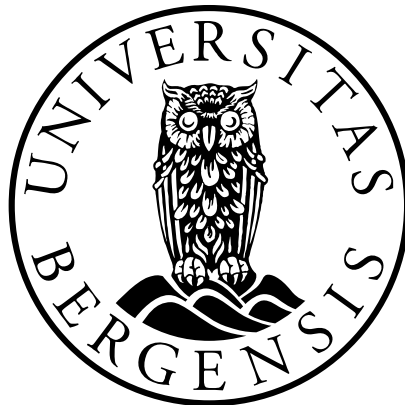


Ulovlighetsoppfølging jf. plan- og byggningsloven kapittel 32

*Stiller loven krav til forholdsmessighet når pålegg
om retting er eneste aktuelle reaksjon?*

Kandidatnummer: 198

Antall ord: 14995



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling	3
1.2 Aktualitet og eksempel i Nakholmen-dommen.....	4
1.3 Avgrensninger	5
1.4 Rettskildebilde og metode.....	6
2 Plan- og bygningslovens vage forholdsmessighetsstandard	10
2.1 Lovteksten: skal – skal ikke?	10
2.2 Plikt til å forfølge jf. § 32-1 første ledd.....	10
2.2.1 Overordnet om § 32-1	10
2.2.2 Perspektiver i lovens system	10
2.2.3 Arten av oppfølgingsplikten – begrenset rom for unntak	11
2.3 Rimelig i forhold til ulovligheten jf. § 32-10 første ledd.....	12
2.3.1 Overordnet om § 32-10 første ledd	12
2.3.2 Regelens virkeområde jf. «[s]anksjoner».....	13
2.3.3 1985-lovens forarbeider om innholdet i forholdsmessighetsstandarden.....	14
2.3.4 2008-lovens forarbeider om forholdsmessighetsstandarden	15
2.3.5 Sæther-dommen om forholdsmessighetsstandarden	16
2.4 Oppsummering og foreløpige slutninger om forholdsmessighetsstandarden	17
3 Utviklingen i alminnelig forvaltningsrett.....	18
3.1 Overordnet om forholdsmessighet som skranke i norsk forvaltningsrett	18
3.2 Forholdsmessighetsbetraktninger eller krav til forholdsmessighet.....	18
3.2.1 Begynnelsen på forholdsmessighetsbegrensninger jf. Rt-1951-19 og Rt-1957-1190.....	18
3.2.2 Retning mot alminnelig forvaltningsprinsipp jf. Rt-1998-1795.....	19
3.2.3 Kompromisset i Sæther-dommen.....	19
3.2.4 Sentrale avklaringer jf. Rt-2008-560 og Rt-2011-304	19

3.2.5	Særlig om vedtak med pønale preg jf. Rt-2011-111	20
3.2.6	Tegn til kursendring jf. HR-2022-718-A (Hyttakarantene-dommen)	20
3.2.7	Forarbeidene til ny forvaltningslov	22
3.3	Samlet vurdering av alminnelig forvaltningsrett som tolkningsbidrag for forholdsmessighetsstandarden.....	22
4	EMK og rettspraksis fra EMD	24
4.1	Overordnet om EMK i relasjon til pbl. § 32-10 første ledd	24
4.2	EMK P1-1 jf. bl.a. Saliba-dommen.....	26
4.3	EMK artikkel 8 jf. Ivanova-dommen	27
4.4	EMK artikkel 6 jf. Hamer-dommen	28
4.5	Samlet vurdering av EMKs betydning som tolkningsbidrag for forholdsmessighetsstandarden.....	30
5	Konklusjon	32
5.1	Normen i forholdsmessighetsvurderingen jf. § 32-10 første ledd.....	32
5.1.1	Harmoniserende tolkning av den vage normen i § 32-10 første ledd	32
5.1.2	En god regel? Illustrert med feil i Nakholmen-dommen.....	34
5.1.3	Konklusjon	35
5.2	Refleksjoner om sentrale variabler i forholdsmessighetsvurderingen	37
5.2.1	Overordnet om balanseringen	37
5.2.2	Tidspunktet for vurderingen – oppføringstidspunktet eller oppfølgingstidspunktet?.....	38
5.2.3	Allmennhetens vektskål – respekt for regelverket og hensynet til offentlig arealplanlegging.....	39
5.2.4	Miljøet	39
5.2.5	Forhold på tiltakshavers side.....	40
5.2.6	Prosessuelle kriterier, særlig om saksbehandlingstid.....	41
5.2.7	Bevisusikkerhet	42
5.2.8	Betydningen av at det allerede er bygd	42
5.2.9	Særlig ved pålegg om riving av hjem.....	43
	Kildeliste	44

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Masteroppgaven handler om kommunens ulovlighetsoppfølging i medhold av plan- og bygningsloven.¹ Temaet er kommunens rett og plikt til å forfølge ulovlige byggetiltak, dersom det må legges til grunn at pålegg om retting ikke er forholdsmessig. Hensynet til allmennhetens interesser, står mot hensynet til den enkeltes eiendom og rettssikkerhet. Lovgivers intensjon er at «[r]eglene må innrettes slik at de gir en mest mulig effektiv ulovlighetsoppfølging samtidig som rettssikkerheten ivaretas».² Effektivitet og rettssikkerhet er grunnleggende hensyn som ofte må avveies i forvaltningsretten.³ Disse motstridende hensynene gir grobunn for spørsmål om kommunens ulovlighetsoppfølging må være forholdsmessig. Tematikken oppstår typisk i gamle eller små byggesaker der allmenheten har lite å tjene på et opprettingsvedtak, eller der det gjelder noens hjem.

I loven har kommunen fått verktøy for å ivareta allmennhetens interesse i å bringe ulovligheter til opphør. Pålegg om retting er primærreaksjonen fordi ulovligheten gjenoprettes, jf. § 32-3. Ved overtredelser har kommunen plikt til å reagere, jf. § 32-1. Likevel stiller § 32-10 første ledd første punktum krav til at reaksjoner «skal stå i rimelig forhold til ulovligheten». Hvordan disse reglene virker sammen, og om kommunen er avskåret fra å gi pålegg om retting etter en forholdsmessighetsvurdering, er kjernen i oppgaven. Problemstillingen er *om kommunen i noen tilfeller må unnlate å gi pålegg om retting jf. § 32-3, fordi reaksjonen «skal stå i rimelig forhold til ulovligheten» jf. § 32-10 første ledd første punktum, til tross for at kommunen «skal forfølge overtredelser», jf. § 32-1 første ledd.*

Reglene i plan- og bygningsloven suppleres av alminnelig forvaltningsrett og EMK, som plan- og bygningsretten må sees i lys av og er en del av. Kilder fra disse rettsområdene må behandles for å tolke forholdsmessighetsstandarden. Med andre ord er masteroppgaven en lovtolkingsoppgave, hvor kravet til at reaksjoner «skal stå i rimelig forhold til ulovligheten» jf. § 32-10 tolkes i lys av plan- og bygningsrett, alminnelig forvaltningsrett og EMK.⁴

¹ Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling («plan- og bygningsloven» eller «pbl.»).

² Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 172.

³ Graver (2019) s. 112.

⁴ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon 4. november 1950 («EMK»).

1.2 Aktualitet og eksempel i Nakholmen-dommen

Ulovlighetsoppfølging er samfunnsaktuelt fordi kommunene i økende grad forfølger mulig ulovlige byggetiltak, med stor betydning for tiltakshaver, samfunnet og naturen. Samfunnsinteresser og offentlige reguleringer støter an mot enkeltpersoners utnyttelse av privat eiendom. Allmennhetens tilgang på rekreasjonsområder i strandsonen er svekket.⁵ Samtidig kan ulovlighetsoppfølging være inngripende overfor tiltakshaver, og det kan være usikkert om pålegg om riving er forholdsmessig.⁶ Det finnes likevel klare eksempler på at ulovlighetsoppfølging er forholdsmessig, og at ulovligheter i ytterste konsekvens må møtes med straff, jf. HR-2020-1353-A «Tennisbane-dommen».⁷ Det viser seg at det er et stort spenn i sakene som kommunene forfølger, at det varierer hvor beskyttelsesverdig tiltakshaver er og at allmennheten og naturen har behov for at byggereglene håndheves.

Kommuner følger opp ulovlige byggetiltak i stor skala, men få av sakene når domstolene. Mange spørsmål er derfor uavklarte. Samtidig har borgere som ulovlighetsoppfølging retter seg mot, behov for å forutberegne sin rettsstilling. Ulovlighetsoppfølgingen kompliseres videre av at reglene for bygging er blitt strengere, at det kan være uklart hvilke byggerettigheter tiltakshaver faktisk har hatt, og at synet på omstridte byggetiltak er strengere i dag enn det har vært tidligere. Hvorvidt forholdsmessighetsvurderingen skal gjøres i lys av samfunnsforholdene på oppføringstidspunktet, er også uavklart frem til nå.⁸ Ulovlighetsoppfølging og forholdsmessighet altså er samfunnsaktuelt.

Flere steder i masteroppgaven blir det vist til en dom avsagt av Borgarting lagmannsrett med kode LB-2022-20040, «Nakholmen-dommen».⁹ Dommen er et aktuelt og representativt eksempel på hvordan problemstillingen kan oppstå. Saken gjaldt gyldigheten av et pålegg om retting vedtatt av Oslo kommune, som krevde en hytteplattung revet fordi den var i strid med reguleringsplan. Sakens faktiske side er representativ ved at kommuner forfølger overtredelser som vurdert i nåtid er nokså alvorlige, men hvor overtredelsen kan være begått langt tilbake i tid, mens samfunnet hadde et mindre strengt syn på byggetiltak.

⁵ Ot.prp.nr.32 (2007-2008) s. 30.

⁶ Se saker fra rundt Oslo fjorden jf. LB-2022-20040 og TOSLO-2020-24986. Se fra strandsoneprojektet i Bergen jf. THOD-2022-17149, THOD-2022-17167 og Rapportstrandsonen. Sakene fra Bergen er ikke rettskraftige. Strandsoneprojektet er foreslått stanset, jf. Protokoll utvalg for miljø og byutvikling 09.11.2023 s. 23. flg.

⁷ Se også LG-2022-20981 (ulovlig utleie Bergen), og LG-2011-192019 (Svartedikerveien).

⁸ Se delkapittel 5.2.2 om tidspunktet for vurderingen.

⁹ Anken slapp ikke inn til behandlet i Høyesterett, jf. HR-2023-292-U.

Selv om domsresultatet kan være korrekt, gir masteroppgaven grunnlag for å rette kritikk mot lagmannsrettens anvendelse av forholdsmessighetskravet. For oppgaven er det sentralt at kommunen fikk medhold i at det ikke var rom for å unnlate å sanksjonere ulovligheten, fordi pålegg om retting var den eneste aktuelle reaksjonen.¹⁰ Det hviler på en forutsetning om at kravet til forholdsmessighet er sammenfallende med at forvaltningsvedtak ikke kan være sterkt urimelige.¹¹ Lagmannsrettens tolkning innebærer i så fall at lovens forholdsmessighetskrav ikke har et selvstendig innhold, og i praksis ikke gjelder for pålegg om retting. Det er denne lovtolkningen som settes under lupen i masteroppgaven.

1.3 Avgrensninger

For å sette problemstillingen på spissen, behandles pålegg om retting som eneste aktuell reaksjon, jf. § 32-3. Pålegg om retting er en objektiv regel som skal gjenopprette en ulovlig tilstand, og fungerer derfor som primærreaksjon. Regelen er en videreføring av pbl. 1985 § 113, og hjemler både fjerning og riving.¹² Det forutsettes at vilkårene for å gi pålegg om retting er oppfylt, jf. § 32-3. Det forutsettes også at det foreligger et bevist relevant ulovlig byggetiltak, hvilket medfører at vilkårene «overtredelser» og «ulovligheten» også er oppfylt, jf. §§ 32-1 første ledd, 32-3 og 32-10 første ledd. I praksis kan det være vanskelig å klarlegge hvilke byggetiltak som er oppført ulovlig.¹³ Beviskrav behandles bare i den grad det er nødvendig for å vurdere om bevisusikkerhet er relevant i forholdsmessighetsvurderingen.¹⁴

Lovens formulering om at reaksjonen «skal stå i rimelig forhold til ulovligheten» jf. pbl. § 32-10 første ledd, oppstiller en prosessuell plikt for kommunen til å vurdere om pålegg om riving er forholdsmessig, fordi det har betydning for hvorvidt kompetansehjemmelen skal anvendes.¹⁵ Ved pålegg om riving av «hjem» foreligger det en absolutt plikt til å vurdere individuelt om pålegget er forholdsmessig, jf. artikkel 8.¹⁶ P1-1 inneholder også enkelte prosessuelle krav.¹⁷

¹⁰ Nakholmen-dommen punkt 5.3.1, se kritikk i delkapittel 5.1.2.

¹¹ Ekspisitt i LG-2022-18463 (Balkong).

¹² Ot.prp.nr.39 (1993-94) s. 174.

¹³ Hva som har vært lovlig kan beror på tolkning av gamle lover, reguleringsplaner, lokale retningslinjer og byggemeldinger. Reaksjonshjemmelen i § 32-3 må sees i lys av legalitetsprinsippet jf. Grunnloven § 113.

¹⁴ Se delkapittel 4.4 og 5.2.7.

¹⁵ NOU 2019: 5 s. 157, Smith (2022b) s. 473-474, Smith (2022a) s. 419, Graver (2019) s. 142, Bernt (2015) s. 39 og Harbo (2015) s. 527.

¹⁶ Ivanova-dommen § 53-55, se delkapittel 4.3

¹⁷ Se Jorem (2023) kapittel 9 om dypere subsidaritet, og kapittel 10 om betydningen av prosessuelle rettssikkerhetsmekanismer. Generelt fremhever forfatteren at inngrep i retten til eiendom vanskelig kan gjøres uten en individuell vurdering, jf. s. 251. Ved ulovlighetsoppfølging spesielt er imidlertid

Dette har en side til begrunnelseskravet for forvaltningsvedtak, jf. forvaltningsloven § 25, som må avpasses etter hvor inngrepene vedtaket er jf. Rt-1981-745 (Isene).¹⁸ Dersom kommunens begrunnelse tilsier at det ikke er vurdert om det er forholdsmessig å gi pålegg om riving jf. § 32-10 første ledd, fører det til mer intens prøving av vedtaket, og vedtaket kan bli kjent ugyldig på grunnlag av saksbehandlingsfeil.¹⁹ Ettersom den prosessuelle plikten til å vurdere om pålegg om retting er forholdsmessig er sikker, knytter masteroppgaven seg til det materielle innholdet i § 32-10 første ledd. Begrepet «materielt» brukes her både om lovens vilkår for å treffe vedtak, og regler som begrenser skjønnsutøvelsen.²⁰ Enkelte prosessuelle aspekter er samtidig relevante variabler i den materielle forholdsmessighetsvurderingen.²¹

Videre avgrenses masteroppgaven mot å behandle § 32-1 andre ledd. Bestemmelsen gir uttrykk for at kommunens plikt til å reagere på ulovligheter, ikke omfatter ulovligheter av «mindre betydning». Spørsmålet om forholdsmessighet angripes altså i en ren form. Alternativt kan vilkåret «mindre betydning» jf. § 32-1 andre ledd utvides, slik at ulovlighetsoppfølging som ikke er forholdsmessig jf. § 32-10 første ledd, omfattes. Dette synspunktet forfølges ikke videre, særlig fordi lovgiver forkastet et opportunitetsprinsipp med hensyn til plikten til å forfølge ulovligheter, som tilsier at terskelen for å anvende unntaket er høy.²² Endelig nevner jeg at det kun er kommunens ulovlighetsoppfølging som behandles i masteroppgaven.²³

1.4 Rettskildebilde og metode

Gjeldende plan- og bygningslov trådte i kraft i 2009 og 2010.²⁴ Ulovlighetsoppfølging er særlig kommentert i NOU 2005:12 og Ot.prp.nr.45 (2007-2008). En sentral bestemmelse i oppgaven er pbl. § 32-10 første ledd, hvor det følger at «sanksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten». Regelen er videreført fra plan- og bygningsloven 1985 § 116 b første ledd, med tilsvarende ordlyd.²⁵ Blant forarbeidene til § 116 b er det særlig Ot.prp.nr.39 (1993-1994) som

standardisert/sjablongmessig saksbehandling akseptert etter P1-1, men ikke etter artikkel 8, jf. Ivanovadommen §§ 53-55 og 74.

¹⁸ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

¹⁹ Rt-1981-745 (Isene), Bernt (2017) note 712 og 1058 og Graver (2019) s. 479 og s. 564.

²⁰ Se Smith (2022) s. 380-282. Slik også Løvlie (2021) s. 233 i relasjon til ugyldighetslæren.

²¹ Se delkapittel 4.4 og 5.2.6.

²² Se delkapittel 2.2.3.

²³ Kommunen er den primære plan- og bygningsmyndighet, men sentrale myndigheter er kompetente til å forfølge ulovligheter, fortrinnsvis dersom kommunen ikke overholder plikten, jf. Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 352.

²⁴ Plandelen trådte i kraft 1. juli 2009, mens byggesaksdelen trådte i kraft 1. juli 2010.

²⁵ Lov av 14. juni 1985 nr. 77 om planlegging og byggesaksbehandling («plan- og bygningsloven 1985» eller «pbl. 1985»), jf. Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 358.

er relevant. Det finnes en svært relevant høyesterettsdom, «Sæther-dommen» inntatt i Rt-2002-209, hvor § 116 b er behandlet. Som følge av lovendring i 1995 er eldre rettspraksis av begrenset betydning. Sæther-dommen viser likevel at verdisyndpunkter og vurderingsmomenter som er fremhevet i eldre rettspraksis fortsatt kan være relevant.²⁶ Videre brukes Nakholmen-dommen som et aktuelt eksempel i masteroppgaven. Det er lenge siden Høyesterett har vurdert rettsspørsmålene som Nakholmen-dommen aktualiserer. I slike tilfeller kan lagmannsrettsdommer de facto bli normerende for nye saker. Det er samtidig viktig å presisere at lagmannsrettsdommer har lav rettskildemessig vekt og ikke er prejudikater.

Plan- og bygningsretten suppleres av kilder fra den alminnelige forvaltningsretten. Bl.a. finner vi bidrag i forvaltningsrettslige forarbeider som sanksjonsutvalget i NOU 2003:15, proposisjon til forvaltningsloven kapittel 9 Prop.62 L (2015-2016), og utredningen til ny forvaltningslov i NOU 2019:5. De to førstnevnte kildene har munnet ut i lovvedtak, mens den siste kilden oppsummerer gjeldende rett. Videre har Høyesterett avsagt flere avgjørelser om prøving av skjønsmessige vilkår, læren om myndighetsmisbruk og ulovfestede begrensninger på hvor urimelige eller forholdsmessige forvaltningsvedtak kan være. Oppgavens rammer er til hinder for å analysere alle relevante Høyesterettsavgjørelser. Med sikte på å avklare gjeldende rett som er relevant for tolkningen av § 32-10 første ledd, behandles et utvalg representative dommer.

Ulovlighetsoppfølging innebærer inngrep i eiendomsretten og i retten til respekt for hjemmet, jf. EMK P1-1²⁷ og EMK artikkel 8. Artikkel 6 impliserer også relevante momenter, men det legges til grunn at pålegg om retting ikke er en «straffsiktelse», jf. delkapittel 4.4.²⁸ Tolkning og anvendelse av EMK kan norske domstoler prøve fult ut, jf. Rt-2015-1388 (Internflukt) avsnitt 118. Forholdet mellom pbl. kapittel 32 og EMK er lite behandlet i juridisk litteratur.²⁹

Ved anvendelse av EMK oppstår det en særskilt metodisk utfordring, som bør avklares allerede innledningsvis. Spørsmålet er om pbl. § 32-10 første ledd skal tolkes i samsvar med EMK. EMK utgjør samtidig et alternativt rettsgrunnlag med forrang foran alminnelig lov, jf. menneskerettsloven §§ 2 og 3. Fordi EMK kan anvendes som eget rettsgrunnlag, er behovet for harmoniserende tolkninger begrenset. Samtidig kan det lette domstolens tolkningsprosess

²⁶ Se særlig Rt-1979-219 og Rt-1979-341.

²⁷ Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og grunnleggende friheter, 20. mars 1952, artikkel 1 («P1-1»).

²⁸ Ved avgjørelse av en «straffsiktelse» blir tematikken annerledes fordi retten kan prøve alle sider av saken jf. forvaltningsloven § 50 jf. § 43 annet ledd.

²⁹ Se likevel Lunde (2011) s. 57-60 hvor forfatteren behandler EMK som materiell kompetansebegrensning på forvaltningsvedtak. Artikkelen har en annen innfallsvinkel til EMK og går ikke i dybden jf. også forfatterens avgrensning i siste setning s. 58. Det foreligger også ny rettspraksis fra EMD.

dersom dommeren f.eks. kan legge til grunn at forvaltningen ikke har gått utenfor rammene av regelen i pbl., men at EMK på selvstendig grunnlag er til hinder for avgjørelsen.

På den andre siden tilsier presumsjonsprinsippet at konvensjonsstrid skal unngås dersom det er mulig. Prinsippet går ut på at «domstolene og andre rettsanvendere så langt som mulig [skal] tolke norsk lov slik at det ikke oppstår motstrid med konvensjoner Norge er bundet av».³⁰ Videre utgjør EMK en materiell kompetansebegrensning på kommunens skjønn i forvaltningsvedtak.³¹ Etter min vurdering forutsatte lovgiver at § 32-10 første ledd utformes i samsvar med EMK.³² Selv om domstolen kan møte en utfordrende tolkningsprosess, vil rettsorden gjøre domstolen og forvaltningen en bjørnetjeneste, dersom pbl. ikke tolkes i harmoni med EMK. Det er nemlig lettere å treffe konvensjonskonforme avgjørelser, dersom pbl. tolkes i samsvar med EMK, fordi rettsreglene blir mer tilgjengelige.³³ Pbl. tolkes i samsvar med EMK i masteroppgaven, selv om EMK også kan anvendes som eget rettsgrunnlag.

Problemstillingen i masteroppgaven beror på avklaring av minst tre spørsmål, med utgangspunkt i §§ 32-1 og 32-10. Spørsmålene fremheves allerede her for å synliggjøre hva jeg ser etter når rettskildene tolkes. Det første spørsmålet er om forholdsmessighetsbestemmelsen i § 32-10 første ledd, spiller inn på plikten som følger av § 32-1 første ledd, også når det kun er pålegg om retting som er aktuelt, jf. § 32-3. Fordi det første spørsmålet besvares bekræftende, er det andre spørsmålet om vurderingen etter § 32-10 første ledd, er rettsanvendelse eller om regelen er lagt til forvaltningens skjønn.³⁴ Ettersom § 32-10 første ledd er forvaltningsskjønn, er det tredje spørsmålet hvor grensene for forvaltningsskjønnet inntreffer.³⁵

For å besvare problemstillingen og spørsmål som oppstår er det nødvendig å tolke, vekte og harmonere rettskilder fra rettsområdene plan- og bygningsrett, alminnelig forvaltningsrett og Den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Masteroppgavens lovtolkningsspørsmål begynner i kapittel 2 med plan- og bygningsloven som særlov. I saker som gjelder ulovlighetsoppfølging og forholdsmessighet, må vi imidlertid også rette blikket utenfor plan-

³⁰ Ot.prp.nr.3 (1998-1999) s. 40. Se også Rt-1994-1244 (Kvinnefengsel) og Rt-2000-1811 P (Finanger I).

³¹ Lunde (2011) s. 57-60.

³² Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 182 og s. 358. I relasjon til samordning av sanksjoner og EMK P7-4. Det er ikke presisert på tilsvarende måte mht. pålegg om retting alene. Likevel illustrerer forarbeidene at lovgiver hadde til hensikt å utforme reglene om ulovlighetsoppfølging i samsvar med EMK.

³³ Noer (2023) s. 483 peker på hensynet til demokratiet, fleksibilitet, klarhet, forutberegnelighet, og faren for feil.

³⁴ Alternativt om «vurderingstema er angitt i loven som vilkår for å treffe avgjørelse, eller om det innfortolkes som en grense for skjønnsutøvelsen», jf. Graver (2019) s. 254.

³⁵ Det er nettopp rettskildenes føringer på rammene for forvaltningsvedtaket som er avgjørende, ikke slutninger fra begreper, se mv. i Graver (2019) s. 252-256.

og bygningsretten, hvilket er sentralt i oppgaven. Forholdsmessighetsstandarden tolkes mot slutninger fra forvaltningsretten og EMK, i henholdsvis kapittel 3 og 4. I delkapittel 5.1 bearbeides og vektet rettskildene for å konkludere på problemstillingen. Dersom masteroppgavens problemstilling finner veien til domstolene, vil praktikere med fordel behandle rettskildene mer samlet. Før en samlet konklusjon, er det imidlertid et selvstendig metodisk poeng i å behandle rettskildene separat. Etter min vurdering er disponeringen av masteroppgaven egnet til å vise både grunnlaget for slutninger fra de ulike rettskildene og hvordan rettskildene spiller sammen. Samtidig som problemstillingen besvares i relasjon til pbl. § 32-10 konkret, kan masteroppgaven også kaste lys over forholdsmessighetsstandarden mer generelt i den alminnelige forvaltningsretten og deler av rettsområdet som beskyttes av EMK. Helt til slutt, i kapittel 5.2, oppstilles det variabler som inngår i forholdsmessighetsvurderingen.

2 Plan- og bygningslovens vage forholdsmessighetsstandard

2.1 Lovteksten: skal – skal ikke?

«§ 32-1. Plikt til å forfølge ulovligheter

Kommunen skal forfølge overtredelser av bestemmelser gitt i eller i medhold av denne loven. (...).»

«§ 32-10. Samordning av sanksjoner

Sanksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten. (...).»

Formuleringene i §§ 32-1 første ledd og 32-10 første ledd første punktum er meningsfulle hver for seg. Når vi leser paragrafene i sammenheng, og den eneste aktuelle reaksjonen ikke er rimelig i forhold til ulovligheten, oppstår det et spenningsforhold mellom reglene. Spørsmålet er hvordan disse reglene virker sammen, og hvordan forholdsmessighetsvilkåret skal forstås.

2.2 Plikt til å forfølge jf. § 32-1 første ledd

2.2.1 Overordnet om § 32-1

Kommunens plikt til å forfølge ulovligheter er lovfestet i § 32-1 første ledd. Andre ledd åpner for unntak fra plikten til ulovlighetsoppfølging, ved overtredelser av «mindre betydning». Det er understreket i forarbeidene at § 32-1 første ledd skal «sikre at kommunene prioriterer ulovlighetsoppfølging», men ikke gir borgere rettskrav på at kommunen skal følge opp ulovligheter.³⁶ Lest i sammenheng med andre ledd, tyder ordlyden at det foreligger en ubetinget plikt til å forfølge ulovligheter som ikke er av mindre betydning, jf. § 32-1 første ledd.³⁷

2.2.2 Perspektiver i lovens system

³⁶ Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 352.

³⁷ Det avgrenses mot forhold av «mindre betydning» jf. andre ledd, jf. delkapittel 1.3. Unntaket er snevert.

Plan- og bygningslovens andre del inneholder regler for planlegging av fremtidig arealbruk. Arealforvaltning er primært en kommunal oppgave, jf. særlig kapittel 10. Kommunens plan for fremtidig arealbruk skal ivareta «kommunale, regionale og nasjonale mål, interesser og oppgaver», jf. § 11-1 første ledd. Prosessen skal sikre «åpenhet, forutsigbarhet og medvirkning for alle berørte interesser og myndigheter», jf. § 1-1 fjerde ledd. Basert på kommunale planer kan tiltakshavere søke om å få tillatelse til å bygge ut, jf. § 21-4 første ledd. Kommunens byggesaksbehandling skal sikre at byggetiltak blir oppført i «samsvar med lov, forskrift og planvedtak», jf. § 1-1 tredje ledd. Videre har kommunen plikt til å føre tilsyn med at byggesaker gjennomføres i samsvar med tillatelser, jf. § 25-1 første ledd.

Plan- og bygningsloven er altså innrettet slik at innbyggere kan påvirke fremtidig arealdisponering i en demokratisk prosess. Dernest skal kommunen tillate bygging i tråd med planen og føre tilsyn med byggingen. Dersom kommunen unnlater å forfølge ulovligheter, kan det lønne seg for tiltakshavere å be om tilgivelse fremfor tillatelse.³⁸ Kommunens plikt til å «forfølge overtredelser» jf. § 32-1, må forstås i lys av dette systemet.

Hensynet til den demokratiske prosessen jf. § 1-1 fjerde ledd, tilsier at plikten til å forfølge ulovligheter må være streng. Høyesterett har understreket at reglene «vil vanskelig kunne håndheves effektivt hvis man i tilfelle som dette skulle nøye seg med å ilegge en bot uten å kreve det ulovlige fjernet. Både hensynet til respekten for bygningsmyndighetenes avgjørelser og hensynet til det store flertall som bøyer seg for gjeldende regler, gjør derfor at rivningspålegget bør opprettholdes», jf. Rt-1979-219 s. 226.³⁹

2.2.3 Arten av oppfølgingsplikten – begrenset rom for unntak

I den alminnelige forvaltningsretten skiller vi mellom tilfeller hvor kompetanse til å treffe en avgjørelse er bundet av loven og beror på rettsanvendelse, og tilfeller hvor loven plasserer kompetansen innenfor rammene av forvaltningens skjønn.⁴⁰ Domstolene kan overprøve rettsanvendelse fullt ut, men prøver bare rammene av forvaltningens skjønn.⁴¹

³⁸ Tiltakshaver kan også søke om dispensasjon i etterkant, jf. § 19-2.

³⁹ Sml. Sæther-dommen s. 227, Rt-1979-341 s. 350 og Fleischer (1992) s. 423.

⁴⁰ Se mv. Smith (2022a) kapittel 23 og 24, Graver (2019) kapittel 16, Bernt (2015) kapittel 2.2 og Østenstad (2015) s. 131.

⁴¹ Se f.eks. HR-2022-718 (Hyttekarantene) avsnitt 74 flg. jf. delkapittel 3.2.6.

Ved at kommunen «skal» forfølge ulovligheter etter § 32-1 første ledd, gir ordlyden uttrykk for en plikt. Det er bare forhold av «mindre betydning» som eksplisitt er unntatt i loven jf. § 32-1 andre ledd. Vurderingen av «mindre betydning» er rettsanvendelse.⁴² Ved høringen til ny plan- og bygningslov ble det vurdert hvorvidt det burde være rom for skjønnsmessige unntak, eksemplifisert med påtalemyndighetens opportunitetsprinsipp.⁴³ Forslaget ble forkastet for å styrke plikten til ulovlighetsoppfølging, og med hensyn til den alminnelige rettsoppfatning.⁴⁴ Ved at opportunitetsprinsippet ble forkastet, styrkes oppfatningen om at § 32-1 første ledd er rettsanvendelse. Sivilombudet finner heller ikke grunnlag for en skjønnsmessig mulighet til å unnlate oppfølging.⁴⁵

På den andre siden er det usikkert om lovgiver og Sivilombudet så for seg saker av den art som skissert i delkapittel 1.2. Det vil si saker som gjelder overtredelser langt tilbake i tid da overtredelsen ikke ble betraktet som alvorlig, ulovligheter som bevismessig bare så vidt er sannsynliggjort og hvor nåværende eiere er i god tro om at byggetiltaket er lovlig. Plikten til å forfølge ulovligheter er rettslig styrt, og en isolert tolkning av § 32-1 tilsier at kommunen i utgangspunktet har plikt til å forfølge alle ulovligheter som ikke er av mindre betydning. Samtidig inneholder pbl. kapittel 32 flere lovregler som kan virke inn på plikten til å forfølge ulovligheter. Avhengig av innholdet i § 32-10 første ledd og hvordan lovreglene harmoneres, kan dette potensielt innebære et unntak fra plikten til å forfølge ulovligheter jf. § 32-1.

2.3 Rimelig i forhold til ulovligheten jf. § 32-10 første ledd

2.3.1 Overordnet om § 32-10 første ledd

Det er lovfestet at reaksjonen skal «stå i rimelig forhold til ulovligheten», jf § 32-10 første ledd. Ordlyden i bestemmelsen gir inntrykk av at kommunens reaksjon på ulovligheten må være forholdsmessig. Det er nærliggende å se at regelen får betydning for samordning av reaksjoner, jf. andre punktum. Videre oppstår spørsmål om § 32-10 første ledd krever at den enkelte reaksjon skal være forholdsmessig, slik som lovteksten antyder, eller om bestemmelsen må tolkes innskrenkende i lys av § 32-1.

⁴² Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 352, TUDEP-2023-2305 og Pedersen mfl. (2018) s. 624.

⁴³ Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 169.

⁴⁴ Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 173.

⁴⁵ SOMB-2009-87.

Først redegjøres det for virkeområde til § 32-10 første ledd, som markeres ved «[s]anksjoner», fordi det har betydning for om regelen kommer til anvendelse ved pålegg om retting. Derneft redegjøres det for vurderingsnormen, og for relevante hensyn og momenter som skal inngå i en vurdering av om pålegg om retting jf. § 32-3, er forholdsmessig jf. § 32-10 første ledd.

2.3.2 Regelens virkeområde jf. «[s]anksjoner»

Det er «[s]anksjoner» som skal være rimelig i forhold til overtredelsen, jf. § 32-10 første ledd. Ordlyden i «sanksjoner» omfatter rent språklig alle former for reaksjoner. I forvaltningslovgivningen er terminologi ved omtale av administrative reaksjoner inkonsekvent. Ved revideringen av forvaltningsloven ble det forsøkt innarbeidet konsekvent begrepsbruk.⁴⁶ Spørsmålet er derfor hvilke reaksjoner som er omfattet av regelen i § 32-10 første ledd.

Forvaltningsloven fikk ett nytt kapittel 9 om «administrative sanksjoner» i 2017. Det fremgår at «(m)ed administrativ sanksjon menes en negativ reaksjon som (...) regnes som straff etter den europeiske menneskerettskonvensjon», jf. fvl. § 43. Lovgivers standpunkt er straffebegrepet i EMK ikke omfatter pålegg om retting, jf. § 32-3.⁴⁷ I så fall kan det argumenteres for at rimelighetsbegrensningen i § 32-10 første ledd, ikke omfatter pålegg om retting jf. § 32-3, fordi «sanksjons»-begrepet i fvl. kapittel 9 er likt som i pbl. § 32-10, og lovgivers hensikt var å harmonisere terminologien. Til støtte for at rimelighetsbegrensningen kun skal ramme sanksjoner som er straff etter EMK, kan det fremheves at regelen er plassert sammen med bestemmelsen i andre ledd som skal forhindre dobbeltstraff etter EMK P7-4.⁴⁸

På den andre siden er bestemmelsen om at «[s]anksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten», lovfestet i kapittelet sammen med alle reaksjonsmulighetene som kommunen har til rådighet. Videre gjelder det også krav til forholdsmessighet etter bl.a. EMK P1-1, som ikke forbeholdt reaksjoner som er straff etter EMK. Samtidig er det ikke tydeliggjort i aktuelle forarbeider at regelen kun skal gjelde for noen typer reaksjoner.⁴⁹ Det er heller ikke vist til Sanksjonsutvalgets utredning NOU 2003:15, slik det ble gjort ved revideringen av forvaltningsloven.⁵⁰ Samtidig er det slik at § 32-10 første ledd «viderefører det generelle

⁴⁶ Prop.62 L (2015-2016) s. 7 jf. NOU 2003:15 s. 139.

⁴⁷ Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 169 og s. 181, Prop.62 L (2015-2016) s. 172, Innjord mfl. (2020) s. 1009 og Pedersen mfl. (2018) s. 647. Det er uklart om standpunktet er riktig, jf. delkapittel 4.4.

⁴⁸ Protokoll nr. 7 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, 22. november 1984 artikkel 4 («P7-4»).

⁴⁹ Ot.prp. nr. 39 (1993-1994), NOU 2005:12 og Ot.prp. nr. 45 (2007-2008).

⁵⁰ Prop.62 L (2015-2016) s. 7

prinsippet at *reaksjonen* på overtredelser må stå i forhold til overtredelsen», jf. Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) side 358 (min kursivering). Videre er pålegg om retting omtalt som sanksjon flere andre steder i forarbeidene til plan- og bygningsloven.⁵¹ Jeg legger til at Sivilombudsmannen, departementet og juridisk teori forstår bestemmelsen tilsvarende.⁵² Samlet er det klart at «sanksjoner» i § 32-10, omfatter alle reaksjonsformene i pbl. kapittel 32.⁵³ Allerede her har vi en sterk indikasjon på at § 32-1 må tolkes i lys av § 32-10 første ledd.

2.3.3 1985-lovens forarbeider om innholdet i forholdsmessighetsstandarden

Spørsmålet er hva som kan sluttes om innholdet i forholdsmessighetsregelen fra forarbeidene til lovendringen i 1995, hvor § 116 b ble lagt til i pbl. 1985. Departementet kommenterte regelen generelt, og konkret i relasjon til pålegg om retting etter pbl. 1985 § 113. I en uttalelse om gjeldende rett før lovfestingen av § 116 b, legger departementet til grunn at det gjelder et ulovfestet krav til at pålegg om retting må være rimelig i forhold til ulovligheten.⁵⁴ Forarbeidene viser videre til at § 116 b er utformet med sikte på å unngå at sanksjonering med hjemmel i plan- og bygningsloven blir vilkårlig eller sterkt urimelig.⁵⁵

Med hensyn til om kommunen har en ubetinget plikt til å reagere med pålegg om retting, når det er den eneste aktuelle reaksjonen, er uttalelsene tvetydige. På den ene siden er det fremhevet at bestemmelsen spesielt er myntet på å forhindre vilkårlige eller sterkt urimelige vedtak. Samtidig er det også fremhevet at pålegg om retting isolert sett må være rimelig i forhold til overtredelsen, og atplikten til å reagere er en «klar hovedregel». Dette kan indikere at kommunen unntaksvis må unnlate å reagere, fordi alternativet er uforholdsmessig. Uttalelsene forutsetter imidlertid eksistensen av alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, med krav til at forvaltningsvedtak må være forholdsmessige.

Ved å lese forarbeidsuttalelsene i sammenheng, er det nærliggende å legge til grunn at kommunen i særlige tilfeller må unnlate å reagere til tross for at pålegg om retting er den eneste aktuelle reaksjonen. Det henger sammen med at departementet både generelt og konkret for pålegg om retting, uttalte at reaksjonen må være rimelig i forhold til ulovligheten. Samlet gir

⁵¹ Se f.eks. NOU 2005:12 s. 321 og s. 323 og Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) s. 105.

⁵² SOMB-2018-4398, TUDEP-2020-4795-3 og Innjord mfl. (2020) s. 1008.

⁵³ Lovteksten burde endres fra «sanksjoner» til «reaksjoner» for å være i harmoni med begrepsbruk i bl.a. forvaltningsloven kapittel 9.

⁵⁴ Ot.prp.nr. 39 (1993–1994) s. 165

⁵⁵ Ot.prp.nr. 39 (1993–1994) s. 179 og s. 209-210.

Ot.prp.nr.39 (1993–1994) grunnlag for å slutte at pålegg om retting må utferdiges i lys av § 32-10 første ledd. Samtidig er det etterlatt usikkerhet med hensyn til innholdet i forholdsmessighetsregelen, fordi det er uklart hvilke forvaltningsrettslige prinsipper departementet sikter til. Endelig trekker forarbeidet frem relevante momenter til vurderingen av om reaksjonen er urimelig, nemlig graden av eventuell uaktsomhet, overtredelsens grovhet, mulige fordeler av overtredelsen, hvor viktig det er at pålegget overholdes samt respekten for lovverket. Hvor lang tid som er passert siden lovovertridelsen og endringer i samfunnsforhold er ikke nevnt, og neppe noe lovgiver hadde i tankene ved vurderingene som er gjort.

2.3.4 2008-lovens forarbeider om forholdsmessighetsstandard

Det neste spørsmålet er hvilke føringer som ble gitt ved videreføringen av forholdsmessighetsregelen i gjeldende plan- og bygningslov. Bygningslovutvalget la til grunn at det gjelder et krav til forholdsmessighet som kan ha materiell betydning i den generelle forvaltningsretten, og at § 116b er et eksempel på dette prinsippet.⁵⁶ Utvalget viser samtidig til at bestemmelse har en «uklar grense mot de normer som i dag utgjør bakgrunnsretten».⁵⁷ Samtidig uttrykker utvalget usikkerhet knyttet til om det eksisterer et generelt forholdsmessighetsprinsipp i forvaltningsretten, og at lovfesting av dette bidrar til klarhet. Departementet registrerte utvalgets vurderinger, men festet seg ikke ved utvalgets uttalelser.⁵⁸ Departementet kommenterer ikke eksplisitt bygningslovutvalgets påstand om eksistensen av et forvaltningsrettslig krav til forholdsmessighet med materiell betydning, Departementet presiserer derimot at regelen verken utvider eller innskrenker domstolens prøvingskompetanse, og at det er behov for en regel som synliggjør at reaksjoner skal være rimelige.⁵⁹

Uttalelsene i forarbeidene om synliggjøring av kravene til rimelighet i § 116 b, tilsier at § 32-1 første ledd må tolkes med hensyn til § 32-10 første ledd. Forarbeidene antyder videre at regelen ikke skal ha noe særlig innhold utover et forvaltningsrettslig prinsipp, men etterlater usikkerhet om hva det betyr. Det vil si hvilke krav til forholdsmessighet som følger av alminnelig forvaltningsrett, og i hvilken grad vurderingen i tilfellet kan overprøves av domstolene. Det er likevel sentralt at forarbeidene viser til sammenhengen med alminnelig forvaltningsrett.

⁵⁶ NOU 2005:12 s. 323. Se omtale i Innjord mfl. (2020) s. 1008.

⁵⁷ NOU 2005:12 s. 323.

⁵⁸ Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 166 og s. 181.

⁵⁹ Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 181 og s. 358.

2.3.5 Sæther-dommen om forholdsmessighetsstandarden

Høyesterett behandlet sist forholdsmessighetsregelen i Sæther-dommen, som er inntatt i Rt-2002-209. Tvistespørsmålet i saken gjaldt gyldigheten av et pålegg om retting, og gyldighetsprøving av et forelegg, jf. pbl. 1985 §§ 113 og 114. Reglene er videreført i pbl. 2008 §§ 32-3 og 32-6. I denne sammenheng er det spørsmålet om gyldigheten av forelegget som er av interesse. Før en endring av pbl. 1985 i 1995, fulgte det av rettspraksis at domstolene på bygningsrettens område overprøvde skjønsmessige vurderinger, til forskjell fra hovedregelen i forvaltningsretten.⁶⁰ Lovendringen resulterte blant annet i en ny regel om at «sanksjoner skal stå i rimelig forhold til ulovligheten», jf. pbl. 1985 § 116 b.

Flertallet i Høyesterett legger til grunn at kompetansen til å prøve rimeligheten i stor grad er falt bort etter lovendringen, fordi et forslag om å lovfeste domstolenes kompetanse til å prøve rimeligheten av rivingsforelegg ikke ble opprettholdt.⁶¹ Høyesterett presiserer særlig følgende om § 116 b.

«Bestemmelsens understreking av kravet til forholdsmessighet mellom sanksjonen og ulovligheten tilsier at denne betraktningmåten vil kunne komme sterkere inn i rimelighetsvurderingen enn den vil gjøre på enkelte andre områder. Bestemmelsen i § 116b springer også ut av læren om myndighetsmisbruk. [...] Men jeg kan ikke se at bestemmelsen i § 116b innebærer at domstolene har fått kompetanse til fullt ut å overprøve selve forholdsmessigheten eller rimeligheten av forelegget.»

Høyesterett gir altså ikke tilslutning til forarbeidsuttalelsen om en generell materiell forholdsmessighetsbegrensning i forvaltningsretten. Saken ble avgjort på bakgrunn av vanlige forvaltningsrettslige regler, og Høyesterett prøvde om forelegget var sterkt urimelig, men med en lavere terskel enn på andre områder.⁶² Høyesterett konkluderer med at forelegget ikke var av et «slikt urimelig innhold», uten å legge til et kvalifiserende gradsadverb. Domspremissene taler for at innholdet i forholdsmessighetsvilkåret jf. pbl. § 32-10 første ledd, viser til at forvaltningen ikke kan treffe sterkt urimelige vedtak. Likevel med den modifikasjon at terskelen for urimelighet er lavere enn på andre forvaltningsrettslige områder, ettersom at betraktninger om forholdsmessighet kommer sterkere inn i rimelighetsvurderingen enn på andre

⁶⁰ Se førstvoterendes redegjørelse på s. 217-220, og andrevoterende på s. 224 flg.

⁶¹ Ot.prp.nr.39 (1993–1994) s. 209, jf. Sæther-dommen s. 225.

⁶² Høyesterett varierer mellom «åpenbart», «sterkt» og «kvalifisert». Jeg bruker «sterkt» i masteroppgaven.

forvaltningsområder. Høyesterett presiserer rettsregelen ved å harmonere sprikende forarbeider og ta hensyn til ordlyden i lovteksten. Dette har ikke bare betydning for forelegg jf. § 32-6, men også for pålegg om retting jf. § 32-3.

2.4 Oppsummering og foreløpige slutninger om forholdsmessighetsstandarden

Som vi ser i forarbeidene beror innholdet i forholdsmessighetsnormen på et større rettskildebilde enn bare plan- og bygningsretten. Før vi retter blikket utover, gir jeg en foreløpig oppsummering. Det første spørsmålet under problemstillingen kan besvares allerede her, fordi både ordlyden, forarbeidene og Sæther-dommen er klare på at både pålegg om retting konkret, og ulovlighetsoppfølgingsplikten generelt, må tolkes i lys av forholdsmessighetsvilkåret jf. §§ 32-1, 32-3 og 32-10 første ledd.

Når det gjelder forholdsmessighetsvilkårets art og grensene for vurderingen, indikerer disse kildene at vurderingen av § 32-10 første ledd er lagt til forvaltningen, men at grensene for skjønnet er innsnevret.⁶³ Det understøttes av lovens system. Plikten til å forfølge ulovligheter jf. § 32-1 første ledd er rettsanvendelse. Valg av reaksjon er derimot lagt til forvaltningens skjønn jf. §§ 32-1 andre ledd og 32-3 til 32-9, jf. «kan»-formuleringer i hjemlene.⁶⁴ Dette tilsier at det også er forvaltningen som skal vurdere om reaksjonen er «rimelig i forhold til ulovligheten», jf. § 32-10 første ledd.

Ytterligere relevante tolkningsbidrag til § 32-10 første ledd tolkes i det neste kapitlet. Uttalelsene i forarbeidene om et forholdsmessighetsprinsipp tilsier at normen ikke kan avklares i plan- og bygningsloven alene, men reiser spørsmål om tolkning og vektning av en rekke rettskilder. Regelen må leses i lys av et større rettskildebilde og er en del av rettsutviklingen. I kapittel 3 drøftes forholdet til alminnelig forvaltningsrett. Norsk rett består også av rettsregler med internasjonalt opphav, i denne sammenheng særlig EMK. I kapittel 4 trekkes EMK frem som en tolkningsfaktor av betydning for tolkningen av forholdsmessighetskravet i § 32-10. I kapittel 5.1 vekter jeg kildene og konkluderer på problemstillingen.

⁶³ Se også SOMB-2009-87 punkt 2.3.

⁶⁴ Sml. Rt-2012-1985 (Lengeværende barn 1) avsnitt 142.

3 Utviklingen i alminnelig forvaltningsrett

3.1 Overordnet om forholdsmessighet som skranke i norsk forvaltningsrett

Alminnelig forvaltningsrett har betydning i flere relasjoner ved tolkningen av § 32-10 første ledd. For det første kan ulovfestet forvaltningsrett bidra til å klarlegge tolkningen av den skjønsmessige hjemmelen, med sikte på å avklare om regelen beror på rettsanvendelse, eller om vurderingen er lagt til forvaltningen. For det andre oppstår det spørsmål om ulovfestet forvaltningsrett inneholder krav om forholdsmessighet, med materiell betydning i forvaltningsretten, jf. utsagn i forarbeidene som omtalt over. Spørsmålene henger sammen fordi det andre spørsmålet oppstår dersom det første spørsmålet besvares bekreftende. For tilfellet at alminnelig forvaltningsrett ikke innebærer krav til forholdsmessighet, utgjør forvaltningsrettens lære om begrensninger mot sterkt urimelige vedtak, likevel en viktig del av innholdet i § 32-10 første ledd jf. delkapittel 2.3.

Det første spørsmålet beror på en videre tolkning av hjemmelen, med utgangspunkt i analysen i kapittel 2, i tråd med høyesteretts mer generelle føringer. I relasjon til det andre spørsmålet er det sikker rett at forvaltningsvedtak ikke kan være sterkt urimelige. I vurderingen av om forvaltningsvedtak er sterkt urimelige, inngår det forholdsmessighetsbetraktninger, men terskelen for urimelighet er høy jf. formuleringer om «grovt» eller «sterkt» urimelig e.l.⁶⁵ Spørsmålet i den forbindelse er om det gjelder et materielt forholdsmessighetsprinsipp som begrenser forvaltningens kompetanse ytterligere, og om rettspraksis gir grunnlag for å tillegge pbl. § 32-10 første ledd strengere krav til forholdsmessighet og overprøving, enn det som følger av forarbeidene og Sæther-dommen.

3.2 Forholdsmessighetsbetraktninger eller krav til forholdsmessighet

3.2.1 Begynnelsen på forholdsmessighetsbegrensninger jf. Rt-1951-19 og Rt-1957-1190

⁶⁵ Rt-2008-560 avsnitt 48 og Rt-2011-304 avsnitt 56.

Dommene inntatt i Rt-1951-19 og Rt-1957-1190 fra etterkrigstiden gjaldt tildeling av drosjeløyver til tidligere landssvikere. I begge dommene kjente Høyesterett vedtakene ugyldige. I vurderingene inngikk det forholdsmessighetsbetraktninger, jf. f.eks. «åpenbart urimelig og rettsstridig at inndragningen ble opprettholdt», jf. Rt-1957-1190. Rasmussen hevdet at dommen gir uttrykk for et forholdsmessighetsprinsipp som gjelder for forvaltningsvedtak med pønale preg.⁶⁶ Standpunktet er vanskelig å opprettholde i lys av Høyesteretts formuleringen «åpenbart urimelig» og senere rettspraksis.⁶⁷

3.2.2 Retning mot alminnelig forvaltningsprinsipp jf. Rt-1998-1795

Rt-1998-1795 gjaldt et vedtak om utvisning på bakgrunn av en alvorlig straffedomfellelse. Høyesterett fravek tidligere rettspraksis og overprøvde forholdsmessighetsvurderinger. Høyesterett uttalte at vurderingen hadde «typisk rettslig karakter», jf. s. 1803. Videre gjaldt saken en sanksjon med alvorlige følger for et individ. Graver argumenterer for at det gjelder et materielt forholdsmessighetsprinsipp i norsk forvaltningsrett som retten kan overprøve, med særlig vekt på denne saken.⁶⁸ Graver viser på også til Rt-1998-929. Den sistnevnte avgjørelsen er imidlertid avsagt under skarp dissens, og spørsmålet om forholdsmessighet er kommentert i et obiter dictum da denne delen av anken ble nektet fremmet. Etter min vurdering kan det ikke legges nevneverdig vekt på Rt-1998-929.

3.2.3 Kompromisset i Sæther-dommen

Sæther-dommen er allerede omtalt over i kapittel 2. Her er det verdt å merke seg at Høyesterett får en oppfordring til å vurdere forholdsmessigheten av et forelegg om retting etter pbl. 1985 § 116 b, fordi det er den mest naturlige forståelsen av ordlyden i § 116 b. Likevel avstår Høyesterett fra å prøve rimeligheten konkret, men viser til forarbeidene og læren om myndighetsmisbruk, og modifierer læren på dette forvaltningsområdet. Dommen er et sterkt argument som taler for at det ikke eksisterer en generell og streng forholdsmessighetsbegrensning på forvaltningsvedtak.

3.2.4 Sentrale avklaringer jf. Rt-2008-560 og Rt-2011-304

⁶⁶ Rasmussen (1995) punkt 3.1.

⁶⁷ Særlig Rt-2008-560, Rt-2011-304 og Rt-2011-111.

⁶⁸ Graver (2019) s. 146.

Dommene inntatt i Rt-2008-560 og Rt-2011-304 gjaldt henholdsvis et utvisningsvedtak og et vedtak om å avslå konsesjon til erverv av en landbrukseiendom. Høyesterett uttalte at det ikke gjelder noen «generell forholdsmessighetsbegrensning», men poengterte at forvaltningsvedtak kan kjennes ugyldig «dersom det er åpenbart urimelig, og i denne vurderingen vil det inngå forholdsmessighetsbetraktninger» jf. Rt-2008-560 avsnitt 48 og Rt-2011-304 avsnitt 56. Det er vanskelig å tolke dommene annerledes enn at det ikke finnes en generell forvaltningsrettslig forholdsmessighetsbegrensning. Smith behandler læren myndighetsoverskridelse med samme konklusjon.⁶⁹ Andre forfattere er likevel uenige.⁷⁰ Samtidig er det klart at forholdsmessighetsbetraktningene inngår i vurderingen av om et vedtak er grovt urimelig, likevel slik at ordvalget «åpenbart» har adskillig betydning for hvor terskelen ligger.

3.2.5 Særlig om vedtak med pønale preg jf. Rt-2011-111

Dommen inntatt i Rt-2011-111 gjaldt et vedtak om tilbakekall av drosjeløyver og karantenetid for tildeling av nytt løyve, som har et pønalt preg og ligner på en forvaltningssanksjon. I avsnitt 53 viser Høyesterett til den prosessuelle plikt til å vurdere forholdsmessigheten av vedtaket, jf. forvaltningsloven § 25. Høyesterett avgjør dommen basert på en vurdering av om vedtaket var sterkt urimelig, jf. avsnitt 59. Ettersom Høyesterett ikke vurderte om vedtaket var uforholdsmessig men sterkt urimelig, utgjør dommen et tungt argument for at det ikke gjelder et generelt prinsipp om forholdsmessighet som materiell kompetansebegrensning ved inngrepene og/eller sanksjonerende forvaltningsvedtak.

3.2.6 Tegn til kursendring jf. HR-2022-718-A (Hyttekarantene-dommen)

Høyesterettsdommen med kode HR-2022-718-A «Hyttekarantene-dommen», gjaldt lovligheten av forskriftsfestede smitteverntiltak med hjemmel i smittevernloven.⁷¹ Spørsmålet var om smitteverntiltakene var «nødvendig av hensyn til smittevernet og fremstå[r] tjenlig etter en helhetsvurdering» jf. smittevernloven § 1-5. Vilkårene skal beskytte «den enkelte borger mot vilkårlighet fra forvaltningen», jf. Prop.91 L (2018–2019) side 10. Høyesterett la til grunn at vurderingen var rettsanvendelse.

⁶⁹ Smith (2022a) s. 380 til 382, s. 387 og s. 418 flg.

⁷⁰ Graver (2019) s. 139 flg., men se reservasjon på s. 146, og Rasmussen (1995) punkt 4.

⁷¹ Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven).

Vilkårene «nødvendig» og «tjenlig» blir med god grunn forstått som krav om forholdsmessighet.⁷² Dommen viser at Høyesterett går langt i å prøve skjønsmessige vilkår. Retten autoriserer uttalelsen fra mindretallet i flertallet i Rt-1995-1427 (Naturfredning), hvor det fremgår at domstolen kan prøve alle sider av saken ved lover som gjør inngrep overfor den enkelte, med mindre det foreligger begrunnede unntak.⁷³ Samtidig viser Høyesterett til at den aktuelle regelen i smittevernloven skal verne den enkelte mot vilkårlige forvaltningsavgjørelser. Forholdsmessighetsvurderingen var derfor rettsanvendelse, men Høyesterett anbefaler tilbakeholden prøving.⁷⁴

Dommen gjaldt svært inngripende tiltak i en helt spesiell situasjon, nemlig innreisekarantene og koronapandemien. Selv om dommen er avsagt på et helt annet forvaltningsområde og i en spesiell sak, er dommen likevel et uttrykk for alminnelig forvaltningsrett. Smith viser til flere eksempler fra rettspraksis, herunder til Sæther-dommen, hvor lignende bestemmelser tidligere har blitt tolket slik at de overlater til forvaltningens eget skjønn å avveie vurderingsmomentene.⁷⁵ Sammenlignet med eldre rettspraksis tyder domspremissene på at Høyesterett har utviklet en ny og strengere kurs, hvor det skal mindre til før domstolene overprøver skjønsmessige vilkår, se til kontrast min gjennomgang av eldre rettspraksis over.

Høyesteretts prøving av vilkårene i smittevernloven § 1-5, taler i utgangspunktet for at vurderingen etter pbl. § 32-10 er rettsanvendelse, fordi begge bestemmelsene gir anvisning på relativt like vurderinger som skal verne den enkelte mot vilkårlighet fra forvaltningen. I likhet med smitteverntiltak, er pålegg om retting jf. § 32-3, også et inngrep overfor den enkelte, jf. Grunnloven § 113.⁷⁶ Høyesterett impliserer at det eksistensen av folkerettslige paralleller på rettsområdet er et argument for full prøvingskompetanse.⁷⁷ På den andre siden er konvensjonskravene til smitteverntiltak strengere enn konvensjonskravene til pålegg om retting.⁷⁸ Konvensjonskravene til pålegg om retting kan i tillegg fanges opp av læren om sterkt urimelige vedtak, fordi terskelen er lavere enn på andre områder.

I Hyttekarantene-dommen var det ikke tvilsomt at vilkåret i smittevernloven § 1-5 var en del av kompetansebestemmelsen. Problemstillingen som behandles her knytter seg derimot til om

⁷² Smith (2022a) s. 419.

⁷³ Avsnitt 74. Sml. Rt-2015-1388 (Internflukt) avsnitt 222.

⁷⁴ Avsnitt 75.

⁷⁵ Smith (2022a) s. 419-420.

⁷⁶ Prop.62 L (2015-2016) punkt 9.1 jf. NOU 2003:15 punkt 12.3.1. Forutsetningsvis i Graver (2019) s. 85-87.

⁷⁷ Avsnitt 73 og 77. Se eksplisitt i Rt-2015-1388 (Internflukt) avsnitt 216.

⁷⁸ Hyttekarantene-dommen avsnitt 79 flg. og kapittel 4 under.

vilkåret i § 32-10 første ledd er et materielt kompetansevilkår, eller viser til grensene for forvaltningens skjønn. Selv om en legger til grunn at prøvingsintensiteten generelt er innstrammet i nyere forvaltningsrett, åpner dommen uansett for unntak som er «særskilt begrunnet», jf. avsnitt 74.

Samlet tilsier Hyttekarantene-dommen at rettspraksis går i retning mot strengere overprøving av skjønnsmessige vilkår som verner den enkelte mot vilkårlighet fra forvaltningen, enn hva som har vært vanlig tidligere.⁷⁹ I relasjon til § 32-10 er derimot folkerettsparallellen svakere, og uttalelsene i Sæther-dommen og forarbeidene som gir anvisning på forvaltningsskjønn, er nettopp et «særskilt begrunnet» unntak fra hovedregelen jf. avsnitt 74. Dommen gir derfor neppe grunnlag for å tillegge pbl. § 32-10 første ledd strengere krav til overprøving, enn det som følger av forarbeidene og Sæther-dommen.

3.2.7 Forarbeidene til ny forvaltningslov

Forvaltningslovutvalget la i NOU 2019:5 til grunn at krav til forholdsmessighet kan følge direkte av regelgrunnlaget eller EMK-retten, men at det etter gjeldende rett ikke gjelder et alminnelig krav til forholdsmessighet. Etter en nærmere vurdering av fordeler og ulemper med å lovfeste et alminnelig krav til forholdsmessighet i forvaltningsloven, ble kravet ikke foreslått.⁸⁰ Utredningen oppsummerer gjeldende rett, og avviser et generelt forholdsmessighetsprinsipp, også som en løsning for fremtiden. Etter min vurdering er beskrivelsen av gjeldende rett samstemt med rettspraksis.

3.3 Samlet vurdering av alminnelig forvaltningsrett som tolkningsbidrag for forholdsmessighetsstandarden

Her tas det stilling til betydningen av alminnelig forvaltningsrett i relasjon til tolkningen av § 32-10 første ledd. Hyttekarantene-dommen kan tas til inntekt for en innstramning i prøving av skjønnsmessige vilkår som verner den enkelte mot vilkårlighet fra forvaltningen. Dommen gir samtidig anvisning på at det er rom for begrunnede unntak, som for § 32-10 første ledd er begrunnet i forarbeidene og Sæther-dommen. Basert på analysen over konkluderes det videre

⁷⁹ Hyttekarantene-dommen markerer også metodeendring i nasjonal prøving av inngrep i EMK, jf. kapittel 4.1.

⁸⁰ NOU 2019:5 s. 157

med at det ikke eksisterer et generelt krav til at forvaltningsvedtak må være materielt forholdsmessige, jf. særlig Rt-2008-560 og Rt-2011-304.⁸¹

Enkelte dommer tyder likevel på at det stilles særlige krav til forholdsmessighet dersom reaksjonen er en forvaltningssanksjon eller har et pønalt preg, jf. særlig Rt-1951-19, Rt-1957-1190, Rt-1998-929 og Rt-1998-1795.⁸² Dommene fra femtitallet gir etter min vurdering kun uttrykk for at forvaltningsvedtak ikke kan være sterkt urimelige. Standpunktet er isolert sett en forsvarlig tolking av Rt-1998-1795, men det samlede bildet fra høyesterettspraksis er uklart. Dommen i Rt-2011-111 trekker motsatt retning, ved at det var «sterkt urimelig»-standard som ble anvendt. Det er samlet sett tvilsomt om alminnelig forvaltningsrett stiller krav til at pålegg om riving må være materielt forholdsmessig jf. § 32-10 første ledd. Dersom en likevel legger til grunn at det eksisterer særskilte krav til forholdsmessighet ved ileggelse av pønale reaksjoner, er det uansett tvilsomt om det får betydning for pålegg om retting. Pålegg om retting har ikke et pønalt formål, men pålegg om riving kan likevel være svært inngripende. Hvorvidt pålegg om riving er en «straffsiktelse» etter EMK er usikkert, men jeg besvarer spørsmålet benektende i delkapittel 4.4. under. Ved motsatt konklusjon blir domstolsprøvingen derimot mer intens.⁸³ Selv om kravene til forholdsmessighet er beskjedne, nevner jeg at kommunens pålegg om riving ikke kan være vilkårlige. I et politisk landskap med skiftende føringer, og borgere som har innrettet seg etter kommunal praksis, er det viktig å sikre at ulovlighetsoppfølgingen er konsekvent, og godt begrunnet.

Oppsummeringsvis legges det til grunn at ulovfestet forvaltningsrett ikke taler for at § 32-10 første ledd oppstiller strengere krav til forholdsmessighet og overprøving, enn det som følger av forarbeidene og Sæther-dommen. Samtidig er forvaltningsrettens lære om begrensning mot sterkt urimelige vedtak en viktig del av § 32-10 første ledd, jf. kapittel 2. Videre kan heller ikke alminnelig forvaltningsrett tolkes i et vakuum, og både alminnelig og spesiell forvaltningsrett må i sin tur tolkes i lys av eventuelle begrensninger i folkerettslige normer. Dette bringer oss videre i neste punkt.

⁸¹ Slik også i Smith (2022a) s. 380-382, 387 og 418 flg. Se også Smith (2022b) s. 473-474.

⁸² Graver, (2019) s. 141-142 og Rasmussen, (1995) punkt 3.1.

⁸³ Forvaltningsloven §§ 50 jf. 43 andre ledd.

4 EMK og rettspraksis fra EMD

4.1 Overordnet om EMK i relasjon til pbl. § 32-10 første ledd

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon behandles også som tolkningsfaktor til pbl. § 32-10 første ledd. EMK utgjør samtidig en materiell kompetansebegrensning på kommunens skjønn.⁸⁴ Plan- og bygningsloven tolkes i harmoni med EMK, jf. metodekapitlet 1.4 Spørsmålet er hvilke krav som følger av EMK.

EMK P1-1 verner om eiendomsretten, artikkel 8 verner om hjemmet mens artikkel 6 inneholder enkelte prosessuelle krav. Fordi ordlyden i EMK er knapp, må rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen «EMD» benyttes for å tolke artikkelene. Særlig dommene Ivanova og Cherkezov mot Bulgaria («Ivanova-dommen»), Hamer mot Belgia («Hamer-dommen») og Saliba mot Malta («Saliba-dommen») er aktuelle. Akkurat disse dommene er mest relevante fordi faktum og de aktuelle nasjonale regelsettene som dommene omhandler ligger nærmest problemstillingen og pbl. § 32-3. Som Lunde viser til er dommene Depalle mot Frankrike («Depalle-dommen») og Brossett-Triboulet med flere mot Frankrike («Brossett-Triboulet-dommen») også interessante.⁸⁵ Disse dommene gjaldt også pålegg om riving av ulovlige bygg, de er nyere enn Saliba-dommen og Hamer-dommen, og dommene er avsagt i storkammer. Jeg går likevel ikke dypt inn i disse dommene fordi dommene gjelder et litt annet spørsmål, og fordi faktum og de aktuelle nasjonale reglene i sakene var spesielle.⁸⁶ Depalle-dommen og Brossett-Triboulet-dommen dreide seg om myndighetenes avslag på å beholde bygninger på offentlig eiendom, var i strid med P1-1. Mens bygget hadde hatt lovlig status i lang tid Depalle-dommen, var bygget lovlig *oppført* i Brossett-Triboulet-dommen. Endelig er det grunn til å være kritisk til dommene fordi artikkel 8 ikke ble vurdert, jf. dommer Kovlers dissens, eldre rettspraksis og den nyere Ivanova-dommen.⁸⁷

⁸⁴ Lunde (2011) s. 57-60.

⁸⁵ Lunde (2011) s. 59.

⁸⁶ Kjølbrot (2023) s. 1380-1381 forstås tilsvarende. Enkelte uttalelser kan likevel være relevante for å underbygge variabler i forholdsmessighetsvurderingen, jf. delkapittel 5.2.

⁸⁷ EMD hadde dekning i rettspraksis for å fravike storkammeravgjørelsene, jf. henvisninger i Ivanova-dommen §§ 49 og 52. Valget må ha vært bevisst, jf. dommer Vehabović dissens.

Ivanova-dommen, Hamer-dommen og Saliba-dommen gjaldt spørsmål om forholdsmessighet og pålegg om riving av bygninger på privat eiendom, men som var oppført uten byggetillatelse. I relasjon til forholdsmessighetskravet i kontrollregelen i P1-1 fant EMD at pålegg om riving ikke var uforholdsmessig i noen av dommene.⁸⁸ Ingen av dommerne var uenige i at pålegg om riving var forholdsmessig etter P1-1.⁸⁹ Klageren i Ivanova-dommen fikk likevel medhold etter artikkel 8, fra 6 av 7 dommere. I Hamer-dommen ble Belgia enstemmig felt for brudd på den straffeprosessuelle delen av artikkel 6.

Ved pålegg om retting er det tale om å reversere ulovlige byggetiltak til lovlig tilstand. Det var situasjonen i alle disse sakene. Virkningen av riving er ofte inngripende, samtidig som riving ofte kan være påkrevd for å sikre respekten for samfunnets regler.⁹⁰ EMKs vern om eiendomsretten må forstås med dette som utgangspunkt, som innebærer at det skal mye til før pålegg om riving er uforholdsmessig.⁹¹ Slike synspunkter knyttes ofte til læren om skjønnsmargin. Statene har en vid skjønnsmargin med hensyn til spørsmålet om forholdsmessighet av pålegg om riving, jf. P1-1⁹² og artikkel 8.⁹³

I Hyttekarantene-dommen ser det ut til at Høyesterett skifter tilnærming til skjønnsmarginen ved anvendelse av EMK.⁹⁴ Tradisjonelt har norske domstoler anvendt EMDs metode, herunder skjønnsmarginen, ved spørsmål om inngrep i EMK.⁹⁵ I Hyttekarantene-dommen og senere rettspraksis legger Høyesterett derimot til grunn at skjønnsmarginen som gjelder ved EMDs overprøving av medlemsstatene, ikke uten videre er overførbar til nasjonal domstolsprøving.⁹⁶ Prøvingsintensiteten beror på nasjonale prinsipper for domstolskontroll.⁹⁷ Selv om skjønnsmarginen gir begrenset veiledning for prøvingsintensitet i nasjonal rett, er det likevel sikkert at Høyesterett på grunnlag av norsk rett, ved prøving av forholdet til EMK, vil være varsom med å overprøve faglige og sammensatte samfunnsmessige vurderinger.⁹⁸

⁸⁸ Klagerne fikk heller ikke medhold i Depalle-dommen og Brossett-Triboulet-dommen.

⁸⁹ To dommere dissenterte i Saliba-dommen. Dissensen knyttet seg ikke til forholdsmessighetskravet, men til forståelsen av lovskravet og forbudet mot dobbeltstraff.

⁹⁰ Saliba-dommen § 46. Rt-1979-219 s. 226 se punkt 2.2.2, Sæther-dommen s. 227 og Fleischer (1992) s. 423.

⁹¹ Kjølbrot (2023) s. 1377 og s. 1380 i samme retning.

⁹² Ivanova-dommen § 73, Hamer-dommen § 78 og Saliba-dommen § 45.

⁹³ Ivanova-dommen § 53.

⁹⁴ Dommen er også omtalt i delkapittel 3.2.6.

⁹⁵ Særlig med utgangspunkt i Rt-2000-996 (Bøhler) s. 1008.

⁹⁶ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 89, Harbo (2023) s. 223 og Karlsen (2023) s. 556 med henvisning til senere rettspraksis.

⁹⁷ Harbo (2023) drøfter sammenheng mellom skjønnsmargin, forholdsmessighet og prøvingsintensitet.

⁹⁸ HR-2022-718-A (Hyttekarantene) avsnitt 89 og HR-2022-2329-A avsnitt 73.

Dersom EMD i fremtiden skal vurdere om pålegg om retting jf. § 32-3 er forenelige med EMK, vil EMD gi Norge skjønsmargin. I den forbindelse vil EMD se hen til at marginen generelt sett er vid jf. note 92 og 93, og om myndighetene har vurdert om regelen er forholdsmessig hvilket medfører en større margin, jf. Lindheim-dommen §§ 85 og 128 med henvisning til Hirst-dommen. Bygningslovutvalget vurderte forholdsmessigheten av pålegg om riving i relasjon til artikkel 8 i NOU 2005:12 s. 312-313, og mer generelt på s. 321-323. Lovgivers overveielser gir utslag i en særlig vid skjønsmargin både for P1-1 og artikkel 8. Se mv. også Jorem (2023), hvor det argumenteres for at konvensjonsvernet av retten til eiendom er styrket, bl.a. ved at EMD anlegger en dypere subsidiaritet som krever at myndighetenes begrunnelse for inngrep er god jf. kapittel 9.

4.2 EMK P1-1 jf. bl.a. Saliba-dommen

Den første artikkelen i den første tilleggsprotokollen i EMK gjelder inngrep i eiendomsrett. Menneskerettighetsdomstolen deler inn artikkelen i tre regler, nemlig prinsippregelen, avståelsesregelen og kontrollregelen.⁹⁹ EMD har slått fast at ulovlighetsoppfølging omfattes av kontrollregelen, jf. P1-1 andre ledd.¹⁰⁰ Pålegg om retting er hjemlet i plan- og bygningsloven, jf. P1-1 andre ledd. Lovskravet er spesielt viktig ved inngrep i eiendomsrett, fordi privat eiendom – i motsetning til gjenstanden for andre menneskerettigheter, typisk menneskekroppen eller yringer, ikke eksisterer uten beskyttelse av rettsreglene.¹⁰¹ Videre er det ikke tvilsomt at pålegg om riving har et legitimt formål.¹⁰² For spørsmålet om pålegget var forholdsmessig etter P1-1, uttalte domstolen i Ivanova-dommen at vurderingen er nokså lik som etter artikkel 8, men at skjønsmarginen etter P1-1 er større.¹⁰³ Pålegg om riving var klart forholdsmessig etter P1-1 i alle sakene.¹⁰⁴ Resultatene i dommene viser at P1-1 i praksis yter et beskjedent vern for ulovlig oppførte bygninger.¹⁰⁵

Helt ubetydelig er vernet etter P1-1 imidlertid ikke. I Ivanova-dommen hadde klageren omgjort en falleferdig hytte til et solid og moderne hus, uten å søke om byggetillatelse, med forsett om at det var ulovlig. I Hamer-dommen var et ulovlig oppført hus plassert i et verneverdig område, og hensynet til miljøet ble tillagt adskillig vekt. Med andre ord var det mange og tungtveiende

⁹⁹ Sporrang og Lönnroth-dommen § 61, Kjølbro (2023) s. 1340 og se HR-2016-304-S avsnitt 42.

¹⁰⁰ Ivanova-dommen § 69, Hamer-dommen § 77, Saliba-dommen § 35 og Kjølbro (2023) s. 1329.

¹⁰¹ Jorem (2023) s. 238.

¹⁰² Ivanova-dommen § 70-71, Hamer-dommen § 78 og Saliba-dommen § 44.

¹⁰³ Ivanova-dommen §§ 72, 73 og særlig 74.

¹⁰⁴ Ivanova-dommen § 75-76, Hamer-dommen § 78-89 og Saliba-dommen § 47.

¹⁰⁵ Lunde (2011) s. 60 tilsvarende.

hensyn som talte for at det var forholdsmessig å kreve byggene revet. Dette tilsier at det kan tenkes andre tilfeller hvor pålegg om riving ikke er forholdsmessig.

I Saliba-dommen var faktum annerledes.¹⁰⁶ I denne saken hadde klageren kjøpt en eiendom for å drive landbruk, i god tro om at bygningsmassen på eiendommen var lovlig oppført. Etter at kjøpet var gjennomført, viste det seg at et lagerbygg var ulovlig oppført. Klageren ble frikjent i en straffesak, fordi han var i god tro om at bygget var lovlig oppført på kjøpstidspunktet, men pålegg om riving ble opprettholdt. Pålegget var forholdsmessig, og i begrunnelsen legger domstolen adskillig vekt på at pålegg om riving, reverserer tiltak til en lovlig tilstand.¹⁰⁷ Videre var det ikke avgjørende i formildende retning at kjøper hadde kjøpt eiendommen i god tro om at bygget var lovlig oppført, med hensyn til myndighetenes mulighet til å forfølge ulovlige byggetiltak. Samlet sett tilsier Saliba-dommen at det skal svært mye til før et vedtak om riving av et ulovlig oppført bygg, er uforholdsmessig etter P1-1. Det følger likevel av dommen at vern av ulovlig oppførte bygg etter P1-1 ikke er kategorisk utelukket, og at det tenkes å være uforholdsmessig å gi pålegg om riving i særlige tilfeller.

4.3 EMK artikkel 8 jf. Ivanova-dommen

EMK artikkel 8 uttrykker at «[e]nhver har rett til respekt for sitt [...] sitt hjem», jf. første ledd. Uttrykket «hjem» er et selvstendig konvensjonsbegrep som ikke tolkes strengt.¹⁰⁸ Det er klart at pålegg om riving av et ulovlig oppført hjem er ett inngrep i artikkel 8.¹⁰⁹ Pålegg om retting er foreskrevet i lov og forfølger et lovlig formål. Spørsmålet er dernest om pålegget er forholdsmessig. I Ivanova-dommen, som gjaldt pålegg om riving av et hjem, påpeker EMD at myndighetene har en prosessuell plikt til å vurdere om pålegget er forholdsmessig.¹¹⁰ Videre gir domstolen anvisning på at hvorvidt det er forholdsmessig å rive ulovlige bygg bl.a. avhenger av om den ulovlige bygningen ble etablert ulovlig, skyldgrad på tiltakshavers side, overtredelsens karakter, hensynet som pålegg om riving skal ivareta og hvorvidt det foreligger alternativt husrom for beboerne.¹¹¹

¹⁰⁶ Se også omtale i Kjølbro (2023) s. 1380.

¹⁰⁷ Saliba-dommen §§ 44 og 46. Sml. Fleischer (1992) s. 423 jf. Rt-1979-219.

¹⁰⁸ Winterstein-dommen, § 141. Se også Kjølbro (2023) s. 885.

¹⁰⁹ Ivanova-dommen §§ 49 og 52 med videre henvisninger. Se også Kjølbro (2023) s. 885. Fremgangsmåten i Depalle-dommen og Brossett-Triboulet-dommen kan ikke være riktig på dette punkt, jf. delkapittel 4.1.

¹¹⁰ Ivanova-dommen § 53.

¹¹¹ Ivanova-dommen § 53.

Dernest konkluderer ikke domstolen på spørsmålet om pålegget var forholdsmessig, fordi Bulgaria allerede blir felt på at staten hadde brutt den prosessuelle plikten til å vurdere om det er forholdsmessig å rive boligen.¹¹² Ved omtalen av P1-1 lengre ned i dommen fremhever EMD forskjellen mellom interessene som beskyttes av P1-1 og artikkel 8, som gir utslag i forskjellig omfang av beskyttelse.¹¹³ Vernet mot riving av ulovlige oppførte bygninger, er adskillig sterkere etter artikkel 8 som verner hjemmet, sammenlignet med P1-1. Samtidig er det fremhevet at mange av de samme vurderingsmomentene er relevante. Domstolens premisser taler for at pålegget om riving alene ikke nødvendigvis var uforholdsmessig i dette tilfellet.

I Ivanova-dommen hadde tiltakshaver bevisst oppført en bolig uten byggetillatelse, på et sted hvor det tidligere stod en falleferdig hytte. Likevel krevde domstolen en konkret forholdsmessighetsvurdering, fordi retten til et hjem er en sentral rettighet, jf. artikkel 8. Dersom forholdene på tiltakshavers side hadde vært mindre alvorlige, f.eks. slik som i Saliba-dommen, trekker vurderingsmomentene ikke like klart i retning av at pålegg om retting er forholdsmessig etter artikkel 8. Nøyaktig når et pålegg om riving er forholdsmessig, er det likevel vanskelig å si noe sikkert om. Ivanova-dommen viser likevel at det skal endel til for at pålegg om riving ikke er forenelig med EMK, dersom myndighetene har oppfylt sin prosessuelle plikt til å vurdere om pålegget er forholdsmessig. Samlet sett gir artikkel 8 et visst materielt vern, som er av betydning for ulovlighetsoppfølging i norske kommuner. Dersom det gjelder noens bolig og momentene i Ivanova-dommen § 53 samlet sett tilsier det, kan det være uforholdsmessig å gi pålegg om riving. Dette kommer jeg tilbake til i delkapittel 5.2.

4.4 EMK artikkel 6 jf. Hamer-dommen

EMK artikkel 6 utløser prosessuelle rettigheter ved avgjørelse av «borgerlige rettigheter og plikter» eller en «straffsiktelse». EMD har kategorisert ulovlighetsoppfølging som avgjørelse av en «borgerlig» rettighet, jf. f.eks. Fuchs-dommen, hvor Polen ble felt for brudd på kravet til avgjørelse innen rimelig tid.¹¹⁴ Prosessuelle krav til saksbehandlingen som følger av artikkel 6 og P1-1 vektlegges i den materielle forholdsmessighetsvurderingen som gjøres etter P1-1, dersom det har hatt «direct impact» på klagerens eiendomsrett.¹¹⁵ Tilsvarende momenter får betydning i vurderingen etter pbl. § 32-10 første ledd. I norsk byggesaksbehandling foreligger

¹¹² Ivanova-dommen § 53-55 og Kjølbro (2023) s. 1381.

¹¹³ Ivanova-dommen § 74.

¹¹⁴ Lunde (2011) s. 59 viser til flere eksempler fra rettspraksis.

¹¹⁵ Zagrebačka Banka D.D.-dommen § 269 og Jorem (2023) særlig s. 248 og s. 256.

det antagelig sjelden brudd på artikkel 6 med «direct impact» på klagerens eiendomsrett. Kravet til avgjørelse innen rimelig tid kan likevel være aktuelt, jf. delkapittel 5.2.6.

Dersom pålegg om retting jf. pbl. § 32-3 også er en «straffesiktelse» etter EMK artikkel 6, utløses flere rettssikkerhetsgarantier.¹¹⁶ Ved ulovlighetsoppfølging er bevissspørsmål aktuelt, f.eks. fordi kommunenes arkiver kan ha lav negativ troverdighet.¹¹⁷ Høyesterett har utledet et skjerpet beviskrav fra uskyldspresumsjonen i andre ledd.¹¹⁸ Beviskrav har i utgangspunktet ikke betydning for den rettslige vurderingen av materielle spørsmål. Bevisusikkerhet kan muligens likevel vektlegges i en forholdsmessighetsvurdering etter § 32-10 første ledd, jf. delkapittel 5.2.7.

Rammene for masteroppgaven tillater kun en kort behandling av spørsmålet om pålegg om retting er en «straffsiktelse». Begrepet «straffesiktelse» etter EMK artikkel 6 er et autonomt konvensjonsbegrep som tolkes med utgangspunkt i kriterier oppstilt i Engel-dommen §§ 82-83. I tvilstilfeller er vurderingen omfattende.¹¹⁹ EMD legger ikke bare vekt på karakteren og intensiteten av den konkrete reaksjonen, men også av *den mulige reaksjonen som potensielt kan komme til anvendelse*.¹²⁰ I den forbindelse må det påpekes at manglende etterlevelse av kommunens pålegg kan lede til fengselsstraff, jf. § 32-9. I Hamer-dommen la EMD til grunn at et vedtak om riving av en ulovlig oppført bolig var en «straffsiktelse» etter artikkel 6, jf. § 60 i dommen. På bakgrunn av at ulovlighetsoppfølgingen hadde vart mellom 8 og 9 år, hadde myndighetene brutt klagers rett til avgjørelse innen rimelig tid, jf. artikkel 6 jf. § 61-63. Samtidig er rekkevidden av dommen som presedenssak for forståelsen av begrepet «straffsiktelse» i relasjon til pbl. § 32-3 usikker, bl.a. fordi avgjørelsen ble begrunnet konkret og knapt, og fordi kravet til avgjørelse innen rimelig tid også gjelder i den sivile delen av artikkel 6. I belgisk rett er pålegg om retting er en sivil administrativ reaksjon, men ulovlighetsoppfølgingen i saken skjedde i straffsakssporet.¹²¹

På den andre siden er pålegg om retting heller ikke en strafferettslig reaksjon etter norsk rett, og reaksjonen er ikke begrunnet pønalt.¹²² Hensikten med pålegg om retting er å gjenopprette

¹¹⁶ Domstolsprøvingen vil også intensiveres jf. forvaltningsloven §§ 50 jf. 43 andre ledd.

¹¹⁷ THOD-2022-17149, THOD-2022-17167 og Rapportstrandsonen.

¹¹⁸ Rt-1998-1945, Rt-2007-1217, Rt-2008-1409 og Rt-2011-910. Lucky Dev-dommen §§ 65-69 taler for at tolkningen ikke er nødvendig. Spørsmålet er drøftet i Prop.62 L (2015-2016) s. 123; Backer (2019) s. 343; Graver (2019) s. 464, s. 467 og s. 473.

¹¹⁹ Kjølbro (2023) s. 530 viser til retningslinjer for vurderingen.

¹²⁰ Kjølbro (2023) s. 535 mv. henvisninger.

¹²¹ Hamer-dommen §§ 34 og 43.

¹²² Straffeloven §§ 29 og 30, Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 174, contra Rt-1979-341 s. 352.

en ulovlig tilstand. Både bygningslovutvalget, departementet og juridisk teori legger videre til grunn at pålegg om retting etter pbl. § 32-3 aldri er straff etter EMK.¹²³ Departementet antok også at pålegg om opphør av ulovligheter ikke er en sanksjon etter EMK ved forarbeidet til fvl. kap. 9.¹²⁴ Under tvil legges det til grunn at pålegg om retting jf. § 32-3 ikke er en «straffsiktelse» etter EMK artikkel 6. Det er likevel klart at prosessuelle momenter som følger av den sivile delen av artikkel 6 er relevante for tolkningen av § 32-10 første ledd. Hamer-dommen illustrerer at også den straffeprosessuelle delen av EMK artikkel 6 kan tenkes å komme til anvendelse.

4.5 Samlet vurdering av EMKs betydning som tolkningsbidrag for forholdsmessighetsstandarden

Her vurderes betydningen av EMK som tolkningsbidrag til § 32-10 første ledd. Selv om det ikke gjelder et generelt materielt krav til forholdsmessighet ved forvaltningsvedtak, kan krav til forholdsmessighet følge av rettsgrunnlaget eller EMK-retten.¹²⁵

Ulovlighetsoppfølgingen var i relasjon til P1-1 ikke uforholdsmessig i verken Ivanova-dommen, Hamer-dommen eller i Saliba-dommen. I den førstnevnte dommen hadde klageren oppført huset med forsett om at det var ulovlig. I den andre dommen stod det ulovlige oppførte huset i et verneverdig område, og hensynet til miljøet ble tillagt adskillig vekt. Med andre ord var det flere og tungtveiende hensyn som talte for at byggene måtte rives. Domstolens formuleringer gir samtidig inntrykk av at det kan tenkes tilfeller hvor pålegg om riving ikke er forholdsmessig. I Saliba-dommen var det ikke grunn til å klandre tiltakshaver, men saken viser at det likevel ikke var avgjørende i formildende retning at kjøper hadde kjøpt eiendommen i god tro om at bygget var lovlig oppført. Det skyldes at noe annet er ensbetydende med å tolerere ulovlige konstruksjoner dersom de er kjøpt i god tro.¹²⁶ Dommen tilsier at det skal mye til før vedtak om riving av et ulovlig oppført bygg er uforholdsmessig etter P1-1. Det følger likevel av dommen at vern mot ulovlighetsoppfølging etter P1-1 ikke kategorisk er utelukket, og at det tenkes å være uforholdsmessig å gi pålegg om riving i særlige tilfeller.

¹²³ Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 169 og s. 181, Innjord mfl. (2020) s. 1009 og Pedersen mfl. (2018) s. 647.

¹²⁴ Prop.62 L (2015-2016) s. 172.

¹²⁵ NOU 2019:5 s. 157, Smith (2022a) s. 418 og Harbo (2015) s. 521 og s. 533.

¹²⁶ Saliba-dommen § 47.

Ulovlighetsoppfølging som retter seg mot noens hjem er et inngrep i retten til hjem jf. artikkel 8.¹²⁷ Artikkel 8 ble ikke vurdert konkret i Ivanova-dommen, fordi staten ikke hadde ivaretatt sin prosessuelle plikt til å vurdere forholdsmessigheten av pålegget individuelt.¹²⁸ Spesielt når Ivanova-dommen og Saliba-dommen leses i sammenheng, ser vi at artikkel 8 gir et vern av betydning for hjemmet. EMD har påpekt at vernet mot pålegg om riving av ulovlige byggetiltak, er adskillig sterkere etter artikkel 8 enn etter P1-1, fordi artiklene beskytter ulike interesser.¹²⁹ Dersom saksforholdet i Saliba-dommen hadde blitt vurdert etter artikkel 8, trekker vurderingsmomentene ikke like klart i retning av at pålegg om retting er forholdsmessig.

Her kan vi trekke paralleller til norske saker som Nakholmen-dommen og strandsoneprosjektet i Bergen. Sakene aktualiserer flere momenter som trekker i retning av at pålegg om riving er uforholdsmessig. Overtredelsen kan være begått langt tilbake i tid mens samfunnet hadde et mindre strengt syn på ulovlige oppgraderinger av bygningsmasse, og nåværende eier kan være i god tro om at byggetiltaket er godkjent. Dersom ulovlighetsoppfølgingen i slike tilfeller også knytter seg til tiltakshavers eneste hjem, kan det være at pålegg om riving er uforholdsmessig.

EMK setter enkelte materielle krav til forholdsmessighet ved ulovlighetsoppfølging, ved at pålegg om riving skal være forholdsmessig etter P1-1 og artikkel 8. Artikkel 6 impliserer også relevante variabler. Det skal likevel mye til før pålegg om riving er uforholdsmessig, fordi det er tungtveiende hensyn på den andre siden, nemlig hensynet til respekten for reglene og offentlig arealplanlegging. Mens det alminnelige eiendomsrettslige vernet etter P1-1 er beskjedent, gir artikkel 8 et vern av betydning for tiltakshavers hjem. Dette er relevant for tolkningen av § 32-10 første ledd. Hvordan dette slår ut vurderes samlet i kapittel 5.1. Hvilke variabler som er relevante i forholdsmessighetsvurderingen kommenteres i delkapittel 5.2.

¹²⁷ Ivanova-dommen §§ 49 og 52 med videre henvisninger.

¹²⁸ Ivanova-dommen § 53.

¹²⁹ Ivanova-dommen § 74.

5 Konklusjon

5.1 Normen i forholdsmessighetsvurderingen jf. § 32-10 første ledd

5.1.1 Harmoniserende tolkning av den vage normen i § 32-10 første ledd

På grunnlag av analysene i kapittel 2, legges det til grunn at kommunens adgang til å gi pålegg om retting må tolkes i lys av forholdsmessighetskravet, selv om pålegg om retting er den eneste aktuelle reaksjonen og kommunen har en plikt til å reagere jf. §§ 32-1, 32-3 og § 32-10 første ledd.¹³⁰ Spørsmålet er dernest hvordan normen i forholdsmessighetskravet skal forstås i slike tilfeller.

Her i kapittel 5.1 presenteres innholdet og terskelen i «rimelig i forhold til ulovligheten» ved å tolke utgangspunktene i plan- og bygningsretten jf. kapittel 2, opp mot tolkningsbidragene fra den alminnelige forvaltningsretten og EMK jf. kapittel 3 og 4. Det oppstår spørsmål om «rimelig i forhold til» skal tolkes etter sin ordlyd, slik at pålegg om retting må være strengt forholdsmessig, eller om regelen må tolkes innskrenkende som en begrensning mot sterkt urimelige vedtak, eventuelt med en lavere terskel enn på andre forvaltningsområder. I delkapittel 5.2 trekkes det frem relevante variabler som inngår i vurderingen.

Hvor strenge krav til forholdsmessighet som ligger i § 32-10 første ledd avhenger av om vurderingen av «rimelig i forhold til», er rettsanvendelse eller om regelen er lagt til forvaltningens skjønn. Ved at reaksjonen «skal stå i rimelig forhold til ulovligheten» jf. § 32-10 første ledd, taler ordlyden for at vurderingen er rettsanvendelse. (Min kursivering). Forarbeidene og Sæther-dommen gir på den andre siden holdepunkter for at vurderingen er lagt innenfor rammene av forvaltningens skjønn. Disse kildene plasserer § 32-10 første ledd i sammenheng med læren om myndighetsmisbruk, som er en samlebetegnelse på rammene for forvaltnings skjønn.

¹³⁰ Se delkonklusjon i delkapittel 2.4.

Når det gjelder rammene for forvaltningsskjønnet, antok både departementet¹³¹ og bygningslovutvalget,¹³² at det foreligger krav til forholdsmessighet som kan ha materiell betydning i den generelle forvaltningsretten. I den forbindelse er det nødvendig å ta alminnelig forvaltningsrett i betraktning. Basert på analysen i kapittel 3 legges det til grunn at alminnelig forvaltningsrett for det første ikke medfører krav til at forvaltningsvedtak må være forholdsmessige. For det andre rokker heller ikke alminnelig forvaltningsrett ved utsagnene om forholdsmessighetsregelens sammenheng med læren om sterkt urimelige vedtak som fremgår i forarbeidene og Sæther-dommen, til tross for at Hyttekarantene-dommen kan tas til inntekt for en innstramning i overprøving av skjønsmessige vilkår som skal verne den enkelte mot vilkårlighet fra forvaltningen. Alminnelig forvaltningsrett er av begrenset relevans for spørsmålet om § 32-10 første ledd inneholder strengere krav til forholdsmessighet enn det som allerede følger av læren om begrensning mot sterkt urimelige vedtak.

Det er likevel mulig å tolke forarbeidene slik at det var meningen å lovfeste at ulovlighetsoppfølging generelt, og pålegg om retting spesielt, må være forholdsmessig. På den andre siden svekkes tyngden av disse forarbeidene ved at et såkalt forholdsmessighetsprinsipp er misforstått. Bygningslovutvalgets uttalelser svekkes også ved at Sæther-dommen ikke ble tatt i betraktning. I tillegg snur departementet noen år senere, i forarbeider som er skrevet etter at Høyesterett avsa Sæther-dommen, ved å presisere at prøvingskompetansen verken er utvidet eller innskrenket sammenlignet med tidligere.¹³³ Samlet tyder forarbeidene på at det ikke var meningen å lovfeste et strengere forholdsmessighetskrav enn det som følger av alminnelig forvaltningsrett.

Sæther-dommen gir på tross av dette klart uttrykk for at § 32-10 første ledd, innebærer at terskelen for hvor urimelig et forvaltningsvedtak kan være, er lavere på bygningsrettens område enn på andre forvaltningsområder. Dommen er en rettskilde av høy vekt som er egnet til å harmoner noe sprikende forarbeider. Samtidig er Høyesterett er lojal mot forarbeidsuttalelsene som fremhever at forholdsmessighetsregelen henger sammen med at forvaltningsvedtak ikke kan være sterkt urimelige. Graver tar også førstvoterende i Sæther-dommen på ordet med hensyn til utsagn om § 116 b.¹³⁴ Forfatteren viser til at § 116 b spinger ut av læren om myndighetsmisbruk, men at rimelighetsvurderinger kan komme sterkere inn på bygningsrettens

¹³¹ Ot.prp.nr.39 (1993–1994) s. 165, s. 179 og s. 209-210.

¹³² NOU 2005:12 s. 323.

¹³³ Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 181 og s. 358.

¹³⁴ Graver (2019) s. 142 og s. 263.

område enn andre forvaltningsområder. På tross av at det ikke finnes et generelt krav til at forvaltningsvedtak må være forholdsmessige, er det vanskelig å manøvrere rundt Sæther-dommen som tilsier at normen i § 32-10 første ledd har ett reelt innhold, også utover at forvaltningsvedtak ikke kan være sterkt urimelige.

Endelig følger det et visst materielt krav til forholdsmessighet i medhold av EMK som er relevant for tolkningen av § 32-10 første ledd. I særlige tilfeller gir P1-1 et beskjedent vern mot pålegg om riving, mens vernet er sterkere dersom det gjelder et «hjem», jf. artikkel 8. Prosessuelle mangler kan også tale for at ulovlighetsoppfølging er uforholdsmessig jf. artikkel 6. Kommunens skjønn må utøves med hensyn til disse rammene, fordi domstolene kan prøve menneskerettslige krav fult ut.¹³⁵ Dette tilsier at vurderingen enten må være rettsanvendelse, eller at den modifiserte terskelen for urimelighet i Sæther-dommen må legges til grunn. Ved at terskelen er lavere enn på andre rettsområder, kan nemlig tilfeller som er beskyttet av EMK fanges opp.

5.1.2 En god regel? Illustrert med feil i Nakholmen-dommen

Allerede i innledningen er det fremhevet at lovgivers intensjon er at reglene skal «innrettes slik at de gir en mest mulig effektiv ulovlighetsoppfølging samtidig som rettssikkerheten ivaretas».¹³⁶ I forvaltningsretten står vanligvis hensynet til effektivitet mot hensynet til rettssikkerhet, som rettsanvender implisitt eller eksplisitt må avveie.¹³⁷ I det følgende vurderes det hvordan disse hensynene ivaretas, de lege lata, illustrert med feilene i premissene i Nakholmen-dommen.¹³⁸ I Nakholmen-dommen legger lagmannsretten til grunn følgende.

*«Siden pålegg om riving med tilhørende tvangsmulkt var den eneste aktuelle sanksjonen, er det ikke rom for noen ytterligere vurdering av om sanksjonen er forholdsmessig».*¹³⁹

Fordi lagmannsretten uttaler at plikten til ulovlighetsoppfølgingen er til hinder for å unnlate å gi pålegg om retting, ivaretar lagmannsretten ett av de grunnleggende hensynene ved ulovlighetsoppfølgingen, nemlig at oppfølgingen skal være mest mulig effektiv. Det er viktig

¹³⁵ Rt-2015-1388 (Internflukt) avsnitt 118.

¹³⁶ Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 172.

¹³⁷ Graver (2019) s. 103 flg., særlig på s. 112 med videre henvisninger.

¹³⁸ Selv om premissene gir uttrykk for uriktig jus, kan det hende at resultatet er riktig. I tillegg tar lagmannsretten feil ved å overse kommunens prosessuelle plikt til å vurdere om pålegget er forholdsmessig, jf. delkapittel 1.3.

¹³⁹ Nakholmen-dommen punkt 5.3.1.

at oppfølgingen er effektiv for å ivareta respekten for reglene og offentlig arealplanlegging.¹⁴⁰ Dette er imidlertid bare *ett* viktig hensyn.

I Nakholmen-dommen overser lagmannsretten det prinsipielle poenget på den andre siden, nemlig at det motstående hensynet til borgerens rettssikkerhet, som også skal ivaretas ved ulovlighetsoppfølging, har resultert i en regel om forholdsmessighet i § 32-10 første ledd. Forarbeidene viser riktignok til at regelen springer ut av læren om myndighetsmisbruk. Likevel presiserer Høyesterett i Sæther-dommen at terskelen for hva som er sterkt urimelig er lavere på dette rettsområdet, og EMK oppstiller enkelte krav til forholdsmessighet som inngår i vurderingen. I Nakholmen-dommen forsvinner denne presiseringen, og premissene er derfor ikke i samsvar med gjeldende rett.¹⁴¹

Regelen som er lovfestet i § 32-10 første ledd fungerer som en sikkerhetsventil, og utgjør et unntak fra plikten som følger av § 32-1. I delkapittel 5.2 oppstilles relevante variabler som kan tilsi at det er uforholdsmessig å forfølge tiltaket videre. Ved at disse forholdene kan motvirke pålegg om retting, styrkes tiltakshavers rettsstilling og gir rettsanvender rom for å vektlegge rimelighetshensyn i særlige tilfeller. Samtidig sikres hensynet til effektiv oppfølging ved at det skal mye til før det er grunnlag for å utløse sikkerhetsventilen. I motsetning til premissene i Nakholmen-dommen, er gjeldende rett balansert og i tråd med lovgivers intensjon om at ulovlighetsoppfølgingen skal være effektiv, *samtidig* som rettssikkerheten ivaretas. Forholdsmessighetskravet i § 32-10 første ledd er en god regel, fordi den åpner for unntak fra plikten til å forfølge ulovligheter jf. § 32-1 i særlige tilfeller, også når pålegg om retting er det eneste aktuelle reaksjonen jf. § 32-3. På denne måten kan rettsanvender ta hensyn til både forvaltningens effektivitet og til borgerens rettssikkerhet.

5.1.3 Konklusjon

Konklusjonen er at *plan- og bygningsloven stiller et visst krav til at pålegg om retting som eneste aktuell reaksjon må være forholdsmessig, jf. § 32-10 første ledd første punktum*. Med særlig vekt på uttalelsene i forarbeidene og Sæther-dommen må bestemmelsen likevel tolkes noe innskrenkende, slik at pålegg om retting som eneste aktuell reaksjon ikke må være fullstendig forholdsmessig. Samtidig må presiseringen av terskelen i Sæther-dommen tas i

¹⁴⁰ Delkapittel 5.2.3. med videre referanser.

¹⁴¹ Se f.eks. tilsvarende feil i LG-2022-18463 (Balkong).

betraktning. Jeg konkluderer dermed videre med at *vilkåret «rimelig i forhold til» er lagt innenfor rammene av forvaltnings skjønn, likevel slik at rammene for skjønnet er snevrere enn på andre forvaltningsområder, fordi terskelen i urimelighetsbegrensningen er lavere, jf. § 32-10 første ledd første punktum.* Det lovfestede kravet til forholdsmessighet har derfor selvstendig betydning, utover at forvaltningsvedtak generelt ikke kan være sterkt urimelige. Den modifiserte terskelen er samtidig i tråd med EMK og ivaretar hensynet til borgerens rettssikkerhet. Bestemmelsen skal altså ikke tolkes bort når pålegg om retting er den eneste aktuelle reaksjonen, slik som i Nakholmen-dommen.

Denne tolkningen er relativt trygg. Nøyaktig hvor grensen for urimelighet går, og hvilket gradsadverb som bør brukes om rimelighetsnormen, er det likevel vanskelig å si noe sikkert om. Dommer Tjomsland unngår å ta stilling til hvilket gradsadverb som bør brukes i Sæther-dommen, ved å formulere at forelegget ikke var av «et slikt urimelig innhold at det av den grunn bør kjønes ugyldig». Forholdsmessighetsnormen er strengt tatt ikke avhengig av en eksakt karakteristikk, fordi normens innhold er klarlagt, og resultatet videre beror på en subsumsjon av variablene som gjør seg gjeldende i den konkrete saken, se delkapittel 5.2. Til tross for dette tillater jeg meg å formulere innholdet i normen, som et krav til at forvaltningens reaksjon ikke kan være *veldig urimelig*. Jeg har forsøkt å finne et gradsadverb som ligger midt imellom rimelig/urimelig og sterkt urimelig. Formuleringen er et språklig bedre alternativ til *sterkt urimelig med lavere terskel enn på andre forvaltningsområder* eller lignende.

Selv om forholdsmessighetsvurderingen i utgangspunktet er forvaltningsskjønn, er likevel rammene for skjønnet rettslige. Dermed kan vurderingen av «rimelig i forhold til» i realiteten alternativt betraktes som rettsanvendelse, men at slik at legitimitetsintervallet er vidt, fordi innholdet i forholdsmessighetsvilkåret tilsvarer læren om «sterkt urimelig» men med lavere terskel. Forskjellen er primært semantisk, fordi en i begge tilfeller må legge til grunn samme standard. Samtidig fremheves utgangspunktet, nemlig at det er forvaltningen som skal vurdere om pålegg om retting er forholdsmessig, best, i perspektivet hvor rammene for skjønnet innsnevres, fremfor å anse hele vurderingen som rettslig. Det er samtidig klart i tråd med tolkningen av forarbeidene og Sæther-dommen. Se mv. i Graver (2019) s. 252-256, hvor tilnærmingene omtales som hhv. «materiell» og «prosessuell», og at forskjellen i praksis er beskjeden.

Rammene for masteroppgaven er til hinder for å behandle konsekvenser av konklusjonen inngående, men enkelte følger bør nevnes. Konklusjonen medfører at kommunen må unnlate å gi pålegg om retting, dersom det ikke er «rimelig i forhold til ulovligheten», til tross for plikten til å forfølge overtredelser jf. §§ 32-3 jf. 32-10 første ledd første punktum og § 32-1. Dersom kommunen utferdiger pålegg om retting i strid med § 32-10 første ledd, er vedtaket som

hovedregel ugyldig jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41.¹⁴² Konklusjonen innebærer altså et unntak fra kommunens plikt til å forfølge ulovligheter jf. § 32-1, og medfører at kommunen i slike tilfeller utelukkende kan reagere med å konstatere det ulovlige forholdet og må avslutte saken – foreløpig. Det ulovlige byggetiltaket blir ikke lovlig av den grunn. Ulovlig byggetiltak er en del av behandlingen ved eventuell ny byggesøknad. Dersom det er utvist skyld kan samtidig størrelsen på et eventuelt overtredelsesgebyr jf. § 32-8, tilpasses hva som er «rimelig i forhold til» overtredelsen jf. § 32-10 første ledd.

5.2 Refleksjoner om sentrale variabler i forholdsmessighetsvurderingen

5.2.1 Overordnet om balanseringen

Mens vurderingsnormen er redegjort for i delkapittel 5.1, oppstilles det her variabler som kan inngå i forholdsmessighetsvurderingen. Variablene som inngår i vurderingen er mer usikre enn slutningene om vurderingsnormen, og listen er neppe uttømmende. Hvilke momenter som inngår i akkurat denne vurderingen er heller ikke behandlet i juridisk teori. Graver redegjør for sitt syn på hvordan forholdsmessighetsvurderinger generelt bør gjøres, men fremhever at forholdsmessighetsstandarder vil variere fra område til område.¹⁴³ Det er mulig å trekke enkelte retningslinjer ut av Sæther-dommen, forarbeidene og rettspraksis fra EMD. I forholdsmessighetsvurderingen etter kontrollregelen i P1-1 spør EMD typisk om inngrepet innebærer en rettfærdig balanse mellom klagerens eiendomsrett og hensynet til allmennhetens interesse i effektiv ulovlighetsoppfølging.¹⁴⁴ Rettsanvender må balansere individuelle og allmenne hensyn.¹⁴⁵ Pålegg om retting må være veldig urimelige før de kan regnes som uforholdsmessige jf. delkapittel 5.1, hvilket speiles i tungtveiende hensyn i allmennhetens vektskål jf. delkapittel 5.2.3. Andre momenter kan etter omstendighetene legges sammen med allmenne hensyn, eller plasseres i tiltakshavers vektskål.

¹⁴² Slik uten videre i Løvlie (2021) s. 236. Mer sammensatt i Smith (2022) s. 490 flg. og Graver (2019) s. 560 flg., men ugyldig også i deres perspektiv fordi uforholdsmessig skjønn etter § 32-10 første ledd alltid virker inn på vedtakets innhold ved pålegg om retting som eneste aktuelle reaksjon. Pålegget er uansett ugyldig ved krenkelse av EMK, jf. Graver (2019) s. 559 og Lunde (2011) s. 58.

¹⁴³ Graver (2019) s. 137-138.

¹⁴⁴ Ivanova-dommen § 72, sml. Hamer-dommen § 77, sml. Saliba-dommen § 45. Lignende også ved avståelsesregelen, jf. Sporrang og Lönnroth-dommen § 69.

¹⁴⁵ Kjølbros (2023) s. 1353.

5.2.2 Tidspunktet for vurderingen – oppføringstidspunktet eller oppfølgingstidspunktet?

Det er klart at vurderingen av om byggetiltaket er ulovlig, må gjøres etter reglene som gjaldt på oppføringstidspunktet. Det neste spørsmålet er om forholdsmessighetsvurderingen skal gjøres på oppføringstidspunktet eller oppfølgingstidspunktet, ettersom rettsordens og samfunnets syn på ulovlige byggetiltak er adskillig forandret.¹⁴⁶

På den ene siden ivaretas hensynet til borgerens forutberegnelighet dersom vurderingen gjøres slik den ventelig ville blitt vurdert på oppføringstidspunktet. Det er slik borgeren har legitimert sin (manglende) innrettelse etter loven. På den andre siden er rettstilstanden i utvikling, og ved gamle ulovligheter det er nødvendig å vurdere om reaksjonen er forholdsmessig på oppfølgingstidspunktet for å ta hensyn til f.eks. naturen og miljøet, jf. delkapittel 5.2.4. Videre gjøres vurderingen på vedtakstidspunktet til tross for etterfølgende formildende omstendigheter, jf. Rt-2012-1985 (Lengeværende barn I). Samtidig kan det trekkes en parallell til at forvaltningen kan omgjøre vedtak og sette strengere vilkår, f.eks. for konsesjon ved akvakulturdrift med hensyn til bærekraftig miljøforvaltning.¹⁴⁷ Det er forenelig med Grunnloven § 97 å vurdere reaksjonen på oppfølgingstidspunktet, fordi vurderingen av om tiltaket er lovlig gjøres etter reglene på oppføringstidspunktet.¹⁴⁸ Lovskravet i EMK oppstiller i slike tilfeller ikke et strengere vern mot lover med retroaktive implikasjoner.¹⁴⁹

Samtidig peker EMD på at hensynet til borgerens forutberegnelighet er relevant i forholdsmessighetsvurderingen etter P1-1.¹⁵⁰ Hensynet til ulovlighetens karakter på oppføringstidspunktet må tas i betraktning også i vurderingen av § 32-10 første ledd.¹⁵¹ I tilfeller hvor motstående hensyn er beskjedne, kan ulovlighetens karakter på oppføringstidspunktet tilsi at det vil være uforholdsmessig å ilegge pålegg om retting. Det kan f.eks. være aktuelt ved små og gamle byggetiltak i kommuner hvor det har vært praksis å innvilge tilsvarende byggetiltak.

¹⁴⁶ Delkapittel om aktualitet 1.2

¹⁴⁷ Myklebust (2013) s. 113.

¹⁴⁸ HR-2018-1906-A avsnitt 90. Utmåling av *straff* må derimot gjøres etter opprinnelige regler, jf. Rt-2010-1445.

¹⁴⁹ Azienda Agricola Silverfunghi S.A.S.-dommen § 104 og Kjølbro (2023) s. 1351.

¹⁵⁰ Azienda Agricola Silverfunghi S.A.S.-dommen §§ 104-108 og Jorem (2023) s. 242.

¹⁵¹ Se også mindretallet i Sæther-dommen s. 223.

5.2.3 Allmennhetens vektskål – respekt for regelverket og hensynet til offentlig arealplanlegging

I forarbeidene viser departementet og utvalget til «hensynet til å skape respekt for lovverket», som et sentralt moment i relasjon til henholdsvis pbl. 1985 § 116 b, og ulovlighetsoppfølging generelt.¹⁵² Høyesterett har også fremhevet hensynet til respekt for reglene som helt sentralt i ved ulovlighetsoppfølging.¹⁵³ Legitime hensyn ved inngrep i P1-1 er først og fremst «allmennhetens interesse», jf. P1-1 andre ledd, men andre hensyn er også relevante.¹⁵⁴ EMD understreker videre at skjønnsmarginen ved ulovlighetsoppfølging er svært vid,¹⁵⁵ særlig på grunn av tungtveiende hensyn til offentlig arealplanlegging og fordi tiltakene er ulovlige.¹⁵⁶ I lignende saker er det også fremhevet at hensynet til offentlig arealplanlegging er spesielt tungtveiende, selv i møte med store inngrep overfor den enkelte.¹⁵⁷ Fleischer redegjør for behovet for offentlig styring ved utnyttelse av fast eiendom, og peker spesielt på hensynet til differensiering mellom eiendommer for å sikre at den samlede utnyttelsen blir best mulig, og at alle relevante interesser vurderes.¹⁵⁸ På bakgrunn av dette, og i lys av hensynet til respekten for reglene, konkluderer Fleischer med at den riktige reaksjonen overfor en som bygger ulovlig, er å gi pålegg om riving.¹⁵⁹ Respekten for regelverket og hensynet til kommunens ivaretagelse av den demokratiske planprosessen, ligger i allmennhetens vektskål, og veier tungt.

5.2.4 Miljøet

Tennisbane-dommen gjaldt en sak hvor tiltakshaver og hennes entreprenør ble straffedømt for oppføring av en tennisbane og en underjordisk bunkers i strandsonen, uten byggetillatelse. I Høyesteretts straffutmåling er det vist til pbl. § 1-8, og Høyesterett vektlegger miljøkriminalitet i strandsonen i skjerpene retning, jf. avsnitt 53 jf. avsnitt 37-39. Det skyldes at det gjelder «et område hvor hensynet til miljøet og allmenne interesser gjør seg særlig sterkt gjeldende», jf. avsnitt 39. Miljøhensyn har også generell betydning i forvaltningsretten, jf. Rt-1993-528 (Lunner Pukkverk). I Hamer-dommen § 79 uttaler EMD at miljøhensyn er en offentlig interesse

¹⁵² Ot.prp.nr. 39 (1993–1994) s. 209-210 og NOU 2005:12 s. 319.

¹⁵³ Sæther-dommen s. 227, Rt-1979-219 s. 226 og Rt-1979-341 s. 350. Se sitat i delkapittel 2.2.2.

¹⁵⁴ Kjølbrot (2023) s. 1351, f.eks. miljøhensyn jf. neste delkapittel.

¹⁵⁵ Ivanova-dommen § 73, Hamer-dommen § 78 og Saliba-dommen § 55.

¹⁵⁶ Saliba-dommen, slått fast i § 44 og vektlagt i § 46.

¹⁵⁷ Depalle-dommen § 87 og 88 og Brossett-Triboulet-dommen §§ 90 og 91.

¹⁵⁸ Fleischer (1992) s. 38. Uttalelse ifm. avvisning av erstatning ved regulering.

¹⁵⁹ Fleischer (1992) s. 423.

av økende betydning.¹⁶⁰ Videre blir det uttalt at økonomiske interesser eller privat eiendomsrett ikke kan prioriteres på bekostning av miljøet, dersom staten har sikret miljøet med rettsregler som tiltakshaver har brutt. Samtidig har staten ansvar for å gripe inn mot miljøkriminalitet for å sikre respekt for reglene som skal beskytte miljøet. Grunnloven § 112 og plan- og bygningsloven som miljølov medfører at hensynet til miljøet er et tungt moment i forholdsmessighetsvurderingen, jf. Tennisbane-dommen avsnitt 53 og Hamer-dommen § 76. Dersom overtredelsen truer miljøet blir allmenhetens vektskål tyngre.

5.2.5 Forhold på tiltakshavers side

Forarbeidene viser også til at kommunen kan vektlegge «graden av eventuell uaktsomhet fra overtrederens side, samt grovheten og mulige fordeler av overtredelsen. [...] [Og] om vedkommende tidligere har unnlatt å etterkomme gitte pålegg».¹⁶¹ Skyldgrad er også et moment i Høyesteretts vurdering i Sæther-dommen, og en forskjell på EMDs premisser i Ivanova-dommen og Hamer-dommen på den ene siden, og i Saliba-dommen på den andre siden, jf. kapittel 4.¹⁶² Skyldgrad, overtredelsens karakter og fordeler av overtredelsen kan være tungtveiende i noen saker.¹⁶³ Det er imidlertid typisk for sakene hvor bare pålegg om retting er aktuelt, at det ikke kan bevises skyld på tiltakshavers side. I en del av sakene om ulovlighetsoppfølging i strandsonen er tiltakshaver nettopp lite å klandre, fordi det ikke kan utelukkes at meldepliktige tiltak er lovlige, tiltakene ikke var omfattet av byggeforbud på etableringstidspunktet og eiendommen kan ha skiftet eier.¹⁶⁴

Tiltakshaver kan i enkelte tilfeller vise til at det ulovlige bygget har stått svært lenge, som et argument for at det er urimelig å gi pålegg om riving. Dersom bygget har stått i hevdetid vil det, ut ifra sammenhengen i regelverket, være en relevant parallell. Samtidig er dette argumentet bare aktuelt dersom tiltakshaver var i aktsom god tro, og bruken ikke er tålt.¹⁶⁵ Argumentet er heller ikke mer enn et argument fordi ingen kan hevde offentlige tillatelser. Videre gjelder det heller ingen foreldelsesfrist for ulovlige byggetiltak.¹⁶⁶ Tidsmomentet har derfor adskillig mer

¹⁶⁰ Sml. Depalle-dommen § 81 og Brossett-Triboulet-dommen § 84.

¹⁶¹ Ot.prp.nr. 39 (1993–1994) s. 209-210.

¹⁶² Se også momentene knyttet til artikkel 8 jf. Ivanova-dommen § 53, jf. delkapittel 4.3. Vekten av momentene er likevel mindre når det ikke gjelder en bolig, jf. Ivanova-dommen § 74.

¹⁶³ Se f.eks. LG-2011-192019 (Svartedikerveien) jf. note 180, LG-2022-18463 (Balkong) om betydelige økonomiske fordeler, Tennisbane-dommen om forsettlig straffbar utbygging i strandsonen og LG-2022-20981 (Ulovlig utleie Bergen) hvor tiltakshaver oppnådde økonomisk vinning på bekostning av b.la. brannsikkerhet.

¹⁶⁴ F.eks. LB-2022-20040, THOD-2022-17149, THOD-2022-17167 og TOSLO-2020-24986.

¹⁶⁵ Lov 9. desember 1966 om hevd §§ 4 og 5.

¹⁶⁶ Ot.prp.nr.45 (2007-2008) s. 173.

vekt når det vurderes fra tidspunktet kommunen fikk en oppfordring til å vurdere eller reagere på forholdet, se mv. om saksbehandlingstid i neste punkt. I Depalle-dommen hadde bygget som måtte rives stått svært lenge, og like så i Brossett-Triboulet-dommen hvor bygget heller ikke var ulovlig *oppført*. Selv om dommene er spesielle indikerer EMD at tidsmomentet alene ikke er spesielt tungtveiende.¹⁶⁷ Forhold på tiltakshavers side kan etter omstendighetene legges i allmennhetens eller tiltakshavers vektskål.

5.2.6 Prosessuelle kriterier, særlig om saksbehandlingstid

Masteroppgaven er avgrenset til å behandle det materielle innholdet i § 32-10 første ledd. Jeg gjentar likevel at kommunen har en prosessuell plikt til å vurdere om pålegg om retting er forholdsmessig, jf. delkapittel 1.3. Samtidig kan det inngå variabler av prosessuell karakter i den materielle vurderingen av om pålegg om retting er forholdsmessig jf. § 32-10 første ledd, jf. delkapittel 4.4. Her kommenteres kun saksbehandlingstid, selv om også andre prosessuelle feil kan være aktuelt. Bevisusikkerhet er en annen variabel av prosessuell art, som kommenteres i neste delkapittel.

I Sæther-dommen la Høyesterett adskillig vekt på at «det gikk svært lang tid» fra søknaden ble inngitt i 1993 til saksbehandling begynte i 1997.¹⁶⁸ Saksbehandlingstid er også relevant i EMDs praksis om ulovlighetsoppfølging, både etter P1-1 og artikkel 6. Dersom det har gått urimelig lang tid før saken om riving av et ulovlig byggetiltak er avgjort jf. artikkel 6, er det det argument for at det ikke er forholdsmessig å rive bygget. Dersom tiltakshaver ikke har trenert saken, er mer enn 5 år sjelden forenelig med artikkel 6, jf. Hamer-dommen § 62. I denne dommen ble det likevel ikke avgjørende i vurderingen av om pålegg om retting var uforholdsmessig, jf. P1-1. Brudd på kravet til avgjørelse innen rimelig tid etter EMK artikkel 6, er derfor ikke tilstrekkelig til at det vil være urimelig å gi pålegg om riving jf. § 32-10 første ledd. Vekten av saksbehandlingstiden må vurderes konkret og mot andre relevante momenter.

Saksbehandlingstid er aktuelt i sakene om ulovlighetsoppfølging i Bergen kommune.¹⁶⁹ Her startet kartlegging og registrering av mulige ulovlige byggetiltak i 2009, men mange saker ble

¹⁶⁷ Lunde (2011) s. 59 i samme retning.

¹⁶⁸ Begge votum, s. 227 og s. 224.

¹⁶⁹ Rapportstrandsone s. 3 og 4.

først saksbehandlet i tidsrommet 2014-2019 og oppfulgt i 2021. Endelig status på mange av sakene er fortsatt uavklart, og prosjektet er foreslått stanset.¹⁷⁰

5.2.7 Bevisusikkerhet

Det går et grunnleggende skille mellom bevisspørsmål og materielle spørsmål. Hovedregelen er at det faktum som er overveiende sannsynlig legges til grunn.¹⁷¹ Ordlyden i § 32-10 første ledd slår fast at reaksjonen må være rimelig i forhold til ulovligheten. En naturlig forståelse av lovteksten, tilsier at det ikke er feil å ta i betraktning hvor sikkert det er at tiltaket er ulovlig. Som nevnt i forrige delkapittel 5.2.6 kan prosessuelle variabler inngå i den materielle vurderingen. Samtidig er det særlige forhold som kan tale for å la tvil komme tiltakshaver til gode i saker om ulovlighetsoppfølging.

Høyesterett har utledet et skjerpet beviskrav fra uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 andre ledd, men det er usikkert om pålegg om retting er en «straffesiktelse» jf. artikkel 6, jf. delkapittel 4.4. Samtidig er pålegg om retting ett inngrep overfor tiltakshaver jf. Grunnloven § 113.¹⁷² Videre er det likheter mellom pålegg om retting jf. pbl. § 32-3, og inndragning av fangst etter saltvannsfiskeloven § 11 tredje ledd,¹⁷³ hvor Høyesterett oppstilte et skjerpet beviskrav selv om reaksjonen ikke ble ansett for å være en «straffsiktelse», jf. Rt-2007-1217 avsnitt 67.¹⁷⁴ Rettssikkerhetsgarantiene som følger av den straffeprosessuelle delen av artikkel 6 bør i det minste være momenter som må inngå i en vurdering av om pålegg om riving er forholdsmessig. Med hensyn til at det er uklart om den straffeprosessuelle delen av artikkel 6 kommer til anvendelse, er det mulig, men usikkert, om bevisusikkerhet kan være en variabel i vurderingen av om det er forholdsmessig å ilegge pålegg om retting, jf. § 32-10 første ledd. Bevisusikkerhet er i alle tilfeller et moment som kommunen må vurdere i relasjon til prosessrisiko.

5.2.8 Betydningen av at det allerede er bygd

Fra et økonomisk perspektiv kan det hevdes at hensynet til å unngå ressursspill taler mot å gi pålegg om retting av ulovlige byggetiltak. Spesielt når utgiftene knyttet til retting er ekstremt

¹⁷⁰ Protokoll utvalg for miljø og byutvikling 09.11.2023 s. 23. flg.

¹⁷¹ Graver (2019) s. 468 og Backer (2020) s. 242.

¹⁷² Prop.62 L (2015-2016) punkt 9.1 jf. NOU 2003:15 punkt 12.3.1. Forutsetningsvis i Graver (2019) s. 85-87.

¹⁷³ Lov 3. juni 1983 om saltvannsfiske m.v. Loven er opphevet.

¹⁷⁴ Det aktuelle vedtaket impliserte imidlertid straffbare handlinger.

store, er det rent faktisk vanskelig å se bort i fra hensynet.¹⁷⁵ Hensynet til respekten for reglene taler imidlertid svært sterkt mot å ta hensyn til verdispill.¹⁷⁶ Momentet er også tonet sterkt ned i Høyesterettspraksis, fordi virkningen av riving nesten alltid er hard og utløser økonomisk tap.¹⁷⁷ Sammenligningsvis kan det nevnes at søknad om etterfølgende dispensasjon skal behandles uten hensyn til at det allerede er bygd, jf. pbl. § 19-2.¹⁷⁸ Betydningen av at det allerede er bygd er beskjedent, og skal i prinsippet ikke vektlegges.

5.2.9 Særlig ved pålegg om riving av hjem

Dersom pålegg om retting jf. § 32-3 innebærer riving av tiltakshavers «hjem», stilles det særskilte krav til forholdsmessighet, jf. EMK artikkel 8. Ivanova-dommen gjaldt pålegg om riving av hele hjemmet, til forskjell fra pålegg om retting av mindre deler av et hjem som neppe nyter samme beskyttelse.¹⁷⁹ Det må vurderes konkret i hvilken grad noens hjem blir påvirket, og i lys av hvilke andre variabler som er aktuelle. Selv om artikkel 8 i prinsippet kan anvendes, er det langt i fra sikkert at det er veldig urimelig å gi pålegg om retting.¹⁸⁰ Pålegg om riving av hjem er lettere uforholdsmessig, enn pålegg om riving av andre bygg fordi artikkel 8 verner en særlig interesse, jf. Ivanova-dommen § 74, jf. delkapittel 4.3. EMD viser til relevante momenter for forholdsmessighetsvurderingen i Ivanova-dommen § 53. I stor grad gir domstolen anvisning på de samme generelle momentene som er omtalt her, som også gjelder utenfor rekkevidden av artikkel 8. I tillegg må kommunen vurdere om personene som bor i hjemmet har andre steder å bo, og om det er tilstrekkelig å reagere med mindre inngripende tiltak. Dersom det gjelder pålegg om riving av hjem, kan momentene virke både med og mot hensynet til allmenheten. Billedlig talt kan vi se det slik at tiltakshavers vektskål automatisk er noe tyngre ved pålegg om riving av hjem, samtidig som særlige momenter gjør seg gjeldende. Kommunen har en prosessuell plikt til å vurdere grundig forholdsmessigheten av vedtaket, ved å avveie de motstridende interessene mot hverandre, jf. Ivanova-dommen § 53. Det skal mye til før det er uforholdsmessig å gi pålegg om riving, dersom kommunen har ivaretatt sin prosessuelle plikt til å vurdere forholdsmessigheten.

¹⁷⁵ Sml. mulige konsekvenser av HR-2021-1975-A (Fosen).

¹⁷⁶ Delkapittel 5.2.3. Se også Fleischer (1992) s. 423.

¹⁷⁷ Sæther-dommen s. 227, Rt-1979-219 s. 226 og Rt-1979-341 s. 350.

¹⁷⁸ SOMB-2015-1370 og Pedersen mfl. s. 627.

¹⁷⁹ F.eks. LG-2022-18463 (Balkong) som gjaldt pålegg om riving av balkong.

¹⁸⁰ Se f.eks. LG-2011-192019 (Svartediksvæien) hvor en profesjonell utbygger minst grovt uaktsomt bygde leiligheter i strid med reguleringsplan for dispensasjonsvedtakets klagefrist var utløpt og ville oppnå fordeler ved overtredelsen.

Kildeliste

Regelverk

Lover

Lov 17. mai 1814 Grunnloven

Lov 9. desember 1966 nr. 1 om hevd (hevdslova)

Lov 10. februar 1967 nr. 10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 3. juni 1983 nr. 40 om saltvannsfiske m.v.

Lov 14. juni 1985 nr. 77 om planlegging og byggesaksbehandling

Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven)

Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)

Forarbeider

NOU 2003:15 Fra bot til bedring: Et mer nyansert og effektivt sanksjonssystem med mindre bruk av straff.

NOU 2005:12 Mer effektiv bygningslovgivning II: Bygningslovutvalgets andre delutredning med lovforslag.

NOU 2019:5 Ny forvaltningslov: Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven).

Ot.prp.nr.39 (1993-1994) Om lov om endringer i Plan- og bygningsloven.

Ot.prp.nr.3 (1998-1999) Om lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

Ot.prp.nr.32 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen).

Ot.prp.nr.45 (2007-2008) Om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (byggesaksdelen).

Prop.62 L (2015-2016) Endringer i forvaltningsloven mv. (administrative sanksjoner mv.)

Prop.91 L (2018–2019) Endringer i smittevernloven (lovrevisjon)

Traktater

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 4. november 1950.

Protokoll til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettighetene og grunnleggende friheter, 20. mars 1952.

Protokoll nr. 7 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, 22. november 1984.

Rettsavgjørelser

Høyesterett

HR-2023-292-U (Nakholmen)

HR-2022-2329-A

HR-2022-718-A (Hyttekarantene)

HR-2021-1975-S (Fosen)

HR-2020-1353-A (Tennisbane)

HR-2018-1906-A (OFV)

HR-2016-304-S

Rt-2015-1388 P (Internflukt)

Rt-2012-1985 P (Lengeværende barn I)

Rt-2010-1445 P (Krigsforbrytelse)

Rt-2011-111 A

Rt-2011-304 A

Rt-2011-910 A

Rt-2008-1409 S

Rt-2008-560 A

Rt-2007-1217 A

Rt-2002-209 A (Sæther)

Rt-2000-1811 P (Finanger I)

Rt-2000-996 P (Bøhler)

Rt-1998-1795 A

Rt-1998-929 A

Rt-1995-1427 A (Naturfredning)

Rt-1994-1244 A (Kvinnefengsel)

Rt-1993-528 A (Lunner Pukkverk)

Rt-1981-745 A (Isene)

Rt-1979-341 A

Rt-1979-219 A

Rt-1957-1190 A

Rt-1951-19 A (Mortvedt)

Lagmannsrettene

LG-2022-20981 (Ulovlig utleie Bergen)

LB-2022-20040 (Nakholmen)

LG-2022-18463 (Balkong)

LG-2011-192019 (Svartediksvæien)

Tingrettene

THOD-2022-17149 (Bergen) Ikke rettskraftig – berammet i Gulating 5.-15. februar 2024

THOD-2022-17167 (Bergen) Ikke rettskraftig – berammet i Gulating 15.-26. april 2024

TOSLO-2020-24986 (Oslo)

Menneskerettighetsdomstolen

2016, *Ivanova og Cherkezov mot Bulgaria* [J], nr. 46577/15.

2014, *Azienda Agricola Silverfunghi S.A.S. med flere mot Italia* [J], nr. 48357/07, 52677/07, 52687/07 og 52701/07.

2014, *Lucky Dev mot Sverige* [J], nr. 7356/10.

2013, *Zagrebačka Banka D.D. mot Kroatia* [J], nr. 39544/05.

2013, *Winterstein med flere mot Frankrike* [J], nr. 27013/07.

2012, *Lindheim med flere mot Norge* [J], nr. 13221/08 and 2139/10.

2010, *Depalle mot Frankrike* [GC], nr. 34044/02.

2010, *Brosset-Triboulet med flere mot Frankrike* [GC], nr. 34078/02.

2007, *Hamer mot Belgia* [J], nr. 21861/03.

2005, *Saliba mot Malta* [J], nr. 4251/02.

2003, *Fuchs mot Polen* [J], nr. 33870/96.

2001, *Hirst mot Storbritannia* [J], nr. 40787.

1982, *Sporrong og Lönnroth mot Sverige* [P], nr. 7151/75 og 7152/75.

1976, *Engel med flere mot Nederland* [P], nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 og 5370/72.

Forvaltningspraksis

Sivilombudet

SOMB-2018-4398

SOMB-2015-1370

SOMB-2009-87

Kommunal- og distriktsdepartementet

TUDEP-2023-2305

TUDEP-2020-4795-3

Offentlige dokumenter

Bergen kommune v/ plan og bygningsetaten, Rapportstrandsone, Rapport med oppsummering av strandsoneprojektet og ulovlighetsoppfølging, 2023,

<https://www.bergen.kommune.no/politikere-utvalg/api/fil/bk360/8397600/VEDLEGG-rapportstrandsone> (sist lest 21. november 2023).

Bergen kommune v/ utvalg for miljø og byutvikling, Protokoll utvalg for miljø og byutvikling, 09.11.2023.

<https://www.bergen.kommune.no/politikere-utvalg/api/fil/bk360/9356298/Protokoll-utvalg-for-miljo-og-byutvikling-09-11-2023> (sist lest 28. november 2023).

Litteratur

Backer, Inge Lorange, *Norsk sivilprosess*, 2. utg., Universitetsforlaget 2020.

- Bernt, Jan Frithjof, «Krav om forholdsmessighet ved kontroll av offentlig myndighetsutøving» Søvig, Karl Harald (red.), *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Fagbokforlaget 2015.
- Bernt, Jan Frithjof, *Norsk lovkommentar: Forvaltningsloven*, Rettsdata.no 2017, (sist lest 5. desember 2023).
- Fleischer, Carl August, *Plan- og bygningsretten*, Universitetsforlaget 1992.
- Graver, Hans Petter, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg., Universitetsforlaget 2019.
- Harbo, Tor-Inge, «Kan norske domstoler bruke «samme metode» som Den europeiske menneskerettighetsdomstolen?» *Jussens Venner*, 2023, Vol. 58, s. 208-235.
- Harbo, Tor-Inge, «Forholdsmessighet i kontekst – Forholdsmessighetsvurderinger i norsk forvaltnings- og forfatningsrett» *Lov og Rett*, 2015, Vol. 54, s. 513-535.
- Innjord, Frode, mfl., *Plan- og bygningsloven med kommentarer*, bind II, 2. utg., Gyldendal akademiske 2020.
- Jorem, Henrik, *The Development of the Right to Property in the European Convention of Human Rights*, upublisert doktorgradsavhandling tilgjengelig på biblioteket ved Det juridiske fakultet UiB, Skipnes Kommunikasjon / University of Bergen 2023.
- Karlsen, Theodor, «Statens skjønnsmargin ved nasjonal domstolsprøving av inngrep i EMK – en kursendring fra Høyesterett», *Lov og Rett*, 2023, Vol. 62, s. 551-567.
- Kjølbrot, Jon Fridrik, *Den europeiske menneskerettighetskonvention*, 6. utg., Djøf Forlag 2023.
- Lunde, Tore, «Pålegg om stans, opphør eller retting av ulovlige forhold etter plan- og bygningsloven» *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2011, Vol. 7, s. 43-70.
- Løvlie, Anders «Feil og ugyldighet i forvaltningsretten» *Kritisk juss*, 2021, Vol. 47, s. 214-327.
- Noer, Ragnhild, «Hvorfor ikke bare bruke vanlig norsk rett?» *Lov og Rett*, 2023, Vol 62, s. 483-484.

Myklebust, Ingunn Elise, «Vilkår ved vedtak om lokalitetsklarering for akvakultur» *Tidsskrift for eiendomsrett*, 2013, Vol 9, s. 100-125.

Pedersen, Odd Jarl, mfl., *Plan- og bygningsrett*, del 2, 3. utg., Universitetsforlaget 2018.

Rasmussen, Ørnulf, «Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten» *Lov og Rett*, 1995, Vol. 34, s. 307-322.

Smith, Eivind, *Forvaltningsrett*, 12. utg., Universitetsforlaget 2022a.

Smith, Eivind, «Rettsbundet forvaltning» *Jussens Venner*, 2022b, Vol 57, s. 442-475.

Østenstad, Bjørn Henning, «Vilkårslæra sitt forholdsmessighetskrav i lys av misburkslæra sin kvalifisert-urimelig-standard – og vica versa» Søvig, Karl Harald (red.), *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Fagbokforlaget 2015.