

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Med dispensasjon skal landet bygges

Det kommunale selvstyre og prøving av vedtak om dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 19-2.

Kandidatnummer: 205.

Leveringsfrist: 15.01.2019.

Antall ord: 39 625.



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>TEMA OG PROBLEMSTILLING</b> .....	<b>1</b>
1.1	Innledning, avhandlingens problemstilling.....	1
1.2	Innledende om arealplanlegging og dispensasjoners funksjon i dette systemet .....	3
1.2.1	Kort om de kommunale planprosessene .....	3
1.2.2	Innledende om dispensasjon .....	4
1.3	Behovet for en restriktiv dispensasjonspraksis .....	6
1.4	Avhandlingens innhold og avgrensinger.....	10
<b>2</b>	<b>METODE OG RETTSKILDEBRUK</b> .....	<b>11</b>
2.1	Metodiske spørsmål og innledende om de foreliggende rettskildene .....	11
2.2	Forarbeidshistorien til pbl. § 19-2.....	12
2.3	Bruk av uttalelser fra Sivilombudsmannen .....	12
2.3.1	Sivilombudsmannens uttalelser som rettskilde generelt.....	12
2.3.2	Sivilombudsmannens uttalelser som rettskilde i dispensasjonssaker .....	15
<b>3</b>	<b>OM DET KOMMUNALE SELVSTYRE</b> .....	<b>18</b>
3.1	Innledning .....	18
3.2	Generelt om innholdet av det kommunale selvstyre .....	18
3.2.1	Begrepet «kommunalt selvstyre» .....	18
3.2.2	Det europeiske charteret om lokalt selvstyre.....	20
3.2.3	Kommunalt selvstyre i kommuneloven av 2018 .....	22
3.2.4	Oppsummering .....	23
3.3	Det kommunale selvstyret i statlig klagesaksbehandling .....	24
3.3.1	Forholdet mellom kommunene og statsforvaltningen .....	24
3.3.2	Forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum .....	25
3.3.3	Andre begrensninger i statlige overprøvingsorganers beslutningskompetanse ved overprøving av kommunale vedtak .....	27
3.4	Nærmere om lovgivers intensjoner i dispensasjonssaker, og den politiske utviklingen de siste årene.....	29
3.5	Den videre behandlingen .....	30
<b>4</b>	<b>DEN KOMMUNALE VURDERINGEN AV DISPENSASJONSVILKÅRENE</b> ...	<b>31</b>
4.1	Innledning .....	31
4.2	Innledende om vilkårene for dispensasjon.....	31
4.3	Vurderingen av vesentlighetskriteriet .....	32
4.3.1	Innledning .....	32

4.3.2	Dispensasjon fra planer og planbestemmelser.....	33
4.3.3	Dispensasjon fra krav om reguleringsplan .....	35
4.3.4	Dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen.....	36
4.3.5	Dispensasjon fra lov- og forskriftsfestede byggetekniske krav .....	38
4.4	De relevante hensyn i interesseavveilingen .....	39
4.4.1	Generelt om de relevante hensyn.....	39
4.4.2	Utenforliggende hensyn.....	41
4.5	Vektleggingen av fordeler og ulemper i interesseavveilingen .....	43
4.5.1	Kommunenes frihet ved fastleggelse av hensynenes vekt.....	43
4.5.2	Hensyn som kommunen plikter å tillegge særlig vekt .....	45
4.5.3	Krav om klar overvekt av fordeler .....	49
4.5.4	Adgang til å vektlegge lokalpolitiske prioriteringer? .....	50
4.6	Krav til likebehandling.....	51
4.7	Oppsummering – det kommunale selvstyre i vurderingen av dispensasjonsvilkårene..	54
<b>5</b>	<b>DISPENSASJONSBESTEMMELSENS FRIE SKJØNN.....</b>	<b>56</b>
5.1	Innledende om fritt skjønn og rettsanvendelsesskjønn .....	56
5.2	Spørsmål om fritt skjønn under arbeidet med plan- og bygningsloven av 2008 .....	57
5.3	Betydningen av skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn for den kommunale vurderingen .....	60
5.4	Hvilke nye hensyn kan kommunen legge vekt på i vurderingen under det frie skjønn?61	
5.5	Elementer av fritt skjønn i interesseavveilingen? .....	63
<b>6</b>	<b>OVERPRØVING AV KOMMUNALE DISPENSASJONSVURDERINGER .....</b>	<b>65</b>
6.1	Innledning .....	65
6.2	Innledende om tilbakeholdenhet i prøving av rettsanvendelsesskjønn .....	66
6.3	Begrunnelser for at statlige klageorganer er tilbakeholdene i prøvingen av dispensasjonssaker .....	68
6.3.1	Forutsetning – Vurderingstemaet er skjønnsmessig.....	68
6.3.2	Vurderingen beror på særlige fagkunnskaper.....	68
6.3.3	Vurderingen er politisk – legitimitetsbetraktninger.....	69
6.3.4	Rettsikkerhetshensyn som argument mot tilbakeholdenhet.....	71
6.4	Har statlige klageorganers adgang til å være tilbakeholdene i prøvingen av dispensasjonsvurderinger? .....	73
6.4.1	Forvaltningens klageorganers plikt til å benytte sin kompetanse.....	73
6.4.2	Analogisk anvendelse av fvl. § 34 (2) tredje punktum? .....	75
6.4.3	Sivilombudsmannen og Miljøverndepartementets syn på fylkesmannens adgang til å være tilbakeholden i prøvingen.....	76

6.5	Når bør fylkesmannen føre en mindre intensiv prøving av kommunens rettsanvendelsesskjønn? .....	77
6.6	Domstolenes prøving av dispensasjonsavgjørelser .....	78
6.6.1	Tilbakeholdenhet i prøvingen av interesseavveiingen? .....	78
6.6.2	I hvilken utstrekning kan lovgiver legge føringer for domstolenes prøvingsintensivitet? .....	79
6.7	Oppsummerende betraktninger – hva er vunnet ved at kommunenes interesseavveiinger er rettsanvendelsesskjønn? .....	82
<b>7</b>	<b>AVSLUTTENDE REFLEKSJONER OG FORSLAG TIL ALTERNATIVE REGULERINGER</b> .....	<b>85</b>
7.1	Innledning .....	85
7.2	Oppsummerende om det kommunalt selvstyre i dispensasjonssaker .....	85
7.3	Alternative reguleringer av dispensasjonssaker etter plan- og bygningsloven – rettspolitiske betraktninger .....	88
7.3.1	Innledning, metode .....	88
7.3.2	Alternativ regulering av interesseavveiingen .....	89
7.3.3	Flere dispensasjonsbestemmelser? .....	90
7.3.4	Videreføre kravet om samfunnsmessige fordeler i interesseavveiingen? .....	93
7.3.5	Alternativ regulering av tilsyn og kontroll .....	93
7.4	Avsluttende betraktninger .....	96
<b>8</b>	<b>KILDEREGISTER</b> .....	<b>97</b>
8.1	Litteratur og personlige meddelelser .....	97
8.2	Lover og internasjonale traktater .....	103
8.3	Forskrifter .....	104
8.4	Forarbeider og stortingsdokumenter .....	105
8.5	Rundskriv, uttalelser mv. ....	106
8.6	Rettspraksis .....	107
8.7	Uttalelser fra Sivilombudsmannen .....	108

# 1 Tema og problemstilling

## 1.1 Innledning, avhandlingens problemstilling

Avhandlingens tema er rommet for kommunalt selvstyre i dispensasjonssaker etter plan- og bygningsloven (pbl.) § 19-2. Den vil undersøke hvilken betydning lokale prioriteringer har opp mot ivaretagelse av nasjonale interesser i disse avgjørelsene.<sup>1</sup> Både kommunenes vedtakskompetanse og kontroll med kommunenes praksis vil bli behandlet. Fremstillingen vil rette et kritisk blikk på det gjeldende regelverk og peke på noen problematiske sider ved utformingen av pbl. § 19-2. I forlengelse av dette drøftes det om regelverket er egnet til å gjennomføre lovgivers avveining mellom hensynet til det kommunale selvstyre og behovet for å legge føringer for kommunenes praksis.

Avhandlingens problemstilling er som følger:

*Hvilken betydning har det kommunale selvstyre i dispensasjonssaker etter plan- og bygningsloven, og er gjeldende regelverk egnet til å gjennomføre lovgivers intensjon om en restriktiv dispensasjonspraksis?*

Regulering av arealforvaltningen innebærer en avveining av nasjonale, regionale og kommunale interesser, samt private bruksinteresser.<sup>2</sup> Da avhandlingen fokuserer på forholdet mellom statlig styring og lokal selvbestemmelse, er det hovedsakelig kommunale og nasjonale interesser som behandles.<sup>3</sup> På den ene side er det viktig å sørge for at kommunene tar hensyn til nasjonalt prioriterte målsetninger i arealforvaltningen, som en sammenhengende, helhetlig planlegging og ivaretagelse av sentrale miljøinteresser. På den andre side må man ta hensyn til kommunenes behov for å ta valg og gjøre prioriteringer ved bruk av deres egne arealer. En ønsket arealutnyttelse kan hindre en annen, og i en del tilfeller oppstår det konflikt. Arealforvaltningen er slik et av de store krysningpunktene mellom kommunale og nasjonale interesser i norsk forvaltningsrett.

---

<sup>1</sup> Med «nasjonale interesser» sikter jeg til hensyn som er prioritert av Stortinget eller statlige myndigheter i vedtatte regler og retningslinjer. Begrepet brukes ofte når det skrives om plan- og bygningslovgivningen, men gis sjeldent et definert innhold, se bla. Bugge (2015) s. 196. Nasjonale interesser i arealplanleggingen omfatter en rekke ulike forhold, blant annet ivaretagelse av sårbare arter, klima, trafiksikkerhet, verdifulle kulturminner og friluftslivsinteresser. En oversikt over de mest sentrale saksområdene er gitt i Prop. 149 L (2015–2016) s. 53.

<sup>2</sup> Se bla. Holth og Winge (2017) s. 19–21 og Bugge (2015) s. 190–192. Det fremgår direkte av pbl. § 3-1 (2) at det skal foretas en slik interesseavveining ved arealplanlegging.

<sup>3</sup> Kapittel 1.4.

Statlig styring av kommunene har lenge vært viktig på dette området. Plan- og bygningsloven legger opp til flere styringsmidler som skal sikre nasjonale interesser i planleggingen. Blant annet har statlige organer etter pbl. § 5-4 innsigelsesadgang ved kommunale planforslag, og Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD) har vedtatt flere statlige planretningslinjer kommunene må forholde seg til i sin planlegging, jf. pbl. § 6-2.<sup>4</sup> Videre har Regjeringen uttalt et ønske om å øke «bruken av statlig regulering for prosjekter av nasjonal betydning» i samferdselsspørsmål.<sup>5</sup>

På den annen side har Stortinget og Solberg-regjeringen tatt flere grep for å styrke det kommunale selvstyre de siste årene.<sup>6</sup> Det er vedtatt en ny kommunelov i 2018 som vektlegger dette hensynet i større grad enn tidligere. Statlige myndigheters adgang til å overprøve kommunale skjønnsvurderinger er snevret inn ved endring av forvaltningsloven (fvl.) § 34 (2) tredje punktum. I tillegg er det kommunale selvstyre nå forankret i Grunnloven (Grl.) § 49 (2).<sup>7</sup>

Statlig styring og det kommunale selvstyre står særlig klart mot hverandre i dispensasjonssaker etter pbl. § 19-2. Disse avgjørelsene er enkeltvedtak hvor fylkesmannen er klageinstans, jf. pbl. § 1-9 (5).<sup>8</sup> Spenningsforholdet blir derfor spesielt synlig her, da statlige myndigheter får anledning til å sette kommunens avveininger til side og ikke bare prøve prosessen bak vedtaket, slik tilfelle ofte er ved prøving av kommunale beslutninger i arealplanleggingen forøvrig.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Kapittel 4.5.2.2.

<sup>5</sup> Sundvollen-erklæringen om samferdsel, jf. Solberg-regjeringen (2013) s. 66. I Jeløya-erklæringen ble dette fulgt opp med at regjeringen vil åpne «for mer bruk av statlig plan, redusere planleggingstiden og samordne offentlige innsigelser bedre», jf. Solberg-regjeringen (2018) s. 73.

<sup>6</sup> I Sundvollen-erklæringen om kommunene var det et uttalt mål at regjeringen ville flytte makt og ansvar over til kommunene for å styrke lokaldemokratiet, jf. Solberg-regjeringen (2013) s. 47. Dette ble fulgt opp i Jeløya-erklæringen: «Statlig detaljstyring og byråkrati må reduseres, og mer makt og myndighet må desentraliseres til lokalsamfunn og deres folkevalgte», jf. Solberg-regjeringen (2018) s. 45.

<sup>7</sup> Nærmere om kommuneloven av 2018 og Grl. § 49 (2) i kapittel 3.2. Se kapittel 3.3.2 om fvl. § 34 (2) tredje punktum.

<sup>8</sup> Kompetansen er delegert fra KMD, en tidligere ordning som er videreført i dagens lov, jf. Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 177.

<sup>9</sup> Kapittel 1.2.1.

## 1.2 Innledende om arealplanlegging og dispensasjoners funksjon i dette systemet

### 1.2.1 Kort om de kommunale planprosessene

Arealplanleggingen består av tre nivåer: statlig, fylkeskommunal og kommunal.<sup>10</sup> Store deler av kompetansen er lagt til det kommunale nivået, og kommunene har med dette fått betydelig innflytelse over hvordan landets arealer skal utnyttes.<sup>11</sup> Etter plan- og bygningsloven er vedtagelse av kommunale planer i første rekke en politisk prosess i kommunestyret, jf. pbl. §§ 11-15 og 12-12.<sup>12</sup> Lovens regler bestemmer ikke det nøyaktige innholdet av den enkelte plan, men er heller ment å sikre prosessen bak beslutningene.<sup>13</sup>

Kort forklart skal kommunen vedta en kommuneplan som gjelder for hele kommunen, jf. pbl. § 11-1. Kommuneplanens arealdel angir hovedtrekkene i arealdisponeringen, og legger på et overordnet nivå rammer og betingelser for hvilke typer nye tiltak som kan oppføres på ulike områder. Reguleringsplanene legger føringer for arealdisponeringen på et mer detaljert nivå for mindre områder, jf. pbl. § 12-1. Både kommuneplanens arealdel og reguleringsplanene er rettslig bindende, og tiltak som strider mot disse kan som hovedregel ikke oppføres, se pbl. §§ 11-6 (2) og 12-4 (2). På den annen side har tiltakshaver i utgangspunktet krav på å få oppføre tiltak som er i samsvar med de gjeldende planene, jf. pbl. § 21-4.<sup>14</sup> Siden kommunene har fått en såpass omfattende kompetanse til å legge føringer for arealutnyttelsen stilles det også en rekke krav til prosessen forut for vedtagelse av planer.

For det første stilles det krav til kunnskapsgrunnlaget planene er basert på. I tillegg til de alminnelige utredningskravene i fvl. § 17, er kommuneplaner som omhandler fremtidig utbygging og reguleringsplaner som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn underlagt krav om konsekvensutredning, jf. pbl. § 4-2 (2). Det skal også foretas en risiko- og sårbarhetsanalyse ved utarbeidelse av planer for utbygging, jf. pbl. § 4-3.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> Statlig og regional planlegging vil ikke bli behandlet i avhandlingen, se kapittel 1.4.

<sup>11</sup> Tilsvarende Holth og Winge (2017) s. 52.

<sup>12</sup> «Det er som hovedregel de folkevalgte organene i kommuner og fylkeskommuner som har ansvar for planleggingen og som vedtar planene. Planleggingen er et redskap for folkevalgte organer til å utforme og virkeliggjøre politiske mål», jf. Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 34.

<sup>13</sup> Holth og Winge (2017) s. 23.

<sup>14</sup> For en gjennomgang av kommunenes arealplanlegging se Pedersen mfl. (2018a) s. 170–379, Innjord (2010) s. 189–400 og Holth og Winge (2017) s. 93–117.

<sup>15</sup> Utenfor plan- og bygningsloven stiller også naturmangfoldloven (nml.) § 8 krav til kunnskapsgrunnlaget for offentlige beslutninger som berører naturmangfoldet.

For det andre stilles det krav til medvirkning. Kommunale planforslag skal sendes på høring og er gjenstand for offentlig ettersyn. Etter pbl. § 5-2 (1) skal «forslaget sendes til alle statlige, regionale og kommunale myndigheter og andre offentlige organer, private organisasjoner og institusjoner, som blir berørt av forslaget». Loven legger opp til at et bredt spekter av aktører skal involveres i planprosessen. I tillegg er berørte statlige og regionale myndigheter gitt adgang til å fremme innsigelse til kommunenes planforslag for å ivareta nasjonale og vesentlige regionale interesser, se pbl. §§ 5-4 til 5-7. Dersom det fremmes innsigelse skal konflikten søkes løst gjennom mekling, og hvis det ikke oppnås enighet skal departementet avgjøre om innsigelsen skal tas til følge og planen endres.<sup>16</sup> Etter dette kan vedtagelse av kommunale planer langt ifra omtales som et kommunalt anliggende alene. Statens myndigheter har flere påvirkningsmuligheter for å sørge for at nasjonale interesser blir ivaretatt i prosessen. Som vi skal se, gjelder dette i langt mindre grad når kommunen fatter dispensasjonsvedtak.

### 1.2.2 Innledende om dispensasjon

Dispensasjon handler enkelt sagt om å gjøre unntak, enten fra bestemmelsene i plan- og bygningsloven med tilhørende forskrifter eller fra vedtatte planer. En adgang til å dispensere har eksistert i en eller annen form siden vedtagelsen av de første bygningslovene for byene.<sup>17</sup> Bygningsloven av 1924 hadde en generell dispensasjonsbestemmelse i § 7. Der var kompetansen lagt til departementet, under den forutsetning at formannskapet eller bystyret hadde anbefalt dispensasjon. Ut over dette var det ingen vilkår for å innvilge søknadene. Kun de midlertidige dispensasjoner var etter § 8 underlagt bygningsrådets myndighet. For å innvilge disse ble det stilt vilkår om at det var ubetenkelig å innvilge søknaden, og at forholdet kunne rettes uten for store vansker. Dette systemet ble i stor grad videreført i bygningsloven av 1965 § 7, med de endringer at departementet bare kunne innvilge dispensasjoner når «særlige grunner» forelå, og at det kun var kommuner med «tilstrekkelig utbygd administrasjon» som kunne innvilge midlertidige dispensasjoner.

En vesentlig endring skjedde ved lovendring av 1983, da dispensasjonskompetansen ble flyttet fra departementet til kommunene, med fylkesmannen som klageinstans.<sup>18</sup> Som en følge av

---

<sup>16</sup> Etter regjeringsskiftet i 2013 varslet Regjeringen at de ønsket å legge større vekt på det kommunale selvstyre. Dette førte til at innsigelsesinstituttet ble benyttet i mindre grad enn tidligere, se Holth og Winge (2017) s. 75. I tillegg ble kommunene gitt adgang til å rette søksmål om gyldigheten av innsigelser og departementets avgjørelse i pbl. § 5-7.

<sup>17</sup> Se Pedersen mfl. (2018a) s. 39–77 for en grundig historisk gjennomgang av rettsutviklingen på plan- og bygningsfeltet generelt. Se også Winge (2011) s. 34–51 som har særlig fokus på utviklingen av utmarksforvaltningen.

<sup>18</sup> Ved lovendringen hadde departementet delegert det meste av kompetansen sin til fylkesmennene, og en del til Statens Branninspeksjon. I realiteten ble derfor dispensasjonskompetansen hovedsakelig flyttet fra fylkes-



dette ble også de særskilte vilkårene for å innvilge midlertidige dispensasjoner tatt ut. Bakgrunnen for endringen var å styrke det kommunale selvstyre, samt å forenkle beslutningsprosessen.<sup>19</sup> Denne kompetanseendringen ble videreført i plan- og bygningsloven av 1985 og i gjeldende lov.

I lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) finnes reglene om dispensasjon i kapittel 19, hvor kravene til dispensasjonsvedtaket fremgår av § 19-2. Her er vilkårene for dispensasjon endret fra det gamle kravet om «særlige grunner».<sup>20</sup> Bestemmelsens første og andre ledd lyder:

«Kommunen kan gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av denne lov. Det kan settes vilkår for dispensasjonen.

Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt. I tillegg må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering. Det kan ikke dispenseres fra saksbehandlingsregler.»

Etter første ledd er kommunen gitt et fritt skjønn,<sup>21</sup> slik at den selv kan velge om den vil avslå en dispensasjonssøknad. Forutsetningen for å innvilge søknaden er imidlertid at vilkårene i annet ledd er oppfylt. Vurderingen av om vilkårene er oppfylt er ifølge forarbeidene et rettsanvendelsesskjønn som statlige klageinstanser og domstolene kan overprøve fullt ut.<sup>22</sup>

Det er gode grunner for at plan- og bygningsregleverket skal åpne for en dispensasjonsadgang. Det er hensiktsmessig, og kanskje nødvendig, å ha mulighet til å gjøre unntak fra de

---

mennene til kommunene, se Ot.prp. nr. 27 (1982–83) s. 7. I tillegg hadde allerede enkelte kommuner fått særlig tillatelse til å dispensere.

<sup>19</sup> Kommunal- og arbeidsdepartementet la vekt på at endringen ville være «avbyråkratiserende og tidsbesparende ved at de fleste dispensasjonssaker kan avgjøres på lokalplanet.», jf. Ot.prp. nr. 27 (1982–83) s. 12.

<sup>20</sup> Kapittel 1.3 om bakgrunnen for denne endringen.

<sup>21</sup> Store deler av avhandlingen handler om forskjellige former for skjønn. «Skjønn» kan både vise til at forvaltningsavgjørelsen i en viss grad er fri fra overprøving, og hvor presist eller upresist hjemmelsgrunnlaget er utformet, jf. Schultz (2004) s. 9–17. «Fritt skjønn» benyttes særlig om de førstnevnte tilfellene. Denne termbruken har blitt utsatt for en del kritikk de siste årene, da forvaltningsskjønnet i virkeligheten langt ifra er *fritt*. Det er en hel rekke retningslinjer for denne skjønnsutøvelsen, og det er nok derfor mer treffende å omtale begrepet som for eksempel et diskresjonært skjønn, jf. Eckhoff og Smith (2018) s. 363–364. Siden lovverket i bestemmelser som er sentrale i avhandlingen benytter termen «fritt skjønn», har jeg likevel valgt å holde meg til denne i fremstillingen. Dette er imidlertid kun et grep som er gjort for enkelhets skyld, og termbruken er for så vidt uproblematisk så fremt leseren er innforstått med hva som behandles.

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242. Grensen mellom fritt skjønn og rettsanvendelsesskjønn i pbl. § 19-2 reiser en rekke spørsmål, se kapittel 5.

vedtatte reglene. Bestemmelsene i plan- og bygningsloven og dens forskrifter gjelder for alle tiltak som søkes oppført. Landets arealer er imidlertid fullt av fysiske variasjoner, og i noen tilfeller passer ikke loven like godt. På samme måte er det vanskelig å lage planer som er finmasket nok til at de greier å ta hensyn til alle lokale variasjoner.

Det sier seg likevel selv at adgangen til å gjøre unntak skal være snever.<sup>23</sup> Plan- og bygningsloven, og de fleste planene, er vedtatt gjennom demokratiske prosesser på Stortinget og på lokalt nivå. Dispensasjoner blir derimot vedtatt gjennom en langt enklere prosess, med mildere krav til utredninger og medvirkning fra berørte aktører.

Dispensasjonsvedtak treffes av kommunale organer uten at andre myndigheter nødvendigvis trenger å bli involvert.<sup>24</sup> Det er forutsatt i pbl. § 19-2 (4) at berørte myndigheter har rett til å uttale seg i visse dispensasjonssaker, samt at de har anledning til å klage på kommunens vedtak, jf. pbl. § 1-9 (3). Likevel får disse organene etter pbl. § 19-1 kun anledning til å uttale seg ved dispensasjon fra planer, plankrav og byggeforbudet i strandsonen dersom deres saksområde blir «direkte berørt». Dette viser at det er en viss terskel før kommunen må involvere andre myndigheter. Utenom de helt klare tilfellene gir ikke loven anvisning på hvilke typer saker kommunenes varslingsplikt omfatter. Dette utdypes heller ikke i forarbeidene: «Kommunen, regionen og berørte statlige fagmyndigheter bør samarbeide for å finne fram til praktiske rutiner for å avklare hvilke saker som skal forelegges.»<sup>25</sup> Denne uklarheten innebærer at kommunene i praksis får en viss anledning til å avgjøre selv i hvilken grad andre myndigheter skal varsles. Slik er det i en del tilfeller bare kommunale myndigheter alene som er involvert i dispensasjonsavgjørelsene.

### 1.3 Behovet for en restriktiv dispensasjonspraksis

Lovgivers primære bekymring med å legge dispensasjonskompetansen til kommunene er at denne adgangen benyttes i for stor grad.<sup>26</sup> For kommunene kan det være fristende å innvilge en dispensasjonssøknad fremfor å foreta en planendring. Førstnevnte prosess krever langt mindre tid og ressurser, og det er lettere for kommunen å gjøre egne prioriteringer uten innblanding fra andre myndigheter. I tillegg kan kommunene bli utsatt for betydelig press fra ressurssterke privatpersoner og andre særinteresser, som ønsker å få oppført et tiltak gjennom

---

<sup>23</sup> Dette kommer til bla. uttrykk ved at pbl. § 19-2 (2) annet punktum stiller krav om at fordelene med dispensasjonen må være *klart* større enn ulempene.

<sup>24</sup> Kompetansen ligger i utgangspunktet til kommunestyret, jf. pbl. § 19-4, men kan delegeres til for eksempel et planutvalg eller til administrasjonen etter reglene i kommuneloven.

<sup>25</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

<sup>26</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 138–139 og NOU 2001: 7 s. 91–92.

dispensasjon. Disse forholdene kan føre til at kommunene innvilger dispensasjonssøknader i stort omfang. Særlig kan dette være tilfelle for små og ressursvake kommuner.

En slik praksis er problematisk. For det første ses dispensasjonsavgjørelser som regel i et snevrere perspektiv enn planendringer. Dermed er det fare for at det ikke tas hensyn til summen av alle dispensasjonene som innvilges. Hvis omfanget dispensasjoner blir for stort kan helheten i planleggingen mistes av syne, og de vedtatte planene uthules.<sup>27</sup> Hensynet til en helhetlig arealplanlegging, som etter pbl. § 3-1 (2) er en av grunnpilarene i plan- og bygningsretten, vil slik ikke bli tilstrekkelig ivaretatt. Dersom statlige myndigheter ikke involveres i beslutningsprosessen, er det også en fare for at nasjonale interesser nedprioriteres til fordel for kommunale interesser. Uten innspill fra andre kan kommunene fort legge for stor vekt på egne ønsker, som for eksempel hensynet til kommuneøkonomien.

Under arbeidet med gjeldende plan- og bygningslov så man at det ble søkt om dispensasjon i stort omfang, og at kommunene innvilget mange av søknadene. Planlovutvalget, som utredet lovens plandel, stilte seg kritisk til denne situasjonen. Utvalget uttalte i sin første delutredning:

«I mange tilfeller er dispensasjonspraksisen unødvendig omfattende. Den kan i verste fall undergrave selve planen og de hensyn den skal ivareta. Dette utfordrer også viktige verdier ved selve plansystemet – ikke minst den folkelige medvirkningen og brede avveiningen i planleggingen.»<sup>28</sup>

Utvalget fryktet at kommunene ville undergrave plansystemet, og tilsidesette nasjonale prioriteringer, dersom dispensasjonspraksisen ikke ble strammet inn.<sup>29</sup> Særlig var det en bekymring at viktige interesser i strandsonen og natur-, landbruks- og friluftsområder (NLF) ville bli skadelidende.<sup>30</sup> Departementet støttet disse vurderingene, og som en konsekvens ble dispensasjonsvilkårene forsøkt klargjort og strammet inn, samt at det ble slått fast at vilkårene kunne overprøves fullt ut.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Dette er særlig problematisk for ivaretagelse av miljøhensyn. Bugge (2015) s. 235: «Det er ikke minst i gjennom dispensasjonspraksis at miljøhensyn som er søkt ivaretatt i en arealplan kan svekkes "bit for bit".»

<sup>28</sup> NOU 2001: 7 s. 91.

<sup>29</sup> Utvalget uttalte: «Ett av spørsmålene knytter seg til hvordan en kan sikre seg mot at kommunene gjennom dispensasjoner i enkeltsaker kan fravike overordnede mål og rammer som er ivaretatt gjennom planen eller for eksempel gjennom statlig forbudsbestemmelse», jf. NOU 2001: 7 s. 221.

<sup>30</sup> NOU 2001:7 s. 91.

<sup>31</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 138–139.

Til tross for innstrammingsforsøket i 2008 er dispensasjonspraksisen fremdeles omfattende. Tall fra Statistisk Sentralbyrå (SSB) viser at kommunene innvilger et klart flertall av søknadene, se fig. 1. Videre ser vi at fylkesmennene som klageinstans i forholdsvis stor grad stadfester de kommunale vedtakene, se fig. 2.<sup>32</sup> Til tross for intensjonen med lovendringen har antallet dispensasjoner økt i tiden etter den nye loven trådte i kraft.<sup>33</sup> Dispensasjoner for bygninger i LNF-områder økte med 13 prosent i perioden fra 2008 til 2014. Også søknader om dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen økte i den samme perioden.

År	2015	2016	2017
Antall dispensasjonssøknader behandlet i kommunene	17 843	17 280	19 571
Antall kommuner undersøkt	393	390	391
År	2015	2016	2017
Antall dispensasjonssøknader innvilget i kommunene	15 022	13 488	15 248
Antall kommuner undersøkt	396	376	377

Fig. 1: Antall innvilgede dispensasjonssøknader på kommunalt nivå 2015–2017. SSB har hentet tallene fra kommunenes egen innrapportering, KOSTRA. I følge SSB kan det være at tallene ikke gir et helt presist bilde av situasjonen. Dette er en følge av unøyaktigheter i kommunenes rapportering, og frafall av rapporterende kommuner. I grove trekk vil tallene likevel si noe om i hvilket omfang kommunene innvilger dispensasjonssøknader.

<sup>32</sup> Tallene i fig. 1 og 2 er innhentet ved personlig meddelelse, jf. SSB (2018).

<sup>33</sup> Gammelmo (2016) s. 188. Funnene er basert på tall fra SSB.

År	2015	2016	2017
Antall klager på byggesøknader behandlet av fylkesmennene	1 919	2 276	2 265
Antall kommuner undersøkt	279	277	271
År	2015	2016	2017
Antall klagesaker hvor fylkesmannen kom til et annet resultat enn kommunen	272	207	200
Antall kommuner undersøkt	257	231	233
År	2015	2016	2017
Antall klager sendt tilbake til kommunen for ny behandling	257	295	289
Antall kommuner undersøkt	251	231	235

Fig 2: Behandlede klager på byggesøknader hos fylkesmennene 2015–2017. SSB har hentet tallene fra kommunenes egen innrapportering, KOSTRA. Tallene gir et meget unøyaktig bilde av fylkesmennenes behandling av dispensasjonssaker, da de gjelder byggesøknader generelt. Dette omfatter også søknader som er i samsvar med plan, og tallene viser ikke dispensasjon fra deleforbud. Jeg har likevel valgt å presentere tallene da de gir et visst inntrykk av i hvilken grad fylkesmennene behandler, og omgjør, kommunale vedtak i dispensasjonssaker.

Utviklingen gir grunn til å reise spørsmål ved kompetansefordelingen i dispensasjonssaker og kontrollen med kommunenes praksis. For det første kan det være at innvilgelsesprosenten er høy fordi forvaltningen fatter en rekke uriktige dispensasjonsvedtak og fordi det er en manglende kontroll med forvaltningens virksomhet på feltet. De tilgjengelige tallene sier ingen ting om vedtakenes riktighet og gir derfor ikke grunnlag for å konkludere med en slik påstand. Jeg vil likevel kommentere omfanget av kontrollen som føres med kommunens dispensasjonsvedtak, som en del av vurderingen av dagens regelverk i kapittel 7.3.5.

For det andre kan de siste årenes utvikling tyde på at dagens regelverk ikke er egnet til å gjennomføre lovgivers intensjon om en mer restriktiv dispensasjonspraksis.<sup>34</sup> Det er derfor grunn til å se nærmere på hvilken adgang kommunene har til å gjøre prioriteringer som blir stående som endelige i dispensasjonssaker. Det er også grunn til å se nærmere på om endringene som

<sup>34</sup> Se kapittel 3.4 for nærmere om lovgivers intensjoner om kommunalt selvstyre i dispensasjonsbestemmelsen.

ble gjort i 2008 er egnede virkemidler for å sette skranker og føre kontroll med kommunenes praksis, slik lovgiver så for seg. I forlengelsen av dette kan det spørres om dispensasjonsbestemmelsen kan utformes på en annen måte som bedre gjennomfører lovgivers intensjoner. Dette er hovedspørsmålene avhandlingen i det følgende skal forsøke å besvare.

## 1.4 Avhandlingens innhold og avgrensinger

Avhandlingens oppbygging er som følger: I kapittel 2 behandler jeg avhandlingens metode og bruk av omstridte rettskilder. Deretter vil kapittel 3 på et overordnet nivå redegjøre for innholdet av det kommunale selvstyre. Kapittel 4 omhandler adgangen til å foreta prioriteringer i den kommunale vurderingen av dispensasjonsvilkårene, mens kapittel 5 behandler innholdet av bestemmelsens frie skjønn. Overprøving av kommunenes vurderinger blir behandlet i kapittel 6. I kapittel 7 vil jeg vurdere gjeldende regelverk og foreslå alternative reguleringer.

Plan- og bygningsretten er et omfattende system, og avhandlingen gir ikke en helhetlig oversikt over dette. Dette innebærer blant annet at nærmere spørsmål om arealplanlegging generelt ikke vil bli berørt. Heller ikke alle spørsmål om dispensasjon vil bli drøftet. Avhandlingens formål er å studere kommunenes kompetanse i avveier etter pbl. § 19-2 og kontroll med disse avgjørelsene. Saksbehandlingsreglene og prosessen ved dispensasjonsvedtak vil dermed ikke bli behandlet nærmere. Det samme gjelder midlertidige dispensasjoner etter pbl. § 19-3, overføring av dispensasjonskompetanse etter pbl. § 19-4 og adgangen til å sette vilkår ved dispensasjoner. Avhandlingen tar også opp noen sentrale forvaltningsrettslige spørsmål, som grensene mellom fritt skjønn og rettsanvendelsesskjønn. De grunnleggende trekkene i forvaltningsretten er utførlig behandlet i den allmenne forvaltningsrettsteorien, og jeg nøyer meg derfor med å vise til denne.<sup>35</sup>

En komparativ analyse av adgangen til å dispensere fra planer i ulike land er klart av interesse. Men innenfor de begrensinger en masteroppgave setter vil det være for omfattende å gjøre noen grundig analyse av andre lands regelverk. Avhandlingen reiser spørsmål om kompetansefordeling mellom ulike norske myndighetsnivåer, og jeg finner det derfor hensiktsmessig å konsentrere meg om den nasjonale lovgivningen.

---

<sup>35</sup> Se bla. standardverkene Eckhoff og Smith (2018), Graver (2015), Woxholth (2011) og Bernt og Rasmussen (2010). Domstolenes prøving av det frie skjønn er inngående behandlet av Moen (2018) s. 153-383. Se også Eckhoff og Smith (2018) s 388-413. Om overordnede forvaltningsorganers prøving, se Eckhoff og Smith (2018) s. 303-307 og Graver (2015) s. 256-257.

## 2 Metode og rettskildebruk

### 2.1 Metodiske spørsmål og innledende om de foreliggende rettskildene

Avhandlingen behandler hovedsakelig rettsdogmatiske spørsmål innenfor plan- og bygningsrett og det som er omtalt som generell forvaltningsrett. Metoden som benyttes i disse spørsmålene vil ikke bli nærmere behandlet. Her nøyer jeg med å vise til den alminnelige rettsteorien.<sup>36</sup> I tillegg behandler avhandlingen enkelte rettspolitiske spørsmål i kapittel 7. Den metodiske tilnærmingen til disse spørsmålene blir drøftet i kapittel 7.3.1.

Enkelte rettskildespørsmål krever likevel avklaring før den videre behandlingen. For det første har plan- og bygningslovens dispensasjonsbestemmelse en nokså komplisert forarbeidshistorie, som det skal redegjøres kort for. For det andre skal bruken av sivilombudsmannsuttalelser kommenteres. Selv om rettskildebildet knyttet til pbl. § 19-2 ikke nødvendigvis kan omtales som knapt, er flere kilder av begrenset rettskildemessig verdi. Det finnes ingen høyesterettsavgjørelser som omhandler vilkårene i dispensasjonsbestemmelsen og det er lite underrettspraksis. Sivilombudsmannen uttaler seg imidlertid ofte om plan- og bygningsrettslige spørsmål, og flere uttalelser er relevante for spørsmålene avhandlingen drøfter. Det er derfor nødvendig å si noe om hvilken rettskildemessig verdi disse uttalelsene har.

Plan- og bygningsloven § 19-2 har også gitt opphav til en omfattende forvaltningspraksis. Som vist i kapittel 1.3 fattes det i underkant av 20 000 kommunale dispensasjonsvedtak i året. Til tross for at store deler av avhandlingen handler om hvordan regelverket blir anvendt hos forvaltningsorganene vil forvaltningspraksis ikke bli benyttet som rettskilde. Grunnen til dette er at forvaltningsavgjørelser først og fremst får betydning som rettskilder når man kan påvise at det foreligger en *fast praksis*.<sup>37</sup> Hvorvidt det foreligger en slik fast praksis i dispensasjonssaker vil bero på en empirisk analyse det ikke er rom for innenfor avhandlingens rammer. Når forvaltningspraksis i alle tilfeller normalt er oppfattet som en rettskilde av mindre vekt i et domstolperspektiv,<sup>38</sup> har jeg valgt å utelate disse kildene fra den videre fremstillingen.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Se særlig standardverkene til Eckhoff (2001), Fleicher (1998) og Skoghøy (2018).

<sup>37</sup> Bla. Skoghøy (2018) s. 233–234.

<sup>38</sup> Se Boe (2014) s. 263–265 og Skoghøy (2018) s. 233–234 om forvaltningspraksis som rettskilde.

<sup>39</sup> Enkelt saker fra forvaltningspraksis kan likevel ha verdi som eksempler på typiske problemstillinger. Men da det finnes en omfattende sivilombudsmannspraksis om pbl. § 19-2 som kan tjene til dette formålet, har jeg valgt å holde forvaltningens egen praksis utenfor den videre fremstillingen.

## 2.2 Forarbeidshistorien til pbl. § 19-2

Da arbeidet med gjeldene plan- og bygningslov begynte, ble det satt ned to utvalg for å utrede henholdsvis lovens plandel og lovens byggesaksdel. I Planlovutvalgets første delutredning ble det drøftet en rekke prinsipielle spørsmål om planleggingen, og utvalget foreslo flere endringer i dispensasjonsreglene.<sup>40</sup> Delutredningen gikk så på høring, hvilket resulterte i Planlovutvalgets andre delutredning. Utvalget nøyde seg her med å vise til de foreslåtte dispensasjonsreglene i den første delutredningen og gjorde kun små endringer.<sup>41</sup>

Bygningslovutvalgets andre delutredning tok også opp spørsmål om dispensasjon. Også her ble det i stor grad vist til de tidligere utredningene. Utvalget slo fast, i likhet med Planlovutvalget, at det var et behov for å klargjøre vilkårene og stramme inn kommunenes praksis.<sup>42</sup> Enkelte forslag fra Planlovutvalget, som at det skulle innføres flere ulike dispensasjonsbestemmelser, ble imidlertid ikke videreført. Miljøverndepartementet stilte seg deretter i det vesentlige bak Bygningslovutvalgets forslag.<sup>43</sup>

Selv om de forskjellige utvalgene har behandlet dispensasjonsbestemmelsen uavhengig av hverandre, har de i stor grad bygget på de utredninger som er foretatt tidligere i prosessen. Alle de foreliggende utredningene kan dermed anses som relevante forarbeider for dagens dispensasjonsbestemmelse. Der avhandlingen behandler et forslag som ikke ble videreført, vil det selvsagt bli kommentert.

## 2.3 Bruk av uttalelser fra Sivilombudsmannen

### 2.3.1 Sivilombudsmannens uttalelser som rettskilde generelt

Sivilombudsmannen skal på grunnlag av klage, eller på eget initiativ, påpeke feil og forsømmelser fra det offentlige som rammer enkeltpersoner, jf. Grl § 75 bokstav 1 og sivilombudsmannsloven § 3. Uttalelsene er ikke bindende for forvaltningen, jf. sivilombudsmannsloven § 10 (1), som sier at ombudsmannen kun har rett til å «uttale sin mening». I praksis ser man likevel at forvaltningen stort sett retter seg etter ombudsmannens syn.

I norsk rett er det få rettskildeprinsipper som fremgår av lovgivningen. Dette gjelder også for betydningen av sivilombudsmannsuttalelser. De fleste retningslinjer om hvilke kilder som er

---

<sup>40</sup> NOU 2001: 7 s. 218–222.

<sup>41</sup> NOU 2003: 14 s. 73–74.

<sup>42</sup> NOU 2005: 12 s. 276–277. Kapittel 1.3 og 5.2.

<sup>43</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 138–140.



relevante og hvilken vekt de skal ha, er vokst frem i rettspraksis.<sup>44</sup> Høyesterett er den fremste fortolker av rettsspørsmål og virker styrende for andre jurister. Det er derfor relevant å undersøke i hvilken grad Høyesterett legger vekt på ombudsmannens uttalelser.

Det finnes en rekke høyesterettsavgjørelser som viser til uttalelser fra Sivilombudsmannen. Det er imidlertid ikke mange av disse som sier noe eksplisitt om hvilken vekt uttalelsene skal tillegges. Ofte benyttes det kun som et tilleggsargument at ombudsmannen har kommet til det samme tolkningsresultat som Høyesterett. Rt. 2015 s. 1142 er et eksempel på dette. Saken gjaldt blant annet lovligheten av at en siktet ble sittende i politiarrest i mer enn to døgn før han ble overført til varetekt. Etter å ha lagt til grunn at adgangen til dette er snever basert på de foreliggende rettskildene, viste retten til at «dette er også fremholdt» i en uttalelse fra Sivilombudsmannen.<sup>45</sup> Tilsvarende formuleringer er benyttet i en rekke høyesterettsdommer, blant annet Rt. 2015 s. 795 avsnitt 30, Rt. 2010 s. 740 avsnitt 39 og Rt. 2006 s. 1435 avsnitt 21. Når Høyesterett nøyer seg med slike henvisninger er det vanskelig å tolke hvilken vekt de egentlig har lagt på ombudsmannens synspunkter. I noen av avgjørelsene kan det til og med stilles spørsmål ved om uttalelsene overhode er tillagt noen selvstendig vekt som rettskilde, eller om retten kun informerer om ombudsmannens synspunkt uten å støtte seg på det. Dette sistnevnte omtaler Boe som å bruke henvisningen til Sivilombudsmannen som opplysningsfaktor.<sup>46</sup>

Vekten av en ombudsmannsuttalelse vil alltid variere basert på hva som foreligger av andre rettskilder. Det finnes likevel noen høyesterettsavgjørelser som tar standpunkt til vekten av sivilombudsmannsuttalelser generelt. Rt. 2002 s. 683 gjaldt spørsmålet om allerede gitte byggetillatelser kunne stå seg mot etterfølgende midlertidige bygge- og deleforbud etter pbl. (1985) § 33. Spørsmålet var drøftet av Sivilombudsmannen, hvis konklusjon senere ble støttet av både Justisdepartementets lovavdeling og Miljøverndepartementet. Retten anså det på side 692 som et «tungtveiende argument» at praksis hadde fulgt Sivilombudsmannens oppfatning på bakgrunn av departementenes tilslutning.

I samme retning går HR-2016-2229-A. Saken gjaldt et spørsmål om midlertidig ansettelse etter opplæringslova § 10-6, jf. § 10-1. I avsnitt 49 kom retten med generelle uttalelser om vekten av sivilombudsmannsuttalelser. Retten la til grunn at vekten av uttalelsene vil variere. Førstvoterende uttalte at dersom det har

---

<sup>44</sup> Eckhoff (2001) s. 20–21.

<sup>45</sup> Rt. 2015 s. 1142 avsnitt 46.

<sup>46</sup> Boe (2014) s. 297.

«utviklet seg en forvaltningspraksis på bakgrunn av ombudsmannens standpunkt eller standpunktet har fått tilslutning fra lovgiveren, som for eksempel i Rt-2002-683 på side 692-693, vil Sivilombudsmannens uttalelser kunne ha betydelig vekt. For øvrig vil Sivilombudsmannens uttalelser ha vekt på bakgrunn av verdien i de argumenter som presenteres. Vekten må også ses i sammenheng med det øvrige rettskildebildet.»

Sivilombudsmannens uttalelser kan etter dette tillegges opp mot «betydelig vekt» hvor de har dannet grunnlag for en fast praksis hos forvaltningen. Her får rettskildene økt vekt ved at de ses i sammenheng. I de tilfeller hvor en slik praksis ikke har dannet seg, synes retten å mene at ombudsmannens synspunkter først og fremst kan tillegges vekt med grunnlag i sin argumentasjonsverdi. Det finnes flere eksempler fra høyesterettspraksis hvor Sivilombudsmannens synspunkt blir vektlagt fordi retten finner argumentasjonen overbevisende. For eksempel Rt. 2011 s. 304, hvor Sivilombudsmannen hadde uttalt seg om hvilket skjønn bestemmelsen i odelsloven § 27 a andre ledd ga anvisning på. Etter å ha referert ombudsmannens synspunkt skriver førstvoterende i avsnitt 59 at denne «beskrivelse finner jeg treffende», og stiller seg bak ombudsmannens vurderinger. Omvendt i Rt. 2011 s. 1433. Saken gjaldt spørsmålet om et pålegg fra NAV til en lege om å utlevere en pasientjournal var et enkeltvedtak som kunne påklages. Sivilombudsmannen ble bedt om å uttale seg om saken, og kom frem til at avgjørelsen var et enkeltvedtak. Da saken senere kom opp for domstolene fant Høyesterett på sin side at det dreide seg om en prosessledende avgjørelse. Høyesterett viser ikke til Sivilombudsmannens vurderinger overhode. Dette tyder på at retten ikke fant ombudsmannens argumentasjon særlig overbevisende, og at det dermed ikke var grunn til å vektlegge uttalelsen.

Videre fremgår det av HR-2016-2229-A at vekten må «ses i sammenheng med det øvrige rettskildebildet.» Dette kan tolkes slik at ombudsmannens uttalelser kan tillegges vekt ut over sin argumentasjonsverdi i spørsmål hvor det er få andre rettskilder å vise til. Dommen går imidlertid ikke nærmere inn på hvilken vekt ombudsmannens standpunkter kan tillegges i en situasjon som dette. Det finnes heller ikke andre avgjørelser fra Høyesterett hvor det går klart frem at ombudsmannens uttalelser tillegges ytterligere vekt på grunn av mangel på andre rettskilder. Det vil likevel være klart at jo færre andre rettskilder som finnes, desto større vekt er det naturlig å legge på de som foreligger. Ombudsmannens uttalelser kan slik bli brukt som tungen på vektskålen dersom rettskildebildet for øvrig ikke gir et entydig svar.

Uttalelsene fra Høyesterett gir inntrykk av at ombudsmannens standpunkter generelt skal tillegges begrenset vekt. Høyesterett vil uansett aldri være bundet til å følge ombudsmannens synspunkter. Dette synes også å være den almene oppfatningen i den juridiske teorien. Fleischer fremsto lenge som den største skeptikeren av bruk av sivilombudsmannsuttalelser i

juridisk argumentasjon.<sup>47</sup> Han hevdet at disse ikke kan omtales som rettskilder overhode.<sup>48</sup> Fleischers hovedpoeng var at Sivilombudsmannen er en institusjon som kun skal hindre at forvaltningen øver urett med borgerne. Det er ikke deres oppgave å avgjøre juridiske tvilstilfeller. Han mente derfor ombudsmannen ikke er «gitt myndighet til å forandre rettstilstanden her i landet.»<sup>49</sup>

Også i nyere tid virker de fleste teoretikere tilbakeholdende med å tillegge ombudsmannens uttalelser særlig vekt. Skoghøy mener nyere høyesterettspraksis gir uttrykk for at Sivilombudsmannen «ikke har kompetanse til med bindende virkning å bestemme hva som er gjeldende rett».<sup>50</sup> Han omtaler derfor ombudsmannsuttalelser som en rettskilde som i seg selv ikke har noen rettsnormerende kraft. Eckhoff og Smith gir ombudsmannens uttalelser relevans, men sier at de ikke er rettslig bindende.<sup>51</sup> Kun den forventning til at de skal bli fulgt som ligger i systemet er ikke nok til å gi dem stor rettskildemessig vekt. Videre peker forfatterne på at det ikke er mulig å påklage ombudsmannens uttalelser, hvilket også taler for å gi dem begrenset vekt. I samme retning går Boe, som tillegger uttalelsene relevans, men mener vekten ikke kan være stor.<sup>52</sup>

### 2.3.2 Sivilombudsmannens uttalelser som rettskilde i dispensasjonssaker

Når man vurderer hvilken betydning Sivilombudsmannens uttalelser har som rettskilder i dispensasjonssaker bør man trekke et skille mellom forvaltningens og domstolenes perspektiv.<sup>53</sup> For domstolene kan Sivilombudsmannens uttalelser tillegges opp mot betydelig vekt der det har dannet seg en fast forvaltningspraksis på bakgrunn av dem. Det er nok rimelig å anta dette er tilfelle for flere av ombudsmannens uttalelser i dispensasjonssaker. KMD har sjelden gitt instruksjoner om at ombudsmannens synspunkter skal ses bort fra. Videre går ombudsmannens

---

<sup>47</sup> Se Fliflet (2002) s. 188–189 for en gjennomgang av de ulike teoretikernes syn på sivilombudsmannsuttalelser som rettskildefaktor.

<sup>48</sup> Fleischer (1998) s. 295–311.

<sup>49</sup> Fleischer (1998) s. 295.

<sup>50</sup> Skoghøy (2018) s. 234.

<sup>51</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 40–41.

<sup>52</sup> Boe (2014) s. 295–297. Boe fremhever imidlertid at ombudsmannens uttalelser spiller en større rolle som rettskilde for forvaltningens rettsanvendelse.

<sup>53</sup> Dette standpunktet har grunnlag i en tanke om rettslig polycentri, altså at rettskildeprinsippene kan forholde seg forskjellige ut i fra hvilken posisjon rettsanvender har. Det har vært en omfattende debatt rundt dette i den juridiske litteraturen. Det ville være for omfattende å ta denne debatten her, og jeg nøyer meg med å legge til grunn en polycentrisk innfallsvinkel uten videre drøftelser av tema. For mer om debatten rundt rettslig polycentri se bla. Zahle (1986) s. 752–756, Boe (2014) s. 27–38 og Skoghøy (2018) s. 20–21.

uttalelser ofte langt i å være av generell karakter, og har slik et bredt nedslagsfelt.<sup>54</sup> Flere av disse uttalelsene er nå mange år gamle, og det kan antas at de har blitt fulgt av forvaltningen i et betydelig antall saker. Til tross for disse betraktningene kreves det en empirisk analyse for å få rede på om noen av ombudsmannens uttalelser *faktisk* har dannet grunnlag for forvaltningspraksis. En slik undersøkelse er det ikke rom for innenfor denne avhandlingens rammer. Dermed er det i det følgende ikke belegg for å si at ombudsmannens uttalelser har fått støtte i forvaltningspraksis. Situasjonen kan stille seg annerledes hvor departementet aktivt har uttalt at de stiller seg bak ombudsmannens standpunkter. Dette var tilfelle i Rt. 2002 s. 683, hvor Høyesterett på side 692 uttalte at «på bakgrunn av de berørte departementers tilslutning til Sivilombudsmannens syn, må det kunne legges til grunn at praksis har fulgt denne rettsoppfatningen.»

Etter gjennomgangen i punkt 2.3.1 kan ikke en ombudsmannsuttalelse anses som en særlig tungtveiende rettskilde for domstolene dersom det ikke har dannet seg en fast forvaltningspraksis på bakgrunn av den. Det kan likevel tenkes de vil få noe større betydning i dispensasjonssaker enn ellers. Sivilombudsmannen har opparbeidet seg en spesiell fagkyndighet på feltet som få andre utenfor forvaltningen selv besitter. På grunn av dette kan det generelt være grunn til å tillegge uttalelsene økt argumentasjonsverdi. Videre må vekten av en ombudsmannsuttalelse «ses i sammenheng med det øvrige rettskildebildet», jf. HR-2016-2229-A avsnitt 49. Dette betyr at om et spørsmål er usikkert eller ikke berørt i de øvrige rettskildene, slik tilfellet er for flere spørsmål knyttet til pbl. § 19-2, bør Sivilombudsmannens synspunkter tillegges en viss vekt. Dette gjelder særlig dersom det foreligger flere uttalelser som går i samme retning. Siden det er en mangel på rettspraksis om dispensasjonsbestemmelsen, kan behovet for rettsavklaring tilsi at ombudsmannens uttalelser virker toneangivende på området, uten at de trenger å bli tillagt avgjørende vekt.<sup>55</sup>

For forvaltningens rettsanvendere får ombudsmannens uttalelser større vekt. Selv om forvaltningen i utgangspunktet ikke plikter å rette seg etter ombudsmannens syn, kan den heller ikke ignorere hans standpunkter i et stort omfang. I praksis etterkommes stort sett ombudsmannens anbefalinger, og det finnes kun noen få unntak hvor forvaltningen bevist har sett bort fra dem.<sup>56</sup> Som Boe påpeker ville det vært illojalt ovenfor lovgiver om dette hadde blitt gjort i et

---

54 Se for eksempel Somb-2011-1023 hvor ombudsmannen gir generelle uttalelser om hvilke fordeler som kan vektlegges i vurderingen etter pbl § 19-2 (2) annet punktum.

55 Boe (2014) s. 296 viser til synspunktene i avsnittet som argument for å tillegge ombudsmannens uttalelser vekt generelt.

56 Forvaltningen har valgt å ikke følge ombudsmannen i kun 25 saker siden 2004. Sist Somb-2014-2809, om eldre reguleringsplaners forhold til byggeforbudet i strandsonen i pbl. § 1-8. Saken endte med at kommunaldepartementet i en tolkningsuttalelse av 8. mars 2017 rettet seg etter Sivilombudsmannens syn etter at Stor-

stort omfang, sett i lys av at Sivilombudsmannens rolle nettopp er å føre kontroll med forvaltningens virksomhet på vegne av Stortinget.<sup>57</sup> Dette innebærer at ombudsmannens uttalelser er en rettskilde med betydelig vekt fra forvaltningens perspektiv. Det skal for dem forholdsvis mye til å fravike ombudsmannens standpunkter.

I denne avhandlingen vil fokuset i stor grad være rettet mot forvaltningens, og da særlig kommunenes og fylkesmennenes, virksomhet. Likevel vil jeg i det følgende innta et domstolsperspektiv med tanke på vekten av ombudsmannens uttalelser. Dette fordi avhandlingen søker å belyse hva som er gjeldende rett på området. I dette perspektivet er den normale innfallsvinkelen i juridisk litteratur hva Høyesterett, som landets fremste rettsfortolker, ville sluttet ut i fra det foreliggende rettskildebildet. Også forvaltningens rettsanvendere vil måtte innrette seg etter Høyesteretts løsning av et rettsspørsmål. All den tid Høyesterett kan endre eller presisere rettsstilstanden er det mindre interessant å undersøke hvordan forvaltningen må forholde seg til de foreliggende rettskildene per i dag. Dette innebærer at jeg i det følgende ikke i noen tilfeller har latt ombudsmannens synspunkter være avgjørende for min argumentasjon, men heller brukt dem som støtteargumenter. Ombudsmannens uttalelser er videre brukt som eksempler for å belyse sentrale problemstillinger og poenger.

---

tingets kommunalkomiteé stilte seg bak ombudsmannens tolkning i Innst. 181 L (2016–2017). For mer om saken se Holth og Winge (2015) s. 255–260 og Fosmark (2017) § 1-8.

<sup>57</sup> Boe (2014) s. 296.

### **3 Om det kommunale selvstyre**

#### **3.1 Innledning**

I plan- og bygningsloven er utnyttelsen av kommunens arealer først og fremst et lokalt anliggende. Det fremgår allerede av forarbeidenes innledningen at «planleggingen skal skje mest mulig desentralt og nærmest mulig de som berøres av beslutningene.»<sup>58</sup> Dette er ikke nytt i plan- og bygningsloven av 2008. Myndigheten til å avgjøre hvilke formål kommunenes arealer skal brukes til har lenge blitt regnet for å ligge i kjernen av det kommunale selvstyret.<sup>59</sup>

Men hva innebærer det egentlig at noe ligger innenfor «det kommunale selvstyre»? For å klarlegge hvilken betydning det kommunale selvstyre har i dispensasjonsvurderinger, er det først nødvendig å redegjøre for det rettslige innholdet av begrepet og hvilken funksjon det har i norsk rett. I dette kapitlet skal jeg se nærmere på det kommunale selvstyrets betydning, både når kommunen fatter sine avgjørelser og når statlige myndigheter fungerer som overprøvingsinstans.

I kapittel 3.2 vil det bli redegjort for innholdet av det kommunalt selvstyre i norsk rett generelt, mens kapittel 3.3 vil behandle det kommunale selvstyre i statlig klagesaksbehandling. I kapittel 3.4 vil jeg se nærmere på lovgivers intensjoner om rommet for kommunalt selvstyre i pbl. § 19-2.

#### **3.2 Generelt om innholdet av det kommunale selvstyre**

##### **3.2.1 Begrepet «kommunalt selvstyre»**

Kjernen i det kommunale selvstyre er at kommunene har kompetanse til å fatte avgjørelser og iverksette tiltak som angår dem selv, og i en viss utstrekning er fri fra statlig kontroll og instruks. Kort sagt at kommunene har adgang til å styre seg selv innenfor nasjonalstatens rammer.<sup>60</sup> Det er flere forhold som kan begrunne et slikt system. Hensynet til lokaldemokrati, autonomi og effektivitet blir ofte trukket frem i denne forbindelse.<sup>61</sup> Kommunalt selvstyre sørger for at politiske avgjørelser tas så nær innbyggerne som mulig. Demokratiets legitimitet blir styrket ved at det oppleves på nært hold og ved at borgerne får ta mer aktivt del i beslut-

---

<sup>58</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 34

<sup>59</sup> Bernt, Overå og Hove (2002) s. 47: «Både historisk og praktisk oppfattes rådigheten over den fysiske utbyggingen og utformingen av nærmiljøet som en grunnleggende del av det kommunale selvstyret.»

<sup>60</sup> Stokstad (2012a) s. 2, Engelsrud, Jahren Sletnes (2014) s.418.

<sup>61</sup> Stokstad (2012a) s. 35–40 for en nærmere gjennomgang av idégrunnlaget for det kommunale selvstyret.

ninger som angår lokale forhold. Videre skaper kommunene en mulighet til å fremme særinteresser og tilrettelegge for naturlige, lokale fellesskap på en måte som nasjonale politiske prosesser ikke er egnet til å gjøre.

Utrykket «kommunalt selvstyre» er ikke gitt noen eksplisitt definisjon i norsk rett. Frem til vedtakelsen av kommuneloven av 2018 forekom det kun to steder i lovverket, i fvl. § 34 (2) tredje punktum og pasient- og brukerrettighetsloven § 7-6 (1).<sup>62</sup> Begge bestemmelsene er begrenset til statlig klagebehandling av kommunale vedtak, og ingen av dem har noen nærmere beskrivelse av begrepets rettslige funksjoner. Snarere tvert imot er fvl. § 34 ment å være en standardregel uten ett bestemt innhold, som kan tilpasses hvert enkelt saksområde.<sup>63</sup> Dette kan gi inntrykk av at det kommunale selvstyre har en svak forankring i norsk rettstradisjon, noe som ikke er tilfelle.<sup>64</sup> Allerede i formannskapslovene av 1837 var det lagt til grunn at kommunens innbyggere hadde kontrollerende myndighet i kommunale saker. Siden den gang har det kommunale selvstyre vært mer eller mindre til stedet i kommunelovene på 1900-tallet frem til kommuneloven av 1992, som eksplisitt fremhevet betydningen av å legge kompetanse til lokale organer.<sup>65</sup> I den nye kommuneloven av 2018 har det kommunale selvstyre fått en fremtredende plass.<sup>66</sup>

I 2016 fikk det kommunale selvstyre en grunnlovsforankring i Grl. § 49 (2):

«Innbyggerne har rett til å styre lokale anliggender gjennom lokale folkevalgte organer. Nærmere bestemmelser om det lokale folkevalgte nivå fastsettes ved lov.»

Bestemmelsen gir imidlertid neppe noen rettslig håndhevbar rettigheter av betydning. I følge forarbeidene begrenser den ikke statens mulighet til å bestemme hvilke oppgaver kommunene skal gjøre og hvordan deres virksomhet skal kontrolleres og overprøves.<sup>67</sup> Flertallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité uttalte at bestemmelsen har «karakter av en prinsipp-erklæring.»<sup>68</sup> Grl. § 49 (2) gjør derfor ikke et forsøk på å gi uttrykket kommunalt selvstyre et klarere rettslig innhold. Likevel kan det tenkes at grunnlovsfestingen vil sette en sperre for lovgivning som fullstendig undergraver lokale beslutningsorganers autonomi. Noe annet ville

---

<sup>62</sup> Prop. 46 L (2017–2018) s. 24.

<sup>63</sup> Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 41. Kapittel 3.3.2.

<sup>64</sup> Se Bernt, Overå og Hove (2002) s. 33–44 for en historisk gjennomgang av kommunenes stilling i norsk politikk og forvaltning.

<sup>65</sup> Bla. Ot.prp. nr. 42 (1991–1992).

<sup>66</sup> Kapittel 3.2.3.

<sup>67</sup> Innst. 182 S (2015–2016) s. 5.

<sup>68</sup> Innst. 182 S (2015–2016) s. 7.

innbære at bestemmelsen er helt innholdsløs. Terskelen for noe slikt må i tilfelle settes meget høyt.<sup>69</sup>

I juridisk teori er begrepet kommunalt selvstyre ofte overfladisk behandlet. Hverken Bernt, Overå og Hove eller Eckhoff og Smith foretar noen dyptgående analyse av begrepets rettslige innhold i sine lærebøker i kommunal- og forvaltningsrett.<sup>70</sup> Sigrid Stokstad er nok den som har gått lengst i å kartlegge det kommunale selvstyrets betydning i norsk rett, men heller ikke hun forsøker å definere begrepet. I sin doktoravhandling fra 2012 analyserer hun det kommunale selvstyre med fokus på kommunenes myndighetsområde. Stokstad beskriver innholdet av begrepet ved å redegjøre for kommunenes heteronome kompetanse, og hvilke begrensninger statsforvaltningen og Stortinget legger på denne.<sup>71</sup> Det kommunale selvstyre rommer altså svært mange ulikeartede forhold. Det er derfor vanskelig å gi en kortfattet definisjon av begrepet som blir anvendbar i juridisk argumentasjon.

### 3.2.2 Det europeiske charteret om lokalt selvstyre

Den viktigste internasjonale konvensjonen om kommunalt selvstyre er Det europeiske charteret om lokalt selvstyre fra 1985 (Charteret).<sup>72</sup> Charteret forplikter Norge til en viss ivaretagelse av lokalt selvstyre, men har ikke vært særlig fremtredende i norsk lovgivning eller rettspraksis. Mye av grunnen til dette er at da Charteret ble ratifisert ble det regnet for å være i samsvar med norsk rett og at ingen særskilt gjennomføring var nødvendig (*passiv transformasjon*).<sup>73</sup> Charteret har likevel betydning som tolkningsmoment, da norsk rett presumeres å være i samsvar med våre internasjonale forpliktelser.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> I innstillingen fremgår det eksplisitt at bestemmelsen ikke er bygd på en forutsetning om at det finnes «et definert og avgrenset, autonomt kommunalt, inngrepsfritt kjerneområde.», jf. Innst. 182 S (2015–2016) s. 6.

<sup>70</sup> Se Bernt, Overå og Hove (2002) s. 45–51, Eckhoff og Smith (2018) s. 102–103. En grundigere behandling kan finnes i Engelsrud, Jahren og Sletnes (2014) s. 418–449.

<sup>71</sup> Stokstad deler kommunenes handlingskompetanse inn i tre hovedkomponenter: frihet til å iverksette initiativer, frihet til å bevilge midler og frihet til å inngå avtaler. Disse er av mindre betydning for avhandlingens formål og vil ikke bli behandlet videre her, se Stokstad (2012a) s. 169–190.

<sup>72</sup> The European Charter of Local Self-Government. Charteret ble ratifisert av Norge i 1989. Det finnes også enkelte andre internasjonale konvensjoner som berører det lokale selvstyre, men disse er av mindre betydning, se Stokstad (2012a) s. 26–33.

<sup>73</sup> St.prp. nr. 19 (1988–89) s. 10. Det er grunn til å stille seg kritisk til om dette faktisk var tilfelle på ratifiserings-tidspunktet, særlig hva gjelder krav til lovfesting av det kommunale selvstyre og kommunal søksmålsadgang, se Stokstad (2012a) s. 110–120 og 227. Etter at det kommunale selvstyre kom inn i Grunnloven og kommunene fikk søksmålsadgang i tvister mot staten i tvl. § 1-4a har norsk rett kommet mer i samsvar med Charteret.

<sup>74</sup> Se bla. Rt. 2000 s. 1811 på side 1826.



Charteret regulerer hovedsakelig forholdet mellom parlamentet, statsforvaltningen og de lokale myndigheter. Formålet med de fleste bestemmelsene er å sikre en viss kontroll med at lokale beslutninger blir respektert av statlige myndigheter. Blant annet krever Charteret at prinsippet om lokalt selvstyre skal lovfestes i art 2, at administrativ kontroll med lokale myndigheter skal ha hjemmel i lov i art. 8 nr. 1 og at lokale myndigheter skal ha tilgang til judisiell overprøving for å sikre fri utøvelse av sin myndighet i art. 11.

Charteret setter imidlertid ikke klare rammer for hva som omfattes av det kommunale selvstyre. I art. 3 nr. 1. er begrepet Local self-Government, eller lokalt selvstyre, gitt en definisjon:

“Local self-government denotes the right and the ability of local authorities, within the limits of the law, to regulate and manage a substantial share of public affairs under their own responsibility and in the interests of the local population.”

Bestemmelsen forutsetter at lokale myndigheter må ha et visst omfang av oppgaver de kan regulere og administrere selv.<sup>75</sup> Definisjonen er likevel meget vid, og gir statene mye rom for skjønn. Grunnen til dette er at Charteret skal omfatte en rekke forskjellige former for lokal myndighetsutøvelse i ulike land.<sup>76</sup> Formålet med Charteret er å sikre lokale beslutningsorganers autonomi, ikke å klargjøre et entydig innhold av begrepet lokalt selvstyre. Noen utdypende retningslinjer er likevel gitt i art 4. Der fremgår det blant annet at offentlig myndighetsutøvelse i alminnelighet skal utøves av det organ som står den enkelte borger nærmest, jf. art. 4 nr. 3. Videre skal kompetanse som er lagt til lokale myndigheter i utgangspunktet ikke deles med, eller beskjæres, av andre myndigheter, jf. art. 4 nr. 4. Og den kompetansen som sentrale myndigheter delegerer til lokale myndigheter skal gi en skjønnsadgang for å tilpasse utøvelsen lokale forhold, jf. art. 4 nr. 5. I likhet med art. 3 nr. 1 er disse prinsippene nokså løst formulert. Det brukes flere forbehold og skjønnsmessige ord og uttrykk, som «generally», «normally» og «insofar as possible». Dette gjør retningslinjene uklare, og det vil som regel være vanskelig å fastslå at noen av dem er overtrådt. Art. 4 gir med dette statene en vid skjønnsmargin. All den tid retningslinjene ikke har fått noen fremtredende plass i norsk praksis har derfor ikke det nærmere innholdet av dem blitt utdypet i særlig grad.

---

<sup>75</sup> Engelsrud, Jähren og Sletnes (2014) s. 422.

<sup>76</sup> Se Himsworth (2015) s. 37: Bestemmelsen er “In line with the Charter’s wish to accommodate a wide range of possible forms of local authorities across Europe, however, not very much is specified about their basic characteristics, and what is said is expressed in very broad terms.”

### 3.2.3 Kommunalt selvstyre i kommuneloven av 2018

Noen forsøk på å konkretisere det kommunale selvstyre er gjort i kommuneloven av 2018.<sup>77</sup> Begrepet har her blitt lovfestet og styrket. Dette kommer til uttrykk allerede i lovens formålsbestemmelse, kl. § 1-1 (1):

«Formålet med loven er å fremme det kommunale og fylkeskommunale selvstyret og legge nødvendige rammer for det. Loven skal legge til rette for et sterkt og representativt lokaldemokrati med aktiv innbyggerdeltakelse.»

I følge lovens forarbeider er det kommunale selvstyret negativt avgrenset. Dette innebærer at kommunene står fritt til å iverksette tiltak og treffe beslutninger, så lenge denne kompetansebruken ikke er eksplisitt forbudt eller utelukkende lagt til andre organer.<sup>78</sup> Unntak fra dette utgangspunktet krever hjemmel i lov, jf. kl. § 2-1 (3). Loven bygger det kommunale selvstyret på tre nærmere angitte prinsipper om forholdet til nasjonale myndigheter: forholdsmessighetsprinsippet, nærhetsprinsippet og finansieringsprinsippet.

Forholdsmessighetsprinsippet innebærer at det kommunale selvstyret ikke bør begrenses mer enn det som er nødvendig for å ivareta nasjonale mål, jf. kl. § 2-2 (1). Dette viser til en interesseavveining hvor behovet for nasjonal styring skal veies opp mot kommunenes selvbestemmelsesrett. Det må også vurderes hvorvidt lempeligere midler kan være egnet til å ivareta samme mål for det aktuelle vedtaket.<sup>79</sup> Nærhetsprinsippet sier at offentlige oppgaver fortrinnsvis bør legges til organer som er så nær innbyggerne som mulig, jf. kl. § 2-2 (2). Det kreves en nærmere begrunnelse for å fravike dette. Til slutt innebærer finansieringsprinsippet at innenfor rammene av nasjonal økonomisk politikk, bør kommuner ha frie inntekter som gir politisk handlerom, jf. kl. § 2-2 (3).

Prinsippene er ikke rettslig håndhevbare krav, men heller ment som retningslinjer for regulering og styring av den kommunale sektoren.<sup>80</sup> Først og fremst er de nok tiltenkt som retningslinjer ved utarbeidelse og endring av lovverk og forskrifter.<sup>81</sup> Foreløpig er det usikkert hvilken betydning de vil bli tillagt i praksis, da prinsippene er forholdsvis overfladisk beskrevet. Det

---

<sup>77</sup> Loven ble kunngjort 22. juni 2018, men har ennå ikke trådt i kraft.

<sup>78</sup> Prop. 46 L (2017–2018) s. 24

<sup>79</sup> Setningen er hentet fra departementets gjennomgang av rettstilstanden før vedtakelsen av den nye kommuneloven, jf. Prop. 46 L (2017–2018) s. 26. Loven skal imidlertid «ikke innebære noen stor praktisk endring» av prinsippenes rettslige innhold, jf. s. 33.

<sup>80</sup> Prop. 46 L (2017–2018) s. 34–35.

<sup>81</sup> Retningslinjene er hovedsakelig omtalt i dette perspektivet i forarbeidene, jf. Prop. 46 L (2017–2018) s. 32–35.

er for eksempel ikke nærmere angitt hvor grensene for forholdsmessighetsprinsippet går, og det er uklart hva som skal til før man sier det er «nødvendig» å begrense det kommunale selvstyret. Hvilken status og betydning disse prinsippene vil bli tillagt, særlig i enkeltvedtak, er på dette tidspunktet usikkert. Her må man nøye seg med å avvente avklaringer i rettspraksis.

### 3.2.4 Oppsummering

For å oppsummere kan man si at begrepet «kommunalt selvstyre» er en samlebetegnelse for den kommunale beslutningsmyndigheten. Det er vanskelig å tillegge begrepet et bestemt rettslig innhold da det dekker over mange, nokså ulikeartede, forhold. De stedene i lovverket som omtaler det kommunale selvstyre generelt benytter derfor vide formuleringer og udefinerte vurderingstemaer. Både fvl. § 34 og prinsippene i kommunelovens kapittel 2 er eksempler på dette.

For avhandlingens formål er det derfor av mindre interesse å studere det rettslige begrepet kommunalt selvstyre generelt. I den videre fremstillingen vil jeg heller behandle det kommunale selvstyre i det perspektivet som er relevant for dispensasjonsbestemmelsen; der hvor kommunen har fått tildelt kompetansen fra Stortinget gjennom en særlov.<sup>82</sup> I disse tilfellene har Stortinget pålagt kommunene å utføre oppgaver på vegne av statsmakten, og kommunens handlingsrom er begrenset av de rammene loven setter. Plan- og bygningsloven er et eksempel på en slik særlov. Her kan det kommunale selvstyre ivaretas ved at kommunene får en skjønnsadgang, slik at forvaltningen kan tilpasses lokale forhold. At det kommunale selvstyre skal ivaretas også i disse lovene er ikke bare en mulighet, men har de seneste årene vært en forutsetning fra lovgivers side.<sup>83</sup> Et viktig aspekt ved ivaretagelse av det kommunale selvstyret i denne sammenheng er at kommunene ikke bare har frihet til å velge mellom ulike løsninger, men at disse prioriteringene i en viss grad er fri fra overprøving. Det er derfor av interesse å se nærmere på det kommunale selvstyrets betydning i statlig klagebehandling.

---

<sup>82</sup> Lovene utenom kommuneloven som pålegger kommunene ansvar for bestemte oppgaver omtales ofte som særlover, se f. eks. NOU 1990: 13 s. 315. Sentrale lover er her bla. sosial- og helselovene, utdanningslovene og plan- og bygningsloven.

<sup>83</sup> Se bla. Meld. St. 12 (2011–2012) s. 7. Videre sier Det europeiske charteret om lokalt selvstyre at lokale myndigheter bør tillates en skjønnsadgang ved utøvelse av delegert kompetanse fra sentrale myndigheter, jf. art 4 nr. 5.

### 3.3 Det kommunale selvstyret i statlig klagesaksbehandling

#### 3.3.1 Forholdet mellom kommunene og statsforvaltningen

En sentral del av det kommunale selvstyre ligger i at de avgjørelsene som fattes på kommunalt nivå ikke kan bli omgjort av statlige myndigheter. Kommunenes adgang til å styre seg selv er kun reell i den grad de kommunale avgjørelsene blir stående som endelige. Har statlige organer en utstrakt myndighet til å sette disse til side, blir det kommunale selvstyret heller illusorisk. Utgangspunktet er derfor at kommunene ikke er underlagt statlig kontroll eller instruksjon, bortsett fra ved lovbestemte unntak. De er egne autonome politiske organer, kun underordnet Stortinget.<sup>84</sup>

Det er imidlertid gjort en rekke unntak fra dette utgangspunktet, og lovverket legger i realiteten opp til at det skal føres omfattende lovlighetskontroll og tilsyn med kommunenes virksomhet.<sup>85</sup> I visse tilfeller har statsforvaltningen til og med blitt gitt instruksjonsmyndighet over kommunene.<sup>86</sup> Kontrollen med kommunene blir særlig synlig i klagesaksbehandling av enkeltvedtak. Utgangspunktet etter fvl. § 28 (2) første punktum er at kommunale vedtak skal fattes av et organ opprettet i medhold av kommuneloven, og at disse kan påklages til kommunestyret. Etter andre punktum er det gjort unntak fra dette når kommunestyret fatter vedtaket, eller når kompetansen er delegert fra statlige myndigheter. I tillegg kommer de tilfeller hvor klageorganet er statlig etter en særlovsbestemmelse, slik tilfellet er i plan- og bygningsloven, jf. pbl. § 1-9. I særlovene er kommunene pålagt å utføre oppgaver på vegne av lovgiver. For å føre kontroll med at den nasjonale politikken blir gjennomført har klageorganet stort sett blitt lagt til statsforvaltningen i disse tilfellene. Et betydelig antall kommunale vedtak fattes etter disse særlovene, og det kan diskuteres om ikke ordningen med statlig klagesaksbehandling er den praktiske hovedregelen i dagens kommunalforvaltning.<sup>87</sup>

Klageinstansens generelle overprøvingskompetanse er regulert i fvl. § 34. Utgangspunktet etter andre ledd første punktum er at klageinstansen kan prøve alle sider av saken, herunder underinstansens skjønnsutøvelse. Når statlige organer overprøver vedtak fattet på kommunalt

---

<sup>84</sup> Bernt og Rasmussen (2010) s. 36. Dette innebærer at statsforvaltningen ikke har noen generell instruksjonsmyndighet over kommunene, også i vedtak fattet etter særlovene hvor statlige instanser er overprøvingsmyndigheten, se Stokstad (2012b) s. 71–72.

<sup>85</sup> Se bla. kl. (2018) § 27-1 (2) som gir departementet en viss adgang til å føre lovlighetskontroll med kommunenes vedtak på eget initiativ og kapittel 30 om statlig tilsyn. Hva gjelder plan og bygningsrettens område kan det diskuteres hvor effektiv denne kontrollen er, se Holth og Winge (2018) s. 8–13, som argumenterer for at kontrollen på området er svak.

<sup>86</sup> Se Stokstad (2012a) s. 82–87.

<sup>87</sup> Stokstad og Seggaard (2013) s. 14.

nivå innebærer denne overprøvingskompetansen et betydelig inngrep i kommunenes autonomi, da statlige overprøvingsorganer får anledning til å sette kommunale prioriteringer til side. Det kommunale selvstyret ble lenge viet mindre oppmerksomhet i særlovene.<sup>88</sup> De senere årene har imidlertid hensynet fått større plass også på dette området. Særlig medfører fvL § 34 (2) tredje punktum at statsforvaltningens adgang til å prøve vedtak truffet etter særlovgivingen er mer begrenset.

### 3.3.2 Forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum

Forvaltningsloven § 34 (2) tredje punktum lyder:

«Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.»

En plikt til å vektlegge det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn ble først innført ved lovendring 10. januar 1997. Bestemmelsen ble endret i 2017 slik at det nå skal legges *stor* vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av kommunenes frie skjønn. Endringen er først og fremst en terskelheving.<sup>89</sup>

Forvaltningsloven § 34 (2) tredje punktum bærer preg av å være en kompromissløsning hvor til dels motstridende hensyn blir forsøkt ivaretatt. Da bestemmelsen ble innført mente en rekke aktører at klagernes rettssikkerhet ville bli skadelidende dersom staten mistet muligheten til å føre en like effektiv kontroll med kommunale vedtak. Det kommunale selvstyrets plass i statlig klagebehandling var gjenstand for stor diskusjon, og det innholdet bestemmelsen endte opp med å få var ikke Arbeids- og kommunaldepartementets opprinnelige forslag.<sup>90</sup> På grunn av dette gikk spørsmålet om plikt til å ta hensyn til det kommunale selvstyret i overprøving av det frie skjønn aldri på høring. Dette førte også til at departementets redegjørelser for bestemmelsen ble forholdsvis overfladiske. Selv om lovendringen la til grunn at statlige myndigheter hadde plikt til å hensyn til lokale vurderinger, forble mye av det nærmere innholdet av denne plikten uavklart. Departementet nøyde seg med å si at «det i praksis allerede utvises

---

<sup>88</sup> Ved vedtakelsen av kommuneloven av 1992 anså ikke Kommunelovutvalget det kommunale selvstyret som et sentralt hensyn i særlovene. De mente lovene først og fremst bygger på rettssikkerhetshensyn, likhetshensyn og nasjonale målsetninger for tjenesteproduksjon mv, jf. NOU 1990: 13 s. 115–116.

<sup>89</sup> Prop. 64 L (2016–2017) s. 41.

<sup>90</sup> Departementet foreslo at de statlige klageinstanser ikke lenger skulle ha plikt til å vurdere den frie skjønnsutøvelsen i kommuner og fylkeskommuner, men at retten til dette skulle stå ved lag. Dette forslaget møtte betydelig motstand i høringsrunden, se Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 39–40.

tilbakeholdenhet med å overprøve kommuneforvaltningens frie skjønnsutøvelse», og at bestemmelsen ikke ville føre til store endringer i forhold til gjeldende praksis.<sup>91</sup>

Dette er uheldig, da innholdet av en plikt til å ta hensyn til det kommunale selvstyre var omstridt og uavklart før lovendringen. Sivilombudsmannen hadde hatt til dels motstridende synspunkter på spørsmålet,<sup>92</sup> og Justisdepartementets lovavdeling hadde uttalt at overinstansen kun i begrenset grad hadde adgang til å vektlegge lokale prioriteringer.<sup>93</sup> Det kommunale selvstyrets relevans i klagesaksbehandling hadde på dette tidspunktet behov for en nærmere avklaring. Det er derfor problematisk at temaet ikke ble grundig drøftet da fvl. § 34 (2) tredje punktum ble innført. Heller ikke forarbeidene til endringen i 2017 gjør et alvorlig forsøk på å gi bestemmelsen et nærmere konkretisert rettslig innhold.

Hva innebærer det så at de statlige organer plikter å legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn? Bestemmelsen bygger på til dels motstridende utgangspunkter. Det fremgår av forarbeidene at med tanke på «klagerens rettsikkerhet er regelen ikke ment å innebære noe signal om mindre prøving av det frie skjønn.»<sup>94</sup> Dette kan imidlertid ikke tas på ordet. Allerede i samme avsnitt står det at «dette innebære en viss terskel for klageinstansen i forhold til å endre kommunale eller fylkeskommunale vedtak på grunnlag av overprøving av det frie skjønnet.» Forarbeidene må tolkes slik at klageinstansen har adgang til å sette kommunens vurdering til side, dersom tungtveiende rettsikkerhetshensyn tilsier en fullstendig prøving. Bestemmelsen er altså ment som en standardregel som kan få varierende betydning, alt ettersom i hvilken grad hensynet til det kommunale selvstyret gjør seg gjeldende.<sup>95</sup>

Formålet med fvl. § 34 (2) tredje punktum er å lage et rom for kommunal autonomi i særlovgivningen, ved at statsforvaltningen i en viss utstrekning plikter å respektere avgjørelser tatt på lokalt nivå. Men bestemmelsens ordlyd alene blir fort for svevende og abstrakt til å gi særlig veiledning for prøvingsintensiteten i konkrete saker. Det er klart at kommunenes selvbe-

---

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 40.

<sup>92</sup> Sivilombudsmannen hadde i flere saker, bla. Somb-1986-33 og Somb-1987-24, lagt til grunn at overinstansen har en plikt til å overprøve underinstansens skjønnsutøvelse fullt ut. Sivilombudsmannen uttalte imidlertid i Somb-1990-51: «At fylkesmannen i utgangspunktet har vært noe forsiktig med å overprøve kommunestyrets skjønn, må etter min mening aksepteres som forsvarlig i et tilfelle som dette, slik at fylkesmannen ikke kan sies å ha opptrådt i strid med forvaltningslovens § 34 annet ledd.»

<sup>93</sup> Uttalelsen er upublisert, men gjentatt i Woxholth (2011) s. 556.

<sup>94</sup> Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 41.

<sup>95</sup> Regelen er også etter terskelhevingen i 2017 fremdeles ment som en standardregel som kan tilpasses ulike områder, jf. Prop. 64 L (2016–2017) s. 18. Forskjellen ligger i at hensynene som taler for en intensiv prøving nå må slå inn med en betydelig tyngde for å sette kommunens prioriteringer til side.

stemmelsesrett i disse tilfellene har begrensinger.<sup>96</sup> Den må ligge innenfor rammen av en nasjonal enhetspolitikk, og kan ikke gå på bekostning av visse prioriterte nasjonale hensyn, som for eksempel hensynet til bærekraftig utvikling.<sup>97</sup>

Problemet ligger i å klargjøre vekten av hensynet til det kommunale selvstyret, og de motstående interessene, ofte omtalt som nasjonale hensyn og rettssikkerhet.<sup>98</sup> Dette er sjeldent en lett øvelse. Alle tre begrepene er på mange måter honnørord som mangler klart definerte innhold. Ofte er det ikke enkelt å si når hensynet til det kommunale selvstyret skal vinne frem over nasjonale hensyn, eller en gang hva som inngår i begrepene. Hva som regnes som nasjonale hensyn vil variere med rettsområdet man befinner seg på. De interessene som nasjonale myndigheter ønsker å ivareta på helserettens område vil naturlig variere fra de hensynene de ønsker å prioritere i utdanningssektoren, eller innen plan- og bygningsretten. Slik blir fvl. § 34 (2) tredje punktum fort for generell i utformingen til å gi særlig veiledning i konkrete klagesaker.<sup>99</sup>

Ut over de helt generelle utgangspunkter sier fvl. § 34 (2) tredje punktum i seg selv lite om hvordan det lokale selvstyret skal ivaretas i konkrete dispensasjonsvurderinger etter plan- og bygningsloven. Bestemmelsen blir først anvendbar dersom man kartlegger relevans og vekt av de motstående hensyn, som kan begrunne at lokale prioriteringer blir tilsidesatt på det aktuelle området. Hvilke betydning fvl. § 34 (2) tredje punktum har i dispensasjonssaker er nærmere behandlet i kapittel 6.4.2.

### 3.3.3 Andre begrensninger i statlige overprøvingsorganers beslutningskompetanse ved overprøving av kommunale vedtak

Spørsmålet er så om det finnes andre begrensninger i statlige klageinstansers prøving av kommunale vurderinger. For det første kan det spørres om Grl. § 49 (2) i tvilstilfeller kan benyttes som et moment for å vektlegge kommunale prioriteringer. Som nevnt har grunnlovsbestemmelsen karakter av å være en prinsipperklæring. Bestemmelsens relevans i klagesaksbe-

---

<sup>96</sup> At det kommunale selvstyre ikke gjelder absolutt vises allerede i den nye kommunelovens innledende kapittel: «Kommunene og fylkeskommunene utøver sitt selvstyre innenfor nasjonale rammer.», jf. kl. § 2-1 (3) første punktum.

<sup>97</sup> Hensynet til bærekraftig utvikling er fremhevet i kommuneloven av 1992. Det fremgår av § 1 at kommunene skal føre «en rasjonell og effektiv forvaltning innenfor rammen av det nasjonale felleskap og med sikte på en bærekraftig utvikling.» Tilsvarende fremgår det av formålsparagrafen i kommuneloven av 2018 § 1-1 (2) tredje punktum at loven skal bidra til at kommunene er «bærekraftige».

<sup>98</sup> Slik betegnet i Prop. 64 L (2016–2017) s. 10–11.

<sup>99</sup> Disse vanskelighetene blir synlige ved nærmere undersøkelser av hvordan fvl. § 34 benyttes av forskjellige fylkesmenn. Spørreundersøkelser og gjennomgang av praksis viser at forståelsen av bestemmelsen spriker betydelig fra organ til organ, og saksbehandler til saksbehandler, se Stokstad og Segaaard (2013) s. 88.

handling var også diskutert i Grunnlovens forarbeider, hvor det ble direkte uttalt at den ikke skulle føre til noen begrensninger i statlige klageinstansers prøvingskompetanse.<sup>100</sup> Etter dette virker det klart at grunnlovsbestemmelsen neppe vil få særlig betydning i statlig klagesaksbehandling.

For det andre kan det spørres om prinsippene i kommunelovens kapittel 2 vil få betydning i statens klagesaksbehandling. I lovproposisjonens gjengivelse av lovutvalgets utredning fremgår det:

«Hvorvidt slike prinsipper vil få vekt ved tolkning av lover hvor de alminnelige rettskildes prinsippene ikke gir klare tolkningssvar, er ikke avklart. Utvalget viser til at det i siste instans vil bero på hvordan Høyesterett anvender prinsippene.»<sup>101</sup>

Utvalget la til grunn at prinsippene *kan* få betydning for statlig klagebehandling, men går ikke nærmere inn på spørsmålet. Departementet går heller ikke videre inn i denne vurderingen, og nøyer seg med å stiler seg bak utvalget.<sup>102</sup> Forarbeidene tar med dette bevisst ikke stilling til spørsmålet. Hvilken betydning prinsippene vil få i den statlige overprøvingen fremstår etter dette som uklart. Loven legger til grunn at prinsippene fremdeles kun er å regne som retningslinjer, noe som tilsier at statlige klagemyndigheter ikke plikter å la dem være avgjørende. Dette hindrer likevel ikke at prinsippene i tvilstilfeller kan være relevante momenter. Uttalelsene fra Kommunelovutvalget tyder på dette, men prinsippenes betydning i denne sammenheng er heller uklar. På den ene siden legger forarbeidene til grunn at prinsippene allerede er en del av norsk rett, og at lovfesting ikke innebærer noen endring av den materielle retten. Prinsippene fremgår til dels av Det europeiske charteret om lokalt selvstyre<sup>103</sup> og til dels av en rekke stortingsmeldinger.<sup>104</sup> Til tross for dette har de fått liten betydning i praksis. Dette kan tale for at lovfesting ikke vil føre til store endringer. På den annen side kan det tenkes at de vil få en annen betydning når de nå får lovs rang. En annen side er at disse prinsippene kommer inn i tillegg til begrensningen i klageinstansens kompetanse i fvl. § 34 (2) tredje punktum. Det kan spørres om prinsippene vil ha noen betydning utover begrensningene som allerede fremgår av denne bestemmelsen. Argumentet må i tilfelle være at prinsippene, i motsetning til fvl. § 34, gjelder generelt, og ikke er begrenset til overprøving av det frie skjønn.

---

<sup>100</sup> Innst. 182 S (2015–2016) s. 7. Det er fremhevet at «man med vedtaket om en ny grunnlovsbestemmelse ikke i utgangspunktet vil endre grensen mellom kompetansen til et kommunalt organ og klageorganet.» Dette forholdet skal i hovedsak fortsatt være regulert av fvl § 34.

<sup>101</sup> Prop. 46 L (2017–2018) s. 28.

<sup>102</sup> Prop. 46 L (2017–2018) s. 33.

<sup>103</sup> Nærhetsprinsippet finnes i art 4. nr. 3, elementer av forholdsmessighetsprinsippet i art 8. nr. 3, og deler av finansieringsprinsippet fremgår av art. 9.

<sup>104</sup> Se Prop. 46 L (2017–2018) s. 25–26.



### 3.4 Nærmere om lovgivers intensjoner i dispensasjonssaker, og den politiske utviklingen de siste årene

I kapittelets siste del går jeg over til å behandle det kommunale selvstyre i dispensasjonsavgjørelser. Som gjennomgått i kapittel 1.3 la lovgiver betydelig vekt på kontroll med kommunenes praksis i dispensasjonssaker ved vedtagelsen av plan- og bygningsloven i 2008. De senere årenes utvikling har imidlertid gått i retning av en større vektlegging av det kommunale selvstyre i forvaltningsretten. Det kan dermed spørres om ikke dette også gjør seg gjeldende i dispensasjonsavgjørelser.

Da særlovene i løpet de siste tiårene har blitt flere, og mer omfattende, har det oppstått en bekymring for at lovverket overlater for lite rom til lokale prioriteringer.<sup>105</sup> Stortinget og Regjeringen har derfor ønsket å tydeliggjøre det kommunale selvstyret. I 2013 uttalte en samlet kommunal- og forvaltningskomité at de «ser behov for ein heilskapleg gjennomgang av kommunelova for å styrkje det kommunale sjølvstyret.»<sup>106</sup> Da den økte vektleggingen av det kommunale selvstyre gjelder forvaltningsretten generelt, kan det tenkes dette også får betydninger på plan- og bygningsrettens området, slik at kontrollbetraktningene loven bygde på i 2008 ikke lenger gjør seg gjeldende med samme styrke.

Dette ser ut til å være tilfelle på enkelte områder i plan- og bygningsloven. Tydeligst kanskje i innsigelsessaker. Her har praksisen blitt strammet inn,<sup>107</sup> og kommunene har fått adgang til å gå til søksmål om gyldigheten av innsigelsene og departementets avgjørelser, jf. pbl. § 5-7.

I dispensasjonssaker kan det imidlertid neppe legges økt vekt på det kommunale selvstyre på bekostning av kontrollhensyn. I 2016 gjennomførte KMD et arbeid som hadde som mål å effektivisere og forenkle en rekke av planprosessene. I forbindelse med dette foreslo departementet flere endringer i dispensasjonsbestemmelsen, som ville ført til en større prioritering av det kommunale selvstyre. Departementet foreslo å legge vilkårene i pbl. § 19-2 (2) til det frie forvaltningsskjønnet, begrense de tilfeller hvor stadige og regionale myndigheter får mulighet til å uttale seg, og fjerne de prioriterte interessene som kommer til uttrykk i tredje og fjerde

---

<sup>105</sup> I Makt- og demokratiutredningen fra 2003 ble det uttalt: «Det kommunale selvstyret har mistet mye av sitt innhold gjennom kombinasjonen av rettighetslover, statlige pålegg og budsjettknapphet.», jf. NOU 2003: 19 s. 26. Kritikken gjelder først og fremst lovgivingen på velferdsrettens område, og ikke plan- og bygningssektoren.

<sup>106</sup> Innst. 128 L (2012–2013) s. 20. Regjeringen Solberg har også en målsetning om å styrke det kommunale selvstyre i forvaltningsretten, se fotnote 6.

<sup>107</sup> Holth og Winge (2017) s. 75.

ledd.<sup>108</sup> Ifølge departement ville endingene føre til en «lemping ved at terskelen for å innvilge dispensasjon i saker av lokalpolitisk art senkes noe.» Departementets forslag ble nedstemt av flertallet i Stortingets energi- og miljøkomité.<sup>109</sup> Flertallet mente det ville være «svært uheldig» om dispensasjonsregelverket endres slik at det vil være opp til den enkelte kommune å bestemme om en sak er av nasjonal eller regional interesse, noe de mente de foreslåtte endringen ville føre til.<sup>110</sup>

Komiteens uttalelser kan være vanskelig å forene med den generelle vektleggingen av det kommunale selvstyre Stortinget synes å ha foretatt de siste årene. Noe av forklaringen kan ligge i at Stortinget mener hensynet til det kommunale selvstyre best ivaretas gjennom planprosessene, og ikke nødvendigvis enkeltvis dispensasjonsvurderinger. Etter dette taler mye for at kontrollbehovene som ble fremhevet i 2008 fremdeles gir uttrykk for lovgivers intensjoner med dispensasjonsbestemmelsen. Dette til tross for at hensynet til det kommunale selvstyre har fått økt vekt andre steder i forvaltningsretten de siste årene.

### **3.5 Den videre behandlingen**

Som kapittelet har vist er det særlig to aspekter ved det kommunale selvstyre som står sentralt i særlovgivningen: For det første i hvilken grad det aktuelle kompetansegrunnlaget tillater kommunen å foreta prioriteringer i sine vurderinger. Dette vil bli behandlet i kapittel 4 for vurderingen av dispensasjonsvilkårene etter pbl § 19-2 annet ledd, og kapittel 5 for skjønnsvurderingen etter første ledd. For det andre er en viktig side av det kommunale selvstyre i særlovene at de kommunale avgjørelsene i en viss utstrekning får bli stående som endelige. Det bør derfor undersøkes hvor intensivt de statlige klageorganene og domstolene prøver kommunale dispensasjonsvurderinger. Dette vil bli behandlet i kapittel 6.

---

<sup>108</sup> Prop. 149 L (2015–2016) s. 52–55.

<sup>109</sup> Flertallet besto av Arbeiderpartiet, Kristelig Folkeparti, Venstre, Senterpartiet, Sosialistisk Venstreparti og Miljøpartiet de Grønne, altså komiteens samtlige partier utenom regjeringspartiene Høyre og Fremskrittspartiet.

<sup>110</sup> Innst.181 L (2016–2017) s. 7. Komiteen mente tvert imot det var grunn til å fremheve flere nasjonale interesser i dispensasjonsbestemmelsen, og hensynet til jordvern ble tatt inn i pbl. § 19-2 (3).

## **4 Den kommunale vurderingen av dispensasjonsvilkårene**

### **4.1 Innledning**

For at kommunene skal kunne innvilge en dispensasjonssøknad må vilkårene i pbl. §19-2 annet ledd være oppfylt. I det foreliggende kapittelet skal jeg redegjøre for disse vilkårene. Målsetningen for gjennomgangen i kapittelet er å klarlegge kommunenes rom til å foreta prioriteringer i vurderingene av dispensasjonsvilkårene.

Kapittel 4.2 vil gi en kort oversikt over de to vilkårene. Kapittel 4.3 omhandler det første vilkåret i annet ledd første punktum. Kapittel 4.4 og 4.5 vil så ta for seg vilkåret i annet punktum. Avslutningsvis vil spørsmål om krav til likebehandling bli behandlet i kapittel 4.6.

### **4.2 Innledende om vilkårene for dispensasjon**

Vilkårene for dispensasjon fremgår av pbl. § 19-2 (2) første og annet punktum:

«Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt. I tillegg må fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering.»

Istedenfor å si når en dispensasjonssøknad kan innvilges, slår loven fast i hvilke tilfeller dispensasjon ikke kan gis. Første punktum skal ivareta hensynene bak bestemmelsen eller planen det dispenseres fra, samt hovedhensynene i plan- og bygningsloven. Selve skranken ligger i at dispensasjon ikke kan gis dersom tiltaket innebærer en vesentlig tilsidesettelse av noen av de nevnte hensyn. Vi kan betegne dette som «vesentlighetskriteriet». Vilkåret hindrer kommunene fra å innvilge dispensasjoner som i for stor grad fraviker prioriteringer tatt på politisk nivå, enten lokalt eller på Stortinget. Dersom man ønsker å foreta en endring som har slike konsekvenser får man heller forsøke å gå gjennom prosessen for en planendring, hvor det er strengere krav til utredning og kontradiksjon.

Annet punktum har et bredere nedslagsfelt og er formulert langt vagere. Mens vilkåret i første punktum kan ses på som en øvre terskel for enkelte typer ulemper, skal man etter annet punktum foreta en helhetlig avveiing av konsekvensene ved å tillate dispensasjonen. Summen av dispensasjonens positive konsekvenser skal måles mot summen av de negative, og de positive må vise seg å være «klart større». I det følgende omtales dette vilkåret som «interesseavveiingen».

Grensen mellom de to vilkårene er flytende. Hensynene bak bestemmelsen eller planen det dispenseres fra får først og fremst betydning for vurderingen av vesentlighetskriteriet, men kan også spille inn i den etterfølgende interesseavveilingen. Her vil hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra spille inn som relevante ulemper. For å illustrere dette kan vi tenke oss et eksempel hvor det søkes om dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen, jf. pbl. § 1-8. Hovedformålet med byggeforbudet er å sikre allmenheten rett til fri ferdsel og friluftsliv ved kysten, samt å sikre de særlige naturverninteressene i dette området, jf. pbl. § 1-8 (1).<sup>111</sup> Ofte vil tilgjengeligheten til strandsonen for allmenheten bli dårligere dersom en slik dispensasjonssøknad innvilges. Dette vil klart være en ulempe som er relevant i interesseavveilingen. Men dersom tiltaket fører til at tilgangen for allmenheten blir betydelig dårligere kan det være snakk om en dispensasjon som vesentlig tilsidesetter hensynene bak byggeforbudet. Nå er det ikke slik at alle ulemper en dispensasjon kan føre med seg nødvendigvis vil være knyttet til hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra. For eksempel kan oppføring av et forretningsbygg i strandsonen føre til økt trafikk utenfor 100-metersbeltet. Dette vil være en ulempe som ikke direkte kan kobles til hensynene bak pbl. § 1-8. Likevel vil det ofte være en sammenheng mellom de ulemper en dispensasjon fører med seg, og tilsidesettelse av hensynene den aktuelle bestemmelsen bygger på.

### **4.3 Vurderingen av vesentlighetskriteriet**

#### **4.3.1 Innledning**

Utgangspunktet for vurderingen av vesentlighetskriteriet er hensynene bak bestemmelsen eller planen det søkes dispensert fra. Hvilke hensyn som er relevante i vurderingen vil derfor bero på hva det søkes dispensert fra. Hensynene bak de ulike bestemmelsene og planene har ulik karakter, noe som gjør det hensiktsmessig å skille mellom ulike typer vurderinger av vesentlighetskriteriet.

Det er her grunn til å fremheve fire hovedkategorier: Dispensasjon fra planer, fra krav om planer, fra byggeforbudet i strandsonen og fra byggetekniske bestemmelser i plan- og bygningsloven med tilhørende forskrifter. Selv om disse kategoriene ikke omfatter alle tenkelige dispensasjoner, vil de aller fleste kunne plasseres innenfor oppdelingen.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 174–176, Innjord (2010) s. 27 og Pedersen mfl. (2018a) s. 400–401 og 404. Se også kapittel 4.3.4.

<sup>112</sup> For eksempel er dispensasjon fra bygge- og deleforbudene i pbl. §§ 13-1 og 13-4 vanskelig å plassere innenfor oppdelingen.

Som fremstillingen vil vise overlater ikke vurderingen av vesentlighetskriteriet særlig handlingsrom til kommunene. Det er imidlertid interessant å undersøke hvordan vilkåret setter begrensinger for kommunenes adgang til å innvilge dispensasjonssøknader. Formålet med den videre fremstillingen er å vise hvilke hensyn som er relevante i ulike vurderinger under vesentlighetskriteriet, samt å si noe generelt om hvordan disse hensynene påvirker terskelen for at vilkåret skal anses oppfylt.

#### 4.3.2 Dispensasjon fra planer og planbestemmelser<sup>113</sup>

De relevante hensyn ved dispensasjon fra planer og planbestemmelser er de hensyn planen skal ivareta. Ved dispensasjon fra arealplaner er arealformålet i det aktuelle området utgangspunktet for hvilke hensyn som gjør seg gjeldende.<sup>114</sup> Er det et bevaringsformål vil de hensyn som begrunner arealbruksrestriksjonene være styrende for vurderingen. Er arealformålet utbyggingsformål må de hensyn som gjelder utbyggingskategorien vurderes. Ofte angis underformål, og dermed presiseres hvilke hensyn som skal inngå i vurderingen av hvorvidt det er tale om vesentlig tilsidesettelse. Er det gitt planbestemmelser må de hensyn planbestemmelsen søker å ivareta inngå i vurderingen.

Terskelen for når disse hensynene blir vesentlig tilsidesatt vil være bestemt av i hvilken grad de prioriteringer som ble gjort ved vedtagelsen av planen gjør seg gjeldene. Plan- og bygningsloven legger opp til at lokale tilpassinger i utgangspunktet skal gjøres gjennom vedtagelse av planer. Planene er vedtatt gjennom en omfattende, demokratisk prosess, hvor de folkevalgte i kommunen, statlige myndigheter og andre berørte medvirker.<sup>115</sup> Det skal derfor ikke være en kurant sak å dispensere fra kommunale planer og de bestemmelser som fremgår der, da man på politisk nivå har foretatt en avveining av de hensynene som legger føringer for arealutnyttelsen på området.<sup>116</sup> Desto mer finmasket planen er, desto mindre grunn er det generelt til å tillate dispensasjon.

I noen tilfeller kan det likevel være behov for å fravike planen eller dens bestemmelser. Det er vanskelig å lage en plan som er finmasket nok til å fange opp alle mulige lokale variasjoner og alle tenkelige spørsmål om arealutnyttelse i et området. Enkelte endringer kan derfor fremdeles gjøres gjennom dispensasjon. Det som må vurderes er da i hvilken grad de politiske

---

<sup>113</sup> Kapitlet omhandler kommunale planer, men det kan også søkes dispensert fra regionale planbestemmelser og statlige planer. Disse behandles ikke her da planer på et slikt overordnet nivå som regel er alt for grovmaskede til at en dispensasjon er aktuelt. Slike endringer må heller tas i planbehandling. Flere av betraktningene i kapitlet vil uansett ha relevans også for disse tilfellene.

<sup>114</sup> Se pbl. § 11-7 om arealformål i kommuneplanens arealdel og § 12-5 om arealformål i reguleringsplaner.

<sup>115</sup> Kapittel 1.2.1.

<sup>116</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

avveingene som ligger bak planen blir tilsidesatt. I hvilke tilfeller det kan dispenseres vil ikke bare bero på fysiske forhold, som for eksempel i hvilken grad dispensasjon vil være til skade for naturverninteresser, men også på hvor kontroversiell tillatelsen er. Foreligger det protester fra statlige myndigheter eller berørte beboere, taler mye for at søknaden heller behandles som en reguleringsendring etter pbl. § 12-14.<sup>117</sup> Hensynene bak begrensningene i kommunenes dispensasjonsadgang kan etter dette ikke bare omtales som et spenningsforhold mellom kommunale og andre motstående interesser. En høy terskel for å dispensere kan også være begrunnet i hensynet til å ivareta foreliggende lokaldemokratiske beslutninger basert på en grundigere prosess.

Somb-2016-1839 viser godt hvilken betydning planprosessene har i dispensasjonssaker. Saken gjald en søknad om å få dispensasjon til å overskride en byggegrens i en detaljreguleringsplan med 1,1 meter. Kommunen og fylkesmannen tillot dispensasjonen da de anså overskridelsen som liten, og de negative konsekvensene som marginale. Sivilombudsmannen sa seg ikke enig i dette og la vekt på at plasseringen av byggegrens var gjenstand for justeringer underveis i planprosessen på grunn av naboenes innsigelser mot planforslaget. Grensen ble fastsatt etter en kontradiktorisk prosess, og etter ombudsmannens mening var det derfor politisk bestemt hvilke ulemper som kunne aksepteres i boligområdet. Dersom avstandsgrensen i reguleringsplanen hadde vært gjenstand for en mindre grundig behandling i kommunestyret, eller dersom spørsmålet ikke var like omstridt, kan det tenkes at adgangen til å dispensere hadde vært større.

En annen konsekvens av at dispensasjonsmyndigheten plikter å ivareta prosessen bak vedtagelsen av planen, er at adgangen til å dispensere fra gamle planer ofte blir større enn for nye. Etter som tiden går kan det være at de politiske prioriteringene som ble gjort ved vedtagelsen av en plan ikke lenger gjør seg gjeldende. Dette innebærer likevel ikke at planens alder i seg selv har betydning for dispensasjonsadgangen. Som Sivilombudsmannen påpeker i Somb-2018-194 må det klare utgangspunktet være at «dersom det fortsatt er mulig å ivareta hensynene bak planen slik den ble vedtatt, er det av mindre betydningen at den er av eldre dato.» Det typiske eksempelet hvor det er større rom for å dispensere fra eldre planer er der forutsetningene bak planen ikke lenger er mulig å ivareta, for eksempel fordi området har endret karakter gjennom mange års dispensasjonspraksis.<sup>118</sup>

Hvor stort handlingsrom kommunen har for å dispensere fra planer må etter dette fastsettes etter en konkret vurdering. Utgangspunktet er at terskelen generelt er høy. I denne sammenheng er det først og fremst de politiske prosessene i kommunestyret som søkes ivaretatt. Det sentrale i vurderingen av vesentlighetskriteriet er i hvilken grad de forhold dispensasjonen gjelder ble diskutert i denne prosessen, og om dispensasjonen virker mot de prioriteringer som ble gjort i planen. Er søknaden begrunnet i forhold som overhodet ikke var påtenkt eller dis-

---

<sup>117</sup> Det fremgår direkte av pbl. § 19-2 (4) annet punktum at kommunen ikke bør dispensere fra planer dersom en direkte berørt statlig eller regionalt myndighet har uttalt seg negativt om dispensasjonen.

<sup>118</sup> Dette var tilfelle i Somb-2014-3445.

kutert ved vedtagelsen av planen, eller et fysisk forhold som ikke eksisterte på det tidspunktet, kan det være rom for å dispensere.

### 4.3.3 Dispensasjon fra krav om reguleringsplan

Plan- og bygningsloven § 12-1 annet og tredje ledd stiller i visse situasjoner krav om reguleringsplan. For det første der det er påkrevd etter loven eller kommuneplanens arealdel, samt der det ellers er behov for å sikre forsvarlig planavklaring og gjennomføring av bygge- og anleggstiltak, flerbruk og vern med tanke på berørte private og offentlige interesser, jf. § 12-1 (2). For det andre kreves det reguleringsplan ved gjennomføring av større bygge- og anleggstiltak og andre tiltak som kan få vesentlige virkninger for miljø og samfunn, jf. § 12-1 (3). Dette innebærer at det kreves reguleringsplan ved utbygninger av en viss størrelse.<sup>119</sup> Begrunnelsen for plankrav i disse tilfellene er at det er ønskelig å få en grundigere vurdering av arealdisponeringen enn det som er gjort i den mer grovmaskede arealdelen til kommuneplanen.<sup>120</sup> Det bør stilles visse krav til prosessen bak tillatelser som kan medføre store negative konsekvenser. For å i størst mulig grad unngå uforutsette uheldige virkninger for samfunn og miljø bør slike tiltak være gjenstand for konsekvensutredninger og medvirkning fra berørte aktører. De hensyn som skal vurderes i vesentlighetskriteriet er altså miljøhensyn og hensynet til en langsiktig samfunnsutvikling.

Spørsmålet er så i hvilken grad det er adgang til å dispensere fra krav om planer. Selv om det i utgangspunktet ikke er adgang til å dispensere fra saksbehandlingskrav etter pbl § 19-2 (2) tredje punktum, var det i praksis akseptert at det kunne dispenseres fra plankrav i plan- og bygningsloven av 1985.<sup>121</sup> Forarbeidene til 2008-loven sier at denne praksisen «videreføres slik at det vil være adgang til å dispensere fra plankrav i den utstrekning det ikke er slik sammenheng mellom plankravet og et ev. krav om konsekvensutredning at det er til hinder for dispensasjon.»<sup>122</sup> Det må imidlertid være klart at dispensasjon fra plankrav ikke er en kurant sak, da det ikke skal mye til før hensynene bak reglene om plankrav i pbl. § 12-1 (2) og (3)

---

<sup>119</sup> Pedersen mfl. (2018a) s. 297–299, Innjord (2010) s. 292–299, Backer (2012) s. 187–188 og Bugge (2015) s. 212–213 for nærmere om i hvilke tilfeller det stilles krav om reguleringsplan. Vurderingen av om det aktuelle tiltaket krever reguleringsplan etter tredje ledd er et rettsanvendelsesskjønn som domstolen kan overprøve fullt ut, jf. Rt. 2009 s. 354 avsnitt 47. Høyesterett sier imidlertid at det bør utøves «betydelig tilbakeholdenhet» i denne overprøvingen. Se kapittel 6.2 om tilbakeholdenhet i prøving av rettsanvendelsesskjønn.

<sup>120</sup> Somb-2008-76.

<sup>121</sup> Bugge (2011) s. 197.

<sup>122</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 228. Et særlig spørsmål ved dispensasjon fra plankrav gjelder forholdet til krav om konsekvensutredninger etter pbl § 4-2 (2). Etter bestemmelsen kreves konsekvensutredning for reguleringsplaner som kan få «vesentlige virkninger for miljø og samfunn». Dette vil omfatte mange av tilfellene som faller under plankravet i pbl § 12-1 (3), da ordlydene er forholdsvis like. På grunn av dette blir dispensasjon fra plankrav kun unntaksvis aktuelt, se Innjord (2010) s. 297–299.

blir vesentlig tilsidesatt. Det kan vanskelig tenkes mange tilfeller hvor det er akseptabelt, med hensyn til mulige konsekvenser for miljø og samfunn, at man iverksetter større tiltak uten nærmere utredninger. Dispensasjon vil først og fremst være aktuelt der det er på det rene at de grundigere utredninger som følger av en planprosess av en eller annen grunn ikke er nødvendige. Det må settes strenge krav til sannsynligjøring av en slik påstand, særlig med tanke på det miljømessige føre-var prinsippet i naturmangfoldloven § 9.

I Somb-2008-76 behandlet Sivilombudsmannen en sak etter pbl. (1985) § 7 om dispensasjon fra krav om reguleringsplan. Ombudsmannen la til grunn at adgangen til å dispensere fra plankrav vil «måtte være begrenset» og videre at desto større endringer i det bestående miljø et tiltak vil medføre, desto mindre adgang vil det være til å dispensere. Relevante momenter i en slik vurdering var ifølge ombudsmannen blant annet størrelsen på tiltaket, hvor viktig tiltaket er og hvor kontroversielt det er, hvilke interesser som knytter seg til det aktuelle området og dessuten hvordan saken for øvrig er belyst. Dette er nok momenter som også er relevante ved dispensasjon fra plankrav etter gjeldende lov.

#### 4.3.4 Dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen

Etter pbl. § 1-8 (2) gjelder det et generelt forbud mot å iverksette tiltak i 100-metersbeltet, med mindre det gjelder fasadeendringer.<sup>123</sup> Kommunene er imidlertid gitt en adgang etter pbl. § 1-8 (3) til å fravike forbudet og fastsette en annen byggegrense gjennom planer, samt at det er adgang til å dispensere fra forbudet etter den generelle dispensasjonshjemmelen.<sup>124</sup>

Byggeforbudet i 100-metersbeltet langs sjøen har stått som en særlig prioritet for lovgiver siden det ble innført i 1954.<sup>125</sup> Begrunnelsen for forbudet ligger i de sterke motstridende interessene som gjør seg gjeldende i strandsonen. Arealene langs sjøen er populære områder for fritidsboliger og turistanlegg, slik at de er utsatt for sterkt utbyggingspress. Samtidig er det flere tungtveiende hensyn som taler for å holde disse områdene fri for bebyggelse. De er viktige rekreasjonsområder, har særlige landskapsmessige verdier og et spesielt artsmangfold. Derfor er det viktig at de tiltak som oppføres i strandsonen er gjenstand for nøye vurderinger.<sup>126</sup> For å sikre dette er det hensiktsmessig med et forbud, som det i visse tilfeller kan

---

<sup>123</sup> Byggeforbudet i strandsonen reiser en rekke spørsmål som ligger på siden av denne avhandlingens tema. Se bla. Pedersen mfl. (2018a) s. 400–410, Innjord (2010) s. 26–33 og Tyrén (2018) s. 45–49 for nærmere om forbudet.

<sup>124</sup> En adgang til å dispensere etter pbl. § 19-2 er forutsatt i lovens forarbeider, jf. Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 243.

<sup>125</sup> Forbudet ble innført ved midlertidig lov av 4. juni 1954. For mer om historikken bak forbudet, se Myklebust (2016) s. 160–162 og Pedersen mfl. (2018a) s. 400–401.

<sup>126</sup> Forbudet er begrunnet slik i Ot.prp. nr. 56 (1984–85) s. 50.



gjøres unntak fra. Hensynene bak forbudet er primært allmenhetens tilgang til sjø og vann, samt det særlige naturmangfoldet som finnes i disse områdene. I pbl. § 1-8 (1) står det at det i 100-metersbeltet og langs vassdrag skal «tas særlig hensyn til natur- og kulturmiljø, friluftsliv, landskap og andre allmenne interesser». Dette vil være de relevante hensyn ved vurderingen av vesentlighetskriteriet i dispensasjonssaker.<sup>127</sup>

Etter forarbeidene er det et nasjonalt mål at strandsonen skal bevares som natur- og friluftsområde for alle. Det skal «svært mye til før dispensasjon kan gis til bygging her, spesielt i områder med stort utbyggingspress».<sup>128</sup> Terskelen for å dispensere vil derfor være høy. Ønsker kommunene et større handlingsrom får de heller gå gjennom prosessen for planendring etter pbl. § 1-8 (3).

Det er avsagt én lagmannsrettsdom om dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen etter pbl. § 19-2, LA-2015-197645. Retten la i tråd med forarbeidene til grunn at rommet for å dispensere fra dette forbudet er meget snevert. Lagmannsretten uttalte at det skal «lite til før det er grunnlag for å konkludere med at de relevante hensyn/interesser anses «vesentlig tilsidesatt» i strandsonen og der strandsonen også er avsatt som LNF-område og er et område utsatt for stor interessekonkurranse.»

Terskelen for å dispensere fra forbudet er nærmere presisert i egne statlige planretningslinjer for forvaltning av strandsonen langs sjøen, som skal tydeliggjøre arealpolitikken på området.<sup>129</sup> Etter retningslinjenes punkt 3 første ledd plikter kommunene å legge disse til grunn ved vurdering av tiltak i strandsonen. Retningslinjene differensierer mellom tre hovedområder basert hvor betydelig presset på strandsonen er. Slik er det er tydeliggjort i hvilke kommuner det kan være grunn til å tillate dispensasjoner og i hvilke dette er mindre aktuelt. Dette innebærer imidlertid ikke at det skal være enkelt å dispensere i områdene hvor presset på strandsonen er minst, de såkalte sone 3-områdene.<sup>130</sup> Når retningslinjene i punkt 7.2 sier at i «områder uten press vil det være enklere for kommunene å gi tillatelse til å bygge enn i områder der presset er stort», må dette tolkes i lys av at loven generelt setter terskelen høyt for å tillate tiltak oppført. Retningslinjene er ikke rettslig bindende og kan ikke i seg selv tilsidesette prioriteringer tatt av lovgiver.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> Dette er eksplisitt fremhevet i Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 174.

<sup>128</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 243.

<sup>129</sup> SPR for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen.

<sup>130</sup> Dette gjelder Nord-Norge og visse deler av Trøndelag og Vestlandet, se retningslinjene punkt 7.1.

<sup>131</sup> For mer om bruk av statlige planretningslinjer i strandsonen se Myklebust og Schütz (2012) særlig side 100–105 og 114–117 om deres betydning i dispensasjonssaker.

#### 4.3.5 Dispensasjon fra lov- og forskriftsfestede byggetekniske krav

Den siste hovedgruppen bestemmelser kan kategoriseres som byggetekniske krav i plan- og bygningsloven. En del av disse fremgår av lovens fjerde del, særlig kapittel 29 og en del kan finnes i byggeteknisk forskrift (TEK17). Bestemmelsene omfatter en hel rekke ulike forhold som krav til tiltakets utforming, avstand fra nabogrense og tiltakets høyde.

Hensynene som ligger bak disse bestemmelsene og som vil være relevante under vesentlighetskriteriet, er varierte. Sentralt står blant annet hensyn til sikkerhet, helse, estetikk, lys, utsikt og tilrettelegging for en hensiktsmessig arealutnyttelse. Eksempelvis er krav til et byggverks avstand til nabogrensen i pbl. § 29-4 (2) primært begrunnet i hensynet til brannsikkerhet, samt hensyn til naboer ved at den sikrer rom, utsikt og lys til den enkelte eiendom.<sup>132</sup>

Sikkerhet- og helsehensyn står i en særstilling i disse bestemmelsene.<sup>133</sup> Helt siden Christianialoven av 1827 har dette vært en sentral del av bygningslovgivningen. Begge hensynene var angitt som sentrale hovedformål med loven.<sup>134</sup> Opprinnelig gjaldt sikkerhetshensyn først og fremst brannsikkerhet. Forbygning av brann i byene var en av hovedgrunnene til at man anså det nødvendig med bygningslovgivning i utgangspunktet. I tillegg var det i de større byene viktig å utvikle gode sanitærsystemer for å unngå sykdom og smitte i befolkningen. I dag omfatter helse- og sikkerhetshensyn mer enn bare sanitære hensyn og brannsikkerhet. For det første omfatter sikkerhetshensyn flere krav til forebygging av skade på person og miljø. Enkelte framgår av pbl. kapittel 28, blant annet § 28-1 om sikring av grunn før tiltak iverksettes. I tillegg fremhever TEK17 sikkerhet mot naturpåkjenninger som flom og skred i kapittel 7 og konstruksjonssikkerhet i kapittel 10. Ut over dette kommer sikring mot terrorangrep og lignende fare. Også sanitærhensynene har blitt supplert av reguleringer av andre forhold som berører befolkningens helse. TEK17 gir i kapittel 13 omfattende regler om blant annet luftkvalitet, strålingsmiljø og lydforurensing. Helsehensyn har videre en grense til miljøhensyn da forhold som er skadelige for miljøet ofte også berører befolkningens helse. Blant annet vil dette gjelde for forurensing og behandling av avfall, se forurensingsloven og TEK17 kapittel 9 om det ytre miljø.

---

<sup>132</sup> Bla. Somb-2011-1023.

<sup>133</sup> På grunn av sin sentrale plass i bygningslovgivningen argumentere Uggerud for at helse- og sikkerhetshensyn var pliktige hensyn som måtte med i enhver skjønnsvurdering av dispensasjon fra byggesaksbestemmelser etter den gamle pbl. § (1985) § 7, jf. Uggerud (1994) s. 156–157. Etter de nye vilkårene i pbl. § 19-2 (2) kan det ikke snakkes om pliktige vilkår på samme måte, da samtlige konsekvenser av dispensasjonen alltid skal vurderes. Uggeruds standpunkt er likevel egnet til å illustrere hensynenes betydning.

<sup>134</sup> Loven hadde som to av sine fem hovedformål å «forebygge ildsvåde og i påkommende tilfelle lette slokking og redning» og å «sørge for, at Bygningsmaaden ikke strider imod et fornuftigt Sundhedspolitiets almindelige Regler», se Stortingsforhandlinger 1827 s. 503–504, jf. s. 487-488.

Helse og sikkerhet er altså hensyn av en slik prioritet i byggesaker at det ikke skal mye til før de blir vesentlig tilsidesatt i en dispensasjonsvurdering. Likevel vil nok de byggetekniske kravene være den hovedgruppen bestemmelser hvor det generelt er størst rom for dispensasjon. Bestemmelsene gjelder for alle tiltak som søkes oppført, hvilket omfatter en hel rekke ulike situasjoner. På grunn av lokale variasjoner er ikke alltid lovens krav egnet til å ivareta de hensyn loven bygger på, som for eksempel brannvernshensyn. I utgangspunktet skal en lokal tilpassing i disse tilfellene gjøres gjennom vedtagelse av planer, men der det ikke er gjort kan dispensasjon være aktuelt.

Mange av bestemmelsene som gjelder sentrale krav til helse og sikkerhet i byggeteknisk forskrift vil det være vanskelig å dispensere fra, da de gir uttrykk for relative standarder. Blant annet sier TEK17 § 7-1 (1) at byggverk «skal plasseres, prosjekteres og utføres slik at det oppnås tilfredsstillende sikkerhet mot skade eller vesentlig ulempe fra naturpåkjenninger» og TEK17 § 13-1 (1) at bygningen skal ha «tilfredsstillende luftkvalitet». Det er vanskelig å se for seg tilfeller hvor noe kan begrunne at byggverket ikke oppfyller tilfredsstillende krav til sikkerhet eller luftkvalitet, forhold som kan være direkte helseskadelige eller farlige. Dispensasjon fra bestemmelser som er såpass relative vil heller sjeldent være aktuelt.

Men selv om hensynene en byggeteknisk bestemmelse bygger på ikke gjør seg gjeldende med full styrke, innebærer ikke dette at kommunene har fri adgang til å dispensere. Det må tas hensyn til at loven er vedtatt gjennom en demokratisk prosess på Stortinget. Det skal i utgangspunktet ikke være kurant for kommunene å tilsidesette prioriteringer som er tatt der. Sivilombudsmannen har lagt vekt på dette hensynet i flere saker om dispensasjon fra de byggetekniske bestemmelsene, blant annet Somb-2011-1023 hvor ombudsmannen uttalte at forbudet «i pbl. 1985 § 70 nr 2. innebærer imidlertid at lovgiver har foretatt en avveining av interesser. Det må da utvises tilbakeholdenhet med å dispensere fra dette.»

## **4.4 De relevante hensyn i interesseavveilingen**

### **4.4.1 Generelt om de relevante hensyn**

Loven gir i seg selv få anvisninger på hvilke hensyn som er relevante i interesseavveilingen etter pbl. § 19-2 (2) annet punktum.. Bestemmelsen sier kun at de «fordeler» dispensasjonen fører med seg skal veies mot dens «ulemper». Nøyaktig hvilke ulemper og fordeler det kan vises til fremgår ikke direkte, og ordlyden sier kun at det skal foretas «en samlet vurdering». I forarbeidene til 1985-loven stod det at de forhold «som kan begrunne en dispensasjon er i første rekke knyttet til areal- og ressursdisponeringshensyn».<sup>135</sup> Dette er ikke gjentatt i forarbeidene til gjeldende lov, men det er ikke noe som tilsier at lovgiver har ment å endre hvilke

---

<sup>135</sup> Ot.prp. nr. 56 (1984–85) s. 101.

hensyn som er relevante i dispensasjonsavveiiingen.<sup>136</sup> Det er imidlertid ikke helt enkelt å si nøyaktig hvilke hensyn som faller innenfor begrepet «areal- og ressursdisponeringshensyn». Selv om det ikke er tvilsom at estetiske hensyn er relevante i dispensasjonsavveiiingen, er det uklart om dette språklig kan regnes som et areal- og ressursdisponeringshensyn.<sup>137</sup> Videre er det heller ikke sagt at hensyn som faller utenfor begrepet ikke kan ha relevans. Det kan da spørres om det er hensiktsmessig å benytte seg av retningslinjen «areal- og ressursdisponeringshensyn» når man skal fastslå hvilke hensyn kommunen kan vise til.

Bestemmelsens ordlyd er såpass vagt formulert at et stort spenn av ulikeartede hensyn kan være relevante, så lenge de ligger innenfor rammene av plan- og bygningsloven. Loven som helhet skal ivareta en rekke forskjellige hensyn. Noen fremgår av formålsbestemmelsen i pbl. § 1-1. I tillegg til hensynet til estetikk og universell utforming i femte ledd, pålegger den kommunene å ivareta hensynet til bærekraftig utvikling i første ledd.<sup>138</sup> Dette betyr at kommunen må ha langsiktige utviklingstrekk, med hensyn til miljøbelastning og økonomi, for øye i vurderinger etter loven. Dette vil også gjelde i dispensasjonsavveiiinger.<sup>139</sup> Dermed kan svært mange ulikeartede hensyn trekkes inn som relevante i interesseavveiiingen. Videre sier pbl. § 3-1 at planene skal ivareta alt fra den fysiske, miljømessige, økonomiske og kulturelle utviklingen i kommunen etter første ledd bokstav a, til å forebygge kriminalitet etter bokstav f. Noen av disse hensynene vil naturlig bli mer fremtredende i planleggingen enn i enkeltvis dispensasjoner, men generelt vil alle også kunne vektlegges i dispensasjonssaker.

Det må imidlertid oppstilles et krav om spesiell relevans. De hensyn kommunen viser til må kunne knyttes til det konkrete saksforholdet i dispensasjonssøknaden.<sup>140</sup> For eksempel er det klart at det ikke er anledning til å legge vekt på naturvernens hensyn dersom dispensasjonen overhode ikke får konsekvenser for miljøet. Dette er for eksempel ofte tilfelle ved dispensasjon fra avstandsgrensekraft i boligstrøk. Det er ikke alltid enkelt å fastslå hvor avledet fra saksforhol-

---

<sup>136</sup> Lovgiver var først og fremst opptatt av å klargjøre vilkårene, slik at de bedre gir anvisning på hva som skal vurderes. Utover å heve terskelen noe, skulle ikke de nye vilkårene innebære store reelle endringer for kommunenes dispensasjonsavveiiinger, jf. Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 139. Sivilombudsmannen bruker fremdeles «areal- og ressursdisponeringshensyn» som retningslinje for hvilke hensyn som er relevante i interesseavveiiingen etter pbl. § 19-2, jf. Somb-2014-334, Somb-2014-3266 og Somb-2017-1346.

<sup>137</sup> Estetiske hensyn er fremhevet i pbl. § 1-1 (5).

<sup>138</sup> «Bærekraftig utvikling» er som regel definert som en utvikling som imøtekommer dagens behov uten å ødelegge mulighetene for at kommende generasjoner skal få dekket sine behov, se Verdenskommissjonen for miljø og utvikling (1987) s. 42.

<sup>139</sup> Begrepet bærekraftig utvikling har blitt kritisert for å være en politisk fanebestemmelse, snarere enn en rettslig ramme. Se bla. Jerkø (2009) s. 345–387 som etter en gjennomgang av bruken av begrepet i ulike lovverk konkluderer med at bærekraftig utvikling i mange tilfeller ikke er annet enn et uttrykk for en politisk intensjon uten stor rettslig betydning. Jerkø skriver på side 386 at «hensynet til bærekraftig utvikling spiller en mindre rolle i norsk rett enn en overfladisk betraktning kan gi inntrykk av.»

<sup>140</sup> Uggerud (1994) s. 73 legger det samme til grunn for pbl. (1985) § 7.

det i søknaden de lovlige hensynene kan være. Spørsmålet kommer på spissen der kommunene legger vekt på hensyn som er meget generelle. For eksempel kan en kommune ha et ønske om å forebygge fraflytting fra kommunen og legger vekt på dette som argument for dispensasjon i samtlige vurderinger. Dispensasjonsbestemmelsens ordlyd og formål taler for at det skal være et vidt spillerom for hva som kan vektlegges, så denne type generelle hensyn er nok strengt tatt relevante. Likevel må saken først og fremst vurderes basert på de konkrete forhold søknaden gjelder. Dispensasjonsadgangen er ment å være en sikkerhetsventil for tilfeller hvor spesielle behov gjør seg gjeldende. Hensyn som derimot gjør seg gjeldende for store deler av kommunen må derfor få liten vekt i avveiiingen.<sup>141</sup> Dersom kommunen ønsker å ivareta slike hensyn bør det heller gjøres gjennom planendringer og ikke enkeltvis dispensasjoner.

Etter dette kan det slås fast at svært mange og ulikeartede hensyn kan være relevante i kommunenes dispensasjonsavveiiinger. Hva kommunen skal legge vekt på vil være bestemt av sakens omstendigheter, og det vil være vanskelig å gi en fullstendig oversikt over alle mulige hensyn som kan gjøre seg gjeldende.<sup>142</sup> Dette er heller ikke hensiktsmessig å forsøke innenfor avhandlingens rammer og formål. I stedet vil jeg, etter å ha sagt noe om utenforliggende hensyn, konsentrere den videre fremstillingen om vektingen av fordeler og ulemper.

#### 4.4.2 Utenforliggende hensyn

Det neste spørsmålet er hvilke hensyn kommunen *ikke* har anledning til å legge vekt på i interesseavveiiingen. Ordlyden åpner for at et bredt spekter av hensyn kan trekkes inn i vurderingen. De hensyn som er utenforliggende er derfor i første rekke hensyn arealforvaltningen ikke er ment å ivareta,<sup>143</sup> hensyn som er ulovlige, for eksempel diskriminerende hensyn og hensyn som undergraver eller motvirker lovens system. Et godt eksempel på det sistnevnte er hensynet til økonomiske omkostninger ved tilbakeføring etter oppføring av tiltak uten dispensasjon. Om dette generelt skulle være relevant ville det gi tiltakshaver et insentiv til å unnlate å søke om dispensasjon før tiltaket er oppført, se blant annet Somb-2015-1370 og Somb-2011-1482.

Videre er hensyn som gjelder personlige forhold kun unntaksvis relevante. Dette er nok den praktisk største begrensingen i hvilke hensyn kommunene kan vektlegge. Arealplanlegging

---

<sup>141</sup> Dette er også Sivilombudsmannens oppfatning, se Somb-2014-3266 og Somb-2017-1346.

<sup>142</sup> Uggerud (1994) s. 91–151 gjennomgår flere av de viktigste hensyn i avveiiingen etter pbl. (1985) § 7. Dette er hensyn som også i det vesentlige er relevante etter gjeldene lov. Heller ikke Uggeruds gjennomgang er uttømmende, men den er mer omfattende og detaljert enn den som fremgår her.

<sup>143</sup> Eksempelvis er det vanskelig å se for seg et tilfelle hvor personvern hensyn skal være relevant for en dispensasjonsvurdering.

skal gjøres med langsiktige konsekvenser for øye, jf. pbl. § 1-1 (4) annet punktum.<sup>144</sup> Det hadde vært uheldig om kommunene i stor utstrekning innvilget søknader hvor grunnlaget for dispensasjonen ikke lenger gjør seg gjeldene om tiltakshaver flytter. En slik ordning kan i ytterste konsekvens føre til at det blir oppført en rekke tiltak som ikke er i samsvar med de gjeldene planene, og at det etter kort tid ikke kan pekes på fordeler som begrunner situasjonen. Dette betyr imidlertid ikke at individuelle forhold nødvendigvis er uten relevans. Etter forarbeidene kan de vektlegges «hvor det foreligger helt spesielle sosialmedisinske, personlige og menneskelige hensyn».<sup>145</sup> Videre sier forarbeidene at slike hensyn normalt ikke har avgjørende vekt, men utelukker ikke at det kan tenkes situasjoner hvor dette er tilfelle.

Sivilombudsmannen har tolket loven slik at personlige fordeler begrenses til de fordeler som *utelukkende* kan knyttes til søkerens særskilte situasjon. Et tiltak kan være begrunnet i søkers personlige ønsker eller behov, men samtidig medføre andre relevante fordeler. Dette var tilfelle i Somb-2014-334, hvor fylkesmannen hadde lagt til grunn at fordelene med å utvide et uteoppholdsområde var av personlig art. Ombudsmannen uttalte at selv om søknaden var begrunnet i individuelle ønsker vil utvidelsen «kunne gi økte kvaliteter i form av bedre solforhold, topografi og muligheter for lek og opphold», hvilket var lovlig hensyn.

Selv om den synes godt begrunnet, er det en del som tyder på at den snevre adgangen til å vektlegge personlige hensyn er vanskelig å praktisere. Årsaken til dette er at det ikke er tilstrekkelig med fravær av negative konsekvenser for at dispensasjonssøknaden skal kunne innvilges. Kommunen må etter ordlyden også kunne peke på positive fordeler.<sup>146</sup> Sivilombudsmannen har i sin praksis krevd at «en slik fordel må være tilstrekkelig spesifisert og klart angitt, og den må ligge innenfor de rammene plan og bygningsloven setter», jf. Somb-2011-1023.<sup>147</sup> I mange saker er imidlertid søknaden naturlig nok hovedsakelig begrunnet i søkers egne ønsker. Tidvis kan det være vanskelig å peke på mange objektive fordeler med dispensasjonen ut over at søker får oppfylt ønsket sitt. Kommunen kan dermed ende i en situasjon hvor den ikke finner gode grunner for å nekte en dispensasjon, fordi det ikke foreligger noen negative konsekvenser, mens den samtidig har vanskelig for å trekke frem relevante hensyn som begrunner innvilgelse. Særlig kan dette være tilfelle ved dispensasjoner fra byggetekniske krav som får ingen eller få konsekvenser for andre enn tiltakshaver selv. I en slik situasjon skal dispensasjonen nektes, men dette kan fort oppfattes urimelig og ubegrunnet, både for kommunen og tiltakshaver selv.

---

<sup>144</sup> Pedersen mfl. påpeker at arealbruk i utgangspunktet skal fastlegges i et «livslangt perspektiv», jf. Pedersen mfl. (2018b) s. 222.

<sup>145</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

<sup>146</sup> Se kapittel 4.5 om vektingen av fordeler og ulemper.

<sup>147</sup> Tilsvarende Somb-2015-3269 og Somb-2017-1346 som stiller krav om relevante, klare og positive fordeler.

Et eksempel er Somb-2014-2104. Tiltakshaver ønsket å dispensere fra reguleringsplanens byggegrense og tillatte utnyttelsesgrad for å oppføre et tilbygg på en bolig. Fylkesmannen innvilget søknaden, med den begrunnelse at ønsket om en utvidelse av boligen ikke medføre særlige ulemper og ville sammenfalle med de hensyn plan- og bygningslovgivningen skal ivareta, som funksjonalitet i byggverk, gode uteoppholdsarealer og visuelle kvaliteter. Sivilombudsmannen sa seg enig i at ulempene med dispensasjonen var meget små, men mente fordelene ikke var tilstrekkelig spesifisert. Han uttalte at fylkesmannen «har i denne saken ikke konkretisert på hvilken måte boforholdene forbedres ved dispensasjonen, utover at boligen blir større.» Nøyaktig hvilke andre fordeler fylkesmannen kunne peke på fremstår imidlertid som uklart.

Et krav om at kommunen må kunne peke på objektive fordeler med dispensasjonen samsvarer i utgangspunktet med lovgivers intensjon om at det kun unntaksvis skal være adgang til å innvilge en dispensasjon, og at pbl. § 19-2 er en sikkerhetsventil. Likevel fremstår kravet som lite intuitivt og kan få saksbehandlerne til å legge vekt på fordeler som ikke er naturlige. Dette kan føre til at utpregede skjønnsmessige momenter som for eksempel «arkitektoniske kvaliteter» og «god funksjonalitet» blir vektlagt som skinnargumenter, mens realiteten er at kommunen kun ikke finner noen god grunn til å nekte dispensasjonen. Eventuelt kan forvaltningen tenkes å vise til meget generelle hensyn for å finne noe som kan betegnes som samfunnsmessige fordeler. Et godt eksempel er Somb-2017-1346 hvor fylkesmannen begrunnet en dispensasjon for oppføring av en fritidsbolig med at «befolkningen får dekket sine fritids- og friluftslivbehov og dermed økt livskvalitet», et hensyn så generelt formulert at det er nærmest intetsigende. Også empiriske undersøkelser kan tyde på at forvaltningens saksbehandlere finner kravet om samfunnsmessige fordeler vanskelig å håndtere.<sup>148</sup> Det kan dermed spørres om dette kravet egentlig er nødvendig og hensiktsmessig for å gjennomføre lovgivers intensjoner om en mer restriktiv dispensasjonspraksis.<sup>149</sup>

## 4.5 Vektleggingen av fordeler og ulemper i interesseavveiingen

### 4.5.1 Kommunenes frihet ved fastleggelse av hensynenes vekt

Det kommunale selvstyre får størst betydning i dispensasjonsvurderingen ved vektleggingen av fordeler og ulemper i interesseavveiingen. Dette kan virke merkelig da vurderingen av vilkåret er et rettsanvendelsesskjønn.<sup>150</sup> Avveiingen er dermed styrt av rettskildelærens regler

---

<sup>148</sup> Hanssen (2018) s. 347–366 har foretatt flere intervjuer med representanter for fylkesmannsembetene som finner kravet vanskelig å praktisere. En uttaler blant annet på s. 353 «at det skal være fordeler for noen andre enn søker, det er jo egentlig nesten umulig ... jeg opplever vel det at vi hadde en forventning når den nye loven kom, om at dispensasjonspraksisen skulle bli skjerpet, men at den egentlig ikke har blitt det, i hvert fall ikke av den grunn.»

<sup>149</sup> Kapittel 7.3.4.

<sup>150</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

om relevans, slutning og vekt og kan overprøves fullt ut av domstolene.<sup>151</sup> Men selv om vurderingen er rettslig styrt, kan kommunene likevel ha mulighet til å foreta prioriteringer i sine subsumsjoner under vilkåret. I rettsteorien er det bred enighet om at tolkning av rettsregler kan åpne for en viss frihet for rettsanvender når ulike rettskilder harmoniseres.<sup>152</sup> Kildene kan noen ganger trekke i forskjellige retninger og det er ofte vanskelig å objektivt presisere vekten av dem. Slik kan avveilingen mellom rettskildene bli nokså skjønnsmessig. Tilsvarende kan de momentene som inngår i en subsumsjon under en rettsregel trekke i forskjellige retninger, slik at også utfallet av subsumsjonen åpner for en viss harmoniseringsfrihet. I hvilken grad dette er tilfelle vil bero på en tolkning av det aktuelle kompetansegrunnlaget, hvor det sentrale er hvor skjønnsmessig vurderingstema er formulert og omfanget av retningslinjer som styrer vurderingen. I det følgende skal jeg redegjøre for vekten av hensynene som kan inngå i interesseavveilingen, og i hvilken grad kommunen kan foreta prioriteringer i vektingen. Jeg vil ikke gå gjennom ulike typetilfeller og hvordan avveilingen skal foretas i disse, men heller forsøke å si noe om karakteren av den juridiske operasjonen vilkåret gir anvisning på.<sup>153</sup>

Som vist kan et meget bredt spekter av hensyn være relevante i interesseavveilingen. Spørsmålet i det følgende er hvordan de ulike hensynene skal vektas mot hverandre. Hvilken vekt vil for eksempel hensynet til lys og utsikt ha målt opp mot hensynet til estetisk bebyggelse? Eller hvilken vekt vil hensynet til kommuneøkonomi ha opp mot naturverninteresser? Loven selv gir i liten utstrekning de ulike hensynene noen vektmarkører.<sup>154</sup> Det er nok også vanskelig å gi mange generelle føringer for vektingen, all den tid det skal gjøres en konkret vurdering der ulike behov kan gjøre seg gjeldene fra tilfelle til tilfelle. For det første innebærer dette at det må differensieres ut i fra hvilket geografisk område dispensasjonen gjelder.<sup>155</sup> For eksempel kan det være særlig aktuelt å legge stor vekt på hensynet til lys i skyggelagte dalfører i innlandet, eller stor vekt på hensynet til jordvern på flatmarkene på Østlandet. Videre kan det være grunn til å legge mindre vekt på hensynene bak byggeforbudet i strandsonen i en kommune som i liten grad har et bebygd 100-metersbelte enn der hvor byggeaktiviteten har vært stor.<sup>156</sup>

For det andre kan også hvilke behov som gjør seg gjeldene i kommunen og hvilke løsninger som er ønskelige, være en meget skjønnsmessig vurdering. Dette gjør det vanskelig å fastsette

---

<sup>151</sup> Utsagnet bygger på en materiell forståelse av skillet mellom fritt skjønn og rettsanvendelsesskjønn, se kapittel 5.1.

<sup>152</sup> Eckhoff (2001) s. 27–30.

<sup>153</sup> For nærmere om ulike typetilfeller se Pedersen mfl. (2018b) s. 221–225 og Mæland (2010) s. 520–523.

<sup>154</sup> Se likevel kapittel 5.4.2.1 om de prioriterte hensynene i tredje ledd.

<sup>155</sup> Tilsvarende Uggerud (1994) på s. 161 om vurderingen av pbl. (1985) § 7.

<sup>156</sup> De statlige planretningslinjene for forvaltning av strandsonen vil spille inn her, se kapittel 4.3.4.



vekten av de ulike fordeler og ulemper. En problemstilling kan for eksempel være om det er akseptabelt at et område som er regulert til kontor og administrasjonsbygg får noe økt fortetting og trafikk for å sette opp et forretningsbygg som vil tilføre kommunen et økonomisk tilskudd. I en slik situasjon kan det være vanskelig å si at innvilgelse eller avslag på søknaden objektivt er et bedre alternativ enn motstykket. Vurderingen handler i en viss utstrekning om hvilke prioriteringer kommunen finner ønskelige. Slik kan de lokalpolitiske prioriteringene i kommunen spille inn i vurderingen av vilkåret.<sup>157</sup>

Fremstillingen har vist at det er få retningslinjer som styrer vektingen av fordeler og ulemper. Samtidig kan de relevante hensynene neppe ses på som størrelser som objektivt og empirisk kan kvantifiseres, slik forarbeidene i en viss grad synes å legge opp til. Dette innebærer at kommunen reelt har en ikke ubetydelig frihet når de skal avgjøre om fordelene med dispensasjonen klart er større enn ulempene.<sup>158</sup>

#### 4.5.2 Hensyn som kommunen plikter å tillegge særlig vekt

##### 4.5.2.1 *Prioriterte hensyn i plan- og bygningsloven § 19-2 tredje ledd*

Kommunen står likevel ikke helt fritt til å vektlegge hensyn i interesseavveiningen. Enkelte nasjonalt prioriterte hensyn ved dispensasjon fra loven og forskriftene står i dispensasjonsbestemmelsens tredje ledd. Selv om det ikke fremgår av ordlyden, vil hensynene langt på vei få tilsvarende betydning ved dispensasjon fra planer, da bestemmelsen gir uttrykk for hensyn som står sentralt i plan- og bygningsloven som sådan.<sup>159</sup> I pbl. § 19-2 (3) står det:

«Ved dispensasjon fra loven og forskriften til loven skal det legges særlig vekt på dispensasjonens konsekvenser for helse, miljø, jordvern, sikkerhet og tilgjengelighet.»

Betydningen av helse- og sikkerhetshensyn ble gjennomgått i kapittel 4.3.5. Jordvern har lenge vært en prioritet for lovgiver i arealforvaltningen generelt, men kom først inn i dispensasjonsbestemmelsens tredje ledd ved lovendring i 2017.<sup>160</sup> Med tilgjengelighet menes hensynet til universell utforming, hvilket innebærer at alle skal ha lik mulighet til samfunnsdelta-

---

<sup>157</sup> Kapittel 4.5.4.

<sup>158</sup> I forslaget til lovendring i 2016 står det at «vurderingstemaene etter første og andre punktum er utpreget skjønnsmessige, og i all hovedsak vil bygge på planfaglige og planpolitiske vurderinger», jf. Prop. 149 L (2015–2016) s. 55.

<sup>159</sup> Pedersen mfl. (2018b) s. 213. Dette vil så klart kun gjøre seg gjeldende innenfor rammen av planene det søkes dispensert fra. Det kan for eksempel tenkes at det er fastsatt på politisk nivå at hensynet til jordvern har måttet vike til fordel for andre interesser i et gitt område.

<sup>160</sup> Å hindre forringelse av dyrkbar jord har stått sentralt i arealplanleggingen siden jordloven av 1955.

gelse uavhengig av begrensinger som funksjonsnedsettelse.<sup>161</sup> Prinsippet om universell utforming er også ivaretatt i plan og bygningslovens formålsbestemmelse i pbl. § 1-1 (5).

Hva som ligger i «miljø» er mer uklart. Ordlyden kan omfatte en hel rekke ulike forhold, som forebygging av klimaendringer og forurensing, eller bevaring av biologisk mangfold og naturverninteresser. Loven og forarbeidene gir ingen anvisning på det tiltenkte innholdet av begrepet, men det er naturlig å anta at det favner vidt. Utrykket må ses i lys av plan- og bygningsloven, og de øvrige sektorlovene. Disse stiller en rekke krav til ivaretagelse av ulike miljøinteresser som kommunen også må forholde seg til i dispensasjonsvurderinger. Utenfor plan- og bygningsloven finnes krav i blant annet forurensingsloven og naturmangfoldloven. I tillegg kan det diskuteres om ikke Grunnloven § 112 stiller krav til ivaretagelse av miljøinteresser også i forvaltningens saksbehandling.<sup>162</sup> Det omfattende lovverket som finnes på området legger slik en rekke rammer for kommunenes dispensasjonsvurderinger. Noen av kravene er detaljert formulert, som for eksempel forskriftene om prioriterte arter gitt i henhold til naturmangfoldloven § 23 (4), mens andre har som formål å sette minstestandarder for ivaretagelse av sentrale miljøinteresser, som prinsippene i naturmangfoldloven kapittel 2.<sup>163</sup>

Ut over de hensyn som fremgår av dispensasjonsbestemmelsens tredje ledd kan det spørres om andre hensyn er av en slik karakter at de får en lignende status. KMD mente i forbindelse med forslaget til lovendring av dispensasjonsbestemmelsen i 2016 at tredje ledd var overflødig. Departementet mente det allerede fremgår av loven system at alle samfunnshensyn som ivaretas i plan- og bygningsloven også skal hensyntas i den enkelte dispensasjonssak.<sup>164</sup> Ut ifra en slik tankegang kan det pekes på flere andre interesser som peker seg ut som prioriterte på samme måte som de som fremgår av tredje ledd. For det første hensynet til samiske interesser. Dette er fremhevet som prioritert i pbl. §§ 1-1 og 3-1, forarbeidene til plan- og bygningsloven,<sup>165</sup> samt at samiske interesser i en viss utstrekning er vernet i Grl. § 108.<sup>166</sup> Videre setter plan- og bygningsloven og de ulike sektorlovene krav til ivaretagelse av blant annet

---

<sup>161</sup> Pedersen mfl. (2018b) s. 213–214.

<sup>162</sup> Se bla. Thengs (2017) s. 37–38.

<sup>163</sup> Prinsippene har kun vært avgjørende i én uttalelse fra Sivilombudsmannen, Somb-2017-1346. Saken gjaldt oppføringen av en fritidsbolig i randområdet for villrein. Fylkesmannen ble kritisert for å kun vurdere i hvilken grad tiltaket alene ville forringe villreinsens leveområde uten å ta hensyn til tidligere og andre miljøbelastninger i området. Ombudsmannen mente dette ikke var en tilstrekkelig vurdering av den samlede miljøbelastning etter naturmangfoldloven, § 10. Se Backer (2012) s. 230–233 og Bugge (2015) s. 247–251 for nærmere om prinsippene i naturmangfoldloven kapittel 2.

<sup>164</sup> Prop. 149 L (2015–2016) s. 54.

<sup>165</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 32–33.

<sup>166</sup> Se Uggerud (1994) s. 142–151 om samiske interesser i vurderingen etter pbl. (1985) § 7.

kulturminner, friluftsliv, reindrift og Forsvarets interesser.<sup>167</sup> Etter resonnementet til KMD kan det argumenteres for at også disse hensynene må tillegges særlig vekt i dispensasjonsvurderingen, på tilsvarende måte som hensynene i pbl. § 19-2 tredje ledd. Det at lovgiver har valgt å fremheve noen hensyn eksplisitt kan imidlertid tale for at disse står i en spesiell stilling og derfor må bli tillagt særlig stor vekt.<sup>168</sup>

Hva innebærer det så at hensynene i tredje ledd skal tillegges «særlig vekt»? Forarbeidene sier formålet med retningslinjene er at dispensasjoner «ikke må innebære løsninger til nevneverdig skade for de nevnte hensyn.»<sup>169</sup> Dette betyr at de hensyn som fremgår av bestemmelsen ikke kan tilsidesettes i særlig grad, selv om de ikke skulle inngå i vurderingen av vesentlighetskriteriet. Dette ville nok måtte legges til grunn også uten uttalelsen i forarbeidene, all den tid dispensasjonsavgjørelsene må holde seg innenfor rammene av den øvrige plan- og bygningslovgivningen. Motsetningsvis vil tredje ledd innebære at om ivaretagelse av de angitte hensynene taler for at det skal gis dispensasjon, må dette tillegges vekt i avveiningen. Men ut over disse ganske vage utgangspunktene kan det i tvilstilfeller være vanskelig å si nøyaktig hvilken betydning de prioriterte hensynene skal få. Dette vil særlig gjelde da vekten av de motstående hensynene ofte ikke er styrt av retningslinjer og er vanskelig å fastslå.

På tilsvarende måte er det vanskelig å fastlegge vekten av de hensynene som er prioriterte i plan og bygningslovgivningen, men som ikke er fremhevet i tredje ledd. Særlig om disse skal vektlegges annerledes enn hensynene i tredje ledd. Adgangen til å tilsidesette disse hensynene er nok også i utgangspunktet liten, og sektorlovgivningen danner et rammeverk kommunen må holde seg innenfor. Likevel sier lovgivningen lite om denne vektleggingen og legger få føringer kommunene plikter å forholde seg til.

#### *4.5.2.2 Særlige hensyn ved dispensasjon fra planer*

Plan- og bygningsloven § 19-2 fjerde ledd gjelder hovedsakelig dispensasjon fra planer. Det følger av første punktum at statlige og regionale rammer og mål i disse tilfellene skal «tillegges særlig vekt». Dette omfatter ikke bare rettsregler av overordnet nivå, men også uttalte mål for utviklingen i området.<sup>170</sup> Slike mål kan fremgå av blant annet regionale planer, uttalelser

---

<sup>167</sup> Se kulturminneloven, friluftslivloven og reindriftsloven. Forsvarets interesser er fremhevet som arealformål i både pbl. §§ 11-7 og 12-5.

<sup>168</sup> Stortingskomiteen valgte å forkaste KMDs forslag om å fjerne tredje ledd, men dette ble gjort uten begrunnelse. Tredje ledd kan ha blitt beholdt i lovt teksten vel så mye for å synlig- og tydeliggjøre enkelte prioriterte hensyn som at det skulle ha noen relevans for den materielle retten, se Innst. 181 L (2016–2017) s. 7.

<sup>169</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

<sup>170</sup> Pedersen mfl. (2018) s. 214.

fra departementene,<sup>171</sup> eller de statlige planretningslinjene (SPR) og rikspolitiske retningslinjene (RPR).<sup>172</sup>

Vekten av slike uttalte mål vil, på samme måte som hensynene i tredje ledd, ofte være vanskelig å fastsette presist. Særlig vil dette være tilfelle for de prioriteringer som fremgår av de statlige planretningslinjene. Selv om disse også gjør seg gjeldende når kommunen fatter enkeltvedtak, bærer de først og fremst preg av å være politiske verktøy som skal benyttes ved utarbeidelse av nye planer. For det første brukes betegnelse «skal», «bør» og «kan» om hverandre uten at det er klart hvilken mening som er tillagt termene.<sup>173</sup> For det andre er mange av de fremhevede hensynene såpass vagt formulert at det ofte vil være vanskelig å utlede noe entydig om vektig av hensyn i dispensasjonsavveininger av dem. For eksempel SPR for samordnet bolig-, areal-, og transportplanlegging punkt 4.2: «Utbyggingsmønster og transportsystem må samordnes for å oppnå effektive løsninger, og slik at transportbehovet kan begrenses og det legges til rette for klima- og miljøvennlige transportformer.» Et annet eksempel er RPR for barn og planlegging punkt 5 bokstav b som sier at det skal finnes arealer i nærmiljøet som «er store nok og egner seg for lek og opphold.» Disse formuleringene er såpass vage at en hel rekke forskjellige tiltak kan sies å være i samsvar med dem. Selv om retningslinjer som de overnevnte vil ha en grense hvor det er klart at de er overtrådt vil det nok være relativt sjeldent kommunene fatter et dispensasjonsvedtak hvor de stiller seg i en slik situasjon. Den retningslinjen som nok har størst betydning for dispensasjonssaker er SPR for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen.<sup>174</sup> Retningslinjen går forholdsvis detaljert til verks med å liste opp hvilke hensyn som har betydning i de ulike sonene. Blant annet går det frem av punkt 7.2 at behovet «for næringsutvikling og arbeidsplasser, for eksempel satsing på reiseliv og turisme, skal tillegges vekt i vurderingen» i sone 3-områder, uten at det samme gjelder for sone 1 og sone 2.

---

<sup>171</sup> For eksempel har forsøker rundskriv T-2016-2 å sammenfatte nasjonale og vesentlige regionale forventinger på miljøområdet, jf. Klima- og miljødepartementet (2016). Rundskrivet er først og fremst ment for miljøforvaltningens innsigelsespraksis, men vil også mer generelt vise hvilke klima- og miljøhensyn departementet mener skal ivaretas i den kommunale arealplanleggingen. Rundskrivet gir en gjennomgang av statlige forventinger til ivaretagelse av miljøinteresser som støy, luftkvalitet, klimatilpassing, naturmangfold, kulturminner, verning av strandsonen og vassdrag mfl.

<sup>172</sup> Rikspolitiske retningslinjer var navnet på det som tilsvarer dagens statlige planretningslinjer etter pbl. (1985) § 17-1. Det finnes i dag fem gjeldende retningslinjer: SPR for klima- og energiplanlegging og klimatilpassing (2018), SPR for samordnet bolig-, areal og transportplanlegging (2014), SPR for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen (2011), RPR for vernede vassdrag (1994) og RPR for å styrke barn og unges interesser i planleggingen (1995).

<sup>173</sup> Plathe, Hernes og Gunnufsen (2016) s. 29.

<sup>174</sup> Kapittel 4.5.2.2.

Videre fremgår det av pbl. § 19-2 (4) annet punktum at kommunen «bør heller ikke dispensere fra planer, lovens bestemmelser om planer og forbudet i § 1-8 når en direkte berørt statlig eller regional myndighet har uttalt seg negativt om dispensasjonssøknaden.» En slik uttalelse vil altså være et viktig argument mot dispensasjon. At en statlig eller regional myndighet har uttalt seg mot dispensasjonen innebærer videre at de er informert om vedtaket og dermed har mulig til å klage om de ikke er enig i kommunes avgjørelse.

Et hensyn som ikke fremgår direkte av fjerde ledd, men som er sentralt ved dispensasjon fra planer, er hensynet til en helhetlig planlegging. Helt grunnleggende for den kommunale dispensasjonspraksisen er at den ikke må undergrave det plansystemet som loven legger opp til. Et av hovedformålene med planene er å sørge for at arealutnyttelsen i Norge ses i et helhetsperspektiv, jf. pbl. § 3-1 (2).<sup>175</sup> Utnyttelsen av de geografiske områdene, både innad i kommunen, på tvers av kommunene og på landsbasis, skal ses i sammenheng og det skal være et tett samarbeid på tvers av sektorer slik at man får en helhetsbasert arealforvaltning. Dette har vært sentralt i arealforvaltningen siden bygningsloven av 1965 innførte en bygningslovgivning som skulle gjelde over hele landet, men ble først eksplisitt fremhevet i arbeidet med plan- og bygningsloven av 1985.<sup>176</sup> En slik helhetlig planlegging kan først og fremst gjennomføres gjennom planprosessene.<sup>177</sup> Det kan for eksempel tenkes at et området blir avsatt som et LNF-område slik at et annet kan bli avsatt til bebyggelse og anlegg. Med et slikt perspektiv får man ivaretatt naturvern i tilstrekkelig grad i kommunen som helhet. I dette LNF-område kan det være akseptabelt at det dispenseres fra arealrestriksjonen i en enkelt byggesak. Gjøres det derimot i en rekke dispensasjoner, slik at området i realiteten skifter karakter, kan hele kommuneplanen til slutt undergraves. Dette innebærer at dispensasjonene i en kommune ikke kan ses isolert, samt at de ikke kan forekomme i et for stort omfang. Dispensasjoner skal først og fremst være en snever unntaksadgang fra det systemet planene legger opp til. Hensynet til plansystemet og en helhetlig arealforvaltning gjør seg gjeldende for enhver dispensasjon fra planer og er noe som derfor alltid bør vurderes i slike dispensasjonsavgjørelser.

#### 4.5.3 Krav om klar overvekt av fordeler

Interesseavveiingen stiller krav om at fordelene med dispensasjonen «klart» må være større enn ulempene. Formålet med dette kravet var at lovgiver generelt ønsket å heve terskelen for å tillate dispensasjoner. I forarbeidene står det: «Dagens § 7 blir praktisert slik at det er tilstrekkelig med alminnelig interesseovervekt, men etter den nye bestemmelsen må det forelig-

---

<sup>175</sup> Se Winge (2011) s. 405–408 for nærmere om målet om å fremme helhet i arealplanleggingen. Se også Peder- sen mfl. (2018a) s. 103–106.

<sup>176</sup> Ot.prp. nr. 56 (1984–85) s. 83.

<sup>177</sup> Kapittel 1.2.1 for nærmere om prosessene ved vedtagelse av planer.

ge klar overvekt av hensyn som taler for dispensasjon.»<sup>178</sup> Vilkåret gir anvisning på en toleddet vurdering hvor først vekten av de relevante hensynene må vurderes og deretter hvorvidt det er *klar* overvekt av fordeler. Selv om det er i tråd med lovgivers intensjoner om en strengere dispensasjonspraksis kan det spørres hvilken betydning dette kvalifiserende kravet reelt har. Som påpekt i de foregående delkapitler er det sjeldent fordelene og ulempene er tillagt konkretiserte vektmarkører. Om et relevant hensyn skal tillegges stor eller liten vekt vil i en viss grad være overlatt til rettsanvender selv. Som en følge av dette vil rettsanvender også få en frihet til å si om det om det foreligger *klar* overvekt av fordeler. Å trekke grensen mellom kun en overvekt og en «klar» overvekt av de hensyn man mener bør vinne frem vil være vanskelig i praksis. Ofte vil utfallet av dispensasjonsvurderingen allerede være avgjort ved vektleggingen av de hensyn som inngår i vurderingen, slik at det kvalifiserende kravet kun får betydning i tvilstilfeller.

Somb-2014-334 kan illustrere dette poenget. Saken gjaldt en søknad fra avstandskravet i pbl. § 29-4 for oppføring av en støttemur på en nabogrense. Kommunen hadde godkjent søknaden med den begrunnelse at muren førte til en «utbedring av terrengsituasjonen for begge parter». Fylkesmannen omgjorde kommunens vedtak og la på sin side vekt på murens arkitektoniske utforming, som han oppfattet som «massiv og ruvende» noe som ville gi «eiendommen på nedsiden en større innestengtfølelse», samt at søker allerede hadde opparbeidet et uteareal på en av boligens andre sider og derfor ikke hadde særlig behov for andre uteområder.<sup>179</sup> Utfallet ble forskjellig i de to vurderingene fordi kommunen og fylkesmannen hadde forskjellige syn på den estetiske verdien av murens arkitektoniske utforming og hvilken fordel den endrede terrengsituasjonen innebar. Kravet om klar overvekt fikk slik liten selvstendig betydning i noen av vurderingene.

#### 4.5.4 Adgang til å vektlegge lokalpolitiske prioriteringer?

Et spørsmål er om det er adgang til å ta hensyn til lokalpolitiske prioriteringer i interesseavveiingen. Dette er et spørsmål om vekten av de relevante hensyn kan variere basert på den politiske sammensetningen i kommunen. Hvis den politiske ledelsen i kommunen ønsker å prioritere naturvern eller ønsker å tilrettelegge for næringsvirksomhet, er dette noe som kan påvirke vektingen av fordeler og ulemper? Det kan først påpekes at det er nokså uvanlig å åpne for lokalpolitiske prioriteringer i forvaltningsrettslige vurderinger som er rettsanvendelsesskjønn. Der lovgiver ønsker at slike vurderinger skal være relevante er dette vanligvis synliggjort ved at vurderingstema angis som et fritt skjønn. I dispensasjonsvurderingen må man imidlertid stille spørsmålet i forbindelse med vilkåret i annet ledd annet punktum og ikke bare kan-skjønnet i første ledd. Grunnen til dette er at vektleggingen av de ulike hensynene foretas under vurderingen av vilkåret, slik at en særlig lokalpolitisk prioritering nødvendigvis må

---

<sup>178</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

<sup>179</sup> Saken for Sivilombudsmannen gjaldt hovedsakelig om utvidelse av utearealet var et personlig hensyn. Dette hadde fylkesmannen lagt til grunn og derfor tillagt hensynet mindre vekt.

inngå i denne avveiingen.<sup>180</sup> Selv om en adgang til å foreta lokalpolitiske prioriteringer i et rettsanvendelsesskjønn er uvanlig, er det ikke nødvendigvis utelukket. Hvorvidt det foreligger en slik adgang vil bero på en tolkning av det aktuelle kompetansegrunnlaget.

Hverken loven, forarbeidene eller rettspraksis om pbl. § 19-2 sier noe om dette spørsmålet. I plan- og bygningsloven er det lagt opp til at lokalpolitikk først og fremst skal spille en rolle ved vedtagelsen av planer. Det kan dermed hevdes at muligheten til å løfte en dispensasjon opp på planleggingsnivå er et argument som taler mot en adgang til å vektlegge lokalpolitikk i dispensasjonsavveiinger. Likevel vil det fort virke kunstig å nekte kommunene å ta hensyn til kommunalpolitiske prioriteringer i dispensasjonssaker generelt. De avveiingene som tas ved behandlingen av en dispensasjonssøknad tilsvar på mange måter de som foretas ved vedtagelsen av en arealplan, men for et mindre område. For eksempel kan man bli tvunget til å veie næringshensyn mot fritidsaktivitetshensyn. Slik synes det naturlig at det også i disse vurderingene, som på mange måter kan ses på som en forlengelse av planprosessen, bør være adgang til å vektlegge lokalpolitikk. Særlig fordi det er kommunestyre, som er politisk valgt, som sitter med den endelige beslutningsmyndigheten også i dispensasjonssaker.<sup>181</sup> Også praktisk virker det vanskelig å holde lokalpolitiske prioriteringer utenfor vurderingen, all den tid kommunen har blitt gitt en betydelig skjønnsmargin ved vektleggingen av de relevante hensyn. Selv om spørsmålet er uavklart er det derfor mye som taler for at det bør være tillatt å ta hensyn til lokalpolitikk i interesseavveiingen.

Politiske prioriteringer må likevel naturligvis holde seg innenfor rammen av plan- og bygningslovgivningen. Dette innebærer blant annet at det ikke vil være adgang til å tilside sette nasjonale eller regionale interesser i nevneverdig grad med grunnlag i lokale politiske ønsker. Et visst slingsmonn har nok likevel kommunen, for eksempel med tanke på hvordan naturverninteresser skal vektes mot hensynet til kommuneøkonomien.

#### **4.6 Krav til likebehandling**

Det kan spørres om kommunene er bundet av krav til likebehandling i sine vurderinger av dispensasjonsvilkårene. Spørsmålet er aktuelt fordi Sivilombudsmannen i Somb-2017-1231 har kommet frem til at forbudet mot usaklig forskjellsbehandling ikke får anvendelse i vurderinger etter pbl. § 19-2 (2). Ombudsmannen mener kravet kun gjør seg gjeldende i vurderinger

---

<sup>180</sup> Se kapittel 5.4 og 5.5 for nærmere om de problemer denne situasjonen fører med seg.

<sup>181</sup> De nevnte argumentene blir også tatt opp av Uggerud (1994) på side 164–165 om adgangen til å vektlegge partipolitiske vurderinger etter pbl (1985) § 7. Han mente imidlertid dette var en del av forvaltningens frie skjønn.

som er fritt skjønn.<sup>182</sup> Uttalelsen har blitt gjentatt i en dom fra Sandefjord tingrett, TSAFO-2017-187309. Begge viser til Stub, som begrunner standpunktet i at rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn bygger på prinsipielt forskjellige grunnlag.<sup>183</sup> Mens et forbud mot såkalt usaklig forskjellsbehandling ved vurderinger av forvaltningens frie skjønn er et alminnelig forvaltningsrettslig prinsipp,<sup>184</sup> styres rettsanvendelsen av rettskildeprinsippene. Stub mener at om forvaltningen har foretatt feil i sin rettsanvendelse er dette et spørsmål om lovtolkning og ikke om forskjellsbehandling etter den såkalte myndighetsmisbrukslæren.<sup>185</sup>

Hverken Sivilombudsmannen, Sandefjord tingrett eller Stub tar opp Rt. 2007 s. 302 i sine drøftelser av spørsmålet, noe som er en svakhet ved argumentasjonen. Saken gjaldt spørsmål om usaklig forskjellsbehandling i skatteretten. Staten anførte at læren om usaklig forskjellsbehandling ikke får anvendelse der det er snakk om å utøve et rettsanvendelsesskjønn. Høyesterett uttalte i avsnitt 56: «Etter mitt syn kan det ikkje vere tvil om at det gjeld eit krav om likebehandling også i andre saker enn dei som gjeld fritt skjønn.» Med dette virker det som om Høyesterett legger til grunn at det eksisterer et forbud mot usaklig forskjellsbehandling også utenfor det frie skjønn. Det kan imidlertid anføres at uttalelsen må begrenses til kun å gjelde skattesporsmål. Førstvoterende innleder drøftelsen ved å si at han behandler «spørsmålet om usakleg forskjellsbehandling i skatteretten», og han begrunner standpunktet i praksis om skattesporsmål og de særlige hensyn som gjør seg gjeldende der.<sup>186</sup> Denne argumentasjonen kan nok vanskelig føre frem. Det virker merkelig at Høyesterett uttalte seg så uforbeholdent om de mente å begrense seg til skatterettens område. Videre er det vanskelig å se hvorfor Høyesterett skulle mene skatterettens område står i en annen stilling enn forvaltningsretten for øvrig når det gjelder krav til likebehandling. De beste grunner taler derfor for at dommens uttalelser gjelder generelt for forvaltningens avgjørelser.<sup>187</sup>

Et annet forhold som taler for at forbudet mot usaklig forskjellsbehandling får anvendelse ved vurderingen av dispensasjonsvilkårene er at vektingen av hensyn i interesseavveilingen åpner

---

<sup>182</sup> Uttalelsen er noe overraskende da den bryter med eldre ombudsmannspraksis. I saker om pbl. (1985) § 7 hvor ombudsmannen la til grunn at kravet om «særlige grunner» utgjorde et rettsanvendelsesskjønn ble det uttalt at forbudet mot usaklig forskjellsbehandling i stor utstrekning også gjelder for vurderinger under rettsanvendelsesskjønnet, se Somb-2002-72, Somb-2006-71 og Somb-2009-79. I Somb-2017-1231 sies det kun kort at disse sakene får begrenset relevans da de gjelder den gamle dispensasjonsbestemmelsen.

<sup>183</sup> Stub (2016) s. 497. Se kapittel 5.1 for nærmere om forskjellene mellom fritt skjønn og rettsanvendelsesskjønn.

<sup>184</sup> Se bla. Rt. 2011 s. 111 avsnitt 66 og Eckhoff og Smith (2018) s. 404–407.

<sup>185</sup> Fotnote 35.

<sup>186</sup> Det vises blant annet til Rt. 1931 s. 772 side 774 hvor det uttales at det «er et viktig prinsipp i beskatningen, at det som er likt skal behandles likelig».

<sup>187</sup> Av samme oppfatning er tilsynelatende Eckhoff og Smith (2018) på s. 374–375.



for en viss vurderingsfrihet.<sup>188</sup> Har man først lagt til grunn at beslutningsorganet har en rettslig adgang til å gjøre prioriteringer åpner man samtidig for at det får anledning til å forskjellsbehandle like tilfeller. Dersom forbudet mot usaklig forskjellsbehandling ikke spiller inn i vurderingen vil en slik forskjellsbehandling være fullt lovlig. Rettskildelæren alene hindrer ikke beslutningsorganet fra å gjøre dette dersom de først har blitt tillatt en viss frihet i vurderingen. Klageorganet og domstolene har anledning til å tilsidesette den opprinnelige avgjørelsen, men det er en uheldig rettstilstand dersom det ikke stilles krav til likebehandling i selve den kommunale vurderingen.

Etter dette er det mye som taler for at det gjelder et krav til likebehandling i vurderingene av pbl. § 19-2 (2). Det neste spørsmålet er hva som er innholdet av dette kravet. For det første er det klart at likebehandlingshensyn i seg selv ikke vil kunne gi grunnlag for dispensasjon.<sup>189</sup> Etter den alminnelige læren om usaklig forskjellsbehandling kan imidlertid noen vedtak settes til side som ulovlige. For å konstatere usaklig forskjellsbehandling må to vilkår være oppfylt: det må foreligge «forskjellsbehandling» og denne må være «usaklig».<sup>190</sup>

For at det skal foreligge forskjellsbehandling må de rettsfakta som føres under vurderingsteamet ha så mange fellestrekk med den foregående saken at man kan si at sakene er like. Det første man må ta hensyn til i dispensasjonsvurderinger er hvilken geografisk tilknytning sakene har til hverandre. Er det saker fra to forskjellige kommuner blir det sjeldent snakk om forskjellsbehandling. Dette ble lagt til grunn i Rt. 2011 s. 111 avsnitt 67:

«Skulle man stille krav om likebehandling over hele landet, vil det bli lite rom for lokal selvbestemmelsesrett - noe som ville være i strid med det som var forutsetningen ved desentraliseringen.»

Usaklig forskjellsbehandling vil etter dette først og fremst være begrenset til saker innenfor samme kommune. Også forskjellsbehandling innad i kommunen vil nok være vanskelig å

---

<sup>188</sup> Kapittel 4.5.

<sup>189</sup> Se bla. LB-2013-3524 som gjaldt en anførsel om usaklig forskjellsbehandling etter den gamle dispensasjonsbestemmelsen i pbl. (1985) § 7 som ikke førte frem. Retten viste til Somb-2006-71 hvor det uttales: «Dispensasjonsvurderingen må imidlertid ta utgangspunkt i de hensyn den aktuelle forbudsbestemmelsen skal ivareta. Likebehandlingshensyn kan derfor ikke alene utgjøre grunnlag for en dispensasjon etter pbl. § 7. Dette innebærer at den konkrete vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» til å dispensere i saken, ikke kan erstattes med en vurdering av hvorvidt det foreligger (usaklig) forskjellsbehandling.» Disse betraktningene må også gjøre seg gjeldene ved anførsler om usaklig forskjellsbehandling etter pbl. § 19-2.

<sup>190</sup> Se bla. Stub (2016) s. 501 og Eckhoff og Smith (2018) s. 404. Det er ikke nødvendigvis gitt at krav til likebehandling under rettsanvendelsesskjønnet skal tilsvare forbudet mot usaklig forskjellsbehandling slik det anvendes under det frie skjønn. Men i mangel av andre holdepunkter virker det mest naturlig å legge et tilsvarende forbud til grunn.

konstatere. Hver enkelt dispensasjonssøknad må avgjøres på bakgrunn av de hensynene som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfelle og med hensyn til hva det søkes dispensert fra. Det vil være forholdsvis sjeldent at to dispensasjonssøknader er helt tilsvarende med tanke på geografiske forhold og de hensyn som inngår i vurderingen.

Videre må forskjellsbehandlingen være «usaklig.» Dette innebærer blant annet at forskjellsbehandlingen må utgjøre et brudd med fast praksis og ikke bare én eller flere enkeltavgjørelser, se bla. Rt. 1983 s. 1290 side 1294, Rt. 1998 s. 1795 side 1808 og Rt. 2011 s. 111 avsnitt 68. Selv om rettspraksis ikke har avklart hva som skal til av omfang og konsistens for at noe skal utgjøre en entydig praksis, er den likevel klar på at én enkeltsak ikke kan utgjøre et grunnlag for usaklig forskjellsbehandling. Dette viser at selv om læren om usaklig forskjellsbehandling får anvendelse for vurderinger av dispensasjonsvilkårene er det nok kun i ganske spesielle tilfeller at en anførsel om brudd på dette forbudet vil føre frem.

#### **4.7 Oppsummering – det kommunale selvstyre i vurderingen av dispensasjonsvilkårene**

Kapittelet har vist at det kommunale selvstyre i vurderingen av dispensasjonsvilkårene først og fremst kommer til uttrykk i vektleggingen av hensyn i interesseavveilingen. Her er mye overlatt til kommunene selv, så fremt de ikke i for stor grad nedprioriterer enkelte nasjonalt prioriterte interesser. Kommunen har imidlertid ikke noen handlefrihet med tanke på hvilke hensyn som er relevante i vurderingen. Dette er bestemt av sakens omstendigheter. Men for det kommunale handlingsrommet er det av mindre betydning, all den tid omfanget av fordeler og ulemper som kan spille inn favner meget vidt. Det er ikke satt mange begrensinger på hva kommunen kan trekke inn i sine vurderinger.

På den annen side viser fremstillingen at vurderingen under vesentlighetskriteriet ikke overlater stort handlingsrom for kommunene. Vilkåret gir uttrykk for en vurdering som dreier seg om å måle de aktuelle rettsfakta opp mot allerede gitte standarder. Hensynene bak bestemmelsene det dispenseres fra er ofte lette å konkretisere og anvende som skanke for dispensasjonsadgangen. Å vurdere hvorvidt en dispensasjon vil «vesentlig tilsidesette» disse hensynene er en forholdsvis statisk øvelse og overlater ikke kommunen noen særlig vurderingsfrihet, slik tilfelle er for interesseavveilingen.

Vurderingen under vesentlighetskriteriet har først og fremst betydning for det kommunale selvstyre ved at terskelen for å dispensere vil være høyere ved dispensasjon fra noen typer

bestemmelser enn fra andre.<sup>191</sup> Selv om vurderingen er konkret er noen bestemmelser begrunnet i hensyn som er av særlig prioritet for lovgiver og som det skal være spesielt lite aktuelt å tilsidesette. Det tydeligste eksempelet på dette er byggeforbudet i strandsonen. Motsetningsvis vil det generelt være en noe større adgang til å dispensere fra lovens byggetekniske krav. Hva det søkes dispensert fra vil slik ha betydning for rommet for å gjøre lokale prioriteringer, ved at man ved dispensasjon fra de byggetekniske bestemmelsene oftere kommer inn på interesseavveiningen og ikke allerede må nekte dispensasjonen etter en vurdering av vesentlighetskriteriet.

---

<sup>191</sup> På grunn av dette har det vært diskutert om det egentlig er hensiktsmessig med én enkelt dispensasjonsbestemmelse som omfatter alle tilfeller, se kapittel 7.3.3.

## 5 Dispensasjonsbestemmelsens frie skjønn

### 5.1 Innledende om fritt skjønn og rettsanvendelsesskjønn

Selv om interesseavveilingen åpner for en viss vurderingsfrihet, kan vilkåret prøves fullt ut av de statlige klageorganer og domstolene.<sup>192</sup> Lovgiver har imidlertid ment at en del av dispensasjonsvurderingen kun i begrenset grad skal kunne overprøves. Pbl. § 19-2 første ledd gir derfor uttrykk for et fritt skjønn.<sup>193</sup> Etter bestemmelsen kan kommunen velge å avslå dispensasjonssøknaden selv om vilkårene i annet ledd er oppfylt. I forarbeidene til pbl. (1985) § 7 var det uttalt at «ingen har krav på å få dispensasjon».<sup>194</sup> Dette er ikke eksplisitt gjentatt i forarbeidene til 2008-loven, men det er ikke noe som tyder på at lovgiver har tilsiktet noen realitetsendring på dette punktet.<sup>195</sup> I dette kapittelet skal jeg se nærmere på innholdet av dispensasjonsbestemmelsens frie skjønn og særlig kommunenes skjønnsvurderinger.

Før jeg går nærmere inn på dispensasjonsbestemmelsen er det hensiktsmessig å redegjøre for hva som legges i «fritt skjønn» og «rettsanvendelsesskjønn». Disse begrepene har vært behandlet på nokså ulike måter av forskjellige rettsteoretikere. Overordnet trekkes et skille mellom en formell og en materiell beskrivelse av fenomenet fritt skjønn.<sup>196</sup> Den materielle tilnærmingen tar utgangspunkt i egenskaper ved kompetansegrunnlaget: rettsanvendelsesskjønnet er *bundet* ved at det er styrt at rettskildelærens regler om relevans, slutning og vekt. På den annen side overlater det frie skjønn, innenfor visse rammer, materiell *frihet* til forvaltningsorganet som fatter beslutningen. Her har lovgiver ment at deler av avgjørelsen ikke skal være regulert av rettsregler, men stille forvaltningen fritt. I den materielle tilnærmingen er dermed det sentrale å identifisere de rettslige normene som setter skranker for forvaltningens handlingsfrihet.<sup>197</sup>

Annerledes fokuserer den formelle tilnærmingen på omfanget og karakteren av domstolenes prøving. Hva som definerer det frie skjønn er ikke bestemt av egenskaper ved kompetansegrunnlaget selv, men heller i hvilken grad domstolene faktisk prøver forvaltningens vurderinger. Som Graver skriver er «alt i utgangspunktet rettslig regulert, men enkelte vurderinger

---

<sup>192</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 243.

<sup>193</sup> Fotnote 35.

<sup>194</sup> Ot.prp. nr. 56 (1984–85) s. 101.

<sup>195</sup> Tilsvarende Pedersen mfl. (2018b) s. 211.

<sup>196</sup> For mer om forskjellene mellom den formelle og materielle tilnærming se Moen (2018) s. 13–22, Graver (2015) s. 236–241 og Bernt (2016) s. 328–336.

<sup>197</sup> Selv om det forekommer i litt ulike varianter legger de fleste teoretikere i norsk forvaltningsrett et materielt skjønnsbegrep til grunn. Se Graver (2015) s. 240–241, Boe (2007) s. 68–72, og Eckhoff og Smith (2018) s. 373–376. Bernt (2016) s. 336–342 argumenterer derimot for en formell tilnærming.

er av en slik karakter at de egner seg bedre til å bli foretatt av forvaltningen enn av domstolene.»<sup>198</sup> Intensiteten av prøvingen er her basert på konkrete, pragmatiske vurderinger fra domstolens side om hva som er en hensiktsmessig oppgavefordeling mellom domstolene og forvaltningen.

I det følgende vil jeg forholde meg til en materiell tilnærming til skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn. Det er denne begrepsbruken som er den vanligste i norsk forvaltningssteori, og uttalelser i plan- og bygningslovens forarbeider tyder på at det er denne tilnærmingen lovgiver har hatt hva gjelder beskrivelsen av det frie skjønn i pbl. § 19-2.<sup>199</sup> Videre er et formelt skjønnsbegrep vanskeligere å benytte i drøftelser om hva domstolene kan prøve.<sup>200</sup> Som Graver påpeker er uansett ikke forskjellen mellom de ulike tilnærmingene nødvendigvis så stor i praksis.<sup>201</sup> Også med en materiell tilnærming vil en hensiktsmessig arbeidsfordeling mellom domstolene og forvaltningen få stor betydning.<sup>202</sup>

## **5.2 Spørsmål om fritt skjønn under arbeidet med plan- og bygningsloven av 2008**

For å forstå problematikken rundt innholdet av det frie skjønn i pbl. § 19-2, er det nødvendig å redegjøre for forhistorien til dagens plan- og bygningslov. Det fulgte av den gamle pbl. (1985) § 7 at kommunen kunne dispensere dersom det forelå «særlige grunner». Det var uenighet i den juridiske teorien om kravet «særlige grunner» ga uttrykk for et rettsanvendelsesskjønn eller et fritt skjønn. Den alminnelige oppfatningen var lenge at vilkåret utgjorde et rettsanvendelsesskjønn, men at forvaltningen hadde adgang til å avslå dispensasjonssøknader etter en skjønnsvurdering selv om vilkåret var oppfylt.<sup>203</sup>

Da plan- og bygningsloven av 2008 skulle utformes, var et av spørsmålene hvilket rom for fritt skjønn den nye dispensasjonsbestemmelsen skulle ha. Grunnen til at spørsmålet om fritt skjønn ble særlig aktuelt var en dom avsagt av Agder lagmannsrett i RG 2004 s. 1176. Saken gjaldt gyldigheten av fylkesmannens vedtak om å nekte dispensasjon for tilbygg til en hytte i

---

<sup>198</sup> Graver (2015) s. 236.

<sup>199</sup> Fotnote 217.

<sup>200</sup> Moen (2018) s. 15: «I og med at domstolskontrollen er et begrepskjennetegn ved det formelle skjønnsbegrep, vil nødvendigvis påstander om domstolskontroll få sirkulære trekk.»

<sup>201</sup> Graver (2015) s. 236.

<sup>202</sup> Kapittel 5.5 og 6.6.2.

<sup>203</sup> Dette ble blant annet lagt til grunn i flere uttalelser fra sivilombudsmannen før Trallfa-dommen, se bla. Somb-1994-74, Somb-2002-72, Somb-2003-94 og Somb-2004-70. For mer om diskusjonen se Uggerud (1994) på bla. s. 39, og Aulstad (2007) s. 78–80. Uggerud mente «særlige grunner» i en viss grad åpnet for fritt skjønn, mens Aulstad var mer kritisk til dette.

strandsonen. Et av spørsmålene i saken var nettopp hvorvidt vurderingstemaet «særlige grunner» i pbl. (1985) § 7 utgjorde et rettsanvendelsesskjønn eller et fritt skjønn. Retten falt etter en omfattende gjennomgang av de foreliggende rettskildene ned på sistnevnte løsning. Avgjørende for retten var at vurderingstemaet i stor grad falt sammen med den avveilingen som gjøres under skjønnsutøvelsen, samt at denne avveilingen var av en faglig og politisk natur.

Lagmannsrettens dom var forholdsvis kontroversiell. Som nevnt var den alminnelige oppfatningen frem til dette at vurderingen av vilkåret «særlige grunner» var et rettsanvendelsesskjønn. Avgjørelsen førte til at Bygningslovutvalget i sin andre delutredning måtte ta stilling til omfanget av det frie skjønn i den nye dispensasjonsbestemmelsen. Utvalget valgte å ikke videreføre rettens konklusjon i RG 2004 s. 1176. I stedet ønsket de å bygge videre på Planlovutvalgets utredning, hvor det ble lagt betydelig vekt på behovet for å stramme inn dispensasjonsadgangen.<sup>204</sup> Omfanget av kommunale dispensasjoner ble der sett på som skadelig for planleggingen som helhet, og det var et uttalt mål med lovarbeidet å

«sikre seg mot at kommunene gjennom dispensasjoner i enkeltsaker kan fravike overordnede mål og rammer som er ivaretatt gjennom planen eller for eksempel gjennom statlig forbudsbestemmelse.»<sup>205</sup>

Dette synspunktet ble fulgt opp av Bygningslovutvalget, som i tillegg la vekt på at det klages på dispensasjonsavgjørelser i et betydelig omfang, og at det er behovet for en intensiv og reell kontroll med plan- og bygningsmyndighetene. For Bygningslovsutvalget var det viktig at hensynet til det kommunale selvstyre ikke kunne få prioritet på bekostning av klagernes rettsikkerhet.<sup>206</sup>

Spørsmålet om pbl. (1985) § 7 ga uttrykk for et rettsanvendelsesskjønn eller et fritt skjønn kom opp for domstolene enda en gang før arbeidet med den nye loven var ferdiggjort. Rt. 2007 s. 257, den såkalte Trallfa-dommen, gjaldt gyldigheten av fylkesmannens avslag på søknad om dispensasjon fra arealplan for oppføring av et forretningsbygg. Saksøker mente det var begått saksbehandlingsfeil fordi det ikke var lagt tilstrekkelig vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, jf. fvl. § 34 (2) tredje punktum. Fylkesmannen hadde ikke tatt hensyn til kommunens synspunkter, da han la til grunn at vurderingen av «særlige grunner» var et rettsanvendelsesskjønn. Høyesterett stadfestet fylkesmannens vedtak, men kom likevel til at dispensa-

---

<sup>204</sup> Kapittel 1.3.

<sup>205</sup> NOU 2001: 7 s. 221.

<sup>206</sup> NOU 2005: 12 s. 279.

sjonsbestemmelsen i stor utstrekning ga uttrykk for et fritt skjønn.<sup>207</sup> I den forbindelse viste retten til RG 2004 s. 1176 og uttalte i avsnitt 42 at dispensasjonsvurderinger

«vil altså være planrelatert og ofte politisk på samme vis som utarbeidelsen av planene er av faglig og politisk karakter. Kombinert med at uttrykket «særlige grunner» er svært skjønnsmessig, trekker dette nokså bestemt i retning av at det i liten grad dreier seg om rettslige rammer, men har langt større tilknytning til en planfaglig forvaltningsoppgave med islett av politikk.»

Høyesterett legger seg her på en helt annen linje enn Bygningslovutvalget. Retten legger avgjørende vekt på dispensasjonsvedtakenes politiske karakter, og at det er nødvendig å ta hensyn til kommunale vurderinger i denne sammenhengen. Et interessant aspekt ved rettens resonnement er at de synes nærmest å forutsette at hensynet til det kommunale selvstyret vil måtte tas i betraktning i dispensasjonsvurderinger, da førstvoterende legger vekt på at det ville være vanskelig å trekke innholdet i fvl. § 34 (2) tredje punktum inn i et rettsanvendelses-skjønn.<sup>208</sup> Behovet for å begrense kommunenes dispensasjonsadgang er helt fraværende fra Høyesteretts argumentasjon, og hensynene Planlovutvalget og Bygningslovutvalget la avgjørende vekt på tas ikke opp i dommen.

Når departementsproposisjonen til den nye loven kom året etter, fulgte Miljøverndepartementet ikke opp Høyesteretts argumentasjon i Trallfa-dommen. Departementet nøyde seg med å vise kort til avgjørelsen, og si at det nye lovforslaget har «klarere rettslige kriterier» enn den gamle dispensasjonsbestemmelsen. Med dette skulle rettstilstanden bli endret i forhold til dommen.<sup>209</sup> Departementet begrunner imidlertid ikke hvordan det anser interesseavveilingen i pbl. § 19-2 (2) annet punktum som et klarere rettsligere kriterium enn det tidligere kravet om særlige grunner. Det bygger kun videre på Bygningslovutvalgets ønske om en intensiv overprøving, og skriver at vurderingen «av om lovens vilkår for å kunne dispensere vil være et rettsanvendelsesskjønn», uten nærmere drøftelser av dispensasjonsavveilingens politiske karakter.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> Høyesterett mente likevel det kan tenkes tilfeller hvor domstolene kan gå lenger i sin prøving av forvaltningens dispensasjonsvurderinger. I avsnitt 44 skriver førstvoterende: «Det utelukker likevel ikke at skjønnnet i andre typer saker hvor det er spørsmål om dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 7, vil kunne være mindre preget av bygningsfaglige og politiske vurderinger og mer være av juridisk eller moralsk art. I en slik situasjon vil rettssikkerhetsgrunner kunne tilsi en mer intensiv domstolkontroll.»

<sup>208</sup> Dommens avsnitt 45.

<sup>209</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 139.

<sup>210</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 243.

Ut i fra rettsavgjørelsene som ble avsagt i perioden lovarbeidet pågikk, er det tydelig at Høyesterett og de øvrige rettsinstanser ikke ser seg særlig egnet til å gå i dybden av dispensasjonsvurderinger. Høyesterett skriver at de anser dette som en forvaltningsoppgave, med islett av politikk.<sup>211</sup> Dette problemet behandler imidlertid ikke departementet i lovproposisjonen. For både departementet og de tidligere lovutvalgene synes kontroll- og innstrammingsbehovene å ha vært av en slik prioritet, at hensynene som taler mot en omfattende prøvingsadgang ble tilnærmet fraværende ved utformingen av den nye bestemmelsen.

### **5.3 Betydningen av skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn for den kommunale vurderingen**

Lovgiver har i pbl. § 19-2 lagt opp til et skille mellom rettsanvendelsesskjønn i vurderingene etter annet ledd og et fritt skjønn i vurderingen etter første ledd. Dette skillet vil klart ha betydning for fylkesmennenes og domstolenes prøvingskompetanse.<sup>212</sup> Det kan også spørres om det vil ha noen innvirkning på kommunenes dispensasjonsvurderinger.

Dersom et formelt skjønnsbegrep benyttes må dette besvares avkrefteende. Skjønnets karakter er her kun en beskrivelse av domstolenes prøvingskompetanse. Dersom et materielt begrep legges til grunn er spørsmålet vanskeligere å besvare. Etter den tradisjonelle forståelsen er beslutningsorganet gitt en vurderingsfrihet under det frie skjønn, mens vurderingen er bundet ved rettsanvendelse. Men også rettslige vilkår kan åpne for at beslutningsorganet må foreta vurderinger.<sup>213</sup> Enkelte vilkår er såpass skjønnsmessig formulert at overgangen til et fritt skjønn blir flytende. Interesseavveilingen kan tjene som et eksempel på dette.<sup>214</sup> På grunn av dette er det kanskje ikke hensiktsmessig å operere med et skarpt skille mellom fritt skjønn og rettsanvendelsesskjønn for det opprinnelige beslutningsorganets vurderinger. Også blant teoretikere som har en materiell tilnærming til det frie skjønn, har begrepet hovedsakelig blitt behandlet i tilknytning til intensiteten av prøvingskompetansen og ikke som et fenomen som i seg selv påvirker det opprinnelige beslutningsorganets kompetanse.<sup>215</sup> Enkelte har imidlertid hevdet det er et prinsipielt skille mellom vurderingsnormene for de to grunnlagene. Dette

---

<sup>211</sup> Rt. 2007 s. 257 avsnitt 42.

<sup>212</sup> Fotnote 35.

<sup>213</sup> Se Graver (2015) s. 234–236 for mer om forholdet mellom rettsleger og skjønnsvurderinger.

<sup>214</sup> Kapittel 4.5. Et annet eksempel er Rt. 1995 s. 1427 om naturvernloven § 8, særlig på side 1433 og mindretallets votum på side 1435.

<sup>215</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 376: «Skillet mellom lovbundet og diskresjonært skjønn har primært betydning når det skal avgjøres om et forvaltningsvedtak skal anses ugyldig og/eller medføre erstatningsansvar.» Moen (2018) s. 77 og Boe (2007) s. 72 mener domstolene alltid kan prøve lovanvendelsen mot den såkalte myndighetsmisbrukslæren. Dette innebærer at vurderingsnormene under rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn kun er forskjellige i den forstand at overprøvingsinstansene kan foreta en mer intensiv prøving under førstnevnte.



standpunktet er blant annet tatt i Somb-2017-1231, hvor ombudsmannen kom til at det ulovfestede forbudet mot usaklig forskjellsbehandling ikke får anvendelse for vurderinger under rettsanvendelsesskjønn.<sup>216</sup>

Forarbeidene til pbl. § 19-2 sier ikke eksplisitt hvilken betydning som blir lagt i termene «rettsanvendelsesskjønn» og «fritt skjønn». Det er imidlertid enkelte uttalelser som peker mot en materiell tilnærming.<sup>217</sup> Uansett er det lite som tyder på at det å legge vilkårene i annet ledd under et rettsanvendelsesskjønn *i seg selv* skulle ha noen særskilt betydning for den kommunale vurderingen. Det er behovet for en intensiv kontroll som står sentralt for både Bygningslovutvalget og departementet når skjønnets karakter diskuteres.<sup>218</sup> Den kommunale vurderingen nevnes derimot ikke i disse drøftelsene. Det er lite som tyder på at lovgiver har tilsiktet noen annen virkning av å legge vilkårene under rettsanvendelsesskjønn, enn å si at det ikke er noen begrensinger i hvor langt overprøvingsorganene kan gå i sin prøving av disse.

#### **5.4 Hvilke nye hensyn kan kommunen legge vekt på i vurderingen under det frie skjønn?**

Det kan spørres hva den kommunale vurderingen etter pbl. § 19-2 (1) egentlig består av? Hvilke nye hensyn kan kommunen legge vekt på i skjønnsvurderingen, etter at vurderingene i annet ledd er foretatt?

Vilkåret i annet ledd annet punktum gir anvisning på en ren avveining av dispensasjonens fordeler mot dens ulemper. I denne vurderingen skal det altså tas hensyn til alle dispensasjonens konsekvenser. Har man først kommet til at det er klart flere fordeler enn ulemper, er det vanskelig å se hva nytt som kan tilføres vurderingen når man går over på skjønnsutøvelsen. Et avslag etter en skjønnsvurderingen vil i disse tilfellene fort virke vilkårlig. Dette var et poeng lagmannsretten pekte på i RG 2004 s. 1176, som gjaldt det gamle vilkåret «særlige grunner». Retten uttalte:

---

<sup>216</sup> Kapittel 4.6.

<sup>217</sup> Blant annet Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242: «Vurderingen av om lovens vilkår for å kunne dispensere vil være et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene.» Dersom et formelt begrep legges til grunn blir setningen sirkulær: Vurderingen kan overprøves av domstolene hvilket fører til at den kan overprøves av domstolene. Videre virker det unaturlig at lovgiver skulle legge føringer for domstolenes prøvingskompetanse dersom de ikke mente grensene for prøving beror på en tolkning av kompetansegrunnlaget.

<sup>218</sup> Departementet knytter kun kommentarer til domstolenes og de statlige overprøvingsorganenes kompetanse når det diskuterer bestemmelsens skjønn, jf. Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242. Tilsvarende i NOU 2005: 12 s. 278–279.

«Hvis en overvekt av hensyn taler for dispensasjon, er det vanskelig å forestille seg at bygningsmyndighetene vil kunne ha en holdbar begrunnelse for å avslå søknaden etter fritt skjønn.»<sup>219</sup>

Følger man dette resonnementet helt ut, innebærer det at søker reelt får et rettskrav på dispensasjon dersom vilkårene er oppfylt. Kommunen vil praktisk være bundet av utfallet av vurderingen av vilkårene. En slik situasjon synes vanskelig å akseptere, da den strider mot lovens ordlyd og lovgivers intensjoner.

Det kan imidlertid tenktes tilført enkelte nye hensyn i skjønnsvurderingen som ikke blir fanget opp av interesseavveiingen. Kommunen kan begrunne et avslag med at den ønsker å ta avgjørelsen gjennom en planendring.<sup>220</sup> Altså at spørsmålet skal løftes opp på et politisk nivå og være gjenstand for en grundigere prosess. I forlengelse av dette kan det tenktes at kommunen over en periode ikke ønsker noen dispensasjoner overhode, og at samtlige endringer skal tas gjennom planprosesser.<sup>221</sup> Det kan likevel spørres om det kan henvises til planendring for tilfeller som klart faller innenfor dispensasjonsbestemmelsens kjerneområde; når endringen er meget liten og konsekvensene åpenbart ubetenkelige. I disse tilfellene er det ikke sikkert kommunene har en saklig avslagsgrunn. Å henvise til en planendring vil her fort synes ubegrunnet og i strid med lovens forutsatte system.

Fordi kommunene kan henvise saken til en planendring er det ikke helt treffende å si at interesseavveiingen fullstendig konsumerer kommunens frie skjønn i første ledd, slik lagmannsretten i RG 2004 s. 1176 legger til grunn. Likevel er det ikke tvil om at vilkåret fører til at skjønnsadgangen blir vesentlig begrenset. Det er ingen uttalelser i forarbeidene som tyder på at lovgiver mente å begrense vurderingen under det frie skjønn til kun et spørsmål om søknaden heller skal behandles som en planendring. Spørsmålene om hvilke hensyn kommunen ønsker å prioritere i dispensasjonsavveiingen, og hvorvidt dispensasjonen anses hensiktsmessig, fanges nå reelt opp av avveiingen mellom fordeler og ulemper i pbl. § 19-2 (2) annet punktum.

---

<sup>219</sup> Poenget ble gjentatt i Rt. 2007 s. 257 avsnitt 42. Ola Mæland har argumentert for at dette fremdeles gjør seg gjeldende i vurderingen etter pbl. § 19-2, se Mæland (2010) s. 521. Det samme har Bugge (2015) s.237, selv om han kanskje er noe mer forbeholden når han sier det vil være «lite rom for en ytterligere avveiing» etter at vilkårene er vurdert.

<sup>220</sup> Tilsvarende Pedersen mfl. (2018b) s. 211–212.

<sup>221</sup> Det er imidlertid usikkert om en kommune kan beslutte dette generelt. Bugge mener muligheten til å søke om dispensasjon er rett for borgerne, og at kommunene plikter å gjøre en individuell vurdering i den enkelte sak, jf. Bugge (2015) s. 234.

## 5.5 Elementer av fritt skjønn i interesseavveiingen?

Fordi en så stor del av kommunens prioriteringer kommer til uttrykk i interesseavveiingen har enkelte teoretikere hevdet at vilkåret inneholder elementer av fritt skjønn.<sup>222</sup> Det er flere ganger lagt til grunn av Høyesterett at subsumsjonen under vage eller skjønnsmessige vilkår kan utgjøre et fritt skjønn.<sup>223</sup> I teorien er det utledet en del momenter fra høyesterettspraksis til grensedragningen mellom fritt skjønn og rettsanvendelsesskjønn i disse tilfellene. Sentralt er hvilke indikasjoner lovgiver har gitt, hvor vagt vurderingstemaet er, om vurderingen er av teknisk eller politisk art heller enn moralsk og juridisk, og hva slags organ som er satt til å praktisere bestemmelsen.<sup>224</sup>

Et annet moment som tidvis blir fremhevet er om vurderingen dreier seg om inngrep i etablerte rettigheter, eller tillatelse etter søknad. Det kan argumenteres for at det er mindre betenkelig i et rettsikkerhetsperspektiv at vurderingen er et fritt skjønn i de sistnevnte tilfellene.<sup>225</sup> Innvilgelse av dispensasjonssøknader er i utgangspunktet en tillatelse. Likevel gjelder tillatelsen unntak fra et forbud. Begrunnelsen for at vurderingen lettere skal kunne legges til forvaltningens skjønn for tillatelsestilfellene gjør seg dermed ikke gjeldene med styrke. Moen skriver at i dispensasjonssaker «vil et avslag kunne være like tyngende som et inngrep i et etablert rettsforhold. Det er nærliggende å se forbud og unntaksbestemmelser i sammenheng, slik at en prøvelse her fremstår som like påkrevet etter legalitetsprinsippet som inngrep i en mer snever forstand.»<sup>226</sup> Slik gir momentet forholdsvis liten veiledning for dispensasjonsbestemmelser.

Andre momenter kan imidlertid tale for at vurderingen av interesseavveiingen smelter sammen med vurderingen under det frie skjønn. Vilkåret er som vist meget skjønnsmessig. Loven gir anvisning på et bredt spekter av fordeler og ulemper som er relevante i vurderingen og gir få retningslinjer om hvordan disse skal vektes mot hverandre.<sup>227</sup> Hvordan fordelene og ulemperne skal veies mot hverandre vil ofte være et spørsmål om hvilke interesser kommunen ønsker å prioritere. Kommunen må dermed ofte ta stilling til hva som er en hensiktsmessig areal- og ressursdisponering. Slik fremstår vurderingen som utpreget politisk og planfaglig. I Trallfa-dommen legger Høyesterett vekt på dette når de sier vurderingen vil «være planrelatert og ofte politisk på samme vis som utarbeidelsen av planene er av faglig og politisk karakter».

---

<sup>222</sup> Blant andre skriver Øystein Nore Nyhus at dette muligens er tilfelle, jf. Nyhus (2018) note 557 og 558.

<sup>223</sup> Se bla. Rt. 1995 s. 1427 og Rt. 2007 s. 257.

<sup>224</sup> Se bla. Innjord (1996) s. 182–190, Eckhoff og Smith (2018) s. 385–388 og Graver (2015) s. 249–251.

<sup>225</sup> Nisja og Reusch (2009) s. 259, Boe (2009) s. 28 og Graver (2007) s. 373.

<sup>226</sup> Moen (2018) s. 101. Moen er generelt kritisk til å benytte skillet mellom inngrep i etablerte rettigheter og avslag på søknad som retningslinje i vurderingen.

<sup>227</sup> Kapittel 4.4 og 4.5.

ter.»<sup>228</sup> Dette vil fremdeles gjøre seg gjeldende, selv om vilkåret er endret fra et krav om «særlige grunner» til dagens interesseavveining. All den tid vurderingen dreier seg om lokalpolitiske avveininger, er det mye som taler for at den endelige beslutningskompetansen i en viss utstrekning bør ligge hos kommunale organer.

Til tross for disse argumentene er det vanskelig å komme utenom at lovmotivene er helt klare på at vurderingen av vilkåret er et rettsanvendelsesskjønn. Spørsmålet var drøftet i flere deler av forarbeidsprosessen, og lovgiver har tatt et overveid standpunkt til hvilket skjønn vilkårene skal gi uttrykk for. En så klar lovgivervilje kan vanskelig settes til side, selv om tungtveiende argumenter skulle tale for en annen løsning.

Sivilombudsmannen har tatt samme standpunkt. I Somb-2017-1231 var spørsmålet om forbudet mot usaklig forskjellsbehandling fikk anvendelse i dispensasjonsvurderingen etter pbl. § 19-2 (2). Ombudsmannen tok der stilling til hvorvidt vilkårene i dispensasjonsbestemmelsen utgjorde et fritt skjønn. Dette ble besvart avkreftende, og ombudsmannen kom frem til at vurderingen av begge vilkårene er rettsanvendelsesskjønn. Uttalelsen må nok tillegges særlig begrenset vekt i dette spørsmålet, all den tid ombudsmannen nøyer seg med å kort vise til forarbeidene. Han går ikke inn på de betraktninger om vilkårenes karakter som er omtalt i de foregående avsnittene.

Utformingen av teksten i pbl. § 19-2 synes etter dette å være lovteknisk uheldig. Til sammenligning finnes en lignende vurdering i forurensingsloven § 11, om når det skal gis konsesjon til virksomhet som kan medføre forurensing. Første ledd er et kan-skjønn, mens femte ledd sier at i skjønnsvurderingen «skal det legges vekt på de forureningsmessige ulemper ved tiltaket sammenholdt med de fordeler og ulemper som tiltaket for øvrig vil medføre.» Bugge skriver at teksten gir en vid rettslig ramme for vurderingen, og «siden det i slike saker alltid vil være mange relevante momenter [...] vil det være et stort spillerom for skjønnet, og også for saklig begrunnede variasjoner i avgjørelsene fra sak til sak.»<sup>229</sup> Interessant nok påpeker Bugge at formuleringen ble valgt nettopp fordi det var «ansett som viktig å unngå at domstolene skulle kunne overprøve forvaltningens vedtak.» Slik er det merkelig at en forholdsvis lik tekst om avveining mellom «fordeler» og «ulemper» ble brukt i plan- og bygningsloven, der poenget var å gi domstolene en omfattende prøvingskompetanse.

Fremstillingen viser at flere av de vanlige momentene som taler for at vurderingen skal være et fritt skjønn er til stede i interesseavveiningen. Dette er forhold som kan gjøre det vanskelig for de statlige klageinstansene og domstolene å gjøre en intensiv overprøving av de kommunale vurderingene, slik bestemmelsen sier at de skal. Konsekvensene av denne situasjonen vil bli behandlet i kapittel 6.

---

<sup>228</sup> Rt. 2007 s. 257 avsnitt 42.

<sup>229</sup> Bugge (2015) s. 300.

## 6 Overprøving av kommunale dispensasjonsvurderinger

### 6.1 Innledning

Tema for kapittelet er overprøving av kommunale dispensasjonsavgjørelser, både av statlige klageinstanser og av domstolene. Som sagt i kapittel 3 er en sentral del av det kommunale selvstyre at prioriteringer tatt på kommunalt nivå blir stående som endelige. Spørsmålet i det følgende er derfor hvordan det kommunale selvstyre vektlegges i prøvingen av dispensasjonsvedtak.

Ved prøving av kommunens frie skjønn er domstolenes kompetanse sterkt begrenset,<sup>230</sup> og statlige klageinstanser plikter å «legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret», jf. fvl. § 34 (2) tredje punktum.<sup>231</sup> Ved prøving av rettsanvendelsesskjønn, som dispensasjonsvilkårene, plikter derimot ikke fylkesmannen eller domstolene å ta hensyn til hvilke prioriteringer som ble gjort i kommunens vedtak.<sup>232</sup>

Som vist i kapittel 4.5 er kommunene gitt vide fullmakter til å utøve skjønn når fordeler skal avveies mot ulemper i interesseavveiingen. De kommunale prioriteringene kommer derfor hovedsakelig til uttrykk i vurderingen av vilkåret og ikke i den etterfølgende skjønnsvurderingen i første ledd.<sup>233</sup> På grunn av dette er det nærliggende å tenke at de statlige klageinstansene og domstolene vil vike tilbake for å overprøve kommunenes avveiinger under vilkåret. Dette ble lagt til grunn i både RG 2004 s. 1176 og Rt. 2007 s. 257, hvor domstolene mente vurderingen etter pbl. (1985) § 7 var en utpreget planfaglig og lokalpolitisk forvaltningsoppgave det burde føres begrenset kontroll med. Pbl. § 19-2 annet ledd viderefører på mange måter vurderingen av det tidligere kravet om «særlige grunner». På grunn av dette skriver Ola Mæland: «I praksis er det grunn til å anta at domstolene vil utøve betydelig tilbakeholdenhet med å overprøve forvaltningens vurderinger av om lovens vilkår er oppfylt.»<sup>234</sup> Det er grunn til å reise spørsmål ved det nærmere innhold av en slik tilbakeholdenhet som Mæland beskriver. Det siktes da ikke kun til den deskriptive situasjonen at dette forekommer ved prøving av dispensasjonsavgjørelser. Spørsmålet er om det ut fra lovgrunnlaget, eller den grunnleggende

---

<sup>230</sup> Fotnote 35.

<sup>231</sup> Kapittel 3.3.2.

<sup>232</sup> Forvaltningens prøvingsrett følger av fvl. § 34 (2). Domstolenes kompetanse til å prøve et vedtaks lovmessighet kan forankres i konstitusjonell sedvanerett, se bla. Bernt og Rasmussen (2010) s. 352–353.

<sup>233</sup> Kapittel 5.4.

<sup>234</sup> Mæland (2010) s. 520. Han legger imidlertid ikke det samme til grunn for fylkesmennenes prøving. Mæland mener fvl. § 34 (2) tredje punktum vil få tilnærmet ingen betydning i dispensasjonssaker, se s. 521. Se tilsvarende betraktninger i Myklebust (2016) s. 168. Bugge (2015) s. 236 mener man kan regne med at domstolene vil være tilbakeholdene og uttaler seg ikke om fylkesmannens prøving.

arbeidsfordelingen mellom organene, er holdepunkter for at det bør vises tilbakeholdenhet i prøvingen.

Når Mæland snakker om «lovens vilkår» er det nok interesseavveiiingen han har i tankene. Som vist i kapittel 4.3 overlater ikke vurderingen av vesentlighetskriteriet mye skjønn til kommunene, og det er dermed ikke grunn til å være tilbakeholden i prøvingen av den. Når tilbakeholdenhet behandles i det følgende, er det derfor prøving av interesseavveiiingen drøftelsen dreier seg om.

Et viktig aspekt ved den videre behandlingen er at det ikke bare er snakk om en tilbakeholdenhet for domstolene. Som fremstillingen vil vise er det en del som taler for at også *statlige klageorganer* er tilbakeholdne når de prøver kommunenes rettsanvendelse. Forvaltningens klageorganers prøvingsintensitet av rettsanvendelsesskjønn er i liten grad omtalt i den juridiske litteraturen, og dette reiser en rekke spørsmål.

Etter en gjennomgang av de alminnelige utgangspunkter om tilbakeholdenhet i kapittel 6.2, skal jeg se nærmere på begrunnelser for at statlige klageinstanser skal utvise tilbakeholdenhet i kapittel 6.3. Statlige organers adgang til å være tilbakeholdene i prøvingen behandles i kapittel 6.4, mens det skal sies noe om når det bør utvises tilbakeholdenhet i kapittel 6.5. Domstolenes prøving av dispensasjonssaker vil bli behandlet i kapittel 6.6. Det avsluttende kapittel 6.7 inneholder refleksjoner rundt hvilke konsekvenser det har for prøvingen at vurderingen av dispensasjonsvilkårene er et rettsanvendelsesskjønn.<sup>235</sup>

## 6.2 Innledende om tilbakeholdenhet i prøving av rettsanvendelsesskjønn

Tilbakeholdenhet i prøvingen av forvaltningens rettsanvendelse er i teorien hovedsakelig behandlet med utgangspunkt i domstolenes prøving. Tradisjonelt har fenomenet blitt sett på som en frihet for domstolene til å vurdere hvor intensivt de vil overprøve forvaltningens rettsanvendelse. Det er med andre ord ikke snakk om en kompetansebegrensing. Domstolen har mulighet til å gå fullt inn i vurderingen, men kan velge å avstå fra dette. Tilbakeholdenhet er i denne sammenheng noe som ligger i mellomstilt mellom full overprøving og den begrense-

---

<sup>235</sup> Det kunne også vært drøftet i hvilken grad Sivilombudsmannen bør utvise tilbakeholdenhet i sin prøving. Ombudsmannen har i utgangspunktet adgang til å prøve alle sidene av et forvaltningsvedtak, også skjønnsutøvelsen, se sivilombudsmannsloven § 10 (2) og Ot.prp nr. 30 (1959–60) s. 4. Likevel er ombudsmannens oppgave å føre kontroll med forvaltningens virksomhet, ikke å virke som et forvaltningsorgan. Han vil derfor ofte vike tilbake fra å overprøve forvaltningens prioriteringer og hensiktsmessighetsvurderinger, se Shelby (2017) note 75 med videre henvisninger. På grunn av dette vil betraktningene om domstolenes prøvingsintensitet i stor grad gjøre seg gjeldene også for ombudsmannens prøving. Jeg finner det derfor ikke hensiktsmessig med en egen behandling av Sivilombudsmannens tilbakeholdenhet i dispensasjonssaker.

de kontroll som domstolen fører med forvaltningens frie skjønn. Eckhoff og Smith beskriver det på følgende måte:

«Det er intet nødvendig sammenfall mellom hvilke sider av et forvaltningsvedtak domstolene har *kompetanse* til å prøve, og hvor langt inn i vedtaket de *velger* å gå. Det hender stadig at retten fastslår sin rett til å *prøve* bestemte spørsmål, men så forklarer hvorfor den ikke finner grunn til å *bruke* sin kompetanse fullt ut.»<sup>236</sup>

Det finnes flere eksempler fra praksis hvor domstolene ikke prøver forvaltningens rettsanvendelse fullt ut. Blant annet Rt. 2009 s. 354, som gjaldt gyldigheten av et fylkesmannsvedtak om å stanse anleggsarbeider på grunn av manglende reguleringsplan.<sup>237</sup> Retten uttalte i avsnitt 47: «Domstolene må vise betydelig tilbakeholdenhet med å overprøve planmyndighetenes faglige vurdering av når tiltak medfører at reguleringsplan er nødvendig.» Dette til tross for at retten mente den aktuelle vurderingen var et rettsanvendelsesskjønn. Et annet eksempel er Rt. 1975 s. 603, den såkalte Swingball-dommen, som gjaldt avslag på søknad om patent. Førstvoterende skriver på side 606 at «det er all grunn for domstolene til å vise tilbakeholdenhet med å fravike Patentstyrets avgjørelser i betraktning av den spesielle sakkunnskap og det brede erfaringsgrunnlag som Styret sitter inne med.»<sup>238</sup>

Det er vanskelig å oppstille noen faste vilkår for når domstolene kan være tilbakeholdene. Rettspraksis viser at dette som regel gjøres når subsumsjonen har et sterkt faglig eller politisk preg, samt at det opprinnelige beslutningsorganet kan betegnes som «bedre egnet» til å foreta vurderingen, typisk ved at de besitter en spesiell faglig kyndighet eller politisk forankring.<sup>239</sup> Et annet viktig moment er i hvilken grad rettssikkerhetshensyn som tilsier en intensiv prøving gjør seg gjeldende.<sup>240</sup>

---

<sup>236</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 527. Tilsvarende Boe (2007) s. 80–84. Den tradisjonelle tilnærmingen til tilbakeholdenhet har blitt kritisert de siste årene. Denne kritikken blir drøftet mer inngående i kapittel 6.7.

<sup>237</sup> Kapittel 4.3.3 om dispensasjon fra krav om reguleringsplan.

<sup>238</sup> Også f.eks. Rt. 1995 s. 1427 på s. 1433 og Rt. 2012 s. 1811 avsnitt 37.

<sup>239</sup> Bla. Vangsnes (2014) s. 140–147, Eckhoff og Smith (2018) s. 527–528, Moen (2018) s. 120–124.

<sup>240</sup> Boe (2009) s. 12 og Vangsnes (2014) s. 143–144.

### **6.3 Begrunnelser for at statlige klageorganer er tilbakeholdene i prøvingen av dispensasjonssaker**

#### **6.3.1 Forutsetning – Vurderingstemaet er skjønnsmessig**

I det følgende skal jeg undersøke om de tradisjonelle begrunnelsene for å utvise tilbakeholdenhet gjør seg gjeldene for statlige klageorganers prøving av kommunens interesseavveieinger.

En forutsetning for å føre en mindre intensiv prøving er at det finnes flere mulige resultater av en subsumsjon som alle kan betegnes som rettslig akseptable. Dersom det følger av kompetansegrunlaget at det kun er ett løsningsalternativ som kan sies å være rettslig korrekt, er det vanskelig å finne noen begrunnelse for at klageorganet ikke skal overprøve den opprinnelige vurderingen fullt ut. Et klassisk eksempel er folketrygdloven § 2-1 (1). Bestemmelsen sier at personer som er bosatt i Norge er pliktige medlemmer i folketrygden. Her har ikke forvaltningen adgang til å utøve skjønn i spørsmålet om vilkåret er oppfylt. Resultatet vil alltid være bestemt av de faktiske forhold, altså om personen er bosatt i Norge eller ikke.

Som gjennomgått i kapittel 4.3 har kommunen en viss adgang til å utvise skjønn i vektingen av fordeler og ulemper i dispensasjonsavveieingen. Forutsetningen for å utvise tilbakeholdenhet i prøvingen av rettsanvendelsesskjønnet synes dermed å være til stede for prøving av interesseavveieingen.

#### **6.3.2 Vurderingen beror på særlige fagkunnskaper**

En vanlig begrunnelse for å føre en mindre intensiv prøving er at vurderingstemaet er utpreget faglig. Her kan det blant annet vises til Rt. 2004 s. 1092.<sup>241</sup> Høyesterett la der til grunn at et vedtak om freding av reinbeitedistrikt vil bero på et faglig skjønn domstolene bør være tilbakeholdene med å overprøve. Retten uttalte i avsnitt 70: «Vedtaket vil i stor grad måtte bygge på en avveining av reindriftsfaglige og landbruksfaglige hensyn, basert på lokalkunnskap og konkrete observasjoner.»

Tilbakeholdenhet som følge av at vurderingstemaet er utpreget faglig er hovedsakelig begrunnet i hensynet til vedtakenes kvalitet.<sup>242</sup> Argumentet er at kontrollorganet ikke besitter den samme kunnskapen som det opprinnelige beslutningsorganet og derfor ikke er like egnet til å

---

<sup>241</sup> Se også bla. Rt. 1975 s. 603 side 606, Rt. 1991 s. 586 side 595 og Rt. 2007 s. 1815 avsnitt 39.

<sup>242</sup> Moen (2018) s. 122.



foreta en god vurdering av spørsmålet. Dette vil til en viss grad alltid være tilfelle for administrative vedtak, da det er spesialister som fatter disse avgjørelsene.<sup>243</sup> For at begrunnelsen for å være tilbakeholden i enkelte tilfeller skal stå seg, må det derfor være noe særskilt ved enkelte vurderingstemaer som skiller dem fra andre forvaltningsrettslige vurderinger. Typisk vil dette være at vurderingstema er svært skjønnspreget, samtidig som rettskildebildet ikke gir særlig veiledning til konkrete avveier. Om den vurderingen som skal foretas i tillegg fordrer spesielle fagkunnskaper kan mye tale for at kontrollorganet, som mangler slike kunnskaper, ikke bør foreta en intensiv overprøving.

Det kan så spørres om manglende fagkunnskap kan være en legitim begrunnelse for at de statlige klageorganer skal være tilbakeholdene i prøvingen av interesseavveiningen i pbl. § 19-2. En slik argumentasjon kan neppe føre frem. Fylkesmennene overprøver stadig dispensasjonsvurderinger og har opparbeidet seg en betydelig kunnskap på feltet. Det er nok derfor lite som tilsier at de skal føre en mindre intensiv prøving på grunn av manglende fagkunnskap.

I Rt. 2004 s. 1092 avsnitt 70 blir manglende lokalkunnskap brukt som en begrunnelse for å utvise tilbakeholdenhet. Det kan spørres om ikke dette er et forhold som taler for at fylkesmennene bør utvise tilbakeholdenhet i dispensasjonsvurderinger, all den tid de ikke står like nært de fysiske forholdene avgjørelsen angår som den kommunale beslutningsmyndigheten. Dette argumentet kan nok ikke trekkes for langt. Fylkesmannen har i stor utstrekning anledning til å innhente uttalelser fra kommunen og gjennomføre befaringer for å få oversikt over saksforholdet. Likevel kan det tenkes tilfeller hvor tilstrekkelig kunnskap viser seg vanskelig å innhente, for eksempel på grunn av ressursmangel. I slike saker kan manglende oversikt over saksforholdet tilsi at fylkesmennene i en viss utstrekning bør være tilbakeholdende med å overprøve kommunens vurdering.

### 6.3.3 Vurderingen er politisk – legitimitetsbetraktninger

En annen begrunnelse for å utvise tilbakeholdenhet er at vurderingen sterkt bærer preg av å være av politisk, og ikke juridisk, karakter. Her oppstår spørsmålet om de statlige overprøvingsorganene har den samme legitimiteten til å fatte avgjørelsen som kommunen, basert på de forskjellige organenes sammensetning og oppgaver.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> Tilsvarende Moen (2018) s. 120.

<sup>244</sup> For domstolene peker Innjord (1996) s. 184 på at «det i det lange løp lett kan gå ut over domstolenes uavhengighet og objektivitet», dersom de i for stor grad prøver spørsmål av utpreget politisk art.

Høyesterett har i praksis lagt liten vekt på legitimitetsbetraktninger når de drøfter tilbakeholdenhetsspørsmål.<sup>245</sup> Dette er ikke særlig overraskende, da er det vanskelig å peke på hva som gjør en vurdering «politisk». Det er mange juridiske spørsmål som er politisk betente og omstridte, for eksempel på innvandringsfeltet, uten at dette medfører at overprøvingsorganene skal føre en mindre intensiv prøving av dem. En viss veiledning i spørsmålet er kanskje formulert av Graver, som omtaler «spørsmål om hva som er en akseptabel utvikling, og hvordan offentlige ressurser skal prioriteres» som typiske eksempler på vurderinger av politisk karakter.<sup>246</sup>

Vel så viktig som hva avgjørelsen gjelder er selve vurderingsnormens art. Størst grunn til å utvise tilbakeholdenhet av hensyn til legitimitetsbetraktninger er det når det er snakk om avveininger som legger opp til at beslutningstager kan foreta prioriteringer.<sup>247</sup> I disse tilfellene blir forskjellene mellom de ulike organenes sammensetning satt på spissen. Under slike avveiningsnormer, hvor kommunen har en adgang til å gjøre prioriteringer, er vurderingen vanligvis overlatt til forvaltningens frie skjønn, hvor begrensingen i klageinstansens prøving etter fvl. § 34 kommer til anvendelse. Det frie skjønnet er i disse tilfellene ment å legge visse vurderinger ned til kommunene, nettopp fordi det dreier seg om avgjørelser hvor lovverket har gitt rom for å gjøre politiske valg på lokalt nivå.

Dette er også tanken bak dispensasjonsbestemmelsen i plan- og bygningsloven. I kommunale dispensasjonsvurderinger er det kommunestyret, som er politisk valgt, som sitter med den endelige kompetansen. Lovgiver har med skjønnsadgangen i pbl. § 19-2 første ledd tilsiktet at det skal være en viss adgang for kommunene til å foreta prioriteringer. Som gjennomgått fører utformingen av pbl. § 19-2 til at det i realiteten, og sannsynligvis utilsiktet fra lovgivers side, blir lite igjen av kommunens frie skjønn ved vektingen av hensyn. Det er derfor grunn til å hevde at fylkesmennene, ut i fra legitimitetsbetraktninger, utviser tilbakeholdenhet med å overprøve kommunenes interesseavveininger. Særlig vil dette gjelde dersom det er klart at vektingen av fordeler og ulemper er styrt av partipolitiske prioriteringer.<sup>248</sup> Om den kommunale dispensasjonsavveiningen har en slik forankring er det vanskelig å se at fylkesmannen kan ha

---

<sup>245</sup> Et av få eksempler finnes i Rt. 2010 s. 224 avsnitt 40. Høyesterett uttaler at det kan være rom for en viss tilbakeholdenhet ved overprøving av avgjørelser fra Disiplinærnemden for advokater, på grunn av nemdens særlige sammensetning.

<sup>246</sup> Graver (2007) s. 367.

<sup>247</sup> Tilsvarende Moen (2018) s. 124. Han mener det generelt er liten grunn til å legge vekt på legitimitetsbetraktninger, men sier at «en reservasjon må likevel tas for vilkår som viser til rene avveininger». Se også Graver (2007) s. 368: «Dessuten vil det forhold at loven viser til en vurderingsnorm som grunnlag for forvaltningens avgjørelse, i seg selv kunne tale for at det er opp til forvaltningen å foreta denne vurderingen.»

<sup>248</sup> Kapittel 4.5.4.

noen legitim begrunnelse for å sette vurderingen til side med mindre den strider mot prioriteringer som er tatt på et høyere politisk nivå.

### 6.3.4 Rettssikkerhetshensyn som argument mot tilbakeholdenhet

Rettssikkerhetshensyn blir ofte tillagt vekt som et argument mot å utvise tilbakeholdenhet i prøvingen, jf. Rt. 1995 s. 1427 på side 1433 og Rt. 2007 s. 1573 avsnitt 52. Dersom slike hensyn gjør seg gjeldende med styrke, taler det for en intensiv overprøving. Dispensasjoner er i utgangspunktet tillatelser og ikke inngrep i rettigheter. Man er altså ikke i kjerneområde av den type bestemmelser hvor hensynet til borgernes rettsikkerhet tradisjonelt har fått størst betydning.<sup>249</sup> Likevel er det snakk om å gjøre unntak fra et etablert forbud, hvilket svekker dette argumentet noe.

For Bygningslovutvalget var rettsikkerhet fremhevet som et av de bærende argumentene for en omfattende overprøvingskompetanse. De påpekte at det klages på en rekke saker innenfor plan- og bygningssektoren, og at flere av dem behandles av fylkesmennene, Sivilombudsmannen og domstolene. Dette var forhold som etter deres mening underbygger behovet for en intensiv prøving av kommunale vedtak:

«I denne sammenheng blir således hensynet til effektivitet og hensynet til rettsikkerhet til en viss grad stående mot hverandre. Ved utformingen av forslag til ny dispensasjonsbestemmelse har imidlertid Bygningslovutvalget ikke funnet tilstrekkelig grunn til å la hensynet til effektivitet eller andre hensyn, som for eksempel hensynet til det kommunale selvstyret, slå igjennom i forhold til de rettsikkerhetsmessige aspekter.»<sup>250</sup>

Det kan spørres hva Bygningslovutvalget legger i «rettsikkerhet», da dette er et begrep som ikke har noe entydig fastlagt innhold. I rettsvitenskapen brukes det i en hel rekke ulike sammenhenger, noe som gjør begrepet vanskelig å håndtere.<sup>251</sup> Eckhoff og Smith omtaler kjernen av rettsikkerhet som en «beskyttelse mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, til å kunne forutberegne sin rettsstilling og til å forsvare sine interesser.»<sup>252</sup> I forvaltningsretten kan man si at krav om rettsikkerhet tradisjonelt har vært sett på som et krav om prosessuelle

---

<sup>249</sup> Bernt og Rasmussen (2010) s. 46: Rettsikkerhet «springet ut av ønsket om å beskytte borgeren fra urettmessige inngrep fra det offentliges side.»

<sup>250</sup> NOU 2005: 12 s. 279.

<sup>251</sup> Det blir derfor ofte hevdet at det bør unngås i juridisk argumentasjon og analyse, jf. bla. Eckhoff og Smith (2018) s. 60.

<sup>252</sup> Eckhoff og Smith (2018) s. 60. Om begrepet rettsikkerhet, se også Graver (2015) s. 99–102 og Bernt og Rasmussen (2010) s. 46–53.

rettsikkerhetsgarantier.<sup>253</sup> Dette innebærer at beslutningsprosessen frem til en avgjørelse er underlagt visse krav som mulighet til kontradiksjon, begrunnelsesplikt og habilitetskrav for beslutningstaker, samt at man har rett til overprøving av et uavhengig organ.

Det virker som om retten til overprøving har stått sentralt i Bygningslovutvalgets syn på ivaretagelse individenes rettsikkerhet. Det har derfor blitt et avgjørende argument for å gi overprøvingsorganene kompetanse til å prøve kommunens vurdering av dispensasjonsvilkårene fullt ut. Det kan være grunn til å spørre hvorfor utvalget mente en slik overprøvingsadgang er så viktig for borgernes rettsikkerhet. På en eller annen måte må dette være basert på en tanke om at en ny vurdering av saken vil bli mer *riktig* enn kommunens egen.<sup>254</sup> For behandlingen hos fylkesmannen kan en slik påstand kanskje begrunnes i at prosessen er noe mer omstendelig, slik at saksforholdet blir bedre opplyst. Videre er det lettere å ivareta krav til uavhengighet ved at vurderingen foretas av et organ som ikke står like nær saken. I tillegg ligger det en viktig sikkerhetsgaranti i at saken blir behandlet på nytt av noen andre, slik at klager har mulighet til å få endret vedtak hvor det er gjort åpenbare feil.

Det er likevel ikke sikkert at en ny prøving vil føre til et bedre resultat i alle tilfeller. Her støtter man på spørsmålet om fylkesmannen er det organet som er *best egnet* til å ta vurderingen, hvilket kanskje ikke er tilfelle i dispensasjonsvurderinger.<sup>255</sup> Kommunen kan være bedre legitimert til å foreta en vurdering hvor lokalpolitiske vurderinger spiller inn og kanskje dermed også mer egnet til å komme til et godt resultat. I et slikt perspektiv kan det være mindre grunn til å legge vekt på adgangen til overprøving i et rettsikkerhetsperspektiv. Dette gjelder særlig da det allerede stilles krav til beslutningsprosessen ved det opprinnelige organet, som forvaltningslovens krav til habilitet og kontradiksjon.<sup>256</sup>

I enkelte utligninger om rettssikkerhet blir retten til overprøving sett på som mindre viktig. Interessante er her forarbeidene til terskelhevingen av fvl. § 34 (2) tredje punktum. Der påstås det at de sentrale aspektene ved rettsikkerhet er at

«innbyggjarane får det dei har krav på etter lov og forskrift, er sikra ei forsvarleg saks-  
handsaming og er verna mot myndigheitsmisbruk. Når lova legg skjønsmessig kompetanse (fritt skjøn) til kommunane, vil rettstryggleiken til innbyggjarane vere sikra så lenge avgjerda er innanfor dei rammene som følgjer av lov og forskrift.»<sup>257</sup>

---

<sup>253</sup> Enkelte har også snakket om materiell rettsikkerhet, se Bernt og Rasmussen (2010) s. 50–53.

<sup>254</sup> Tilsvarende Vangsnes (2014) s. 144 om betydningen av overprøving i et rettsikkerhetsperspektiv.

<sup>255</sup> Kapittel 6.3.3 og 6.3.4.

<sup>256</sup> Bla. fvl. § 6 om habilitet og §§ 16 til 22 om kontradiksjon og § 28 om klagerett.

<sup>257</sup> Prop. 64 L (2016–2017) s. 11.

Dette innebærer at så lenge loven legger opp klare og forsvarlige rammer for hva som kan prøves, er borgernes rettsikkerhet tilstrekkelig ivaretatt. Dette selv om deler av vurderingen er unntatt prøving. Det er nok neppe konsensus i rettsteorien om KMDs syn på rettsikkerhetsbegrepet. Sitatet er likevel egnet til å vise at det ikke nødvendigvis kan settes likhetstegn mellom en mest mulig intensiv prøving og bedre ivaretatt rettsikkerhet, slik forarbeidene til pbl. § 19-2 i en viss grad synes å forutsette.

For å oppsummere er ikke dispensasjonssaker de saker hvor behovet for en intensiv overprøving av rettsikkerhetsgrunner er størst. Kommunen kan være vel så egnet til å gjøre en god vurdering, og det stilles flere krav til den kommunale prosessen. Videre er det viktig nevne at det på ingen måte er snakk om at klagerne mister retten til en ny behandling fullstendig dersom fylkesmannen er mindre intensiv i sin prøving. Slik virker en viss tilbakeholdenhet i prøvingen av kommunenes interesseavveiiinger lite betenkelig i et rettsikkerhetsperspektiv.

#### **6.4 Har statlige klageorganers adgang til å være tilbakeholdene i prøvingen av dispensasjonsvurderinger?**

##### **6.4.1 Forvaltningens klageorganers plikt til å benytte sin kompetanse**

Fremstillingen har vist at særlig legitimitetsbetraktninger taler for at statlige klageorganer bør utvise tilbakeholdenhet i prøvingen av dispensasjonssaker. Det kan likevel spørres om klageorganene kan tillates en mindre intensiv prøving, eller om de er pålagt en plikt til å benytte sin kompetanse fullt ut. Spørsmålet kan stilles da forvaltningens klageorganer og domstolene, hvor tilbakeholdenhet vanligvis blir diskutert, har ulike funksjoner. I relasjon til forvaltningen er domstolene kun et kontrollorgan som skal prøve lovligheten av vedtakene. Klageinstansen skal derimot, på samme måte som den opprinnelige beslutningsmyndigheten, forvalte det gjeldende lovverket ved å innvilge og avslå søknader.

Etter fvl. § 34 (2) første punktum «kan klageinstansen prøve alle sider» av underinstansens vedtak, herunder skjønnsutøvelsen. Selv om det ikke fremgår av ordlyden, er det er lagt til grunn i teorien at klageorganet har en plikt til å vurdere lovligheten av det opprinnelige vedtaket.<sup>258</sup> Spørsmålet er om tilbakeholdenhet i prøvingen kan være en begrensning i dette utgangspunktet.<sup>259</sup> Mye taler for at klageorganet må gå langt i å foreta en fullstendig prøving av

---

<sup>258</sup> Se Graver (2015) s. 483, Eckhoff og Smith (2018) s. 305, Bernt og Rasmussen (2010) s. 315 og Woxholth (2011) s. 552.

<sup>259</sup> Domstolene har også i utgangspunktet en plikt til å prøve forvaltningens lovanvendelse, se tvisteloven §§ 11-2 og 11-3.

underinstansens lovanvendelse. Klageinstansen skal ikke bare være et kontrollorgan og gjøre en overprøving av førsteinstansvedtaket. Den skal foreta en helt ny vurdering av saken.

I denne sammenheng kan det være grunn til å se på klageinstansenes plikt til å prøve underinstansens frie skjønn. Om det ikke foreligger en slik plikt, kan det, ut ifra sammenligningsbetraktninger, være akseptabelt at klageinstansen også er tilbakeholdne i prøvingen av underinstansens prioriteringer tatt under rettsanvendelsesskjønn. De fleste teoretikere synes å mene overprøvingsorganet ikke har noen generell plikt til å prøve underinstansens skjønnsutøvelse.<sup>260</sup> Her spiller det imidlertid inn at forvaltningens klageorgan må «vurdere de synspunkter som klageren kommer med», jf. fvl. § 34 (2) annet punktum. Dette kan tolkes slik at om klager spesifikt klager på hensiktsmessigheten av vedtaket, har klageinstansen en plikt til å gjøre en selvstendig skjønnsvurdering.<sup>261</sup> Dette ble blant annet lagt til grunn i Somb-1986-33: «Bestemmelsen forutsetter at klageinstansen benytter den kompetanse som er tildelt; det foreligger med andre ord ikke bare en rett, men også plikt til å utøve skjønn.»<sup>262</sup> Hvis klageinstansen plikter å prøve det frie skjønn hvor det er påklaget, taler mye for at den også plikter å foreta en intensiv prøving av kommunenes prioriteringer i interesseavveieingen om klager anfører at hensynene er vektet feil. Dette vil stort sett være tilfelle når det klages på dispensasjonsvurderinger. Slik er klageinstansens adgang til å være tilbakeholdene i prøvingen av underinstansens rettsanvendelsesskjønn i utgangspunktet snever.

Fylkesmannens plikt til å prøve kommunens vurderinger i dispensasjonssaker ble behandlet av Sivilombudsmannen i Somb-2013-2528. Fylkesmannen hadde ikke foretatt noen selvstendig vurdering av saken, men i stedet lagt til grunn at kommunen kunne nekte dispensasjonen etter skjønnsvurderingen i pbl. § 19-2 (1). Det var derfor, etter fylkesmannens mening, tilstrekkelig å ta stilling til om kommunens avslag var saklig begrunnet og om avslaget lå innenfor kommunens frie skjønn. Ombudsmannen viste til fvl. § 34 (2) første punktum og uttalte at fylkesmannens vurdering fremstår som «en gyldighetsprøving av vedtaket. Klageinstansens kompetanse og prøvelsesplikt går lenger enn dette. Fylkesmannen plikter å foreta en selvstendig og reell vurdering av vedtaket fattet av underinstansen.» Han ba derfor fylkesmannen vurdere saken på nytt. Uttalelsen kan imidlertid ikke tas til inntekt for at fylkesmannen ikke kan være tilbakeholden i prøvingen. Dette er noe ganske annet enn å ikke prøve kommunens vurdering overhode og ble ikke behandlet av ombudsmannen.

---

<sup>260</sup> Se Eckhoff og Smith (2018) s. 305 og Graver (2015) s. 484. Tilsynelatende også implisitt i Bernt og Rasmussen (2010) s. 315 og Woxholth (2011) s. 554–555.

<sup>261</sup> Bernt og Rasmussen (2010) s. 315 og Woxholth (2011) s. 552.

<sup>262</sup> Dette er gjentatt i Somb-1987-24. Det er imidlertid viktig å merke seg at uttalelsene stammer fra før ikrafttredelsen av fvl. § 34 (2) tredje punktum om å ta hensyn til det kommunale selvstyre.

#### 6.4.2 Analogisk anvendelse av fvl. § 34 (2) tredje punktum?<sup>263</sup>

Kanskje kan en adgang til å være tilbakeholden i dispensasjonssaker finnes i en analogibetraktning fra fvl. § 34 (2) tredje punktum. I følge bestemmelsen skal det legges «stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre» ved prøving av det frie skjønn.<sup>264</sup>

En slik analogisk anvendelse er langt fra uproblematisk. For det første pålegger bestemmelsen klageorganet en generell *plikt* til å legge stor vekt på kommunens vurderinger. Dette er kanskje noe annet enn å utvise tilbakeholdenhet i prøvingen slik det er behandlet frem til nå. I følge forarbeidene til lovendringen av fvl. § 34 (2) tredje punktum skal utfallet av den kommunale vurderingen være et moment som skal veies mot de øvrige i klageinstansens vurdering.<sup>265</sup> I denne vurderingen sier forarbeidene at det eksisterer en terskel for å overprøve kommunenes diskresjonære skjønn. Fvl. § 34 (2) tredje punktum er slik et rettskildепrinsipp. Kommunens syn er relevant og skal tillegges stor vekt i fylkesmannens avgjørelse, uten at det nødvendigvis trenger å være avgjørende. Bestemmelsen kan ses på som en lovfestet retningslinje for de statlige klageorganenes avveiinger. Klageinstansen har fremdeles innenfor denne, og de andre retningslinjene som følger av rettskildelæren, en viss frihet til å bestemme hva utfallet av avveiingen skal være. Likevel vil retningslinjen reelt utgjøre en kompetansebegrensing i fylkesmannens overprøvingsadgang. Fvl. § 34 (2) tredje punktum gir ikke uttrykk for en ren frihet i hvor intensivt klageinstansen vil prøve kommunens vedtak.

Det kan spørres om det egentlig er noen reell forskjell mellom å utvise tilbakeholdenhet og å legge vekt på den opprinnelige vurderingen. Nisja og Reusch sier om «tilbakeholdenhet» at det «kan spørres om hvor treffende denne betegnelsen er. Kanskje kan man heller si det slik at domstolene legger betydelig vekt på forvaltningens vurdering.»<sup>266</sup> Også Boe har argumentert for et slikt syn.<sup>267</sup> I praksis er det nok ikke store forskjeller mellom de to tilnærmingene, og det er tvilsomt om Høyesterett har et bevisst forhold til skillet.<sup>268</sup>

For det andre sier fvl. § 34 (2) tredje punktum at det skal legges «stor vekt» på det kommunale selvstyre. Dette kan neppe gjelde for prøvingen av interesseavveiingen. Det ville i så fall innebære en betydelig nedprioritering av ønsket om en intensiv og effektiv kontroll som er

---

<sup>263</sup> Man kunne motsetningsvis spurt om fvl. § 34 (2) tredje punktum må tolkes antitetisk. Bestemmelsen sier det skal tas hensyn til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Innebærer dette at det ikke er noen tilsvarende adgang ved prøving av rettsanvendelsesskjønn? Det er ingenting i forarbeidene som tyder på at lovgiver mente bestemmelsen skal tolkes slik. Henvisningen til det frie skjønn er nok inntatt fordi det først og fremst er i disse vurderingene lovgiver har tenkt at det skal være aktuelt for forvaltningen å gjøre prioriteringer.

<sup>264</sup> Kapittel 3.3.2.

<sup>265</sup> Prop. 64 L (2016–2017) s. 41.

<sup>266</sup> Nisja og Reusch (2009) s. 257.

<sup>267</sup> Boe (2007) s. 82–83.

<sup>268</sup> Kapittel 6.7 for noe nærmere om dette.

beskrevet i plan- og bygningslovens forarbeider.<sup>269</sup> Om man skal ta det på alvor, kan det ikke være riktig at en så vesentlig begrensingen i fylkesmannens kompetanse som fvl. § 34 (2) tredje punktum innebærer, skal slå inn med full tyngde.

Slik kan det ikke være tale om noen egentlig analogisk anvendelse av fvl. § 34 (2) tredje punktum.<sup>270</sup> I forarbeidene står det rett ut: «Forvaltningslovens regel om å vektlegge det kommunale selvstyret kommer således i betraktning kun ved interesseavveiningen om dispensasjon skal gis når lovens formelle vilkår for å gi dispensasjon er oppfylt.»<sup>271</sup> Likevel forutsetter denne forarbeidsuttalelsen at det skal foretas en interesseavveining etter at vilkårene er oppfylt. Siden det i realiteten er lite rom for en slik skjønnsadgang er det kanskje grunn til å ikke ta forarbeidene helt på ordet.<sup>272</sup> Men i hvilken grad det i så fall skal tas hensyn til det kommunale selvstyre fremstår som uklart. I den grad fvl. § 34 kan trekkes inn i dispensasjonsvurderingen kan kanskje formålet bak, og til dels oppbygningen av bestemmelsen, betraktes som en inspirasjonskilde ved fastleggelsen av innholdet av klageinstansens tilbakeholdenhet.

#### 6.4.3 Sivilombudsmannen og Miljøverndepartementets syn på fylkesmannens adgang til å være tilbakeholden i prøvingen

Sivilombudsmannen og Miljøverndepartementet har i enkelte uttalelser sagt at fylkesmannen bør være tilbakeholden med å overprøve enkelte kommunale interesseavveininger. Dette er ikke tungtveiende rettskilder, men deres standpunkter kan likevel være av interesse, da de gir en indikasjon på hvor intensivt dispensasjonssaker prøves i praksis.

For det første kan det vises til en uttalelse fra Sivilombudsmannen om dispensasjon etter pbl. (1985) § 7.<sup>273</sup> Somb-2004-69 gjaldt søknad om dispensasjon fra krav til utnyttelsesgrad ved oppføring av tilbygg til en bolig. Ombudsmannen ba fylkesmannen vurdere saken på nytt og la blant annet vekt på at det ikke hadde vært tatt tilstrekkelig hensyn til det kommunale selvstyret. Han uttalte at dispensasjonssaker «åpner for en vurdering av en rekke relevante hensyn og en nærmere skjønnsmessig avveining der det reelt sett bør ligge til rette for å vektlegge målsettinger og prioriteringer med forankring i de stedlige og lokale forhold.» Fylkesmannen burde derfor utvise tilbakeholdenhet «hvor det ikke synes å være sterke planfaglige hensyn

---

<sup>269</sup> Kapittel 5.2.

<sup>270</sup> Også Høyesterett har pekt på at det er problematisk å trekke fvl. § 34 inn i vurderinger under rettsanvendelseskjønn. Rt. 2007 s. 257 avsnitt 45: «Det virker vanskeligere å skulle trekke prinsippet om det kommunale selvstyret inn som et moment i rettsanvendelseskjønnet i strid med forvaltningslovens egen ordlyd.»

<sup>271</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

<sup>272</sup> Kapittel 5.4.

<sup>273</sup> Uttalelsen ble gitt mens man fremdeles mente vurderingen av «særlige grunner» var et rettsanvendelseskjønn.



mot en dispensasjon og hvor kommunen har foretatt en grundig gjennomgang av saken.» Ombudsmannen mente det var grunn «til å følge anvisningen i forvaltningsloven § 34 om å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret», selv om saken gjaldt overprøving av rettsanvendelsesskjønn.<sup>274</sup>

Ombudsmannen har ikke direkte tatt stilling til spørsmålet for gjeldende dispensasjonsbestemmelse, men noen uttalelser kan tyde på at han inntar samme standpunkt som i Somb-2004-69. Det kan vises til Somb-2011-1023. I sin vurdering hadde fylkesmannen vært tilbakeholden med å overprøve kommunens vurdering. Fylkesmannen uttalte: «For øvrig vil hensynet til det kommunale selvstyret normalt ha stor vekt når saken ikke berører nasjonale interesser.» Dette ble ikke kommentert av ombudsmannen, noe som hadde vært naturlig dersom han mente fylkesmannens lovtolkning ikke var riktig. Videre kan det vises til Somb-2014-3445. Her gikk ombudsmannen ikke inn i fylkesmannens avveiinger. Han uttalte: «De hensynene som fylkesmannen har trukket frem fremstår som saklige. Når det gjelder den nærmere avveiingen av disse, vil det måtte være et visst spillerom for hvilken vekt de ulike momenter tillegges.» Ombudsmannen gir her uttrykk for at han selv vil utvise en viss tilbakeholdenhet med å overprøve forvaltningens vurderinger i dispensasjonssaker. Uttalelsen gjelder imidlertid ikke fylkesmannens tilbakeholdenhet med prøving av kommunale vurderinger og sier ikke noe direkte om denne.

Videre har Miljøverndepartementet uttalt seg om spørsmålet. I en uttalelse skriver departementet at dersom en dispensasjon kun berører «lokale forhold» har kommunen et handlingsrom ved vurderingen.<sup>275</sup> I denne sammenheng viser departementet til fvl. § 34 (2) tredje punktum. Det viser også til Somb-2004-69 og sier at ombudsmannens standpunkter i uttalelsen kan videreføres til pbl. § 19-2.

## **6.5 Når bør fylkesmannen føre en mindre intensiv prøving av kommunens rettsanvendelsesskjønn?**

Om det legges til grunn at fylkesmennene bør være tilbakeholdne med å prøve enkelte kommunale interesseavveiinger, kan det spørres i hvilke tilfeller dette bør gjøres. Høyesteretts skriver i Trallfa-dommen avsnitt 52 at «anvendelsesområdet for forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum først og fremst er i valget mellom løsninger som ikke eller i liten grad kan anses å ha betydning for overordnede planhensyn av regional eller nasjonal betydning.» Det virker naturlig å benytte en tilsvarende retningslinje for en eventuell tilbakeholdenhet i prø-

---

<sup>274</sup> Standpunktet er gjentatt i Somb-2004-70. I Somb-2004-71 uttales det: «Forøvrig vil lokale vurderinger og hensyn være av betydning.»

<sup>275</sup> Miljøverndepartementet (2012).

vingen av kommunenes vurdering av pbl. § 19-2. Dette innebærer at det generelt vil være større grunn til å vektlegge kommunens vurdering der det er snakk om å dispensere fra byggetekniske bestemmelser som ikke får vidtrekkende konsekvenser, enn der dispensasjonen berører nasjonale interesser i planleggingen. Dette vil typisk være ved dispensasjoner fra byggeforbudet i strandsonen eller arealrestriksjoner i NLF-områder.

Uttalelser fra Miljøverndepartementet og Sivilombudsmannen trekker i samme retning. Departementet legger til grunn at fylkesmennene bør utvise tilbakeholdenhet dersom dispensasjonen gjelder «lokale forhold». Med dette mener det «dispensasjon fra planbestemmelser av mer tekniske karakter, for eksempel avstandskrav, regler om utnyttingsgrad mv., der nasjonale og/eller regionale interesser og hensyn ikke blir særlig berørt.»<sup>276</sup> Tilsvarende Sivilombudsmannen i Somb-2004-68, der det ble uttalt at «lokale vurderinger og hensyn vil ofte veie tungt» i byggetekniske saker om avstandskrav, regler om utnyttelsesgrad med videre. I Somb-2004-70 ble det lagt til grunn at fylkesmannen bør være noe mer tilbakeholden med å overprøve kommunens dispensasjonsvurdering i byggetekniske saker «enn i saker der det er tale om å dispensere fra bestemmelser der overordnede nasjonale hensyn slår inn», typisk ved dispensasjon fra byggeforbudet i strandsonen.<sup>277</sup>

## **6.6 Domstolenes prøving av dispensasjonsavgjørelser**

### **6.6.1 Tilbakeholdenhet i prøvingen av interesseavveilingen?**

Det finnes ingen tungtveiende kilder som sier noe direkte om tilbakeholdenhet i domstolenes prøving av dispensasjonssaker. Men også her er det flere hensyn som taler for en mindre intensiv prøving av interesseavveilingen.

De forhold som er pekt på i kapittel 6.3 vil i det vesentlige gjøre seg gjeldende også for domstolenes prøving. I tillegg kan enkelte andre begrunnelser anføres for at domstolene bør utvise tilbakeholdenhet. Mens fylkesmannens tilbakeholdenhet først og fremst må begrunnes i legitimitetsbetraktninger, er det større grunn for domstolen til å begrense prøvingen som følge av at mangel på planfaglig og lokal kunnskap. Domstolene er generalister i langt større grad enn fylkesmennene og slik mindre egnet til å foreta planfaglige vurderinger. De har få forutsetninger for å vurdere arkitektoniske kvaliteter eller hva som er en god arealutnyttelse i et om-

---

<sup>276</sup> Miljøverndepartementet (2012).

<sup>277</sup> Alle disse ombudsmannsuttalelsene gjelder pbl. (1985) § 7. Se også Somb-2004-69: Tilbakeholdenhet bør utvises der «det ikke synes å være sterke planfaglige hensyn mot en dispensasjon og hvor kommunen har foretatt en grundig gjennomgang av saken.»

råde.<sup>278</sup> I tillegg har de snevrere adgang til å foreta undersøkelser på stedet dispensasjonen angår. Førstvoterende i Trallfa-dommen peker på vurderingens planfaglige sider som en sentral begrunnelse for å undra dispensasjonsavveiiinger domstolsprøving.<sup>279</sup> Videre vil det også i et rettsikkerhetsperspektiv være mindre betenkelig at domstolene begrenser sin prøving enn det er for fylkesmannen. Klager kan for det første få en ny vurdering av saken hos fylkesmannen. For det andre kan domstolen, på grunn av de overnevnte forhold, betegnes som enda mindre «egnet» til å gjøre gode vurderinger.

Videre er det rettskildemessig enklere å forholde seg til en mindre intensiv prøving hos domstolene, enn det er for de statlige klageorganene. Det er slått fast i flere høyesterettsavgjørelser at domstolene i enkelte tilfeller har en adgang til å utvise tilbakeholdenhet i prøvingen.<sup>280</sup> Det er derfor ikke nødvendig å stille spørsmålet om domstolene er underlagt prøvingsplikter på samme måte som det er for forvaltningens klageinstanser.<sup>281</sup> Det er da heller ikke nødvendig å vise til analogibetraktninger fra fvl § 34 (2) tredje punktum som grunnlag for en eventuell tilbakeholdenhet. Bestemmelsen kan uansett neppe trekkes så langt at den gjelder for domstolenes prøvingskompetanse. Det ville være alt for avledet fra ordlyden.

Basert på disse forholdene er det en del som taler for at domstolene vil være mer tilbakeholdene i prøvingen av dispensasjonsvurderinger enn fylkesmennene.

### 6.6.2 I hvilken utstrekning kan lovgiver legge føringer for domstolenes prøvingsintensivitet?

Trallfa-dommen tyder på at domstolene ikke ser seg egnet til å føre en intensiv prøving med dispensasjonssaker. Selv om vilkårene har blitt endret er det mye som taler for at de fremdeles vil anse avveiiingen mellom fordeler og ulemper som en utpreget forvaltningsoppgave. Til tross for Høyesteretts reservasjoner pålegger pbl. § 19-2 domstolene en omfattende prøvingskompetanse. Dermed er det interessant å spørre i hvilken utstrekning lovgiver egentlig har mulighet til å legge føringer for domstolenes prøvingsintensitet.

---

<sup>278</sup> Tilsvarende for sivilombudsmannen. I Somb-2004-71 sier ombudsmannen at en vurdering av et tiltaks estetiske kvaliteter «beror i stor grad på et arkitektfaglig skjønn, noe ombudsmannen ikke besitter.»

<sup>279</sup> Rt. 2007 s. 257 avsnitt 42.

<sup>280</sup> Kapittel 6.2.

<sup>281</sup> Kapittel 6.4.

Den alminnelige oppfatningen er at domstolenes prøvingskompetanse bestemmes av lovgiver i tråd med Grunnlovens bestemmelser om lovgivningskompetanse.<sup>282</sup> Enkelte teoretikere har imidlertid hevdet at siden det i siste omgang er Høyesterett selv som avgjør hva de kan overprøve, er det i en viss utstrekning en fiksjon å si at det er *loven* som bestemmer grensene for domstolenes prøving og ikke dem selv. Omfanget av prøvingen er heller bestemt av hva domstolene anser som en fornuftig arbeidsfordeling mellom dem selv og forvaltningen.<sup>283</sup> Dette resonnementet blir ofte brukt for å argumentere for et formell tilnærming til det frie skjønn.<sup>284</sup> Her skal det kun knyttes noen kommentarer til spørsmålet, for å belyse de problematiske sidene ved at lovgiver pålegger domstolene å prøve vurderinger de selv ikke ser seg egnet til å gå inn i.

Praksis viser at Høyesterett tidvis har en liberal holdning til lovgivers føringer for domstolenes prøvingskompetanse. Det tydeligste eksempelet på dette er Rt. 2005 s. 117. Dommen gjaldt tolkning av tolloven § 37, som sier at krav om avgift «kan frafalles når det etter tollvesenets skjønn ikke er noe å legge vedkommende til last.» En ren ordlydsfortolkning talte klart for at vurderingen skulle utgjøre et fritt forvaltningsskjønn, noe Høyesterett mente også hadde støtte i forarbeidene, jf. dommens avsnitt 47. Likevel prøvde Høyesterett tollvesenets vurdering fullt ut. Retten mente det etter grunnleggende rettssikkerhetshensyn ville være uakseptabelt om tollvesenet, som kreditor, skulle avgjøre spørsmålet med endelig virkning. Retten uttalte derfor i avsnitt 48 at det var «grunn til å tvile på om det var lovgiverens overveide standpunkt at bestemmelsen skulle ha det innholdet som lovens ordlyd og forarbeidene umiddelbart kunne tyde på.» Her setter Høyesterett en klar lovgivervilje til side med den begrunnelse at lovens ordlyd gir uttrykk for en uheldig funksjonsfordeling mellom domstolene og forvaltningen. I teorien har dommen blitt forstått på ulike måter. Graver mener domstolenes prøvelsesrett etter dette står i en slags semi-konstitusjonell rang, hvor lovgiverviljen kan settes til side dersom drøftelsen gir grunn til å tvile på hva som var lovgivers *overveide* standpunkt.<sup>285</sup> Andre har ment dommen kun er en tolkning og effektivisering av hva som må ha vært den reelle lovgiverviljen.<sup>286</sup>

Rt. 2005 s. 117 er et tilfelle hvor domstolen mente rettssikkerhetshensyn tilsa en mer intensiv prøving enn den lovgiverviljen ga uttrykk for. Prøvingen av forvaltningens dispensasjonsved-

---

<sup>282</sup> Grl. §§ 75 flg. Se også Høyesterett i Trallfa-dommen avsnitt 40: «For å avgjøre om man står overfor et rettsanvendelsesskjønn eller et fritt skjønn, vil utgangspunktet være en tolkning av vedkommende lovbestemmelse»

<sup>283</sup> Dette er behandlet i Bernt (2016) s. 330–331, Graver (2015) s. 240 og Boe (1981) s. 49–50, alle med henvisninger til Krarup (1969) særlig s. 598. Tilsvarende betraktninger i Boe (2007) s. 83.

<sup>284</sup> Kapittel 5.1.

<sup>285</sup> Graver (2015) s. 244.

<sup>286</sup> Boe (2007) s. 78–79 og Moen (2018) s. 81–82.

tak etter plan- og bygningsloven kan ses i det samme perspektivet, men med motsatt fortegn. Altså en situasjon hvor et politisk og faglig vurderingstema, i sammenheng med at rettssikkerhetshensyn ikke gjør seg gjeldende med styrke, tilsier en mindre omfattende prøving enn det lovgiverviljen gir uttrykk for. Bernt betrakter Trallfa-dommen i et slikt lys. Han mener Høyesterett ikke tok utgangspunkt i en hypotetisk lovgivervilje når de fastla sin egen prøvingskompetanse, men heller hva de selv anså som en fornuftig arbeidsfordeling mellom forvaltningen og domstolene.<sup>287</sup>

Lovgiverviljen i forarbeidene til pbl. § 19-2 er imidlertid klarere enn den var i både Rt. 2005 s. 117 og Rt. 2007 s. 257. Det er vanskelig, spesielt etter lovendringsforsøket i 2016, å argumentere for at en intensiv prøving ikke er lovgivers overveide vilje i dette tilfellet. Det skal nok derfor mye til før Høyesterett innfortolker et fritt skjønn stikk i strid med lovgivers mening. Likevel kan det faktum at de selv anser seg lite egnet til å gå inn i kommunale vurderinger, føre til at Høyesterett er tilbakeholdene i prøvingen av rettsanvendelsesskjønnet. Dette er en konsekvens lovgiver neppe hadde sett for seg ved vedtagelsen av loven. Det er derfor uheldig at Høyesteretts synspunkter i Trallfa-dommen om hva de selv ser seg egnet til å prøve ikke har fått større plass i forarbeidene til pbl. § 19-2.

Her har domstolenes prøving i dispensasjonssaker blitt drøftet som et rettsdogmatisk spørsmål om kompetanse og plikt. Men spørsmålet kan også betraktes fra et retts sosiologisk perspektiv, altså i hvilken utstrekning lovgivningen *faktisk* vil ha den virkning at domstolene foretar en full overprøving av forvaltningens dispensasjonsvurderinger. Et sentralt spørsmål i retts sosiologien er om rettens tilsiktede virkninger oppfylles. Flere rettsteoretikere har påpekt at man ofte har en overdreven tro på hva som kan løses gjennom det enkle grep å gi lovgivning. Et slikt syn kalles rettsoptimisme, hvor ekstremvarianten beskrives som «lysbryterteorien»: Lovens tilsiktede virkning blir oppfylt bare den blir vedtatt, som ved å skru på en bryter. Eckhoff skriver at det «virker nesten som om folk tror at lovene har magisk kraft, slik at hvis det bare blir bestemt ved lov hvordan noe skal være, så blir det slik.»<sup>288</sup> Mye lovgivning har vært, og til en viss grad er, preget av dette synet. Kanskje gjelder dette spesielt i forvaltningsretten. Mathiesen omtaler særlig plan- og bygningsretten som et område som har vært preget av mye rettsoptimisme.<sup>289</sup> Han skriver at lover har vanskelig for å endre de underliggende forholdene som lovgivningen virker på. Innfrielse av tilsiktede virkninger er avhengig av den sosiale, økonomiske og politiske sammenhengen som loven fungerer i. Det er først der disse betingelsene virker i samme retning som lovgivningen at den har størst mulighet for å nå sin tilsiktede virkning.<sup>290</sup> Det synes å ligge en del rettsoptimisme bak dagens dispensasjonsbestemmelse, særlig med tanke på den prøvingsintensiteten lovgiver ser for seg. Som vi har sett omtaler forarbeidene dispensasjonsvurderingen som en ren rettslig prosess som kan overprøves fullt ut. Dette til tross for at domstolene gjentatte ganger viser at de ikke ser seg selv særlig egnet til å gå inn i vurderinger av denne typen. Det kan dermed stilles spørsmål ved hvor hensiktsmessig det er at lovgiver forsøker å tvinge domstolene til å foreta vurderinger de selv ikke ønsker å gå inn i.<sup>291</sup>

---

<sup>287</sup> Bernt (2016) s. 332–336.

<sup>288</sup> Eckhoff (1983) s. 35.

<sup>289</sup> Mathiesen (2011) s. 178. Han viser særlig til NOU 1977: 1, som har lagt grunnlaget for mye av den senere arealplanlovgivningen.

<sup>290</sup> Mathiesen (2011) s. 75 og 137.

<sup>291</sup>

## 6.7 Oppsummerende betraktninger – hva er vunnet ved at kommunenes interesseavveiinger er rettsanvendelsesskjønn?

Kapittelet har vist at det rettskildemessige grunnlaget for at det bør utvises tilbakeholdenhet i prøvingen av dispensasjonsavgjørelser er forholdsvis tynt. Fremstillingen har i stor grad bygget på reelle hensyn. Flere spørsmål om omfanget av domstolenes og de statlige klageorganers prøving er derfor uavklart.

Om en tilbakeholdenhet i prøvingen av kommunenes interesseavveiinger legges til grunn, bør det spørres om det i realiteten er noe som skiller denne situasjonen fra en situasjon der deler av kommunens subsumsjon er et fritt skjønn. Enkelte vil si den primære forskjellen ligger i at overprøvingsorganene fremdeles har prøvingskompetansen i behold. For eksempel mener Boe det ligger en vesensforskjell i det å *ha* kompetanse og det å *bruke* kompetanse.<sup>292</sup> Domstolene og forvaltningens klageorganer har med dette en frihet i hvor langt de vil gå i prøvingen basert på en hensiktsmessig arbeidsfordeling mellom de ulike organer. Enkelte av forarbeidene til pbl. § 19-2 kan muligens tolkes i dette perspektivet. Blant annet legges det til grunn at konsekvensen av at vilkårene er rettsanvendelsesskjønn er at de «kan overprøves av domstolene», ikke at det nødvendigvis *skal* gjøre en fullstendig overprøving av forvaltningen i enhver sak.<sup>293</sup> Man kan imidlertid stille spørsmål ved hva slags frihet prøvingsorganene egentlig blir tillatt dersom de har adgang til å utvise tilbakeholdenhet. Vangsnes har påpekt at det ikke er holdbart å se på domstolenes prøvingsfrihet som en ren filosofisk frihet, i betydningen en frihet som overhode ikke er rettslig styrt.<sup>294</sup> Vangsnes mener dette vil innebære at man ikke trenger å sette spørsmålet om man skal utvise tilbakeholdenhet under avveiing, noe som er vanskelig å akseptere ut i fra rettsstatens målsetninger om likhet og forutberegnelighet i rettsanvendelsen. For at omfanget av rettens prøving ikke skal være helt vilkårlig, må utøvelsen av en slik frihet på en eller annen måte være styrt av retningslinjer.<sup>295</sup>

Hvilke retningslinjer styres så prøvingsintensiteten av? Rettspraksis gir uttrykk for at der skjønnstema er vagt og vurderingen av faglig eller politisk art, vil domstolen være tilbøyelig til å utvise tilbakeholdenhet, mens den vil gå lenger der for eksempel rettssikkerhetshensyn

---

<sup>292</sup> Boe (2007) s. 80.

<sup>293</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

<sup>294</sup> Vangsnes (2014) s. 168.

<sup>295</sup> Vangsnes (2014) s. 154–168 mener tilbakeholdenhet i prøvingen kan ses enten som en fastlegging av prøvingskompetansen, et rettskildeprinsipp (slik som fvl. § 34 annet ledd tredje punktum) eller som uttrykk for en viss materiell frihet for det opprinnelige beslutningsorganet. Han gir en grundig og teoretisk gjennomgang av de forskjellige tilnærmingene i sin artikkel fra 2014. Det ligger på siden av oppgavens tema å gå i dybden av disse, og jeg nøyer meg med å henvise til Vangsnes artikkel da forskjellene mellom de ulike tilnærmingene først og fremst er av teoretisk interesse.

gjør seg gjeldende.<sup>296</sup> De hensyn som taler for at domstolene skal utvise tilbakeholdenhet er slik i det vesentlige sammenfallende med de tradisjonelle momenter som taler for at subsumsjonen under et vagt og skjønnsmessig vilkår skal falle under forvaltningens frie skjønn.<sup>297</sup> Om prøvingsintensiteten i alle tilfeller er styrt av de samme retningslinjene, er det ikke helt lett å få øye på hva som er fordelene med å kategorisere prøvingen av kommunens interesseavveining som «tilbakeholdenhet i prøving av rettsanvendelsesskjønn», fremfor at subsumsjonen i enkelte tilfeller er unndratt domstolenes prøvingskompetanse. Forskjellen synes i stor grad å være terminologisk. Dette er påpekt av blant andre Schultz som skriver om skillet mellom en pragmatisk tilbakeholdenhet og den mer prinsipielle fastleggingen av prøvingskompetansen under det frie skjønn: «Adskillelsen har som sagt ikke umiddelbart noen betydning, og et skarpt skei mellom prinsipiell tolkning og pragmatisme må antages at være svær at spore i praksis.»<sup>298</sup> Slik virker det som om tilbakeholdenhet i prøvingen av rettsanvendelsesskjønn i realiteten ikke skiller seg stort fra vurderinger hvor visse subsumsjoner er omfattet av et fritt skjønn, rent bortsett fra at grensene for hva som er unntatt prøving er mer uklare.<sup>299</sup>

Ved å legge til grunn at domstolene skal være tilbakeholdene i prøvingen har man i realiteten kommet til en rettsstilstand som ligner svært mye på den som fremgår av Trallfa-dommen. Der sa Høyesterett at de ikke prøver dispensasjonsvurderinger som har et stort innslag av lokalpolitiske og planfaglige vurderinger, men det kunne tenkes at de ville gå lenger i tilfeller hvor rettssikkerhetshensyn gjør seg gjeldende. Dette er en rettsstilstand lovgiver i 2008 eksplisitt ønsket å fravike.<sup>300</sup> Dette kan tas til inntekt for at pbl. § 19-2 riktig tolket sier det ikke skal være adgang til å utvise tilbakeholdenhet i prøvingen av dispensasjonsvurderinger. Likevel kommer man ikke unna at domstolene ofte vil kjenne seg lite egnede til å gå inn i disse vurderingene, og dermed likevel fort blir tilbøyelige til å foreta en mindre intensiv prøving. Slik synes det vanskelig å forene kildene som legger føringer for domstolens prøvingsintensitet i dispensasjonssaker.

Bernt mener at når lovgiver bestemte at dispensasjonsvilkårene skulle være rettsanvendelsesskjønn, «var det klart nok ikke prøving for Høyesterett man hadde i tankene, men fylkes-

---

<sup>296</sup> Kapittel 6.2.

<sup>297</sup> Bla. Innjord (1996) s. 182–190, Eckhoff og Smith (2018) s. 385–388. Kapittel 5.5.

<sup>298</sup> Schultz (2004) s. 102. Hun skriver om dansk rettspraksis, men synspunktet gjør seg også gjeldende i Norge.

<sup>299</sup> I samme retning Eckhoff og Smith (2018) s. 528. Også Vangsnes (2014) s. 201–202: «Selv om man legger til grunn at det er mulig å operere med en kategori *rettsanvendelse uten domstolskontroll*, så er det ikke mange rettsavgjørelser som med sikkerhet kan rubriseres slik. Ofte kan premissene like gjerne forstås slik at domstolene innfortolker en materiell frihet.»

<sup>300</sup> Kapittel 5.2.

kommunenes kontroll med kommunene.»<sup>301</sup> Enkelte forhold kan støtte dette synspunktet. Tilbakeholdenhet for domstolene virker både bedre begrunnet og enklere å praktisere enn for fylkesmennene. Det er videre prøvingen hos fylkesmennene, som statens representant, som er viktig for å ivareta regionalt og nasjonalt prioriterte hensyn. Kanskje er den mest naturlige tolkningen av pbl. § 19-2 at domstolene kan være tilbakeholdene i prøvingen, mens fylkesmennenes adgang er mer begrenset. Likevel vil en viss tilbakeholdenhet fra fylkesmennene side være nødvendig for den ivaretagelse av det kommunale selvstyre i dispensasjonsavveininger som pbl. § 19-2 første ledd, sammenholdt med fvl. § 34, legger opp til. Når det gjelder domstolenes prøving har videre Bernts påstand om lovgivers intensjon svak forankring i plan- og bygningslovens forarbeider, hvor Bygningslovutvalget eksplisitt nevner domstolene i tilknytning til behovet for en intensiv prøving.

For å sammenfatte fører dispensasjonsbestemmelsens ordlyd og forarbeidenes fastlegging av prøvingsorganenes kompetanse, med seg en del problematiske sider som neppe var tilsiktet av lovgiver. Slik pbl. § 19-2 er utformet er det vanskelig å si hvilket rom for fritt skjønn lovgiver så for seg bestemmelsen skulle gi uttrykk for. Videre er den prøvingsintensiteten forarbeidene beskriver for domstolene vanskelig å forene med domstolenes eget syn på en fornuftig arbeidsfordeling mellom forvaltningen og dem selv. I hvilken grad man kan få prøvd de kommunale dispensasjonsvedtakene fremstår per dags dato som usikkert. De spørsmålene denne situasjonen reiser er det vanskelig å gi klare svar på, noe som tilsier at behovet for en oppklarende lovendring er forholdsvis stort.

---

<sup>301</sup> Bernt (2016) s. 335. Tilsvarende Mæland (2010) s. 520–521 og Myklebust (2016) s. 168 som mener rettsanvendelsesskjønnet i dagens lov innebærer at fylkesmannens prøving vil bli intensiv, mens domstolene vil være mer tilbakeholdene.



## **7 Avsluttende refleksjoner og forslag til alternative reguleringer**

### **7.1 Innledning**

Fremstillingen har vist at det er flere problematiske sider ved utformingen av dispensasjonsreglene. Jeg vil derfor i det avsluttende kapittelet drøfte om reglene kan utformes annerledes, slik at disse problemene unngås. Spørsmålet er om en annen utforming av lovteksten bedre kan gjennomføre lovgivers intensjoner om å tilrettelegge for et visst handlingsrom for kommunene, og samtidig føre en effektiv kontroll med den kommunale praksisen.

Kapittel 7.2 inneholder oppsummerende betraktninger om rommet for kommunalt selvstyre i pbl. § 19-2, og i kapittel 7.3 drøfter jeg alternative reguleringer.

### **7.2 Oppsummerende om det kommunalt selvstyre i dispensasjonssaker**

Avhandlingen har drøftet hvilken betydning hensynet til det kommunale selvstyre har i dispensasjonssaker, særlig vurdert opp mot hensynet til kontroll, og ivaretagelse av nasjonale interesser. Den har i det vesentlige fokusert på kommunalt selvstyre i dispensasjonsavgjørelser isolert. Det er likevel viktig å huske at dispensasjoner fungerer i samspill med resten av plan- og bygningslovgivningen. Et avslag på en dispensasjonssøknad betyr kun at prosessen må løftes opp på et planleggingsnivå, hvilket fremdeles hovedsakelig er en kommunalpolitisk prosess.<sup>302</sup> Det kan derfor argumenteres for at det er lite hensiktsmessig å vurdere det kommunale selvstyre i dispensasjonssaker for seg selv. Et begrenset handlingsrom i dispensasjonsavgjørelser kan kompenseres for ved at kommunen alltid har mulighet til å foreta planendringer. En nyansering av dette synspunktet er at dispensasjonssaker ofte kan være av såpass liten størrelse at de ikke foranlediger en planendring. For eksempel kan domstolene komme til at vilkårene ikke er oppfylt i en dispensasjonssøknad som kommunen tidligere har innvilget. Det kan så tenkes at kommunen deretter ikke ser seg tjent med å bruke ressurser på å endre planen. Utfallet av dispensasjonssaken blir dermed stående som endelig hva gjelder bruken av arealet.

Til tross for at reglene om arealplanlegging må ses i sammenheng, er det likevel grunn til å drøfte rommet for kommunalt selvstyre i selve dispensasjonsvurderingen. Kjernen i denne vurderingen handler grunnleggende om hvordan et areal skal utnyttes. Her vil rettsanvenderen veie en hel rekke ulike hensyn mot hverandre, som blant annet miljøhensyn, hensynet til

---

<sup>302</sup> Kapittel 1.2.1.

kommuneøkonomien, estetiske hensyn, fritidshensyn og hensynet til barnets beste. For å komme til et resultat i en slik avveining må man prioritere. På grunn av dette er det vanskelig å regulere avveilingen på en presis og god måte uten å overlate en viss frihet til organet som fatter beslutningen.

Det sentrale spørsmålet i avhandlingen har vært om dagens lovverk er egnet til å gjennomføre lovgivers intensjoner med dispensasjonsreglene. Pbl. § 19-2 skulle få kommunene til å føre en mer restriktiv dispensasjonspraksis, som i større grad skulle innvilges i overensstemmelse med overordnede mål og rammer i lov, forskrift og arealplaner.<sup>303</sup> Særlig var dette viktig i strandsonen og i LNF-områder. Lovgiver mente imidlertid ikke å begrense kommunenes handlingsrom fullstendig. Det mest effektive virkemiddelet for ivareta nasjonalt prioriterte interesser ville klart vært å løfte selve dispensasjonskompetansen opp til et statlig organ. Dette lar seg gjennomføre da hverken Grunnloven eller internasjonale konvensjoner stiller noen konkrete krav til det kommunale selvstyre i dispensasjonssaker som sådan. Dette var imidlertid ikke ønskelig ved vedtagelsen av dagens plan- og bygningslov. Dispensasjoner har vært ansett som et kommunalt anliggende siden lovendringen i 1983.<sup>304</sup> Til tross for innstrammings- og kontrollønsket i 2008 ble det derfor aldri diskutert som aktuelt å frata kommunene denne kompetansen. Som en slags mellomløsning ble dispensasjonsvilkårene i stedet forsøkt klargjort, og strammet inn, samt at de statlige klageorganer og domstolene ble gitt en omfattende prøvingskompetanse.<sup>305</sup>

Lovgiver har lyktes bedre med noen av endringene enn med andre. Vesentlighetskriteriet er et godt virkemiddel for å begrense kommunenes dispensasjonspraksis. Vilkåret handler om å vurdere sakens faktum opp mot gitte og konkretiserte standarder og setter slik skranker som er lette for kommunene å forholde seg til. Dette fører også til at kommunenes vurderinger er enkle å overprøve.

Som fremstillingen har vist er det imidlertid flere problemer med interesseavveilingen. Den legger til dels skjul på at lokale prioriteringer ofte spiller inn i vektleggingen av fordeler og ulemper. Vilkåret er neppe særlig klargjørende, all den tid mange av hensynene som kan inngå i vurderingen mangler angitte vektmarkører. Videre er det usikkert om det kvalifiserende kravet om *klar* overvekt av fordeler egentlig legger særlig bånd på kommunene.<sup>306</sup> Interesseavveilingen er heller ikke egnet til å føre en effektiv kontroll med kommunenes praksis, da det er mye som tyder på at de statlige klageorganer og domstolene utviser tilbakeholdenhet i

---

<sup>303</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 138–139. Se også NOU 2001: 7 s. 221, NOU 2005: 12 s. 279.

<sup>304</sup> Ot.prp. nr. 27 (1982–83) s. 11–13.

<sup>305</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 139.

<sup>306</sup> Kapittel 4.5.3.

prøvingen av kommunens avgjørelser. Dette innebærer at det er usikkert hvilken overprøvingsadgang som egentlig foreligger, noe som skaper dårlig forutberegnelighet for individer som ønsker å få prøvd en dispensasjonsavgjørelse. Utformingen av vilkåret er nok en konsekvens av at lovgiver har hatt et stort ønske om å føre en streng kontroll med kommunenes dispensasjonspraksis og ikke helt tatt hensyn til hvor vanskelig dette er å gjennomføre i praksis. Her kan det spørres om en omfattende prøving av dispensasjonsvilkårene egentlig er det beste virkemiddelet for å føre kontroll med kommunene. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 7.3.5.

Rettsliggjøringen av interesseavveilingen har ført til at dispensasjonsvurderingen står i en litt merkelig situasjon med tanke på det kommunale selvstyre. Som gjennomgått i kapittel 3 kan det kommunale selvstyre i særlovgivningen ses i to dimensjoner: for det første hvilket handlingsrom kompetansegrunnlaget gir kommunene når de fatter sine avgjørelser, og for det andre i hvilken grad de står fri fra overprøving. I denne sammenheng gir pbl. § 19-2 uttrykk for en bred, skjønnsmessig vurdering, der kommunen har en viss adgang til å ta hensyn til lokalpolitiske prioriteringer. Men fordi en så stor del av prioriteringene er fanget opp av interesseavveilingen, kan kommunens avgjørelser bli overprøvd tilnærmet fullt ut av statlige organer og domstolene. Bestemmelsen legger altså opp til en grad av kommunalt selvstyre som er større i den første dimensjonen enn i den andre. Når kommunene først har en adgang til å foreta prioriteringer virker det unaturlig at disse ikke i en eller annen utstrekning får bli stående. Dette kan forklare hvorfor teoretikere, Miljøverndepartementet og Sivilombudsmannen har løftet tanker om tilbakeholdenhet i prøvingen av kommunenes avgjørelser.<sup>307</sup>

Det kan virke som om det egentlig ikke var lovgivers intensjon å gjøre prøvingen av kommunale prioriteringer fullt så omfattende som loven nå gir uttrykk for. I forarbeidene står det:

«Departementet foreslår for det første at det kompliserende og uklare kriteriet «særlige grunner» sløyfes og at bestemmelsen heller utformes slik at det blir tydeligere hvilken avveining som må foretas. Dette gjelder hvilke hensyn som skal tillegges vekt og hvilke krav til interesseovervekt som må være oppfylt når en skal ta stilling til om det er grunnlag for å gi dispensasjon.»<sup>308</sup>

Uttalelsen gir inntrykk av at formålet med vilkåret i annet ledd annet punktum var å synliggjøre hvilke krav som stilles til interesseovervekt. Det virker derimot ikke tiltenk at et slikt vilkår ville medføre at tilnærmet hele dispensasjonsvurderingen kunne settes til side av et prøvings-

---

<sup>307</sup> Kapittel 6.1 og 6.4.3.

<sup>308</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 139.

organ. Dette kommer til syne allerede ved at bestemmelsen fremdeles inneholder et kan-skjønn i første ledd. Videre er det merkelig at spørsmål om lokalpolitiske prioriteringer ikke ble drøftet nærmere i forarbeidene, dersom lovgiver mente dette ikke lenger skulle ha noen plass i vurderingen. Selv om det helt klart var meningen at dispensasjonsvilkårene skulle kunne overprøves fullt ut, er det mye som tyder på at de vidtrekkende konsekvensene dette reelt får for overprøvingskompetansen var en utilsiktet følge.

### **7.3 Alternative reguleringer av dispensasjonssaker etter plan- og bygningsloven – rettspolitiske betraktninger**

#### **7.3.1 Innledning, metode**

I det følgende vil jeg drøfte om dispensasjonsbestemmelsen kan utformes på en annen måte hvor de lovtekniske problemene og uklarhetene avhandlingen har pekt på unngås. Målsetningen er at grensene for den kommunale handlefriheten klargjøres, samtidig som lovgivers intensjon om en restriktiv dispensasjonspraksis og effektiv kontroll gjennomføres. Jeg vil ikke foreslå ny ordlyd, men heller peke på forhold som bør diskuteres dersom det skal utformes en ny dispensasjonsbestemmelse. Forslagene jeg fremsetter må ikke ses som påstander om hvordan regelverket nødvendigvis *må* utformes, men heller som innspill i den rettspolitiske debatten (de lege ferenda).<sup>309</sup>

Et spørsmål er hvilke metodiske krav som stilles til rettspolitiske drøftelser. Slike drøftelser må settes i et system om de skal ha noen verdi ut over å kun være en redegjørelse for forfatterens personlige meninger. Reglene som vurderes må vurderes opp mot noe. Det er flere tilnærminger til hvordan en slik målestokk kan oppstilles. Eng har for eksempel behandlet kriterier til vurdering og kritikk av rettssystemer basert på forskjellige filosofiske posisjoner.<sup>310</sup> En annen tilnærming er å benytte en systemintern målestokk. Her er det sentrale at regler innenfor det samme systemet ikke skal undergrave hverandre, og at de hensyn og prioriteringer som en regel bygger på tilsvarer de som gjelder for tilsvarende bestemmelser innenfor det samme systemet. Det er denne sistnevnte tilnærmingen som er mest hensiktsmessig for å vurdere dispensasjonsbestemmelsens virkninger i planleggingssystemet. Jeg vil derfor forholde meg til den i det følgende.<sup>311</sup>

---

<sup>309</sup> Se Eriksen (2012) s. 139–157 for nærmere om begrepet rettspolitikk.

<sup>310</sup> Eng (2011) s. 247–487.

<sup>311</sup> Tilsvarende Stub (2010) s. 341–342. Avsnittet er basert på Stubs metodiske tilnærming til reelle hensyn som jeg finner hensiktsmessig for den følgende drøftelsen.

### 7.3.2 Alternativ regulering av interesseavveilingen

Mange av problemene med å anvende dispensasjonsbestemmelsen ligger i vurderingen og overprøvingen av interesseavveilingen. For å bøte på uklarhetene kunne man forsøkt å regulere vektningen av hensynene i større detalj, men dette ville nok by på lovtekniske vanskeligheter. For det første ville det bli en meget omfattende jobb med tanke på alle de ulikeartede hensyn som kan inngå i vurderingen. For det andre vil det være vanskelig å ta hensyn til forskjeller i geografi og kommunale ønsker og behov i en slik konkretisering av vekt.

Det kan virke som om dispensasjonsreglene først blir enkle å anvende dersom interesseavveilingen legges til kommunens frie skjønn. Dette vil synliggjøre at lokalpolitiske prioriteringer kan få betydning, og bli stående, i vurderingen. Noe annet synes vanskelig å gjennomføre i praksis, all den tid dispensasjonsavveilingen ofte vil inneholde en viss grad av lokalpolitiske og planfaglige vurderinger, som vanskelig lar seg rettsliggjøre fullt ut. Det spørres om det da ikke er bedre å akseptere at kommunen har en viss grad av vurderingsfrihet.

Spørsmålet er om lovgivers intensjon om effektiv kontroll med kommunenes praksis kan gjennomføres i en slik situasjon. Det kan argumenteres for at en lovendring som den foreslåtte i for liten grad vil gi mulighet til å sikre nasjonale målsetninger. KMD foreslo i 2016 å legge dispensasjonsvilkårene under et fritt skjønn uten at dette fikk medhold av Stortinget. I 2016 var imidlertid formålet å overlate større frihet til kommunene, samt at endringen skulle gjelde begge dispensasjonsvilkårene.<sup>312</sup>

Dersom kun interesseavveilingen gjøres til et fritt skjønn kan nok mye av dagens overprøvingsmuligheter bevares. Også etter gjeldende lovgivning er det hovedsakelig vesentlighetskriteriet, og ikke interesseavveilingen, som setter skranker for kommunens dispensasjonspraksis. Videre kan det fremdeles prøves om kommunen har foretatt den vurderingen loven gir anvisning på. Særlig blir dette mulig om kommunen bli pålagt en plikt til å begrunne sine interesseavveilinger. En viss plikt til å begrunne skjønnsutøving fremgår allerede av fvl. § 25 (3), men det kan være grunn til å skjerpe og synliggjøre disse pliktene direkte i dispensasjonsbestemmelsen.<sup>313</sup> Det kan da føres kontroll med hvorvidt kommunen har lagt vekt på saklige hensyn og om de kan vise til positive fordeler med å innvilge dispensasjonen. Om man ser på Sivilombudsmannens uttalelser, er det hovedsakelig dette prøvingen av interesseavveilingen består av også i dag. Det er svært få saker hvor forvaltningens vektlegging blir satt til side

---

<sup>312</sup> Prop. 149 L (2015–2016) s. 54–55.

<sup>313</sup> Til sammenligning finnes en tilsvarende begrunnelsesplikt for vurdering av prinsippene i naturmangfoldloven kapittel 2, jf. nml. § 7. Denne kan også spille inn i dispensasjonsvurderinger.

dersom hensynene de viser til er relevante.<sup>314</sup> Det kan dermed hende prøvingen reelt ikke vil bli særlig mindre omfattende, selv om interesseavveiningen skulle bli lagt under et fritt skjønn.<sup>315</sup>

Det kan innvendes at dersom interesseavveiningen legges til det frie skjønn, blir det vanskeligere å sette til side kommunale vedtak hvor det ikke er lagt tilstrekkelig vekt på en nasjonalt prioritert interesse i skjønnsutøvelsen. Det kan tenkes at slike interesser gjør seg gjeldene, og ikke inngår i vurderingen av vesentlighetskriteriet eller blir fanget opp av den øvrige lovgivningen, som prinsippene i naturmangfoldloven kapittel 2. Det bør derfor vurderes om det skal innføres vilkår som gir uttrykk for at noen prioriterte interesser aldri kan tilsidesettes i stor grad. I forlengelse av dette bør ordningen med retningslinjer som legger føringer for kommunenes interesseavveining, slik pbl. § 19-2 tredje og fjerde ledd gir uttrykk for, opprettholdes. KMD foreslo i lovendringsforslaget fra 2016 å oppheve retningslinjene, begrunnet i at de allerede fremgår av loven system.<sup>316</sup> Slike retningslinjer kan imidlertid være nyttige for å klargjøre de nasjonale og regionale interessene som skal tillegges særlig vekt dersom de inngår i vurderingen.

### 7.3.3 Flere dispensasjonsbestemmelser?

Ved vedtagelsen av gjeldene plan- og bygningslov var det en prioritet å klargjøre dispensasjonsvilkårene. Som en ledd i denne klargjøringen foreslo Planlovutvalget i sin første delutredning å skille mellom dispensasjon fra krav i loven og forskriftene i én dispensasjonsbestemmelse og dispensasjon fra planer, krav om planer og byggeforbudet i 100-metersbeltet i en annen.<sup>317</sup> Utvalget pekte på at vurderingen i de to kategoriene har tydelige forskjeller: Dispensasjon fra byggesaksbestemmelsene i loven handler først og fremst om hvorvidt funksjonskrav til byggetiltak passer og om unntak er nødvendig for å få et rimelig resultat. Dispensasjon fra planer og byggeforbudet i strandsonen dreier seg derimot om arealinngrep, der det i første rekke vil være de offentlige hensyn som ivaretas gjennom planleggingen som må

---

<sup>314</sup> I Somb-2014-3445 uttalte ombudsmannen at forvaltningen har et spillerom dersom hensynene de vektlegger fremstår som saklige. I saker hvor forvaltningen har lagt vekt på meget generelle hensyn har ombudsmannen overprøvd den nærmere vektleggingen, se Somb-2014-3266 og Somb-2017-1346. Her er imidlertid de påberope fordelene av såpass liten vekt at de nærmest ikke er relevante.

<sup>315</sup> Etter at Høyesterett kom til at vilkåret «særlige grunner» i stor grad smeltet sammen med det frie skjønn i Trallfa-dommen, foreslo Aulstad og Lie (2007) på s. 233 at prøvingsorganene skulle stille krav om utfyllende begrunnelse for dispensasjonsvedtak, og intensivere kontrollen med at vilkåret ble tolket rett. De skriver: «Resultatet av denne utviklingen trenger ikke nødvendigvis bli at dispensasjonsadgangen etter plbl. § 7 utvides særlig mye, sammenlignet med en rettsituasjon hvor domstolene anser begrepet «særlige grunner» som en del av rettsanvendelsen som kan overprøves fullt ut.»

<sup>316</sup> Prop. 149 L (2015–2016) s. 54.

<sup>317</sup> NOU 2001: 7 s. 222.

vrderes.<sup>318</sup> I Bygningslovutvalgets andre delutredning ble denne oppdelingen forlatt. Bygningslovutvalget la vekt på at også loven har blitt til gjennom en demokratisk prosess hvor offentlige hensyn gjør seg gjeldende, samt at mange kommuner har bygd ned sin plankapasitet, slik at det i flere tilfeller kan være særlig aktuelt å dispensere fra udaterte planbestemmelser.<sup>319</sup>

Departementet var enig med Planlovutvalget i at «det på grunn av den forskjellige karakteren til byggesaker og plansaker, er andre vurderinger som må gjøres i forhold til dispensasjon fra byggesaksreglene enn fra lovens plandel.»<sup>320</sup> Likevel nøyde det seg med å videreføre løsningen med én dispensasjonsbestemmelse og heller synliggjøre forskjellene mellom de to vurderingene i pbl. § 19-2 tredje og fjerde ledd. Departementets begrunnelse for dette var at det er hensiktsmessig med én bestemmelse da spørsmål om dispensasjon fra planbestemmelser og byggesaksbestemmelser ofte fremkommer i samme sak.<sup>321</sup>

Dersom et av hovedformålene med lovendringen i 2008 var å klargjøre dispensasjonsvilkårene er det uheldig at Planlovutvalgets forslag ikke ble fulgt opp. Som gjennomgått i kapittel 4.3 er det betydelige forskjeller mellom kategoriene utvalget oppstilte. Det vil være ulikheter med tanke på hvilke hensyn som skal vurderes, noe som igjen vil påvirke hvilken terskel som skal legges til grunn for å innvilge dispensasjonen. Ved å benytte flere dispensasjonsbestemmelser kan man tydeliggjøre disse forskjellene direkte i lovteksten og klargjøre betydningen av de ulike hensyn i ulike dispensasjonsvurderingene. En særlig fordel med en egen bestemmelse for dispensasjon fra planer, er at man kan få frem direkte i loven at det skal være en høy terskel for å dispensere fra planer eller planbestemmelser som ikke er utdaterte. Slik kan man klargjøre at det ikke kan innvilges dispensasjoner som vil undergrave helheten i planen det søkes dispensert bort fra, eller de politiske avveiningene som ble foretatt ved vedtagelsen av planen. Opp mot disse fordelene fremstår hverken argumentene til Bygningslovutvalget eller departementet som særlig overbevisende.

I gjeldende lov er byggeforbudet i strandsonen det nærmeste man kommer et eksempel på en konkretisert dispensasjonsbestemmelse. Hensynene som forbudet skal ivareta fremgår direkte av pbl. § 1-8 (1), og de statlige planretningslinjene gir nokså detaljerte føringer for terskelen ved vurdering av vesentlighetskriteriet og vektingen av hensyn i interesseavveilingen. Dispen-

---

<sup>318</sup> NOU 2001: 7 s. 221.

<sup>319</sup> NOU 2005: 12 s. 277.

<sup>320</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 139.

<sup>321</sup> Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 139.

sasjon fra byggeforbudet er på grunn av dette enklere å praktisere enn for eksempel dispensasjon fra planer, hvor det er mer uklart hva som skal vurderes.<sup>322</sup>

Å innføre flere dispensasjonsbestemmelser kan også få betydning for overprøvingen. Myklebust er inne på en interessant tanke når hun skriver om prøving av dispensasjonsavgjørelser:

«Diskusjonen knytt til denne regelen har i stor grad knytt seg til formuleringane i sjølve dispensasjonsregelen, og i mindre grad vore nyansert i høve til om domstolskontrollen kan variere med kva for reglar det er tale om å dispensere ifrå.»<sup>323</sup>

Nasjonalt prioriterte interesser, som miljøhensyn og jordvern, kan ofte gjøre seg gjeldende ved dispensasjoner fra byggeforbudet i strandsonen, plankrav og planer. Ved dispensasjoner fra byggetekniske krav er det imidlertid vanligere at dispensasjonen ikke får store konsekvenser for andre enn tiltakshaver selv og eventuelle naboer. Det kan derfor være grunn til å vurdere om det er hensiktsmessig med et større rom for fritt skjønn i sistnevnte type dispensasjonsvurderinger. Det er imidlertid ikke gitt at en slik løsning bør innføres. Det kan også være grunn til å føre en streng kontroll med kommunenes byggesaksbehandling, blant annet der brannvernensyn gjør seg gjeldende.<sup>324</sup>

Videre kan det være verdt å undersøke om byggesaksreglene i plan- og bygningsloven kan utformes på en slik måte at det ikke blir nødvendig å benytte den generelle dispensasjonsregelen. Bygningslovutvalget pekte på flere tilfeller der et spørsmål om dispensasjon beror på forvaltningens skjønn alene. Utvalget nevnte som eksempel pbl. (1985) § 70 (2) hvor kommunen hadde en skjønnsadgang til å fravike avstandskravet til nabogrensen for blant annet garasjer.<sup>325</sup> Utvalget skrev:

«Der andre løsninger kan være like nærliggende enn lovens bestemmelser – eller andre løsninger av en viss karakter er like akseptable – bør det vurderes å innføre tilsvarende

---

<sup>322</sup> En rapport fra Norsk institutt for by- og regionforskning (NIBR) viser en nedgang i antall på søknader og behandlede saker om dispensasjon fra byggeforbudet, jf. Harvold, Stokke og Tesli (2015) s. 28. Myklebust (2016) s. 166 mener, selv om dette også kan ha flere årsaker, nedgangen kan tyde på at borgerne i en viss grad har tilpasset seg de mer tydeliggjorte normene i strandsoneretningslinjene.

<sup>323</sup> Myklebust (2016) s. 167–168.

<sup>324</sup> En viss kontroll med kommunenes forebygging av brann kan fremdeles føres etter brann- og eksplosjonsvernloven og forskrift om brannforebygging kapittel 4 om kommunale plikter. Disse pliktene er imidlertid på flere punkter vagt formulert, og forebygging av brann i byggesaker er først og fremst regulert av plan- og bygningsloven og dens forskrifter.

<sup>325</sup> Regelen er videreført i pbl. § 29-4 (3).



bestemmelser, slik at en slipper å gå veien om eventuelle materielle vilkår for dispensasjon som måtte fremgå av en generell dispensasjonshjemmel.»<sup>326</sup>

Det vil være klargjørende om det er pekt ut alternative akseptable løsninger for konkrete tilfeller, slik at kommunen slipper å gå gjennom de mer avledede vilkårene i den generelle dispensasjonsbestemmelsen. Dette gir også mulighet til å sette helt andre vilkår som er bedre tilpasset den aktuelle vurderingen. Utvalget foreslo å gjennomføre en revisjon av lovens bestemmelser for å vurdere alternativer til dispensasjon, men dette ble aldri gjennomført. Det kan derfor være grunn til å se nærmere på mulighetene for slike løsninger ved en eventuell lovendring.

#### 7.3.4 Videreføre kravet om samfunnsmessige fordeler i interesseavveiingen?

Kapittel 4.4.2 viste at kravet om samfunnsmessige fordeler i interesseavveiingen er vanskelig å praktisere. Det kan dermed spørres om kravet burde tas ut av loven. En del kan tale mot dette. Kravet synliggjør at det skal spesielle forhold til for å innvilge en dispensasjon og at det ikke er tilstrekkelig med et fravær av ulemper. Dispensasjonsadgangen skal slik være en sikkerhetsventil og benyttes med et langvarig tidsperspektiv for øye. Det kan dermed være grunn til å videreføre kravet, selv om det kan være vanskelig å praktisere.

En mulig løsning kan være å skille mellom bestemmelsene det søkes dispensert fra. Det er kanskje mer akseptabelt å tillate kommunene å gjøre unntak fra byggesaksreglene med grunnlag i tiltakshavers personlige ønsker, enn fra planer og byggeforbudet i strandsonen. Dispensasjonens livslange konsekvenser blir av mindre betydning når det er snakk om å vurdere funksjonskrav til bygg, enn når man foretar et arealinngrep. Videre vil dispensasjonen i byggesakene ofte kun få konsekvenser for tiltakshaver og de nærmeste naboene, slik at det fort blir anstrengt å vise til samfunnsmessige fordeler. Dersom kravet tas ut vil vurderingen ha bedre forankring i de faktiske forhold, uten at det er en stor fare for at nasjonale målsetninger vil bli skadelidende.

#### 7.3.5 Alternativ regulering av tilsyn og kontroll

Man kan spørre om en omfattende adgang til å prøve kommunens enkeltvedtak i seg selv fører til en effektiv kontroll med dispensasjonspraksis. Som vist i kapittel 1.3 behandles kun et fåtall kommunale avgjørelser på nytt av fylkesmennene.<sup>327</sup> Mye av forklaringen på dette lig-

---

<sup>326</sup> NOU 2005: 12 s. 278.

<sup>327</sup> Fig. 1 og Fig. 2.

ger i at kommunene innvilger et stort flertall av dispensasjonssøknadene. Dermed er det stort sett kun eventuelle berørte naboer eller interesseorganisasjoner som har grunn til å klage. Videre er det uklart i hvilken utstrekning kommunene plikter å varsle andre myndigheter etter pbl. § 19-1 siste punktum. Samlet sett gir disse forholdene grunn til å anta at det fattes en del kommunale dispensasjonsvedtak som statlige myndigheter aldri får kunnskap om og som de aldri får mulighet til å kommentere eller klage på. I tillegg fører dagens regelverk til at fylkesmennene kun behandler enkeltvis dispensasjonssaker. Det kan gjøre det vanskelig å få øye på, og mulighet til å kommentere, helheten i kommunenes dispensasjonspraksis. Disse forholdene påvirker også domstolenes prøving av dispensasjonspraksisen, som er enda mindre omfattende.<sup>328</sup> En medvirkende årsak til det lave antallet kan være at kostnadene ved å gå til domstolene er meget høye. Det kan fort bli vanskelig å måle seg opp mot statens ressurser i en domstolsbehandling, særlig dersom saken går gjennom flere instanser.<sup>329</sup>

Av organene utenfor forvaltningen er nok Sivilombudsmannen bedre egnet til å føre kontroll med kommunenes dispensasjonspraksis. For det første er det, i motsetning til domstolene, en ekstern kontroll som er kostnadsfri. For det andre har ombudsmannen opparbeidet seg en tydelig praktisk erfaring på området, ved at han behandler langt flere saker enn domstolene.<sup>330</sup> For det tredje har Sivilombudsmannen adgang til å gå inn i saker av eget tiltak, noe som gjør dem egnet til å ta tak i strukturelle mangler i saksbehandlingen i en kommune, jf. for eksempel Somb-2014-3266. Likevel kan heller ikke ombudsmannens kontroll omtales som særlig omfattende, opp mot det store omfanget kommunale dispensasjonsavgjørelser.

Videre har Riksrevisjonen anledning til å gjennomføre en forvaltningsrevisjon for å kontrollere at regelverk fastsatt av Stortinget etterleves, se instruks om Riksrevisjonens virksomhet § 9 (1) bokstav c jf. riksrevisjonsloven § 9 (3). Denne gjennomføres på Riksrevisjonens eget tiltak og er ikke avhengig av privatpersoners initiativ. En slik revisjon kunne vært en effektiv måte å kontrollere kommunene på. Riksrevisjonen har foreløpig ikke gjennomført noen forvaltningsrevisjon av kommunal dispensasjonspraksis.

---

<sup>328</sup> Det er publisert tre lagmannsrettsdommer og tre tingrettsdommer om dispensasjonsvurderingen: LF-2017-41178, LG-2016-14379, LA-2015-197645, TSAFO-2017-187309, TOSLO-2014-193464 og TLARV-2011-195043.

<sup>329</sup> Staten er som regel rette saksøkt i dispensasjonssaker, ettersom det er fylkesmannen som avgjør klagen, se tvl. § 1-5. Kanskje kunne det vært mer aktuelt å prøve dispensasjonssaker for retten dersom kommunen var motpart.

<sup>330</sup> I 2018 behandlet ombudsmannen 105 saker om dispensasjon fra planer og byggeforbudet i strandsonen. I tillegg behandlet han 82 saker om plassering på tomt og avstandskrav, 12 saker om bruksendringer og 19 saker om fradeling. Disse sakene omfatter imidlertid mer enn kun dispensasjoner. Tallene er hentet fra Sivilombudsmannens eget arkivsystem, jf. Sivilombudsmannen (2018).

Vi ser med dette at kun en mindre andel dispensasjonssaker faktisk blir overprøvd av organer utenfor kommunen selv. Dermed er ikke en omfattende overprøvningskompetanse alene et tilstrekkelig virkemiddel for å føre en tilfredsstillende kontroll med kommunene. Holth og Winge har pekt på at den kontroll som føres med kommunene innenfor plan- og bygningssektoren generelt er mangelfull.<sup>331</sup> Fremstillingen viser at dispensasjonssaker ikke er noe unntak fra dette. Da antallet kommunale dispensasjoner fremdeles er betydelig, er det grunn til å spørre om man kan tenke seg andre virkemidler som fører til at kommunen ivaretar overordnede interesser i sin saksbehandling.

Et alternativ kan være å lage mekanismer som i større grad involverer statlige og regionale myndigheter i den opprinnelige beslutningsprosessen. Etter dagens lov skal en «direkte berørt» myndighet få anledning til å uttale seg ved dispensasjoner fra planer, plankrav og byggeforbudet i strandsonen, jf. pbl. § 19-1 siste punktum. Det er imidlertid usikkert i hvilken utstrekning andre organer enn kommunen selv faktisk involveres i dispensasjonsavgjørelsene.<sup>332</sup>

Man kunne tenke seg en regel om at fylkesmennene og fylkeskommunene skal varsles og gis mulighet til å uttale seg i alle dispensasjonssaker vedrørende planer, plankrav og byggeforbudet i strandsonen.<sup>333</sup> Slik får statlige og regionale myndighetene større innsikt i kommunenes dispensasjonspraksis og dermed bedre mulighet til å kommentere og påklage de vedtakene som de mener tilsidesetter viktige interesser eller undergraver planene. Samtidig kan dette føre til at kommunene i større grad ivaretar slike hensyn, ved at statlige og regionale myndigheter gjør kommunen klar over sine standpunkter før vedtaket treffes. Selv det ikke er gitt at et slikt system vil fungere, vil det i hvert fall gi myndigheter utenfor kommunen bedre mulighet til å se og reagere på utviklingstrekk i kommunene. Det klare motargumentet mot en slik løsning er effektivitetshensyn. Lovendringen kan påføre fylkesmennene og fylkeskommunene et betydelig arbeid og være ressurskrevende. Men med det kontrollbehovet som er beskrevet i plan- og bygningslovens forarbeider, er dette kanskje likevel ønskelig.

En mellomløsning kan være å gjøre det tydelig i hvilke saker kommunen plikter å involvere regionale eller statlige organer i avgjørelsen. Dette kan gjøres ved å oppstille en liste over konkrete hensyn som, hvis berørt, skal føre til at statlige og regionale organer får anledning til å uttale seg.<sup>334</sup>

---

<sup>331</sup> Holth og Winge (2018) s. 8–13.

<sup>332</sup> Kapittel 1.1.2.

<sup>333</sup> Det var et krav etter pbl. (1985) § 7 tredje ledd siste punktum at fylkeskommunen skulle «være gitt høve til å uttale seg» før dispensasjons ble gitt. Sivilombudsmannen tolket regelen slik at fylkeskommunen skulle varsles om alle dispensasjonssaker, jf. Somb-2003-89.

<sup>334</sup> Et slags forsøk på dette er gjort i Prop. 149 L (2015–2016) s. 53 som ramser opp en rekke områder av nasjonal og regional interesse.

## 7.4 Avsluttende betraktninger

Avhandlingen har vist at det er uklart hvordan fordelene og ulempene i interesseavveilingen skal vektas mot hverandre og hvor langt dispensasjonsvedtak etter § 19-2 kan prøves. En del av uklarhetene skyldes spenningsforholdet mellom det kommunale selvstyre og behovet for å ivareta nasjonale målsettinger i kommunenes avgjørelser. Slik lovteksten er utformet i dag er det behov for en lovendring som i større grad klargjør hvilken plass det kommunale selvstyre har i disse avgjørelsene.

Avslutningsvis er det viktig å si at det er flere grunner enn uklarheter ved kompetansegrunnlaget som fører til at kommunene også etter innstrammingsforsøket i 2008 innvilger dispensasjonssøknader i et betydelig omfang. Gro Sandkjær Hanssen har foretatt en empirisk undersøkelse hvor hun peker på en rekke forhold som kan være medvirkende årsaker til den omfattende praksisen: uklarheter rundt fortolkningen av dispensasjonsvilkårene, variasjon mellom fortolkningen og praksisen til de ulike fylkesmenn, mange gamle planer, illojalitet til plansystemet og manglende faglig kyndighet hos politikerne og de kommunale administrasjonene.<sup>335</sup> Da avhandlingen har hatt et rettsdogmatisk perspektiv, har det ikke vært rom til å drøfte alle disse årsakene. Her er det behov for nærmere undersøkelser. Videre viser dette at alle problemene med kommunenes dispensasjonspraksis neppe er løst ved kun å gjøre kompetansegrunnlaget klarere. Det er også behov for å styrke kontrollen med kommunenes praksis. Særlig kan Riksrevisjonen oppfordres til å gjennomføre en forvaltningsrevisjon, da de per dags dato ikke har gjennomgått kommunale dispensasjonssaker.

---

<sup>335</sup> Hanssen (2018) s. 347–366. Undersøkelsen er basert på KOSTRA-statistikk, spørreundersøkelser og intervjuer.

## 8 Kilderegister

### 8.1 Litteratur og personlige meddelelser

- Aulstad (2007) Aulstad, Johann Greger. «Domstolsprøving av dispensasjonsvedtak etter plan- og bygningsloven § 7», i *Areal og eiendomsrett*, Øyvind Ravna (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2007, s. 63–82.
- Aulstad og Lie (2007) Aulstad, Johann Greger og Markus Hoel Lie. Rt. 2007 s. 257 – Domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak, *Jussens Venner*, nr. 4 2007, s. 221–234.
- Backer (2012) Backer, Inge Lorange. *Innføring i naturressurs og miljørett*, 5. utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2012.
- Bernt (2016) Bernt, Jan Fridthjof. Rammene for rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser – fra fritt skjønn til pragmatiske vurderinger?, *Jussens Venner*, nr. 6 2016, s. 324–342.
- Bernt, Overå og Hove (2002) Bernt, Jan Fridthjof, Oddvar Overå og Harald Hove. *Kommunalrett*, 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2002.
- Bernt og Rasmussen (2010) Bernt, Jan Fridthjof, Ørnulf Rasmussen. *Frihagens forvaltningsrett Bind 1*, 2. utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2010.
- Boe (1981) Boe, Erik. Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?, *Jussens Venner*, 1981, s. 37–57.
- Boe (2007) Boe, Erik. Hvem bestemmer – domstolene eller forvaltningen?, *Lov og rett*, nr. 2 2007, s. 67–88 (sitert fra Idunn.no).
- Boe (2009) Boe, Erik. «Sterke menneskelige hensyn» – for sterke for Høyesterett?, *Kritisk juss*, nr. 1 2009, s. 9–31.
- Boe (2014) Boe, Erik. *Rettskildelære under debatt*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2014.

- Bugge (2011) Bugge, Hans Christian. *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 3.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Bugge (2015) Bugge, Hans Christian. *Lærebok i miljøforvaltningsrett*, 4.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Eckhoff (1983) Eckhoff, Torstein. *Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål*, Oslo: Tanum – Norli, 1983.
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utg. (ved Jan E. Helgesen), Oslo: Universitetsforlaget, 2001.
- Eckhoff og Smith (2018) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, 11. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Eng (2011) Eng, Svein. *Rettsfilosofi*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Engelsrud, Jahren og Sletnes (2014) Engelsrud, Gerd, Gunnar Jahren og Ingun Sletnes. *Kommunalrett: Oppgaver, organisering og kontroll*, Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2014.
- Eriksen (2012) Eriksen, Christoffer C. Om rettspolitik, *Kritisk juss*, nr. 03–04 2012, s. 139–157 (sitert fra Idunn.no).
- Fliflet (2002) Fliflet, Arne. Hva er gjeldende rett i forvaltningsretten? Noen tanker om Sivilombudsmannens betydning for rettsdannelsen og rettsutviklingen på forvaltningsrettens område, *Jussens Venner*, 2002, s. 186–194 (sitert fra Idunn.no).
- Fleischer (1998) Fleischer, Carl August. *Rettskilder og juridisk metode*, Oslo: Ad notam Gyldendal, 1998.
- Fosmark (2017) Fosmark, Per Racin. (2017) «Merknad til plan- og bygningsloven», i *Lovdata* 20. mars 2017 [sitert 13.12.2018].
- Gammelmo (2016) Gammelmo, Leikny. En institusjonell tilnærming til dispensasjonspraksis i Norge, *Kart og Plan*, nr. 1 2016, s. 182-196.

- <http://www.kartogplan.no/Artikler/KP3-2016/En%20institusjonell%20tilnaerming.pdf> [sist besøkt 07.01.2019].
- Graver (2007) Graver, Hans Petter. Fordlaksformelen og forvaltningens vurderingsfrihet, *Lov og rett*, nr. 6 2007, s. 365–374 (Sisert fra Idunn.no).
- Graver (2015) Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Hassen (2018) Hanssen, Gro Sandkjær. «Dispensasjonsbestemmelsen – Skjer utvikling gjennom plan eller enkeltvedtak?», i *Plan og bygningsloven – fungerer loven etter intensjonene?*, Gro Sandkjær Hanssen og Nils Aarsæther (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2018, s. 347-366.
- Harvold, Stokke og Tesli (2015) Harvold, Kjell, Knut Bjørn Stokke, Arne Tesli.: *Forvaltning av strandsonen, Evaluering av statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen*, 2015. [https://www.regjeringen.no/contentassets/1c5d3a08dc70454aac7271e63d4e934e/nibr\\_nmbu\\_evaluering\\_differensiert\\_strandsone.pdf](https://www.regjeringen.no/contentassets/1c5d3a08dc70454aac7271e63d4e934e/nibr_nmbu_evaluering_differensiert_strandsone.pdf) [sist besøkt 07.01.2019].
- Himsworth (2015) Himsworth, Chris M. G. *The European Charter of Local Self-Government: A treaty for local democracy*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 2015.
- Holth og Winge (2015) Holth, Fredrik og Nikolai K. Winge. Byggeforbudet langs sjø og forholdet til eldre planer II, *Kart og Plan*, nr. 3 2015, s. 255-260. <http://www.kartogplan.no/Artikler/KP3-2015/Byggeforbudet%20langs%20sjo%20og%20forholdet%20til%20eldre%20planer%20II.pdf> [sist besøkt 07.01.2019].
- Holth og Winge (2017) Holth, Fredrik og Nikolai K. Winge. *Plan- og bygningsrett: Kort forklart*, Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Holth og Winge (2018) Holth, Fredrik og Nikolai K. Winge. Svak kontroll i plan og

bygningretten, *Plan*, nr. 3 2018, s. 8-13 (sitert fra Idunn.no).

- Innjord (1996) Innjord, Frode. Hva er «vakkert»? – Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk, *Jussens Venner*, 1996, s. 161-194 (sitert fra Idunn.no).
- Innjord (2010) Innjord, Frode. Kapittel 1 til 15, i *Plan- og bygningsloven med kommentarer*, Frode Innjord (red.), Oslo: Gyldendal Akademisk Forlag, 2010, s. 5–432.
- Jerkø (2009) Jerkø, Markus. Det norske formålet «bærekraftig utvikling», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, nr. 3 2009, s. 345-387.
- Krørum (1969) Krørum, Ole. *Øvrighedsmyndighedens grænser*, København: Juristforbundets forlag, 1969.
- Mathiesen (2011) Mathiesen, Thomas. *Retten i samfunnet: En innføring i retts-sosiologi*, 6. utg., Oslo: Pax Forlag, 2011.
- Moen (2018) Moen, Olav Haugen. *Forvaltningskjønn og domstolskontroll*, Oslo: Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2018.
- Myklebust (2016) Myklebust, Ingunn Elise. Dispensasjon fra byggjeforbudet i 100-metersbeltet, *Kart og Plan*, nr. 2 2016, s. 159-169.  
<http://www.kartogplan.no/Artikler/KP2-2016/Dispensasjon%20fraa%20byggjeforbudet.pdf> [sist besøkt 14.01.2019].
- Myklebust og Schütz (2012) Myklebust, Ingunn Elise og Sigrid Eskeland Schütz. Statlege planretningslinjer for forvaltning av strandsona, *Tidsskrift for eiendomsrett*, nr. 2 2012, s. 87-119 (sitert fra Idunn.no).
- Mæland (2010) Mæland, Ola. Kapittel 19, i *Plan- og bygningsloven med kommentarer*, Frode Innjord (red.), Oslo: Gyldendal Akademisk Forlag, 2010, s. 516–530.
- Nisja og Reusch (2009) Nisja, Ola Ø. og Christian Reusch. Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer, *Jussens Venner*, nr. 4



2009, s. 254-263 (sitert fra Idunn.no).

- Nyhus (2018) Nyhus, Øystein Nore. «Kommentar til Plan- og bygningsloven» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata [Sitert 08.01.2019].
- Pedersen mfl. (2018a) Pedersen, Odd Jarl, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness og Audvar Os. *Plan og bygningsrett Del 1 Planlegging og Ekspropriasjon*, 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Pedersen mfl. (2018b) Pedersen, Odd Jarl, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness og Audvar Os. *Plan og bygningsrett Del 2 Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner*, 3. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Plathe, Hernes og Gunnufsen (2016) Plathe, Erik, May Britt Hernes, Erling Gunnufsen. *Hvordan fungerer statlige planretningslinjer som verktøy i arealpolitikken*, 2016.  
<http://www.ks.no/contentassets/87767c4d6a46491f801b83d7e1e099dd/rapport.pdf> [sist besøkt 07.01.2019].
- Schultz (2004) Schultz, Trine. *Retsanvendelse og skøn: Sondringens anvendelse i prøvelsen af afgjørelser på det socialretlige område*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2004.
- Shelby (2017) Shelby, Liv. «Kommentar til Sivilombudsmannsloven» i *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata [Sitert 08.01.2019].
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A. *Rett og rettsanvendelse*, Oslo: Universitetsforlaget, 2018.
- Stokstad (2012a) Stokstad, Sigrid. *Kommunalt selvstyre: Kompetansefordelingen mellom Stortinget, statsforvaltningen og kommunene*, Oslo: Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2012.
- Stokstad (2012b) Stokstad, Sigrid. «Kommunene og statsforvaltningen – selvstyre og underordning i særlovgivningen», i *Det norske flernivådemokratiet*, Marit Reitan, Jo Saglie og Eivind Smith

(red.), Oslo: Abstrakt forlag, 2012, s. 67–96.

- Stokstad og Seggaard (2013) Stokstad, Sigrid og Signe Bock Seggaard. *Forsvinner det kommunale selvstyre i statlig klagebehandling?*, 2013.  
[https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/krd/komm/fo\\_rsvinner\\_det\\_kommunaleweb.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/krd/komm/fo_rsvinner_det_kommunaleweb.pdf) [sist besøkt 07.01.2019].
- Stub (2010) Stub, Marius. *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet: Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess*, Oslo: Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2010.
- Stub (2016) Stub, Marius. «Det forvaltningsrettslige forbudet mot usaklig forskjellsbehandling – noen hovedtrekk», i *Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer*, Aslak Syse, Hans Chr. Bugge, Hilde Indreberg, Arnulf Tverberg (red.), Oslo: Universitetsforlaget, 2016, s. 491-512
- Thengs (2017) Thengs, Gøran Østerman. En standardtilnærming til Grunnloven § 112, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, nr. 1 2017, s. 28-67.
- Tyrén (2018) Tyrén, Carl Wilhelm. *Plan- og bygningsloven: Lovkommentar*, 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2018
- Uggerud (1994) Uggerud, Ken. *Plan- og bygningsloven § 7: Dispensasjonsavveiningen*, Oslo: Universitetsforlaget, 1994.
- Vangsnes (2014) Vangsnes, Jørgen. Om den såkalte tilbakeholdenhet i domstolsprøvingen, *Tidsskrift for rettsvitenskap*, nr. 2 2014, s. 131-205.
- Verdenskommisjonen for miljø og utvikling (1987) Verdenskommisjonen for miljø og utvikling. *Vår Felles Fremtid*, Oslo: Tiden Norsk Forlag, 1987.
- Winge (2012) Winge, Nikolai K. *Kampen om arealene: Rettslige styringsmidler for en helhetlig utmarksforvaltning*, Oslo: Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2012.

- Woxholth (2011) Woxholth, Geir. *Forvaltningsloven med kommentarer*, 5. utg., Oslo. Gyldendal Norsk Forlag, 2011.
- Zahle (1986) Zahle, Henrik. «Polycentri i retskildelæren. Nogle bemerkninger om retskilder og domstolskontrol», i *Samfunn, rett, rettferdighet: festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.), Oslo: Tano, 1986, s. 752–756.
- SSB (2018) Statistisk sentralbyrå (SSB), e-post, 14.08.2018.
- Sivilombudsmannen (2019) Sivilombudsmannen, e-post, 11.01.2019.

## 8.2 Lover og internasjonale traktater

- 1814 Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814.
- 1827 Lov af 24. juli 1827 ang. Bygningsvæsenet i Christiania (Christianialoven).
- 1837 Formannskapslovene av 14. januar 1837.
- 1924 Lov 22. februar 1924 nr. 2 om bygningsvesenet.
- 1954 Midlertidig lov 4. juni 1954 om byggeforbud m. v. for strandstrekninger.
- 1957 Lov 28. juni 1957 nr. 16 om friluftslivet (friluftsloven).
- 1962 Lov 22. juni 1962 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven).
- 1965 Bygningsloven av 18. juni 1965 nr. 7.
- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).
- 1970 Lov 19 juni 1970 nr. 63 om naturvern (naturvernloven).
- 1974 Lov 28. juni 1974 nr. 58 om odelsretten og åsetesretten (odelslova).
- 1981 Lov 13 mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven).
- 1983 Lov 27. mai 1983 nr 32 om endringer i bygningsloven av 18. juni 1965 nr 7.
- 1985 Plan- og bygningsloven av 14. juni 1985 nr. 77.
- 1992 Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).

1997	Lov 10. januar 1997 nr. 7 om endringer i visse lover som vedrører kommuner og fylkeskommuner. Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven).
1998	Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringsloven).
1999	Lov 02. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient og brukerrettighetsloven).
2002	Lov 14. juni 2002 nr. 20 om vern mot brann, eksplosjon og ulykker med farlig stoff og om brannvesenets redningsoppgaver (brann- og eksplosjonsvernloven).
2004	Lov 07. mai 2004 nr. 21 om Riksrevisjonen (riksrevisjonsloven).
2005	Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
2007	Lov 15. juni 2007 nr. 40 om reindrift (reindriftsloven). Lov 21 desember 2007 nr. 119 om toll og vareførsel (tolloven).
2008	Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven).
2018	Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).
1985	European Charter of Local Self-Government, ETS 122.

### **8.3 Forskrifter**

1994	Forskrift 10. november 1994 nr. 1001 om rikspolitiske retningslinjer for vernede vassdrag.
1995	Rikspolitiske retningslinjer 20. september 1995 nr. 4146 for å styrke barn og unges interesser i planleggingen.
2004	Instruks om Riksrevisjonens virksomhet 11. mars 2004 nr. 700.
2011	Statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen 25. mars 2011 nr. 335.
2014	Statlig planretningslinje for samordnet bolig-, areal og transportplanlegging 26. september 2014 nr. 1222.
2015	Forskrift 17. desember 2015 nr. 1710 om brannforebygging.
2017	Forskrift 19. juni 2017 nr. 840 om tekniske krav til byggverk

(byggteknisk forskrift) (TEK17).

2018 Statlige planretningslinjer for klima- og energiplanlegging og klimatilpassing 28. september 2018 nr. 1469.

#### 8.4 Forarbeider og stortingsdokumenter

NOU 1977: 1	Ny planleggingslov.
NOU 1990: 13	Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner.
NOU 2001: 7	Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven: Planlovutvalgets første delutredning.
NOU 2003: 14	Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II: Planlovutvalgets utredning med lovforslag.
NOU 2003: 19	Makt og demokrati: Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen.
NOU 2005: 12	Mer effektiv bygningslovgivning II: Bygningslovutvalgets andre delutredning med lovforslag.
Ot.prp nr. 30 (1959–60)	Om lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen.
Ot.prp. nr. 27 (1982–83)	Om lov om endring i bygningsloven av 18. juni 1965 nr. 7.
Ot.prp. nr. 56 (1984–85)	Plan- og bygningslov.
St.prp. nr. 19 (1988–89)	Om samtykke til undertegning og godkjenning av Europarådskonvensjonen av 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre.
Ot.prp. nr. 42 (1991–1992)	Om lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).
Ot.prp. nr. 51 (1995–1996)	Om lov om endringer i visse lover som vedrører kommuner og fylkeskommuner (særlovprosjektet fase 2).
Ot.prp. nr. 32 (2007–2008)	Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen).
Prop. 149 L (2015–2016)	Endringer i plan- og bygningsloven (mer effektive planprosesser, forenklinger mv.)
Prop. 46 L (2017–2018)	Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).
Stortingsforhandlinger 1827	Stortingsforhandlinger for 1827, 3. del.
Innst. 128 L (2012–2013)	Innstilling frå kommunal- og forvaltningskomiteen om endringer i kommunelova m.m. (eigenkontroll mv.)
Innst. 182 S (2015–2016)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Per-Willy Amundsen, Bent Høie, Trond Hellesland, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om tillegg i Grunnloven § 49 om grunnlovsfesting av lokalde-

mokratiet, Grunnlovsforslag fra Anders Anundsen, Ulf Erik Knudsen, Øyvind Vaksdal og Ib Thomsen om endringer i Grunnloven § 49 (lokalt selvstyre/lokaldemokrati) og Grunnlovsforslag fra Per Olaf Lundteigen, Lars Peder Brekk, Jenny Klinge, Hallgeir H Langeland og Aksel Hagen om endringer i §§ 49 og 75 i Grunnlova (grunnlovsfesting av kommunalt sjølstyre).

Innst. 181 L (2016–2017) Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om Endringer i plan- og bygningsloven (mer effektive planprosesser, forenklinger mv.)

Meld. St. 12 (2011–2012) Stat og kommune – styring og samspel.

## 8.5 Rundskriv, uttalelser mv.

Miljøverndepartementet (2012) Miljøverndepartementet. «Dispensasjon fra planbestemmelser av «teknisk karakter», *Planjuss*, nr. 1 2012, s. 17–18. <https://www.regjeringen.no/contentassets/807636c47fd549e5bb3bf0f5e48c2819/t-1511.pdf> [sist besøkt 07.01.2019].

Klima- og miljødepartementet (2016) Klima- og miljødepartementet. (2016) Rundskriv T-2016-2: *Nasjonale og vesentlige regionale interesser på miljøområdet – klargjøring av miljøforvaltningens innsigelsespraksis*, 10. juni 2016. <https://www.regjeringen.no/contentassets/6c0dd1b319454e8bb366b9ea37479a0a/t-2-16-revidert-januar-2017.pdf> [sist besøkt 07.01.2019].

Solberg-regjeringen (2013) Solberg-regjeringen. (2013) *Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre og Fremskrittspartiet* (Sundvollen-erklæringen), 7. oktober 2013. <https://www.regjeringen.no/contentassets/a93b067d9b604c5a82bd3b5590096f74/plattform.pdf> [sist besøkt 07.01.2019].

Solberg-regjeringen (2018) Solberg-regjeringen. (2018) *Politisk plattform for en regjering utgått av Høyre, Fremskrittspartiet og Venstre* (Jeløya-erklæringen), 14. januar 2018. <https://www.regjeringen.no/contentassets/e4c3cfd7e4d4458fa8d3d2bb1e43bcbb/plattform.pdf> [sist besøkt 07.01.2019].

## 8.6 Rettspraksis

Rt. 1931 s. 772.

Rt. 1975 s 603 (Swingball).

Rt. 1983 s. 1290.

Rt. 1991 s. 586.

Rt 1995 s. 1427 (Naturfredning).

Rt. 1998 s. 1795.

Rt. 2000 s. 1811 (Finnanger I).

Rt. 2002 s. 683.

Rt. 2004 s. 1092 (Reinbeite).

Rt. 2005 s. 117 (Elvebåt).

Rt. 2006 s. 1435.

Rt. 2007 s. 257 (Trallfa).

Rt. 2007 s. 302.

Rt. 2007 s. 1573.

Rt. 2007 s. 1815.

Rt. 2009 s. 354.

Rt. 2010 s. 224.

Rt. 2010 s. 740.

Rt. 2011 s. 111.

Rt. 2011 s. 304.

Rt. 2011 s. 1433.

Rt. 2012 s. 1811.

Rt. 2015 s. 795.

Rt. 2015 s. 1142.

HR-2016-2229-A.

RG 2004 s. 1176.

LB-2013-3524.

LA-2015-197645.

LG-2016-14379.

LF-2017-41178.

TLARV-2011-195043.

TOSLO-2014-193464.

TSAFO-2017-187309.

## **8.7 Uttalelser fra Sivilombudsmannen**

Somb-1986-33 (Sivilombudsmannens årsmelding 1986 s. 79).  
Somb-1987-24 (Sivilombudsmannens årsmelding 1987 s. 75).  
Somb-1990-51 (Sivilombudsmannens årsmelding 1990 s. 182).  
Somb-1994-74 (Sivilombudsmannens årsmelding 1994 s. 270).  
Somb-2002-72 (Sivilombudsmannens årsmelding 2002 s. 320).  
Somb-2003-89 (Sivilombudsmannens årsmelding 2003 s. 285).  
Somb-2003-94 (Sivilombudsmannens årsmelding 2003 s. 297).  
Somb-2004-68 (Sivilombudsmannens årsmelding 2004 s. 254).  
Somb-2004-69 (Sivilombudsmannens årsmelding 2004 s. 257).  
Somb-2004-70 (Sivilombudsmannens årsmelding 2004 s. 260).  
Somb-2004-71 (Sivilombudsmannens årsmelding 2004 s. 266).  
Somb-2006-71 (Sivilombudsmannens årsmelding 2006 s. 279).  
Somb-2008-76 (Sivilombudsmannens årsmelding 2008 s. 294).  
Somb-2009-79 (Sivilombudsmannens årsmelding 2009 s. 318).  
Somb-2011-1023.  
Somb-2011-1482.  
Somb-2013-2528.  
Somb-2014-334.  
Somb-2014-2104.  
Somb-2014-2809.  
Somb-2014-3266.  
Somb-2014-3445.  
Somb-2015-1370.  
Somb-2015-3269.  
Somb-2016-1839.  
Somb-2017-1231.  
Somb-2017-1346.  
Somb-2018-194.