

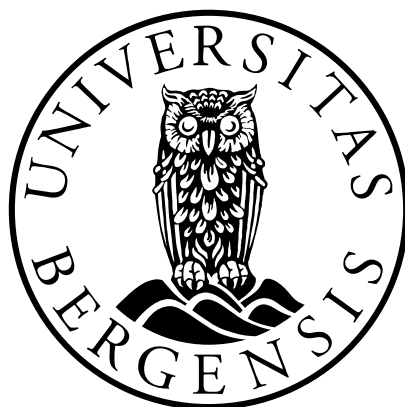
Fylkesmannens rolle i klagesaker etter plan- og bygningsloven

*Om og i tilfellet hvordan hensynet til det kommunale selvstyret
gjør seg gjeldende ved fylkesmannens klagebehandling av
kommunale vedtak etter plan- og bygningsloven.*

Kandidatnummer: 188333

Veileder: Ingunn Elise Myklebust

Antall ord: 14 301



JUS399 Masteroppgave/JUS398 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

02.06.2013

Innhold

1. Introduksjon	1
1.1. Problemstilling og avgrensning	1
1.2. Metodisk tilnærming	2
1.2.1. Kommunen som selvstendig rettssubjekt. Fylkesmannsembetets grunnlag og bakgrunn	2
1.2.2. Rettskilder og rettskildebruk	3
2. Statens oppgaver etter plan- og bygningsloven	5
2.1. Innledning. Generelt om statens rolle	5
2.2. Fylkesmannen som sektor- og samordningsmyndighet	6
2.2.1. Generelt om fylkesmannen som sektor- og samordningsmyndighet. Innsigelsesinstituttet	6
2.2.2. Fylkesmannens klagerett	9
2.3. Fylkesmannen som megler ved innsigelser i plansaker	10
2.4. Om hensynet til det kommunale selvstyre ved overprøving av forvaltningsvedtak	10
2.4.1. Innledning og problemstilling	10
2.4.2. Forvaltningsloven § 34 andre avsnitt tredje setning	11
3. Fylkesmannens rolle i klagesak etter plan- og bygningsloven	13
3.1. Innledning og problemstilling	13
3.2. Klage på reguleringsplan	15
3.2.1. Innledning	15
3.2.2. Klage på regler om saksbehandling	16
3.2.3. Klage på regler om innholdet i reguleringsplan	16
3.2.4. Om fylkesmannens dobbeltroller	17
3.2.5. Om hensynet til det kommunale selvstyret	19
3.2.5.1. Plikten til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret ved klage på reguleringsplan	19
3.2.5.2. Prøvingsintensiteten i praksis	20
3.3. Klage på dispensasjonsvedtak	22
3.3.1. Innledning	22
3.3.2. Klage på dispensasjon fra saksbehandlingsregler	23
3.3.3. Klage på dispensasjon fra materielle regler	24
3.3.3.1. Skjønnsutøvelsens karakter	24

3.3.3.2.	Særlige spørsmål ved klage på dispensasjon fra reguleringsplan.....	25
3.3.4.	Noen merknader om fylkesmannens dobbeltroller.....	26
3.3.5.	Hensynet til det kommunale selvstyret.....	27
3.3.5.1.	Generelt om prøvingsintensitet ved klage på reguleringsplan.....	27
3.3.5.2.	Prøvingsintensiteten i praksis	28
3.4.	Kort om klage på byggesak	30
4.	Avsluttende vurderinger	32
4.1.	Om hensynet til det kommunale selvstyret	32
4.2.	Om fylkesmannens dobbeltrolle.....	34
4.3.	Veien videre	38
Litteratur.....		A
Kilder.....		B

1. Introduksjon

1.1. Problemstilling og avgrensning

Temaet for avhandlingen er om og i tilfellet hvordan hensynet til det kommunale selvstyret gjør seg gjeldende ved fylkesmannens klagebehandling av kommunale vedtak etter plan- og bygningsloven. I vurderingen vil forvaltningsloven § 34 andre avsnitt tredje setning ha en sentral rolle, som lyder:

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

Det sentrale for avhandlingen vil være hva som ligger i plikten til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret i klagebehandlingen, og om og i tilfellet hvilken betydning plikten vil ha ved fylkesmannens klagebehandling etter plan- og bygningsloven. Vurderingen vil knyttes opp mot konkrete regler i plan- og bygningsloven, for å illustrere om og eventuelt hvordan hensynet til det kommunale selvstyret vil ha ulik betydning etter hvilke regler i plan- og bygningsloven klagesaken gjelder.

Kommunene utgjør egne rettssubjekter uavhengig av statsforvaltningen med selvstendig handleevne til å binde seg selv, som utgjør kjernen i det kommunale selvstyret.¹ Samtidig er det klart at kommunen ikke er unntatt fra statlig styring. Muligheten for statlig styring er en helt sentral forutsetning for samfunnet, ettersom staten må kunne ha muligheter til å sørge for at nasjonal politikk iverksettes også på lokalt nivå. Forutsetningen er at lovgivningen åpner for slik styring.

Spenningen mellom det kommunale selvstyret og behovet for statlig styring, gjør seg også gjeldende på plan- og bygningslovens område, hvor det åpenbart vil være et behov for statlig styring, samtidig som det gjør seg gjeldende sterke lokale interesser i forhold til hvordan arealforvaltningen i kommunen skal skje. Hvordan fylkesmannen håndterer spenningen, vil være et sentralt element i avhandlingen. I forlengelsen, vil det vurderes om og hvordan hensynet til det lokale selvstyret blir vektlagt. Det er til tider stor usikkerhet med hensyn til kompetanseforholdet i klagesaker etter plan- og bygningsloven, og da særlig tilknyttet til fylkesmannens rolle som klageinstans. Medias omtale av til tider opphetede konflikter

¹ Stokstad (2013) s. 10 og avsnitt 1.2. Sigrid Stokstads rapport «Forsvinner det kommunale selvstyret i statlig klagebehandling?», er ny forskning relevant for oppgavens problemstilling.

mellom Fylkesmannen i Hordaland og Bergen kommune den siste tiden, underbygger at det foreligger slik uklarhet i praksis.

I lys av avhandlingens problemstilling, vil det avgrenses mot videre behandling av det fylkeskommunale forvaltningsnivået. Det vil heller ikke være særlig rom for å diskutere departementets kompetanse i klagesaker etter plan- og bygningsloven, utover hvor det vil være relevant i sammenheng med redegjørelse for fylkesmannens kompetanse og myndighet.

1.2. Metodisk tilnærming

1.2.1. Kommunen som selvstendig rettssubjekt. Fylkesmannsembetets grunnlag og bakgrunn

Forut for vurderingen av hovedproblemstillingen, må det redegjøres kort for kommunenes rolle som selvstendig rettssubjekt, og om fylkesmannsembetets grunnlag og bakgrunn. Redegjørelsen vil være nødvendig for å se hvordan disse inngår i den større sammenheng i den norske staten. Videre er det av betydning for den senere drøftelse av forholdet mellom kommunens og fylkesmannens kompetanse i klagesaker etter plan- og bygningsloven.

Stillingen som selvstendig rettssubjekt innebærer ikke at kommunene er unntatt fra statlig styring, men styringen må ha et annet grunnlag enn statsforvaltningens interne organisasjons- og instruksjonsmyndighet.² Videre vil kommunen ha en viss selvstendig kompetanse.³ Kommunens kompetanse er negativt avgrenset, som innebærer at kommunenes rettslige handleevne bare er underlagt de begrensninger som følger av lov og rett. Isolert sett skulle det tilsi at kommunene har stor frihet fra statsforvaltningen.⁴ Det settes imidlertid betydelige skranker for denne friheten gjennom lovgivning, eksempelvis ved at kommunen ilegges rettigheter eller plikter, eller regler som medfører en større eller mindre grad av statlig kontroll- og instruksjonsmyndighet.⁵

Fylkesmannen inngår ikke som en del av den kommunale forvaltning, men er fylkesbaserte statlige forvaltningsorganer.⁶ Fylkesmannen er etter fylkesmannsinstruksens § 1 Kongen og

² Stokstad (2012) s. 150

³ Stokstad (2012) s. 150

⁴ Bernt, Overå og Hove (2002) s. 45

⁵ Bernt, Overå og Hove (2002) s. 46-47

⁶ Fylkesmannsrollen (2012) s. 8

regjeringens representant i fylket, og skal arbeide for at stortingets og regjeringens vedtak, mål og retningslinjer blir fulgt opp på lokalt og regionalt nivå.⁷ Samtidig skal fylkesmannen «som utgangspunkt virke til gagn og beste for fylket og ta de initiativ som finnes påkrevd», jf. instruksens § 1 andre avsnitt. Dette omtales som fylkesmannens dobbeltsidige oppdrag:⁸ Fylkesmannen skal utføre hva som følger av lov, forskrift eller andre pålegg fra overordnet departement, og samtidig fremme forslag til sentraladministrasjonen om initiativ og tiltak for vedkommende fylke.⁹ Fylkesmannsinstitusjonen er ikke lovfestet, men bygger på langvarig konstitusjonell praksis og på gjeldende fylkesmannsinstruks fra 1981.¹⁰ Forløperen til dagens fylkesmannsordning ble innført i 1662, gjennom amtmannsordningen. Det ble gitt en instruks for amtmennene 7. februar 1685, som nærmere presiserte amtmannens oppgaver og ansvar. Instruksen gjaldt frem til den ble avløst av ny instruks i 1981, som innholdsmessig ikke skiller seg særlig mye fra amtmannsinstruksen.¹¹ Betegnelsen fylkesmann ble først tatt i bruk etter vedtakelsen av lov 14. august 1918 nr. 1. om forandring av rikets inndelingsnavn.¹²

1.2.2. Rettskilder og rettskildebruk

Utgangspunktet for drøftelsene av problemstillingen i denne avhandlingen, vil være den mer alminnelige rettskildelæren.¹³ Samtidig er det klart at det følger noen særlige metodiske problemstillinger som må kommenteres nærmere.

Utgangspunktet etter norsk rett er at en grunneier fritt kan utnytte sin eiendom innenfor de materielle grensene som er nedfelt i lov eller i bestemmelser gitt i medhold av lov.¹⁴ Dette er en konsekvens av eierrådigheten og legalitetsprinsippet, og innebærer at inngrep i borgerens rettssfære, herunder eiendomsrett, må ha hjemmel i formell lov. Innen forvaltningsretten generelt og plan- og bygningsretten spesielt, må også de deler av forvaltningsvirksomheten som ikke utgjør inngrep i den privates rettssfære, være innenfor de rammer som settes av lov og rett. Bakgrunnen for kravet, er prinsippet om at all forvaltningsmyndighet bygger på delegasjon fra øverste leder av forvaltningen, som er Kongen i statsråd, jf. grunnloven § 3 om

⁷ Se også Fylkesmannsrollen (2012) s. 8

⁸ Må ikke forveksles med fylkesmannens rolle som klager og klageinstans, som vil omtales nærmere i avhandlingens punkt 3.

⁹ Fylkesmannsboka (1997) kapittel 2

¹⁰ Fylkesmannsrollen (2012) s. 15

¹¹ Fylkesmannsboka (1997) kapittel 4.6.

¹² Fylkesmannsboka (1997) kapittel 3.3

¹³ Med den alminnelige rettskildelæren, menes den rettskildelæren som presenteres i Torstein Eckhoff og Jan E. Helgesen «Rettskildelære», 2001.

¹⁴ Somb. 2012/215

at «Den udøvende Magt er hos Kongen». Delegasjonsvedtakene vil uavhengig av om de er gitt i lovs form eller på annen måte, utgjøre rammen for forvaltningens myndighet.

Lovtekst og forarbeider vil dermed ha en sentral betydning for denne avhandlingen. Den alminnelige og viktigste loven for den videre avhandlingen, vil være plan- og bygningsloven av 2008. Loven er et resultat av en omfattende gjennomgang av plan- og bygningsloven av 1985, og innebærer flere vesentlige endringer. Etter omstendighetene vil tolkning av enkeltbestemmelser i 2008-loven kunne suppleres av rettskilder fra 1985-loven, typisk hvor det fremkommer av forarbeidene at regelen er en videreføring av tilsvarende regler i 1985-loven.

Loven suppleres av annen lovgivning. For denne avhandlingen er forvaltningsloven den mest sentrale supplerende lovgivningen. Av pbl. § 1-9 første avsnitt følger det at «Forvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i denne loven». Bestemmelsen innebærer at det må vurderes konkret hvorvidt forvaltningslovens saksbehandlingsregler skal gjelde, ettersom plan- og bygningsloven har en rekke særskilte saksbehandlingsregler som vil gå foran forvaltningslovens alminnelige regler.

Delegasjon skjer imidlertid ikke bare gjennom lovgivning, men også gjennom forskrifter, departementale rundskriv, instruksjer og andre vedtak. Fylkesmannens kompetanse og myndighet i saker på plan- og bygningslovens område fremgår ikke av lovgivningen, men beror på delegasjoner gjennom slike departementale vedtak. Disse vil dermed være sentrale i vurderingen av avhandlingens problemstilling.

Selv om rettspraksis er en viktig rettskildefaktor, vil det likevel spille en mindre rolle her enn ellers, fordi det generelt finnes lite rettspraksis som gjelder disse saksområdene. Manglende rettspraksis kan blant annet forklares med at loven inneholder en rekke saksbehandlingsregler som regulerer forholdene internt i plan- og bygningsforvaltningen, og som det vil være upraktisk å prøve ved domstolene. Videre bygger en stor del av reglene i loven på fritt forvaltningsskjønn, som domstolene vil være tilbakeholdne med å prøve. Lite rettspraksis kan også forklares med at den någjeldende plan- og bygningsloven er forholdsviss ny.

Ettersom rettslig prøving vil være mindre aktuell her, vil sivilombudsmannspraksis stå sentralt. Sivilombudsmannens uttalelser utgjør en praktisk viktig form for overprøving, særlig

fordi sivilombudsmannen i motsetning til domstolene, ikke anser sin kompetanse som begrenset til prøving av forvaltningens rettsanvendelse. Sivilombudsmannen har ikke selv myndighet til å gripe inn i eller omgjøre vedtak som er truffet, men kan kreve opplysninger, foreta inspeksjoner og komme med uttalelser til forvaltningens konkrete rettsanvendelse, saksbehandling og skjønnsutøvelse.¹⁵ Uttalelsene vil ikke være bindende, men vil ha stor praktisk betydning grunnet sivilombudsmannens høye faglige kompetanse, og dens uavhengighet fra statsforvaltningen.¹⁶

2. Statens oppgaver etter plan- og bygningsloven

2.1. Innledning. Generelt om statens rolle

I de følgende avsnitt vil det først gis en kort generell redegjørelse for statens oppgaver etter plan- og bygningsloven, og deretter en mer omfattende redegjørelse for de oppgaver fylkesmannen har på plan- og bygningslovens område. Redegjørelsene er nødvendig for å ramme inn temaet og å vise i hvilken kontekst temaet inngår i, og for å forklare hvilke plantyper og saker som vil kunne bli aktuell for fylkesmannen å behandle i en klagesak. Gjennomgangen av oppgavens sentrale problemstillinger vil avgrenses mot statens og fylkesmannens rolle i behandling av statlige, regionale og kommunale arealplaner, da slike planer ikke kan påklages.

Etter pbl. § 3-5 andre avsnitt er Kongen øverste planmyndighet. Departementet har etter bestemmelsens tredje avsnitt «det administrative hovedansvaret for statens planleggingsoppgaver etter loven og skal arbeide for at de vedtak som treffes nasjonalt blir fulgt opp i den regionale og kommunale planleggingen». Selv om departementet har det overordnede styringsansvaret, kan det bare styre kommunens arealplanlegging hvor bestemmelser i loven åpner for det. Kravet om lovhjemmel er en konsekvens av kommunens stilling som selvstendig rettssubjekt, uavhengig av statsforvaltningen.¹⁷ Eksempel på bestemmelser som åpner for statlig styring av kommunenes arealforvaltning, er reglene om at det skal vedtas nasjonale forventinger til regional og kommunal planlegging (pbl. § 6-1), at det kan vedtas planretningslinjer (pbl. § 6-2) og planbestemmelser (pbl. § 6-3), og at staten kan selv vedta arealplaner (pbl. § 6-4).

¹⁵ Bernt og Rasmussen (2010) s. 103

¹⁶ Bernt og Rasmussen (2010) s. 103

¹⁷ Se avsnitt 1.2

Hovedregelen er dermed at det er kommunene som bestemmer det nærmere innholdet i arealplanene, og staten kan ikke instruere kommunen om innholdet i den enkelte plan. Det innebærer ikke at kommunene står fritt. Enkelte myndigheter kan etter omstendighetene fremme innsigelse mot forslag kommunens arealplan, i spørsmål som er av «nasjonal eller vesentlig regional betydning, eller som av andre grunner er av vesentlig betydning for vedkommende organs saksområde», jf. § 5-4.¹⁸ Organer som ikke er innsigelsesberettiget, kan påklage det endelige planvedtaket, jf. pbl. § 1-9. I byggesaker er det ikke adgang til å fremme innsigelse, men det kan fremsettes klage mot kommunens endelige byggesaksvedtak. Plan- og bygningsloven viser i denne sammenheng til reglene i forvaltningsloven, se pbl. § 1-9.

Statlige organ har i visse tilfeller også adgang til å omgjøre uten klage i byggesaker og reguleringsplansaker etter henholdsvis reglene i fvl. § 35 og pbl. § 12-13.

Kongens myndighet i plan- og byggesaker er i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige regler delegert til de to departement: Myndigheten i byggesaker er delegert til kommunal- og regionaldepartementet, mens myndigheten i plansaker er delegert til miljøverndepartementet.¹⁹ Departementene har videre delegert sentrale deler av sin kompetanse vedrørende innsigelser og klagesaker, til fylkesmannen.²⁰ Delegasjonen kan trekkes tilbake når som helst, i samsvar med alminnelige forvaltningsrettslige regler. Ut fra et mer til det mindre-perspektiv, må departementene kunne instruere generelt og konkret hvordan fylkesmannen skal anvende sin kompetanse. Dette vil være et prinsipielt viktig styringsmiddel for departementene.

2.2. Fylkesmannen som sektor- og samordningsmyndighet

2.2.1. Generelt om fylkesmannen som sektor- og samordningsmyndighet.

Innsigelsesinstituttet

Fylkesmannsembetene har en viktig funksjon som sektormyndighet, gjennom at de utfører fagoppgaver for flere departement og direktorat, som igjen har direkte instruksjonsmyndighet

¹⁸ Se avsnitt 2.2.1. for nærmere redegjørelse for innsigelsesinstituttet, og avsnitt 2.2.2. for klageinstituttet.

¹⁹ Delegasjonen er gjennomført i forskrift, se forskrift nr. 639/2009.

²⁰ F.eks. er myndighet delegert fra henholdsvis kommunal- og regionaldepartementet og miljøverndepartementet til fylkesmannen i rundskrivene T-8/86 og T-5/95, som ble gitt etter pbl. 1985. Disse gjelder fortsatt, med mindre annet er uttrykkelig bestemt, jf. rundskriv T-2/09 og H-1/10.

overfor fylkesmannsembetene.²¹ Fylkesmannsembetene fungerer blant annet som sektormyndighet i spørsmål om arealdisponering, byggesaker og universell utforming, naturressursforvaltning og miljøvern.²² Formålet med å ha slik sektormyndighet er å motvirke snever sektortenkning innen sentrale områder som planlegging, ressursforvaltning, miljøvern og utbygging.²³ Videre er det av betydning for å få en helhetlig praktisering av regjeringens sektorpolitikk på viktige samfunnsområder der nasjonale hensyn veier tungt.²⁴

Samtidig har fylkesmannsembetene et viktig ansvar for samordning av statlig aktivitet i fylkene, som innebærer et ansvar for å samordne kommunene og regional statsforvaltning.²⁵ Samordning fremheves som et helt sentralt formål i plan- og bygningsloven, hvor det i § 1-1 andre avsnitt følger at «planlegging etter loven skal bidra til å samordne statlige, regionale og kommunale oppgaver». Videre plikter kommunene å legge til rette for samordning i sin arealplanlegging, jf. pbl. § 3-3 første avsnitt. Kommunen skal gjennom arealplanleggingen, foruten å ivareta egne mål og utviklingsstrategier, ivareta nasjonale og regionale mål, og legge til rette for gjennomføring av regional, statlig og privat virksomhet²⁶. Som samordningsmyndighet skal fylkesmannen påse at slik samordning finner sted, og om nødvendig foreta tiltak for å sikre samordning, og har dermed en svært sentral rolle i arealplanlegging etter loven.²⁷

Funksjonene som sektor- og samordningsmyndighet medfører at fylkesmannen på plan- og bygningslovens område får en nærmest partsliknende rolle. For det første vil fylkesmannen i egenskap av sektormyndighet, være *høringsinstans* under utarbeidelse av planprogram og planutkast til kommuneplan og reguleringsplan. At fylkesmannen har denne funksjonen kan ikke leses direkte ut av plan- og bygningsloven, men følger av henholdsvis pbl. §§ 11-13 første avsnitt andre setning og 11-14 første avsnitt første setning, og pbl. § 12-10, alle sammenholdt med fvl. § 37 andre avsnitt første setning. Rollen som høringsinstans medfører at fylkesmannen har mulighet til å delta og komme med innspill i den kommunale arealplanleggingen, og kan på denne måten sørge for at samordning skjer.

²¹ Meld.St.12 (2011-2012) s. 95

²² Meld. St.12 (2011-2012) s. 95, se også St.meld. nr. 19 (2008-2009) s. 69

²³ Pedersen m.fl. del I (2010), s. 114

²⁴ Fylkesmannsrollen (2012) s. 17

²⁵ St.meld. nr. 19 (2008-2009) s. 70

²⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 183

²⁷ Tildelingsbrev (2013) s. 15: «Fylkesmannen har ansvar for at nasjonal politikk blir formidlet og ivaretatt i praktiseringen av plan- og bygningsloven, særlig i behandlingen av kommunale og regionale planer»

For det andre er en sentral del av fylkesmannens sektormyndighet og samordningsansvar, muligheten til å fremme *innsigelser* i plansaker. Av pbl. § 5-4 første avsnitt følger det at «Berørt statlig og regionalt organ kan fremme innsigelse til forslag til kommuneplanens arealdel og reguleringsplan i spørsmål som er av nasjonal eller vesentlig regional betydning, eller som av andre grunner er av vesentlig betydning for vedkommende organs saksområde». I §§ 11-16 og 12-13 presiseres det at § 5-4 gjelder ved innsigelse til kommuneplanens arealdel og reguleringsplan. Hvilke organ som er innsigelsesberettiget etter plan- og bygningsloven presiseres nærmere i rundskriv T-5/95, hvor departementet legger til grunn at fylkesmannen har innsigelsesadgang i alle plansaker som vedrører forurensing/ miljø-, naturvern og friluftsliv, miljørettet helsevern, barn og unges interesser, beredskap, tilfluktsrom, risiko og sårbarhet.²⁸ Forutsetningen for å fremme innsigelse, er at det ikke er gjort endelig rettskraftig planvedtak. Dette fordi innsigelse forutsettes fremmet så tidlig som mulig i planprosessen, og senest innenfor fristen for innsigelse utløper.²⁹ Innsigelsesberettiget organ kan ikke senere påklage det endelige planvedtaket, jf. pbl. § 1-9.³⁰ For andre som ikke er innsigelsesberettiget, er klageretten i behold.

Virkingen av innsigelse vil være at den endelige vedtakskompetansen flyttes ut fra kommunen til øverste planmyndighet, som etter delegasjon er miljøverndepartementet.³¹ På denne måten kan man sikre at overordnede nasjonale interesser ivaretas og følges opp tilstrekkelig i kommunale planer, og at plansaker løftes opp til sentral avgjørelse når det er konflikt mellom myndigheter om viktige spørsmål.³² Miljøverndepartementet understreker i rundskriv T-5/95 at innsigelsesberettiget organ må utvise stor varsomhet ved bruk av innsigelser:

«Organer med innsigelsesadgang forutsettes å vise stor varsomhet med å overprøve kommunestyrets politiske skjønn i lokale forhold. Det er opp til vedkommende fylkeskommune, nabokommune eller statlige fagorgan å avgjøre hva som er så vesentlig at det bør føre til innsigelse og dermed avgjørelse i departementet. I og med at innsigelsesinstituttet er fylkeskommunenes og statlige organers virkemiddel

²⁸ Rundskriv T-5/95 gjelder 1985-loven. Av rundskriv T-2/09, som gjelder 2008-loven, følger det på s. 2 at fylkesmannens oppgaver og myndighet videreføres, med mindre annet uttrykkelig er fastsatt. I all hovedsak gjelder dermed rundskriv T-5/95 fremdeles.

²⁹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 177

³⁰ I Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) fremgår det på s. 177 at klageretten ikke vil være tapt hvor vedkommende myndighet ikke har hatt anledning til å fremme innsigelse. Det er ikke tilstrekkelig at organet har *latt være* å fremme innsigelse, det avgjørende er hvorvidt organet har hatt *anledning* til å fremme innsigelse

³¹ Rundskriv T-5/95.

³² Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 81

for oppfølging av nasjonal og regional politikk, bør det så langt mulig bare være viktige konfliktsaker som kommer til avgjørelse sentralt».

Uttalelsen innebærer at selv om samordningen er viktig, må fylkesmannen også ta hensyn til det kommunale selvstyret i vurderingen av hvorvidt innsigelse skal fremmes. Uttalelsen i andre setning innebærer imidlertid at det er opp til innsigelsesberettiget organ selv å foreta interesseavveiningen, og dermed vurdere hvor tungt hensynet til det lokale selvstyret skal veie i vurderingen av om innsigelsesadgangen skal benyttes.

2.2.2. Fylkesmannens klagerett

I byggesaker og i plansaker hvor fylkesmannen ikke har innsigelsesmyndighet, vil fylkesmannen etter omstendighetene ha klagerett på det endelige vedtaket. Klageinstituttet er et sentralt virkemiddel for fylkesmannen for å sikre samordning og for å fremme sine sektorinteresser overfor kommunen, i den konkrete saken. Fylkesmannen vil i slike tilfeller fungere som en partsrepresentant for sektorinteressene. Siden plan- og bygningsloven ikke inneholder noen generell regel om hvem som har klageadgang i saker etter loven, suppleres loven med den generelle regel om klagerett i fvl. § 28, jf. pbl. § 1-9 som sier at «forvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i denne loven». I utgangspunktet forutsetter klagerett «rettslig klageinteresse», jf. fvl. § 28 sml. legaldefinisjonen i § 2, men av pbl. § 1-9 tredje avsnitt første setning følger det at også berørt statlig organ, regionalt organ og kommune kan påklage enkeltvedtak etter plan- og bygningsloven «dersom vedtaket direkte berører vedkommende myndighets saksområde». Disse gis mulighet til å klage for å ivareta de offentligrettslige interesser som de skal verne om, uavhengig av «rettslig klageinteresse».³³ Av miljøverndepartementets rundskriv T-6/96 følger det at oversikten over statlige organer som har innsigelsesmyndighet etter rundskriv T-5/95, må anses som «... sammenfallende med hvilke statlige organer som har klagemyndighet etter pbl. § 15, så nær som for nabokommune som etter loven ikke er gitt en slik klageadgang». Uttalelsen må forstås slik at i de saker hvor fylkesmannen har sektormyndighet og dermed innsigelsesadgang, må fylkesmannen også ha klagerett.

Det aktuelle fagdepartementet kan i kraft av sin posisjon som delegerende organ, instruere hvordan fylkesmannen skal gå frem i den konkrete saken, herunder om klage skal fremsettes.

³³ Innjord bind I (2010), s. 39

Det vil imidlertid være praktisk viktigere at fylkesmannen ber departementet om hjelp i vanskelige politiske spørsmål.³⁴

2.3. Fylkesmannen som mekler ved innsigelser i plansaker

Av pbl. § 5-8 første avsnitt første punktum følger det at «Finner kommunen ikke å kunne ta hensyn til innsigelsen, skal det ordinært foretas mekling mellom partene». Av bestemmelsens andre avsnitt fremgår det at kompetansen som mekler kan delegeres. Delegasjonen er gjort gjennom rundskriv T-2/09, som viderefører rundskriv T-5/95, hvor det fremkommer at fylkesmannen skal være mekler med nødvendig faglig bistand fra fylkeskommunen.

Fylkesmannen har dermed en dobbeltrolle i forbindelse med innsigelse i plansaker, da fylkesmannen både er tillagt innsigelsesrett og oppgaven som mekler.³⁵ Gjennom meklingsansvaret, har fylkesmannen for det første en avklarende funksjon, ved at man i meklingen har som formål å komme til enighet og slik avslutte innsigelsessaken uten at saken bringes videre til departementet³⁶. Videre har fylkesmannen en forberedende rolle. I de tilfeller hvor meklingen ikke gjennomføres, eller kommunen treffer vedtak om at innsigelsen ikke skal tas til følge, skal saken etter § 5-6 første avsnitt andre setning oversendes departementet. I den forbindelse følger det av forarbeidene at fylkesmannen som mekler ved oversendelse må gå sin tilrådning i saken, med begrunnelse.³⁷ Departementet er ikke bundet av tilråningen, og står dermed fritt i sin avgjørelse i saken.

2.4. Om hensynet til det kommunale selvstyre ved overprøving av forvaltningsvedtak

2.4.1. Innledning og problemstilling

Av forvaltningsloven § 34 andre avsnitt tredje setning følger det at «der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn». Plikten vil dermed stå helt sentral i vurderingen av kompetanseforholdet mellom kommunen og fylkesmannen i klagesaker etter plan- og bygningsloven, herunder fylkesmannens kompetanse

³⁴ Dette kan departementet eventuelt gjøre ved for eksempel å utarbeide tolkningsuttalelser.

³⁵ Rundskriv T-5/95.

³⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 195.

³⁷ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 195.

som klageinstans. I de følgende avsnitt vil det foretas en kort gjennomgang av hvilken generell betydning bestemmelsen i § 34 andre avsnitt tredje setning har i forholdet mellom stat og kommune i klagesaker ved prøving av det frie skjønn. Gjennomgangen er nødvendig for å se hvordan forvaltningslovens regler supplerer plan- og bygningsloven, og for å kunne oppnå en dypere og mer grundig analyse av de særlige spørsmål som problemstillingen reiser.

Klage over vedtak truffet etter plan- og bygningsloven på kommunalt nivå, skal oversendes til departementet, jf. pbl. § 1-9 (5). Departementets kompetanse som klageinstans er delegert til fylkesmannen.³⁸ De nærmere generelle reglene for klageinstansens kompetanse følger av fvl. § 34. Etter bestemmelsens andre avsnitt, følger det at klageinstansen skal prøve alle sider av saken. Kompetansen omfatter foruten prøving av førsteinstansens lovanvendelse og saksbehandling, også prøving av den frie skjønnsutøvelsen ved kommunale vedtak, gjerne hvor sterke kommunale hensyn gjør seg gjeldende.³⁹ Bestemmelsen i andre avsnitt tredje setning vil dermed utgjøre en begrensning for statlig klageinstans sin kompetanse.⁴⁰

2.4.2. Forvaltningsloven § 34 andre avsnitt tredje setning

Som påpekt i avsnitt 1.2, er kommunene dels egne rettssubjekter uavhengig av statsforvaltningen, og dels underordnet statsforvaltningen gjennom regler om statlig styring. Hadde det ikke vært for fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning, ville det ikke vært noen selvfølge at statlig klageinstans skulle vektlegge hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn.

Bestemmelsen i § 34 andre avsnitt tredje setning ble tilføyd ved lov av 10. januar 1997, som følge av at det ved vedtakelsen av kommuneloven ble foretatt en gjennomgang av særlovgivningen. Ved gjennomgangen av forvaltningsloven, ble det foreslått å sette skarpe rettslige sperrer for overprøvingsmyndighet i saker om klage over kommunale og fylkeskommunale vedtak, slik at klageinstansen ikke ville ha kompetanse til å prøve den frie skjønnsutøvelsen.⁴¹ Forslaget ble avvist da departementet fant at det i praksis ble utvist tilbakeholdenhet med å overprøve kommuneforvaltningens frie skjønn, og at det dermed ikke

³⁸ Rundskriv T-8/86 og H-1/10. Se nærmere omtale i avsnitt 3.1.

³⁹ Til forskjell fra domstolene, som gjerne vil være tilbakeholdne med sin prøving av forvaltningens frie skjønnsutøvelse. Se nærmere diskusjon i Innjord (1996).

⁴⁰ Det har vært et spørsmål i juridisk teori om hensynet til det kommunale selvstyre er et prinsipp av grunnlovs rang. Se nærmere redegjørelse i Stokstad (2012)

⁴¹ Bernt og Rasmussen bind 1 (2010) s. 317

var behov for en så skarp avgrensning som var foreslått. Det ble likevel ansett som nødvendig og hensiktsmessig å lovfeste et prinsipp om at statlig klageinstans skal vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn,⁴² ettersom det var noe usikkerhet om hvor langt man kunne gå i å vektlegge dette hensynet.⁴³ Presiseringen innebærer at den statlige klageinstansen fortsatt helt fritt kan prøve de rettslige sider av vedtaket.⁴⁴

Etter sin ordlyd, utgjør ikke bestemmelsen i § 34 andre avsnitt tredje setning et materielt vilkår. Forarbeidene bekrefter og presiseres at hensynet til det kommunale selvstyre kommer inn som en ny dimensjon ved klagebehandling hvor statlige organer er klageinstans, og som vil utgjøre et tillegg til de rettssikkerhetsprinsippene som følger av de øvrige klagereglene.⁴⁵ Regelen innebærer en plikt til å ta større hensyn til det lokale selvstyret i saker hvor en vesentlig del av klageinstansens overprøving vil bestå av en overprøving av det frie forvaltningsskjønnet, særlig i saker som krever lokalkunnskap eller særlig lokalpolitisk eller sakkyndig forankring.⁴⁶ Dermed skal klageinstansen i tillegg til klagers anførsler legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret. Videre vil det i praksis innebære en viss terskel for klageinstansen i forhold til å endre kommunale eller fylkeskommunale vedtak på grunnlag av overprøving av det frie skjønnet.⁴⁷

Det følger imidlertid av Ot.prp. nr. 51 (1995-96) at man ikke kan gå for langt i å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret, og å begrense muligheten for å overprøve kommunens frie skjønn. Hensynet til rettssikkerheten er det viktigste hensynet bak klagereglene, og må ved konflikt veie tyngre enn hensynet til det kommunale selvstyret.⁴⁸ Regelen skal dermed ikke innebære en svekkelse av borgerens rettssikkerhet, noe som tilsier at prøvingsintensiteten av det frie skjønn også må avhenge av vedtakets viktighet for borgeren. I forlengelsen uttales det at regelen utformes som en standardregel, som innebærer at den kan tilpasses de ulike områdene alt etter i hvor sterk grad hensynet til det kommunale selvstyret gjør seg gjeldende.⁴⁹

⁴² Ot.prp. nr. 51 (1995-96) s. 40

⁴³ Woxholth (2011) s. 556

⁴⁴ Det er utarbeidet nærmere retningslinjer for dette i rundskriv H-2103 punkt 2.2.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 51 (1995-96) s. 40

⁴⁶ Ot.prp. nr. 51 (1995-96) s. 34

⁴⁷ Ot.prp. nr. 51 (1995-96) s. 41.

⁴⁸ Ot.prp. nr. 51 (1995-96) s. 40

⁴⁹ Ot.prp. nr. 51 (1995-96) s. 41

Det fremheves også i forarbeidene at overprøving av det frie skjønn ved kommunale vedtak er et viktig styringsverktøy for staten.⁵⁰ Klagebehandlingen er med på å sikre at lokale og regionale forvaltningsmyndigheter iverksetter statlig politikk på en mest mulig likeartet måte. For det første fordi vedtak i klagesaker vil virke nærmest som instruksjer ved avgjørelse av liknende fremtidige saker, og for det annet fordi man på denne måten får innsyn i hvordan kommunene behandler denne typen saker.⁵¹

Selv om det ligger utenfor den lovfestede plikten, viser Stokstads undersøkelser at fylkesmannens som statlig klageinstans noen ganger tar hensyn til det kommunale selvstyret også ved tolkningen av lovlighet.^{52 53}

3. Fylkesmannens rolle i klagesak etter plan- og bygningsloven

3.1. Innledning og problemstilling

Klager på vedtak etter plan- og bygningsloven skal etter § 1-9 femte avsnitt oversendes departementet, men både miljøverndepartementet og kommunal- og regionaldepartementet har videre delegert kompetansen som klageinstans til fylkesmannen gjennom rundskriv T-8/86.⁵⁴ Etter alminnelig delegasjonsrettslige prinsipper, er ikke delegasjonsvedtaket til hinder for at det aktuelle fagdepartementet overtar behandlingen av klagesak på eget initiativ eller etter anmodning fra andre.⁵⁵ Utgangspunktet er dermed at fylkesmannen er klageinstans for vedtak etter plan- og bygningsloven.

På den andre siden oppstår flere problemstillinger i forhold til fylkesmannens oppgave som klageinstans. For det første vil fylkesmannen etter omstendighetene ha en dobbeltrolle, gjennom at fylkesmannen har klagerett i saker hvor fylkesmannen i utgangspunktet skal fungere som klageinstans.⁵⁶

⁵⁰ Ot.prp. nr. 51 (1995-96) s. 34. Se avsnitt 3.3 for nærmere redegjørelse.

⁵¹ Ot.prp. nr. 51 (1995-96) s. 34

⁵² Stokstad (2013) s. 87: I undersøkelsen fant Stokstad at det i klagesaker var eksempler på at «skjønn brukes både om rettslig styrt og 'fritt skjønn'», og at tilbakeholdenhet gjør seg gjeldende i begge sammenhenger. Se mer i avsnitt 5.1.

⁵³ Det kan spørres om lovendringen i 1997 illustrerer en rettsutvikling hvor man i større grad åpner for vektlegging av det kommunale selvstyret i klageomgangen hvor statlige organer er klageinstans. Se nærmere diskusjon i avsnitt 5.1.

⁵⁴ Delegasjonen i rundskrivet er videreført og skal også gjelde for saker etter 2008-loven, jf. rundskrivene T-2/09 og H-1/10.

⁵⁵ Frihagen III (1989) s. 381

⁵⁶ Se nærmere omtale i avsnittene 3.2.4, 3.3.4 og 4.2.

Kommunal- og regionaldepartementet og miljøverndepartementet, har i utgangspunktet en felles løsning på dette problemet, gjennom at man i disse tilfellene fratar fylkesmannen kompetansen som klageinstans.⁵⁷ Det er imidlertid visse forskjeller i den videre klageordningen. Miljøverndepartementet opererer med en ordning med settefylkesmenn, som innebærer at klagen i slike saker går til et annet fylkesmannsembete, som er oppnevnt som settefylkesmann av arbeids- og administrasjonsdepartementet⁵⁸. Kommunal- og regionaldepartementet har ikke foretatt en tilsvarende delegasjon, og det er følgelig ingen ordning med settefylkesmenn ved klage i byggesaker. Samtlige av disse sakene behandles dermed av departementet selv.

Videre er vedtak etter plan- og bygningsloven mangeartede, og kan bygge på ulik skjønnsutøvelse. Det ligger dermed i sakens natur at klageinstansens overprøving av vedtak i klagesaker vil variere ut fra hvilken skjønnsutøvelse vedtaket bygger på.

Fylkesmannen vil også ha en rolle ved lovlighetskontroll etter koml. § 59, som også er aktuell i forbindelse med vedtak etter plan- og bygningsloven. Lovlighetskontrollen skal dekke behovet for å få en autoritativ avgjørelse av rettslig tvil som måtte oppstå i forbindelse med kommunal saksbehandling, og må anses som et ledd i den interne kvalitetssikringen av saksbehandlingen.⁵⁹ Prøvingsretten er begrenset til prøving av om vedtaket innholdsmessig er lovlig, er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse, og om det er blitt til på lovlig måte.⁶⁰ Dermed kan ikke den frie skjønnsutøvelsen overprøves, så lenge den bygger på lovlige hensyn. Kommunal- og regionaldepartementet har fått fullmakt til å foreta lovlighetskontroll etter § 59 på eget initiativ,⁶¹ og kompetansen er videredelegert til fylkesmannen.⁶²

Det sentrale spørsmålet i fortsettelsen blir om og i tilfellet i hvilken utstrekning man krever at fylkesmannen som klageinstans skal vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av den frie skjønnsutøvelsen, jf. § 34 andre avsnitt tredje setning. Drøftelsen vil knyttes til hvordan hensynet til det kommunale selvstyret gjør seg gjeldende ved fylkesmannens behandling av klage på reguleringsvedtak, dispensasjonsvedtak og kort om vedtak i byggesak. Temaene er praktisk viktige spørsmål, og er uttrykk for forskjellige former for skjønnsutøvelse. Dermed er de egnet til å illustrere hvordan vektleggingen av det kommunale selvstyret vil være ulik etter hvilken skjønnsutøvelse vedtaket bygger på.

⁵⁷ Rundskriv T-8/86, og Pedersen m.fl. del I (2010) s. 245

⁵⁸ Rundskriv T-6/96. Videreføres også etter den nye loven, hvis ikke annet er særlig uttrykt, jf. T-2/09 og H-1/10.

⁵⁹ Bernt og Overå (2011) s. 475

⁶⁰ Pedersen m.fl. del I (2010) s. 300, og Pedersen m.fl. del II (2011) s. 244.

⁶¹ Forskrift nr. 1079/1992

⁶² Rundskriv H-25/92

Gjennomgangen av de forskjellige temaene vil stort sett være likt strukturert, med enkelte forskjeller som vil påpekes etter hvert.

Videre vil det også redegjøres for hvordan fylkesmannens dobbeltrolle som klager og klageinstans, vil kunne variere etter hvilken vedtakstype klagesaken gjelder. Det vil være sentralt for redegjørelse av fylkesmannens rolle og kompetanse i klagesaker etter plan- og bygningsloven, og har dermed en side til kommunen som selvstendig rettssubjekt og det kommunale selvstyret. Av hensyn til kommunens forutberegnelighet som part i en klagesak, er det viktig at kommunen på forhånd kan innrette seg etter hvilken kompetanse fylkesmannen som klageinstans har i klagebehandlingen.

3.2. Klage på reguleringsplan

3.2.1. Innledning

Reguleringsplan er, ved siden av kommuneplanens arealdel, helt grunnleggende for kommunenes arealforvaltning etter loven. Slike kan etter omstendighetene påklages. Det spesielle i denne sammenheng er at staten er klageinstans for kommunale reguleringsplanvedtak.

I den videre drøftelsen skal jeg se nærmere på hvordan hensynet til det kommunale selvstyret gjør seg gjeldende ved fylkesmannens klagebehandling ved klage på reguleringsvedtak. Foruten å drøfte fylkesmannens dobbeltrolle og hensynet til det kommunale selvstyret, må det redegjøres nærmere for hvilke skjønnsutøvelse som er aktuell ved reguleringsplanvedtak. Redegjørelsen er nødvendig for å fastlegge hva som er fylkesmannens kompetanse ved klage på reguleringsplan, og hvilken betydning fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning og hensynet til det lokale selvstyret vil ha ved fylkesmannens klagebehandling. Klage på regler om saksbehandling og på materielle regler vil i denne sammenheng behandles hver for seg, da de reiser forskjellige spørsmål og vil være egnet til å få frem nyansene ved klage på reguleringsplaner. Gjennomgangen av saksbehandlingsregler vil begrenses til reglene om planplikt.

3.2.2. Klage på regler om saksbehandling

Lovens hovedregel er at det er kommunen selv som utarbeider reguleringsplan, jf. § 12-1. Som hovedregel vil det være opp til kommunens eget skjønn om reguleringsplan skal utarbeides eller ikke, men i enkelte tilfeller vil det imidlertid følge av bestemmelser i loven at reguleringsplan skal utarbeides, jf. § 12-1 andre og tredje avsnitt. Det kan argumenteres for at sistnevnte forhold er uttrykk for lovanvendelse, som kan overprøves av fylkesmannen som klageinstans uten at man plikter å ta hensyn til det kommunale selvstyre, jf. fvl. § 34 andre avsnitt tredje punktum. Denne forståelsen bekreftes av førstvoterende i Rt. 2009 s. 354 i forbindelse med tolkningen av begrepet «bygge- og anleggsarbeider» i pbl. 1985 § 23 første avsnitt.⁶³ Førstvoterende legger imidlertid også til grunn at:

«Domstolene må vise betydelig tilbakeholdenhet med å overprøve planmyndighetenes faglige vurdering av når tiltak medfører at reguleringsplan er nødvendig etter plan- og bygningsloven § 23 nr. 1».

Uttalelsen innebærer at selv om domstolene i utgangspunktet selv mener at de har kompetanse til å prøve om det foreligger plikt til å utarbeide reguleringsplan, vil man være svært varsom med å overprøve kommunenes egen faglige vurdering av om reguleringsplan er nødvendig.

3.2.3. Klage på regler om innholdet i reguleringsplan

Kommunens bestemmelser om det nærmere innholdet i planen, herunder også valg av arealformål, er et spørsmål om kommunens egne valg og vurderinger tilknyttet arealforvaltningen, innenfor den rammen som settes av loven. Spørsmålet om valg av arealformål er underlagt kommunenes frie skjønnsutøvelse, kom på spissen i Rt. 2007 s. 281. Saken gjaldt spørsmålet om en reguleringsplan som regulerte en strandeieendom som ble brukt som uteareal til en barnehage, til friområde etter pbl. 1985 § 25 nr. 4. Høyesterett kom til at reguleringsplanen var ugyldig, da forutsetningen om fortsatt barnehagedrift var uforenelig med arealformålet om fri ferdsel etter § 25 nr. 4. I forbindelse med behandlingen av § 25, uttaler førstvoterende følgende i dommens avsnitt 39:

«Innledningsvis bemerker jeg at domstolenes kompetanse er begrenset ved overprøving av vedtak etter pbl. § 25. Både valg av reguleringsformål og hvilke områder som omfattes av reguleringen, faller inn

⁶³ Sakens hovedproblemstilling gjaldt gyldigheten av fylkesmannens vedtak etter den tidligere plan- og bygningslovens § 113, om å stanse anleggsarbeider for oppgradering av kraftanlegg og anlegg for vannbehandling, jf. sammendrag av lovdata.

under forvaltningens frie skjønn, og er således i utgangspunktet ikke gjenstand for domstolsprøving. Men domstolene kan prøve lovmessigheten av vedtaket - det vil si om den planlagte utnyttelsen av området er av en slik karakter at den faller inn under reguleringsformålet».

På bakgrunn av dette, må valg av arealformål og hvilke områder som omfattes av reguleringen, utgjøre fritt kommunalt skjønn, og fylkesmannen plikter derfor å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved en eventuell prøving, jf. § 34 andre avsnitt tredje setning. Tilsvarende er lagt til grunn med hensyn til den nye plan- og bygningsloven i sivilombudsmanns praksis, se blant annet Somb. 2009/1402 som omtales under i avsnitt 3.2.5.2. Dette er i samsvar med lovens system om at det er kommunene selv som er hovedansvarlig for arealforvaltningen innenfor kommunens grenser.

I avsnitt 3.2.5. er det klage vedrørende innholdet i reguleringsplan, nærmere bestemt arealbruksformål, som vil være vurderingstema.

3.2.4. Om fylkesmannens dobbeltroller

I rundskriv T-8/86 følger det at fylkesmannen har kompetanse til å avgjøre klagesak over kommunestyrets endelige vedtak om reguleringsplan. Utgangspunktet gjelder imidlertid ikke uten begrensninger. Det må i denne sammenheng sondres mellom de tilfeller hvor klagen kommer fra private aktører, fra fylkesmannen som sektormyndighet og fra andre offentlige organ.

Hvor klage fremsettes av private aktører, skal fylkesmannen i utgangspunktet gjennomføre full prøving av alle sider av saken, både de materielle og prosessuelle, jf. fvl. § 34 og rundskriv T-8/86. I slike saker har fylkesmannen i utgangspunktet full kompetanse som klageinstans, med de begrensninger som følger av lov, delegasjonsvedtak osv.

Som utgangspunkt gjelder tilsvarende hvor klagen fremmes av et annet offentlig organ med klagerett etter § 1-9 tredje avsnitt første setning og rundskriv T-8/86. Det fremkommer imidlertid at departementet har ment at fylkesmannens kompetanse i klagebehandlingen i de tilfeller hvor klagen fremsettes av fylkeskommunen, nabokommune eller statlig sektormyndighet, skal være mer begrenset. I slike tilfeller kan ikke fylkesmannen endre reguleringsplanen eller pålegge at den skal underlegges ny behandling, dersom kommunen

ikke er enig. Reguleringsvedtaket skal i stedet sendes til departementet, som avgjør om planen skal stadfestes. Begrensningen fremkommer ikke direkte av rundskrivet, men følger indirekte av uttalelsen om at «...de begrensninger plan- og bygningslovens § 27-2 nr. 2 inneholder med hensyn til å gjøre endringer i reguleringsplanen under departementets stadfestingsbehandling også gjelder når fylkesmannen behandler klage over en kommunes egengodkjenningsvedtak». Frihagen skriver også at slike saker skal behandles som ved innsigelse mot plan: fylkesmannen kan mekle, men den endelige avgjørelsen fattes av departementet.⁶⁴ Det gis ingen nærmere begrunnelse for denne forutsetningen, men det framstår som logisk at fylkesmannens kompetanse skal være den samme i saker som gjelder innsigelse og saker om klage, da det er de samme tema som kan være aktuelle å vurdere, bare til ulikt tidspunkt i saksgangen.⁶⁵

Som nevnt, vil fylkesmannen selv etter omstendighetene ha klagerett. Miljøverndepartementet uttaler i rundskriv T-8/86 at fylkesmannen ikke vil fungere som klageinstans i slike tilfeller:

«Bare i de tilfelle fylkesmannen må anses som inhabil etter forvaltningslovens regler må klager behandles og avgjøres av departementet. Fylkesmannen må således anses som inhabil, dersom han som fagmyndighet etter sektorlovgivningen (f.eks. på miljøvernavdelingens saksområder), påklager bygningsrådets vedtak. Fylkesmannens miljøvernavdeling har som avdeling ikke klagerett i slike saker; den ligger hos fylkesmannen».

Ovennevnte innebærer at i de tilfeller hvor fylkesmannen fremsetter klage, og på denne bakgrunn må anses som inhabil som klageinstans, må klagen behandles og avgjøres av departementet. Det er ikke tilstrekkelig å henvise til at klagen fremsettes av en av fylkesmannens avdelinger, mens klagebehandlingen foretas av et annet. Fylkesmannen skal i denne sammenheng betraktes som et organ, og inhabilitet hos en avdeling vil få virkning for hele det aktuelle fylkesmannsembetet. Bakgrunnen for at man har valgt en slik ordning i denne sammenheng, fremkommer ikke direkte av rundskriv T-8/86. Det er imidlertid rimelig å anta at begrunnelsen vil være den samme som ved innsigelse, at man anser det som prinsipielt uheldig at et organ som har innsigelsesrett i senere omgang skal kunne behandle og ta stilling til om innsigelsen skal tas til følge eller ikke.

⁶⁴ Frihagen III (1989) s. 408. Se tilsvarende i Pedersen m.fl. del I (2010) s. 112

⁶⁵ Problemet oppstår ikke ved slike organers klager på byggesak. Her kan fylkesmannen behandle klagen, jf. rundskriv T-8/86

Forutsetningen for de følgende avsnittene vil være at fylkesmannen har kompetanse til å fungere som klageinstans ved private parters klage på reguleringsplan. I den sammenheng oppstår spørsmålet om, og i så tilfelle i hvilken grad, fylkesmannen i sin overprøving av klagesaken er forpliktet til å ta hensyn til det kommunale selvstyret.

3.2.5. Om hensynet til det kommunale selvstyret

3.2.5.1. Plikten til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret ved klage på reguleringsplan

Etter at det i avsnittene over er redegjort for skjønnsutøvelsens karakter, må det spørres hvilke krav loven stiller til klageinstansens overprøving av reguleringsvedtak. Loven sier ikke i seg selv hvordan og i hvilken grad klageinstansen skal vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret. Avgjørelsen i Rt. 2007 s. 257 Trallfa er prinsipiell for forholdet mellom fritt forvaltningsskjønn og rettsanvendelsesskjønn, og for prøvingsintensiteten i klager etter plan- og bygningsloven.⁶⁶ Saken gjaldt fylkesmannen som klageinstans sin omgjøring av dispensasjon fra reguleringsplan etter § 7 i den dagjeldende plan- og bygningslov.

En av problemstillingene for Høyesterett var om fylkesmannen hadde vektlagt hensynet til det kommunale selvstyret i omgjøringsvedtaket, jf. fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning, og i så fall om det var vektlagt i tilstrekkelig grad. Ankende part anførte at ettersom verken § 34 andre avsnitt tredje setning eller det kommunale selvstyret var nevnt i fylkesmannens vedtak, måtte det legges til grunn at dette ikke var tatt i betraktning. Anførselen ble imidlertid ikke tatt til følge av Høyesterett. Førstvoterende henviser til forarbeidene, og uttaler i avsnitt 49 at «Essensen i § 34 annet ledd tredje punktum er at klageinstansen pålegges en viss terskel i forhold til å endre kommunale eller fylkeskommunale vedtak ved overprøving av det frie skjønnet, jf. Innst.O. nr. 11 (1996-1997) side 7», og at det er opp mot denne terskel klageinstansens vedtak må måles opp mot. Videre følger det av argumentasjonen at så lenge klageinstansen har foretatt en grundig drøftelse for og mot, og slik indirekte fremkommer av begrunnelsen at man har tatt slikt hensyn, så er det ikke alltid nødvendig å nevne dette hensynet direkte. Med hensyn til vekten av det kommunale selvstyret, uttaler førstvoterende i avsnitt 52 under henvisning til forarbeidsuttalelser at meningen med bestemmelsen ikke kan være å svekke vekten av overordnede planhensyn. Uttalelsen må forstås slik at selv om det

⁶⁶ For nærmere redegjørelse for dommens betydning for grensen mellom fritt forvaltningsskjønn og rettsanvendelsesskjønn, og om prøvingsintensitet ved dispensasjonsvedtak, se avsnitt 3.3.5.1 under.

utvilsomt er en plikt til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret i prøvingen av det frie skjønn, så vil vekten av hensynet avhenge av hvilke overordnede planhensyn som kommer inn i vurderingen, og hvordan de gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet.

På bakgrunn av ovennevnte krever man tilsynelatende ikke særlig mye med hensyn til å vektlegge det kommunale selvstyret ved vedtak etter plan- og bygningsloven, utover at det skal vektlegges med hensyn til terskel for prøving av det frie skjønn og inngå som et moment i vurderingen. Hvilken betydning hensynet skal ha, må bero på hvilke hensyn som gjør seg gjeldende i den konkrete saken. Plikten for statlige klageinstanser til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret vil innebære en viss terskel for å overprøve det frie skjønn ved kommunale vedtak, særlig i saker som krever lokalkunnskap eller særlig lokalpolitisk eller sakkyndig forandring⁶⁷. Forholdet mellom stat og kommune i klagesaker kan dermed ikke angis helt generelt, men må fastlegges etter hvilket saksområde man befinner seg på, hvilke interesser som gjør seg gjeldende, og hvor mye saken betyr for den private parten.⁶⁸

3.2.5.2. Prøvingsintensiteten i praksis

Selv om fylkesmannen ved sin behandling av klage på reguleringsplanvedtak skal vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret, jf. fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning, kan det spørres *hvordan* dette i praksis blir vektlagt.

Sak Somb 2009/1402 gjaldt regulering av fellesområde til bading. Et av de sentrale spørsmål for sivilombudsmannen utover lovligheten av reguleringen, var prøvelsesadgangen i reguleringssaker. Fylkesmannen stadfestet reguleringsplanen, og hadde i sin klagebehandling lagt til grunn at spørsmålet om hvilke formål arealene innenfor planområdet skal brukes til og størrelsen på disse, hørte til de skjønnsmessige sidene av vedtaket, og som fylkesmannen ville være tilbakeholden med å overprøve. Som konsekvens, foretok fylkesmannen ingen selvstendig vurdering av om arealene overhodet var egnet til det avsatte formålet i den videre argumentasjonen. I sin korrespondanse med sivilombudsmannen, uttaler fylkesmannen følgende om sin forståelse av fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning:

⁶⁷ Bernt og Rasmussen bind 1 (2010) s. 317

⁶⁸ Bernt og Rasmussen bind 1 (2010) s. 317

«Det framgår at der statlig organ er klageinstans for kommunale vedtak, skal klageinstansen legge vekt på det kommunale selvstyre ved overprøving av skjønnet. Valg av arealbruksformål i arealplaner etter plan - og bygningsloven er utpreget skjønnsmessige vurderinger - fritt skjønn - der det kommunale selvstyre er gitt en sentral plass i loven. Fylkesmannen anser at klageorganets prøvelsesintensitet skal være *noe* mindre enn det som ellers følger av klageorganers prøvelsesplikt etter § 34, 2. ledd. Vedtakets gyldighet og hvorvidt det er utøvet et saklig og forsvarlig skjønn vil alltid bli prøvd av Fylkesmannen som klageinstans.»

Sivilombudsmannen konkluderte med at fylkesmannen her hadde gått for langt. Det fremstod for sivilombudsmannen som at fylkesmannen hadde lagt til grunn et for snevert syn på sin egen kompetanse som klageinstans etter fvl. § 34. Bestemmelsen skal ikke forstås som en innskrenking av fylkesmannens kompetanse, men som en plikt til å ta hensyn til det kommunale selvstyret som et ledd i helhetsvurderingen, noe som utgjorde en feil ved fylkesmannens vurdering. Da det ikke kunne utelukkes at denne feilen hadde virket inn på fylkesmannens vurdering og konklusjon, ba sivilombudsmannen fylkesmannen vurdere saken på nytt.

Tilsvarende ble resultatet i sivilombudsmannens sak i 2009/2016. Saken gjaldt en klage på en reguleringsplan, på grunnlag av påstand om at hensynet til barn og unges interesser ikke var ivaretatt ved utarbeidelsen av en reguleringsplan som blant annet omfattet et boligområde. I klagevedtaket fremhevet fylkesmannen at ettersom planvedtaket må baseres på lokalkunnskap og at det lokale selvstyret står sterkt ved planvedtak, måtte det være «en viss terskel som må overskrides» før fylkesmannen kunne overprøve kommunens vurdering av hvilken arealutnyttelse som var mest hensiktsmessig. Sivilombudsmannen viser til saken i Somb. 2009/1402, men konkluderer ikke om fylkesmannen her hadde gått for langt. Det knyttet seg allerede feil til kommunens saksbehandling, og dermed var det ikke nødvendig å konkludere om det forelå feil ved fylkesmannens vurdering. Samtidig tilsier det at man refererer til Somb. 2009/1402, og at det påpekes likheter i tolkningen av fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning, at fylkesmannen også i 2009/2016 har gått for langt i å innskrenke kompetansen sin ved prøving av kommunens skjønnsutøvelse.

På bakgrunn av argumentasjonen i sakene over, fremstår det som at fylkesmannen i enkelte tilfeller vektlegger hensynet til det kommunale selvstyret i for stor grad. Selv om man ved klage på reguleringsplaner befinner seg på et område hvor kommunalt fritt skjønn står helt sentralt i vurderingen, kan man ikke gå så langt at man tolker § 34 andre avsnitt tredje setning

som en innskrenking i fylkesmannens kompetanse som klageinstans. En mulig forklaring på at fylkesmannen vektlegger hensynet i for stor grad, kan være at valg av reguleringsformål beror i svært stor grad på kommunens frie skjønnsmessige vurderinger. Kommunen kjenner de lokale behov og utfordringer langt bedre enn fylkesmannen, og vil derfor være best egnet til å vurdere hva som er hensiktsmessig for kommunens utvikling. Dette kan medføre at fylkesmannen utviser for stor respekt for de vurderinger kommunen har gjort, slik at fylkesmannen selv begrenser kompetansen i klagebehandlingen i større grad enn det er rom for etter fvl. § 34.

En annen mulig forklaring kan være at fylkesmannen utviser stor tilbakeholdenhet fordi man er klar over at dersom man ikke blir enig med kommunen om endring, eller reguleringsplanen må undergis ny behandling, så skal saken sendes til Miljøverndepartementet for avgjørelse.⁶⁹ Fylkesmannens rolle vil da være avgrenset til å avgi innstilling til hva fylkesmannen mener bør være resultatet. Dette innebærer imidlertid ikke at statlige planmyndigheter og fylkesmannen blir stående uten virkemidler. Man vil fremdeles ha mulighet til å fremme innsigelse, vedta statlige planretningslinjer og planbestemmelser, og staten kan selv vedta arealplaner. Man vil også kunne påvirke innholdet i kommunale reguleringsplaner gjennom nasjonale forventninger til regional og kommunal planlegging. Videre vil man kunne påvirke den kommunale planleggingen gjennom uttalelser til planutkastet, når dokumentene er lagt ut til høring etter § 12-10. For borgerens vedkommende, innebærer det forhold at valg av arealbruksformål er underlagt kommunens frie skjønn, at borgeren ikke har rettskrav på at eiendommen skal reguleres til det formålet som borgeren ønsker, eller mener er best egnet for eiendommen.⁷⁰

3.3. Klage på dispensasjonsvedtak

3.3.1. Innledning

I pbl. § 19-2 første avsnitt følger det at kommunen i enkeltsaker⁷¹ kan gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av loven. Bestemmelsen innebærer at kommunen kan dispensere foruten fra bestemmelser i loven, også fra forskrift og

⁶⁹ Rundskriv T-8/86

⁷⁰ Myklebust og Schütz (2012) s. 109. Uttalelsene knytter seg til omtale av kommuneplanens arealformål etter § 11-5, men ettersom arealbruksformålene for kommuneplanens arealdel og reguleringsplan i stor grad er likelydende, og forutsetningen for begge plantypene er at forvaltningen skal kunne bruke de arealbruksformålene de selv ønsker, kan tilsvarende legges til grunn for reguleringsplaner.

⁷¹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242.

planer gitt i medhold av loven.⁷² Bestemmelsen er en videreføring av pbl. 1985 § 7, men snevrer inn dispensasjonsadgangen sammenliknet med den tidligere lovgivningen.⁷³

Gjennomgangen vil i stor grad basere seg på samme struktur som i avsnitt 3.2. Også her vil gjennomgangen skille mellom klage på dispensasjon fra saksbehandlingsregler og fra materielle regler, men skillet knytter seg først og fremst til spørsmålet om dispensasjonsbestemmelsens anvendelsesområde. Redegjørelsen for hvilken skjønnsutøvelse som er aktuell, vil knytte seg til avsnittet om klage på dispensasjon fra materielle regler.

3.3.2. Klage på dispensasjon fra saksbehandlingsregler

I § 19-2 andre avsnitt tredje setning følger det at «Det kan ikke dispenseres fra saksbehandlingsregler». Regelen gjelder både for plansaker og for byggesaker.⁷⁴ Bestemmelsen innebærer etter forarbeidene at det ikke kan dispenseres fra for eksempel «krav om kunngjøring og varsling av planer, utleggelse til offentlig ettersyn, medvirkning i forhold til private og offentlige, krav om planprogram og konsekvensutredning mv.».⁷⁵ Likevel åpnes det i § 19-1 fjerde punktum for at man kan gi dispensasjon fra «plankrav».⁷⁶ Krav om arealplan er klart nok en saksbehandlingsregel, og det kan dermed spørres om hvorfor det skilles mellom plankrav og øvrige saksbehandlingsregler tilknyttet planprosessen, som krav om høring og medvirkning.⁷⁷ Forarbeidene gir ingen begrunnelse for et slikt skille, men fremhever samtidig at det bare vil være adgang til dispensasjon 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».⁷⁸ Myklebust og Schutz fremhever i sin artikkel «Statlege planretningslinjer for forvaltning av strandsona» at det etter artikkelforfatternes oppfatning «skal det nok likevel ein del til før dei formelle vilkåra for å dispensere frå lovfaste plankrav er innfridd».⁷⁹

⁷² Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242

⁷³ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242. Innskjerpning skjer som følge av at § 19-2 andre avsnitt angir en mer detaljert angivelse av vilkår, som etter proposisjonens s. 242 «klargjør og skjerper inn dispensasjonsadgangen».

⁷⁴ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242

⁷⁵ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 228

⁷⁶ Se også Myklebust og Schutz (2012) s. 96

⁷⁷ Myklebust og Schutz (2012) s. 96, med henvisning til ot.prp. (2007-2008) nr. 32 s. 228

⁷⁸ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 228, Myklebust og Schutz (2012) s. 96-97.

⁷⁹ Se nærmere diskusjon rundt denne problemstillingen i Myklebust og Schutz (2012) s. 97 flg. med henvisninger.

Forutsetningen i det følgende blir med dette at klagen gjelder klage på dispensasjon fra materielle regler.

3.3.3. Klage på dispensasjon fra materielle regler

3.3.3.1. Skjønnsutøvelsens karakter

Det må for det første tas stilling til hvilke skjønnsutøvelse som ligger til grunn for dispensasjonsvedtak etter plan- og bygningsloven. Det har tradisjonelt vært diskusjon om dette temaet i det juridiske fagmiljøet.

Dispensasjonsvurderingen etter pbl. 1985 § 7 ble ansett som toledet, og systemet er videreført i den någjeldende dispensasjonsbestemmelsen. Den første vurderingen er om kommunen i det hele tatt vil benytte seg av dispensasjonsadgangen, som knytter seg til begrepet «kan»⁸⁰ i § 7. Oppfatningen tradisjonelt har vært at det er lovgivers mening at kommunene selv skal ha myndighet til å avgjøre om dispensasjon skal gis eller ikke, og at avgjørelsen dermed ligger under kommunens frie skjønn.⁸¹ Det er dermed opp til kommunenes eget skjønn om man ønsket å dispensere – det er nødvendig, men ikke tilstrekkelig at de øvrige vilkår for dispensasjon foreligger.⁸²

Det var lenge omdiskutert hvorvidt vurderingen av om de materielle vilkårene for dispensasjon er oppfylt, var uttrykk for rettsanvendelsesskjønn.⁸³ I pbl. 1985 § 7 var det materielle vilkåret «særlige grunner», som var så skjønnsmessig og uklart at det gav svært begrenset veiledning. Videre var forarbeidene tause, og det forelå heller ikke avklarende høyesterettspraksis. Etter hvert utviklet det seg en sivilombudsmannspraksis, hvor man anså «særlige grunner» som uttrykk for rettsanvendelsesskjønn.⁸⁴ Dette synes å være rettsoppfatningen frem til 2007, da Høyesterett i Trallfa-dommen⁸⁵ inntok et annet standpunkt. Etter en grundig gjennomgang av rettstilstanden etter § 7 gjennom flere avsnitt, konkluderte Høyesterett med at vurderingen av «særlige grunner» måtte sees i sammenheng

⁸⁰ Tilsvarende formulering er videreført i § 19-2.

⁸¹ Aulstad (2007) s. 64

⁸² Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) s. 101 og Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 139, se også Pedersen m.fl. del II (2011) s. 214

⁸³ Innjord bind I (2010) s. 520

⁸⁴ Aulstad (2007) s. 70, med videre henvisning til sivilombudsmannens årsmelding 1994 s. 270

⁸⁵ Rt. 2007 s. 257. Se mer om saksforholdet i avsnitt 3.2.5.1.

med bestemmelsens «kan»-skjønn, og dermed samlet falle innunder det frie skjønn.⁸⁶ Dommen kommenteres i forarbeidene til plan- og bygningsloven av 2008 kommenterer departementet Trallfa-dommen, men departementet legger til grunn at bestemmelsen i § 19-2 vil medføre en endring av rettstilstanden i forhold til dommen, slik at «Vurderingen av om lovens vilkår for å kunne dispensere vil være et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene».⁸⁷ Det er dermed klart at etter gjeldende rettstilstand utgjør vurderingen av om de materielle vilkår etter § 19-2 andre avsnitt er oppfylt, rettsanvendelsesskjønn. Fvl. § 34 andre avsnitt om plikt til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyre, er altså ikke aktuell ved domstolsprøving av om de materielle vilkår for dispensasjon etter § 19-2, er oppfylt.

3.3.3.2. *Særlige spørsmål ved klage på dispensasjon fra reguleringsplan*

Forarbeidene fremhever at dispensasjon som medfører avvik fra arealplaner, herunder også reguleringsplaner, reiser særlige spørsmål.⁸⁸ Det legges til grunn i Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) på s. 242 at det vil være en viss terskel for fravikelse av gjeldende arealplan, og at man ikke må gå for langt med bruk av dispensasjon:

«De ulike planene er som oftest blitt til gjennom en omfattende beslutningsprosess og er vedtatt av kommunens øverste folkevalgte organ, kommunestyret. Planene omhandler dessuten konkrete forhold. Det skal ikke være en kurant sak å fravike gjeldende plan. Dispensasjoner må heller ikke undergrave planene som informasjons- og beslutningsgrunnlag. Ut fra hensynet til offentlighet, samråd og medvirkning i planprosessen, er det viktig at endringer i planer av betydning ikke skjer ved dispensasjoner, men behandles etter reglene om kommuneplanlegging og reguleringsplaner».

Forhåndsuttalelsen innebærer at selv om det er anledning til dispensasjon i det enkelte tilfellet, kan man ikke gå så langt i å gi dispensasjoner at det reelt sett innebærer en uthuling av den vedtatte planen. Ønsker man å foreta større endringer, bør det skje gjennom bruk av planreglene, og ikke gjennom utstrakt bruk av dispensasjon.⁸⁹ I denne sammenhengen må man også se på sumvirkningene av dispensasjonsvedtak. Selv om et enkelt

⁸⁶ Se dommens avsnitt 46

⁸⁷ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 139 og s. 242

⁸⁸ Selv om ikke man kan klage på kommuneplanens arealdel, kan man klage på dispensasjon fra arealdelen. Da er det selve dispensasjonsvedtaket som påklages, ikke arealdelen som sådan, og kan dermed påklages etter de alminnelige regler som det er redegjort for tidligere i fremstillingen

⁸⁹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242

dispensasjonsvedtak ikke i seg selv vil kunne medføre at plangrunnlaget uthules, kan flere tilsvarende vedtak samlet sett ha en sumvirkning som reelt sett medfører slik uthuling.

At man ikke bør gå for langt med hensyn til å innvilge dispensasjon, gjelder også for dispensasjon fra andre regler enn plan, men forarbeidene fremhever arealplaner særskilt.

3.3.4. Noen merknader om fylkesmannens dobbeltroller

En møter mange av de samme problemstillingene med hensyn til fylkesmannens dobbeltrolle når en statlig sektorstyresmakt klager på et dispensasjonsvedtak, som hvor slike organer klager på reguleringsplan.

Det oppstår imidlertid noen særlige spørsmål i dispensasjonssaker. Av § 19-1 fjerde setning følger det at «regionale og statlige myndigheter hvis saksområde blir direkte berørt, skal få mulighet til å uttale seg før det gis dispensasjon fra planer, plankrav og forbudet i § 1-8».⁹⁰ Retten til å gi uttalelse realiseres gjennom at dispensasjonsvedtaket forelegges for slike myndigheter, slik at disse kan sette seg inn i vedtaket og vurdere hvordan de skal forholde seg til vedtaket. Forelegging blir dermed viktig for å sikre at nasjonale og viktige regionale interesser blir ivarettatt, og vil kunne påvirke de vurderinger som kommunen foretar i forbindelse med slike dispensasjonssaker.⁹¹ Fylkesmannen vil utgjøre en slik statlig myndighet som omtales i § 19-1 i de saker som berører området for fylkesmannens sektormyndighet, og vil dermed også ha en samordningsfunksjon i denne typen dispensasjonssaker.⁹² Varslingsrunden er viktig, fordi det ofte vil være slike myndigheter som klager i slike saker. Gjennom varslingsrunden og påfølgende uttalelser, vil fylkesmannen innenfor området for sin sektormyndighet kunne påvirke kommunens vurderinger i saken, slik at en eventuell klage senere ikke vil bli nødvendig. Tas ikke uttalelsene til følge, kan fylkesmannen etter omstendighetene fremsette klage mot dispensasjonsvedtaket. Loven gir dermed fylkesmannen som sektormyndighet et «trumfkort» i rettsanvendelsen, ved at fylkesmannen både har mulighet til å gi innspill i planleggingen, og etter omstendighetene vil kunne ha klagerett senere i saken.

⁹⁰ Etter ordlyden er det ikke et krav om forelegging i saker som gjelder dispensasjon fra byggesak. Fylkesmannen vil likevel ha en samordningsfunksjon gjennom sin rolle som klageorgan for kommunale vedtak.

⁹¹ Ot.prp. nr. 32 (2008-2007) s. 242, og Miljøverndepartementets lovkommentar, kommentar til § 19-1

⁹² For nærmere redegjørelse for fylkesmannen som sektormyndighet, se avsnitt 2.2 over.

3.3.5. Hensynet til det kommunale selvstyret

3.3.5.1. Generelt om prøvingsintensitet ved klage på reguleringsplan

Skjønnsutøvelsens karakter har betydning for hvor intensivt domstolenes prøving er av de vurderinger som ligger til grunn for vedtaket. Et sentralt punkt i Høyesteretts argumentasjon rundt pbl. 1985 § 7 i Trallfa-dommen, var spørsmålet om *prøvingsintensitet*. I dommen åpner Høyesterett for at prøvingsintensiteten av vedtak om dispensasjon, vil kunne variere ut fra om det er tale om dispensasjon fra regler som er preget av mer bygningsfaglige og politiske vurderinger, og fra regler av mer juridisk og moralsk art. I sistnevnte tilfeller fremhever Høyesterett at domstolskontrollen må være mer intensiv av rettssikkerhetsgrunner. Hvor langt man vil gå i overprøvingen ved dispensasjoner etter plan- og bygningsloven, kan dermed tenkes å variere ut fra hvilke regler det er tale om å dispensere fra. En slik reservasjon vil være i samsvar med den rettspraksis knyttet til den mer allmenne diskusjonen om hvilke saker som bør være rettsanvendelsesskjønn og fritt forvaltningsskjønn.⁹³ På bakgrunn av ovennevnte, kan man på plan- og bygningslovens område og reglene om dispensasjon, tenke seg at overprøvingen vil være mer intensiv ved dispensasjon fra regler av mer juridisk art, som dispensasjon fra byggeforbudet i 100-meterssonen, og mindre intensiv ved dispensasjon fra regler av mer politisk og faglig karakter, for eksempel brannforskrifter og plassering på tomt.⁹⁴

Spørsmålet er om Trallfa-dommens betraktninger om prøvingsintensitet, også vil ha betydning ved fylkesmannens overprøving av klagesaker. Skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt forvaltningsskjønn vil som hovedregel ikke ha betydning for fylkesmannens klagebehandling av dispensasjonsvedtak, da klageinstansen etter fvl. § 34 skal prøve alle sider av saken. Samtidig kan det tenkes at tilsvarende betraktninger som kommer til uttrykk i Trallfa-dommen om tilbakeholdenhet ved overprøvingen, også vil kunne gjøre seg gjeldende ved fylkesmannens klagebehandling i dispensasjonssaker. I følgende underpunkt, vil det foretas en gjennomgang av relevant praksis for å se om fylkesmannen som klageinstans er eller bør være mer tilbakeholden med en intensiv prøving av fritt kommunalt skjønn ved dispensasjon fra regler av mer politisk og faglig art.

⁹³ Se blant annet den prinsipielt viktige Rt. 1995 s. 1427 Naturfreding. For nærmere generell redegjørelse for denne problemstillingen og relevant rettspraksis, se Innjord (1996).

⁹⁴ Myklebust og Schütz (2012) s. 99.

3.3.5.2. *Prøvingsintensiteten i praksis*

Innledningsvis må det bemerkes at det finnes en svært stor mengde forvaltningspraksis, både hos fylkesmennene og hos sivilombudsmannen, som gjelder dispensasjon etter plan- og bygningsloven. Av hensyn til oppgavens rammer, vil det foretas en gjennomgang av utvalgt praksis etter Trallfa-dommen, som er egnet til å illustrere om fylkesmannens prøving vil være mer eller mindre intensiv ut fra hvilke regler det er tale om å dispensere fra.

Det første spørsmålet er hvor langt fylkesmannen går ved prøving av vedtak ved klage på dispensasjon fra reglene om byggeforbudet i strandsonen. Saken i Somb 2009/979 er egnet til å illustrere dette, som gjaldt klage på avslag på dispensasjon fra dagjeldende plan- og bygningslovs regler om byggeforbud i strandsonen, for oppføring av et badehus. Fylkesmannen var svært konkret i sin vurdering av om vilkåret «særlige grunner» etter pbl. 1985 § 7 var oppfylt, og tok stilling til de konkrete arealinteresser som gjorde seg gjeldende i det aktuelle tilfellet. Blant annet ble hensynet til kontakt mellom strandpromenaden og sjøen i området vektlagt, og hvordan det aktuelle tiltaket ville virke inn på dette. Her var altså fylkesmannen intensiv i sin prøving av saken, og foretok nærmest en ny vurdering av om «særlige grunner» forelå. Likevel gav sivilombudsmannen fylkesmannen kritikk for å ikke ha vært grundig nok i sin vurdering, da man ikke hadde vært på befaring og fått et «umiddelbart inntrykk av forholdene på stedet som en befaring ville gitt». Da det knyttet seg uenigheter til hvordan de faktiske forhold stedet var, var ikke saken tilstrekkelig opplyst.

Også sak Somb 1987/69⁹⁵ var fylkesmannen svært inngående i sin vurdering. Saken gjaldt dispensasjon fra den dagjeldende strandlovens byggeforbud for oppføring av en hytte. Her foretok fylkesmannen en svært grundig vurdering som knyttet seg til de konkrete forhold som gjorde seg gjeldende i forhold til den omsøkte eiendommen, blant annet ble det foretatt en befaring.

Sakene over gjelder lovgivning forut for plan- og bygningsloven av 2008. Det er imidlertid ikke grunn til å tro at fylkesmannen vil være mer tilbakeholden i prøvingen etter någjeldende lov, ettersom terskelen for dispensasjon er hevet. Grunnen til at man vil gå svært langt i prøving av dispensasjoner fra reglene om byggeforbud i strandsonen, er at det foreligger klare

⁹⁵ Rettsdatas referanse: http://abo.retsdata.no/browse.aspx?grid=67512&terms_and=dispensasjon_fra_byggeforbudet (hentet 16.4.13 kl. 11:15)

statlige retningslinjer med hensyn til dispensasjonspraksis i slike områder⁹⁶. Her blir fylkesmannens prøving styrt ut fra tydelige politiske signal, og strenge vilkår som er av en juridisk art. Det synes dermed som en forutsetning at fylkesmannen i slike tilfeller skal være svært grundig og konkret, og gå langt i å vurdere kommunens vurdering.

Spørsmålet blir så om fylkesmannens overprøving vil være mindre intensiv ved klage på dispensasjon fra reguleringsplan. Som nevnt i avsnitt 3.2.3, er arealbruksformål og selve innholdet i reguleringsplanen uttrykk for fritt forvaltningsskjønn. Sak Somb 2011/268 gjaldt spørsmål om dispensasjon fra reguleringsplan, for oppføring av frittliggende boenhet på en eiendom. Kommunen avslo søknaden om dispensasjon fra gjeldende reguleringsplan, men fylkesmannen omgjorde senere vedtaket og innvilget dispensasjon. Også i denne saken går fylkesmannen langt i sin vurdering, gjennom å vurdere om den konkrete dispensasjon vil medføre at hensynene bak planen vil bli skadelidende, noe fylkesmannen konkluderte med at ikke var tilfellet. Fylkesmannen gjennomførte en ny vurdering tilsvarende den kommunen selv hadde foretatt, herunder foretok avveining av de hensyn som gjorde seg gjeldende i den konkrete saken, og konkluderer med å omgjøre kommunens avslag. Sivilombudsmannen ba fylkesmannen vurdere saken på nytt, da det ikke var nok til å omgjøre vedtaket ved alene å vise til at disposisjon ikke ville medføre at interessene bak reguleringsplanen ble skadelidende. Søkeren måtte også påvise positive grunner for dispensasjon, som er tilstrekkelig spesifisert og klart angitt, og som ligger innenfor plan- og bygningslovens formål. De innvendinger sivilombudsmannen hadde mot fylkesmannens vurderinger, knyttet seg dermed ikke til at fylkesmannen hadde gått for langt i sin vurdering, men gjelder feil ved subsumsjonen.

Fylkesmannen går langt i å vurdere de konkrete hensyn som gjør seg gjeldende i saken, herunder hensynene bak den aktuelle reguleringsplanen. Det er som nevnt kommunens ansvar å utarbeide reguleringsplaner. Ettersom slike bygger på fritt forvaltningsskjønn, og forutsetter kunnskap om lokale forhold og utfordringer, kunne det tilsi at fylkesmannen ville være mer tilbakeholden i sin vurdering av klage på dispensasjon fra reguleringsplan. På grunnlag av ovennevnte sak synes ikke det å være tilfellet, og det synes dermed ikke som om det spiller noen rolle hvilke regler det er tale om å dispensere fra, for hvor langt fylkesmannen vil gå i sin prøving ved klagebehandlingen.

⁹⁶ Forskrift nr. 335/2011 Statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen

At fylkesmannen går langt i sin overprøving ved klagebehandlingen av dispensasjonsvedtak, er ikke særlig overraskende, ettersom man her står overfor rettsanvendelsesskjønn. Som tidligere nevnt vil imidlertid domstolene være tilbakeholdne ved å prøve vurderinger som er av mer bygningsfaglig og politisk karakter, selv hvor det er tale om rettsanvendelsesskjønn. Det kan ikke forventes at fylkesmannen i sin klagebehandling uten videre skal utvise en tilsvarende tilbakeholdenhet i prøvingen. Fylkesmannen skal som klageinstans prøve alle sider av saken, og det vil også innebære de skjønnsmessige og faglige delene av vedtaket, jf. fvl. § 34 andre avsnitt første setning. Videre er rollen som klageinstans et viktig ledd i gjennomføringen av fylkesmannens samordningsoppgaver. Gjennom en vidtgående prøving, også av de faglige og politiske sider av vedtaket, vil fylkesmannen få innsikt i praksis som føres i kommunen, vurdere om denne er i samsvar med nasjonale retningslinjer, og påvirke senere praksis gjennom overprøvingen av vedtaket.

Man kan likevel argumentere for at fylkesmannen burde utvise en viss tilbakeholdenhet hvor det er tale om lokale og faglige vurderinger hvor kommunen er best skikket til å foreta en slik vurdering. Fylkesmannen vil ikke kunne ha tilsvarende detaljkunnskap om de lokale forhold i en kommune, som vedkommende kommunes bygningsmyndigheter, og i visse tilfeller vil det kunne tale for at fylkesmannen i større grad bør basere seg på den vurdering som bygningsmyndighetene legger til grunn i den konkrete saken.

3.4. Kort om klage på byggesak

En interessant problemstilling vil være hvordan hensynet til det kommunale selvstyret gjør seg gjeldende i fylkesmannens klagebehandling av byggesak. Fremstillingen vil avgrenses til å påpeke enkelte problemstillinger som er særlig relevant i forhold til oppgavens hovedproblemstilling. Det vil av hensyn til oppgavens rammer ikke være rom for å foreta en nærmere vurdering av disse.⁹⁷

Som følge av oppgavens hovedproblemstilling er det særlig bestemmelsen i § 29-4 om byggverkets plassering på tomt som vil være relevant, som er en av de byggesaksreglene som i størst grad åpner for skjønnsmessige vurderinger fra kommunens side. Bestemmelsen stiller

⁹⁷ Også her vil det være spørsmål tilknyttet fylkesmannens dobbeltroller, uten at det vil vurderes nærmere i fremstillingen.

selv visse rettslige grenser for kommunens skjønnsutøvelse, og kompetansen begrenses ytterligere av forarbeidene⁹⁸ og rundskriv, hvor det fremkommer at § 29-4 ikke gir selvstendig grunnlag for å avslå en søknad. Bestemmelsen gir i seg selv ikke hjemmel til å avslå søknaden, kommunen kan dermed bare bestemme alternative plasseringer som lar seg gjennomføre.^{99 100}

I rundskriv H-2103¹⁰¹ fremkommer det at vurderingen om vilkårene i pbl. 1985 § 70 er oppfylt er rettsanvendelsesskjønn, men når vilkårene er oppfylt, kan kommunen fritt bestemme byggverkets plassering.¹⁰² I sistnevnte situasjoner vil fylkesmannen ha plikt til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av vedtaket, jf. fvl. § 34 andre avsnitt. Det kan stilles spørsmål ved om fylkesmann i det hele tatt gjennomfører plikten, siden fylkesmannen sjelden synes å kommentere selve skjønnsutøvelsen.¹⁰³ Her er det imidlertid vanskelig å foreta en fullstendig vurdering som ikke blir for omfattende for oppgavens rammer.¹⁰⁴

En særlig problemstilling er forholdet til grannelova § 2.¹⁰⁵ Bestemmelsen utgjør en begrensning i rådigheten over en eiendom av hensyn til hvilke følger utnyttelsen vil kunne ha for naboeiendommer, samtidig som den utgjør grensen for hva nabo må finne seg i fra naboeiendommen.¹⁰⁶ Det kan stilles spørsmål om gl. § 2, som er en privatrettslig regel og som bygger på rettsanvendelsesskjøn, vil kunne utgjøre en ytterligere begrensning for kommunens skjønnsutøvelse etter den offentligrettslige regelen om plassering av bygg på tomt, jf. pbl. § 29-4. Nærmere bestemt om regelen i § 2 innebærer at det bare er fritt skjønn for kommunen etter § 29-4, så lenge terskelen i § 2 ikke er overskredet. I forlengelsen kan det stilles spørsmål

⁹⁸ Ot.prp. nr. 45 (2007-2008)

⁹⁹ Rundskriv H-18/90. Bruken av dette rundskrivet er uproblematisk, ettersom § 29-4 viderefører rettstilstanden etter 1985-loven, og eventuelle endringer er bare av redaksjonell art, jf. Ot.prp. nr. 45 (2007-2008) s. 342 og rundskriv H-1/10.

¹⁰⁰ Blant annet dette spørsmålet kom opp i Rt. 1995 s. 1939 Ohna.

¹⁰¹ Også bruken av dette rundskrivet er uproblematisk, se note 99.

¹⁰² Forutsetningen er selvsagt at den alternative plasseringen lar seg gjennomføre, se eksempelvis argumentasjonen i Rt. 1995 s. 1939 Ohna på s. 1945.

¹⁰³ Praxis er begrenset, og hensynet til det kommunale selvstyret og fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning kommenteres hverken i Somb. 2012/215 eller Somb. 2009/533, som så vidt jeg kan se er de eneste Sivilombudsmannsakene som gjelder spørsmålet om § 29-4 alene.

¹⁰⁴ I Somb. 2012/215, som gjaldt spørsmålet om plassering av tomannsbolig på tomt, nevner ikke Sivilombudsmannen § 34 andre avsnitt tredje setning, og kommenterer heller ikke om § 29-4 er uttrykk for fritt forvaltningsskjønn eller rettsanvendelse. Samtidig synes det gjennom argumentasjonen som om Sivilombudsmannen utviser forsiktighet i overprøvingen av det frie skjønnet. Dette fremkommer imidlertid ikke tydelig.

¹⁰⁵ Den privatrettslige konflikten mht. gl. § 2 omtales nærmere i Pedersen m.fl. del II (2011) s. 414-415.

¹⁰⁶ www.retsdata.no Kommentarer til grannelova av Jan Fridthjof Bernt, note 2 (hentet 7.5.13)

ved om grannelova § 2 medfører at fylkesmannen har et særlig ansvar for å overprøve saker som gjelder rettssikkerhet for nabo.

4. Avsluttende vurderinger

4.1. Om hensynet til det kommunale selvstyret

Et naturlig utgangspunkt i den avsluttende vurderingen, vil være fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning, som lovfester plikten for fylkesmannen til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret ved overprøving av kommunens frie skjønn. Selv om bestemmelsen lovfester plikt til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret, innebærer den en rekke uklarheter med hensyn til når og hvordan hensynet skal vektlegges.

For det første følger det av bestemmelsen at plikten til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret ved statlig klagebehandling, forutsetter at det er tale om *prøving av fritt skjønn*. Dermed har grensen mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt forvaltningsskjønn avgjørende betydning for at plikten skal gjelde. Spørsmålet om hvor denne grensen skal trekkes, er generelt gjenstand for omfattende faglig diskusjon innen forvaltningsretten, og verken lovteksten eller forarbeider til § 34 andre avsnitt tredje setning gir noen avklaring på dette spørsmålet. Innenfor plan- og bygningsloven vil imidlertid grensen mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn for enkelte regler, være relativt avklart gjennom forarbeider og praksis.¹⁰⁷

Som det fremkommer av gjennomgangen i kapittel 3, vil det imidlertid ikke alltid være klart etter lovens forarbeider hvorvidt man står overfor rettsanvendelsesskjønn og fritt forvaltningsskjønn. I slike tilfeller vil grensedragningen avhenge av tolkning av den konkrete lovteksten. Situasjonen kan også være den at man etter en tolkning av lovteksten, finner at det vil være ulik skjønnsutøvelse knyttet til forskjellige vurderinger innenfor samme paragraf.¹⁰⁸ Slik uklarhet med hensyn til grensedragningen, vil etter omstendighetene kunne medføre at kommunen og fylkesmannen har ulik oppfatning om det er tale om fritt forvaltningsskjønn eller rettsanvendelsesskjønn. Ulik oppfatning kan skyldes at det på kommunenivå vil være begrenset juridisk kunnskap, mens den juridiske kompetansen er større hos fylkesmannen. Grensedragningen er en juridisk teknisk vurdering, som vil være vanskelig å håndtere for

¹⁰⁷ Pbl § 19-2 er et eksempel på dette.

¹⁰⁸ Pbl. § 19-2 er et eksempel på også denne problemstillingen.

ikkejurister, noe som kan forklare en ulik oppfatning hos henholdsvis kommunene og fylkesmannen.¹⁰⁹ Det er derfor viktig at fylkesmannen viser hva som er årsaken til at et vedtak blir satt til side som ugyldig, og hva fylkesmannen oppfatter som kommunenes handlerom.

Videre forutsetter både lovtekst og forvaltningslovens forarbeider at hensynet til det kommunale selvstyret skal vektlegges ved statlig klagebehandling, uten at det gis noen nærmere anvisning på hva som er det *nærmere innholdet i det kommunale selvstyret*, og hvordan dette skal tolkes. Siden hensynet til det kommunale selvstyret er en rettslig standard, vil innholdet i hensynet kunne omfatte svært mange interesser og forhold som vil være til dels ulikeartede, og vil gjerne variere fra sak til sak. Dersom fylkesmannen i sin klagebehandling ikke sier noe om hvilke sider av det kommunale selvstyret som vektlegges, vil det være vanskelig å vurdere om og i hvilken grad hensynet vektlegges i klagebehandlingen.¹¹⁰

Inntrykket forsterkes av at det ofte vil være uklart hvordan fylkesmannen som statlig klageinstans vektlegger hensynet til det kommunale selvstyret i sin vurdering. Som redegjort for tidligere, kreves det ikke nødvendigvis at statlig klageinstans uttrykkelig nevner hensynet til det kommunale selvstyret, så lenge det fremkommer av argumentasjonen at det faktisk er vektlagt.¹¹¹ Den mindre strenge tolkningen av kravet i fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning som oppstilles i Trallfa-dommen, vil medføre at det ikke nødvendigvis vil fremkomme tydelig av fylkesmannens argumentasjon om og hvordan hensynet til det kommunale selvstyret forstås og vektlegges. Det vil også kunne medføre at praksis blir inkonsistent, ved at den vil variere fra sak til sak og fra fylkesmannsembete til fylkesmannsembete. Stokstads undersøkelser bekrefter dette. Undersøkelsene konkluderer med at hensynet til det kommunale selvstyret ikke fremkommer på noen konsistent måte ved fylkesmannens klagebehandling: I noen tilfeller nevnes ikke hensynet selv hvor man har plikt til å vektlegge det, mens det nevnes i tilfeller hvor man ikke har plikt til å vektlegge det.^{112 113}

¹⁰⁹ Tilsvarende Stokstad (2013) s. 92-93. På bakgrunn av sine undersøkelser, fant Stokstad at ledere i kommunen og fylkesmannen i praksis tilsynelatende hadde svært ulik oppfatning av hva som er grunnlag for omgjøring og oppheving av plan- og bygningsvedtak, og at en naturlig forklaring på dette er at disse har ulik oppfatning av om sakene dreier seg om prøving av lovlighet eller fritt skjønn.

¹¹⁰ Stokstad fant gjennom sine undersøkelser at i de tilfeller hvor fylkesmannen stadfester påklaget plan- eller bygningsvedtak, finnes det enkelte utsagn om at lokalkunnskap, kunnskap om tekniske forhold og faglige vurderinger, brukes som argument for at vedtaket ikke skal prøves, og som dermed er uttrykk for det kommunale selvstyret. Se Stokstad (2013) s. 98.

¹¹¹ Jf. argumentasjonen i Trallfa-dommen, som er gjennomgått i avsnitt 3.2.5.1 og 3.3.5.1.

¹¹² Stokstad (2013) s. 89

¹¹³ Et eksempel er Fylkesmannen i Hedmark sitt vedtak i sak 2009/6049. Fylkesmannen konstaterer innledningsvis at bestemmelsen i § 34 andre avsnitt tredje setning kommer til anvendelse. Hvilken betydning

En annen observasjon, gjort på bakgrunn av Somb. 2009/1402 og Somb. 2009/2016, er at fylkesmannen i noen tilfeller vektlegger hensynet til det kommunale selvstyret i for stor grad. I disse sakene er fylkesmannen så tilbakeholden med sin prøving av reguleringsvedtakene, at det innebærer en innskrenkning av fylkesmannens prøvingskompetanse som det ikke er hjemmel for etter fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning. Fylkesmannen betrakter sin kompetanse ved prøving av det frie forvaltningssskjønnet ved reguleringsplanvedtak som mer begrenset enn ved prøvingen av de rettslige sider av vedtaket, noe som utvilsomt er en uriktig forståelse av bestemmelsen. Dette bekreftes av Stokstads undersøkelser, som viser at dette er en generell tendens ved prøving av reguleringsplanvedtak.¹¹⁴ Hun finner også at fylkesmannen i noen få saker går så langt at man likestiller egen overprøvingsmyndighet med domstolenes, noe som heller ikke er forenelig med bestemmelsen i § 34 andre avsnitt tredje setning.¹¹⁵

Det kan innvendes at manglende redegjørelse for tolkningen av hensynet til det kommunale selvstyret, og for om og hvordan det gjør seg gjeldende i argumentasjonen, i seg selv utgjør en saksbehandlingsfeil etter forvaltningslovens regler, men det faller utenfor fremstillingens rammer å foreta en nærmere redegjørelse på dette punkt.

Man kan imidlertid ikke alltid kreve at man vektlegger hensynet til det kommunale selvstyret eksplisitt i argumentasjonen. I Trallfa-dommen konkluderte Høyesterett med at fylkesmannen hadde vektlagt hensynet til det kommunale selvstyret, selv om det ikke var nevnt uttrykkelig i vedtaket. Forutsetningen for Høyesterett var imidlertid at det fremkommer av argumentasjonen at man har tatt tilstrekkelig hensyn til det kommunale selvstyret, men man kunne etter førstvoterendes oppfatning i det konkrete tilfellet ikke kreve at dette ble gjort eksplisitt.

4.2. Om fylkesmannens dobbeltrolle

Enkelte uklarheter gjør seg gjeldende med hensyn til kompetansefordelingen mellom fylkesmannen og departementene i klagesaker etter plan- og bygningsloven. Det kan spørres

hensynet til det kommunale selvstyret har hatt i den videre drøftelsen fremkommer imidlertid ikke, utover en setning avslutningsvis om at det er vurdert. Dette gjør det svært vanskelig å se hvordan fylkesmannen har vektlagt det kommunale selvstyret i saken.

¹¹⁴ Se også Stokstad (2013) s. 87

¹¹⁵ Stokstad (2013) s. 96

om en del av usikkerheten knyttet til kompetansefordelingen, kan forklares med at plan- og bygningsloven i seg selv er uklar i denne sammenheng.

Som tidligere nevnt, er det kun Kongen og departementene innen statsforvaltningen som har lovfestede oppgaver ved statlig klagebehandling etter plan- og bygningsloven, mens fylkesmannens oppgaver beror på omfattende delegasjon, gjerne gitt i rundskriv av eldre dato. Blant annet bygger fylkesmannens kompetanse som klageinstans ved klagesaker etter plan- og bygningsloven, på delegasjon i rundskriv T-8/86, som ble utgitt året etter at den tidligere plan- og bygningsloven trådte i kraft. Siden rundskrivet ble gitt, har det skjedd oppdateringer og endringer for enkelte av de forhold som reguleres av rundskrivet, men uten at det er foretatt en generell oppdatering i forbindelse med vedtakelse av den nye loven. I rundskriv T-2/09 legger departementet til grunn at «Denne myndigheten er delegert fra departementet til fylkesmannen». Begrepene «er delegert» henviser på tidligere delegasjonsvedtak, med andre ord til rundskriv T-8/86. En oppdatering av rundskrivet etter den nye loven ville vært hensiktsmessig, slik at man kunne innarbeide de endringer som er gjort gjennom andre departementale dokumenter, og dermed avklare eventuelle uklarheter med hensyn til hvor kompetansen er. Det er så langt ikke gjort. Samme problemstilling gjør seg gjeldende med hensyn til ytterligere rundskriv, instruksjer, tildelingsbrev osv., som regulerer de mange og ulikeartede oppgavene som fylkesmannen har. Ettersom disse heller ikke er oppdatert i samsvar med den nye plan- og bygningsloven, vil det være vanskelig å få fullstendig oversikt over hvilke av disse som fortsatt skal gjelde. Den mangelfulle oppdateringen vil kunne medføre en betydelig usikkerhet med hensyn til kompetansefordelingen mellom departementet og fylkesmannen ved statlig klagebehandling.

En løsning ville kunne være å lovregulere kompetanseforholdet i større grad, gjennom å tildele fylkesmannen kompetanse i plan- og bygningsloven, eventuelt i større grad å omtale og fastlegge fylkesmannens kompetanse i forarbeidene. På denne måten hadde man da hatt autoritative kilder å innrette seg etter, og ville avklart spørsmål som er grunnlag for stor uenighet og diskusjon tilknyttet kompetansefordelingen mellom departementet og fylkesmannen i klagesaker etter loven. At dette ikke er gjort i større grad, kan utgjøre en sentral innvending mot plan- og bygningsloven.

Samtidig er det klart at en lovregulering vil medføre en mindre grad av fleksibilitet for departementet. Utviklingen i samfunnet skjer raskt, og det vil derfor kunne oppstå nye

utfordringer som man ikke nødvendigvis kan forutse på forhånd. Dette vil skape et behov for departementet å ha et regionalt organ, som kan sørge for at nasjonale interesser og hensyn også ivaretas på et lokalt nivå, og som kan gjøre dette forholdsvis raskt. Videre vil det være enkelte spørsmål som ikke lar seg løse generelt i lovgivningen, som for eksempel det nærmere innholdet og omfanget av klageinstansens kompetanse. Her vil det kunne gjøre seg gjeldende så ulike forhold,¹¹⁶ at en eventuell lovregulering ville blitt svært omfattende, og gjerne vanskelig å håndtere. Lovregulering vil også være vanskelig fordi fagdepartementene kan ha ulike syn på hva som er mest hensiktsmessig innenfor sin sektor. Det er det enkelte fagdepartement som vil kjenne sitt fagfelt best, og derfor kan det argumenteres for at departementet må ha et vidt spillerom. Lovregulering av kompetanseforholdene vil kunne frata departementene dette spillerommet.

Man trenger nødvendigvis ikke å lovfeste kompetansefordelingen for å få en mer ryddig rettskildesituasjon på dette området. En mulig løsning vil være å åpne for en forskriftshjemmel, hvor den nærmere reguleringen av kompetansefordelingen skjer gjennom forskrift utarbeidet av departementet. En slik forskriftshjemmel vil bidra til å avklare rettskildesituasjonen og kompetanseforholdene i klagesaker. Fra departementene og fylkesmannens side kan dette kanskje fremstå som noe overflødig, da kompetanseforholdet mellom disse gjerne er avklart gjennom instruksjer og rundskriv. Selv om kompetansefordelingen fremstår som klar for departement og fylkesmannen, vil det imidlertid kunne være betydelig vanskeligere for kommunen og borgerne å få oversikt over de ulike kompetanseforhold, og innrette seg etter dem. Som nevnt er instruksene og rundskrivene av eldre dato, og det vil kunne være vanskelig for personer utenfor statsforvaltningen å få en fullstendig oversikt over disse. Av hensyn til kommunenes og borgernes forutberegnelighet, vil det være en fordel å ha et samlet forskriftsverk som er lett tilgjengelig, og som enkelt kan endres av departementet dersom det skulle være behov for det. Klarhet i kompetanseforholdene vil også medføre reduksjon av antall konflikter mellom statsforvaltningen og kommunene vedrørende fylkesmannens kompetanse i klagesaker etter plan- og bygningsloven.

Det er imidlertid ikke bare uklarheter med hensyn til rollefordelingen mellom departementet og fylkesmannen i klagesaker. Det er også visse uklarheter i loven tilknyttet hvordan

¹¹⁶ Se tidligere omtale om de forskjellige rollene fylkesmannen har i forbindelse med klagebehandlingen, og de problemstillinger som kan gjøre seg gjeldende.

fylkesmannens tildelegerte oppgaver skal utføres i praksis. Loven regulerer innsigelse og klage ulikt. Ved innsigelse, kreves det at innsigelse fremsettes så tidlig som mulig, og prosessen krever mekling og en eventuell avgjørelse i departementet.¹¹⁷ Etter loven skal klagen fremsettes etter at det er fattet endelig vedtak, og skal behandles av departementet, uten en tilsvarende meklingsrunde. På den andre siden håndteres innsigelser og klager svært likt i praksis, som følge av den omfattende delegasjonen som er foretatt både med hensyn til innsigelser og særlig klagemyndighet. Disse forholdene har medført at fylkesmannen har fått en dobbeltrolle gjennom sin myndighet i klagesaker og ved innsigelser. I klagesaker skal fylkesmannen fungere som klageinstans, og har etter omstendighetene selv klagerett. I innsigelsessaker skal fylkesmannen fungere som mekler, og vil også etter omstendighetene være innsigelsesberettiget. Uklarheter i regulering og praktisering av disse rollene, vil gjøre det vanskelig for kommunene å innrette seg etter dem.

Inntrykket forsterkes av at det igjen er ulikheter ved håndteringen av disse i de tilfeller hvor statlige forvaltningsorgan fremmer innsigelse eller klage. I de tilfeller hvor fylkesmannen fremmer klage, vil klagen avhengig av vedtakstypen, enten behandles av settefylkesmann eller oversendes til departementet direkte. Hvor fylkesmannen fremmer innsigelse derimot, er det ingenting i veien for at fylkesmannen kan fungere som mekler. Av rundskriv T-5/95 følger det at «fylkesmannen kan også søke konfliktløsning og gå til mekling der han selv har fremmet innsigelse (...). Noe inhabilitetsspørsmål oppstår ikke i den forbindelse».¹¹⁸ Departementet gir ikke noen nærmere begrunnelse i rundskrivet. Mulig inhabilitet vil uansett ikke være særlig problematisk i denne sammenheng, fordi man i slike tilfeller kan konstatere uenighet mellom partene, og deretter la saken gå videre til departementet for endelig avgjørelse.

En særlig problemstilling oppstår i de tilfeller hvor fylkesmannen har håndtert en innsigelse, enten sin egen eller gjennom mekling, og det senere fremsettes en klage mot kommunens endelige vedtak. At fylkesmannen har gjennomført mekling anses som uproblematisk, så lenge behandlingen ikke er av en slik sort at det medfører forvaltningsrettslig inhabilitet etter fvl. § 6. Men det er samtidig klart at den tidligere befatningen med saken kan medføre at fylkesmannen er forutinntatt med hensyn til løsningene. Fylkesmannen vil gjerne innvende

¹¹⁷ Stokstad (2013) s. 102 og avsnitt 2.2.1 og 2.3.

¹¹⁸ Av rundskriv T-2/09 fremkommer det at rundskriv etter 1985-loven, herunder rundskriv T-5/95, vil gjelde også etter den nye loven «så langt de passer hvis ikke annet er særlig uttrykt». Fravikelse av dette er ikke kommentert i dette eller senere rundskriv, og må derfor antas fortsatt å gjelde.

her at det vil være uproblematisk at samme fylkesmannsembete behandler både innsigelse og klage i samme sak, dersom disse behandles av forskjellige kontorer hos fylkesmannen som. Det vil ikke nødvendigvis fremstå like uproblematisk for utenforstående, som gjerne betrakter fylkesmannen som en helhet, og vil også være noe betenkelig i lys av de rettssikkerhetshensyn som ligger bak inhabilitetsreglene i forvaltningsloven § 6.

På den andre siden er det vanskelig å tenke seg en annen løsning ved behandling av klage og innsigelse. Departementene har ønsket å ha et regionalt kompetent organ, som grunnet sin kjennskap til lokale og regionale forhold vil være særlig godt egnet til å foreta samordning. Man har ikke ønsket at fylkeskommunen skal ha slik myndighet.¹¹⁹ Selv om det kan være betenkeligheter knyttet til fylkesmannens roller i innsigelses- og klagesaker, vil forvaltningslovens habilitetsregler uansett komme inn som en «redningsplanke» i de tilfeller hvor man mener at fylkesmannen er for forutinntatt gjennom sin saksbehandling. På denne måten vil hensynet til borgernes rettssikkerhet ivaretas. Samtidig er det klart at også dette er et område hvor rettskildesituasjonen er noe uklar, og hvor en oppklaring bør skje.

4.3. Veien videre

Det er altså en viss usikkerhet tilknyttet om og i tilfellet hvordan hensynet til det kommunale selvstyret gjør seg gjeldende ved fylkesmannens klagebehandling av kommunale vedtak etter plan- og bygningsloven. Førsteintrykket er imidlertid at statlig klagebehandling ikke utgjør et særlig stort inngrep. For det første er det en viss formell beskyttelse gjennom fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning, om plikt til å vektlegge det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. Et generelt inntrykk er at statlig klageinstans i saker etter plan- og bygningsloven er ganske forsiktig i sin overprøving, og at hensynet til det kommunale selvstyret vektlegges.¹²⁰ Videre må det være slik at man har en kontrollmekanisme, gjennom at et organ som er uavhengig av kommunens forvaltning, skal ta stilling til om kommunen oppfyller plan- og bygningslovens krav i den konkrete saken. En slik kontrollmekanisme er sentralt for å få en samordning i plan- og bygningsforvaltningen på nasjonalt og lokalt plan, og for å sikre og ivareta borgernes rettssikkerhet. I denne sammenhengen har plan- og

¹¹⁹ Fylkeskommunen ikke fikk tildelt slik kompetanse i forbindelse med oppgavefordelingsreformen (St.meld. 31 (2000-2001), som hadde som formål å legge flere oppgaver til fylkeskommunalt nivå. Da fylkeskommunen ikke ble tildelt myndighet i innsigelser og klagesaker etter pbl., er det en naturlig slutning at man ikke ønsket at fylkeskommunen skulle ha slik kompetanse.

¹²⁰ Stokstad (2013) s. 105

bygningsloven et godt system for kompetansefordeling mellom de forskjellige forvaltningsnivåene, og et system for at det skal være samordning og samarbeid mellom disse nivåene.

Samtidig er det ganske uklart om det vernet som fvl. § 34 andre avsnitt tredje setning om plikt til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret blir realisert i praksis. Uklarheten skyldes både det uklare kriteriet «fritt skjønn», og at klageinstansen ikke gjengir hvordan man forstår innholdet hensynet til det kommunale selvstyret. Beskyttelsen som oppstilles i § 34 andre avsnitt tredje setning vil etter sin ordlyd ikke stille opp et særlig sterkt materielt vern. Når det i tillegg knytter seg usikkerhet til praktiseringen av bestemmelsen, kan det stilles spørsmål hvor reelt vernet egentlig er. Den statlige klagebehandlingen vil dermed utgjøre et inngrep i det kommunale selvstyret. Inngrepet vil imidlertid neppe være særlig stort.¹²¹

Det som i praksis vil kunne være det mest problematiske ved den klagebehandlingen som praktiseres i plan- og bygningsretten i dag, er det forhold at kommunen ikke har mulighet til å få overprøvd fylkesmannens klagebehandling i den konkrete saken. Kommunen kan ikke påklage fylkesmannens vedtak til en annen instans, jf. fvl. § 28 tredje avsnitt første setning. Kommunen kan heller ikke bringe fylkesmannens avgjørelse i klagesaken inn for retten.¹²² Dermed vil det være fylkesmannen som klageinstans som i praksis bestemmer hvor grensen går for egen overprøving av kommunens vedtak etter plan- og bygningsloven, og videre vil fylkesmannen ha siste ord om egen rettsanvendelse. Kommunene har ingen mulighet til å få prøvd vedtaket videre av en uavhengig instans, og dette innebærer dermed et vesentlig inngrep i det kommunale selvstyret.

¹²¹ Til sammenlikning, vil innsigelser fra statlig sektororgan ha større konsekvenser for kommunen enn den statlige klagebehandlingen.

¹²² Bernt, Overå og Hove (2002) s. 104

Litteratur

Bøker

- Bernt og Overå (2011) Bernt, Jan Fridthjof og Oddvar Overå (2011): *Lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. september 1992 nr. 107 med kommentarer*, 5. utgave. Oslo: Kommuneforlaget.
- Bernt, Overå og Hove (2002) Bernt, Jan Fridthjof, Oddvar Overå og Harald Hove (2002): *Kommunalrett*, 4. utgave. Oslo: Universitetsforlaget.
- Bernt og Rasmussen (2010) Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen (2010): *Frihagens forvaltningsrett bind 1*, 2. utgave. Bergen: Fagbokforlaget.
- Frihagen III (1989) Frihagen, Arvid (1989): *Plan- og bygningsloven kommentarutgave bind III*, 1. utgave. Oslo: Forlaget A. Frihagen.
- Innjord bind I (2010) Innjord, Frode A. (red.) (2010): *Plan- og bygningsloven med kommentarer bind I*, 1. utgave. Oslo: Gyldendal Akademisk.
- Innjord bind II (2010) Innjord, Frode A. (red.) (2010): *Plan- og bygningsloven med kommentarer bind I*, 1. utgave. Oslo: Gyldendal Akademisk, Oslo.
- Pedersen m.fl. del I (2010) Pedersen, Odd Jarl, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness, Audvar Os (2010): *Plan- og bygningsrett, del I Planlegging og ekspropriasjon*, 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget.
- Pedersen m.fl. del II (2011) Pedersen, Odd Jarl, Per Sandvik, Helge Skaaraas, Stein Ness, Audvar Os (2011): *Plan- og bygningsrett, del II Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner*, 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget.
- Woxholth (2011) Woxholth, Geir (2011): *Forvaltningsloven kommentarutgave*, 5. utgave. Oslo: Gyldendal Akademisk.

Artikler

- Aulstad (2007) Aulstad, Johan Greger: «Domstolsprøving av dispensasjonsvedtak etter plan- og bygningsloven § 7». I

Øyvind Ravna (red.) (2007), *Areal og eiendomsrett* s. 63, 1. utgave. Oslo: Universitetsforlaget.

- Innjord (1996) Innjord, Frode A.: «Hva er ‘vakkert’? – Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er avgitt ved vage og/ eller skjønnsmessige ord og uttrykk». *Jussens Venner*, 1996 s. 161.
- Myklebust og Schütz (2012) Myklebust, Ingunn Elise og Sigrid Schütz: «Statlege planretningslinjer for forvaltning av strandsona». *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2012 nr. 2 s. 87.
- Stokstad (2012) Stokstad, Sigrid: «Kommunalt selvstyre: Kompetansefordelingen mellom Stortinget, statsforvaltningen og kommunene». Avhandling (ph.d.). Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo.

Rapporter og veiledninger

- Fylkesmannsboka (1997) *Fylkesmannsboka – En orientering om arbeidet til fylkesmannsembetene*, utgitt av Planleggings- og samordningsdepartementet, 2. utgave, 1997.
- Fylkesmannsrollen (2012) *Fylkesmannsrollen – Utvikling og utfordring*, rapport utgitt av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, 6.3.2012.
- Stokstad (2013) Stokstad, Sigrid: *Forsvinner det kommunale selvstyret i statlig klagebehandling?* Rapport utarbeidet for KS på oppdrag fra Kommunal- og regional-departementet, 2013.

Nettsider

www.reettsdata.no

Kilder

Lover og forskrifter

Lover

Plan- og bygningsloven (pbl.)	Lov 27.06.2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling.
Forvaltningsloven (fvl.)	Lov 10.02.1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
Kommuneloven (Kopl.)	Lov 25.09.1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner.

Forskrifter

Forskrift nr. 335/2011	Forskrift nr. 335/2011 Statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen.
Forskrift nr. 639/2009	Forskrift nr. 369/2011 Delegering av myndighet til Kommunal- og regionaldepartementet og Miljøverndepartementet etter plan- og bygningsloven.
Forskrift nr. 1079/1992	Forskrift nr. 1079/1992 Delegering av myndighet etter lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner.

Forarbeider og stortingsmeldinger

Forarbeider

Ot.prp. nr. 45 (2007-2008)	Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen).
Ot.prp. nr. 32 (2007-2008)	Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen).
Ot.prp. nr. 51 (1995-1996)	Om lov om endringer i visse lover som vedrører kommuner og fylkeskommuner (særlovsprosjektet fase 2).

Stortingsmeldinger

Meld. St.12 (2011-2012)	Stat og kommune – styring og samspel, tilrådning fra Kommunal- og regionaldepartementet av 10. februar 2012, godkjent samme dag.
St.meld. nr. 19 (2008-2009)	Ei forvaltning for demokrati og fellesskap, tilrådning fra Fornyings- og

administrasjonsdepartementet av 3. april 2009, godkjent i statsråd samme dag.

St.meld. nr. 31 (2000-2001)

Kommune, fylke, stat – en bedre oppgavefordeling, tilråding fra Kommunal- og regionaldepartementet av 30. mars 2001, godkjent i statsråd samme dag.

Instrukser og rundskriv

Instrukser

Fylkesmannsinstruksen

Forskrift nr. 3642/1981 Instruks for fylkesmenn.

Tildelingsbrev (2013)

Tildelingsbrev til fylkesmannen 2013, utarbeidet av Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet.

Rundskriv

H-1/10

Rundskriv H-1/10 Ikraftsetting av lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven), 22. juni 2010, Kommunal- og regionaldepartementet.

H-2103

Rundskriv H-2103 Retningslinjer for statlig klagebehandling – forvaltningsloven § 34, 13.06.2000, Kommunal- og regionaldepartementet.

H-25/92

Rundskriv H-25/92: Overføring av myndighet etter kommuneloven og kommuneinndelingsloven, forvaltningsloven mv. fra departementet til fylkesmennene, statens utdanningskontor og fylkeslegen, 17.10.2003, Kommunal- og regionaldepartementet.

H-18/90

Rundskriv H-18/90 Til plan- og bygningsloven § 70. Bygningers plassering, høyde og avstand fra nabogrense, 07.01.1990, Kommunal- og regionaldepartementet.

T-2/09

Rundskriv T-2/09 Ikraftsetting av ny plandel i plan- og bygningsloven, 23.06.2009, Miljøverndepartementet.

T-6/96	Rundskriv T-6/96 Overføring av myndighet etter plan- og bygningsloven til fylkesmannen, 30.12.1996, Miljøverndepartementet.
T-5/95	Rundskriv T-5/95 Innsigelse i plansaker. Retningslinjer for bruk av innsigelse i plansaker etter plan- og bygningsloven, 06.10.1995, Miljøverndepartementet.
T-8/86	Rundskriv T-8/86 Overføring av myndighet. Overføring til fylkesmannen av myndighet etter plan- og bygningsloven, 01.07.1986, Miljøverndepartementet.

Rettsavgjørelser

Rt. 2009 s. 354
 Rt. 2007 s. 281
 Rt. 2007 s. 257 (Trallfa)
 Rt. 1995 s. 1939 (Ohna)
 Rt. 1995 s. 1427 (Naturfreding)

Forvaltningspraksis

Sivilombudsmannen

Somb. 2012/215
 Somb. 2011/268
 Somb. 2009/2016
 Somb. 2009/1402
 Somb. 2009/979
 Somb. 2009/533
 Somb. 1987/69

Fylkesmannsembetene

Fylkesmannen i Hedmark sak 2009/6049