

Spesialoppgave:

Gi en sammenlignende fremstilling av domstolenes prøvelse av forvaltningens frie skjønn og fylkesmannens legalitetskontroll etter kommunelovens § 59.

INNHold

Kapittel 1

1.1	Innledning	3
1.2	Avgrensninger.....	3
1.2.1	Mot forvaltningens interne klageordning.....	3
1.2.2	Mot domstolenes prøving av forvaltningens hensiktmessighetskjønn...4	
1.2.3	Mot privatrettslige forhold.....	5
1.3	Legalitetsprinsippet.....	5
1.3.1	Lovskravet – hjemmelskravet.....	5
1.3.2	”Relativisert hjemmelskrav”.....	6
1.3.3	EMD – praksis.....	7

Kapittel 2

2.1	Domstolsprøvelse – rettstilstanden i årene før og etter 1814.....	7
2.2	Hjemmel for domstolsprøvelse.....	9
2.3	Gjenstand for domstolsprøvelse.....	10
2.4	Omfanget av domstolsprøvelsen.....	11

Kapittel 3

3.1	Fylkesmannens lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59.....	12
3.2	Fylkesmannens hjemmel for lovlighetskontroll.....	13
3.3	Fylkesmannens kompetanse til lovlighetskontroll.....	13
3.4	Omfanget av fylkesmannens lovlighetskontroll	14
3.5	Hvilke forvaltningsvedtak er gjenstand for fylkesmannens lovlighetskontroll?.....	15
3.6	§ 59 – en gjennomgang av bestemmelsens ordlyd.....	16
3.6.1	Lovlighetskontroll § 59 nr.1	16
3.6.2	Begrepet ”avgjørelse” § 59 nr.1.....	16
3.6.3	”Folkevalgt organ” § 59 nr.1.....	18
3.6.4	Vedtaksorgan § 59 nr.2.....	18

3.6.5	Oppsettende virkning § 59 nr.3.....	19
3.6.6	Forvaltningens kompetanse –virkningen av feil.....	19
3.6.7	Fylkesmannskontroll etter eget initiativ § 59 nr.5.....	21
3.6.8	Forvaltningens opplysningsplikt - fylkesmannens innsynsrett § 59 nr.6.....	21
3.6.9	Tidsfrister for lovlighetskontroll § 59 nr.7.....	22

Kapittel 4

4.1	Subsumsjonen.....	22
4.2	Fritt skjønn.....	23
4.3	Momenter ved grensedragningen.....	27
4.4	Lovbestemmelser som gir forvaltningen myndighet til å fastsette lovens anvendelsesområde.....	28
4.5	Tolkningsprinsipp.....	29
4.6	Lovens formål.....	29
4.7	Usakelige hensyn.....	31
4.8	Vilkårlighet.....	33
4.9	Likhetsprinsippet.....	34
4.10	Forholdsmessighet.....	35

Kapittel 5

5.1	Sammenligning av hjemmelsgrunnlagene for domstolsprøvelse og fylkesmannskontroll etter kommuneloven § 59.....	37
5.2	Sammenligning av hvilke avgjørelser som er til gjenstand for domstolsprøvelse og fylkesmannskontroll.....	38
5.3	Sammenligning av hvem som kan bringe inn forvaltningsavgjørelser til domstolsprøvelse og til fylkesmannskontroll.....	39
5.4	Sammenligning av omfanget av domstolenes prøvelsesrett og fylkesmannens Lovlighetskontroll.....	40

Kapittel 6

6.1	Avslutning.....	41
6.2	Litteraturliste.....	42

1.1 Innledning.

En mengde organ i stats – og kommuneforvaltningen tar daglig avgjørelser som berører oss alle. Gjennom domstolsprøvelse og fylkesmannskontroll skal det sikres at forvaltningen opptrer lojalt overfor lovgiver, bruker de bevilgede resurser på en rasjonell måte, og at rettsikkerheten er ivaretatt for den enkelte og for befolkningen i sin alminnelighet.

I en sammenlignende fremstilling kan det være av interesse å finne ut om regelsettet for henholdsvis fylkesmannskontrollen og domstolsprøvelsen i samme og tilstrekkelige grad er egnet til å ivareta nevnte lovgiverlojalitet, og kravet til rasjonell ressursbruk. Dette i tillegg til å sikre borgerne mot forvaltningsavgjørelser som inneholder usakelighet, vilkårlighet og brudd på likhetsprinsippet.

Hovedproblemstillingen er å belyse *omfanget* av domstolsprøvelsen og fylkesmannskontrollen ved forvaltningens skjønnsavgjørelser, og om skjønnen er saklig og forsvarlig.

I historisk sammenheng har *omfanget* endret seg vesentlig. På en rekke måter avspeiler problemstillingen kanskje hva samfunnet til enhver tid synes å være viktig? Vil vi styrke det lokale selvstyre ved å innskrenke domstolene og fylkesmannens kontroll av forvaltningsavgjørelsene? Vil rettssikkerheten nødvendigvis bli redusert ved mer intern kommunal – og fylkeskommunal forvaltningskontroll? Vil kravet til effektivitet i forvaltningen medføre færre og mindre intens kontroll? Dette er bare noen av de spørsmål som gjør problemstillingen interessant.

Hensikten med oppgaven er ellers å belyse domstolenes og fylkesmannens kontroll av forvaltningsavgjørelser tatt ved fritt skjønn – ikke å gjennomgå alle sider av prøvelsesretten.

1.2 Avgrensninger.

1.2.1. Avgrensning mot forvaltningens interne klageadgang.

Domstolsprøvelse, og fylkesmannskontrollen etter kommuneloven § 59, er å betrakte som en ekstern lovlighetskontroll hvor den absolutte hovedregel er kontroll med legaliteten – er

forvaltningsavgjørelsen gyldig, eller ugyldig? I motsetning til den eksterne lovlighetskontrollen vil klageinstansen i den interne klagebehandlingen kunne ”..prøve alle sider av saken”, *også forvaltningskjønnen, og* ”ta hensyn til nye omstendigheter”, jfr. forvaltningsloven § 34 annet ledd, første punktum. Oppgaven må derfor avgrenses mot den interne klageadgangen etter reglene i forvaltningsloven § 28 – 34 i kapittel IV ”Om klage og omgjøring”.

Ett synspunkt hos kommunelovutvalget (NOU 1990 : 13 side 263) er at i flere sammenheng ville en styrket internkontroll være et bedre alternativ enn eksisterende eksterne kontrollordninger hos fylkesmannen og ved domstolene. Målsettingen måtte være å utvikle et beslutningssystem og en forvaltning/administrasjon som i størst mulig grad er selvkontrollerende. Det vil si at organisasjon, saksforberedelse, og beslutningsprosess i de politiske organ må fungere på en måte som garanterer oppfyllelse av alle faglige krav og som ivaretar grunnleggende rettsikkerhetshensyn overfor kommunen/fylkeskommunens innbyggere, og andre, som berøres av vedtakene.

1.2.2 Avgrensning mot domstolens prøving av forvaltningens hensiktsmessighetskjønn.

Lovgiver har gjennom fullmaktslovgivningen overlatt til forvaltningen å utforme ”politikken” på vedkommende område. Forvaltningen har fått delegert kompetanse gjennom lovgivningen til å utvise skjønn, som ikke kan domstolsprøves. På den annen side har vi avgjørelser og enkeltvedtak hvor man tar stilling til hva som er gjeldende rett (se Eckhoff og Smiths forvaltningsrett side 337 flg.). Disse spørsmål hører ikke under forvaltningens frie skjønn, hvoretter alle sider av forvaltningenes standpunkter i slike spørsmål kan etterprøves. Dette gjelder også når det beror på skjønn hvordan de aktuelle *rettsregler* skal forstås, og hvor spørsmålene som forvaltningen må ta standpunkt til er av skjønnsmessig karakter, eksempelvis når lovgiver bruker vage eller skjønnsmessige ord og uttrykk for å angi hva forvaltningen kan gjøre.

Frilufsloven § 2, kan tjene som eksempel: I bestemmelsen første punktum er det benyttet begrepet ”utmark”. Det vil her være opp til domstolene å fylle begrepene med rettslig mening. Domstolenes prøvesrett av rettsanvendelseskjønnen er nedfelt i en mengde høyesterettsdommer, jamfør blant annet Rt.1998 side 1795 og Rt. 2000 side 591.

1.2.3 Avgrensningen mot privatrettslige forhold.

Etter lovteksten i kommuneloven § 59 nr.1 første punktum heter det ”..avgjørelse truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon..” Det kan umiddelbart synes som om dette gjelder alle avgjørelser. I henhold til teori, forarbeider og forvaltningspraksis gjelder det imidlertid en rekke unntak.

I Odeltingsproposisjon nr.42 side 300 nr.4 heter det ”I likhet med dagens bestemmelser om legalitetskontroll omfatter lovlighetskontrollen i medhold av denne paragraf bare avgjørelsens offentligrettslige sider”. Her avgrenses det klart mot de privatrettslige sider i avgjørelsene. Også J.F.Bernt og Ø. Rasmussen i Frihagens Forvaltningsrett på side 436 støtter opp om dette syn hvor han fremholder at lovlighetskontrollen i medhold av § 59 bare går på den offentligrettslige lovligheten av avgjørelsen. Med andre ord vil ”..innhold og omfanget av kommunen eller fylkeskommunens privatrettslige forpliktelser på kontraktsrettslig, erstatningsrettslig, eller tingsrettslig grunnlag falle utenfor rammene”. En annen side av ”privatrettslige” forhold ble tilføyd i § 59 nr.1 siste setning, ved lov av 10.01.97 nr.8. Som unntak fra hovedregelen om kontroll av avgjørelser ble det tilføyd: ”Dette gjelder ikke avgjørelser om ansettelse, oppsigelse, eller avskjed”. I forarbeidene, Ot.prp. nr.58 (1996-1996) side 39-40, til loven begrunnet kommunaldepartementet sitt syn med at reglene for lovlighetskontroll av slike saker egnet seg dårlig for *administrativ* saksbehandling. Departementets synspunkt var at en sak for domstolen med partsrettigheter, og muntlig kontradiktorisk saksbehandling, var et bedre alternativ. Departementet henviste i tillegg til forvaltningsloven § 3 andre avsnitt andre ledd og § 2 andre avsnitt første setning, og fremhevet at det var de samme hensyn i forvaltningsloven som her begrunnet unntak fra administrativ lovlighetskontroll i kommuneloven.

1.3 Legalitetsprinsippet

1.3.1 Lovskravet – hjemmelskravet.

Forvaltningens evne til å bestemme over eller til å forplikte andre må være hjemlet i et særskilt grunnlag for kompetanse. Kompetansen til å treffe avgjørelser vil være saklig og stedlig avgrenset, eksempelvis kommunestyrets myndighet til å treffe avgjørelser på vegne av kommunen (stedlig) om ikke annet følger av lov eller delegasjonsvedtak (saklig).

Kompetansetildeling gjøres ved generell kompetanseregel i lov eller forskrift, eller ved delegasjonsvedtak hvori underordnet organ eller tjenestemann tildeles stillingsfullmakt. Kravet til forvaltningenes materielle kompetansegrunnlag formuleres tradisjonelt som et krav til hjemmel i lov ved inngrep i borgernes frihets og eiendomsrett – kalt *legalitetsprinsippet* – og som slår fast rettsstatsprinsippet om at loven er overordnet forvaltningsavgjørelser – *lex superiorprinsippet*. 1)

Lovkravet tilsier at normeringer som griper inn i borgernes rettstilling må være hjemlet i formell lovgivning eller sedvanerett, legalitetsprinsippet at desto sterkere inngripen i den private rettssfære desto tydeligere må hjemmelen fremstå.

Det bærende prinsipp innenfor all offentlig myndighetsutøvelse som griper inn i borgernes eiendomsrett eller alminnelig handlefrihet må skje i henhold til rettsregler i lov eller i medhold av lov. I Gravers lærebok om forvaltningsrett side 74 deles legalitetskravet som grunnprinsipp opp i tre elementer; 1) Som en side av ”maktfordelingslæren” oppstilles det et krav om at forvaltningen må utlede sin kompetanse fra loven. 2) Som et utslag av ”lex superior” hvor forvaltningen er bundet av rettsregler av høyere rang enn dem forvaltningen selv utsteder, kreves det at forvaltningen opptreden må være innenfor rammene av loven. 3) Krav om at inngrep forvaltningen foretar overfor borgerne må ha hjemmel i formell lov – legalitetsprinsippetets *materielle* side.

Dette utgjøre det sentrale fundament for domstolenes kontroll med forvaltningen.

1.3.2 Relativisert hjemmelskrav.

Eivind Smith lanserte i 1982 (se Torstein Eckhoff og Eivind Smiths Forvaltningsrett side 336) begrepet ”relativisert hjemmelskrav”. Med henvisning til dette begrepet siterer Smith førstevoterende dommer Gussgaard i dom Rt.1995 s.530 om at det ikke er et ufravikelig krav at hjemmelen fremgår klart av lovens ordlyd ”Kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes”. Spørsmålet blir jo da i hvilken grad domstolene og fylkesmannen fra den ene sak til den andre klarer å stille samme krav til hjemmel? Forskjellen mellom synet på krav til hjemmel i *Smiths og Gussgaards* uttalelser fra henholdsvis 1982 og 1995, og dommer *Utgård* i år 2006 (se nedenfor om EMD-praksis) er markant.

1) Frihagens forvaltningsrett Fridtjof Bernt og Ørnulf Rasmussen side 73.

Det kan synes som om Smith og Gussgaard gir rom for en noe mer individuell vurdering av hjemmelskravet enn dommer Utgårds mer stringente. Kan vi her se en utvikling? En annen problemstilling er jo i hvilken grad domstolene og fylkesmannen seg imellom makter å ”samkjøre” sine krav til hjemmel dersom det ”relative hjemmelskrav” får råde grunnen?

1.3.3 EMD – praksis.

Innen EMD-praksis har kravet til hjemmel i lov ved inngrep i borgernes rettssfære blitt uttrykt i mange ulike saker. Eksempelvis dom av 8.juli 1986, Lighgow og andre mot UK (EMD-1980-9006) premiss 110: ”...provided for by law, it requires in the first place the existence of and compliance with adequately accessible and sufficiently precise domestic legal provisions...”. Også i dom av 9.November 1999 Spacek s.r.o mot Tsjekkia (EMD-1995-26449) formuleres kravet i premises 54 slik: “ The Court considers that when speaking of “Law”, Article 1 of Protocol No 1 alludes to the same concept to be found elsewhere in the Convention, a concept which comprises statutory law as well as caselaw. It implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability...”. Dommer Utgård tolker ovennevnte i HR-2006-01885-A slik: ”innanfor dei rettane konvensjonene regulerer, er det såleis eit krav om at eit inngrep må ha hjemmel i lov som fyller kvalitetskrav, som er presis, tilgjengelig, og kan gi grunnlag for å vurdere eiga rettsstilling”.

Kapittel 2. Domstolsprøvelse

2.1 Rettstilstanden i årene før og etter 1814.

Det historiske og rettslige utgangspunkt for prøvelsesretten i moderne tid er kongeloven av 14.november 1665 hvor det ble nedfelt i loven en fullstendig maktforening i Kongens person. I slutten av 1700-tallet skjedde det endringer da Kongen understreket domstolenes uavhengighet av administrasjonen ved at høyesterett ble adskilt fra de administrative myndigheter. Det oppstår nå en maktfordeling mellom administrasjonen og domstolene. Det ble ikke tatt standpunkt til domstolenes prøvelsesrett i Eidsvollgrunnloven av 1814 når makten mellom statsmakten og domstolene ble fordelt. I årene etter 1814 ble imidlertid

prøvelsesretten drøftet blant annet i Brodtkorb-saken fra 16.1.1818 og i Sebbelow-saken av 11.10.1819. Den mest markante historiske dommen på utviklingen av prøvelsesretten er kanskje Eidsvollssaken, en høyesterettsdom av 11.10.1819 (referert i Odd Jarl Pedersens avhandling ”Funksjonsfordeling og normkontroll.” Institutt for privatrett). Saken gjaldt statholderselskapets resolusjon (les: regjeringens) av 1.12.1813 hvor det ble pålagt allmuen i Eidsvoll å levere 5762 lass stein til bygging av bro. Bøndene nektet og ble i politirett 14.november 1817 dømt til å levere – men nå mot godtgjørelse. Bøndene anket saken til høyesterett. Førstvoterende dommer Motzfeldt fant i henhold til legalitets – og til lex superiorprinsippet at; ”Statsraadet ikke var i besittelse av den lovgivende makt, og saaledes ikke var berettiget til å give bestemmelser ikke alene udenfor (legalitetsprinsippet), men saavidt det skjønnes mod de gjeldende love (lex superior prinsippet). Han viste deretter til en forordning av 27.10.1797 som sier at utgifter ut over 200 riksdaler skulle fordeles på hele stiftet. Dommer Collett var enig i, med bakgrunn i forordningen av 27.10.1797, at regjeringen ikke hadde kompetanse til å pålegge allmuen å prestere leveransen, men stemte for stadfestelse av de tidligere dommer med begrunnelse at; ”..det ikke i en velordnet stat lader sig gjøre at almuen oppsætter sig mot øvrighedens ordre.”. deretter fordi han anså det ”tvilsomt hvorvidt domstolene kunne inklade sig i påkjennelsen av actus magistratus”. Collett kom i mindretall.

Det prinsipielle utgangspunkt om at spørsmålet ikke er *om* domstolene har prøvelsesrett – men om prøvelsesretten *utstrekning*, skriver seg i norsk rett fra professor Aschehoug 2) – og rettspraksis har lagt dette til grunn i sine avgjørelser (se Odd Jarl Pedersen; ”Funksjonfordeling og normkontroll..” side 4). I det aschehouske system var domstolenes prøvelsesrett umiddelbar, på den måte at den enkelte ikke behøvde Kongens tillatelse eller særskilt hjemmel i lov for å anlegge sak mot den forvaltningen, og domstolene hadde den nødvendige kompetanse til å trekke grensene for forvaltningens frie skjønn. Prøvelsesretten ble utledet av Aschehous fortolkning av Grunnloven § 89.

Det er for øvrig fremdeles ingen regel i Grunnloven som hjemler domstolenes prøvelsesrett. I Torstein Eckhoff og Eivind Smiths Forvaltningsrett på side 476 blir det imidlertid antatt at ”domstolenes kompetanse til å prøve legaliteten av forvaltningens virksomhet som utgangspunkt har grunnlovs rang”.

Med visse begrensninger 3) innebærer dette at lovgiver ikke kan oppheve eller vesentlig beskjære prøvelsesretten.

2) Hans teorier ble offentliggjort i Christiania i 1885.

3) Se T.Eckhoff og E.Smiths forvaltningsrett side 486 ”Begrenset prøvelsesrett.

En rekke nyere høyesterettsavgjørelser gjentar prinsippet om domstolenes prøvesrett. I Fusadommen Rt 1990 s.874 uttaler førstvoterende; ” I den foreliggende sak er spørsmålet om domstolene kan prøve gyldigheten av forvaltningsvedtak”. Høyesterett fant forvaltningsvedtaket ”åpenbart urimelig” og vedtaket ble funnet ugyldig. I Tollavgiftssaken HR-2005-00206-A drøfter høyesterett forvaltningen aktsomhetsvurdering i henhold til tolloven § 37s kriterie ”..til last..”. Forvaltningens skjønn i aktsomhetsvurderingen ble ikke ansett å kreve tollfaglig kompetanse, ”slik at det av den grunn ikke kunne være spørsmål om å unnta det fra domstolenes prøvingsrett”. EMK, inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven av 21.mai 1999, bekrefter ytterligere den enkelte borgers rett til å få prøvet forvaltningsvedtak. I artikkel 6 nr.1 heter det; ” For å få avgjort sine borgerlige rettigheter og plikter...har enhver rett til en rettferdig og offentlig rettergang innen rimelig tid...”. Bestemmelsen ble blant annet anvendt i Bølerdommen Rt.2000 s.996, hvor EMD finner artikkel 6 anvendelig i domstolsprøvelse av administrativ ileggelse av straffeskatt.

2.2 Hjemmel for domstolsprøvelse av rammene for forvaltningens frie skjønn.

Domstolene skal i hovedsak drive legalitetskontroll, med andre ord at domstolene kontrollerer lovmessigheten i forvaltningsavgjørelser og om det foreligger rettsstridige forhold. Eksempel på dette *prinsippet* nedfelt i lovs form er tvistemålsloven § 435 hvor det heter; ”Bestemmelsene i dette kapittelet gjelder for søksmål om *lovmessigheten* av avgjørelser truffet under utøving av offentlig tjeneste.

Domstolenes kontroll med forvaltningens frie skjønn er hjemlet og for stor del skapt gjennom rettspraksis; ”utviklingen av kontrollen med bl.a. utenforliggende hensyn og med det faktiske grunnlag for skjønnet kan kanskje betraktes som mottrekk mot lovgivningen som overlater meget til forvaltningens skjønn” (Eckhoff og Smith s. 484 – 485). Se også avsnitt 1.2.1 ”Rettstilstanden i årene før og etter 1814”.

Domstolene må kunne prøve skjønnsutøvelsen i den forstand at skjønnet er gjort i samsvar med de grenser som er oppstilt i lovgivningen og i ulovfestede prinsipper. Har forvaltningen holdt seg innenfor disse rettslige rammene så vil det ikke bli foretatt noen prøving av innholdet i forvaltningsskjønnet.

Prinsippet om prøvingsretten er gjentatt i en rekke dommer. I Rt.1995 s.1427 (Naturfredningsdommen) uttaler førstvoterende på s.1433; ” Det tilføyes at jeg også er enig med lagmannsretten i at domstolene bør være tilbakeholdne med å fravike det faglige

skjønn bak et fredningsvedtak” I Rt.1995 s.72 slår førstvoterende fast at ” Domstolene kan videre prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn og om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet, eller så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet”. I HR-2005-00206-A (Tollavgift) i sak om gyldigheten av vedtak truffet av Toll – og avgiftsdirektoratet uttaler førstvoterende; ”Dette reiser for det første spørsmålet om vedtaket er undergitt tollvesenets frie skjønn slik at prøvingsretten er begrenset”. I Fusadommen (Rt.1990 s.874) i sak om gyldigheten av kommunalt vedtak om minstekrav til omfanget av kommunal ytelse, gir førstvoterende en rimelighetsbetraktning; ”Når det gjelder omfanget av ytelsene, vil spørsmålet ved en domstolskontroll etter min mening være om det aktuelle forvaltningsvedtak tilfredsstillende et visst minstekrav som må forutsettes å gjelde for slike ytelser. En slik vurdering vil ligge nær opp til en domstolsprøving av forvaltningens frie skjønn. Jeg sikter i denne forbindelse særlig til domstolenes adgang til å prøve om forvaltningsskjønnet er åpenbart urimelig”.

De ovennevnte dommer bekrefter domstolenes ulovfestede og domstolskapede hjemmel for prøving av rammene for forvaltningens frie skjønn.

2.3 Hvilke forvaltningsvedtak er gjenstand for domstolsprøvelse?

Ifølge Forvaltningskomiteen s.359 flg. kan som alminnelig regel domstolene prøve alle forvaltningsavgjørelser, både negative og positive, uavhengig om avgjørelsen er truffet av Kongen i Statsråd, departement, kommune eller fylkeskommune. Arten eller innholdet medfører heller ingen begrensning i prøvelsesretten. Med andre ord om det gjelder påbud, forbud eller å tilstå eller nekte en rett, er prøvelsesretten inntakt. Dette gjelder også for vedtak som fordeler eller tilstår fordeler, eksempelvis bevillinger. Alle enkeltvedtak i medhold av Forvaltningsloven § 2 som griper inn i eller vedrører den enkelte borgers eller det enkelte rettssubjekts rettsfare i tillegg til forskrifter og andre generelle avgjørelser som forvaltningen har fått kompetanse til å utarbeide, kan derfor prøves av domstolene. Det er verd å merke seg at det i Forvaltningslovens § 3 annet ledd er gjort adgang til unntak fra klageadgangen, jfr. Forvaltningslovens kapittel VI; ”Når det gjelder enkeltvedtak som nevnt i § 2 annet ledd (ansettelser, oppsigelser, suspensjon, avskjed, eller forflytting av offentlig tjenestemann) kan Kongen fastsette at kapitlene IV – VI helt eller delvis ikke skal gjelde i nærmere angitte saker eller for visse tjenestemenn”. Kapitlene omhandler henholdsvis saksforberedelsen til enkeltvedtaket (IV), utformingen av det enkelte vedtak

blant annet om at vedtaket skal grunngis, og adgangen til klage og omgjøring. I henhold til ansettelsessaker er disse vedtak ” i alle tilfelle unntatt fra reglene om ...klage i Forvaltningslovens §28 – 34.

Uten mulighet for å få prøvet vedtaket er tjenestemannen likevel ikke. I henhold til Tjenestemannsloven av 1983 nr.3 § 19 nr.1 kan tjenestemannen påklage ”vedtaket om oppsigelse, ordensstraff, suspensjon eller avskjed...”til Fylkesmannen. Etter § 19 nr.2 kan tjenestemannen – eller embetsmann ”reise søksmål for å få prøvd lovligheten av klageinstansens vedtak..”.

Når det gjelder administrative frihetsinngrep som tvangssaker hjemles prøvelsesretten direkte i sosialtjenesteloven av 1991 nr.81, § 9-10 og barnevernsloven av 1992 nr.100, § 7-1 med henvisning til sosialtjenesteloven §9-10. Felles for alle tvangssaker er at de kan bringes inn for domstolene etter reglene i tvistemålsloven kapittel 33, og domstolene har derfor plikt til å prøve alle sider av saken, jfr. Tvistemålsloven § 482 som lyder slik; ”Innenfor rammen av vedkommende lov skal retten prøve alle sider av saka”.

I henhold til Tvistemålsloven § 475 annet ledd er regelen at ved administrativt frihetsinngrep vil vilkåret for søksmål være at klagemuligheten er uttømt. Den alminnelige regel er imidlertid at part i saken kan velge mellom å føre forvaltningsvedtaket direkte inn for domstolen, eller først klage til overordnet forvaltningsmyndighet.

2.4 Omfanget av domstolsprøvelsen.

De forvaltningsvedtak som griper inn i den enkelte borgers, eller et annet rettssubjekts rettssfære, kan prøves (jfr. Forvaltningskomiteen s.371) på tre forhold; a) i forvaltningens vurdering av sakens fakta b) i forvaltningens tolkning av den bestemmelse som forvaltningen legger til grunn i saken c) i forvaltningens vurdering av om bestemmelsens materielle innhold er anvendelig på sakens faktum (subsumsjonen). I tillegg om forvaltningen har holdt seg innenfor rammene av sitt frie skjønn.

På den annen side har vi lovbestemmelser som *utvider* domstolenes prøvelsesrett ved at spørsmål som ellers hører inn under forvaltningens skjønn, kan prøves fullt ut (se Torstein Eckhoff og Eivinds Smith Forvaltningsrett side 485). Dette gjelder regler ved administrative frihetsinngrep, eksempelvis etter barnevernsloven eller loven om psykisk helsevern. Saker etter disse lovene blir ”administrert” i henhold til tvistemålsloven

kapittel 33, jfr. § 474, og § 482 ”Innenfor rammene av vedkommende lov *skal* retten prøve alle sider av saka.

Kapittel 3

3.1 Fylkesmannens lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59.

Formannskapslovene av 1837 hadde en bestemmelse som ga fylkesmannen ett utsettende veto, idet kommunestyret måtte behandle saken på nytt dersom fylkesmannen nektet å godkjenne vedtaket. I kommuneloven av 1921 ble ordningen omdannet til en legalitetskontroll – slik vi kjenner den i dag - kontroll av saksbehandlingen, at de besluttede har den nødvendige kompetanse, og at vedtaket ikke strider mot lovgivning, eller andre rettsregler som eksempelvis de ulovfestede prinsipper om forsvarlig saksbehandling jfr. lære om myndighetsmisbruk. Dette var i tråd med et av prinsippene for lovarbeidet med nedtoning av statlig tilsyn og kontroll (NOU 1999: 13 side 285) ved å fjerne unødig kontroll og redusere detaljstyringen.

Kommuneloven § 59 erstattet den tidligere regel om automatisk legalitetskontroll av kommunestyrevedtak. Et av stridsspørsmålene (NOU 1999: 13 side 78) i forbindelse med endringen i formannskapslovene var utstrekningen av statens approbasjon (godkjenning) av de kommunale vedtak, med andre ord i hvilken grad de kommunale og fylkeskommunale vedtak automatisk skulle være underlagt godkjenning. Kompromisset besto i å gjøre statens approbasjon avhengig av en mindretallsanke. Hensikten bak endringen var å åpne for en autorativ avgjørelse i de tilfelle hvor det måtte oppstå rettslig tvil i forbindelse med kommunal – og fylkeskommunal saksbehandling. Praktisk og økonomisk vil nok dette også fremstå som et alternativ til en rettslig avklaring i domstolene, jfr. Oddvar Overå og J.F.Bernt ”Kommuneloven med kommentarer” side 426.

I henhold til Kongelig resolusjon 7/8 1981 skal fylkesmannen ”samordne statens virksomhet i fylket og fremme samarbeidet mellom kommune, fylkeskommune og statlige organer”. Fylkesmannen selv definerer sin rolle som, ”Fylkesmannen er Kongens og regjeringens representant i fylket og skal arbeide for at Stortingets og regjeringens vedtak, mål og retningslinjer blir fulgt opp. På vegne av flere departementer utfører fylkesmannen

en rekke forvaltningsoppgaver i forhold til kommuner og enkeltpersoner, og er klagemyndighet og tilsynsmyndighet”.

3.2 Fylkesmannens hjemmel til lovlighetskontroll.

I kommuneloven § 59 er det gitt regler om lovlighetskontroll av kommunale og fylkeskommunale avgjørelser. Bestemmelser er nødvendig fordi kommunene og fylkeskommunene er uanhengige forvaltningsorganer som baserer sin kompetanse på kommuneloven. Departementet eller fylkesmannen har med andre ord som et rettslig utgangspunkt ingen generell kontroll – og overprøvingsmyndighet overfor kommune og fylkeskommune.

Kommune – og fylkeskommuneforvaltningen må antas å være stortingets uttrykk for en ønsket modell med desentralisert forvaltning (se Frihagen side 32). Det kommunale selvstyret beror på bestemmelser staten som lovgiver har truffet, jfr. kommuneloven § 6 ; ”Kommunestyret og fylkestinget er de øverste kommunale og fylkeskommunale organer. De treffer vedtak på vegne av kommunen eller fylkeskommunen så langt ikke annet følger av lov eller delegasjonsvedtak”. Dette gjør at regjeringen og departementet bare kan instruere og overprøve kommunene så lenge de har særskilt hjemmel i lov. Hjemmel for ”lovlighetskontroll” og ”statlig kontroll og godkjenning av økonomiske forpliktelser” er nå nedfelt i kommuneloven av 25.september 1992 nr.107. Se for øvrig en gjennomgang av kommuneloven § 59 i avsnitt 3.6.

3.3. Fylkesmannens kompetanse til lovlighetskontroll.

Kongelig resolusjon 18.desember 1992 bestemmer; ”Kommunaldepartementet gis fullmakt til å treffe de avgjørelser som er tillagt departementet etter lov om kommuner og fylkeskommuner av 25.september 1992 nr.107...§ 59 nr.7...Kommunaldepartementet gis fullmakt til å fastsette nærmere regler for de øvrige departementers utøvelse av lovlighetskontroll, og til å overføre myndighet etter lov om kommuner og fylkeskommuner § 59 og lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker § 28 annet ledd. De enkelte departementer gis fullmakt til å utføre lovlighetskontroll med kommunale vedtak etter lov om kommuner og fylkeskommuner av 25.september 1997 nr.107 § 59, med unntak av myndighetsutøvelse etter § 59 nr.7. Fullmakten gjelder bare vedtak som er truffet i

medhold av lover vedkommende departement forvalter. Hvert departement plikter å holde kommunaldepartementet underrettet om de avgjørelser som tas i medhold av denne fullmakten.. Kommunaldepartementet gir nærmere regler om departementets lovlighetskontroll..” (se kommunaldepartementets rundskriv H-2123). Delegasjonen gjelder ”på grunnlag av de til enhver tid gjeldende organisatoriske bestemmelser”. Med andre ord skjer det tidvis at (nye) regjeringer endrer departementsstrukturen ved sammenslåinger eller nyopprettelser, lovlighetskontrollmyndigheten følger med fagdepartementet.

3.4 Omfanget av Fylkesmannens lovlighetskontroll.

Fylkesmannens lovlighetskontroll omfatter i hovedsak tre forhold; a) at saksbehandlingen er korrekt, jfr. § 59 nr.4, litra c ”ved lovlighetskontroll skal det tas stilling til om avgjørelsen – er blitt til på lovlig måte” med andre ord den prosessuelle kompetanse. Dette innebærer at saksbehandlingsreglene i Kommune – og Forvaltningsloven og eventuelle regler i særlovgivningen er fulgt, i tillegg til de ulovfestede prinsipper for god forvaltningsskikk. b) at vedtaket er gjort av organ som har kompetanse til dette – den personelle kompetanse. I praksis vil det ofte være kommunestyret eller fylkestinget som tar de endelige avgjørelser, men innenfor en del saksfelt er kompetansen delegert som for eksempel innenfor helse – og sosialsektoren, og enkeltvedtak i byggesaker i det faste utvalget for plan – og byggesaker (byggningsrådet) c) at vedtaket ikke er i strid med gjeldende rett og ulovfestede regler – den materielle kompetanse; med andre ord vedtakets innholdsmessige lovlighet.

Det må likevel tas et forbehold overfor formuleringen i bestemmelsens femte ledd;...”Departementet ”skal” oppheve avgjørelsen hvis det er gjort slike feil...” Dette er ikke en absolutt regel. I henhold til Forvaltningsloven § 41 er ”vedtaket likevel gyldig når det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold.” Det er samsvar mellom § 59 femte ledd og Forvaltningsloven § 41 idet vilkår for opphevelse av avgjørelsen er at det er ”..gjort slike feil at den (avgjørelsen) er ugyldig”. Med andre ord – har feilen hatt innflytelse på vedtakets materielle innhold – så skal Fylkesmannen oppheve vedtaket.

Fylkesmannen vil alltid kunne utøve kontroll med at forvaltningen i utøvelse av sitt frie skjønn har holdt seg innenfor de ulovfestede prinsipper av læren om myndighetsmisbruk, eksempelvis om forvaltningen har utøvd vilkårlig forskjellsbehandling, tatt utenforliggende hensyn, eller om skjønnet er grovt urimelig. Disse rammene vil være samsvarende med omfanget av domstolsprøving av rammene for forvaltningen frie skjønn, og vil ikke bli gjentatt i dette avsnittet. I tillegg vil en lovlighetskontroll medføre at Fylkesmannen nødvendigvis må kunne prøve rettsanvendelse – og subsumsjonsskjønnet.

3.5 Hvilke forvaltningsvedtak er gjenstand for fylkesmannens lovlighetskontroll?

Hovedregelen er at "alle avgjørelser i alle folkevalgte organ, samt administrasjonen, kan bli gjenstand for lovlighetsklage (se Ot.prp. nr.42 side 300) og dermed gjenstand for fylkesmannens lovlighetskontroll.

I henhold til kommuneloven av 25.september 1992 nr.107, § 59, kan tre eller flere medlemmer av kommune eller fylkestinget bringe avgjørelser truffet av folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon, inn for departementet (fylkesmannen) til kontroll av avgjørelsens lovlighet. Med dette menes at også kommune – og fylkestingsmedlemmer kan begjære lovlighetskontroll av vedtak i organ de ikke har vært tilstede i, eller vedtak de selv har stemt for.

"Vedtak" i forhold til forvaltningsloven § 2 omfatter enkeltvedtak og forskrifter, men i vurderingen om det foreligger en "avgjørelse" etter kommuneloven § 59, må det avgjørende være hvilke rettsvirkninger avgjørelsen har (se kommunaldepartementets rundskriv H-2123). Dette er i samsvar med Ot.prp. nr.42 (1991 – 1992) side 300, hvor "..bare endelige avgjørelser kan bringes inn for fylkesmannens lovlighetskontroll, ikke innstillinger avgitt av administrasjonen eller folkevalgt organ". Med andre ord er det bare avgjørelser som avgjør realiteten av en sak, som er "avgjørelser" i § 59 – henseende. Da har man foretatt en avgrensning mot uttalelser som ikke er bindende, avgitte råd, og mot prosessledende beslutninger som eksempelvis pålegg omfremleggelse av dokumentasjon, rett til dokumentinnsyn, spørsmål om habilitet, mv. Men det ber likevel slik at hvis prosessledende beslutninger kan representere saksbehandlingsfeil, hvoretter avgjørelsen er ugyldig dersom feilen har hatt innvirkning på avgjørelsens innhold, jfr. forvaltningsloven § 41, vil avgjørelsen være til gjenstand for lovlighetskontroll. Dette er også i samsvar med

kommuneloven § 59 nr.4c hvor det ved lovlighetskontroll skal tas stilling til om avgjørelsen ”er blitt til på en lovlig måte”.

3.6 § 59 - En gjennomgang av bestemmelsens ordlyd.

3.6.1 Lovlighetskontroll.

I kommuneloven § 59 nr.1 første punktum heter det at *”Tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkeskommunestyret kan sammen bringe avgjørelser truffet av folkevalgte organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjon inn for departementet til kontroll av avgjørelsens lovlighet.*

I henhold til NOU 1990: 13 ble det i kommunelovutvalget diskutert å utvide kretsen av de som kunne kreve lovlighetskontroll, eksempelvis medlemmer av nemder, råd og utvalg. Argumentet mot var at dette kunne øke antall lovlighetskontrollsaker dramatisk, og skape problemer i den interne saksgangen og kontrollen for kommunen. Varamedlem til kommunestyret og fylkestinget fikk imidlertid anledning, (se Ot.prp.42 (1991-1992) side 300), til å kreve lovlighetskontroll i de tilfelle hvor varamedlemmet blir innkalt og møter på lik linje med de faste.

3.6.2 Begrepet ”avgjørelse”.

Hovedregelen er at alle endelige avgjørelser i alle folkevalgte organ, samt administrasjonen, kan bringes inn for lovlighetskontroll (se Ot.prp.nr.42 side 300). Begrepet ”vedtak” i forvaltningslovens § 2 omfatter enkeltvedtak og forskrifter, men i vurderingen om det foreligger en ”avgjørelse” etter kommuneloven § 59, må det avgjørende være hvilke rettsvirkninger avgjørelsen har. Det avgrenses i dette mot innstillinger avgitt av administrasjonen og folkevalgte organ fra et kommunalt – eller fylkeskommunalt organ – til et annet. Begrunnelsen for avgrensninger er ikke at ”innstillingen” ikke er å betrakte som en ”avgjørelse” – men at ”avgjørelsen” ikke er endelig.

Prosessledende beslutninger som eksempelvis pålegg om fremleggelse av dokumentasjon, rett til dokumentinnsyn, spørsmål om habilitet mv. – kan lovlighetskontrolleres. Slike

beslutninger kan representere en saksbehandlingsfeil og hatt innvirkning på avgjørelsens innhold, jfr. forvaltningsloven § 41. (Se forøvrig avsnitt 3.6.6 "Virkningen av feil").

Unnlatelse.

I henhold til Ot.prp. nr.42 side 300, gjentatt av Bernt i kommentarer til kommuneloven side 427, er det bare "endelige avgjørelser" som kan lovlighetskontrolleres.

Problemstillinger er derfor om "unnlatelser" kan ansees å være en "endelig avgjørelse". Forholdet er ikke berørt i lovens forarbeider, men i forvaltningspraksis er dette drøftet i kommunaldepartementets rundskriv H-2123 pkt.4.1.4.4.

I en tolkning av lovens ordlyd finner departementet ikke at unnlatelser kan dekkes av lovens ordlyd, og at en vurdering om unnlatelser kan lovlighetskontrolleres må gjøres i forhold til om reelle hensyn kan tilsi dette. Departementets konklusjon er at skal en kunne kontrollere en "unnlatelse" må det være et krav at denne er i strid med loven – og derfor ulovlig".

Et annet forhold er om det foreligger en avgjørelse, men forvaltningen ikke følger opp denne i praksis. I henhold til kommunaldepartementet kan en slik unnlatelse av oppfølgingen "neppe anses å komme inn under begrepet "avgjørelser". Den involverte part er her henvist til domstolene for å få gjennomført avgjørelsens innhold.

Utsettelse.

Med samme begrunnelse som i avsnittet om "Unnlatelse" kan et utsettelsesvedtak ikke anses å være en realitetsavgjørelse og kan derfor ikke lovlighetskontrolleres, såfremt dette ikke er i strid med loven.

Avvisningsvedtak.

Avvisning vil si at vedkommende forvaltningsorgan beslutter å ikke treffe realitetsavgjørelse i en sak som formelt er brakt inn for organet.

Et avvisningsvedtak vil være et enkeltvedtak i henhold til lovens ordlyd, jfr. forvaltningsloven § 2 tredje ledd; "Som enkeltvedtak reknes også avgjørelse som gjelder avvisning.." Dette er også lagt til grunn i forvaltningspraksis, jfr. kommunaldepartementets rundskriv H-25/92, pkt.4, revidert 1.6.93, og vil være en "avgjørelse" i i kommunelovhenseende. Dette gjelder imidlertid ikke dersom avvisningsvedtaket gjelder privatrettslige forhold (se avsnitt under).

Ansettelse, oppsigelse, avskjed.

Avgjørelser som gjelder ansettelse, oppsigelse, eller avskjed, kan ikke kreves lovlighetskontrollert, jfr. § 59 nr.1 (se avsnitt ”avgrensning mot privatrettslige forhold”). På den annen side er det klart at nevnte avgjørelser kan lovlighetskontrolleres av fylkesmannen av eget tiltak, jfr. § 59, nr.5. Uten rettsvern er man imidlertid ikke selv om fylkesmannen skulle unnlate å ta opp disse forholdene til kontroll. Tvister om rimeligheten av oppsigelser eller avskjed følger Arbeidsmiljølovens regler, jfr. Arbeidsmiljøloven av 1977 nr.4, kapittel XII, jfr. § 56 første ledd – med henvisning til tjenestemannsloven av 1983 nr.3, jfr. § 19 nr.1.

3.6.3 ”Folkevalgt organ”

”Folkevalgt organ” omfatter kommunestyret og fylkesting samt alle kollegiale organer som er valgt av disse (se Ot.prp.nr.42 side 300).

I følge rettsteorien (Bernts kommentarer til kommuneloven side 430) vil også kollegiale organer som ikke direkte er opprettet av kommunestyret og fylkesting, men opprettet i medhold av delegasjon fra disse, være å betrakte som ”folkevalgte organ”.

På den annen side har vi avgjørelser som er truffet på *vegne av* kommunen eller fylkeskommunen og således ikke av et ”folkevalgt organ”. Disse avgjørelsene må bringes inn for et relevant organ i kommunen eller fylkeskommunen før det kan bli spørsmål om lovlighetskontroll.

3.6.4 Vedtaksorganet

I kommuneloven § 59 nr.2 heter det; ”*Krav om lovlighetskontroll framsettes for det organ som har truffet den aktuelle avgjørelse. Hvis dette opprettholder avgjørelsen, oversendes saken til departementet*”.

Det vil være rimelig at det organ som har fattet avgjørelsen får anledning til å overveie sitt standpunkt. Er dette organet et underordnet organ eller en tilsatt vil ifølge Bernt og Rasmussen ”det rettslige utgangspunkt måtte være at saken legges frem for det folkevalgte organ som har ansvaret for vedkommende saksområde”, typisk hovedutvalg eller formannskap.

Spørsmålet videre er om i hvilken grad ”opprettholder” krever at kommunen må behandle saken på nytt. Forholdet er ikke kommentert i forarbeidene, men i forvaltningspraksis (se kommunaldepartementets rundskriv H-2123 avsnitt 4.1.6) samsvarer det best med lovens ordlyd ”..hvis dette opprettholder..” at vedtaksorganet må ta stilling til saken på nytt. I følge departementet er det likevel tvilsomt om det kan kreves ny behandling og nytt vedtak i folkevalgte og administrative organer dersom saken skal oversendes til kontroll. En konkludent adferd som opprettholder vedtaket er tilstrekkelig.

3.6.5 Oppsettende virkning

I kommuneloven § 59 nr.3 heter det; *”Det organ som har truffet avgjørelsen, kommunalt eller fylkeskommunalt overordnet dette, eller departementet, kan beslutte at avgjørelsen ikke skal iverksettes før lovlighetsklagen er avgjort”.*

Bestemmelsen er en ”tillempet versjon” av forvaltningsloven § 42, 1.punktums regel om utsatt iverksettelse av det aktuelle vedtak. Regelen om oppsettende virkning kan være særlig praktisk hvor eksempelvis store verdier skal investeres eller betydelige inngrep i naturen vil følge av tiltaket. I slike situasjoner vil det kunne tenkes at fylkesmannen ser det hensiktsmessig å stoppe iverksettelsen av tiltaket inntil overprøving er gjennomført.

3.6.6 kontroll av forvaltningens kompetanse – og virkningen av feil.

I kommuneloven § 59 nr.4 heter det; *”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 en lovlig måte.*

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

Regelen omhandler bare avgjørelsens offentligrettslige sider, omfanget av forvaltningens kompetanse, og om dette er i henhold til forvaltningsloven, særlover, og i henhold til de ulovfestede prinsipper om forsvarlig saksbehandling (se avsnitt 8.2.3 – 8.2.6). Motsatsen til den offentligrettslige side er de privatrettslige forpliktelser på kontraktsrettslig, erstatningsrettslig, og tingsrettslige grunnlag (se Bernts kommentarer til kommuneloven side 436).

I begrepet ”innholdsmessig lovlig” ligger også at avgjørelsen ikke skal stride mot lov – om nødvendig ha hjemmel i lov (NOU 1990: 13 side 410).

I motsetning til administrativ klagebehandling har departementet (les fylkesmannen) ingen anledning til å fatte en realitetsavgjørelse – kun om vedtaket er gyldig eller ugyldig. Ved eventuelle feil i kompetanse ellers saksbehandling skal departementet oppheve avgjørelsen, men ikke hvis feilen ikke er av en slik karakter at den kan ha innflytelse på avgjørelsens innhold, jfr. forvaltningslovens § 41.

Forvaltningsloven § 41 oppstiller regel om virkning av feil i saksbehandlingen: ”Er reglene om behandlingsmåten...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 kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold. I henhold til Innst.O.II (1966-67) side 16 skal forvaltningsloven § 41 ”anvendes analogisk ved brudd på bestemmelsen om saksforberedelse ved forskrifter og om saksbehandling i andre lover”. Bestemmelsen gjelder derfor også for kommuneloven § 59 nr.4c hvor det i bestemmelsens annet punktum heter ”Departementet skal oppheve avgjørelsen hvis det er gjort slike feil at den er ugyldig”.

I NOU 1990 : 13 side 410 redegjøres det for krav til avgjørelsen for at denne skal være gyldig. § 59 nr.4c lyder: ”Ved lovlighetskontroll skal det tas stilling til om avgjørelsen er blitt til på en lovlig måte”. På side 410 i NOU 1990 : 13 redegjøres det for krav til *behandlingsmåten*. For det første må avgjørelsen ikke stride mot lov, og må om nødvendig ha hjemmel i lov. Behandlingen må videre bygge på riktig og fullstendig faktum, lovlig formål, og det må ikke være tatt utenforliggende sidehensyn.

Utvalget utvider i det følgende regelens innhold; ” selv om det er gjort feil ved en avgjørelse, er det ikke sikkert at dette fører til at denne er ugyldig”. Dette begrunnes med at feilen ikke behøver å være av en slik karakter, eller så grov, at det er grunn til å tro at feilen kan ha virket inn på avgjørelsens innhold.

I kjennelsen om utbygging av Altavassdraget Rt.1982 s.241 heter det på side 348 ”Mange av de angrep som de ankende parter har rettet mot saksbehandlingen eller avgjørelsesgrunnlaget, er som allerede nevnt etter min mening uten betydning for avgjørelsen av saken fordi de gjelder forhold som ikke under noen omstendighet kan antas å ha virket inn på innholdet av reguleringsvedtaket”.

I rettspraksis er det videre presisert, Rt 1957 side 86 (Frogner Hospitsdommen), at hvis det er en mulighet for at feilen kan ha virket bestemmende på avgjørelsens innhold så er dette nok til at man ikke kan se bort fra den. Dette synspunktet er gjentatt i Inst.O.II, side 16.

Ellers fremheves det i NOU på side 410 at feil i saksbehandlingen som under vanlige omstendigheter ville medføre at vedtaket vil være ugyldig, etter en vurdering av hensynet til en skadelidende privat part.

For den sivile part kan det være av betydning å få vite om avgjørelsen er gyldig eller ikke for å vurdere et eventuelt krav om erstatning.

Å få vurdert om feilen er av en slik karakter eller grovhet, at vedtaket må anses ugyldig – eller at det i det hele tatt er begått feil - behøver ikke bare være av interesse for den private part. I like stor grad kan dette ha betydning for forvaltningens og domstolenes arbeid med kommende og parallelle saker.

3.6.7 Fylkesmannskontroll etter eget initiativ.

I kommuneloven § 59 nr.5 heter det; ” *Departementet kan på eget initiativ ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll.*

Det vil nok ofte være medias omtale av en sak som initierer lovlighetskontroll etter fylkesmannens (eller etter ordlyden kommunaldepartementet eller det enkelte fagdepartement saken ligger under) eget initiativ. Reguleringsaken om Husebyskogen i forbindelse med ny ambassade for USA blir av fylkesmannen trukket frem som eksempel. Det blir for øvrig understreket i rundskriv H-25/92 at fylkesmannen bør være tilbakeholden med å vurdere lovlighetskontroll etter ”eget initiativ” dersom henvendelse om dette kommer fra to eller færre kommune – eller fylkeskommunerepresentanter. Dette for at ikke regelen skal miste sin betydning.

3.6.8 Forvaltningens opplysningsplikt – fylkesmannens innsynsrett.

I kommuneloven § 59 nr.6 heter det; ”*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”.

Hensynet bak regelen om innsyn er ifølge Bernt (kommentarer til forvaltningsloven side 439) at departementet og fylkesmannen kan spille ”en viktig rolle som tilsyns og rådgivningsinstans på et mindre formalisert plan”.

Fylkesmannen kan også være avhengig av slik informasjon for bedre å kunne vurdere om lovlighetskontroll skal kreves etter ”eget initiativ”.

Innsynsretten nedfelt i siste punktum gjelder uten innskrenkninger oppstilt i offentlighetsloven, men fylkesmannen må følge de vanlige taushetsregler, jfr. forvaltningsloven § 13. Dette er i tråd med informasjon om regelen i Ot.prp.42 side 300.

3.6.9 Tidsfrister for lovlighetskontroll.

I kommuneloven § 59 nr.7 heter det; ”*Departementet fastsetter nærmere regler om tidsfrister for krav om lovlighetskontroll*”.

Kommunaldepartementet fulgte treukersfristen lik fristen i forvaltningsloven § 29, men med den forskjell at fristen for lovlighetsklage løper fra når vedtaket ble truffet – i motsetning til i forvaltningsloven hvor fristen begynner å løpe når vedkommende part har fått underretning om vedtaket, eller vedtaket er offentlig kunngjort. Dette gjelder imidlertid ikke når fylkesmannen tar opp avgjørelsen for lovlighetskontroll etter eget tiltak. Jeg vil vel anta at fylkesmannen vil være tilbakeholden med å kreve lovlighetskontroll etter den ovennevnte frist, så også gi vedtaket oppsettende virkning for de tilfeller hvor part praktisk og økonomisk allerede har innrettet seg etter avgjørelsen.

Kapittel 4.

4.1. Subsumsjonen.

Det er domstolenes oppgave å tolke innholdet av en bestemmelse, og et rettslig spørsmål hvordan en ferdig tolket rettsregel kan anvendes på faktum i den enkelte sak – subsumsjonen.

På den annen side når ordlyden i bestemmelsen fremstår som vage og skjønnspregede kan det unntaksvis være slik at subsumsjonen hører inn under forvaltningens frie skjønn. Problemstillingen ble belyst i naturfredningsdommen Rt.1995 side 1427. Saken gjaldt fredning av to vann i henhold til naturvernloven § 8, og problemstillingen var tolkningen av begrepet ”spesiell naturtype”. Dommer Backer uttaler på side 1433 ”Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelse av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Selv om det er unntak fra denne hovedregelen må dette særskilt begrunnes”. Unntakene fremstår klart hvor lovteksten har uttrykk som henviser til vurderingsnormer, som eksempelvis ”urimelig” – ”nødvendig” – og ”samfunnsmessig grunner”.

I rettspraksis finner vi at *selv* om loven bruker vage ord og uttrykk, er likevel ikke dette ensbetydende med at subsumsjonsskjønnet er overlatt til forvaltningen alene. I Rt. 1934 side 330 (Solemskogen) var spørsmålet om forvaltningens kompetanse til å forby grisehold med den begrunnelse at strøket måtte anses å være ”villamessig bebygget”. Spørsmålet ble ansett å være et rettsspørsmål. Det samme gjaldt subsumsjonen under uttrykk som ”bymessig bebygde strøk” (Rt. 1907 side 233) og bebygget på ”byvis” (Rt.2000 side 670).

I likhet med den generelle vurdering av om forvaltningen innehar kompetanse til ”fritt skjønn” vil det være momenter som går igjen når ord og uttrykk skal tolkes for å finne ut om subsumsjonen i det enkelte tilfelle må anses overlatt til forvaltningen. I så henseende henviser jeg til avsnittet 4.3 ”Momenter ved grensedragningen”.

4.2 Fritt skjønn:

At et vedtak kan treffes etter forvaltningsmyndighetens frie vurdering betyr at det lovsted som gir hjemmel for vedtaket ikke har noen bestemt ramme som binder vedkommende myndighet når den skal treffe sin avgjørelse.

Begrunnelsen for å hevde at forvaltningen har ”fritt skjønn” må altså fremgå etter en *tolkning* av den bestemmelse som forvaltningen bygger sin kompetanse på. ”Det er her vi må finne svaret på *om og i hvilken grad* skjønnet i utgangspunktet er ”fritt””(se H.P.Gravers forvaltningsrett side 330).

En rekke lovbestemmelser er utformet slik at forvaltningens kompetansegrunnlag er fullstendig regulert – både betingelsessiden og rettsfølgesiden (hvis – så). Ofte er det også

slik at loven fastslår kompetansebetingelsene, men overlater til forvaltningen å fylle ut disse ved generelle regler eller ut fra avveininger i enkelttilfeller (forskrifter/enkeltvedtak). Dette gir rom for det såkalte frie forvaltningsskjønn, eller hensiktmessighetsskjønn 4) Friheten til å utøve skjønn må løses ved de vanlige prinsipper for lovtolkning, gjennom vektlegging av rettskildedefaktorer som lovens ordlyd, formål, forarbeider, rettspraksis, mv. Friheten markeres ofte med ord som hvor forvaltningen ”kan”, ”bestemmer”, eller ”gis”. Forvaltningskomiteen formulerer dette som at ”loven overlater således den endelige avgjørelse til forvaltningsmyndigheten uten å binde avgjørelsen til noe bestemt vilkår i loven selv”. Eksempelvis vil forvaltningen kunne nekte konsesjon, selv om alle vilkår for konsesjon er oppfylt, hvor forvaltningen etter en samlet vurdering ikke finner det ønskelig å innvilge søknaden. Med andre ord – selv om alle vilkår som loven oppstiller for at et vedtak er oppfylt, kan det likevel bero på en vurdering – et skjønn – av vedkommende forvaltningsmyndighet om en bestemt forvaltningsakt skal fremmes eller nektes.

I andre tilfelle vil det være arten av et forvaltningsvedtak som er bestemmende om det kan anvendes fritt forvaltningsskjønn. På enkelte fagområder vil det nesten alltid gi seg selv at administrasjonen må ha den endelige avgjørelsesmyndighet. Likevel står man overfor problemet som den såkalte fullmaktslovgivningen reiser. Problemet eksemplifiseres godt i Høyesteretts behandling av Naturfredningsdommen (Rt.1995 s.1427 dissens 4-1): Saken gjaldt fredning av to vann hvor Høyesterett blant annet diskuterte prøving i subsumsjonen av begrepet ”spesiell naturtype”. Problemstillingen dreier seg om i hvilken grad domstolene skal overprøve forvaltningsvedtak hvor vurderingen er av utpreget faglig karakter. Førstvoterende som utgjorde flertallet fant etter tolkning av ordlyden i Naturvernlovens § 8 at det var ingen grunn til å begrense prøvelsesretten. Dissenterende dommer er derimot mindre tilbøyelig til å godta prøving av forvaltningens faglige vurderinger; ”disse vurderingene er domstolen etter min mening lite egnet til å overprøve”. Han trekker i likhet med førstvoterende inn rettsikkerheten som et sentralt hensyn, men finner at denne er tilstrekkelig ivaretatt ved at domstolene kan prøve lovtolkningen, faktum i saken, og at det ikke foreligger feil i saksbehandlingen, eller utøvet myndighetsmisbruk.

Eksempler er dom Rt.1975 s.663 der Patentstyrets spesielle fagkunnskap og erfaring tilsa tilbakeholdenhet fra domstolens side.

4) H.P.Gravers Forvaltningsrett side 267 og 426.

Begrunnelsen for domstolsprøving av skjønnsmessige spørsmål synes å være den samme som når grensene for forvaltningens kompetanse når skjønnsmessige ord og uttrykk skal bestemmes. Vi har en rekke dommer som slår fast at dette skjønnnet ikke er overlatt til forvaltningen, men er gjenstand for domstolsprøvelse. I Rt.1934 s.330 (Solnesskogen) ble begrepet ”villamessig” bebyggelse ansett å være et rettsspørsmål. Det samme i Rt.1967 s.233 ”bymessig bebygd strøk”. Saken gjaldt Oslo bystyrets sammenslåing av eiendommer i Husebyskogen med halv eiendomsskatt til område med hel. Det rettslige spørsmål som Høyesterett måtte ta stilling til var om bystyret bygget sitt vedtak på en riktig forståelse av Sammenslutningsloven § 36, eller om vedtaket måtte anses å være vilkårlig. Vedtaket ble kjent gyldig, da området etter en konkret vurdering ble vurdert å være et ”bymessig bebygd strøk” og i henhold til ordlyden i bestemmelsen. Dette var et rettsspørsmål som domstolene kunne prøve.

På den annen side av slo Høyesterett å overprøve Trygderettens forståelse av begrepet ”yngre person”, jfr. Rt.1988 s. 604. Saken gjaldt fastsettelse av pensjonsgrunnlag for krigspensjon. I henhold til Sivillovens § 21 nr.1 annet ledd fant Høyesterett at grunnlaget skulle fastsettes skjønnsmessig. Forvaltningspraksis tilsa at grensen for begrepet ”yngre person” i bestemmelsen var opp til 35 år. Avdelingssjefen fikk ikke medhold i påstanden om å få godkjent tiden som avdelingssjef til han var 38 år. Ut over å begrunne avgjørelsen i forvaltningens praksis uttaler Høyesterett at det forvaltningsmessige skjønn var klart presisert i bestemmelsen og at domstolene bare vil kunne prøve om skjønnnet bygget på riktig faktisk grunnlag, og om det var tatt hensyn til det som det etter lovens formål var forutsatt skulle tas med i betraktning.

Advokat Finn Innjord fremhever i Jussens Venner 1996 hefte 3 at skjønnsmessige ord og uttrykk kan fremstå som så ubestemt at de av den grunn åpner for forvaltningens diskresjonære – frie – skjønn, og derfor ikke er til gjenstand for domstolsprøving. Dette vises igjen best ved eksemplifisering; I Rt.1969 s.568 måtte høyesterett ta stilling til om begrepet ”mindre vesentlig endring” i plan og bygningslovens § 28 nr.3 var en vurdering forvaltningen skulle foreta etter fritt skjønn. Saken gjaldt ekspropriasjon av tomt, hvor ekspropriasjonen av et mindre område (352m²) ble gjort som en ”mindre vesentlig endring” i ekspropriasjonene av hovedområdet på ca. 12 mål. Høyesterett gir forvaltningen medhold i at dette kunne gjøres som en ”mindre vesentlig endring” da innholdet av begrepet måtte kunne avgjøres av forvaltningen etter fritt skjønn. Høyesterett finner støtte for sitt syn i forarbeidene, OT prp. Nr.1 for 1964/65, og i en tidligere

høyesterettsdom Rt.1935 s.211, som slår fast at domstolene må begrense seg til å kontrollere at avgjørelsen ligger innenfor rammene av forsvarlig skjønn og at *loven* og dens *formål* er riktig tolket.

Den samme vurderingen gjorde Høyesterett når skjønnet skulle vurderes som fritt eller ikke i Rt.1932 s.873 av begrepet "et passende beløp" og i Rt.1936 "mindre vesentlige grenseberiktigelser".

I samme kategori kommer de vage ord og uttrykk som henviser i lovteksten til normeringsnormer; "rimelig", "uskikket", "utilbørlig", "samfunnsmessige grunner", "allmenne interesser", mv. I Rt.1950 s.501 antok Høyesterett at det hørte inn under politiets skjønn om "allmenne hensyn" tilsa å inndra en drosjesjåførs førerkort. I Rt.1949 s.564 i sak om ekspropriasjon fant Høyesterett at ekspropriasjon i den aktuelle sak var "nødvendig" og vurderingen overlatt til forvaltningens skjønn. Saken gjaldt vedtak om å nekte konsesjon ved overdragelse av en helårsbolig til fritidsbolig i Kragerø.

Førstvoterende vektla at det må være opp til konsesjonsmyndighetene og forvaltningens frie skjønn å ta stilling til om formålet med konsesjonsordningen – sammenholdt med øvrige hensyn - var tilstrekkelig og tungtveiende nok til at konsesjon kunne nektes.

På den annen side har vi også rettspraksis hvor domstolen anser seg kompetent til å etterprøve skjønnsmessige vurderinger av vage ord og uttrykk. I Rt.1906 s.316 antok Høyesteretts flertall at det hørte til under retten å prøve om en lærer kunne avskjediges fordi han var "uskikket" til "forsvarlig å røgte sin lærergjerning". I Rt.1956 s.234 ga Høyesterett læreren medhold i at hun ikke kunne anses "uskikket" fordi hun for annen gang skulle ha barn og derfor søkte om permisjon. I Rt.1965 s.466 anså Høyesterett seg kompetent til fullt ut å prøve om det forelå "misbruk" av prøveskilt som en bilforhandler hadde fått utlevert.

Advokat Innjord peker også på i Jussens Venner side 165 at domstolene alltid prøver den generelle lovtolkningen, og påser at forvaltningen i det enkelte tilfelle har holdt seg innenfor rammene av det vurderingstema som loven gir anvisning på. Dette er i samsvar med ovennevnte dom Rt.1969 s.568 hvor den konkrete vurderingen ble ansett å høre inn under forvaltningens frie skjønn.

Problemstilling som domstolene må finne ut av blir altså om en etter en helhetlig vurdering av bestemmelsens ordlyd sammenholdt med øvrige rettskildefaktorer må konkludere med at forvaltningen har lovmessig kompetanse til alene å utvise skjønn, eller om domstolen har hjemmel for prøvelse av forvaltningsavgjørelsen. Med andre ord vil

tolkningen av vedkommende lovbestemmelse og øvrige rettskildefaktorer være avgjørende for om man står ovenfor et rettsanvendelsesskjønn eller et fritt forvaltningskjønn.

4.3 Momenter ved grensedragningen:

Som nevnt er det ofte at selv om loven bruker uttrykk som er vage, slik at det av den grunn blir plass for skjønnsmessige vurderinger, så er dette ikke tilstrekkelig til å slutte at skjønnet er overlatt til forvaltningen alene. Det vil være momenter som går igjen når lovbestemmelsen skal tolkes. Jo flere hensyn som kan komme i betraktning og jo vagere loven er, er det nærliggende å anta at vurderingen er overlatt til forvaltningens frie skjønn. Rt.1954 s.989 "tilstrekkelig grunn" og Rt.1979 s.1179 "allmenne hensyn" er eksempler. Også formuleringer som "når særlige grunner taler for det..." eller "når tungtveiende grunner taler for det..." i henholdsvis Plan – og bygningsloven § 7, og Forvaltningsloven § 28(3), er loven så vag at det trolig må tilligge forvaltningen å utøve fritt skjønn.

På den annen side har vi førstvoterende dommer Backers uttalelse på side 77 i Rt.1995 s.72, om forholdsmessighetsvurderingen i Utlendingslovens § 30 tredje ledd hører til forvaltningens frie skjønn; "Når det gjelder løsningen på dette spørsmål, kan man etter min mening ikke dra noen bindende konklusjoner fra lovens ordlyd. Lovens formulering er riktignok så vag og skjønnsmessig at den i seg selv er et argument mot at domstolene har full prøvelsesrett, men noe avgjørende argument mot at domstolene har full prøvelsesrett er formuleringen ikke. Det avgjørende må være hvilke hensyn som loven skal ivareta, kombinert med hva man skal slutte fra lovens forhistorie om lovgivers innstilling til samme eller beslektede spørsmål".

Øvrige moment ved vurderingstemaet er at det er rimelig å anta at domstolene er mer tilbøyelige til å etterprøve vurderinger som har et juridisk eller moralsk preg, enn vurderinger av teknisk, økonomisk, eller politisk art. Det er også grunn til å tro at det har betydning hvilket forvaltningsorgan som treffer avgjørelsen 5). Eksempler på dette kan være Riksskattestyret eller Trygderetten, som må anses å ha stor fagkunnskap på vedkommende felt Det kan i det store og det hele synes som om Høyesterett ønsker å være tilbakeholdne i prøvelse av forvaltningsvedtak når lovens ordlyd er tilstrekkelig vag og vedtaket er av en klart faglig karakter, men at det kan tenkes unntak.

5) se Torstein Eckhoff og Eivind Smiths Forvaltningsrett side 348.

4.4 Lovbestemmelser som gir forvaltningen myndighet til å fastsette lovens anvendelsesområde.

For å få et helhetlig bilde av domstolskontrollen er det nødvendig å vite i hvilken utstrekning selve lovgivningen har bestemmelser som begrenser eller beskjærer prøvingsretten. Forvaltningskomiteen peker på side 379 flg. på en rekke lover som gir forvaltningen myndighet til i tvilstilfeller selv å bestemme omfanget av begrepet i lovbestemmelsen. Med andre ord hvilke personer eller forhold som skal gå inn under loven. Temaet belyses trolig best gjennom et eksempel; Lov om tjenestemenn av 4.mars 1983 nr.3, § 1: ”Der det er tvil, kan Kongen fastsette hvem loven skal gjelde for, og kan også bestemme at grupper av arbeidstagere helt eller delvis skal være unntatt fra loven når det foreligger særlige grunner for det”.

Den historiske begrunnelse for lovgivningsmetoden kan eksemplifiseres ved lov av 25.juni 1913 om lukningsbestemmelser for utsalgssteder. Spørsmålet om hva som ligger i begrepet ”utsalgssteder” ble gjentatte ganger prøvet av domstolene. Ved endringslov av 1926 § 1 ble departementet gitt kompetanse til å avgjøre med bindende virkning om et utsalgssted skulle gå inn under vedtekten. Lovendringen ble gjort for at man skulle slippe rettssaker – og dette ut fra rene hensiktsmessighetsgrunner. Det er nærliggende å oppfatte bestemmelser av denne art som innskrenkninger i domstolenes kompetanse, og med dette den juridiske kontroll.

Det er åpenbart ikke mulig i lovgivningen å gi begrepsbestemmelser og definisjoner som dekker alle forhold. Hvor omhyggelig eller forutseende lovgiver prøver å være vil det være forhold man ikke har tenkt på eller kunnet forutse. Lovgiver har i denne situasjonen valget mellom to fremgangsmetoder; 1) overlate til forvaltningens praksis og til domstolsprøvelsen etter hvert å fastslå lovens anvendelsesområde. Skulle det vise seg at lovgiver finner at domstolene fortolker loven for snevert eller for vidt, vil jo lovgiver også kunne rette dette ved revisjon av loven, eller 2) ved delegasjon av myndighet til forvaltningen gi denne kompetanse til bindende å fastsette om ”tilfellet” skal falle innenfor eller utenfor loven. Eksempelvis; lov om hittegodts av 29.mars 1953 nr.3, § 12: ”Kongen eller den han gjev fullmakt, kan gjeva nærare regler til utfylling og gjennomføring av føresegnene i denne lova”.

Det er en selvfølge at dersom det oppstår tvil om forståelsen av om en lovbestemmelse vil det tilligge domstolene å avgjøre omfanget av loven. Dette er også slått fast i Rt.1951

s.639 hvor førstvoterende på side 640 uttaler: ”Det er også reist tvil om domstolene er kompetente og vist til at lovens § 1 nr.2 henlegger det til Samferdselsdepartementet i tvilstilfeller med bindende virkning å avgjøre om transport med motorvogn går inn under fyresegnende i lovens tredje kapitel (hvorunder bl.a.§ 7 hører). Jeg finner det lite tvilsomt at domstolene må være kompetente til å avgjøre dette spørsmålet i et tilfelle som det foreliggende, hvor departementets avgjørelse på spørsmålet verken var begjært eller truffet før den påtalte kjøringen fant sted”.

Av det ovenstående ser vi at det trolig er i forvaltningsvedtakets ”materielle innhold” hvor det kan gjøres innskrenkninger i domstolenes prøvingsrett, og som regel dreier dette seg om i tilfeller hvor særlig sakkyndighet er påkrevet, og hvor den skjønsmessige vurdering kommer i forgrunnen.

4.5 Tolkningsprinsipp

I Rt.1877 s.194 ga professor Aschehaug uttrykk for at som alminnelig regel vil forvaltningen ha ”den avgjørende skjønnsmyndighet, hvor ikke loven har sagt det Modsatte”. Senere ble dette syn også bekreftet av professor Castberg i hans bok om forvatningsrett s.108 hvor han uttaler at ”det antas å være et allment fortolkningsprinsipp at lovens mening er å henlegge de skjønsmessige avgjørelser til forvaltningen”. Han modererte dette imidlertid betraktelig i det følgende; ”..dette siste går meget vidt, skulle man legge dette helt ut til grunn, ble det ikke meget igjen av domstolenes kontroll med forvaltningen. Det synes derfor neppe berettiget å bruke en slik generell tolkningsregel. Castberg syn er med dette trolig i en mellomstilling mellom Aschehaug, og forvaltningskomiteens syn; ” Utgangspunktet må være at forvaltningsmyndighetene ikke kan treffe vedtak som griper inn i den enkeltes rettsstilling, uten at loven klart gir adgang til det...Det dreier seg her om en viktig rettssikkerhetsgaranti”.

4.6 Lovens formål

I Inst. OII (1953) s.93 heter det om § 1 i den gamle Prisloven av 26.juni 1953. ”De øvrige regler i loven må leses med formålsparagrafen som bakgrunn. Det er ikke nok at eksempelvis reguleringsbestemmelser som utferdiges dekkes av ordlyden i en fullmaktsbestemmelse. De må i tillegg ta sikte på å fremme lovens formål. Domstolene kan prøve om reguleringsbestemmelsene etter sin art fremtrer som midler til det”.

Ofte går det klart frem i en lovtekst hvilke formål den tar sikte på å ivareta. Som uttalt i ovennevnte forarbeider vil dette føre til at forvaltningen som hovedregel ikke kan bruke den kompetanse som loven etter ordlyden gir dem hvis hensikten er å fremme andre formål enn loven angir. Et eksempel på unntak fra denne hovedregel finner man i to eldre dommer (Rt.1934 s.625 og Rt.1936 s.801) hvor to bensinforhandlere ikke fikk tillatelse til lagring av bensin grunnet "allmenne hensyn". Både den anvendte lovteksten og dens formål tilsa at det først og fremst måtte tas hensyn til "ildsfarligheten" ved tillatelse til lagring av bensin, men Høyesterett godtok "allmenne hensyn" som begrunnelse selv om det ikke forelå ildsfare.

I Eckhoffs retskildelære kapittel 4 heter det at formålet ofte får betydning for tolkningen av forvaltningsrettslig lovgivning. Ofte leder formålsbetraktninger til at kompetansereglene blir tolket innskrenkende. Med andre ord er meningen at lovens fullmakter bare skal kunne fremme lovens formål. Dette er i hvert fall en riktig tolkningsregel når loven har en særskilt formålparagraf. Et eksempel har vi i Konesjonsloven av 28.november 2003 nr.98, § 1(Lovens formål); "Loven har til formål å regulere og kontrollere omsetning av fast eiendom for å oppnå et effektivt vern om landbrukets produksjonsarealer...som er gagnelig for samfunnet..." Dette er et eksempel på formålsoverrettede hjemler.

Tiltaksorienterte hjemler spesifiserer hva det kan settes vilkår om for med å oppnå et ønsket mål, eksempelvis Energiloven av 29.juni 1990 nr.50, § 3-4, som bestemmer at det kan fastsettes vilkår for å "unngå skader på natur og kulturverdier".

Til tross for at loven hjemler rett til å sette vilkår ut fra bestemte formål, er det utvilsomt at vilkårene må i tråd med den generelle vilkårlæren, at vilkårene må stå i en saklig sammenheng med den tillatelse eller ytelse som blir gitt – og heller ikke være uforholdsmessig.

Det finnes også bestemmelser som ut over å gi retningslinjer for hvilke hensyn forvaltningen kan og skal ta med i betraktning - også når det gjelder å sette vilkår - angir hva som må være formålet med selve vedtaket. Et eksempel på dette er lov om havner og farvann av 8.juni 1984 nr.51, hvor det heter; "Kongen kan av hensyn til rikets sikkerhet, trafikkavviklingen og allmenne hensyn, fastsette forskrift eller treffe enkeltvedtak om bruk eller forbud av avgrenset farvann og om tillatelse til bruk på nærmere vilkår." Denne formålsformulerte hjemmelsbestemmelse kan omformuleres slik; hvis forvaltningen av hensyn til x finner grunn til det, så kan forvaltningen vedta y.

Domstolene vil i slike tilfelle kunne prøve om forvaltningen har riktig forståelse av x og om hensynet til x har vært hovedformålet til y, men det vil ikke foretas noen

domstolsprøvelse av hensiktsmessighetskjønnet – godheten av avgjørelsen. Med andre ord så knytter lovens formål forvaltningens kompetanse til et bestemt vurderingstema, men den avgjør ikke utfallet av vurderingen. I prinsippet er det i disse tilfelle snakk om retningslinjer for forvaltningens skjønnsutøvelse, ikke om absolutte grenser for hva forvaltningen kan vedta i den enkelte sak.

4.7 Usaklige hensyn

Forvaltningen er bundet av prinsippet om ikke å legge vekt på ”usakelige hensyn” når den utøver det frie skjønn som lovtekst og øvrige rettskildefaktorer kan gi. Først og fremst stiller dette krav til at det ikke tas utenforliggende og dermed ulovlige hensyn. Hva som rettslig sett er ”usakelige hensyn” kan ikke stilles opp generelt og abstrakt (se Frihagen Jussens venner) ”..dette må vurderes ut fra den lov det gjelder, dets formål, forarbeider, og en lovtolkning hvor domstolen kan trekke inn likhets – og rettferdighetsidealer”.

Rt.1933 s.548 (rådhusospitsdommen) er den klassiske dom hvor domstolen prøver om usakelige hensyn ble tillagt vekt ved forvaltningens skjønnsmessige avgjørelse. I dommen presiserer førstvoterende dommer Scheldrup (s.549); ”at domstolen er berettiget til at paase at et kommunestyre utøver sin myndighet innen de grener som vedkommende lov enten uttrykkelig eller ved sitt tydelige formaal har opptrukket, er ikke tvilsomt”. Øl – og vinkomiteens formann hadde i formannskapet begrunnet sitt syn(for å nekte bevilning) med at hospitseieren var i konflikt med fagforeningen. Førstvoterende fortsetter på s.551; ”Jeg kan ikke skjønne annet enn at det her er tilveiebrakt en meget sterk formodning for at nektelsen var begrunnet i ikkesaklige hensyn”. Hospitseieren fikk erstatning.

Spørsmålet om hvor langt forvaltningsmyndighetene kunne gå i retning av å legge vekt på fagforeningens vurdering kom på spissen i Rt.1965 s.712. Under dissens 3-2 ble Oslo kommune erstatningspliktig overfor restaurant som ble nektet å drive nattrestaurant. Begrunnelsen for avslaget var at formannskapet la avgjørende vekt på at fagforbundet motsatte seg enhver utvidelse av arbeidstiden.

Læren om usakelig og utenforliggende hensyn hadde blitt drøftet i en tidligere høyesterettsdom - Rt.1957 s.86 (Frogner Hospits-dommen). Her ble det slått fast at et i for seg innholdsmessig lovlig forvaltningsvedtak vil kunne bli kjent ugyldig hvis det ble påvist at det er trukket inn hensyn som ikke skulle vært tillagt vekt, slik at det er mulig at dette kan ha vært avgjørende for skjønnets. Høyesterett fant forvaltningens avgjørelse om

nektelse av skjenkebevilling ugyldig da domstolen ”ikke kunne se bort fra” at utenforliggende hensyn kunne ha vært avgjørende i avveiningen av motstående hensyn.

På side 114 flg. introduserer Graver i sin lærebok begrepene ”subjektivt misbruk” og ”objektiv premisskontroll”. Det ”subjektive misbruk” eksemplifiseres ved at forvaltningsvedtaket avgjøres ut fra hva tjenestemannen/organet kan oppnå av personlige interesser, på vennskap, uvennskap, personlige holdninger mv. Den ”objektive premisskontroll” er domstolsprøvelse og fylkesmannskontroll av forvaltningens tolkning av loven og de hensyn som ligger til grunn for den. Det er ikke sikkert at forvaltningen har hatt til hensikt å misbruke sin myndighet og derfor gått utenfor rammene av de lovlige hensyn, men domstolene og fylkesmannen kan prøve dette og finne at forvaltningen har overskredet sin kompetanse. I kontrollen av de ”subjektive misbruk” og de ”objektive premisser” er det i begge tilfelle til syvende og sist en kontroll med at det ikke er tatt hensyn som ligger utenfor loven. Også Eckhoff og Smith (s.179 flg) konkluderer med at selv om loven kan tolkes slik at forvaltningen er gitt kompetanse til å utvise fritt skjønn vil det alltid være visse grenser for hvilke hensyn det kan legges vekt på ved utøvelsen av skjønnet. Hensynet må vær sakelig og relevant i relasjon til kompetansegrunnlaget selv, uansett om det tar sikte på å fremme de formål som forvaltningen vil oppnå, eller i en vurdering av fakta som trekkes inn. Spørsmålet om et hensyn er relevant i forhold til kompetansegrunnlaget kan finnes i øvrige rettskildefaktorer som forarbeider, rettspraksis, mv.

Lov om omsetning av råfiske (råfiskeloven) av 14.desember 1951 nr.3, §§ 5,6 oppstiller positive oppregnende relevante hensyn; ”Når hensynet til avtaket krever det eller for å oppnå en hensiktsmessig utnyttelse av fangstene,.. (§ 5) og ”når det anses nødvendig for å få fangstene omsatt.. (§ 6). Om disse hensynene kan synes å være uttømmende må likevel andre rettskildefaktorer bringes inn i en fortolkning av bestemmelsen, og ikke bare ordlyden alene. Et eksempel på at loven *ikke* angir uttømmende hvilke hensyn som det kan legges vekt på er opplæringslova av 17.juni nr.61, §10-5 som omhandler hva det *skal* legges vekt på ved valg av flere søkere til lærerstilling; ”...kor kvalifisert søkjaren elles er for stillinga”.

Det vil være en rettslig oppgave å trekke grensene for hvilke hensyn som kan tas i betraktning, også når loven tolkes slik at spørsmålet om hvilke hensyn som er relevante må anses å høre inn under forvaltningens frie skjønn. Et eksempel fra rettspraksis er Rt.1974 s.961. Saken gjaldt tvist om gyldigheten av vedtak i Riksskattestyret hvor søknad fra en kommune om gjelds – og rentefordeling i henhold til landsskattelovens § 36 siste ledd,

jfr. § 45 sjette ledd, ikke ble imøtekommet. Riksskattestyret ble frifunnet. I henhold til Høyesterett måtte styret kunne utøve et temmelig fritt skjønn, innenfor de rammer som følger av formålet, og ”selv vurdere hvilke forhold som burde tillegges vekt”.

4.8 Vilkårighet.

Forvaltningskomiteen peker på at det utviklingstrekk at tendensen er at domstolene synes å gå lenger enn før i å prøve forvaltningsskjønnet. Denne tendensen må ses i sammenheng med økningen i fullmaktlovgivningen. På side 377 sier forvaltningskomiteen;

”Domstolene kan derfor *alltid* prøve forvaltningsvedtaket så langt som nødvendig for å avgjøre om vilkårighet foreligger. Mortvedtdommen (Rt.1951 s.19) blir av komiteen trukket frem som den dom hvor Høyesterett har gått lengst i å prøve vilkårighet i forvaltningsskjønnet. I dommen finner Høyesterett Samferdselsdepartementets nektelse av en drosjebestilling rettstridig fordi departementet hadde lagt avgjørende vekt på at søkeren hadde vært medlem av NS under krigen. Høyesterett finner det i og for seg ikke uriktig å ta med i betraktning at søkeren hadde vært passivt medlem – som et moment for avgjørelsen - men avgjørelsen kunne ikke utelukkende bygge på dette hensynet. Høyesterett finner avgjørelsen ”åpenbart urimelig” at det etter rettens mening ikke er utvist et virkelig skjønn, men et vilkårlig vedtak som domstolen kan sette til side.

Forvaltningskomiteen presiserer videre sitt syn på spørsmålet; ”Selv om domstolene unntaksvis kan oppheve et forvaltningsskjønn fordi det er ”åpenbart urimelig” må det imidlertid fremholdes at spørsmålet om forvaltningsavgjørelsen er ”urimelig” eller ”ubillig” ikke er domstolenes, men forvaltningens sak. Kan det ikke godtgjøres at det er tatt usakelige hensyn, eller at likhetsprinsippet er krenket, og har man således bare vedtakets urimelighet å holde seg til, skal det meget til for at domstolene vil sette vedtaket til side som vilkårlig”. Videre sier komiteen; ”Går domstolene for langt i sin prøving av forvaltningsskjønnet løper de en fare for å komme over på et område som ikke er rettspleie, men forvaltning”.

Dette synet utdypes i en senere dom Rt.1995 s.738. Saken gjaldt forurensende utslipp. Den rettslige problemstillingen var om den forholdsmessighetsvurderingen som oppstilles i Forurensningslovens § 18 annet ledd, sammenholdt med tredje ledd, var materiell rett eller om den faller inn under forvaltningens frie skjønn. Norsk Fett – og Limindustri påberopte

seg at miljøverndepartementets tilbakekallelse av konsesjonen for drift var ”urimelig” og dermed at vedtaket var ugyldig.

Høyesterett slo fast at forholdsmessighetsvurderingen lå inn under forvaltningens frie skjønn, men at domstolene kan prøve om det trekkes inn ikke-relevante hensyn, og om vedtaket er så urimelig at dette må underkjennes.

I henhold til Forurensningslovens § 18 (endring og omgjøring av tillatelse) skal forvaltningen selv vurdere forholdsmessigheten mellom kostnader og tap ved tilbakekallelse av konsesjon og det som oppnås ved at forurensningen fjernes. Høyesterett presiserer dette slik; ”At det her er tale om fritt skjønn bekreftes av vurderingstemaet. Kostnader og forurensning er inkommensurable størrelser. Disse kan vanskelig avveies mor hverandre ut fra rettslige kriterier”.

4.9 Likhetsprinsippet.

Hvis det er snakk om tyngende vedtak vil man ikke kunne vinne frem med at andre har sluppet et tilsvarende tyngende vedtak, når vedtaket er truffet i strid med forvaltningens kompetansegrunnlag og hvor forvaltningen har tatt utenforliggende hensyn. Med andre ord; har en person sluppet et tyngende vedtak, grunnet feil hos forvaltningen, kan ikke andre påberope seg at forvaltningen skal fortsette å gjøre feil. Kravet til likebehandling innebærer således ingen rett til å bli lempeligere behandlet av den grunn at loven er håndhevet overfor andre i strid med reglene. Om en annen er begunstiget på grunn av at det er tatt utenforliggende hensyn, vil ikke dette vedtaket uten videre ugyldig av den grunn.

Sagt på en annen måte så kan man ikke påberope seg forskjellsbehandling ved at forvaltningen ikke har holdt seg til sin kompetanse. Man har altså ikke krav på å få uberettigede fordeler av den grunn at slike er gitt til andre, jfr. Graver s.124 flg.

Førstvoterende dommer Aasland slår fast dette prinsippet i Rt.1990 s.1235; Saken gjaldt rederi som ønsket rentesubsidier ved ombygging av fiskefartøy. Lignende rentesubsidier hadde tidligere vært gitt ved regelstridig praksis. ”I vår sak er det lett å peke på årsaken til at det ikke ble truffet vedtak i samsvar med rederiets forventninger. Det skyldes at regelverket ikke åpner adgang til å treffe slike vedtak. Slik jeg ser det gjør det seg gjeldende betydelige motforestillinger mot å pålegge det offentlige erstatningsansvar i anledning av at en regelstridig praksis blir brakt til opphør...”.

I Jussens Venner refererer Frihagen danske Ros i fra ”om ret og retferdighet” s.372 – 373, trolig ut fra den mening at dansk og norsk rett er samsvarende; ”Undertiden oppstilles en abstrakt lighedsgrundsætning som rettesnor for forvaltningen ved udøvelse af dens fri skøn. Prinsippet inneholder ingen materiell norm for skønnets udøvelse, men udtrykker kun det formelle at afgjørelsen skal træffes du fra almindelige overvejelser og hensyn, ikke efter lune og vilkårlighed”. Frihagen slår etter dette fast at det heller ikke finnes noen likhetsgrunnsetning i norsk rett som fører til at forvaltningen uten videre er pliktig til å avgjøre en sak på samme måte som tidligere saker, selv om avgjørelsen skulle ligge innenfor det lovsatte frie skjønn.

Et annet moment er at forvaltningen ikke er rettslig bundet til å følge en bestemt praksis og linje ved utøvelse av forvaltningsskjønnet – på ubestemt tid. Dersom avvik fra praksis som forvaltningen har fulgt på de enkelte fagområder skyldes bevisst omlegging, grunnet eksempelvis politiske vedtak, vil forbudet mot forskjellsbehandling ikke komme til anvendelse. Det er tilfeldige avvik som skyldes inkonsekvens som vil kunne prøves av domstolene.

4.10 Forholdsmessighet.

Forholdsmessighetsprinsippet:

Avveining av motstridende hensyn er selve kjernen i forvaltningsskjønnet, hvor forvaltningen foretar en skjønnsmessig vurdering av ikke-rettslig karakter (se Bernt og Rasmussen i Frihagens forvaltningsrett s.89). Hovedregelen er at domstolene (og fylkesmannen) ikke foretar noen prøving at dette skjønnet.

I den fullmakt lovgiver har gitt forvaltningen ligger det en fullmakt til å avveie den private parts interesser opp mot interessen for å få gjennomført lovens formål eller en bestemt forvaltningsvirksomhet.

Forvaltningens vurderinger av hensyn som påføres den annen part og hensyn som tilgodeser lovens formål eller fremmer forvaltningsvirksomheten - og forholdsmessigheten mellom disse hensynene, ble behandlet av Høyesterett i Rt.1957 s.1190 (Seljeliddommen). Forvaltningen gikk for langt når den umiddelbart etter krigen inndro kjøreseddel ut over tidsrommet årsskifte 1048/49 fra drosjesjåfør grunnet kjøring for den tyske Org.Todt. Seljelid ble tilkjent erstatning for sitt tap etter dette årsskiftet. Høyesterett tok i betraktning at det etter en viss tid var en fallende offentlig interesse for særbehandling av

landsvikere opp mot den skade som ble påført Seljelid ved at han ikke kunne utføre sitt yrke. Denne avveiningen mellom de offentlige og private interesser ble senere fulgt opp i Fjærkrefarmdommen, Rt.1973 s.460. Saken gjaldt en fjærkrefarmer som forurenset et drikkevann. Farmen ble stengt i henholdt til Sunhetsloven. Høyesterett var enige i at farmeren var ansvarlig for forurensningen og at dette måtte opphøre, men farmeren fikk 300.000,- i erstatning da Høyesterett fant at vedtaket i helserådet var uforholdsmessig ved ikke å gi farmeren mer enn 13 dager på å avvikle fjærkrefarmen. Høyesterett fant at andre løsninger kunne tenkes dersom farmeren hadde fått bedre tid på seg. Bernt og Rasmussen i Frihagens Forvaltningsrett på side 90 mener likevel at man skal være varsom med å trekke for vidtgående konklusjoner av disse dommene: ”Vi må fortsatt regne med at det vil være en høy terskel før Høyesterett vil gå inn å sette til side en forvaltningsavgjørelse utelukkende med den begrunnelse at den er innholdsmessig urimelig – uforholdsmessig inngripende – overfor borgeren”.

Domstolsprøvelse av forholdsmessigheten i forvaltningsvedtak er hjemlet i ulovfestet rett, men også loven gir direkte hjemmel til overprøving av forvaltningsavgjørelser. Et eksempel på dette er Forurensningsloven § 18 tredje ledd; ”Ved avgjørelser etter denne paragraf skal det tas hensyn til kostnadene en endring eller omgjøring vil påføre forurenseren og de fordeler og ulemper endring eller omgjøring for øvrig vil medføre”. Om ikke domstolen foretar en noen fullstendig prøving av avveiningen av de motstående hensyn som forvaltningen grunner sin avgjørelse på, så vil domstolen kunne prøve om forvaltningsskjønnet er innenfor kravet til forholdsmessighet nedfelt i lovbestemmelsen. Hans Petter Graver 6) forklarer begrepet ”forholdsmessighet” slik; ”forvaltningen bør bare bruke sin skjønnsmessige kompetanse der det er nødvendig, og bare der de samlede fordeler oppveier ulempene. Dette kan betegnes som et krav til forholdsmessighet”. Og så videre; ”Hvis formålet kan oppnås på en mindre inngripende måte, så er tiltaket uforholdsmessig”. Dette illustreres i utvisningsdommen Rt.2000 s.591: Etter å ha diskutert om forholdsmessighetsvurderinger etter Utlendingslovens § 29 annet ledd og § 30 tredje ledd kan etterprøves av domstolene eller ikke, konkluderer dommer Rieber-Mohn som i denne saken representerte flertallet (dissens 3-2) som følger; ”For at utvisningen skal fremstå som et uforholdsmessig tiltak, må det kreves uvanlig store belastninger” og ”Videre gjør lovhistorien og reelle hensyn det etter min mening naturlig å tolke §30 tredje ledd slik at det ved meget alvorlig kriminalitet skal svært mye til for at det kan bli tale om å anse en utvisning som ”uforholdsmessig” tiltak i lovens forstand”.

6) H.P.Graver, Alminnelig forvaltningsrett 2.utg. side 133.

I Isenedommen (Rt.1981 s.745), som gjaldt gyldighet av Fylkeslandbruksstyrets vedtak om å gjøre sin forkjøpsrett gjeldende, uttaler førstvoterende dommer Schweigaard Selmer på s.748 følgende om kravet til at dagjeldende jordlov ble praktisert ut fra et forholdsmessighetsprinsipp; ”Jeg finner det klart at jordloven må forstås slik at det ikke kan gripes inn med forkjøpsrett med mindre det må anses som rimelig klart at man ved inngrep oppnår et resultat som er bedre vurdert ut fra lovens formålsbestemmelse enn resultatet av det salg som det er spørsmål om å gripe inn i. Når det gjelder et vedtak så inngripende som det foreliggende skjerpes kravene til begrunnelse. Det må fremgå at vedtaket er truffet etter saklig og forsvarlig skjønn”.

På side 1803 i utvisningsdom Rt.1998 s.1795 gir førstvoterende en redegjørelse for Høyesteretts syn på forholdsmessighetsvurderinger og når forvaltningen kan anses å ha fritt skjønn; Saken gjaldt utvisning av utlending i henhold til Utlendingslovens § 29 første ledd litra b, jfr. § 30 annet ledd litra b. Den rettslige problemstillingen var om forvaltningens forholdsmessighetsvurdering som §§ 29 og 30 gir anvisning på var et rettsanvendelsesskjønn- eller om vurderingen skulle tas av forvaltningen etter fritt skjønn? Høyesterett slår fast i dommen at vurderingen kan prøves, men dersom retten finner at utvisning ikke fremstår som et uforholdsmessig tiltak – så er det opp til forvaltningens frie skjønn om utvisning skal gjennomføres – eller ikke.

5.1 Sammenligning av hjemmelsgrunnlaget for domstolsprøvelse av rammene for forvaltningens frie skjønn og Fylkesmannens legalitetskontroll etter Kommuneleoven § 59.

Det er åpenbare forskjeller i hjemmelsgrunnlagene. Grunnlaget for domstolenes kompetanse og rekkevidden av denne er rettskildemessig basert på rettspraksis (se Frihagens forvaltningsrett side 293). I motsetning til departementets/fylkesmannens kompetansegrunnlag som er hjemlet i formell lov (kommuneleoven §59) og dermed kan endres, er domstolenes kompetanse av konstitusjonell karakter og kan ikke endres eller fjernes ved lov.

For fylkesmannen så vel som domstolene vil kontrollen være motivert ut fra hensynet til lojalitet ovenfor politiske beslutninger, og rettsikkerheten for den enkelte part. Av prosessuell art er det likevel den forskjell i kompetansen at fylkesmannen på eget initiativ kan ta en avgjørelse opp til lovlighetskontroll, såfremt det nødvendige antall kommunestyre eller fylkestingsrepresentanter ikke bringer den aktuelle avgjørelse inn for

kontroll. Dette i motsetning til domstolene hvor parten selv må bringe avgjørelsen inn for domstollsprøvelse.

I begge tilfelle står vi her ovenfor en legalitetskontroll – avgjørelsen er enten gyldig eller ugyldig. For fylkesmannen er dette en absolutt regel. Det er imidlertid for domstolenes del vært diskutert i rettsteorien om strengt lovbundne vedtak kan avgjøres ved realitetsdom. Dette ble også berørt i premissene i kjennelsen Rt.2001 s.995 hvor førstvoterende har gitt uttrykk for at domstolene i særlige tilfelle kan tenkes å avsi realitetsdom – men at dette krever særskilt lovhjemmel.

I henhold til forvaltningsloven § 28 er fylkesmannen som hovedregel siste instans. Dette betyr at fylkesmannsavgjørelsen er endelig. Dette betyr ikke at parten ikke kan fremme avgjørelsen inn for domstolene – hvor høyesterett dømmer i siste instans.

En betydelig forskjell ligger i den personelle kompetansen domstolene og fylkesmannen har ved kontroll. Domstolene må i hovedsak begrense seg til å prøve de anførsler *partene fremsetter*, og ta stilling til deres rettslige argumenter. Kontrollen går i hovedsak ut på om vedtaket har den nødvendige personelle og materielle kompetanse, om det er begått saksbehandlingsfeil, og om forvaltningsskjønnet ligger innenfor rammene av forsvarlig saksbehandling. Fylkesmannen kompetanse er ikke underlagt de samme begrensninger i den personelle kompetanse da fylkesmannen etter eget initiativ kan ta opp avgjørelser til lovlighetskontroll, jfr. kommuneloven § 59 nr.5.

5.2 Sammenligning av hvilke avgjørelser som er til gjenstand for domstol – og fylkesmannskontroll.

Felles for de avgjørelser hvor det reises sak for domstolene og påklages til Fylkesmannen er at dette gjelder alle enkeltvedtak uansett art eller innhold. For Fylkesmannen kan imidlertid bare innklages ”endelige avgjørelser” tatt i kommunestyret eller fylkestinget, eller i underordnet organ som har fått delegert myndighet til å fatte slike. Dette står i motsetning til vedtak som kreves domstolskontrollert. Part i en sak eller annen med rettslig interesse kan kreve domstolsprøvelse av ”ikke endelige” vedtak, det vil si vedtak som ikke har vært klagebehandlet av klageinstansen – så også vedtak som ikke er påklaget når klagefristen er gått ut.

Når ansettelser, oppsigelser eller avskjed ikke kan kreves lovlighetskontrollert i henhold til kommuneloven § 59 nr.1 så er dette i samsvar med forvaltningsloven § 3 annet ledd hvor det heter at ansettelser, oppsigelser eller avskjed er unntatt fra klage i §§ 28 – 34. I Ot.prp.nr58 (1995 – 96) s.39 uttales det; ”Mange av de samme hensyn som taler mot adgang til forvaltningsklage taler mot lovlighetskontroll” og på side 49; ”Begrensninger i virkeområdet for kommuneloven § 59 skal ha samme saklige omfang som unntaket i forvaltningslovens § 3”. Man kan spørre seg hvorfor suspensjon, ordensstraff, forflytting og pensjon ikke ligger under ”det samme saklige omfang” og derfor kunne lovlighetskontrolleres, men dette begrunnes i forarbeidene med fordelene ved å ha samsvar mellom unntakene i kommuneloven og i forvaltningsloven. Rettsvernet er imidlertid ivaretatt for begge tilfelle etter tjenestemannsloven § 19 nr.1.

5.3 Sammenligning av hvem som kan bringe inn et forvaltningsvedtak til domstolsprøvelse og fylkesmannens lovlighetskontroll.

Det er åpenbare forskjeller på hvem som i kraft av egen kompetanse kan bringe inn en avgjørelse for domstolsprøvelse, og hvem som kan få kontrollert lovligheten hos fylkesmannen. Det kan synes som om begrepet ”rettslig interesse” er et nøkkelord for å forstå forskjellen, og da med vekt på ”rettslig”. Partsbegrepet i forvaltningsloven § 2c og begrepet ”rettslig interesse” peker i retning av det rettssubjekt som avgjørelsen retter seg imot – eller direkte gjelder. Skillet mellom den som har ”rettslig” interesse, og den som ikke har dette kan eksemplifiseres ved Fusadommen hvor Handicapforbundet ble ansett å ha den nødvendige rettslige interesse til å kunne føre saken videre etter partens død, for med dette å rettslig avklare et rettsforhold på vegne av sine medlemmer, i motsetning til den avdødes arvinger.

Vilkåret for retten til domstolsprøvelse står i kontrast til kommune – og fylkestingsmedlemmenes kompetanse til innklaging til fylkesmannen. Her vil ”rettslig interesse” åpenbart være en betydelig skranke, ikke bare for innklaging til fylkesmannen, men for i det hele tatt å ha befatning med saken, jfr. inhabilitetsreglene i forvaltningslovens kapittel II.

Fylkesmannens hjemmel til etter eget tiltak å foreta lovlighetskontroll står i klar kontrast til domstolenes kompetanse. Domstolene vil aldri ut fra eget tiltak, eller initiert ut fra uformelle henvendelser, kunne sette i gang noen domstolsprøvelse. Domstolsprøvelsen må begrunnes i et krav om dette fra en ”part” eller en annen med ”rettslig interesse”.

fylkesmannen behøver derimot ingen begrunnelse for iverksettelse av lovlighetskontrollen, jfr. § 59 nr.5.

5.4 Sammenligning av omfanget av domstolenes prøvelsesrett og fylkesmannens lovlighetskontroll.

Det er åpenbare likheter i omfanget av domstolenes prøvingsrett og fylkesmannens legalitetskontroll av forvaltningsavgjørelser. For begge har lovgiver oppstilt skranker i tolkning av lovbestemmelser sammenholdt med øvrige rettskildefaktorer, som begrenser kontrollen. Også mer direkte oppstilles disse skrankene i lovbestemmelser som gir forvaltningen fritt skjønn ”i tvilstilfeller”. Enda klarere er dette formulert i eksempelvis plan – og bygningsloven § 78 nr.1; ” I boligstrøk må ikke føres opp bedrifter eller anlegg eller drives virksomhet som etter kommunens skjønn...” Verken domstolene eller fylkesmannen har i disse tilfelle hjemmel for å prøve forvaltningsskjønnet. Det må kunne antas at det er hensynet til det kommunale selvstyret som lovgiver har vektlagt ved utforming av bestemmelsen.

Også der hvor bestemmelsen inneholder vage ord og uttrykk, hvor lovens kriterier er vage, og hvor flere forskjellige hensyn kan komme i betraktning, har det i rettspraksis gjennomgående vært Høyesteretts holdning at avgjørelsene er opp til forvaltningens frie skjønn. Når dette gjelder for domstolene må dette også gjelde for fylkesmannen. Dette gjelder nok særlig i saker hvor det kreves stor grad av fagkunnskap eksempelvis avgjørelser i Patentstyret og Riksskattestyret, men også i enkeltsaker hvor lokale forhold skal tas hensyn til.

Den sedvanerettslige hjemlede og domstolskapede prøvelsesretten vil i likhet med fylkesmannens lovlighetskontroll etter § 59 tilsi at man alltid vil kunne prøve om avgjørelsen er ”i orden”. Begge kan kontrollere om den personelle og prosessuelle kompetanse er tilstede, at innholdet i avgjørelsen er i samsvar med lovfestede og ulovfestede rettsregler, og når de skjønnsmessige betingelsene er tilstede om skjønnet er utøvet innenfor rammene av det ulovfestede prinsipp om læren om myndighetsmisbruk.

Ved en endring av forvaltningslovens § 34 ved lov av 10.januar 1997 nr.7, ble trolig rammene for forvaltningens frie skjønn utvidet og dermed naturlig nok rammene for domstolenes og fylkesmannens kontroll ditto innskrenket, ved at annet ledd nå slår fast at

hensynet til det kommunale selvstyre skal vektlegges ved kontroll av det frie skjønn i vedtak truffet av kommune – eller fylkeskommune. Endringen er gjort med tanke på klagesaker hvor fylkesmannen har full prøvelsesrett, men i henhold til kommunaldepartementet (Rundskriv H-2103) mener departementet at ”de føringer og vurderinger som er gitt i nevnte rundskriv er av betydning også i de tilfeller Fylkesmannen overprøver etter krav om lovlighetskontroll”. Vi har i rettspraksis sett at domstolene vektlegger samme hensyn.

Kapittel 6.

6.1 Avslutning

Oppgaven var å gi en sammenlignende fremstilling av domstolenes prøvelse av forvaltningens frie skjønn og av fylkesmannens legalitetskontroll etter kommunelovens § 59. De materielle og prosessuelle sidene ved prøvelsen og kontrollen er behandlet i det ovennevnte og er derfor unødvendige å gjenta.

I rettsteorien blir det fremhevet at kontrollen for domstolene i antall er beskjedent i forhold til internkontroll og lovlighetskontroll foretatt av fylkesmannen. I rettssikkerhetshenseende er dette lite bekymringsverdig da de materielle reglene ved domstolsprøvelse ikke er annerledes enn ved kontroll hos fylkesmannen. De prosessuelle reglene skulle derimot *kunne* tilsi at antall domstolsprøvelser skulle være betydelig flere i forhold til fylkesmannskontroller. Når det ikke er slik kan dette skyldes at sak for domstolene er dyrt, og at den allmenne tillit til fylkesmannsembedet og dermed fylkesmannskontrollen er god.

Endringen av forvaltningsloven § 34 illustrerer maktfordelingsprinsippet . Stortinget som lovgiver bestemmer at fylkesmannen (og domstolene) skal vektlegge det kommunale selvstyre i kontrollen av forvaltningens skjønn. Endringen beskriver trolig lovgivers ønske om å styrke de lokale selvstyremyndighetenes frie skjønn, og med dette innskrenke omfanget av domstolenes og fylkesmannens prøvelsesrett. Dette behøver nødvendigvis ikke representere noen reduksjon av rettssikkerheten, men *en* slutning kan være at da må forvaltningen få styrket sin internkontrollkompetanse – både faglig og rettslig.

En annen side ved kompetanseoverflyttingen fra fylkesmannen og domstolene til forvaltningen, er at kravet til økt effektivitet i forvaltningen fra lovgiver og andre politiske

miljøers side, *kan* gi et tidspress og dermed mindre internkontroll med legaliteten i avgjørelsene. For å kompensere dette vil det kunne tilføres økonomiske resurser, men at det alltid kan hentes ut en effektivitetsgevinst ved bedre utnyttelse av personell, økonomi, og endring i administrative rutiner – er lite tvilsomt.

Av interesse vil det også være å sette domstolsprøvelsen og fylkesmannskontrollen inn i en noe større sammenheng.

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. Lovgivers tro på rettslige virkemidler blir omtalt av Thomas Mathiesen i hans lærebok om retts sosiologi (s.112) som ”rettsoptimisme” Mathiesen stiller seg her mer tvilende til denne effekten som et resultat av en ensidig styring – fra lovgiver til det øvrige samfunn. Mathisen finner det mer naturlig å peke på vekselvirkningen mellom bruken av rettsreglene og samfunnsforholdene for øvrig. I hvilken grad innvirker rettsreglene på samfunnsforholdene og vis a verse samfunnsforholdene på rettsreglene? I henhold til Mathiesen (s.90 flg.) er forholdet mellom retten og samfunnsforholdene så tette at de egentlig ikke kan skilles fra hverandre. Fra *en* rettstilstand vil det derfor foregå en bevegelse til en ny – en syntese – som igjen inngår i en ny rettstilstand. Forvaltningsskjønnet og domstolene/ fylkesmannens vurderinger og kontroll av skjønnet må derfor nødvendigvis gradvis måtte endres i takt med denne utviklingen.

6.2 Litteraturliste:

Hans Petter Graver; Alminnelig Forvaltningsrett 2.utgave 2002.

Torstein Eckhoff og Eivind Smith; Forvaltningsrett 7.utgave 2003.

Frihagens Forvaltningsrett Bind I 2005.

Amanuensis Stein Owe: Jussens Venner 1981; ”Det frie skjønn – en gjenfortelling av Eckhoffs fremstilling med enkelte tillegg”.

Førsteamanuensis Erik Boe: Jussens venner 1981: ”Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?”.

Arvid Frihagen: Jussens venner 1979 nr.5: ”Kompetanse etter fritt skjønn”.

Torstein Eckhoff: Jussens Venner 1969 nr.4: "Innledende bemerkninger om prøvelsesrettens omfang".

Advokat Frode Innjord: Jussens Venner 1996 nr.3: "Hva er vakkert? – Domstollskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage ord og uttrykk."

Rundskriv fra Kommunaldepartementet H-2123: "Lovlighetskontroll etter Kommune-loven § 59".

Innstilling fra Forvaltningskomiteen Kapittel 15: "Domstolskontroll med forvaltningens vedtak.

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

Jon Gille, Kristian Andenæs, Jan Fridtjof Bernt m.flere: Jusleksikon.

Torstein Eckhoff: Statsrettslige emner.

Institutt for privatrett: Odd Jarl Pedersen: "Funksjonsfordeling og normkontroll".

Jussens Venner: Odd Jarl Pedersen og Evald Jon Strøm: "Maktfordeling og normkontroll – særlig om domstolskontrollen med forvaltningen 1814 – 1819.

Odeltingsproposisjon nr.42

Oddvar Overå og Jan Fridthjof Bernt: "Kommune-loven med kommentarer".

Thomas Mathiesen: Retten i samfunnet.
