

**Domstolenes kontroll med forvaltningsavgjørelser,
sammenholdt med Fylkesmannens lovlighetskontroll
etter kommuneloven § 59**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 652
Leveringsfrist: 25. april 2010

Til sammen 14689 ord

21.04.2010

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Historisk bakgrunn	3
1.3	Avgrensning	4
1.4	Metode	5
1.5	Begrepsavklaring	9
1.6	Den videre fremstilling	12
<u>2</u>	<u>HENSYN</u>	<u>13</u>
<u>3</u>	<u>PROSESSUELLE VILKÅR</u>	<u>16</u>
<u>4</u>	<u>PRØVING AV FORVALTNINGENS PERSONELLE OG PROSESSUELLE KOMPETANSE</u>	<u>19</u>
4.1	Domstolene	19
4.2	Fylkesmannen	20
4.3	Konklusjon	20
<u>5</u>	<u>PRØVING AV FORVALTNINGENS MATERIELLE KOMPETANSE</u>	<u>21</u>
5.1	Overprøving av faktum	21
5.1.1	Domstolene	21
5.1.2	Fylkesmannen	22
5.1.3	Konklusjon	23

5.2	Overprøving av forvaltningens lovtolkning	24
5.2.1	Domstolene	24
5.2.2	Fylkesmannen	26
5.2.3	Konklusjon	27
5.3	Prøving av forvaltningens konkrete rettsanvendelse – subsumsjonen	28
5.3.1	Domstolene	28
5.3.2	Fylkesmannen	31
5.3.3	Unntak i relasjon til domstolenes og fylkesmannens adgang til å føre kontroll med forvaltningens subsumsjon	32
5.3.4	Konklusjon	37
5.4	Overprøving av forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn	37
5.4.1	Domstolene	38
5.4.2	Fylkesmannen	39
5.4.3	Konklusjon	40
5.5	Læren om myndighetsmisbruk	40
6	<u>KONSEKVENSENE AV AT FORVALTNINGEN HAR HANDLET I STRID MED SIN KOMPETANSE</u>	44
6.1	Prosessuell kompetansemangel	44
6.2	Personell kompetansemangel	46
6.3	Materiell kompetansemangel	47
6.4	Kan domstolene og fylkesmannen fatte nytt realitetsvedtak?	48
7	<u>AVSLUTNING – FUNN I RELASJON TIL PROBLEMSTILLINGEN</u>	50
8	<u>LITTERATURLISTE</u>	53

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Forvaltningsapparatet i Norge er stort og tar en rekke avgjørelser som bestemmer enkeltindividers og grupperes rettigheter og plikter. Det er behov for kontroll med forvaltningsavgjørelser for å sikre at ikke forvaltningen treffer feilaktige, for inngripende avgjørelser ovenfor borgerne. Og sikre at de ikke går utenfor sin personelle, prosessuelle eller materielle kompetanse. Kontroll bidrar til økt rettssikkerhet for borgerne. At domstolene og Fylkesmannen har kompetanse til å sjekke om forvaltningen har fulgt regler og retningslinjer hindrer at den enkelte borger blir utsatt for overgrep fra det offentlige. Selv om vi har grundige regler for betryggende saksbehandling oppstår det fortsatt feil ved forvaltningsavgjørelser og det er derfor et behov for kontroll med disse avgjørelsene.

Oppgavens tema går ut på en redegjørelse av, og rekevidden av domstolenes kontroll med forvaltningsavgjørelser sammenholdt med fylkesmannens lovlighetskontroll.

Domstolenes prøvesrett anses i dag som sikker konstitusjonell sedvanerett, mens fylkesmannens lovlighetskontroll er lovfestet i Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. september 1992 nr. 107 § 59.

Hovedspørsmålet blir å se på om disse ulike kontrollinstansene er sammenfallende eller ulike i sin legalitetskontroll med forvaltningsavgjørelser?

Det mest interessante i denne sammenheng blir å se på om domstolene og fylkesmannen har kompetanse til å føre kontroll med den materielle siden av en forvaltningsavgjørelse? Avhandlingens hovedvekt omhandler derfor overprøving av forvaltningens materielle kompetanse. Jeg vil allikevel bruke noe plass på å redegjøre for og sammenligne domstolene og fylkesmannens prøving av forvaltningens personelle og prosessuelle

kompetanse ved forvaltningsavgjørelser. Og de prosessuelle betingelsene for å bringe et forvaltningsvedtak inn for domstolene og betingelsene for å få gjennomført lovlighetskontroll for fylkesmannen.

Problemstillingen byr altså på en redegjørelse av domstolenes kontroll med forvaltningsavgjørelser og videre en sammenligning av disse to uavhengige organers lovlighetskontroll med forvaltningsavgjørelser. Med lovlighetskontroll eller legalitetskontroll forstås kontroll av om forvaltningen har truffet et vedtak innenfor lovlige rammer.

Det følger av Grunnloven at den norske statsmakten er fordelt på tre uavhengige institusjoner. En lovgivende, en utøvende og en dømmende. Maktfordelingsprinsippet har til hensikt å hindre maktmisbruk ved å organisere statsmakten i en tredeling med en maktbalanse mellom disse. Den dømmende makt ligger til domstolene, den lovgivende til Stortinget og den utøvende til forvaltningen. Norges forvaltning er delt i tre nivåer, sentralt, regionalt og lokalt ved henholdsvis stat, fylkeskommune og kommune.

Hovedforskjellen mellom domstolene og Fylkesmannen er at de tilhører hver sin pilar i statsforvaltningen. Fylkesmannen er underlagt ”den utøvende makt”, mens domstolene er ”dømmende makt”. Dette innebærer at ved domstolskontroll besitter verken storting eller regjering instruksjonsmyndighet ovenfor domstolene. Domstolene og Fylkesmannen er uavhengige.

Kombinasjonen av likheter og ulikheter ved disse to kontrollinstansene gjør det interessant å sammenligne deres kontroll med forvaltningsavgjørelser. I det følgende skal jeg forsøke å belyse omfanget og rekkevidden av domstolskontroll med forvaltningsavgjørelser sammenholdt med fylkesmannens lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak.

Forutsetningen for domstolskontroll er at noen fremmer et krav for domstolene.

Situasjonen er annerledes for fylkesmannens lovlighetskontroll, fordi overprøvingen skjer av vedtak som er fattet av desentraliserte forvaltningsorgan.

1.2 Historisk bakgrunn

En ikke ubetydelig del av domstolenes virksomhet består i å overprøve forvaltningens avgjørelser. Domstolskontrollen anses som en av våre viktigste rettssikkerhetsgarantier mot overgrep eller feil fra det offentlige ovenfor borgerne. Prøvelsesretten går lenger tilbake i tid enn domstolenes prøvelsesrett ovenfor lover, allerede i 1818 avsa Høyesterett en dom hvor de kjente en skatteligning ugyldig. I Kløfta-saken Rt. 1976, s 1 uttaler Høyesterett uttrykkelig at prøvelsesretten betraktes i dag som sikker konstitusjonell sedvanerett. Dette innebærer at Stortinget bare kan frata domstolene kompetansen til å overprøve forvaltningsvedtak ved grunnlovsendring. Eckhoff sier også i sin bok¹ at ” Det er i dag alminnelig antatt at prinsippene om domstolskontroll med forvaltningen et stykke på vei har grunnlovs rang, slik at prøvelsesretten ikke kan oppheves helt eller beskjæres radikalt ved vanlig lov.” Med dette bekrefter han hvilken trinnhøyde domstolenes prøvelsesrett har, men han indikerer også at lovgiver ikke kan gå inn og begrense prøvelsesretten ved formell lov – det må grunnlovsendring til.

Videre følger det av EMK (den europeiske menneskeretts konvensjon av 1952) som er inkorporert som norsk lov jf. Menneskerettsloven av 21/5 1999 nr. 30 § 2. artikkel 6 at ”for å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter eller straffesiktelse mot seg, har enhver rett til rettferdig og borgerlig rettergang av en upartisk domstol opprettet ved lov.” En naturlig språklig forståelse tilsier at domstolene også etter denne bestemmelsen kan overprøve forvaltningsvedtak. Høyesterett har imidlertid fastslått at bestemmelsen er slik å forstå at det avgjørende er at det skjer en overprøving av et uavhengig og upartisk organ etter en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid. Jf. Rt. 2000, s. 1406.

Det har forøvrig lenge hersket stor enighet i juridisk teori og i norsk rett at domstolene har kompetanse til å overprøve forvaltningsavgjørelser. Omfanget og rekkevidden av prøvelsesretten har imidlertid vært omtvistet.

¹ Torsten Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 9. tug. 2010

Lovgivning som gir Fylkesmannen kompetanse til å føre lovlighetskontroll med kommunal virksomhet har lange røtter i norsk lovgivning. Allerede i 1837 var det en bestemmelse i formannskapslovene som gav Fylkesmannen veto, som innebar at kommunestyret måtte behandle saken på nytt dersom fylkesmannen nektet å godta vedtaket. Senere i kommuneloven av 1954 § 60 ble det kodifisert at alle vedtak truffet av kommunestyret kunne automatisk Fylkesmannen føre legalitetskontroll med. Deretter slik vi kjenner ordningen i dag følger det av kommuneloven av 1992 at Fylkesmannen fremdeles har kompetanse til å føre legalitetskontroll av eget tiltak, med det ble i tillegg inntatt adgang for tre av kommunestyrets medlemmer til å klage vedtak fattet av kommunalt forvaltningsorgan inn for Fylkesmannen. Dermed er alle forvaltningskommunale vedtak gjenstand for legalitetskontroll hos Fylkesmannen. Ikke bare vedtak fattet av kommunestyret som var grunnlaget i kommuneloven fra 1954. Dette bidrar til økt kontroll som femmer rettsikkerheten i samfunnet. Og som det følger av forarbeidene til innføringen av lovlighetskontrollen: Ot.prp. nr. 42 (1991-92) s. 202 heter det: ”På denne måten vil lovlighetskontrollen også få mer preg av et middel til å få avklart rettslig tvil, enn et styrings- og kontrollredskap på statens hånd.”

1.3 Avgrensning

Fylkesmannen har to funksjoner når det gjelder prøving av forvaltningsvedtak. For det første opptrer fylkesmannen som alminnelig klageorgan og for det annet som lovlighetskontrollør. Jeg vil avgrense avhandlingen mot å behandle når fylkesmannen opptrer som alminnelig klageorgan. Dette fordi fylkesmannen etter kommuneloven § 59 bare har en begrenset prøvesesrett, i motsetning til når fylkesmannen opptrer som klageorgan. Da kan fylkesmannen prøve alle sider av saken jf. Forvaltningsloven² § 34. som lyder som følger ”Tas klagen under behandling, kan klageinstansen prøve alle sider av

² Lov av 10. februar 1967

saken.” At Fylkesmannen som klage organ kan prøve alle sider av saken, kan også følge av særlovgivningen.

1.4 Metode

Fremstillingen bygger på alminnelig juridisk metode og fremstiller kontroll med forvaltningen de lege lata.

I dette avsnittet vil jeg bare kort si noe om hvilke rettskilder som er relevante for denne avhandlingen og hvilken betydning hver enkelt har i denne sammenhengen. Med rettskilder menes lov, forskrifter, forarbeider, teori, forvaltningspraksis, rettspraksis og reelle hensyn. En rettskildefaktor er en argumentkilde som brukes for å kunne løse rettslige problemstillinger, så som å finne fram til hva som er innholdet i en rettsregel, eller å løse en tvist mellom parter som er uenige. Rettskildeprinsippene angir hvordan rettskildefaktorene skal benyttes og vektlegges.

Lov og forskrift

Som kjent er en naturlig språklig forståelse av lovteksten selve utgangspunktet når lover skal tolkes. Dette skyldes respekt for folkestyret og for myndigheter som har fått i oppgave å gi regler for rettsundersåttene. Kanskje aller viktigst er forutberegnelighet – at borgerne skal kunne innrette seg etter lovteksten.

Hjemmelsgrunnlaget for domstolskontroll er konstitusjonell sedvane og av den grunn kan ordningen bare endres ved grunnlovsendring.

Den sentrale lovbestemmelsen i avhandlingen er kommuneloven § 59 som lyder som følger:

Lovlighetskontroll, opplysningsplikt m.v.

1. Tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget kan sammen bringe avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon inn for departementet til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Det samme gjelder avgjørelser om møter skal holdes for åpne eller lukkede dører, jf. § 31 og avgjørelser om habilitet. Avgjørelser om ansettelse, oppsigelse eller avskjed er ikke gjenstand for lovlighetskontroll.
2. Krav om lovlighetskontroll framsettes for det organ som har truffet den aktuelle avgjørelse. Hvis dette opprettholder avgjørelsen, oversendes saken til departementet.
3. Krav om lovlighetskontroll medfører ikke at iverksettelsen av den påklagede avgjørelsen utsettes med mindre det organ som har truffet avgjørelsen, kommunalt eller fylkeskommunalt organ overordnet dette eller departementet fatter slikt vedtak.
4. Ved lovlighetskontroll skal det tas stilling til om avgjørelsen
 - a. er innholdsmessig lovlig,
 - b. er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse, og
 - c. er blitt til på lovlig måte.

Departementet skal oppheve avgjørelsen hvis det er gjort slike feil at den er ugyldig.

5. Departementet kan på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll.
6. Departementet kan kreve at kommunen og fylkeskommunen gir opplysninger om enkeltsaker eller sider av kommunens og fylkeskommunens virksomhet. Departementet har rett til innsyn i alle kommunale og fylkeskommunale saksdokumenter.
7. Departementet fastsetter nærmere regler om tidsfrister for krav om lovlighetskontroll.

Omfanget og intensiteten av overprøvingen fremgår ikke klart av ordlyden i bestemmelsen og vil bli drøftet gjennom avhandlingen med støtte i andre rettskilder.

Forarbeider

Det er ikke mulig at lovteksten forklarer og treffer/ dekker alt det som lovgiver mener å regulere i loven. Forarbeidene til en lov forklarer hva som ligger i lovens ord og uttrykk, forklarer lovens bakgrunn og sier noe om hva hensynene bak loven eller den enkelte bestemmelse er. Lovteksten og lovforarbeidene må av den grunn ses under ett.

Forarbeidene jeg kommer til å støtte meg til i denne avhandlingen er NOU 1990:13: "Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner" Forarbeidene har relativt stor vekt i denne sammenhengen da de gir veiledning til hvordan kommuneloven skal forstås generelt og konkret. I tillegg foreligger det begrenset med rettspraksis på området. Dessuten er forarbeidene utarbeidet av svært kompetente personer innenfor det kommunalrettslige fagområdet.

Myndighetens praksis

Myndighetenes praksis er også en sentral rettskildefaktor i forvaltningsretten. Med dette mener jeg uttrykk, uttalelser og handlinger fra myndighetene. I denne sammenhengen er det særlig uttalelser fra fylkesmannsembetene i landet, Sivilombudsmannen og Kommunal – og regionaldepartementets uttalelser som er relevante. Generelt sett er ikke myndighetenes praksis tillagt så stor vekt som rettskilde i norsk rett. Innenfor det kommunalrettslige område er derimot uttalelser og praksis lenge vært en sentral kilde i forståelsen av lovbestemmelser.

I denne avhandlingen er det særlig kommunal – og regional departementets rundskriv av juni 2001, H – 2123 som gjør seg gjeldene. De fleste rundskriv er i dag gjort elektronisk

tilgjengelige for publikum. Dette bidrar til at hver enkelt borger lett kan finne frem til disse kilder. Uttalelsene i rundskriv må anses å ha faglig tyngde. De er utarbeidet av personer med særdeles høy kompetanse innenfor det konkrete området.

Det er selvsagt også relevant å se på Fylkesmannesembetenes egen praksis, om hvordan de selv vurderer sin kompetanse ved lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59. Jeg vil allikevel ikke tillegge Fylkesmannens praksis særlig rettskildemessig vekt i denne avhandlingen fordi den er svært vanskelig å få tak i. Da må man eventuelt ha fått innsyn i en eller flere av Fylkesmannens lovlighetsvedtak. Dessuten er det 18 Fylkesmannsembeter i Norge og som følge av dette kan deres praksis være noe ulik.

Rettspraksis

Domstolenes hovedoppgave er ikke å løse fremtidige tolkningsproblemer, men å avgjøre en konkret rettstvist. Rettskildemessig gir domstolene, særlig høyesteretts avgjørelser indikasjoner på hvordan lov og rett skal forstås og anvendes. I tillegg driver domstolene i samvirke med lovgivningen rettskapende virksomhet.

Domstolenes overprøvningskompetanse er utviklet og fastslått gjennom rettspraksis. Av den grunn vil rettspraksis ha betydelig vekt når jeg skal drøfte domstolskontroll med forvaltningsvedtak. Det er særlig Høyesterettsavgjørelser som er av interesse. Rettspraksis er ikke en sentral rettskildefaktor i forhold til Fylkesmannens lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59.

Teori

Det foreligger ganske mye juridisk teori om legalitetskontroll med forvaltningen. Det er spesielt Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 3. utgave 2009 og Torstien Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 9. utgave 2010 som jeg har lagt vekt på i denne avhandlingen. I tillegg til et rikt antall juridiske artikler. Det følger av alminnelig rettskildelære at juridisk teori generelt er en viktig og tungtveiende rettskildefaktor. Høyesterett viser til og med til juridisk teori i sine avgjørelser. Forvaltningsretten er også et rettsområde der juridisk teori og høyesterettspraksis har påvirket hverandre gjennom tidene. Et eksempel på dette er læren om myndighetsmisbruk.

Oppsummert er rettskildesituasjonen god i forhold til problemstillingen om Fylkesmannens lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak sammenlignet med domstolskontroll med forvaltningsvedtak. Hovedforskjellen er at domstolskontrollen er hjemlet i konstitusjonell sedvane og Fylkesmannens lovlighetskontroll er hjemlet i formell lov. I tillegg foreligger det en del rettspraksis om domstolskontroll med forvaltnings vedtak, noe som ikke er tilfellet for Fylkesmannens lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak.

1.5 Begrepsavklaring

Innledningsvis er det hensiktsmessig å forklare hva som ligger i begrepet ”forvaltningsskjønn”. Det har vært ulik oppfatning i juridisk teori hvordan dette skal defineres. Graver forklarer begrepet ”forvaltningsskjønn” med at ”det siktes til det spillerom loven gir organet til selv å vurdere hva vedtaket skal gå ut på”.³ En naturlig språklig forståelse av at en avgjørelse skal bero på ”skjønn” indikerer at det er snakk om en ”vurdering” som skal foretas. Et skille er når lovgiver velger å bruke vage eller skjønsmessige ord og uttrykk for å angi hva forvaltningen har kompetanse til. Kontra når lovgiver benytter seg av ordet ”kan” for å angi at det foreligger kompetanse. Echhoff betegner førstnevnte som ”rettsanvendelsesskjønn” og andre for ”kan-skjønnet”. Som

³ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* 3. utg. s.253-285

illustrasjon på at også Høyesterett skiller mellom ”rettsanvendelsesskjønn” og ”kan-skjønn” finner vi i en nyere dom.

I Rt. 2007, s. 1573 (Krekar) gikk saken ut på overprøvelse av forvaltningens tolkning av Utlendingsl. av 1998 § 30, annet ledd bokstav a. Bestemmelsen omhandlet dels om utvisning var ”nødvendig” av hensyn til rikets sikkerhet, dels sa den at forvaltningen – når nødvendighetskriteriet er oppfylt – ”kan” treffe vedtak om utvisning. Høyesterett anså både spørsmålet om hva som var ”nødvendig” og ”kan-skjønnet” for å være unndratt for domstolskontroll. Videre presiserer Høyesterett: ”at det for øvrig blir lite igjen av dette kan-skjønnet når utvisningen forutsetter at en slik reaksjon er nødvendig.” Med andre ord kan man spørre seg hvilken frihet har forvaltningen egentlig til å velge? Saken illustrerer at det ikke er noe skarpt skille mellom frihet til å treffe avgjørelse eller la være, og frihet til og bestemme hva avgjørelsen skal gå ut på. I den videre fremstillingen vil jeg bruke uttrykket ”forvaltningsskjønn” som en sammenfattende betegnelse.

Poenget er at det må foreligge et kompetansegrunnlag som gir forvaltningen en form for ”frihet” til å vurdere om et vedtak skal treffes og eventuelt frihet til å fastsette vedtakets nærmere innhold. Vurderinger er nødvendige når avgjørelser skal treffes på grunnlag av generelle regler av mange grunner. Hovedpoenget er at lovgiver i situasjoner bevisst gir forvaltningen en fullmakt til selv å vurdere hvordan deres kompetanse skal benyttes. Som regel benytter lovgiver seg av ord og uttrykk som ”nødvendig”, ”forholdsmessig”, ”forsvarlig”, m.m. i lovteksten. Eller som nevnt ved å benytte seg av ”kan” i bestemmelsen for å formidle til forvaltningen at det er rom for ”skjønn”. På denne måten gir lovgiver forvaltningen den nødvendige kompetanse til å bestemme over vedtakets nærmere innhold.

Begrunnelsen for å hevde at forvaltningen er underlagt ”forvaltningsskjønn” må altså fremgå etter en tolkning av den bestemmelsen som forvaltningen bygger sin kompetanse på. Det finnes en rekke lovbestemmelser som gir forvaltningen såkalt ”forvaltningsskjønn”. I noen tilfeller er forvaltningens kompetansegrunnlag fullstendig regulert ved at både betingelsessiden og rettsfølger siden er utformet. I andre tilfeller fastslår loven kompetansebetingelsene, og overlater så til forvaltningen å vurdere hva utfallet skal bli.

Hovedpoenget er at lovgiver gir forvaltningen adgang til å velge om og eventuelt hvordan vedtakskompetansen skal benyttes. Det skjønnet som ligger til grunn for forvaltningens vurderinger og standpunkt som fattes på bakgrunn av en slik hjemmel kan domstolene ikke overprøve.

Med andre ord er vurderingen underlagt forvaltningens skjønn, begrenses borgernes mulighet for å prøve forvaltningens skjønnutøvelse for domstolene. Domstolenes oppgave er jo å overprøve det rettslige og ikke det politiske. Domstolene kan derfor i utgangspunktet ikke overprøve forvaltningens skjønnutøvelse. Domstolenes overprøvelsesrett er imidlertid ikke helt begrenset. Noe vern mot vilkårlig maktutøving må jo borgerne ha. Dersom domstolene eller Fylkesmannen skulle anse seg kompetent til å prøve forvaltningens vedtak, vil kontrollinstansen gå over i å ta stilling til om forvaltningen har holdt seg innenfor de rammer som følger av rettsgrunnlaget for deres myndighet. Dette skal vi komme nærmere inn på etter hvert i avhandlingen.

Innledningsvis er det også hensiktsmessig og si noe om innholdet i legalitetsprinsippet. Det følger av legalitetsprinsippet at forvaltningen må ha lovhjemmel for å treffe vedtak som griper inn i borgernes rettsstilling⁴. Eckhoff har i sin bok⁵ en negativ forklaring av begrepet. Som kjent må forvaltningen ha kompetanse for å treffe rettslige beslutninger. Denne kompetansen kan følge av Grunnlovens spesielle kompetanseregler, avtale, organisasjons – og instruksjonsmyndighet, eierrådighet eller av sedvane. Dersom ingen av disse kompetansegrunnlagene strekker til, må forvaltningen ha hjemmel i lov for at den rettslige beslutningen skal anses gyldig. Kravet til legalitet utgjør den sentrale begrunnelse og fundament for domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak. Legalitetsprinsippet er med på å sikre borgeren en stor grad av forutsigbarhet, idet borgeren aldri behøver å være på vakt mot overgrep eller avgjørelser som hun, ettersom det ikke finnes grunnlag for dem i rettsreglene, ikke forventer. Ved domstolskontroll vil borgerne få prøvet om forvaltningen

⁴ Johs. Andenæs og Arne Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 10. utg s. 359-366

⁵ Echhoff og Smith, Forvaltningsrett, 9. utg. kap. 23

hadde hjemmel til å treffe vedtaket, med den konsekvens at dersom forvaltningsorganet har fattet et vedtak det ikke har kompetanse til, bli kjent ugyldig av domstolene.

1.6 Den videre fremstilling

I den følgende fremstilling vil jeg belyse problemstillingen. Først ut er kapittel 2 hvor jeg skal si noe om hensynene bak domstolskontroll og fylkesmannens lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak. Deretter følger kapittel 3 som handler om forutsetningene for at prøvingen skal finne sted, altså de prosessuelle vilkår for domstolskontroll og fylkesmannens lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak. Så kommer kapittel 4 der overprøving av forvaltningens personelle og prosessuelle kompetanse blir behandlet. Så kommer hovedkapittelet i avhandlingen som omhandler overprøving av forvaltningens materielle kompetanse. Kapittel 6 handler om ugyldighet og avslutningsvis kapittel 7 hvor jeg skal redegjøre for de funn jeg har kommet frem til etter og ha sammenlignet de to kontrollorganenes prøving av forvaltningsvedtak. Hele veien har jeg valgt å sette det opp slik at jeg i hvert kapittel først behandler domstolene, deretter fylkesmannen og kommer med en ”konklusjon” før jeg går videre.

2 Hensyn

I dette kapittelet skal jeg redegjøre nærmere for de hensyn som gjør seg gjeldene ved domstolskontroll med forvaltningsavgjørelser og Fylkesmannens lovlighetskontroll med forvaltningsavgjørelser.

Domstolene driver som kjent med legalitetskontroll. De har plikt til å ta stilling til de konkrete saker som blir lagt frem for retten. Formålet med domstolskontroll med forvaltningsavgjørelser er å kunne se til at ikke forvaltningen treffer avgjørelser som går utenfor deres kompetanse, og påse at de ikke gjør personelle, materielle eller prosessuelle feil. Ved domstolskontroll vil borgerne få prøvet forvaltningsvedtakets lovlighet for domstolene. Borgernes rettsikkerhet ovenfor staten står sentralt som hovedhensyn her. Altså å påse at borgerne er beskyttet mot overgrep fra det offentlige. Det er også positivt at domstolene som uavhengige fra den ”utøvende makt” overprøver forvaltningens vedtak, med nettopp den begrunnelse at et ”uavhengig” organ fører kontroll med et annet. Dessuten er domstolene besatt med svært dyktig juridisk kompetanse, noe som ikke alltid er situasjonen i forvaltningen. Dette fremmer rettsikkerheten i samfunnet og kan bidra til økt antall riktige forvaltningsavgjørelser. Et annet hensyn som gjør seg gjeldene er hensynet til effektivitet. Det at borgeren kan velge å gå rett til domstolene å få overprøvd et vedtak han er misfornøyd med, avlaster forvaltningens kontrollinstanser.

Det norske samfunnet er bygd opp slik at staten har det overordnede ansvar for styringen av samfunnet. Kommunene og Fylkeskommunene er etablert av staten, og det er staten som gjennom lovgivningen bestemmer hvordan disse skal organiseres og hvilke oppgaver de skal ilegges. Med dette kan vi si at kommunene og fylkene utøver delegert statsmyndighet.

Dette legitimerer at statlige institusjoner fører løpende kontroll med fylkeskommunale og kommunal virksomhet.

Med andre ord er regler om lovlighetskontroll et middel til å få avklart rettslig tvil uten å måtte gå til domstolene. Hensynet til rettssikkerhet, faglig kvalitet på forvaltningsavgjørelser, hensynet til den offentlige forvaltnings omdømme og behovet for å ivareta grunnleggende nasjonale målsettinger, er viktige begrunnelser for bestemmelsen om lovlighetskontroll.

Et viktig utgangspunkt for reglene er at systemet representerer en sikkerhetsventil. Både regler for utvidet intern kontroll i kommunene, samt utvidet klageadgang, reduserer behovet for statlig tilsyn og kontroll. Disse hensyn er også av betydning ved vurderingen av om en sak skal tas opp etter eget initiativ.

En av de oppgavene som kommunene har er å ha ansvaret for at borgerne får de velferdsgoder de har krav på. Eksempelvis innenfor helsevesenet eller i skolen. Hensynet til å være sikker på at borgerne får de velferdsgoder de har krav på i sin kommune tilsier at statelig kontroll er nødvendig. Dette fremmer likebehandling, at borgerne får de tjenestene de har krav på uavhengig av hvilken kommune de bor i. Samtidig fremmer kontrollen borgernes rettssikkerhet. Et annet hensyn som taler for at fylkesmannen fører legalitetskontroll er at i mange kommuner er det lite eller ingen høyere juridisk kompetanse. Hos fylkesmannsembetene i landet er det egne juridiske avdelinger og samt flere dyktige jurister i mange av de andre ulike avdelingene. Et tredje hensyn er at det kan være positivt at fylkeskommunen overprøver et vedtak i de tilfeller det har oppstått strid i kommunen. At en utenforstående kommer inn og ser på avgjørelser med andre øyne. Fylkesmannen er videre en statlig innstans som har sitt virke ute i de områdene hvor lokalpolitiske vedtak fattes og legalitetskontrollen bidrar til at uheldige beslutninger unngås.

Det hensynet som kanskje taler mot overprøving av kommunale vedtak hos fylkesmannen er hensynet til lokaldemokratiet. At hver enkelt borger skal være med og bestemme over sin hverdag og lokalmiljø. Dette hensynet er tillagt stor vekt i norsk politikk. Men, det kan allikevel forsvares med at lovlighetskontrollen som føres etter kommuneloven § 59 innebærer ikke en så omfattende og inngående prøving som når fylkesmannens opptrer som ordinær klageinstans og som kjent prøver alle sider av saken jf. Forvaltningsloven § 34. På denne måte ivaretas hensynet til desentralisering i større grad.

Hovedhensynet som gjør seg gjeldene for begge kontrollinstansene er hensynet til rettsikkerhet, som er grunnleggende i en rettsstat og svært viktig i et moderne rettighetsbasert velferdssamfunn. Overprøvingsadgang og kontroll med forvaltningsvedtak fungerer som en viktig rettsikkerhetsgaranti ved at klageadgangen gir partene adgang til å prøve forvaltningens avgjørelser på nytt, mens legalitetskontrollen representerer en etterfølgende lovlighets eller gyldighetskontroll.

Oppsummert kan vi si at både domstolskontrollen og Fylkesmannens lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak bidrar til rettsikkerhet for borgerne i det norske samfunnet og det bidrar til økt antall riktige forvaltningsvedtak. Et argument for lovlighetskontroll for Fylkesmannen kontra domstolene kan være at Fylkesmannen ivaretar hensynet til lokaldemokratiet, det kan være en raskere behandlingstid, dessuten koster det ofte mye tid og penger å føre en sak for domstolene som gjør at lovlighetskontroll hos fylkesmannen er mye mer ressurs gunstig.

Hvilke forskjeller kan vi trekke opp, med tanke på de hensynene som gjør seg gjeldende for Fylkesmannens lovlighetskontroll og domstolskontroll med forvaltningsavgjørelser? Hovedforskjellen er nok at ved Fylkesmannens lovlighetskontroll bidrar ordningen til at kommunale forvaltningsorganer løser de oppgaver de er pålagt., av folkevalgte organer så vel som overordnede organer. Dette bidrar til å styrke den sentrale styringen av forvaltningsapparatet, ordningen verner om den demokratiske styreform og bidrar til

større effektivitet. Mens ved domstolskontroll er nok hensynet til å beskytte den enkelte mot overgrep som er det sentrale.

3 Prosessuelle vilkår

I dette kapittelet skal jeg redegjøre for de prosessuelle betingelsene som må være oppfylt for å kunne fremme en lovlighetsklage inn for domstolene sammenlignet med vilkårene for å fremme lovlighetsklage inn for Fylkesmannen.

Søksmål for domstolene med krav om å få prøvd lovligheten av en forvaltningsavgjørelse må som kjent oppfylle de generelle reglene og prosesskrav som følger av lov av 17. juni 2005 nr. 90 om megling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Man har to muligheter når man er misfornøyd med en forvaltningsavgjørelse. Man kan klage vedtaket inn for overordnet forvaltningsorgan eller man kan gå rett til domstolene.

Tvl. § 1-3 gir en samlet regulering av søksmålsbetingelsene for fastsettelses- og fullbyrdelsessøksmål. For det første oppstilles det krav til tvistegjenstanden jf. § 1-3 første ledd, det må foreligge et ”rettskrav”. I tillegg må det foreligge et ”reelt behov” for rettslig avklaring. Tvl. § 1-3 begrenser søksmålsadgangen til å gjelde forhold som reguleres av rettsregler, og til å gjelde for personer eller sammenslutninger som har et aktuelt og beskyttelsesverdig behov for å få avklart sin rettslige posisjon overfor andre eller det offentlige. I § 1-3 andre ledd andre punktum er det fastsatt at hvorvidt det foreligger et slikt behov, skal avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det. Sagt på en annen måte, en naturlig språklig forståelse tilsier at man må ha et reelt behov for å gå til sak, og kravet må være et rettslig krav. Det kan for eksempel ikke være et krav om å få avgjort en tvist om spilleregler i håndball. Domstolene skal drive med legalitetskontroll av juridiske forhold. Bestemmelsen omfatter alle slags rettigheter og

plikter, som eiendomsrett, panterett og krav om at et forvaltningsvedtak skal kjennes ugyldig. At man bare kan få dom for ”rettskrav” betyr at man eksempelvis ikke kan få dom for om en handling er moralsk eller umoralsk.

Dersom vilkårene etter Tvl. § 1-3 ikke er til stede, skal retten avvise saken av eget tiltak. Motsetningsvis oppfyller man kravene, kan man gå til domstolene med krav om å prøve lovligheten av forvaltningsvedtaket.⁶

Etter kommuneloven § 59 nr. 1 kan ”tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget” bringe en sak inn for Fylkesmannen til lovlighetskontroll. Retten til å bringe lovlighetsklage for Fylkesmannen begrenser seg altså til kun å anvendes av tre eller flere medlemmer av kommunestyret - eller fylkestinget. Videre fastsetter kommuneloven § 59 nr. 5 at ”departementet kan på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll”. Dette innebærer at fylkesmannen kan føre lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak av eget tiltak. I følge forarbeidene er bakgrunnen for denne ordningen at det ville være lite heldig om statlige myndigheter skulle stå maktesløse dersom ingen klageberettigede har interesse i å få overprøvd vedtaket.⁷ I tillegg kan det oppstå tilfeller der nye opplysninger eller andre forhold kommer frem som gir grunn til å se nærmere på et vedtak.

Dette står i kontrast til domstolenes prøvelsesrett med forvaltningsvedtak. Det anses som sikker rett at domstolene ikke kan ta opp en sak av eget tiltak. Det følger imidlertid av forarbeidene at bestemmelsen om at Fylkesmannen kan ta opp en sak av eget tiltak er ment som en sikkerhetsventil.⁸ Departementet fremhever i sitt rundskriv H-2123⁹ at Fylkesmannen i sin vurdering om lovlighetskontroll skal iverksettes skal vektlegge om anmodningen om lovlighetskontroll kommer fra sakens parter. Og han må se på hvor viktig vedtaket er for partene, hvilke konsekvenser som gjør seg gjeldende dersom vedtaket blir stående. Det bør med andre ord hefte stor tvil før denne kompetansen benyttes.

⁶ Anne Robberstad, Sivilprosess 2009

⁷ Ot.prp. nr. 42 s. 203

⁸ Ot.prp. nr. 42 s. 203

⁹ kommunal – og regional departementets rundskriv av juni 2001, H – 2123

Videre fremgår det av kommuneloven § 59 at det er ”avgjørelser” som kan prøves. Det antas at begrepet er videre en forvaltningslovens § 2 og omfatter alle beslutninger som avgjør en realitet. Det følger av rundskriv H-2123¹⁰ at ved vurderingen av om det er tale om en ”avgjørelse” i kommunelovens forstand, må det være bestemmende hvilke rettsvirkninger avgjørelsen har. Generelt kan sies at beslutninger som avgjør realiteten i en sak anses som ”avgjørelse” i henhold til kommunelovens § 59. Spørsmålet må for øvrig vurderes konkret i den aktuelle saken. Det er den endelige avgjørelsen i saken som er gjenstand for kontroll, dvs. det vedtaket som avslutter saken. I forarbeidene¹¹ til kommuneloven står det: ”Legalitetskontrollen omfatter bare de forvaltningsrettslige/ offentligrettslige og ikke de rent privatrettslige sider ved et vedtak. Dersom kommunestyret f. eks. vedtar at det ikke oppfatter seg som bundet av en kontrakt, er det ikke Fylkesmannens oppgave å etterprøve om dette standpunktet er forsvarlig eller riktig fra kommunestyrets side. Fylkesmannen skal heller ikke vurdere om en innrømmelse av erstatningsansvar, eller det å benekte erstatningsansvar, er riktig i forhold til erstatningsrettens regler ”

I motsetning til domstolene er det bare de forvaltningsrettslige sidene som Fylkesmannen kan ta stilling til, ikke de privatrettslige. Domstolene kan selvsagt ta stilling til både de forvaltningsrettslige og de privatrettslige krav som eksempelvis avgjøre et erstatningsspørsmål i relasjon til et vedtak truffet av et kommunalt forvaltningsorgan.

¹⁰ kommunal – og regional departementets rundskriv av juni 2001, H – 2123

¹¹ NOU-1990-13

4 Prøving av forvaltningens personelle og prosessuelle kompetanse

I dette kapitlet skal jeg forsøke å belyse om domstolene og fylkesmannen kan overprøve om forvaltningen har handlet i henhold til sin personelle – og prosessuelle kompetanse.

4.1 Domstolene

Det følger av rettspraksis og juridisk teori at det ikke er særlig tvilsomt at domstolene kan prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor sin personelle og prosessuelle kompetanse. I Naturfredningsdommen¹² uttaler Høyesterett uttrykkelig at domstolene kan prøve ”om det foreligger saksbehandlingsfeil.” Et annet eksempel er Isne-dommen¹³ hvor Høyesterett kjente et forkjøpsvedtak ugyldig fordi det ikke tilfredsstilte kravene til forsvarlig saksbehandling.

Domstolene prøver de saksbehandlingsregler som følger av forvaltningsloven, særlovgivningen og ulovfestede saksbehandlingsregler som kravet til forsvarlig saksbehandling.

Det er sikker rett at domstolene prøver om forvaltningsvedtaket er truffet av rett organ eller tjenestemann i henhold til den personelle kompetanse. Se Rt. 1990 s. 1001, saken gjaldt bygningsrådets vedtak som nektet byggetillatelse. Det viste seg at vedtaket var i strid med daværende bygningslov § 95 nr. 2, annet ledd fordi bygningsrådet ikke hadde gitt formannskapet som hadde veirett spørsmål om tillatelse til å benytte gang og sykkelvei som adkomst. Høyesterett kjente vedtaket ugyldig fordi det forelå kompetansemangel. Avgjørelsen var ikke gjort i medhold av tillatelse fra rett organ.

¹² Rt. 1995 s. 1427

¹³ Rt. 1981 s. 745

4.2 Fylkesmannen

Det følger av kommuneloven § 59 nr 4, bokstav b at det ved Fylkesmannens lovlighetskontroll skal tas stilling til ”om vedtaket er truffet av noen som har myndighet til å treffe en slik avgjørelse.” En naturlig språklig forståelse tilsier at Fylkesmannen har kompetanse til å overprøve om forvaltningsvedtaket er truffet i henhold til den personelle kompetanse. Fylkesting og kommunestyre har kompetanse til å delegere sin myndighet til kollegiale organ, og disse kan delegere myndigheten videre som hovedregel¹⁴.

Fylkesmannen har jf. Kommuneloven § 59 nr 4, bokstav b kompetanse til å kontrollere om det foreligger en gyldig delegasjonsrekke.

Det følger videre av kommuneloven § 59 nr 4, bokstav c at Fylkesmannen skal ta stilling til om ”avgjørelsen er blitt til på lovlig måte.” I dette ligger kompetanse til å overprøve om forvaltningsorganet har fulgt de prosessuelle krav. De saksbehandlingsregler det siktes til er de som følger av forvaltningsloven, kommuneloven, særlovgivningen i tillegg til de ulovfestede prinsipper for god forvaltningsskikk.

4.3 Konklusjon

Oppsummert kan vi konkludere med at både domstolene og Fylkesmannen kan overprøve de personell og prosessuelle sidene av et forvaltningsvedtak. Omfanget av prøvingen er sammenfallende.

¹⁴ Torsten Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 9. utg. 2010, kap. 8 og 9

5 Prøving av forvaltningens materielle kompetanse

I dette kapitlet skal jeg redegjøre for om domstolene og Fylkesmannen har kompetanse til å prøve om forvaltningsvedtaket har lovlig innhold – prøvelse av vedtakets materielle side. Dette beror på en tolkning av forvaltningens kompetansegrunnlag i det enkelte tilfellet.

Jeg har disponert kapitlet slik at jeg behandler overprøving av faktum først, så forvaltnings lovtolkning, forvaltningens subsumsjon og til slutt forvaltningens hensiktsmessighetskjønn. Jeg vil hele veien behandle domstolene først, så Fylkesmannen etterfulgt av konklusjon før jeg går videre.

5.1 Overprøving av faktum

I dette avsnittet skal jeg behandle om kontrollorganene har kompetanse til å overprøve om forvaltningen har fattet vedtak på bakgrunn av riktige faktiske forhold.

5.1.1 Domstolene

Det følger blant annet av Rt. 1960 s 1374 at domstolene kan overprøve om forvaltningen har bygget vedtaket på riktig faktum. Saken gjaldt en drosjeeier som ikke fikk fornyet sin drosjebevilling. Samferdselsdepartementet begrunnet vedtaket med at drosjeeieren ikke hadde tatt godt nok vare på bilene sine. Det viste seg imidlertid at det ikke vare noe å utsette på behandlingen av kjøretøyene. Første voterende uttalte på side 1378: ”At domstolene kan prøve holdbarheten av det faktiske grunnlag en slik avgjørelse bygger på, anses som sikkert fastslått”. Høyesterett kom frem til at vedtaket var truffet på et sviktende faktisk grunnlag og kjente vedtaket ugyldig. Samferdselsmyndighetene la altså feil fakta til grunn for sitt vedtak, dette kan domstolene overprøve.

Forutsatt at situasjonen var slik at samferdselsmyndighetene i denne dommen hadde kommet frem til at det forelå ”dårlig vedlikehold” fordi de stilte strenge krav til vedlikehold av drosjene. Da kunne domstolene som hovedregel ikke overprøvd om betingelsene var for strenge, fordi denne vurderingen antageligvis vil være overlatt til forvaltningens ”skjønn”. En annen dom som er av interesse er Rt. 1995 s 1499. Saken gjaldt gyldigheten av eiendomsskattetakst fastsatt av overtakstnemda for Ranaverkene med overføringslinjer til Hemnes kommune. Det følger av Eiednomsskatteloven¹⁵ § 5 at eiendomsskatten for kraftverk skal vurderes på skjønn over kraftverkets salgsværdi. Det følger av juridisk teori og rettspraksis at denne skjønnsmessige vurderingen ikke kan overprøves av domstolene. Høyesterett kom allikevel til at vedtaket kunne overprøves og kjente vedtaket ugyldig. Bakgrunnen for dette er at overtakstnemda hadde lagt feil faktum til grunn ved sin fastsettelse av kraftverkets salgsværdi. Dommen er et eksempel på at domstolenes adgang til å overprøve om forvaltningen har bygget sin avgjørelse på riktig faktum gjelder også i de tilfellene der faktum er det faktiske grunnlaget for forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser. Domstolene kan i begge de overnevnte tilfellene prøve om forvaltningen har bygget vedtaket på riktig faktum.

5.1.2 Fylkesmannen

En naturlig språklig forståelse av kommuneloven § 59 nr 4, bokstav a ”innholdsmessig lovlig” indikerer at Fylkesmannen kan overprøve om vedtakets innhold er i samsvar med gjeldene rett. Om hvorvidt de kan overprøve om vedtaket er fattet på bakgrunn av riktige faktiske forhold fremstår som noe uklart ut ifra ordlyden alene.

Forarbeidene gir veiledning i denne sammenheng. Her fremgår det at i kravet om at avgjørelsen skal ha blitt til på lovlig måte ”omfatter også krav til de faktiske og vurderingsmessige premisser avgjørelsen bygger på, den skal bygge på et korrekt og

¹⁵ Lov av 18. august 1911 nr. 9

fullstendig faktum.” Det fremgår videre av rundskriv H – 2123¹⁶ at ”forvaltningsvedtaket skal bygge på et korrekt og fullstendig faktum” og at ”slike faktiske og vurderingsmessige premisser for en avgjørelse også er gjenstand for prøving.”

Rettsikkerhetshensyn og hensiktsmessighetshensyn taler også for at Fylkesmannen skal kunne overprøve at forvaltningen har bygget på korrekt faktum.

Det at domstolene har kompetanse til å overprøve det faktum som ligger til grunn for forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser tilsier at Fylkesmannen også har denne kompetansen. Det foreligger ingen spesiell kompetanse som tilsier at domstolene skulle være mer kompetente til å overprøve om forvaltningen har bygget sin avgjørelse på riktig faktum. Av den grunn vil antagelig Fylkesmannen ved lovlighetskontroll ha kompetanse til å føre legalitetskontroll av samme rekkevidde som domstolene ved overprøving av faktum.

5.1.3 Konklusjon

Oppsummert kan domstolene og fylkesmannen overprøve om forvaltningen bygger sine vedtak på korrekt faktum. Så langt er kontrollorganene sammenfallende i sin lovlighetskontroll.

¹⁶ kommunal – og regional departementets rundskriv av juni 2001, H – 2123

5.2 Overprøving av forvaltningens lovtolkning

Her vil jeg behandle om kontrollinstansene kan overprøve forvaltningens tolkning av en aktuell lovbestemmelse. I hvilken utstrekning kontrollorganene kan overprøve forvaltningens subsumsjon vil bli behandlet i kapittel 5.3

5.2.1 Domstolene

Det foreligger flere Høyesterettsdommer hvor domstolene overprøver forvaltningens lovtolkning. I Rt. 1969, s. 568 fremhever førstvoterende at ”domstolene får i disse saker begrense seg til å kontrollere om avgjørelsen ligger innenfor rammen av et forsvarlig skjønn, og om det bygger på en riktig tolkning av loven og dens formål.” Et annet eksempel er Rt. 1933 s.548 hvor høyesterett uttaler: ”At domstolene er berettiget til at paase at et kommunestyre utøver sin myndighet innen de grenser som vedkommende lov enten uttrykkelig eller ved sitt tydlige formaal har optrukket er ikke tvilsomt.”

Hovedregelen er altså at forvaltningens lovtolkning kan overprøvers. Det er også sagt uttrykkelig i en noe nyere høyesterettsavgjørelse. I Rt. 1995 side 72 uttalte høyesterett at den vanlige kontrollen med forvaltningens utøvelse av en skjønnsmessig myndighet: ”Vil si at domstolene kan fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold og prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av denne.”

I visse situasjoner kan det imidlertid diskuteres om domstolene kan overprøve forvaltningens lovtolkning. Vage ord og uttrykk blir i noen tilfeller tolket slik at de har et ”kjerneområde” og en ”randsonen”.¹⁷ Fakta som faller innenfor kjerneområdet, er forvaltningen bundet til å henføre under begrepet, mens den som utgangspunkt står fritt ved bedømmelsen av fakta som ligger i randsonen. Slik ble utlendingslovens begrep ”flyktning” tolket i Rt. 1991 s. 586.(Sur – place flyktning) Saken gjaldt en mann fra Somalia som ikke

¹⁷ Torsten Echhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 9. utg. 2010, s. 400

hadde vært i slik fare at han av den grunn hadde måttet forlate hjemlandet. Men, da han kom til Norge deltok han i aktiviteter som gjorde det farlig for han å reise hjem. Høyesterett uttalte at man befant seg i ”flyktningsbegrepets” randsone, og at det derfor måtte godtas at han var nektet status som flyktning. Førstvoterende uttalte: ”Utenfor kjerneområdet vil det være opp til norske myndigheter å gjøre seg en samvittighetsfull oppfatning av hvorledes flyktningbegrepet praktiseres. Domstolenes prøvelsesrett vil da neppe bli mer omfattende enn ved prøving av forvaltningsvedtak truffet etter fritt skjønn” Høyesterett konkluderte med at de ikke kunne overprøve forvaltningens lovtolkning.¹⁸

Det har vært ulik oppfatning i juridisk teori om domstolene har adgang til å overprøve forvaltningens lovtolkning. Eckhoff¹⁹ legger til grunn at ”generell lovtolkning alltid er en rettslig oppgave”. Graver²⁰ hevder det ikke kan oppstilles en ”fast regel som sier at domstolene aldri overlater deler av den generelle lovtolkningen til forvaltningen.” Han sier allikevel at ”det må mer til for at den generelle lovtolkningen skal anses å være unndratt domstolskontroll enn den konkrete subsumsjonen.”

Et viktig skille er situasjoner der domstolene anses å ha kompetanse til å overprøve, men velger å avstå fra å bruke den av ulike grunner. Med de situasjonene der domstolene faktisk ikke har kompetanse til å overprøve forvaltningens lovtolkning.

Etter alminnelig rettskildelære kan det forsvares at domstolene kan overprøve forvaltningens lovtolkning. Hensynet til borgernes rettsikkerhet gir tungtveiende argumenter for at domstolene skal overprøve forvaltningens lovtolkning. Dessuten er lovtolkning åpenbart domstolenes ekspertise. Noe som kanskje ikke alltid er tilfellet for forvaltningen. Har forvaltningsorganet tolket en lovbestemmelse feil i relasjon til vedtaket kan situasjonen være at forvaltningen ikke hadde hjemmel for å fatte vedtaket i

¹⁸ Eckhogg og Smith, Forvaltningsrett, 9.utg. 2010, s. 400-401

¹⁹ Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, 9. utg. 2010

²⁰ Graver, Alminnelig Forvaltningsrett, 3. utg. 2009

utgangspunktet. På bakgrunn av dette kan legalitetsprinsippet gi grunnlag for at domstolene skal kunne overprøve forvaltningens lovtolkning.

På bakgrunn av de kildene jeg har henvist til, konkluder jeg med at domstolene som hovedregel har kompetanse til å overprøve forvaltningens lovtolkning. Men, domstolene kan avstå fra å benytte seg av denne kompetansen.

5.2.2 Fylkesmannen

Det følger av kommuneloven § 59, nr. 4, bokstav a ordlyden ”innholdsmessig lovlig” at Fylkesmannen har kompetanse til å overprøve forvaltningsorganet sin lovtolkning. Har forvaltningsorganet feiltolket hjemmelsgrunnlaget kan resultatet bli at nødvendig lovhjemmel ikke foreligger. Med dette vil forvaltningsvedtaket ikke være innholdsmessig lovlig. Fylkesmannens legalitetskontroll skal etter de retningslinjer som er gitt i rundskriv H-2123²¹ revidert versjon omfatte kontroll om den materielle kompetanse foreligger, altså om avgjørelsens innhold er i samsvar med gjeldende regler. Det følger videre av NOU 1990:13 at begrepet ”innholdsmessig lovlig” omfatter både et krav om at vedtaket ikke skal stride mot lov og om nødvendig ha hjemmel i lov.

Hensynet til rettsikkerhet og effektiv lovlighetskontroll som bidrar til å avdekke feil ved forvaltningsvedtak er tungtveiende argumenter for at Fylkesmannen bør prøve lovtolkningen. Jeg ser rimelig klart at det foreligger tilstrekkelige rettskilder for å konkludere med at Fylkesmannen har kompetanse til å føre kontroll med forvaltningens lovtolkning. Herunder vil de ha kompetanse til å overprøve det skjønn som utøves i forbindelse med den generelle tolkningen av en rettsregel, typisk prøving av hva som ligger i skjønnsmessige ord og uttrykk i loven. Se som eksempel tidligere plan og bygningsloven § 78, nr. 1 som fastslår at: ”I boligstrøk ikke må føres opp bedrifter og anlegg eller drives virksomhet som etter kommunens skjønn vil medføre særlig brannfare eller vesentlig ulempe for beboerne i strøket.” I relasjon til denne bestemmelsen vil Fylkesmannen ha

²¹ kommunal – og regional departementets rundskriv av juni 2001, H – 2123

kompetanse til å overprøve om kommunen har tolket begrepene ”særlig brannfare” og ”vesentlig ulempe” riktig i henhold til gjeldene rett. Selve vurderingen er underlagt kommunens hensiktsmessighetsskjønn, som vil bli behandlet i kapittel 5.4

5.2.3 Konklusjon

Oppsummert kan vi konkludere med at både fylkesmannen og domstolene har kompetanse til å overprøve forvaltningens lovtolkning. Herunder også hva som ligger i skjønsmessige ord og uttrykk i lovbestemmelsen. Domstolen avstår unntaksvis fra å benytte seg av denne kompetansen.

5.3 Prøving av forvaltningens konkrete rettsanvendelse – subsumsjonen

Her vil jeg behandle om kontrollinstansene har adgang til å overprøve forvaltningens subsumsjon. Subsumsjon er en av flere prosesserer rettsanvendere går igjennom i rettsanvendelsesprosessen. Det rettsanvenderen gjør når han subsumerer er å anvende rettsregelen på et bestemt forhold. Problemstillingen blir som følger: kan domstolene kontrollere subsumsjonen fullt ut, med andre ord sjekke om betingelsene i hjemmelsgrunnlaget er til stede i den konkrete saken?

5.3.1 Domstolene

Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolen kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også den konkrete subsumsjonen ved lover som gjør inngrep ovenfor den enkelte. Unntak fra denne hovedregel, må særskilt begrunnes.

Dette følger uttrykkelig av Rt. 1995 s. 1427, Naturreservatdommen. Saken reiste spørsmålet om domstolene kunne overprøve forvaltningens vedtak som gikk ut på å frede to vann med de nærmeste omgivelser som naturreservat i medhold av naturvernloven²². Det var vilkåret om hvorvidt det forelå ”spesiell naturtype” etter naturvernloven § 8 som skapte tvist. Spørsmålet var så om domstolene kunne overprøve forvaltningens vurdering av om dette området oppfylte vilkåret til å være ”en spesiell naturtype”? Med andre ord en overprøvelse av forvaltningens subsumsjon. Høyesterett uttalte at ”det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolen kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også den konkrete subsumsjonen ved lover som gjør inngrep ovenfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettsikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må det særskilt begrunnes.” Dommer Backer la til grunn at formuleringen ”spesiell naturtype” ikke var av et slikt slag at domstolene måtte holde fingrene fra fatet. Tvert om ”er det av særlig viktighet for den enkelte som rammes av et fredningsvedtak, at det kan føres vanlig domstolskontroll med at forvaltningen holder seg innenfor lovens

²² Lov av 19. juni, 1970 nr. 63

rammer” Annenvoterende, dommer Tjomsland, var av motsatt oppfatning. Han sa ikke, som staten hadde gjort, at lovbetingelsen ”spesiell naturtype” bare er en retningslinje for skjønnsutøvelsen, ikke et grunnvilkår for å kunne frede området. Dommer Tjomsland konkluderte likevel med at retten ikke kunne kontrollere den konkrete lovanvendelsen. Dissensen fikk tredje-, fjerde og femtevoterende, dommer Aarbakke, Langvand og Sinding-Larsen, til å forsterke hovedregelen om full domstolskontroll. De uttalte: ”Slik § 8 første punktum er utformet, kan jeg ikke se at det er holdepunkter for å forstå bestemmelsen slik at den bare angir retningslinjer for forvaltningens skjønn. Den må, slik jeg ser det, leses slik at det som angis er vilkår for at et område kan gjøres til gjenstand for fredningsvedtak. 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.”

Høyesterett kom imidlertid til at de ikke kunne overprøve forvaltningens subsumsjon i Utvisningsdom I²³. Saken gjaldt en utlendig som kom til Norge i 1976, gutten var da 13 år gammel. Departementet besluttet å utvise utlendingen på bakgrunn av at han var straffedømt i Norge for blant annet narkotika forbrytelser. Departementet fattet utvisningsvedtak med hjemmel i utlendingsloven²⁴ §§ 29 og 30. Spørsmålet i denne saken var hvorvidt departementets forholdsmessighetsvurdering etter utlendingsloven²⁵ §§ 29 og 30 kunne overprøves av domstolene. Utlendingsloven § 30, annet ledd, bokstav c lyder som følger: ” utvisning etter første ledd bokstav b besluttet ikke dersom det i betraktning av forholdets alvor og tilknytning til riket vil være et uforholdsmessig tiltak ovenfor utlendingen selv eller de nærmeste familiemedlemmene.” I denne dommen uttalte Høyesterett at ”Jeg kan etter dette ikke se at det er belegg for noen annen tolkning av utlendingslovens § 30, tredje ledd enn det konkrete skjønn anvendelsen av bestemmelsen tilegger departementet, og må respekteres av domstolene” Her legger Høyesterett til grunn at de ikke kan overprøve forvaltningens subsumsjon. Spørsmålet er om dommen er et signal på at domstolene i enkelte tilfeller er avskåret fra å prøve subsumsjonen eller om

²³ Rt. 1995 s 72

²⁴ Lov av 24. juni, 1988 nr. 64

²⁵ Lov av 24. juni, 1988 nr. 64

Høyesterett i denne saken valgte å ikke benytte seg av sin kompetanse fullt ut? Allerede i 1998, i Utvisningsdom II²⁶ kom den samme problemstillingen opp om hvorvidt forvaltningens forholdsmessighetsvurdering etter ulendingsloven²⁷ §§ 29 og 30 kunne overprøves av domstolene. I denne saken kom Høyesterett frem til motsatt resultat enn i dommen fra 1995. I denne saken konkluderte Høyesterett med at de kunne overprøve forvaltningens subsumsjon fullt ut. Førstvoterende uttalte at ” etter min oppfatning taler de beste grunner for å anse den forholdsmessighetsvurderingen som utlendingsloven § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd gir anvisning på som rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene”

Dommene illustrerer at det er viktig å legge merke til at utviklingen i retning av skjerpet domstolskontroll betyr ikke at domstolene bestandig går dypt inn å overprøver forvaltningens subsumsjon. Mange vil kanskje ta for gitt at hvis først domstolene kan kontrollere forvaltningens subsumsjon, så må retten også gjøre det, kanskje også at den må føre kontrollen til bunns. Slik er situasjonen ikke. Å ha kompetanse er noe annet enn å bruke kompetanse, for kompetanse trenger slett ikke å være kombinert med plikt, den kan mange ganger være kombinert med frihet. Spesielt fordi reglene om domstolskontroll i hovedsak er utformet av domstolene selv, er det ikke merkverdig at retten skjelner mellom hva den kan gjøre, og hva den må gjøre. Å vise tilbakeholdenhet i kontrollen er noe annet enn å abdisere fra kontrollen, det er å vise respekt for blant annet sakkunnskapen som forvaltningen besitter²⁸ Det er kanskje nettopp dette som gjør seg gjeldene i Utvisningsdom I og II at domstolene av en eller annen grunn velger å være mer tilbakeholde i Utvisningsdom I, men at kompetansen til å overprøve subsumsjonen absolutt er tilstedet.

Rettsikkerhetshensyn heller også i den retning at domstolene bør ha kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon. Herunder særlig i de vedtak som virker inngripende

²⁶ Rt. 1998 s 1795

²⁷ Lov av 24. juni, 1988 nr. 64

²⁸ Erik Boe ”Hvem bestemmer domstolene eller forvaltningen?” Lov og rett 02/2007

på borgeren. Et annet hensyn som gjør seg gjeldene er at domstolenes ekspertise er å anvende rettsregler på et bestemt forhold, dette bidrar til flere riktige avgjørelser.

Utgangspunktet er derfor at domstolene har kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon, men kan avstå fra å benytte seg av den. Unntak fra dette, at domstolene er avskåret fra å overprøve subsumsjonen, må særskilt begrunnes. Spørsmålet er bare hvor mye som må til for å begrunne unntak fra denne hovedregelen? Ifølge flertallet i naturfredningsdommen må det "sikre holdepunkter til" for å begrunne unntak. Dette vil bli behandlet i kapittel 5.3.3

5.3.2 Fylkesmannen

Utgangspunktet er at også Fylkesmannen besitter kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon. Det følger av kommuneloven § 59 nr 4, bokstav a at Fylkesmannen kan overprøve om forvaltningsvedtaket er "innholdsmessig lovlig" Ordlyden gir imidlertid ingen klare føring på om hvorvidt dette innebærer at Fylkesmannen har kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon. Forarbeidene til bestemmelsen gir heller ingen retningslinjer for at så er tilfellet. Rundskriv H – 2123 sier imidlertid at "om subsumsjonen kan overprøves må normalt variere etter vurderingens art" Uttalelsens ordlyd tilsier at Fylkesmannen som utgangspunkt har kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon. Tungtveiende rettsikkerhetshensyn taler også for at Fylkesmannen skal ha kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon. Jeg konkluderer derfor med at Fylkesmannen som utgangspunkt kan overprøve forvaltningens konkrete rettsanvendelse.

5.3.3 Unntak i relasjon til domstolenes og fylkesmannens adgang til å føre kontroll med forvaltningens subsumsjon

Det følger av juridisk teori og rettspraksis at domstolene i enkelte situasjoner er avskåret fra å overprøve forvaltningens subsumsjon. Det samme må anses å gjelde for Fylkesmannen. Hvilke situasjoner er det så snakk om? Dette må vurderes ut fra en konkret tolkning av forvaltningens hjemmelsgrunnlag i det enkelte tilfellet. Praksis og juridisk teori har oppsummert en liste over typiske tilfeller hvor subsumsjonen er underlagt forvaltningens skjønn. Og av den grunn er kontrollinstitusjonene avskåret fra å overprøve subsumsjonen. Tilfellene det er snakk om er når lovens ordlyd inneholder vage ord og uttrykk, når lovbestemmelsens formål gir indikasjoner på at subsumsjonsskjønnet er fritt, vurderingstemaets art -, eller vedtakets innhold tilsier at overprøving ikke er berettiget. I det følgende skal jeg si noe om hver enkelt situasjon.

Lovens ordlyd

At lovbestemmelsens ordlyd eller lovbestemmelsen inneholder vage ord og uttrykk tilsier ikke at subsumsjonsskjønnet automatisk er fritt. Dette må vurderes ut fra en konkret tolkning av forvaltningens hjemmelsgrunnlag i det enkelte tilfellet. Et eksempel på at Høyesterett overprøver subsumsjonen selv om lovbestemmelsen inneholder vage ord og uttrykk er Rt. 1934, s. 330, Grisehusdommen. Saken gjaldt forvaltningens vedtak om forbud mot grisehold i ”villamessig bebygget” strøk i henholdt til dagjeldende lovgivning. Høyesterett mente de hadde kompetanse til å overprøve forvaltningens konkrete tolkning av begrepet ”villamessig bebyggelse” og at de kunne vurdere om hvorvidt det aktuelle området kunne sies å være ”villamessig bebygget”. Det Høyesterett gjorde her var å overprøve forvaltningens generelle lovtolkning og subsumsjonen.

Derimot en nyere dom som har stor relevans i denne sammenheng er Rt. 2007 s. 257 hvor Høyesterett tok stilling til hvilken adgang domstolene har til å overprøve kommunes vurdering av om kravet til ”særlige grunner” er oppfylt i det enkelte tilfelle (subsumsjonen)

etter plan og bygningsloven § 7²⁹. Lovbestemmelsen lyder som følger: ”Når særlige grunner foreligger, kan kommunen, dersom ikke annet er fastsatt i vedkommende bestemmelse, etter søknad gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser i denne lov, vedtekt eller forskrift.” Etter sin ordlyd er lovgivers intensjon her å gi kommunen myndighet til å avgjøre om dispensasjon i den enkelte sak skal gis eller ikke. Den som får avslag på en søknad om dispensasjon, kan riktignok reise søksmål for domstolene med påstand om at avslaget er ugyldig. Men dersom planmyndighetene har lagt til grunn at kravet til ”særlige grunner” er oppfylt, kan en domstol ikke kjenne vedtaket ugyldig med den begrunnelse at retten er uenig i kommunens konklusjon om å avslå søknaden. Rt. 2007 s. 257 gjaldt Trallfa Forus IV AS som eide en tomt på Forus i Sandnes kommune. På tomten ønsket Trallfa AS å oppføre et forretningsbygg på 3000 kvadratmeter for lager og salg. Området var regulert til ”bygninger for kontor, administrasjon, servicevirksomhet og lettere industri”, og eventuell tillatelse krevde derfor dispensasjon fra reguleringsplanen. Trallfa AS søkte i den forbindelse om dispensasjon etter plbl. § 7. Utvalget for byutvikling i Sandnes kommune innvilget dispensasjonssøknaden fra Trallfa AS. Utvalget fant at det forelå ”særlige grunner” jf plbl. § 7. I prosedyren for Høyesterett la både saksøker og saksøkte til grunn at domstolene ikke kunne prøve subsumsjonen under uttrykket ”særlige grunner” i plbl. § 7. Det var altså ingen uenighet mellom partene på dette punktet. Høyesterett konkluderte, i tråd med partenes syn, med at domstolene ikke kunne prøve subsumsjonen under uttrykket ”særlig grunner”. Høyesterett har en relativt omfattende drøftelse av spørsmålet i dommen. Men, det sentrale moment i Høyesteretts begrunnelse for at subsumsjon under begrepet ”særlige grunner” er unntatt fra domstolsprøvelse, er at dette begrepet ”er svært skjønnsmessig”, og at de vurderinger som må foretas vil være ”planrelatert og ofte politisk på samme vis som utarbeidelsen av planene er av faglig og politisk karakter”. Eckhoff har det samme syn i sin bok³⁰ der han uttaler: ”For det første spiller vurderingstemaets art en rolle. Jo vagere lovens kriterium er, og jo flere forskjellige hensyn som kan komme i betraktning, desto mer nærliggende vil det være å anse vurderingen for å være overlatt til forvaltningen.”

²⁹ Lov av 14. juni 1985 nr. 77 plan og bygningslov

³⁰ Torsten Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 9. tug. 2010

Videre uttalte høyesterett i utvisningsdom I³¹ at begrepet ”uforholdsmessig tiltak” i utlendingsloven §§ 29 og 30 ”er så vag og skjønnsmessig at den i seg selv er et argument mot at domstolene har full prøvelsesrett.” Høyesterett videreførte imidlertid ikke dette standpunktet i Utvisningsdom II³². Førstvoterende, dommer Skoghøy, pekte på at synsmåten i utvisningsdom I må ”anses modifisert gjennom senere praksis.” Med tilslutning fra de andre dommerne slo dommer Skoghøy kort og godt fast at forholdsmessighetsvilkåret i utlendingsloven gir anvisning på ”et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene.” ”Vurderingen er av typisk rettslig karakter, og av samme slag som temaet er i EMK artikkel 8. De grunner som taler mot overprøving av forvaltningsskjønn, gjør seg derfor ikke gjeldende her”

I flere senere avgjørelser har Høyesterett forutsatt at den forholdsmessighetsvurdering som § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd gir anvisning på, er et rettsanvendelsesskjønn som domstolene kan overprøve.

Som vi ser gjennom disse dommene er det ikke tilstrekkelig at lovbestemmelsen inneholder vage skjønnsmessige ord og uttrykk for at vi kan si at domstolene er avskåret fra å overprøve forvaltningens subsumsjon. Det må fastlegges etter en konkret tolkning av forvaltningens hjemmelsgrunnlag i hvert enkelt tilfelle.

Når det gjelder Fylkesmannen gir heller ikke kommuneloven § 59 noen indikasjoner på å begrense seg til at overprøving av subsumsjonen i relasjon til lovbestemmelser som inneholder vage skjønnsmessige ord og uttrykk innebærer at overprøvingen er avskåret. Kontrollorganene vil derfor anses som sammenfallende i sin legalitetskontroll på dette punkt.

³¹ Rt. 1995 s 72

³² Rt 1998 s 1795

Lovens formål

Lovbestemmelsens formål er viktig å se på for å vurdere om man står ovenfor fritt subsumsjonsskjønn. Lovgiver anvender ofte ord og uttrykk som ”finner”, ”avgjør” eller ”etter forvaltningens skjønn” skal fattes vedtak, for å signalisere at subsumsjonen er underlagt forvaltningens skjønn. Et eksempel har vi i konkurranseloven³³ § 3-11, ”dersom tilsynet finner” står i lovteksten. Dette indikerer at det er konkurransetilsynets oppgave å avgjøre om ”vedkommende erverv vil føre til eller forsterke en vesentlig begrensning i strid med formålets § 1-1.” I Rt. 1928, s. 529 sa Høyesterett vedrørende domstolenes prøvelsesrett: ”Finner kongen at en sådan tvist, som lov om arbeidstvister § 6, nr. 3 nevner, utsetter betydelig samfunnsinteresser for fare...at det skjønnsmessige avgjørelsen angående tilstedeværelsen av fare for samfunnsinteresse, er av loven uttrykkelig overlatt til Kongen, og at denne avgjørelsen saaledes ikke kan tilsidesettes av domstolene.”

Gir lovbestemmelsens formål indikasjoner på at subsumsjonen er tillagt lokalt folkevalgt organ, taler dette mot at Fylkesmannen kan overprøve dette organets subsumsjon. Som eksempelvis tidligere plan og bygningsloven § 63 nr 3 : ”Heller ikke må eiendom deles eller enhet som nevnt bortfestes slik at det dannes tomter som etter kommunens skjønn er mindre vel skikket til bebyggelse på grunn av sin størrelse eller form”

Hensynet til det kommunale selvstyre trekker også i retning av at domstolene og fylkesmannen bør være tilbakeholde med å overprøve forvaltningens subsumsjon når det fremgår av lovens ordlyd at vurderingen er tillagt dem.

Fremgår det med andre ord klart i lovens formål at kontrollinstansene er avskåret fra å overprøve forvaltningens subsumsjon er dette noe kontroll instansene må respektere.

Vurderingstemaets art

Videre avstår domstolene ofte fra å overprøve vurderinger av særlig faglig, økonomisk eller politisk art. Dette fordi forvaltningen sitter med en helt annen innsikt og kunnskap innen

³³ Lov av 11. juni 1993 nr. 65

disse områdene, det er deres fagfelt, og av den grunn mer kompetent til å foreta vurderinger av en slik art enn kontrollinstansene. I tillegg taler hensynet til lokaldemokratiet mot at domstolene og Fylkesmannen overprøver forvaltningens subsumsjon i disse tilfellene. Fordi borgerne skal få være med å påvirke sin hverdag og lokalmiljøet, de er nærmere å treffe gode beslutninger enn kontrollinstansene på dette felt. Det er grunnleggende i norsk politikk å vise respekt for det kommunale selvstyret. Dette gjelder særlig for Fylkesmannen. Et sterkt signal finner vi i Forvaltningsloven § 34 som sier at statlige klageinstanser skal legge vekt på det kommunale selvstyret ved overprøving av det "frie skjønn."

Når det gjelder vurderingstemaer av mer juridisk art følger det av juridisk teori og rettspraksis at domstolene anser seg kompetente til å overprøve disse sidene av forvaltningens subsumsjon. Dette fordi det er domstolenes oppgave å ta stilling til "rettskrav" med grunnlag i "rettsregler". Motsetningsvis er vurderingstemaer av politisk art er dette en typisk oppgave for den utøvende makt som domstolene bør respektere. Eckhoff uttaler i sin bok at³⁴: "For det første spiller vurderingstemaets art en rolle. Jo vagere lovens kriterium er, og jo flere forskjellige hensyn som kan komme i betraktning, desto mer nærliggende vil det være å anse vurderingen for å være overlatt til forvaltningen."

Som vi ser er det heller ikke tilstrekkelig at lovbestemmelsen inneholder vurderinger av særlig faglig, økonomisk eller politisk art for at vi kan si at domstolene og fylkesmannen er helt avskåret fra å overprøve forvaltningens subsumsjon. Det må fastlegges etter en konkret tolkning av forvaltningens hjemmelsgrunnlag i hvert enkelt tilfelle.

Vedtaketets innhold

Dersom vedtakets innhold eller inngrepets art gir indikasjoner på at vedtaket bør kontrolleres av domstolene eller Fylkesmannen er dette et signal som taler for prøving av

³⁴ Torsten Echhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 9. tug. 2010

forvaltningens subsumsjon. Et eksempel på dette kan være et særlig inngripende vedtak ovenfor en borger som står i tvil om man kanskje står ovenfor et vedtak som inneholder plikter på grensen til det ulovlige som av den grunn bør overprøves.

5.3.4 Konklusjon

Både domstolene og Fylkesmannen overprøver forvaltningens subsumsjon. De grunnlagene som angir unntakene fra dette, er på mange områder sammenfallende. Det kan antas at Fylkesmannens lovlighetskontroll med subsumsjonen er noe mer begrenset enn domstolene, fordi det lenge har hersket tradisjon for at staten skal respektere det kommunale selvstyret.

5.4 Overprøving av forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn

Her skal jeg behandle om kontrollinstansene kan overprøve forvaltningens nytte og rimelighetsvurdering forutfor vedtaket. Det som betegnes som forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn. Før jeg gjør det, vil jeg først si noe om når forvaltningen anses å ha hensiktsmessighetsskjønn.

Når har forvaltningen hensiktsmessighetsskjønn?

Temaet i dette avsnittet er å redegjøre for hvilke situasjoner forvaltningen har hensiktsmessighetsskjønn. Dette følger som kjent av en konkret vurdering av forvaltningens kompetansebestemmelse i hvert enkelt tilfelle. Det er bestemmelsens ordlyd som er utgangspunktet for tolkningen. Har forvaltningen nødvendig hjemmel for sin beslutning, er det ikke domstolenes sak å ta stilling til om hjemmelen burde ha vært nyttet annerledes i det konkrete tilfellet. Hensiktsmessigheten – eller om en vil, nytten og rimeligheten – er som overveiende regel ikke underkastet domstolskontroll i Norge.³⁵

Lovgiver velger ofte å benytte seg av ordet ”kan” i bestemmelsen for å signalisere at det er opp til forvaltningen å bestemme om vedtak skal treffes og med hvilket innhold.

³⁵ Erik Boe ”Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?” Lov og Rett nr.2, 2007

Som illustrasjon, se forurensningsloven³⁶ § 11, 1. ledd: ”Forurensningsmyndigheten kan etter søknad gi tillatelse til virksomhet som kan medføre forurensning.” Det er altså opp til Forurensningsmyndigheten å vurdere om søknaden skal innvilges. Et annet eksempel er konkurranseloven § 3-10, første ledd: ”Konkurransetilsynet kan ved enkeltvedtak eller forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger dersom tilsynet finner at disse har til formål, virkning eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med formålet i lovens § 1-1.” Ordlyden sier at dersom de gitte vilkår er oppfylt, så er det opp til konkurransetilsynets skjønn om de i det enkelte tilfellet ønsker å benytte seg av sin kompetanse.

En annen formulering som lovgiver bruker er ved å holde lovbestemmelsens betingelsesside ”åpen.” Som illustrasjon se plan og bygningsloven § 70: ”Bygningens plassering skal godkjennes av kommunen.” Ordlyden sier at det er opp til kommunens hensiktsmessighetsvurdering om bygningens plassering skal godkjennes. Kommunens vedtak etter denne bestemmelsen kan ikke Fylkesmannen eller domstolene overprøve. De kan ikke ta stilling til om hvorvidt det var hensiktsmessig av kommunen å godkjenne bygningens plassering. Men, de kan kontrollere om kommunen har fulgt saksbehandlingsregler, om vedtaket er fattet av rett organ/tjenestemann, om kommunens tolkning av begrepet ”bygning”, hvorvidt den konkrete bygningen anses som ”bygning” i lovens forstand.

Nå skal jeg behandle problemstillingen om domstolene og fylkesmannen kan overprøve forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn?

5.4.1 Domstolene

Det følger av rettspraksis og teori at domstolene som hovedregel ikke kan overprøve forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn. Domstolenes hovedoppgave er å anvende lov og rett. Utgangspunktet er at domstolene skal beskjefte seg med ”retts krav” jf. Tvisteloven § 1-3. Deres oppgave er å føre legalitetskontroll med forvaltningsavgjørelser. Det å ta

³⁶ Lov av 13. mars 1981 nr. 6

standpunkt til det ”hensiktsmessige” (rimelige) i forvaltningens vedtak er domstolenes oppgave bare når dette er særskilt bestemt eller ellers kan utledes av lovgivningen. At domstolene skal ha kompetanse til å kunne føre kontroll med alle sider av et forvaltningsvedtak er ikke noe mål i seg selv. Konstitusjonen tilsier heller at det er en forutsetning om arbeidsdeling mellom domstolene og den utøvende makt. Det er opp til domstolene å avgjøre juridiske spørsmål. Ellers er det opp til lovgivningen å avgjøre hvordan grensene nærmere skal trekkes. Det er heller ikke ønskelig å overlate all forvaltningsvirksomhet til domstolene. Det ser allikevel ut til, gjennom rettspraksis at domstolene går jevnt over i retning av å være mindre tilbakeholdne ved sin domstolskontroll med forvaltningsvedtak enn tidligere. Hovedregelen er imidlertid allikevel at domstolene som utgangspunkt ikke prøver forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn.

5.4.2 Fylkesmannen

En naturlig språklig forståelse av ordlyden ”innholdsmessig lovlig” etter kommuneloven § 59 kan ikke forstås slik at Fylkesmannen har kompetanse til å overprøve forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn ved lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak. Det følger også av rundskriv H – 2123³⁷ at dersom lovteksten gir kommunen valgfrihet med hensyn til hva vedtaket skal gå ut på kan forvaltningens vurdering normalt ikke overprøves. Den samme oppfatningen hersker i juridisk teori, der det hevdes at fylkesmannens lovlighetskontroll på dette punkt er ganske lik den alminnelige domstolskontroll, slik at fylkesmannen kan ikke overprøve de skjønsmessige sidene av forvaltningsvedtaket. Altså forvaltningens nytte- og rimelighetsvurdering forutfor vedtaket. Situasjonen er imidlertid en annen når Fylkesmannen opptrer som alminnelig klageorgan, da kan Fylkesmannen overprøve alle sider av vedtaket herunder også forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn, etter fvl § 34, eller det kan følge av særlovgivningen.

³⁷ kommunal – og regional departementets rundskriv av juni 2001, H – 2123

5.4.3 Konklusjon

Oppsummert har verken domstolene eller Fylkesmannen kompetanse til å overprøve forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn ved legalitetskontroll. På dette punkt er kontrollorganene sammenfallende.

5.5 Læren om myndighetsmisbruk

Med begrensninger i denne sammenheng menes begrensninger for forvaltningsskjønnet etter læren om myndighetsmisbruk. Poenget er at selv om forvaltningen har fritt subsumsjons eller hensiktsmessighetsskjønn er de underlagt begrensninger. Det kan følge av lov. Videre begrenses forvaltningens skjønn av de føringer som følger av læren om myndighetsmisbruk. Det har vært ulik oppfatning i juridisk teori om uttrykket ”myndighetsmisbruk” er passende. Det hevdes at betegnelsen er noe uheldig og kan indikere krav til moralsk klanderverdig opptreden. Høyesterett bruker ofte uttrykket ”den alminnelige myndighetsmisbrukslære”. Andre teoretikere som eksempelvis Graver hevder at ”myndighetsoverskridelse” er en mer passende betegnelse da det er snakk om kontroll av om forvaltningen truffet et vedtak innenfor lovlighetens rammer. Selv om jeg må si meg enig i Gravers betegnelse vil jeg i det følgende allikevel bruke betegnelsen læren om myndighetsmisbruk.

Det finnes klare og konkrete eksempler i rettspraksis at domstolene overprøver om det foreligger myndighetsmisbruk ved forvaltnings vedtak. Når det gjelder fylkesmannen fremgår det av kommuneloven § 59 at det skal tas stilling til om vedtaket ”er blitt til på en lovlig måte” en naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at bestemmelsen gir fylkesmannen kompetanse til å prøve om forvaltningsorganet har gått utenfor sin kompetanse. Dette fastslås også i forarbeidene til kommuneloven der det fremgår at lovlighetskontrollen omfatter kontroll av om det foreligger myndighetsmisbruk. På bakgrunn av dette er det ikke tvil om at domstolene og fylkesmannen har kompetanse til å prøve om det er gjort myndighetsmisbruk ved forvaltnings avgjørelser. I det følgende vil jeg redegjøre om innholdet i myndighetsmisbrukslæren.

Myndighetsmisbrukslæren er en sammenfattet betegnelse som har til hensikt å regulere at ikke forvaltningen utnytter sin kompetanse eller går utenfor sin myndighet. Betegnelsen er ikke lovfestet, men har blitt utviklet gjennom teori og rettspraksis. Konsekvensen av at forvaltningen går utenfor sin myndighet, er at forvaltningsavgjørelsen er ugyldig. I følge juridisk teori og rettspraksis regnes det som myndighetsmisbruk når forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn, truffet en vilkårlig avgjørelse, gjennomført usaklig forskjellsbehandling, eller truffet et vedtak som er grovt urimelig.

Med utenforliggende hensyn forstås at forvaltningen må bygge på hensyn som er saklige og relevante i det enkelte tilfellet. Klare utenforliggende hensyn er eksempelvis personlige kjennetegn hos en av partene som fordommer, uvilje mot bestemte kategorier av mennesker, kjønn, hudfarge, religion, politisk syn, med mer. Hvor grensen går mellom saklige og usaklige hensyn må vurderes i hvert enkelt tilfelle i relasjon til det enkelte hjemmelsgrunnlag. Et eksempel fra rettspraksis er Oslo Rådhusospits dommen³⁸. I denne saken avsto Oslo formannskap søknad om skjenkebevilling fra Rådhusospits med 11 mot 10 stemmer. Hotellet hadde tidligere hatt skjenkebevilling og ingen negative hendelser var registrert for innhaverens utøvelse av retten. En av representantene fra Arbeiderpartiet som hadde stemt i mot søknaden gav uttrykk for at hans stemmegivning var et resultat av at de ikke fikk igjennom en tariffavtale mellom de ansatte og de som drev virksomheten Rådhusospits. Høyesterett fant det svært sannsynlig at flere av representantene fra Arbeiderpartiet hadde stemt i mot på samme grunnlag. Høyesterett med hjemmel i at dette var et utenforliggende hensyn kjente vedtaket ugyldig.

For å ta stilling til om forvaltningsorganet har tatt utenforliggende hensyn må man se på kompetansegrunnlaget. Den konkrete lovbestemmelsen kan gi indikasjoner på hvilke hensyn som skal vektlegges, samme med lovens formålsparagraf. Videre har juridisk teori og rettspraksis uttalt at vedtak motivert av hensynet til egne personlige interesser anses for utenforliggende. I Rt. 1976, s. 614 uttalte Høyesterett uttrykkelig at det ikke anses som

³⁸ Rt. 1933, s. 548

utenforliggende hensyn at forvaltningsorganet la vekt på en søkers sosiale forhold så fremt man sto ovenfor et valg mellom flere kvalifiserte søkere.

Med vilkårlige avgjørelser forstås tilfældighetsavgjørelser. Eksempel: forvaltningsorganet avgjør hvem som skal få skjenkebevilling ved loddtrekning eller at forvaltningen har bare valgt et resultat på slump. I tillegg rammer forbudet de tilfeller der forvaltningsorganet har utøvd skjønn og i sin vurdering oversett viktige hensyn eller tillagt enkelte hensyn overdreven vekt.

Med sterke urimelige avgjørelser forstås at forvaltningen ikke kan treffe avgjørelser med en høy grad av urimelig innhold. Eksempelvis i Mortvedt dommen³⁹ ble fire drosjeeiere nektet drosjebevilling fordi de hadde vært passive NS medlemmer under krigen. Dersom de hadde gjort seg skyldige i landsvik kunne det kanskje latt seg forsvare. Men Høyesterett reagerte mot at en så beskjedne bistand som passivt medlemskap i partiet skulle føre til tap av sitt yrke. De kom ferm til at avgjørelsen var ”så urimelig og så stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning” at den måtte anses for rettsstridig. Vedtaket ble kjent ugyldig. Mortvedt dommens prinsipp har blitt lagt til grunn i senere Høyesteretts avgjørelser. Men, i de fleste tilfeller har krav om ”urimelige” avgjørelser ikke ført frem. Hovedinntrykket er at det skal ”svært mye til” før domstolene underkjenner en forvaltningsavgjørelse med denne begrunnelse.⁴⁰

En siste begrunnelse for myndighetsmisbruk er usaklig forskjellsbehandling. Forbud mot forskjellsbehandling kan også følge av lov. Se eksempelvis Likestillingsloven⁴¹ § 3 som forbyr forskjellsbehandling av kvinner og menn. Denne formen for myndighetsmisbruk er noe anmeldes enn de andre grunnlagene, fordi det er nødvendigvis ikke noe galt med den enkelte avgjørelsen isolert sett, men det oppstår en situasjon som allikevel kan føre til ugyldighet. Har eksempelvis to søkere sendt inn sin søknad etter søknadsfristen og bare den

³⁹ Rt. 1951 s. 19

⁴⁰ Se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett 9. utg. s. 419-422

⁴¹ Lov av 9. juni 1978 nr. 45

ene blitt tatt i betraktning tross av at begge ikke har overholdt fristen vil det være snakk om usaklig forskjellsbehandling.

Forholdsmessighet

Videre er det er krav til at forvaltningsavgjørelser skal være forholdsmessige. Innholdet i dette prinsippet er at de fordeler forvaltningen oppnår ved skjønnsutøvelse må overstige ulempene. Dette innebærer at forvaltningen kan ikke gripe inn i borgerens rettsstilling i større utstrekning enn det som er nødvendig. Graver hevder i sin bok⁴² at det foreligger et generelt ulovfestet krav til forholdsmessige forvaltningsavgjørelser, selv om det ikke er uttrykkelig uttalt i rettspraksis som et generelt prinsipp. Hovedregelen er at domstolene og fylkesmannen ikke kan overprøve forvaltningens forholdsmessighetsvurdering. I kjølevannet etter en nyere Høyesterettsdom⁴³ har det blitt hevdet at myndighetsmisbrukslæren ikke har blitt utvidet i den senere tid til også å omfatte et generelt krav til forholdsmessighet. På side 47 og 48 i dommen fremgår det: ”den omstendighet at forvaltningen har innført visse retningslinjer for utøvelse av forvaltningsskjønn, ikke i seg selv flytter grensene for domstolenes prøvingskompetanse. På denne bakgrunn mener jeg at vedtak av utlendingsforvaltningen etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum ikke kan prøves av domstolene i større utstrekning enn det som følger av den alminnelige myndighetsmisbrukslære.” Denne dommen anses for og mer eller mindre å avklare rettstilstanden på dette punkt. At et forvaltningsvedtak ikke kan settes til side av domstolene som uforholdsmessig på generelt grunnlag. Vi står igjen med regelen om at et forvaltningsvedtak kan kjennes ugyldig dersom det er ”åpenbart urimelig.” I denne vurderingen vil det inngå forholdsmessighetsbetraktninger. Men, det vil være forholdsmessighets vurderinger av en helt annen karakter for å se om forvaltningsvedtaket er ”sterkt urimelig” enn ”uforholdsmessig.” Rt. 1951, s. 19, Mortvedt dommen og senere rettspraksis illustrerer at det skal ”svært mye til” for å kjenne et forvaltningsvedtak ugyldig etter grunnlaget ”grov urimelighet”. Terskelen for å underkjenne vedtaket er at det er åpenbart urimelig, og det kan domstolene og fylkesmannen vurdere.

⁴² Graver, Alminnelig forvaltningsrett 3. utg. s. 128-131

⁴³ Rt. 2008, s. 560

6 Konsekvensene av at forvaltningen har handlet i strid med sin kompetanse

I dette kapittelet skal jeg belyse følgende av at forvaltningen handler i strid med sin kompetanse. Med andre ord, konsekvensene av at forvaltningen har gjort prosessuelle, personelle og materielle feil. Altså reglene om ugyldighet. Ugyldighet er betinget med at det er begått rettslig feil. At det er begått rettslige relevante feil, er imidlertid ikke nok til å slå fast at forvaltningsorganet har gått utover reglene for sin kompetanse på en slik måte at avgjørelsen er ugyldig. Feil fører med andre ord ikke automatisk til ugyldighet, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41. I flere tilfeller kreves det tilleggsbetingelser for at vedtaket kan kjennes ugyldig. Det er viktig å avgjøre hvilken betydning feilen har hatt. En saksbehandlingsfeil fører for eksempel ikke til ugyldighet med mindre det er en viss sannsynlighet for at feilen kan ha virket bestemmende for avgjørelsens innhold. Og selv om feilen kan ha virket bestemmende, kan avgjørelsen opprettholdes som gyldig. Det gjelder for eksempel hvor ugyldighet vil være til skade for den som avgjørelsen retter seg mot, og vedkommende ikke kjente til feilen eller har medvirket til den.

Etter Fylkesmannens lovlighetskontroll følger det av kommuneloven § 59 nr. 4 at Fylkesmannen ”skal oppheve avgjørelsen hvis det er gjort slike feil at den er ugyldig.” Forarbeidene og praksis fremhever at selv om det er gjort feil fører ikke det automatisk til at vedtaket er ugyldig.

Nå skal jeg gå nærmere inn på konsekvensene av at forvaltningen har begått prosessuelle, personelle eller materielle feil.

6.1 Prosessuell kompetansemangel

Med prosessuell kompetansemangel menes tilfeller hvor forvaltningen har gjort saksbehandlingsfeil. Det følger av Forvaltningsloven § 41 at ”Er reglene om behandlingsmåten i denne lov eller forskrift gitt i medhold av loven ikke overholdt ved

behandlingen av en sak som gjelder enkeltvedtak, er vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke har virket bestemmende på vedtakets innhold.” Ordlyden omfatter analogisk også andre saksbehandlingsfeil, ikke bare brudd på regler etter forvaltningsloven og regelen gjelder ikke bare enkeltvedtak, selv om bestemmelsen isolert sett kan gi inntrykk av det. Det § 41 sier er at visse vedtak er gyldige, tross sine feil. Motsetningsvis foreligger det feil, fører ikke denne automatisk til ugyldighet. Lovgiver har valgt denne formuleringen for å signalisere at bestemmelsen ikke kan tolkes antitetisk. I følge juridisk teori er det nok at det ikke er en helt fjerntliggende mulighet for at feilen kan ha virket inn, det er ikke krav til at feilen faktisk har virket inn. Det foreligger ikke krav til sannsynlighetsovervekt. Eckhoff⁴⁴ sier i sin bok at ”jo grovere feilen er og jo mer inngripende vedtaket er desto større grunn er det til å statuere ugyldighet.” Det beror med andre ord på hvilke saksbehandlings regler som er overtrådt, når fylkesmannen eller domstolene skal vurdere om vedtaket skal kjennes ugyldig. Reglene om habilitet etter forvaltningsloven § 6 eller brudd på kravet om ”tilstrekkelig opplyst” etter forvaltningslovens § 18 er tilfeller som domstolene legger til grunn i flere saker at ”lett kan ha virket inn” på vedtakets innhold.

Dersom vedtaket ikke er tilstrekkelig begrunnet, behøver ikke det nødvendigvis indikere at det isolert sett er noe galt med vedtaket. Men, mangelfull begrunnelse kan ofte være en pekepinn på at det foreligger andre feil og av den grunn kan det være en saksbehandlingsfeil som medfører at vedtaket kjennes ugyldig. Se på Rt. 1981, s. 745, Isne dommen. I denne saken kjente Høyesterett et forvaltningsvedtak ugyldig og uttalte at det forelå mangler ved begrunnelsen som kunne indikere at det forelå svikt i selve avgjørelsen.

⁴⁴ Eckhoff og Smith, Forvaltningsrett, 9.utg. 2010

6.2 Personell kompetansemangel

Det foreligger ikke en klar oppfatning i juridisk teori som sier at personell kompetansemangel automatisk fører til ugyldighet. Echoff sier i sin bok at ”det bør kreves at feilen har kunnet øve innflytelse på avgjørelses innhold jf. Prinsippet i Forvaltningsloven § 41. Men, hvor strengt eller mildt denne betingelsen bør håndheves beror på hva slags kompetanseoverskridelse det er tale om, og det er overhodet tvilsomt i hvilken utstrekning den får anvendelse ved manglende personell kompetanse.” Graver på sin side at vedtak beheftet med personell kompetansemangel er ubetinget ugyldig. Som støtte for sin oppfatning viser han til Rt. 1990, s. 1001. Saken gjaldt om hvorvidt bygningsrådets vedtak, som omhandlet å nekte en søknad om byggetillatelse måtte kjennes ugyldig. Høyesterett kom frem til at vedtaket var i strid med dagjeldende bygningslov § 95 nr 2 , annet ledd som gikk ut på at man måtte forelegge formannskapet som veimyndighet spørsmål om tillatelse til å benytte gang og sykkel vei som adkomst. Det var med andre ord formannskapet som var tillagt kompetansen å treffe vedtaket og derfor var det ugyldig. Uavhengig av hvilket av forfatterens syn man legger til grunn er deres konklusjon på en måte sammenfallende. Fordi Graver angir ulike former for feil som han anser er unntak fra hovedregelen om absolutt ugyldighet ved personell kompetansemangel. Echoff nevner de samme feilene som unntak, men begrunner de med at de ikke kan føre til ugyldighet fordi de ”ikke vil virke inn på vedtakets innhold.” Som illustrasjon er de begge enige om at vedtak truffet av overordnet organ fører ikke til ugyldighet. Graver mener det her kan tenkes unntak hvor kompetansen er tillagt et organ ut fra hensynet til sakkyndighet eller lokalkunnskap.

Oppsummert kan vi si at utgangspunktet er at domstolene og Fylkesmannen ikke automatisk kommer frem til at et vedtak er ugyldig når det lider av personell kompetansemangel. Feilen må ha virket bestemmende på avgjørelsens innhold, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41.

6.3 Materiell kompetansemangel

På samme måte som med saksbehandlingsfeil, må feil i de faktiske eller rettslige premisser for skjønnet antas å føre til ugyldighets bare hvis de kan ha virket inn på avgjørelsens innhold. Strider forvaltningens vedtak mot læren om myndighetsmisbruk, blir ikke vedtaket automatisk statuert som ugyldig. Når det gjelder vilkårlighet er det ganske stor sannsynlighet for at feilen har virket inn på vedtaket. Her vil domstolene og fylkesmannen statuere ugyldighet. En slik situasjon vil også kunne anses som et sterkt urimelig vedtak som fører til ugyldighet. Utenforliggende hensyn må man som regel regne med at feilen har virket inn på vedtaket. Det forekommer likevel at resultatet kunne ha blitt det samme selv om det aktuelle hensyn ikke hadde vært med i overveielene.

Det må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle om hvorvidt kompetansemangler som ikke har medført at vedtaket er innholdsmessig feil skal kjennes ugyldig.

Det vil ha betydning for ugyldighetsvurderingen for domstolene og fylkesmannen om vedtaket er til gunst for en part, og ikke til skade for andre. Som illustrasjon er når forvaltningen gir konsesjon eller bevilling. Kan ikke parten bebreides for feil, og han er i god tro og har innrettet seg etter vedtaket taler dette for at vedtaket bør anses gyldig. Parten kan ikke bebreides for den situasjonen som har oppstått. Videre er det av interesse at parten har innrettet seg etter avgjørelsen. Man ønsker ikke å endre en etablert rettsstilling. Motsetningsvis har parten grovt urimelig eller uaktsomt medvirket til feilen taler dette for at kontrollinstansene bør statuere ugyldighet. Hensynet til borgeren tilsier at en i en slik situasjon er det ikke grunn til å beskytte parten mot at vedtaket kjennes ugyldig.

Når det gjelder vedtak som er til gunst for en part og til skade for andre bør ugyldighetsvurderingen baseres på en avveining av motstridene hensyn. Herunder partenes interesse for utfallet og om hvorvidt noen av partene kan bebreides for feilen, vil være momenter som må tas i betraktning. Kan ingen bebreides for feilen, kan resultatet bli at ugyldighetsvurderingen kan falle ut til fordel for en part. Hensynet til den forbigåtte kan ivaretas ved at han får en annen stilling, bevilling eller tilkjennes erstatning.

6.4 Kan domstolene og fylkesmannen fatte nytt realitetsvedtak?

Oppsummert vil rettsfølgende av at det foreligger ugyldighetsgrunn avhenge av flere forhold. Blant annet hvilke typer vedtak det er snakk om hvilken type feil som er begått. Domstolen på sin side skiller mellom vedtak som er angripelige og nulliteter. Et vedtak som er en nullitet kan man uten videre se bort fra, det er ”ikke eksisterende.” Angripelige vedtak blir satt til side ved dom. Hovedregelen er at domstolenes kompetanse begrenser seg til å kjenne forvaltningsvedtak som er truffet ved skjønn ugyldige, at de ikke har kompetanse til å gi dom for det underliggende materielle kravet. Graver sier i sin bok⁴⁵ at at domstolene selv ved lovbundne vedtak i utgangspunktet ikke kan pålegge forvaltningen å innvilge søknad, eller selv å avsi dom på at søknaden innvilges. Det samme synet la høyesterett til grunn i Rt. 2001 s. 995 der de uttalte at hovedregelen må være at domstolene ved lovbundne vedtak ikke kan gi dom for realiteten. Etter en vurdering av teori, rettspraksis, reelle hensyn og flere rettskilder, sier førstvoterende Oftedal Broch om dette: ”Etter min mening er det ikke grunnlag i tradisjonell norsk rett for en generell regel om at domstolene ved lovbundne forvaltningsvedtak kan gi dom for realiteten. Jeg vil ikke utelukke at domstolene bør ha adgang til å gi realitetsdom i særlige tilfeller...”

Et unntak finnes imidlertid i Rt. 1951, s. 19, Mortvedt dommen. Fire drosjesjåfører fikk avslag på søknad om drosje bevilgning. Vedtaket var truffet på bakgrunn av at de hadde vært passive NS medlemmer under krigen. Det fulgte av loven at det var opp til forvaltningens vurdering om bevilgning skulle gis. Høyesterett fant at vedtaket var så strekt urimelig og stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning at det måtte kjennes ugyldig. På bakgrunn av dette kjente de samferdselsdepartementets avgjørelse ugyldig. Samferdselsdepartementet ble videre pålagt å utstede drosjebevilgning. Høyesterett gav med andre ord dom for at vedtaket var ugyldig og fattet en ny avgjørelse. Men, jeg vil presisere at dette er unntaket. Domstolskontrollen er en legalitetskontroll, og

⁴⁵ Graver, Forvaltningsrett, 3. utg. 2009

skal ikke gi grunnlag for noen form for ”forvaltningsvirksomhet” i domstolene. Det er derfor grunn til å si at det i utgangspunktet ikke kan gis realitetsdom for verken lovbundne vedtak, eller enda mindre, for vedtak som er basert på forvaltningens frie skjønn.

Fylkesmannen på sin side har ved lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59 kompetanse til å ta stilling til om vedtaket er ”innholdsmessig lovlig” og kompetanse til å ”oppeve avgjørelsen” En naturlig språklig forståelse av bestemmelsen tilsier at fylkesmannen ikke har kompetanse til å fatte en ny avgjørelse, han kan kun oppeve den foreliggende. Et forvaltnings vedtak skal med andre ord oppeves dersom det er gjort slike feil at vedtaket er ugyldig. Fylkesmannen kan videre ikke avsi realitetsvedtak i saken.

7 Avslutning – funn i relasjon til problemstillingen

Både domstolene og fylkesmannen har som oppgave å påse at forvaltningen så vel som private rettssubjekter handler etter hva lovgiver har bestemt som gjeldene rett. Det dreier seg derfor i det store og hele om at domstolene og fylkesmannen bedriver ”rettslig styring”. De er de fremste garantistene for lovgivers normative styring av en ønsket adferd. Norsk forvaltning er i stadig vekst og utvikling. Det norske samfunnet har utviklet seg til å bli et moderne rettighetsbasert velferdssamfunn. Utviklingen fører til at forvaltningsapparatets omfang blir større og større samtidig som lovgivningen gir forvaltningen vide fullmakter og rom for skjønn.

Antallet forvaltningsavgjørelser i Norge pr. år er millioner, antall forvaltningsklager pr. år er uvisst, en del saker blir behandlet av nemndslignende organer med mer eller mindre karakter av å være særdomstoler, fylkesmannen prøver lovligheten på et ukjent, men anslått lite antall saker mens forvaltningssaker for domstolene utgjør omlag 100 på årsbasis. Utfordringene for kontrollorganene er mange. Dersom den interne kontrollen fortsetter å skrenkes inn, vil dette føre til at domstolene og fylkesmannen forsøker å kompensere dette ved å utvide sin egen kontroll. På politisk plan må lovgiver foreta et begrunnet valg mellom hensyn.

Hvilke funn har jeg så kommet frem til gjennom en sammenligning av disse to kontrollinstansenes legalitetskontroll?

Hjemmelsgrunnlaget for lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak er ulikt for de to kontrollinstansene. Domstolskontroll følger av konstitusjonell sedvane, mens Fylkesmannens lovlighetskontroll er lovfestet i kommuneloven § 59. Videre er det ulik prosess for å fremme lovlighetsklage for de to. Hos domstolene må man fremme en sak, mens hos Fylkesmannen kan lovlighetsklage bringes av tre eller flere medlemmer av

kommunestyret - eller fylkestinget eller Fylkesmannen kan føre lovlighetskontroll av eget tiltak. Fordelen ved at Fylkesmannen fører lovlighetskontroll kontra hos domstolene er at en sak for domstolene kan bli svært dyrt. Taper den private part saken kan han bli tilkjent å bære både sine egne og forvaltningens saksomkostninger. Det er kostnadsfritt og fremme en lovlighetsklage for Fylkesmannen.

Lovlighetskontrollen de to instansene fører er i stor grad sammenfallende. Men, det er viktige unntak. Lovlighetskontrollen hos Fylkesmannen er med på å føre kontroll som gjør at den statlige styringen når ut til lokalforvaltningen. Fylkesmannen er på den måten et egnet organ for regjering og departement til å kanalisere nasjonalpolitiske målsetninger i kommunene.

Domstolskontrollen på sin side er ikke en institusjon som er egnet som statlig styringsmiddel. Domstolene er uavhengig fra de statlige institusjoner i så måte. For øvrig tar det ofte lang tid fra et feilaktig forvaltningsvedtak er truffet til det kommer opp til behandling hos domstolene. Dessuten er det bare et få tal forvaltningssaker som blir fremmet for domstolene og herunder enda færre som går helt til Høyesterett. Det følger av alminnelig rettskildelære at Høyesterettsavgjørelser har størst vekt, dette er en faktor som fører til at domstolene ikke er egnet som et middel til å styre lokalforvaltningen. Men, de er selvsagt kompetente til å ta stilling til en lovlighetsklage om et forvaltningsvedtak.

Innholdet, omfanget og rekkevidden av lovlighetskontroll med forvaltningsvedtak er i stor utstrekning sammenfallende. Begge organene kan gjennom sin kontroll statuere ugyldighet, men som hovedregel ikke treffe ny realitetsavgjørelse.

På bakgrunn av at lovlighetskontrollen er såpass likt hos domstolene og Fylkesmannen kan man stille seg spørsmålet om Fylkesmannens lovlighetskontroll egentlig er nødvendig?

Den funksjonen at kontrollen utføres av to ulike pilarer i statssamfunnet tilsier at vi bør beholde de begge. Videre er det flere spørsmål som egner seg bedre å få overprøvd av fylkesmannen enn domstolene som for eksempel avgjørelser av særlig politisk art eller konflikt innad i kommunen. En annen ting er tidsaspektet, enkelte politiske beslutninger

trenger ofte rask avklaring, og prøving av lovligheten. Dessuten er det langt mer ressurskrevende å gjennomføre lovlighetskontroll hos domstolene enn Fylkesmannen. Videre taler likhetshensyn for en statlig styring av lokalforvaltningen. Ut fra den nåværende situasjonen i norsk rett, mener jeg at fylkesmannens lovlighetskontroll bør bestå.

8 Litteraturliste

Juridisk litteratur

- Hans Petter Graver, Alminnelig Forvaltningsrett, 3. utgave 2009
- Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 9. utgave 2009
- Johs. Andenæs og Arne Fliflet, Statsforfatningen i Norge, 10. utgave 2006
- Bent Christensen, Forvaltningsrett – prøvelse, 2. utgave, 1994
- Erik Boe, Innføring i Juss, Juridisk tenkning og rettskildelære, 1996

Artikler

- Erik Boe "Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?" Jussens venner 1981
- Torsten Eckhoff, "Domstolskontroll med forvaltningsvedtak" Jussens venner nr. 1, 1964
- Ida Hjort Kraby "Hva er lov? – særlig om legalitetsprinsippet og faktiske handlinger" Jussens venner 1996, s. 145-160
- Christian Reusch og Ola Ø. Nisja, "Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer" Jussens venner 2009 nr. 4
- Erik Boe, "Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?" Jussens venner 2007 nr. 2
- Erik Boe, "Domstolskontroll med forvaltningen: Åpne lovfullmakter og Høyesteretts svar i 90-årene", Lov og Rett, 1994, s. 323
- Erik Boe "Subsumsjonsdom - Domstolenes kompetanse til å bestemme utfallet av en rettstvist når forvaltningen har truffet et ugyldig forvaltningsvedtak", Lov og Rett 2002, s. 259.
- Eivind Smith, "Grunnlovsfesting av kommunalt selvstyre" Lov og rett, 2003, s. 3
- Johan Greger Aulstad og Markus Hoel Lie "Rt. 2007 s. 257, domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak" Jussens Venner nr. 4, 2007
- Hans Petter Graver "Fjordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet" Lov og Rett nr.6, 2007

Forarbeider

NOU 1990: 13: "Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner"

Rettspraksis

Rt. 2000, s. 1406

Rt. 1976, s 1

Rt. 1995 s. 1427

Rt. 1981 s. 745

Rt. 1990 s. 1001

Rt. 1995 s. 72

Rt. 1995 s. 1499

Rt 1996 s. 78

Rt. 1998 s. 1799

Rt. 2001 s. 995

Rt. 2007 s. 257

Lover

1954 Tidligere kommunelov av 12. November 1954 (opphevet)

§ 60

1956 Tidligere Fremmedloven av 1956

§ 2

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. Februar 1967

§ 2, § 6, § 28, § 34, § 41

1970 Lov om naturvern (Naturvernloven) av 19. Juni 1970 nr 63

§ 8

1974 Lov om konsesjon ved erverv av fast eiendom (Konsesjonsloven) av 31. Mai 1974 nr 19

§ 7, § 8

1975 Lov om eidegdomsskatt til kommunane (Eidegdomsskattelova) av 6. Juni 1975

§ 33

1978 Lov om likestilling mellom kjønnene (Likestillingsloven) av 9. juni 1978 nr 45
§ 3

1984 Lov om havner og farvann m.v. (havne og farvannsloven) av 8. Juni 1994 nr 51
§ 23

1988 Lov om utlendingers til riket og dere opphold her (utlendingsloven) av 24. Juni 1988 nr
64
§ 29, § 30

1989 Lov om omsetning av alkoholholdig drikk m.v. (Alkoholloven) av 2. Juni 1989 nr 27
§ 1- 8, § 1- 7 bokstav a, § 1- 16

1992 Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. September 1992 nr 107
§ 59, § 59 a)

1993 Lov om konkurranse i ervervsvirksomhet (Konkurranseloven) av 11. Juni 1993 nr 64
§ 3- 10, § 3- 11

1995 Lov om jord (Jordlova) av 12. Mai 1995 nr 23
§ 8

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av
24. Mai 1999 nr. 30
§ 2

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) av 4. November 1950 (trådte i kraft 1953)
Art. 6