

Dispensasjon etter plan- og bygningsloven § 19-2

Med en empirisk undersøkelse av sider ved den reelle retten – basert på en analyse av et utvalg dispensasjonsvedtak fra forvaltningen

Kandidatnummer: 682
Leveringsfrist: 25.11.2012
Antall ord: 17840



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema	1
1.1.1	Presentasjon av tema	1
1.1.2	Aktualitet	1
1.1.3	Presisering og avgrensninger.....	2
1.2	Problemstilling.....	4
1.3	Rettskilder og metode	5
1.3.1	Alminnelig juridisk metode.....	5
1.3.2	Forvaltningspraksis som rettskilde	6
1.3.3	Sivilombudsmannens uttalelser som rettskilde.....	8
1.4	Begrepsavklaringer	8
1.5	Videre fremstilling.....	10
2	ALLMENT OM DISPENSASJON	11
2.1	Dispensasjon som en del av plan- og bygningslovens system for arealplanlegging ..	11
2.2	Om innføringen av plan- og bygningsloven § 19-2.....	13
2.3	Bakgrunn for byggeforbudet i 100-metersbeltet ved sjøen	14
3	DISPENSASJONSMYNDIGHET OG SAKSBEHANDLING.....	15
3.1	Hovedlinjer	15
3.2	Nærmere om krav til begrunnelse.....	16
3.3	Midlertidig overføring av myndighet til statlig eller regionalt organ.....	16
3.4	Klageorgan og klagebehandling	17
4	DISPENSASJONSVURDERINGEN	19
4.1	Innledning	19
4.2	Utgangspunkter	19

4.3	Lovgivers forutsetning om en særlig streng dispensasjonspraksis ved dispensasjon fra arealplaner og byggeforbudet i 100-metersbeltet	20
4.4	Den nærmere vurdering av vilkårene i plan- og bygningsloven § 19-2	21
4.4.1	Grunnvilkåret.....	21
4.4.2	Interesseavveiningen	23
4.5	Relevante hensyn i dispensasjonsvurderingen.....	24
4.5.1	Generelle kriterier for relevans.....	24
4.5.2	Individuelle forhold	25
4.5.3	Særtilfelle: Riving og gjenoppføring.....	26
4.5.4	Særtilfelle: Tidligere uheldig saksbehandling	27
4.5.5	Betydningen av at søkerens behov kan ivaretas ved alternative løsninger....	27
4.6	Hva skal det etter loven ellers tas hensyn til i dispensasjonsvurderingen	28
4.6.1	Uttalelser fra berørte statlige og regionale myndigheter	28
4.6.2	Konsekvenser for helse, miljø, sikkerhet og tilgjengelighet	28
4.6.3	Statlige og regionale rammer og mål.....	29
4.6.4	Rikspolitiske retningslinjer for sjøområdene i Oslofjordregionen	30
4.6.5	Statlige planretningslinjer for en differensiert forvaltning av strandsonen ...	31
4.7	Oppsummering.....	31
5	 SKJØNNSUTØVELSEN	33
5.1	Innledning	33
5.2	Grensen mellom rettsanvendelse og fritt skjønn i norsk rett	33
5.2.1	Utgangspunkt.....	33
5.2.2	«Kan»-skjønn og «subsumsjonsskjønn»	34
5.2.3	Hvilke sider av et forvaltningsvedtak kan overprøves?.....	35
5.2.4	Hvorfor grensen mellom rettsanvendelse og fritt skjønn er av betydning	37
5.3	Rettstilstanden etter pbl. 1985 § 7	37
5.4	Karakteren av «subsumsjonsskjønnet» i plan- og bygningsloven § 19-2.....	39
5.4.1	Innledning.....	39
5.4.2	Analyse av rettskildene.....	40

5.4.3	Oppsummering og konklusjon	45
5.5	Ingen har krav på dispensasjon – «Kan»-skjønnets er fritt	48
6	PRAKSIS FRA FYLKESMANNEN I VESTFOLD.....	50
6.1	Innledning	50
6.2	Metoden ved undersøkelsen av forvaltningsvedtakene	51
6.2.1	Kvalitativ analyse – intensivt opplegg.....	51
6.2.2	Representativitet og formålet med undersøkelsen.....	52
6.2.3	Presentasjon av undersøkelsen	53
6.3	Utvalget av saker som er gjenstand for analysen.....	53
6.3.1	Inndeling i kategorier.....	53
6.3.2	Valg av typetilfelle som er gjenstand for analysen.....	54
6.4	Analysen av vedtakene	55
6.4.1	Utfallet av sakene	55
6.4.2	Generelt om Fylkesmannens vurderinger.....	55
6.4.3	Hva begrunnet dispensasjon	56
6.4.4	Hva gjorde at det ikke ble gitt dispensasjon	60
6.4.5	Forholdet til kommunens vurdering	61
6.5	Oppsummering.....	61
7	RETTSSOSIOLOGISKE BETRAKTNINGER.....	65
7.1	Om rettens tilsiktede og ikke-tilsiktede virkninger.....	65
7.2	Dispensasjonsreglenes tilsiktede virkninger	65
7.3	Dispensasjonsreglenes ikke-tilsiktede virkninger.....	67
8	AVSLUTNING.....	69
8.1	Samlende betraktninger	69
8.2	Fremtidsutsikter	70
9	REFERANSELISTE	72
10	VEDLEGG 1: ANBEFALELSBREV	81

11	VEDLEGG 2: REGISTRERINGSSKJEMA	82
-----------	---	-----------

1 Innledning

1.1 Tema

1.1.1 Presentasjon av tema

Denne avhandlingen omhandler plan- og bygningslovens¹ regler om dispensasjon. Formålet med avhandlingene å kartlegge de *formelle* reglene om dispensasjon, samt belyse sider av den *reelle* retten ved en kvalitativ undersøkelse av et utvalg dispensasjonsvedtak fra forvaltningen.

Plan- og bygningsloven åpner for at den enkelte kommune kan gi dispensasjon fra bestemmelser gitt i eller i medhold av loven. En dispensasjon er nærmere bestemt en tillatelse til å fravike en gjeldende bestemmelse i det aktuelle tilfellet søknaden gjelder. Reglene om dispensasjon følger av fire bestemmelser i plan- og bygningslovens kapittel 19. Vilkårene for dispensasjon følger av pbl. § 19-2 andre ledd. Dispensasjon kan ikke gis «dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra eller hensynene i lovens formålsbestemmelse blir vesentlig tilsidesatt». I tillegg må «fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering».

1.1.2 Aktualitet

Temaet er for det første aktuelt fordi reglene om dispensasjon ble realitetsendret ved innføringen av dagens plan- og bygningslov. Bestemmelsene om dispensasjon ble satt i kraft 1. juli 2009. Ut i fra forarbeidene til plan- og bygningsloven ser det ut til at en innstramming av dispensasjonspraksis var et sentralt siktemål ved innføringen av de någjeldende reglene.²

¹ Lov om planlegging og byggesaksbehandling 27. juni 2008 nr. 71 (plan- og bygningsloven). Heretter forkortet pbl.

² Se bl.a. NOU 2001: 7 kapittel 17.2.4 og de spesielle meknadene til pbl. § 19-2 i Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

Interessante spørsmål er derfor hva som skal til for at dispensasjonsvilkårene i den någjeldende dispensasjonsbestemmelsen er oppfylt, og om forvaltningens dispensasjonspraksis er i samsvar med det som følger av gjeldende rett.

For det andre er spørsmålet om kommunens skjønnsfrihet ved dispensasjonsvurderingen aktuelt, ettersom omfanget av domstolskontrollen med forvaltningens skjønnsutøvelse etter den tidligere dispensasjonsbestemmelsen (plan- og bygningsloven av 1985³ § 7) var gjenstand for diskusjon i den juridiske teori. Vilkårene for dispensasjon er nå endret, og det er i forarbeidene til dagens plan- og bygningslov gitt en klargjørende uttalelse om skjønnets karakter. Det er likevel av interesse å se nærmere på spørsmålet om omfanget av domstolskontrollen av forvaltningens dispensasjonsvedtak etter pbl. § 19-2 – på bakgrunn av forhistorien.

1.1.3 Presisering og avgrensninger

Reglene om dispensasjon favner vidt. Både bestemmelsene det kan dispenseres *fra* og tiltakene det kan gis dispensasjon *for* kan være av svært ulik karakter. Bestemmelsene det kan gis dispensasjon fra varierer fra generelle lovbestemmelser til detaljerte bestemmelser i reguleringsplaner eller forskrifter. De ulike tilfeller kan derfor tenkes å reise ulike spørsmål. På grunn av avhandlingens omfang er det ikke mulig å «gå inn i» alle de ulike tilfellene. Det har vært nødvendig å foreta en avgrensning av det overordnede tema. I det følgende vil jeg forklare og begrunne det nærmere presiserte temaet.

De senere år har spørsmålet om enkeltkommuners dispensasjonspraksis har vært for liberal vært gjenstand for politisk diskusjon.⁴ Det er blant annet diskutert om dispensasjonsmyndigheten burde ligge hos staten.⁵ Dispensasjonsadgangen åpner for fleksibilitet og situa-

³ Lov 14. juni 1985 nr. 77: Plan- og bygningslov (opphøvet). Heretter forkortet pbl. 1985.

⁴ Jf. Bugge (2011) s. 219.

⁵ Ibid.

sjonstilpassede løsninger, og er et virkemiddel for å unngå uønskede resultater.⁶ Men med en generell dispensasjonsadgang følger på den annen side en fare for at lovbestemmelser og planer ikke gjennomføres slik det var tenkt. Dispensasjonspraksis i 100-metersbeltet ved sjøen er et av de områder det har stått særlig strid om.⁷ Forarbeidene til plan- og bygningsloven fremhever også behovet for innstramming av dispensasjonspraksis særskilt når det gjelder dispensasjoner i 100-metersbeltet.⁸ Dette er bakgrunnen for presiseringen av temaet; avhandlingen har *dispensasjoner i 100-metersbeltet ved sjøen* som fokus.

«Rene» dispensasjoner fra byggeforbudet i 100-metersbeltet kommer imidlertid svært sjeldent opp til vurdering. Det er fordi arealene i 100-metersbeltet normalt enten er regulert til bebyggelse, eller båndlagt mot typer av bebyggelse i de kommunale planer.⁹ Dersom området er regulert til utbygging er det forholdet til reguleringsplanen som må vurderes. Byggeforbudet i 100-metersbeltet kommer således ikke på spissen. Der området er omfattet av kommuneplan fastsetter kommuneplanens bestemmelser ofte et generelt forbud mot utbygging.¹⁰ I disse tilfellene er gjennomføring av et tiltak betinget av dispensasjon fra *både* bestemmelsen i kommuneplanen og fra byggeforbudet i 100-metersbeltet. Ettersom dispensasjoner fra byggeforbudet i 100-metersbeltet vil ha en så nær sammenheng med dispensasjon fra planbestemmelser omfatter det overordnede tema også dispensasjon fra arealplaner.¹¹

Avhandlingen har dette nærmere presiserte tema som fokus. Utvalget av forvaltningsvedtak som er analysert er også valgt ut på denne bakgrunn. Ettersom dispensasjonsreglene i plan-

⁶ Se bl.a. NOU 2005: 12 s. 262.

⁷ Jf. Bugge (2011) s. 219.

⁸ Se om bruken av begrepet *100-metersbeltet* i punkt 1.4 nedenfor.

⁹ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 209.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Se om begrepet *arealplan* i punkt 1.4.

og bygningsloven er av generell karakter vil imidlertid hovedlinjene i fremstillingen også være av betydning for dispensasjon generelt.

Avhandlingen har et rettslig perspektiv, derfor behandles ikke rettspolitiske spørsmål; slik som hvor dispensasjonsmyndigheten *bør* ligge eller hvor strenge de rettslige vilkår for dispensasjon *bør* være.

Det følger av pbl. § 19-2 første ledd jf. andre ledd at midlertidig dispensasjon kan gis på de samme vilkår som «permanent» dispensasjon.¹² De nærmere reglene om midlertidig dispensasjon følger av pbl. § 19-3. På grunn av avhandlingens omfang behandles ikke de særskilte spørsmål som midlertidig dispensasjon reiser.

1.2 Problemstilling

Avhandlingen har tre problemstillinger. Det første spørsmålet er hva som etter den formelle retten skal til for at dispensasjonsvilkårene er oppfylt i saker hvor det er søkt om dispensasjon fra byggeforbudet i 100-metersbeltet ved sjøen. Herunder hva kommunen *kan* og *skal* ta hensyn til i dispensasjonsvurderingen.

Det andre spørsmålet er om forvaltningens dispensasjonsvurdering (den reelle retten) er i samsvar med den formelle retten. For å få innsikt i den reelle retten har jeg foretatt en undersøkelse av et utvalg forvaltningsvedtak. Jeg vil forsøke å besvare spørsmålet ved å holde analysen av forvaltningsvedtak opp mot den formelle retten, samt ved å trekke inn noen retts sosiologiske betraktninger.

Den siste problemstillingen knytter seg forvaltningens skjønnsutøvelse. Spørsmålet er hvor fritt kommunene står i sin skjønnsutøvelse når de skal ta stilling til en dispensasjonssøknad. Eller sagt med andre ord; i hvilken grad forvaltningens konkrete dispensasjonsvurdering

¹² Se nærmere Innjord (2010) s. 526–528.

kan overprøves av domstolene. Problemstillingen omfatter både spørsmålet om i hvilken grad domstolene *kan* sette til side forvaltningens vurdering og hvorvidt det kan antas at domstolene vil være *tilbakeholdne* i sin overprøving av forvaltningens dispensasjonsvurdering.

1.3 Rettskilder og metode

1.3.1 Alminnelig juridisk metode

Alminnelig juridisk metode bli lagt til grunn i avhandlingen. Fremstillingen av reglene om dispensasjon i plan- og bygningsloven baserer seg dermed på rettskildene slik vi kjenner dem fra rettskildelæren.¹³

Det foreligger riktignok én felles juridisk metode, men den har ulike nyanser.¹⁴ For det første er det rettskildevariasjoner mellom ulike rettsanvendere¹⁵ og ulike synspunkter innenfor en del generelle spørsmål i den juridiske teori.¹⁶ Hvilken relevans og vekt forvaltningspraksis og Sivilombudsmannens praksis kan tillegges er eksempel på slike generelle spørsmål.¹⁷ For det andre er det nyanser innenfor den alminnelige metodelære ut i fra hvilket rettsområde vi befinner oss på.¹⁸

Ettersom jeg har undersøkt et utvalg dispensasjonsvedtak, samt at det flere steder i avhandlingen vises til Sivilombudsmannens uttalelser, skal jeg i de to følgende punkter vurdere relevansen og vekten av disse rettskildene i dispensasjonssaker.

¹³ Se Boe (2010) s. 117 f.; Andenæs (2009) s. 3 f.; Eckhoff og Helgesen (2001) s. 16 f.; Nygaard (2004) s. 23 f. og Fleischer (1995) s. 63 f.

¹⁴ Se Boe (2010) s. 231.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Se Boe (2012) 208 f.

¹⁷ Op.cit. s. 263 f. og s. 279 f.

¹⁸ Se Boe (2010) s. 234 og Nygaard (2004) s. 72.

1.3.2 Forvaltningspraksis som rettskilde

Jeg legger til grunn at forvaltningspraksis er en *relevant* rettskilde,¹⁹ men at den i utgangspunktet har begrenset rettskildevekt.²⁰ Forhold av generell betydning for *vekten* er hvordan rettskildebildet for øvrig ser ut og hvorvidt forvaltningspraksis er fast, konsistent og utbredt.²¹

Når det gjelder betydningen av forvaltningspraksis illustrerer en artikkel av Backer at det foreligger ulike syn på spørsmålet også innenfor plan- og bygningsrettens område.²² Artikkelen er en vurdering av en fremstilling av plan- og bygningsretten av Fleischer.²³ Backer viser til at Fleischer ser helt bort i fra underrettspraksis, sivilombudsmannsuttalelser og forvaltningspraksis i sitt rettskildesyn.²⁴ Samtidig kommer det til uttrykk at Backer ikke deler disse synspunktene. Han peker på at langt de fleste saker i plan- og bygningsretten avgjøres på et lavt beslutningsnivå; i underretten eller i forvaltningen.²⁵

Reglene om dispensasjon er svært praktiske – det behandles mange tusen dispensasjonssaker i kommunene hvert år.²⁶ Men av disse er det kun et lite antall saker som når rettsapparatet. Det foreligger ennå ikke rettspraksis av betydning for de någjeldende regler om dispensasjon. Rettskildebildet er således begrenset når det gjelder dispensasjon i plan- og bygningsloven. Når det gjelder de vedtak som jeg har gjennomgått her har jeg ikke grunnlag for å bedømme om de representerer en fast og konsistent praksis. Et generelt forhold som

¹⁹ Slik Boe (2010) s. 324; Eckhoff og Helgesen (2001) s. 240 og Fleischer (1995) s. 66.

²⁰ Jf. Boe (2010) s. 330 i samme retning Eckhoff og Helgesen (2001) s. 233.

²¹ Jf. Eckhoff og Helgesen (2001) s. 233–243, i samme retning Boe (2010) s. 326.

²² Backer (1994): *Plan- og bygningsretten i Fleischers lys*.

²³ Fleischer (1992): *Plan- og bygningsretten*.

²⁴ Se Backer (1994) s. 603.

²⁵ Ibid.

²⁶ Se KOSTRA (Kommune Stat Rapportering) *Kommunal byggesaksbehandling i områder med stor miljøverdi* og NOU 2003: 24 s. 192.

taler i mot å tillegge dispensasjonsvedtakene vekt som rettskilde er at vedtakene er upubliserte.²⁷

Det er usikkert hvilken vekt som bør legges på forvaltningens vedtak i dispensasjonssaker.²⁸ Jeg legger etter dette til grunn at dispensasjonsvedtakene bare vil ha en helt begrenset rettskildevekt.

I avhandlingen brukes forvaltningsvedtakene som er analysert først og fremst som eksempel på hvordan reglene anvendes. I følge Skoghøy kan det ofte være hensiktsmessig å belyse de reglene som omhandles i en rettsdogmatisk fremstilling med praktiske eksempler – også der eksemplene ikke kan tillegges vekt som rettskilde.²⁹ Når det gjelder *rettspraksis* skriver Skoghøy følgende:

«Om det i en rettsdogmatisk fremstilling eller dom er henvist til en rettsavgjørelse, trenger avgjørelsen derfor ikke være benyttet som rettskilde, men utelukkende som illustrasjonsmateriale».³⁰

Skoghøy sikter her til underrettspraksis. Synspunktene kan anføres også når det gjelder *forvaltningspraksis*, spesielt når det ikke finnes rettspraksis til illustrasjon. I tråd med dette kan analysen av forvaltningsvedtak bidra til å *belyse* gjeldende regler.

Hovedformålet med gjennomgangen av forvaltningsvedtak er for øvrig å gi et *innblikk* i den reelle retten. Jeg redegjør nærmere for empirisk metodebruk ved undersøkelsen av forvaltningens praksis i punkt 6 nedenfor.

²⁷ Se Boe (2010) s. 326 og Fleischer (1995) s. 75.

²⁸ Jf. Uggerud (1994) s. 25.

²⁹ Se. Skoghøy (2002) s. 332, om *rettspraksis*.

³⁰ Skoghøy (2002) s. 332.

1.3.3 Sivilombudsmannens uttalelser som rettskilde

Jeg legger til grunn at Sivilombudsmannens uttalelser er en *relevant* rettskilde.³¹ Når det gjelder *vekten* i dispensasjonssaker er det av betydning at Sivilombudsmannen behandler en stor mengde slike saker hvert år.³² Det foreligger allerede flere uttalelser som gjelder ulike sider ved dispensasjonsreglene i dagens plan- og bygningslov. Sivilombudsmannen har vært aktiv på området og innehar dermed praktisk erfaring og sakkyndighet. Av denne grunn kan det være grunn til å vektlegge hans vurderinger nokså sterkt i dispensasjonssaker i alminnelighet.³³

På den annen side kan det være noe tilfeldig hvilke av sivilombudsmannssakene som blir publisert; årsmeldingene inneholder bare en liten del av alle de plan- og bygningssakene som behandles av sivilombudsmannen hvert år.³⁴ Dette er et forhold som svekker vekten av sivilombudsmannspraksis som rettskildefaktor.³⁵

Der rettskildebildet ellers er begrenset (slik det er her) er det imidlertid god grunn til å tillegge sakene en viss vekt som rettskilde – i alle fall der det foreligger flere saker som går i samme retning.³⁶

1.4 Begrepsavklaringer

Med de «formelle» reglene / «formell rett» siktes det til rettstilstanden slik den er ut i fra rettskildefaktorene lovtekst, forarbeider, rettspraksis, mv. Med den «reelle retten» sikter jeg til hvordan den formelle retten anvendes i forvaltningen.

³¹ Se Boe (2012) s. 292 og Eckhoff og Helgesen (2001) s. 231.

³² Se Bugge (2011) s. 222 og Uggerud (1994) s. 25.

³³ Jf. Uggerud (1994) s. 25, se også Boe (2012) s. 296.

³⁴ Jf. Uggerud (1994) s. 26.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid.

Begrepet «arealplan» brukes som en samlebetegnelse på kommunedelplanens arealdel (omtales også som *kommuneplan*) og reguleringsplan. Dette er i tråd med begrepsbruken i den juridiske teori³⁷ og knytter seg til at det er disse to alminnelige plantypene som er direkte rettslig bindende. Kommuneplanens arealdel gjelder hele eller deler av kommunen, og angir hovedtrekkene i arealdisponeringen og rammer og betingelser for nye tiltak og arealbruk, jf. § 11-5. Reguleringsplaner er mer detaljerte planer for mindre områder i kommunen, jf. § 12-1.

«Tiltak» er et vidt begrep i plan- og bygningsloven. Begrepet brukes som en fellesbetegnelse på arbeid og andre handlinger som omfattes av søknadsplikten i pbl. §§ 20-1 og 20-2. Etter pbl. § 1-6 første ledd jf. § 20-1 første ledd bokstav a–m, omfattes blant annet bygging, riving, bruksendring, anleggsarbeid, samt opprettelse og endring av eiendom.

Når jeg bruker begrepet «byggeforbudet i 100-metersbeltet» sikter jeg til det generelle forbudet som etter pbl. § 1-8 andre ledd gjelder mot gjennomføring av tiltak nærmere sjøen enn hundre meter fra strandlinjen. Med «100-metersbeltet» siktes det til de arealer som omfattes av forbudet.

Med begrepet «LNF-formål» eller «LNF-område» siktes det til områder som i kommuneplanen er avsatt til landbruks-, natur-, og friluftformål, jf. pbl. § 11-7 første ledd nr. 5.³⁸ Her gjelder det i utgangspunktet et byggeforbud; bare tiltak som er nødvendig av hensyn til *stedbunden næring* er tillatt.

³⁷ Se Backer (2012) s. 194; Pedersen m.fl. (2010) s. 37; Bugge (2010) s. 185; og Innjord (2010) s. 19.

³⁸ Alternativet omfatter også reindriftsformål, og omtales derfor undertiden som *LNFR-formål*. Ettersom reindrift ikke er aktuelt i de sakene som er gjennomgått her benyttes den tradisjonelle betegnelsen *LNF*.

1.5 Videre fremstilling

Avhandlingen kan deles inn i tre deler; en rettsdogmatisk del (punktene 2–5), en empirisk del (punkt 6) og en kort retts sosiologisk del (punkt 7).

Som et nødvendig bakteppe for resten av avhandlingen settes dispensasjonsreglene først i sammenheng med plan- og bygningslovens system for arealplanlegging, hvor jeg også omtaler den nevnte innstrammingen av dispensasjonsadgangen og bakgrunnen for det gjeldende byggeforbudet i 100-metersbeltet ved sjøen (punkt 2). Deretter redegjøres kort for reglene om saksbehandling og dispensasjonsmyndighet (punkt 3). Hovedvekten i den rettsdogmatiske delen er lagt på spørsmålet om hva som etter den formelle retten skal til for at dispensasjonsvilkårene er oppfylt (punkt 4) samt spørsmålet om forvaltningens skjønnsfrihet (punkt 5).

I den empiriske delen (punkt 6) presenteres metoden ved undersøkelsen av forvaltningsvedtak og den nærmere analyse av vedtakene. Det er i alt 13 vedtak fra Fylkesmannen i Vestfold som er gjenstand for analysen. Vedtakene som er analysert er angitt ved vedtakets saksnummer hos Fylkesmannen i Vestfold, samt et kallenavn som jeg har gitt saken.³⁹

Til slutt knyttes noen betraktninger til dispensasjonsreglene og dispensasjonspraksis i et retts sosiologisk perspektiv (punkt 7).

Alle kursiveringer i teksten er mine egne med mindre noe annet fremgår.

³⁹ Se en fullstendig oversikt over vedtakene som er gjenstand for analysen i tabellen i punkt 6.6.

2 Allment om dispensasjon

2.1 Dispensasjon som en del av plan- og bygningslovens system for arealplanlegging

I norsk rett er det to hovedprinsipper som ligger til grunn for bruk av arealer. Det første er *privat eiendomsrett til grunnarealer*; etter legalitetsprinsippet krever inngrep i eierrådigheten hjemmel i lov.⁴⁰ Det andre hovedprinsippet er at *bruken av arealene og formingen av våre ytre omgivelser er et offentlig anliggende*.⁴¹ Eiendomsretten gir derfor grunneier handlingsfrihet – innenfor de rammene myndighetene setter.

Plan- og bygningsretten handler om myndighetenes regulering av fast eiendom og kontroll med byggevirksomheten.⁴² Det er mange lover som direkte eller indirekte har betydning for hvordan grunnarealene brukes, plan- og bygningsloven er blant de viktigste av disse. Systemet i plan- og bygningsloven er en helt sentral «mekanisme» når det gjelder fordeling av goder og byrder knyttet til arealbruk.⁴³

Plan- og bygningsloven er i stor grad en fullmaktslov. Oppgavene og ansvaret fordeles på de ulike beslutningsnivåer i forvaltningen; nasjonalt, regionalt og kommunalt, jf. pbl. § 3-2 første ledd. Loven etablerer et system for planlegging på de ulike nivåene. Dermed får vi *lag på lag* med planer, lovbestemmelser og forskrifter som danner et system.

Plan- og bygningsloven bygger på et generelt krav om tillatelse for å kunne gjennomføre tiltak, jf. pbl. § 20-1. Hvorvidt tillatelse skal gis avhenger av om tiltaket er i samsvar med lovens materielle bestemmelser, forskriftene til loven og de arealplaner som gjelder for området. Hvis tiltaket er i samsvar med arealplanen gir det grunneieren *rett til å gjennom-*

⁴⁰ Jf. Bugge (2011) s. 171.

⁴¹ Ibid.

⁴² Jf. Pedersen m.fl. (2010) s. 37.

⁴³ Jf. Bugge (2011) s. 172.

føre det, for tiltak som er i strid med arealplan innebærer planen et *forbud mot å gjennomføre* tiltaket.⁴⁴ Selv om arealplanene vedtas på laveste nivå i det hierarkiske plansystemet er de bindende også for organene oppover i systemet.⁴⁵ Planleggingen på nivåene over er av mer overordnet karakter, i form av forventninger, målsettinger, retningslinjer og uttalelsesmulighet.

Dispensasjonsadgangen er en «sikkerhetsventil» i planleggingssystemet; den gir kommunene en mulighet til å forhindre at lovbestemmelser og planer blir firkantede i møte virkeligheten. En innvilget dispensasjon innebærer at tiltak som er i strid med gjeldende bestemmelser likevel er lovlig så langt dispensasjonen rekker og så lenge tiltaket består.⁴⁶ Det er et unntak fra planen i et enkelttilfelle, uten at planen som sådan blir endret.

Det kan dispenseres fra bestemmelser gitt i eller i medhold av loven. Det vil si lovens materielle bestemmelser, forskrifter, lokale vedtekter⁴⁷ eller gjeldene planer for området, jf. pbl. § 19-2 første ledd. Det kan ikke dispenseres fra saksbehandlingsregler, jf. pbl. § 19-2 andre ledd tredje punktum, som kodifiserer det som også tidligere ble ansett som gjeldende rett.

Muligheten til å søke om dispensasjon er en lovfestet rett for borgerne.⁴⁸ Kommunen kan derfor ikke gi en generell bestemmelse om at det ikke skal være mulig å søke om dispensasjon, eller gjøre innskrenkninger i dispensasjonsadgangen med mindre det har uttrykkelig hjemmel i lov.⁴⁹

⁴⁴ Jf. Bugge (2011) s. 177.

⁴⁵ Jf. Pedersen m.fl. (2010) s. 94.

⁴⁶ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 192.

⁴⁷ Adgangen til å gi lokale vedtekter er opphevet med dagens lov, men tidligere gitte vedtekter gjelder i åtte år fra lovens ikrafttredelse, se Pedersen m.fl. (2011) s. 188.

⁴⁸ Jf. Bugge (2011) s. 218.

⁴⁹ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 193.

2.2 Om innføringen av plan- og bygningsloven § 19-2

Vilkårene for dispensasjon i dagens plan- og bygningslov erstatter det uklare vilkåret «særlige grunner» i plan- og bygningsloven 1985 § 7. Både kriteriets nærmere innhold og omfanget av domstolskontrollen reiste spørsmål.⁵⁰ I forarbeidene til plan- og bygningsloven er det forutsatt at innføringen av vilkårene for dispensasjon i pbl. § 19-2 innebærer en snevreste dispensasjonsadgang enn tidligere.

Behovet for en samlet gjennomgang av plan- og bygningsloven av 1985 ble varslet i St.meld. nr. 29 (1996–97) *Regional planlegging og arealpolitikk*. Dette førte at det ble nedsett et planlovutvalg og et bygningslovutvalg som kom med to utredninger hver. Det foreligger dermed to sett med forarbeider; ett til plandelen av loven og ett til byggesaksdelen.⁵¹ Selv om det ble fremmet to lovproposisjoner ble lovutkastene samordnet, slik at resultatet ble én lov.

Reglene om dispensasjon tas opp i begge de to «settene» med forarbeider.⁵² Både planlovutvalget og bygningslovutvalget fremhevet behovet for å stramme inn dispensasjonspraksis. I de spesielle merknadene til pbl. § 19-2 heter det: «Vilkåret ' særlige grunner ' i gjeldende § 7 er erstattet med en mer detaljert angivelse som *klargjør og strammer inn* dispensasjonsadgangen».⁵³

I tillegg er det forutsatt i forarbeidene at den nærmere vurderingen av vilkårene i dispensasjonsbestemmelsen fullt ut er et rettsanvendelsesskjønn.⁵⁴ Noe som også kan ses som et

⁵⁰ Se bl.a. Backer (2012) s. 216.

⁵¹ Plandelen av loven hører under Miljøverndepartementets ansvarsområde, og byggesaksdelen hører under Kommunal- og regionaldepartementet.

⁵² Se bl.a. Ot.prp. nr. 45 (2007–2008) s. 89.

⁵³ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

⁵⁴ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

ledd i den tilsiktede innstrammingen av dispensasjonspraksis, ettersom det medfører mindre rom for forvaltningens egne vurderinger.

2.3 Bakgrunn for byggeforbudet i 100-metersbeltet ved sjøen

Siden midten av 1960-årene har vi hatt et forbud mot å bygge nærmere enn 100 meter fra sjøen langs hele kysten. Det følger i dag av pbl. § 1-8 andre ledd. Byggeforbudet omfatter som hovedregel alle typer tiltak, unntatt fasadeendring. Bakgrunnen for de strenge reglene er at strandsonen er møteplass for mange viktige interesser – arealene har stor betydning for dyre- og planteliv, friluftsliv og rekreasjon.⁵⁵ Forbudet er begrunnet i hensynet til allmenne interesser, spesielt ferdsels- og friluftslivsinteressene.⁵⁶

Ved dispensasjon har kommunen mulighet til å fravike byggeforbudet i enkelttilfeller. De seneste årene er det gitt dispensasjon for 800-900 nye bygninger i 100-metersbeltet årlig, i følge regjeringen.⁵⁷

Arealene i 100-metersbeltet vil normalt enten være regulert til bebyggelse, eller båndlagt mot typer av bebyggelse i arealdelen til kommuneplanen.⁵⁸ Som nevnt i innledningen vil det svært sjeldent bli tale om «rene» dispensasjoner fra byggeforbudet i 100-metersbeltet.

⁵⁵ Jf. Bugge (2011) s. 223.

⁵⁶ Jf. Pedersen m.fl (2011) s. 209.

⁵⁷ Se Pressemelding 25. mars 2011. *Nye retningslinjer for strandsonen.*

⁵⁸ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 209.

3 Dispensasjonsmyndighet og saksbehandling

3.1 Hovedlinjer

Myndigheten til å gi dispensasjon er tillagt kommunen, jf. pbl. § 19-4 første ledd. Det følger av pbl. § 3-3 andre ledd at det er kommunestyret selv som har ansvaret for den kommunale planleggingen, og for at plan- og bygningslovens regler følges opp. Dispensasjonsmyndigheten kan delegeres til et fast utvalg eller til administrasjonen etter kommunelovens⁵⁹ regler, se kml. §§ 10 og 23 nr. 4.

Forvaltningslovens⁶⁰ regler kommer til anvendelse i saker etter plan- og bygningsloven, jf. pbl. § 1-9 første ledd. Det innebærer blant annet at kommunen plikter å sørge for at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak fattes, jf. fvl. § 17.

Etter pbl. § 19-2 femte ledd kan departementet i forskrift gi regler om omfanget av dispensasjoner og fastsette tidsfrister for dispensasjonsvedtak. Det er foreløpig ikke gitt forskrift i medhold av bestemmelsen. For dispensasjon fra planer og fra pbl. § 1-8 kommer forvaltningsloven § 11a om at saken skal avgjøres uten «ugrunnet opphold» til anvendelse.

Det følger av pbl. § 19-1 siste punktum at statlige og regionale myndigheter hvis saksområde blir direkte berørt skal få anledning til å uttale seg ved søknaden om dispensasjon fra planer eller fra byggeforbudet i pbl. § 1-8. Hvis dette ikke følges opp kan det medføre at vedtaket blir ugyldig.⁶¹ Det er lagt opp til at kommunen, regionen og statlige myndigheter skal samarbeide for å finne frem til praktiske rutiner om hvilke saker som skal forelegges overordnet myndighet.⁶²

⁵⁹ Lov om kommuner og fylkeskommuner 25. september 1992 nr. 107 (kommuneloven). Heretter forkortet kml.

⁶⁰ Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967. Heretter forkortet fvl.

⁶¹ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

⁶² Se Miljøverdepartementets lovkommentar kapittel 19 (merknadene til pbl. § 19-1).

Etter pbl. § 19-2 første ledd andre punktum kan kommunen sette vilkår for dispensasjonen. Adgangen til å sette vilkår for dispensasjon er en kodifisering av den alminnelige vilkårs læren i forvaltningsretten⁶³ og behandles av denne grunn ikke nærmere her.⁶⁴

3.2 Nærmere om krav til begrunnelse

Det følger av Sivilombudsmannens praksis at dispensasjonsavgjørelsen skal bero på en konkret og individuell vurdering av om vilkårene er oppfylt.⁶⁵ Etter forvaltningsloven §§ 24 og 25 skal enkeltvedtak begrunnes. Et dispensasjonsvedtak er et enkeltvedtak, jf. fvl. § 2 første ledd bokstav b.

Forvaltningslovens regler om begrunnelsens innhold må imidlertid ses som minimumsregler. Sivilombudsmannen har i en sak fra 2011⁶⁶ uttalt seg om hva som nærmere ligger begrunnelseskravet når det gjelder dispensasjonsavgjørelser. I den konkrete saken kom Sivilombudsmannen til at det forelå mangler ved begrunnelsen som medførte at vedtaket var ugyldig. Spørsmålet om krav til begrunnelse er også berørt av Sivilombudsmannen i tidligere sak fra samme år.⁶⁷

3.3 Midlertidig overføring av myndighet til statlig eller regionalt organ

Etter pbl. § 19-4 andre ledd kan myndigheten til å dispensere i noen tilfeller midlertidig tillegges statlig eller regionalt organ ved forskrift. Det kan skje «dersom det er nødvendig for å ivareta nasjonale eller viktige regionale interesser og hensyn i nærmere angitte deler

⁶³ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008), s. 242.

⁶⁴ Se forøvrig Rt. 2003 s. 764 (Handelssenter), hvor Høyesterett behandlet et spørsmål om hvor langt adgangen til å sette vilkår for en dispensasjon fra en reguleringsplan gikk. Saken gjaldt en dispensasjon etter pbl. 1985 § 7.

⁶⁵ Se bl.a. Sivilombudsmannens sak 2011/2812.

⁶⁶ Sivilombudsmannens sak 2011/2812.

⁶⁷ Se Sivilombudsmannens sak 2011/2256.

av strandsonen eller fjellområde». I følge forarbeidene forutsettes bestemmelsen brukt hvor kommuner fører en dispensasjonspraksis som uthuler nasjonale eller regionale planer eller retningslinjer, eller der særlige nasjonale interesser gjør seg gjeldende.⁶⁸ Det fremgår også at det kan være aktuelt å benytte seg av bestemmelsen for å sikre at byggeforbudet i 100-metersbeltet langs sjøen etter pbl. §1-8 ikke uthules.⁶⁹ Formuleringen i forarbeidene kan tyde på at denne begrensningen i det kommunale selvstyret har vært omstridt under lovarbeidet.⁷⁰

3.4 Klageorgan og klagebehandling

Kommunens avgjørelse om å gi eller avslå dispensasjon kan påklages til overordnet organ av part og andre med rettslig klageinteresse etter reglene i forvaltningsloven § 28. Tilsvarende kan enhver med rettslig klageinteresse få prøvet gyldigheten av vedtaket ved søksmål og domstolsbehandling.⁷¹

Det følger av pbl. § 1-9 femte ledd at det er departementet som er klageinstans for enkeltvedtak etter loven. Departementets kompetanse er delegert⁷² til Fylkesmannen.⁷³ Fylkesmannen er dermed klageorgan i dispensasjonssaker. Fylkesmannen har som klageorgan plikt til ta foreta en selvstendig vurdering av om vilkårene er til stede i den enkelte saken.⁷⁴

⁶⁸ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 244.

⁶⁹ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 244.

⁷⁰ Jf. Bugge (2010) s. 219.

⁷¹ Jf. Tyrén (2010) s. 347.

⁷² Ved Miljøverndepartementets Rundskriv T-2/09 og Kommunal- og regionaldepartementets brev 28. september 2009.

⁷³ Fylkesmannen er statens representant i fylket. Det er ikke noen alminnelig lov om Fylkesmannen, fylkesmannsinstitusjonen bygger på lang konstitusjonell praksis og på fylkesmannsinstruksen: Forskrift 7. august 1981 nr. 3642 *Instruks for fylkesmenn*. (Hjemmel i Grl. § 19).

⁷⁴ Se Sivilombudsmannens sak 2011/2413.

Kompetansen som klageorgan medfører på den annen side ikke kompetanse til å avgjøre dispensasjonssaker uten at de er behandlet av kommunen først.⁷⁵

Etter pbl. § 1-9 tredje ledd kan berørte statlig, regionalt og kommunalt organer klage på enkeltvedtak etter loven, hvis vedtaket direkte berører deres saksområde. Det innebærer at fylkesmannen selv i en del tilfellet kan påklage vedtak, herunder dispensasjonsvedtak. Tidligere avgjorde departementet slike klager. I 1996 ble kompetansen overført til Fylkesmannen ved settefylkesmann.⁷⁶ Det vil si at saken overføres til Fylkesmannen i et annet fylke for avgjørelse. Det er bare når Fylkesmannen har klaget på vedtaket at klagen overføres til settefylkesmann. Selv om Fylkesmannen har uttalt seg om saken som berørt fagmyndighet skal klage avgjøres på vanlig måte.⁷⁷

Selv om Fylkesmannen og departementet er overordnet planmyndighet er det ikke et alminnelig overordningsforhold. Ettersom planmyndigheten er lagt direkte til kommunen i loven har statlig planmyndighet ikke instruksjonsmyndighet i den enkelte sak.⁷⁸

⁷⁵ Se Sivilombudsmannens sak 2011/2256.

⁷⁶ Ved Miljøverndepartementets rundskriv T-6/96.

⁷⁷ Se Tyrén (2010) s. 347.

⁷⁸ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 196.

4 Dispensasjonsvurderingen

4.1 Innledning

Kommunens adgang til å gi dispensasjon begrenses av de to kumulative vilkårene i § 19-2 andre ledd. For det første kan det ikke gis dispensasjon

«dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse, blir vesentlig tilsidesatt».

For det andre må

«fordelene ved å dispensere være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering».

Jeg betegner de to vilkårene som henholdsvis *grunnvilkåret* og *interesseavveiningen*. Spørsmålene her er hva som etter den formelle retten skal til for at dispensasjonsvilkårene er oppfylt, herunder hvilke hensyn som er *relevante* i dispensasjonsvurderingen og hva forvaltningen *må* ta hensyn til i vurderingen av de rettslige vilkårene.

4.2 Utgangspunkter

Vilkåret «særlige grunner» i pbl. 1985 § 7 er erstattet med vilkår som er mer detaljert angitt. Det innebærer i følge forarbeidene at adgangen til å gi dispensasjon er strammet inn.⁷⁹ Lovens ordlyd er ment å innebære at det ikke er anledning til å gi dispensasjon hvor hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra fortsatt gjør seg gjeldende med styrke.⁸⁰

Dispensasjoner innebærer en fare for at planer og andre bestemmelser ikke blir gjennomført slik de var tenkt. Vedtakelsen av planer og lovbestemmelser innebærer en samlet vur-

⁷⁹ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

⁸⁰ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242 og Tyrén (2010) s. 346.

dering av mange forhold og en avveining av ulike interesser, og på denne bakgrunn er det klart at det krever en spesiell begrunnelse for å fravike dette ved dispensasjon.⁸¹ Dispensasjoner bør derfor bare skje helt unntaksvis. Det må foreligge ekstraordinære forhold for at dispensasjon skal være mulig.⁸²

Disse utgangspunkter gjelder uavhengig av om tiltaket det søkes om dispensasjon for er «lite» eller «stort». Tiltakets karakter vil imidlertid være av betydning i den konkrete vurderingen, hvor fordelene skal veies opp mot ulempene. *Ulempene* ved et «lite» tiltak vil gjerne være mer begrenset.

4.3 Lovgivers forutsetning om en særlig streng dispensasjonspraksis ved dispensasjon fra arealplaner og byggeforbudet i 100-metersbeltet

I relasjon til innstrammingen av dispensasjonsbestemmelsen er både dispensasjon fra arealplaner og dispensasjon fra byggeforbudet i 100-metersbeltet kommentert særskilt i forarbeidene.⁸³

Når det gjelder dispensasjon fra arealplaner er det fremhevet at dette reiser særlige spørsmål fordi: «De ulike planene er som oftest blitt til gjennom en omfattende beslutningsprosess og er vedtatt av kommunens øverste folkevalgte organ, kommunestyret [...]».⁸⁴ Det fremgår av det samme avsnittet at det ikke skal være en kurant sak å fravike en gjeldende plan, og at dispensasjoner ikke må undergrave planene som informasjons- og beslutningsgrunnlag. Dispensasjoner fra arealplanene står i en særstilling blant de bestemmelser det kan dispenseres fra ettersom de gir uttrykk for reguleringsmyndighetenes konkrete vurde-

⁸¹ Jf. Bugge (2010) s. 219.

⁸² Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 202.

⁸³ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

⁸⁴ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

ring av arealdisponeringen, i motsetning til bestemmelser av generell karakter.⁸⁵ Reelle hensyn tilsier derfor en forsiktig dispensasjonspraksis i plansaker.

Når det gjelder dispensasjon fra byggeforbudet i 100-metersbeltet uttales det i forarbeidene at regjeringen ønsker en strengere og mer langsiktig strandsoneforvaltning.⁸⁶ Bakgrunnen er at det er et mål at strandsonen skal bevares som tilgjengelig for alle. Dermed er det i følge forarbeidene «[...] nødvendig med en streng praksis ved behandling av dispensasjoner i 100-metersbeltet langs sjøen».⁸⁷ Det uttales videre at byggeforbudet veier tungt, og at det skal *svært* mye til før dispensasjon kan gis i dette området.

4.4 Den nærmere vurdering av vilkårene i plan- og bygningsloven § 19-2

4.4.1 Grunnvilkåret

For at dette vilkåret ikke skal være til hinder for dispensasjon må hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra og hensynene bak loven ikke være *vesentlig* tilsidesatt. Det innebærer at ulempene eller skadevirkningene må være betydelige sett i forhold til gjeldende formål og hensyn.⁸⁸ Det første vilkåret kan derfor ses som et minstevilkår.

Selv om dette vilkåret kan anses som et minstevilkår må det foretas en selvstendig, konkret vurdering av om vilkåret er oppfylt. *Karakteren* av de formål som skal ivaretas vil ha betydning. Det vil i alminnelighet lettere kunne gis dispensasjoner i områder hvor det er åpnet for bebyggelse enn i områder som er lagt ut til vern. Dette er fordi formålet i sistnevnte tilfelle med *særlig* styrke taler mot en fravikende arealutnyttelse.⁸⁹

⁸⁵ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 205.

⁸⁶ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 243.

⁸⁷ Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 243.

⁸⁸ Jf. Bugge (2010) s. 220.

⁸⁹ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 202.

Grunnvilkåret for at dispensasjon skal kunne innvilges innebærer for det første at *hensyene bak loven* ikke blir vesentlig tilsidesatt, jf. pbl. § 19-2 andre ledd første punktum. Hovedformålet bak plan- og bygningsloven er en «bærekraftig utvikling», jf. § 1-1 første ledd, som følger opp prinsippet i Grunnloven⁹⁰ § 110 b første ledd. Formuleringen innebærer en utvikling som imøtekommer dagens behov uten å ødelegge mulighetene for at kommende generasjoner skal få dekket sitt behov.⁹¹ Prinsippet tilsier at beslutninger tas på grunnlag av allsidige og langsiktige vurderinger.⁹² I følge forarbeidene til plan- og bygningsloven skal planleggingen gi felles rammer for bruk og vern av naturressurser regionalt og kommunalt og sikre at privat planlegging og utbygging skjer innenfor disse rammene.⁹³

I pbl. § 3-1 nærmere presisert hva som ligger i prinsippet om bærekraftig utvikling. Formålsparagrafen plan- og bygningsloven, pbl. § 1-1, trekker videre fram en rekke forhold som det skal tas hensyn til, og det følger også overordnede formål og hensyn av andre bestemmelser i loven. Til sammen er det en omfattende samling av formål som trekkes frem. I tillegg til at det nevnes svært mange og generelle mål og hensyn, er de til dels konkurrerende.

De overordnede formål og hensyn i plan- og bygningsloven er av en slik karakter og et slikt omfang at det er grunn til å stille spørsmål om hvilken betydning denne delen av grunnvilkåret for dispensasjon har i realiteten. Det sentrale i en dispensasjonsvurdering er en avveiningen mellom *ulike* interesser og hensyn i et konkret tilfelle. På denne bakgrunn har formuleringen karakter av en programerklæring, uten betydning for den konkrete vurderingen av vilkåret. Den kunne med fordel vært droppet; de overordnede hensyn og formål er bygningsmyndighetene uansett forpliktet til å ta hensyn til i arbeidet ettersom de er fastsatt i

⁹⁰ Kongeriget Norges Grundlov 17. mai 1984.

⁹¹ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 170.

⁹² Jf. Pedersen m.fl (2010) s. 82.

⁹³ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 6.

den generelle formålsparagrafen. I tillegg følger det klare retningslinjer for skjønnsutøvelsen i bestemmelsens tredje og fjerde ledd.

For det andre må hensynene bak *bestemmelsen det dispenseres fra* ikke være vesentlig tilsidesatt. Ved dispensasjon fra arealplaner, må først de generelle hensyn tas i betraktning. Slik som hensynet til selve planprosessen; det forutsettes at det er foretatt en bred, åpen og forsvarlig vurdering av det aktuelle området. I tillegg må hensyn bak den aktuelle planbestemmelsen vurderes. Når det gjelder byggeforbudet i 100-metersbeltet ved sjøen må de hensyn som ligger til grunn for forbudet vurderes (se punkt 2.3 foran).

4.4.2 Interesseavveiningen

Det er interesseavveiningen som medfører at terskelen for dispensasjon er høy.⁹⁴ Den tidligere dispensasjonsbestemmelse ble praktisert slik at det var tilstrekkelig med alminnelig interesseovervekt. Etter dagens bestemmelse er det nødvendig at det foreligger kvalifisert interesseovervekt; fordelene må være *klart* større enn ulempene.⁹⁵ Utgangspunktet må være at det kreves fordeler som er spesielle; at det er noe ikke alle og enhver kan påberope.⁹⁶

Dersom kommunen kommer til at hensynene bak loven eller den aktuelle bestemmelsen er vesentlig tilsidesatt må dispensasjon avslås. Da er det ikke behov for noen nærmere interesseavveining.

Interesseavveiningen må på den ene side knytte seg til det konkrete forholdet saken gjelder; fordeler og ulemper knyttet til om det enkelte tiltaket blir gjennomført eller ikke og / eller fordeler og ulemper ved tiltaket sett i forhold til eventuelle alternative løsninger. På den annen side må avveiningen ofte være videre enn den enkelte sak, slik at det også tas

⁹⁴ Jf. Innjord (2010) s. 520.

⁹⁵ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242 og Innjord (2010) s. 520.

⁹⁶ Jf. Bugge (2010) s. 221.

hensyn til konsekvensene hvis det skulle bli flere som søker om dispensasjon i det samme området.⁹⁷

Den konkrete vurderingen vil til en viss grad måtte falle sammen med vurderingen av grunnvilkåret – fordi man i vurderingen av grunnvilkåret allerede har drøftet de *ulemper* som gjør seg gjeldende i saken.

4.5 Relevante hensyn i dispensasjonsvurderingen

4.5.1 Generelle kriterier for relevans

Forvaltningsrettens myndighetsmisbrukslære setter de ytre rammene for hvilke hensyn det kan legges vekt på i vurderingen. Med myndighetsmisbruk siktes det gjerne til følgende grunnlag for ugyldighet: utenforliggende hensyn, vilkårlighet, sterk urimelighet, og / eller usaklig forskjellsbehandling.⁹⁸ Også de overordnede formålene i plan- og bygningsretten setter rammer for hvilke hensyn det vil være relevant å vektlegge.⁹⁹

I de følgende punkter vil jeg knytte nærmere betraktninger til enkelte grupper av forhold og hensyn som vil kunne være relevante i dispensasjonssaker. Det er bare noen hovedlinjer som behandles, ut i fra hvilke hensyn kan tenkes å være praktiske i de dispensasjonssaker som omfattes av temaet i avhandlingen.

I forarbeidene til plan- og bygningsloven er det redegjort for hvilke hensyn som var relevante i den vurderingen av de rettslige vilkår i den *tidligere* dispensasjonsbestemmelse.¹⁰⁰ De fremstillinger som foreligger om hvilke hensyn som er relevante i dispensasjonsvurde-

⁹⁷ Jf. Bugge (2010) s. 221, se også Uggerud (1994) s. 129. f. som beskriver dette som *typerelaterte konsekvenshensyn*.

⁹⁸ Jf. bl.a. Knoph (2009) s. 740.

⁹⁹ Jf. Uggerud (1994) s. 62.

¹⁰⁰ Se NOU 2005: 12 s. 268 f.

ringen er enten fra tiden før dagens plan- og bygningslov¹⁰¹ eller de baserer seg i stor grad på rettstilstanden slik den var etter den tidligere loven. Det må kunne legges til grunn at de samme hensyn er *relevante* også etter dagens bestemmelse, og det vises derfor i det følgende også til fremstillinger som gjelder rettstilstanden etter den tidligere plan- og bygningslov.

4.5.2 Individuelle forhold

Fordeler knyttet til søkerens person kan være relevante i interesseavveiningen, men de kan i utgangspunktet bare i begrenset utstrekning tillegges vekt.¹⁰² Mens arealbruk fastlegges i et langvarig perspektiv vil eierforholdene på stedet oftest være skiftende. Bygningsmyndighetene skal i sin forvaltning av arealene legge vekt på *langsiktige* løsninger, jf. pbl. § 1-1 fjerde ledd. I forarbeidene til plan- og bygningsloven 1985 ble det også lagt til grunn at det bare er i helt spesielle tilfeller at individuelle forhold vil kunne vektlegges.¹⁰³

Hensynet til tilgjengelighet står imidlertid i en særstilling ettersom prinsippet om universell utforming er nevnt i formålsparagrafen, jf. § 1-1 femte ledd. Det kan derfor etter omstendighetene være et avgjørende moment.¹⁰⁴

Det er fordeler som knytter seg til søkerens *fysiske* person som er relevante.¹⁰⁵ Som eksempel kan vises til Sivilombudsmannens sak 1994/74, hvor en byggherres ønske om å spare kostnader og anførsel om best mulig utnyttelse av en tomt, ikke ble ansett å være relevant som en fordel.

¹⁰¹ Slik som Uggerud (1994): *Plan- og bygningsloven § 7. Dipsensasjonsavveiningen*.

¹⁰² Se Innjord (2010) s. 521 og Uggerud (1994) s. 134.

¹⁰³ Se Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) s. 101.

¹⁰⁴ Se NOU 2005: 12 s. 270, i samme retning Pedersen m.fl. (2011) s. 211.

¹⁰⁵ Se NOU 2005: 12 s. 269.

4.5.3 Særtilfelle: Riving og gjenoppføring

Riving med sikte på gjenoppføring ble etter plan- og bygningsloven 1985 normalt akseptert som «særlig grunn».¹⁰⁶ Den faktiske situasjonen forblir den samme; man ser bort i fra den mellomsituasjon som oppstår. Hensynene som skal ivaretas blir derfor ikke skadelidende. Erstatningshensynene står særlig sterkt der det er naturkrefter som har ført til at konstruksjonen er ødelagt eller må rives.¹⁰⁷

Disse synspunkter må opprettholdes, og tilsi at dispensasjon gis, selv om vilkårene nå er strammet inn.¹⁰⁸ Det må likevel foretas en konkret vurdering; forholdet vil ikke nødvendigvis i seg selv være nok til å begrunne dispensasjon.

Særtilfellet tilsier i utgangspunktet oppføring av *tilsvarende tiltak* med *tilsvarende plassering*. På den annen side må fordeler og ulempene i forhold alternative løsninger trekkes inn i den konkrete vurderingen. Dermed er det ikke gitt at man i alle tilfeller kan gi dispensasjon for en tilsvarende plassering.

Dersom det kan oppnås en forbedret situasjon for allmenheten, er det en fordel det kan legges vekt på. Sivilombudsmannen behandlet i 2008 en sak som gjaldt søknad om dispensasjon fra kommuneplanens arealdel for riving og oppføring av nytt båthus på en strandeiendom. Det uttales at «dersom Fylkesmannen mener det gjennom dispensasjon fra byggeforbudet kan oppnås en forbedret situasjon for allmenne hensyn enn det man har hatt til nå, vil dette selvsagt kunne tale for at dispensasjon blir gitt».¹⁰⁹

¹⁰⁶ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 212.

¹⁰⁷ Op.cit. s. 213.

¹⁰⁸ Op.cit. s. 212.

¹⁰⁹ Sivilombudsmannens sak 2008/81 på s 324.

4.5.4 Særtilfelle: Tidligere uheldig saksbehandling

Etter den tidligere loven ble det antatt at tidligere uheldig saksbehandling kan vektlegges som begrunnelse for dispensasjon.¹¹⁰ Det kan for eksempel tenkes at vedkommende søker ville fått byggetillatelse om søknaden hadde blitt korrekt behandlet og at det i mellomtiden er kommet regler som gjør at byggetillatelse ikke kan tillates uten dispensasjon.

Den nærmere begrunnelse er et utslag av forvaltningsrettslige prinsipper; i slike tilfeller har det foreligget en materiell kompetansemangel.¹¹¹ Slike forhold må derfor kunne trekkes inn i vurderingen av om dispensasjon kan gis også etter dagens regler.¹¹² Momentet er *relevant* også der kriteriene for ugyldighet ikke er til stede, eller der ugyldighet ikke medfører omgjøring av vedtaket.¹¹³

4.5.5 Betydningen av at søkerens behov kan ivaretas ved alternative løsninger

Dersom tiltakshavers ønsker eller behov kan ivaretas på en annen måte, som ikke nødvendigvis gjør dispensasjon, vil dette være et sterkt moment i mot at dispensasjon gis.¹¹⁴ Det kan vises til en dom fra lagmannsretten, RG 2000 s. 56 (Brygge), som gjaldt et tilfelle hvor det ble søkt om dispensasjon for oppføring av en brygge i et LNF-område. Det lå en fellesbrygge hvor søkeren kunne få plass rett ved siden av stedet den nye brygga skulle oppføres. Lagmannsretten uttalte at det var fullt legitimt å legge vekt på at søkeren hadde mulighet for båt plass ved fellesbrygga, særlig når denne lå like nærme som brygga det ble søkt om å oppføre.¹¹⁵

¹¹⁰ Se NOU 2005: 12 s. 269 og Uggerud (1994) s. 113.

¹¹¹ Se nærmere Uggerud (1994) s. 113.

¹¹² Se også Pedersen m.fl. (2011) s. 212, som uten videre legger til grunn at det er relevant også etter § 19-2.

¹¹³ Jf. Uggerud (1994) s. 113.

¹¹⁴ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 214.

¹¹⁵ Se RG 2000 s. 56 (Brygge) sjette avsnitt i lagmannsrettens bemerkninger.

4.6 Hva skal det etter loven ellers tas hensyn til i dispensasjonsvurderingen

4.6.1 Uttalelser fra berørte statlige og regionale myndigheter

Det følger av pbl. § 19-1 fjerde punktum at berørte myndigheter skal gis anledning til å uttale seg ved dispensasjon fra planer, plankrav og byggeforbudet i strandsonen. At saken forelegges overordnede myndigheter er viktig for å sikre at nasjonale og regionale interesser blir ivaretatt.¹¹⁶

Betydningen av eventuelle negative uttalelser fremgår av pbl. § 19-2 fjerde ledd andre punktum: da bør det ikke dispenseres. I følge forarbeidene er en negativ uttalelse i denne betydning en uttalelse som klart gir uttrykk for at myndigheten motsetter seg dispensasjonen.¹¹⁷

I forarbeidene uttales det at hvis dispensasjon likevel gis kan den statlige eller regionale myndigheten benytte sin adgang til å klage *dersom det er behov* for å endre eller oppheve et slikt dispensasjonsvedtak.¹¹⁸ Det er derfor klart at en slik uttalelse ikke er en rettslig skranke.¹¹⁹ Ved praksis i strid med slike uttalelser risikerer imidlertid kommunen å bli fratatt deler av dispensasjonsmyndigheten, jf. pbl. § 19-4 andre ledd. Dersom et slikt vedtak blir påklaget skal det nok i alminnelighet også mye til for at det blir stadfestet av Fylkesmannen.

4.6.2 Konsekvenser for helse, miljø, sikkerhet og tilgjengelighet

Etter § 19-2 tredje ledd skal det ved dispensasjoner fra loven og forskrift til loven legges særlig vekt på konsekvenser for helse, miljø, sikkerhet og tilgjengelighet. Bestemmelsen vil

¹¹⁶ Jf. Tyrén (2010) s. 344.

¹¹⁷ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 243.

¹¹⁸ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 243.

¹¹⁹ Jf. Innjord (2010) s. 525.

i følge forarbeidene først og fremst ha betydning for byggesaker.¹²⁰ Det siktes trolig til dispensasjon fra mer «tekniske» bestemmelsene som må følges *i en byggesak*. Etter ordlyden gjelder den imidlertid også ved dispensasjoner fra byggeforbudet i 100-metersbeltet ved sjøen.

Det er verdt å merke seg at bestemmelsen i følge forarbeidene åpner for at det i saker hvor det foreligger helt spesielle sosialmedisinske, personlige og menneskelige hensyn, kan legges vekt på slike hensyn.¹²¹ Til tross for at slike hensyn normalt ikke har avgjørende vekt i dispensasjonssaker. Dette betyr imidlertid ikke nødvendigvis at det kan legges vekt på *rent* personlige behov hos søker, for eksempel slik at en rullestolbruker kan få dispensasjon for tiltak som ellers er forbudt.¹²²

4.6.3 Statlige og regionale rammer og mål

Ved dispensasjon fra planer og byggeforbudet i 100-metersbeltet skal det legges særlig vekt på statlig og regionale rammer og mål, jf. § 19-2 fjerde ledd første punktum.

I forarbeidene er det forutsatt at foreliggende statlige og regionale rammer og mål *skal legges til grunn for* dispensasjonsvurderingen i den enkelte sak.¹²³ Tolkningen kommer imidlertid i konflikt med det lokale selvstyret, og er dårlig forankret i lovens ordlyd.¹²⁴ Dette illustrerer at dispensasjonsreglene er utslag av kompromisser. Uttalelsen innebærer imidlertid at terskelen for å dispensere vil være særlig høy der statlige og regionale rammer og mål for arealpolitikken kommer inn.¹²⁵ I de to neste punkter gis en oversikt over de skrevne

¹²⁰ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

¹²¹ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

¹²² Jf. Innjord (2010) s. 523.

¹²³ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

¹²⁴ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 204.

¹²⁵ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 204.

statlige retningslinjer som er av betydning i saker som gjelder dispensasjon i 100-metersbeltet ved sjøen.

4.6.4 Rikspolitiske retningslinjer for sjøområdene i Oslofjordregionen

*Rikspolitiske retningslinjer for kyst- og sjøområdene i Oslofjordregionen, Østfold, Akershus, Oslo, Buskerud, Vestfold, Telemark*¹²⁶ ble vedtatt i 1993. Jeg betegner heretter retningslinjene som *RPR-O*.

RPR-O inneholder nærmere retningslinjer for arealer og naturressurser inndelt i fire kategorier. En av disse kategoriene er *strandsonen*; det vil si « [...] de land- eller sjøområder som står i innbyrdes direkte samspill økologisk og/ eller bruksmessig». Slik at alle landområder som står i en slik tilknytning til sjøen som nevnt omfattes av strandsonerebegrepet. Definisjonen omfatter derfor også arealer som ligger utenfor 100-metersbeltet. I miljøverndepartementets rundskriv i forbindelse med vedtakelsen av retningslinjene uttales det at strandsonen generelt er den mest konfliktfylte og sårbare områdekategorien innenfor retningslinjenes virkeområde.¹²⁷

De overordnede målsettinger i RPR-O som er mest sentrale i denne sammenheng er at naturgrunnet skal forvaltes på lang sikt samt at grunnlaget for allmenn rekreasjon skal trykkes og utvikles videre. Mulighetene for friluftsliv og opplevelse av natur- og kulturmiljø i kystsonen skal opprettholdes og forbedres.

¹²⁶ Forskrift 9. juli 1993 nr. 726. (Hjemmel i pbl. 1985 § 17-1). Heretter forkortet RPR-O.

¹²⁷ Se Miljøverndepartementets rundskriv T-4/93.

4.6.5 Statlige planretningslinjer for en differensiert forvaltning av strandsonen

*Statlige planretningslinjer for en differensiert forvaltning av strandsonen*¹²⁸ ble vedtatt ved forskrift i mars 2011. De nye retningslinjene deler inn hele kysten i tre kategorier, med de strengeste føringene der det er mest press på arealene. Kategorien med de strengeste retningslinjene omfatter Oslofjordregionen.¹²⁹ Jeg betegner heretter retningslinjene som *SPR-S*.

Retningslinjene gjelder både for planlegging, planbehandling og behandlingen av dispensasjonssøknader.¹³⁰ Det fremgår blant annet at byggeforbudet etter pbl. § 1-8 andre ledd skal praktiseres strengt og at dispensasjoner skal unngås; for ny utbygging og nye tiltak skal det kreves reguleringsplan.¹³¹

Virkeområdet til SPR-S samsvarer med virkeområdet for pbl. § 1-8 andre ledd; 100-metersbeltet ved sjøen. Det geografiske virkeområdet er derfor noe snevrere enn RPR-O. I motsetning til RPR-O omfattes imidlertid også alle by- og tettstedsområdene. Det er slått fast i punkt 2 i SPR-S at virkeområdet for RPR-O videreføres. Områder som ligger i 100-metersbeltet i Oslofjordregionen vil dermed omfattes av virkeområdet i *både* RPR-O og SPR-S.

4.7 Oppsummering

Det fremgår av forarbeidene at det skal mye til for at dispensasjonsvilkårene skal kunne anses som oppfylt. Det synes nærmest umulig å komme innenfor lovens vilkår ved dispen-

¹²⁸ Forskrift 25. mars 2011 nr. 335. (Hjemmel i pbl. § 6-2). Heretter forkortet SPR-S.

¹²⁹ Se punk 4.6.4 foran.

¹³⁰ Forskrift 25. mars 2011 nr. 335 punkt 3.

¹³¹ Forskrift 25. mars 2011 nr. 335 punkt 5.2.

sasjon fra arealplaner eller byggeforbudet i 100-metersbeltet. Spesielt i områder med stort utbyggingspress.¹³²

De rettslige vilkår er mindre uklare og vage enn i den tidligere bestemmelsen. Det er nok «vanskeligere» for en kommune å innvilge dispensasjon innenfor lovens rammer. Samtidig er plan- og bygningsloven § 19-2 ikke helt enkelt utformet. Ordlyden er innholdsrik; den inneholder flere formuleringer som slår fast det som i prinsippet allerede følger av andre bestemmelser i loven, eller etter de grunnleggende prinsipper ved lovens system. Bestemmelsen legger også opp til en sammensatt vurdering. Det kan i en dispensasjonssak foreligge både nasjonale planer, regionale retningslinjer og uttalelser fra overordnet myndighet. Alt i alt kan det være svært mange forhold som må tas i betraktning i den konkrete vurderingen.

Særlig på bakgrunn av at bestemmelsen i mange tilfeller praktiseres av ikke-jurister er det uheldig at reglene er av en slik karakter. Plan og bygningsloven § 19-2, kunne med fordel ha vært enklere utformet, slik at de hadde gitt klart uttrykk for det som *faktisk* er det sentrale i en dispensasjonsvurdering. Planlovutvalget foreslo opprinnelig i sine to utredninger en egen dispensasjonsbestemmelse som skulle gjelde dispensasjon fra planer og fra byggeforbudet i 100-metersbeltet.¹³³ Bygningslovutvalget sluttet seg ikke til denne løsningen. Begrunnelsen knyttet seg først og fremst til uenighet om at *planer* skulle stå i en særstilling. Bygningslovutvalget peker på at også lovbestemmelser og forskrifter blir til gjennom en demokratisk prosess og at kommunen har liten kapasitet til utarbeidelse av planer slik at de i mange tilfeller er utdaterte.¹³⁴ Etter min mening vil en slik differensiering av dispensasjonstilfellene være en god løsning. Et alternativ er å skille ut *de konkrete typer* av dispensasjonssaker hvor det er spesielt viktig at dispensasjoner unngås.

¹³² Jf. Tyrén (2010) s. 347.

¹³³ Se NOU 2001: 7 på side 218 f. og NOU 2003: 14 på side 342–343.

¹³⁴ Se NOU 2005: 12 på side 277.

5 Skjønnsutøvelsen

5.1 Innledning

Spørsmålet her er hvor fritt forvaltningen står i sin skjønnsutøvelse under en dispensasjonsvurdering. Jeg vil først gjøre rede for hovedtrekkene i læren om domstolenes prøvingsrett av forvaltningens vedtak i norsk rett. Deretter gjøres det kort rede for av rettstilstanden slik den var etter pbl. 1985 § 7, som et nødvendig bakteppe for den videre drøftelse. Karakteren av det rettslige skjønn i pbl. § 19-2 drøftes i punktene 5.4 og 5.5, om henholdsvis «subsumsjonsskjønnet» og «kan»-skjønnet.¹³⁵

5.2 Grensen mellom rettsanvendelse og fritt skjønn i norsk rett

5.2.1 Utgangspunkt

Forvaltningsvedtak kan i norsk rett overprøves av de alminnelige domstoler.¹³⁶ Læren om domstolenes prøvingsrett av forvaltningsvedtak er skapt og utviklet gjennom rettspraksis,¹³⁷ og er i dag sikker sedvanerett.¹³⁸ Det videre klart at det går en grense for hva domstolene kan prøve når det gjelder forvaltningens avgjørelser. Domstolens oppgave når det gjelder forvaltningsvedtak er å drive legalitetskontroll.

Utgangspunktet er at domstolene bare kan ta standpunkt til om et vedtak er *lovlig*. Det er forvaltningens oppgave å avgjøre hva som er *hensiktsmessig* eller *rimelig* – innenfor myndighetsmisbrukslærens¹³⁹ grenser. Når skjønnet etter læren om domstolenes overprøving av forvaltningens vedtak betegnes som et *fritt skjønn* kan forvaltningens skjønnsmessige vur-

¹³⁵ Se om bruken av begrepene «subsumsjonsskjønn» og «kan»-skjønn i punkt 5.2.2 nedenfor.

¹³⁶ Jf. Andenæs (2006) s. 359.

¹³⁷ Jf. Bernt og Rasmussen (2010) s. 353.

¹³⁸ Jf. Eckhoff og Smith (2006) s. 496.

¹³⁹ Se punkt 4.5.1 foran.

dering ikke overprøves av domstolene.¹⁴⁰ Det vil si at domstolene ikke kan sette sitt skjønn over forvaltningens.

5.2.2 «Kan»-skjønn og «subsumsjonsskjønn»

Betegnelsen fritt skjønn omfatter to ganske ulike hoved tilfeller, som begge er av interesse i relasjon til dispensasjonsbestemmelsen. Det første tilfellet er der forvaltningen har en såkalt diskresjonær kompetanse. Den diskresjonære kompetansen angis gjerne ved ordet *kan* i lovbestemmelsen; hvis x foreligger *kan* forvaltningen beslutte y.¹⁴¹ Den typen frihet som foreligger ved slike diskresjonære forvaltningsvedtak er kjernen i det som betegnes som fritt skjønn. Jeg bruker begrepet «*kan*»-skjønn når jeg sikter til denne typen forvaltnings-skjønn.¹⁴²

Det andre hoved tilfellet knytter seg til at lovens kriterier kan være så vurderingspregede at det også foreligger elementer av skjønn under vurderingen av om kriteriene er oppfylt. I en del slike tilfeller må domstolene da la være å prøve subsumsjonen.¹⁴³ Det er når kriteriene er *spesielt* vage, *spesielt* brede eller *spesielt* skjønnspregede.¹⁴⁴ Subsumsjonen er da en del av det frie forvaltnings-skjønn.¹⁴⁵ Når jeg i denne avhandlingen bruker begrepet «subsumsjonsskjønn» sikter jeg til denne formen for fri skjønnsutøvelse, i motsetning til «kan»-skjønn.

¹⁴⁰ Jf. Graver (2007) s. 259.

¹⁴¹ Bruken av ordet «kan» i en bestemmelse vil imidlertid ikke alltid bety at det foreligger frihet fra domstolskontroll; i noen tilfeller angir det bare at det foreligger kompetanse.

¹⁴² Boe taler her om det «*egentlige*» *frie forvaltnings-skjønn*, se Boe (1981) s. 39 f.

¹⁴³ Den konkrete vurdering av om lovens materielle vilkår er oppfylt.

¹⁴⁴ Jf. Boe (1993) s. 691.

¹⁴⁵ Boe taler i dette tilfellet om *lovskjønn (eller rettsanvendelsesskjønn) uten full prøvelsesrett*. Boe (1993) s. 691.

I den juridiske teori er det ulike måter å tilnærme seg spørsmålet om forvaltningens skjønnsfrihet på, og det eksisterer også forskjellig begrepsbruk.¹⁴⁶ Eckhoff, Frihagen og Graver har bruker begrepet fritt skjønn om både «kan»-skjønnet og subsumsjonsskjønnet.¹⁴⁷ Mens Boe og Smith har til dels har en annen begrepsbruk.¹⁴⁸ Hvordan skjønnet klassifiseres vil ikke ha avgjørende betydning for spørsmålet om hvor langt forvaltningens frihet går i de enkelte tilfeller.

5.2.3 Hvilke sider av et forvaltningsvedtak kan overprøves?

Domstolene kan alltid kan overprøve saksbehandlingen, faktum, tolkningen av loven, og om det foreligger myndighetsmisbruk.¹⁴⁹ Det er uomtvistet at også overholdelse av saksbehandlingsreglene kan prøves.¹⁵⁰ Det som «er igjen» er forvaltningens frie skjønn, og kan ikke overprøves. I noen tilfeller er det uproblematisk å fastslå at forvaltningen er tillagt fritt skjønn, mens det i andre tilfeller kan være mer uklart.

Spesielt når det gjelder subsumsjonsskjønnet kan det være usikkert hvor langt prøvingsretten går, ettersom grensen mellom lovtolkning og subsumsjon er flytende.¹⁵¹ I disse tilfellene oppstår det særlige tolkningsspørsmål. Spørsmålet kan da formuleres som et spørsmål om lovgiver (bare) har oppstilt en retningslinje for skjønnsutøvelsen, eller om det foreligger en absolutt grense for forvaltningens kompetanse.¹⁵²

¹⁴⁶ Se nærmere om dette i Graver (2007) s. 258–259.

¹⁴⁷ Se Eckhoff (1992) s. 241 f.; Frihagen (1991) s. 180 f. og Graver (2007) s. 263.

¹⁴⁸ Se Boe (1993) s. 691 og Smith i Eckhoff og Smith (2006) kap. 33.

¹⁴⁹ Se bl.a. Rt. 1995 s. 72 (Utvisningsvedtak) på s. 77.

¹⁵⁰ Se bl.a. Rt. 1981 s. 745 (Isene).

¹⁵¹ Jf. Eckhoff og Smith (2006) s. 360

¹⁵² Jf. Innjord (1996) s. 171.

Det er klart at domstolene alltid kan prøve lovtolkningen. Men det har i den juridiske teori vært uenighet om det kan oppstilles en presumsjon for at også subsumsjonen kan prøves.¹⁵³ I Rt. 1995 s. 1427 (Naturfredningsdommen) uttales det at det er et alminnelig forvaltningsrettslig prinsipp at domstolene kan prøve

«[...] ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelse av lover som gjør inngrep ovenfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må disse særskilt begrunnes». (s. 1433)

Etter Naturfredningsdommen har spørsmålet om grunnlaget for å oppstille en slik presumsjon vært diskutert. Det kan i alle fall stilles spørsmål om dette gjelder utenfor inngrepssituasjonene.¹⁵⁴ Høyesterett har i flere nyere avgjørelser kommet til at subsumsjonen ikke kan overprøves uten at det er tatt utgangspunkt i det som ble sagt i Naturfredningsdommen.¹⁵⁵

Det er ikke nødvendigvis samsvar mellom hvilke sider av forvaltningsvedtaket domstolene har kompetanse til å prøve, og hvor langt de faktisk velger å gå.¹⁵⁶ I en del tilfeller er domstolene varsomme med å overprøve forvaltningens vurderinger, til tross for at de formelt sett anser seg kompetente til å gjøre det. Man kan da se på forvaltningens vurdering som et moment som i seg selv taler for at domstolene lander på det samme.¹⁵⁷

¹⁵³ Se nærmere Innjord (1996) s. 190–191 om dette spørsmålet.

¹⁵⁴ Se bl.a. Nisja og Reusch (2009) s. 256.

¹⁵⁵ Se om dette i Nisja og Reusch (2009) s. 258–260. Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) som behandles nedenfor er et eksempel.

¹⁵⁶ Jf. Eckhoff og Smith (2006) s. 501.

¹⁵⁷ Jf. Nisja og Reusch (2009) s. 256.

5.2.4 Hvorfor grensen mellom rettsanvendelse og fritt skjønn er av betydning

Grensen mellom fritt skjønn og rettsanvendelsesskjønn er, som det har fremgått, først og fremst av betydning når det gjelder domstolenes overprøvingskompetanse.

Skillet er også av betydning ved klagebehandlingen, som for dispensasjonssaker skjer hos Fylkesmannen. Til tross for at Fylkesmannen har kompetanse til å prøve alle sider av vedtaket skal det under prøvingen av det *frie skjønnet* legges vekt på hensynet til det lokale selvstyret, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd tredje punktum.

Grensen er også av betydning for Sivilombudsmannens kompetanse, ettersom sivilombudsmannens overprøving i utgangspunktet er av rettslig art. Sivilombudsmannens overprøving strekker seg imidlertid noe lenger enn domstolenes.¹⁵⁸ Etter sivilombudsmannsloven¹⁵⁹ § 10 andre ledd tredje punktum prøver Sivilombudsmannen om en avgjørelse er «ugyldig eller klart urimelig». Med «klart urimelig» menes *lavere grader av urimelighet* enn det domstolene kan prøve, fordi myndighetsmisbruk allerede omfattes av ordet «ugyldig» i bestemmelsen.¹⁶⁰

5.3 Rettstilstanden etter pbl. 1985 § 7

Plan- og bygningsloven 1985 § 7 var utformet som følger: «Når særlige grunner foreligger, kan kommunen [...] gi varig eller midlertidig dispensasjon [...]». Spørsmålet er i hvilken grad bestemmelsen ble ansett å gi anvisning på et fritt skjønn. Forarbeidene til plan- og bygningsloven 1985 var uklare. Det skjedde en gradvis utvikling i synet på spørsmålet frem til Høyesterett tok stilling til det i Rt. 2007 s. 257 (Trallfa).

¹⁵⁸ Jf. Backer (1993) s. 14.

¹⁵⁹ Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen 22. juni 1962 nr. 8 (sivilombudsmannsloven).

¹⁶⁰ Jf. Boe (1993) s. 889.

Med grunnlag i en rekke uttalelser fra Sivilombudsmannen, som ble fulgt opp i Fylkesmennes praksis, ble det lenge antatt at det var riktig å foreta en totrinnsvurdering av bestemmelsen.¹⁶¹ Subsumsjonen under vilkåret «særlige grunner» ble antatt å være et rettsanvendelsesskjønn, som domstolene kunne prøve fullt ut.¹⁶² Videre ble bruken av *kan* ansett å gi anvisning på et fritt hensiktsmessighetskjønn for forvaltningen. Det første trinnet i vurderingen var en rettslig styrt vurdering av «særlige grunner» – det andre trinnet var et fritt «kan»-skjønn. Dette synet hadde også støtte i juridisk teori.

På bakgrunn at Agder lagmannsrett i RG 2004 s. 1176 (Haavi) konkluderte med at subsumsjonen under «særlige grunner» ikke var et rettsanvendelsesskjønn, nyanserte Sivilombudsmannen sitt syn på spørsmålet.¹⁶³ Den nevnte lagmannsrettsdommen ble senere fraveket i en avgjørelse fra Eidsivating lagmannsrett fra 2005 (Garasjetilbygg).¹⁶⁴ Rettstilstanden var på dette tidspunkt sprikende.

Med Rt. 2007 s. 257 (Trallfa)¹⁶⁵ fikk vi viktige avklaringer. Saken gjaldt spørsmål om gyldigheten av et vedtak hvor Fylkesmannen hadde omgjort en dispensasjon fra en reguleringsplan, etter pbl. 1985 § 7. Et av spørsmålene Høyesterett tok stilling til var om kriteriet «særlige grunner» skulle anses som et rettsanvendelsesskjønn eller som en del av det frie forvaltningskjønn.

Høyesterett kommer til at «særlige grunner» måtte tilhøre forvaltningens frie skjønn. Førstvoterende uttaler «etter dette er min konklusjon at vurderingen av begrepet 'særlige grunner' i plan- og bygningsloven § 7 må ses i sammenheng med bestemmelsens 'kan'-skjønn

¹⁶¹ Se om dette i Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) avsnitt 37.

¹⁶² Se bl.a. NOU 2001: 7 s. 219 om at "særlige grunner" ble ansett som et rettslig minstevilkår.

¹⁶³ Se Sivilombudsmannens sak 2004/1397.

¹⁶⁴ LE-2005-158699 (Garasjetilbygg).

¹⁶⁵ Heretter omtalt som Trallfa-dommen.

og samlet falle inn under det frie skjønn». ¹⁶⁶ Sentralt for resultatet var at vurderingen var planrelatert og ofte politisk og faglig, samt at kriteriet «særlige grunner» var svært skjønnsmessig. ¹⁶⁷

Høyesterett reservert seg imidlertid noe. Førstvoterende uttaler at det ikke kan utelukkes at andre saker om dispensasjon vil kunne være mindre preget av bygningsfaglige og politiske vurderinger, og at rettsikkerhetsgrunner i slike tilfeller ville kunne tilsi en mer intensiv domstolskontroll. ¹⁶⁸

Konklusjonen sto likevel i sterk kontrast til det som lenge hadde vært praksis i forvaltningen, med støtte av Sivilombudsmannen og juridisk teori, samt til signalene i lovforslagene fra både planlovutvalget og bygningslovutvalget ¹⁶⁹ som forelå da dommen ble avsagt. Lovforslagene fremhevet som nevnt behovet for å stramme inn dispensasjonspraksis.

5.4 Karakteren av «subsumsjonsskjønnet» i plan- og bygningsloven § 19-2

5.4.1 Innledning

Problemstillingen er hvordan «subsumsjonsskjønnet» etter dagens dispensasjonsbestemmelse skal karakteriseres. Utgangspunktet når man skal ta stilling til et rettsspørsmål er lovens ordlyd. ¹⁷⁰ I Rt. 1995 s. 72 (Utvisningsvedtak) uttrykker førstvoterende at spørsmålet om karakteren av skjønnnet kan bero på en ganske sammensatt vurdering, men at det i prinsippet er tale om en tolkning av vedkommende hjemmelslov. ¹⁷¹

¹⁶⁶ Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) avsnitt 46.

¹⁶⁷ Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) avsnitt 42.

¹⁶⁸ Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) avsnitt 44.

¹⁶⁹ Planlovutvalget i NOU 2001: 7 og NOU 2003: 14, Bygningslovutvalget i NOU 2005: 12, se nærmere om dette i Aulstad (2007) s. 230–232.

¹⁷⁰ Jf. Eckhoff og Helgesen (2001) s. 39.

¹⁷¹ Se Rt. 1995 s. 72 (Utvisningsvedtak) på side 77.

Når det gjelder spørsmålet om forvaltningens skjønnsfrihet etter pbl. § 19-2 foreligger det en uttrykkelig uttalelse om dette i forarbeidene. Sammen med ordlyden vil denne danne et naturlig utgangspunkt for drøftelsen.

Den sentrale rettskilden for de nærmere reglene er rettspraksis, ettersom læren om domstolens overprøving av forvaltningsvedtak er domstolskapt. I drøftelsen av «subsumsjonsskjønnet» i neste punkt vil jeg i tillegg til ordlyden og forarbeidene ta for meg momenter som ut i fra rettspraksis er av betydning for karakteren av skjønnet i dispensasjonsbestemmelsen.¹⁷²

Hvilket utgangspunkt som gjelder for overprøvingen av subsumsjonsskjønnet vil være av betydning for spørsmålet. Som nevnt er det diskutert hvorvidt det foreligger en presumsjon for overprøving eller ikke. Det er bare i *inngrepssituasjonene* at det er uttalt av Høyesterett at det foreligger en slik presumsjon. Utenfor disse tilfeller kan ikke spørsmålet anses som avklart. Ettersom vi her er utenfor inngrepssituasjonene kan det ikke slås fast med sikkerhet at det foreligger en presumsjon for overprøving. Det legges derfor ikke til grunn for drøftelsen at det foreligger en slik presumsjon.

5.4.2 Analyse av rettskildene

5.4.2.1 Ordlyden

Først et blikk på oppbygningen av bestemmelsen, og ordlyden isolert sett. Etter pbl. § 19-2 *kan* kommunen gi dispensasjon dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, eller hensynene i lovens formålsbestemmelse *ikke blir vesentlig tilsidesatt*. I tillegg må *fordelene ved å gi dispensasjon være klart større enn ulempene etter en samlet vurdering*.

¹⁷² Se Innjord (1996) s. 182 f.

For det første indikerer bruken av *kan* at kommunen er gitt diskresjonær kompetanse, og dermed står fritt til å vurdere om det er hensiktsmessig å dispensere når vilkårene først er oppfylt. Videre inneholder bestemmelsen to kumulative vilkår. Begge disse kriteriene inneholder skjønnsmessige elementer, men de er ikke like vage og ubestemte som det tidligere «særlige grunner». Det kan imidlertid ikke trekkes noen klare konklusjoner om karakteren av skjønnet ut i fra ordlyden alene.

5.4.2.2 Uttalelsen om skjønnets karakter i forarbeidene

Som nevnt har lovgiver gitt en klar uttalelse når det gjelder skjønnsfriheten etter bestemmelsen i forarbeidene. Av de spesielle merknadene til § 19-2 fremgår det at subsumsjonen under lovens vilkår skal være et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene, og at «kan»-skjønnet er fritt.¹⁷³ Forarbeidenes anvisning er i tråd med rettstilstanden etter pbl. 1985 § 7 i tiden *før* Trallfa-dommen. En så klar uttalelse i forarbeidene er et tungtveiende moment. En forarbeidsuttalelse er likevel ikke alltid et avgjørende moment ved tolkningen av en lovbestemmelse, Eckhoff og Helgesen gir flere (generelle) eksempler på dette.¹⁷⁴

I Rt. 1995 s. 72 (Utvisningsvedtak) uttalte førstvoterende følgende når det gjaldt spørsmålet om karakteren av det rettslige skjønn: «[...] Det avgjørende må være hvilke hensyn som loven skal ivareta, *kombinert* med hva man kan slutte fra lovens forhistorie om lovgiverens innstilling til samme eller beslektede spørsmål» (s. 77). Høyesterett gir uttrykk for at de hensyn loven skal ivareta skal vektlegges ved siden av det som kan slutes ut i fra ordlyd og forarbeider.

Når det gjelder utgangspunktet i forarbeidene uttaler Backer følgende: «Hvor konsekvent dette utgangspunktet skal følges, kan imidlertid bli problematisk når de rettslige vilkår in-

¹⁷³ Se Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

¹⁷⁴ Se Eckhoff og Helgesen (2001) s. 88–91.

neholder en interesseavveining og loven dessuten gir retningslinjer for forvaltningsskjønnet i form av vektregler». ¹⁷⁵

Graver hevder dessuten at det kan sies at Høyesterett har gitt de ulovfestede regler om domstolsprøving av forvaltningsskjønnet *rang et hakk over vanlig lovgivning*. ¹⁷⁶ På denne bakgrunn vil jeg drøfte karakteren av det rettslige skjønnet i dispensasjonsbestemmelsen – til tross for uttalelsen i forarbeidene.

5.4.2.3 Sammenligning med andre Høyesterettsavgjørelser om forvaltningens skjønn

Innjord gjennomgår i en artikkel fra 1996 en rekke avgjørelser fra Høyesterett hvor spørsmål om forvaltningens skjønnsfrihet er behandlet. ¹⁷⁷ Av de sakene som er trukket frem ligner vurderingen i dispensasjonsbestemmelsen kanskje mest på vurderingstemaet i Rt. 1995 s. 72; «uforholdsmessig tiltak», da dette også er en interesseavveining. Saken gjaldt utvisning etter den nå opphevede utlendingslovens ¹⁷⁸ § 30. Høyesterett kom til at skjønnet under kriteriet *ikke* kunne overprøves; subsumsjonen var et fritt forvaltningsskjønn.

5.4.2.4 Hva slags type kriterium inneholder bestemmelsen

I følge Innjord kan det skilles mellom to hovedtyper kriterier. ¹⁷⁹ På den ene side kriterier som viser til empiriske fenomener og størrelser som objektivt sett har en yttergrense. På den annen side kriterier som viser til rene vurderingsnormer. Ut i fra rettspraksis ser det ut til at skillet har ganske stor betydning. ¹⁸⁰ Det kan trekkes en parallell til eldre fremstillingeres skille mellom «erkjennelsesakter» og «viljesakter». En «erkjennelsesakt» kan være rik-

¹⁷⁵ Se Backer (2012) s. 217.

¹⁷⁶ Se Graver (2007) s. 267.

¹⁷⁷ Se Innjord (1996) s. 179–181.

¹⁷⁸ Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her 24. juni 1988 nr. 64 (opphevet).

¹⁷⁹ Se Innjord (1996) s. 182.

¹⁸⁰ Se Innjord (1996) s. 182.

tig eller gal og egner seg for overprøving – en «viljesakt» kan derimot ikke være riktig eller gal, men fornuftig eller ufornuftig, hensiktsmessig eller uhensiktsmessig.¹⁸¹

Eksempel på den første typen kriterier (som domstolene gjerne anser seg kompetente til å overprøve), er kriterier som «villamessig bebyggelse» eller «flyktning». Eksempel på den andre typen, (som domstolene gjerne overlater til forvaltningens skjønn), er kriteriene «nødvendig» eller «særlige grunner».

Spørsmålet er hvordan kriteriene i den interesseavveining som dispensasjonsbestemmelsen gir anvisning på kan karakteriseres i relasjon til dette. Kriteriene passer ikke helt direkte inn i noen av gruppene. Men man kan vel i alle fall ikke gi noe objektivt *riktig eller galt* svar på når hensynene bak bestemmelsen er vesentlig tilsidesatt eller når fordelene ved en dispensasjon er større enn ulempene. Innjord understreker imidlertid i artikkelen at skillet ikke bør brukes som en juridisk trylleformel.¹⁸²

5.4.2.5 Graden av vaghet/skjønnspreg

Sammenlignet med det tidligere vilkåret «særlige grunner» i pbl. 1985 § 7 er vurderingste-maet etter pbl. § 19-2 mindre vagt og uklart. Bestemmelsen fremstår ikke som like skjønnspreget og fri som den tidligere bestemmelsen. Det er likevel på det rene at også vurderingen etter dagens bestemmelse inneholder elementer av skjønn. Innjord uttrykker seg slik om karakteren av skjønnet i pbl. § 19-2 i sin lovkommentar:

«Til tross for at lovens vilkår er *sterkt* skjønnsmessige og langt på vei svarer til det som tidligere ble ansett for å ligge i kravet til 'særlige grunner' er det i forarbeidene presisert at vurderingen av lovens vilkår for å kunne dispensere vil være et rettsanvendelsesskjønn [...]».¹⁸³

¹⁸¹ Se Graver (2007) s. 261–262.

¹⁸² Se Innjord (1996) s. 183.

¹⁸³ Innjord (2010) s. 520.

Selv om forarbeidene forutsetter at lovendringen innebærer en presisering av kriteriet – så er kriteriene fortsatt i stor grad skjønnsmessige ut i fra ordlyden selv.

5.4.2.6 Vurderingstemaets karakter

Ordlyden er strammet inn med dagens lovbestemmelse og lovgiver har avgitt en uttalelse om skjønnets i forarbeidene. Men dette medfører ikke at vurderingstemaets *karakter* har endret seg. Det vil si at de hensyn som ble vektlagt i Trallfa-dommen på dette punkt fortsatt vil være gjeldende.

I dommen var det som nevnt sentralt for resultatet at beslutningen var planrelatert, og ofte politisk og faglig. Disse hensyn vil være relevante i svært mange dispensasjonssaker. I tillegg vil det ofte være behov for lokalkunnskap for å kunne foreta en mest mulig forsvarlig overveielse av om dispensasjon skal gis eller ikke. Alt dette er forhold som taler for at planmyndighetenes subsumsjonsskjønn under dispensasjonsvurderingen er fritt.

5.4.2.7 Skjønnsregel eller rettighetsregel

Dersom kriteriet i en bestemmelse er avgjørende for eksistensen eller omfanget av en *rettighet* er dette et sterkt argument for at domstolene kan prøve den konkrete vurderingen.¹⁸⁴ Det er i disse tilfeller det grunnleggende hensyn bak behovet for domstolskontroll; rettssikkerhetshensyn, vil gjøre seg gjeldende med tyngde. Jeg sikter da til kjernen i rettssikkerhetsbegrepet; som angår vern av individet mot overgrep fra det offentlige side og å sikre privates rettigheter i møtet med det offentlige maktapparatet.

Arealutnyttelse er i alminnelighet ikke et av de områder hvor vekten av slike rettssikkerhetshensyn er størst.¹⁸⁵ Dispensasjon er heller ikke et inngrep i borgernes rettigheter, men

¹⁸⁴ Jf. Innjord (1996) s. 187.

¹⁸⁵ Se Nisja og Reusch 2009 s. 256.

snarere tvert i mot: en mulighet til å gjennomføre et tiltak som i utgangspunktet er forbudt i henhold til gjeldende bestemmelser.

5.4.2.8 Hvilket forvaltningsorgan treffer beslutningen

I den tidligere loven var myndigheten til å dispensere fra arealplaner lagt til det faste utvalget for plansaker, se pbl. 1985 § 7. Nå er den lagt til kommunen i alminnelighet. Kompetansen kan som nevnt delegeres til et fast utvalg eller til administrasjonen.

Det er således fortsatt mulig å opprettholde det faste utvalget for plansaker etter kommunelovens regler, og dette er antakeligvis tilfelle i mange (større) kommuner. Dermed vil det i mange tilfeller fortsatt være slik at avgjørelsene treffes av et organ med politisk legitimitet som sitter på fagkunnskap innenfor arealdisponeringsområdet. Der dispensasjonsmyndigheten er delegert til administrasjonen er imidlertid den politiske legitimitet svekket.

Uavhengig av *hvilket* kommunalt organ som innehar dispensasjonsmyndigheten vil det inneha lokalkunnskap. Det kan være vanskelig å vurdere de faktiske fordelene og ulempene ved et byggetiltak dersom man ikke kjenner til hvordan et bestemt område utnyttes og benyttes i praksis. Denne formen for lokalt *kjennskap* til arealer og områder kan man ikke tilegne seg på samme måte ved å se på bilder/tegninger eller ved å gå på besiktigelse.

5.4.3 Oppsummering og konklusjon

Det er flere momenter som trekker i retning av at subsumsjonsskjønnet er et fritt forvaltningsskjønn. I tillegg til de nevnte momenter kan det trekkes inn at Høyesterett i Trallfaldommen falt ned på et resultat som stod i kontrast til det som lenge hadde vært ansett som gjeldende rett. Resultatet i Trallfaldommen var også i strid med de signaler som ble gitt fra lovgiverhold i forarbeidene til den nye loven, som forelå når dommen ble avsagt. Både

planlovutvalget og bygningslovutvalget hadde fremhevet behovet for å stramme inn dispensasjonspraksis.¹⁸⁶

Sivilombudsmannspraksis, forvaltningspraksis og forarbeider til en ny lov er imidlertid rettskilder med klart lavere vekt enn en klar forarbeidsuttalelse. Å falle ned på at subsumsjonen under bestemmelsens skjønnsmessige vurderinger er et fritt skjønn vil kanskje være å trekke det for langt, selv om flere momenter trekker i denne retning. Konklusjonen er derfor at «subsumsjonsskjønnet» kan overprøves av domstolene. Det er likevel ikke *helt utenkelig* at domstolene vil komme til motsatt resultat – sett på bakgrunn av «spørsmålets forhistorie» og at det *kan* hevdes at reglene om domstolenes prøving av forvaltningens vedtak har rang et hakk over vanlig lovgivning.¹⁸⁷

Som nevnt velger domstolene i noen tilfeller å være tilbakeholdne i sin overprøving av forvaltningsskjønnet til tross for at de faller ned på at skjønnet *formelt sett* er et rettsanvendelsesskjønn. Hvorvidt man kaller skjønnet for et *rettsanvendelsesskjønn* (med begrenset overprøving) eller et *fritt skjønn* vil da være en teoretisk, men ikke en praktisk forskjell når det gjelder domstolsbehandlingen.

Det er ikke noe skarpt skille mellom den pragmatiske begrunnelse for en slik *tilpasset* prøving og den tolkning av loven som den *formelle betegnelse* på skjønnet er et utslag av.¹⁸⁸ Det vil si at de argumenter som blir brukt som begrunnelse for å tolke loven også kan brukes som begrunnelse for at domstolene bør vise tilbakeholdenhet med overprøvingen.¹⁸⁹ Det som er sagt i drøftelsen foran vil derfor være relevant også for spørsmålet om domstolene vil være tilbakeholdne i sin overprøving. Av spesiell betydning i denne relasjon er det

¹⁸⁶ Planlovutvalget i NOU 2001: 7 og NOU 2003: 14 og Bygningslovutvalget i NOU 2005: 12, se nærmere om dette i Aulstad (2007) s. 230–232.

¹⁸⁷ Jf. Graver (2007) s. 267.

¹⁸⁸ Jf. Innjord (1996) s. 175.

¹⁸⁹ Ibid.

at det grunnleggende hensyn bak en intensiv domstolskontroll; rettssikkerhetshensyn, ikke gjør seg gjeldende i noen særlig sterk grad. I tillegg kan reelle hensyn komme inn i større grad her enn ved tolkningen av loven. Reelle hensyn av betydning er effektivitetshensyn og prosessøkonomiske, ettersom antallet dispensasjonssaker er stort.

Et overordnet hensyn er en mest mulig hensiktsmessig arbeidsfordeling mellom forvaltningen og domstolene. Arbeidsdeling mellom den utøvende og den dømmende makt er en konstitusjonell forutsetning. Herunder det et poeng at det som *er* politiske beslutninger må ha demokratisk legitimitet. Domstolene har ikke den politiske legitimitet til å tre inn i det som er forvaltningsorganenes rolle; de ikke er underlagt politisk ansvar.¹⁹⁰

Det kan stilles spørsmål om domstolene trer inn i forvaltningens rolle dersom forvaltningens skjønnsmessige vurderinger i en dispensasjonssak overprøves. Følgende sitat fra Nisja og Reusch er understreker dette: «Domstolene vil ikke ha samme legitimitet til for eksempel å ta stilling til arealutnyttelsen i et område [...] som det politisk valgte og ansvarlige myndigheter vil ha».¹⁹¹

Et annet overordnet hensyn er forholdet til det lokale selvstyret. Desto mer inngående overprøvingen av forvaltningen er, desto mindre rom blir det igjen til det lokale selvstyret. Det lokale selvstyret har lenge stått sterkt når det gjelder byggesaker etter plan- og bygningsloven. I forbindelse med endringer i bygningsloven av 1965¹⁹² fremgår det av forarbeidene at målsettingen etter departementets mening er at byggesaker så langt som mulig skal avgjøres av lokale styringsorganer.¹⁹³ Det uttales at «selv om det formelle utgangs-

¹⁹⁰ Jf. Aulstad (2007) s. 228.

¹⁹¹ Nisja og Reusch (2009) s. 256.

¹⁹² Bygningsloven 18. juni 1965 nr. 7 (opphevet).

¹⁹³ Se Ot.prp. nr. 27 (1982–1983).

punkt er og skal være at bygningslovgivningens regelverk skal følges, er byggeprosessen så mangeartet at det alltid vil være et begrunnet behov for dispensasjon i en del tilfeller».¹⁹⁴

Når det gjelder dagens lov illustreres dette blant annet av at det ikke var mulig å få oppslutning om å flytte dispensasjonsmyndigheten. Resultatet ble en mellomløsning; kommunen er fortsatt dispensasjonsmyndighet – men mulighet midlertidig overføring av myndighet, jf. pbl. § 19-4.

På denne bakgrunn er det grunnlag for å hevde at domstolene høyst sannsynlig vil være varsomme i sin overprøving av forvaltningens egen vurdering i en dispensasjonssak.

5.5 Ingen har krav på dispensasjon – «Kan»-skjønn er fritt

På bakgrunnen av premissene i Trallfa-dommen skal i det følgende knytte noen betraktninger til kommunens «kan»-skjønn i dispensasjonsavgjørelser.

Lagmannsretten hadde i RG 2004 s. 1176 (Haavi) lagt til grunn at «kan»-vurderingen falt sammen med vurderingen av «særlige grunner». Hvis det forelå «særlige grunner» ble det betegnelsen på avveiningsresultatet i «kan»-vurderingen. Høyesterett slutter seg til dette syn i Trallfa-dommen, det uttales følgende:

«(...) Hvis en overvekt av hensyn taler for dispensasjon, er det vanskelig å forestille seg at bygningsmyndighetene vil kunne ha en holdbar begrunnelse for å avslå søknaden etter fritt skjønn. Alminnelig saklighetskrav innebærer at bygningsmyndighetene har plikt til å avgjøre saken i samsvar med den avveining man kommer til». (Avsnitt 42)

Det var ikke rom for å avslå en dispensasjon hvis man først kom til at det forelå «særlige grunner». Ut i fra dette resonnementet ville søkeren ha *krav på* å få innvilget dispensasjon

¹⁹⁴ Ot.prp. nr. 27 (1982–1983) s. 11.

når vilkåret for dispensasjon var oppfylt – det er ikke noe «igjen til» forvaltningens «kan»-vurdering. Spørsmålet er om det syn Høyesterett her ga uttrykk for kan tenkes å ha noen betydning for forvaltningens frihet under «kan»-vurderingen etter dagens dispensasjonsregler.

Resonnementet fra Haavi-dommen, som Høyesterett sluttet seg til, må ses i sammenheng med at «særlige grunner» (subsumsjonsskjønnet) var et fritt skjønn og at vurderingen av «særlige grunner» ble ansett å falle sammen med «kan»-vurderingen. Ettersom subsumsjonsskjønnet etter dagens dispensasjonshjemmel er et rettsanvendelsesskjønn er det ikke grunnlag for å opprettholde resonnementet.

Høyesteretts syn på dette spørsmålet er i ettertid kritisert. Det er blant annet hevdet at premissene i dommen på flere punkter er vanskelig å forene med det som er gjeldende lære når det gjelder forholdet mellom domstolene og forvaltningen.¹⁹⁵ Bakgrunnen er at det er i tråd med alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper, herunder myndighetsmisbrukslæren, at kommunen kan ha en saklig grunn til å avslå søknaden selv om kriteriene i bestemmelsen vurderes som oppfylt. Det ble reist spørsmål om det var grunnlag for denne tilsynelatende utvidelsen av de alminnelige saklighetskrav, og om læren om myndighetsmisbruk hadde fått nytt innhold.¹⁹⁶ Nisja og Reusch konkluderer med at det ikke er tilfelle, og peker blant annet på at standpunktet harmonerer dårlig med den forståelse av domstolskontrollen som førstvoterende legger til grunn i avsnitt 36 i Trallfa-dommen.¹⁹⁷ Dette er jeg enig i.

På denne bakgrunn er det klart at ingen har krav på å få innvilget en dispensasjon selv om forvaltningen vurderer de rettslige vilkårene som oppfylt.¹⁹⁸ Den diskresjonære kompetansen begrenses kun av de alminnelige saklighetskrav. En annen sak er at er vanskelig å se at det *i praksis* er noe særlig rom for en nærmere «kan»-vurdering hvis det først er slått fast at lovens vilkår er oppfylt.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Jf. Aulstad (2007) s. 221.

¹⁹⁶ Se Aulstad (2007) s. 227.

¹⁹⁷ Se Nisja og Reusch (2009) s. 263.

¹⁹⁸ Jf. Pedersen m.fl. (2011) s. 201, se også Ot.prp. nr. 32 (2007–2008) s. 242.

¹⁹⁹ Slik Tyrén (2010) s. 521.

6 Praksis fra Fylkesmannen i Vestfold

6.1 Innledning

Jeg skal i det følgende forsøke å belyse sider ved den reelle retten ved å analysere et utvalg forvaltningsvedtak. Ideelt sett skulle alle dispensasjonssaker fra samtlige kommuner vært undersøkt. På grunn av det store antallet saker var det ikke mulig å behandle samtlige innenfor rammene av dette arbeidet. Det har derfor vært nødvendig å foreta et utvalg.

Ved bruk av utvalg oppstår muligheten for at de utvalgte enhetene gir et skjevt bilde av virkeligheten. Undersøkelse av fenomener ved bruk av utvalg er likevel vanlig i all samfunnsforskning.²⁰⁰ Det kan gi grunnlag for å trekke konklusjoner eller bidra med verdifull kunnskap når vi skal danne oss et bilde av et fenomen – til tross for at det varierer hvor pålitelige svar en undersøkelse kan gi.²⁰¹

Utvalget er foretatt ved skjønnsmessig utvelging av område og type saker; det er valgt ut et område og et typetilfelle av saker som på forhånd er vurdert som godt egnet til å belyse problemstillingen, og som synes spesielt interessant ut i fra den kunnskap og de antakelser jeg hadde på forhånd. For små utvalg er en slik utvelging hensiktsmessig.²⁰²

På bakgrunn av den begrensede tiden som er til rådighet ved arbeidet med avhandlingen var det ikke mulig å innhente saker fra hele landet. Jeg valgte derfor ut ett område. Vestfold er valgt fordi det er et fylke med flere kystkommuner hvor det generelle utbyggingspresset er stort, spesielt når det gjelder utbygging i 100-metersbeltet. Vestfold er et av de fylkene som omfattes av de strengeste retningslinjene i *SPR-O*. Jeg har valgt å gå inn på Fylkesmannsnivå fordi alle sakene da representerer den endelige avgjørelsen på forvaltningsnivå.

²⁰⁰ Jf. Hellevik (1995) s. 67.

²⁰¹ Se Jacobsen (2005) s. 24 f.; Hellevik (1995) s. 20 og Martinussen (1994) s. 17.

²⁰² Jf. Hellevik (1995) s. 82.

Fylkesmannen i Vestfold behandler en del klagesaker fra kommuner i Østfold, som settefylkesmann. Utvalget omfatter én sak fra en kommune i Østfold. Østfold omfattes også av de strengeste planretningslinjene.

Vedtakene er innhentet ved at jeg søkte i det elektroniske arkivet hos Fylkesmannen i Vestfold, med bistand av leder ved juridisk avdeling. Da det ikke var mulig med spesifiserte søk var det nødvendig å gå gjennom samtlige vedtak i alle *byggesaker* for perioden for å finne *dispensasjonsvedtakene*. Alle vedtakene som ble innhentet gjaldt søknader om dispensasjon i arealer som er omfattet av byggeforbudet i 100-metersbeltet ved sjøen.

I det følgende vil jeg redegjøre for empirisk metodebruk og fremgangsmåte ved undersøkelsen og forklare og begrunne det nærmere utvalget av vedtak. I punkt 6.5 presenteres selve analysen av vedtakene. Vedtakene angis ved saksnummer hos Fylkesmannen i Vestfold samt det kallenavn som jeg har gitt saken. Det er ikke alle vedtakene som omtales nærmere, men i oppsummeringen i punkt 6.6 er samtlige saker som er gjenstand for analysen fremstilt som en oversikt (tabell 1).

6.2 Metoden ved undersøkelsen av forvaltningsvedtakene

6.2.1 Kvalitativ analyse – intensivt opplegg

Undersøkelsen av vedtakene er en dokumentundersøkelse, som egner seg i et tilfelle hvor man vil finne ut av hvordan noen (forvaltningen) har handlet eller fortolket noe.²⁰³ Det er foretatt en kvalitativ analyse av de utvalgte dokumenter (vedtakene). Det vil si at det gis en samlet karakteristikk og vurdering av vedtakene, i motsetning til *kun* en statistisk presenta-

²⁰³ Jf. Jacobsen (2005) s. 164.

sjon av resultatene i en stor mengde saker.²⁰⁴ Det er således et *intensivt* opplegg; jeg har gått i dybden når det gjelder informasjonen fra hver enhet.²⁰⁵

Karakteristisk for kvalitativ metode er, i tillegg til at man kommer i nærkontakt med det man undersøker, at forskningsopplegget og registreringer justeres underveis.²⁰⁶ Under arbeidet benyttet jeg meg av et registreringsskjema. Underveis ble det nærmere utvalget justert. Jeg utvidet jeg skjemaet med ytterligere opplysninger for de sakene som ble gjenstand for analysen.²⁰⁷ For disse sakene skrev jeg også et saksreferat.

6.2.2 Representativitet og formålet med undersøkelsen

Statistisk generalisering krever kvantitativ metode.²⁰⁸ Utvalget her omfatter et så lite antall saker i forhold til hele universet av dispensasjonsvedtak at det ikke kan generaliseres statistisk. I alle fall ikke for dispensasjonssaker generelt, eller for andre områder av landet. Analytisk generalisering bygger på den forestilling at de funnene man har vil eksistere i de fleste utvalg, uansett hvordan de trekkes.²⁰⁹ Men å avdekke et slikt eventuelt mønster er noe helt annet enn å beskrive hvordan tilstanden nøyaktig er.²¹⁰

Til tross for begrensningene når det gjelder generalisering gir undersøkelsen et interessant innblikk i den reelle retten. Undersøkelse av et lite utsnitt av helheten kan gi en *indikasjon* om hvordan forvaltningens dispensasjonspraksis utarter seg, og på denne måten bidra til kjennskap til den reelle retten. Utvalget kan dermed også gi en *pekepinn på* om den formelle retten samsvarer med den reelle retten.

²⁰⁴ Jf. Hellevik (1995) s. 64 og s. 103 f.

²⁰⁵ Op.cit. s. 52

²⁰⁶ Jf. Martinussen (1994) s. 392.

²⁰⁷ Se vedlegg 2.

²⁰⁸ Jf. Martinussen (1994) s. 399.

²⁰⁹ Op.cit. s. 408.

²¹⁰ Ibid.

En undersøkelse av et slikt *utsnitt* av den reelle retten gjør det mulig å gi konkrete eksempler på når vilkårene anses som oppfylt i praksis og dermed *belyse* den formelle retten. Sett på bakgrunn av at det ikke foreligger rettspraksis av betydning kan forvaltningspraksis også tenkes å ha *en viss* rettskildevikt.

En mulig feilkilde ved selve undersøkelsen er at det er en mulighet for at utvalget ikke omfatter alle sakene innenfor typetilfellet; ettersom det var svært mange byggesaker som måtte gjennomgå når vedtakene ble innhentet er det en mulighet for at noen har blitt oversett. En annen mulig feilkilde er at de saker *som innklages* til Fylkesmannen ikke er representativt for hele universet av klagesaker i de aktuelle kommunene.

6.2.3 Presentasjon av undersøkelsen

Undersøkelsen av vedtakene blir presentert ved en innholdsanalyse.²¹¹ Først forklarer jeg inndelingen i kategorier og begrunner utvalget av det typetilfelle som er gjenstand for analysen. Deretter presenteres den nærmere analysen av vedtakene. I analysen redegjøres det først for utfallet av sakene, før det nærmere innholdet i vedtakene vurderes. Ut i fra innholdsanalysen vil jeg løpende vurdere hvorvidt vedtakene samsvarer med den formelle retten.

6.3 Utvalget av saker som er gjenstand for analysen

6.3.1 Inndeling i kategorier

Tiltak som det søkes dispensasjon for kan være av svært ulikt omfang og av ulik karakter. I tillegg kan det dispenseres fra forskjellige typer av bestemmelser. En analyse av praksis krever at man går nærmere inn i disse ulike faktiske forholdene.

²¹¹ Se nærmere Jacobsen (2005) s. 193

Det har derfor vært nødvendig med en kategorisering av dispensasjonssakene, i form av en inndeling i ulike typetilfeller. I kvalitativ metode er det ikke uvanlig å redusere kompleksiteten, ved å forenkle og strukturere enhetene.²¹²

Dispensasjonssaker kan deles inn på to måter. Enten ut i fra «typen» tiltak eller ut i fra hvilken type bestemmelse det dispenseres fra. Jeg har kategorisert på bakgrunn av en kombinasjon av disse to. Jeg valgte deretter ut ett typetilfelle som gjenstand for analysen. Utvalget består av 13 saker innenfor dette typetilfellet.

6.3.2 Valg av typetilfelle som er gjenstand for analysen

Som nevnt blir det sjeldent snakk om «rene» dispensasjoner fra byggeforbudet i 100-metersbeltet. På bakgrunn av at det var ønskelig at dispensasjon fra byggeforbudet i 100-metersbeltet skulle komme på spissen, valgte jeg ut de sakene hvor arealene var omfattet av et generelt byggeforbud i de kommunale planene.

Samtlige saker i analysen gjelder søknader om dispensasjon fra byggeforbudet i 100-metersbeltet i pbl. § 1-8 andre ledd der de aktuelle arealene er avsatt til LNF-formål i arealdelen i kommuneplanen. Analysen omfatter alle sakene (som jeg fant) av denne «typen» som er behandlet hos Fylkesmannen i Vestfold etter dagens regler, til og med august 2012.

I LNF-områder er utgangspunktet at bare tiltak som det «av hensyn til driften av primærnæringen er nødvendig å plassere på stedet» er tillatt, jf. pbl. § 11-7 første ledd nr. 5 bokstav a. Eksempel på tiltak som er tillatt kan være tiltak som plasseres på stedet av hensyn til en formålstjenlig landbruksdrift.²¹³ For tiltak som ikke er nødvendig for slik stedbunden næring gjelder et generelt byggeforbud.

²¹² Jf. Jacobsen (2005) s. 185.

²¹³ Jf. Bugge (2011) s. 189.

Utvalget av saker er egnet til å belyse spørsmålet om den reelle retten samsvarer med den formelle retten, ettersom dispensasjoner i disse tilfeller skal praktiseres svært streng. Det behandles dessuten hvert år mange saker av denne «typen» i kommunene,²¹⁴ slik at disse dispensasjonssakene er praktiske for kystkommunene.

Innenfor denne overordnede kategori er det undergruppen *byggetiltak* som er gjennomgått. Med *byggetiltak* menes oppføring, riving, endring og andre tiltak knyttet til bygninger, konstruksjoner og anlegg, samt terrenginngrep. I motsetning til opprettelse og endring av eiendom.

6.4 Analysen av vedtakene

6.4.1 Utfallet av sakene

I de 13 vedtakene som ble analysert²¹⁵ ble det innvilget dispensasjon i tre av sakene. En av sakene ble ikke realitetsbehandlet, da det var mangler ved kommunens saksbehandling. I de resterende ni sakene ble det ikke gitt dispensasjon.

I samtlige saker som ble realitetsbehandlet opprettholder Fylkesmannen kommunens vedtak. I det ene vedtaket som ble opphevet hadde kommunen innvilget dispensasjon.

6.4.2 Generelt om Fylkesmannens vurderinger

Det vises i alle sakene til at gjennomføringen av tiltakene er betinget av dispensasjon *både* fra LNF-bestemmelsen og fra byggeforbudet i 100-metersbeltet.

²¹⁴ I følge KOSTRA (Kommune Stat Rapportering) *Kommunal byggesaksbehandling i områder med stor miljøverdi* ble det behandlet over 1300 dispensasjonssaker som gjaldt dispensasjon fra byggeforbudet i 100-metersbeltet i 2011. (I 78 % av disse ble dispensasjon innvilget).

²¹⁵ Se punkt 6.6 for en fullstendig oversikt over de sakene som er gjenstand for analysen.

Fylkesmannens vurderinger knytter seg i noen av sakene til LNF-formålet alene, og i noen tilfeller gis en samlet vurdering av både forholdet til LNF-formålet og til byggeforbudet i 100-metersbeltet.

I noen av sakene er det først foretatt en vurdering av grunnvilkåret og deretter en interesseavveining. I andre saker flyter vurderingene mer inn i hverandre. Vurderingen er i alle tilfeller konkrete. Under punktet om den formelle retten har jeg vært inne på at vurderingene ofte vil flyte inn i hverandre.

Hensynene bak loven vurderes ikke konkret i noen av sakene. Vurderingene knyttes direkte opp til den bestemmelsen det dispenseres fra. Dette illustrerer at formuleringen i prinsippet er unødvendig slik jeg tidligere var inne på.²¹⁶

6.4.3 Hva begrunnet dispensasjon

6.4.3.1 Innledning

Ut i fra det som er sagt tidligere om den reelle retten kan det umiddelbart synes som mye at det i et så lite utvalg blir gitt dispensasjon i tre tilfeller. Etter den formelle retten skal det være nærmest umulig å gi dispensasjon fra de aktuelle bestemmelsene, da vi er innenfor den type dispensasjonssaker hvor dispensasjon skal praktiseres aller mest strengt. For å få svar på om reglene er praktisert mer liberalt enn den formelle retten tilsier, er det imidlertid nødvendig å gå nærmere inn i de aktuelle vedtakene.

6.4.3.2 Sak 2010/4010 (Brygge I)

Den første saken hvor det ble innvilget dispensasjon gjaldt gjenoppføring av en brygge som hadde blitt delvis ødelagt av isen. Fylkesmannen i Østfold hadde påklaget kommunes

²¹⁶ Se punkt 4.4.1 foran.

vedtak. Klager anførte blant annet at det var bilvei frem til hytta og at det var fellesbrygge på stedet. Fylkesmannen i Vestfold behandlet derfor saken som settefylkesmann.

Fylkesmannen viser til Sivilombudsmanns praksis om særtilfellet riving og gjenoppføring, og mener at ordlyden i bestemmelsen ikke tar sikte på tilfeller der tiltaket er fjernet av uventede og uvanlige hendelser, slik som naturkrefter. Videre tillegges tidsaspektet vekt; brygga ble søkt gjenoppført uten opphold. Det anføres at tiltaket ikke er til hinder for bading for allmenheten, og at det ikke fantes alternativer ettersom det var lang ventetid på båt plass ved fellesbrygga. På denne bakgrunn forelå det slike særegne forhold at dispensasjon ble innvilget.

Fylkesmannens vurdering må anses å være i tråd med gjeldende rett, ettersom det i slike tilfeller ikke blir noen endring i den faktiske situasjon. Erstatningshensynene står særlig sterkt hvor ødeleggelse skyldes naturkrefter. Disse synspunkter ble ansett for å begrunne dispensasjon etter pbl. 1985 § 7. De hensyn som ble lagt til grunn i slike situasjoner må fortsatt ha gyldighet, se punkt 4.5.3 foran.

6.4.3.3 Sak 2010/8312 (Terrengarbeid)

Den neste saken hvor det ble innvilget dispensasjon gjaldt søknad om dispensasjon for allerede utførte terrengarbeider i forbindelse med anleggelse av ny adkomst til eiendommen. Naboer hadde påklaget kommunens vedtak. Det anføres at tiltakshaver opptrer på en måte som er egnet til å privatisere strandsonen.

Fylkesmannen kommer til at hensynet bak bestemmelsene det dispenseres fra ikke blir vesentlig tilsidesatt, da en viss tilsidesettelse av hensynene bak bestemmelsen ligger i dispensasjonens natur, og at tiltaket ikke oppfyller kravet til *vesentlig* tilsidesettelse.

I den nærmere interesseavveining legger Fylkesmannen vekt på at det etter inngrepet er god adkomst til sjøkanten og anser dette som en fordel. Videre vektlegges fordelene for tiltakshaver ved at inngrepet forenkler adkomsten til eiendommen uten at det var nødvendig å

legge om hele adkomsten til en ny trasé. Det påpekes at denne type individuelle forhold normalt ikke kan tillegges vekt. Men uttales videre at det i tilfeller hvor det ikke finnes vesentlige fordeler eller ulemper må slike synspunkter kunne vektlegges.

Fylkesmannen mener det er en ulempe at det foretas terrenginngrep i det sårbare området langs sjøen. Men mener denne ulempen oppveies av at det er en forutsetning for kommunens tillatelse at den stedege vegetasjonen bevares og tilbakeføres i størst mulig grad, slik at området fremstår som mest mulig uberørt. På denne bakgrunn vurderes fordelene å være større en ulempene etter en samlet vurdering.

Det må for det første stilles spørsmål til vektleggingen av de individuelle forholdene. Etter den formelle retten er det helt klart at individuelle forhold av denne typen ikke kan tillegges vekt. Det skal noe spesielt til for at individuelle forhold kan anses som relevant, se om dette i punkt 4.5.2 foran. Fylkesmannens begrunnelse for å vektlegge disse individuelle forhold er at det ikke finnes vesentlige fordeler og ulemper. Ut i fra den formelle retten er denne begrunnelsen ikke holdbar. Det er ikke unikt at det ikke kan påpekes vesentlige fordeler eller ulemper, det kan være tilfelle i mange dispensasjonssaker. For at dispensasjon skal innvilges innenfor lovens vilkår *skal* det jo foreligge fordeler – som er *klart* større enn ulempene.

Det er tilsynelatende avgjørende for resultatet at området etter inngrepet i stor grad vil fremstå som uberørt. Det legges også vekt på at adkomsten til sjøkanten fortsatt er god etter inngrepet. Dersom det skal foreligge en *fordel* må tiltaket innebære en *forbedring* sammenlignet med det tidligere forhold.

Etter den formelle retten kan det ikke anses som en fordel at tiltaket innebærer kun en liten endring og at adkomsten til sjøkanten er *like* god. Spesielt ikke for en dispensasjon i et område som omfattes av LNF-formål og byggeforbudet i 100-metersbeltet, hvor dispensasjoner skal praktiseres svært strengt.

Fylkesmannen hadde vært på besiktigelse, og det har muligens vært god grunn til å ikke anmode om tilbakeføring av de allerede utførte tiltak i denne situasjonen. At tiltaket allerede er gjennomført kan selvsagt ikke vektlegges, og det er heller ikke gjort. Selv om det kan tenkes gode reelle grunner for å innvilge dispensasjon, er vedtaket etter min mening ikke i tråd med den formelle retten.

6.4.3.4 Sak 2011/5124 (Brygge III)

Den tredje saken hvor det ble innvilget dispensasjon gjaldt klage på kommunens vedtak om å innvilge dispensasjon for gjenoppføring av brygge som hadde blitt urettmessig ødelagt av grunneier.

Tilfellet blir av Fylkesmannen likestilt med de tilfeller hvor brygger blir tilfeldig ødelagt av naturkrefter. Spørsmålet om vesentlig tilsidesettelse måtte dermed bero på en sammenligning av situasjonen slik den var før den uforutsette omstendigheten inntraff med situasjonen etter en eventuell gjenoppføring. Det ses bort i fra mellomsituasjonen.

Tiltaket innebar derfor ingen økt ulempe i forhold til tidligere situasjon. En ny brygge ville heller medføre fordeler enn ulemper. Den nye brygga ville blant annet bli tryggere å benytte for allmennheten i forbindelse med bading. Det kunne kanskje ses som en ulempe for grunneier å ha brygga på sin eiendom mot sin vilje, men dette kunne ikke vektlegges ettersom brukerne hadde rettsgrunnlag for bruken.

Likestillingen av situasjonen med tilfeller hvor brygger blir ødelagt på grunn av naturkrefter er jeg enig i; de samme hensyn gjør seg gjeldende i en sak som denne. Som jeg var inne på når det gjaldt 2010/8312 (Brygge I) må det legges til grunn at det er i tråd med den formelle retten at slike tilfeller behandles som et særtilfelle. Vedtaket er derfor i tråd med gjeldende rett.

6.4.4 Hva gjorde at det ikke ble gitt dispensasjon

I de sakene hvor det ikke ble innvilget dispensasjon var det søkt om oppføring av tilbygg til hytte i tre tilfelle og oppføring av flytebrygge i to tilfeller. De øvrige sakene gjaldt oppføring av en brygge som i tidligere hadde fantes på eiendommen, oppføring av veranda/gangvei ved en fiskebu, oppføring av forstøtningsmur og oppføring av garasje.

Sak 2010/7727 (Brygge II) gjaldt oppføring av brygge som tidligere hadde fantes på eiendommen. Det kan umiddelbart se ut som det her har vært en svært streng praktisering av bestemmelsen, ettersom erstatningshensynet i prinsippet kunne vært tillagt vekt. Det forelå riktignok en annen brygge på eiendommen, men på grunn av bunnforhold og lavere vannstand var den ikke lenger egnet verken for bading eller bruk av båt. Avgjørende for resultatet var imidlertid at kommunen hadde vært villig til å tillate oppføringen av brygga hvis den andre brygga på eiendommen ble revet, noe søker ikke hadde imøtekommet. I tillegg kommer tidsaspektet inn i bildet; det var her ikke tale om riving og umiddelbar gjenoppføring. Hensyn som kan begrunne dispensasjon i særtilfellet riving/gjenoppføring gjør seg derfor ikke gjeldende i like stor grad.

De tre sakene som gjelder tilbygg til hytte, de to tilfellene som gjelder oppføring av nye flytebrygger og det tilfellet det var søkt om oppføring av garasje kan i denne sammenheng betegnes som «store» tiltak. At dispensasjon ble nektet her kan ikke tas til inntekt for en spesielt streng praktisering av bestemmelsen, men en praktisering i tråd med den formelle retten.

De øvrige tiltakene kan karakteriseres som «mindre» tiltak. Her var begrunnelsen for at ikke-dispensasjon at tiltakene virket privatiserende. Ettersom tiltakene er så lite omfangsrike er vedtakene eksempler på at reglene praktiseres strengt.

I et flertall av sakene stoppet dispensasjonsvurderingen opp allerede ved vurderingen av grunnvilkåret; Fylkesmannen kom til at hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra

blir vesentlig tilsidesatt. Dette er overraskende, ettersom det er interesseavveiningen som medfører at terskelen for å gi dispensasjon er høy.

6.4.5 Forholdet til kommunens vurdering

I et vedtak 2009/8067 (Hyttetilbygg I) pekes det på at Fylkesmannen etter forvaltningsloven § 34 har plikt til å vektlegge kommunens vurdering ved prøvingen av det frie skjønn. Saken gjaldt søknad om tilbygg til hytte. Det ble ikke innvilget dispensasjon. Det uttales at: «I denne saken legger vi derfor også vekt på at et samlet politisk utvalg ikke har funnet grunnlag til å gi dispensasjon [...]».

Som det påpekes skal Fylkesmannen legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret under prøvingen av det *frie skjønn*, jf. fvl. § 34 andre ledd andre punktum. Etter pbl. § 19-2 er vurderingen av vilkårene fullt ut rettslig styrt. Det er først hvor vilkårene er oppfylt at det er rom for kommunens frie skjønn. Se drøftelsene av disse spørsmål i punktene 5.4 og 5.5 foran.

I denne saken ble ikke vilkårene for dispensasjon ansett oppfylt i kommunen, og vurderingen kan derfor ikke ha hatt utslag av noen fri skjønnsutøvelse hos kommunen. Det er derfor feil å vektlegge kommunens vurdering. Som nevnt var utfallet av Fylkesmannens vurdering det samme som utfallet av kommunens vurdering i samtlige saker som ble realitetsbehandlet.

Dette gir grunnlag for en antakelse om at kommunens vurdering vektlegges i større grad enn det er anledning til etter den formelle retten. Det kan ikke utelukkes at det også kan være tilfelle i saker hvor det *innvilges* dispensasjon.

6.5 Oppsummering

Utvalget viser at selv om antallet dispensasjoner virker høyt ut i fra antallet alene, er det ikke sikkert dette innebærer en dispensasjonspraksis som er mer liberal enn loven tillater; be-

grunnelsen for dispensasjon er klart innenfor det som er gjeldende rett i to av de tre sakene hvor det ble gitt dispensasjon. I tillegg tyder de sakene hvor dispensasjon ble nektet på en streng praktisering av bestemmelsen.

På den annen er tvilsomt om Fylkesmannens begrunnelse var innenfor lovens rammer i en av de gjennomgåtte sakene. At det finnes eksempel på dette i et *så lite utvalg* gir grunn til å stille spørsmål om dette også er tilfelle for et større antall saker totalt sett.

Når det gjelder Fylkesmannens forhold til kommunens vurdering gir utvalget også et eksempel på at den reelle retten ikke samsvarer med den formelle retten. Ettersom dispensasjonssaker svært sjeldent når domstolene er den forvaltningsmessige overprøving det viktigste verktøy for å kontrollere at kommunenes praksis er i tråd med de rettslige vilkår. På denne bakgrunn er det ikke av uvesentlig betydning dersom overprøvingen ikke i tilstrekkelig grad er uavhengig av kommunens vurderinger.

Et aspekt som må tas i betraktning generelt sett er at det kan antas at Fylkesmannens rettsanvendelse, i alminnelighet, i større grad er i tråd med gjeldende rett enn kommunenes rettsanvendelse. Sakene som er gjennomgått her er behandlet av jurister. Det er mindre tilgang på juridisk spesialkompetanse i kommunene.

Tabell 1 Oversikt over vedtakene som er gjenstand for analysen

	Saksnummer og navn	Tiltak	Kommunens avgjørelse	Fylkesmannens avgjørelse	Begrunnelse for dispensasjon
1	FMV 2009/8067 <i>Hyttetilbygg I</i>	Tilbygg til hytte	Ikke disp.	Ikke disp.	–
2	FMV 2010/789 <i>Flytebrygge I</i>	Flytebrygge	Ikke disp.	Ikke disp.	–
3	FMV 2010/3219 <i>Fiskebu</i>	Veranda/gangvei til fiskebu	Ikke disp.	Ikke disp.	–
4	FMV 2010/4010 <i>Brygge I</i>	Brygge	Dispensasjon	Dispensasjon	Gjenoppføring etter naturskade
5	FMV 2010/7727 <i>Brygge II</i>	Brygge	Ikke disp.	Ikke disp.	–
6	FMV 2010/8312 <i>Terrengarbeid</i>	Terrengarbeider (allerede utført)	Dispensasjon	Dispensasjon	Individuelle forhold
7	FMV 2011/5124 <i>Brygge III</i>	Brygge	Dispensasjon	Dispensasjon	Gjenoppføring etter ulovlig riving
8	FMV 2012/336 <i>Garasje</i>	Garasje	Ikke disp.	Ikke disp.	–
9	FMV 2012/337 <i>Forstøtningsmur</i>	Forstøtningsmur	Ikke disp.	Ikke disp.	–
10	FMV 2012/1657 <i>Hyttetilbygg II</i>	Tilbygg til hytte	Ikke disp.	Ikke disp.	–
11	FMV 2012/2626 <i>Flytebrygge II</i>	Flytebrygge	Ikke disp.	Ikke disp.	–
12	FMV 2012/2891 <i>Hyttetilbygg III</i>	Tilbygg til hytte	Ikke disp.	Ikke disp.	–
13	FMV 2012/3800 <i>Enebolig</i>	Riving/gjenoppføring av enebolig	Dispensasjon	Opphevet	–

Tabellen gir en oversikt over de 13 sakene som er gjenstand for analysen. I første kolonne er sakene nummerert fra 1–13. I neste kolonne er saksnummeret hos Fylkesmannen, samt

det kallenavnet jeg har gitt saken gjengitt. Rekkefølgen er kronologisk ut i fra *saksnummeret*, den *datoen* vedtakene er avsagt er ført opp i referanselisten. I de øvrige kolonnene i tabellen er det angitt hva slags tiltak det er søkt om dispensasjon for, hva utfallet av saken ble i kommunen og hos Fylkesmannen og hva som begrunnet dispensasjon i de sakene det ble gitt dispensasjon.

7 Rettssosiologiske betraktninger

7.1 Om rettens tilsiktede og ikke-tilsiktede virkninger

Jeg skal i dette punktet knytte noen betraktninger til spørsmålet om den reelle retten samsvarer med den formelle retten i et rettssosiologisk perspektiv. Retten kan ha både en tilsiktet og utilsiktet innvirkning på samfunnsforhold.²¹⁷ De tilsiktede virkningene tilsvarer lovgivers målsettinger med den aktuelle lov eller lovbestemmelse, og kan for eksempel fremgå av lovens formålsbestemmelse.

Ikke-tilsiktede virkninger av en lov eller lovbestemmelse kan for eksempel være at den har en tilslørende eller avledende effekt; ved å avlede folks oppmerksomhet fra reelle samfunnsmessige problemer.²¹⁸ Ikke-tilsiktede virkninger kan i noen tilfeller være tilsiktet *av noen selv* om de ikke er uttalt noe sted. Jeg sikter her til ikke-tilsiktet i den forstand at virkningene i alle fall ikke er uttalt tilsiktet, hvor virkningene i hvert fall må antas å være utilsiktet av ikke helt uvesentlige grupper eller deler av befolkningen.²¹⁹

I det følgende vil jeg trekke paralleller fra rettssosiologiske teorier om rettens tilsiktede og ikke-tilsiktede innvirkning på samfunnsforholdene – til hvilken innvirkningen endringene av dispensasjonsreglene har på forvaltningens dispensasjonspraksis.

7.2 Dispensasjonsreglenes tilsiktede virkninger

Når det gjelder innføring av de vilkårene for dispensasjon i pbl. § 19-2 er det en klart uttalt tilsiktet virkning at dispensasjonspraksis strammes inn, spesielt når det gjelder dispensasjon fra arealplaner og fra byggeforbudet i 100-metersbeltet.

²¹⁷ Jf. Mathiesen (2011) s. 44–45.

²¹⁸ Jf. Mathiesen (2011) s. 45.

²¹⁹ Slik Mathiesen definerer dette i Mathiesen (2011) s. 84.

Det er flere forhold som spiller inn når det gjelder om de tilsiktede virkninger av en lov eller lovbestemmelse innfris i praksis. Et forhold som gjør at lover ikke virker slik det var tenkt er det «landskapet» loven lander i.²²⁰ Innfrielse av de tilsiktede virkninger avhenger blant annet av de politiske forhold som råder der lovgivningen skal fungere.²²¹ Butter landskapet i mot er det større mulighet for at de tilsiktede virkningene ikke innfris. Når det gjelder dispensasjonsreglene kan det antas at landskapet lovbestemmelsene lander i strider mot en streng dispensasjonspraksis i ganske stor grad, ettersom dispensasjonspraksis lenge har vært ansett for å være for liberal.

Generelt er det også slik at tidligere rett kan tenkes å overleve på grunn av treghet eller motvilje i det praktiske liv.²²² På denne bakgrunn kan det antas at det er vanskelig å endre dispensasjonspraksis ved innføringen av en lovbestemmelse alene.

Tilstedeværelse av sanksjoner kan også være av betydning for om lovers tilsiktede virkning oppnås.²²³ I denne sammenheng kan det trekkes en parallell mellom sanksjoner og mulighet for rettslig overprøving. Der forvaltningens skjønnsmessige vurderinger kan overprøves rettslig vil dette kunne være et virkemiddel for at lovbestemmelser praktiseres strengt.

Etter pbl. § 19-2 er subsumsjonsskjønnet rettslig overprøvbart. At det er et rettslig styrt skjønn får den virkningen at kommunens vurderinger kan overprøves i domstolene og også i større grad kan tilsidesettes ved den forvaltningsmessige klagebehandling enn der det foreligger fritt skjønn. Slik sett kan vi si at det foreligger en «sanksjon» for denne delen av vurderingen; en «fare» for overprøving av domstolene og større «fare» for overprøving hos Fylkesmannen. Dette er forhold som kan medføre at de tilsiktede virkningene oppnås i større grad.

²²⁰ Jf. Mathiesen (2011) s. 75.

²²¹ Ibid.

²²² Jf. Stordrange (1988) s. 815.

²²³ Jf. Mathiesen (2011) s. 83.

På den annen side er det jo slik at de færreste dispensasjonssakene når rettsapparatet. I tillegg må det som nevnt antas at domstolene vil være tilbakeholdne i sin overprøving av forvaltningens vurderinger i dispensasjonssaker.²²⁴ Nå det gjelder klagebehandling i forvaltningen tyder analysen av forvaltningsvedtak på at det fortsatt legges stor vekt på det lokale selvstyret i enkelttilfeller. Som nevnt i punkt 6.5.5 ble det i en sak uttalt at det ble lagt vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, selv om det i den konkrete saken ikke var foretatt noen fri vurdering hos kommunen.

7.3 Dispensasjonsreglens ikke-tilsiktete virkninger

Når det gjelder ikke-tilsiktete virkninger av retten kan det reises spørsmål om dispensasjonsbestemmelsen har en tilslørende effekt. Det vil si om den tegner et bedre bilde av tingenes tilstand enn det er grunnlag for.²²⁵ Statistikk fra kommunene tilsier dette, ettersom det antallet innvilgede dispensasjoner ikke ser ut til å ha gått ned etter innføringen av de strengere vilkårene.²²⁶

Gjennomgangen av vedtakene i denne analysen viser imidlertid at bestemmelsen i de fleste tilfeller praktiseres relativt strengt. Men dette er på den annen side bare et lite utsnitt av den reelle retten.

I forarbeidene uttales det at når det gjelder dispensasjon fra byggeforbudet i 100-metersbeltet at bestemmelsen forstås og praktiseres ulikt i kommunene og fylkene.²²⁷ Det uttales følgende: «gjennomgående er terskelen lagt lavere enn det som var intensjonen».²²⁸ Vi ser at dispensasjonspraksis ble ansett å være for liberal, selv etter det mindre strenge

²²⁴ Se i punkt 5.4.3 foran.

²²⁵ Jf. Mathiesen (2011) s. 90.

²²⁶ Se KOSTRA (Kommune Stat Rapportering) *Kommunal byggesaksbehandling i områder med stor miljøverdi*.

²²⁷ Se NOU 2001: 7 s. 34.

²²⁸ NOU 2001: 7 s. 34.

kriteriet i den tidligere bestemmelsen. Det kan derfor være grunn til å anta at «problemet» med at kommunene ikke fulgt opp gjeldende rett, ikke ble fjernet som ved et pennestrøk med innføringen av pbl. § 19-2.

Dersom det skulle være slik at dispensasjonsbestemmelsen ikke virker etter sin hensikt er innstramningen i vilkårene og alle de klare uttalelsene om at dispensasjonsadgangen er strammet inn i alle fall egnet til å fjerne søkelyset fra dette eventuelle problemet.

Det leder oss over i en annen ikke-tilsiktet virkning av retten; retten kan ha en avledende funksjon.²²⁹ Det vil si at den leder folks tanker inn i rettslige baner. De som måtte se på en liberal dispensasjonspraksis som et problem blir avledet fra de overordnede spørsmål, som i realiteten må løses politisk, til et rettslig perspektiv. Man tenker kanskje at «de rettslige vilkårene for dette er jo nå svært strenge», og unnlater derfor å gå nærmere inn i problemet.

²²⁹ Jf. Mathiesen (2011) s. 97.

8 Avslutning

8.1 Samlende betraktninger

Lovgivers ideal er, ut i fra tydelige signaler i forarbeidene, en strengere dispensasjonspraksis i forvaltningen, spesielt i 100-metersbeltet ved sjøen. For å oppnå dette er lovens vilkår for dispensasjon klargjort og strammet inn. I tillegg er det gitt en uttrykkelig uttalelse i forarbeidene om at «subsumsjonsskjønnet» fullt ut er rettslig styrt, slik at det er lite rom for skjønnsutøvelse i forvaltningen.

Det er klart innstrammingen av lovens vilkår innebærer at det er vanskeligere å innvilge dispensasjon innenfor lovens rammer. Samtidig er pbl. § 19-2 innholdsrik og etter omstendighetene kan det være svært mange forhold som skal tas i betraktning i en dispensasjonsvurdering. Kompleksiteten skyldes trolig til en viss grad at reglene er utslag av kompromisser. Det er tydelig at avveiningen mellom hensynet til fleksibilitet og lokalt selvstyre på den ene side og på den andre side hensynet til en nasjonalt kontrollert, fornuftig og langsiktig arealbruk har vært vanskelig.

Når det gjelder karakteren av det rettslige skjønn er det klargjørende at forarbeidene forutsetter at subsumsjonsskjønnet er et rettslig styrt skjønn. Dette må nok være tilfelle til tross for at flere tungtveiende momenter trekker i motsatt retning. Trolig har det likevel liten praktisk betydning når det gjelder *domstolskontrollen*, da det er god grunn til å anta at domstolene vil være varsomme med å overprøve forvaltningens vurderinger i dispensasjonssaker.

Statistiske opplysninger viser at det fortsatt gis mange dispensasjoner i 100-metersbeltet. Det utvalget forvaltningsvedtak som er undersøkt her gir imidlertid ikke noen klar indikasjon på at det er avvik mellom den formelle og den reelle retten. Analysen gir på den annen side heller ikke noen klar indikasjon på at det motsatte; at den reelle retten samsvarer fullt ut med den formelle retten. Rettssosiologiske betraktninger viser også at det kan være

vanskelig å endre en liberal dispensasjonspraksis ved innføring av en strengere rettslige vilkår alene.

Undersøkelsen viser dessuten at det er nødvendig å «gå inn i» vedtakene for å få et *korrekt* bilde av forvaltningens praktisering av bestemmelsen. Kvantitative undersøkelser (statistikk) bør suppleres med kvalitative undersøkelser. Metodisk er det hensiktsmessig å kombinere flere typer metoder for å belyse et forhold så godt som mulig.²³⁰

8.2 Fremtidsutsikter

Helt til slutt kan det stilles spørsmål om det kan antas at eventuelle fremtidige endringer i dispensasjonsreglene vil gå i retning av mer liberale dispensasjonsregler og mer rom for det lokale selvstyret – eller om det vil fortsette i retning av en snever dispensasjonsadgang og en eventuelt flytting av dispensasjonsadgangen til staten.

I lovforberedelsene til plan- og bygningsloven fremgår det at de borgerlige partiene ønsket en bestemmelse med en helt fri adgang for kommunene til å dispensere.²³¹ Medlemmene fra Høyre var sterkt i mot innstrammingene i dispensasjonspraksis i strandsonen. Høyre mente at vedtak og dispensasjoner etter plan- og bygningsloven også på dette området bør ivaretas av de lokale myndigheter så langt det er mulig.²³²

Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti har på den annen side vært forkjempere for å stramme inn dispensasjonsreglene, spesielt i strandsonen.²³³ Disse partiene satt også i regjering under innføringen av dagens dispensasjonsregler.

²³⁰ Jf. Martinussen (1994) s. 392.

²³¹ Se Innst. O. nr. 57 (2007–2008).

²³² Se Innst. O. nr. 57 (2007–2008) s. 10.

²³³ Se som eksempel Aftenposten 7. juli 2004.

Høyre opprettholder sitt klare standpunkt når det gjelder det lokale selvstyret i sitt førsteutkast til stortingsvalgprogram foran valget i 2013.²³⁴ Høyre ønsker å styrke lokalsamfunnets makt på bekostning av statens makt. Det fremgår også av stortingsvalgprogrammet at Høyre ønsker å fjerne plan- og bygningslovens bestemmelser om statlige planretningslinjer og å begrense Fylkesmannens overprøvingskompetanse til lovlighetskontroll.²³⁵ Vi ser at Høyres grunnleggende syn om styrking av det lokale selvstyret fortsatt står sterkt på plan- og bygningsrettens område.

Disse betraktninger illustrerer at veien videre for dispensasjonsreglene i stor grad vil avhenge av de politiske maktforhold.

²³⁴ Høyres stortingsvalgprogram (2013–2017).

²³⁵ Se Høyres stortingsvalgprogram (2013–2017) s. 41.

9 Referanseliste

Litteratur

Andenæs, Johs. og Arne Fliflet. *Statsforfatningen i Norge*. 10. utg. Oslo, 2006.

Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*. 2. utg. Oslo, 2009.

Aulstad, Johan Greger og Markus Hoel Lie. *Rt-2007-257 – Domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak*. I: Jussens Venner. 2007, s. 221–234.

Backer, Inge Lorange. *Innføring i naturressurs og miljørett*. 5. utg. Oslo, 2012.

Backer, Inge Lorange. *Plan- og bygningsretten i Fleischers lys*. I: Lov og Rett. 1994, s. 579-607.

Backer, Inge Lorange. *Ombudsmannen og Ombudsordninger*. I: Lov og Rett. 1993, s. 3–29.

Bernt, Jan Fridthjof og Ørnulf Rasmussen. *Frihagens forvaltningsrett*. Bind 1, 2. utg. Bergen, 2010.

Boe, Erik. *Hvor fritt er det frie forvaltningsskjønnet?* I: Jussens Venner. 1981, s. 37–57.

Boe, Erik. *Innføring i juss*. Bind 2, Oslo, 1993.

Boe, Erik. *Innføring i juss. Juridisk tenkning og rettskildelære*. 3. utg. Oslo, 2010.

Boe, Erik. *Rettskildelære under debatt*. Oslo, 2012.

- Bugge, Hans Chr. *Lærebok i miljøforvaltningsrett*. 3. utg. Oslo, 2011.
- Eckhoff, Torstein. *Forvaltningsrett*. 4. utg. Oslo 1992.
- Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*. 8. utg. Oslo, 2006.
- Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen. *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo, 2001.
- Fleischer, Carl August. *Plan- og bygningsretten*. Oslo, 1992.
- Fleischer, Carl August. *Rettskilder*. Oslo, 1995.
- Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett*. Bind 1, 3. utg. Oslo, 1991.
- Graver, Hans Petter. *Alminnelig forvaltningsrett*. 3. utg. Oslo, 2007.
- Hellevik, Ottar. *Sosiologisk metode*. Oslo, 1995.
- Innjord, Frode. *Plan- og bygningsloven med kommentarer*. Oslo, 2010.
- Innjord, Frode. *Hva er «vakkert»? -Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt ved vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk*. I: Jussens Venner. 1996, s. 161–194.
- Jacobsen, Dag Ingvar. *Hvordan gjennomføre undersøkelser? Innføring i samfunnsvitenskapelig metode*. 2. utg. Kristiansand, 2005.
- Knoph, Ragnar ved Kåre Lilleholt. *Knophs oversikt over Norges rett*. 13. utg. Oslo, 2009.
- Mathiesen, Thomas. *Retten i samfunnet. En innføring i rettssosiologi*. Oslo, 2005.

Martinussen, Willy. *Sosiologisk analyse. En innføring*. 3. utg. Oslo, 1994.

Miljøverndepartementet. *Lovkommentar til plandelen i ny plan- og bygningslov - og nytt i forbindelse med iverksetting av loven*. (01.06.2009).

Nisja, Ola og Christian H. P. Reusch. *Domstolsprøving av forvaltningsvedtak – nye avklaringer*. I: Jussens Venner. 2009, s. 254–263.

Nygaard, Nils. *Rettsgrunnlag og standpunkt*. 2. utg. Bergen, 2004.

Pedersen, Odd Jarl. *Plan- og bygningsrett. Del 1 Planlegging og ekspropriasjon*. 2. utg. Oslo, 2010.

Pedersen, Odd Jarl. *Plan- og bygningsrett. Del 2 Byggesaksbehandling, håndhevelse og sanksjoner*. 2. utg. Oslo, 2011.

Skoghøy, Jens Edvin A. *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolkning og annen rettsanvendelse*. I: Nybrott og odling – festskrift til Nils Nygård. 2002, s. 323–343.

Stordrange, Bjørn. *Hvordan kan tidligere rett « overleve » etter at lovgivningen er endret?* I: Tidsskrift for rettsvitenskap. 1988, s. 814–837.

Tyrén, Carl Wilhelm. *Plan- og bygningsloven. Kommentartutgave*. Oslo, 2010.

Uggerud, Ken. *Plan- og bygningsloven § 7. Dispensasjonsavveiningen*. Oslo, 1994.

Lover

Norske lover

Grunnloven	Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814
Forvaltningsloven	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967
Kommuneloven	Lov om kommuner og fylkeskommuner 25. september 1992 nr. 107 (kommuneloven)
Plan- og bygningsloven	Lov om planlegging og byggesaksbehandling 27. juni 2008 nr. 71 (plan- og bygningsloven)
Sivilombudsmannsloven	Lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen 22. juni 1962 nr. 8 (sivilombudsmannsloven)

Opphevede lover

Bygningsloven 1965	Bygningsloven 18. juni 1965 nr. 7.
Plan- og bygningsloven 1985	Lov 14. juni 1985 nr. 77: Plan- og bygningslov.
Utlendingsloven 1988	Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her 24. juni 1988 nr. 64 (utlendingsloven)

Rettspraksis

Retstidene (Rt)

Rt. 1981 s. 745 Isene

Rt. 1995 s. 72 Utvisningsvedtak

Rt. 1995 s. 1427 Naturfredning

Rt. 2003 s. 764 Handelssenter

Rt. 2007 s. 257 Trallfa

Rettens Gang (RG) / Upubliserte underrettsavgjørelser

2004, 10. mai (RG 2004 s. 1176) Agder lagmannsrett Haavi

1999, 11. mai (RG 2000 s. 56) Agder lagmannsrett Brygge

2005, 1. desember (LE-2005-158699) Eidsivating lagmannsrett Garasjetilbygg

Forskrifter

Forskrift 7. august 1981 nr. 3642. *Instruks for fylkesmenn.* (Hjemmel i Grl. § 19).

Forskrift 25. mars 2011 nr. 335. *De statlige planretningslinjene for en differensiert forvaltning av strandsonen.* (Hjemmel i pbl. § 6-2).

Forskrift 9. juli 1993 nr. 726. *Rikspolitiske retningslinjer for planlegging i kyst- og sjøområder i Oslofjordregionen, Østfold, Akershus, Oslo, Buskerud, Vestfold, Telemark.* (Hjemmel i pbl. 1985 § 17-1).

Offentlige dokumenter

St.meld. nr. 29 (1996–1997) *Regional planlegging og arealpolitikk.*

NOU 2001: 7 *Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven.*

NOU 2003: 14 *Bedre kommunal og regional planlegging etter plan- og bygningsloven II.*

NOU 2003: 24 *Mer effektiv bygningslovgivning.*

NOU 2005: 12 *Mer effektiv bygningslovgivning II.*

Ot.prp. nr. 27 (1982–1983) *Lov om endringer i bygningsloven av 18. juni 1965.*

Ot.prp. nr. 56 (1984–1985) *Plan- og bygningslov.*

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

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

Innst. O. nr. 57 (2007–2008) *Innstilling fra energi- og miljøkomiteen om lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen).*

Miljøverndepartementets rundskriv T-4/93. *Oslofjordregionen. Rikspolitiske retningslinjer for planlegging i kyst- og sjøområder i Oslofjordregionen - Utfyllende kommentarer til Rikspolitiske retningslinjer for planlegging i kyst- og sjøområder i Oslofjordregionen.*

Miljøverndepartementets rundskriv T-6/96. *Overføring av myndighet ett plan- og bygningsloven til fylkesmannen.*

Miljøverndepartementets rundskriv T-2/09. *Ikraftsetting av ny plandel i plan- og bygningsloven - Lov om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven) (plandelen) av 27. juni 2008 nr. 71 trer i kraft 1. juli 2009.*

Kommunal- og regionaldepartementets brev 28. september 2009 .

Uttalelser fra Sivilombudsmannen

Sivilombudsmannens sak 1994/74

Sivilombudsmannens sak 2004/1397

Sivilombudsmannens sak 2008/81

Sivilombudsmannens sak 2011/2256

Sivilombudsmannens sak 2011/2413

Sivilombudsmannens sak 2011/2812

Forvaltningspraksis

Vedtak fra Fylkesmannen i Vestfold (FMV)

FMV 2009/8067	(19. januar 2010)	Hyttetilbygg I
FMV 2010/789	(15. februar 2010)	Flytebrygge I
FMV 2010/3219	(5. mars 2011)	Fiskebu
FMV 2010/4010	(8. september 2010)	Brygge I
FMV 2010/7727	(14. desember 2010)	Brygge II
FMV 2010/8312	(23. mai 2011)	Terrengarbeid
FMV 2011/5124	(21. november 2011)	Brygge III
FMV 2012/336	(2. mai 2012)	Garasje
FMV 2012/337	(13. februar 2012)	Forstøtningsmur
FMV 2012/1657	(8. mai 2012)	Hyttetilbygg II
FMV 2012/2626	(7. mai 2012)	Flytebrygge II
FMV 2012/2891	(16. august 2012)	Hyttetilbygg III
FMV 2012/3800	(26. juni 2012)	Enebolig

Andre kilder

Aftenposten, artikkel 7. juli 2004 *Krever lovendring for å hindre nedbygging av strandsonen*. [<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/Krever-lovendring-for-a-hindre-nedbygging-av-strandsonen-6334322.html>].

(Sist sitert 22.10.2012.)

Høyres stortingsvalgprogram (2013–2017) *Nye ideer, bedre løsninger. Førsteutkast til Høyres stortingsvalgprogram (2013–2017)*.

KOSTRA (Kommune Stat Rapportering) *Kommunal byggesaksbehandling i områder med stor miljøverdi*. [<http://www.ssb.no/fysplan/tab-2012-06-21-01.html>].

(Sist sitert 29.09.2012).

Regjeringen *Pressemelding 25.03.2011. Nye retningslinjer i strandsonen*.

[<http://www.regjeringen.no/nb/dep/md/pressemeldinger.html?id=687>].

(Sist sitert 15.10.2012).

10 Vedlegg 1: Anbefalelsesbrev

UiO  **Institutt for offentlig rett**
Det juridiske fakultet

Morten Kjelland

Førsteamanuensis dr. juris
Morten Kjelland
Institutt for offentlig rett

Postadresse:
Postboks 6706 St. Olavs plass
0130 Oslo

Besøksadresse:
Universitetsgata 22
Oslo

Telefon: 91 68 20 25
Telefaks: 22 85 94 20
E-post: morten.kjelland@jus.uio.no

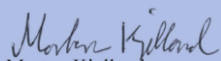
Tina Tegle Skjærvø – spesialavhandling om dispensasjonsbestemmelsen i plan- og bygningsloven § 19-2

Prosjektet «Plan- og bygningsloven § 19-2 – sett i lys av et utvalg dispensasjonssaker fra forvaltningen» tar sikte på å gi en rettsdogmatisk og dels empirisk analyse av dispensasjonsreglene. For å kunne gi et dekkende bilde av rettsregelens tolkning og anvendelse, er det nødvendig å undersøke hvordan bestemmelsen anvendes i praksis. Målsettingen er å kartlegge et utsnitt av den *faktiske (reelle)* forvaltningsretten. Det er i denne forbindelse Skjærvø skal foreta empiriske undersøkelser.

Det har, så vidt vites, ikke blitt foretatt tilsvarende kombinerte og komparative studier av reglene om dispensasjon i plan- og bygningsloven § 19-2. Prosjektet kan gi et interessant og ønskelig bidrag til eksisterende fremstillinger.

På denne bakgrunn anbefaler jeg at Tina Tegle Skjærvø gis mulighet til å få innsyn i vedtak mv., slik at hun kan foreta kildeinnsamlingen knyttet til sine undersøkelser.

Dersom det er spørsmål, er jeg tilgjengelig på mobiltelefon 91 68 20 25 og per e-post.


Morten Kjelland
Førsteamanuensis dr. juris/veileder

28. august 2012

11 Vedlegg 2: Registreringsskjema

REGISTRERINGSSKJEMA FORVALTNINGSVEDTAK

Formalia

- 1 Saksnummer
- 2 Mitt navn på saken
- 3 Dato for Fylkesmannens vedtak
- 4 Kommunens navn
- 5 Dato for kommunens vedtak
- 6 Hvem hadde påklaget vedtaket

Dispensasjonstype

- 7 Hva slags bestemmelse/r var det søkt om dispensasjon fra
- 8 Hva slags tiltak var det søkt om dispensasjon for

Utfallet av saken

- 9 Hos Fylkesmannen
- 10 Hos kommunen

Hvis dispensasjon ble gitt

- 11 Hvilke hensyn/forhold begrunnet dispensasjon

Hvis dispensasjon ble avslått

- 12 Var det grunnvilkåret eller interesseavveiningen som var til hinder for dispensasjon

Saksreferat: