vedtaket, kan Fylkesmannen eller eventuelt et overordnet organ etter omstendighetene omgjøre vedtaket etter i tråd med reglene i fvl. § 35.

5.4 Domstolsbehandling

Til sist er spørsmålet om Fylkesmannens vedtak kan overprøves ved domstolene. I lys av det som er sagt under punkt 3, må nok regelen være at domstolene kan bare konstatere ugyldighet. Det blir neppe tale om å treffe nytt vedtak med en annet skjønn enn det Fylkesmannen la til grunn.

Det er åpenbart at forvaltningsvedtak som den klare hovedregel er rettskrav og dermed kan innbringes til prøving for domstolene, jf. tvisteloven § 1-3 første ledd.⁹³

5.4.1 Hvem kan reise søksmål?

Parter i tvisten kan være fysiske så vel som juridiske rettssubjekter, jf. tvisteloven § 2-1. Dette kan dreie seg om part og motpart i forvaltningsvedtaket og etter omstendighetene også de med rettslig klageinteresse såfremt sakstilknytning i § 1-3 andre ledd er oppfylt også for disse.

Et særlig spørsmål er hvorvidt kommunen kan opptre i søksmål mot Fylkesmannen. Tidligere ble dette antatt generelt å ikke være tilfelle, jf. Rt. 1993 s. 445. Saken gjaldt en kommune som reiste søksmål om Landbruksdepartementets avgjørelse om å frafalle et konsesjonsvilkår angående en eiendom. I dommen uttalte kjæremålsutvalget at «[d]ette utgangspunktet er – som lagmannsretten nærmere har redegjort for – forutsatt når det gjelder rettslig klageinteresse, og det må gjelde tilsvarende for søksmålskompetansen. Det ville ellers harmonere dårlig med den fordeling av myndighet mellom staten og kommunene som konsesjonsloven foretar, om kommunen i egenskap av underordnet eller rådgivende forvaltningorgan kunne kreve departementets vedtak rettslig prøvet», se dommen på s. 448.

Etter dagens rettstilstand kan imidlertid både kommuner og fylkeskommuner reise søksmål mot staten om gyldigheten av deres avgjørelse som blant annet opphever eller endrer deres enkeltvedtak etter klage etter fvl. § 34, eller omgjør dette uten klage i medhold av fvl. § 35, jf. tvisteloven § 1-4 a første ledd bokstav a og b.

⁹³ Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

5.4.2 Hva kan domstolene prøve ved Fylkesmannens anvendelse av fvl. § 34 andre ledd tredje punktum?

I lovens forarbeider til fvl. § 34 andre ledd første punktum heter det at «[v]ed prøvinga må domstolane vurdere om det går fram av vedtaket at omsynet til det kommunale sjølvstyret er tillagt stor vekt. Domstolane vil likevel ikkje kunne prøve den konkrete interesseavveginga», jf s. 18.⁹⁴

Domstolene må således kunne prøve hvorvidt det rent faktisk fremgår av vedtaket hvorvidt kommunens frie skjønn er tillagt stor vekt. Fylkesmannen er pliktig til å la det fremgå av vedtaket hvordan hensynet har vært vektlagt, jf. fvl. § 34 andre ledd siste punktum. Dersom det ikke gjør det, kan det representere en saksbehandlingsfeil som kan medføre at vedtaket er ugyldig etter den omtalte regelen i fvl. § 41. Det behøver imidlertid ikke å bli tale om ugyldighet selv om det ikke eksplisitt fremgår at hensynet til det kommunale selvstyret er vurdert. Det beror som nevnt på en vurdering etter fvl. § 41 etter det er konstatert feil.

At domstolene ikke skal kunne prøve den konkrete interesseavveiningen, er på ingen måte et kontroversielt standpunkt. Skulle domstolene prøve denne, ville de i praksis prøve det frie skjønn. Det er det ikke adgang til, jf. punkt 3.1.

⁹⁴ Prop. 64 L (2016-2017)

6 Kildeliste

6.1 Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen
(sivilombudsmannsloven)

Lov 2. oktober 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)

Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)

Lov 1. oktober 1997 nr. 7 om endringer i visse lover som vedrører kommuner og fylkeskommuner

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven)

Lov 7. februar 1999 nr. 63 om pasient og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

Lov 27. mai 2016 nr. 14 om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven)

Lov 16. juni 2017 nr. 63 om endringer i forvaltningslova, tvistelova m.m.
(overprøvingskompetanse m.m.)

Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) (ikke ikr.)

6.2 Forskrifter

Forskrift 16. juni nr. 757 om ikraftsetting av lov 16. juni 2017 nr. 63 om endringer i forvaltningslova, tvistelova m.m. (overprøvingskompetanse m.m)

Forskrift 22. april 2016 om kunngjøring av Stortingets vedtak 31. mars 2016 om endringer i Grunnloven § 49

6.3 Forarbeider

NUT 1958: 3

Ot.prp nr. 30 (1959-1960)

NOU 2000: 22 Om oppgavefordelingen mellom stat, region og kommune

Ot.prp. nr. 11 (1979-1980)

Ot.prp nr. 42 (1991-1992)

Ot.prp. nr. 32 (2007-2008)

Prop. 91 L (2010-2011)

Prop. 72 L (2014-2015)

Innst. 182 S (2015-2016)

Prop. 64 L (2016-2017)

Prop. 96 S (2016-2017)

6.4 Rettspraksis

6.4.1 Høyesterettspraksis

Rt. 1990 s. 874

Rt. 1995 s. 1427

Rt. 2007 s. 257

Rt. 2008 s. 524

Rt. 2009 s. 851

Rt. 2011 s. 111

6.4.2 Underrettspraksis

LB-2017-181429 (Borgarting)

6.5 Forvaltningspraksis

Vedtak i klagesak som gjelder klage på vilkår for byggetillatelse i Sogndal kommune. Avgjort av Fylkesmannen i Sogn og Fjordane, ref. 2013/1434 - 423.1

6.6 Litteratur

Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001)

Bernt, Jan Fridthjof, Oddvar Overå og Harald Hove, *Kommunalrett*, 4. utgave (Oslo 2002)

Skoghøy, Jens Edvin A., «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse», *Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygaard*, 2002 s. 323-343

Smith, Eivind, «Grunnlovsfesting av kommunalt selvstyre», *Lov og Rett*, 01/2003 s. 3-20

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgåve (Bergen 2004)

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utgave (Oslo 2014)

Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utgave (Oslo 2015)

6.7 Internettlenker

Delegasjonsbrev fra Det kgl. kommunal- og regionaldepartement Ref. 09/2179-1 KFR 28. september 2009,

https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/krd/tolkingsuttalelser/delegasjon_pbl_brev_fm_2009.pdf (sist besøkt 31. august 2018)

<https://www.regjeringen.no/no/dep/kmd/org/etater-og-virksomheter-under-kommunal--og-moderniseringsdepartementet/id2008124/> (sist besøkt 19. oktober 2018)

7 Vedlegg

Vedtak i klagesak som gjelder klage på vilkår for byggetillatelse i Sogndal kommune. Avgjort av Fylkesmannen i Sogn og Fjordane, ref. 2013/1434 - 423.1