

Mastergradsoppgave

JUS399

INHABILITET I KOMMUNER HVOR ”ALLE KJENNER ALLE”

**Har innbyggertallet i en kommune betydning for anvendelsen av de materielle
vilkår for inhabilitet?**

Kandidatnummer: 180446

Veileder: Harald Hove

Antall ord: 14 505

Innhold

1. Innledning	4
1.1 Presentasjon av emne og problemstillinger.....	4
1.2 Rettsgrunnlag.....	5
1.3 Avgrensing av oppgaven.....	6
1.3.1 Hvor stor er en liten kommune?.....	6
1.3.2 Forholdet mellom folkevalgte og offentlig ansatte.....	6
1.4 Veien videre.....	8
2. Materiale til oppgaven	8
2.1 Innledning.....	8
2.2 Lov.....	8
2.3 Forarbeid.....	9
2.4 Rettspraksis.....	9
2.5 Juridisk teori.....	9
2.6 Andre myndigheters praksis og øvrig materiale.....	10
2.7 Intervju.....	11
3. Legislative hensyn	13
3.1 Innledning.....	13
3.2 Hensyn som taler for inhabilitet.....	13
3.2.1 Upartiskhet, rettferdighet og saklighet.....	14
3.2.2 Tillit til forvaltningen.....	15
3.3 Hensyn som taler mot inhabilitet.....	15
3.3.1 Praktiske hensyn.....	15
3.3.2 Lokaldemokratiet.....	16
3.4 Prinsippet om forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk.....	17
4. Rettsvirkninger og praktiske konsekvenser av inhabilitet i små kommuner	19
5. Praktiske hensyn – relevans og vekt i habilitetsvurderingen	21
5.1 Innledning.....	21
5.2 I hvilken grad kan hensynet til praktiske ulemper vektlegges i den skjønnsmessige habilitetsvurderingen?.....	21
5.2.1 Ordlyd.....	22
5.2.2 Justisdepartementets lovavdelings uttalelser.....	22

5.2.3	Juridisk teori	22
5.2.4	Sivilombudsmannens praksis	24
5.2.5	Intervjumateriale	26
5.2.6	Dansk forvaltningsrett	27
5.3	Hensyn for og mot en streng anvendelse av habilitetsreglene.....	27
5.4	Konklusjon.....	29
6.	Forholdet mellom habilitetsreglene og hensynet til lokaldemokratiet.....	30
6.1	Innledning.....	30
6.2	Grensen mellom nærhetsprinsippet og inhabilitet	30
6.3	I hvilken grad kan lokaldemokratihensynet vektlegges i den skjønsmessige habilitetsvurderingen?	31
6.4	Konklusjon.....	32
7.	Nærmere om hva som er ”særegent” i en liten kommune.	33
7.1	Innledning.....	33
7.2	Ordlyd.....	33
7.3	Rettspraksis.....	37
7.4	Justisdepartementets lovavdelings uttalelser	39
7.5	Konklusjon.....	41
8.	Avsluttende kommentarer.....	41
	Kilder.....	45

1. Innledning

1.1 Presentasjon av emne og problemstillinger.

Det å være inhabil innebærer kort sagt at man ikke kan delta i behandlingen av en sak i form av å treffe avgjørelse, eller tilrettelegge grunnlaget for avgjørelsen, på grunn av spesielle forhold i den aktuelle saken. Formålet er å hindre at en person tar standpunkt på grunn av disse spesielle forholdene, og habilitetsreglene er med på å sikre en mest mulig objektiv og upartisk saksbehandling. Det vil dermed styrke allmennhetens tillit til forvaltningen.

Temaet for oppgaven er inhabilitet i kommuner med få innbyggere, hvor man langt på vei kan si at ”alle kjenner alle”, og problemstillingen er hvorvidt innbyggertall i en kommune har betydning for anvendelsen av de materielle vilkår for inhabilitet.

I forbindelse med avgjørelser som tas på kommunalt nivå, vil man i en liten kommune med få innbyggere kunne støte på problematikken ”alle kjenner alle”. I et samfunn hvor ”alle kjenner alle”, kan det bli en utfordring å praktisere habilitetsreglene. Dette er fordi det oftere forekommer nære relasjoner i sakene som behandles, enn i en større kommune. Man har heller ikke samme mulighet og kapasitet til å sette inn en stedfortreder for den som blir erklært inhabil i en liten kommune.

Inspirasjon til oppgavens tema kommer fra en rapport skrevet ved Rogaland Revisjon IKS, angående habilitet i Kvitsøy kommune¹, en kommune med litt over 500 innbyggere. Ifølge rapporten viste det seg at i 17 % av sakene som ble behandlet i kommunen, ble én eller flere personer erklært inhabile i løpet av en treårsperiode (2007-2010). Disse tallene fikk meg til å tenke at dette må være en problemstilling som ofte oppstår i norsk forvaltningsrett, ettersom vi har svært mange små kommuner her i landet. Per i dag har nesten 100 av landets 430 kommuner 2000 eller færre innbyggere. Etter hvert som jeg gravde meg dypere inn i temaet, skulle det likevel vise seg at spørsmålet ikke er særlig omdiskutert. Jeg vil imidlertid anta at dette er et svært så relevant og aktuelt tema sett i lys av det betydelige antallet små kommuner i Norge.

¹ <http://www.rogaland-revisjon.no/kip/Revisjon.nsf/id/CDBC0D28615B8EBDC12577F3004F8F07?OpenDocument>

1.2 Rettsgrunnlag

Det er i forvaltningsloven (heretter fvl.) § 6, og kommuneloven (heretter koml.) § 40 nr. 3, vi finner de materielle vilkårene for inhabilitet. Når spørsmålet om inhabilitet oppstår, må dette vurderes både etter forvaltningslovens og kommunelovens regler. Selv om vedkommende som vurderes er habil etter forvaltningsloven, kan han/hun likevel være inhabil etter kommuneloven – og omvendt.

Fvl. § 6 første ledd bokstav a-e og koml. § 40 nr. 3 åpner imidlertid ikke for noen skjønnsmessig vurdering, idet de innehar absolutte og ubetingede vilkår. Er et av disse vilkår innfridd, medfører det automatisk inhabilitet. Dette innebærer at størrelsen på en kommune ikke kan ha betydning for anvendelsen av de materielle vilkår når det gjelder disse bestemmelsene. Man kan for eksempel ikke si at en tjenestemann er part i saken (fvl. § 6 første ledd bokstav a) og dermed i utgangspunktet er inhabil, men siden han arbeider i en liten kommune må han anses habil. Like lite kan man si at en person som i egenskap av kommunalt ansatt har medvirket ved tilrettelsen av grunnlaget for en avgjørelse, i utgangspunktet alltid skal anses inhabil når saken behandles i folkevalgt organ (koml. § 40 nr. 3), men ettersom han er folkevalgt i en liten kommune, må han erklæres habil.

Problemstillingen om hvilken betydning innbyggertall har i habilitetsvurderingen, knytter seg bare til vilkårene i fvl. § 6 annet ledd, og det er kun med hensyn til denne bestemmelsen vi kan snakke om en relativ habilitetsregel. Av fvl. § 6 annet ledd, følger det at "[I]likeså er han ugild når andre særegne forhold foreligger som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet; blant annet skal det legges vekt på om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til". Vilråene i bestemmelsen er "særegne forhold" og "egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet". Det er imidlertid "særegne forhold" som er hovedvilkåret. Passusen om at det skal legges vekt på "om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til", er kun en eksemplifisering av vilkåret "særegne forhold", og er ikke i seg selv et vilkår for inhabilitet.

1.3 Avgrensning av oppgaven

1.3.1 Hvor stor er en liten kommune?

Før man kan begynne å diskutere temaet inhabilitet i små kommuner, er det nødvendig å definere og avgrense hva som i denne oppgaven menes med ”liten kommune”. Norge har som nevnt 430 kommuner. Av disse varierer innbyggertallet fra over 500 000 i Oslo, til Utsira i Rogaland med sine 200 innbyggere. Nær 100 av Norges kommuner har 2000 eller færre innbyggere. Jeg har valgt å konsentrere meg om habilitet i kommuner som har 2000 eller færre innbyggere. Det betyr imidlertid ikke at en kommune med 1950 innbyggere er en liten kommune, mens en kommune som har 2050 innbyggere anses som stor. Det er først og fremst for å begrense oppgavens rekkevidde, men også fordi det etter noen intervjuer² viste seg at folk som bor i kommuner med lavere antall innbyggere enn 2000, føler de kan si at ”alle kjenner alle”. Det varierer hvorvidt befolkningen i den enkelte kommune mener det foreligger *personlig* kjennskap til alle i kommunen, men de fleste har en *formening* om alle i kommunen. Det finnes selvfølgelig visse unntak for kommuner som har stor til- og fraflytting.

1.3.2 Forholdet mellom folkevalgte og offentlig ansatte

Etter forvaltningsloven § 6 første ledd, jf. § 10, er en folkevalgt - i likhet med en offentlig tjenestemann - inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller treffe en avgjørelse i en forvaltningssak, dersom det foreligger forhold som nevnt i § 6 første eller annet ledd. At habilitetsreglene gjelder for folkevalgte fremgår også av koml. § 40 nr. 3, som innledningsvis viser til fvl. kap. II.

Når det skal tas standpunkt til habilitetsspørsmålet etter fvl. § 6 annet ledd, vil man i den skjønsmessige vurderingen måtte ta hensyn til dersom vedkommende som er påstått inhabil, har vist særlig engasjement i saken. Det er her spørsmålet om man i habilitetsvurderingen skal sondre mellom folkevalgte og offentlig ansatte, oppstår. Folkevalgte er valgt av folket for å ivareta særlige hensyn og interesser, og det forventes at de engasjerer seg i tråd med dette. Av offentlig ansatte forventes det at de opptrer saklig og nøytralt.

² Se punkt 2.6.1.

Selv om ikke forvaltningsloven gjør en slik sonndring, mener blant annet Bernt og Rasmussen at kravene til nøytralitet bør være ulike for tjenestemenn og folkevalgte³. Også Eckhoff og Smith nevner at de som er valgt på politisk grunnlag, må ha mulighet til å fremme sine politiske mål uten å bli inhabile, mens man krever en høyere grad av objektivitet av ansatte tjenestemenn⁴. Ombudsmannen skiller imidlertid ikke mellom tjenestemenn og folkevalgte som har vist særskilt engasjement i en sak, i sin årsmelding for 2000, da han uttaler at ”[d]et kan være grunn til å påpeke at tjenestemenn og folkevalgte som skal være med på å treffe enkeltvedtak, i mange tilfelle bør være seg bevisst sin rolle dersom det er tale om å engasjere seg i offentlig debatt. Ønsker man å delta i denne, hvilket man selvsagt både kan og bør, må man imidlertid være forberedt på at et slikt engasjement da kan være egnet til å svekke tilliten til en senere deltakelse i saksbehandling og avgjørelse av enkeltsaker”⁵.

I Rt-1996-64 (Hegnar hotell-dommen) uttaler førstvoterende på side 68 at ”når det som her er spørsmål om inhabilitet på grunn av private særinteresser, ser jeg ikke grunn til å stille mindre strenge krav til kommunestyremedlemmer enn til tjenestemenn. Habilitetsreglene i forvaltningsloven skal sikre korrekte avgjørelser, opprettholde tilliten til dem som fatter avgjørelsene, og beskytte beslutningstakerne mot at det sås tvil om deres troverdighet. Disse hensynene gjelder også når det er en folkevalgts private interesse som skal vurderes”. Retten mener altså at når det er tale om private interesser, skal man ikke skille mellom tilsatte og folkevalgte i habilitetsvurderingen, ettersom formålet med habilitetsreglene gjør seg like gjeldende overfor folkevalgte som overfor tilsatte. Annet kan være tilfelle dersom den folkevalgte ikke har egne interesser i sakens utfall, og engasjementet står i samsvar med den folkevalgtes politiske mål.

Som vi her ser, kan det i enkelte tilfeller være grunn til å skille mellom folkevalgte og offentlig ansatte i habilitetsvurderingen. Dette er noe som påpekes innledningsvis, og det vil ikke bli drøftet senere i oppgaven. Oppgaven handler om habilitetsvurderingen i småkommuner, og ikke når en folkevalgt er inhabil i en liten kommune kontra når en offentlig ansatt er inhabil i en liten kommune.

³ Bernt og Rasmussen (2003) side 178.

⁴ Eckhoff og Smith (2006) side 194.

⁵ Sombu-2000-4.

1.4 Veien videre

Først vil jeg i kapittel 2 redegjøre for hvilke rettskilder og øvrig materiale som er anvendt i oppgaven. I kapittel 3 vil jeg undersøke de motstående hensyn som gjør seg gjeldende ved habilitetsvurderingen, og på den måten tilrettelegge grunnlaget for den videre drøftelse av temaet. Kapittel 4 gir en kort beskrivelse av de ulike konsekvenser og rettsvirkninger av inhabilitet, herunder særlig hvilke administrative problemer som kan oppstå for små kommuner. I kapittel 5 og 6 vil jeg drøfte i hvilken utstrekning man i habilitetsvurderingen kan vektlegge hensynet til praktiske problemer ved inhabilitet, og hensynet til lokaldemokratiet. Før de avsluttende kommentarene i kapittel 8, vil jeg i kapittel 7 gå nærmere inn på hva som er ”særegent” i en liten kommune.

2. Materiale til oppgaven

2.1 Innledning

Det har vist seg å være sparsommelig med rettskilder ved spørsmålet om habilitetsvurderingen i små kommuner. Det kan da stilles spørsmål om inhabilitet i små kommuner ikke anses problematisk, eller om problemet sjelden eller aldri oppstår. At problemet aldri oppstår, er tvilsomt. Det er større sannsynlighet for at mangelen på rettskilder er begrunnet med at habilitetsspørsmålet oftest løses på det kommunale planet, i de folkevalgte organ og i administrasjonen. Kommuner har dessuten mulighet til å kontakte og få en vurdering av Fylkesmannen om saken. Hvorvidt størrelsen på kommunen har betydning for habilitetsvurderingen, er det imidlertid vanskelig å finne svar på i de ulike kommuners sakslister, idet begrunnelser for inhabilitet sjelden blir protokollført⁶. Det er heller ingen grunn til å formode at habilitetsspørsmål i småkommuner ikke oppfattes som problematisk. I dette kapittelet vil det bli redegjort for rettskildesituasjonen og øvrig materiale og kilder som kan ha overføringsverdi med hensyn til oppgavens problemstilling.

2.2 Lov

Vi har ingen lovbestemmelser som særskilt regulerer problematikken med inhabilitet i små kommuner, verken i forvaltningsloven, kommuneloven eller andre spesielle habilitetsregler.

⁶ Det stilles ingen rettslige krav til protokollføring av habilitetsvurderinger og begrunnelser, og det viste seg at kun 2 av 12 kommuner som ble intervjuet (se punkt 2.6.1), protokollførte begrunnelser.

Imidlertid har vi en skjønnsmessig habilitetsbestemmelse i fvl. § 6 annet ledd som åpner for en helhetsvurdering, hvor flere hensyn og momenter kan komme i betraktning. Loven sier derimot ikke eksplisitt om en kommunes innbyggertall er av betydning for habilitetsvurderingen.

2.3 Forarbeid

Det finnes ingen direkte uttalelser i forarbeidene til forvaltningsloven om hvorvidt innbyggertallet i en liten kommune kan ha innvirkning på habilitetsvurderingen, foruten en generell uttalelse om at stramme habilitetskrav kan føre til at administrasjonen lammes dersom det er uforholdsmessig vanskelig å finne en stedfortreder for den inhabile tjenestemann⁷. Kommunelovens forarbeider har ingen uttalelser som angår habilitet i små kommuner.

2.4 Rettspraksis

Av rettsavgjørelser som angår inhabilitet, er det kun Rt-1996-64 og RG-1994-974 som gjelder kommuner med et relativt lavt innbyggertall. Begge dommene gjelder alkoholpolitikk, hvorav høyesterettsdommen gjelder utvidet skjenketid, mens underrettsdommen angår søknad om skjenkebevilling. Problematikken med habilitetsvurderingen i kommuner med lavt innbyggertall blir ikke drøftet.

2.5 Juridisk teori

I teorien gis det som regel en kort henvisning til uttalelser fra Sivilombudsmannens årsmeldinger og hensynet til lokaldemokratiet og praktiske ulemper, uten noen videre drøftelse av temaet. Frihagen i sin ”Inhabilitet etter forvaltningsloven” (1985) foretar derimot en mer utfyllende drøftelse av hvilke administrative ulemper inhabilitet i små kommuner kan medføre. Jeg kan imidlertid ikke finne noen som har drøftet hvorvidt fvl. § 6 annet ledd er relativ i den forstand at de ”særegne forhold” varierer fra kommune til kommune.

⁷ NUT-1958-3, side 144.

2.6 Andre myndigheters praksis og øvrig materiale

Et av de få stedene man ser at den konkrete problemstillingen om habilitetsvurderingen i små kommuner blir tatt opp og drøftet, er i enkelte av Sivilombudsmannens årsmeldinger og i Justisdepartementets lovavdelings uttalelse om små miljøer hvor ”alle kjenner alle” (JDLOV-2000-8596b). I fravær av andre, mer vektige rettskildedefaktorer, vil disse rettskildene kunne få en viss vekt. Det må imidlertid bemerkes at Justisdepartementets uttalelser i JDLOV-2000-8596b prinsipielt gjelder små *fagmiljø* hvor alle kjenner alle, og er ikke direkte uttalelser om denne problematikken i små *kommuner*. Problemet er imidlertid det samme, og man kan derfor trekke paralleller mellom de to områdene, slik at det legges til grunn samme betraktninger når det gjelder små kommuner der ”alle kjenner alle”. Sivilombudsmannen gir også uttrykk for denne synsmåten⁸.

I mars 2004 ble en kommisjon for lokaldemokratiet opprettet av regjeringen, og i 2005 kom kommisjonen med sin første utredning angående samspill og tillit mellom staten og lokaldemokratiet i NOU-2005-6. Bakgrunnen for oppnevningen av kommisjonen var en uro i det politiske miljøet om situasjonen for lokaldemokratiet. Kommisjonen kommer ikke med noen direkte uttalelser om habilitetsreglene – verken generelt eller konkret om småkommuner. Kommisjonen beskriver imidlertid de kommunale selvstyreverdiene. Særlig det å ha nærhet mellom innbyggere og de folkevalgte, er en sentral verdi med lokaldemokratiet. Dette innebærer at det er mennesker som har kjennskap til kommunen og kjennskap til innbyggerne, som skal behandle og avgjøre saker på det kommunale nivået. Dette medfører imidlertid at man på den ene siden har et ønske om nærhet mellom de folkevalgte og innbyggerne i kommunen, mens vi på den andre siden har habilitetsregler som setter grenser for hvor nær tilknytning man kan ha til saken og dens parter.

Regjeringen ga en rapport om situasjonen for lokaldemokratiet i St.meld. nr. 33 (2007-2008), hvor blant annet Lokaldemokratikommisjonen og NOU-2005-6 omtales.

⁸ Se Somb-2007-96, side 370.

2.7 Intervju

Under arbeidet med oppgaven har jeg foretatt intervjuer med ordførere og rådmenn rundt om i 12 av landets kommuner. Innbyggertallet i kommunene varierte fra 370 til 1922, noe som er gjort med hensikt for å se om praksis og vurderinger rundt habilitetsreglene også varierer innenfor det jeg i oppgaven definerer som ”småkommuner”. Formålet med intervjuene var blant annet å finne ut om kommunene selv oppfattet praktiseringen av habilitetsreglene som problematisk, og om det finnes noen sammenheng mellom innbyggertall og terskelen for inhabilitet. I tillegg ville jeg undersøke hva som oftest fører til inhabilitet i småkommuner, og hvordan de foretar den skjønsmessige vurderingen etter fvl. § 6 annet ledd, herunder hvilke hensyn de legger vekt på.

I mars 2011 gjennomførte jeg 13 intervjuer med 12 forskjellige kommuner, henholdsvis Modalen (370), Rømskog (678), Nesseby (893), Åseral (912), Snillfjord (992), Jondal (1041), Valle (1284), Balestrand (1343), Nissedal (1405), Lierne (1406), Folldal (1660) og Vegårshei kommune (1922)⁹. Innbyggertallet i de enkelte kommunene er skrevet i parentes. I utgangspunktet var planen å intervjuer både rådmann og ordfører i hver kommune, for å se om det var variasjoner i de folkevalgte organ og administrasjonen innenfor den enkelte kommune. Hos én kommune gjennomførte jeg de to planlagte intervjuene, mens i de øvrige kommunene ble arbeidsoppgaven fordelt på enten rådmann eller ordfører.

Jeg innledet hvert intervju med å spørre om situasjonen at ”alle kjenner alle” gjaldt i kommunen. Dette kunne samtlige bekrefte, selv om de fleste mente det ikke nødvendigvis var tale om personlig kjennskap. Videre fikk jeg også bekreftet at alle kommunene var godt kjent med habilitetsspørsmål, og i all hovedsak mente intervjuobjektene at habilitetsspørsmål oppsto ofte i kommunen. I noen kommuner ble spørsmålet reist ved hvert politiske møte, og da i forbindelse med godkjenning av sakslisten. Derimot var det sjelden eller aldri tilfelle at *parter* reiste inhabilitetsinnsigelser – her var kommunene i forkant og diskuterte habilitetsspørsmål før eksterne innsigelser ble reist.

Det forelå en viss variasjon i svarene hos de forskjellige rådmenn og ordførere om hvorvidt de mente mengden habilitetsspørsmål hadde noen sammenheng med det lave innbyggertallet.

⁹ Hvilket fylke de ulike kommunene ligger i, fremgår av kildene.

Noen svarte et klart ja. Dette ble begrunnet med at det skal mindre til for å bli part i en sak i en liten kommune enn i en stor, mange er grunneiere og det er flere som er i slekt med hverandre i en liten kommune enn i en stor. Andre sa nei, idet de mente større kommuner hadde flere saker enn dem selv. Alle var imidlertid enige i at hvis man stilte opp Oslo kommune som motsetning, var det vanskelig å si at innbyggertall ikke hadde noe å si for mengden og typer habilitetsspørsmål som ble reist.

Deretter ønsket jeg å gå inn på de konkrete habilitetsreglene, herunder *hvor* habilitetsspørsmål oftest dukker opp i kommunen, *hva* som oftest fører til inhabilitet og deres syn på praktiseringen av habilitetsreglene. Kun én kommune mente habilitetsspørsmål oftest kom opp i administrasjonen. Begrunnelsen for dette var at det ble fattet flere vedtak i administrasjonen enn i politiske utvalg, og at sannsynligheten for å få habilitetssaker var derfor større. De øvrige kommunene mente derimot at det var i politiske organer man oftest tok opp spørsmål om habilitet, og sjelden i administrasjonen. Dette ble forklart med at forvaltningssaker ikke blir håndtert i samme grad i administrasjonen som i politiske utvalg, og at det er flest representanter i politiske utvalg, og derfor også flere spørsmål om habilitet. Det hadde imidlertid også sammenheng med hvem som sitter i de forskjellige politiske utvalgene. At habilitet hyppig ble drøftet i politiske utvalg, var ikke nødvendigvis fordi de hadde fått eksterne spørsmål, eller i tilknytning til en konkret sak. Noen ganger ble habilitet diskutert generelt for å sette det på dagsorden, og for å få en høy bevissthet rundt temaet.

Med hensyn til fvl. § 6 første ledd var det særlig bokstavene a (part) og b (slektskap) som ble hyppigst anvendt. Dette hadde blant annet sammenheng med at de som satt i politiske utvalg og i administrasjonen var grunneiere eller var i slekt med grunneiere, og at det ofte var saker angående privat regulering som ble behandlet i kommunen. Samtidig ble direkte forretnings- og økonomiske interesser trukket frem som aktuelle inhabilitetsgrunner.

At vedkommende tjenestemann eller folkevalgt sto i et særlig forhold til en av partene uten å være omfattet av første ledd, og det at ansatte eller folkevalgte har indirekte interesser i bedrifter i kommunen, var de mest vanlige årsakene for å foreta en skjønnsmessig vurdering etter annet ledd.

Intervjuobjektene ble dessuten spurt om de oppfattet habilitetsreglene som vanskelige å praktisere, herunder særlig fvl. § 6 annet ledd. Også her var det varierende svar. Noen mente

reglene ikke var problematiske i det hele tatt. Andre uttalte at annet ledd kunne forandre noen vanskelige skjønnsmessige vurderinger, herunder særlig hvor nært man må være berørt for å bli inhabil, hvor involvert man kan være i forskjellige verv og lignende før man blir inhabil i en sak, og at det i enkelte tilfeller er vanskelig å praktisere likebehandling. Samtlige av kommunene var imidlertid enige i at selv om fvl. § 6 annet ledd til tider fordrer noen krevende vurderinger, er den skjønnsmessige regelen nødvendig. Selv om en klarere og uttømmende regel ville gjort habilitetsspørsmål lettere å vurdere, vil en uttømmende regel aldri klare å dekke og omfatte alle tilfeller av inhabilitet.

3. Legislative hensyn

3.1 Innledning

Hovedformålet med forvaltningsloven er å styrke rettssikkerheten og å verne borgerne mot uheldige og uriktige avgjørelser. Loven har derfor regler som skal sikre at sakene blir grundig og objektivt utredet og at partene får gjøre sine synspunkter gjeldende¹⁰. Habilitetsreglene er med på å ivareta grunnleggende rettssikkerhetsmessige krav til saksbehandlingen i forvaltningen, og skal forebygge situasjoner der beslutningstakerens upartiskhet kan trekkes i tvil. Bak disse reglene står flere viktige hensyn. Men som på alle andre rettsområder, eksisterer det kryssende hensyn som må veies mot hverandre. Fvl. § 6 annet ledd åpner for en helhetsvurdering, hvor både hensyn for og mot inhabilitet må tas i betraktning. I hvilken grad man kan vektlegge de forskjellige hensyn, avhenger av den konkrete sak. I dette kapitlet vil de forskjellige formål som ligger bak habilitetsreglene og de hensyn som gjør seg gjeldende i habilitetsvurderingen, bli gjort rede for.

3.2 Hensyn som taler for inhabilitet

Som førstvoterende påpeker i Rt-1996-64 på side 68, så skal habilitetsreglene i forvaltningsloven ”sikre korrekte avgjørelser, opprettholde tilliten til dem som fatter avgjørelsene, og beskytte beslutningstakerne mot at det sås tvil om deres troverdighet”.

¹⁰ Lovkommentar til forvaltningsloven, note (1) av Jan Fritjof Bernt.

3.2.1 Upartiskhet, rettferdighet og saklighet

Hensynet til å ivareta den alminnelige tillit til forvaltningen og hensynet til en upartisk, saklig og dermed rettferdig saksbehandling, henger nøye sammen. Det ene er avhengig av det andre. Som sivilombudsmannen uttaler, skal ”*habilitetsreglene sikre at forvaltningens avgjørelser blir truffet av personer som står fritt og har en fri og ubundet innstilling til de saker som behandles. Reglene skal hindre at de som behandler sakene og treffer avgjørelsene, er forutinntatt på en uønsket måte. Dersom en tjenestemann eller et medlem av et kollegialt organ har særlige, personlige interesser i sakens utfall, vil det bevisst eller ubevisst og på en uheldig måte kunne få innflytelse på det standpunkt som blir tatt i saken. Dermed svekkes også tilliten til forvaltningen*”¹¹. At det stilles krav til tjenestemennenes habilitet, reduserer også risikoen for at det senere kan reises tvil om utenforliggende hensyn har vært trukket inn ved anvendelsen av rettsreglene og vurderingen av sakens faktiske sider¹².

Videre kan man si det foreligger en forventning fra samfunnet om at forvaltningen og dens tjenestemenn disponerer samfunnsverdier og benytter offentligrettslig makt på en saklig og riktig måte, slik at det er politisk og rettslig legitime mål som blir fremmet, ikke egne og venners interesser¹³.

Habilitetsreglene skal imidlertid ikke bare sikre partenes og befolkningens rettssikkerhet. Det skal også tas hensyn til vedkommende tjenestemann eller folkevalgt, slik at de slipper å havne i en ubehagelig situasjon med press fra de involverte i saken. Dersom en tjenestemann er saksbehandler i en sak hvor hans beste venn har særlige interesser i et gitt utfall, kan vedkommende utøve press, enten bevisst eller ubevisst, overfor tjenestemannen slik at han føler seg forpliktet til å avgjøre saken i tråd med vennens interesser. I slike tilfeller er det behov for et vern også av forvaltningens tjenestemenn.

Med hensyn til enkeltavgjørelser, er det av stor betydning å kunne vise til at avgjørelsen har blitt vedtatt på en forsvarlig og upartisk måte. Dette skjer blant annet gjennom dokumentasjon av habilitetsvurderinger som blir utført i kommunen, herunder protokollføring av påstander,

¹¹ Somb-1998-9 og SOMB-2000-5 side 66.

¹² Sombu-2000-4, side 22.

¹³ Bernt og Rasmussen (2003) side 164.

vurderinger, lovhjemmel og utfallet av disse. Det kreves med andre ord gode rutiner i kommunen for å få ting frem i lyset, slik at folkets tillit til forvaltningen bevares. Dette sikrer innsyn for utenforstående, og gjør det enklere å sette seg inn i saken på et senere tidspunkt. At det kan dokumenteres hvordan spørsmålet om inhabilitet er blitt vurdert, vil også styrke tilliten til forvaltningen.

3.2.2 Tillit til forvaltningen

Et grunnleggende hensyn bak habilitetsreglene er at partene og allmennheten skal ha tillit til at forvaltningens tjenestemenn er upartiske. Dette er nødvendig for at forvaltningen skal kunne opptre på en effektiv måte, og gjennomføre sine oppgaver uten stadig å få kritikk og klager fra befolkningen. Legitimitet hos innbyggerne er derfor en forutsetning for at forvaltningen skal ha mulighet til å nå sine egne siktemål og for at lokaldemokratiet skal kunne fungere optimalt. Som Eckhoff og Smith nevner, vil tillit til forvaltningen bidra til at befolkningen tør å gå til forvaltningen med sine saker, uten å måtte plages av stadig mistanke om at de blir behandlet urettferdig¹⁴. For å bevare tilliten hos folket, må forvaltningen foreta en objektiv vurdering av hvordan forholdet vil fremtre utad. Dette innebærer at en tjenestemann kan anses inhabil selv om vedkommendes tilknytning til saken eller dens parter ikke har fått noen innvirkning på avgjørelsens eller saksbehandlingens innhold. Det avgjørende er hvordan forholdet oppfattes fra utsiden av allmennheten.

Kommuner er på bakgrunn av sin funksjon og rolle avhengig av allmennhetens tillit. Dette skjer først og fremst gjennom åpenhet rundt de inhabiliserende forhold. Gjennom å være transparent, oppnår kommunen at parter ikke føler seg ført bak lyset. En måte å styrke tilliten på, er å skape åpenhet rundt hvilke roller de ulike enkeltpersoner har, for eksempel gjennom registrering i KS-styrevervsregister.

3.3 Hensyn som taler mot inhabilitet

3.3.1 Praktiske hensyn

I teorien vises det ofte til såkalte ”praktiske hensyn” som motargument i habilitetsvurderingen¹⁵. Også Justisdepartementets lovavdeling¹⁶ og Sivilombudsmannen¹⁷

¹⁴ Eckhoff og Smith (2006) side 188.

¹⁵ Se Eckhoff og Smith (2010) side 223 og Bernt og Rasmussen (2003) side 166.

bruker betegnelsen ”praktiske hensyn”. I denne forbindelsen er det særlig problemene med å finne en stedfortreder for den inhabile tjenestemannen som gjør seg gjeldende som praktiske problemer. Det kan være umulig eller uforholdsmessig vanskelig å finne kompetente personer som kan ta over saken. At det er uforholdsmessig dyrt eller vil føre til forsinkelse å finne en stedfortreder, er også argumenter som går innunder uttrykket ”praktiske hensyn”.

Hvor mye vekt man kan legge på ”praktiske hensyn”, beror på en konkret vurdering av den enkelte sak. Sivilombudsmannen nevner hensynet til hvor skjønnspreget, viktig og vanskelig saken er og hvor lang tid det vil ta før andre kan gjøre jobben, som relevante momenter i vurderingen¹⁸.

Praktiske problemer gjør seg særlig gjeldende i små kommuner. Her vil det ofte være uforholdsmessig vanskelig, om ikke umulig, å finne en habil stedfortreder. Dette er fordi valgmulighetene blir færre jo mindre kommunen er. I hvilken utstrekning man kan legge vekt på hensynet til praktiske ulemper i små kommuner, vil jeg drøfte nærmere i kapittel 6.

3.3.2 Lokaldemokratiet

Sivilombudsmannen uttaler at det i habilitetsvurderingen må ”også sees hen til at forholdene i lokalmiljøene ofte er små og forbindelsene tette og at dette må aksepteres til en viss grad hvis lokaldemokratiet skal kunne fungere”¹⁹. Hensynet til lokaldemokratiet og retten til kommunalt selvstyre henger sammen. Man sikter her til kommuners rett og mulighet til å styre på eget ansvar og i tråd med den lokale befolkningens interesse. Som Lokaldemokratikommisjonen (se punkt 2.6) uttaler, bygger det lokale selvstyret på tre verdier: demokrati, frihet og effektivitet²⁰, og disse anses som vesentlige byggesteiner i det nasjonale demokratiet²¹.

En viktig del av demokrati verdien er nærheten mellom innbyggere og de folkevalgte. Hvor avstanden mellom politikere og innbyggere er kort, vil terskelen for å ta kontakt med en

¹⁶ JDLOV-2000-8596b.

¹⁷ Se blant annet Somb-2007-96, side 370.

¹⁸ Somb-2007-96, side 370

¹⁹ Somb-1998-9.

²⁰ NOU-2005-6, side 20.

²¹ Ibid. side 19

lokalpolitiker være lav, samtidig som politikerne har bedre kunnskap om hva kommunens innbyggere vil når politikk skal utformes eller iverksettes²². Demokrativerdien er også knyttet til aktivisering og engasjering av borgerne. Deres lokalpolitiske deltakelse blir oppfattet som en verdi i seg selv, og et middel til å styrke demokratiet generelt²³.

Frihetsverdien innebærer at kommunene har en viss selvstendighet og uavhengighet med hensyn til staten. Lovgiver har overført deler av offentlig myndighet som ellers ville ha tilligget staten, først og fremst fordi statsforvaltningen selv ikke har kapasitet til å gjøre alle oppgavene, og har et behov for desentralisering av myndighet og arbeidsoppgaver til lokale og regionale organ. Nærhetsprinsippet kan her tjene som begrunnelse, ettersom man på det kommunale nivået har bedre kunnskap om de lokale behov og interesser.

Effektivitetsverdien henger sammen med frihetsverdien og demokrativerdien. En viktig form for effektivitet er knyttet til responsivitet, noe Lokaldemokratikommisjon beskriver slik: *”Kommunen er den institusjonen som best kan svare på de krav som kommer fra innbyggerne. Den er nærmest innbyggerne og kjenner de lokale utfordringene. Jo mer lokalkunnskap, desto bedre tjenester for kommunens innbyggere. I mindre kommuner vil lokalkunnskapen være høy”*²⁴.

Et godt lokaldemokrati kan kjennetegnes ved at det er pålitelig styre, ansvarlig styre, borgernært styre og effektivt styre²⁵. Med ”pålitelig styre” menes at innbyggerne har tillit til lokalpolitikere, deres redelighet og styringsorganenes virkemåte. ”Ansvarlig styre” innebærer at innbyggerne kan følge med i politikken og stille de styrende til ansvar, samtidig som det fremmes en oversiktlig politikk. Med ”borgernært styre” siktes det til muligheter for borgerne å delta i og påvirke politikken. Et styre er effektivt dersom de folkevalgte har god styring og leverer tjenester i samsvar med innbyggernes behov.

²² NOU-2005-6, side 20

²³ Ibid. side 20

²⁴ Ibid. side 20

²⁵ Baldersheim og Rose (2011) side 6.

3.4 Prinsippet om forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk

I forvaltningsretten har vi noen grunnleggende ulovfestede saksbehandlingsregler og forvaltningsrettslige prinsipper. Ikke bare vil de gjelde på områder hvor det ikke finnes lovfestede regler, de vil også kunne supplere lovfestede regler. Prinsipper som er fastsatt i ulovfestede regler, kan dermed føre til at det stilles strengere krav enn det som står i de lovfestede reglene. Disse uskrevne reglene gjelder også med hensyn til habilitetsreglene. Den rettslige karakteren av slike uskrevne krav er imidlertid til dels uklar²⁶.

Kravet til forsvarlig saksbehandling går i all hovedsak ut på at forvaltningen har plikt til å utrede og opplyse en sak så godt som mulig. Kravet blir strengere, jo mer inngripende vedtaket er. En del av kravet til god forvaltningsskikk innebærer at forvaltningen skal gi grundig, rask og korrekt saksbehandling. Disse prinsippene må man ta hensyn til når man skal tolke og anvende habilitetsreglene.

For eksempel kan man stå overfor en sak hvor det å finne en erstatting vil kunne ta uforholdsmessig lang tid. Kravet til forsvarlig saksbehandling og god forvaltningsskikk, innebærer blant annet at partene har krav på rask saksbehandling. Partene skal ikke måtte gå unødvendig lenge for å vente på at saken skal bli ferdig, idet saker kan ha stor betydning for parten. Dersom søken etter en erstatting for den inhabile vil medføre en betydelig utsettelse av saken, er dette noe man bør legge vekt på under den skjønnsmessige vurderingen og veie opp mot de motstående hensyn.

Dersom man legger avgjørende vekt på praktiske ulemper i habilitetsvurderingen, slik at hensyn for inhabilitet må vike, er det viktig å supplere inhabilitetsreglene med kravet om forsvarlig saksbehandling. Partene kan føle seg urettferdig behandlet ved at en tjenestemann *de* mener er inhabil, avgjør saken deres, og da er det viktig at saken blir så godt utredet som mulig og at forvaltningen kan vise til en saklig, upartisk og forsvarlig saksbehandling. Dette vil være med å bidra til at partene og allmennheten har tillit til forvaltningen.

Eckhoff og Smith fremhever at det som utgangspunkt må være *tolkningen* av saksbehandlingsreglene, og ikke de bakenforliggende hensyn eller prinsipper, som avgjør hvilke krav som kan stilles til forvaltningen, og at ”*hyppige henvisninger til uskrevne regler*

²⁶ Eckhoff og Smith (2010) side 211.

om ”god forvaltningsskikk” vil kunne vri oppmerksomheten bort fra de reglene som stort sett er utslagsgivende i praksis”²⁷.

4. Rettsvirkninger og praktiske konsekvenser av inhabilitet i små kommuner

De praktiske konsekvensene av inhabilitet følger av forvaltningsloven §§ 8 og 9. At den inhabile tjenestemann eller folkevalgte har plikt til å fratre og skal avstå fra å behandle saken, kommer ikke eksplisitt frem i loven, men det er en selvsagt og naturlig konsekvens av at han er erklært inhabil. Noen unntak gjelder likevel, se fvl. § 6 fjerde ledd og § 7. Dersom det foreligger inhabilitet ved en avgjørelse, kan det føre til at vedtaket blir ugyldig.

Fvl. § 8 angår avgjørelsen av habilitetsspørsmålet. For tjenestemenn er hovedregelen at vedkommende selv skal avgjøre om han er inhabil eller ikke, jf. første ledd. I kollegiale organ, som for eksempel kommunestyret, er det organet selv som avgjør spørsmålet om habilitet, uten at det medlemmet av organet som blir vurdert, deltar, jf. fvl. 8 annet ledd. Dersom det er spørsmål om inhabilitet for flere medlemmer, kan ingen av disse delta i avgjørelsen om sin egen eller annet medlem sin habilitet. Unntaksvis kan vedkommende delta dersom organet ikke er vedtaksført uten de medlemmene som skal vurderes i spørsmålet om habilitet. Da skal alle møtende medlemmer delta. ”Det er først og fremst når en part reiser innsigelse eller hvor det ellers kan være særlig tvil, at spørsmålet om den nærmere fremgangsmåte får betydning”²⁸.

Den folkevalgte har plikt til å si ifra om forhold som gjør eller kan gjøre ham/henne inhabil ”i god tid”, jf. tredje ledd. Før spørsmålet blir avgjort, bør varamann kalles inn til å møte og delta ved avgjørelsen, dersom dette kan skje uten vesentlig tidsspille og kostnad.

Det er viktig med høy aktsomhet hos den enkelte. Utgangspunktet er at den enkelte folkevalgte og tilsatte er ansvarlig for å varsle om ting som kan gjøre vedkommende inhabil, og dermed kaste lys over inhabiliserende forhold. Et problem i denne sammenheng er at

²⁷ Eckhoff og Smith (2010) side 213.

²⁸ Frihagen (1985) side 396.

habilitetsreglene undertiden blir brukt fordi det er bekvemmelig. Noen ganger kan det være komfortabelt å erklære seg selv inhabil, for å slippe å måtte ta ansvar og for å unngå ubehag. Reglene skal imidlertid ikke åpne for en mulighet til å slippe å ta vanskelige beslutninger. Det er derfor viktig å gjøre representantene og de tilsatte bevisste på problematikken rundt habilitet gjennom diskusjoner og opplæring, for slik å øke aktsomheten hos den enkelte.

Fvl. § 9 handler om oppnevning av stedfortreder. Det følger av bestemmelsens første ledd at når ”en tjenestemann er ugild, skal om nødvendig oppnevnes eller velges stedfortreder for vedkommende”. I ordlyden ”nødvendig” ligger det at det som utgangspunkt vil være mulig for en overordnet tjenestemann eller et overordnet organ til å ta over saken for den inhabile tjenestemann, og fatte en avgjørelse.

For folkevalgte organer er det ganske vanlig å kalle inn et varamedlem på forhånd dersom det er klart at en representants habilitet skal vurderes. Det er imidlertid viktig å merke seg at et folkevalgt organ kan treffe vedtak hvis minst halvparten av medlemmene har vært til stede under forhandlingene og avgitt stemme i vedkommende sak, jf. koml. § 33. Dette innebærer at eksempelvis et kommunestyre likevel vil være beslutningsdyktig selv om én eller to representanter blir erklært inhabile. Det er først når flere av medlemmene blir ansett inhabile, og i hvert fall dersom utvalget ikke lenger er vedtaksdyktig, at det er nødvendig å kalle inn habile varamedlemmer. Det trenger derfor ikke være ”nødvendig” å innkalle et varamedlem dersom det folkevalgte organet fremdeles er vedtaksdyktig etter koml. § 33, jf. fvl. § 9. Det er imidlertid viktig å fremheve at selv om 51 % av styremedlemmene er habile og dermed vedtaksføre, vil det ikke nødvendigvis være en god situasjon at de resterende 49 % er inhabile. Her stiller § 8 visse krav, og det må foretas en konkret vurdering om hvorvidt det er nødvendig å få innkalt flere varamedlemmer.

Med hensyn til de tilsatte i administrasjonen er det ikke treffende å benytte seg av begrepet ”vedtaksførhet”. Er en ansatt erklært inhabil, har han/hun plikt til å tre tilbake fra den videre behandling av den aktuelle sak, og en stedfortreder må inn å tilrettelegge grunnlaget for avgjørelsen eller treffe avgjørelsen.

Det er i sammenheng med det å finne en erstatter man ser at små kommuner kan få praktiske problemer. I småkommuner er det i større grad potensielle habilitetskonflikter enn i større kommuner. Dette skjer fordi det er små forhold, og dermed forekommer det oftere tilfeller

hvor tjenestemannen har en særegen tilknytning til saken, og det oppstår flere nære relasjoner i sakene som behandles, mellom de ansatte i administrasjonen og folkevalgte på den ene siden, og de som er parter i saken på den andre siden. Å finne en erstatte som ikke har noen særlig tilknytning til saken eller sakens parter, og samtidig har den nødvendige kompetanse, kan vise seg å være uforholdsmessig vanskelig i en liten kommune, til og med umulig.

For en liten kommune kan det også være tidkrevende å finne en stedfortreder, noe som igjen kan føre til forsinkelser i saksbehandlingen. Dersom saksbehandling tar uforholdsmessig lang tid, vil dette igjen kunne stride mot prinsippet om forsvarlig saksbehandling og kravet til god forvaltningsskikk. Det vil også kunne bli uforholdsmessig kostbart å bruke andre personer enn den som er erklært inhabil.

Spørsmålet som da reiser seg, er hvorvidt – og eventuelt i hvilken grad – praktiske problemer som følge av inhabilitet kan vektlegges.

5. Praktiske hensyn – relevans og vekt i habilitetsvurderingen

5.1 Innledning

Praktiske problemer er, som nevnt under punkt 3.3.1, et hensyn som kan tale mot inhabilitet. Særlig i mindre kommuner kan det være aktuelt legge vekt på dette hensynet, ettersom det er få innbyggere og dermed få som kan ta over saken for den inhabile. I dette kapitlet vil jeg undersøke om det er mulighet for, og eventuelt i hvilken grad, man kan vektlegge praktiske hensyn i habilitetsvurderingen.

5.2 I hvilken grad kan hensynet til praktiske ulemper vektlegges i den skjønsmessige habilitetsvurderingen?

Som nevnt under punkt 2.1, åpner ikke fvl. § 6 annet ledd eller koml. § 40 nr. 3 for noen skjønsmessig vurdering, idet de innebærer automatisk inhabilitet dersom ett av vilkårene er oppfylt. Derfor er det ikke aktuelt å ta hensyn til de praktiske problemer som måtte oppstå, dersom en tjenestemann eller folkevalgt i en liten kommune anses inhabil i ut fra disse

bestemmelsene. Frihagen mener imidlertid at det også her må gjelde en særregel for umulighet og rene nødssituasjoner, selv om bestemmelsene ikke gir direkte plass for unntak²⁹.

5.2.1 Ordlyd

Ordlyden i fvl. § 6 annet ledd lest isolert, sier ikke noe om hvorvidt eller i hvilken utstrekning det kan tas hensyn til de praktiske problemene som oppstår ved at ”alle kjenner alle”. Samtidig stenger den heller ikke for å ta i betraktning disse hensyn. Ordlyden ”blant annet” tilsier at bestemmelsen ikke er uttømmende, og at man i habilitetsvurderingen kan ta i betraktning andre momenter enn de loven selv ramser opp – særlig fordel, tap eller ulempe for tjenestemannen selv eller noen han har nær personlig tilknytning til. Ordlyden gir imidlertid ingen veiledning om hvilke andre momenter som kan være relevante i vurderingen. At det i en viss utstrekning kan tas hensyn til praktiske problemer, må anses på det rene. Et annet spørsmål er i hvilken grad disse kryssende hensynene som ligger bak habilitetsreglene kan tas i betraktning.

5.2.2 Justisdepartementets lovavdelings uttalelser

I forbindelse med Bærum-saken, ba Helsetilsynet lovavdelingen, i tillegg til en konkret vurdering av saken, om å gi en særskilt redegjørelse for problemene knyttet til inhabilitet i små fagmiljøer hvor situasjonen vil kunne være slik at ”alle kjenner alle”. Lovavdelingen uttaler at i slike situasjoner vil det kunne være ”*vanskelig eller til og med umulig å finne en erstatting uten en viss tilknytning til saken eller partene*”³⁰, og spør derfor om og eventuelt i hvilken utstrekning det ved habilitetsvurderingen kan vektlegges de praktiske ulempene som kan oppstå i slike små fagmiljøer.

Lovavdelingen finner at ordlyden i fvl. § 6 annet ledd ikke åpner for å ta hensyn til praktiske problemer som oppstår ved at alle kjenner alle, men siden bestemmelsen heller ikke gir noen særlig veiledning når det gjelder hvor strengt den skal praktiseres i ulike tilfeller, kan det vektlegges andre, kryssende hensyn enn de loven selv ramser opp. Lovavdelingen er ikke i tvil om at det i habilitetsvurderingen til en viss grad kan tas hensyn til de praktiske ulemper som måtte oppstå i små fagmiljøer hvor ”alle kjenner alle”. Dette følger også av teorien.

²⁹ Frihagen (1985) side 31.

³⁰ JDLOV-2000-8596b, punkt 3.6

5.2.3 Juridisk teori

Woxholth mener det må tas forbehold når man vurderer tilknytningen mellom tjenestemannen og sakens parter, på steder hvor alle kjenner alle. Han uttaler at på slike steder vil *”de fleste ha en viss selskaperlig og sosial omgang”* og at det må antas at *”selve samværet ikke uten videre kan sies å gi noen antydning om hvor nært vennskapsforholdet er”*³¹. Eksempelvis vil deltakelse i et privat selskap etter Woxholths mening, ikke nødvendigvis være et uttrykk for nært personlig vennskap, men kan være noe man føler seg forpliktet til eller et forsøk på å avklare om det foreligger forutsetninger for å utvikle et nærmere personlig vennskap³².

Frihagen erkjenner at praktiske vanskeligheter kan oppstå for forvaltningen dersom man tolker habilitetsreglene for strengt³³. Han skriver at det i mindre kommuner lett oppstår inhabilitet, samtidig som det kanskje er så få tjenestemenn og folkevalgte at det er vanskelig å få sakene forsvarlig utredet, dersom alle som har tilknytning til partene må fratruke. Å finne en erstatter kan dessuten føre til forsinkelser eller ekstra utgifter, særlig dersom de lokale forhold er slik at det blir lange avstander for en stedfortreder å reise. *”Slike praktiske vanskeligheter må få en viss betydning i spørsmålet om hvor strengt vi i det enkelte tilfellet skal tolke inhabilitetsreglene”*³⁴. Videre uttaler Frihagen at *”ved fastsettelse av retningslinjer for anvendelse av den skjønnsmessige regel i lovens § 6, 2.ledd må vi i noen grad trekke inn hvilke praktiske problemer inhabilitet vil føre til ved saken av den type det gjelder”* og peker på at § 7 gir en særlig adgang til å fravike inhabilitetsreglene og at det således er tatt hensyn til de praktiske problemer som kan oppstå³⁵. Han mener imidlertid at *”eventuelle praktiske problemer må i noen grad trekkes inn ved den konkrete, skjønnsmessige bedømmelse i tvilstilfelle”* og understreker at *”en ikke ut fra slike praktiske problemer og ulemper kan se bort fra reglene om inhabilitet. Dette gjelder selv om det kan medføre både bry, utgifter og forsinkelse”*³⁶.

³¹ Woxholth (2006) side 170.

³² Ibid. side 170.

³³ Frihagen (1985) side 30.

³⁴ Frihagen (1987) side 25.

³⁵ Frihagen (1985) side 31.

³⁶ Ibid. side 31.

Bernt og Rasmussen er også enige i at de praktiske vanskelighetene med å finne en stedfortreder som kan oppstå i små kommuner, kan tas i betraktning i habilitetsvurderingen, og viser til at tjenestemenn og folkevalgte i små kommuner ofte kjenner eller omgås parter i forvaltningssaker. ”Det kan være praktisk vanskelig å finne en stedfortreder som ikke er i en slik situasjon, og samtidig har den nødvendige faglige kompetanse og erfaring til å kunne behandle eller avgjøre saken på riktig måte”³⁷, og det vises til følger som forsinkelser og tilfeller hvor partene eller offentlige interesser kan lide tap. Til den skjønsmessige vurderingen i fvl. § 6 annet ledd, uttales det at ”så vel lovgiver som lovtolker må derfor i mange situasjoner avveie hensynet til en tillitvekkende behandling mot hensynet til forvaltningens effektivitet og det lokale demokratiet”³⁸.

Eckhoff og Smith gir uttrykk for at man må kunne vektlegge praktiske problemer i habilitetsvurderingen, og viser til at vanskeligheter som kan oppstå med å finne en stedfortreder for den inhabile, eller forsinkelser, er hensyn som taler mot en streng tolkning av habilitetsreglene. De uttaler at ”det forekommer også at det overhodet ikke lar seg gjøre å finne noen kvalifisert person som er fullstendig uhildet. Slik kan det for eksempel være når det gjelder vedtak av kommunale organer i en liten bygd hvor alle kjenner hverandre[...]”³⁹.

Også Os, Overå og Pedersen mener at en for streng tolkning av habilitetsreglene vil være umulig å praktisere i mange mindre kommuner, og viser til at det ikke er tilstrekkelig at parten og den påstått inhabile er personlig kjente⁴⁰. Forholdet må være preget av nært vennskap eller et utpreget motsetningsforhold.

5.2.4 Sivilombudsmannens praksis

I Somb-2007-96 ble en sak om opphevelse av konsesjonsvilkår brakt inn for Sivilombudsmannen. A hadde fått konsesjon for erverv av en eiendom i X kommune, med vilkår om at deler av eiendommen skulle overdras til eier av naboeiendommen. Slik overdragelse ble aldri gjennomført. Nesten 20 år etter mottok kommunen en henvendelse fra B, som i mellomtiden hadde overtatt naboeiendommen. B viste til konsesjonsvilkåret og ga

³⁷ Bernt og Rasmussen (2003) side 166.

³⁸ Ibid. side 166.

³⁹ Eckhoff og Smith (1997) side 401-402.

⁴⁰ Os, Overå og Pedersen (2001) side 40.

uttrykk for et ønske om å erverve de delene av As eiendom som var omfattet av vilkåret. Etter oppfordring fra kommunen søkte A om opphevelse av konsesjonsvilkåret. Saken ble behandlet av plan- og ressursutvalget i kommunen. Kommunens administrasjon hadde innstilt seg på å oppheve vilkåret, men under møtet i utvalget fremmet medlem C et alternativt og ubegrunnet forslag, nemlig å avslå søknaden om opphevelse av konsesjonsvilkåret.

A påklaget vedtaket og hevdet blant annet at C var inhabil, og anførte at C var en venn av familien B, og at C hadde vært arbeidsgiver for B og rådgiver for B i anledning driften av hans gård. Til tross for klagen, vedtok utvalget enstemmig å opprettholde avslaget på søknaden. Saken ble sendt til Fylkesmannen som stadfestet kommunens avslag, og uttalte at *”X kommune har i underkant av 2.800 innbyggere, en kommune hvor ”alle kjenner alle”.* *Samarbeid mellom gårdbrukere og naboer er vanlig. Slikt vanlig naboskap og samarbeid om praktiske ting knyttet til gårdsdriften kan, slik Fylkesmannen ser det, vanskelig føre til inhabilitet”,* og viser til at flere av utvalgsmedlemmene i X kommune var kjent med at forbindelsen mellom C og B var omtrent som mellom de fleste andre innbyggerne i området.

Saken ble etter hvert brakt inn for Sivilombudsmannen, som blant annet ble bedt om å uttale seg om habilitetsspørsmålet. Sivilombudsmannen uttaler at C hadde en personlig tilknytning til B. Det problematiske var hvorvidt denne tilknytningen kunne sies å være ”nær”. Det gis uttrykk for at ordlyden i fvl. § 6 annet ledd gir liten veiledning for hvordan kriteriet ”nær personlig tilknytning” skal avgrenses, og at nærhetsvurderingen er skjønnsmessig. *”I den foreliggende saken har den økonomiske relasjonen mellom C og B et klart større omfang enn det som er vanlig mellom en tjenestemann og en part i en forvaltningssak”*⁴¹.

Sivilombudsmannen peker her på at C har kjøpt tjenester av B og at denne relasjonen er av en viss varighet, og gir uttrykk for at C vanligvis i en slik situasjon ville blitt ansett inhabil på grunn av nær personlig tilknytning. Derimot viser sivilombudsmannen til fylkesmannens uttalelse om at X er en kommune hvor ”alle kjenner alle”, og reiser spørsmål om fvl. § 6 *”kan forstås slik at det i miljøer der ”alle kjenner alle” må foreligge en nærere personlig tilknytning enn normalt før tilknytningen medfører inhabilitet”*⁴².

⁴¹ Somb-2007-96, side 370.

⁴² Ibid. side 370.

Ombudsmannen viser til JDLOV-2000-8596b, og lovavdelingens uttalelser om habilitet i små fagmiljøer, og fastslår at samme betraktninger kan legges til grunn i forhold til små lokalmiljøer der ”alle kjenner alle”⁴³. Det kan se ut som om ombudsmannen mener at det bare unntaksvis kan tas hensyn til de praktiske ulemper som måtte oppstå, idet han sier at ”*utgangspunktet må...være at tjenestemannen er inhabil dersom det foreligger en nær personlig tilknytning, selv om slik tilknytning er vanlig i lokalmiljøet*”⁴⁴. Med andre ord kreves en særskilt begrunnelse for å kunne vektlegge praktiske ulemper som kan oppstå i små kommuner. Det avgjørende er, ifølge ombudsmannen, hvorvidt forholdet er ”egnet til å svekke tilliten” til vedkommendes upartiskhet, og viser til at med en ”*så omfattende økonomisk og forretningsmessig forbindelse som det her har vært tale om, er det ikke overraskende om det fra partene i saken – og andre – kan melde seg en frykt for at den som har vært med på behandlingen og avgjørelsen, også har vært forutinntatt på en slik måte at vedkommende burde ha fratrudd*”⁴⁵. På bakgrunn av manglende kjennskap til saken og forholdene i kommunen, kunne ombudsmannen vanskelig uttale seg om hvilke praktiske utfordringer det ville ha medført dersom C ikke hadde kunnet delta under behandlingen av saken, og konkluderte derfor med at C var inhabil i saken – selvfølgelig etter en bred skjønnsmessig vurdering.

Det kan stilles spørsmål ved ombudsmannens tolking og anvendelse av fvl. § 6 annet ledd. Det virker som om han tar utgangspunkt i passusen ”nær personlig tilknytning” og behandler dette som et vilkår i habilitetsvurderingen. Han uttaler nemlig at ”*forvaltningslovens ordlyd gir liten veiledning for den nærmere avgrensningen av kriteriet ”nær personlig tilknytning”. Hvor nær tilknytningen må være, er et skjønnsspørsmål, og kravet til nærhet må antas å være mindre desto sterkere interesse den personen tjenestemannen har tilknytning til, har i sakens utfall*” (forfatterens uthevelse). ”[N]ær personlig tilknytning” er imidlertid ikke noe vilkår for inhabilitet, men heller et eksempel på hva som kan være et ”særegent forhold”, som jo er det sentrale vilkåret i bestemmelsen.

⁴³ Somb-2007-96, side 370.

⁴⁴ Ibid. side 370.

⁴⁵ Ibid. side 370.

5.2.5 Intervjumateriale

Under intervjuene som ble gjennomført i forbindelse med oppgaven, ble de 13 rådmennene og/eller ordførerne spurt om de vektla hensynet til praktiske ulemper i habilitetsvurderingene etter fvl. § 6 annet ledd, og eventuelt i hvilken utstrekning. Kun én kommune opplever at praktiske problemer blir brukt som argumentasjon i habilitetsvurderingen. De resterende 12 hadde aldri brukt dette som moment i helhetsvurderingen. Noen hadde ikke hørt om det engang. Andre mente det ikke var problematisk og at det derfor ikke var behov for å vektlegge slike hensyn. Dette til tross for at flere ble ansett inhabile i samme sak, og det var vanskelig å finne stedfortredere. Det ble uttalt at det å sikre habile folk går foran alt.

5.2.6 Dansk forvaltningsrett

I den danske forvaltningsloven § 4 stk. 1 angis det uttrykkelig i lovteksten at den inhabile, i tillegg til de tilfeller hvor det er umulig å finne en erstatte, også kan la være å fratre der det er *”forbundet med væsentlige vanskeligheder eller betænkeligheder”* å finne en erstatte. Dette innebærer at det kan *”ses bort fra inhabiliteten”* dersom det vil være umulig eller spesielt vanskelig eller betenkelig å skifte ut den inhabile med en annen⁴⁶. *”Denne (snævre) undtagelsesregel kan f.eks. tænkes anvendt i akutte situationer og i situationer, hvor fraværet af den pågældende vil resultere i en helt uacceptabel svækkelse af myndighedens sagkundskab. Det understreges, at anvendelsen af denne undtagelsesregel forudsætter en meget nøje og overbevisende argumentation”*⁴⁷. Ettersom den norske habilitetsreglen i fvl. § 6 annet ledd ikke gir adgang til slike unntak, kan det virke som om den danske lov er mer lempelig i praktiseringen av habilitetsreglene der praktiske problemer oppstår. Frihagen mener imidlertid at det i praksis ikke vil være så stor forskjell på norsk og dansk rett: *”Den danske regel må antas å vise til temmelig særegne og store praktiske problem”* og etter fvl. § 6 annet ledd *”skal det foretas en totalvurdering hvor også praktiske problemer må kunne trekkes inn – i hvert fall i noen grad”*⁴⁸.

⁴⁶ Retningslinier for behandling af habilitetsproblemer, punkt 2.

⁴⁷ Ibid. punkt 2.

⁴⁸ Frihagen (1985) side 31.

5.3 Hensyn for og mot en streng anvendelse av habilitetsreglene

Med streng anvendelse av habilitetsreglene menes i denne forstand at en tjenestemann erklæres inhabil, uten at det legges avgjørende vekt på de praktiske ulemper det eventuelt måtte medføre, i habilitetsvurderingen. Eksempel: En saksbehandler i en kommune med få innbyggere erklæres inhabil fordi hun har et godt kjennskap til en av partene i saken hun behandler, eller har en nær tilknytning til saken. Saksbehandleren har da plikt til å fratre fra sakens videre behandling, og en stedfortreder må ta over.

En streng praktisering av habilitetsreglene vil kunne oppnå høy tillit til forvaltningen. Forvaltningen er som nevnt avhengig av tillit fra innbyggerne og sakens parter for å kunne praktisere sin virksomhet på en effektiv måte. Dersom reglene anvendes strengt, vil det sjeldnere oppstå konflikter mellom forvaltningen og kommunens innbyggere, og dermed vil også befolkningen sjeldnere stille spørsmål ved tilliten til kommunens folkevalgte og tilsatte.

På den annen side vil en slik streng anvendelse kunne sette en stopper for saksbehandlingen i kommunen. I en liten kommune vil søken etter en erstatter kunne bli problematisk, da det kan være vanskelig, eller til og med umulig, å finne en erstatter med tilstrekkelig kompetanse til å behandle saken. En større kommune har flere ansatte, og dermed flere potensielle stedfortredere. Dessuten kan det være problematisk å finne en erstatter uten en viss tilknytning til saken, eller sakens parter, i en liten kommune. Det å måtte skaffe en stedfortreder kan bli uforholdsmessig vanskelig, tidkrevende og/eller kostbart, noe som igjen vil kunne sette en demper på effektiviteten av kommunens saksbehandling. Vanskeligheter med å skaffe kompetente stedfortredere taler mot en streng praktisering av inhabilitetsreglene.

I forarbeidene til forvaltningsloven, under spørsmålet om lovfesting av habilitet, uttrykker komiteen betenkeligheter med for stramme habilitetskrav, idet dette ”kan føre til at administrasjonen lammes”. Komiteen viser til at ”situasjonen kan i visse tilfeller bli den at det ikke er mulig på rimelig måte å løse habilitetsspørsmålet gjennom oppnevning av stedfortredere, fordi de som trer inn, vil komme i samme interessesituasjon som de som går ut”⁴⁹.

⁴⁹ Ot.prp. 38 (1964-1965) side 38

Som Justisdepartementet uttaler, kan ”*en for streng praktisering av inhabilitetsreglene...gå på bekostning av en mest mulig fullstendig opplysning av saken, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 17 første ledd*”⁵⁰. Dette peker tilbake på hensynet til lokaldemokratiet og selve begrunnelsen for hvorfor vi har kommuner. Dersom man må få inn en stedfortreder fra en annen kommune, eller en erstatter som ikke har fullt så god kjennskap til sakens faktiske sider, vil dette kunne bryte med nærhetsprinsippet og prinsippet i forvaltningsloven § 17 første ledd. Det at en stedfortreder ikke har samme nærhet til saken, og kjennskap til lokale forhold og praksis som den inhabile tjenestemannen, er noe som kan føre til en svekkelse av behandlingen.

På den annen side er det et grunnleggende prinsipp i norsk rett, at enhver person skal kunne forutberegne sin egen rettsstilling. Prinsippet gjelder uavhengig av hvilken kommune man befinner seg i. En relativ inhabilitetsregel vil kunne stride mot forutberegnelighetsprinsippet, dersom regelen praktiseres ulikt i store og små kommuner.

5.4 Konklusjon

Gjennomgangen av dette materialet tyder på at det i habilitetsvurderingen etter fvl. § 6 annet ledd, er rom for å legge vekt på praktiske problemer som kan oppstå når den inhabile skal erstattes. Dette følger av både uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling og Sivilombudsmannens praksis, teori og reelle hensyn. Derimot er det ingen som uttaler seg om *hvor mye* man kan legge vekt på disse hensynene. Det må følgelig bero på en konkret vurdering av de motstående hensyn. Det skal nok likevel mye til før hensynet får avgjørende vekt i habilitetsvurderingen. Man kan ikke se bort fra klart inhabiliserende forhold bare fordi det vil være uforholdsmessig vanskelig, kostbart eller medføre forsinkelse å finne en erstatter for den inhabile. Dette vil medføre en uthuling av de bakenforliggende formål og de grunnleggende prinsippene ved habilitetsreglene. Praktiske vanskeligheter og problemer vil være et moment i helhetsvurderingen i § 6 annet ledd, men det må ses i forhold til de øvrige hensyn bak habilitetsreglene, og det avgjørende vil være om det er et særegent forhold som er egnet til å svekke tilliten til tjenestemannens upartiskhet og dermed tilliten til forvaltningen.

Dersom man i habilitetsvurderingen skulle komme til å legge avgjørende vekt på hensyn som taler for habilitet, slik at en streng håndheving av habilitetsreglene til en viss grad må vike for

⁵⁰ JDLOV-2000-8596b, punkt 3.6.

praktiske hensyn, må de skrevne inhabilitetsreglene, slik lovavdelingen uttaler⁵¹ og ombudsmannen refererer til⁵², ”suppleres med det grunnleggende kravet om at saksbehandlingen skal være forsvarlig”.

I dette ligger det at når tjenestemannen eller den folkevalgte har en slik tilknytning til saken eller sakens parter at den bidrar til å svekke tilliten til hans upartiskhet, er det nødvendig med åpenhet omkring vedkommendes tilknytning, og at vedtakets begrunnelse gir klart uttrykk for at saken har vært overveid på en upartisk og forsvarlig måte. Lovavdelingen nevner at det også må være ”adgang til å imøtegå vedkommendes bidrag til saksbehandlingen”, og at det kan være aktuelt å ”innhente flere sakkyndige utredninger og gi en mer inngående begrunnelse for vedtaket i saken enn det som ellers hadde vært påkrevd”⁵³.

6. Forholdet mellom habilitetsreglene og hensynet til lokaldemokratiet

6.1 Innledning

Nærhet mellom folkevalgte, kommunalt tilsatte og kommunens innbyggere en viktig del av lokaldemokratiet, jf. punkt 3.3.2. Jo bedre lokalkunnskap og kortere vei mellom folkevalgte/tilsatte og befolkningen, jo sterkere lokaldemokrati. Det problematiske er hvordan habilitetsreglene stiller seg med hensyn til dette. Habilitetsreglene skal nettopp hindre at folkevalgte og tilsatte behandler saker som de har en viss tilknytning til, eller hvor de har en tilknytning til sakens parter. Dette kapittelet handler om i hvilken utstrekning man kan vektlegge hensynet til lokaldemokratiet i habilitetsvurderingen i fvl. § 6 annet ledd.

6.2 Grensen mellom nærhetsprinsippet og inhabilitet

Kommuner skal representere nærhet til innbyggerne og muligheter for publikums innvirkning på den lokale samfunnsutviklingen⁵⁴. Kunnskap om lokale forhold og nærhet til innbyggerne gir kommuner bedre forutsetninger enn staten og fylkeskommunene til å oppfylle lokale ønsker og behov. Behovet for kommuner er dermed ikke bare begrunnet med behovet for

⁵¹ JDLOV-2000-8596b, punkt 3.6.

⁵² Somb-2007-96, side 371.

⁵³ JDLOV-2000-8596b, punkt 3.6.

⁵⁴ St.meld. nr.33 (2007-2008)

delegasjon fra statens side, men også blant annet fordi de lokale politiske organene har bedre forutsetninger for å prioritere ressurser i samsvar med innbyggernes ønsker og i samsvar med lokale forhold. Dette fremmer legitimitet til forvaltningen, åpner for demokratisk deltakelse, og ikke minst er det kostnadseffektivt.

Nærhetsprinsippet og det lokale selvstyret kan sies å være noe av det som kjennetegner en kommune. En for streng tolkning av habilitetsreglene vil kunne undergrave disse prinsippene. I en liten kommune vil det lettere kunne oppstå habilitetsspørsmål, sammenlignet med en større kommune, og hvis da habilitetsreglene tolkes for strengt vil dette kunne sette en stopper for saksbehandlingen og de fordelene kommunene har med sin lokalkunnskap og den korte avstanden mellom forvaltningens tjenestemenn og innbyggerne i kommunen.

På den ene siden overlates avgjørelsesmyndighet til kommuner med den hensikt at kommuner har bedre lokalkunnskap, er nærmere innbyggerne og dermed er bedre egnet til å treffe avgjørelser på det kommunale nivået. På den andre siden har vi habilitetsregler som setter grenser for hvor mye en avgjørelse kan angå en person eller noen vedkommende har en viss tilknytning til. Det er med andre ord ønskelig at avstanden mellom innbygger og folkevalgt er så kort som mulig, på samme tid som avstanden ikke må bli *for* kort. Når krysses denne grensen?

6.3 I hvilken grad kan lokaldemokratihensynet vektlegges i den skjønsmessige habilitetsvurderingen?

Forvaltningslovens habilitetsregler gir ingen veiledning når det gjelder spørsmålet om hvor mye vekt det kan legges på lokaldemokratihensynet. At hensynet anerkjennes som relevant moment i vurderingen etter fvl. § 6 annet ledd, kan det imidlertid ikke være tvil om.

Hensynet til lokaldemokratiet blir nevnt som mothensyn i inhabilitetsvurderingen av både Sivilombudsmannen og enkelte juridiske forfattere. I Somb-1998-9 var det spørsmål om et kommunestyremedlems habilitet ved behandling av sak om endring av reguleringsplan i kommunestyret, på grunn av egne forretningsmessige interesser.

Kommunestyrerepresentanten A drev et steinbrudd i nærheten av den planlagte utbyggingen av en kalkfabrikk, og hadde i tillegg et transportfirma som tidligere hadde utført oppdrag for utbyggingsselskapet. Ombudsmannen trekker inn som mothensyn i helhetsvurderingen at ”det

også [må] sees hen til at forholdene i lokalmiljøene ofte er små og forbindelsene tette, og at dette må aksepteres til en viss grad hvis lokaldemokratiet skal kunne fungere”, og at ”betenkelighetene ved å godta dette er imidlertid neppe så store fordi forholdene også i slike tilfeller vil være oversiktlige”⁵⁵. Nøyaktig samme uttalelse kom i Somb-2000-5⁵⁶, som gjaldt spørsmål om en kommunal tjenstemanns inhabilitet til å forberede kommunestyrets behandling av en regulerings sak for del av en øy i Bjarkøy kommune (omlag 600 innbyggere), der rådmannen hadde erklært seg inhabil som grunneier og part i saken. Ombudsmannen kom her til at det ikke automatisk medfører inhabilitet for en tjenstemann å forberede saken, selv om vedkommende er rådmannens underordnede. Når det da ikke var anført noe nært personlig tilknytningsforhold mellom saksbehandleren og rådmannen, hadde ikke ombudsmannen grunnlag for å si at vedkommende var inhabil.

Uttalelsene i begge årsmeldingene bærer mer preg av å være generelle uttalelser om hvilke hensyn som ligger bak habilitetsreglene, enn konkrete argumenter ombudsmannen trekker inn i habilitetsvurderingen, idet hensynet ikke blir brukt i den konkrete helhetsvurderingen.

Uttalelsene kan tas til inntekt for at lokaldemokratihensynet er et relevant hensyn, men det sies ingenting om i hvilken utstrekning man kan vektlegge hensynet i habilitetsvurderingen.

Bernt og Rasmussen uttrykker at ”[s]å vel lovgiver som lovtolker må [...] i mange situasjoner avveie hensynet til en tillitvekkende behandling mot hensynet til forvaltningens effektivitet og det lokale demokratiet”⁵⁷, og viser til at det kan være vanskelig å finne en stedfortreder som har den nødvendige faglige kompetanse og erfaring til å kunne behandle eller avgjøre saken på en riktig måte. Forfatterne henviser også til sivilombudsmannens uttalelser om lokaldemokratiet i Somb-1998-9.

Hensynet blir verken nevnt i dommer eller forarbeider. Heller ikke intervjuobjektene fra de forskjellige kommunene som ble intervjuet i forbindelse med oppgaven, brukte eksplisitt hensynet til lokaldemokratiet i sine inhabilitetsvurderinger. Dette kan antakelig forklares med at lokaldemokratihensynet er et hensyn av overordnet karakter, og som derfor ikke

⁵⁵ Somb-1998-9, side 63.

⁵⁶ Somb-2000-5, side 66.

⁵⁷ Bernt og Rasmussen (2003), side 166.

nødvendigvis kommer eksplisitt frem i habilitetsvurderingen i den enkelte sak, men er med på å styre den rettslige argumentasjonen som en grunnleggende rettslig verdi.

6.4 Konklusjon

I likhet med andre skjønnsmessige bestemmelser, må det også her foretas en samlet og konkret vurdering av de motstående hensyn og argumenter. Rettskildene som nå har blitt redegjort for, gir ikke umiddelbart et klart svar på spørsmålet om *i hvilken grad* lokaldemokratihensynet kan vektlegges. At hensynet er relevant i habilitetsvurderingen etter fvl. § 6 annet ledd, er rettskildene derimot klare på. Hvilken vekt hensynet får i den konkrete sak, må følgelig bero på en helhetlig vurdering, herunder en forsvarlig balansegang mellom nærhetsprinsippet og formålet med habilitetsreglene. I likhet med hensynet til praktiske ulemper, kan det ikke ses bort fra klart inhabiliserende forhold, dette selv om lokaldemokratiet mister sin funksjon. Støtte for dette synspunktet finnes i Somb-1998-9 side 63, hvor ombudsmannen uttaler at *”det [må] sees hen til at forholdene i lokalmiljøene ofte er små og forbindelsene tette, og at dette må aksepteres til en viss grad hvis lokaldemokratiet skal kunne fungere”* (forfatterens uthevelse).

7. Nærmere om hva som er ”særegent” i en liten kommune.

7.1 Innledning

Til nå i oppgaven har jeg gått gjennom hvilke momenter og hensyn som er relevante i den skjønnsmessige habilitetsvurderingen i fvl. § 6 annet ledd, herunder i hvilken utstrekning man kan ta hensyn til problemer som oppstår i små kommuner. I dette kapitlet vil jeg foreta en mer direkte gjennomgang av ordlyden ”særegne forhold”, og undersøke hva som er ”særegent” i en liten kommune kontra en folkerik kommune. Jeg vil gjennomgå ordlyd, dommer og øvrig praksis, for å se om det der finnes støtte for å si at den skjønnsmessige habilitetsregelen er relativ. Uttalelser om problemstillingen i forarbeider og litteratur kan jeg imidlertid ikke finne.

7.2 Ordlyd

Hva ligger det så i ordlyden ”særegne forhold”? Hva som kan være særegent, sier ikke bestemmelsen noe om. Noe veiledning finner man likevel i lovteksten, hvor det står at det blant annet skal legges vekt på ”om avgjørelsen i saken kan innebære særlig fordel, tap eller ulempe for ham selv eller noen som han har nær personlig tilknytning til”. Bortsett fra dette, vil hva som er et ”særegent forhold” bli et vurderingsspørsmål. Det kan imidlertid trekkes *noe* ut av ordlyden. Ordet ”særegent” refererer seg til det normale og alminnelige. Det som er normalt kan ikke være særegent. Det å ha en søster eller bror er ikke særegent, men å behandle en sak hvor ens søster eller bror er part, vil være særegent. Det avgjørende må være om forholdene som foreligger er ”egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet”, og dermed også tilliten til forvaltningsorganets behandling av saken. Det innebærer at det må foretas en objektiv vurdering av hvordan forholdet fremtrer utad – for partene og allmennheten. Sivilombudsmannen har gitt uttrykk for at forholdet ikke trenger å være unikt, men at det er tilstrekkelig at forholdet er ulikt fra hva som er tilfellet for svært mange, eller de fleste i samme type situasjon⁵⁸. Dette er det også enstemmighet om i teorien.

Man kan så stille spørsmål om situasjonen ved at ”alle kjenner alle” i småkommuner, er av betydning for hva som er særegent.

I en kommune med få innbyggere vil det være større sannsynlighet for at befolkningen kjenner til sakene som behandles i kommunen, og hvilken tilknytning den eller de som avgjør eller tilrettelegger grunnlaget for avgjørelsen, har til saken eller sakens parter. I en liten kommune hvor ”alle kjenner alle” vil det være mer transparente roller og kommuneforvaltningens arbeid er mer gjennomiktig i forhold til hva som er tilfellet i større kommuner. Det er tale om såpass små forhold at innbyggere i kommunen kjenner til de fleste relasjoner de folkevalgte og tilsatte har, samtidig som de som regel har god kjennskap til de forskjellige verv og bedriftsmessige tilknytninger som foreligger hos kommunalforvaltningen. Åpenhet rundt de relasjoner og tilknytninger de som jobber i kommunen har, gjør at folk har mer tillit til at avgjørelser blir vedtatt på en forsvarlig og upartisk måte.

Det at man er nabo eller har viss kjennskap til noen, vil være langt mer alminnelig i en liten kommune enn i en stor kommune. Når et forhold er allment kjent i kommunen, kan man stille

⁵⁸ Somb-1998-9.

spørsmål om det reduserer risikoen for at det svekker tilliten til befolkningen, og dermed ikke kan anses som et ”[særegent] forhold[...]som er egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet”. Motsetningsvis, hvis man stiller opp Oslo kommune med sine over 500 000 innbyggere, ser man at det kan være store forskjeller på små og store kommuner. I en kommune med så mange innbyggere som Oslo, vil det være svært få som kjenner til hvilke relasjoner de som sitter i bystyret eller kommunerådet har. Kommunalvirksomheten er ikke i så stor grad allment kjent, og det kan tenkes at dette kan få betydning for hva som er ”særegent”. I hvilket omfang slik lokalkunnskap har betydning for vilkåret ”særegne forhold”, er det imidlertid vanskelig å si noe generelt om.

Her presenteres to ytterpunkter – Oslo kommune og kommuner med 2000 eller færre innbyggere. Grensen mellom stor og liten kommune er imidlertid vanskelig å trekke, og hvis graden av gjennomsiktighet i kommunen påvirker avveiningen av hensyn i vurderingen av ”særegne forhold”, vil man stå overfor en vanskelig skjønsmessig grensetrekning. Likevel kan det tenkes at allmenn kunnskap i kommunen kan være et moment i vurderingen av hva som er et ”særegent forhold”, og at innbyggertallet i denne sammenhengen påvirker hovedvilkåret i fvl. § 6 annet ledd.

En annen situasjon er hvor tjenestemann eller folkevalgt A har et veldig godt forhold til parten B, samtidig som A kjenner partene C og D rimelig godt også - men ikke like godt som B. For eksempel: A er kommunestyrerepresentant i X kommune, og kommunestyret skal behandle søknader om skjenkebevillinger. Kommunen har fått inn tre søknader fra innbyggerne B, C og D. A og B har vært gode venner siden barndommen. Isolert sett er forholdet mellom A og B et særegent forhold, som er egnet til å svekke tilliten til As upartiskhet dersom A ikke fratrer ved behandlingen av søknaden. Men i dette tilfellet har vi også partene C og D, som er naboer med A. Disse omgås ofte og kjenner hverandre relativt godt. Forholdet er derimot ikke like sterkt som vennskapet mellom A og B. Det kan tenkes at det at A har ganske god kjennskap også til C og D, svekker det ”særegne” over forholdet til B, på samme måte som i det forutgående eksempelet. Det er større sannsynlighet for at A kjenner flere av partene i saken dersom han bor i en liten kommune, enn hvis han sitter i administrasjonen eller et folkevalgt organ i Oslo. Sannsynligheten for at en tilsatt eller folkevalgt i Oslo kommune skal havne i en slik situasjon, må anses å være relativt liten. Hva som er særegent i en stor kommune, trenger derfor ikke nødvendigvis være særegent i en liten kommune. Men også her kan det vanskelig stilles opp noen generelle regler eller retningslinjer. At det særegne med forholdet mellom A

og B blir svekket på grunn av As forhold til andre parter i saken, kan imidlertid være et relevant moment i vurderingen av de ”særegne forhold”.

At en stor del av innbyggerne i en kommune blir berørt av et vedtak, kan også tenkes å påvirke vilkåret ”særegne forhold”. Dersom flere personer er i samme situasjon, svekker dette det spesielle og uvanlige som den skjønnsmessige habilitetsregelen i utgangspunktet skal regulere. En aktuell sak som kan illustrere denne situasjonen, er en sak som pågår i Solund kommune (ca. 880 innb.) i Sogn og Fjordane. Våren 2010 vedtok kommunestyret en kommuneplan som stilte seg positiv til utbygging av 80-100 vindmøller i kommunen. Fylkesmannen ble gjennom media gjort kjent med at det var omdiskutert om en eller flere av kommunestyrerepresentantene som var med på å vedta kommuneplanen var inhabile, og om kommuneplanen som følge av dette var ugyldig. I brev av 08.10.2010 ba fylkesmannen om kommunestyrets vurdering av spørsmålet, herunder særlig hvilke vurderinger kommunestyret hadde gjort med hensyn til habilitetsreglene i koml. § 40, jf. fvl. kap II. I brev av 10.11.2010, opplyste Solund kommunestyre i sak 036/10, at vedtaket er vurdert og stadfestet, uten at spørsmålet om habilitet ble vurdert.

Ifølge fylkesmannen⁵⁹ kan 7 av kommunestyrets 15 medlemmer være inhabile når det gjelder vindkraftområdene i kommuneplanen. Dette fordi de enten selv har eiendommer eller er i nær slekt med grunneiere innenfor vindparkområdet. Flertallet av grunneierne har inngått konkrete avtaler med vindkraftselskap om eventuell utbygging på deres område, men kommunen kjenner ikke innholdet i disse avtalene, og har heller ikke kjennskap til hvem av grunneierne som har skrevet under på avtalene. Kommunestyret på sin side mente at siden det gjaldt en generell og overordnet plan, tydet det på at habilitet ikke var noe problem. Habilitetsreglene gjelder imidlertid i generelle og overordnede saker så vel som i enkeltsaker. Det avgjørende for om habilitetsreglene i forvaltningsloven kommer til anvendelse, er om det er tale om en ”avgjørelse”, og alle typer avgjørelser omfattes av reglene. En annen ting er at det skal mer til for å bli inhabil i en overordnet sak, enn i et vedtak som går på en konkret enkeltsak. En plansak er i utgangspunktet en generell og overordnet plan uten mange detaljer. Dersom det stilles for strenge habilitetskrav i forbindelse med en slik overordnet plansak, vil veldig

⁵⁹ Brev fra Fylkesmannen i Sogn og Fjordane datert 1. mars 2010 til Solund kommune.

Dok.nr. 11/522. Sak nr.09/493.

mange kunne bli inhabile i en liten kommune. Dersom et enkelt kommunestyremedlem er grunneier og vil kunne få inntekter som følge av planen, stiller det seg annerledes.

Kommunestyret hadde ikke vurdert habiliteten til noen av disse 7 som var med på å vedta kommuneplanen. I forbindelse med lovlighetskontrollen ble vedtaket stadfestet ved nytt vedtak, uten at kommunestyret vurderte habiliteten til noen av de som var med på å ta denne avgjørelsen. Kommunestyret uttalte at *”ingen møtande representantar i kommunestyret bad om ei ugildskapsvurdering i denne saka, og det må ein oppfatte som ein aksept frå kommunestyret for at det ikkje var grunnlag for å vurdere ugildskap”*. Fylkesmannen avviste dette, og uttalte at de folkevalgte det gjaldt skulle ha tatt opp spørsmålet om sin habilitet, opplyst om forhold som gjorde eller kunne gjøre vedkommende inhabil, og fått dette vurdert av kommunestyret, jf. fvl. § 8. Når disse ikke gjorde dette, var det umulig for kommunestyret å ta stilling til habilitetsspørsmålet. Kommunestyret fikk imidlertid mulighet til dette da fylkesmannen tok saken opp til lovlighetskontroll. At ikke habilitetsspørsmålet for de 7 representantene ble tatt opp og behandlet av kommunestyret i samsvar med loven, mener fylkesmannen er en alvorlig saksbehandlingsfeil.

Spørsmålet som her oppstår, er om de 7 representantene ikke skal anses inhabile, ettersom det er såpass mange som blir berørt av vedtaket og at det derfor ikke kan sies å foreligge *”særegne forhold”*.

Jan Fridthjof Bernt har uttalt seg i saken, og ga uttrykk for at folketallet i en kommune kan være et moment i habilitetsvurderingen. Bernt uttalte at habilitetsreglene fordrer en konkret vurdering, og *”dersom ein stor del av innbyggerane i ein kommune blir råka av dette, kan det neppe seiast å vere særeigne forhold”*⁶⁰.

7.3 Rettspraksis

Saken i Rt-1996-64 gjaldt utvidelse av skjenketid i sommerperioden for et sommerhotell i Tvedestrand kommune. Tvedestrand kommunestyre avsto søknaden om utvidet skjenketid. Et av spørsmålene i saken var kommunestyremedlem Kristiansens inhabilitet, da Kristiansen stemte mot søknaden om utvidet skjenketid. Forholdet var det at Kristiansen forut for vedtaket, hadde forhandlet om kjøp av tomt som grenset til hotellet. Avstanden fra tomten til

⁶⁰ BT, 07.04.2011.

hotelllets uteservering (hvor det ble søkt om utvidet skjenketid) var 10 meter. Spørsmålet var om disse omstendighetene utgjorde ”særegne forhold som er egnet til å vekke tilliten til hans upartiskhet”, jf. fvl. § 6 annet ledd.

Høyesterett anså ham inhabil, og uttalte at ”*Kristiansens engasjement i nabotomten må sees som et ”særegent forhold” i relasjon til § 6 annet ledd*”. Med hensyn til den korte avstanden mellom tomten Kristiansen ønsket å bygge på og uteterrassen, uttalte førstvoterende at ”[d]en som eier og bor i et hus på denne tomten, må etter min mening ha en særinteresse i hotelllets skjenketid”⁶¹.

Tvedestrand kommune anførte at Kristiansens tilknytning til hotelllets nabotomt var for usikker, og at selv ikke om han hadde eid og bodd i hus på denne tomten, ville han vært inhabil. Kommunen påsto at den tette bebyggelsen i Tvedestrand, veiene og hotellbryggene, gjør at alle beboerne blir berørt av virksomheten ved skjenkestedene. Det ble videre anført at stedet er lite, og at arten av påvirkningen blir lik for alle, selv om det kan være gradforskjeller.

Til dette uttalte førstvoterende at ”*riktignok er bebyggelsen[...] tett, og mange beboere blir berørt av virksomheten på skjenkestedene - ved båttrafikk, gående på de trange veiene, mv. Ulempene ved støy mv fra hotellet må likevel være særlig påtakelige for de aller nærmeste naboene, slik at de kan ha en særlig interesse i hva skjenketiden for hotellet er*”⁶².

Retten kom til at ”*dette forholdet må være egnet til å svekke tilliten til Kristiansens upartiskhet i saken om skjenketiden. Som nær nabo måtte han ventes å ha en særlig interesse i kort skjenketid*”⁶³.

Vi ser her at Høyesterett erkjenner at innbyggerne i Tvedestrand kommune bor tett, men det sies ikke noe eksplisitt om det lave innbyggertallet i kommunen. Problematikken med tett befolkning og problematikken med små kommuner hvor ”alle kjenner alle”, begge når det gjelder habilitetsvurderingen, er ikke nøyaktig det samme. Befolkningen kan bo tett, selv om det er mange innbyggere, og en kommune kan ha meget lavt innbyggertall, selv om de bor

⁶¹ Rt-1996-64 side 69.

⁶² Ibid. side 69.

⁶³ Ibid. side 69.

spredt. Det forhold at en kommunestyrerepresentant eier eller har forhandlet om kjøp av tomt i nærheten av et utested som søker om utvidet skjenketid, kan være et ”særegent forhold”, men er ikke noe særegent for små kommuner. En viss relevans har likevel dommen, idet førstvoterende uttaler at selv om mange av innbyggerne blir berørt av virksomheten på skjenkestedene, vil de som blir direkte berørt av ulempene ved støy – de aller nærmeste naboene – ha en særlig interesse i hva skjenketiden for hotellet er. Førstvoterende gir her uttrykk for et viktig prinsipp: Selv om mange blir berørt av et vedtak, vil personer med direkte interesser i vedtaket uansett anses som inhabile.

I RG-1994-974 hadde kommunestyret i Borre kommune avslått en søknad om skjenkebevilling. Det ble stilt spørsmål ved et av kommunestyremedlemmenes habilitet. Forut for avslaget på søknaden hadde styremedlemmet vært innom kafeen som søkte om skjenkebevilling, og fortalt eieren at hun kom til å stemme mot innvilgelse av søknaden. Samme dag, og den etterfølgende dagen, ble hun utsatt for truende oppførsel fra kafeens eier. Tingretten kom til at styremedlemmet, til tross for dette, ikke var inhabil ved førstegangsbehandling av søknaden, da det ikke var grunnlag for å si at vedkommende hadde tatt forhåndsstandpunkt, idet truslene var en konsekvens av at hun sa hva hun skulle stemme. Men ved annengangsbehandling av søknaden kom retten til at styremedlemmets frykt og motforestillinger overfor eieren hadde utviklet seg, og at hun nå hadde meget sterk antipati overfor ham, og derfor måtte anses inhabil.

Borre er en kommune med litt under 900 innbyggere. At retten ikke nevnte noe om det lave antallet innbyggere i sin habilitetsvurdering, og heller ikke tok hensyn til dette i den skjønsmessige vurderingen etter fvl. § 6 annet ledd, trenger ikke å bety noe spesielt. Det er ingen forhold ved denne underrettsdommen som fordrer særlige problemer fordi Borre er en liten kommune. Dommens overføringsverdi med hensyn til spørsmålet om innbyggertall påvirker anvendelsen av de materielle vilkår for inhabilitet, er derfor liten.

7.4 Justisdepartementets lovavdelings uttalelser

Justisdepartementets lovavdeling uttaler seg om habilitetsspørsmål i små fagmiljøer i JDLOV-2000-8596b. Som nevnt tidligere gjelder ikke denne uttalelsen direkte for små kommuner, men samme betraktninger kan legges til grunn, idet problematikken ”alle kjenner alle” oppstår i begge henseender. Lovavdelingen ble bedt om å gi en vurdering av Bærum-saken, og de

forvaltningsmessige sidene ved Statens helsetilsyns behandling av en begjæring om gransking av et mulig tilfelle av aktiv dødshjelp ved Bærum sykehus. Bærum-saken gikk ut på at en overlege ved Bærum sykehus ble anmeldt av en kollega for å ha utført aktiv dødshjelp til en pasient som ble behandlet med terminal sedering. Sakkyndige i Helsetilsynet vurderte saken og kom til at det ikke var utført aktiv dødshjelp. Det ble stilt spørsmålsteget om troverdigheten til Helsetilsynets sakkyndige, blant annet i mediene, hvor det ble hevdet at den sakkyndige i saken, professor Kaasa, måtte være inhabil. Dette ble begrunnet med at Kaasa var en god venn av den anklagede overlegen, da de begge hadde vært til stede samtidig på seminarer og konferanser, og da Kaasa hadde vært medforfatter i et faghefte overlegen hadde skrevet om kreftbehandling. Habilitetsspørsmålet ble til slutt sendt over til lovavdelingen i Justisdepartementet med anmodning om vurdering av Kaasas habilitet.

Bakgrunnen for tilknytningen mellom Kaasa og påklagd overlege, synes for lovavdelingen opprinnelig å ha vært kontakt og samarbeid rent faglig og administrativt. Lovavdelingen uttalte at kontakten dem imellom tidvis har omfattet mer enn det som normalt følger av et arbeidsforhold, ved at de har samarbeidet med utarbeidelse av et faghefte, ved at påklagd overlege har bidratt med et kapittel i en lærebok utgitt av Kaasa, og ved at de har sittet i styrer og råd sammen. Men lovavdelingen gir også uttrykk for at *”det som utgangspunkt [skal] mye til før slik kontakt grunnet i arbeid innen samme fagfelt fører til inhabilitet. Dette må gjelde både i tilfeller hvor det aktuelle fagmiljøet er stort og i tilfeller hvor det er mindre”* og at *”det må foreligge spesielle omstendigheter for å konstatere inhabilitet i slike tilfeller, for eksempel en spesiell tilknytning til den konkrete saken som det er aktuelt å vurdere, eller et særlig nært og langvarig samarbeid mer generelt med involverte personer”*⁶⁴.

Under spørsmålet om det så foreligger et slikt nært personlig tilknytningsforhold mellom de to, sier lovavdelingen at det ikke er noe som tyder på at det foreligger noe mer personlig vennskap mellom Kaasa og overlegen, for eksempel ved sosial omgang ut over det som er en direkte og naturlig følge av det rent faglige og administrative samarbeidet, som i seg selv kan gi grunnlag for å anta at tilliten til Kaasas upartiskhet er svekket. Lovavdelingen kom til at Kaasa ikke var inhabil.

⁶⁴ JDLOV-2000-8596b, punkt 3.2.

Lovavdelingen mener altså at det som utgangspunkt skal mye til for å erklære noen inhabil dersom de påstått inhabiliserende forhold utelukkende er av faglig karakter – det være seg i både store og små fagmiljø. Det må noe mer til enn kun kontakt som følge av faglig samarbeid, for å kunne konstatere et ”særegent forhold”.

Lovavdelingen uttaler seg også om de mer generelle spørsmål ved habilitetsreglene, og sier at når det gjelder den skjønsmessige vurderingen i fvl. § 6 annet ledd, vil ”*ikke enhver generell interesstilknytning lede til inhabilitet. Det må nok også lede til en viss relativitet i vurderingen, slik at kjennskap og en viss sosial omgang mellom tjenestemannen og en part i mindre grad blir et særegent forhold i små faglige miljøer, enn der de aktuelle personene tilhører et fag eller et livsområde med flere deltakere*”⁶⁵. Lovavdelingen mener altså at vurderingen til en viss grad er relativ, slik at hva som er særegent i ett fagmiljø, ikke nødvendigvis er særegent i et annet fagmiljø. Dette kan begrunnes med at sosial og faglig omgang i små fagmiljøer, eller små kommuner for den saks skyld, i mindre grad blir særegent fordi det finnes færre folk å forholde seg til enn hva som er tilfelle i større fagmiljø og kommuner. Med hensyn til oppgavens problemstilling, kan disse uttalelsene tas til inntekt for å kunne si at det som er ”særegent” i ett tilfelle, ikke nødvendigvis trenger å være ”særegent” i et annet tilfelle, og at omstendigheter som foreligger i små kommuner eller fagmiljøer på den måten kan være med på å svekke det særegne over forholdet.

7.5 Konklusjon

Etter en vurdering av de reelle hensyn og det øvrige materialet som foreligger, vil jeg si at kriteriet ”særegne forhold” åpner for et ganske vidt skjønn, og at bestemmelsen gir rom for å legge vekt på de hensyn jeg her i kapittel 7 har vært gjennom. Det vil da være naturlig å hevde at regelen i fvl. § 6 annet ledd, til en viss grad er relativ. Dette innebærer at forhold som er ”særegne” i en stor kommune, ikke nødvendigvis er ”særegne” i en liten kommune. At et forhold er allment kjent i en kommune, vil kunne redusere det spesielle ved forholdet. På samme måte vil det være dersom flere personer blir berørt av et vedtak. Dersom flere blir berørt, kan det ”særegne” preget over forholdet forsvinne.

⁶⁵ JDLOV-2000-8596b, punkt 3.2.

8. Avsluttende kommentarer

Det er etter min oppfatning ingen tvil om at fvl. § 6 annet ledd gir rom for å legge vekt på praktiske hensyn og hensynet til lokaldemokratiet, jf. punkt 5.4 og punkt 6.4. Til en viss grad har også innbyggertallet betydning for hva anses som et ”særegent forhold” etter fvl. § 6 annet ledd, jf. punkt 7.5. Det kan derfor konkluderes med at en kommunes innbyggertall, til en viss grad, har betydning for anvendelsen av de materielle vilkår for inhabilitet. Det er *i hvilken utstrekning* man kan legge vekt på disse hensyn og betraktninger, som er diskutabelt.

Legges det for mye vekt på lokaldemokratiet, vil det kunne stride mot de hensyn og formål som ligger bak habilitetsreglene. Det må derfor foretas en konkret vurdering av de motstående hensyn, noe som i småkommuner kan innebære en balansegang mellom nærhetsprinsippet og det som er *for* nært. Tas det ikke hensyn til lokaldemokratiet, kan det miste sin funksjon, og i enkelte tilfeller kan det resultere i at man stenger for saksbehandling av de mest kompetente og erfarne personene på det aktuelle fagområdet.

Dersom man legger for mye vekt på praktiske problemer med å finne en eller flere stedfortredere, vil formålet med habilitetsreglene komme i skyggen, herunder særlig hensynet til tillit og det å sikre en upartisk avgjørelse. Under enhver omstendighet kan det ikke ses bort fra habilitetsreglene og formålet med disse. Dersom noen er klart inhabile på grunn av direkte økonomiske interesser og andre egeninteresser, må hensynet til praktiske problemer vike. Her må hensynet til å sikre habile folk gå foran selv om det vil være uforholdsmessig vanskelig å finne en stedfortreder. Annet vil være med på å undergrave de basale prinsippene som ligger bak habilitetsreglene. Hvis man derimot unnlater helt å gi rom for praktiske hensyn, vil forvaltningens virksomhet kunne bli lammet, noe som vil kunne få store konsekvenser for små kommuner. Det vil kunne bli problematisk å fatte vedtak i en liten kommune hvis det aldri gis rom for å vektlegge administrative ulemper med inhabilitet.

Professor Frank Aarebrot har i forbindelse med habilitetssaken i Solund kommune (se side 36-37), uttalt at man umulig kan ha samme habilitetsregler i Solund kommune som i Bergen eller Oslo. Han viser til at det ofte er tette bånd i slike små samfunn, og at hver enkelt representant fort kan ha mange slektninger som gjør vedkommende inhabil, dersom dagens lover og regelverk skal praktiseres ”etter boka”⁶⁶.

⁶⁶ BT, 07.04, 2011, side 4.

Jeg mener imidlertid at man *kan* praktisere dagens lover og regelverk ”etter boka”, idet fvl. § 6 annet ledd åpner for en såpass vid skjønnsmessig vurdering, og at man her *kan* ta hensyn til slike små samfunn hvor relasjonene er mange og nære. Det er ikke så mye spørsmålet om å *tolke* habilitetsreglene annerledes fra kommune til kommune, som å *anvende* dem annerledes i ulike kommuner.

Støtte for dette synspunktet finnes i Jan Fridthjof Bernts uttalelse i forbindelse med saken i Solund kommune. Til spørsmålet om vurderingen av habilitet blir annerledes i en liten kontra en folkerik kommune, svarer Bernt at ”*[d]et er ikkje utenkjeleg at storleiken kan spele ei rolle, utan at ein skal dra det for langt. Men dei basale prinsippa kan ein ikkje slakke på. Er det snakk om direkte økonomisk fordel av ein viss storleik, så blir folk inhabile uansett kor stor del av folketalet i ein kommune dei utgjer*”⁶⁷.

Både Aarebrot og Bernt kommer imidlertid med viktige og treffende uttalelser. I alle tilfeller er det sentrale om det foreligger særegne forhold som er egnet til å svekke tilliten til forvaltningen. Hva som er særegent kan imidlertid variere fra sted til sted. Hva som er særegent i Oslo, trenger ikke nødvendigvis være særegent i Utsira kommune. Det er problematisk å fatte vedtak i små kommuner etter de samme reglene som i Oslo, samtidig som man vanskelig kan si at det skal være ulike regler for store og små kommuner, selv om innbyggertall har en viss betydning i habilitetsvurderingen.

Som Bernt nevner, så er det viktig ikke å dra dette synspunktet for langt. De grunnleggende prinsippene og hensynene bak habilitetsreglene består, og disse kan man ikke endre på. Er det tale om direkte økonomiske fordeler av en viss størrelse eller andre direkte egeninteresser av en viss betydning, er det lite rom for å legge vekt på kommunens størrelse. Da blir vedkommende inhabil selv om kommunen er liten og har få innbyggere. Dette gjelder uansett om det særegne forholdet er allment kjent for kommunens innbyggere, eller de inhabile utgjør en stor del av folketallet i kommunen, og selv om det er uforholdsmessig vanskelig å finne en stedfortreder for den inhabile.

⁶⁷ BT, 07.04, 2011, side 4.

Samme synspunkt finnes i Rt-1996-64 (Hegnar Hotell-dommen), hvor førstvoterende på side 68 uttaler at *”når det som her er spørsmål om inhabilitet på grunn av private særinteresser, ser jeg ikke grunn til å stille mindre strenge krav til kommunestyremedlemmer enn til tjenestemenn. Habilitetsreglene i forvaltningsloven skal sikre korrekte avgjørelser, opprettholde tilliten til dem som fatter avgjørelsene, og beskytte beslutningstakerne mot at det sås tvil om deres troverdighet. Disse hensynene gjelder også når det er en folkevalgts private interesse som skal vurderes”*. Selv om det her er spørsmål om det skal gjøres forskjell på tilsatte og folkevalgte i habilitetsvurderingen, gir førstvoterende uttrykk for et viktig prinsipp. Når en person rammes direkte selv, er vedkommende inhabil uavhengig av andre motstående argumenter. Uttrykk for samme prinsipp gir førstvoterende på side 69, hvor han uttaler at *”riktignok er bebyggelsen[...] tett, og mange beboere blir berørt av virksomheten på skjenkestedene - ved båttrafikk, gående på de trange veiene, mv. Ulempene ved støy mv fra hotellet må likevel være særlig påtakelige for de aller nærmeste naboene, slik at de kan ha en særlig interesse i hva skjenketiden for hotellet er”*.

Som tidligere påpekt, reiser ikke våre habilitetsbestemmelser problemstillinger som angår habilitetsvurderingen i små kommuner. Et spørsmål som da reiser seg, er om regelverket *burde* gjøre det. I all hovedsak gjelder dette den skjønnsmessige vurderingen i fvl. § 6 annet ledd. Lovbestemmelsen kunne nevnt hensynet til små kommuner, herunder særlig vanskene med å finne en habil erstatter, for å få en klarere avveining av motstående hensyn og å legitimere hensynet til småkommuner.

Kilder

Bøker

Bernt og Rasmussen (2003)

Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens Forvaltningsrett, Bind I*, Fagbokforlaget, Bergen, 2003.

Eckhoff og Smith (1997)

Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett, 6. utgave*, Tano Aschehoug, Oslo, 1997.

Eckhoff og Smith (2006)

Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett, 8. utgave*, Universitetsforlaget, Oslo, 2006.

Eckhoff og Smith (2010)

Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett, 9. utgave*, Universitetsforlaget, Oslo, 2010.

Woxholth (2006)

Geir Woxholth, *Forvaltningsloven med kommentarer, 4. utgave*, Gyldendal Akademisk, Oslo, 2006.

Frihagen (1985)

Arvid Frihagen, *Inhabilitet etter forvaltningsloven*, Forlaget A. Frihagen A/S, Oslo, 1985.

Frihagen (1987)

Arvid Frihagen, *Forvaltningsloven og kommunal saksbehandling, 4. reviderte og utvidede utgave*, Universitetsforlaget, Bergen, 1987.

Os, Overå og Pedersen (2001)

Audvar Os, Oddvar Overå, Odd Jarl Pedersen, *Forvaltningsloven og kommunene, 4. utgave*, Kommuneforlaget, Oslo, 2001.

Lover

Forvaltningsloven

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

Kommuneloven

Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) av 25. september 1992 nr. 107.

Den danske forvaltningsloven

Lov nr. 571 af 19. december 1985.

Forarbeider

NUT 1958:3

Innstilling fra Komiteen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning.

NOU 2005:6

Samspill og tillit. Om staten og lokaldemokratiet. Utredning fra Lokaldemokratikommisjonen oppnevnt ved kronprinsregentens resolusjon 12. mars 2004.

Ot.prp. 38 (1964-1965)

Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

St.meld. nr.33 (2007-2008)

Eit sterkt lokaldemokrati. Tilråding frå Kommunal- og regionaldepartementet av 20. juni 2008, godkjend i statsråd same dagen.

Rettspraksis

Rt-1996-64

RG-1994-974 (Horten herredsrett)

Sivilombudsmannens årsmelding

Somb-1998-9 (1998 s 63)

Sombu-2000-4 (2000 s. 22)

Somb-2000-5 (2000 s 64)

Somb-2007-96, (2007 s 367)

Justisdepartementets uttalelser

JDLOV-2000-8596b

Justisdepartementets lovavdeling, 2000-11-03, *Saksbehandlingen i Bærumsaken - anmodning om en vurdering fra Lovavdelingen.*

Artikler, rapporter, brev

Forvaltningsrevisjon av habilitet i Kvitsøy kommune 2010

[http://www.rogaland-](http://www.rogaland-revisjon.no/kip/Revisjon.nsf/id/CDBC0D28615B8EBDC12577F3004F8F07?OpenDocument)

[revisjon.no/kip/Revisjon.nsf/id/CDBC0D28615B8EBDC12577F3004F8F07?OpenDocument](http://www.rogaland-revisjon.no/kip/Revisjon.nsf/id/CDBC0D28615B8EBDC12577F3004F8F07?OpenDocument)

BT, 07.04.2011

Bergens Tidende, torsdag 7.april 2011.

Brev fra Fylkesmannen i Sogn og Fjordane datert 1. mars 2010 til Solund kommune.

Dok.nr. 11/522. Sak nr.09/493.

Moderniseringsdepartementet 7.sept. 2005

Etiske retningslinjer for statstjenesten.

Retningslinier for behandling af habilitetsproblemer, marts 1994.

Regelsamling for Københavns Universitet. 11.03.1994. Nr. 20.20.

Baldersheim og Rose, 2011

Harald Baldersheim og Lawrence E. Rose, *Hvordan fungerer lokaldemokratiet? Kartlegging av innbyggernes og folkevalgtes erfaringer og oppfatninger. En sammenfattende rapport basert på 82 kommuner.* Institutt for statsvitenskap, UiO, februar 2011.

Intervjuer

Balestrand kommune, Sogn og Fjordane – ordfører.

Folldal kommune, Hedmark – ordfører og rådmann.

Jondal kommune, Hordaland – rådmann.

Lierne kommune, Nord-Trøndelag – rådmann.

Modalen kommune, Hordaland – rådmann.

Nesseby kommune, Finnmark – rådmann.

Nissedal kommune, Telemark – ordfører.

Rømskog kommune, Østfold – ordfører.

Snillfjord kommune, Sør-Trøndelag – rådmann.

Valle kommune, Aust-Agder – rådmann.

Vegårshei kommune, Aust Agder – ordfører.

Åseral kommune, Vest-Agder – rådmann.