

Masteroppgave i rettsvitenskap våren 2008

Tittel:

Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser i norsk rett

Kandidatnummer:

159857

Veileder:

Professor Jan Fridthjof Bernt

Antall ord:

13 379

Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser i norsk rett

<u>1. Innledning.....</u>	<u>2</u>
<u>1.1 Forvaltningsskjønn og fritt skjønn.....</u>	<u>2</u>
<u>1.2 Domstolskontroll med skjønnsetøvelsen</u>	<u>3</u>
<u>2. Et generelt forholdsmessighetsprinsipp – diskusjonen i teorien.....</u>	<u>5</u>
<u>3. Domstolenes ulike prøvingsteknikker med forvaltningens skjønnsetøvelse.....</u>	<u>9</u>
<u>3.1 Skjerpet begrunnelsesplikt ved særlig inngripende vedtak.....</u>	<u>9</u>
<u>3.2 Rettslige krav til diskresjonære forvaltningsvedtaks subjektive premisser.....</u>	<u>12</u>
<u>3.3 Direkte prøving av vedtakets forholdsmessighet.....</u>	<u>16</u>
<u>4. Vilårsstillelse</u>	<u>18</u>
<u>5. Forholdsmessighetsprinsippet i EMK</u>	<u>19</u>
<u>6. Forholdsmessighetsprinsippet ”intervensjonsterskel” og rekkevidden av domstolskontrollen.....</u>	<u>20</u>
<u>7. Forholdet mellom forholdsmessighetskravet og drøftelsen av hva en bestemt lovbestemmelse gir hjemmel for.....</u>	<u>23</u>
<u>8. Konklusjon.....</u>	<u>27</u>
<u>9. Litteratur og forkortelser.....</u>	<u>28</u>

1. Innledning

1.1 Forvaltningsskjønn og fritt skjønn

Stortinget styrer i stor grad samfunnsorganiseringen ved å regulere borgernes atferd gjennom lovbestemmelser. Virkeligheten er imidlertid kompleks og i stadig endring. Det er derfor ikke mulig å gi helt presise handlingsregler på alle områder hvor lovregulering er nødvendig. Lovgiver har derfor gitt forvaltningen ulike fullmakter i lov, blant annet kompetanse til å gi forskrifter.

Temaet i det følgende er imidlertid fullmakter som gir rom for skjønn i enkeltsaker, nemlig regulering av borgernes rettsstilling gjennom lover som legger avgjørelsesmyndighet til forvaltningen. Vedtak om tildeling av tillatelser, konsesjoner og lignende, nedleggelse av forbud, påbud, og tildeling av ytelser er eksempler på slik avgjørelsesmyndighet.

En type vedtak som gir rom for skjønn, er diskresjonære vedtak. Her har forvaltningen fått en viss frihet til å bestemme om vedtak skal treffes og hvilket innhold vedtaket skal ha dersom de angitte vilkår i lovteksten er oppfylt. Stortinget har gitt forvaltningen en valgfrihet som domstolene i stor grad er avskåret fra å overprøve. Dette signaliserer lovgiver ofte gjennom å bruke ordet ”kan” i lovteksten.¹

Et annet fenomen hvor forvaltningen har en viss frihet fra domstolskontroll, er subsumsjonen under skjønnsmessige og vage begreper i en lovtekst. I motsetning til det diskresjonære skjønnet er det her tale om uttrykk på vilkår- eller virkningsiden som er så skjønnsmessig

¹ Boe omtaler det diskresjonære skjønnet som ”det ”egentlige” frie skjønnet, forvaltningsskjønnet” i **Forvaltningsskjønnet**, Boe s.40

utformet at domstolene unntaksvis avstår fra å prøve forvaltningens vurderinger, jf. Naturfredningssaken i Rt-1995-1427.²

Det diskresjonære skjønn og unntaket fra hovedregelen om domstolskontroll med subsumsjonen er riktignok to ulike fenomen. Likevel forutsetter fullmakten at forvaltningen treffer valg i begge tilfeller. Det innebærer at det må ligge en skjønnsutøvelse bak valget. I teorien er læren om ”forvaltningens frie skjønn”, eller forvaltningsskjønnet, i betydningen frihet fra domstolskontroll, angitt som en felles betegnelse for de to ulike fenomenene.³

På den ene siden kan denne friheten fra domstolskontrollen sies å fremme kollektive hensyn som er nødvendig i en demokratisk rettsstat. Forvaltningen er i motsetning til domstolene under folkevalgt styring og ivaretar dermed de demokratiske hensyn. Det kan også hevdes at forvaltningen sitter med spesialkompetansen på de ulike fagområdene og er således bedre utrustet enn de generaliserte domstolene til å utøve skjønn til borgernes beste. Det er derfor vanskelig å unngå at forvaltningen gis en viss handlefrihet.

Videre spiller maktfordelingsprinsippet en rolle. Stortinget har i noen sammenhenger gitt forvaltningen, og ikke domstolene, myndighet til å utøve skjønn med hjemmel i lov. En tett domstolskontroll med slike avgjørelser kan bidra til en maktforskyvning fra den utøvende til den dømmende makt. På den andre siden er vide fullmakter til forvaltningen ikke uten betenkeligheter. Som Eckhoff skriver har tjenestemenn i forvaltningen ”*lett en tendens til å anse de interesser som de selv er satt til å fremme, og hvor de har skaffet seg spesialkunnskaper, for å være særlig betydningsfulle, og til å undervurdere vekten av motstridende hensyn.*”⁴ Slik kan rettsstatsprinsippet bli svekket når stor grad av skjønn overlates til forvaltningen. De vide skjønnsfullmaktene gjør det også vanskeligere for borgerne å forutberegne sin rettslige stilling samt etterprøve om beslutningene er riktige. Kontroll med forvaltningens skjønsmessige avgjørelser er således en nødvendighet i en moderne rettsstat.

1.2 Domstolskontroll med skjønnsutøvelsen

Spørsmålet blir så hvordan forvaltningsskjønnet kan kontrolleres for å ivareta borgernes rettsikkerhet uten at det går utover effektiviteten ved den omtalte reguleringsformen. Den klassiske oppfatningen er at domstolene ikke stiller krav til måten forvaltningen bruker sin skjønsmessige myndighet på, men kontrollerer at den utøves innenfor visse prosessuelle og materielle rammer. For det første kan domstolene fastslå lovbestemmelsens nærmere innhold og prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av denne. Domstolene kan videre prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum og fulgt kravene til en forsvarlig saksbehandling. I tillegg til dette har Høyesterett utviklet et sett med ulovfestede normer for kontroll av forvaltningsskjønnet.⁵ For det første kan domstolene kontrollere at forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av de hensyn loven bygger på som saklige eller relevante.⁶

² Boe omtaler forvaltningens subsumsjon av slike vage og skjønsmessige begreper som ”rettsanvendelsesskjønn uten full prøvelsesrett”, se **Forvaltningsskjønnet, Boe** på s.38 flg.

³ Se **Eckhoff og Smith 2006** s.346, og **Frihagen bind I** s.78

⁴ Se **Legalitetsprinsippet, Eckhoff** s. 25

⁵ Tradisjonelt kalt læren om myndighetsmisbruk. Se **Eckhoff og Smith 2006** s. 387

⁶ Bernt skriver om læren om utenforliggende hensyn i **Utenforliggende hensyn, Bernt**. Se også **Eckhoff og Smith 2006** s. 366 flg.

For det andre kan domstolene kontrollere at forvaltningen ikke har foretatt usaklig forskjellsbehandling.⁷

Både kravet til en forsvarlig saksbehandling, herunder skjerpede begrunnelseskrav, og læren om utenforliggende hensyn, kan, som vi skal se senere, i større eller mindre grad influere på det materielle innholdet i et vedtak. [Se punkt 3.1](#) og [punkt 3.2](#).

Et hovedspørsmål er imidlertid om domstolene også kan kjenne et slikt forvaltningsvedtak *ugyldig* etter en kontroll av det materielle innholdet, altså en prøving av avgjørelsens rimelighet eller forholdsmessighet i den konkrete saken. Mer direkte er spørsmålet i hvilken grad domstolene kan prøve forholdsmessigheten mellom vedtakets tilsiktede formål og middelet som benyttes. Og strekkes spørsmålet enda lenger, kan det spørres om det er rettskildemessig grunnlag for et generelt prinsipp om forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønsmessige avgjørelser.

Høyesterett har i en rekke saker vært innom spørsmålet om et konkret vedtak kan kjennes ugyldig som følge av et innhold med urimelige virkninger for den vedtaket gjelder. Høyesterett har imidlertid ikke alltid vært like tydelig i valget av fremgangsmåte ved slik prøving av vedtakets materielle innhold. Dette har skapt uklarhet rundt gjeldende rett og bidratt til diskusjon i teorien. Bare i et fåtall av saker har Høyesterett kjent vedtak ugyldig ved direkte bruk av innholdsmessige vurderinger av vedtaket som prøvingstema.⁸ Spørsmål om et vedtaks forholdsmessighet eller grov urimelighet dukker riktignok opp som grunnlag for ugyldighet i en stor rekke saker, men retten vil nødvendigvis begi seg inn på en så direkte overprøving av forvaltningens skjønnsutøving.

Ved å benytte seg av mer indirekte prøvingsmetoder har Høyesterett likevel funnet teknikker for å kontrollere et vedtaks materielle innhold uten å komme for tett på forvaltningsskjønnet. Særlig har Høyesteretts metode ved å oppstille skjerpede begrunnelseskrav til forvaltningens skjønnsutøvelse vært omdiskutert som en alternativ prøvingsteknikk av vedtakets materielle innhold.⁹

Som det skal redegjøres nærmere for senere, har altså domstolene flere måter å gå tett inn på forvaltningsskjønnet som de foretrekker å anvende før en direkte overprøving av vedtakets forholdsmessighet. Slik kan man si at forholdsmessighetsprinsippet blir en slags restkategori etter at de andre angrepsvinklene er uttømt. [Se punkt 3.1](#) og [punkt 3.2](#). Spørsmålet blir da hvor langt man skal presse de andre tilnærmingene ut fra underliggende forholdsmessighetsvurderinger i form av skjerpede saksbehandlingskrav, herunder begrunnelsesplikt, eller i form av strenge krav til vedtakets hovedformål eller hjemmelgrunnlaget ellers, eller streng avgrensning av kretsen av lovlige sidehensyn, eller krav til fullstendigheten i premissene.

Hvor langt kan og bør altså Høyesterett gå med hensyn til å bruke forholdsmessighetsvurderinger direkte som prøvingstema, og når er det bedre å bruke en indirekte tilnærming? Det blir ett av hovedspørsmålene i det følgende.

Uansett hva en måtte mene om de ulike prøvingsmetodene domstolene benytter seg av, oppstår det felles spørsmål i kjølvannet av alle typer forholdsmessighetsvurderinger. Ett av

⁷ Se f.eks Rt-1974-149 og **Eckhoff og Smith 2006** s.383-385

⁸ Se Rt-1951-19, Rt-1957-1190 og Rt-1973-460

⁹ Se f.eks Rt-1981-745, mindretallet i Rt-1993-587 og Rt-2000-1056

dem er hvor mye som skal til før domstolen kjenner et vedtak ugyldig på grunnlag av uforholdsmessighet. Videre blir det et spørsmål om rekkevidden av denne domstolskontrollen, herunder hvor langt retten går i å sette forvaltningens vurdering til side. [Se punkt 6.](#)

Til slutt kommer spørsmålet om forholdet mellom forholdsmessighetsprinsippet og drøftingen av hva en bestemt lovbestemmelse gir hjemmel for. [Se punkt 7.](#)

2. Et generelt forholdsmessighetsprinsipp – diskusjonen i teorien

Det har lenge hersket tvil i norsk rett om man kan oppstille et generelt prinsipp om forholdsmessighet som yttergrense for forvaltningskjønnet. Ørnulf Rasmussen formulerer treffende problemstillingen som *”om det vil være i strid med vår rettskultur å forfølge gode formål, uten sideblikk til de følger dette skaper for andre involverte interesser”*.¹⁰ Spørsmålet er om forvaltningens fullmakter skal tolkes innskrenkende slik at domstolene kan vurdere og underkjenne et forvaltningsvedtak der de finner at det ikke er tilstrekkelig rimelig eller proporsjonalt.

Det finnes enkelte lovbestemmelser som oppstiller forholdsmessighetskrav til forvaltningens skjønnsutøvelse. Utlendingsloven 24/6 1988 nr.64 § 30 tredje ledd stiller for eksempel krav om at utvisning ikke må være *”et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv, eller de nærmeste familiemedlemmene”*. Vi har imidlertid ingen lovfestet regel som gir uttrykk for et generelt prinsipp om forholdsmessighet. Det finnes heller ingen prejudikat fra Høyesterett som gir direkte uttrykk for at det finnes et slikt generelt prinsipp som er allment akseptert. Hvorvidt enkelte dommer mer indirekte kan sies å være et utslag av et generelt prinsipp om forholdsmessighet, har imidlertid gjennomgående vært gjenstand for diskusjon i teorien.

Jan Fridthjof Bernt har særlig vært positiv til at det kan utledes et slikt prinsipp på grunnlag av rettspraksis.¹¹ Han fremholder at det er et spørsmål *”om det ikke etter omstendighetene vil være en nedre grense for den vekt ”mothensynene” kan tillegges, om man ikke kan operere med et ”forholdsmessighetsprinsipp” – et krav om et noenlunde rimelig forhold mellom gevinst og totale omkostninger ved det aktuelle vedtak”*. Han anfører under denne synsvinkelen en del rettspraksis som eksempler på at man anvender et materielt rimelighetskrav overfor den diskresjonære kompetanseutøving. I denne sammenheng tar Bernt utgangspunkt i Mortvedtdommen i Rt-1951-19.

Saken gjaldt spørsmålet om lovligheten av avslag på søknad om fornyelse av drosjebestilling begrunnet i søkerens passive NS-medlemsskap. Retten fant at forvaltningen kunne nekte drosjeeierne nye bevilgninger fordi de var tidligere straffedømt for landssvik. Dette var en vurdering domstolene som utgangspunkt ikke kunne overprøve. Imidlertid tok retten stilling til om forvaltningen hadde utøvd et *”forsvarlig skjønn”*. Høyesterett uttalte i denne sammenheng at til tross for den begrensede prøvingsretten var *”resultatet så urimelig og stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning”* at avgjørelsen måtte *”ansees rettsstridig og derfor erklæres ugyldig”*.

Bernt mener dommen bygger på *”et krav om en viss forholdsmessighet mellom styrken av de offentlige hensyn som i det konkrete tilfelle talte for en viss restriktiv holdning overfor tidligere NS-medlemmer som ønsket å fortsette i drosjeyrket, og det onde som ble påført den enkelte”*. Tilsvarende prinsipielt syn legger han til grunn for den påfølgende dom,

¹⁰ Se **Forholdsmessighetsprinsippet, Rasmussen** s.310.

¹¹ Se **Utenforliggende hensyn, Bernt** s.258-259.

Seljeliddommen i Rt-1957-1190, som er særlig interessant fordi den trakk en grense for *hvor lenge* en lovlig nektelse kunne opprettholdes på dette grunnlaget.

Videre fremhever han særlig Rt-1973-460. Saken gjaldt gyldigheten av et vedtak hvor helserådet hadde bestemt at en større høns-, gåse- og andefarm nær et drikkevannsreservoar måtte opphøre innen 13 dager etter at vedtaket var truffet. Retten fant at vedtaket hadde gått for langt og tilkjente fjærkrefarmeren erstatning. Høyesterett anførte at eieren burde ha fått en lengre avviklingsperiode som gav mindre økonomiske konsekvenser. Igjen anfører Bernt at retten foretar en *”helt konkret avveining mellom de offentlige og private hensyn som gjør seg gjeldende og på grunnlag av denne trekkes en grense for hvor langt det offentlige kan gå i retning av inngrep overfor den private part for å fremme ”lovens formål”*.

Bernt fremholder likevel at Høyesterett ikke må tolkes dit hen at domstolene ikke vil ha motforestillinger mht. å overprøve det konkrete forvaltningsskjønn. Han understreker at dommene illustrerer at *”forholdsmessighetsprinsippets intervensjonsterskel”* må avgjøres konkret fra saksområde til saksområde. [Se punkt 6.](#)

Ørnulf Rasmussen argumenterer også for et generelt forholdsmessighetsprinsipp som yttergrense for forvaltningsskjønnet. Han konkluderer med at vi har *”rettskildemessig grunnlag – riktignok med varierende positiv-rettslig styrke - for å oppstille et slik prinsipp på en rekke områder av forvaltningsretten”*. Rasmussen anfører at dette ikke er en utvidelse av domstolenes prøvingskompetanse, men en *”beskrivelse av en prøving som allerede finner sted”*.¹² Rasmussen viser først til ulike områder i forvaltningsretten hvor det synes klart at det finnes et forholdsmessighetsprinsipp. Herunder viser han til at prinsippet finnes ved omgjøring, ved vilkårsstillelse, ved bruk av fysisk tvang mot person, i folkeretten og i EU-retten.¹³ Deretter angir han en tredeling av de mer uklare områder hvor han først ser på vedtak med pønalt eller straffemessig preg, dernest på vanlige bebyrdende vedtak og til slutt de begunstigende vedtak uten vilkårsstillelse.¹⁴

Under de pønale vedtak anfører Rasmussen, som Bernt, Mortvedtdommen og Seljeliddommen som støtte for sitt syn. Rasmussen betrakter Seljeliddommen i overensstemmelse med Mortvedtdommen hvor han viser til at førstvoterende i sistnevnte dom gir uttrykk for et forholdsmessighetsprinsipp når han karakteriserer det som *”åpenbart urimelig og rettsstridig”* å opprettholde inndragning av drosjebevillingen. Rasmussen fant med grunnlag i disse dommene at Høyesterett ganske klart har gitt uttrykk for at det sentrale ved rimelighetsvurderingen er et forholdsmessighetsprinsipp. Han hevder videre at *”premissene i disse dommene er brede og prinsipielle, og det må være trygt å hevde at forholdsmessighetsprinsippet i alle fall gjelder i saker der vedtakets pønale preg er fremtredende”*.

Når det gjelder andre bebyrdende vedtak, slår Rasmussen først fast at det finnes et forholdsmessighetsprinsipp hvor vedtaket tilgodeser private interesser. Som grunnlag anfører han forvaltningsorganets plikt til å avveie de stridende parters interesser mot hverandre, og dermed til å proporsjonere goder og onder i forhold til hverandre.

Hva angår andre vedtak som ivaretar offentlige interesser, anfører Rasmussen Fjærkredommen i Rt-1973-460. Her uttaler han at det ikke er *”stort rom for tvil om at Høyesterett la*

¹² Se **Forholdsmessighetsprinsippet**, Rasmussen s.320

¹³ Se s. 312-317.

¹⁴ Se s. 316-319.

et forholdsmessighetsprinsipp til grunn, til tross for at det ikke var en avgjørelse med pønale trekk”.

Under de begunstigende vedtak finner Rasmussen ingen dommer som gir direkte grunnlag for et forholdsmessighetsprinsipp. Likevel avviser han ikke et slikt prinsipp.

På den andre siden uttrykker Inge Lorange Backer større skepsis til et generelt forholdsmessighetsprinsipp. Han uttaler at *”det kan nok være usikkert i hvilken grad et slikt forholdsmessighetsprinsipp er gjeldende rett. Det finnes ingen klare eksempler på at Høyesterett har lagt et slikt generelt prinsipp til grunn, men det har vært fremme i enkelte sammenhenger*”.¹⁵

Torstein Eckhoff og Eivind Smith er også mer negativ til et generelt forholdsmessighetsprinsipp i norsk forvaltningsrett. De anerkjenner riktignok at Høyesterett har kompetanse til å sette vedtak til side hvor resultatet fremstår som grovt urimelig.¹⁶ De uttaler imidlertid videre at det neppe er *”grunnlag for å anta at det i norsk rett finnes et generelt krav om forholdsmessighet i vedtakets innhold*”.¹⁷ De fremhever også at normen om forholdsmessighet i utgangspunktet retter seg mer til lovgiver og forvaltningen enn som grenser for forvaltningens kompetanse som domstolene kan håndheve.¹⁸

Hans Petter Graver går enda lenger i spørsmålet om det finnes et generelt forholdsmessighetsprinsipp.¹⁹ Han hevder at forholdsmessighetsprinsippet favner videre enn bare den konkrete prøvingen av vedtakets hensiktsmessighet, og argumenterer for en utvikling i domstolsprøvingen som går en annen vei enn ved at de klassiske ugyldighetsgrunnene tøyes for å fange opp urimelige vedtak. Han uttaler at rettspraksis gir *”holdepunkter for å si at forvaltningens skjønsmessige avgjørelser overprøves ut fra et krav om at kompetansen bare må brukes i den utstrekning det er nødvendig, og der fordelene overstiger ulempene, det vil si ut fra et forholdsmessighetsprinsipp*”. Han hevder at der det ikke er foretatt noen forsvarlig vurdering av vedtakets forholdsmessighet, vil vedtaket bli tilsidesatt som ugyldig.²⁰

Graver oppstiller tre krav til forholdsmessighetsvurderingen.²¹ For det første fremholder han at det tiltak som forbyr eller påbyr må være *”egnet til å realisere det formål inngrepet har*”. For det andre fremholder han at *”tiltaket ikke må gå ut over det som er nødvendig i det enkelte tilfellet*”. Sagt på en annen måte så er tiltaket uforholdsmessig hvis formålet kan nås på mindre inngripende måte. For det tredje uttaler han som nevnt overfor at kravet til forholdsmessighet kan *”innebære et krav om at fordelene ved å foreta inngrepet overstiger ulempene*”. Med andre ord må det foreligge forholdsmessighet mellom mål og middel. Her kommer altså Graver også inn på det som tradisjonelt er blitt kalt forholdsmessighetsprinsippet, altså i mer snever forstand; hvordan hensiktsmessigheten av den konkrete avgjørelse må være vurdert.

Graver mener at kravet til *”egnethet*” og *”nødvendighet*” er en del av et generelt forholdsmessighetsprinsipp i norsk forvaltningsrett. Bernt holder imidlertid som sagt disse elementene utenfor dette begrepet, og oppstiller forholdsmessighetskravet kun som en

¹⁵ Se **Utslippstillatelser, Backer** s.630.

¹⁶ Se **Eckhoff og Smith 2006** s.363 flg.

¹⁷ Se **Eckhoff og Smith 2006** s.368

¹⁸ Se **Eckhoff og Smith 2006** s.367-368.

¹⁹ Se **Forholdsmessighet, Graver**.

²⁰ Se **Forholdsmessighet, Graver** s. 280.

²¹ Se **Graver 2007** s.128 flg.

yttergrense for forvaltningsskjønnet, i den rene og snevre forstand. Gravers tredeling kan likevel sies å være til dels innarbeidet i norsk rett. Særlig i forbindelse med EF-retten ser vi igjen kravet om egnethet og nødvendighet som en del av et forholdsmessighetsprinsipp. I EF-retten er det imidlertid de fire friheter som er tema for forholdsmessighetsvurderingen, i motsetning til intern norsk rett hvor hensynet til borgeren er problemstillingen.²² Om det i norsk rett finnes et generelt ”nødvendighetsprinsipp” som Graver antyder, er usikkert. I tysk forvaltningsrett derimot, er en lignende tredeling som nevnt ovenfor, svært sentral som ledd i et generelt proporsjonalitetsprinsipp.²³

Etter min mening er spørsmålet om et krav til ”nødvendighet” inngår i forholdsmessighetsprinsippet, ikke avgjørende. Vedtak som innebærer inngrep som ikke er nødvendige, blir som regel enten fanget opp som uten begrunnelse i lovens formål, eller satt til side som klart uforholdmessig i snevrere forstand.²⁴

Hvorvidt det kan oppstilles et generelt prinsipp om *forholdsmessighet* i norsk rett, er som gjennomgangen viser et spørsmål av større interesse. Et slikt generelt prinsipp har både positive og negative sider ved seg.

Ett argument er at en aksept av prinsippet vil kunne bedre borgernes rettssikkerhet. Etter Rasmussen mening vil prinsippet ”*kunne virke normdannende i den praktiske forvaltningsvirksomhet*”.²⁵ Dette innebærer at forvaltningen kan øke sin bevissthet rundt kravet til forholdsmessighet under saksbehandlingen og for øvrig under arbeidet i forvaltningens hverdag.

Videre vil domstolene få et klarere grunnlag for å slå ned på vedtak som fremstår som grovt urimelige eller klart uforholdsmessige. De slipper å skjule sine materielle rimelighetsvurderinger med mer indirekte former for kontroll med skjønnsutøvingen, som for eksempel skjerpene begrunnelseskrav som i Isene-dommen i Rt-1981-745. Det kan skape forvirring og usikkerhet rundt hva som er gjeldende rett når domstolene tyr til slik formell argumentasjon. [Se punkt 3.1.](#)

På den andre siden kan det bli møtt med skepsis at domstolene foretar en åpen prøvelse av vedtakets materielle innhold. Domstolene har også selv vist tilbakeholdenhet med å gå for langt i å sette forvaltningsvedtak til side som uforholdsmessige etter en formell og reell prøving. Dette underbygges ved at den mest sentrale dommen hvor vedtak ble satt til side som grovt urimelig, fortsatt er Mortvedtdommen fra 1951.

Domstolene har imidlertid vist at de kan sette forvaltningsvedtak til side på nokså fritt grunnlag i form av ulike prøvingsteknikker. Hvorvidt forholdsmessighetsvurderingen skjer direkte eller etter en mer indirekte tilnærming, vil således måtte være av mindre interesse i forhold til den skepsis som foreligger til materiell domstolskontroll generelt.

Skepsis til rettens faglige kompetanse i forvaltningsrettslige spørsmål kan heller ikke sies å ha særlig rettslig tyngde. Domstolene har her som ellers muligheten til å benytte seg av sakkyndige slik at saken blir forsvarlig opplyst.

²² Se **Forholdsmessighetsprinsippet i EU, Marco** om forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett og **EØS-avtalen, Syrstad** om EØS-avtalen og norsk forvaltningsrett.

²³ Se **Timmermann Pedersen 2000** s.85 flg.

²⁴ Se Rt-1951-19, Rt-1957-1190 og Rt-1973-460

²⁵ Se **Forholdsmessighetsprinsippet, Rasmussen** s.321.

Det kan anføres som en ulempe at flere enn tidligere vil prosedere på manglende forholdsmessighet dersom gjeldende rett skulle gi rettskildemessig grunnlag for et generelt prinsipp. Rasmussen er enig i at saker for domstolene rundt dette spørsmålet trolig vil øke. Likevel hevder han at det ikke vil bli anlagt langt flere saker enn om prinsippet ikke ligger klart i dagen. ”Når man først prosederer, skyter man med de kuler man har”, fremhever han i sin artikkel på s.321.

Uansett om det finnes et *generelt* forholdsmessighetsprinsipp i norsk rett, viser gjennomgangen ovenfor at det finnes rettskildemessig grunnlag for krav til et vedtaks materielle innhold med underliggende forholdsmessighetsvurderinger. Sagt på en annen måte foretar Høyesterett en eller annen form for overprøvelse av vedtakets hensiktsmessighet, urimelighet eller forholdsmessighet. Riktignok kan det være uenighet om hva man skal kalle denne formen for domstolskontroll med forvaltningsskjønnet, men det interessante er *innholdet* i normen Høyesterett har gitt grunnlag for, og hvor terskelen og rekkevidden for overprøvingen i så måte ligger.

I det følgende skal vi derfor prøve å kartlegge innholdet av dette omdiskuterte forholdsmessighetsprinsippet, herunder undersøke hva man kan finne av ulike forholdsmessighetsvurderinger i domstolsmateriale fra Høyesterett.

3. Domstolenes ulike prøvingsteknikker med forvaltningens skjønnsutøvelse

Høyesterett har ulike prøvingsteknikker for å gå tett inn på forvaltningsskjønnet og et vedtaks materielle innhold, uten å krysse grensen til en direkte prøving av vedtakets innhold. Domstolene er tydelig tilbakeholdne med å prøve et vedtaks forholdsmessighet eller rimelighet direkte.

De andre tilnæringsmåtene det vises til, er allment aksepterte metoder for overprøvelse av forvaltningsskjønnet som i prinsippet ikke innebærer noen form for slik materiell prøving av vedtaket. Men forholdsmessighetsvurderinger ligger under også ved den indirekte kontrollen, som grunnlag for å bestemme hvor strenge krav som stilles til måten avgjørelsen er blitt til på. Hvor det ikke lar seg gjøre å få overprøvd vedtakets forholdsmessighet ved hjelp av slike indirekte prøvingsmetoder, eller det ser for oppkonstruert ut, vil retten stå overfor spørsmålet om den skal foreta en direkte prøving av om vedtaket rent forholdsmessig ligger innenfor det retten oppfatter som akseptabelt ut fra rimelighets- eller forholdsmessighetsvurderinger.

I det følgende skal det først ses på ulike indirekte prøvingsteknikker vi finner i domstolsmateriale fra Høyesterett ved kontroll av forvaltningsvedtaket, med ulike grader av forholdsmessighetsvurderinger som styrende for vurderingen. Deretter foretas det en gjennomgang av rettspraksis hvor grensen til en direkte prøving av vedtakets innhold er krysset. I fortsettelsen skal jeg også diskutere spørsmålet om hvor langt Høyesterett kan og bør gå med hensyn til å bruke direkte innholdsvurderinger som prøvingstema, og når det er bedre å bruke en mer indirekte tilnærming.

3.1 Skjerpet begrunnelsesplikt ved særlig inngripende vedtak

En prøvingsmetode overfor forvaltningsskjønnet som har kommet særlig i fokus de siste tiårene, er skjerpede krav til saksbehandlingen ut fra vurderinger av vedtakets materielle innhold. Vi har noen eldre høyesterettsdommer om relegasjon fra universitetet hvor en slik

betraktningens måte synes å ha vært et moment,²⁶ men i nyere rettspraksis er det særlig Høyesteretts tolkning av forvaltningslovens begrunnelsesplikt i § 25 som grunnlag for skjerpet begrunnelsesplikt ved særlig inngripende vedtak, som har vært i fokus.

Utgangspunktet for diskusjonen rundt den skjerpede begrunnelsesplikten er Isene-dommen i Rt-1981-745. Alfred Isene fikk kjøpt et bruk han hadde leid i flere år. Bruket grenset ikke til eiendommen hans, men lå i nærheten og dekket hans behov for tilleggsjord. Fylkeslandbruksstyret traff vedtak om å gjøre forkjøpsrett gjeldende. Jorden skulle i stedet legges til tilgrensende bruk som tilleggsjord. Vedtaket ble stadfestet av Landbruksdepartementet. Departementet begrunnet vedtaket med arronderingsmessige og driftsmessige hensyn.

Isene anket saken til Høyesterett med påstand om at forkjøpsvedtaket måtte kjennes ugyldig, idet han viste til at vedtaket innebar at han og hans sønn mistet sin levevei i jordbruket.

Høyesterett fant at vedtaket var ugyldig. Retten tok utgangspunkt i at jordloven måtte forstås slik at det ikke kunne gripes inn med forkjøpsrett med mindre det måtte *”anses rimelig klart”* at man oppnådde et bedre resultat ved inngrepet ut fra lovens formålsbestemmelse enn resultatet av det salg som det var spørsmål om å gripe inn i. I dette lå det åpenbart et krav om at dette vurderingstemaet måtte avspeiles i den begrunnelsen som ble gitt.

Retten fremholdt at kravene til begrunnelsen måtte skjerpes når det gjaldt *”et vedtak så inngripende som det foreliggende”*, og at det måtte fremgå at vedtaket var truffet etter et *”saklig og forsvarlig skjønn”*. Særlig måtte dette gjelde når vedtaket fremtrådte som *”så lite rimelig”* som tilfellet her. Etter en gjennomgang av mangler ved begrunnelsen fant retten at manglene tydet på *”svikt ved selve avgjørelsen”* og at dette kunne ha hatt betydning for vedtakets innhold.

I teorien er dommen, som nevnt, særlig blitt oppfattet som et krav til forvaltningens saksbehandling i form av en regel om skjerpet begrunnelsesplikt ved særlig inngripende vedtak.²⁷ Slik oppfattes Isene-dommen også av dommer Lund i von Koss-dommen i Rt-1993-487 på side 599, hvor han uttalte at konsesjonsmyndighetene hadde *”en særlig oppfordring til å ha in mente at kravet til begrunnelse skjerpes når det treffes særlig inngripende vedtak jf Rt-1981-745”*.

Dette er klart nok riktig så langt det rekker, men etter min mening fanger ikke denne karakteristikken opp det som er det viktigste poenget ved dommen; den handler ikke om en sakstypebasert nyansering av kravet til begrunnelse etter forvaltningslovens § 25, men om et *skjerpet begrunnelseskrav* basert på en helt konkret forholdsmessighetsvurdering av vedtakets materielle innhold. Dommer Schweigaard Selmer synes å oppstille et krav om at jordloven praktiseres ut fra et forholdsmessighetsprinsipp når hun understreker at verdien av å bruke jordloven må veie tyngre enn det inngrepet som dette representerer. Sagt på en annen måte må det være forholdsmessighet mellom mål og midler.

Når hun videre sier at vedtaket må begrunnes mer inngående ved svært inngripende vedtak, må dette forstås som at hun ikke er overbevist om dette vedtakets forholdsmessighet. Den forståelsen er lagt til grunn av flere forfattere. Graver hevder at Isene-dommen kan sies å være en forløper til et generelt forholdsmessighetsprinsipp. Det sentrale i saken er etter hans syn

²⁶ Se Rt-1950-1124 og Rt-1967-644.

²⁷ Se f.eks **Boe 1993** s.777-778 og **Woxholth 1993** s. 377-378.

”ikke det som sies om krav til begrunnelsen, men det som sies om forholdsmessighet”. Han hevder at dommer Schweigaard Selmer ”sier at hun ville akseptert selv et vedtak som var meget inngripende for Isene, dersom hun kunne sett at det var rimelig klart at resultatet alt i alt var det beste”.²⁸

Johan Greger Aulstad har det samme inntrykket av Isene-dommen. Han uttaler at dommen etterlater *”et inntrykk av at det først og fremst var forkjøpsrettsvedtakets innhold Høyesterett reagerte på, men at retten ikke ønsket å stemple forvaltningens vedtak som grovt urimelig”*. På denne bakgrunn er Aulstad kritisk til at Høyesterett kjente vedtaket ugyldig uten at retten vurderte den mangelfulle begrunnelsen i forhold til de ulovfestede ugyldighetsreglene. I denne sammenheng understreker han at *”mangelfull begrunnelse er en tilblivelsesfeil og ikke en innholdsmangel, noe som gjør at det rent faglig ikke skal være mulig å komme til at et vedtak automatisk blir ugyldig som følge av denne feilen”*.²⁹ På denne bakgrunn tar Aulstad til orde for at den uklare og faglige inkonsekvens Høyesterett har skapt gjennom det skjerpede begrunnelseskravet best kan bringes ut av verden ved en lovfesting av kravet til forholdsmessighet.³⁰

Til tross for denne kritikken av den rettslige innfallsvinkelen i Isene-dommen, er metoden med å overprøve forvaltningens skjønnsutøvelse ved å stille opp et strengt krav til forvaltningens begrunnelse, fulgt opp av Høyesterett i flere saker. I Rt-1982-1487 som gjaldt spørsmålet om gyldigheten av et forkjøpsrettsvedtak som staten hadde gjort gjeldende, anvendte Høyesterett tilnæringsmåten med skjerpet krav til begrunnelse fra Isene-dommen. Retten fant imidlertid at departementets begrunnelse for vedtaket ikke var beheftet med mangler som medførte ugyldighet, men uttalte til vår interesse *”at det har vært ansett rimelig klart at man gjennom inngrepet oppnår et resultat som ut fra lovens formål ble vurdert som bedre enn resultatet av det salg som det er tale om å tre inn i”*.³¹

Lignende uttalelser er også å finne i Rt-2000-1056, Rt-2000-1066, og Rt-2008-96. Den nyeste av disse dommene gjaldt blant annet spørsmål om gyldigheten av kommunens vedtak om bruk av sin forkjøpsrett til leiegårder jf. leiegårdsloven § 2. Vedrørende begrunnelsesplikten viste retten til at *”omfanget av plikten til å begrunne vil variere etter vedtakets karakter”* og refererte fra Rt-2000-1056 på side 1063:

”Det sentrale spørsmålet er om departementet har gitt en tilstrekkelig begrunnelse for vedtaket. I denne sammenheng er det naturlig å ta utgangspunkt i forvaltningsloven § 25 tredje ledd 1. punktum som fastsetter at 'De hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsmessig skjønn, bør nevnes'. Hvor detaljerte krav som skal stilles, må etter min mening bero på vedtakets karakter. Det kan ikke, slik staten anfører, bare oppstilles to kategorier vedtak slik at det alltid er tilstrekkelig å etterleve hva som følger direkte av ordlyden i forvaltningsloven § 25 tredje ledd med mindre vedtaket er så inngripende at det skjerpete begrunnelseskravet som særlig er fastsatt i Isene-dommen, Rt-1981-745, kommer til anvendelse. Kravet må avpasses etter hvor inngripende vedtaket er”.

²⁸ Se Graver 2000 s. 195.

²⁹ Se Festskrift, Aulstad s. 607-609.

³⁰ Se Festskrift, Aulstad s. 608 hvor han foreslår en lovbestemmelse med følgende innhold: ”Et forvaltningsorgan skal ikke anvende sin skjønnsutøvelse på en måte som er unødvendig tyngende for et eller flere private rettssubjekter. Videre må de fordeler forvaltningen oppnår ved skjønnsutøvelsen overstige ulempene”.

³¹ Se dommen på side 1491-1492.

Som gjennomgangen viser, har Høyesterett i en rekke saker valgt å bygge på et skjerpet krav til begrunnelse i stedet for å kjenne vedtaket ugyldig etter en forholdsmessighetsvurdering som direkte prøvingstema. Hvorfor valgte så Høyesterett en slik indirekte tilnærming i akkurat disse sakene?

Det er forståelig at Høyesterett i saker som angår jordloven og andre landbrukspolitiske spørsmål vegrer seg for å overprøve et forvaltningsskjønn basert på faglig spesialkompetanse og overordnede landbrukspolitiske målsettinger. Men det går likevel en grense for hvor langt denne tilbakeholdenheten rekker. Det er da oppsiktsvekkende at Høyesterett i dommer som Isene-dommen og Skottadommen ikke er klarere på at det man i realiteten gjør, er å sette vedtaket til side direkte på grunnlag av det materielle innholdet. Forkjøpsvedtaket hadde så vidtgående konsekvenser for Isene at det ikke var grunn til å legge skjul på at her var det materielle rettssikkerhetshensyn som slo gjennom.

Spør man hva retten hadde gjort i Isene-dommen dersom vedtaket faktisk var tilstrekkelig begrunnet, er det mest nærliggende svaret at ikke den ville være fornøyd med *noen* begrunnelse for et slikt resultat. Men hvis denne fremgangsmåten ble helt umulig, måtte nok retten, etter sin karakteristikk av vedtaket, høyst sannsynlig ha funnet det grovt urimelig og dermed kjent det ugyldig. Det fremgår tydelig av premissene i dommen at retten fant situasjonen for Isene så uakseptabel at vedtaket måtte kjennes ugyldig på et eller annet grunnlag. På denne bakgrunn er det enda større grunn til å stille seg kritisk til Høyesteretts indirekte tilnæringsmåte i denne saken.

Et skjerpet krav til begrunnelse ved særlig inngripende vedtak er riktignok bra som et direktiv til forvaltningen når de utøver sitt skjønn. En grundigere saksbehandling, og herunder strenge krav til en samtidig begrunnelse, vil klart nok være et godt virkemiddel for å redusere antallet uforholdsmessige tyngende avgjørelser truffet av forvaltningen. Men Isene-dommen illustrerer at en slik abstrakt eller generaliserende tilnærming når det gjelder kravene til begrunnelsen, ikke alltid vil føre til målet. Det vil kunne forekomme formelt uangripelige forvaltningsavgjørelser som er så inngripende og grovt urimelige overfor den enkelte borger i seg selv, at en direkte prøvelse av vedtakets forholdsmessighet er nødvendig av rettssikkerhetsmessige hensyn.

3.2 Rettslige krav til diskresjonære forvaltningsvedtaks subjektive premisser

Tradisjonelt er legalitetsprinsippet beskrevet som et generelt krav om at idømmelse av straff og andre myndighetshandlinger fra det offentlige må ha hjemmel i formell lov. En alternativ formulering av prinsippet finner vi hos Eckhoff når han uttaler at poenget med prinsippet er at *”Hjemmel i lov er nødvendig hvis det ikke foreligger noe annet grunnlag for kompetanse”*.³² Dette må så ses i sammenheng med at de andre aktuelle kompetansegrunnlagene; avtalefrihet, instruksjonsmyndighet og sedvane, i alle fall som alt overveiende hovedregel ikke vil hjemle plikter for eller inngrepskompetanse overfor borgerne.

Bernt fremholder imidlertid at spørsmålet om hvorvidt det foreligger hjemmel, ikke er det sentrale poenget når det gjelder offentlig myndighetsutøvelse. Det viktigste spørsmålet er i praksis ikke hvilke krav man skal stille til typen hjemmelsgrunnlag, *”men hvor langt eksisterende hjemmel rekker”*.³³ Ved å se hjemmelskravet til offentlige organers

³² Se Eckhoff og Smith 2006 s. 310

³³ Se Legalitetsprinsippet, Bernt s. 127

myndighetsutøvelse i sammenheng med de mer generelle spørsmål om hjemmel for offentlige organers virksomhet, omformulerer Bernt legalitetsprinsippet i den nevnte sammenheng som en ”generell rettskildemessig retningslinje eller ”standard”.³⁴ Han mener at ”kravet til hjemmel for offentlig myndighetsutøving i dette begrepets videste forstand lar seg beskrive som en sammenhengende linje gjennom forvaltningens forskjellige typer beslutningsmyndighet, med stadig strammere krav til det rettskildemessige grunnlaget for å kunne legge til grunn at et organ har kompetanse til å treffe beslutninger av en bestemt type”.

Bernt fremholder at rekkevidden av forbudet mot å ta utenforliggende hensyn på ulike områder avspeiler et slikt krav. Poenget i denne sammenheng er altså at den aktuelle avgjørelsens karakter er bestemmende for hvor vid eller snever grensen skal være for hvilke typer subjektive premisser det er adgang til å trekke inn og legge vekt på.

Forbudet mot utenforliggende hensyn er imidlertid kun en ytre tilblivelseskontroll hvor det aktuelle vedtakets innhold ikke er tema, men derimot måten vedtaket ble til på. Bernt fremhever at dette er en form for ”negativ premisskontroll med vekt på det ulovlige formål” og at ”en vesentlig rettssikkerhetsgaranti for en materielt forsvarlig avgjørelse ikke er tilstede”. Spørsmålet om vedtakets innhold er materielt riktig, tar domstolene følgelig ikke stilling til.³⁵

Synspunktene ovenfor peker likevel i retning av at også forbudet mot å ta utenforliggende hensyn er en prøvingsteknikk hvor vedtakets materielle innhold kan ha en viss indirekte betydning for utfallet av vurderingen av grensene, avhengig av hvilke hensyn som er lovlige å vektlegge. Så lenge tema er hensynene og ikke vektleggingen av disse, er vi riktignok trygt innenfor en indirekte og formell tilblivelseskontroll, men ved vurderingen av hvorvidt et hensyn konkret har blitt trukket inn og vektlagt, og om det er en rimelig mulighet for at dette kan ha betydning for vedtakets innhold, vil underliggende forholdsmessighet- eller rimelighetsvurderinger kunne bli utslagsgivende.³⁶

Kontrollen med premissene for konkret utøving av forvaltningsskjønn omfatter ikke bare den negative premisskontrollen ved forbudet mot å ta utenforliggende hensyn. Dette kommer i første rekke til uttrykk i kravet om at vedtaket skal ha et lovlig hovedformål, det skal ta sikte på - eller være egnet til - å fremme lovens formål. Det kan altså oppstilles *positive* krav til at ”lovens formål” må inngå som et obligatorisk premiss ved utøvingen av det frie skjønnet. Tidligere har vi sett at visse hensyn som ikke fremmer lovens formål, kan bli karakterisert som usaklige eller irrelevante, jf. forbudet mot utenforliggende hensyn. Nå er spørsmålet om det foreligger et positivt krav til innholdet av de subjektive premissene for skjønnet.

Bernt hevder at det ”ikke er tvilsomt at det er et rettslig krav til et forvaltningsvedtak at de hensyn loven tillegger forvaltingsorganet å ivareta, inngår i skjønnsutøvingen, slik at denne kan sies å være basert på et adekvat sett premisser”.³⁷ I den forbindelse understreker han at et skjønn hvor lovens formål overhodet ikke inngår som premiss, er ufullstendig og at ”det er ulovlig fordi det er i strid med eksplisitte eller implisitte direktiver i loven mht. hensyn som skal søkes tilgodesett ved denne type vedtak”.

³⁴ Se Legalitetsprinsippet, Bernt s.131

³⁵ Se Utenforliggende hensyn, Bernt s. 266

³⁶ Se Utenforliggende hensyn, Bernt

³⁷ Se Utenforliggende hensyn, Bernt s 271-271

Spørsmålet om et vedtak i en konkret situasjon er objektivt egnet til å fremme lovens formål, er i alle fall som alminnelig utgangspunkt overlatt til forvaltningens frie skjønn. Det er på denne bakgrunn Bernt oppstiller en rettslig begrensning i den diskresjonære kompetanse som tar form som et krav om at vedtaket positivt må være motivert av ønsket om å fremme lovens formål. Et slikt krav har vært tema i flere saker for norske domstoler hvor forvaltningen gjennom lov er tillagt diskresjonær myndighet til å treffe bindende vedtak overfor private parter. I sakene har kravet helst vært håndhevet som et utslag av legalitetsprinsippets krav om hjemmel i lov ved inngrep overfor borgerne.

Bernt uttaler at det er tale om ”*en viss innskrenkende fortolkning av hjemmelen for vedtak av den aktuelle type, i form av et krav om at vedtaket skal ta sikte på å fremme ”lovens formål”*”. Sammenlignet med forbudet mot å ta utenforliggende hensyn går kravet om at vedtaket skal ta sikte på å fremme lovens formål, et skritt lenger i retning av å trekke rettslige rammer for selve avgjørelsens innhold. I motsetning til forbudet mot å ta utenforliggende hensyn er det her ikke spørsmål om ”*etterprøving av sakligheten av enkelte premisser uavhengig av vedtakets materielle innhold, men derimot om en begrensning av forvaltningsorganets diskresjonære kompetanse i form av et positivt krav til vedtakets motiverende premisser*”.³⁸

Det er imidlertid flere relevante hensyn ved utøvelsen av forvaltningsskjønnet. Læren om utenforliggende hensyn eller ”magtfordrejningslæren”³⁹ er nettopp bygd på en forutsetning om at vi ikke kan tolke kravet om at vedtaket skal ha et lovlig hovedformål antitetisk, og handler om skranker for den premissfriheten som forvaltningsskjønnet gir rom for.

I dette bildet er hensynet til de skadelidende interesser ved vedtaket et relevant ”mothensyn” som ikke bare kan, men alltid skal inngå i forvaltningens skjønnsmessige avveining. I visse tilfeller følger slike begrensninger i friheten til å ensidig vektlegge lovens formål av kvalitative avveiningsmarkører i loven selv. For eksempel kan det fremgå av lovens ordlyd at noe må være ”nødvendig” el., som krav til styrken av de hensyn som kan begrunne et vedtak av et bestemt innhold. Men det må også ellers være et alminnelig krav at hensynet til private parter som blir negativt påvirket av et vedtak av et bestemt innhold, *alltid* skal inngå i den skjønnsmessige vurdering. Bernt uttaler i denne sammenheng at vi må bygge på en alminnelig antagelse om at lovgiver i slike tilfeller har forutsatt at forvaltningen ikke bare skal vektlegge lovens spesielle formål, men også de motstående hensyn som gjør seg gjeldende i det konkrete tilfellet.⁴⁰ Videre sier han at det vil være ”*et rettslig krav til forvaltningens skjønnsutøving at hensynet til andre berørte private eller offentlige interesser enn ”lovens formål” inngår som momenter ved den endelige avveining*”.⁴¹

Selve avveiningen er en del av det diskresjonære forvaltningsskjønnet. Domstolene er derfor i utgangspunktet avskåret fra å overprøve selve skjønnsutøvelsen. Men det ”*rettslige kravet*” Bernt oppstiller om at hensynet til skadelidende parter må inngå i avveiningen, vil klart nok kunne være med på å sette skranker for forvaltningsvedtakets materielle innhold.⁴² Kan synspunktet anvendes som et positivt krav til hva forvaltningen må vektlegge av relevante hensyn, vil et forvaltningsvedtak være basert på et mangelfullt skjønn dersom hensynet til den vedtaket går ut over, ikke inngår i vedtakets subjektive premisser.

³⁸ Se **Utenforliggende hensyn, Bernt** s. 267.

³⁹ Se Poul Andersens avhandling ”Om ugyldige Forvaltningsakter” fra 1924 hvor læren om ”ulovlig formål” eller ”utenforliggende hensyn” for alvor ble introdusert i nordisk forvaltningsrett under betegnelsen ”Magtfordrejning”.

⁴⁰ Se **Utenforliggende hensyn, Bernt** s. 258

⁴¹ Se **Utenforliggende hensyn, Bernt** s. 258

⁴² Se **Utenforliggende hensyn, Bernt** s. 258

Også ved et slikt positivt krav til premissene vil jeg hevde at underliggende rimelighetshensyn eller forholdsmessighetsvurderinger ligger til grunn. Kravet representerer ingen domstolskontroll med selve resultatet forvaltningen kommer til, men forhindrer at forvaltningen kun har øye for å fremme lovens formål. I dette ligger et krav om at forvaltningen skal foreta en forholdsmessighetsvurdering, et krav som i praksis bare vil bli brukt som innsigelse mot vedtaket i situasjoner hvor domstolen eller det forvaltningsorgan som foretar en rettslig prøving av vedtaket, mener at en slik forholdsmessighetsvurdering ville eller kunne føre til et annet resultat.

Enda et skritt videre med hensyn til spørsmålet om indirekte prøvingsteknikker med underliggende forholdsmessighetsvurderinger, går Bernt ved å redegjøre for sontringen mellom lovlige hovedhensyn og lovlige sidehensyn.⁴³ Her viser han til Frihagens tredeling av de rettslige skranker som følger av læren om utenforliggende hensyn. Inndelingen angir *”en begrenset gruppe hovedformål en kan ta sikte på å vareta, en videre gruppe sidehensyn som kan trekkes inn og enkelte typer formål som ikke er akseptable å trekke inn i det hele”*⁴⁴

Lovens formål fremstår her som et obligatorisk hovedhensyn som vedtaket må bygge på. I tillegg til det negative kravet om at premissene ikke skal inneholde utenforliggende hensyn, tar Frihagen til orde for et positivt krav til de motiverende premissene og avveiningen som finner sted. I dette mønsteret blir de nøytrale sidehensyn en gruppe fakultative hensyn som både faller utenfor lovens hovedformål og utenfor gruppen av de forbudte utenforliggende hensyn.

I motsetning til kravet om at forvaltningsvedtaket må fremme lovens formål, forutsetter sontringen mellom lovlige hovedhensyn og lovlige sidehensyn at både premissvalget og selve avveiningen i skjønnsutøvelsen gjøres til gjenstand for en viss overprøving. Bernt formulerer det slik at *”sontringen impliserer at det også må stilles krav til den vekt et obligatorisk hensyn blir tillagt ved skjønnsutøvingen”*.⁴⁵ Han forklarer videre at lovens formål ikke i seg selv må ha vært en tilstrekkelig årsak til vedtaket, men det må ha vært en *”nødvendig årsak til at vedtaket ble det det ble og det må også ha hatt en ganske fremskutt plass i avgjørelsesprosessen”*. Dette betyr som nevnt ovenfor at også selve skjønnets kjerne, avveiningen, gjøres til gjenstand for en viss kontroll av domstolene, i tillegg til valget av subjektive premisser. Domstolene må altså sette seg inn i den avveiningsprosessen som forvaltningen har foretatt og ta stilling til denne. Den rent ”ytre kontroll” med skjønnet, begrenset til en konstatering av hvilke premisser som har inngått i vurderingen, er i så måte overskredet i denne sammenheng.

Med andre ord er *”det her spørsmål om et krav som i motsetning til forbudet mot å ta utenforliggende hensyn og kravet om at lovens formål skal ha inngått som premiss for skjønnet, i realiteten angår og setter vesentlig skranker for vedtakets innhold”*⁴⁶

Dette kravet setter vesentlige skranker for vedtakets innhold. Ifølge den skjønsmessige kompetansen som forvaltningen er tillagt i medhold av fullmakt fra Stortinget, er domstolene etter læren om det frie skjønn som utgangspunkt avskåret fra å overprøve. Men ved å gå inn på en indirekte kontroll av vedtaket som også går inn på hvor stor vekt ulike hensyn tillegges,

⁴³ Se **Utenforliggende hensyn, Bernt** s. 271-272.

⁴⁴ Se **Utenforliggende hensyn, Bernt** s. 269.

⁴⁵ Se **Utenforliggende hensyn, Bernt** s. 271.

⁴⁶ Se **Utenforliggende hensyn, Bernt** s. 273.

nærmer vi oss en direkte overprøving av skjønnsutøvelsen. Når *avveiningen* av hvilke hensyn som er relevante blir gjenstand for en viss kontroll, har vi i realiteten gått inn på en prøving av de underliggende forholdsmessighetsvurderinger.

Vi ser altså at domstolene har utviklet flere måter å nærme seg forvaltningsskjønnet på. De prøvingsteknikkene som er nevnt overfor, benytter forholdsmessighetsvurderinger som en underliggende premiss for den *indirekte* kontrollen med vedtakets materielle innhold. Tilsvarende resonnement som ved de skjerpede krav til begrunnelse ved særlig inngripende vedtak, foreligger her. [Se punkt 3.1.](#)

Spørsmålet er også her hvor langt man skal presse disse indirekte tilnæringsmåtene. Dersom domstolene kommer i land ved å sette et sterkt urimelig eller uforholdsmessig vedtak til side gjennom å anvende en såkalt ”indirekte prøvingsteknikk”, blir ikke spørsmålet om prøving av vedtakets materielle innhold satt på spissen. Problemstillingen er hvor langt de kan og bør gå i retning av denne type prøving når realiteten er at det er vedtakets innhold, og ikke måten det er blitt til på, som er det egentlige tema.

I visse tilfeller er det ikke mulig å fange opp uforholdsmessigheten uten å gå direkte på vedtakets innhold. De indirekte prøvingsmetodene fører ikke til målet fordi det ikke er mulig å påvise feil ved saksbehandling eller grunnlaget for den skjønsmessige vurdering. I andre situasjoner vil det være oppkonstruert og misvisende å presse den indirekte vinklingen når realiteten er kritikk av vedtakets innhold, slik som i Isene-dommen i Rt-1981-745. I slike situasjoner fremstår den direkte prøvingen av vedtakets forholdsmessighet ikke bare som et nødvendig sikkerhetsnett hvor andre prøvingsteknikker ikke fører til målet, men også som en mer åpen og gjennomsiktig kontrollteknikk som det er lettere for rettslivet å forstå og forholde seg til.

3.3 Direkte prøving av vedtakets forholdsmessighet

Slik rettskildebildet fremstår i dag, er et *generelt* forholdsmessighetsprinsipp ikke allment akseptert i norsk juridisk teori. [Se punkt 2.](#) Likevel er det bred enighet i teorien om at læren om sterkt urimelige forvaltningsvedtak er en del av gjeldende rett etter den såkalte ”misbrukslæren”, og flere forfattere viser til at et krav om forholdsmessighet og tilsidesetting av sterkt urimelige avgjørelser er nært beslektet. Her er et nærliggende synspunkt at det ikke kan være avgjørende om man velger å se prøvelsen av vedtakets materielle urimelighet som utslag av et generelt forholdsmessighetsprinsipp eller som del av forbudet mot å treffe grovt urimelige vedtak. Hovedspørsmålet er om vedtakets innhold ligger innenfor visse forsvarlighetsmessige rammer.

I den videre fremstilling er det derfor utgangspunktet at det ikke er noe prinsipielt skille mellom de to ulike tilnæringsmåtene. Problemstillingen er mer hva som er den mest treffende betegnelse på og beskrivelse av den prøvingen av det materielle innhold av et forvaltningsvedtak.

Mortvedtdommen i Rt-1951-19, gir som angitt av Bernt og Rasmussen [i punkt 2](#) det klareste eksempelet på at Høyesterett kjente et forvaltningsvedtak ugyldig etter en prøvelse av vedtakets materielle urimelighet. Førstvoterende understreket at det fremstod som et ”*åpenbart støtende resultat*” å nekte de eldre drosjeeierne å utøve sitt yrke når de hadde betalt sine bøter og således gjort opp for seg. Retten fant resultatet ”*så urimelig og stridende mot*

alminnelig samfunnsoppfatning” at myndighetens vedtak om å nekte drosjeeierne nye bevillinger måtte ansees rettsstridig og erklæres ugyldig.

Her uttrykker Høyesterett eksplisitt at vedtaket er direkte ugyldig som følge av urimelige konsekvenser for den private part, dette til tross for at retten kunne valgt å begrunne resultatet på en annen måte. Bernt uttaler at retten, som et alternativ, kunne kjent vedtaket ugyldig ut fra *”likhetsbetraktninger eller en finere nyansering av landssvikforhold i relasjon til spørsmålet om grensen for lovlige hensyn”*.⁴⁷

I to senere dommer i Rt-1954-1165 og Rt-1957-824, som også gjaldt avslag på søknader om fornyede drosjebevillinger, ble søkerne ikke hørt med sine innsigelser om rettstridige forvaltningsvedtak. Dommene kan imidlertid ikke ses som uttrykk for at Høyesterett nå avviste den prøvingsteknikk som ble foretatt i Mortvedtdommen. Dommene må heller forstås slik at Høyesterett foretok en prøving av den materielle rimelighet, men fant at vedtaket lå innenfor forsvarlighetens rammer. Men de gir kanskje signaler om at Høyesterett mener å legge terskelen for å sette et vedtak til side på grunnlag av en slik prøving, svært høyt.

Seljeliddommen i Rt-1957-1190 bygger i alle fall videre på den rettsoppfatning som ble lagt til grunn i Mortvedtdommen om at retten kan prøve den materielle rimelighet av forvaltningens avgjørelser. Saken gjaldt krav om erstatning for rettsstridig inndragning av drosjebevilling. En sjåfør var tidligere straffet for medlemskap i NS og kjøring for Org. Todt under krigen. Som følge av landssviket fikk han inndratt kjøreseddelen sin da han gjenopptok drosjekjøringen våren 1947. Sjåføren fikk tross henvendelser til politiet ikke tilbake kjøreseddelen før våren 1951. Retten fant at inndragningen ikke var rettsstridig. Imidlertid la Høyesterett til grunn at det var rettsstridig av politiet å *oppretholde* inndragningen så lenge som det var gjort. Førstvoterende fremholdt at forholdene omkring årsskiftet 1948-49 var slik at sjåføren burde fått kjøreseddelen tilbake. Han uttalte i denne sammenheng at det var *”åpenbart urimelig og rettsstridig at inndragningen ble opprettholdt”*, hensett til arten av sjåførens forhold under krigen. Kravet om erstatning ble etter dette tatt til følge.

Denne direkte prøvingsteknikken ser vi også spor av i nyere rettspraksis. Selv om de fleste av dommene hvor Høyesterett tar opp spørsmålet om vedtakets rimelighet ikke fører til ugyldighet, er spørsmålet klart angitt som vurderingstema. Rt-2002-209 som gjaldt spørsmålet om gyldigheten av et forelegg med hjemmel i plan- og bygningsloven § 114 er illustrerende. Her uttalte retten at: *”det er som element i reglene om myndighetsmisbruk utviklet et prinsipp om at domstolene kan kjenne ugyldig vedtak som etter sitt innhold er sterkt urimelig.”* Imidlertid uttalte retten at det *”etter rettspraksis skal mye til for at domstolene med en slik begrunnelse kjenner vedtak ugyldig”*. Etter en konkret vurdering av rimeligheten fant retten at selv om forelegget rammet vedkommende hardt, var det *”ikke av et slikt urimelig innhold at det av den grunn”* burde kjennes ugyldig.

I den omtalte Fjærkresaken i Rt-1973-460 ble imidlertid resultatet det motsatte. Retten fant det *”åpenbart urimelig og rettsstridig”* at inndragningen ble opprettholdt så lenge som forvaltningen hadde bestemt.

Til tross for at retten er tilbakeholden med å kjenne vedtak ugyldig som følge av forholdsmessighetsvurderinger, viser rettspraksis at prøvingsformen er et aktuelt vurderingstema i mange situasjoner og noen ganger brukes som ugyldighetsgrunnlag. Både

⁴⁷ Se Utenforliggende hensyn, Bernt s. 260

Mortvedtdommen og Fjærkresaken står her frem som eksempler på en velfungerende prøvingsform med krav til forholdsmessighet som grunnlag for ugyldighet. Det fremstår derfor som uforståelig at retten bare tør nærme seg forvaltningskjønnet ved slik direkte prøvelse hvor vedtaket medfører så vidtgående konsekvenser for den private part som i de nevnte sakene. Også i saker med mindre vidtgående konsekvenser for den private part er behovet for å få etterprøvd vedtaket til stede av rettssikkerhetsmessige hensyn.

4. Vilårsstillelse

Som sagt ovenfor, er det usikkert om man bør snakke om et generelt forholdsmessighetsprinsipp i norsk rett. Det finnes likevel et område innenfor norsk forvaltningsrett hvor et krav om forholdsmessighet har fått et mer sikkert rettskildemessig grunnlag; nemlig i den såkalte vilårs læren.

Vilårs læren går ut på at forvaltningen på ulovfestet grunnlag har kompetanse til innen visse rammer å stille tyngende vilkår til et ellers begunstigende forvaltningsvedtak som treffes under utøvelse av diskresjonær myndighet. Læren er utviklet i et samspill mellom teori og rettspraksis, hvor litteraturen har fått aksept for sin forståelse og beskrivelse av den lære rettspraksis har gitt grunnlag for.

Læren om vilårsstillelse er en spesialregel som i utgangspunktet faller utenfor temaet om et generelt krav om forholdsmessighet til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser. Likevel gir læren en interessant parallell til oppgavens tema. I begge tilfeller dreier det seg om krav til utøvelsen av forvaltningens diskresjonære myndighet. Og i begge tilfeller er det tale om en vurdering av forholdsmessigheten mellom mål og middel.

Forvaltningen kan bare stille vilkår hvor den har frihet til å bestemme om et vedtak skal treffes og eventuelt dets innhold. Vilkår kan således ikke settes ved de såkalte lovbundne vedtak hvor vedkommende hjemmelslov gir borgeren et rettskrav dersom lovens vilkår er oppfylt. Dette kan utledes av *lex superior*-prinsippet som tilsier at myndighetene ikke kan fastsette vilkår i strid med lov eller andre regler som har høyere trinnhøyde enn forvaltningsvedtaket.

Vilårs læren angår altså situasjoner hvor forvaltningen har en skjønnsmessig kompetanse til å avgjøre om et vedtak skal treffes og eventuelt med hvilket innhold. Den oppstiller blant annet et krav til forholdsmessighet mellom det tyngende vilkår forvaltningen setter for det begunstigende vedtak og de fordeler forvaltningen oppnår med vilårsstillelsen.⁴⁸ Dette er en problemstilling som bare kan oppstå i forbindelse med vedtak som er begunstigende for den private part, eller hvor det treffes et vedtak som er mindre byrdefullt enn et annet mulig alternativ.

Kravet til forholdsmessighet i læren om vilårsstillelse ble lagt til grunn blant annet ved vedtakelsen av forurensingsloven § 16. Kravet er ikke direkte lovregulert, men i Ot.prp.nr.11 (1979-1980) s.28-29 uttaler regjeringen at ”den alminnelige forvaltningsrettslige regel om at det må være forholdsmessighet mellom mål og midler” kommer til anvendelse. Utover dette er det uklart hvor grensene for forvaltningens ulovfestede vilårskompetanse går. Som regjeringen uttaler i forbindelse med forurensingsloven i Ot.prp. s.28-29, setter prinsippet ingen ”stramme grenser”.

⁴⁸ Se f.eks **Festskrift, Aulstad** s.602.

Et sentralt utgangspunkt i debatten om denne avgrensningen gis imidlertid av Bernt. Han fremholder at myndighetens adgang til å stille vilkår må avgjøres ut fra en bred helhetsvurdering med utgangspunkt i en tolkning av den aktuelle hjemmelslov, supplert med en forholdsmessighets grunnsetning.⁴⁹ Teorien til Bernt har fått bred aksept i teorien⁵⁰, og i Rt-2003-764 gir Høyesterett uttalelser som uttrykkelig støtter hans vilkårlære. Retten uttalte at det er alminnelig antatt at myndighetenes adgang til å vedta tyngende vilkår ”følger av at endringsvedtaket innebærer utøvelse av et forvaltningsmessig skjønn. I slike tilfeller vil utgangspunktet være at forvaltningsmyndigheten kan sette vilkår som tjener til å motvirke de skadevirkninger eller ulemper som det ellers kan følge av vedtaket”. Kravene om saklig sammenheng og forholdsmessighet ble behandlet av retten da den senere i dommen tok stilling til om det stilte vilkåret var gyldig.

På samme måte som et forvaltningsvedtak må fremstå som materielt forholdsmessig, må altså vilkår som forvaltningen stiller til ellers begunstigende vilkår ikke være uforholdsmessig tyngende i forhold til det som søkes oppnådd. Bernt uttaler i denne sammenheng at ”*Det underliggende synspunkt som både begrunner og avgrenser hjemmelen er at forbehold som reelt sett fortøner seg både kvantitativt og kvalitativt som det mindre i forhold til de fullmakter lovgiveren har utrustet vedkommende forvaltningsorgan med, må anses å ha den nødvendige implisitte hjemmel i den diskresjonære kompetanse vedkommende lov tildeler forvaltningen*”.⁵¹

Som vist ovenfor, både kan og vil Høyesterett bruke forholdsmessighetsvurderinger ved prøvingen av om de vilkår forvaltningen stiller til et vedtak er gyldige. Vurderingen av om et vilkår er forholdsmessig i denne sammenheng, gir med andre ord et godt eksempel på en velfungerende formel. Hvorfor man da er så skeptisk til å bruke den samme formelen ved prøvingen av andre forvaltningsrettslige vedtak, fremstår igjen som uforståelig.

5. Forholdsmessighetsprinsippet i EMK

Mens kravet om forholdsmessighet i norsk forvaltningsrett lenge har levd et liv i det skjulte og i de fleste tilfeller må finnes utenfor loven selv, står det sentralt ved Den Europeiske Menneskerettsdomstols (EMD) vurdering av konvensjonsmessigheten av ulike inngrep. Den Europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) er inkorporert i norsk lov, jf menneskerettsloven 21/5 1999 nr. 30 § 2. I saker for Den Europeiske Menneskerettsdomstol mot Norge vil således norske forvaltningsvedtak kunne prøves, og vi vil være bundet av domstolens avgjørelse.

Et forholdsmessighetsprinsipp har kommet til uttrykk flere steder i konvensjonen, for eksempel i art. 2.2 når det gjelder retten til liv, art. 8.2 om retten til privatliv og familieliv, og art. 11.2 om forsamlings- og foreningsfriheten. Siden prinsippet blir anvendt i norsk rett, er det av interesse for oppgavens tema å se hvordan kravet til forholdsmessighet her stiller seg i dette folkerettslige perspektivet. Kravet til forholdsmessighet i EMK er utformet slik at forvaltningen bare skal anvende sin skjønsmessige kompetanse der det er nødvendig. Standardformuleringen som anvendes, er at inngrep i de nevnte rettigheter ikke skal skje med mindre ”det er nødvendig i et demokratisk samfunn”, eller ”necessary in a democratic

⁴⁹ Se **Forbehold ved forvaltningsvedtak, Bernt** s. 70-75.

⁵⁰ Se f.eks **Eckhoff og Smith 2006** s.377

⁵¹ Se **Forbehold ved forvaltningsvedtak, Bernt** s.75

society”. Denne generelle formuleringen er i praksis fra EMD angitt å ligge mellom ytterpunktene ”uomgjengelig” og ”ønskelig” eller ”nyttig”.⁵² Mer presist uttrykt: *”the notion of necessity implies that an interference correspond to a pressing social need and, in particular that it is proportionate to the legitimate aim pursued”*.⁵³ Her må den endelige grensedragningen i følge Jørgen Aall *”foretas i tilknytning til interessen motsetningen i den konkrete sak”*.⁵⁴

I forholdsmessighetsvurderingen må det videre foretas en avveining av inngrepets styrke i forhold til den som rammes, og de samfunnsmessige eller individuelle interesser som tilsier inngrep.⁵⁵ Intensiteten i forholdsmessighetskontrollen varierer med inngrepets styrke. For eksempel fremgår det av art. 2 som gjelder retten til liv at inngrep ikke kan skje med mindre det er *”absolutely necessary”*. Forholdsmessighetskravet er derimot formulert mildere ved inngrep i eiendomsretten i første tilleggsprotokoll art. 1, hvor inngrep ikke kan skje *”except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law”*.

Dette viser at det finnes stor grad av parallellitet mellom norske domstolars tradisjonelle kontroll med forvaltningen og konvensjonsorganenes prøving av det krenkende forhold. Hovedforskjellen ligger i at mens EMD prøver om staten ved forvaltningen har truffet et konvensjonsmessig vedtak i et folkerettslig perspektiv, prøver Høyesterett om forvaltningens vedtak er i samsvar med norsk intern rett.

EMDs kontroll med inngrepets formålmessighet og forholdsmessighet er som gjennomgangen viser, en veletablert og uproblematisk prøvingsteknikk, noe som står i sterk motsetning til usikkerheten som har hersket rundt anerkjennelsen av et forholdsmessighetsprinsipp i deler av norsk juridisk teori. EMK representerer etter dette enda et eksempel på en fungerende forholdsmessighetsprøving som burde tale for mindre skepsis til et tilsvarende prinsipp i norsk intern rett.

6. Forholdsmessighetsprinsippets ”intervensjonsterskel” og rekkevidden av domstolskontrollen

Så langt har vi sett at domstolene ved hjelp av ulike prøvingsteknikker stiller krav til et forvaltningsvedtaks materielle innhold i større eller mindre grad. Blant annet har vi sett at Bernt formulerer et krav til forholdsmessighet i snever forstand som innebærer at det må trekkes *”en grense for hvor langt det offentlige kan gå i retning av inngrep overfor den private part for å fremme lovens formål”*.⁵⁶ Hvor langt forvaltningen kan gå ved inngrep overfor den enkelte for å fremme lovens interesser, kan imidlertid ikke fastsettes en gang for alle, som en generell og allmenngyldig rettsregel som begrenser offentlige myndigheters kompetanse. Flere forfattere har i denne sammenheng vært inne på at *”forholdsmessighetsprinsippets intervensjonsterskel”*⁵⁷ må avgjøres etter en konkret vurdering fra saksområde til saksområde.

⁵² Se Aall 2007 s. 131 og case of Handyside vs. The United Kingdom fra 7.12.1976, series A 24 (1976) para 48-49.

⁵³ Se case of Olsson vs. Sweden fra 24.3.1998, series A 130 (1988) para 67.

⁵⁴ Se Aall 2007 s. 132.

⁵⁵ Se Aall 2007 s. 132.

⁵⁶ Se Utenforliggende hensyn, Bernt s.262.

⁵⁷ Det er Bernt som først formulerer dette begrepet for hvor vidtgående forsvarlighetskrav som vil bli stilt til forvaltningens skjønnsutøvelse, se Utenforliggende hensyn, Bernt s.262.

Om et vedtak skal settes til side som uforholdsmessig eller grovt urimelig, kommer med andre ord an på forholdene i den konkrete sak. Her kan både vedtakets generelle karakter, hvordan inngrepet rammer i den aktuelle sak og det rettskildemessige grunnlaget komme i betraktning.

Som nevnt i [punkt 3.3](#), er det lagt til grunn at terskelen for å sette vedtak til side på grunnlag av forholdsmessighetsbetraktninger i utgangspunktet er svært høy. Dette understrekes i Rt-2002-209 hvor retten fremholder at *”det etter rettspraksis skal mye til”* for at domstolene kjenner et vedtak ugyldig på grunnlag av at vedtak etter sitt innhold er sterkt urimelig. Tilsvarende uttalelser finner vi i Rt-1997-1784 hvor førstvoterende uttalte at *”det skal svært mye til for å sette et forvaltningsvedtak til side alene på det grunnlag at vedtaket er grovt urimelig”*.

Fremstår vedtaket som svært inngripende for den private part, vil man imidlertid kunne se at domstolene lempet litt på den høye terskelen i den forstand at det ikke oppstilles noe krav om at vedtakets urimelighet skal være særlig kvalifisert.

I Fjærkredommen i Rt-1973-460 syntes det som om Høyesterett ved fastleggingen av terskelen for ugyldighet tok i betraktning de katastrofale konsekvensene vedtaket fikk for den private parten. Her passerte vedtaket terskelen for krav til uforholdsmessighet med god margin, til tross for den rimelig høye terskelen retten syntes å stille opp. Vedtaket fikk så katastrofale økonomiske og helsemessige konsekvenser for den private parten at påbudet om opphør av fjærkrefarmen etter rettens mening var *”for drastisk og gikk lenger enn nødvendig”*.

Isene-dommen i Rt-1981-745 viser også at Høyesterett tillegger de konkrete konsekvenser for parten avgjørende vekt ved fastsettelsen av kravene til vedtakets materielle innhold. Vedtaket omhandlet riktignok formelt sett skjerpede krav til forvaltningens begrunnelsesplikt. Likevel illustrerer saken at rimelighetens grenser var overskredet når det gjaldt *”et vedtak så inngripende som det foreliggende”*.

I disse to sakene var det tale om vesentlige inngrep overfor parten, hvor retten synes å gå langt og dypt med hensyn til overprøvingen av forvaltningsskjønnet.

Graver er også inne på at prøvelsesintensiteten varierer etter hvor inngripende vedtaket er. Han trekker særlig frem Sikringsaken i Rt-1991-973 i denne sammenheng.⁵⁸ Saken gjaldt en sikringsdømt drapsmann som var satt i lukket anstalt. Han reiste sak mot staten halvannet år senere med påstand om sikring i frihet, med påstand om at domstolene kunne prøve alle sider av sikringsvedtaket. Høyesterett kom imidlertid til at valget av sikringsmidler var forvaltningsskjønn som retten måtte avstå fra å overprøve, og uttalte på side 983 at *”prøvingen av sikringsvedtaket må skje innenfor rammen av det som generelt gjelder for forvaltningsvedtak”*.

Videre uttalte dommer Schei at *”øvrige rettskildedefaktorer med tyngde taler mot en utvidet prøvingsadgang”*, hvor han blant annet fremholdt at *”den kontroll med at vedtaket ikke må være vilkårlig eller grovt urimelig som domstolene etter alminnelige regler foretar, må skje i lys av de vesentlige rettssikkerhetshensyn som gjør seg gjeldende”*⁵⁹ Og på side 985 fortsatte dommer Schei med å understreke at kontrollen med myndighetsmisbruk måtte *”håndheves*

⁵⁸ Se **Forholdsmessighet, Graver** s.289-293.

⁵⁹ Se s.983

slik at den er en realitet og bidrar til å sikre en tilfredsstillende rettsikkerhet for den som undergis frihetsberøvelse ved sikring”.

Med utgangspunkt i sitatet fra rettens flertall fremholder Bernt at det forekommer variasjoner i prøvelsesintensiteten hvor han viser til at Sikringsdommen er en *”bekreftelse fra Høyesterett på læren om variasjoner i prøvelsesintensiteten”*.⁶⁰

Videre fremholder Graver at retten er *”ganske nyskapende når de graderer prøvingen i forhold til hvor inngripende vedtaket er. Og er vedtaket svært inngripende, blir forskjellen mellom full overprøvelse og kontrollen med at vedtaket ikke er vilkårlig, i praksis ikke så stor”*.⁶¹

I den ene enden av skalaen mener Graver at tiltakene følger direkte av loven, hvor lovgiver har foretatt forholdsmessigheten av tiltaket. Her er domstolene således avskåret fra å overprøve lovgiverens vurdering ut fra rimelighetsbetraktninger. I det andre ytterpunktet ligger så de tilfeller hvor forvaltningen er tillagt stor valgfrihet, og vedtaket er av svært inngripende karakter. Som Rasmussen fremholder han at *”hvor vi befinner oss på skalaen i det konkrete tilfelle, er i utgangspunktet et rent lovtolkningsspørsmål”*.⁶²

En annen variabel kan være vedtakets mer generelle karakter. Det synes som om domstolene stiller strengere krav til vedtakets forholdsmessighet hvor vedtaket for eksempel har pønale trekk.

Både Mortvedt-dommen i Rt-1951-19 og Seljelid-dommen i Rt-1957-1190 er illustrerende her. Sakene omhandlet henholdsvis inndragning av drosjebevilling og tap av kjøreseddel som reaksjon på klanderverdig opptreden. Høyesterett aksepterte rettmessigheten av slike reaksjoner rent prinsipielt, men fant at styrken på reaksjonen – varigheten av utelukkelsen fra drosjeyrket - i begge sakene rammet den private part svært hardt hensett til den beskjedne grovheten av sjåførenes opptreden.

En tredje variabel som kan influere på forholdsmessighetsprinsippets intervensjonsterskel er hvor sterkt rettskildemessig grunnlag vi har for en inngripende kompetanse for forvaltningen.

I følge Rasmussen beror forvaltningens skjønnsutøvelse *”i siste instans på tolkninger av den enkelte fullmactslov”*, hvor forholdsmessighetsprinsippet blir et *”rettskildemessig tolkningsprinsipp”* som ligger *”i bunnen”* av enhver anvendelse av forvaltningens fullmakter”.⁶³ Med dette utgangspunktet fremholder Rasmussen nettopp at domstolens *”intervensjonsterskel vil variere”* der han uttaler at prinsippets *”faktiske betydning og gjennomslagskraft ikke bare påvirkes av de faktiske forhold i den enkelte sak, men klart nok av det samlede rettskildebildet”*.⁶⁴

Bernt er også inne på at mer enn de generelle hensyn vil ha betydning for prøvingens intensitet, og fremholder at den aktuelle lovs utforming og forarbeider vil kunne være en sentral faktor. I denne sammenheng uttaler han at *”det vil være et viktig moment ved avgjørelsen av om det foreligger tilstrekkelig kvalifisert urimelighet, om den ulempe som*

⁶⁰ Se Forholdsmessighet, Graver s.290.

⁶¹ Se Forholdsmessighet, Graver s.292.

⁶² Se Forholdsmessighet, Graver s.292.

⁶³ Se Forholdsmessighetsprinsippet, Rasmussen s.320.

⁶⁴ Se Forholdsmessighetsprinsippet, Rasmussen s.320.

*påføres vedkommende part faller utenfor rammen av det som må oppfattes som en påregnelig følge av lovens regler og fullmakter”.*⁶⁵

Som gjennomgangen viser, vil ulike variabler kunne komme i betraktning ved fastleggelsen av terskelen for kravet til forholdsmessighet.

Et annet prinsipielt spørsmål fremholdes av Johan Greger Aulstad som introduserer skillet mellom en indirekte og direkte forholdsmessighetsprøving. Han stiller i denne sammenheng spørsmålet om hvor langt domstolene er villige til å gå i å overprøve forholdsmessigheten ved forvaltningens skjønnsutøvelse,⁶⁶ og spør om Høyesterett vil overprøve fullt ut ”om forvaltningens avgjørelse tilfredsstillende kraver om forholdsmessighet”, eller om domstolen vil ”nøye seg med å kontrollere at forvaltningen har foretatt en forsvarlig vurdering av forholdsmessigheten før vedtak ble truffet”. Aulstad fremholder i denne sammenheng at retten alltid vil prøve om forvaltningen har vurdert vedtakets forholdsmessighet og ofte nøye seg med dette. Klarer ikke forvaltningen å overbevise retten om at den har vurdert vedtakets forholdsmessighet, medfører dette etter hans mening ugyldighet. Videre anfører Aulstad at retten unntaksvis vil overprøve forvaltningens vurdering, hvor prøvingsintensiteten beror på ”forholdsmessighetsvurderingens karakter” og ”hvor inngripende vedtaket er for den private part”.⁶⁷

I ”forholdsmessighetsvurderingens karakter” legger således Aulstad at interesseavveininger som innebærer ”faglig, teknisk eller politisk innsikt” ikke bør være gjenstand for domstolskontroll. Er det tale om moralske eller juridiske avveininger, taler dette imidlertid for en mer intens prøvelse av forvaltningens skjønnsutøvelse.⁶⁸

Uansett om Høyesterett nøyer seg med å kontrollere om forvaltningen har foretatt en forsvarlig forholdsmessighetsvurdering, eller om de har foretatt en mer inngående prøvelse av selve skjønnet, viser gjennomgangen at prøvelsesintensiteten også i denne sammenheng beror på variasjoner.

7. Forholdet mellom forholdsmessighetskravet og drøftelsen av hva en bestemt lovbestemmelse gir hjemmel for

Kravet til forholdsmessighet kan som vi har sett tidligere, i høyeste grad ses på som et selvstendig grunnlag for å begrense forvaltningsskjønnet. Som Bernt uttaler kan det imidlertid være en flytende overgang fra å anføre forholdsmessighetskravet som selvstendig grunnlag ”til å drøfte ut fra legalitetsprinsippet hva en bestemt lovbestemmelse gir hjemmel for”.⁶⁹

Ser vi nærmere på forholdet mellom disse tilsynelatende ulike tilnæringsmåtene, kan man gå så langt som å hevde at misbrukslæren, herunder kravet til forholdsmessighet, mer eller mindre nærmer seg en fullstendig overprøving av forvaltningsskjønnet etter hvor inngripende vedtaket er.

En drøfting av hva en bestemt lovbestemmelse gir hjemmel for, innebærer som regel en full overprøving av forvaltningens regelanvendelse, enten det er tale om diskresjonære vedtak

⁶⁵ Se *Utenforliggende hensyn*, Bernt s.263-264.

⁶⁶ Se *Forholdet mellom domstolene og forvaltningen*, Aulstad s.393.

⁶⁷ Se *Forholdet mellom domstolene og forvaltningen*, Aulstad s.396-397.

⁶⁸ Se *Forholdet mellom domstolene og forvaltningen*, Aulstad s.396.

⁶⁹ Se *Legalitetsprinsippet*, Bernt s.131.

eller lovbundne vedtak.⁷⁰ I begge tilfeller er domstolene berettiget til å kontrollere om forvaltningen har foretatt en riktig subsumsjon.

Kravet til forholdsmessighet innebærer derimot en mer begrenset form for domstolskontroll av sider av forvaltningsvedtaket som i utgangspunktet er underlagt forvaltningsskjønnet og er som vi har vært inne på tidligere, en kvantitativ begrensning i forvaltningens fullmakt til å utøve sitt skjønn.

Hvorvidt det er tale om regelanvendelse som er gjenstand for full domstolskontroll, eller om det foreligger forvaltningsskjønn som domstolene i utgangspunkt er avskåret fra å overprøve, kan imidlertid by på tvil. Særlig hvor innholdet av en lovbestemmelse er ubestemt og fordrer skjønsmessige avveininger, kan spørsmålet bli et tema for domstolene. Men på grunn av muligheten for overprøving av forvaltningsskjønnet som har åpnet seg gjennom forholdsmessighetskravet, kan det hevdes at spørsmålet har fått mindre praktisk betydning.

Uavhengig av hva domstolene måtte konkludere med mht valget av tilnæringsmåte i slike saker, vil resultatet, som vi skal se nedenfor, kunne bli det samme hvis forholdsmessighetsprinsippet anvendes offensivt.

Fusa-dommen i Rt-1990-874 kan illustrere poenget. Saken gjaldt gyldigheten av et kommunalt vedtak som innebar betydelig reduksjon av tidligere hjemmehjelp til saksøkeren. Saksøkeren hevdet å ha rettslig krav på den hjemmehjelp hun trengte for å dekke sitt behov for stell og pleie jf. sosialomsorgsloven § 3 nr. 1 og kommunehelsetjenesteloven § 2-1. Retten drøftet i denne sammenheng om loven kunne tolkes som en *”rettighetsbestemmelse”* som gav den hjelpetrengende en rett til hjemmehjelp, og uttalte på bakgrunn av lovens forarbeider at *”Det dominerende syn ser ut til å være at den enkelte hjelpetrengende nok har rett til ytelser, men det er en rett av et svært ubestemt innhold, blant annet vil kommunenes økonomi og ressurser sette grenser”*.⁷¹

Når det gjaldt spørsmålet om forvaltningens vedtak tilfredstilte lovens krav med hensyn til omfanget av ytelsene, fant retten likevel at *”forvaltningens skjønsmessige vurdering av dette spørsmål i utgangspunktet kan prøves av domstolene”*.⁷² Retten la ut fra dette til grunn at omfanget av de ytelser som ble tilkjent ved det aktuelle forvaltningsvedtaket, måtte tilfredsstillte *”et visst minstekrav”* som måtte forutsettes å gjelde for vedkommende ytelser.

Høyesterett konkluderte med at omfanget av saksøkerens krav på ytelser var et spørsmål som gjaldt regelanvendelsen, herunder om ytelsen som ble tildelt var over et forsvarlig minstenivå. Retten la på dette grunnlag til grunn at det ikke var lovlig å treffe vedtaket om en så drastisk reduksjon av saksøkerens hjelpetilbud som det her var tale om. Vedtaket tilfredstilte åpenbart ikke saksøkerens behov for stell og pleie, og således heller ikke lovens minstekrav.

I vår interesse poengterer imidlertid retten at vurderingen av om minstekravet var oppfylt ” vil ligge nær opp til en domstolsprøving av forvaltningens frie skjønn. Jeg sikter i denne forbindelse særlig til domstolenes adgang til å prøve om forvaltningsskjønnet er åpenbart urimelig”.⁷³ Sagt på en annen måte, minner retten om at vedtaket alternativt kunne blitt kjent ugyldig på grunnlag av forholdsmessighetsvurderinger dersom spørsmålet om hjelpetiltakets

⁷⁰ Unntak kan forekomme ved at subsumsjonen under lovbestemte vilkår er unntatt fra domstolskontroll, dersom det er sikre holdepunkter for noe annet jf. Naturfredningssaken i Rt-1995-1427.

⁷¹ Se dommen på side 887.

⁷² Se dommen på side 888.

⁷³ Se dommen på side 888.

omfang hadde vært en del av forvaltningsskjønnet i motsetning til en regelanvendelse med full domstolskontroll. Slik retten uttrykker seg her, er det nærliggende å anta at hvis vedtaket ble ansett å ligge innenfor rammen for forvaltningsskjønnet, ville den ha funnet at vedtaket om reduksjon av hjelpetilbudet var uforholdsmessig eller åpenbart urimelig.

Tilsvarende betraktning kan man også anføre i forbindelse med et annet prinsipielt spørsmål som ble tatt opp i Fusa-dommen. Spørsmålet var om saksøkeren hadde krav på å få hjelp i hjemmet og dermed kunne motsette seg opphold i institusjon. Dette var det underliggende konflikttema i saken, men ble ikke avgjort i saken, i og med at det ikke forelå noe konkret tilbud om institusjonsplassering (dette var på denne tiden et fylkeskommunalt ansvar). Men retten ønsket likevel å poengtere at *”sosialomsorgsloven § 3 nr. 1 ikke gir noe rettskrav på bestemte former for sosialhjelp. Hvilke ytelser som skal gis, beror på et forvaltningsskjønn”*. Følgelig måtte saksøkeren ha påberopt seg forholdsmessighetskravet dersom spørsmålet om behandlingsform hadde vært et tema i saken.⁷⁴

Saken i HR-2008-265-A inneholder lignende betraktninger. Saken gjaldt gyldigheten av et avslag på søknad om opphevelse av innreiseforbud, truffet av Utlendingsnemnda. Det forutgående innreiseforbudet var gitt som følge av staffbare handlinger begått av saksøker. Spørsmålet var hvorvidt en eventuell opphevelse av innreiseforbudet var gjenstand for full domstolskontroll, jf. utlendingsloven § 29(4) 3. punkt. Saksøker hevdet i den sammenheng at vurderingen måtte undergis en forholdsmessighetsvurdering tilsvarende den som fulgte av utlendingsloven § 29(2) og § 30(3). Høyesterett fant imidlertid at den aktuelle bestemmelse ikke ga grunnlag for en slik forholdsmessighetsvurdering, og fremholdt *”at vedtak av utlendingsforvaltningen etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum ikke kan prøves av domstolene i større utstrekning enn det som følger av den alminnelige myndighetsmisbrukslære”*.⁷⁵ Videre uttalte dommer Skoghøy at *”Etter denne gjelder det ikke noen generell forholdsmessighetsbegrensning”*.

Retten fant at spørsmålet om opphevelse av innreiseforbudet var forvaltningsskjønn, og dermed ikke gjenstand for en så inngående domstolskontroll som det lovfestede forholdsmessighetskravet i noen av lovens øvrige bestemmelser skulle tilsi.

Likevel poengterte dommer Skoghøy at et forvaltningsvedtak blant annet kan *”kjennes ugyldig dersom det er åpenbart urimelig, og i denne vurderingen vil det inngå forholdsmessighetsbetraktninger”*, men at dette var en *”forholdsmessighetsbegrensning av en helt annen karakter”* enn den som fulgte av utlendingsloven § 29 andre ledd og § 30 tredje ledd. Begrunnelsen for dette var at terskelen under misbrukslæren innebar at vedtaket måtte være *”åpenbart urimelig”*.⁷⁶ Spørsmålet om det skulle gis innreisetillatelse kunne dermed bare prøves etter den alminnelige misbrukslæren. I denne sammenheng uttalte retten videre at *”Da spørsmålet om det skal gis innreisetillatelse etter utlendingsloven § 29 fjerde ledd tredje punktum, bare kan overprøves av domstolene etter den alminnelige myndighetsmisbrukslære, og A for Høyesterett ikke har påberopt myndighetsmisbruk, kan Utlendingsnemndas vedtak ikke tilsidesettes på grunnlag av intern norsk rett”*.⁷⁷

Imidlertid kunne retten prøve om vedtaket var i strid med EMKs proporsjonalitetskrav etter art. 8 som skal sikre at *”Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og*

⁷⁴ Les mer om dette i **Kommunalrett Bernt m.fl 2002** på s. 664-665.

⁷⁵ Se avsnitt 48.

⁷⁶ Se avsnitt 48.

⁷⁷ Se avsnitt 49.

sin korrespondanse”, jf. art. 8 nr.1. Inngrep i denne rettigheten er etter art. 8 nr. 2 bare tillatt når det er ”i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter”. Her fant retten at vedtaket om å ikke oppheve reiseforbudet klart var et inngrep i saksøkers rett til respekt for familieliv. Spørsmålet var om vilkårene for inngrep i art. 8 nr. 2 var oppfylt. Retten uttalte i denne sammenheng at ”De hensyn som er nevnt i artikkel 8 nr. 2, som er mest relevante for vår sak, er hensynet til offentlig trygghet og å forebygge uorden og kriminalitet. Formålet med utvisningsvedtaket med tilhørende forbud mot innreise må klart anses å ligge innenfor disse hensynene”.⁷⁸ Spørsmålet var dermed om vedtaket om å nekte innreisetillatelse tilfredstilte det proporsjonalitetskrav som følger av art. 8 nr. 2.

Med støtte i praksis fra EMD⁷⁹ fant retten at ”Dersom familielivet ble etablert på et tidspunkt hvor de involverte personene ut fra noen av deres immigrasjonsstatus var klar over at det var usikkert om familielivet kunne vedbli å bli utøvd i vertsstaten, vil utvisning av utenlandske familiemedlemmer bare under helt spesielle omstendigheter representere et brudd på EMK artikkel 8”. Spørsmålet om staten var forpliktet til å gi familiemedlemmer som bor der, adgang til territoriet, måtte bero på en avveining av statens interesse i ikke å gi innreisetillatelse og den interesse som utlendingen hadde i å få komme inn i landet.

Retten fant på bakgrunn av omstendighetene i saken at det ikke forelå slike ”spesielle omstendigheter” som kunne representere brudd på art. 8. Den omstendighet at de yngste barna på to og tre år talte for innreisetillatelse, var ikke tilstrekkelig. Familien hadde ikke på noe tidspunkt grunnlag for å innrette seg på at saksøker skulle få arbeids- og oppholdstillatelse i landet. Etter dette var vedtaket om nektelse av opphevelse av innreiseforbudet ikke i strid med proporsjonalitetskravet i EMK art. 8 nr. 2.

På bakgrunn av disse dommene vil jeg igjen hevde at forskjellen mellom å bruke forholdsmessighetsprinsippet som selvstendig grunnlag for å begrense forvaltningsskjønnet og å drøfte hva en bestemt lovbestemmelse gir hjemmel for, i realiteten er liten.

Uavhengig av hvilken fremgangsmåte domstolene finner riktig i den enkelte sak, vil rettssikkerheten kunne ivaretas effektivt i begge tilfeller. Domstolene har i økende grad gjennom egne skapte normer skaffet seg bedre kontroll med forvaltningsskjønnet gjennom ulike former for prøving av et vedtaks materielle innhold. I tillegg vil proporsjonalitetskravet i EMK kunne inngå som en siste skranke for forvaltningens skjønnsfrihet. Felles for alle disse prøvingsteknikkene er at de gir domstolene spillerom med hensyn til hvor dypt prøvingen skal gå. Vi kan kanskje si at domstolene prøver det de mener er riktig å prøve, og velger de rettslige redskaper som passer best til formålet i den konkrete sammenheng.

Imidlertid vil det fortsatt ha en viss praktisk betydning at noe er gjenstand for full domstolskontroll i motsetning til en forholdsmessighetsprøving av forvaltningsskjønnet. Fremgangsmåten kan være avgjørende for forutberegneligheten, idet innholdet av forholdsmessighetsprinsippet fortsatt representerer et mer usikkert rettsgrunnlag i sin ulovfestede form.

⁷⁸ Se avsnitt 52.

⁷⁹ Se dom i EMD 26. april 2007 ([EMD-2003-16351](#)) i saken Konstatinov mot Nederland avsnitt 48.

Med dette er vi igjen tilbake til de indirekte tilnæringsmåtene som gjennomgått i [punkt 3](#). Også ved prøvingsteknikker som skjerpet krav til begrunnelse ved særlig inngripende vedtak og rettslige krav til diskresjonære vedtaks subjektive premisser, har vi sett at domstolene har en tendens til å presse disse grunnlagene i stedet for å bruke forholdsmessighetsprinsippet som selvstendig grunnlag ved kontroll med forvaltningsskjønnet.

Ut fra dette må vi legge til grunn at poenget hele veien vil være å finne balansen mellom åpenhet med hensyn til hva man gjør, og behovet for å ha noen formelle konstruksjoner som kan brukes til å sette skranke for hvor langt domstolene kan tvinges inn i en konkret prøving av forvaltningsskjønnet.

8. Konklusjon

Spørsmålet om vi har rettskildemessig grunnlag for et generelt forholdsmessighetsprinsipp, er fortsatt usikkert i dagens rettsstilstand. Det er riktignok allment akseptert at domstolene kan kjenne et forvaltningsvedtak ugyldig som følge av grovt urimelige vedtak, men denne formen for direkte forholdsmessighetsprøving er domstolene svært tilbakeholdne med å anvende. [Se punkt 3.3](#). Likevel er det bred enighet i juridisk teori om at forholdsmessighetsprøving med forvaltningsskjønnet ikke er fremmed for norsk rett, til tross for visse terminologiske og innholdsmessige uenigheter.

Men rettspraksis har vist at domstolene føler seg mer komfortable ved anvendelsen av mer indirekte og alternative metoder når det gjelder prøvingen av vedtakets materielle innhold. Denne tendensen har Høyesteretts vist gjennom å oppstille skjerpede krav til begrunnelse ved særlig inngripende vedtak, eller ved krav til et vedtaks subjektive premisser. [Se punkt 3.1](#) og [3.2](#).

Riktignok er domstolene mer tilbøyelige til å gå tett inn på forvaltningsskjønnet, økende i takt med forholdsmessighetsprinsippets intervensjonsterskel, men et prejudikat hvor forholdsmessighetsprinsippet kommer helt eksplisitt til uttrykk, har vi fortsatt til gode å se. Likevel viser både vilkårs læren og forholdsmessighetsprinsippet i EMK at kontroll med et vedtaks forholdsmessighet er velfungerende prøvingsformer med forvaltningsskjønnet. [Se punkt 4](#) og [5](#). Man kan derfor stille seg spørsmålet om tiden snart er inne for å legge bort skepsisen som tidligere har hersket i rettspraksis og juridisk teori rundt spørsmålet om et generelt forholdsmessighetsprinsipp.

Den nylig avsagte dommen i HR-2008-265-A peker også i denne retningen. Retten synes å ha lagt til grunn at det foreligger et forholdsmessighetsprinsipp når dommer Skoghøy uttaler at et forvaltningsvedtak blant annet kan *”kjennes ugyldig dersom det er åpenbart urimelig, og i denne vurderingen vil det inngå forholdsmessighetsbetraktninger”*.⁸⁰

Tar man de rettssikkerhetsmessige fordeler med et allment akseptert forholdsmessighetsprinsipp i betraktning, må det være bedre å gi borgerne et klart og direkte prosessgrunnlag gjennom en direkte prøving av vedtakets forholdsmessighet, i stedet for at domstolene må skjule seg bak en oppkonstruert og indirekte prøvingsform. Etter min mening er norsk rett moden for en tydeliggjøring av et generelt forholdsmessighetsprinsipp som selvstendig grunnlag for ugyldighet.

⁸⁰ Se avsnitt 48.

9. Litteratur og forkortelser

Lærebøker:

- ”Forvaltningsrett” 8.utgave, Torstein Eckhoff og Eivind Smith, 2006
Forkortelse: **Eckhoff og Smith 2006.**
- ”Materiell forvaltningsrett”, Hans Petter Graver, 1995
Forkortelse: **Graver 1995**
- ”Alminnelig forvaltningsrett”, 3.utgave, Hans Petter Graver, 2007
Forkortelse: **Graver 2007**
- ”Rettstat og menneskerettigheter”, Jørgen Aall, 2007
Forkortelse: **Aall 2007**
- ”Frihagens forvaltningsrett”, bind I, Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen
Forkortelse: **Frihagen bind I 2003.**
- ”Forvaltningsretten i markedsstaten”, Hans Petter Graver, Bergen 2002
Forkortelse: **Graver 2002**
- ”Kommunalrett”, Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove, Oslo 2002
Forkortelse: **Kommunaltrett Bernt m.fl 2002**
- ”Proporsjonalitetsprinsippet”, Jan Timmermann Pedersen, 1. utgave 2000, København
Forkortelse: **Timmermann Pedersen 2000**
- ”Innføring i juss”, Boe, bind II, Oslo 1993
Forkortelse: **Boe 1993**
- ”Forvaltningsloven”, Woxholth, 2.utgave, Oslo 1993
Forkortelse: **Woxholth 1993**

Artikler:

- ”Domstolprøvelse av forvaltningens lovanvendelse”, Erik Boe, publisert: ”jus og informasjonsteknologi” Jusfestivalen 1997 s.29
Forkortelse: **Domstolsprøvelse, Boe**
- ”Forholdsmessighet som krav til forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser”, Hans Petter Graver, publisert: Lov og Rett 1995 s 279
Forkortelse: **Forholdsmessighet, Graver**
- ”Forholdsmessighetsprinsippet i forvaltningsretten”, Ørnulf Rasmussen, publisert: Lov og Rett 1995 s. 307
Forkortelse: **Forholdsmessighetsprinsippet, Rasmussen**

- ”Er det fri adgang til å omgjøre utslippstillatelser etter ti år?”, Inge Lorange Backer, publisert: Lov og Rett 1991 s.625
Forkortelse: **Utslippstillatelser, Backer**
- ”Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?”, Erik Boe, publisert: Jussens Venner 1981 s. 37
Forkortelse: **Forvaltningsskjønnet, Boe**
- ”Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn – Et bidrag til læren om forvaltningens diskresjonære kompetanse”, publisert: Tidsskrift for rettsvitenskap 1978 s. 241
Forkortelse: **Utenforliggende hensyn, Bernt**
- ”Bør en større del av den alminnelige forvaltningsretten lovreguleres?”, Johan Greger Aulstad, Festskrift til Helge Thue ”Rett og toleranse”, Oslo 2007
Forkortelse: **Festskrift, Aulstad**
- ”Forholdet mellom domstolene og forvaltningen i norsk rett”, Johan Greger Aulstad, publisert: Förvaltningsskrift 2005 s 381
Forkortelse: **Forholdet mellom domstolene og forvaltningen, Aulstad**
- ”Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett - noen prinsipielle betraktninger”, Jan Fridthjof Bernt, publisert: Jussens Venner 1983s.119
Forkortelse: **Legalitetsprinsippet, Bernt**
- ”EØS-avtalen og norsk forvaltningsrett – en oversikt”, Helge Syrstad, publisert: Jussens Venner 2003 s.345
Forkortelse: **EØS-avtalen, Syrstad**
- ”Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett”, Lilli Marco, publisert: Lov og Rett 1999 s.515
Forkortelse: **Forholdsmessighetsprinsippet i EU, Marco**
- ”Forbehold ved forvaltningsvedtak”, Jan Fridthjof Bernt, Bergen 1977, publisert: Institutt for offentlig retts skriftserie 1977:7, s 1 - (IORS-1977-7)
Forkortelse: **Forbehold ved forvaltningsvedtak, Bernt**
- Torstein Eckhoff: Legalitetsprinsippet, i Eckhoff, Rettferdighet og rettssikkerhet Oslo 1966, s. 253 flg. (Opprinnelig publisert i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1963, s. 225 flg.) Forkortelse: **Legalitetsprinsippet, Eckhoff**

Lover:

- Utlendingsloven 24/6 1988 nr. 64
- Menneskerettsloven 21/5 1999 nr. 30
- Forvaltningsloven 10/2 1967

Domsregister

Norsk Høyesterett

Rt-1951-19
Rt-1954-1165
Rt-1957-824
Rt-1957-1190
Rt-1973-460
Rt-1974-149
Rt-1981-745
Rt-1982-1487
Rt-1993-587
Rt-1995-1427
Rt-2000-1056
Rt-2002-209
Rt-2000-1066
Rt-2003-764
Rt-2008-96
HR-2008-265-A

Den Europeiske Menneskerettsdomstol

Case of Handyside vs. The United Kingdom fra 7.12.1976, series A 24 (1976)
Case of Olsson vs. Sweden fra 24.03.1998, series A 130 (1988)
Case of Konstatinov mot Nederland fra 26.04.2007 (EMD-2003-1631)

Forarbeider

Ot.prp.nr.11 (1979-1980)