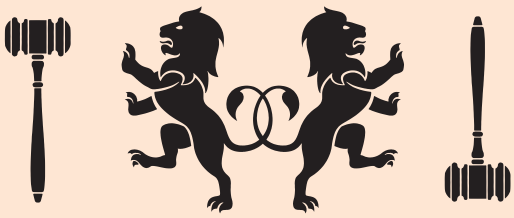
OLAV HAUGEN MOEN

Forvaltningsskjønn og domstolskontroll



GYLDENDAL

OLAV HAUGEN MOEN

FORVALTNINGSSKJØNN OG DOMSTOLSKONTROLL

GYLDENDAL

© Gyldendal Norsk Forlag AS 2019
1. utgave, 1. opplag 2019

ISBN 978-82-05-52377-7
Omslagsdesign: Munch design
Layout: Laboremus
Sats: HAVE A BOOK
Brødtekst: Minion Pro 10,5/15

Alle henvendelser om boken kan rettes til
Gyldendal Juridisk
Postboks 6730 St. Olavs plass
0130 Oslo

www.gyldendal.no/juridisk
juridisk@gyldendal.no

Det må ikke kopieres fra denne boken i strid med åndsverkloven eller avtaler om kopiering inngått med KOPINOR, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Kopiering i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning, og kan straffes med bøter eller fengsel.

Forord

Denne boken bygger på avhandlingen jeg skrev mens jeg var ansatt som stipendiat ved Institutt for offentlig rett ved Universitetet i Oslo. Mange personer fortjener takk for å ha bidratt i prosessen.

Først og fremst vil jeg takke mine veiledere for utmerket veiledning: De første årene Erik Magnus Boe, deretter Alf Petter Høgberg og i sluttfasen også Christoffer Conrad Eriksen.

En rekke kollegaer har gitt uvurderlig støtte og innspill i avhandlingsprosessen. Ikke alle kan nevnes med navn, men dere vet selv hvem dere er. Tusen takk! Noen skal likevel nevnes særskilt: Anders Narvestad, Anders Løvlie og Mats Iversen Stenmark har alle blitt venner så vel som kollegaer. Anders og Anders har også lest gjennom deler av teksten og kommet med verdifulle innspill i sluttspurten. Kollokviene i filosofiklubben idiot400 med Anders Løvlie og Thomas Frøberg ga inspirasjon til videre fordypninger. Det samme gjorde språksnakk-kollokviene med Anders Narvestad m.fl. Avhandlingskollokviene med Thomas Horn, Jon Christian Nordrum og Michael Reiertsen avstedkom gode innspill til teksten. Jon Christian har også vært treningspartner så vel som god samtalepartner gjennom hele prosjektet. Vit. ass. Live Karbø Onstad har utarbeidet registre, lest korrektur og gitt faglige innspill. Tusen takk for god bistand!

Takk til Institutt for offentlig rett, med kontorsjef Øyvind Henden i spissen, for utmerkede arbeidsbetingelser i perioden jeg var ansatt som stipendiat. En særlig takk også til fakultetsbibliotekar Karen Danbolt og instituttbibliotekar (nå stipendiat) Bård Sverre Tuseth for god hjelp med å innhente litteratur fra nær og fjern og for stor tålmodighet med tilbakeleveringen.

Takk til midtveisevaluator Inge Lorange Backer for konstruktive innspill til prosjektet under midtveisevalueringen.

Takk til kommuneadvokat Hanne Harlem, som har gjort det mulig å sluttføre prosjektet ved siden av full jobb, og til alle gode kollegaer ved kommuneadvokatembetet for oppmuntring i en krevende sluttspurt.

Takk til bedømmelseskomiteen bestående av professorene Mads Andenæs, Jan Fridthjof Bernt og Bettina Lemann Kristiansen for god bedømmelse og opposisjon under disputasen.

Til slutt familien. Takk til mine foreldre, som har lært meg gleden ved å lære og gitt meg troen på at jeg kan nå de mål jeg setter meg her i livet. En særlig takk til mamma, som har lest gjennom både manus og register utallige ganger og kommet med innspill av både språklig og faglig karakter. Takk til Hanne og Hans Peter for støtte og ikke minst barnepass i en travel og lang sluttspurt. Den største takken går til Tuva, min fantastiske samboer, som har holdt ut i denne krevende perioden, og våre flotte barn, Frida og August, for tålmodighet med «boken til pappa». Denne boken tilegnes dere.

Boken er ajour per oktober 2017.

Oslo, 14. mars 2019
Olav Haugen Moen

Innhold

KAPITTEL 1 INNLEDNING 17
1.1 Avhandlingens tema og problemstillinger 17
1.2 Begrepsparet legalitet–hensiktsmessighet. To hypoteser 19
1.3 Enkelte metodespørsmål 23
1.3.1 Avhandlingens deskriptive komponent 23
1.3.2 Avhandlingens normative komponent 24
1.3.3 Tidsaspektet 26
1.4 Avgrensninger 27
1.5 Avhandlingens videre innhold 29

KAPITTEL 2 SKJØNN: BEGREP, GRUNNLAG OG UTØVELSE 30
2.1 Innledning 30
2.2 Skjønnsbegrepet 30
2.2.1 Innledning 30
2.2.2 Skjønn i allmenn og juridisk språkbruk 31
2.2.3 Forvaltningsskjønnet 33
2.2.3.1 Oversikt 33
2.2.3.2 Det formelle skjønnsbegrep 34
2.2.3.3 Det materielle skjønnsbegrep 36
2.2.3.4 Sammenhengen mellom det materielle skjønnsbegrep og påstander om domstolskontrollen 41
2.2.3.5 Differensiering av (det materielle) skjønnsbegrepet 44
2.2.4 Skjønnsbegrepet i avhandlingen 46
2.3 Skjønnsgrunnlaget: lovgivers valg og utforming av skjønnsmessige lovbestemmelser 48
2.3.1 Oversikt 48
2.3.2 Hvorfor skjønn i kompetansenormer? 48
2.3.2.1 Innledning 48

2.3.2.2 Sondringen regelmessighet–individualitet 48
2.3.2.3 Hvorfor kompetansenormer? 50
2.3.2.4 Hvorfor skjønn? 51
2.3.3 Hvordan angi skjønn i normer? 55
2.3.3.1 Innledning 55
2.3.3.2 De to modaliteter: frihet og plikt 56
2.3.3.3 Kriterier 59
2.3.3.4 Formålsanvisninger, nødvendighetsanvisninger og avveiningsanvisninger 61
2.3.3.5 Bruken av alternativer 64
2.3.3.6 Åpenhet 65
2.3.4 Oppsummering. Begrepet *kan*-skjønn 66
2.4 Skjønnsutøvelsen: karakteristika og målestokkproblematikk 66
2.4.1 Innledning 66
2.4.2 Kontrollgjenstanden – karakteristika ved ulike typer skjønn 67
2.4.2.1 Idealtypisk fri skjønnsutøvelse 67
2.4.2.2 Lovanvendelsesskjønnet 68
2.4.2.2.1 Oversikt 68
2.4.2.2.2 Rettsanvendelse som formallogikk 69
2.4.2.2.3 Rettsanvendelse som dialektisk avveining 70
2.4.2.2.4 Oppsummering 72
2.4.2.3 Kan-skjønnet 73
2.4.2.3.1 Oversikt 73
2.4.2.3.2 Avveiningsbegrepet 74
2.4.2.3.3 En modell for avveining under kan-skjønn 76
2.4.2.4 Utdypning – empiriske vurderinger i skjønnsutøvelsen 81
2.4.2.5 Oppsummering og sammenlikning av lovanvendelsesskjønn og kan-skjønn 83
2.4.3 Kontrollmålestokken 84
2.4.3.1 Innledning 84
2.4.3.2 To begreper om frihet illustrert gjennom Hart–Dworkin-debatten 86
2.4.3.3 Forvaltningsskjønn og frihet 88
2.4.3.4 Særlig om kan-skjønnet, herunder forholdsmessighet som normativ forventning 93
2.4.3.5 Oppsummerende om kontrollmålestokken 98

KAPITTEL 3 MOMENTER TIL VURDERING AV DOMSTOLSKONTROLLEN 99
3.1 Innledning 99
3.2 Rettssikkerhet og kontrollbehov 100
3.3 Demokratisk legitimitet 105
3.4 Domstolenes faktiske forutsetninger for kontroll med skjønn 110
3.5 Argumenter knyttet til tillit 113
3.6 Fellesnevnere og spenninger 114

KAPITTEL 4 DOMSTOLSKONTROLLEN MED LOVANVENDELSESSKJØNNET 118
4.1 Innledning 118
4.2 Lovbestemte begrensninger av prøvingskompetansen 120
4.2.1 Innledning 120
4.2.2 Endelighetsklausuler 121
4.2.3 Uttrykkelig begrensning av subsumsjonen 123
4.2.4 Konstitusjonelle skranker 125
4.2.5 Vurdering 130
4.3 Presumsjoner der prøvingskompetansen ikke er begrenset ved lov 134
4.3.1 Innledning 134
4.3.2 Kontrollen med den konkrete lovanvendelsen (subsumsjonen) 135
4.3.2.1 Innledning 135
4.3.2.2 Helhetsvurdering som tolkningspresumsjon 138
4.3.2.2.1 Innledning og hypoteser 138
4.3.2.2.2 Rettighet eller skjønnsfullmakt? 140
4.3.2.2.3 Inngrep i etablerte rettigheter eller avslag på søknad? 145
4.3.2.2.4 Vilkår som gjentar vurderinger under kan-skjønnet 154
4.3.2.2.5 Kompetanseregel eller retningslinje? 164
4.3.2.2.6 Verifikasjon og vurdering 166
4.3.2.3 Hovedregel? 171
4.3.3 Kontrollen med tolkningen 173
4.3.4 Et kritisk blikk på sondringen tolkning–subsumsjon 175
4.4 Tilbakeholdenhet innenfor kompetansen 178
4.4.1 Innledning 178
4.4.2 Begrunnelser for tilbakeholdenhet 180
4.4.2.1 Faktiske forutsetninger 180
4.4.2.2 Legitimitet 184
4.4.2.3 Tilbakeholdenhet av hensyn til praksis 185
4.4.3 Vurdering 187

4.5 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen og krav til lovanvendelseskontrollen 193
4.5.1 Oversikt 193
4.5.2 Krav til domstolskontrollen med nasjonal rett – artikkel 6 194
4.5.2.1 Bestemmelsens virkeområde 194
4.5.2.2 Organisatoriske og prosessuelle krav til det nasjonale avgjørelsesorgan 196
4.5.2.3 Materielle krav til det nasjonale organ 197
4.5.2.4 Særlig om avgjørelser av straff 202
4.5.2.5 Krav om påberopelse for nasjonale domstoler 202
4.5.3 Krav til domstolskontrollen ved inngrep i konvensjonsrettigheter – artikkel 13 mv. 202
4.5.3.1 Innledning 202
4.5.3.2 Nasjonal domstolskontroll som en del av det materielle rettighetsvernet 204
4.5.3.3 Artikkel 13, nasjonal skjønnsmargin og nasjonale argumenter for kontroll 205
4.5.3.3.1 Oversikt 205
4.5.3.3.2 Organisatoriske og prosessuelle krav til prøvingsorganet 206
4.5.3.3.3 Materielle krav til prøvingen 208
4.6 EØS-retten og krav til lovanvendelseskontrollen 211
4.6.1 Innledning 211
4.6.2 Håndheving av sekundærlovgivning 213
4.6.3 Inngrep i de fire friheter 217
4.6.4 Oppsummering og vurdering 218
4.7 Lovanvendelseskontrollen ved inngrep i grunnlovsbestemmelser 219
4.8 Oppsummering – særlig om Grunnloven § 95 220

KAPITTEL 5 DOMSTOLSKONTROLLEN MED *kan*-SKJØNNET 226
5.1 Innledning 226
5.2 Lovbestemte begrensninger av prøvingskompetansen 230
5.3 Valg av verdimessige premisser 231
5.3.1 Innledning 231
5.3.1.1 Problemstillingen 231
5.3.1.2 Sondringene verdi–fakta og mål–middel 232
5.3.1.3 Subjektiv og objektiv premisskontroll 234
5.3.2 Hvilke verdimessige premisser kan forvaltningen vektlegge? Læren om utenforliggende hensyn 238
5.3.2.1 Innledning 238
5.3.2.2 Kort om formålstolkning 239

5.3.2.3 Utviklingen i litteraturen om utenforliggende hensyn 241
5.3.2.4 Posisjoner 247
5.3.2.5 Konfrontasjon med praksis 251
5.3.2.5.1 Innledning 251
5.3.2.5.2 Avgjørelser frem til ca. 1930 252
5.3.2.5.3 Avgjørelser 1930–65 253
5.3.2.5.4 Avgjørelser 1966–2017 261
5.3.2.5.5 Sammenfatning 268
5.3.2.6 En nærmere drøftelse av doktrinen de sententia ferenda 273
5.3.2.6.1 Innledning 273
5.3.2.6.2 Lovskravet som utgangspunkt 274
5.3.2.6.3 Klassisk myndighetsutøvelse til ulempe 276
5.3.2.6.4 Klassisk myndighetsutøvelse til fordel 282
5.3.2.6.5 Tildelinger 284
5.3.2.6.6 Oppsummering 285
5.3.2.7 Nærmere om saklighetstypologien som tolkningspresumsjon 288
5.3.2.8 Noen særlige rettskildekonstellasjoner 292
5.3.2.8.1 Oversikt 292
5.3.2.8.2 Er noen hensyn alltid tillatt eller forbudt? 292
5.3.2.8.3 Står vilkår i en særstilling? 296
5.3.2.8.4 Bør instruks og «signaler» fra Stortinget kunne utvide kretsen av tillatte hensyn? 301
5.3.2.8.5 Kan forvaltningspraksis utvide hensynskretsen? ... 302
5.3.2.9 Domstolenes kompetanse og prøvelsesintensitet 303
5.3.2.10 Er kontrollen med forvaltningens valg av verdimessige premisser svekket? 306
5.3.2.11 Noen synspunkter på begrepsdannelse og termvalg 307
5.3.3 Hvilke verdimessige premisser skal forvaltningen vektlegge? 309
5.3.3.1 Oversikt 309
5.3.3.2 Gir loven plikt til å vektlegge hensynet? 310
5.3.3.3 Pliktspørsmålet og instruks 311
5.3.3.4 Plikt som følge av overordnet norm 311
5.4 Avveining av premisser I – den tradisjonelle doktrine 313
5.4.1 Innledning 313
5.4.2 Kontroll med overordnete føringer for skjønnsutøvelsen 315
5.4.2.1 Oversikt 315
5.4.2.2 Uttrykkelige anvisninger i lovgrunnlaget 316
5.4.2.3 Antatt lovgivervilje 320
5.4.2.3.1 Innledning 320
5.4.2.3.2 Antakelser om egenvekt 320

5.4.2.3.3 Saksforholdet er typisk (paradigmesaker) 322
5.4.2.3.4 Saksforholdet er atypisk 325
5.4.2.3.5 Lovvilkårenes betydning for skjønnsutøvelsen («krevende lovvilkår» mv.) 326
5.4.2.3.6 Oppsummering 328
5.4.2.4 Motstrid mellom lovgivers og domstolers oppfatning av rimelighet 330
5.4.2.5 Kontroll med interne regler (instrukser, veiledninger og organinterne regler) 331
5.4.2.5.1 Innledning 331
5.4.2.5.2 Litteratur 332
5.4.2.5.3 Praksis 334
5.4.2.5.4 Vurdering 334
5.4.2.6 Kontroll med instrukser og «signaler» fra Stortinget 339
5.4.2.7 Kontroll med avveiningen i lys av folkeretten 346
5.4.2.8 Kontroll med avveiningen i lys av Grunnloven 348
5.4.3 Områder med skjerpet domstolskontroll 351
5.4.3.1 Innledning 351
5.4.3.2 Utvidet prøvelsesrett ved lovbestemmelse 351
5.4.3.3 Sanksjoner 352
5.4.3.4 Omgjøring 354
5.4.3.5 Utvidet kontroll med forholdsmessigheten av vilkår? 356
5.4.3.6 Oppsummering 359
5.4.4 Doktrinen om grov urimelighet og vilkårlighet 359
5.4.4.1 Innledning 359
5.4.4.2 Litteraturen om rimelighetskontroll: fremvekst, utvikling og posisjoner 361
5.4.4.3 Forholdet mellom urimelighet og vilkårlighet 364
5.4.4.4 Terskelspørsmålet 367
5.4.4.4.1 Oversikt 367
5.4.4.4.2 Normformuleringen 367
5.4.4.4.3 Normanvendelsen 370
5.4.4.4.4 Oppsummering 374
5.4.5 «Doktrinen» om over- og undereksponering 378
5.4.6 Minstestandarddoktrinen 380
5.4.6.1 Innledning 380
5.4.6.2 Utviklingen av minstestandardsynspunktet i litteraturen 380
5.4.6.3 Minstestandard som tolkningspresumsjon 382
5.4.6.4 Minstestandard som innholdsmessig krav 389

5.4.7 Indirekte kontroll med avveiningen 390
5.4.7.1 Innledning 390
5.4.7.2 Skjerpet lovanvendelseskontroll 391
5.4.7.3 Skjerpet beviskrav 393
5.4.7.4 Skjerpet krav til begrunnelse 393
5.4.8 Doktrinen om plikt til å skjønne 399
5.5 Avveining av premisser II – forholdsmessighetskontroll 400
5.5.1 Innledning 400
5.5.2 Den europeiske menneskerettskonvensjons betydning for forholdsmessighetskontrollen 401
5.5.2.1 Oversikt 401
5.5.2.2 Artikkel 6 – sivile saker 402
5.5.2.2.1 Faller kan-skjønn utenfor bestemmelsens virkeområde? 402
5.5.2.2.2 Oppfatninger i litteraturen om krav til forholdsmessighetskontroll 403
5.5.2.2.3 Tidlig praksis – krav om full prøvingskompetanse . . 403
5.5.2.2.4 EMDs tilbaketog 405
5.5.2.2.5 Forholdsmessighetskontroll likevel? 410
5.5.2.2.6 Nok et tilbaketog? 412
5.5.2.2.7 Oppsummering og vurdering 414
5.5.2.3 Artikkel 6 – straffesaker 419
5.5.2.4 Krav til domstolskontrollen ved inngrep i konvensjonsrettigheter – artikkel 13 mv. 421
5.5.2.4.1 Innledning 421
5.5.2.4.2 Nasjonal domstolskontroll som en del av det materielle rettighetsvernet 423
5.5.2.4.3 Artikkel 13 424
5.5.2.4.4 Fortsettelse: diskusjonen om betydningen av nasjonal skjønnsmargin 429
5.5.2.4.5 Nasjonale argumenter for praktiseringen av skjønnsmarginen 433
5.5.2.5 EMDs begrep om forholdsmessighet 436
5.5.3 EØS-rettens betydning for forholdsmessighetskontrollen 438
5.5.3.1 Oversikt 438
5.5.3.2 Forholdsmessighetsvurderinger i EØS-relevante regler . . . 439
5.5.3.3 EFTA-domstolen/CJEUs prøvelsesintensitet overfor egne organer 443
5.5.3.4 Begrepet om forholdsmessighet 445

5.5.4 Forholdsmessighetskontroll etter de nye grunnlovsbestemmelsene 445
5.5.4.1 Innledning 445
5.5.4.2 Hvilken inngrepsmodell anlegges? 446
5.5.4.3 Rettighetsinnhold, metode og prøvelsesintensitet 447
5.5.5 Et alminnelig norsk forholdsmessighetsprinsipp? 453
5.5.5.1 Innledning 453
5.5.5.2 Et materielt forholdsmessighetsprinsipp – innledning . . . 454
5.5.5.3 Et materielt forholdsmessighetsprinsipp – egnethet 459
5.5.5.3.1 Innledning 459
5.5.5.3.2 Litteratur 460
5.5.5.3.3 Praksis 461
5.5.5.3.4 Vurdering 464
5.5.5.4 Et materielt forholdsmessighetsprinsipp – nødvendighet . 467
5.5.5.4.1 Innledning 467
5.5.5.4.2 Litteratur 468
5.5.5.4.3 Praksis 470
5.5.5.4.4 Vurdering 471
5.5.5.5 Et materielt forholdsmessighetsprinsipp stricto sensu . . . 474
5.5.5.6 Et materielt forholdsmessighetsprinsipp – synspunktet «kjerne av rettighet» 479
5.5.5.7 Et formelt forholdsmessighetsprinsipp? 479
5.5.5.8 Oppsummering 483
5.6 Avveining av premisser III – krav til likhet og individualisering 486
5.6.1 Innledning 486
5.6.2 Likhetskravet / forbudet mot usaklig forskjellsbehandling 488
5.6.2.1 Innledning 488
5.6.2.2 Fremveksten av et alminnelig likhetskrav i norsk forvaltningsrett 490
5.6.2.3 Nærmere om innholdet i et generelt likhetskrav rettet mot forvaltningen 492
5.6.2.3.1 To begreper om likhet og Ross' utfordring 492
5.6.2.3.2 Kort om de rettspolitiske hensyn 492
5.6.2.3.3 To ulike tilnærminger til likhet: saksforhold og resultat 494
5.6.2.3.4 Formuleringen av et materielt likhetskrav 495
5.6.2.3.5 Adgangen til praksisendring 500
5.6.2.3.6 Krav om «entydig praksis»? 501
5.6.2.3.7 Praksis knyttet til andre organer og annet regelverk 503
5.6.2.3.8 Faktisk forskjellsbehandling? 504
5.6.2.3.9 Oppsummering 504

5.6.2.4 Domstolskontrollen med likhetskravet 506
5.6.2.4.1 Problemstillingen 506
5.6.2.4.2 Kontroll med den formelle likhet 506
5.6.2.4.3 Kontroll med den materielle likhet 507
5.6.2.4.4 Likhetskravet som faktisk og rettslig presumsjon . . . 513
5.6.2.4.5 Oppsummering 514
5.6.2.5 Likhet som krav til avgjørelsesmåte 514
5.6.3 Individualiseringskrav 515
5.6.3.1 Innledning 515
5.6.3.2 Ulike måter å standardisere skjønnet på 517
5.6.3.3 Individualiseringskrav i litteraturen – posisjoner 519
5.6.3.3.1 Den klassiske posisjon 519
5.6.3.3.2 Den moderne posisjon 521
5.6.3.3.3 Den materielle posisjon 523
5.6.3.4 Individualiseringskrav i praksis 525
5.6.3.4.1 Rt. 1950 s. 732 Hundeavgift 526
5.6.3.4.2 Drosjedommene etter krigen 526
5.6.3.4.3 Rt. 1961 s. 1359 Reklameskilt 527
5.6.3.4.4 Rt. 1963 s. 944 Tåsen byggeselskap 528
5.6.3.4.5 Rt. 1964 s. 502 Orlogskaptein 528
5.6.3.4.6 Rt. 1990 s. 861 Henjum og Rt. 2000 s. 1066 Skotta 528
5.6.3.4.7 Skjenkebevillingsdommene 529
5.6.3.4.8 Drosjesvindelsakene 530
5.6.3.4.9 Individualiseringskrav som en del av standardangivelsen av domstolenes kompetanse 532
5.6.3.4.10 Oppsummering og konfrontasjon med litteraturens posisjoner 532
5.6.3.5 Vurdering av praksis og litteratur 534
5.6.3.5.1 Innledning 534
5.6.3.5.2 Standardisering eller individuell drøftelse? 534
5.6.3.5.3 Formuleringen av et materielt individualiseringskrav 535
5.6.3.5.4 Konsumeres det formelle individualiseringskravet av et materielt? 538
5.6.3.6 Domstolskontrollen med standardiseringen 540
5.6.4 Syntese av likhet og individualisering i en felles tilnærming? 543
5.6.5 Bør domstolene engasjere seg for å fremme standardisering? 544

KAPITTEL 6 SAMMENFATNING OG KONKLUSJONER 546
6.1 Oversikt 546
6.2 Svekket legalitetskontroll? 547
6.3 Skjerpet kontroll med (avveinings)skjønnet? 548
6.4 Sondringen rettsanvendelse–skjønnsutøvelse 556
6.5 Står aksiomet om lovgiverviljen som overordnet rettesnor for fall? 557

LITTERATUR 560

NORSK NASJONAL RETT 582

NORSKE RETTSAVGJØRELSER 594

INTERNASJONAL RETT 600

STIKKORD 608

KAPITTEL 1

Innledning

1.1 Avhandlingens tema og problemstillinger

Avhandlingen handler om forvaltningsskjønn og domstolskontroll.

Forvaltning kan defineres som ethvert organ for stat eller kommune med unntak av domstolene, Stortinget og dets kontrollorganer.[1] Noen nærmere drøftelse av tvilstilfeller vil ikke foretas i avhandlingen, da erkjennelsesinteressen er knyttet til læren om domstolskontroll med forvaltningen i sin alminnelighet, og ikke det presise virkeområdet for denne lære.

Skjønn kan foreløpig defineres som avgjørelser etter lovbestemmelser som gir en viss vurderingsfrihet. I forvaltningsretten dekker uttrykket to vesensforskjellige underbegreper av skjønn. Det første er *lovanvendelsesskjønnet*, som er skjønn knyttet til om vage vilkår i en rettsregel er oppfylt. Dette skjønn skiller seg ikke nevneverdig fra rettsanvendelsesskjønnet i sin alminnelighet. Det andre underbegrep dekker den vurdering som foretas når forvaltningen etter lovbestemmelsen stilles fritt, såkalt *kan*-skjønn; vilkårene er oppfylt – skal kompetansen brukes? Eventuelt på hvilken måte?

Lovgivers begrunnelse for skjønn i de to betydningene varierer, men har normalt som fellesnevner at det ikke er ønskelig eller mulig å regulere alle mulige spørsmål uttømmende i loven. For å avgjøre den nærmere rettsvirkning overfor borgeren må forvaltningen i fravær av en presis regulering utøve et skjønn. Bruken av *kan*-skjønn

1 Avhandlingen følger her i hovedsak forvaltningslovens virkeområde, jf. §§ 1 og 4.

må ses i sammenheng med den alminnelige instruksjonsmyndighet i norsk forvaltning, som åpner for politisk styring innenfor rammen av en skjønnsfullmakt.[2] kjønnsfullmakten blir i dette perspektiv en forutsetning for styring gjennom instrukser. Kombinasjonen skjønn og instruksjonsmyndighet omtales som «den normative hovedmodell for myndighetsutøvelse».[3]

Med *domstolskontroll* sikter jeg til den overprøving av forvaltningens avgjørelser som finner sted hos domstolene.[4] Grunnloven hadde opprinnelig ingen bestemmelse om domstolskontroll med den utøvende makt. Allerede i 1818 satte imidlertid Høyesterett en skattelikning til side som lovstridig.[5] Domstolenes prøvelsesrett overfor forvaltningsavgjørelser har frem til nylig hatt karakter av konstitusjonell sedvanerett. Ved vedtakelsen av den nye Grunnloven § 95 våren 2014 har prøvelsesretten fått et formelt uttrykk: «Enhver har rett til å få sin sak avgjort av en uavhengig og upartisk domstol innen rimelig tid.»

Lange røtter har også oppfatningen om domstolenes begrensete kompetanse til å prøve forvaltningens skjønn.[6] Nær forbundet med denne kompetanseskranke er oppfatningen av skjønnet som *fritt* – en frihet som i første rekke er knyttet til frihet fra domstolskontroll, men som også retter seg mot den underliggende hjemmelsnormen; *loven* stiller forvaltningen fritt. Forvaltningsskjønnets særpreg kommer tydelig frem om vi sammenlikner det med skjønn i privatretten: I privatretten er det en selvfølge at domstolene prøver de lovbestemte vilkår fullt ut. Noe annet vil innebære å gi den ene part et fortrinn, hvilket vil være uforenlig med ideen om dommeren som en nøytral og uavhengig oppmann. I forvaltningsretten har dette vært annerledes. Vurderinger som i privatretten er underlagt full prøving («urimelig»

2 Instruksjonsmyndigheten kan forankres i Grunnloven § 3. Det finnes unntak – og i de senere år har unntakene blitt omfattende. Se Difi (2012).

3 Difi (2012) side 13. En annen sak er at det har vært en utvikling i retning av flere uavhengige forvaltningsorganer, slik at denne modellen er under press, jf. side 17 flg.

4 Kontroll og overprøving brukes her synonymt. Sml. Graver (2015) side 232, som bruker overprøving i betydning «ny vurdering som erstatter den opprinnelige».

5 Sebbelow-saken. Se omtale i Pedersen (1976) side 57 flg.

6 En tidlig norsk kilde er forelesningsnotater fra Schweigaards forelesningsrekke i forvaltningsrett i 1841, jf. Schweigaard (1841). Her anlegges det standpunkt at skjønnet som den klare hovedregel ikke kan prøves av domstolene, jf. nærmere 5.4.4.2. Det foreligger flere referater fra Schweigaards forelesningsrekke deponert i Nasjonalbiblioteket. Det er Marit Halvorsens fortjeneste at disse har blitt løftet frem, jf. Halvorsen (2011). Avhandlingen bygger på sitater fra Halvorsen som er kontrollert opp mot to referater i Nasjonalbibliotekets samling: katalogisert som henholdsvis Ms 140 og Ms 303.

i avtaleloven § 36), har blitt ansett å være unndratt prøving i forvaltningsretten.[7] På den annen side foretar domstolene kontroll med vurderinger som overfor private rettssubjekter vil anses som utenkelig, om disse skal benytte sin kompetanse (når vilkårene for kompetanse foreligger). Sett fra et privatrettslig ståsted er det derfor nærliggende å spørre hvorfor forvaltningens frihet (*kan*-skjønnet) er gjenstand for kontroll, og hvorfor loven (vilkårene) kan unndras kontroll.

Domstolskontrollen med forvaltningsskjønnet er et klassisk offentligrettslig tema. Temaet står likevel i en vesentlig annen stilling nå enn for få tiår siden: Utviklingen av overordnete *rettigheter* med rang over skjønnsfullmakten, som menneskerettighetene og EØS-retten, reiser nye problemstillinger. Særlig tankefiguren forholdsmessighet, som de siste tiår har fått tiltakende oppmerksomhet i europeisk rett, utfordrer forestillingen om fritt forvaltningsskjønn. Hva er forholdet mellom forholdsmessighetsvurderingen og de tradisjonelle norske kravene til skjønnsutøvelsen? I hvilken grad kan forestillingen om et fritt skjønn opprettholdes innenfor områder hvor forholdsmessighetsvurderinger avgjør rettmessigheten av myndighetsutøvelsen? Og hvilken betydning bør forholdsmessighetsvurderinger få utenfor disse områder?

Avhandlingen tar sikte på å besvare to overordnete spørsmål:

1. Hvor langt går domstolene i å prøve forvaltningens skjønnsmessige avgjørelser?
2. Hvor langt bør domstolene gå?

Spørsmålene besvares med utgangspunkt i en analyse av norsk forvaltningsrettslitteratur og høyesterettspraksis.[8]

1.2 Begrepsparet legalitet–hensiktsmessighet. To hypoteser

Sentralt i litteratur og praksis om domstolskontrollen med forvaltningen står uttrykkene *legalitet* og *hensiktsmessighet*.[9]

---

7 Se eksempelvis Rt. 2002 s. 209 *Sæther*.

8 Herunder avgjørelser fra Høyesteretts ankeutvalg. Se imidlertid 1.4 nedenfor om utenlandsk og internasjonalt materiale.

9 Se eksempelvis Opsahl (1965) side 377 og Eckhoff og Smith (2014) side 520–521. Termene har imidlertid variert: Som synonymt med *legalitet* brukes ofte «lovmessighet» (Forvaltningskomiteen (1958) side 347) og «lovlighet». Som synonymt med *hensiktsmessighet* brukes ofte «rimelighet» (Forvaltningskomiteen (1958) side 347). Uttrykkene *rettsanvendelse* og *skjønn* brukes også ofte med samme betydning, jf. eksempelvis Bekkedal (2012) side 217–218 og 229 flg.

Uttrykkene har ikke noe klart allment definert innhold og brukes i dag ofte for å uttrykke *om* et spørsmål er underlagt domstolskontroll eller ikke.[10] En slik begrepsbruk kan vi kalle formell fordi den knytter an mot en ytre omstendighet (domstolskontroll) og ikke innholdsmessige egenskaper ved avgjørelsen.

Historisk har imidlertid uttrykkene blitt brukt i en materiell betydning: *Legalitet* reiste spørsmål om lovtolkning som kunne prøves av domstolene, mens *hensiktsmessighet* var knyttet til skjønnet (typisk angitt med «kan») som domstolene ikke kunne prøve.[11] Det kan diskuteres hvor god en slik begrepsbruk er. Dersom den tar sikte på å gi en uttømmende forklaring på når spørsmål henholdsvis prøves og ikke prøves av domstolene, blir den åpenbart forfeilet; en undersøkelse av praksis vil raskt avdekke at domstolene prøver enkelte hensiktsmessighetsspørsmål, samtidig som enkelte lovanvendelsesspørsmål ikke er gjenstand for prøvelse. En mer holdbar oppfatning er at sondringen angir en nyttig *presumsjon*: Domstolene prøver som hovedregel lovtolkning, men ikke skjønnsutøvelse.[12]

Denne oppfatning danner utgangspunkt for følgende sondring: Tolkning og anvendelse av lovens vilkår (lovanvendelsen) er normalt underlagt full prøvelse. Forvaltningens valg av om rettsfølgen skal utløses, eventuelt på hvilken måte (ofte angitt med «kan»), er normalt ikke gjenstand for prøvelse. Kontroll med forvaltningens valg av formål/hensyn under et *kan*-skjønn henføres vanligvis til legalitetskontrollen, da disse knyttes opp til et spørsmål om tolkning av «lovens formål».[13]

Legalitetskontrollen, slik jeg her bruker begrepet, omfatter følgelig både kontroll med forvaltningens vedtak i lys av lovens *bokstav* (vilkår) og lovens *ånd* (formålsmessighet).[14] Legalitetskontrollen har lange røtter i norsk rett. Etter Grunnloven av 1814 knyttes den gjerne til den nevnte *Sebbelow*-saken fra 1818.[15] At legaliteten normalt er gjenstand for domstolskontroll, er ubestridt. Like fullt er det på det rene at ikke all lovanvendelse er gjenstand for kontroll. En forholdsvis utbredt oppfatning

10 I denne retning Eckhoff og Smith (2014) side 520–521.

11 Jf. eksempelvis Hagerup (1895) side 20: «Øvrighedshandlinger underligger kun domstolenes bedømmelse, forsaavidt angaar deres […] lovmæssighed, ikke forsaavidt angaar deres hensigtsmæssighed.»

12 Boe (2007) side 68.

13 Slik Hagerup (1895) side 20 note 11. I det følgende brukes «formålsmessighet» og «utenforliggende hensyn» om hverandre som henvisning til det krav som stilles til valg av formål/hensyn.

14 Se Knoph (1921) side 102. Ofte inkluderes også andre elementer, som forholdet til folkeretten og situasjoner der det er holdepunkter for lovgiverviljen med hensyn til en bestemt løsning.

15 Dommen er nærmere behandlet av bl.a. Pedersen (1976) side 57 flg.

er at det de siste tiår har vært en utvikling i retning av mer intens prøvelse av lovanvendelsen.[16] Etter min oppfatning er det imidlertid grunn til å vente at praksis viser at både lovanvendelseskontrollen og formålsmessighetskontrollen har blitt svekket. På bakgrunn av det rettsrealistiske rettskildebildet som for alvor slo igjennom i norsk litteratur på slutten av 1960-tallet og begynnelsen av 1970-tallet, ble lovanvendelsen relativisert i større grad enn tidligere. Betydningen av rettskildefaktorer som forvaltningens egen praksis og ulike former for godhetsvurderinger («reelle hensyn») ble synliggjort i større grad.[17] Konsekvensen var at lovens ord og formål i litteraturen ikke ble innrømmet samme gjennomslagskraft for det endelige resultat som tidligere, men måtte veies mot andre rettskildefaktorer.[18] En antakelse er at denne utviklingen i rettskildelæren gjenspeiles både i den forvaltningsrettslige litteratur om domstolskontroll og i en mindre intensiv prøvelsesintensitet hos domstolene. For det første fordi den rettsrealistiske rettskildelære i større grad synliggjør at rettsanvendelse innebærer verdivalg. Domstolene vil vike tilbake for å etterprøve forvaltningens verdivalg fordi det eksponerer domstolen som politisk organ. For det annet fordi det rettsrealistiske rettskildebildet åpnet opp for en mer forvaltningsvennlig rettskildelære (myndighetspraksis og konsekvensbetraktninger).[19] Det rettsrealistiske rettskildebildet lever i beste velgående i dagens forvaltningsrett.[20]

Like sterk som forestillingen om domstolenes legalitetskontroll er forestillingen om det frie skjønn unndratt domstolskontroll.[21] Enkelte vurderinger er av karakter ikke-rettslige og kan av denne grunn ikke prøves av domstolene. Disse vurderinger har i litteraturen gjennomgått en begrepsmessig utvikling fra en forestilling om *hensiktsmessighet* via et begrep om *avveining* og ganske nylig til et begrep om *forholdsmessighet*.[22] Denne utvikling kan settes i sammenheng med utviklingen av forholdsmessighetsprinsippet i europeisk rett. Gjennom EØS-avtalen og den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) må forvaltningsskjønnet på bety-

16 Jf. eksempelvis Boe (2007) side 88, Tvedt (2012) side 333 og Graver (2007) side 368–369.

17 Eckhoff (1971), bl.a. kapitlene 8 og 12.

18 Se særlig Sundby (1974) side 255–256.

19 Bergo (2002) side 130. Det er imidlertid grunn til å poengtere at det rettsrealistiske prosjekt i første rekke var et deskriptivt prosjekt og ikke et normativt prosjekt som tok sikte på å endre retten.

20 Se særlig 4.3.2.2.6 og 5.3.2.6.6.

21 Krarup (1969) side 5–6 omtaler det som en «universell grundsætning» at det frie skjønn ikke er gjenstand for prøvelse.

22 2.3.2.3.2. I nyere litteratur er forholdsmessighet nå den foretrukne term, jf. Graver (2015) kapittel 8, Bernt og Rasmussen (2010) side 99 og Søvig (2015a).

delige områder av norsk forvaltningsrett utøves i lys av et forholdsmessighetskrav. Her ligger det en forventning om at nasjonal domstolskontroll går betydelig lenger enn kontrollen med skjønnet etter tradisjonell norsk rett. Også grunnlovsfestingen av nye menneskerettigheter våren 2014 bygger på en forholdsmessighetsmodell som forutsetter en mer inngående domstolskontroll. Det er grunn til å anta at domstolenes forholdsmessighetskontroll på disse områder kan ha hatt en viss smitteeffekt også på områder som ikke direkte berøres av de nevnte regler, med den konsekvens at avveiningskontrollen generelt er skjerpet. Også denne utvikling kan knyttes til endringer i rettskildelæren, nærmere bestemt den europeiseringen som har funnet sted i de senere år.

Dette gir følgende overordnete hypoteser:

1. Legalitetskontrollen er svekket.[23]
2. Hensiktsmessighetskontrollen er skjerpet.

Et nærliggende spørsmål, dersom hypotesene ovenfor holder stikk, er om sondringen legalitet–hensiktsmessighet, eller som det også gjerne uttrykkes: rettsanvendelse–skjønnsutøvelse, kan forkastes som demarkasjonskriterium for å forklare henholdsvis prøvelse og ikke prøvelse til fordel for en *felles tilnærming* for både lovanvendelsen og *kan*-skjønnsutøvelsen. Både i dansk og norsk litteratur er det fremsatt påstander i denne retning.[24]

Hypotesene er deskriptive og har som formål å gi en overordnet ramme for drøftelsene av avhandlingens første problemstilling: hvor langt domstolene går i å prøve forvaltningens skjønnsutøvelse. Denne problemstillingen omfatter imidlertid også underproblemstillinger som faller utenfor de nevnte hypoteser.[25]

---

23 Hypotesen er begrenset til lovanvendelsen og forbudet mot utenforliggende hensyn. Også andre legalitetsspørsmål drøftes i avhandlingen, men her er praksis så vidt beskjeden at det er vanskelig å drøfte noen egentlig utvikling.

24 Diskusjonen kan føres tilbake til Krarup (1969) og hans hovedsynspunkt om at det ikke var noen kompetanseskranker for domstolskontrollen, kun variasjoner i prøvelsesintensitet, jf. eksempelvis side 304–336. Se for dansk rettsvedkommende særlig Gammeltoft-Hansen (1995), Lund (2001) og Dejbjerg Pedersen (2006) side 305 flg. Fra norsk litteratur kan jeg nevne Bekkedal (2012) side 246–249. I norsk rett har spørsmålet sammenheng med diskusjonen om valg av skjønnsbegrep, jf. 2.2.3.5.

25 Eksempelvis vil domstolskontrollen med skjønnet opp mot instrukser vanskelig kunne innpasses som et spørsmål om legalitetskontroll eller hensiktsmessighetskontroll. Instrukser er nærmere omtalt under 5.4.2.5 og 5.4.2.6.

1.3 Enkelte metodespørsmål

1.3.1 Avhandlingens deskriptive komponent

Avhandlingens første spørsmål ble i 1.1 formulert som hvor langt domstolene går i å prøve forvaltningens skjønnsutøvelse. Formuleringen er valgt med omhu: Avhandlingen er rettet inn mot en beskrivelse av *argumentasjonsmønstre i domspraksis* og ikke *rettsregler*. Perspektivet er deskriptivt og ikke normdeskriptivt.[26] Dette innebærer at jeg i liten grad beskriver innholdet av en regel om domstolenes prøvelseskompetanse. På dette punkt vil avhandlingen avvike noe fra mer rettsdogmatisk orienterte avhandlinger, hvor utlegningen av *gjeldende rett* gjerne er det sentrale element. Dette grep er ikke begrunnet i noen generell avvisning av at det kan være hensiktsmessig å operere med gjeldende rett som en tankefigur i omtale av retten. Perspektivet er imidlertid valgt ut fra en oppfatning av at domstolene står (og bør stå) forholdsvis fritt til å fravike egen praksis i prøvelsesspørsmål.[27]

Metoden i avhandlingens deskriptive komponent har fellestrekk med rettsanvendelse i enkeltsaker. Analysen av praksis bruker de samme *tolkningsverktøy*: parallelltolkning, anført og konstruert *ratio decidendi* mv.[28] For øvrig vil avhandlingens metode nødvendigvis gjenspeile den erkjennelsesinteresse som legges til grunn: Jeg er ute etter overordnete *argumentasjonsmønstre*, ikke løsninger i enkeltsaker. Av denne grunn vil jeg i større grad foreta sammenlikninger med andre rettsområder og spørsmål. Koherensbetraktninger står sentralt.[29] Et eksempel er doktrinen om tilbakeholdenhet i lovanvendelseskontrollen, som diskuteres i lys av fenomenet forvaltningspraksis som rettskildefaktor. Denne søken etter sammenhenger i domsmaterialet gir seg utslag i at dommer ofte tolkes på tvers av den anførte begrunnelse.

---

26 For en liknende tilnærming, se Bergo (2000), bl.a. side 11 flg., Høgberg (2006) side 15–22 og Frøberg (2014), særlig side 34 flg.

27 Spørsmålene har en viss parallellitet med rettskildespørsmål. For en nærmere analyse og vurdering av Høyesteretts frihet til å fravike tidligere inntatte standpunkter i rettskildespørsmål, se Eng (1997). Den deskriptive side av Engs analyse er kritisert av Frøberg (2014) side 53 flg. For så vidt gjelder avhandlingens tema – skjønnsutøvelse og domstolskontroll, oppleves det ikke å være kontroversielt at Høyesterett stiller seg forholdsvis fritt til tidligere inntatte standpunkter. Særlig Bernt har i flere arbeider tatt til orde for at forholdet mellom domstoler og forvaltning er mer preget av pragmatiske overveielser enn kompetanseskranker, jf. senest Bernt (2016). Se for øvrig nærmere 6.3 om problematikken.

28 Eckhoff og Helgesen (2001) side 164 flg. og Fleischer (1981a).

29 Dette er for så vidt et typisk trekk ved rettsdogmatiske avhandlinger, jf. Askeland (2013) side 20 flg.

Slik sett vil slutninger av typen konstruert *ratio decidendi* stå mer sentralt enn i den typiske rettsanvendelse i enkeltsaker.[30]

Sammenliknet med rettsanvendelse i enkeltsaker har også begrepsanalytiske hensyn en mer fremtredende plass. Med dette sikter jeg noe upresist til normer for god språkbruk. Mer konkret dreier det seg om hensynet til operasjonaliserbarhet, enkelt språk mv.[31] Et praktisk eksempel er at definisjoner ikke bør være sirkulære. Et annet er at begrepsdannelser bør velges i lys av formålet med undersøkelsen (erkjennelsesinteressen).[32]

Begrepsanalytiske hensyn er særlige aktuelle i rettsvitenskapelige fremstillinger, hvor omdefineringer står sentralt.[33] Grunnleggende sett kan definisjoner i rettsvitenskapelig sammenheng vurderes i lys av to ulike målestokker: Der definisjonene er knyttet til uttrykk/begreper *i normer* vil holdbarheten bli å vurdere etter rettssystemets egne normer (rettskildelæren).[34] Ofte tar imidlertid rettsvitenskapelige tekster sikte på å beskrive normer uten å nødvendigvis uttrykke disse (begreper *om normer*). I så fall blir holdbarhetskriteriene de ovennevnte normer for god språkbruk. Også her vil imidlertid rettskildelærens normer komme inn indirekte: En karakteristikk av en norm bør også reflektere normens innhold.

1.3.2 Avhandlingens normative komponent

Avhandlingens andre hovedspørsmål er hvor langt domstolene bør gå i å prøve forvaltningens skjønnsutøvelse. Min innfallsvinkel til dette spørsmål vil være de påstander som fremsettes om hvordan skjønnet bør prøves i litteratur og praksis. Påstander om hvordan domstolskontrollen *bør praktiseres,* består både av verdimessige premisser og oppfatninger om hvordan utformingen av domstolskontrollen vil realisere eller motvirke disse verdier (empiriske forutsetninger).[35] Eksempelvis

30 Eng (1998) side 521 flg., særlig side 532–538.

31 Se nærmere Eng (2007) del V kapittel 3.

32 Eng (2007) side 536. Jf. også Bernt (2009) side 32.

33 Eng (1998) side 521 flg.

34 Eng (2007) side 519 flg. og Høgberg (2015) side 56.

35 De empiriske argumenter er ofte underspilt i normative drøftelser. Strandberg (2010), bl.a. side 178 flg., gir et godt eksempel på hvordan en normativ drøftelse kan legges opp med denne begrepsbruk. Han bruker imidlertid termen epistemisk om det jeg betegner empirisk. Termen empirisk er etter min mening bedre egnet til å få frem karakteren av den vurdering som skal foretas – nemlig at den er rettet mot en vurdering av virkeligheten som motstykke til verdibaserte argumenter.

bygger påstander om at domstolene ikke bør prøve avveiningsskjønnet, på et verdimessig premiss om at skjønnsutøvelsen har en demokratisk forankring som bør beskyttes, og et empirisk premiss om at domstolskontroll vil svekke den demokratiske forankring.

Når det gjelder holdbarheten av de empiriske premisser, vil jeg i hovedsak begrense meg til å løfte disse frem (de er ofte skjult) og diskutere dem i lys av allmenne erfaringssetninger. Noen egne empiriske undersøkelser har jeg ikke foretatt.

Når det gjelder de verdimessige premisser, kan disse diskuteres både med utgangspunkt i rettssystemets egne normer og i verdier utenfor retten. I det første tilfellet er det vanlig å si at kritikken mot domstolene formuleres *de sententia ferenda*, og i det annet tilfellet at kritikken formuleres *de lege ferenda*. Kritikk *de sententia ferenda* er rettet mot hvordan domstolene opptrer innenfor rammen av rettssystemet. Kritikk *de lege ferenda* er derimot rettet mot rettssystemet som sådan. En annen måte å uttrykke dette på er at kritikk *de sententia ferenda* er systemintern, mens kritikk *de lege ferenda* er systemekstern.[36] I og med at det norske rettssystemet i stor grad åpner for trekke inn mer allmenne verdistandpunkter, er det ikke nødvendig å trekke et klart skille mellom den interne og eksterne kritikk.[37] De normative synspunkter som fremsettes i avhandlingen, har derfor i hovedsak karakter av påstander *de sententia ferenda*. Som en fellesbetegnelse på verdibasert argumentasjon benyttes i avhandlingen «normative grunner».

Selv om kritikken forankres i rettssystemet, står vi igjen med spørsmålet om hvordan verdistandpunkter kan begrunnes. Dette spørsmål oppstår både for intern og ekstern kritikk og har vært gjenstand for omfattende diskusjon i ulike avstøpninger.[38] Dette spørsmålet er det naturligvis ikke ett svar på. I litteraturen finnes ulike ontologiske og epistemologiske posisjoner.[39] Selv de som er av den oppfatning at det finnes ett svar (en objektiv sannhet), vil raskt forenes med skeptikerne i at en slik sannhet vanskelig er erkjennelsesmessig tilgjengelig. For min egen del kan den normative tilnærming beskrives slik:

---

36 Eriksen (2016) side 43 flg.

37 Kinander (2000).

38 Mæhle (2005) diskuterer dette som et spørsmål om grensen for rettsanvendelsesskjønnet og har videre henvisninger til sentrale moderne teorier. Eng (2007) side 247 flg. diskuterer det mer grunnleggende moralfilosofiske spørsmål om verdistandpunkter kan erkjennes.

39 «Ontologisk» henspiller her på om det eksisterer svar på normative spørsmål; ontologi er læren om det som eksisterer. Epistemologi er læren om erkjennelse, det vil si hvordan svaret på normative spørsmål kan erkjennes. Se nærmere Bergo (2002), henholdsvis side 146 flg. og 151 flg.

De verdimessige premisser i litteratur og praksis vil i stor grad legges til grunn, men likevel slik at disse i noen grad problematiseres ut fra egne forutsetninger. I tillegg vil det benyttes en mer koherensbasert argumentasjon, hvor jeg ser ulike standpunkter i lys av allment aksepterte størrelser.[40] Et eksempel er drøftelsen av læren om utenforliggende hensyn, som knyttes opp mot lovskravet.[41] I og med at jeg her postulerer oppfatninger som «allment aksepterte», kan det sies at avhandlingen i noen grad også argumenterer etter en intersubjektiv målestokk. Slik sett bygges det i alle fall delvis på en konsensusteori.[42] Liknende synspunkter er velkjente i norsk litteratur.[43] En konsensusteori viser til en målestokk som i prinsippet er empirisk og kan bringes på det rene. I praksis er den imidlertid ikke erkjennbar. Dette får den konsekvens at mine påstander på disse punkter på ingen måter pretenderer å gi uttrykk for *sannheter*. Det argumenteres for løsninger som *jeg* mener gir de mest koherente utlegninger av ulike rettsspørsmål. Det er opp til leseren om han vil akseptere eller forkaste argumentasjonen. Slik sett bygger avhandlingen på den skandinaviske rettsrealismens grunnleggende erkjennelsesteoretiske premiss: Vi kan kun ha sikker kunnskap om det som kan erfares, og i analytiske spørsmål.[44] Derimot er jeg ikke av den oppfatning at det er meningsløst å diskutere verdispørsmål. Betydningen av drøftelsene på dette punkt ligger imidlertid kanskje først og fremst i begrepsutviklingen.[45]

Også for normative påstander vil begrepsanalytiske hensyn stå sentralt, jf. 1.3.1.

1.3.3 Tidsaspektet

Enhver rettsvitenskapelig avhandling vil måtte forholde seg til utvikling i retten over tid. Dette gjelder både avhandlingens deskriptive og normative komponent.

40 Se Høgberg (2015) side 29–30 om koherensteorier.

41 At koherensteorier generelt reiser vanskelige begrunnelsesspørsmål, går jeg ikke nærmere inn på. Se Eng (2007) side 486.

42 Se Høgberg (2015) side 30–31.

43 Et slikt synspunkt har hatt flere forkjempere i norsk litteratur. Mest uttalt er kanskje Doublet (1995), eksempelvis side 520. Men også Bernt har vært en tydelig eksponent for et slikt synspunkt, jf. eksempelvis Bernt (2009). Også Eckhoff kan innpasses i en slik kategori, jf. Eckhoff og Helgesen (2001) side 20–21. Mæhle (2005) side 129 bruker betegnelsen funksjonelle teorier om teorier hvor meningsfellesskap oppstilles som målestokk.

44 Eng (2007) side 313.

45 Dette er et sentralt poeng i pragmatismen til filosofen Richard Rorty, jf. Graver (2011) side 247 med videre henvisning.

Avhandlingens deskriptive komponent er sentrert rundt læren om skjønnskontroll slik den utlegges i nyere litteratur og praksis, i «nåtid», uten at det er nødvendig å fiksere perioden nærmere. Dagens lære vil likefullt beskrives gjennom den utvikling som har funnet sted, slik at eldre litteratur og praksis vil trekkes inn i betydelig grad. Videre vil den antatte utvikling kort berøres. Også avhandlingens normative komponent er sentrert rundt dagens lære. Spørsmålet om ønsket utvikling er i liten grad særskilt tematisert, men følger underforstått av den normative vurdering av dagens praksis. Eldre praksis er i begrenset grad evaluert.

1.4 Avgrensninger

Avhandlingen omhandler domstolskontrollen med skjønn i materielle lovfestede normer som gir kompetanse til å fatte individuelle avgjørelser.[46] Dette er skjønnsdoktrinens *kjerneområde* slik den omhandles i norsk og utenlandsk litteratur. Utenfor faller skjønn i saksbehandlingsregler, personelle kompetansenormer og normer rettet mot forvaltningens faktiske handlinger.[47] Utenfor faller også skjønn hjemlet i instruksjonsmyndighet og privatautonomi. Heller ikke avtaler og tilsagn om utøvelse av skjønnsmessig myndighet behandles nærmere.[48] Kompetanse til å fatte generelle vedtak (forskrifter) har nær sammenheng med de individuelle skjønn. Like fullt er det forskjeller.[49] En fullstendig gjennomgang av begge typer skjønn har ikke vært mulig. Forskriftsskjønnet er derfor ikke særskilt omhandlet, men praksis knyttet til forskriftsskjønn er trukket inn der det har relevans for de parallelle problemstillinger knyttet til individuelle skjønnsfullmakter.

Avhandlingen er begrenset til å prøve om (eventuelt i hvilket omfang) forvaltningens avgjørelser er gjenstand for kontroll. Virkningen av at domstolene etterprøver forvaltningen og konstaterer feil, er ikke gjenstand for nærmere drøftelse. Dette omfatter spørsmålet om gyldighetskontroll eller realitetsavgjørelse, ugyldighetsvurderingen og spørsmålet om erstatning.

---

46 Normalt enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2.

47 Det er grunn til å betone at skjønn selvsagt kan forekomme i normer som regulerer faktiske handlinger.

48 Dette spørsmål er nylig behandlet av Hopsnes (2016).

49 Bl.a. gjelder det ikke krav til begrunnelse for forskrifter. En forskriftsfullmakt må også alltid anses å hjemle adgang til å avskjære visse rettslige og faktiske premisser (en standardiseringsadgang, jf. 5.6.3.1). De normative grunner for overprøving er også noe forskjellige.

Videre er det vanlig å holde ulike bevisskjønn utenfor skjønnsbegrepet; skjønnsproblematikken anses å rette seg mot avgjørelsens rettslige side.[50] Som vi skal se, er det ikke mulig å trekke et klart skille her, da empiriske vurderinger er en sentral, men lite påaktet del også av den «rettslige side» av skjønnsutøvelsen. Spørsmålet om hvilket faktumtidspunkt som skal legges til grunn, vedtakstidspunkt eller domstidspunkt, er ikke gjenstand for nærmere drøftelse.

Sentralt i diskusjonen om forholdet mellom forvaltning og domstoler står spørsmålet om særdomstoler og særprosess.[51] Denne problematikk er ikke nærmere omhandlet i avhandlingen. Heller ikke spørsmålet om (grunn)lovfesting av prøvelsesrettens nærmere omfang behandles videre.[52]

Tyngdepunktet i avhandlingen ligger på statlige vedtak. Dette innbærer at den særlige problematikk som ligger i det kommunale selvstyret, ikke behandles nærmere.[53]

Domstolskontrollen med forvaltningens skjønnsutøvelse er utviklet i konstellasjonen stat–individ. Som en følge av utviklingen av de prosessuelle regler om søksmålsinteresse på 1970-tallet har det imidlertid oppstått en ny partskonstellasjon, der tredjeparter kan forfølge offentlige interesser og angripe begunstigende avgjørelser. Foreløpig foreligger lite høyesterettspraksis rundt disse spørsmål. Denne konstellasjon er så vidt forskjellig fra den klassiske konstellasjonen stat–individ at det ikke uten videre kan tas for gitt at de alminnelige prinsipper om domstolskontroll bør legges til grunn. Det har ikke vært plass til å gi disse spørsmål den særbehandling de fortjener, og det er den klassiske konstellasjonen stat–individ jeg har for øye om ikke annet er presisert eller følger av sammenhengen.

En komparasjon med andre land har ikke vært mulig å gjennomføre innenfor de tilmålte rammene for en ph.d.-avhandling. Like fullt er utenlandske kilder (i hovedsak litteratur) trukket inn for å belyse ulike spørsmål. I og med at jeg ikke har hatt anledning til å foreta inngående studier av utenlandsk rett, er kildematerialet kun ment som eksempler på hvordan tilsvarende spørsmål er (foreslått) håndtert i andre land. Særlig er eldre dansk litteratur trukket inn der denne har hatt betydning for utviklingen av norsk rett.

---

50 Dette omfatter også ulike «verdiskjønn». Se Andenæs (1947) side 196. Slike skjønn har i praksis blitt prøvet etter samme standarder som «rettslige» skjønn, jf. eksempelvis Rt. 2012 s. 1025 *Norland*.

51 Se eksempelvis Forvaltningskomiteen (1958) side 406 flg. og Bragdø-Ellenes (2014) side 349–352.

52 Spørsmålet er berørt av Aulstad (2007) og inntatt som en del av mandatet til lovutvalget som skal revidere forvaltningsloven.

53 Se Stokstad (2012) om denne problematikk.