

Læren om myndighetsmisbruk i forvaltningen = krav til saklighet og forsvarlighet

Erik Magnus Boe

Professor emeritus dr juris, ansvarshavende lærer i forvaltningsrett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, frem til pensjonsalderen i 2013,

Sammendrag

I denne artikkelen viser forfatteren hvordan den såkalte læren om myndighetsmisbruk trenger å få slipt til kantene på flere vis. Ikke bare er terminologien misvisende – karakteristikkene saklighet og forsvarlighet dekker bedre. Realiteten favnes heller ikke godt nok. Dels viser høyesterettspraksis at de ulovfestete reglene som begrenser forvaltningens frihet til å utøve ‘kan’-skjønn, snarere består av forholdsvis runde saklighets- og forsvarlighetsprinsipper enn av firskårne, uttømmende rettsregler. Dels har det funnet sted påbygninger på så å si alle de klassiske ‘misbruksformene’ (uvedkommende hensyn, usaklig forskjellsbehandling, vilkårlig skjønn og grovt urimelig resultat). Mer vidtgående kontroll føres både med forvaltningens premissvalg, og med måten å avveie motstridende hensyn. Det samme gjelder kontrollen med hvilke resultater – især følgene til forvaltningsvedtaket – som ulovfestete rettslige målestokker kan forsvare.

Nøkkelord

Forsvarlig myndighetsutøvelse, prinsippavgrensning av kompetanse, saklig skjønnsutøvelse, utvidet domstolskontroll

1. Problemstillinger

I denne artikkelen er målet å få gjort den ulovfestete rettstilstanden som har gått under navnet ‘læren om myndighetsmisbruk’, mer oversiktlig og lettere å begripe enn når inngangsporten er standardverkene i forvaltningsrett alene. Mitt tema er *innholdet* til rettsregelen, verken ‘lærens’ funksjoner eller dens rekkevidde.

Regelen trekker grenser for forvaltningens ‘kan’-skjønn. En viss betydning kan rettsdannelsen også ha for forvaltningens hjemmelsbedømmelse, nemlig i tilfeller hvor retten unntaksvis er avskåret fra å kontrollere den konkrete subsumsjonen eller velger å være tilbakeholdne i subsumpsjonskontrollen. For retten kan alltid kontrollere hvor forenlig lovanvendelsen er med ‘læren om myndighetsmisbruk’. Marius Emberland mener at forbudet mot usaklig forskjellsbehandling også trekker grenser for hvor langt forvaltningens lovtolkingspraksis kan fravikes.¹ Den problemstillingen har etter mitt syn mer å gjøre med forvaltningspraksis som *rettskildefaktor* – det vil si med rettskildenormer i ‘jussens 2. etasje’ – enn med funksjonen som kompetanseskranke i alminnelig forvaltningsrett i ‘jussens 1. etasje’. Uenigheten betyr ikke noe for det som er kjernepunktene i denne artikkelen.

¹ Emberland, Om kravet til likebehandling når forvaltningen treffer enkeltvedtak, *Tidsskrift for rettsvitenskap* 2020 s. 349-392).

Jeg avgrenser videre mot hvor langt ‘læren om myndighetsmisbruk’) får anvendelse utenfor kjerneområdet for offentlig myndighetsutøvelse. Hans Petter Graver mener at rekkevidden må «sies fortsatt å være et uavklart spørsmål».² Kanskje ikke akkurat uavklart, men det skaper usikkerhet at privatrettslige og offentligrettslige regler kan kombineres på forskjellige måter og i ulik grad.³

Hvor langt brudd på ‘læren om myndighetsmisbruk’ fører til ugyldighet, skal jeg la ligge, likeså hva ugyldighet nærmere bestemt vil si for rettsfølger som erstatning, straff, disiplinærforføyninger osv. Alt slikt er egne rettsspørsmål.

Spørsmålet mitt er: Hva går ‘læren om myndighetsmisbruk’ egentlig ut på? Hva er ‘myndighetsmisbruk’? I en forvaltningsrettslig bok fra 2018 gikk jeg bredt og dypt inn på hvilken opptreden fra forvaltningen som skaper brudd på rettstilstanden.⁴ Her gjengir jeg hovedpunktene foruten å oppdaterer stoffet med dommer og litteratur fra de aller siste årene

2. Den ulovfestete rettsregelens innhold: Uttømmende, firskårne betingelser eller ett (eller to) grunnprinsipp(er)?

Inntrykket som standardverkene i faget er egnet til å gi, er at fire alternative og forskjellige betingelser generer ‘myndighetsmisbruk’:

- 1) Uvedkommende hensyn
- 2) Usaklig forskjellsbehandling
- 3) Vilkårighet
- 4) Grovt urimelige forvaltningsvedtak.

Skal terskelen brytes, må svikt *enten* skyldes utenforliggende hensyn *eller* en av de tre andre kategoriene. Og – vel så viktig: *Intet annet* enn disse fire ‘misbruksformene’ omfattes av ‘læren’, uansett hvor grov eller klanderverdig myndighetsutøvelsen måtte være.

I den eksamensrettete boken til Viljar Johnsen Nerheim og Alexander Sæthern bidrar systematikken og inndelingsmåten til at lesere oppfatter den ulovfestete rettsdannelsen som vel så firskåren og uttømmende som i standardverkene i faget.⁵ Enkelte nyskapninger i rettspraksis er Nerheim og Sæthern inne på, men det nye kommer ikke tydelig nok frem fordi forfatterne plasserer nydannelsene under de velkjente ‘etikettene’,⁶ især under kategorien ‘utenforliggende hensyn’.⁷

Etter mitt syn bør det nyskapende løftes tydeligere frem, for slik jeg ser det, gir den tradisjonelle beskrivelsen et skjevt bilde av rettstilstanden. Vi snakker jo ikke om lovregler hvor lovgiveren har angitt bestemte, spesifikke betingelser for myndighetssvikten, slik at rettsanvenderen verken kan legge til noe eller trekke fra noe. Rettsdannelsen som diskuteres nå, er av et annet slag. Den er kommet til hovedsakelig gjennom rettspraksis tiår etter tiår,

² Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave s. 135.

³ Se blant annet Erik Magnus Boe og Geir Woxholth, *Forvaltning eller kontrakt: Det ene, det annet, begge deler eller ingen av delene?* i Karl Harald Søvig mfl. (red.): *Undring og erkjennelse. Festskrift til Jan Fridthjof Bernt 70 år*, 2013 s. 81-97.

⁴ Boe: *Forsvarlig forvaltning*, 2018 s. 57-109.

⁵ Nerheim og Sæthern: *Forvaltningsrett før eksamen. Materiell og personell kompetanse*, 2021 kapittel 6.

⁶ Eksempelvis er forfatterne inne på at det ikke går an å ignorere hovedhensyn (s. 98-108), liksom på nødvendigheten av bredt skjønn (s. 109-110), uten å betone forbindelsen mellom fenomenene, og uten å få sagt tydelig hva som skiller den slags sperrer fra forbudet mot å ta i betraktning uvedkommende forhold.

⁷ Jeg foretrekker å snakke om ‘uvedkommende forhold’ fremfor om ‘utenforliggende forhold’, for bedømmelsen av om forhold vedkommer eller ikke vedkommer saken, beror ikke i ett og alt på hvor langt unna loven og dens formål som hensynet ligger.

med kanter som verken er blitt trukket opp skarpt eller entydig i hver enkelt sak. Fremfor å snakke om ‘betingelser’ for den ulovlige tilstanden passer det bedre å snakke om *eksempler* eller om *typetilfeller* på ulovlig skjønnsutøvelse, identifisert i rettslivet. Kategoriene 1-4 representerer derfor etter mitt syn ingen uttømmende oppregning, de er heller ikke skarpt avgrenset mot hverandre. Eksempelene er alle uttrykk for grunnleggende prinsipper – mer eller mindre runde – snarere enn avspeiling av rettsregler med absolutte betingelser.

Prinsippenes innhold er temaet for resten av artikkelen. Akkurat nå er poenget at grunntanken som ble født i rettspraksis, og som rettsteorien analyserte og satte i system, ikke er så skarpt tilskåret som hovedlitteraturen kan gi inntrykk av. Det som Frede Castberg, Torstein Eckhoff og Arvid Frihagen gjorde, var å operasjonalisere rettstanken med å angi typetilfeller og kasuistikk. Forfatterne bygde grunnsteiner, ikke hele byggverk; de savnet kompetanse til å bestemme i ett og alt hva som må til etter prinsippene som rettspraksis avspeiler. I den første tiden etter at ‘læren om myndighetsmisbruk’ kom til, ble ‘læren’ formodentlig oppfattet mer som eksempler og typetilfeller enn som uttømmende oppregning av regler preget av absolutte betingelser. Etter hånden fikk kategoriseringen fastere form enn den fortjener. I avsnitt 4-6 påviser jeg flere former for ‘myndighetsmisbruk’ enn dem som rettsteorien identifiserte. Vi skal også se forbindelser mellom kategoriene som gjør at disse ikke bør stilles skarpt opp mot hverandre, som fire unike, ulike grupper. Av den grunn foretrekker jeg å se de ulovfestete kompetansegrensene som uttrykk for ‘prinsipp’ eller ‘prinsipper’ fremfor som skarpt tilskårne rettsregler. Betegnelsen ‘prinsipp’ må ikke misforstås, for hele veien snakker vi om *rettsregler*, bare med mer ubestemt og luftig innhold enn det som rettsregler flest har.

Noen nytter betegnelsen ‘prinsipp’ i videre betydning enn den som jeg sikter til her. En del rettsprinsipper blir nemlig sett som *rettskildefaktor*, det vil si som tolkingsargument i ‘jussens 2. etasje’, ikke som rettsregel i forvaltningsrett, strafferett, straffeprosess eller andre fag i ‘jussens 1. etasje’. Andre forfattere bruker betegnelsen ‘prinsipp’ enda videre, som karakteristikk på verdier eller interesser som rettsreglene avspeiler, såkalte legislative hensyn eller rettspolitiske verdier. Altså om hensynene og interessene som ligger *bak* reglene uten å være del av reglene selv.⁸ Ingen av disse bruksmåtene sikter jeg til når jeg kaller ‘læren om myndighetsmisbruk’ for ett (eller to) ‘rettsprinsipp(er)’. Hele veien snakker jeg om en forvaltningsrettslig rettsdannelse – en rettsregel i ‘jussens 1. etasje’, som på samme vis som legalitetsprinsippet trekker grenser for forvaltningens kompetanse (hvor vi altså nytter betegnelsen ‘prinsipp’ om den ulovfestete rettsdannelsen).

3. Terminologivalget ‘læren om myndighetsmisbruk’ eller ‘krav til saklig og forsvarlig myndighetsutøvelse’?

Terminologien ‘læren om myndighetsmisbruk’ har blitt kritisert av flere forfattere, ganske enkelt fordi ordvalget bringer tanken hen på det som virkelig *er* misbruk av myndighet – som korrupsjon, underslag, nepotisme og andre grove former for å utnytte posisjonen som offentlig ansatt eller tillitsrepresentant til å meske seg selv eller sine nærmeste. Ordbruken leder rett og slett tankene på vidvanke. Eivind Smith foretrekker å snakke om ‘kompetanseoverskridelse’ eller om ‘myndighetsoverskridelse’.⁹ Det er å gjøre begrepet for vidt. For all overskridelse av forvaltningens kompetanse, kan jo kalles ‘kompetanse- eller

⁸ Den ulike begrepsforståelsen og dens betydning drøfter jeg i boken Erik Magnus Boe: *Rettskildelære under debatt*, 2021 s. 572-577.

⁹ Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett*, 11. utgave s. 363. Tilsvarende Nerheim & Sæthern: *Forvaltningsrett før eksamen. Materieell og personell kompetanse*, 2021 s. 93.

myndighetsoverskridelse' – så som legalitetsprinsippet, feil fakta, lovstridige vedtak og mer til. Selv brudd på saksbehandlingsregler kan kalles 'myndighetsoverskridelse' hvis vi ikke bare tenker på pliktbruddet, men også på hvilke følger som feilen kan ha for gyldigheten. Etter mitt syn treffes spikeren bedre på hodet med begrepene 'saklig' og 'forsvarlig' myndighetsutøvelse; disse betegnelseene kan ikke forveksles med andre av myndighetsutøvelsens grenser. Sånn sett synes jeg at Hans Petter Gravers ordvalg 'nøytralitet og saklighet' treffer bedre.¹⁰ Jeg vil imidlertid legge til begrepet 'forsvarlighet', for uforsvarlig myndighetsutøvelse skyldes ikke bestandig mangel på nøytralitet eller saklighet. Det skal vi se i denne artikkelen.

Høyesterett har i stigende grad gått bort fra betegnelsen 'myndighetsmisbruk'. Men så inngrodd som begrepsbruken har vært, vil karakteristikken henge igjen fra tid til annen, gjerne i anførselstegn eller sammen med karakteristikker som 'usaklig', 'uforsvarlig', 'tilstrekkelig bredt og saklig' osv. I boken som jeg skrev i 2018, *Forsvarlig forvaltning*, viser jeg til en lang rekke dommer fra perioden 2009-2017 hvor Høyesterett har gått bort fra den tradisjonelle begrepsbruken. Denne utviklingen har fortsatt de aller siste årene. Henvisninger til 'myndighetsmisbruk' forekommer fortsatt,¹¹ men gjerne i formen 'såkalt myndighetsmisbruk',¹² eller ved å presisere en form for 'myndighetsmisbruk', som 'usaklig forskjellsbehandling' eller lignende.¹³ Vel så ofte foretrekker Høyesterett nå å snakke om 'saklige hensyn', 'saklige og relevante hensyn', 'saklig grunn', 'saklig vurdering', 'saklig begrunnet' og 'ulovfestede saklighetsnormer'.¹⁴ Bruken av forsvarlighetsterminologien har også økt; vi får høre om 'forsvarlig grunnlag', om 'forsvarlig vurdering', om 'på forsvarlig vis' og om 'eneste forsvarlige løsning'.¹⁵ Enkelte forbindelser mellom 'saklighet' og 'forsvarlighet' forekommer også.¹⁶ Høyesteretts ordbruk gjør at vi godt kan snakke om *positive*, ulovfestede krav til saklighet og forsvarlighet, istedenfor utelukkende om det negative, som forbud mot usaklighet og uforsvarlighet. Nyansene blir uansett subtile.

4. Prøvelsesgrunnlaget er blitt bredere

Foruten de klassiske formene – uvedkommende hensyn, usaklig forskjellsbehandling, vilkårlighet og grovt urimelighet – viser ny høyesterettspraksis at også *andre* ulovfestede grenser for myndighetsutøvelsen består. Disse ligger nokså nært opp til de velkjente 'misbruksformene', men som vi skal se: de *er* forskjellige fra dem.

Selv mener jeg at vi får best grep på bredden i domstolskontrollen dersom vi skjelner mellom 'usaklig skjønnsutøvelse' og 'uforsvarlig myndighetsutøvelse'.¹⁷ Rett nok forekommer alle mulige overgangsformer, så en bør ikke låse seg fast i hva slags kategori vi står overfor. For å bruke et bilde: Rettstilstanden er ikke slik som for sauen som sultet i hjelp fordi den ikke klarte å bestemme seg for hvilken av to høysåter den skulle forsyne seg av (!).

¹⁰ Hans Petter Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave s. 119.

¹¹ HR-2021-953. Jamfør også HR-2021-2275 (84).

¹² HR-2019-1198 (75).

¹³ HR-2021-953 (29), HR-2021-2510 (122).

¹⁴ Slik HR-2016-2229-A, HR-2017-2428 (88 og 94), HR-2018-492 (29), HR-2019-1801 (85-89 og 102-103), HR-2019-2336 (86), HR-2019-2395 (135) og HR-2021-2510 (56, 62, 110 og 117).

¹⁵ Som i HR-2016-2229-A (32), HR-2018-492 (29), HR-2019-1801 (85 og 85-86). HR-2019-928 (50).

¹⁶ HR-2019-424 (113), HR-2019-928 (77). Rett nok i to arbeidsrettssaker, men forbindelsene mellom 'saklighet' og 'forsvarlighet' arter seg likedan i alminnelig forvaltningsrett.

¹⁷ Jeg nytter ordet 'myndighetsutøvelse', ikke 'skjønnsutøvelse', om forsvarlighetstermskelen. Det som karakteristikken 'uforsvarlig' skal favne, er nemlig ikke forvaltningens bakenforliggende beveggrunner, det er vedtaksresultatet – først og fremst følgene som vedtaket får. Nærmere om forskjellen i avsnitt 6.

Analytisk er det ikke desto mindre mye å vinne på å skjelne mellom det ‘usaklige’ og det ‘uforsvarlige’. Med det trer *hovedforskjellen* mellom ‘saklig’ og ‘forsvarlig’ lettere frem:

1. Hvorvidt et forvaltningsvedtak er saklig eller usaklig, handler om forvaltningens *premissvalg* og om *avveiningene* som forvaltningen må foreta i sitt skjønn når premisser trekkes i hver sin retning – en parallell til rettskildelæren om hvordan lover tolkes når slutninger fra rettskildefaktorene spriker
2. Hvor forsvarlig forvaltningsvedtaket er, dreier seg i utgangspunktet ikke om hensynene eller motivene, men om *resultatet* til forvaltningsvedtaket, især om hvilke virkninger det får

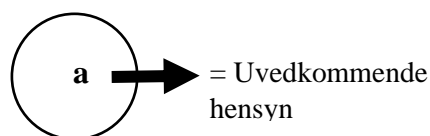
5. Utvidet saklighetsbedømmelse

Etter mitt syn blir saklighetskontrollen mest oversiktlig dersom denne deles inn i to undergrupper:

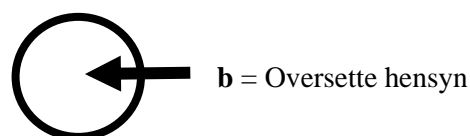
- a) Utvidet premisskontroll
- b) Utvidet avveiningskontroll

Høyesterett har i mange dommer det siste tiåret festet seg ved den rake motsetningen til å ta uvedkommende hensyn, nemlig å *overse* relevante hensyn.¹⁸ En slik måte å skjønne på, gjør at skjønnet ikke blir tilstrekkelig bredt. Det blir for ensidig, for snevert, for trangt, for smalt. Mange ord kan brukes til å karakterisere denne svikten. Motsetningen til å trekke inn uvedkommende hensyn kan illustreres slik:

Den klassiske premisskontrollen



Den utvidete formen for premisskontroll



I en asylsak fra 2013 kan vi spore dommereaksjon på for smale forvaltningsskjønn. Innvandringskontroll er ganske visst et vesentlig hensyn, men premisset må ikke overskygge andre hensyn fullstendig, så rettens mindretall. Forvaltningen må ikke *overse* relevante hensyn. Høyesteretts flertall løste saken på annet grunnlag.¹⁹

Mindretallets tankemåte kan ved første øyekast oppfattes som klassisk ‘myndighetsmisbruk’, nemlig som eksempel på hva Eckhoff kalte ‘vilkårlig skjønn’.²⁰ Blir noen hensyn kraftig overdimensjonert, er det tilsynelatende det samme som å si at andre hensyn blir oversett. Av to grunner blir tankegangen for enkel. For det første handler å over- eller underdimensjonere om vekt. Foreløpig snakker vi ikke om hvordan relevante argumenter skal veies mot hverandre, det kommer vi til i underavsnitt b. Nå er det premissvalget vi har for øyet, altså hvilke hensyn som må *tas i betraktning* for at skjønnet skal bli tilstrekkelig bredt. For det annet innebærer ‘vilkårlig skjønn’ bare at perifere hensyn

¹⁸ Som nevnt i fotnote 6, er Nerheim og Sæthern inne på denne problemstillingen flere steder i boken *Forvaltningsrett før eksamen. Materiell og personell kompetanse*, 2021 (s. 98-105) og 109-110.

¹⁹ Rt. 2013 s. 449 (139).

²⁰ Å legge overdreven vekt på et hensyn vil ikke jeg kalle ‘vilkårlig’, for med ‘vilkårlighet’ tenker jeg på tilfeldighetsavgjørelser. Ord som ‘uforholdsmessig’ eller ‘overdreven’ stor vekt dekker bedre hva feilen går ut på. Begrepsbruken ‘vilkårlig’ skriver seg fra hvordan Høyesterett ordla seg i Raadhushospitsdommen, Rt 1933 s.548, påviser Morten Walløe Tvedt: *Lærebok i forvaltningsrett*, 2012 s. 160-161.

ikke må overeksponeres. Motstykket er at *sentrale* hensyn må få plassen som disse fortjener, verken bli ignorert eller bagatellisert. Å forlange at *intet* relevant hensyn må overses, er en skjerpemåte å kontrollere forvaltningens premissvalg på.

Mindretallets votum fra 2013-dommen er blitt fulgt opp gjennom flere barnevernsdommer fra 2020. I den første slo retten fast at så vel etter EMK som etter norsk rett er det i saker om fratagelse av foreldreansvar og om adopsjon

«særlig viktig å følge prinsippene om myndighetenes plikt til å arbeide for gjenforening, blant annet ved konkrete og grundige vurderinger om tilstrekkelig samvær og hjelpetiltak. Vedtakene etter barnevernloven må bygge på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, inneholde en balansert og *tilstrekkelig bred* avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse.»²¹

Den andre barnevernssaken ble behandlet i storkammer. Også den gjaldt omsorgsovertakelse. Retten gjentok hovedsynspunktet:

«Både norsk rett og [EMK](#) stiller dessuten krav om at omsorgsovertakelse må være basert på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, en balansert og tilstrekkelig bred avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse.»²²

Den tredje saken handlet om så vel omsorgsovertakelse som samværsrett. Allerede utgangspunktet for hvordan mors samværsrett ble bedømt, var skjevt,²³ sa Høyesterett:

«Den løfter frem at omsorgsovertakelsen er langvarig i stedet for å ta som utgangspunkt at omsorgsovertakelsen er av midlertidig karakter.»²⁴

Denne feilen kunne lett ha gjort bedømmelsen for smal og ensidig. I domsgrunnene som fulgte etterpå (146-154), viste Høyesterett at skjønnet trass i det skjeve utgangspunktet likevel ikke ble for ensidig.

Fars samværsrett ble også brakt inn for retten. Verken forvaltningen eller tingretten hadde tatt stilling til hans samværsevne etter at han hadde sonet straff. Høyesterett kunne

«ikke se at det var en feil at denne ikke ble nærmere vurdert og trukket inn i avgjørelsen. Det dreier seg om en midlertidig utsettelse av samvær inntil jenta har falt til ro i sitt nye hjem og har nådd en alder da det er forsvarlig og hensiktsmessig å informere henne om farens straffedom. Dermed var det heller ingen feil at tiltak ikke ble nevnt.»

Det ble

«foretatt en tilstrekkelig vurdering av hvorfor samvær ikke er det beste for barnet nå og herunder veid de ulike hensyn mot hverandre. ... Min konklusjon er at tingretten har foretatt en tilstrekkelig bred vurdering.»²⁵

²¹ HR-2020-661 (171), uthevet av meg.

²² HR-2020-661 (58).

²³ Strengt tatt gjaldt det underrettens bedømmelse, ikke fylkesnemndas. Men forvaltningen kan ikke ha større frihet til å overse relevante hensyn.

²⁴ HR-2020-663 (145).

²⁵ HR-2020-661 (170) og (175).

Samme type formuleringer går igjen i tre senere dommer fra 2020 – «tilstrekkelig *bred* avveining», «et for *snevert* vurderingstema» og «tilstrekkelig *bredt* og oppdatert beslutningsgrunnlag».²⁶

Ad b): Utvidet avveiningskontroll

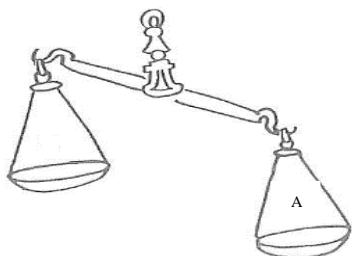
I utgangspunktet er det opp til forvaltningen å bestemme hvor mye et hensyn skal telle. Tradisjonelt har domstolenes avveiningskontroll ikke gått lengre enn til å kontrollere at et perifert moment ikke blir tillagt overdreven vekt ('vilkårlig'),²⁷ eller at ett og samme hensyn får telle vidt forskjellig i likeartete saker ('usaklig forskjellsbehandling').²⁸ Å stille krav til at *sentrale* hensyn må få tilstrekkelig vekt, blir noe annet og mer enn å forby at *perifere* hensyn ikke må overdrives.²⁹ For et hovedhensyn trenger ikke å være bagatellisert utelukkende fordi et perifert hensyn er blitt overdimensjonert. Det kan være flere sentrale hensyn i en sak hvor bare ett av dem har tiltrukket seg stor oppmerksomhet. Ta saker hvor forelder og barn søker om opphold i Norge. I slike saker er så vel hensyn til barnets beste som hensyn til unngå juks med identitet og opprinnelsesland tungtveiende. Bagatelliseres hensynet til barnets beste, er det en *feil i seg selv* uten hensyn til hva som blir utslagsgivende. Sagt på en annen måte: Klassisk lære handler om hvorvidt *perifere* hensyn blir gjort for tungtveiende. Etter den utvidete avveiningskontrollen blir poenget om *sentrale* hensyn blir gjort for *lette*. Retten undersøker om hensynene får vekten som de fortjener.

Pussig nok nøyer Nerheim og Sæthern seg med å si at hovedhensyn må ha relevans, de er mer tilbakeholdende enn meg med å hevde at hovedhensyn må telle skikkelig.³⁰

Følgende figurer illustrerer forholdet mellom de to formene for avveiningskontroll:

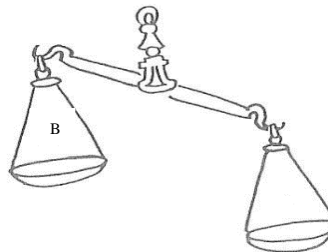
Den klassiske situasjonen

A = perifert hensyn
(får for stor vekt)



Utvidet avveiningskontroll

B = sentralt hensyn
(blir bagatellisert)



Den første dommen hvor Høyesterett sa rett ut at hovedhensyn må stå i brennpunkt, er i en dom om drosjejuks fra 2011. Lovverket gir anledning til å trekke tilbake løyvet når

²⁶ Henholdsvis HR-2020-1788 (74), HR-2020-1789 (60 jf. 59) og HR-2020-1962 (36), (uthevelsene er mine).

²⁷ Også den klassiske 'misbruksformen' 'grovt urimelig' kan skyldes at perifere hensyn er blitt kraftig overeksponert. Men oftere er det resultatet – vedtakets følger – som gjør vedtaket 'grovt urimelig'.

²⁸ Likedan er det med 'misbruksformen' 'usaklig forskjellsbehandling'. Den kan skyldes at hensyn får stor betydning i én sak, mens blir bagatellisert i en analog sak. Andre ganger er det *følgene* som blir for forskjellige til å forsvare utfallet.

²⁹ Merkelig nok nøyer Nerheim og Sæthern seg med å si at hovedhensyn må ha relevans (Forvaltningsrett før eksamen. Materiell og personell kompetanse s. 98-105), de eksponerer ikke, som meg, betydningen av at hovedhensyn må telle skikkelig («Vi kan ikke gi et generelt klart svar på om alle de relevante hovedhensynene er pliktige å vektlegge.» - s. 110)

³⁰ Nerheim og Sæthern: Forvaltningsrett før eksamen. Materiell og personell kompetanse, 2021. Henholdsvis om relevans på side 98-105 og om vekt på side 110 («Vi kan ikke gi et generelt klart svar på om alle de relevante hovedhensynene er pliktige å vektlegge.»)

bevillingen misbrukes. Men det skjer ikke automatisk. Kommunen må ta stilling til om hjemmelen skal benyttes. I dommen poengterte retten at det må fremgå «at de relevante hovedhensynene er vektlagt», underforstått tilstrekkelig vektlagt.³¹ Enda klarere var talen i en asylsak året etterpå. Så vel hensynet til barnets beste som innvandringspolitiske hensyn er sentrale momenter, sa Høyesterett.

«Men jo tyngre hensynet til barnet er, jo mindre rom vil det bli for andre hensyn, og hensynet til barnet kan etter omstendighetene være så tungtveiende at det må slå igjennom uansett hvilke mothensyn som gjør seg gjeldende.»

«Det kreves at barnets beste skal tillegges vekt som et grunnleggende hensyn, og at barns tilknytning til riket skal tillegges særlig vekt.»³²

Spørsmålet om hvorvidt hovedhensyn var blitt bagatellisert, dukket opp enda en gang i utlendingsdommen fra 2013. Foruten å uttale seg om hvor bredt premissvalget må være (som vi var inne på under kategori a foran), uttalte rettens mindretallet seg også om hvor *balansert* skjønnet må være (med andre ord om det som jeg har kalt kategori b). Ut fra forvaltningens begrunnelse i saken fant dommeren at

«de tre som ble født i Norge og bodde her i en årrekke, ikke ble ansett relevant, i hvert fall ikke vektlagt *som hovedhensyn* ved vurderingen. ... Samlet sett finner jeg at Utlendingsnemnda har bygget sitt skjønn på en uriktig forståelse av hvilke hovedhensyn som vil ha relevans, og en manglende forståelse av at også vekten av innvandringspolitiske hensyn må relativiseres.»

De øvrige dommerne var tydeligvis enige i dette, de fant bare

«det ikke tvilsomt at hensynet til Es beste er blitt tillagt *vekt* som et *grunnleggende* hensyn. Dette hensynet er *forsvarlig vurdert og avveid* mot innvandringsregulerende hensyn.»³³

Rettstilstanden er blitt enda klarere etter barnevernsdommene fra 2020. Høyesterett slo der fast:

«[V]edtakene etter barnevernloven må bygge på et tilstrekkelig og oppdatert beslutningsgrunnlag, inneholde en *balansert* og tilstrekkelig bred avveining og ha en tilfredsstillende begrunnelse. Hvilke krav som stilles, beror på omstendighetene i den enkelte sak og hva slags tiltak det er tale om.»³⁴

Det må

«ses hen til at barnets beste skal være et *overordnet* hensyn.»³⁵

I hvert fall når sakene dreier seg om så viktige og personlige forhold som i disse rettstvistene, går Høyesterett nokså dypt inn på forvaltningens avveiningsmåt – enda det i utgangspunktet er forvaltningen, og ikke domstolene, som avgjør hvor mye eller lite et relevant hensyn skal telle. Hvorvidt retten er beredt til å gå like langt i saker hvor ikke så mye står på spill, er et mer åpent spørsmål.

³¹ Rt. 2011 s. 2011 (51).

³² Rt. 2012 s. 1985 (134) og (146). Jamfør også (149).

³³ Rt. 2013 s. 449 (136) og (141), for flertallets del (60-61) og (66), uthevelsene er mine.

³⁴ HR-2020-661 (171), min uthevelse.

³⁵ HR-2020-1788 (74).

En tredje form for saklighetskontroll (saklighetskategori c) handler verken om relevans- eller om vektdimensjon (saklighetskategori a og b), den handler om:

c) Hvorvidt forvaltningsskjønnet er blitt tilstrekkelig *konkret*

Denne kontrollformen dreier seg om forskjellen på generell bedømmelse ('sånn pleier vi å gjøre det') og individuell bedømmelse. Har forvaltningen 'sprunget over gjerdet' der det ikke bare er lavt, men *for* lavt? Det vil si uten blick for individuelle særtrekk? Heller ikke denne formen for å premisskontroll hører til klassisk 'lære om myndighetsmisbruk'. Utgangspunktet har vært at forvaltningen får selv bestemme hvor generell eller konkret bedømmelsesmåten skal være. Men alt med måte. Skiller en sak seg merkbart fra kursen forvaltningen har fulgt, går det ikke an å se bort fra særtrekkene. I en dom fra 2009 sa Høyesterett:

«Begrunnelsen er holdt på et generelt plan uten referanse til spesielle forhold knyttet til As person. Det må i seg selv betraktes som en klar mangel ved vedtaket.»

Rett nok sa Høyesterett at «begrunnelsen» var for generell, men det var tydeligvis det materielle forholdet – bedømmelsesmåten – som retten siktet til.

«Det er en vesentlig mangel ved det som her uttales, at den ikke omtaler den spesielle situasjonen som består i at A er uten et sikkert familienettverk, uten nære mannlige slektninger som kan gi henne beskyttelse, og at hun har en høyst usikker og prekær boligsituasjon. Det kan enten innebære at nemnda ikke har vært seg bevisst at en slik situasjon er aktuell for A, eller at den ikke har forstått hva det innebærer å være fraskilt dalitkvinne på landsbygda i delstaten Punjab. I begge tilfelle vil det foreligge en svikt i det faktiske grunnlaget som må medføre ugyldighet.»³⁶

Selv ville jeg ha sagt at *skjønnsutøvelsen* sviktet istedenfor at det forelå svikt i det faktiske grunnlaget. Men et stykke på vei er det en smak sak om feilen skal ses på den ene eller annen måte. Det sentrale er at det går en grense for hvor langt forvaltningen kan se bort fra individuelle særtrekk.³⁷

Også utlendingsdommen fra 2013, som jeg har behandlet flere ganger, var inne på nødvendigheten av å vurdere konkret. I mindretallsvotumet het det at:

«'Innvandringspolitiske hensyn' er ikke et trylleformular; prinsipielt er det de konkrete omstendigheter i det enkelt tilfellet som skal tillegges vekt.»³⁸

Nødvendigheten av å skjønne konkret ble fremhevd også i barnevernsdommene fra 2020.

«I sin begrunnelse har tingretten heller ikke foretatt en tilstrekkelig konkret avveining av sentrale spørsmål i saken. Særlig gjelder det verdien av kontakt mellom mor og barn på lengre sikt, veiet opp mot behovet for adopsjon.»³⁹

³⁶) Rt. 2009 s. 851 (72) og 78).

³⁷ Slik også Walløe Tvedt: *Lærebok i forvaltningsrett*, 2012 s. 159-160. Mer reservert Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 2019 s. 271-272

³⁸ Rt. 2013 s. 449 (139).

³⁹ HR-2020-661 (200).

Bedømmelsen gjaldt strengt tatt tingrettens betraktningmåte, Men fraværet av konkret bedømmelse gjaldt åpenbart også hvordan forvaltningen hadde utøvd sitt skjønn. Som det het i en annen barnevernsdom fra 2020:

«Tingretten fremhevet samtidig at det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak.»⁴⁰

Enkelte ganger er imidlertid det faktiske grunnlaget for vurderingstemaet så vanskelig å få slått fast at det rekkes med generelle formodninger. Ulvefellingsdommen fra 2021 var eksempel på det. Angsten og uroen ved å ha ulv i nabolaget er vanskelig å kvalifisere og å kvantifisere, men er ikke desto mindre forhold som må telle, slo Høyesterett fast:

«De interessene departementet fremhever, og som trekker i retning av at det gjøres uttak, er riktignok av nokså generell karakter. Det vil som regel ikke la seg gjøre å påvise konkret hvordan interessene gjør seg gjeldende for bestemte mennesker, grupper av mennesker og ulike aktiviteter. Men dette kan ikke være avgjørende. Interessene er legitime etter § 18 første ledd bokstav c, hvilket må få betydning for hvordan selve interesseavveiningen gjøres.»⁴¹

En fjerde påbygning på den klassiske saklighetskontrollen handler om *manglende* skjønn (saklighetskategori d).

a) Intet skjønn har funnet sted

Intet premissvalg, ingen avveining. Forvaltningen har helt enkelt ‘hoppet bukk’ over skjønnsutøvelsen. En slik flukt fra skjønnet kan gjøre avgjørelsen usaklig, har Høyesterett bestemt. Det har skjedd i to saker om drosjejuks. Retten

«kan i utgangspunktet ikke prøve selve skjønnet, men det vil være en saksbehandlingsfeil om løyvemyndigheten ikke har foretatt et slikt skjønn, og dette kan domstolen prøve.»⁴²

Bortsett fra at svikten ble kalt saksbehandlingsfeil mens jeg ville ha rubrisert feilen som innholdsmangel,⁴³ står realiteten fast: *Noe* må bedømmes når forvaltningen skal ta stilling til om og hvordan en ‘lovfullmakt’ skal nyttes.

I den andre drosjeløyvedommen kommenterte Høyesterett forvaltningsloven § 25 slik:

«Det må fremgå at det er foretatt et skjønn, jf. [Rt-2010-376](#), og at de relevante hovedhensynene er vektlagt, jf. [Rt-1995-738](#).»⁴⁴

Formelt er det begrunnelseskrav som Høyesterett stiller. Men en kan jo ikke begrunne skjønn som aldri har funnet sted. Derfor må svikten primært ses som saklighetskontroll, ikke som ren saksbehandlingsfeil.

Ettersom saklighetskontrollen hviler på et prinsipp fremfor på uttømmende, firskårne betingelser, kan vi ikke utelukke at også andre former for usaklighet kan forekomme. Vi snakker om rettsprinsipper – intet mer, intet mindre. Selv kjente usaklighetsformer som

⁴⁰ HR-2020-663 (144).

⁴¹ HR-2021-662 (115). Bedømmelsen gjaldt strengt tatt lovanvendelsen, ikke skjønnsutøvelsen. Men ulvefrykt er moment også i ‘kan’-vurderingen etter naturmangfoldloven § 18.

⁴² Rt. 2010 s. 376 (avsnitt 45).

⁴³ Slik oppfatter jeg også Walløe Tvedt: Lærebok i forvaltningsrett, 2012 s.157-158.

⁴⁴ Rt. 2011 s. 111 (51).

partiskhet og illojalitet passer ikke i ett og alt inn blant de klassiske typetilfellene 1-4 foran. Rett nok fører mangelen på nøytralitet gjerne til at det blir tatt utenforliggende hensyn eller til at interessene til slekt eller venner etc. blir tillagt overdreven betydning – såkalt ‘vilkårlig’ skjønn. Men samtidig kan forutinntatt holdning undertiden virke inn på andre og mer raffinerte og underfundige måter, der heller ikke malen for den utvidete skjønnskrollen passer. Saksbehandleren vrir og vender på alt, han eller hun mistolker det som ikke passer, osv.; farget forvaltningsskjønn kan arte seg på mange måter. Tilfeller av partiskhet vil rett nok kunne fanges opp av inhabilitetsreglene i forvaltningsloven § 6. Men det skal mye til før personlig tilknytning gjør saksbehandleren eller beslutningstakeren inhabil. En kan slippe gjennom det nåløyet, men like fullt være så forutinntatt at *avgjørelsen* blir rettslig uholdbar. Partiskhet og illojal hensikt *er* usaklighet i seg selv.

Nylig falt det en dom som minnet oss om det. Dommen gjaldt en fylkeskommunal bedrift, ikke et ordinært forvaltningsorgan. Men *innholdet* til saklighetsbedømmelsen blir ikke mer romslig for regulær forvaltning, kanskje snarere motsatt.⁴⁵ Svikten som retten trakk frem, var verken at uvedkommende forhold var trukket inn, at relevante hensyn var blitt oversett eller var blitt bagatellisert eller at perifere hensyn var blitt overdimensjonert. Svikten var ei heller at bedømmelsesmåten var blitt for firkantet, for lite konkret eller at skjønnet manglet. ‘Misbruksmåten’ var rett og slett av det slaget som den opprinnelige, typiske formen for ‘myndighetsmisbruk’ var myntet på – nemlig *illojal hensikt*.

«Etter Høyesteretts praksis er det sentrale om avlysningen etter en totalvurdering finnes å være saklig begrunnet, jf. [Rt-2007-983 SB](#) Transport [avsnitt 91](#), som igjen viser til kjæremålsutvalgets avgjørelse i [Rt-2001-473](#) Concord. En totalvurdering innebærer etter mitt syn at det er rom for å ta i betraktning både subjektive og objektive omstendigheter – for å bruke NOUens terminologi – forutsatt at de er saklige. Illojale hensikter, for eksempel å invitere til en konkurranse for å teste markedet, uten å ha til hensikt å inngå en kontrakt, vil ikke gi saklig grunn til å avlyse.»⁴⁶

Illojal hensikt og annen klanderverdig opptreden kan naturligvis ikke passere bare fordi forholdet passer mindre godt med det ene eller det annet av ‘flaggene’ som rettslitteraturen har stilt opp. I boken *Forsvarlig forvaltning* skrev jeg at retten kan komme til å måtte slå ned på tilfeller hvor forvaltningen gjør bruk av stråmenn eller på annet vis utlegger partens interesser, verdier og behov på en *tendensiøs* måte. Det kommer nok.

6. Utvidet forsvarlighetsbedømmelse

De klassiske tilfellene av uforsvarlig resultat – først og fremst uforsvarlige følger – er:

- a. Grovt urimelige vedtak
- b. Usaklig forskjellsbehandling.

Nydannelsene i rettspraksis er av tre slag:

- c. Uforholdsmessige følger
- d. Brudd på minstestandard
- e. Dokumentasjonssvikt

⁴⁵ Jamfør litteraturen i fotnote 2 og 3.

⁴⁶ HR-2020-1801 (86).

Ad c: Uforholdsmessighet

Jeg tenker ikke nå på den formen for uforholdsmessighet som består i at hensyn har fått uforholdsmessig stor vekt. Jeg tenker på tilfeller hvor *resultatet* blir uforholdsmessig. Mangel på proporsjoner mellom det som forvaltningen vil oppnå, og følgene som påføres parten. På godt norsk: Forvaltningen ‘bruker for sterk lut, den ‘skyter spurver med kanoner’.

I EU-retten og på menneskerettsfeltet spiller et slikt proporsjonalitetsprinsipp en betydelig rolle. Hans Petter Graver hevdet på 1990-tallet at forholdsmessighetskrav fungerte som selvstendig skranke også i Norge, side om side med de andre ‘misbruksformene’.⁴⁷ Senere har han moderert seg. Sider av prinsippet, som forvaltningens plikt til å ta stilling til forholdsmessighet, oppfatter han fortsatt som gjeldende rett. Men i alle utgavene av *Alminnelig forvaltningsrett*, fra førsteutgaven i 1999, gikk han bort fra å beskrive manglende forholdsmessighet som egen ugyldighetsgrunn som domstolene kan håndheve.⁴⁸

Det var forutseende. For i 2008 tok Høyesterett uttrykkelig avstand fra at et slikt krav skal sette egne grenser for forvaltningens skjønnsfrihet. Utlendingsforvaltningens beslutning om å nekte en tidligere utvist person innreise kunne

«ikke ... prøves av domstolene i større utstrekning enn det som følger av den alminnelige myndighetsmisbrukslære. Etter denne gjelder det ikke noen generell forholdsmessighetsbegrensning. Riktignok kan et forvaltningsvedtak blant annet kjennes ugyldig dersom det er åpenbart urimelig, og i denne vurderingen vil det inngå forholdsmessighetsbetraktninger. Siden terskelen for å underkjenne vedtaket er at det er åpenbart urimelig, vil imidlertid det være en forholdsmessighetsbegrensning av en helt annen karakter enn den som følger av utlendingsloven § 29 andre ledd og § 30 tredje ledd.»⁴⁹

Avgjørelsen skuffet rettsforskere som hadde trodd at Norge skulle la det internasjonale forholdsmessighetsprinsippet forplante seg inn i vår nasjonale forvaltningsrett, slik som i våre naboland. Ville Høyesterett snu? Det skjedde ikke. Tvert om befestet Høyesterett rettstilstanden i 2011:

«Det er riktig at domstolene på enkelte særlige forvaltningsområder er gitt kompetanse til å underkjenne forvaltningsvedtak dersom det ikke er forholdsmessig. Det finnes imidlertid ikke noen generell regel med dette innhold. Ganske visst vil det ved vurderingen av om et forvaltningsvedtak er åpenbart urimelig, inngå forholdsmessighetsbetraktninger, men det er ikke grunnlag for å stille et generelt krav om forholdsmessighet når det gjelder innholdet av forvaltningsvedtak, jf. [Rt-2008-560](#) avsnitt 48.»⁵⁰

Som vi forstår, blir forholdsmessighet kun en *del* av bedømmelsen etter skranken ‘grov urimelighet’. Det gir prinsippet beskjeden plass, for det skal mye til før domstolene finner et forvaltningsvedtak ‘grovt urimelig’. Fremfor å få forholdsmessighet som selvstendig skranke får vi en norsk vri – nemlig funksjonen som moment i grov urimelighetsbedømmelsen.

⁴⁷ Graver, Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønsmessige avgjørelser, i *Lov og Rett 1995* s. 279-306. Til dels i samme retning Ørnulf Rasmussen, Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten, i *Lov og Rett 1995* s. 307-322.

⁴⁸ Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, senest i utgaven fra 2019, kapittel 9.

⁴⁹ Rt. 2008 s. 560 (48).

⁵⁰ Rt. 2011 s. 304 (56).

Årsaken til at Høyesterett vek tilbake fra å ta skrittet fullt ut, kan ha vært at det hos oss ikke er enkelt å forene den EØS- og menneskerettslige forholdsmessighetskontrollen med den gjengse norske forvaltningsrettslige læren, som går ut på at forvaltningen bestemmer det meste om hvordan skjønnet skal utøves, domstolene kontrollerer bare utvekstene. Slik som proporsjonalitetsprinsippet utlegges av EU-domstolen og av EMD, favner det nemlig ikke bare virkelig uforholdsmessighetskontroll – det som blir kalt proporsjonalitetskontroll ‘*stricto sensu*’. I tillegg lar ‘etiketten’ forholdsmessighetskontroll de internasjonale domstolene få kontrollere hvor *egnet* forvaltningsvedtaket er, og hvor *nødvendig* vedtaket er for målsettingen. Den slags vurderinger hører langt på vei til kjernen i det norske forvaltningsskjønnet. Skal domstolene gi seg til å kontrollere den slags, kan det hevdes at de tar liv av store deler av den norske skjønnslæren. Sett på denne bakgrunnen, er det ikke utenkelig at den EU-rettslige og den menneskerettslige rettstilstanden har hatt en nedkjølingseffekt hos oss.

Den norske vrien representerer en oppfinnsom og tankevekkende mellomløsning. Men hvor motstandsdyktig og bestandig er den? Proporsjonalitet i ferd med å bli et stadig tilbakevendende kontrolltema på rettsområde etter rettsområde, så vel innenfor EØS-retten og menneskerettsfeltet som på spesielle forvaltningsrettsfelt der lovgiveren har valgt å gjøre forholdsmessighet til kompetansebetingelse. Med tid og stunder kan tankegangen derfra komme til å smitte over feltet alminnelig forvaltningsrett. Kanskje først gjennom å gjøre det lettere å vinne frem med påstanden ‘grov urimelig’, rett og slett fordi det ullne temaet ‘grov urimelighet’ blir mer operasjonaliserbart og mer håndgripelig når viktige deler av det skal handle om forholdet mellom mål og midler. Senere kan det bli grobuunn for å gi slipp på særstillingen vår, og i stedet gjøre forholdsmessighetskrav til selvstendig kompetanseskranke.

Ad b: Brudd på minstestandard

Hvor langt det gjelder et generelt krav til minstestandard i norsk forvaltningsrett, er en skål for seg. Foreløpig er poenget hvor godt det passer å rubrisere den slags svikt som *uforsvarlig* myndighetsutøvelse, rett og slett fordi svikten handler om resultatet til forvaltningens ytelser, tjenester og virke.

Det er omstridt i teorien hvor vidt det ulovfestete kravet til minstestandard rekker. En slik terskel eksisterer bare der hvor *loven* eksplisitt eller implisitt stiller minstekrav, som gjennom formuleringen som «nødvendig helsehjelp», «forsvarlige» helsetjenester og lignende, har Asbjørn Kjønstad har sagt.⁵¹ Eivind Smith mener det samme.⁵² Hans Petter Graver tillegg prinsippet videre gjennomslagskraft. Det gjelder på alle områder i *velferdsretten*, har han hevdet.⁵³ Dette forfektes i læreboken i velferdsrett.⁵⁴ Selv har jeg hevdet at kravet til minstestandard må anses som *generell* skranke for hvordan forvaltningens virke må utøves. Ikke bare for velferdsytelser og velferdstjenester, men også når forvaltningen på annet vis utøver myndighet. For eksempel når forvaltningen bestemmer seg for å gi eller avslå drosjeløyve, behandler konsesjon til å anlegge vindkraftanlegg, utfører

⁵¹ Asbjørn Kjønstad: *Innføring i trygderett*, 2009 s. 59.

⁵² Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett*, 11. utgave, s. 47 og 452-453.

⁵³ Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave s. 147-154.

⁵⁴ Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse: *Velferdsrett I*, 2012 s. 195-197. Kjønstad skiftet med andre ord standpunkt. I samme retning som Graver og Kjønstad og Syse, Morten Walløe-Tvedt: *Lærebok i forvaltningsrett*, 2012 s. 375, kanskje også Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen: *Frihagens forvaltningsrett, Bind 1*, 2010 s. 52, skjønt Bernt og Rasmussen følger ikke opp tanken når de kommer til sitt kapittel 3.8 om innholdsmessige grenser for skjønnsutøvelsen.

inspeksjon, og mye mer. Standpunktet mitt ble først lansert i en artikkel i Lov og Rett 1989.⁵⁵ Det er blitt ført videre i tre bøker, først i to lærebøker fra 1993, senere i forvaltningsrettsboken som kom i 2018.⁵⁶ Aller mest er synsmåten blitt videreutviklet og raffinert i tidskriftsartikkel etter tidskriftsartikkel, senest i 2020.⁵⁷ Omtrent samtidig og like før meg hadde Ståle Eskeland slått til lyd for lignende rettstanker, men for velferdsretten for hans del. Det skjedde på slutten av 1980-tallet.⁵⁸

Standpunktene våre fikk økt tyngde gjennom Fusadommen i 1990 og Malvik-avgjørelsene fra noen år senere. Retten sa om Fusa kommunes hjemmehjelp og hjemmesykepleie til en sterkt funksjonshemmet kvinne

«at man må forutsette en minstestandard som en kommune, eventuelt flere i samarbeid, ikke kan gåp under.»⁵⁹

Standpunktet skrev seg fra den midlertidige Malvik-kjennelsen fra 1990.⁶⁰ Det ble gjentatt i Malvik-dommen fra 1993, men denne gang fant Høyesterett at de konkrete ytelsene tilfredsstilte minsemålet.⁶¹

Mitt syn på denne forvaltningsrettslige terskelen bygger ikke utelukkende på Fusadommen og på Malvik-avgjørelsene. En lang rekke senere dommer har etter mitt syn fulgt opp synsmåtene derfra, retten har bare ikke brukt språkdrakten 'minimumsstandard', 'minstestandard' eller 'minstemål'. Sann er det med Spanordommen fra 1991, med furunkulosedommen fra 1993, og ikke minst med mobbedommen og bygningskontrolldommen fra det siste tiåret.⁶² Går en nærmere inn på disse dommene, finner jeg ingen annen forklaring på hvorfor Høyesterett satte bremsene på enn at virksomheten ikke tilfredsstilte minimumskravene til kvalitet eller kvantitet. Spanordommen lød:

«På bakgrunn av den befatning Forbrukerombudet tidligere hadde hatt med X, burde han hatt en særlig foranledning til å reagere. Det forelå sann sett en svikt fra Forbrukerombudet.»⁶³

Ingen lov påbød Forbrukerombudet å ta affære overfor Reisegarantifondet fordi Spanor hadde unnlatt å betale det påkrevde garantibeløpet, og ingen usaklighet hadde forekommet. Det som forelå, var den omvendte istuasjonen: Forbrukerombudet hadde *ikke gjort nok* for å forebygge tap for de reisende. Hva skulle eller være hjemmelen for å slå fast at forbrukermyndighetene hadde sviktet – om ikke nettopp kravet til minstestandard?

⁵⁵ Boe, *Utviklingslinjer i forvaltningsretten*, i Lov og Rett 1989 s. 51-72, på side 57-58 og 66-67.

⁵⁶ Boe: *Innføring i juss. Bind 2*, 1993 s.715-719, Boe: *Oversikt over forvaltningsretten*,1993 s. 140-143, Boe: *Forsvarlig forvaltning*, 2018 s. 97-103.

⁵⁷ Først Boe, Fusadommen i forvaltningsrettslig og rettsteoretisk perspektiv, i *Lov og Rett 1991* s. 323-346 og Boe, Domstolskontroll med forvaltningen: Åpne lovfullmakter og Høyesteretts svar i 90-årene, i *Lov og Rett 1994* s. 323 flg., på side 339-345. Videre om især minstekrav til systemet, Boe, Minstekrav til aktivitet ved myndighetenes systeminnretning, i Alf Petter Høgberg, Trond Erik Schea og Runar Torgersen (red.): *Rettsikker radikaler. Festskrift til Ståle Eskeland 70 år*, 2013 s. 13-30, også trykt i *Nordisk administrativt tidsskrift 2015*, likeså Boe, Forsvarlig systeminnretning i forvaltningen, i *Lov og Rett 2020* s. 129-140.

⁵⁸ Eskeland, Ressurser, rettsikkerhet og forvaltningens ansvar, i Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.): *Samfunn. Rett. Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, 1986 s. 293-310, Eskeland: *Rettsikkerhet og andre verdier i sosialretten*, 1987, Eskeland: *Fangerett*, 1989 s. 63-106.

⁵⁹ Rt. 1991 s. 886, på side 887.

⁶⁰ Rt. 1990 s. 360.

⁶¹ Rt. 1993 s. 811.

⁶² Rt. 1991 s. 954, Rt. 1992 s. 453, Rt. 2012 s. 146 og Rt. 2015 s. 276 (31).

⁶³ Side 959 i dommen.

Situasjonen var den samme i fururnkulosedommen. Forvaltningen hadde unnlatte å kontrollere om smolten som ble satt ut i norske havbassenger, var befunnet med sykdom. Det slo retten ned på. Mobbedommen fra 2012 og bygningskontrolldommen fra 2015 føyer seg inn i mønsteret. I mobbedommen sa Høyesterett:

«(64) Selv om skolens ansatte, og særlig klassestyreren, utvilsomt har forsøkt å gjøre sitt beste i en vanskelig sak, skulle de, i en situasjon som vedvarte år etter år uten å bli bedre, gjort mer for å avklare forholdene. Først og fremst skulle de forsøkt å identifisere mobberne, og sette inn tiltak direkte rettet mot dem.»⁶⁴

Jeg spør: *Hvorfor* skulle de det? Skolelovene stiller ikke spesifikke krav til hva lærere og skoleledere må gjøre for å forhindre mobbing. Så hva annet kan begrunne krav til omsorgskvalitet enn nettopp ulovfestede krav til minstemål? I bygningskontrolldommen handlet spørsmålet om hva kommunen skulle ha gjort når den hadde overlatt bygningskontrollen til en privat aktør som hadde sviktet sin oppgave. Retten sa:

(31) Et nøkkelement i byggesaksreformen i 1995 var at en tradisjonell offentlig kontrolloppgave ble flyttet over til profesjonelle, sertifiserte private foretak som i næringsøyemed kunne påta seg rollene som ansvarlige overfor bygningsmyndighetene. Lovgiver var i den forbindelse spesielt opptatt av at ikke bare bygningsmyndighetene, men også aktuelle tredjemenn, måtte kunne ha tillit til – «ha trygghet for» – at den private kontrollen holdt forutsatt kvalitet. Dette har etter mitt syn betydning for hvilke krav Lørenfallet Borettslag «med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten» som ble utført av Bori BBL, jf. skadeserstatningsloven § 2-1 nr. 1 første punktum: Den som overtar et nytt eller et totalrehabiliteret bygg har, slik jeg ser dette, både rimelig og berettiget grunn til å stole på den informasjonen om byggets tilstand som ligger i at det er gitt brukstillatelse på grunnlag av gjennomført sluttkontroll.»⁶⁵

Naturligvis kan kravet til forsvarlig aktivitet bygges på skadeserstatningsloven i erstatningssaker. Men å rubrisere svikt som erstatningsrettslig culpøs sier ikke alt. For hva er *gjør* en handling eller en unnlatelse culpøs? En må *bak* 'etikettene culpøs og erstatningsrettslig uforsvarlig, og spørre: *Hvorfor* var unnlatelsene til Forbrukerombudet, til veterinærmyndighetene, til skolemyndighetene og til bygningsmyndighetene uforsvarlige? Hva gjorde dem uforsvarlige? En eller annen feil må jo forvaltningen ha gjort for å bli erstatningspliktig. Bedømmelsen av forsvarligheten må med andre ord bygge på noe. Hvilken annen svikt skulle det være når forvaltningen gjør for lite eller for dårlig enn at det visse minstekrav må stilles til kvalitet og kvantitet, så vel når det gjelder bygningskontroll som tiltak for å hindre mobbing, ja, forvaltningens virke i det hele? Dessuten – og vel så viktig: Minstekrav kan tenkes å måtte stilles også utenom i erstatningssaker – som begrunnelse for ugyldighetssøksmål, i omgjøringssaker, i saker om disiplinærforføyninger, m.m. Skadeserstatningsloven med dens culpakrav hjelper ikke da.

Ad c: Dokumentasjonssvikt

Denne påbygningen handler om tilfeller der forvaltningen ikke har klart å *dokumentere* at forvaltningsvedtaket var lovmessig. Retten er i tvil om vedtakets holdbarhet. Isenedommen

⁶⁴ Rt. 2012 s. 146 (64).

⁶⁵ Rt. 2015 s. 276 (31).

illustrerer poenget. Da Isene ble nektet konsesjon til å kjøpe tilleggsjorden, mistet han leveveien som gårdbruker, og måtte flytte til byen.

«Når det gjelder et vedtak så inngripende som det foreliggende, skjerpes kravene til begrunnelsen. Det må fremgå at vedtaket er truffet etter et saklig og forsvarlig skjønn. Ikke minst må dette gjelde når resultatet av vedtaket umiddelbart fremtrer som så lite rimelig som tilfellet er her.»⁶⁶

Domsgrunnen blir i rettslitteraturen gjerne oppfattet som et begrunnelseskrav, som går lengre enn hva forvaltningsloven § 25 påbyr. Når nemlig vedtak blir spesielt inngripende, «skjerpes kravene til begrunnelsen».⁶⁷ Høyesteretts premiss kan imidlertid oppfattes også på en annen måte. Det var kanskje ikke bare, eller først og fremst, begrunnelsen som Isene hadde mottatt, som var for lite fyldestgjørende. *Retten* følte seg ikke selv overbevist om at loven var tolket og anvendt rett, at saken fakta var bedømt korrekt, at vedtaket til forvaltningen lå innenfor grensene til 'læren om myndighetsmisbruk', osv. Tvilen måtte da gå ut over forvaltningen, som hadde fattet det svært inngripende vedtaket.

«I denne sak etterlater departementets avgjørelse tvil om alle relevante forhold har vært overveiet, selv om de har vært kjent. ... Disse mangler ved begrunnelsen *kan tyde på* en svikt ved selve avgjørelsen.»⁶⁸

Nøkkelordene her er:

1. *Tvil* om skjønnets rettslige holdbarhet
2. Mangelen *kan tyde på* avgjørelsessvikt

Ingen rendyrket materiell svikt, altså. Snarere en bevisregel, der saksøkeren slapp å bevise 'to the bitter end' at forvaltningen hadde sviktet. Med et bilde kan vi forestille oss at dommeren mot slutten av prosessen vendte seg mot forvaltningen, og sa:

'For meg ser ikke alt ut til å være i orden. Overbevis meg om at det er det! Kom opp med mer dersom dere skal sannsynliggjøre overfor meg at vedtaket er lovmessig.'

Tvil om lovmessigheten gikk ut over forvaltningen også i Hesbydommen. Saken gjaldt Statens vegvesens forkjøp av tomtegrunn med tanke på fremtidig riksvei, der det var usikkert hvilket trasevalg som ville komme til å bli valgt.

«Situasjonen tilsa derfor etter min mening en særlig omhyggelig vurdering fra departementets side av om de fordeler som ville kunne oppnåes ved bruk av statens forkjøpsrett var overveiende i forhold til de interesser som for A stod på spill i saken. Jeg viser til uttalelser i den sak som er referert i Rt-1981-745 om de krav som det her kan være tale om å stille til interesseovervekten og begrunnelsen. Etter min oppfatning kunne det reises spørsmål om det materiale som forelå for Landbruksdepartementet, og den begrunnelse som er gitt i departementets vedtak, fyller disse krav.»⁶⁹

Henjumdommen fra 1990 føyer seg inn i mønsteret. Også denne gang pekte Høyesterett på en rekke forhold som ikke var tilstrekkelig vurdert av forvaltningen, og konkluderte med at

⁶⁶ Rt. 1981 s. 745, på side 748.

⁶⁷ Se blant annet Walløe Tvedt: *Lærebok i forvaltningsrett*, 2012 s. 131 og 270-273.

⁶⁸ Rt. 1981 s. 745, på side 748.

⁶⁹ Rt. 1988 s. 414, på side 418-419.

«begrunnelsen» var «ikke tilfredsstillende». ⁷⁰ Hvorvidt det var den formelle begrunnelsen som skulle ha vært mer fyldig, mer omfattende og lettere å forstå for Henum, eller om det var bevisene som forvaltningen presenterte for retten, som ikke var fyldestgjørende nok, ikke tilstrekkelig overbevisende, kan diskuteres. Sett hen til hva retten sa om alt som ikke var blitt vurdert, opplever jeg at det først og fremst var overbevisningskraften som sviktet. Derfor gikk tvilen ut over forvaltningen; dokumentasjonsmangelen gjorde myndighetsutøvelsen uforsvarlig. ⁷¹

7. Konklusjoner

Drøftelsen leder meg til følgende fire konklusjoner:

- 1) Terminologien 'myndighetsmisbruk' fører tanken på villspor. Den bør erstattes med mer dekkende betegnelser. Jeg foreslår 'saklighet' og 'forsvarlighet'
- 2) Foruten de klassiske 'myndighetsmisbruksgrunnene' viser rettspraksis flere nye grunner til at myndighetsutøvelse blir uholdbar etter ulovfestet forvaltningsrett.
- 3) Det bør skilles mellom feil ved motivasjonen, det vil si ved beveggrunnene, og ved vedtaksresultatet, ved først og fremst følgene som vedtaket får. I første fall passer termen (mangel på) 'saklighet', i siste fall betegnelsen (mangel på) 'forsvarlighet'
- 4) Den utvidete domstolskontrollen har skjedd med så små skritt at det er først i ettertid, når en ser tilbake med skjerpet blikk, at en oppdager at det har skjedd en utvikling

Det siste er et gjennomgående trekk i store deler av den ulovfestete forvaltningsretten. En skal virkelig være observant for å oppdage at det ikke er ren klassisk bedømmelse av 'myndighetsmisbruk' som har funnet sted. Vi står overfor det som Torstein Eckhoff kalte 'bit-for-bit'-utvikling: En prosess hvor utviklingstendensene er så svake og forsiktige at det knapt er mulig å få øye på dem med det blotte øyet. Men de er der.

⁷⁰ Rt. 1990 s. 861, på side 867 i dommen.

⁷¹ I samme retning Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utgave s. 140 («jikke overbevist»), Eckhoff/Smith: *Forvaltningsrett*, 11. utgave s. 399 («byrden med å bevise»), kanskje også Walløe-Tvedt: *Lærebok i forvaltningsrett*, 2012 s. 273 («en antagelse om feil»).