

Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning

Holth & Winge, Sigrid Stokstad,
Eivind Smith og OsloMet/NIBR

KS FoU-rapport 244023



20. desember 2024

Forord

Denne utredningen handler om det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning, og er skrevet på oppdrag fra Kommunesektorens organisasjon (KS).

Utredningen er foretatt i samarbeid mellom Holth & Winge, Sigrid Stokstad, Eivind Smith og OsloMet/NIBR. Holth & Winge har vært prosjektledere.

Utredningens sammendrag og kapittel 2 er skrevet av Holth & Winge, Sigrid Stokstad og Eivind Smith i samarbeid. Kapittel 3 og 4 er skrevet av Sigrid Stokstad og Eivind Smith. Kapittel 1, oppsummeringen av intervjuer med statsforvalterne i kapittel 8-11, samt kapittel 14 er skrevet av Holth & Winge og OsloMet/NIBR i samarbeid. Holth & Winge har skrevet de øvrige delene av utredningen. OsloMet/NIBR har skrevet partiprogramanalysen i vedlegg 1.

Vi takker KS for et spennende oppdrag. Vi vil også takke statsforvalterne som har gitt oss verdifull informasjon gjennom intervjuer, og medlemmene i referansegruppene for gode innspill.

Innhold

Sammendrag	8
Abstract.....	18
1. Innledning	29
1.1 Tema og overordnet problemstilling	29
1.2 Bakgrunn	29
1.3 Metode for utredningen	31
1.3.1 Juridisk utredning.....	31
1.3.2 Empiriske undersøkelser.....	31
1.4 Referansegrupper	33
1.5 Oppbygningen av utredningen	34
Del 1: Det kommunale selvstyret	35
2. Begrepet «kommunalt selvstyre».....	35
2.1 Utgangspunktet	35
2.2 Selvstyrets grenser	37
3. Grunnlovsbestemmelsen om lokalt selvstyre	40
3.1 Kort om den historiske bakgrunnen	40
3.2 Grunnlovsfestingen	43
3.3 Nærmere om innholdet av Grl. § 49 andre ledd	45
3.3.1 Rettskildene	45
3.3.2 Adressatene for Grl. § 49 andre ledd.....	46
3.3.3 Lokale folkevalgte organer.....	46
3.3.4 Egne rettssubjekter	47
3.3.5 Rettslig handleevne	47
3.3.6 Negativt avgrenset kompetanse.....	47
3.3.7 «Lokale anliggender»	49
3.4 Særlig om kravet om regulering «ved lov»	51
3.5 Særlig om kommunenes vern mot statlige inngrep i eiendomsrett.....	54
3.6 Grl. § 49 andre ledd som retningslinje ved utarbeidelse av lovforslag.....	57
3.7 Grl. § 49 andre ledd som argument ved tolkning av lovgiving av betydning for kommunene	59
4. Kommunelovens bestemmelser om kommunalt selvstyre	61
4.1 Betydningen av formålsbestemmelsen i kommuneloven § 1-1	61
4.2 Kommunalt og fylkeskommunalt selvstyre etter kommuneloven § 2-1	62

4.3 Prinsippene om nasjonale myndigheters forhold til selvstyret etter kommuneloven § 2-2.....	64
4.4 Det kommunale selvstyret som argument ved tolkning av annen lovgivning	66
5. Kommunenes eierrådighet	70
5.1 Innledning	70
5.2 Kommunenes eierrådighet	70
5.2.1 Nærmere om eierrådighet	70
5.2.2 Forholdet til forvaltningsloven	75
5.3 Legalitetsprinsippet	76
5.3.1 Utgangspunkter	76
5.3.2 Grunnloven § 113.....	77
5.4 HR-2021-2150-A, «el-sparkesykkeldommen».....	80
5.4.1 Bakgrunn.....	80
5.4.2 Dommens innhold	80
5.4.3 Dommens betydning for kommunenes eierrådighet og selvstyre	82
6. Kommunenes organisasjons- og instruksjonsmyndighet	86
6.1 Innledning	86
6.2 Organisasjonsmyndigheten	86
6.3 Instruksjonsmyndigheten	89
6.4 Hvilket kompetansegrunnlag organisasjons- og instruksjonsmyndigheten gir overfor subjekter utenfor organisasjonen	90
Del 2: Statlig kontroll av kommunale avgjørelser og virksomhet.....	94
7. Statlige informasjonstiltak.....	94
7.1 Innledning	94
7.2 Utgangspunktet - lovkravet i kommuneloven § 2-1.....	95
7.2.1 Tildeling av oppgaver til kommunene.....	95
7.2.2 Beskrivelse av kommunenes oppgaver i statlige informasjonstiltak	96
8. Staten som klageinstans og omgjøringsmyndighet	98
8.1 Innledning	98
8.2 Generelt om statsforvalters prøvingskompetanse i klagesaker.....	98
8.3 Klagebestemmelser i utvalgte sektorlover	103
8.3.1 Innledning	103
8.3.2 Alkoholloven	103
8.3.3 Pasient- og brukerrettighetsloven	104

8.3.4 Opplæringslova	105
8.3.5 Plan- og bygningsloven.....	106
8.4 Erfaringer fra praksis	109
8.4.1 Innledning	109
8.4.2 Intervju av statsforvaltere	109
8.4.3 En gjennomgang av et utvalg klagevedtak	110
8.5 Omgjøring uten etter klage	111
8.6 Oppsummering	113
9. Statlig lovlighetskontroll av kommunale vedtak.....	114
9.1 Innledning	114
9.2 Kort om krav om lovlighetskontroll fra medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget.....	116
9.3 Statens adgang til lovlighetskontroll av eget tiltak	117
9.3.1 «Særlige grunner»	117
9.3.2 Hensynet til det kommunale selvstyret ved vurdering av om en sak skal tas opp til kontroll	119
9.4 Hva en lovlighetskontroll kan omfatte	120
9.5 Erfaringer fra praksis	122
9.5.1 Innledning	122
9.5.2 Intervjuer med statsforvalterne	122
9.5.3 Gjennomgang av et utvalg vedtak.....	123
9.6 Oppsummering	124
10. Statlig tilsyn med kommunal virksomhet	125
10.1 Innledning	125
10.2 Lovgrunnlaget for statlig tilsyn med kommunene	126
10.2.1 Kommunelovens bestemmelser om statlig tilsyn	126
10.2.2 Eksempler på tilsynsbestemmelser i særlovgivningen	129
10.3 Samordning av tilsyn	132
10.4 Sanksjoner ved avdekkede lovbrudd	134
10.5 Kommunens partsrettigheter ved tilsyn	135
10.6 Erfaringer fra praksis	136
10.6.1 Innledning	136
10.6.2 Intervjuer med statsforvaltere	136
10.7 Oppsummering.....	138

11. Staten som innsigelsesmyndighet i plansaker	140
11.1 Innledning	140
11.2 Rolle- og ansvarsfordeling i plan- og bygningsretten	140
11.3 Hjemmelsgrunnlaget for innsigelse	141
11.4 Formålet med bestemmelsene om innsigelse til kommunale arealplanforslag	143
11.5 Hensynet til det kommunale selvstyret ved vurdering av om det skal fremmes innsigelse til kommunale arealplanforslag	145
11.5.1 Utgangspunkter for innsigelse.....	145
11.5.2 Momenter i vurderingen av om innsigelse skal fremmes	146
11.6 Erfaringer fra praksis	150
11.6.1 Innledning	150
11.6.2 Intervjuer med statsforvalterne	150
Del 3: Kommunenes adgang til å reise søksmål mot staten	153
12. Kommunenes søksmålsadgang etter tvisteloven.....	153
12.1 Innledning	153
12.2 Søksmålsadgangen etter tvisteloven § 1-3	153
12.2.1 Bakgrunn.....	153
12.2.2 HR-2023-1044-A	154
12.3 Tvister om gyldigheten av et statlig organs avgjørelse – tvisteloven § 1-4 a	157
12.3.1 Bakgrunn.....	157
12.3.2 Omfanget av søksmålsadgangen etter tvisteloven § 1-4 a	159
12.3.3 Plikt til likevel å oppfylle vedtak som er kjent ugyldige	165
12.4 Forholdet mellom tvl. § 1-3 og § 1-4 a	166
12.4.1 Særlig om aktualitetskravet	166
12.4.2 HR-2024-1948-A	167
13. Tvist om gyldigheten av innsigelse til kommunalt planforslag – plan- og bygningsloven § 5-7	170
13.1 Bakgrunn.....	170
13.2 Omfanget av søksmålsadgangen etter pbl. § 5-7	170
13.2.1 Hvilke avgjørelser det kan reises søksmål om	170
13.2.2 Hva «gyldighet» omfatter	172
Del 4: Lovgivningsprosesser.....	175
14. Betydningen av endringene i Grunnloven § 49 og kommuneloven ved vedtakelse av nyere lovgivning.....	175

14.1 Innledning	175
14.2 Omtale av det kommunale selvstyret i stortingspartienes partiprogrammer	176
14.3 Formelle lovprosesser og utredningsinstruksens omtale av det kommunale selvstyret.....	178
14.4 Endringer i energiloven og plan- og bygningsloven (vindkraft på land).....	180
14.4.1 Kort om lovforslagets innhold	180
14.4.2 Forarbeidenes omtale av det kommunale selvstyret.....	181
14.4.3 Partiprogrammene.....	182
14.4.4 Stemmegivningen i Stortinget	182
14.5 Endringer i forurensningsloven.....	182
14.5.1 Kort om lovforslagets innhold	182
14.5.2 Forarbeidenes omtale av det kommunale selvstyret.....	183
14.5.3. Partiprogrammene	183
14.5.4 Stemmegivningen i Stortinget	184
14.6 Endringer i helsepersonelloven, pasient- og brukerrettighetsloven mv.	184
14.6.1 Kort om lovforslaget	184
14.6.2 Forarbeidenes omtale av det kommunale selvstyret.....	184
14.6.3 Partiprogrammene.....	185
14.6.4. Stemmegivningen i Stortinget	185
14.7 Lov om kommunenes ansvar på det boligsosiale feltet	185
14.7.1 Kort om lovforslaget	185
14.7.2 Forarbeidenes omtale av det kommunale selvstyret.....	186
14.7.3 Partiprogrammene.....	187
14.7.4 Stemmegivningen i Stortinget	187
14.8 Oppsummering.....	188
14.8.1 Betydningen av lovendringene for å styrke det kommunale selvstyret	188
14.8.2 Forholdet mellom partiprogrammene og stemmegivningen i Stortinget.....	189
Del 5: Oppsummering og anbefalinger	191
15. Samlede betraktninger og forslag til tiltak	191
15.1 Innledning	191
15.2 De overordnede bestemmelsene om kommunalt selvstyre, og ulike kompetansegrunnlag	191
15.3 Statlig kontroll og kommunenes søksmålsadgang	193
15.3.1 Klagebehandling, lovlighetskontroll og tilsyn.....	193

15.3.2 Innsigelse	195
15.3.3 Statsforvaltningens forståelse av kommunalt selvstyre	196
15.4 Lovgivningsprosesser	197
Vedlegg	199

Sammendrag

Utredningens tema

Denne utredningen søker å klarlegge det rettslige innholdet av det kommunale selvstyret. I dette ligger å foreta en vurdering av hva kommunalt selvstyre betyr, hvor langt det rekker innenfor ulike rettsområder, samt hvilke begrensninger som finnes. Med «det kommunale selvstyret» menes både kommunalt og fylkeskommunalt selvstyre, med mindre noe annet er presisert i utredningen.

Utredningen tar utgangspunkt i flere lovendringer i nyere tid, hvor det kommunale selvstyret er løftet frem. Helt sentralt er grunnlovfestingen i § 49 andre ledd, bestemmelsene i ny kommunelov og endringen i forvaltningsloven § 34 andre ledd. I tillegg er det gjort endringer i flere sektorlover som har hatt til formål å styrke det kommunale selvstyret i forhold til staten som kontrollmyndighet, blant annet i klagebehandling og ved statlig tilsyn og lovlighetskontroll, og mulighet til å reise søksmål om statlige avgjørelser i slike saker.

Utredningen undersøker blant annet i hvilken utstrekning de ovennevnte lovendringene er fulgt opp i praksis. Dette gjelder for det første med hensyn til hvordan statsforvaltningen forholder seg til kommunene i sitt arbeid, og for det andre om lovendringene har hatt betydning for andre, senere lovprosesser.

Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyre i lys av nyere lovgivning

Nærmere om innholdet i begrepet kommunalt selvstyre

Utredningen handler ikke om begrepet lokalt selvstyre i seg selv, men om det lokale selvstyrets rettslige grunnlag og omfang i dagens Norge, og om hvor omfattende lovgiver mener valgfriheten skal være. Innledningsvis gir utredningen likevel noen betraktninger om selve begrepet og dets innhold og begrensninger.

Kjernen i begrepet selvstyre er i utgangspunktet enkel, og ikke omstridt; Selvstyre foreligger når et subjekt på minst ett område har frihet til å treffe andre valg enn et annet subjekt i en tilsvarende situasjon, eller andre valg enn det andre subjekter ønsker eller forventer. Kommunene kan altså foreta andre valg enn nabokommuner, og de kan treffe andre valg enn det staten ønsker. Begrepet selvstyre forutsetter også et minimum av objekter som denne valgfriheten kan benyttes til å råde over.

Kommunalt selvstyre innenfor de rammer som følger av at Norge er en enhetsstat, har vært et viktig utgangspunkt siden formannskapslovene av 1837. Selvstyrets begrunnelse kommer godt til uttrykk gjennom Grl. § 49 andre ledd, som tar utgangspunkt i innbyggernes rett til å styre seg selv. Retten til å «styre lokale anliggender» gir ikke mening dersom valget i ett geografisk område, ikke kan føre til at vedkommende kommune treffer andre valg og løser sine oppgaver annerledes enn andre kommuner, eller annerledes enn det staten finner politisk ønskelig.

Omfanget av kommunenes valgfrihet kommer likevel an på rettsregler på de aktuelle områdene. Selvstyret begrenses både av regler om kommunenes organisering, deres

frihet til å styre sin egen økonomi og friheten til å utforme sin virksomhet på områder som er lagt dit i kraft av lov. Grensene for det kommunale selvstyret bygger for det meste på lov eller forskrift, som alltid setter visse rammer for den kommunale handlefriheten. I mange tilfeller er rammene klare, slik at det er utvilsomt hvilken handlefrihet kommunene har. I mange tilfeller angis imidlertid rammene ved bruk av mer eller mindre skjønnsmessige ord og uttrykk, slik at valgfrihetens nærmere grenser må avgjøres ved tolkning. At det kommunale selvstyret må utøves innenfor de rammer som følger av Grunnloven og andre overordnede rettsregler, innebærer at det ikke lar seg gjøre å si generelt hvor omfattende selvstyret er. Svaret vil bero på summen av slike rammer.

Statens styring av kommunene har over tid økt i både omfang og detaljeringsgrad. Derfor har både storting og regjering de siste årene gitt uttrykk for at det lokale selvstyret skal styrkes, både ved å fastholde prinsippet om rammestyling, ved at statsforvaltningen utøver sin myndighet med større bevissthet om det lokale selvstyret, og ved at lovgivningen i større grad bygger på en avveining mellom nasjonale hensyn og hensynet til lokaldemokratiet.

Grunnlovsbestemmelsen om lokalt selvstyre

Helt siden 1814 har § 49 om at «Folket utøver den lovgivende makt ved Stortinget» vært Grunnlovens «faneparagraf» om folkesuverenitet. Da paragrafen i 2016 fikk særskilte bestemmelser om representativt demokrati på lokalt nivå, hadde flere hovedtrekk av kommunenes plass som selvstyrte organer i det nasjonale fellesskapet vært stabile gjennom lang tid. Grunnloven § 49 andre ledd tar utgangspunkt i og viderefører disse hovedtrekkene.

På samme måte som i Grl. § 49 første ledd («Folket») trer folkesuverenitet tydelig frem i andre ledd ved at det er «innbyggerne» i et geografisk avgrenset område som har «rett til å styre lokale anliggender» gjennom «lokale folkevalgte organer». Bestemmelsen klargjør at hver geografisk enhet skal være utstyrt med folkevalgt ledelse som fra dag til dag utøver innbyggernes «rett til å styre». I «lokale anliggender» er selvstyret ikke begrenset til det som positivt angis gjennom statens lover og bevilgningsvedtak.

Mens Grl. § 49 andre ledd gjelder *lokalt* selvstyre, bygger fylkeskommunenes eksistens og handlefrihet på vanlig lov. Bestemmelsen sier heller ikke noe om *antall* kommuner. Men grunnlovsendring er nødvendig for helt å fjerne ordningen med lokale enheter ledet av folkevalgte organer.

Grunnlovsbestemmelsen forutsetter at kommunene som egne rettssubjekter (juridiske personer) adskilt fra staten har en viss rettslig handleevne som ikke bygger på lov. Ordlyden i Grl. § 49 andre ledd gir ikke klar beskjed om hva som skal regnes som «lokale anliggender» som staten ikke kan gripe inn i, og stortingskomitéens flertall presiserer at bestemmelsen ikke gir anvisning på «et definert og avgrenset, autonomt kommunalt, inngrepsfritt kjerneområde». Grunnlovens uttrykk «rett til å styre» forutsetter likevel at lokalbefolkningen på minst ett område har frihet til å treffe andre valg enn andre kommuner, derunder andre valg enn statlige myndigheter ønsker eller forventer. Kommunene har altså frihet til å ta egne initiativ og til å formulere egne mål. Et minimum av selvstyre kan bare realiseres dersom kommunene har rådighet over egne

økonomiske ressurser som de disponere etter eget valg og en viss frihet til å organisere egen virksomhet, ansette og instruere eget personale osv.

Men også kommunene er bundet av loven. Grl. § 49 andre ledd klargjør at nærmere bestemmelser om det lokale folkevalgte nivå «fastsettes» ved lov. På denne måten kan vi si at selvstyret er *negativt avgrenset*, i den forstand at kommunenes virksomhet må utøves innenfor de grenser som følger av lov. For lovpålagte oppgaver la komitéinnstillingen til grunn at rommet for å styre lokale anliggender i 2016 oppfylte innbyggernes rett etter den nye bestemmelsen, og at grunnlovfestingen ikke skulle begrense nasjonale myndigheters adgang til å styre oppgavefordelingen og til å gi bestemmelser om kontroll og overprøving. Men grensene kan ikke være så snevre at intet rom for handlefrihet blir tilbake.

Uttrykket «lov» må her forutsettes brukt med sikte på vedtak av Stortinget og Kongen etter reglene i Grl. § 75 bokstav a) og §§ 76 flg. («formelle lover») og på forskrifter gitt med hjemmel i slik lov. Selv om vedtaksprosessen er ulik og legger avgjørelsen til Stortinget alene, er også Stortingets bevilgningsvedtak etter § 75 bokstav d) bindende for kommunenes bruk av statlige midler.

Samtidig tydeliggjør henvisningen til lovsformen i Grl. § 49 andre ledd at den utøvende statsmakt (statsforvaltningen) ikke kan begrense kommunenes handlefrihet i større grad enn det som følger av lov- eller bevilgningsvedtak. Kommunene kan ikke «instrueres» el., slik som underordnede organer (direktorater mv.) i det statlige forvaltningshierarkiet.

Selvstyrets grenser på det enkelte område må på vanlig måte klarlegges på grunnlag av vedkommende lovbestemmelser mv. Lovtolkningen må skje under hensyn til at Grl. § 49 andre ledd tar sikte på forholdet mellom offentlige institusjoner, ikke på forholdet til private rettssubjekter, der det kan gjelde særlige krav om klar hjemmel (tydeligst i f.eks. saker om administrativ tvang overfor enkeltpersoner). Men grunnlovsbestemmelsen tilsier at hjemmelskravet skal ha en realitet også i forholdet mellom statsforvaltningen og kommunene.

Spørsmålet om vern for kommunenes eiendomsrett skiller seg fra det mer generelle spørsmålet om vern mot ulovhjemlede «inngrep» etter Grl. § 49 andre ledd ved at svaret må søkes med utgangspunkt i spesialbestemmelsen i Grl. § 105. Her er det lagt til grunn at kommunene kan ha krav på «full erstatning» på lik linje med private rettssubjekter. Derimot er utgangspunktet at kommunene ikke er vernet overfor staten med grunnlag i eiendomsrett i EMK P1-1.

Grl. § 49 andre ledd oppstiller en retningslinje for statens arbeid med kommunerelaterte spørsmål. Innstillingen fra stortingskomitéen viser tydelig at bestemmelsen skulle ha betydning ved utarbeidelse av lovforslag. Dersom bestemmelsen skal få tilsiktet effekt, må verdien av lokalt selvstyre påvirke de politiske valgene som lov- og budsjettvedtak er uttrykk for.

Grl. § 49 andre ledd bidrar til å gi den samlede virksomheten i kommunene en særlig valør som skiller den fra statsforvaltningen og som må vektlegges ved all tolkning av underordnet lovgivning av betydning for kommunene. At det i praksis ikke er uavhengige domstoler, men statsforvaltningen selv, ikke minst statsforvalteren i mange klagesaker,

som avgjør de fleste tvistesporsmål og dermed «bestemmer» hva mer eller mindre uklare lovbestemmelser betyr, tilsier i seg selv at det grunnlovbestemte utgangspunktet om lokalt selvstyre har krav på vekt ved tolkningen.

Kommunelovens bestemmelser om kommunalt selvstyre

Kommunelovens formål er å fremme det kommunale selvstyret og legge nødvendige rammer for det, se § 1-1. Paragrafen angir også andre mål som loven skal «legge til rette for». I motsetning til GrL. § 49 andre ledd gjelder bestemmelsene både lokalt og regionalt selvstyre.

Kommuneloven § 2-1 lovfester og utpensler tidligere ulovfestet rett mer detaljert enn GrL. § 49 andre ledd. Innenfor den forutsetningen om et lokalt folkevalgt nivå som GrL. § 49 andre ledd bygger på, bygger både primær- og fylkeskommunenes eksistens i dag på kommuneloven § 2-1 første ledd om at Norge er inndelt i kommuner og fylkeskommuner med egen folkevalgt ledelse.

Bestemmelsen angir ingen skarp, avgrenset og uttømmende ramme for omfanget av det kommunale selvstyret. I stedet nøyer den seg med å regulere «sentrale elementer», nærmere bestemt geografisk inndeling og folkevalgt ledelse, status som eget rettssubjekt og krav om hjemmel i lov for begrensninger i kommunenes handlefrihet.

At kommuner og fylkeskommuner er egne rettssubjekter som kan ta avgjørelser på eget initiativ og eget ansvar, følger eksplisitt av § 2-1 andre ledd. Kommunenes initiativrett begrenses likevel av at selvstyret som utgangspunkt må holde seg innenfor rammer fastsatt etter reglene i GrL. § 75 bokstav a), jf. §§ 76 flg. (formelle lover) og § 75 bokstav d) (budsjettvedtak), og kommuneloven nevner eksplisitt at selvstyret må utøves «innenfor nasjonale rammer». Det gjelder også visse ulovfestede grenser for kommunenes og andre forvaltningsorganers avgjørelser.

At kommunene er egne rettssubjekter innebærer at kommunene ikke inngår i den hierarkisk organiserte statsforvaltningen, og at statsforvaltningen ikke kan instruere dem om hva de skal eller ikke skal gjøre innenfor de rammene som til enhver tid følger av lov- og budsjettvedtak. Både GrL. § 49 andre ledd og kommuneloven § 2-1 klargjør at statsforvaltningens handlefrihet overfor kommunene må bygge på hjemmel i lov.

Bortsett fra at primærkommunene skal ha negativt avgrenset kompetanse til å styre lokale anliggender, gir verken GrL. § 49 andre ledd eller kommuneloven § 2-1 nærmere beskjed om den konkrete reguleringen av oppgaver plikter mv. som i praksis begrenser det kommunale selvstyret. De «prinsippene» om forholdsmessighet, nærhet og finansiering som angis i kommuneloven § 2-2, er ment å ha betydning under forberedelsen av nye lover og forskrifter, der lovfestingen ville «tydeliggjøre at det må foretas en avveining mellom nasjonale interesser og det kommunale selvstyret». Men både ordlyden («bør») og forarbeidene gjør det klart at det ikke er tale om rettslig bindende bestemmelser. Det samme følger av at bestemmelser i ordinær lov ikke binder senere lovgivning.

Både GrL. § 49 andre ledd og kommunelovens formål understreker at det har noen særlige konsekvenser at ansvaret for å gjennomføre en oppgave er lagt til kommunene.

Hensynet til kommunalt selvstyre er alltid relevant ved tolkning av kommuneloven selv. Kommunelovens «prinsipper» for forholdet mellom stat og kommuner kan også få betydning ved tolkning og anvendelse av lov- og forskriftsbestemmelser som gir statsforvaltningen myndighet til å overprøve kommunale og fylkeskommunale vedtak.

Kommunal virksomhet som bygger på spesiallovgivning, må holde seg innenfor de grensene som følger av den. Relevansen og den mulige vekten av hensynet til kommunalt selvstyre kommer an på hvilket vurderingstema loven angir, hvor klar lovteksten er og hvilke andre rettskilder som finnes.

Når det er rimelig tvil om hvordan loven skal forstås, tilsier både GrL § 49 andre ledd og kommuneloven § 1-1 at hensynet til lokaldemokratiet må tillegges vekt som argument ved klarleggingen av handlefrihetens grenser. Kommunens eget syn på spørsmålet avgjør ikke uten videre hva som er lovens rette forståelse. Men når tolkningen til en viss grad beror på rettsanvenderens egne vurderinger (rettsanvendelsesskjønn), vil hensynet til konsekvensene for kommunen selv og dens innbyggere være relevant.

Kommunenes eierrådighet

Eierrådighet er et av kompetansegrunnlagene for kommunenes beslutninger. Kommunene er i noen tilfeller store grunneiere, og eier gjerne en stor andel av bygningsmassen innenfor kommunegrensene. Utgangspunktet er at kommunene som selvstendige rettssubjekter har samme juridiske og faktiske rådighet som andre eiere. Det er likevel begrensninger i hvilke beslutninger kommunen kan fatte på grunnlag av eierrådigheten, nettopp fordi de forvalter fellesskapets verdier og utøver myndighet.

Når det gjelder positiv rådighet, for eksempel å inngå avtaler om bruk eller leie, kjøp eller salg av eiendom, viser utredningen at eierrådigheten innebærer et relativt vidt kompetansegrunnlag. Denne siden av eierrådigheten er også nokså uproblematisk.

Ved negativ rådighet, for eksempel der andre nektes bruk eller tilgang til kommunal eiendom, vil eierrådigheten ikke rekke like langt som kompetansegrunnlag. Utredningen viser at et sentralt spørsmål når det gjelder eierrådighet som kompetansegrunnlag, er når det foreligger en handling som utgjør et «inngrep» i den enkeltes rettigheter av en slik karakter at det kreves hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet. Utredningen tar opp ulike eksempler fra praksis, som viser at dette spørsmålet ikke kan avgjøres generelt. Dette må vurderes konkret fra sak til sak. En aktuell sak som drøftes her, er «el-sparkesykkeldommen», HR-2021-2150-A. Utredningen konkluderer med at dommen ikke gir noen tydelige, generelle avklaringer. Dommen vil trolig få relativt liten betydning i praksis, når det kommer til kommunalt eierskap til fast eiendom som grunnlag som styringsredskap.

Kommunenes organisasjons- og instruksjonsmyndighet

Kommunens adgang til å organisere og styre egen virksomhet er en viktig del av det kommunale selvstyret, som også bygger opp om prinsippet om kommunene som selvstendige rettssubjekter. Kort sagt er organisasjonsmyndigheten kompetansen til å bestemme hvordan kommuneforvaltningen skal være organisert, mens instruksjonsmyndigheten er den myndigheten overordnede organer eller personer har til

å instruere underordnede. Myndigheten må utøves innenfor de rammer som følger av lovgivning. For eksempel må kommunene organisere seg i tråd med bestemmelsene i kommuneloven, og overordnede kan ikke instruere underordnede til å fatte vedtak i strid med regelverket.

Organisasjons- og instruksjonsmyndigheten gjelder først og fremst interne forhold i kommunens organisasjon, og kan bare i begrenset grad benyttes overfor for eksempel privatpersoner utenfor organisasjonen. Utredningen viser at myndigheten likevel kan benyttes slik at den har *virksomheter* for andre, for eksempel ved regulering av åpningstider for offentlige kontorer, krav om legitimasjon, o.l. Instruksjoner om skjønnsutøvelse kan også ha virkninger for den enkelte, fordi kommunens saksbehandling vil legge de interne instruksene til grunn for sin saksbehandling og de vedtakene som fattes.

Utredningen viser også at det i praksis er lagt til grunn at organisasjons- og instruksjonsmyndigheten kan være tilstrekkelig kompetansegrunnlag for «mindre inngripende tiltak» overfor andre, for eksempel at en skoleelev må legge mobilen i sekken under undervisning. I likhet med for eierrådighet som kompetansegrunnlag, vil det også når det gjelder organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, kunne oppstå spørsmål om når man står overfor et inngrep som krever hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet. Utredningen ser på ulike tilfeller av dette. Det er vanskelig å trekke en klar konklusjon om hvor langt organisasjons- og instruksjonsmyndigheten rekker som kompetansegrunnlag her. Dette må avgjøres fra sak til sak, etter en konkret vurdering.

Statlige kontrollordninger

Utredningen tar videre for seg systemet med at statsforvaltningen i mange tilfeller er gitt myndighet som kontrollinstans overfor kommunene, gjennom klagebehandling, lovlighetskontroll og tilsyn, samt som innsigelsesmyndighet. Kommunene får sine oppgaver tildelt gjennom lov og forskrift, og kan ikke instrueres av statsforvaltningen, men blir altså «kontrollert» av statsforvaltningen på mange områder, innenfor de rammer som følger av lovgivningen.

Det gjelder et lovkrav for å tildele oppgaver til kommunene, men regelverket som bestemmer hvilke oppgaver som er lagt til kommunene, er ikke nødvendigvis klart. Statsforvaltningen utarbeider derfor gjerne en rekke informasjonstiltak som veiledninger, rundskriv, o.l. for å beskrive hva som er gjeldende rett på et område. Utredningen viser at det ikke er noe krav om lovhjemmel for å utarbeide slike informasjonstiltak. Innholdet i dem må naturligvis være i tråd med gjeldende rett. I en del tilfeller går informasjonstiltakene for langt i å tolke loven og å beskrive kommunenes oppgaver og plikter. Informasjonstiltak er ikke rettslig bindende for kommunene, men de kan ofte oppleves slik, kanskje særlig på områder hvor det finnes få rettskilder. I tillegg legger gjerne statsforvaltningen sine egne rundskriv mv. til grunn når de fører kontroll med kommunene. Dette er problematisk i den forstand at statsforvaltningen dermed indirekte kan instruere kommunene. Utredningen reiser spørsmål om det burde gjelde et tydeligere lovkrav for slike informasjonstiltak.

Videre ser utredningen nærmere på lovbestemmelser om klagebehandling, lovlighetskontroll og tilsyn, herunder på skillet mellom vurderinger som hører inn under kommunenes frie skjønn og kommunenes rettsanvendelse. Dette skillet er av stor betydning med hensyn til statsforvalters kontroll og overprøving av kommunale vedtak.

Den mest sentrale bestemmelsen om statsforvalterens kompetanse som klageinstans, er den generelle bestemmelsen i fvl. § 34, herunder hvordan hensynet til det kommunale selvstyret skal vektlegges ved klagebehandling. Ved en lovendring i 2017 ble ordlyden i fvl. § 34 andre ledd om dette endret fra «legge vekt på» til «legge stor vekt på». I tillegg ble det innført en særskilt begrunnelsesplikt som innebærer at det skal fremgå av klagevedtaket hvordan hensynet til det kommunale selvstyret er vurdert og vektlagt. Hensikten med endringene var å styrke det lokale selvstyret i norsk rett. Endringen innebærer ikke begrensninger i statsforvalters prøvingsrett. Det er i vurderingen av om vedtaket skal endres eller oppheves, at hensynet til det lokale selvstyret skal trekkes inn og tillegges større vekt enn tidligere. Lovgiver har her signalisert tydelig at det skal være en høy terskel for at statsforvalter skal sette sitt faglige skjønn foran kommunens faglige eller lokalpolitiske skjønn. Plikten til å legge stor vekt på hensynet til det lokale selvstyret er avgrenset til prøvingen av kommunenes «frie skjønn», og gjelder ikke for rettsanvendelsesskjønnet. En eventuell tilsidesettelse av beslutninger som hører inn under kommunenes *frie skjønn*, vil være et inngrep i det kommunale selvstyret.

Utredningen ser også på bestemmelser om klageinstansens kompetanse i særlovgivningen, hvor kompetansen skiller seg fra fvl. § 34. Noen særlover sier at staten bare skal legge «vekt» på hensynet til det kommunale selvstyret. Andre begrenser klagebehandlingen til en kontroll av lovlighet, slik at det frie skjønnet overhodet ikke skal vurderes, i likhet med en lovlighetskontroll.

Statsforvaltningen er også gitt myndighet til å kontrollere kommunale avgjørelser eller virksomhet gjennom lovlighetskontroll eller tilsyn. I begge tilfeller ligger det en klar begrensning i at kommuneloven fastslår at det kun er *lovligheten* som er gjenstand for kontroll. Kommunens frie skjønn er ikke gjenstand for prøving ved lovlighetskontroll eller tilsyn. Dermed er selve kontrollregimene tuftet på at hensynet til det kommunale selvstyret ved at kommunens lokalpolitiske prioriteringer, eller hvordan kommunen organiserer virksomheten, ikke kan overprøves.

Lovlighetskontroll kan foretas på bakgrunn av bestemmelsene i kommuneloven kapittel 27. Kontroll kan enten kreves av tre eller flere kommunestyrerepresentanter, eller foretas av staten av eget tiltak. Når det gjelder sistnevnte, ble det ved vedtakelsen av ny kommunelov presisert at staten kan foreta kontroll av eget tiltak hvis «særlige grunner» tilsier det. Dette er ikke en reell innstramming av statens adgang til lovlighetskontroll av eget tiltak, men en presisering av det som var gjeldende praksis også etter forrige kommunelov.

Statlig tilsyn med kommunal virksomhet etter kommuneloven kapittel 30, forutsetter at det er gitt en tilsynshjemmel i særloven for det aktuelle området. Lovgiver har lagt til

grunn at tilsyn ikke skal gripe inn i det kommunale selvstyret. Sentrale endringer for å styrke det kommunale selvstyret i ny kommunelov er særlig bestemmelsene om statsforvalters samordning av statlige tilsyn, hvor det stilles krav om dialog med kommunene og å ta hensyn til den samlede belastningen på kommunene. Disse endringene er et tydeligere uttrykk for kommunenes stilling som selvstendige rettssubjekter, og dermed også det kommunale selvstyret, enn det som fremgikk av tidligere kommunelov.

Både for tilsyn og lovlighetskontroll viser utredningen at det må kunne legges til grunn at det kommunale selvstyret også skal være et moment i vurderingen av om en sak overhodet skal ta opp til kontroll eller tilsyn skal iverksettes. Prøving av selve *lovligheten* i en enkeltsak vil i utgangspunktet ikke kunne sies å gripe inn i kommunens handlefrihet. Utredningen stiller likevel spørsmål ved systemet om at det er opp til statsforvaltningen å «avgjøre» hva som er riktig lovtolkning og dermed hva som er lovlig eller ikke.

I praksis oppfattes det ofte som et inngrep i det lokale selvstyret når staten overprøver kommunenes rettsanvendelse i enkeltsaker, både når det gjelder klagebehandling, lovlighetskontroll og tilsyn. Utredningen peker på at det at statsforvaltningen følger det systemet lovgiver har lagt opp til, i utgangspunktet ikke være et slikt inngrep. Det er likevel klart at man kan stille spørsmål ved om *systemet* med statlig kontroll i seg selv er heldig eller ønskelig. Dette er imidlertid en diskusjon som bør rettes mot hvordan lovgivningen *bør* være. Dersom man mener at kommunene bør få større frihet til å treffe beslutninger uten inngripen fra statsforvaltningen, må det argumenteres for at lovgivningen må gi kommunene mer makt. Det kan også diskuteres om det er heldig at staten skal «bestemme» hva som er riktig lovtolkning og overprøve kommunenes rettsanvendelse, og om slik overprøvingsmyndighet heller bør legges til en mer «uavhengig» instans, for eksempel en domstol eller nemnd.

Staten er også gitt myndighet til å fremme innsigelser til kommunale planforslag. Utredningen viser at dette står i en særstilling på grunn av systemet for arealplanlegging. Her er det lagt til grunn at staten skal ta en aktiv rolle for å sikre at nasjonale interesser blir ivaretatt. Reglene om innsigelse i plan- og bygningsloven er dermed en begrensning i det kommunale selvstyret som er villet fra lovgivers side.

Kommunenes adgang til å reise søksmål mot staten

Det kan oppstå uenigheter mellom kommunene og staten om hva som er riktig lovtolkning når staten overprøver kommunens forståelse ved klagebehandling, lovlighetskontroll og tilsyn. Uenighet mellom kommuner og staten, hva angår rettsanvendelse, er søkt løst gjennom at kommunene etter tvisteloven § 1-4 a er gitt adgang til å reise søksmål om en rekke statlige avgjørelser som retter seg mot kommunene som offentlige forvaltningsorganer. Forarbeidene viser at søksmålsadgangen er gitt kommunene blant annet for å styrke det kommunale selvstyret og bidra til mer likeverdighet mellom kommunene og staten.

Søksmålsadgangen kan bidra til å «flytte» avgjørelsen av sentrale juridiske spørsmål også på forvaltningsområder, over til domstolene. I tillegg kan den ha en preventiv effekt

for konflikter, ved at staten også gjør grundigere vurderinger og gir bedre redegjørelser for sine vedtak, slik at de oppleves mindre inngripende for kommunene. På den annen side gir utredningen grunnlag for å stille spørsmål om dette er en hensiktsmessig måte for å avgjøre uenigheter mellom kommuner og staten om regelverket, og om dette vil føre til et lavere «konfliktnivå».

Kommunene er videre i pbl. § 5-7 gitt søksmålsadgang om gyldigheten av statlige innsigelser mot kommunale arealplaner og departementets vedtak i en innsigelsessak. Det kommer ikke like klart frem i forarbeidene at denne lovendringen ble gjort for å styrke det kommunale selvstyret. Det kan likevel ikke være tvil om at intensjonen har vært å styrke kommunenes stilling. Utredningen reiser spørsmål om det er selve gyldigheten det er viktig å kunne få prøvet, og om domstolene er det beste stedet for å få avgjort slike saker.

Empiriske undersøkelser

Utredningen har sett på om lovendringene for å styrke det kommunale selvstyret, særlig endringene i Grunnloven og kommunelovens bestemmelser, har hatt betydning for hvordan statsforvaltningen jobber opp mot, og vurderer og omtaler, kommunene. Intervjuer vi gjennomførte med fire statsforvalterembeter, viste at statsforvalterne var relativt lite oppmerksomme på endringene i Grunnloven og kommuneloven §§ 2-1 og 2-2. Det er dermed lite som tyder på at disse lovendringene har ført til endringer i hvordan statsforvalterne jobber opp mot kommunene.

Endringene i fvl. § 34 om at klageinstansen skal legge «stor» vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, synes å ha hatt liten betydning for statsforvalternes arbeid, fordi det er vanskelig å se hva som egentlig ligger i «stor vekt» kontra bare «vekt».

Endringene i kommuneloven om samordning av statlige tilsyn har imidlertid hatt klar betydning, ved innføring av tilsynskalender og mer dialog med kommunene. Dette er kanskje ikke overraskende, da denne typen bestemmelser regulerer oppgavene i statsforvaltningen mer direkte enn det overordnede bestemmelser gjør.

Lovlighetskontroll av eget tiltak gjøres etter statsforvalternes utsagn bare i begrenset grad. Innføringen av begrepet «særlige grunner» har ikke ført til noen endringer, noe som vel heller ikke er forventet, ettersom dette var mer en lovfesting av gjeldende praksis.

Statsforvalterne ga uttrykk for at de er svært oppmerksomme på sin rolle overfor kommunene på de ulike områdene, og på forskjellene mellom prøving av fritt skjønn på det ene siden og rettsanvendelsesskjønn eller lovlighet på den andre.

Utredningen har også vurdert om lovendringene hatt betydning for nyere lovgivningsprosesser, herunder hvordan stortingspartiene vurderer det kommunale selvstyret. En gjennomgang av partiprogrammene for samtlige av stortingspartiene, viser at det kommunale selvstyret er et tema alle partiene er opptatt av i varierende grad og vektlegger ulikt på forskjellige sektorområder. Innen areal- og miljøforvaltning ønsker flere av partiene stor grad av kommunalt selvstyre, men partiene med en klar miljøprofil

ønsker mindre. Innen mer rettighetsbaserte sektorer, som helse og omsorg, ønskes det generelt stor grad av statlig styring.

I konkrete lovgivningsprosesser som er vurdert, er det kommunale selvstyret omtalt i varierende grad, mens Grunnloven § 49 overhodet ikke nevnes. Prosessene viser også at det ofte vil være andre hensyn som må gå foran det kommunale selvstyret, for eksempel krav fra EØS, tillit til helsevesenet, pasientsikkerhet, mv. Lover blir til etter en avveining av mange hensyn og en pragmatisk prosess. Det er derfor vanskelig å si noe konkret om hvilken vekt det kommunale selvstyret egentlig har her, og om lovendringene har hatt noen betydning for nyere prosesser.

Mulige tiltak i fremtidig arbeid om det kommunale selvstyret

Utredningen diskuterer avslutningsvis enkelte tiltak som kan bidra til å tydeliggjøre rammene for det kommunale selvstyret og at statlige myndigheter ivaretar hensynet til selvstyret i sitt daglige virke.

Utredningen drøfter muligheten for å revurdere domstolsprøving av gyldigheten av statlige vedtak rettet mot kommunene som forvaltningsorganer, og om spørsmål om lovtolkning heller bør avgjøres av en nemnd.

Videre påpekes det at det bør gjennomføres en omfattende evaluering av statlige informasjonstiltak, og at disse må utarbeides med et klarere henblikk på det kommunale selvstyret. Det påpekes også at det kan argumenteres for at det bør stilles krav om lovhjemmel for utarbeidelse av statlige informasjonstiltak, særlig dersom de sier noe om hvilke oppgaver kommunene skal prioritere og hvor de kan danne grunnlag for klage, innsigelse, mv.

Når det gjelder innsigelser til kommunale planforslag, foreslås det at lovgivningen bør tydeliggjøre både når det foreligger faglig grunn for innsigelse, og forholdet til det kommunale selvstyret, fremfor at dette skal fremgå av ulike rundskriv som i praksis vil kunne både utvide og innskrenke det kommunale selvstyret på en måte lovgiver ikke har sett for seg. I tillegg påpekes utfordringene ved eventuell domstolsprøving av gyldigheten av innsigelser.

Det påpekes at det er viktig at statsforvalterne har en felles forståelse av lovgivningens rammer for kommunenes selvstyre, innenfor og på tvers av ulike sektorområder. Flere tiltak kan bidra til dette, for eksempel kompetansehevingstiltak, og at departementenes veiledning og instruksjoner rettet mot statsforvalterne, blir tydeligere på statsforvalters rolle og ansvar når det gjelder kontroll av kommunal virksomhet.

Til sist foreslås at det gjøres endringer i utredningsinstruksen med tilhørende veiledning, for å sikre at hensynet til det kommunale selvstyret blir tilstrekkelig vurdert og tatt hensyn til i lovgivningsprosesser.

Abstract

The topic of the report

This report seeks to clarify the legal content of municipal self-government. This includes an assessment of what municipal self-government means, how far it extends within various legal areas, and what limitations exist. “Municipal self-government” refers to both municipal and county self-government, unless otherwise specified in the report.

The report is based on several legislative amendments in recent times, where municipal self-government has been highlighted. Central to this is the amendment to the Constitution Article 49, second paragraph, the provisions of the new Local Government Act and the amendment to section 34, second paragraph of the Public Administration Act. In addition, amendments have been made to a number of sectoral laws with the aim of strengthening municipal self-government in relation to the state as a supervisory authority, including in the handling of complaints and state supervision and legality control, and the opportunity to bring legal action against state decisions in such cases.

The report examines, among other things, the extent to which the above-mentioned legislative amendments have been followed up in practice. This applies firstly to how the central government relates to the municipalities in its work, and secondly to whether the legislative amendments have had an impact on other, subsequent legislative processes.

The legal content of municipal self-government in light of recent legislation

The content of the concept of local self-government

This report is not about the concept of local self-government per se, but about the legal basis and scope of local self-government in today's Norway, and about how extensive the legislator believes the freedom of choice should be. By way of introduction, the report nevertheless offers some observations on the concept itself and its content and limitations.

The core of the concept of self-government is basically simple and not controversial; self-government exists when a subject in at least one area has the freedom to make different choices than another subject in a similar situation, or different choices than what other subjects want or expect. In other words, municipalities can make different choices than neighboring municipalities, and they can make different choices than what the state wants. The concept of self-government also presupposes a minimum of objects that this freedom of choice can be used to control.

Municipal self-government within the framework of Norway being a unitary state has been an important starting point since the Presidency Act of 1837 (Formannskapsloven). The rationale for self-government is well expressed through the Constitution Article 49, second paragraph, which is based on the citizens' right to govern themselves. The right to “manage local affairs” does not make sense if the election in one geographical area cannot lead to the municipality in question making

other choices and solving its tasks differently from other municipalities, or differently from what the state finds politically desirable.

The extent of the municipalities' freedom of choice depends on the legal rules in the relevant areas. Self-government is limited by rules on the organization of the municipalities, their freedom to manage their own finances and the freedom to design their activities in areas that are assigned to them by law. The limits of municipal autonomy are mostly based on laws or regulations, which always set certain frameworks for municipal freedom of action. In many cases, the framework is clear, so that it is unquestionable what freedom of action the municipalities have. In many cases, however, the framework is specified using more or less discretionary words and expressions, so that the precise limits of the freedom of choice must be determined by interpretation. The fact that municipal self-government must be exercised within the framework provided by the Norwegian Constitution and other overarching legal rules means that it is not possible to say in general terms how extensive self-government is. The answer will depend on the sum of such frameworks.

Over time, central government control of municipalities has increased in both scope and detail. In recent years, therefore, both the Storting and the government have expressed the view that local self-government should be strengthened, both by maintaining the principle of framework management, by the central government exercising its authority with greater awareness of local self-government, and by legislation being based to a greater extent on a balance between national considerations and considerations for local democracy.

The constitutional provision on local self-government

Since 1814, Article 49, which states that "The people exercise the legislative power through the Storting", has been the Constitution's foundational provision on popular sovereignty. In 2016, when the article was given special provisions on representative democracy at the local level, several main features of the role of municipalities as self-governing bodies in the national community had been stable for a long time. The second paragraph of Article 49 of the Constitution builds on and continues these main features.

As in Article 49, first paragraph ("The People"), the second paragraph clarifies that it is the "inhabitants" of a geographically defined area who have the "right to manage local affairs" through "local democratically elected bodies". The provision clarifies that each geographical unit must have an elected leadership that exercises the "right to govern" of the citizens on a day-to-day basis. In "local affairs", self-government is not limited to what is positively specified by state laws and appropriation decisions.

While Article 49, second paragraph, concerns local self-government, the existence and autonomy of county councils are based on ordinary law. The provision is also silent on the number of municipalities. However, a constitutional amendment is required to completely abolish the system of local units headed by elected bodies.

The constitutional provision assumes that municipalities, as separate legal entities (legal persons) from the State, have a certain legal capacity that is not based on law. The

wording of Article 49, second paragraph, does not provide a clear indication of what is to be regarded as "local affairs" in which the state may not intervene, and the majority of the parliamentary committee specifies that the provision does not refer to "a defined and delimited, autonomous municipal core area free from intervention". However, the constitutional expression "right to govern" implies that the local population in at least one area has the freedom to make different decisions than other municipalities, including different decisions than the state authorities want or expect. In other words, communities are free to take their own initiatives and formulate their own goals. A minimum of self-government can only be achieved if the municipalities have access to their own financial resources, which they can dispose of at their own discretion, and a certain freedom to organize their own activities, hire and instruct their own staff, etc.

But the municipalities are also bound by the law. The Constitution Article 49, second paragraph, clarifies that more detailed provisions concerning the local elected level are "established" by law. In this way, we can say that self-government is negatively delimited in the sense that the activities of the municipalities must be exercised within the limits set by law. In the case of statutory tasks, the Committee's recommendation was based on the assumption that the scope for managing local affairs in 2016 meets the rights of citizens under the new provision, and that the constitutional provision should not limit the right of the national authorities to manage the allocation of tasks and to make provisions for control and review. However, the limits should not be so narrow as to leave no room for maneuver.

The term "law" must here be assumed to be used with a view to decisions by the Storting and the King pursuant to the rules in the Constitution Article 75(a) and Articles 76 et seq. ("formal laws") and regulations issued pursuant to such laws. Although the decision-making process is different and leaves the decision to the Storting alone, the Storting's appropriation decisions pursuant to Article 75 (d) is also binding on the municipalities' use of state funds.

At the same time, the reference to the law requirement in the Constitution Article 49, second paragraph, clarifies that the executive branch of government (the administration) cannot restrict the municipalities' freedom of action to a greater extent than that which follows from legislative or appropriation decisions. The municipalities cannot be "instructed", etc. in the same way as subordinate bodies (directorates, etc.) in the state administrative hierarchy.

The limits of self-government in the specific area must be clarified in the usual way on the basis of the relevant legal provisions, etc. The interpretation of the law must take into account that the Constitution Article 49, second paragraph, refers to relations between public institutions, not to relations with private persons, where special requirements for a clear legal basis may apply (most clearly, for example, in cases of administrative coercion of individuals). However, the constitutional provision indicates that the requirement of a legal basis must also be a reality in the relationship between the central government and the municipalities.

The question of the protection of the property rights of municipalities differs from the more general question of the protection against unlawful "infringements" according to Article 49, second paragraph, of the Constitution, in that the answer must be sought on the basis of the special provision in section 105 of the Constitution. Here, it is assumed that municipalities may be entitled to "full compensation" in the same way as private legal entities. However, it is assumed that the municipalities are not protected against the state on the basis of property rights in ECHR P1-1.

Article 49, second paragraph, establishes a guideline for the work of the state in matters related to municipalities. The recommendation of the parliamentary committee clearly shows that the provision should be important in the preparation of legislative proposals. If the provision is to have the intended effect, the value of local self-government must influence the political choices expressed in legislative and budgetary decisions.

The constitutional provision contributes to the fact that the entire activity of the municipalities has a special significance that distinguishes them from the central government and that must be emphasized in every interpretation of subordinate legislation that is important for the municipalities. The fact that in practice it is not independent courts, but the state administration itself, not least the state administrator in many appeals, that decides most disputes and thus "decides" what more or less unclear legal provisions mean, indicates in itself that the constitutional principle of local self-government is entitled to weight in the interpretation.

The provisions on municipal self-government in the Local Government Act

The purpose of the Local Government Act is to promote municipal self-government and provide the necessary framework for it, see section 1-1. The section also sets out other objectives that the Act is intended to "facilitate". Unlike the Constitution Article 49, second paragraph, the provisions apply to both local and regional self-government.

Section 2-1 of the Local Government Act codifies and elaborates on previous non-statutory law in more detail than Article 49, second paragraph of the Constitution. Within the assumption of a locally elected level on which the constitutional provision is based, the existence of both primary and county councils today is based on section 2-1, first paragraph, of the Local Government Act, which states that Norway is divided into municipalities and county councils with their own elected leadership.

The provision does not provide a sharp, demarcated and exhaustive framework for the scope of municipal self-government. Instead, it regulates "key elements", namely geographical division and elected leadership, status as a separate legal entity, and the requirement of a legal basis for limiting the autonomy of municipalities.

The fact that municipalities and county municipalities are separate legal entities that can make decisions on their own initiative and responsibility is explicitly stated in section 2-1, paragraph 2. However, the municipalities' right of initiative is limited by the fact that, as a starting point, self-government must remain within the framework established by Article 75 (a) of the Constitution, cf. Article 76 et seq. (formal laws) and Article 75 (d) (budget decisions), and the Local Government Act explicitly states that self-government must be exercised "within a national framework". Certain non-

statutory limits also apply to the decisions of municipalities and other administrative bodies.

The fact that municipalities are separate legal entities means that they are not part of the hierarchically organized central government and that the central government cannot instruct them what they should or should not do at any given time within the framework provided by legislation and budgetary decisions. Both Article 49 second paragraph of the Constitution and section 2-1 of the Local Government Act make it clear that the powers of the central government vis-à-vis the municipalities must be authorized by law.

Apart from the fact that the primary municipalities have a negatively defined competence to manage local affairs, neither Article 49, second paragraph, nor section 2-1 of the Local Government Act provide more detailed information on the specific regulation of tasks, duties, etc. that in practice limit municipal autonomy. The "principles" of proportionality, proximity and financing set out in section 2-2 of the Local Government Act are intended to be relevant in the preparation of new laws and regulations, where legislation would "clarify that a balance must be struck between national interests and municipal autonomy". However, both the wording ("should") and the preparatory work make it clear that these are not legally binding provisions. The same follows from the fact that provisions in ordinary law do not bind subsequent legislation.

Both the second paragraph of Article 49 and the purpose provision of the Local Government Act emphasize that the assignment of responsibility for the performance of a task to municipalities has implications. The consideration of municipal self-government is always relevant to the interpretation of the Local Government Act itself. The "principles" of the Local Government Act for the relationship between the State and the municipalities may also be relevant for the interpretation and application of legal and regulatory provisions that give the central government the power to overrule decisions of municipal and county authorities.

Municipal activities based on special legislation must remain within the limits established by such legislation. The relevance and possible weight of the consideration of municipal self-government depends on the topic of the law, the clarity of the legal text and other sources of law.

If there is reasonable doubt as to how the law should be interpreted, both Article 49, second paragraph, and section 1-1 of the Local Government Act indicate that consideration of local democracy must be given weight as an argument in clarifying the limits of powers. The municipality's own view on the matter does not automatically determine what is the correct interpretation of the law. However, if the interpretation depends to some extent on the legal practitioner's own judgement (discretion in the application of the law), consideration of the consequences for the municipality itself and its residents will be relevant.

Municipalities' ownership rights

Ownership is one of the bases of authority for municipal decisions. In some cases, municipalities are large landowners and often own a large proportion of the building stock within their municipal boundaries. As independent legal entities, municipalities have the same legal and actual authority as other owners. However, there are limitations to the decisions that municipalities can make on the basis of their ownership rights, precisely because they manage community assets and exercise authority.

When it comes to positive authority, such as entering into agreements on the use or lease, purchase or sale of property, the report shows that ownership authority entails a relatively broad basis of competence. This aspect of ownership is also fairly unproblematic.

In the case of negative authority, for example where others are denied use of or access to municipal property, ownership authority will not extend as far as the basis of competence. The report shows that a key question when it comes to ownership rights as a basis for jurisdiction is when there is an act that constitutes an “encroachment” on the individual's rights of such a nature that legal authority is required under the principle of legality. The report discusses various examples from practice, which show that this question cannot be decided in general terms. This must be assessed on a case-by-case basis. One relevant case discussed here is “el-sparkesykkeldommen” (the “electric scooter judgment”), HR-2021-2150-A. The report concludes that the judgment does not provide any clear, general clarifications. The ruling will probably have relatively little significance in practice when it comes to municipal ownership of real estate as a management tool.

The municipalities' authority to organize and instruct

The municipality's right to organize and manage its own activities is an important part of municipal self-government, which also builds on the principle of municipalities as independent legal entities. In short, the organizational authority is the competence to decide how the municipal administration should be organized, while the instruction authority is the authority superior bodies or persons have to instruct subordinates. The authority must be exercised within the framework provided by legislation. For example, municipalities must be organized in line with the provisions of the Local Government Act, and superiors may not instruct subordinates to make decisions contrary to the regulations.

The authority to organize and instruct applies primarily to internal matters in the municipality's organization and can only be used to a limited extent in relation to, for example, private individuals outside the organization. The report shows that the authority can nevertheless be used in such a way that it affects others, for example by regulating opening hours for public offices, requirements for identification, etc. Instructions on the exercise of discretion can also have effects on the individual, because the municipality's case processing will use the internal instructions as a basis for its case processing and the decisions that are made.

The report also shows that, in practice, it has been assumed that the authority to organize and instruct can be a sufficient basis of competence for “less invasive measures” towards others, for example, that a school pupil must put their mobile phone in their bag during lessons. As in the case of ownership as a basis for competence, when it comes to organizational and instructional authority, questions may arise about when one is faced with an intervention that requires legal authority under the principle of legality. The report looks at various cases of this. It is difficult to draw a clear conclusion about how far the authority to organize and instruct extends as a basis for competence here. This must be decided on a case-by-case basis, after a specific assessment.

The state as a control authority

The report also examines the system whereby the central government in many cases is given authority as a supervisory body in relation to the municipalities, through handling appeals, legality control and supervision, as well as objection authority. The municipalities are assigned their tasks through laws and regulations and cannot be instructed by the central government but are “controlled” by the central government in many areas, within the framework of the legislation.

There is a legal requirement to assign tasks to the municipalities, but the regulations that determine which tasks are assigned to the municipalities are not necessarily clear. The central government therefore often prepares a number of information measures such as guidelines, circulars, etc. to describe what the applicable law is in an area. The report shows that there is no requirement for a legal basis for preparing such information measures. Naturally, their content must be in accordance with applicable law. In some cases, the information measures go too far in interpreting the law and describing the municipalities' tasks and obligations. Information measures are not legally binding on the municipalities, but they can often be perceived as such, perhaps particularly in areas where there are few legal sources. In addition, the central government often uses its own circulars, etc., as a basis when carrying out checks on the municipalities. This is problematic in the sense that the central government can thus indirectly instruct the municipalities. The report raises the question of whether there should be a clearer legal requirement for such information measures.

Furthermore, the report examines the statutory provisions on handling appeals, legality control and supervision, including the distinction between assessments that fall under the municipalities' free discretion and the municipalities' application of the law. This distinction is of great importance with regard to the state administrator's control and review of municipal decisions.

The most central provision concerning the state administrator's competence as an appeals body is the general provision in section 34 of the Public Administration Act, including how the consideration of municipal self-government is to be emphasized when handling appeals. An amendment to the Act in 2017 changed the wording of section 34, second paragraph from “attach weight to” to “attach *great* weight to”. In addition, a special duty to give reasons was introduced, which means that the appeal

decision must state how the consideration of municipal autonomy has been assessed and weighted. The purpose of the changes was to strengthen local self-government in Norwegian law. The change does not entail any limitations on the governor's right of review. It is in the assessment of whether the decision should be amended or revoked that the consideration of local self-government must be given greater weight than before. Here, the legislator has clearly signaled that there must be a high threshold for the state administrator to put his professional discretion ahead of the municipality's professional or local political discretion. The obligation to attach great weight to the consideration of local self-government is limited to the review of the municipalities' "free discretion" and does not apply to the discretion to apply the law. Any disregard of decisions that fall within the scope of the municipalities' free discretion will be an encroachment on municipal self-government.

The report also looks at provisions on the appeals body's competence in special legislation, where the competence differs from section 34 of the Public Administration Act. Some special laws state that the state shall only give "weight" to the consideration of municipal self-government. Others limit the handling of appeals to a review of legality, so that free discretion is not to be considered at all.

The central government has also been given the authority to control municipal decisions or activities through legality control or supervision. In both cases, there is a clear limitation in that the Local Government Act states that only legality is subject to control. The municipality's unfettered discretion is not subject to review through legality control or supervision. This means that the control regimes themselves are based on the consideration of municipal self-government in that the municipality's local political priorities, or how the municipality organizes its activities, cannot be reviewed.

Legality control can be carried out on the basis of the provisions of Chapter 27 of the Local Government Act. Control can either be demanded by three or more municipal council representatives or carried out by the state on its own initiative. With regard to the latter, the adoption of the new Local Government Act specified that the state may carry out checks on its own initiative if there are "special reasons" for doing so. This is not a new restriction of the state's right to control legality on its own initiative, but a clarification of what was also current practice under the previous Local Government Act.

State supervision of municipal activities pursuant to Chapter 30 of the Local Government Act presupposes that a supervisory authority has been granted in the special act for the area in question. The legislator has assumed that supervision should not interfere with municipal autonomy. Key changes to strengthen municipal self-government in the new Local Government Act are in particular the provisions on the state governor's coordination of state supervision, where there is a requirement for dialogue with the municipalities and to take into account the overall burden on the municipalities. These changes are a clearer expression of the municipalities' position as independent legal entities, and thus also of municipal self-government, than was the case under the previous Local Government Act.

For both supervision and legality control, the report shows that it is to be assumed that municipal autonomy should also be a factor in the assessment of whether a case should be subject to control or supervision at all. Examining the actual legality of an individual case cannot in principle be said to interfere with the municipality's freedom of action. However, the report questions the system whereby it is up to the central government to “decide” what the correct interpretation of the law is and thus what is legal or not.

In practice, it is often perceived as an encroachment on local self-government when the state reviews the municipalities' application of the law in individual cases, both in terms of complaint handling, legality control and supervision. The report points out that, in principle, the fact that the central government follows the system laid down by the legislator does not constitute such interference. Nevertheless, one can question whether the system of state control in itself is fortunate or desirable. However, this is a discussion that should be directed towards how the legislation *should* be. If one believes that municipalities should be given greater freedom to make decisions without intervention from the central government, it must be argued that the legislation must give the municipalities more power. It is also debatable whether it is a good idea that the state is given the authority to “decide” what is the correct interpretation of the law and overrule the municipalities' application of the law, and whether such overruling authority should instead be given to a more “independent” body, such as a court or tribunal.

The state has also been given the authority to submit objections to municipal planning proposals. The report shows that this is in a special position due to the land use planning system. Here it is assumed that the state will take an active role in ensuring that national interests are safeguarded. The rules on objections in the Planning and Building Act are thus a restriction on municipal autonomy that is intentional on the part of the legislature.

The municipalities' right to take legal action against the state

Disagreements may arise between the municipalities and the state as to what is the correct interpretation of the law when the state overrules the municipality's understanding in the processing of appeals, legality control and supervision. Disagreements between municipalities and the state regarding the application of the law have been resolved by giving the municipalities the right to take legal action under section 1-4 a of the Dispute Act against a number of state decisions aimed at the municipalities as public administrative bodies. The preparatory works show that the right to sue has been granted to the municipalities in order to, among other things, strengthen municipal autonomy and contribute to greater equality between the municipalities and the state.

The right to sue can help to “move” the decision of key legal issues, including in administrative areas, to the courts. In addition, it can have a preventive effect on conflicts, in that the state also makes more thorough assessments and provides better explanations for its decisions, so that they are perceived as less invasive for the

municipalities. On the other hand, the report provides grounds for questioning whether this is an appropriate way to settle disagreements between municipalities and the state about the regulations, and whether this will lead to a lower “level of conflict”.

The municipalities are also given the right to sue in section 5-7 of the Planning and Building Act concerning the validity of state objections to municipal area plans and the Ministry's decision in an objection case. It is not as clear from the preparatory work that this legislative amendment was made to strengthen municipal autonomy. However, there can be no doubt that the intention was to strengthen the municipalities' position. The report raises the question of whether it is the actual validity that is important to be able to have tested, and whether the courts are the best place to settle such cases.

Empirical investigations

The report looks at whether the legislative changes to strengthen municipal autonomy, particularly the amendments to the Constitution and the provisions of the Local Government Act, have had an impact on how the central government works with, assesses and refers to the municipalities. Interviews we conducted with four state administrators showed that the state administrators were relatively unaware of the amendments to the Constitution and the Local Government Act sections 2-1 and 2-2. There is therefore little to suggest that these legislative amendments have led to changes in how the state administrators work with the municipalities.

The changes in section 34 of the Public Administration Act, which stipulates that the appeals body must give “great” weight to the consideration of municipal autonomy, appear to have had little impact on the state administrators' work, because it is difficult to see what is actually meant by “great weight” versus just “weight”.

However, the amendments to the Local Government Act on the coordination of state supervision have had a clear impact, with the introduction of a supervision calendar and more dialog with the municipalities. This is not surprising, as these types of provisions regulate the tasks of the state administration more directly than general provisions do.

According to the state administrators, legality control of their own initiative is only carried out to a limited extent. The introduction of the term “special reasons” has not led to any changes, which is probably not to be expected, as this was more of a statutory confirmation of current practice.

The state administrators expressed that they are very aware of their role in relation to the municipalities in the various areas, and of the differences between the testing of free discretion on the one hand and legal discretion or legality on the other.

The report has also assessed whether the legislative amendments have had an impact on more recent legislative processes, including how the parliamentary parties assess municipal autonomy. A review of the party manifestos of all the parliamentary parties shows that municipal self-government is a topic that all the parties are concerned with to varying degrees and emphasize differently in different sector areas. In the area of land and environmental management, several of the parties want a high degree of municipal

autonomy, but the parties with a clear environmental profile want less. In more rights-based sectors, such as health and care, there is generally a desire for a high degree of government control.

In specific legislative processes that have been assessed, municipal self-government is mentioned to varying degrees, while Article 49 of the Norwegian Constitution is not mentioned at all. The processes also show that there will often be other considerations that must take precedence over municipal autonomy, such as EEA requirements, confidence in the healthcare system, patient safety, etc. Laws are created after weighing up many considerations and a pragmatic process. It is therefore difficult to determine how much weight municipal self-government actually has here, and whether the legislative changes have had any impact on more recent processes.

Possible measures in future work on municipal autonomy

In conclusion, the report discusses a number of measures that can help to clarify the framework for municipal self-government and ensure that state authorities take account of self-government in their day-to-day work.

The report discusses the possibility of reconsidering judicial review of the validity of government decisions aimed at the municipalities as administrative bodies, and whether questions of statutory interpretation should instead be decided by a tribunal.

Furthermore, it is pointed out that a comprehensive evaluation of government information measures should be carried out, and that these measures must be prepared with a clearer focus on municipal autonomy. It is also pointed out that it can be argued that a statutory basis should be required for the preparation of government information measures, especially if they say something about which tasks the municipalities should prioritize and where they can form the basis for complaints, objections, etc.

When it comes to objections to municipal planning proposals, it is proposed that the legislation should clarify both when there are professional grounds for objection, and the relationship to municipal autonomy, rather than this being stated in various circulars that in practice could both expand and restrict municipal autonomy in a way not envisaged by the legislator. In addition, the challenges associated with any judicial review of the validity of objections are pointed out.

It is pointed out that it is important that state administrators have a common understanding of the legislative framework for municipal autonomy, within and across different sector areas. A number of measures can contribute to this, such as competence development measures, and that the ministries' guidance and instructions aimed at state administrators become clearer on the state administrator's role and responsibility when it comes to the control of municipal activities.

Finally, it is proposed that changes be made to the Instructions for Official Studies and associated guidance notes to ensure that consideration for municipal autonomy is adequately assessed and taken into account in legislative processes.

1. Innledning

1.1 Tema og overordnet problemstilling

De senere årene har det kommunale selvstyret fått en sterkere stilling i lovgivningen, blant annet gjennom endringer i Grunnloven og kommuneloven. Samtidig brukes stadig rettighetsfesting og detaljregulering av kommunenes plikter gjennom lov og forskrift som virkemidler for lokal gjennomføring av nasjonal politikk. Forvaltningen er i tillegg sterkt sektorisert, ved at myndigheten etter en rekke lover ligger hos ulike statlige organer. Dette fører til at det er usikkerhet knyttet til både hva det kommunale selvstyret omfatter og hvorvidt det kommunale selvstyret rent faktisk har fått en sterkere stilling i norsk rett.

På oppdrag fra Kommunesektorens organisasjon (KS) kartlegger denne utredningen lovgivning som omhandler det kommunale selvstyret og andre kompetansegrunnlag for kommunene, og ser på forholdet mellom kommunene som myndighetsutøvere og staten som kontrollinstans. Utredningen tar for seg nyere lovendringer som har til hensikt å styrke det kommunale selvstyret. Vi undersøker hvilke intensjoner lovgiver har hatt med lovendringene, samt hvilke utslag lovendringene har hatt i praksis.

Oppsummert søker utredningen å besvare to hovedspørsmål:

1. Hva er i dag det rettslige innholdet i «det kommunale selvstyre», sett i lys av nyere lovgivning?
2. Hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad, har lovgivers intensjon om et styrket kommunalt selvstyre blitt fulgt opp i praksis?

Videre peker utredningen på svakheter og uklarheter ved regelverket, for å tydeliggjøre hvorfor det oppstår spenninger i forholdet mellom kommuner og staten, og hvor det er rom for å forbedre lov- og forvaltningssystemet.

Avslutningsvis peker utredningen på muligheter for nye tiltak som kan bidra til å klargjøre forholdet mellom kommuner og stat, herunder tiltak som kan være med på å sikre at hensynet til det kommunale selvstyret ivaretas i tråd med lovgivers intensjoner.

Oppdraget har vært omfattende med mange problemstillinger som skulle vurderes, og utredningsarbeidet har avdekket en rekke uklarheter og utfordringer med både regelverket og praksis. Det har derfor ikke vært mulig å gå i dybden og konkludere endelig på alle spørsmål, men utredningen peker likevel på en rekke interessante forhold og gir grunnlag for ytterligere diskusjoner og oppfølging.

1.2 Bakgrunn

Utredningen tar for seg lovgivning om det kommunale selvstyret, herunder hvilket handlingsrom lovgivningen gir kommunene og staten. Stortingets budsjettvedtak er også å anse som funksjonell lovgivning som kan begrense det kommunale selvstyret på sikt,

men dette faller utenfor rammene for denne utredningen, og nevnes bare kort der det er relevant.

Helt sentralt er den konstitusjonelle forankringen av lokaldemokratiet/det kommunale selvstyret i Grunnloven § 49 andre ledd. Bestemmelsen fastsetter dels at innbyggerne har rett til å styre lokale anliggender gjennom lokale folkevalgte organer, og dels at nærmere bestemmelser om det lokale folkevalgte nivået må fastsettes ved lov. Bestemmelsen gjelder bare kommuner, ikke fylkeskommuner.

Videre er det lokale selvstyret tydelig presisert og fremhevet i kommuneloven av 2018. Dette gjelder særlig § 2-1 som lovfester «Kommunalt og fylkeskommunalt selvstyre», og § 2-2 som inneholder «Prinsipper for nasjonale myndigheters forhold til det kommunale og fylkeskommunale selvstyret».

En ytterligere sentral lovendring av generell karakter er endringen av forvaltningsloven § 34 andre ledd, hvor det nå er fastslått at statlige myndigheter i klagesaker skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved overprøving av det frie skjønnet.

Det er også gjort flere andre lovendringer som er relevante for det kommunale selvstyrets stilling. Som eksempler kan vi nevne:

- Presisering av forutsetningen om at det skal foreligge «særlige grunner» for at staten skal foreta lovlighetskontroll av en kommunal avgjørelse, jf. kommuneloven § 27-1.
- Tydeliggjøring av kravene til samordning av statlige tilsyn med kommunal virksomhet, herunder dialog med kommunene, og styrking av kommunenes partsrettigheter ved tilsyn, jf. kommuneloven kapittel 30.
- Presisering av kravene til begrunnelse ved innsigelse til kommunale planforslag, jf. plan- og bygningsloven § 5-4.

I tillegg er det helt sentralt at kommunene som utøvere av offentlig myndighet nå er gitt adgang til å reise søksmål mot staten for å få prøvet gyldigheten av statlige avgjørelser rettet mot kommunene, både etter tvisteloven § 1-4 a og plan- og bygningsloven § 5-7.

Alle disse endringene har betydning både for det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret og for hvordan kommunene og staten skal forholde seg til dette.

Når vi viser til «det kommunale selvstyret», omfatter dette både det kommunale og det fylkeskommunale selvstyret. I utredningen skriver vi om «kommuner» når vi redegjør for regelverket, også der tilsvarende regler gjelder for fylkeskommunene, med unntak av Grunnloven § 49 andre ledd, som faktisk bare gjelder for kommunene. Der regelverket er annerledes for fylkeskommunene, presiserer vi dette.

1.3 Metode for utredningen

Prosjektet omfatter både juridisk utredning og empiriske undersøkelser for å vurdere hvordan regelverket følges opp i praksis.

1.3.1 Juridisk utredning

Hovedformålet med den juridiske utredningen er å kartlegge gjeldende rett for å tydeliggjøre hva som er det rettslige innholdet eller definisjonen av det kommunale selvstyret, særlig i lys av lovendringene i den senere tid for å styrke selvstyret. Denne rettslige analysen bygger på juridisk metode, hvor det er relevante rettskilder som danner grunnlag for drøftelsene. Den juridiske utredningen og klarleggingen av gjeldende rett danner videre grunnlaget for de empiriske undersøkelsene i prosjektet.

For å belyse bestemmelsene og det kommunale selvstyret ytterligere, søker vi også å konkretisere de generelle funnene på spesifikke sektorer i kommunene, nærmere bestemt arealforvaltning og helse og omsorg. Årsaken til at har vi valgt disse to sektorene, er at de representerer ulike utfordringer i forholdet mellom stat og kommuner, og ulike rettstradisjoner.

Innen arealforvaltningen er det i dag en tydelig spenning mellom kommunal og statlig styring. Gjennom kommunenes myndighet til å fastsette rettslig bindende planer, har kommunene vide fullmakter til å avgjøre hvordan arealene skal, og ikke skal, brukes. Samtidig knytter det seg en rekke statlige interesser og mål til arealbruken. Statlige myndigheter har i tillegg særskilte oppgaver knyttet til den kommunale planleggingen, både som medvirker og høringsinstans, og som klage- og innsigelsesmyndighet. Dermed er arealforvaltningen en meget egnet studie for å diskutere hvorvidt ny lovgivning for å styrke det kommunale selvstyret har hatt innvirkning på innholdet i nyere lovgivning og for statsforvaltningens arbeid.

Innen helse- og omsorgssektoren er spenningen mellom stat og kommune knyttet til andre forhold, primært ressursituasjonen hos kommunene. Kommunene står overfor store ressursutfordringer i dag, og i årene fremover, både når det gjelder kompetanse og kapasitet, finansielle ressurser til lønnskostnader og investeringsbehov. Samtidig er statens forventninger til kommunene blitt tydeligere, for eksempel med kvalitetsreformer, bemanningsnormer, o.l.

1.3.2 Empiriske undersøkelser

De empiriske undersøkelsene i prosjektet omfatter både fokusgruppeintervjuer og dokumentanalyser. Formålet med undersøkelsene er å få innblikk i om, og eventuelt i hvilken grad, lovgivers intensjon om et styrket kommunalt selvstyre har blitt fulgt opp i praksis, og hvordan statsforvaltningen forholder seg til kommunene og deres selvstyre.

Fokusgruppeintervjuer

For å finne ut hvordan statsforvaltningen forholder seg til det kommunale selvstyret i sitt arbeid, og hvordan spesielt nyere lovgivning for å styrke det kommunale selvstyret har påvirket dette arbeidet, har vi valgt å intervju representanter fra forskjellige statsforvalterembeter. Statsforvalterne jobber tett opp mot kommunene på flere måter,

for eksempel som kontrollinstans gjennom klagebehandling og tilsyn, som høringsinstans i plansaker og som veiledende myndighet. Vi har også i dette arbeidet hatt søkelys på de to sektorområdene arealforvaltning og helse og omsorg.

For å effektivisere datainnsamlingen ble fokusgruppeintervju valgt ut som metode. Dette er en metode som lar oss samle inn data fra flere informanter samtidig. Ved å gjøre dette fikk vi også anledning til å intervju flere informanter enn vi ville rukket gjennom individuelle dybdeintervjuer eller fokusintervjuer. Hvert av intervjuene bestod av mellom 4 og 8 informanter, og det totale antallet informanter på tvers av de fire fokusgruppeintervjuene var 20.

For å få et så representativt utvalg som mulig, både når det kommer til geografi og størrelse, ble følgende fire statsforvalterembeter intervjuet:

- Statsforvalteren i Innlandet
- Statsforvalteren i Troms og Finnmark
- Statsforvalteren i Vestland
- Statsforvalteren i Østfold, Buskerud, Oslo og Akershus

Det finnes både fordeler og ulemper knyttet til metoden og utvalget som er benyttet her. En av fordelene ved bruken av fokusgruppeintervju, i motsetningen til individuelle intervjuer, er at det åpner opp for diskusjon blant informantene som igjen kan bidra til fruktbar datagenerering.¹ Interaksjonen mellom informantene er dynamisk og tillater dem å bygge videre på hverandres svar og refleksjoner, noe som gjør at man kan hente ut informasjon som potensielt ikke ville ha kommet frem gjennom individuelle intervjuer. Uenigheter mellom informanter kan også avdekke et større mangfold av meninger og mer komplekse problemstillinger, og samtidig bidra til å løse opp i misforståelser og klargjøre begreper.

Når det kommer til representativitet og reliabilitet er dette alltid en utfordring innen kvalitative studier. Vi har ved utvalget av statsforvaltere forsøkt å få et så representativt utvalg som mulig innenfor de praktiske begrensingene som finnes. De fire statsforvalterne har til sammen ansvaret for omtrent halvparten av landets kommuner med omtrent 60 prosent av innbyggerne. Utvalget dekker en stor spredning både geografisk, i folketall, i areal (samt arealtetthet) og i «typer» av kommuner. Basert på dette mener vi at de fire statsforvalterembetene representerer et spekter av embeter som kan få frem erfaringer og problemer som både er felles for alle, men også unike. Gjennom analysen av intervjudataene ble det identifisert et konsistent mønster på tvers av de forskjellige intervjuene i svarene knyttet til de overordnede spørsmålene.

For å få frem statsforvaltningens perspektiv valgte vi kun å intervju statsforvaltere og ingen andre statlige aktører som direktorater og departementer. Dette valget ble tatt med utgangspunkt i at statsforvalterne gjennom sin rolle som «statens representant i kommunene» og gjennom deres direkte kontakt med kommunene etter vår mening har

¹ Aksel Tjora: *Kvalitative forskningsmetoder i praksis*, Gyldendal Akademisk (2018)

et svært godt utgangspunkt for å kunne vurdere hvordan statsforvaltningen har fulgt opp endringene i grunnloven og kommuneloven i praksis. I etterkant ser vi at utredningen kunne blitt styrket ved intervjuer i større omfang, både med kommuner, fylkeskommuner og flere statlige aktører. Samtidig har vi med dette lagt grunnlag for ytterligere undersøkelser av stillingen til det kommunale selvstyret, som helt sikkert ikke er ferdig diskutert etter denne utredningen. De empiriske funnene og konklusjonene som trekkes basert på intervjuene, må sees i lys av at vi kun har intervjuet statsforvaltere.

Vi har likevel fått innspill og informasjon om kommunenes synspunkter fra kommunerepresentanter gjennom diskusjoner i møter med referansegruppene, se punkt 1.4 nedenfor.

Dokumentanalyse

For å kartlegge ytterligere hvordan statsforvaltningen forholder seg til kommunene, har vi også foretatt en gjennomgang av statlige vedtak og rapporter der staten opptrer som klage- eller kontrollinstans overfor kommunene. Vi har sett på følgende fra de fire statsforvalterne vi også intervjuet:

- Vedtak i klagesaker på kommunale vedtak
- Lovlighetskontroll av kommunale avgjørelser
- Rapporter fra tilsyn med kommunene

Videre har vi sett på hvordan lovgivers intensjoner om å styrke kommunalt selvstyre følges opp i ytterligere lovgivningsprosesser mv. For det første har vi gjort en analyse av partiprogrammene for samtlige stortingspartier i inneværende periode, for å se hvordan de omtaler det kommunale selvstyret. Ettersom det er stortingsrepresentantene som faktisk vedtar lover, er det interessant å se hva partiene i utgangspunktet har lagt til grunn i partiprogrammene, og om dette følges opp i de stemmegivning i formelle lovprosesser. Vi har foretatt en gjennomgang av forarbeidene til fire nyere lovgivningsprosesser for å vurdere hvordan kommunene og det kommunale selvstyre omtales der av de ansvarlige departementene og høringsinstanser. Deretter har vi sett på stemmegivningen i Stortinget i disse lovprosessene, og kartlagt om partiene stemmer i tråd med sine partiprogrammer i de fire lovgivningsprosessene. Vi har også sett på hvilke forhold som førte til at det kommunale selvstyre eventuelt måtte «vike» i de enkelte sakene.

1.4 Referansegrupper

Prosjektet har hatt to referansegrupper, oppnevnt av KS. Den ene referansegruppen har vært for selve den juridiske utredningen, og har bestått av 10 kommune- og fylkesadvokater. Den andre referansegruppen har vært i hovedsak for de empiriske undersøkelsene, og har bestått av flere av de samme kommuneadvokatene som i den første referansegruppen, samt tre kommunedirektører, en ordfører, en Statsforvalter og en seniorrådgiver fra KS. Det har blitt avholdt digitale møter med referansegruppene,

hvor utredningens problemstillinger har blitt diskutert. Deltakerne i referansegruppene har i tillegg lest utkast til endelig utredning, og kommet med skriftlige og muntlige tilbakemeldinger. Selv om innspillene fra referansegruppen ikke er brukt direkte som grunnlag for empiriske funn i undersøkelsene, har disse samtalene bidratt både til utforming av og refleksjon omkring sentrale problemstillinger.

1.5 Oppbygningen av utredningen

Utredningen består av fem hoveddeler.

Del 1 omhandler kommunesektoren og det kommunale selvstyret generelt. Vi redegjør for begrepet «selvstyre» og rettslige grenser for kommunenes handlefrihet, og hvordan kommunalt selvstyre er definert og regulert i Grunnloven § 49 andre ledd og kommuneloven §§ 1-1, 2-1 og 2-2. Videre ser vi på hvilket kompetansegrunnlag som følger av kommunenes eiendomsrett og organisasjons- og instruksjonsmyndighet.

Del 2 gjelder forholdet mellom kommunene som myndighetsutøver og staten som kontrollmyndighet overfor kommunene. Vi ser her særlig på hvilke lovkrav som gjelder ved statlige informasjonstiltak, og ved statlig klagebehandling, lovlighetskontroll, tilsyn, samt innsigelse i plansaker.

Del 3 omhandler kommuners adgang til å reise søksmål mot staten, både etter tvistelovens alminnelige regler, og etter særbestemmelser som gir kommunen mulighet til å få prøvet gyldigheten av statlige avgjørelser overfor kommunen som forvaltningsmyndighet.

Del 4 tar for seg hvilken betydning lovendringene for å styrke det kommunale selvstyret eventuelt har hatt for nyere lovgivningsprosesser. Vi ser her på fire nyere lovforslag og undersøker hvordan kommunene og det kommunale selvstyret er omtalt i prosessene. I tillegg belyser vi hvordan selvstyret er omtalt i stortingspartienes partiprogrammer og hvordan dette samsvar med stemmegivningen i Stortinget i de fire lovsakene.

Del 5 inneholder korte oppsummerende konklusjoner om det kommunale selvstyrets rettslige stilling i dag, i hovedsak tilknyttet områder der vi ser at det er svakheter og rom for forbedringer i regelverk og praksis. Disse oppsummeringene danner grunnlag for våre avsluttende anbefalinger til tiltak i fremtidig arbeid med selvstyret.

Del 1: Det kommunale selvstyre

2. Begrepet «kommunalt selvstyre»

2.1 Utgangspunktet

I sin kjerne er begrepet «selvstyre» veldig enkelt: Selvstyre foreligger når et subjekt på minst ett område har frihet til å treffe andre valg enn et annet subjekt i en tilsvarende situasjon, eller andre valg enn det andre subjekter ønsker eller forventer. For kommuner vil selvstyre altså blant annet innebære at de kan foreta andre valg enn nabokommuner, og andre valg enn det staten ønsker. Begrepet forutsetter dessuten et minimum av objekter, for eksempel penger eller lovfestet kompetanse, som valgfriheten kan benyttes til å råde over. Med kompetanse menes rettslig handleevne. Når kommunene er gitt kompetanse til å utøve myndighet som innebærer at noen gis rettigheter eller pålegges plikter, må dette skje i form av et formelt vedtak, slik begrepet er definert i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a.

Det folkerettslig forpliktende Europeiske charteret om lokalt selvstyre bygger på den samme kjernen, hvor det i Artikkel 3 § 1 sies at:

Local self-government denotes the right and the ability of local authorities, within the limits of the law, to regulate and manage a substantial share of public affairs under their own responsibility and in the interests of the local population.

Den norske oversettelsen av bestemmelsen lyder:

Lokalt selvstyre betegner lokale myndigheters rett og evne til så langt loven tillater, på eget ansvar og i lokalbefolkningens interesse å regulere og administrere en betydelig del av de offentlige anliggender.

I læreboken i statsforfatningsrett uttrykker Smith det slik:

Formuleringen [i GrL. § 49 andre ledd] om “rett” til å styre innebærer som utgangspunkt at avgjørelsen av “lokale” saker er noe staten ikke kan legge seg opp i: én kommune kan altså føre en helt annen politikk enn en annen.²

Kjernen i begrepet er ikke omstridt. Kommunalt selvstyre innenfor de rammer som følger av at Norge er en enhetsstat, har vært et viktig utgangspunkt siden formannskapslovene av 1837. Når eksistensen av «kommuner» først legges til grunn, bygger den dels på deres rådighet over egne økonomiske ressurser, dels på statlige vedtak i form av formelle lov og budsjettvedtak. Debatten – og denne utredningen – handler altså ikke om begrepet lokalt selvstyre i seg selv. Den handler i stedet om det lokale selvstyrets rettslige grunnlag og omfang i dagens Norge, og om hvor omfattende lovgiver mener valgfriheten skal være.

² E. Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 6. utg. (2024) s. 140.

I Norge kommer selvstyrets underliggende begrunnelse godt til uttrykk gjennom GrL § 49 andre ledd, som tar utgangspunkt i innbyggernes rett til å styre seg selv. Det er den lokale folkesuvereniteten som gir «lokale folkevalgte organer» deres demokratiske grunnlag, mens «kommunen» strengt tatt bare blir et verktøy for å realisere den lokale folkeviljen. Retten til å «styre lokale anliggender» gir ikke mening dersom valget i ett geografisk område, ikke kan føre til at vedkommende kommune treffer andre valg og løser sine oppgaver annerledes enn andre kommuner, eller annerledes enn det staten finner politisk ønskelig.

Kommunelovens viktigste formål er «å fremme det kommunale og fylkeskommunale selvstyret», se § 1-1 første ledd. Forarbeidene til bestemmelsen gir uttrykk for at kommunene i stor grad skal kunne bestemme over egne forhold.³ Som vist ovenfor, følger det av Europarådskarakteret artikkel 3 at valgfriheten skal kunne brukes til å «regulere og administrere en betydelig del av de offentlige anliggender».

På hvert av de mange områdene der kommunene på eget initiativ eller i kraft av lov mv. driver virksomhet, kommer valgfrihetens omfang likevel an på rettsregler på de aktuelle områdene, se punkt 2.2 nedenfor. Lover og budsjettvedtak som legger oppgaver til kommunene, gir aldri grunnlag for å foreta mer enn det de selv sikter til eller setter eksplisitte grenser for. Også kommunenes rådighet over egne økonomiske ressurser må utøves innenfor rettslige grenser av mange slag. Selvstyret begrenses både av regler om kommunenes organisering, deres frihet til å styre sin egen økonomi og friheten til å utforme sin virksomhet på områder som er lagt dit i kraft av lov.

Som påpekt blant annet i Meld. St. 12 (2011-2012), har statens styring av kommunene over tid økt i både omfang og detaljeringsgrad. Derfor har både storting og regjering de siste årene i generell form gitt uttrykk for at det lokale selvstyret skal styrkes. Dette skal skje ved å fastholde prinsippet om rammestyring, ved at statsforvaltningen utøver sin myndighet med større bevissthet om det lokale selvstyret, og ved at lovgivningen i større grad bygger på avveining «mellom nasjonale omsyn og omsynet til lokaldemokratiet».⁴ Ønsket om et styrket lokalt selvstyre har også kommet til uttrykk i en rekke statlige styringsdokumenter (utredninger og proposisjoner, rundskriv og veiledere, regjeringsplattformer mv.). Målet kan realiseres ved at flere typer avgjørelser enn før blir underlagt kommunalt skjønn, eller at skjønnsrommet blir øket på områder der lovgivningen fortsatt gir forholdsvis snevre rammer. Sett under ett må ikke rammene være så snevre at kommunene verken rettslig eller faktisk har noen mulighet til selv å velge mellom ulike handlingsalternativer. At det kommunale selvstyret må utøves innenfor de rammer som følger av Grunnloven og andre overordnede rettsregler, innebærer at det ikke lar seg gjøre å si generelt hvor *omfattende* selvstyret er. Svaret vil bero på summen av slike rammer.

³ Prop. 46 L (2017-2018) Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) s. 354

⁴ Meld. St. 12 (2011-2012) s. 5.

2.2 Selvstyrets grenser

Selv om utgangspunktet er lokalt selvstyre, gir alle rettslig relevante kilder uttrykk for at valgfriheten må utøves innenfor visse grenser. Europarådsskarakterets legaldefinisjon i artikkel 3 § 1 sier uttrykkelig at valgfriheten gjelder «så langt loven tillater».

Kommuneloven klargjør at selvstyret utøves «innenfor nasjonale rammer», se § 2-1 tredje ledd. Samtidig gjør GrL § 49 andre ledd det klart at grensene må settes ved lov eller bindende stortingsvedtak.

Grensene for det kommunale selvstyret bygger for det meste på lov eller forskrift. De setter alltid visse rammer for den kommunale handlefriheten. Ofte vil rammene være så klare at det ikke byr på vesentlig tvil hva som hører inn under kommunens handlingsrom. Men det er også mange bestemmelser som angir rammene ved bruk av mer eller mindre skjønnsmessige ord og uttrykk, for eksempel «forsvarlig» eller «rimelig». I så fall kan det være uklart om det er kommunen selv, den statlige kontrollinstansen, eller i siste instans domstolene, som avgjør hva som er «forsvarlig» sett i lys av lokale preferanser, økonomiske rammer mv.

Når grensedragningen kan by på tvil, må valgfrihetens nærmere grenser avgjøres ved tolkning. Det er vanlig å skille mellom bestemmelser som overlater til kommunene selv å bestemme utfallet innenfor valgfrihetens grenser, og bestemmelser hvis nærmere innhold må avgjøres ved skjønn, såkalt rettsanvendelsesskjønn. I Prop. 64 L (2016-2017), som foreslo flere lovendringer for å styrke det kommunale selvstyret, er den førstnevnte typen av skjønn, «det frie skjønnet», beskrevet slik:

Det frie skjønnet inneber at kommunen kan velje mellom ulike lovlege løysingar når dei gjer vedtak, til dømes når det gjeld val av tenestetilbod og omfanget av tenestene. Kommunen har fritt skjøn så lenge lova og alminnelege forvaltningsrettslege prinsipp ikkje dikterer valet av løysing ut frå eit bestemt faktum. Kommunen står med andre ord fritt til å velje mellom fleire lovlege alternativ. Til dømes ligg det føre eit fritt skjøn dersom kommunen etter at visse vilkår er oppfylte, kan velje om dei skal innvilge eller avslå ei teneste, eit løyve eller ein dispensasjon. Kommunen utøver også fritt skjøn når den nærare innretninga av og nivået på tenestene ut over eit eventuelt minstekrav i lova skal fastsetjast. At kommunen skal ha eit fritt skjøn, kjem ofte til uttrykk ved at lova eller forskrifta seier at kommunen «kan» gjere vedtak med eit visst innhald dersom nærare bestemte vilkår er oppfylte. Til tider blir difor nemninga «kan-skjøn» brukt i staden for «fritt skjøn». Andre nemningar er «hensiktsmessigskjøn», «forvaltningsskjøn» og «diskresjonært skjøn».⁵

Myndighetsutøvelsen i for eksempel helse- og omsorgssektoren er i stor grad basert på rettighetsbasert lovgivning som gjør vidtgående bruk av skjønnsmessige begreper som «forsvarlig» og «nødvendig». Kommunenes myndighet i arealforvaltningen er derimot i større grad basert på diskresjonært skjønn. Bestemmelsene i plan- og bygningsloven (pbl.) § 19-2 om dispensasjon gir et eksempel på begge typer av skjønn. Paragrafens første ledd gir kommunen frihet til å avgjøre om det skal gis dispensasjon. I en eventuell klagesak skal staten legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved

⁵ Prop. 64 L (2016-2017) s. 9.

prøvingen av kommunens skjønn etter første ledd, jf. forvaltningsloven (fvl.) § 34 andre ledd. Men ifølge pbl. § 19-2 andre ledd kan dispensasjon bare gis når hensynene bak den bestemmelsen det skal dispenseres fra, lovens formål eller nasjonale eller regionale interesser ikke kan bli vesentlig tilsidesatt. I tillegg må fordelene ved å dispensere være klart større enn ulempene. Om disse kravene er oppfylt, beror på et rettsanvendelsesskjønn som kan prøves fullt ut i klagesaksbehandling, ved lovlighetskontroll, eller i siste instans av domstolene.⁶

I prinsippet er det alltid en rettslig oppgave å avgjøre hvilke grenser for handlefriheten som ligger i bestemmelser av skjønnsmessig karakter. Kommunene er bundet av loven, og loven må som utgangspunkt ha samme innhold i hele landet, jf. også GrL. § 98 første ledd om likhet for loven. Kommunene har altså plikt til å avgjøre den enkelte sak på den måten loven angir, og deres handlefrihet er begrenset på samme måte.

Det er imidlertid ikke uvanlig at domstolene, når spørsmålet unntaksvis kommer opp for dem, anser forvaltningen for å være bedre skikket enn retten selv til å vurdere de faktiske forhold som bestemmelsen gjelder for.⁷ Det forekommer også at de nøyer seg med presisere visse ytre rammer for forvaltningens handlefrihet, for eksempel en «minstestandard» for omfanget av vedkommende tjeneste, mens forvaltningen selv avgjør resultatet innenfor denne rammen.⁸ I så fall har den enkelte kommune en viss frihet til å velge resultat ut fra forholdene i den enkelte sak, særegne lokale forhold, kommunens økonomi mv.

Når lovens grenser ellers kan by på tvil, kan hensynet til det kommunale selvstyret i seg selv trekkes inn som et reelt hensyn ved tolkningen av skjønnsmessige ord og uttrykk. Forvaltningslovutvalget sier det på denne måten:

Hensynet til det kommunale selvstyret kan likevel komme inn som et reelt hensyn ved regeltolkingen eller et moment i ulovfestede regler, særlig når det skal vurderes hvilke hensyn som er saklige eller utenforliggende der et folkevalgt organ treffer vedtaket.⁹

Men selv når kommunens selvstyre vil være relevant, er det ikke gitt at kommunens egne faglige eller politiske argumenter vil være avgjørende for resultatet. På mange områder der kommunene har lovpålagte oppgaver, bestemmer lovgivningen at statsforvaltningen kan eller skal overprøve kommunale vedtak. Kontrollens omfang varierer fra område til område. Som klageinstans kan den som hovedregel prøve både rettsanvendelsesskjønn og diskresjonært skjønn. Statlig tilsyn og lovlighetskontroll er derimot begrenset til å prøve rettsanvendelsen. Statlige kontrollorganer, og i siste instans domstolene, må vurdere om saksbehandlingsreglene er fulgt, avgjørelsen bygger korrekte fakta, og om det er lagt vekt på andre hensyn enn det loven tillater.

Når statsforvaltningen som klageinstans kan prøve alle sider av en sak, slik at kontrollen som utgangspunkt omfatter begge typer av skjønn, innebærer det at statsforvaltningen

⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242 og Prop. 46 L 2017-2018 s. 327.

⁷ Se f.eks. Rt. 1995 s. 1427, «Naturfredningsdommen».

⁸ Se f.eks. Rt. 1990 s. og 360 og 1993 s. 811. Generelt om disse grensene, se f.eks. Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg. (2022) kapittel 24.

⁹ NOU 2019: 5 s. 396.

kan gripe inn i det kommunale selvstyret ved å sette sitt eget syn på hva som vil være et hensiktsmessig resultat foran kommunens eget valg av ett av flere lovlige alternativer. Dette er bakgrunnen for bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd om klageinstansens plikt til å legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret.

Så lenge den tolker og anvender regelverket riktig, vil statsforvaltningens overprøving av kommunenes rettsanvendelse derimot ikke i seg selv innebære noen begrensning i det kommunale selvstyret innenfor de rettslige grensene som til enhver tid gjelder. Men i slike tilfeller har kommunene nå likevel fått større mulighet enn før til å få tolkningsspørsmålet avgjort av domstolene.

I den grad lovgiver ønsker økt kommunalt selvstyre, kan det enten skje gjennom bestemmelser som i større grad åpner for at kommunene kan utøve fritt skjønn, slik at de innenfor lovens rammer selv kan bestemme hvilket utfall de finner mest hensiktsmessig i den enkelte sak, eller ved å redusere mengden og detaljeringsgraden av bestemmelser som setter krav til saksbehandling, resultat eller begge deler.

3. Grunnlovsbestemmelsen om lokalt selvstyre

3.1 Kort om den historiske bakgrunnen

Lokale fellesskap for løsning av felles oppgaver har dype historiske røtter. Ifølge Magnus Lagabøtes bylov, vedtatt for Bergen i 1276 og for Oslo, Nidaros og Tønsberg på omtrent samme tid, ble byen styrt av bymøtet eller bytinget, der alle byens «husfaste menn» møttes tre ganger om året. I tillegg skulle det være et byråd, vanligvis med tolv medlemmer. Etter hvert ble «borgermesteren» rådets leder. Under eneveldet ble medlemmene kongelige embetsmenn, men de skulle fortsatt utpekes blant byens borgere.¹⁰

Under det nye konstitusjonelle regimet fra 1814, kunne formannskapslovene av 1837 bygge videre på lokale offentlige fellesskap som var underordnet staten, men med egne ordninger for blant annet «veikommuner, fattigkommuner, skolekommuner, tinglags- og fogderikommuner».¹¹

Da A. M. Schweigaard i 1841 foreleste over «Den norske administrative Ret», fant han innledningsvis plass til noen ord om kommunenes plass i forvaltningen. Han begynner med å presisere at Grunnlovens uttrykk «den udøvende Myndighed» ikke er identisk med «Kongemagten», som riktignok står i spissen for administrasjonen, men «derfor ikke absorberer all administrativ Myndighed». I stedet er kommunene gjennom lov satt utenfor den administrasjonen som Kongen står i spissen for:

Udtrykket «udøvende Myndighed» tages derimod i collectiv Betydning om det hele System af Statsorganer, der ved Siden af Domstolene virke til Lovenes Overholdelse og de i disse indeholdte offentlige Øiemeders Iværksettelse. Ogsaa Commune-Bestyrelsen bliver hertil at henføre og det ikke alene fra den Side, hvorved den er afhængig af den egentlige Statsadministration, men i dens Helheed, da de Communeanliggender, som Borgerne gennem deres valgte Repræsentanter efter eget Forgodtbefindende ordne og bestemme, ikke passende kunne henregnes til Privatretten i egentlig Forstand.¹²

Bare fire år etter vedtakelsen av formannskapslovene ble altså kommunene oppfattet som en del av den utøvende myndighet. Men Schweigaard skiller mellom to ulike sider av kommunenes virksomhet. På den ene siden er kommunen «afhængig av den egentlige statsadministration». På den andre siden er dette bare en del av «dens Helheed», som også består av «de Communeanliggender, som Borgerne gjennom deres valgte Repræsentanter efter eget Forgodtbefindende ordne og Bestemme». Likevel kunne ikke denne mer frie rollen for kommunene ifølge Schweigaard passende

¹⁰ Ivar Bugge (1986). *Kommunal forfatning: En historisk gjennomgang av utviklingen med hovedvekt på tidsrommet fra 1837, og en beskrivelse av kommunalrett og kommunal forfatning i dagens Norge* s. 15.

¹¹ Liv Mykland og Kjell Olav Masdalen: *Administrasjonshistorie og arkivkunnskap. Kommunene*, Universitetsforlaget 1987 s. 14.

¹² Marit Halvorsen og Geir Heivoll (red.) *Styring av Norge. A.M. Schweigaards forelesninger i administrativ rett* (2024) s. 43.

«henregnes til Privatretten i egentlig Forstand». ¹³ Dette bør ses i lys av et sentralt poeng i Schweigaards innledning:

Landet styres efter Love, og [...] disse forlene selv de mere underordnede Auctoriteter en større eller mindre Grad af Selvstændighed i Beslutning og Handling. ¹⁴

I framstillingen om omgjøring og overprøving av forvaltningsavgjørelser tar Schweigaard utgangspunkt i «en Flerhed af Auctoriteter» som står i forhold til hverandre som overordnede til underordnede, men presiserer at det ikke kunne oppstilles som alminnelig regel at beslutninger fattet på et lavere trinn kunne forandres eller omgjøres av en høyere instans og til sist regjeringen. Om «Communebestyrelsens» stilling overfor «Øvrigheden og Regeringen» etter formannskapslovene skriver han:

Hvad Communebestyrelsen angaaer, da er dennes forhen temmelig ubestemte Forhold til øvrigheden og Regjeringen nu nøie regulert ved de nye Love om Formandskaberne, der, udenfor hvad der er fastsat ved Lov, lovgyldigen afgivne Bestemmelser eller private Dispositioner, kun indrømme Statsauctoriteterne et Veto eller en negativ Myndighed ved Beslutninger, der enten henhøre til de vigtigste, eller hvorved der er opstaaet en merkelig Dissents. ¹⁵

Med mindre de kommunale beslutningene hørte til «de viktigste» eller det var «oppstått en merkelig Dissents», hadde «Statsauctoriteterne» altså bare omgjørings- og overprøvingsmyndighet hvis det var fastsatt ved «Lov, lovgyldigen afgivne Bestemmelser eller private Dispositioner». Etter formannskapslovene var en viktig del av kontrollen for eksempel at statsforvaltningen hadde rett til å godkjenne kommunenes langsiktige bevilgninger. ¹⁶

Med henvisning til formannskapslovene §§ 38 og 39, uttaler Schweigaard at amtmannens «Egentlige Myndighed» overfor kommunene er i «de engere Communeanliggender» er «ganske negativ». Approbasjon var bare nødvendig når beslutningen angikk en «stadig Udgift» eller avhendelse av kommunens faste eiendom. Ellers kunne amtmannen etter formannskapslovene bare kalle sammen formannskapet til rådslagning «med sig», jf. § 33, gjennomgå protokoller, kreve erklæringer og kreve at «Repræsentantmøte» behandler en sak. ¹⁷

En interessant side av Schweigaards kortfattede utlegninger er ellers at han ser ut til å forutsette at kommunene kunne inngå «private disposisjoner». ¹⁸ Hans umiddelbare poeng er at slike disposisjoner kan gi grunnlag for statlig overprøving. Men utsagnet kan antagelig også leses som uttrykk for at både staten og kommunene hadde rådighet over

¹³ Marit Halvorsen og Geir Heivoll (red.) *Styring av Norge. A.M. Schweigaards forelesninger i administrativ rett* (2024) s. 44.

¹⁴ Marit Halvorsen og Geir Heivoll (red.) *Styring av Norge. A.M. Schweigaards forelesninger i administrativ rett* (2024) s. 43.

¹⁵ Marit Halvorsen og Geir Heivoll (red.) *Styring av Norge. A.M. Schweigaards forelesninger i administrativ rett* (2024) s. 51.

¹⁶ Stortinget [Formannskapslovene av 1837 - stortinget.no](https://www.stortinget.no)

¹⁷ Marit Halvorsen og Geir Heivoll (red.) *Styring av Norge. A.M. Schweigaards forelesninger i administrativ rett* (2024) s. 80.

¹⁸ Marit Halvorsen og Geir Heivoll (red.) *Styring av Norge. A.M. Schweigaards forelesninger i administrativ rett* (2024) s. 51.

egne økonomiske midler, det vi her kan kalle privatautonomi. Slik kompetanse kommer i tillegg til de lovbestemte oppgavene for kommunene som Schweigaard i første rekke er opptatt av.

Samfunnsutviklingen har tatt store steg etter at Schweigaard holdt disse forelesningene. Lovgivningens og forvaltningens omfang har økt, og kommunenes virksomhet ser helt annerledes ut. Samtidig har viktige trekk vært stabile. Selv om lovgivningen ikke selv brukte uttrykket «kommunalt selvstyre», nevnte formålsbestemmelsen i kommuneloven av 1992 § 1 både lokalt folkestyre og samspill mellom nasjonalt og lokalt nivå:

Formålet med denne lov er å legge forholdene til rette for et funksjonsdyktig kommunalt og fylkeskommunalt folkestyre, og for en rasjonell og effektiv forvaltning av de kommunale og fylkeskommunale fellesinteresser innenfor rammen av det nasjonale fellesskap og med sikte på en bærekraftig utvikling.

Ifølge Bernt, Overå og Hove fulgte kommunenes «alminnelige kompetanse» av § 1 i den daværende kommuneloven:

Den alminnelige kompetansen er den beslutningsmyndigheten som så å si ligger innbakt i kommunelovens bestemmelser om kommuner og fylkeskommuner som selvstendige rettssubjekter, og i prinsippet om et kommunalt og fylkeskommunalt folkestyre.¹⁹

I tillegg til oppgaver som kommuneloven uttrykkelig nevner, for eksempel saker som årsbudsjett, økonomiplan og ansettelse av administrasjonssjef, omfattet den «forutsetningsvis» oppgaver som kjøp og salg av eiendommer eller gjenstander som skal benyttes i den kommunale virksomheten, tilsettinger mv. Samtidig fremhever de at kommunenes kompetanse er negativt avgrenset. En sentral formulering lyder:

Kommuner og fylkeskommuner oppfattes ikke bare som forgreninger av statsapparatet, de har sin egen selvstendige basis som lokale demokratiske selvstyreorgan, og et sentralt element i dette selvstyret er retten til selv å definere hva som er en kommunal eller fylkeskommunal interesse.²⁰

Dagens kommunelov tydeliggjør altså det som antagelig har vært lagt til grunn helt siden 1837, nemlig at «[h]ver kommune og fylkeskommune er et eget rettssubjekt og kan ta avgjørelser på eget initiativ og ansvar», se kommuneloven § 2-1 andre ledd. Som eget rettssubjekt har kommunen som utgangspunkt herredømme over sine egne økonomiske midler, kan inngå kontrakter og ellers treffe bestemmelser om bruken av dem på samme måten som staten selv eller private eiere.

Videre gir kommuneloven og annen lovgivning kommunen som rettssubjekt, betydelig frihet til nærmere å bestemme hvordan det folkevalgte styringsorganet skal organisere og styre virksomheten.

I læreboken fra 2001 angir Bernt, Overå og Hove at kommunenes «spesielle» kompetanse bygger på bestemmelser i særlovgivningen om å legge bestemte oppgaver til kommunene, for eksempel plikt til å yte sosialhjelp. Dette stemmer med at

¹⁹ Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove *Kommunalrett* (2002, 2. opplag 2005) s.76-77.

²⁰ Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove *Kommunalrett* (2002, 2. opplag 2005) s. 80.

lovgivningen helt siden 1837 har pålagt kommunene stadig mer omfattende oppgaver, utstyrt dem med kompetanser som er nødvendig for å sette dem ut i livet og begrenset deres handlefrihet. Men også slik lovgivning forutsetter og bygger på at kommunene allerede var etablert «som selvstendige offentligrettslige rettssubjekter».²¹

Da GrL. § 49 andre ledd ble vedtatt, hadde altså noen rettslige hovedtrekk i kommunenes plass som selvstyrte organer i det nasjonale fellesskapet, vært stabile gjennom lang tid. Men det gikk lang tid før deres status som egne rettssubjekter, og den alminnelige kompetansen som følger av dette, fikk et mer helhetlig, juridisk bindende uttrykk.

3.2 Grunnlovfesting

Kommunalt selvstyre fikk konstitusjonell forankring ved at Stortinget vedtok et nytt andre ledd i GrL. § 49 den 31. mars 2016:

Folket utøver den lovgivende makt ved Stortinget. Sttingsrepresentantene velges gjennom frie og hemmelige valg.

Innbyggerne har rett til å styre lokale anliggender gjennom lokale folkevalgte organer. Nærmere bestemmelser om det lokale folkevalgte nivå fastsettes ved lov.

Tanken om konstitusjonell forankring av lokalt selvstyre går langt tilbake i tid. Selv om det ikke hadde skjedd i 1814, ble det argumentert for at formannskapslovene av 1837 representerte en levendegjøring av det viktige elementet av demokrati, som den nye grunnloven etablerte. Stortingets justiskomite la vekt på at lokal deltakelse i overveielser og avgjørelser om kommunale anliggender var «en uundværlig Betingelse for den Borgeraand og Interesse for offentlige Anliggender, som udgjør det belivende Princip i den frie Statsforfatning».²²

Samtidig har tanken om å grunnlovfeste kommunalt selvstyre vært omstridt. Da det første forslaget ble fremmet i 1920, ble det enstemmig nedstemt i Stortinget. Heller ikke en rekke forslag fremmet i 1984 og senere, nådde frem.²³

Argumentene mot grunnlovfesting kan sies å ha fulgt to hovedlinjer. Dels har det kommunale selvstyret vært ansett som et så grunnfestet element i vår statsskikk at formalisering var overflødig, dels har ikke Stortinget ønsket å begrense sin egen handlefrihet som lovgiver og regelverkets fleksibilitet.²⁴ Sammen gjenspeiler de to linjene unektelig en viss ambivalens, og selv da forsøkene på grunnlovfesting omsider

²¹ Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove *Kommunalrett* (2002, 2. opplag 2005) s. 76.

²² Sttingsforhandlinger 1836-37, 4. overordn. St., 2. del. O. 14.11, s. 769-770. Se også Sigrid Stokstad (§ 49 andre ledd) i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.) *Grunnloven: Historisk kommentarutgave 1814-2020*.

²³ Om prosessen: Se Eivind Smith «Hinderløypa: Grunnlovfesting av kommunalt selvstyre i Norge?» I Harald Baldersheim og Eivind Smith (red.) *Lokalt demokrati uten kommunalt selvstyre?* (2011) s. 59-61.

²⁴ Argumentasjonen er nærmere redegjort for i Sigrid Stokstad (§ 49 andre ledd) i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.) *Grunnloven: Historisk kommentarutgave 1814-2020* s. 489-491

vant frem, fikk bestemmelsen en form som enkelte omtalte som en form for omgåelse av problemstillingen om uønsket begrensning i Stortingets handlefrihet.²⁵

Da det representative demokratiet på lokalt nivå ble grunnlovfestet i mars-april 2016, skjedde det ved at nøkkelbestemmelsen om folkesuverenitet som vi hadde hatt helt siden 1814, fikk et nytt andre ledd. Ifølge tillegget i § 49 har innbyggerne rett til å styre lokale anliggender gjennom lokale folkevalgte organer, mens nærmere bestemmelser om det lokale folkevalgte nivået både kan og må fastsettes ved lov. Bestemmelsen ble vedtatt med 158 mot 5 stemmer i Stortinget.²⁶ Dermed kan vi trygt glemme spørsmålet om hvorvidt kommunalt selvstyre kanskje uansett hadde en form for sedvanebasert konstitusjonell status.²⁷

Forhistorien til Grl. § 49 andre ledd gir et grunnlag for å forstå Stortingets intensjoner og dermed for å drøfte bestemmelsens rettslige betydning. Skulle den bare styrke det kommunale selvstyret på den måten at avskaffelse av et lokaldemokratisk styringsnivå krever grunnlovsendring? Eller skulle den beskytte det nivået for kommunalt selvstyre som var etablert på vedtakstiden, eller i alle fall sikre et minimum av valgfrihet for kommunene som senere lovgivning ikke kan gripe inn i?

Ordlyden nevner ikke kommuner eller andre lokale enheter, men fastslår at det er *innbyggerne* i et geografisk avgrenset område har som «rett til å styre lokale anliggender». Men dermed treffer den kjernen i begrepet «lokaldemokrati». Poenget forsterkes ved at bestemmelsen er sammenstilt med Grunnlovens «faneparagraf» om folkesuverenitet (§ 49 første ledd, som opprinnelig sto alene), og gjennom presiseringen av at selvstyret skal *utøves* «gjennom lokale folkevalgte organer». Dermed er viktige elementer i det rettslige rammeverket for kommunalt selvstyre i enhetsstaten Norge lagt på plass.

I læreboken i statsforfatningsrett uttrykker Smith poenget slik:

Det er ikke kommunen som sådan, men *innbyggerne*, som har rett til å styre sine felles anliggender. Dette stemmer med den grunnidéen som uttrykkes allerede i betegnelsen “kommune” slik vi finner den på både engelsk og fransk (common, commune): Det er ideelt sett tale om et politisk *fellesskap* for å løse lokale saker, der kommunen er et redskap for innbyggerne, ikke et mål i seg selv.²⁸

Men det er ikke Grl. § 49 andre ledd som innfører kommunalt selvstyre. Bestemmelsen bygger snarere videre på kommunene som viktige ledd i det offentlige styringsapparatet; landets inndeling i lokale kommuner med folkevalgt ledelse som har ansvar for lokale fellesoppgaver og kan ta egne initiativ.

²⁵ Innst. 182 S (2015-2016) s. 2.

²⁶ Dokument 12:19 (2011-2012), behandlet sammen med Dokument 12:5 (2011-2012) og Dokument 12:26 (2011-2012), Innst. 182 S (2015-2016).

²⁷ Se Yngve Flo *Kommunen og konstitusjonen. Om statusen til det kommunale sjølvstyret i det norske styringsverket LOS-senteret* Rapport hefte: N0032 (2000) s. 27. Motsatt Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove *Kommunalrett* (2002, 2. opplag 2005) s.74

²⁸ Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 6. utg. (2024) s. 140.

Grl. § 49 andre ledd må antas å være begrenset til *lokalt* selvstyre (primærkommunene). Som enheter på regionalt eller fylkesnivå undergitt en direkte folkevalgt ledelse, har fylkeskommunene en vesentlig kortere historie og en politisk omstridt eksistens. Det er heller ikke grunnlag for å anta at bestemmelsen sier noe om *antall* primærkommuner, for eksempel slik at den «fryser» det kommunemønsteret vi hadde i april 2016. Det var tvert imot forutsatt at kommuneinndelingen, og dermed antall kommuner, skulle forbli et ansvar for den ordinære lovgivningen.²⁹

Men grunnlovsendring er altså nødvendig for helt å fjerne ordningen med lokale enheter ledet av organer som er direkte folkevalgt, har status som egne rettssubjekter adskilt fra staten og et minimum av kompetanse som er negativt avgrenset i den forstand at det er kompetansens *grenser* som må fastsettes særskilt. Lest i sammenheng med Grl. § 75 bokstav a og d, klargjør Grl. § 49 andre ledd dessuten at både grenser for og styring kommunenes virksomhet krever Stortingets medvirkning i form av lov- og bevilgningsvedtak.

3.3 Nærmere om innholdet av Grl. § 49 andre ledd

3.3.1 Rettskildene

Grl. § 49 andre ledd må tolkes med utgangspunkt i ordlyden, sett i lys av Grunnlovens generelle bestemmelser om lovgivnings- og bevilgningsmyndighet. I den grad § 49 andre ledd er behandlet i domstolene, vil rettspraksis kunne sette rammer for tolkningen. Her vil imidlertid premissene for grunnlovsforslaget, uttalelser i stortingskomiteens innstilling og under Stortingets debatt før vedtagelsen være sentrale for å belyse meningsinnholdet i bestemmelsen.

Statens plikt etter Europarådskarakteret art. 2 til å grunnlovfeste «prinsippet om lokalt selvstyre» spilte en viktig rolle som bakgrunn for vedtagelsen av Grl. § 49 andre ledd. Derfor er det også grunn til å trekke denne bestemmelsen inn i drøftelsen, i tillegg til andre deler av lovgivningen og Norges folkerettslige forpliktelser som kan bidra til å vise sammenhengen i regelverket.

I NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov heter det at Grl. § 49 andre ledd «langt på vei har karakter av å være en prinsippbestemmelse og fastsetter at nærmere bestemmelser må fastsettes ved lov».³⁰ Dette er riktig for så vidt som bestemmelsen etterlater svært mange spørsmål til nærmere regulering i vanlig lov, og ikke var ment å sette nye grenser for ordningen med klage over kommunale vedtak til organer i statsforvaltningen. Men dersom uttalelsen om at det er tale om en «prinsippbestemmelse» er ment å angi at Grl. § 49 andre ledd ikke på noe punkt har et fastere innhold, er uttalelsen misvisende.

²⁹ Innst. 182 S (2015-2016) s. 8.

³⁰ NOU 2019: 5 s. 394 med videre henvisning til uttalelser om «karakter av prinsipperklæring» til forslaget i Dokument 12:19 (2011-2012), som «minner om den bestemmelsen som senere ble vedtatt».

3.3.2 Adressatene for Grl. § 49 andre ledd

Et første moment som krever oppmerksomhet, er at hovedbestemmelsen er rettet til «innbyggerne». Retten til å styre lokale anliggender er altså ikke lagt til kommunene, men til innbyggerne i et geografisk avgrenset område. Men siden innbyggernes kollektive autonomi skal realiseres «gjennom» lokale folkevalgte organer, er kommunene deres middel til å realisere styringsretten.

Kriteriet «innbyggerne» er ikke nærmere presisert. Utgangspunktet må vel tas i at alle som bebor kommunens geografiske område, hører med. Men bostedsbegrepet kan være flytende, for eksempel når det gjelder skillet mellom ferie- og fritidsboliger og faste bolighus. Her må utgangspunktet tas i folkeregisteret, som ivaretas av staten, og i lovgivningen om ulike særbestemmelser, for eksempel om primærhelsetjenesten. Det samme gjelder den egentlige retten til å styre seg selv, i denne relasjon er folkeregistreringen avgjørende for retten til å stemme og til å være kandidat ved lokalvalg. Grunneiere i kommunen som ikke selv er bosatt der, er ikke «kommunemedlemmer» med visse rettigheter, slik som i f.eks. Sverige.

Andre setning i andre ledd om at nærmere bestemmelser om det lokale folkevalgte nivået fastsettes ved lov, presiserer for det første at den lovgivende makt som ellers følger av Grl. § 75 bokstav a) gjelder også overfor kommunene; det samme gjelder for øvrig Stortingets bevilgningsmyndighet etter bokstav d). Innbyggernes rett til selvstyre etter § 49 andre ledd første pkt. gjelder altså så lenge noe annet ikke følger av bestemmelser som Stortinget har medvirket til (formell lov) eller har truffet alene. Som vi skal se, kan det imidlertid tenkes at innbyggernes rett etter første setning til å styre «lokale anliggender», setter visse grenser.

For det andre tydeliggjør bestemmelsen i andre ledd andre setning den utøvende statsmakt (forvaltningen) ikke kan begrense kommunenes handlefrihet i større grad enn det som følger av lov- eller bevilgningsvedtak. Dette er nyttig fordi det tidligere ikke alltid var tilstrekkelig bevissthet om at det såkalte legalitetsprinsippet ikke uten videre sto i veien for at statsforvaltningen ikke har selvstendig instruksjonsmyndighet overfor kommunene. Grensen mellom formelt bindende «instruks» og rådgivning eller generelle uttalelser kan imidlertid være uklar, for eksempel i begrunnelsen for vedtak i klagesak.

3.3.3 Lokale folkevalgte organer

Bestemmelsen forutsetter, og dermed klargjør, at det skal finnes lokale folkevalgte organer. Hver geografisk enhet må altså være utstyrt med folkevalgt ledelse som fra dag til dag utøver innbyggernes «rett til å styre» og som, i «lokale anliggender», ikke er henvist til utelukkende å «bestemme» slikt som allerede følger av lov- eller bevilgningsvedtak. Selv om bestemmelsen i § 49 første ledd om «frie og hemmelige valg» uttrykkelig er begrenset til stortingsrepresentantene, er det ingen grunn til å anta at tilsvarende krav ikke gjelder for valg til kommunestyrene.

3.3.4 Egne rettssubjekter

Det grunnleggende elementet i kommunenes rettslige handleevne følger av deres status som egne rettssubjekter (juridiske personer) adskilt fra staten. Slik har det vært i svært lang tid. Siden 2018 kommer det til uttrykk i kommuneloven § 2-1 andre ledd.

Som egne rettssubjekter har kommunene et minimum av selvstendig kompetanse. Innenfor de rettslig bindende rammene som til enhver tid gjelder, prioriterer de sin virksomhet ut fra lokale ønsker og behov, og de opptrer selv i tvister for domstolene. Dette skiller seg markant fra organer som inngår i rettssubjektet «staten»; et direktorat har for eksempel ingen andre kompetanser enn dem som er positivt angitt i lov eller bevilgningsvedtak eller som overført fra overordnet myndighet, og det er staten som opptrer for domstolene på forvaltningsorganets vegne.

3.3.5 Rettslig handleevne

Ifølge GrL. § 49 andre ledd har innbyggerne «rett til å styre lokale anliggender» gjennom folkevalgte organer, og kommunenes forhold kan reguleres nærmere ved lov. Bestemmelsen sier ikke noe eksplisitt om hvilken kompetanse kommunene skal ha, og komitéflertallet presiserer at ingen av de aktuelle forslagene anga «et definert og avgrenset, autonomt kommunalt, inngrepsfritt kjerneområde».³¹

Som tidligere nevnt, angir uttrykket «styre seg selv» imidlertid at lokalbefolkningen på minst ett område må ha frihet til å treffe andre valg enn andre kommuner, derunder andre valg enn statlige myndigheter ønsker eller forventer i tillegg til det som følger av lovgivningen. Dermed må den også ha rådighet over et minimum av ressurser i form av for eksempel penger eller lovfestet kompetanse.

På denne bakgrunn kan vi legge til grunn at Grunnloven gir kommunene et minimum av rettslig handleevne som de selv kan avgjøre hvordan skal brukes. Også forarbeidene til GrL. § 49 andre ledd bygger utvilsomt på et tilsvarende utgangspunkt. Dimensjoneringen reiser imidlertid andre spørsmål. Selv om både forslagsstillerne og Stortinget forholdt seg til det mønsteret for kommunalt selvstyre som var etablert da bestemmelsen ble vedtatt, kan for eksempel dette ikke antas å innebære at det var det rettslig regulerte forholdet mellom stat og kommune slik det fulgte av rettsreglene på vedtakstidspunktet våren 2016, som ble grunnlovfestet.

3.3.6 Negativt avgrenset kompetanse

Som egne rettssubjekter har kommunene frihet til å ta egne initiativ og til å formulere egne mål. At handlefriheten kan begrenses, følger uttrykkelig av andre setning i GrL. § 49 andre ledd. Men innenfor de rammene som til enhver tid gjelder, kan kommunene bruke sin handlefrihet og sine ressurser til å realisere egne mål.³² På denne måten kan vi si at det kommunale selvstyret er *negativt avgrenset*.

Dette stemmer med bestemmelsen i den nåværende kommuneloven § 2-1 andre ledd om at kommunene kan «ta avgjørelser på eget initiativ og ansvar». Men initiativfriheten eksisterte før loven ble vedtatt og vil heller ikke falle bort dersom bestemmelsen senere

³¹ Innst. 182 S (2015-2016) s. 6.

³² NOU 2016: 4 punkt 4.3.1.

skulle bli endret eller opphevet. Tvert imot er det grunn til å anta at en viss frihet til å ta egne initiativ følger av det kravet om alminnelig kompetanse som GrL. § 49 andre ledd forutsetter og bygger på. Bestemmelsen må antas å stå i veien for helt å fjerne sentrale elementer i kommunenes alminnelige kompetanse, for eksempel kompetansen til å vedta eget budsjett.

Det grunnleggende elementet i kommunenes kompetanse er deres evne til å råde over sine egne økonomiske ressurser, herunder ved å forplikte seg gjennom avtaler. Dette omtales ofte som privatautonom kompetanse. Rådigheten over egne økonomiske midler kan for eksempel brukes til å ansette personale, kjøpe eller leie bygninger og driftsmidler eller inngå lån. Kommunene gjør bruk av disse elementene i den rettslige handleevnen også når de utfører lovpålagte oppgaver, for eksempel når de inngår arbeidsavtaler med ansatte på byplankontoret, kjøper datamaskiner og annet utstyr, eller vedtar å konkurranseutsette driften av sykehjem.

Slik privatautonom kompetanse har etter alt å dømme vært forutsatt helt siden det lokale styringsnivået ble etablert. At kommunens rådighet over egne midler som utgangspunkt er like omfattende som rådigheten for private rettssubjekter eller for staten som eier, har nylig kommet til uttrykk i både flertalls- og mindretallsvotumet i høyesterettsdommen i den såkalte el-sparkesykkelsaken. Flertallets utgangspunkt er at «en kommune har den samme rettslige og faktiske rådighet over sine eiendommer som andre grunneiere», mens mindretallet «legger vekt på at kommunen i utgangspunktet står i samme stilling som andre grunneiere når det gjelder adgang til å råde over egen eiendom».³³ Vi kommer tilbake til denne dommen i punkt 5.4 nedenfor.

Som andre eiere må kommunene opptre innenfor rammer som følger av lovgivningen om forurensning, arbeidsmiljø, naboforhold osv. I tillegg kommer visse særregler om økonomiforvaltningen, statsbudsjettets og statsstøttereglenes grenser for bruk av tilskuddsmidler, og enkelte grenser som i særlig grad gjelder for rådigheten over eiendom bestemt til offentlig bruk, habilitetsreglene mv. Men også slike regler forutsetter at kommunene overhodet har kompetanse til å inngå avtaler og vedta eget budsjett.

At vi skal ha lokale folkevalgte organer som innbyggerne kan styre gjennom, følger av både GrL. § 49 andre ledd og kommuneloven § 2-1 første ledd, som sier at Norge er inndelt i kommuner og fylkeskommuner med egen folkevalgt ledelse. Bestemmelsene forutsetter utvilsomt en viss intern organisering. Dette behovet har alltid blitt ivaretatt gjennom lovbestemmelser som ikke nøyter seg med å bestemme at vi skal ha «kommuner», men også fastsetter noen hovedtrekk av deres interne organisering. Under kommunestyret som øverste organ må kommunene i dag for eksempel ha kontrollutvalg, formannskap eller kommuneråd og egen administrasjon.

I den grad loven ikke ivaretar alle slike behov, må kommunene ha frihet til å organisere sin egen virksomhet ved å (om)organisere virksomheten, ansette egnet personale og instruere dem osv. Om dette skal begrunnes med den grunnleggende handlefriheten

³³ HR-2021-2510-A avsn. 55 og 109.

som egne rettssubjekter eller med henvisning til kommuneloven, kan til en viss grad være en smakssak. På tilsvarende vis kan den enkelte ganger by på tvil om interne bestemmelser om adferd i kommunale bygninger mv., best bør begrunnes i kommunens privatautonomi eller i vedkommende særlov, for eksempel opplæringsloven.

Mens utgangspunktet om privatautonom kompetanse, i samsvar med eldre rett, må antas å følge av Grunnloven § 49 andre ledd, kan ikke grunnlovsbestemmelsen antas å begrunne krav om at lovgivning som legger bestemte oppgaver til kommunene, må etterlate dem et minste handlingsrom. Samtidig er det viktig ikke å tape av syne at slik lovgivning ofte gir kommunene langt større kompetanse til å bestemme over private rettssubjekter enn hva som hadde latt seg begrunne på annet vis, for eksempel ved å pålegge plikt til å motta vann-, avløps- eller renovasjonstjenester mot betaling. Dette gjelder selv om slik lovgivning ikke bare setter slike grenser for handlefriheten som følger av at kommunene ikke kan gjøre noe annet eller mer enn den gir kompetanse til, men ikke sjelden også gir kommunene plikt til å ivareta visse oppgaver, for eksempel opplæring eller sosialtjenester og helsestell. Mange lov- eller forskriftsbestemmelser om nærmere presiserte grenser for handlefriheten kommer i tillegg.

3.3.7 «Lokale anliggender»

De forutsetningene om kommunene som egne rettssubjekter med et minimum av privatautonom kompetanse som Grl. § 49 andre ledd bygger på, er begrenset til «lokale anliggender». Ettersom kommunene ikke fastsetter sine egne grenser, er det i første omgang staten, i kraft av inndelingslova, som avgjør hva som er «lokalt». Dermed kan den enkelte kommune heller ikke bestemme hvem som skal være «medlemmer» der. Det er innbyggerne selv som velger hvilken kommune de vil bo i, og en kommune kan ikke ekskludere personer som er bosatt der, fra rettigheter som lovgivningen gir den enkelte innbygger.

Forutsetningen i Grl. § 49 andre ledd om at kommunens innbyggere selv skal kunne styre visse lokale anliggender, harmonerer med forpliktelsen til å sikre et visst lokalt selvstyre som alle Europarådets medlemsstater har sluttet seg til.³⁴ Men ordlyden gir ikke klar beskjed om hva som skal regnes som «lokale» forhold på en slik måte at den enkelte kommune skal ha et minimum av frihet til selv å avgjøre hva - om noe - som skal eller ikke skal gjøres eller bestemmes. Omvendt blir spørsmålet hvilke saklige grenser grunnlovens kriterium om «lokale anliggender» setter for statens kompetanse til å begrense kommunenes handlefrihet eller til selv å gjøre det den finner nødvendig.

Innenfor et gitt geografisk område kan kriteriet «lokale anliggender» innebære en grense både mot saker som gjelder andre kommuner, og mot saker som bedre kan håndteres på nasjonalt eller regionalt nivå. I relasjon til andre kommuner følger svaret som regel entydig av særlovgivningen om skatteplikt, rett til plass på grunnskole, til helsetjenester mv. Dermed er det bare forholdet til staten som har krav på videre kommentarer her.

³⁴ Europarådets charteret om lokalt selvstyre art. 2, Eivind Smith, Grunnlovsfesting av kommunalt selvstyre, *Lov og Rett*, 2003-1, Vol. 42 (1) s. 3-20 og Ola Rambjør Heide, Europas grunnlover og det lokale selvstyre, *Lov og rett*, 2008-10, Vol. 47 (7), s. 387-406.

Det er ikke gitt at retten til å styre innenfor et gitt geografisk område er lagt eksklusivt til kommunene på en slik måte at den lovgivende makt, på grunnlag av andre setning i bestemmelsen og Grl. §§ 49 flg., er avskåret fra å «blande seg inn». Dette henger sammen med at kommunene inngår i en enhetsstat der Grunnloven som utgangspunkt legger den lovgivende, utøvende og dømmende makt til staten.

Vi kunne tenke oss at forhold som bare gjør seg gjeldende lokalt, eller der vedtaket bare får virkning innenfor kommunens egne grenser, for eksempel et vedtak utformingen av nye bygninger, er «lokale» i denne forstand. Men også slike forhold kan tenkes å være av regional eller nasjonal interesse i så stor grad at de kan begrunne lovregulering, eller omfattes av folkerettslige plikter som staten er bundet av og dermed også har plikt til å gjennomføre på hele statens territorium. I så fall er utgangspunktet etter Grl. §§ 75 flg. at også lokale folkevalgte organer er bundet av nasjonal lov og rett.

En annen tilnærming til spørsmålet om det nærmere meningsinnholdet av kriteriet «lokale anliggender» i Grl. § 49 andre ledd, kan være at et forhold er «lokalt» dersom det etter Stortingets syn ikke er omfattet av noen så sterk nasjonal interesse at det er grunn til å gripe inn. Også med et slikt utgangspunkt vil det i stor grad være opp til den lovgivende makt å definere hva som skal regnes som «lokalt».

Kravet om lovhjemmel etter andre setning i Grl. § 49 andre ledd kan tas til inntekt for et slikt syn. Grl. § 49 andre ledd kan i alle fall ikke antas å kreve noen reduksjon av statens styring i forhold til det nivået for styring i kraft av lov- eller budsjettvedtak som gjaldt våren 2016, da bestemmelsen ble vedtatt. I forarbeidene kan vi tvert imot lese at bestemmelsen ikke var ment som «skranke for den funksjons- og oppgavefordeling innen offentlig forvaltning som Stortinget gjennom ordinær lovgivning finner hensiktsmessig».³⁵ Generelt viderefører grunnlovfestingene altså Stortingets betydelige frihet til å begrense kommunenes handlefrihet gjennom lovgivning. En innstramning av kommunenes handlefrihet på et område som lovgiver ser på som viktig, vil ikke nødvendigvis i seg selv være i strid med Grl. § 49 andre ledd. Det er likevel vanskelig å forstå grunnlovsbestemmelsen slik at den ikke var ment å sikre et visst handlingsrom for lokale folkevalgte organer. Innbyggernes rett til å «styre seg selv» i genuint «lokale» spørsmål vil ikke være oppfylt dersom lovgivningen helt avskjærer de lokale folkevalgte organene fra å treffe avgjørelser etter eget valg. Både innbyggernes grunnlovfestede rett til lokalt selvstyre og kommunenes status som egne rettssubjekter, må derfor tilsi at de lokale folkevalgte organene må ha et minimum av frihet til å ta egne initiativ, råde over egne penger og annen eiendom og binde opp bruken av dem gjennom avtaler, og til å organisere slik virksomhet. Dette området er negativt avgrenset i den forstand at virksomheten må utøves innenfor grenser som lovgivningen setter både for eiere mv. generelt og for offentlige organer. Men grensene kan ikke innsnevres så sterkt at ikke noen form for handlefrihet blir tilbake.

For oppgaver som kommunene utøver i kraft av lov vil deres handlefrihet derimot avhenge av hva den aktuelle lovgivningen gir dem myndighet til, og hvilke grenser de dermed må holde seg innenfor, og av mer spesifiserte regler om plikt til å utføre

³⁵ Innst. 182 S (2015–2016) s. 7.

oppgavene på og om gjennomføringen av dem (opplæringsloven, lovgivningen om sosial- og helsetjenester osv.). Utformingen av slike bestemmelser avhenger som utgangspunkt av statens eget syn på hvilke oppgaver det offentlige skal påta seg, og hvordan de skal gjennomføres. Komitéinnstillingen viser at Stortinget tok utgangspunkt i at det daværende rommet for å styre lokale anliggender oppfylte innbyggernes rett etter den nye bestemmelsen, og at grunnlovfestingen ikke skulle begrense nasjonale myndigheters adgang til å styre oppgavefordelingen og til å gi bestemmelser om kontroll og overprøving.³⁶

Med særlig sikte på kommunale planprosesser oppsummerer Vedvik sitt syn på forholdet mellom kommunalt selvstyre og statlig styring slik:

[V]ed å vedta at det lokale nivået har «rett til å styre lokale tilhøve», har [Stortinget] gitt ein *institusjonell grunnregel* om forholdet mellom stat og kommune, og sett ein skranke for staten sin kontroll med kommunane på dei områda der dei har kompetanse. Grunnlova *seier* noko overordna om både tildeling av oppgåver og om grenser for statleg overprøving og gir derfor eit grunnlovsvern om sjølvstyret. Vi kan likevel ikkje utleie tydelege retningslinjer frå denne knappe føresegna på same måte som frå charteret sine mange reglar om forholdet mellom lokalt og statleg nivå. Dei nærare retningslinjene skal i norsk rett fastsetjast på lovs nivå. Stortinget har derfor fått stor fridom til å utvikle, konkretisere og over tid endre korleis sjølvstyret skal fungere, og grunnlovsføresegna gir også stort rom for statsforvaltninga si praktisering av lovfesta kontrollmekanismer med kommunane. Sjølv om Grl. § 49 andre ledd etablerer ei grense for statleg styring av kommunane, framstår terskelen for at ei lov eller eit vedtak skal kunne bryte denne grensa, derfor som både høg og vag.³⁷

Det vil likevel stemme best med den subsidiaritetstankegang som både Grl. § 49 andre ledd og Europaråd charteret hviler på, at lovgivningen også på slike områder etterlater et ikke ubetydelig rom for kommunenes egne vurderinger og valg om utforming og fremgangsmåter innenfor lovens rammer. Dette vil også stemme best med det viktige formålet med lovgivning som legger oppgaver til kommunenivået: Mye av hensikten vil falle bort dersom de aktuelle kommunene ikke har en viss frihet til å tilpasse tilbud og tjenester til lokale forhold og behov og til kommunens økonomiske handlingsrom. I tillegg kommer at kommunenes prioriteringer innenfor sine rettslige og økonomiske rammer er et viktig ledd i det samlede systemet for kontroll med offentlige utgifter.

3.4 Særlig om kravet om regulering «ved lov»

I henhold til Grl. § 49 andre ledd «fastsettes» nærmere bestemmelser om det lokale folkevalgte nivå ved lov. Uttrykket «lov» må her forutsettes brukt med sikte på vedtak av Stortinget og Kongen etter reglene i Grl. § 75 bokstav a) og §§ 76 flg. («formelle lover») og

³⁶ Saksordførers uttalelse i debatten Referater Stortinget (2015—2016) Møte 31. mars 2016 sak 2 s. 2420.

³⁷ Punkt 3.3.5 (Motsegn) i Siv-Elén Vedviks doktoravhandling ved Universitetet i Bergen om forholdet mellom kommunalt selvstyre og statlig styring i kommunale planprosesser etter plan- og bygningsloven, (2022).

på forskrifter gitt med hjemmel i slik lov. Selv om vedtaksprosessen er ulik og legger avgjørelsen til Stortinget alene, er også Stortingets bevilgningsvedtak etter § 75 bokstav d) bindende for kommunenes bruk av statlige midler.³⁸ I det følgende nøyer vi oss likevel med å drøfte betydningen av kravet om hjemmel i formell lov.

Andre setning i Grl. § 49 andre ledd klargjør en viktig konsekvens av kommunenes status som egne rettssubjekter adskilt fra staten. At også kommunene er beskyttet mot plikter mv. overfor staten som ikke bygger på formell lov, tydeliggjør at de ikke inngår i det statlige forvaltningshierarkiet. Av dette følger at statsforvaltningen ikke kan gi bindende instruks om hvordan kommunene skal opptre innenfor lovens rammer.³⁹ Dette står i motsetning til Grl. § 3 om statsapparatets underordning under kongen i statsråd.

Både rettspraksis og litteraturen omtaler «legalitetsprinsippet» for det meste med sikte på det som Grl. § 113 omtaler som «inngrep overfor den enkelte». Uttrykket kan ikke tas helt på ordet.⁴⁰ Siden mange «inngrep» uansett kan bygge på annet rettsgrunnlag, for eksempeleirrådighet eller samtykke, er det ikke alltid klart hva som utgjør et «inngrep» som krever hjemmel i lov.⁴¹ Videre er det uten videre klart at vernet ikke omfatter bare enkeltindivider («den enkelte»), men også selskaper og andre juridiske personer utenfor staten selv, somforeninger, selskaper mv.

På dette punkt sammenfaller kravet om bruk av særskilt vedtaksform i Grl. § 113 og i § 49 andre ledd, «legalitetsprinsippet» gjelder også overfor kommunene. Bestemmelsene har også felles at de på dette punkt begrenser statsforvaltningens handlefrihet, ikke handlefriheten for den lovgivende makten selv.

Men hvilken beskyttelse som ligger i dette formkravet, beror på hvordan de aktuelle bestemmelsene blir tolket og anvendt. Noen uttalelser i premissene til den såkalte Fjordlaks-dommen brukes ofte for å illustrere at kravene til hjemmelens klarhet kan variere

blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn.⁴²

Relativiteten forsterkes av at lovtolkning på legalitetsprinsippetets område i rettspraksis «neppe skiller seg vesentlig fra lovtolkning på andre områder.»⁴³ Likevel er det vanlig å hevde at kravet til klar lovhjemmel er særlig strengt når det er tale om «inngrep» overfor private, slik som i de fleste saker der forvaltningsrettslige spørsmål unntaksvis blir avgjort av en domstol.

I praksis blir de fleste tvister om hva som er rett tolkning av lovgivning med kommunene som adressat, avgjort i statsforvaltningen, ikke sjelden etter at departementet har gitt

³⁸ Eivind Smith (2024), *Konstitusjonelt demokrati* s. 153.

³⁹ Sigrid Stokstad (§ 49 andre ledd) i Ola Mestad og Dag Michalsen (red.), *Grunnloven: Historisk kommentarutgave 1814-2020* s. 493.

⁴⁰ Jf. f.eks. Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg. (2022) kapittel 23, særlig s. 367 f.

⁴¹ Se f.eks. Rt. 2010 s. 612 (den såkalte sårstell-dommen).

⁴² HR-1995-34-A s. 537.

⁴³ Tomas Midttun Tobiassen, *Når lovgiver griper inn* (2019) s. 125.

uttrykk for sitt syn på lovens rette forståelse. Dersom kommunen ikke selv kan eller vil bringe saken inn for domstolen etter reglene i tvisteloven (tvL.) §§ 1-3 og 1-4 a, vil dermed den forståelse av loven som statsforvalteren eller andre statlige forvaltningsorganer legger til grunn, bli avgjørende.

Det nærmere innholdet av kravet om hjemmel i lov for å fastsette «nærmere bestemmelser om det lokale folkevalgte nivået», kan ikke leses ut av ordlyden i Grl. § 49 andre ledd. At de fleste spørsmål om lovhjemmelens klarhet som Høyesterett tidligere har avgjort, gjelder «inngrep» overfor private, trekker i retning av at rettspraksis og teori om legalitetsprinsippet har begrenset relevans. Betydningen av lovkravet i Grl. § 49 andre ledd forsterkes hvis vi ser det i sammenheng med innføringen en av utvidet adgang for kommunene til å få tvister om lovligheten av statlig overprøving prøvd ved de alminnelige domstolene.⁴⁴ Sammen river disse to reformene mye av teppet vekk under den formen for tilrettevisning som Høyesterett tillot seg i 2007: Nå kan ikke ellers velbegrunnede forsøk fra kommunenes side på å få grensene for statsforvaltningens kompetanse rettslig bindende presisert, møtes med at de helst bør la være å bruke sine «begrensede ressurser [...] til kostbare rettsvister for domstolene».⁴⁵

Selv om nærmere diskusjon neppe hadde endret resultatet i denne bestemte saken, er det nå altså påfallende at Høyesterett i en fersk sak om erstatning fra en kommune for krenkelser av EMK, nærmest avfeier hele problemstillingen:

Kommunens anførsel om at den er beskyttet av legalitetsprinsippet fordi EMK artikkel 13 ikke gir tilstrekkelig klar hjemmel for erstatningsansvar, anser jeg som uholdbar.⁴⁶

I den enkelte sak må utgangspunktet på vanlig måte tas i det rettsgrunnlaget som statsforvaltningen mener å kunne bygge på når den gjør «inngrep» overfor kommuner.

Grl. § 49 andre ledd tar sikte på forholdet mellom offentlige institusjoner.

Problemstillingen er en annen enn ved tolkning av lovgivning på rettsområder der særlig sterke krav til klar hjemmel gjør seg gjeldende, så som i saker om straff eller om administrativ tvang overfor enkeltpersoner. Men dette gir ikke grunnlag for å si at statsforvaltningen *generelt* står sterkere overfor kommunene enn overfor private. Tvert imot tilsier den nye grunnlovsbestemmelsen at hjemmelskravet skal ha en realitet nettopp i det som på dette området er den sentrale konfliktaksen, nemlig forholdet mellom to typer av offentligrettslige aktører, nærmere bestemt statsforvaltningens forhold til kommunene. Begge sider er bundet av loven, men innenfor lovgivningens rammer står kommunene i utgangspunktet fritt til selv å bestemme.

Den viktigste begrunnelsen for at lovkravet overfor kommunene er særskilt nevnt, må søkes i den indre sammenhengen i Grl. § 49 andre ledd. Bestemmelsen i første setning i andre ledd om at «innbyggerne» i lokale saker har rett til å styre seg selv, står som direkte videreføring av det viktige uttrykket for folkesuverenitet i § 49 første ledd som har vært med oss helt siden 1814. Dette markerer det lokale selvstyrets demokratiske forankring. Statsforvaltningens kobling til det nasjonale folkevalgte nivået er både

⁴⁴ Om tvL. § 1-4 a, se nærmere i kapittel 12 nedenfor.

⁴⁵ Rt. 2007 s. 234 (Kongsberg/Nes) avsn. 53.

⁴⁶ HR-2024-1169-A.

fjernere og, under enhver omstendighet, mer indirekte enn kommunenes kobling til det lokale. Dette gir i seg selv en viktig begrunnelse for kravet om at grensene for kommunal handlefrihet må settes under medvirkning av det høyeste folkevalgte elementet i nasjonalstaten.

Hvor de juridiske grensene går, må hver enkelt kommune som utgangspunkt vurdere under sin behandling av den enkelte sak. Men dette innebærer ikke uten videre at kommunens handlefrihet avgjøres endelig av kommunen selv. Private som bestrider rettsgrunnlaget for kommunens avgjørelser, kan i mange tilfeller ta saken videre til kontrollinstanser som Sivilombudet, domstolene eller et statlig klageorgan. Noen ganger kan organer i statsforvaltningen også selv reise slike spørsmål. Og resultatet kan bli at kommunens forståelse av sin egen kompetanse blir satt til side med den virkning at også beslutningen blir satt til side. Dette gjelder ikke bare når kommunen nokså opplagt har tatt feil, men også når spørsmålet kan by på berettiget tvil. I så fall vil resultatet i praksis kunne bli at et organ i statsforvaltningen selv avgjør at lovgivningen åpner for mer omfattende statlig styring enn kommunen selv mener er hensiktsmessig eller lovlig.

Hjemmelskravets nærmere betydning i tvilstilfeller vil imidlertid kunne utvikle seg etter hvert som forståelsen for kommunenes rolle som utøvere av innbyggernes grunnlovfestede rett til innenfor lovens rammer selv å avgjøre «lokale anliggender», blir mer velutviklet. Vedtaket av GrL § 49 andre ledd gir et viktig bidrag til å bryte med forestillingen om kommunenes plass «på bunnen av forvaltningshierarkiet».⁴⁷

Kravet om lovhjemmel i GrL § 49 andre ledd forsterkes av kravene om hjemmel i «lov», men ikke nødvendigvis i vedtak truffet i samsvar med de særnorske kravene til «formell lov», etter flere artikler i Europarådskarakteret om lokalt selvstyre. Når kommunene er beskyttet av et slikt krav, har de som utgangspunkt samme vern mot inngrep som fysiske personer og andre rettssubjekter. Hvor klar hjemmelen må være, må likevel vurderes konkret med grunnlag i det enkelte rettsgrunnlaget. Kommunene kan ikke uten videre sidestilles med enkeltindivider med særskilt behov for vern om fysisk integritet mv. I motsatt retning representerer kommunene en fellesskapsvilje som skiller seg fra andre juridiske personer; hos oss bidrar sammenhengen mellom første og andre ledd i GrL § 49 til å tydeliggjøre dette poenget.

3.5 Særlig om kommunenes vern mot statlige inngrep i eiendomsrett

Spørsmålet om vern for kommunes eiendomsrett skiller seg fra det mer generelle om vern mot ulovhjemlede «inngrep» etter GrL § 49 andre ledd ved at svaret må søkes i med utgangspunkt i spesialbestemmelser. GrL § 105 binder lovgivningsmakten i kraft av sin konstitusjonelle status. Vernet etter artikkel 1-1 i første tilleggsprotokoll til Den europeiske menneskerettskonvensjonen (heretter: EMK P1-1) gjelder strengt tatt bare i kraft av norsk formell lov, noe forsterket av den generelle føringen i GrL § 92 om å

⁴⁷ Jf. Smith, «En naturlov? Om kommunenes plass på bunnen av forvaltningshierarkiet», i Reitan, Saglie og Smith (red.), *Det norske flernivådemokratiet* (2012).

«respektere og sikre» menneskerettigheter som følger av traktater som Norge er bundet av.

Grl. § 105 bestemmer kort og godt at den som «må avgi sin rørlige eller urørlige eiendom til offentlig bruk», skal «ha full erstatning av statskassen». Til vanlig er det for det meste private rettssubjekter som får sine eiendeler ekspropriert. Hvis en kommune – med hjemmel i lov – vedtar ekspropriasjon, kan den selvsagt ikke sende regningen til «statskassen», slik ordlyden i § 105 kunne tyde på.

I den grad lovgivningen åpner for det, er det ikke noe til hinder for at staten tilegner seg kommunal eiendom uten at transaksjonen bygger på kommunens eget samtykke. I så fall blir spørsmålet om kommunen har krav på «full erstatning» på lik linje med private rettssubjekter. Kommunenes status som egne rettssubjekter taler entydig til fordel for et bekreftende svar, og dette blir nok lagt til grunn også i praksis.

Riktignok ble svaret fra statens side holdt åpent da spørsmålet kom på spissen i forbindelse med overtakelsen av de fylkeskommunale sykehusene mv., som ble overført til særskilte helseforetak, jf. helseforetaksloven av 2001 § 52 nr. 6. Men i praksis ble det løst gjennom to overordnede grep som i hovedtrekk stilte fylkeskommunene som sykehuseiere i omtrent samme stilling som de uansett ville ha hatt direkte i kraft av Grl. § 105.

Det første av disse grepene var at en lovbestemmelse bestemte at dersom det «i forbindelse med overføring til staten av rettigheter og plikter [...] overføres gjeld eller andre forpliktelser knyttet til virksomhetene», skulle det være «frigjørende for fylkeskommunen og kommunen» (helseforetaksloven av 2001 § 52 nr. 7). Dette lot seg forene med Grl. § 105 ved at fylkeskommunenes fritak for de omfattende «forpliktelser knyttet til virksomhetene» som fulgte av ansvaret for helsestell, oppveide den verdien av sykehusbygninger mv. som de samtidig gikk glipp av. Dermed ville de uansett ikke få noe økonomisk tap som skulle erstattes etter § 105.

For det andre bestemte helseforetaksloven av 2001 at «spørsmål som gjelder nærmere klargjøring og konkretisering av hvilke formuesposisjoner staten har rett og plikt til å overta fra den enkelte fylkeskommune etter nr. 6 første og annet ledd, skal avgjøres av en nemnd» (§ 52 nr. 9). I praksis var det grensen mot personalboliger, landbruksarealer i tilknytning til psykiatriske sykehus mv. som skulle trekkes. Og selv om oreigningslova ikke skulle gjelde (§ 52 nr. 6), sammenfalt det økonomiske oppgjøret for fylkeskommune, stort sett med det som uansett ville ha fulgt av å anvende Grl. § 105 direkte.

I relasjon til den bredere, men samtidig vesentlig mer skjønnsmessige bestemmelsen i EMK P1-1, er nok utgangspunktet derimot at kommunenes eiendomsrett ikke er vernet overfor staten. Dette følger av at kommunene, i relasjon til konvensjonen, regnes som en del av staten som traktatpart:

Etter EMK er statene som har ratifisert konvensjonen, pliktsubjekter, mens private borgere, og til en viss grad private juridiske personer, er rettighetssubjekter. Norske kommuner anses etter EMK som en del av staten. Det innebærer at kommunene ikke har

rettigheter. [...] Kommunene regnes [...] som en del av staten, og faller utenfor klageretten i artikkel 34, også når de opptrer som et privat subjekt.⁴⁸

Dette stemmer med at Den europeiske menneskerettsdomstolen avviste en sak der Glyfada kommune, under henvisning til EMK art. 6 om retten til en rettferdig rettergang, klaget på saksbehandlingstiden ved den øverste forvaltningsdomstolen i Hellas:

The Court notes that according to Article 34 of the Convention, it may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals. It considers that local authorities are public law bodies which perform official duties assigned to them by the Constitution and by substantive law. They are therefore quite clearly governmental organisations. In this connection, the Court recalls that in international law the expression “governmental organisation” cannot be held to refer only to the Government or the central organs of the State. Where powers are distributed along decentralised lines, it refers to any national authority which exercises public authority.

The Court also considers that the applicant cannot be regarded as a person or a group of individuals within the meaning of Article 34. Such a construction would not be compatible with the distinction drawn in that provision between non-governmental organisations, on the one hand, and persons or groups of individuals on the other.⁴⁹

Det er ikke holdepunkter for å anta at kommunenes status som rettighetssubjekter senere er blitt forsterket. I en sak om klimaendringer fra april 2024, viser EMD for eksempel til langvarig praksis for at «[d]ecentralised authorities that exercise public functions” var avskåret fra søksmålsadgang etter EMK art. 34 og at en kommune derfor ikke hadde søksmålsadgang for EMD:

85. As regards the applicant’s argument that he complained to the Court as the former mayor of Grande Synthe, the Court refers to its well-established caselaw according to which decentralised authorities that exercise public functions, regardless of their autonomy *visàvis* the central organs – which applies to regional and local authorities, including municipalities – are considered to be “governmental organisations” that have no standing to make an application to the Court under Article 34 of the Convention (see *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01, § 148, ECHR 2004II, and *Slovenia v. Croatia* (dec.) [GC], no. 54155/16, § 61, 18 November 2020, with further references). Accordingly, leaving aside the fact that he is no longer the mayor of Grande Synthe, the Court finds that the applicant had no right to apply to the Court or to lodge a complaint with it on behalf of the municipality of Grande Synthe.

86. That said, and notwithstanding its findings under the Convention as set out above, the Court has taken note of the fact that the interests of the residents of Grande Synthe have, in any event, been defended by their municipality before the *Conseil d’État* in accordance with national law.⁵⁰

Det kan kanskje bygges opp en argumentasjon for søksmålsadgang etter EMK art. 34 i en situasjon der en kommune opptrer helt på linje med en privat part i en tvist av

⁴⁸ Michael Reiertsen, EMK og kommunene, *Lov og Rett* 2015 s. 414-431.

⁴⁹ Glyfada Municipal Council v. Greece, 27. januar 2000.

⁵⁰ Carème v. France, dom 9. april 2024.

privatrettslig karakter, for eksempel en eiendomstvist, der kommunen jo ikke opptrer som «decentralised authority that exercise public functions». En slik utvikling ville gjøre også spørsmålet om vern for eiendomsrett etter tilleggsprotokollen art. 1-1 mer relevant. Men den sterke oppfatningen om at kommunene i relasjon til konvensjonen bare er en «del av staten» og dermed bare pliktsubjekter, som ellers preger litteratur og praksis, vil nok gjøre det vanskelig å nå fram med dette.

I de senere år har bevisstheten om kommunenes rolle som pliktsubjekter, og dermed deres ansvar for å medvirke til å realisere EMK-rettigheter blitt mer fremtredende. I slutterklæringen fra Europarådets toppmøte i Reykjavik i 2023 er lokale myndigheter, i motsetning til tidligere, med på lista over organer som er ansvarlige for å implementere konvensjonen og opptre i samsvar med praksis fra EMD.⁵¹ Likevel er deres rolle fortsatt lite synlig i EMDs praksis. I praksis fra EMD som berører kommuner, har Matthew Saul vist at:

... across cases, there is considerable variation in the clarity, detail, and normativity of the presentation of the local authorities.⁵²

På denne bakgrunnen kan vi ikke forvente at rettspraksis gir vesentlige avklaringer om kommunenes ulike roller og ulike kompetansegrunnlag, hvilken vekt som kan legges på hensynet til lokaldemokrati mv.

I en rapport om lokale myndigheters rolle i å fremme og beskytte menneskerettigheter, har den rådgivende komitéen i FNs menneskerettighetsråd understreket at lokale myndigheter som nivået nærmest innbyggerne er

in a much better position than central government to deal with matters that require local knowledge and regulation on the basis of local needs and priorities.

Samtidig viser komitéen til utfordringer for realisering av rettigheter på lokalnivået som følge av

‘a lack of political will’, ‘shortage in institutional capacity and/or resources’, ‘lack of adequate coordination between central and local governments’, and ‘the lack of information about the requirements resulting from human rights at the local level’.⁵³

3.6 Grl. § 49 andre ledd som retningslinje ved utarbeidelse av lovforslag

Som vi har sett, er det først og fremst i relasjon til kommunenes grunnleggende frihet til å ta initiativ og deres rådighet over eiendom og andre økonomiske ressurser, at Grl. § 49 andre ledd kan ha en viss begrensende effekt på den lovgivende maktens frihet til å

⁵¹ Saul, M. (2024). Local authorities at the European Court of Human Rights. *The International Journal of Human Rights*, 28(7), 1060–1085.

⁵² Saul, M. (2024). Local authorities at the European Court of Human Rights. *The International Journal of Human Rights*, 28(7), 1060–1085.

⁵³ Saul, M. (2024). Local authorities at the European Court of Human Rights. *The International Journal of Human Rights*, 28(7), 1060–1085.

sette grenser. Det samme følger av bestemmelsen i kommuneloven § 2-1 om at hver kommune, som eget rettssubjekt, «kan ta avgjørelser på eget initiativ og ansvar».

Det grunnlovfestede utgangspunktet i lokalt selvstyre står svakere som forsvar mot nasjonal lovgivning som tildeler kommunene oppgaver, ofte i kombinasjon med plikter. På slike områder beror det som utgangspunkt på lovgivningen selv ikke bare å sette slike grenser for kommunenes handlefrihet som med nødvendighet følger av at en lov bare gir kompetanse mv. til å gjøre A, B osv., men ikke C eller D. I tillegg kommer tallrike bestemmelser om hvordan oppgavene skal utføres, hva kommunene ikke kan gjøre mv. på det aktuelle saksområdet. Ytterligere føringer kan følge av at bevilgninger over statsbudsjettet i prinsippet alltid skal ivareta bestemte formål.

Uavhengig av bestemmelsens gjennomslagskraft som rettslig bindende grense for lovgivningens handlefrihet, kan den imidlertid fungere som retningslinje for statens arbeid med kommunerelaterte spørsmål. Med en annen terminologi kan det sies at Grl. § 49 andre ledd i alle fall er en grunnlovfestet understrekning av subsidiaritet som viktig retningslinje ved organiseringen av den samlede offentlig sektor.

Innstillingen fra stortingskomitéen viser tydelig at Grl. § 49 andre ledd var forutsatt å få betydning ved utarbeidelse av lovforslag:

Flertallet vil også fremheve at i statsforvaltningens rolle som regelutformer vil en ny bestemmelse derfor kunne få betydning ved utforming av nye lovutkast og vedtakelse av forskrifter og instruksjoner som angår kommunale oppgaver. Dette fordi nye regelverksinitiativ kan bli møtt med at oppgaven kan og bør styres og løses lokalt. Dette vil være et uttrykk for subsidiaritetsprinsippet som er velkjent fra EU-retten.⁵⁴

Dette avspeiler først og fremst at den nye bestemmelsen minner om behovet for å utforme ny lovgivning i lys av spørsmålet om hvilke offentlige oppgaver som kan og bør styres av kommunene selv. Under saksforberedelsen vil det ofte være grunn til å vektlegge hensynet til lokalbefolkningens rett til å bestemme selv. Dette gjelder selv om komitéuttalelsen om «instruksjoner» fremtrer som mindre gjennomtenkt: Bestemmelsens tydeliggjøring av kravet om hjemmel i formell lov mv. innebærer jo at statsforvaltningen ikke kan «instruere» kommunene, slik den kan gjøre overfor andre ansatte og organer i statsapparatet selv, men må nøye seg med å treffe avgjørelser i form av forskrifter eller rettslig bindende enkeltvedtak.

Også kommuneloven § 2-1 trekker i retning av at det må legges vekt på det kommunale selvstyret allerede under lovforberedelsen. Ifølge forarbeidene gjelder dette også

når man skal utforme regler om hvilken myndighet en statlig klageinstans bør ha til å overprøve de vurderinger som en kommunal førsteinstans har gjort. Grunnlovfestingene er ikke ment som noen «skranke for den funksjons- og oppgavefordeling innen offentlig forvaltning som Stortinget gjennom ordinær lovgivning finner hensiktsmessig», men kommunelovens forarbeider gir klart uttrykk for at det ved utarbeiding og endring av

⁵⁴ Innst. 182 S (2015-2016) s. 6-7.

lovverk må foretas en avveining mellom nasjonale interesser og det kommunale selvstyret.⁵⁵

Også når statsforvaltningen, innenfor lovgivningens rammer, selv fastsetter nye forskrifter av betydning for kommunene, må den forholde seg til spørsmålet om vedkommende oppgave «kan og bør styres og løses lokalt».

At stortingskomitéen ikke nevner Stortingets egen rolle som lovgivningsmakt, stemmer med at den endelige utformingen av lover og andre stortingsvedtak er opp til Stortinget selv. Her er det bare innbyggernes rett etter GrL. § 49 andre ledd første setning til selv å styre «lokale anliggender» som kan sette visse juridiske grenser. Men dersom GrL. § 49 andre ledd skal få den tilsiktede effekt, må hensynet til subsidiaritet eller altså verdien av en viss handlefrihet for kommunestyret som talerør for innbyggerne, påvirke også de endelige politiske valgene som lov- og budsjettvedtakene er uttrykk for. Dette kan for eksempel skje i erkjennelse av at mange og detaljerte lovbaserte krav kan gjøre det for vanskelig for kommunene å styre sine lokale oppgaver på best mulig måte innenfor rammen av de økonomiske ressursene de til enhver tid har til disposisjon.

Siv-Elén Vedvik har vurdert dette på følgende måte:

Det står att å sjå kva betydning grunnlovsføresegna får for forholdet mellom stat og kommune i praksis. Mest truleg vil ho få størst betydning som *argument* i politiske prosessar og lovarbeid, og mindre betydning i konkrete vurderingar av om statsforvaltninga har trakka over grensene for kompetansen sin som kontroll- og overprøvsorgan etter gjeldande lovverk.⁵⁶

I kapittel 14 undersøker vi nærmere hvorvidt, og eventuelt i hvilken grad, lovgiver foretar en konkret vurdering av de nevnte prinsipper i GrL. § 49 andre ledd og kommuneloven § 2-2 i fire utvalgte lovgivningsprosesser.

3.7 GrL. § 49 andre ledd som argument ved tolkning av lovgiving av betydning for kommunene

Spørsmålet om GrL. § 49 andre ledd som retningslinje ved utformingen av lover og forskrifter av betydning for kommunene, er et annet enn spørsmålet om, og eventuelt på hvilken måte, bestemmelsen kan tjene som argument ved tolkning av lovregler som alt er vedtatt. Dette gjelder særlig i relasjon til de minimumskravene om lokale folkevalgte organers frihet til å styre lokale anliggender som følger av deres status som juridiske personer.

Det er viktig å minne om utgangspunktet om Stortingets frihet i kraft av GrL. § 49 første ledd og §§ 75 flg. Men når meningsinnholdet ellers kan by på en viss tvil, er det klart at handlefriheten er begrenset av en rekke andre bestemmelser i Grunnloven selv (om menneskerettigheter mv.). At også GrL. § 49 andre ledd kan trekkes inn ved tolkningen av

⁵⁵ NOU 2019: 5 s. 395 med henvisninger til Innst. 182 S (2015-2016) s. 7 og Prop. 46L (2017-2018) s. 32 (punkt 5.4.1).

⁵⁶ Siv-Elén Vedvik (2022) *Motsegn* punkt 2.3.3.9.

lov- og budsjettvedtak hvis meningsinnhold ellers kan by på en viss tvil, er på det rene. Dette gjelder også når bestemmelsen kan sies å åpne for såkalt rettsanvendelsesskjønn, se i punkt 2.2 ovenfor. At det ikke er uavhengige domstoler, men statsforvaltningen selv, ikke minst statsforvalteren i mange klagesaker, som i praksis avgjør de fleste tvistesporsmål og dermed «bestemmer» hva mer eller mindre uklare lovbestemmelser betyr, tilsier i seg selv at det grunnlovbestemte utgangspunktet om lokalt selvstyre bør tillegges vekt ved lovtolkningen.

Under ellers like forhold vil argumentet ha særlig vekt dersom tolkningstvilen gjelder innholdet i forskrifter som statsforvaltningen selv har fastsatt. Dette skyldes blant annet at GrL § 49 andre ledd, i forlengelsen av grunnbestemmelsen i paragrafens første ledd, bygger på tanken om folkesuverenitet innenfor nasjonalstatens grenser, og dermed forutsetter et minimum av valgfrihet for kommunene under folkevalgte organers lederskap. At utsagn om regelverkets innhold i veiledere, tilsynsrapporter mv. som statlige forvaltningsmyndigheter selv utarbeider, ikke har krav på større vekt enn den som følger av de bindende rettsreglene som de er ment å omtale, sier seg selv.

Om GrL § 49 andre ledd som argument ved tolkning av forskrifter mv. fastsatt med hjemmel i lov, skriver Siv-Elén Vedvik:

I tilfelle der det kan vere *tolkingstvil* om kor langt statsforvaltninga sin kompetanse rekk, og det eine tolkingalternativet ville medføre noko som liknar ei blankofullmakt for statleg maktbruk overfor kommunane, vil likevel grunnlovsføresegna kunne bli tema som argument; det *er* sett ei grense i Grunnlova for kor stor makt staten kan utøve. Sjølv om grunnlovsvernet gir staten svært stort spelerom, er det derfor mitt syn at Grunnlova – ved å stadfeste at kjernen i det kommunale sjølvstyret har rettsleg vern på konstitusjonelt nivå – har styrka det rettslege vernet til det kommunale sjølvstyret.⁵⁷

Vekten av GrL § 49 andre ledd ved bedømmelsen av den kommunale eierrådighetens omfang overfor private rettssubjekter vil derimot bli påvirket av at den i første rekke tar sikte på «forholdet mellom offentlige myndigheter på ulike nivåer, og da især mellom staten og kommunene».⁵⁸ Bestemmelsens mulige betydning i forholdet mellom kommuner og private rettssubjekter reiser egne spørsmål som vi ser nærmere på i kapittel 5 nedenfor.

⁵⁷ Siv-Elén Vedvik (2022) *Motsegn* punkt 2.3.3.9.

⁵⁸ HR-2021-2510-A (el-sparkesykkel) avsnitt 71, med henvisning til Innst. 182 S (2015-2016) s. 4 flg.

4. Kommunelovens bestemmelser om kommunalt selvstyre

4.1 Betydningen av formålsbestemmelsen i kommuneloven § 1-1

Kommunelovens formål er å fremme det kommunale selvstyret og legge nødvendige rammer for det, se § 1-1. Selv om lovens formål altså er tosidig, markerer lovfesting av målet om «kommunalt selvstyre» et bevisst skille fra den forrige loven av 1992, som nøyde seg med uttrykket «lokalt folkestyre».

Paragrafen angir også andre mål som loven skal «legge til rette for». Det lokal-demokratiske elementet, uttrykt gjennom «det lokale folkestyret» og «et sterkt og representativt lokaldemokrati med aktiv innbyggerdeltakelse», nevnes først, mens § 1-1 andre ledd synliggjør lovgivers oppfatning om kommunenes sammensatte rolle som tjenesteytere, samfunnsutviklere og myndighetsutøvere. Loven skal dessuten bidra til effektive, tillitsskapende og bærekraftige kommuner.

Angivelsen av de ulike rollene speiler bredden i kommunenes kompetanser og virksomhet. Ved å angi at kommunene både skal være lokaldemokratiske organer med ansvar for samfunnsutviklingen og ha ansvar som tjenesteytere og som utøvere av offentlig myndighet, markerer den at de er noe mer enn selvstyrte, avgrensede enheter. Samtidig skal kommuneloven bidra til at de kan ivareta alle disse funksjonene.

Formålsbestemmelsen har i første rekke betydning ved tolkning og anvendelse av andre bestemmelser i kommuneloven. Sammen med GrL § 49 andre ledd bidrar den imidlertid til å gi den samlede virksomheten i kommunene en særlig valør som skiller den fra statsforvaltningen. Dette gjør at den også kan være relevant for forståelsen av andre rettsregler av betydning for kommunene. I denne utredningens del 2 undersøker vi blant annet hvilken betydning kommunelovens formål og prinsipper har ved statsforvalternes prøving av kommunale vedtak.

Selv om andre lover som legger oppgaver til kommunene har egne formål, har det noen særlige konsekvenser at ansvaret for å gjennomføre en oppgave er lagt til kommunene. At lokale folkevalgte organer har skiftende politisk sammensetning, innebærer at staten ikke kan styre gjennomføringen av oppgavene på samme måte som det kan skje innenfor den hierarkisk organiserte statsforvaltningen.

Virksomhet som bygger på spesiallovgivning, må holde seg innenfor de grensene som følger av den. Det hender imidlertid at det er rimelig tvil om hvordan loven skal forstås. Når den i slike tilfeller legger gjennomføringen av den til kommunene, tilsier både GrL § 49 andre ledd og kommuneloven § 1-1 at hensynet til lokaldemokratiet må tillegges vekt som argument ved klarleggingen av lovens grenser for deres handlefrihet. Når kommunene opptrer i kraft av sin initiativrett som egne rettssubjekter, trer dette hensynet i forgrunnen.

4.2 Kommunalt og fylkeskommunalt selvstyre etter kommuneloven

§ 2-1

Tanken bak bestemmelsen i kommuneloven § 2-1 om kommunalt selvstyre var blant annet å lovfeste tidligere rett. Ordlyden stemmer med forslaget i NOU 2016: 4, som ble utarbeidet uten kunnskap om den grunnlovsbestemmelsen som ble vedtatt samme år. Kommunelovutvalget viste likevel til de foreliggende grunnlovsforslagene og mente at utvalgets lovforslag ikke ville stå i motsetning til noen av dem.⁵⁹

Departementet viser derimot til Grl. § 49 andre ledd, derunder blant annet kravet om at bestemmelser om det lokale folkevalgte nivå må fastsettes ved lov, men mente at det likevel var behov for mer detaljerte bestemmelser om hva som ligger i kommunalt selvstyre.⁶⁰ I denne sammenheng er det et viktig poeng at kommunelovens kapittel 2 gjelder både det «kommunale og fylkeskommunale selvstyret», mens Grl. § 49 andre ledd omfatter bare lokalt selvstyre.⁶¹

Forarbeidene til kommuneloven av 2018 viser at bestemmelsene i kapittel 1 og 2 var inspirert av noen hovedtrekk i Europarådskarakteret av 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre, som er bindende for Norge. Men slett ikke alle deler av charteret er tatt med inn i loven.

Ifølge proposisjonen gir ikke uttrykket kommunalt selvstyre i kapitteloverskriften og i kommuneloven § 2-1, noen «skarp, avgrenset og uttømmende definisjon av begrepet».⁶² I stedet har loven nøydt seg med å regulere «sentrale elementer» i selvstyret,⁶³ og departementet var enig med lovutvalget i at det ville være lite hensiktsmessig å lovfeste en uttømmende definisjon av begrepet kommunalt selvstyre:

Det sentrale er ikke en skarp legaldefinisjon av et slikt begrep, men en lovfesting av hovedinnholdet i selvstyret og rammene for det. Det er heller ikke naturlig å knytte konkrete plikter eller rettigheter til begrepet. Dette fordi grensene for det kommunale selvstyret, altså den konkrete reguleringen av oppgaver, plikter mv. som i praksis setter grenser for det kommunale selvstyret, reguleres av annet regelverk enn kommuneloven.⁶⁴

De «sentrale elementene» som er med, er geografisk inndeling og folkevalgt ledelse, status som eget rettssubjekt og krav om hjemmel i lov for begrensninger i kommunenes handlefrihet. Disse elementene kjenner vi igjen fra redegjørelsen for Grl. § 49 andre ledd i kapittel 3 ovenfor. Ingen av dem var nye da grunnlovsendringen fant sted i 2016, eller da kommuneloven ble vedtatt i 2018, og gjelder altså for både det lokale nivået etter Grunnloven § 49 andre ledd og kommuneloven § 2-1 og det regionale etter kommuneloven § 2-1. Det er altså tale om noe vesentlig mer enn rene prinsipper eller symboler.

⁵⁹ NOU 2016: 4 s. 57.

⁶⁰ Prop. 46 L (2017-2018) s. 355.

⁶¹ I den videre framstillingen sikter ordet «kommuner» til begge nivåer. Unntak vil bli spesifisert.

⁶² Prop. 46 L (2017-2018) s. 355.

⁶³ NOU 2016: 4 s. 57.

⁶⁴ Prop. 46 L (2017-2018) s. 33.

Innenfor den forutsetningen om eksistens av et lokalt folkevalgt nivå som Grl. § 49 andre ledd bygger på, springer kommunenes eksistens i dag ut av kommuneloven § 2-1 første ledd, som fastsetter at Norge er inndelt i kommuner og fylkeskommuner med egen folkevalgt ledelse.

At kommuner og fylkeskommuner er egne rettssubjekter som kan ta avgjørelser på eget initiativ og eget ansvar, følger eksplisitt av § 2-1 andre ledd. Sammenhengen mellom status som eget rettssubjekt og kommunenes alminnelige, negativt avgrensede kompetanse fremheves i proposisjonen.⁶⁵ Litteraturen understreker at slik kompetanse er nødvendig for at innbyggerne selv skal kunne «styre lokale anliggender»:

Status som selvstendig rettssubjekt innebærer i utgangspunktet alminnelig handlefrihet på linje med borgere og private selskap, organisasjoner m.m., så langt ikke annet er fastsatt i lov.⁶⁶

At kommunene er egne rettssubjekter innebærer også at kommunene ikke inngår i den hierarkisk organiserte statsforvaltningen, og at organer i statsforvaltningen ikke kan instruere dem om hva de skal eller ikke skal gjøre innenfor de rammene som til enhver tid følger av lov- og budsjettvedtak. Både Grl. § 49 andre ledd og kommuneloven § 2-1 begrenser statsforvaltningens handlefrihet overfor kommunene i saker der den ikke kan bygge på tilstrekkelig hjemmel i lov. Utgangspunkt om at statsstyringen må ha hjemmel i lov kommer også til uttrykk i litteraturen, for eksempel slik:

Det er et krav om hjemmel i lov, eller i en bestemmelse med hjemmel i lov, for at nasjonale myndigheter skal kunne pålegge kommunene og fylkeskommunene oppgaver eller styre, instruere eller overprøve kommunene og fylkeskommunene. Det retter seg mot både Stortinget og statsforvaltningen og fastslår begrensninger for når disse kan gripe inn i det kommunale selvstyret. Det betyr at det såkalte legalitetsprinsippet, kravet i Grunnloven § 113 om hjemmel i lov for inngrep overfor «den enkelte», gjelder tilsvarende overfor kommunene og fylkeskommunene.⁶⁷

Kommunenes initiativrett begrenses likevel av at selvstyret som utgangspunkt må holde seg innenfor rammer som er fastsatt etter reglene i Grl. § 75 bokstav a), jf. §§ 76 flg. eller budsjettvedtak etter § 75 bokstav d), og av kommunelovens påminnelse om at selvstyret utøves «innenfor nasjonale rammer».

Forarbeidene legger til grunn at kommuneloven § 2-1 tredje ledd om lovhjemmel for inngrep overfor kommunene stemmer med eldre rett:

Det gjelder allerede i dag et ulovfestet krav til lovhjemmel for at nasjonale myndigheter skal kunne pålegge kommunene nye oppgaver eller plikter. Departementet mener at kravet om lovhjemmel er en helt grunnleggende forutsetning for det kommunale selvstyret, og at det bør lovfestes. En slik lovfesting vil synliggjøre et grunnleggende vern om det kommunale selvstyret, og at nasjonale myndigheter ikke kan styre kommunene som om de var en del av statsforvaltningen.⁶⁸

⁶⁵ Prop. 46 L (2017-2018) s. 355.

⁶⁶ Oddvar Overå og Jan Fridthjof Bernt *Kommuneloven 2018 med kommentarer* (2019) s. 24.

⁶⁷ Oddvar Overå og Jan Fridthjof Bernt *Kommuneloven 2018 med kommentarer* (2019) s. 24.

⁶⁸ Prop. 46 L (2017-2018) s. 33.

Det gjelder også visse nedarvede grenser for selvstyret som ikke er uttrykkelig lovfestet:

Men kommunene er bundet ikke bare av de generelle reglene om saksbehandling, taushetsplikt mm. I forvaltningsloven – som gjelder for «et hvert organ for stat eller kommune» (fvl. § 1), men også av generelle ulovfestede regler som stiller krav til forvaltningens avgjørelser – i første rekke forbudene mot å ta utenforliggende hensyn, mot usaklig forskjellsbehandling og mot å sette vilkår for vedtak til gunst for en borger når disse ikke har saklig sammenheng med vedtaket eller er uforholdsmessig tyngende.⁶⁹

Verken GrL § 49 andre ledd om at «[n]ærmere bestemmelser om det lokale folkevalgte nivået fastsettes ved lov», eller kommuneloven § 2-1 om at «[b]egrensninger i det kommunale og fylkeskommunale selvstyret må ha hjemmel i lov», gir nærmere beskjed om «den konkrete reguleringen av oppgaver plikter mv. som i praksis setter grenser for det kommunale selvstyret».⁷⁰ Grunnloven gjør det likevel klart at inngrep i det lokale selvstyret må respektere de minimumsgrensene som følger av primærkommunenes negativt avgrensede kompetanse til å styre «lokale anliggender» (se nærmere i kapittel 3 ovenfor).

4.3 Prinsippene om nasjonale myndigheters forhold til selvstyret etter kommuneloven § 2-2

Kommuneloven § 2-2 angir «prinsipper» for statens forhold til det kommunale selvstyret. Loven bruker ordet «bør», og forarbeidene gjør det ytterligere klart at det ikke er tale om rettslig bindende bestemmelser. Uttrykket «nasjonale myndigheter» omfatter både den lovgivende og den utøvende makt (statsforvaltningen).

Som bakgrunn for forslaget om å vedta slike prinsipper, viste kommunelovutvalget til «prinsippet» om rammestyring, som ifølge utvalgsmandatet skulle ligge fast. Selv om det ikke har noen klar rettslig forankring, var og er det ganske bredt anerkjent som politisk føring for statens styring av kommunene. I en tidligere stortingsmelding om «Styring og samspel» heter det for eksempel:

Utgangspunktet for forholdet mellom staten og kommunane er at Noreg er ein einskapsstat, og følgjeleg må det lokale sjølvstyret fungere innanfor rammene av nasjonale mål. Regjering og Storting slo i St.meld. nr. 23 (1992-93) *Om forholdet mellom staten og kommunane* og i *Innst. S. nr. 156 (1992-93)* fast at den statlege styringa av kommunane og fylkeskommunane skal baserast på rammestyring, rettleiing og dialog. Regjeringa legg til grunn at rammestyring framleis skal vere hovudprinsippet for styringa av kommunesektoren. Rammestyring som hovudprinsipp for statleg styring er ein føresetnad for at kommunar og fylkeskommunar har eit handlingsrom, slik at dei kan fungere som lokale demokrati som kan gjere lokale og individuelle tilpassingar av tenestene og foreta eigne vegval. ...

⁶⁹ Oddvar Overå og Jan Fridthjof Bernt *Kommuneloven 2018 med kommentarer* (2019) s. 24.

⁷⁰ Prop. 46 L (2017-2018) s. 33.

Regjeringa vil understreke prinsippet om rammestyling. Ved lovgjevingssprossar som gjeld nye plikter for fylkeskommunane og kommunane, og som rører ved føresetnader for det lokale sjølvstyret, skal det gjerast ei avveging mellom nasjonale omsyn og omsynet til lokaldemokratiet. Effektane og kostnadene knytte til val av ulike styringsgrep må i kvart tilfelle utgreiast og vurderast. Det er viktig at det blir større medvit og fokus på kva effektar val av styringsverkemiddel har, både for den sektorvise og samla måloppnåinga og for det lokale sjølvstyret.⁷¹

På denne bakgrunn skulle kommunelovutvalget vurdere fordelar og ulemper ved å lovfeste enkelte overordnede prinsipper for forholdet mellom staten og kommunene. Resultatet ble kommuneloven § 2-2, som presiserer «rammestylingprinsippet» gjennom tre elementer: Et forholdsmessighetsprinsipp, et nærhetsprinsipp og et finansieringsprinsipp. At bestemmelsene selv er vedtatt ved ordinær lov, begrenser deres vekt overfor senere lovgivning. Kommunelovutvalget uttaler om forventningene til deres virkninger i denne relasjon:

Stortinget har som lovgivende forsamling til enhver tid adgang til å oppheve og endre en lov så lenge loven holder seg innenfor Grunnlovens grenser. En lovfesting av det kommunale selvstyret eller andre prinsipper som skal styrke dette, vil derfor ikke begrense Stortingets kompetanse til å endre eller gjøre innskrenkninger i disse prinsippene i lov. Stortinget vil også kunne vedta lover som regulerer kommunens oppgaver og selvstyre, selv om disse ikke er overensstemmende med prinsipper fastsatt i kommuneloven. Prinsippene fastsetter ikke en materiell skranke for innholdet i lover. Særlover vil også gå foran den generelle kommuneloven. Ved lovfesting av prinsippene i kommuneloven vil det således ikke være aktuelt med noen domstolsprøving av om Stortinget har overholdt disse prinsippene i øvrig lovgivning.⁷²

Overfor statsforvaltningen begrenses prinsippenes vekt både av at de i første rekke skal virke styrende ved anvendelsen av kommuneloven selv, og av deres indikative karakter gjennom at loven bruker ordet «bør».

I denne relasjon er de for det første ment å ha betydning under forberedelsen av nye lover og forskrifter, der lovfestinga ville «tydeliggjøre at det må foretas en avveining mellom nasjonale interesser og det kommunale selvstyret, blant annet ved utarbeiding og endring av lovverk».⁷³ Prinsippene oppstiller normer for avveining mellom nasjonale interesser og hensynet til lokal handlefrihet. Fordi statsforvaltningen bør redegjøre for denne avveininga under saksforberedelsen, får prinsippene karakter av regler om saksbehandlingen. Dette kunne i sin tur medvirke til at det ikke blir detaljregulert mer enn nødvendig.⁷⁴

For det andre kan de lovfestede prinsippene få betydning ved tolkning og anvendelse av lov- og forskriftsbestemmelser som gir statsforvaltningen myndighet til å overprøve kommunale og fylkeskommunale vedtak (se nærmere i 4.4 nedenfor). Dette er også fulgt

⁷¹ Meld. St. 12 (2011-2012) Styring og samspel s. 5.

⁷² NOU 2016: 4 s. 59-60.

⁷³ Prop. 46 L (2017-2018) s. 32.

⁷⁴ Prop. 46 L (2017-2018) s. 32.

opp i lovproposisjonen,⁷⁵ der departementet for sin del antok at lovfesting av det kommunale selvstyret ville bidra til en «rettslig og reell styrking av selvstyret»,⁷⁶ som var under press fra mer detaljert lovgivning og omfattende statlig styring.

I samme retning trekker det at «bør»-bestemmelsene springer ut av det folkerettslig forpliktende Europarådskarakteret om lokalt selvstyre. Den lovgivende og den utøvende makt bør altså legge stor vekt på hensynet til det lokale selvstyret både i den reelle avveiningen og i arbeidet med å synliggjøre den. Men siden loven nøyer seg med bør-regler, skal det mye til at mangelfull drøftelse eller uenighet om resultatet av avveiningen gir grunnlag for å tilsidesette en forskriftsbestemmelse som ugyldig.

4.4 Det kommunale selvstyret som argument ved tolkning av annen lovgivning

Kommunenes handlefrihet på lovregulerte områder beror blant annet på om loven gir plass for et område der kommunens eget skjønn avgjør resultatet, altså diskresjonært eller «fritt» skjønn, eller om den i stedet angir grensene ved hjelp av skjønnsmessige ord og uttrykk mv. på en slik måte at meningsinnhold i prinsippet kan avgjøres fullt ut gjennom tolkning, altså rettsanvendelsesskjønn. Skillet er kort presentert i punkt 2.2 ovenfor.

Så langt som loven åpner for den førstnevnte typen av skjønn, bestemmer kommunene selv resultatet i den enkelte sak. Når kommunale enkeltvedtak blir påklaget, har den statlige klageinstansen i utgangspunktet samme skjønnsfrihet som kommunen selv. Men dersom den aktuelle særlovgivningen ikke bestemmer noe annet, skal klageinstansen «legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre», og det «skal fremgå av vedtaket hvordan klageinstansen har vektlagt» dette hensynet, se fvl. § 34 andre ledd. I praksis ser det ut til at i hvert fall statsforvalterne som klageinstans sjelden overprøver det kommunale skjønn, se punkt 8.4 nedenfor.

Hvis loven eller forskriften må tolkes slik at grensen beror på et rettsbundet skjønn, må spørsmålet om hvilken vekt, hvis noen, hensynet til det kommunale selvstyret skal eller kan tillegges ved tolkningen, besvares med utgangspunkt i at både kommunene og overprøvingsinstansene er bundet av loven. Begge må altså tolke og anvende rettsregler som kan gi rom for tvil, på en forsvarlig måte. Dermed avhenger betydningen av kravet om hjemmel i lov etter Grl. § 49 andre ledd, se også kommuneloven § 2-1 tredje ledd, på hvordan regler som gir anvisning på rettslig bundet skjønn, blir tolket og anvendt. I rettsanvendelsen inngår både lovtolking og fastlegging av hvilket faktum som skal legges til grunn. Spørsmålet om hvilken vekt kommunens vurderinger skal ha kan komme opp i begge sammenhenger, men på ulik måte. Adgangen til å legge vekt på hensynet til kommunens vurderinger ved lovtolking beror på rettskildeprinsippene, mens

⁷⁵ Prop. 46 L (2017-2018) s. 356.

⁷⁶ Prop. 46 L (2017-2018) s. 32.

avgjørelsen av hvilket faktum som skal legges til grunn, beror på en sannsynlighetsvurdering.

Også når den fatter denne typen av vedtak, er det i første omgang kommunen selv som må tolke loven. Det sier seg selv at kommunens eget syn på tolkningsspørsmålet ikke uten videre avgjør hva som er lovens rette forståelse. Men når tolkningen til en viss grad beror på rettsanvenderens egne vurderinger, vil hensynet til konsekvensene for både kommunen selv og for dens innbyggere være relevant. Dette gjelder også hensynet til det økonomiske handlingsrommet ved dimensjonering av helse- og omsorgstjenester. Hva betyr det for eksempel at et kommunalt vedtak må oppfylle retten til «nødvendige» helse- og omsorgstjenester etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1?

Selv om kommunen selv er den primære tolkningsinstansen, kan en lang rekke kommunale vedtak prøves av statsforvaltningen etter klage, og i siste instans av domstolene. Dersom ikke loven må tolkes slik at den utelukker det, trekker både Grl. § 49 andre ledd og kommuneloven § 1-1 og kapittel 2 i retning av at overprøvingsinstansen *kan* velge det av flere mulige tolkningsalternativer som stemmer best med hensynet til det kommunale selvstyret.

Ved tolkning av kommuneloven selv følger det av formålsbestemmelsen at hensynet til kommunalt selvstyre alltid er relevant. For annen lovgivning vil både relevansen og den mulige vekten av dette hensynet komme an på hvilket vurderingstema loven angir, hvor klar lovteksten er og hvilke andre rettskilder som finnes. At det kommunale selvstyret må skje innenfor nasjonale rammer, jf. kommuneloven § 2-1 tredje ledd, innebærer i seg selv at andre hensyn etter omstendighetene kan veie tyngre. Mer generelt er det av betydning om lovgivningen ikke helt ut har ønsket å overlate styringen på det aktuelle området til kommunene.

Sett i lys av forarbeider og mulig rettspraksis veier spesiallovgivningens ordlyd og formål tungt. Ofte bygger den på at hensynet til «for eksempel likhet, likeverd og rettssikkerhet, miljø og energitilgang veier tyngre enn de begrensningene dette innebærer for kommunenes handlingsrom». ⁷⁷ Rettsanvenderen kan ikke se bort fra presise, lovbestemte krav under henvisning til det kommunale selvstyret.

Men når lovtekst og andre tungtveiende argumenter ikke gir noe klart svar på hva som for eksempel ligger i bestemmelser om kommunens plikt til å gjennomføre visse oppgaver, trekker kommuneloven § 2-2 i retning av at prinsippene for forholdene mellom nasjonale myndigheter og kommunalt selvstyre er relevant også ved tolkning av annen lovgivning. Om betydningen av prinsippene i kommuneloven kapittel 2 som rettslig argument for vern av kommunalt selvstyre skriver kommunelovutvalget:

Hvorvidt slike prinsipper vil få vekt ved tolkning av lover hvor de alminnelige rettskildeprinsippene ikke gir klare tolkningsvar, vil i siste instans bero på hvordan Høyesterett vil anvende prinsippene. Det er utvalgets vurdering at prinsippene kan anvendes som rettslig argument for vern av kommunalt selvstyre ved tolkningen av lover

⁷⁷ NOU 2016: 4 s. 59.

og forskrifter. Hvorvidt disse prinsippene skal få gjennomslag, vil imidlertid bero på en konkret vurdering.

Det er utvalgets vurdering at prinsippene også kan få betydning for statsforvaltningens bruk av tilsyn og øvrig kontrollmyndighet, for eksempel ved statlig klagebehandling.⁷⁸

Også forvaltningslovutvalget gir uttrykk for at hensynet til kommunalt selvstyre kan være relevant og vil kunne fortjene en viss vekt ved regeltolkningen:

Etter gjeldende rett gir ikke forvaltningsloven klageinstansen rett eller plikt til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret når den prøver *rettsanvendelsen*. Det gjelder både for skrevne regler i lov og forskrift og for uskrevne regler. Hensynet til det kommunale selvstyret kan likevel komme inn som et reelt hensyn ved regeltolkningen eller et moment i ulovfestede regler, særlig når det skal vurderes hvilke hensyn som er saklige eller utenforliggende der et folkevalgt organ treffer vedtaket.⁷⁹

Utvalgets formulering kan ikke forstås slik at adgangen til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret i regeltolkningen er avskåret når administrasjonen treffer vedtak i kommunene. Det følger av kommuneloven § 5-3 at kommunestyret er kommunens øverste organ, og denne myndigheten kan delegeres, også til administrasjonen. Administrasjonen treffer vedtak på vegne av kommunens folkevalgte organer og er underlagt styring fra de folkevalgte organene.

Ifølge departementet kan kommunelovens anvisning på å avveie hensynet til kommunalt selvstyre mot andre nasjonale mål få betydning også «ved tolkningen og anvendelsen av bestemmelser som gir statsforvaltningen myndighet til å overprøve kommunale og fylkeskommunale vedtak».⁸⁰ Bernt framhever særlig forholdsmessighetsprinsippet i kommuneloven § 2-2 som tolkningsregel:

En bestemmelse i kommuneloven kan settes til side ved bestemmelse i en annen lov, men i samspill med disse bestemmelsene er § 2-2 første avsnitt en viktig *tolkningsregel*. Lover som fastsetter begrensninger i det kommunale selvstyret, må tolkes i lys av et slikt bredt forholdsmessighetskrav. Det er en sterk *formodning* mot at en lov foretar eller gir hjemmel for inngrep i det kommunale selvstyret som ikke er forholdsmessige.⁸¹

På denne måten kan kommunelovens bestemmelser om kommunalt selvstyre ha betydning ved tolkning av for eksempel plan- og bygningsloven:

Kommunelova legg ikkje, som Grunnlova, band på Stortinget når nye lover eller lovreglar skal bli vedtekne. Derfor kan det i særlover, som til dømes plan- og bygningslova, bli vedteke ordningar for kontroll og overprøving av kommunane som ikkje tek omsyn til dei prinsippa som vi skal sjå at kommunelova legg til grunn. Dersom særlova sin regel kan tolkast på fleire måtar, vil likevel kommunelova sine reglar kunne vere eit viktig *tolkingsbidrag*; det at lovgjevar har vedteke generelle reglar for korleis staten skal forhalde seg til kommunane, vil tale for at løysingar som blir valde i særlov, også held seg til desse. Det at Grl. § 49 andre ledd andre punktum legg til grunn at nærare føresegnar

⁷⁸ NOU 2016: 4 s. 59-60.

⁷⁹ NOU 2019: 5 s. 396.

⁸⁰ Prop. 46 L (2017-2018) s. 356.

⁸¹ Oddvar Overå og Jan Fridthjof Bernt *Kommuneloven 2018 med kommentarer* (2019) s. 26.

om det lokale folkevalde nivået «blir fastsette i lov», byggjer også opp under at kommunelova skal ha betydning for forståinga av forholdet mellom stat og kommune også på særlovsområda.⁸²

⁸² Siv-Elén Vedvik (2022) *Motsegn* punkt 2.3.4.1.

5. Kommunenes eierrådighet

5.1 Innledning

Kommunene har et stort omfang av ulike roller og oppgaver. Kommunene er en lokaldemokratisk arena og har et ansvar som samfunnsutvikler. Videre skal kommunene utøve myndighet på en rekke områder, er en tjenesteyter, og de har ansvar for sentrale velferdstjenester, blant annet helse- og omsorgstjenester og skole.

Samtidig er kommunene også selvstendige rettssubjekter med privatrettslig rådighet og eiendomsrett. Kommunene eier gjerne en stor andel av både eiendommene og bygningsmassen innenfor kommunegrensene, for eksempel veier, torg, skoler, offentlige kontorer mv. Enkelte kommuner er også eiere av store skog- og utmarksarealer. De har i tillegg også ofte eierinteresser i andre rettssubjekter (selskaper, foretak mv.) som ikke sjelden har virksomhet også utenfor kommunen, for eksempel kraftselskaper. Verdier forvaltes i prinsippet på felleskapets vegne.

I dette kapitlet ser vi på hvilket kompetansegrunnlag som følger av kommunenes eierrådighet. Utgangspunktet er at kommunene som egne rettssubjekter har samme juridiske og faktiske rådighet som andre eiere, se nærmere i punkt 5.2. Man kan dermed si at kommunenes faktiske og juridiske råderett over egen eiendom er en sentral del av det kommunale selvstyret. Likevel er det klart at det finnes enkelte begrensninger for hvilke beslutninger kommunen kan fatte på grunnlag av eierrådigheten, nettopp fordi de forvalter fellesskapets verdier og utøver myndighet.

I det følgende ser vi først på hvilken positiv og negativ kompetanse som kan utledes av eierrådigheten alene, altså hvilke beslutninger kommunen kan fatte kun på grunnlag av eierrådigheten. Videre drøftes legalitetsprinsippets betydning for utøvelsen av kommunenes eierrådighet. Avslutningsvis ser vi på Høyesteretts avgjørelse i HR-2021-2510-A, den såkalte «el-sparkesykkeldommen», og om den eventuelt gir avklaringer omkring utøvelse av eierrådigheten, herunder om avgjørelsen innebærer en begrensning kommunenes råderett eller medfører en svekkelse av det kommunale selvstyret.

5.2 Kommunenes eierrådighet

5.2.1 Nærmere om eierrådighet

Det rettslige utgangspunktet er at kommunen, i likhet med private rettssubjekter, kan treffe avgjørelser i kraft av og innenfor rammene av, sin eierrådighet. Det at en kommune bruker sin private autonomi, vil normalt bestå i at kommunen enten inngår en gjensidig bebyrdende avtale eller gjør en ensidig disposisjon med grunnlag i eierrådigheten. Det relevante temaet for denne utredningen er ensidig bruk av *eierrådigheten*, også sett opp mot legalitetsprinsippet og i lys av hensynet til det kommunale selvstyret.

Hva som ligger i det å ha eiendomsrett til et formuesgode, er et tingsrettslig spørsmål, hvor det kommunale selvstyret i utgangspunktet er uten betydning. Eiendomsretten innebærer at eieren mer eller mindre fritt kan råde over sitt formuesgode.

Eiendomsretten gir ikke bare positiv faktisk rådighet til å inngå avtaler om eiendommen,

som utleie eller salg, men også negativ faktisk rådighet, som innebærer at eieren kan hindre andre i å bruke det aktuelle formuesgodet, for eksempel en fast eiendom. Dette er på mange måter kjernen i eiendomsretten.

Det finnes likevel begrensninger i eierrådigheten, som gjelder likt for alle eiere. For det første vil rådigheten over egen eiendom være begrenset av det til enhver tid gjeldende regelverk som berører eiendommen, for eksempel kommunale arealplaner, forurensningslovgivning, bestemmelser i grannelova mv. Eierrådigheten kan for det andre være begrenset av særskilte rettigheter for andre enn eieren, for eksempel positive eller negative servitutter. I tillegg vil eiere også måtte forholde seg til konkurranselovgivningen, dersom den rådigheten de utøver er en økonomisk aktivitet.

For kommunene vil det også finnes enkelte særskilte begrensninger rett og slett fordi de forvalter offentlig eiendom på fellesskapets vegne. Dette vil si at for det offentlige, finnes det «materielle skranker for det offentlige som ikke gjelder for private».⁸³ Eksempelvis vil kommunen ikke kunne forby all ferdsel på kommunale veier, som er ment for allmennhetens bruk. Et annet eksempel begrensninger i innholdet i utbyggingsavtaler som følger av plan- og bygningsloven.

Videre vil kommunens eierrådighet også kunne begrenses av internasjonale forpliktelser o.l. Lund & Co skriver at:

Materielle skranker kan også følge av EØS-avtalens regler om statsstøtte. En tildeling av selektive økonomiske fordeler til enkelte foretak vil kunne utgjøre ulovlig statsstøtte etter EØS-avtalen artikkel 61. Kommunen må videre som pliktsubjekt etter internasjonale menneskerettskonvensjoner overholde konvensjonsbestemmelsene ved utøvelsen av sin eierrådighet. Dette innebærer for eksempel at den ikke kan begrense borgernes adgang til å utøve sin ytringsfrihet på kommunal grunn i strid med EMK artikkel 10.⁸⁴

I noen tilfeller bruker kommunen sin eiendomsrett som grunnlag for å inngå gjensidig bebyrdende avtaler, som typisk vil være basert på forhandlinger mellom avtalepartene. Dette kan for eksempel være leie av kommunens grunn eller bygninger. Det er liten tvil om at kommunen har adgang til dette. Graver og Tøssebro skriver blant annet:

I kraft av eierrådigheten og avtalekompetansen kan det offentlige bestemme over bruken av offentlig eiendom og disponere over denne ved avtaler. Dette er et viktig grunnlag for det offentliges varetakelse av borgernes velferd og produksjon av fellesgoder.⁸⁵

En del av kommunens eiendommer kan være næringsbygg eller -tomter, som ikke er «vanlig» kommunal eiendom hvor allmennheten har tilgang. Når kommunen leier ut denne typen arealer, må den i utgangspunktet ha samme stilling som andre private utleiere, og kunne inngå avtaler med ulike vilkår på samme måte som disse. Eksempelvis må kommunen her i kraft av sin privatrettslige rådighet kunne sette begrensninger for fremleie eller gi husordensregler.⁸⁶

⁸³ NOU 2019: 5 s. 447.

⁸⁴ Lund & Co, *Utredning – Kommunenes privatrettslige råderett* (2023) s. 16.

⁸⁵ Hans Petter Graver og Henriette N. Tøssebro, *Alminnelig forvaltningsrett* (2024), s. 350.

⁸⁶ Lund & Co, *Utredning – Kommunenes privatrettslige råderett* (2023) s. 43.

Tilsvarende utgangspunkt vil måtte gjelde når kommunen disponerer over offentlig tilgjengelig kommunal eiendom. Kommunene kan for eksempel tillate plassering av salgsboder på et offentlig torg, som i og for seg vil kunne begrense andres bruk av arealet. Kommunen må også kunne nekte denne typen bruk av arealene, kanskje nettopp med bakgrunn i at eiendommen skal være offentlig tilgjengelig, og at eventuelle salgsboder eller liknende vil være til fortrengsel for andre. Dette synes også å være lagt til grunn i HR-2021-2510-A, hvor Høyesterett viser til muligheten for at:

staten eller kommunene som eier av veggrunnen regulerer adgangen til å disponere et bestemt og avgrenset fysisk område langs vegen – for eksempel til å reklamere eller selge varer.

I en del tilfeller bruker kommunen sin eiendomsrett til å gi ensidige bestemmelser om bruk av kommunal eiendom. Vi er med det inne på et forhold som gjør at bruk av kommunal eierrådighet kan komme i en spesiell stilling, nemlig skillet mellom forhandlingsbaserte avtaler og ensidige eierdisposisjoner. Dette skillet kan være vanskelig å trekke, og er blant annet drøftet av Forvaltningslovutvalget i NOU 2019: 5.

Forvaltningslovutvalget peker på at bruk av kommunal eierrådighet kan ha likhetstrekk med myndighetsutøvelse, og at et slikt synspunkt særlig vil gjøre seg gjeldende når det er tale om rådighet over fast eiendom. Utvalget nevner videre at det kan være vanskelig å trekke opp en klar grense mellom eierrådighet og myndighetsutøvelse. Bruk av kommunal eierrådighet kan etter omstendighetene også få karakter av *inngrep* overfor private parter, noe Forvaltningslovutvalget beskriver som følger:

I kraft av eierrådigheten kan det bli satt vilkår for privates adgang til eller bruk av offentlig eiendom eller nedlagt forbud mot visse former for bruk. I så måte treffer forvaltningen ensidige beslutninger som kan anses som tyngende pålegg.⁸⁷

Forvaltningslovutvalget bemerker samtidig at lovgivningen i noen viktige tilfeller fastslår eller forutsetter at offentlig eiendom er til allmenn bruk uten vederlag. Dette gjelder blant annet utøving av allemannsrett etter friluftsløven og bruk av offentlig vei etter veglova.

Selv om utgangspunktet er at kommuner står i *samme stilling* som private rettssubjekter med hensyn til bruk av eierrådighet, kommer man ikke utenom at kommunene også står i en *særskilt stilling* som offentlig myndighet. Den bakenforliggende posisjonen som offentlig myndighet kommer spesielt til syne når eierrådighet får klare likhetstrekk med myndighetsutøvelse. Dette settes på spissen der innholdet i inngåtte avtaler mellom kommunen og tredjeparter også forutsetter ulike forvaltningsvedtak. I slike situasjoner kan også spørsmål som ulovlig forhåndsbinding av myndighet bli et tema.

Forvaltningslovutvalget påpeker at det kan være «atskillig likhet mellom visse former for bruk av eierrådighet og tradisjonell myndighetsutøving.»⁸⁸ Kommunene er på den bakgrunn underlagt visse offentligrettslige skranker for bruk av eierrådighet, som ikke

⁸⁷ NOU 2019: 5 s. 447.

⁸⁸ NOU 2019: 5 s. 447.

gjelder for private rettssubjekter. De offentligrettslige skrankene kan være av personell, prosessuell eller materiell karakter.

I denne forbindelse reiser det seg kanskje særlige spørsmål knyttet til offentlige institusjoner, som sykehjem, eller offentlige kontorer, for eksempel NAV. Dette er eiendommer som driftes av kommunen og hvor kommunen tilbyr en eller annen tjeneste til innbyggerne. Det er klart at kommunene i kraft av eierrådigheten vil kunne regulere åpningstider, krav om legitimasjon, o.l. Dersom man bare tok utgangspunkt i eierrådigheten isolert sett, ville kommunen også relativt fritt kunne regulere hvem som kan komme inn eller ikke, stille ulike «brukervilkår», mv. Fordi denne typen virksomhet er en del av kommunens tjenestetilbud som dekker lovfestede krav, og dermed rettigheter innbyggerne har krav på, vil eierrådigheten imidlertid ha sine begrensninger som kompetansegrunnlag.

Et illustrerende eksempel finnes i Sivilombudets undersøkelse av beslutninger om utestenging fra Nav.⁸⁹ Sivilombudet undersøkte av eget tiltak hvordan åtte kommuner praktiserer utestenging fra Nav. Undersøkelsen handlet om hvordan Nav-kontorene praktiserte utestenging av enkeltpersoner framover i tid. Slik utestenging var ikke regulert i lov eller forskrift, men gjennom interne retningslinjer.

I rapporten skriver Sivilombudet blant annet at:

Ombudet mener det kan stilles spørsmål ved om Navs privatrettslige eierrådighet er et tilstrekkelig rettslig grunnlag for utestenging fra lokalene. Spørsmålet aktualiseres av Høyesteretts dom 16. desember 2021 (HR-2021-2510-A).

(...)

Etter ombudets syn er det vesentlige forskjeller mellom det å fastsette generelle begrensninger i publikums adgang til Navs lokaler i form av alminnelige bestemmelser om åpningstider med videre, og det å utestenge en enkeltperson for å ivareta sikkerheten i etterkant av en uønsket hendelse og ved det potensielt begrense vedkommendes mulighet til å ivareta sine lovfestede rettigheter.⁹⁰

Behovet for lovhjemmel i disse tilfellene er vurdert videre av Lund & Co i en utredning fra 2023. Innledningsvis drøftes typen beslutning, samfunnsområdet og behovet for beslutningen, og det konkluderes med at en slik beslutning må være et enkeltvedtak etter forvaltningsloven. Se også nærmere om forholdet til forvaltningsloven i punkt. 5.2.2 nedenfor. Når det gjelder selve kravet om lovhjemmel, skriver Lund & Co:

For at kravet om lovhjemmel skal komme til anvendelse må det være tale om et «kvalifisert inngrep» Vi legger til grunn at det fremdeles er momentene i Ryde-dommen som er avgjørende, men at det skal mere til for å aktualisere lovskravet. Både type beslutning og formålet med beslutningen tilsier at det er tale om en type beslutning som kan tas i kraft av eieres private autonomi. Vi legger til grunn at det er gode grunner for at Nav skal kunne bruke utestenging for å beskytte sine ansatte. Den beslutningen gjelder

⁸⁹ Sivilombudet sak 2022/1416: [Beslutninger om utestenging fra Nav – rapport fra undersøkelse av eget tiltak - Sivilombudet](#).

⁹⁰ Sivilombudet sak 2022/1416: [Beslutninger om utestenging fra Nav – rapport fra undersøkelse av eget tiltak - Sivilombudet](#), s. 13 flg.

vil fremdeles ha krav på bistand fra Nav, bare ikke ved oppmøte i en begrenset periode. Inngrepet fremstår derfor ikke som kvalifisert og etter vårt syn er det ikke en type beslutning som fordrer en lovgivningsprosess. Følgelig mener vi at utestengelse fra et Nav-kontor, gjort i tråd med retningslinjene fra 2016 ikke er så inngripende at det krever hjemmel i lov. Kommunens privatrettslige rådighet er etter vårt syn tilstrekkelig.⁹¹

Vi mener det er vanskelig å generalisere kravet om kvalifisert inngrep og kravet om lovhjemmel med utgangspunkt i rapporten fra Sivilombudet og utredningen fra Lund & Co. Kravene må vurderes fra sak til sak og rettsområde til rettsområde. Utestengelse fra et NAV-kontor gir åpenbart andre «mulige» konsekvenser for borgerne enn utestengelse fra mange andre offentlige eide bygg.

Et annet spørsmål er om kommunene i kraft av eierrådigheten kan lage for eksempel ordensregler, stille vilkår mv. for institusjoner o.l. hvor innbyggere oppholder seg for å motta et lovpålagt tjenestetilbud fra kommunene. Et typisk eksempel på dette er kommunale sykehjem. Det må være klart at kommunen kan lage ordinære ordensregler for sykehjemmet, for eksempel om besøkstider, i kraft av eierrådigheten, så lenge de er begrunnet i saklige forhold. Her vil det for øvrig være en glidende overgang til hva som kan bestemmes i kraft av organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, som omtales nærmere i kapittel 6 nedenfor.

Samtidig kan det reises spørsmål om hvor langt eierrådigheten rekker som kompetansegrunnlag for å regulere eller gjøre inngrep i grunnlovfestede rettigheter, for eksempel ytringsfrihet. Dette temaet er drøftet i NOU 2019: 10 *Åpenhet i grenseland*. Her stilles spørsmålet om den private eierrådigheten kan benyttes som et rettslig grunnlag til å begrense adgangen til bilder, film og lydopptak innenfor ulike sektorer. Utvalget drøfter ulike rettskilder og skriver blant annet at:

Litteraturen på feltet fremstår som uklar. Om eierrådighet som kompetansegrunnlag for det offentliges beslutninger skriver Eckhoff/Smith at eierrådigheten gir et visst grunnlag for at ledelsen på for eksempel aldershjem og hjem for personer med funksjonshemninger kan bestemme enkelte ting over beboerne uten at de trenger hjemmel i lov. Graver skriver at eieren av en institusjon kan gå ganske langt i å bestemme regler for orden og oppførsel. Han utdyper at hvis institusjonsoppholdet ikke er frivillig (tvang), får slike bestemmelser i større grad preg av å være myndighetsutøvelse, som presumptivt krever en klarere hjemmel. Men også frivillige institusjonsplasseringer kan bare pålegges begrensninger som er nødvendige for å hindre at andre «påføres urimelig forstyrrelse eller sjenanse».⁹²

Utvalget viser deretter til at inngrepene som er vist til i litteraturen, er tett knyttet til selve driften og tjenestetilbudet, og at de derfor like gjerne kan «forstås som forankret i virksomhetens lovpålagte krav til forsvarlig drift og forsvarlig tjenestetilbud.» Utvalget konkluderer med at:

Det er på dette grunnlag utvalgets konklusjon at eierrådigheten til det offentlige ikke utgjør et tilstrekkelig rettslig grunnlag for å regulere besøk, bilder, film eller lydopptak. Den som forvalter offentlig eiendom for å drifte et offentlig tjenestetilbud, kan ikke

⁹¹ Lund & Co, Utredning – Kommunenes privatrettslige råderett (2023) s. 54 flg.

⁹² NOU 2019: 10 s. 93.

erstatte kravet til grunnlag i lov etter Grunnloven § 113 med eierrådighet når privates adferd reguleres. Slike reguleringer griper inn i yringsfriheten i Grunnloven § 100 og potensielt også i retten til fri bevegelse etter Grunnloven § 106. Dette styrker konklusjonen om at det rettslige grunnlaget for inngrep må kunne utledes fra lovgivning. Eventuelle husordensregler eller andre former for reguleringer må i stedet ha en saklig forankring i kravene til forsvarlig drift, forsvarlig tjenestetilbud og/eller forsvarlig arbeidsmiljø, og da etter en konkret vurdering.⁹³

Her ser vi altså ut til å komme over i et annet kompetansegrunnlag, nemlig hva som ligger innenfor kravene til forsvarlighet av selve driften eller tjenesten. Vi går ikke nærmere inn på dette her.

5.2.2 Forholdet til forvaltningsloven

Et viktig spørsmål når det gjelder kommunens utøvelse av eierrådighet, er forholdet til forvaltningsloven. Forvaltningsloven gjelder for den virksomhet som blir drevet av forvaltningsorganer, herunder kommuner, se fvl. § 1. Forvaltningsvirksomhet omfatter ikke bare utøvelse av offentlig myndighet, men også utøvelse av privat autonomi, herunder bruk av eierrådighet. Myndighetsutøvelse er kjennetegnet av at en avgjørelse bygger på et offentligrettslig kompetansegrunnlag, typisk lov eller forskrift. Eierrådighet er som nevnt derimot noe enhver kan bruke innenfor rammen av eiendomsretten. Rent prinsipielt er det derfor ikke noe spesielt ved at en kommune bruker sin eierrådighet. Det at utøvelse av privatautonomi utgjør forvaltningsvirksomhet, innebærer at kommunen også i den forbindelse vil være underlagt bestemmelsene i forvaltningsloven kapittel II og III, herunder reglene om inhabilitet, veiledningsplikt, saksbehandlingstid, partsrepresentasjon og taushetsplikt.

Når en kommune treffer et forvaltningsvedtak, er det derimot tale om en snevrere aktivitet enn det å drive forvaltningsvirksomhet som sådan. Forvaltningsloven slår fast at et «vedtak» er en avgjørelse som blir truffet under «utøvelse av offentlig myndighet», og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer, enten enkeltpersoner eller andre private rettssubjekter, se fvl. § 2 bokstav a. Et vedtak vil alltid være enten et enkeltvedtak eller en forskrift, se fvl. § 2 bokstav b og c. Som nevnt ovenfor, er myndighetsutøvelse betinget av at det blir truffet en avgjørelse med hjemmel i lov eller forskrift. En avgjørelse basert på privatautonomi er ikke å anse som myndighetsutøvelse, fordi den her følger av eiendomsretten. En avgjørelse som bygger på privatautonomi, er med andre ord *ikke* et «vedtak» etter forvaltningsloven. Konsekvensen er at forvaltningsloven kapittel IV til VII med særskilte saksbehandlingsregler for enkeltvedtak og forskrifter, ikke gjelder når kommunen utøver privatautonomi, jf. fvl. § 3 første ledd.

Vi viser også til Rt. 2009 s. 1356, som gjaldt spørsmålet om staten hadde gitt avkall på å kunne påberope seg foreldelse, hvor det i avsnitt 31 er uttalt følgende:

Før jeg går nærmere inn på disse tema, nevner jeg at det hører under statens såkalte private autonomi å frafalle foreldelse av pengekrav. Staten er da underlagt, og kan også gjøre rett gjeldende etter, de aktuelle privatrettslige regler. Handlefriheten for

⁹³ NOU 2019: 10 s. 93.

staten vil i tillegg være begrenset av en del offentligrettslige skranker, både når det gjelder kompetanse, saksbehandling og innhold. Jeg nevner – som eksempler – de alminnelige regler om habilitet og veiledningsplikt, det ulovfestede kravet om forsvarlig saksbehandling, og myndighetsmisbrukslærens forbud mot usaklig forskjellsbehandling og vilkårlighet. I det hele har jeg som utgangspunkt at staten forventes å utøve også sin private autonomi i tråd med god forvaltningsskikk. Ut fra mitt syn på saken har jeg ikke foranledning til å utvikle dette ytterligere.

Det Høyesterett her uttaler om staten, gjelder tilsvarende for kommunene.⁹⁴ Høyesterett har senere utviklet dette ytterligere, når legalitetsprinsippet oppstilles som en materiell skranke for bruk av offentlig eierrådighet i den såkalte «el-sparkesykkeldommen».

5.3 Legalitetsprinsippet

5.3.1 Utgangspunkter

Tradisjonelt er legalitetsprinsippet forstått som at det er krav om hjemmel i lov dersom myndighetene skal foreta inngrep ovenfor borgerne. Legalitetsprinsippet innebærer dermed at hjemmelsgrunnlaget må vedtas av Stortinget, og at det ikke er tilstrekkelig med beslutninger i for eksempel kommunene. Legalitetsprinsippet er i dag inntatt i Grunnloven § 113, som kodifiserte gjeldende rett, eller konstitusjonell sedvanerett. Prinsippet innebærer ikke bare at det må foreligge en lovhjemmel, men stiller også et krav til hjemmelens klarhet. Kravet til lovhjemmel kan variere ut fra sakens karakter, og er oppsummert i den såkalte «fjordlaksformelen» som er utledet av Rt. 1995 s. 530, hvor Høyesterett uttaler:

Jeg antar, med bakgrunn i teori og rettspraksis, at kravet til lovhjemmel må nyanseres blant annet ut fra hvilket område en befinner seg på, arten av inngrepet, hvordan det rammer og hvor tyngende det er overfor den som rammes. Også andre rettskildedefaktorer enn loven selv må etter omstendighetene trekkes inn. En slik mer sammensatt vurdering må etter min mening legges til grunn ved avgjørelsen av de hjemmelsspørsmål som oppstår i denne saken.⁹⁵

Avgjørelsen er kritisert av Jens Edvin Skoghøy, som anser at dommen er «[d]en høyesterettsavgjørelsen som går lengst i å utvanne legalitetsprinsippet.»⁹⁶

Legalitetsprinsippet vurderes på ulike måter, i den forstand at man snakker både om det *positivt* formulerte legalitetsprinsippet, og det *negativt* formulerte legalitetsprinsippet. *Det positivt formulerte legalitetsprinsippet* er den tradisjonelle forståelsen som nevnt over, hvor man legger til grunn at myndighetenes inngrep i den private rettssfære krever hjemmel i lov. Det er viktig å merke seg at kravet om lovhjemmel er knyttet til de tilfellene der det gjøres en form for *inngrep*. Forvaltningen fatter en rekke andre beslutninger som ikke innebærer inngrep, hvor det da ikke er det samme kravet til lovhjemmel. *Det negativt formulerte legalitetsprinsippet* er en forståelse som innebærer

⁹⁴ Se HR-2021-2510-A avsnitt 122.

⁹⁵ Rt. 1995 s. 530, på side 537.

⁹⁶ J.E. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse* (2023), s. 68.

at det er krav om lovhjemmel dersom det ikke foreligger et annet kompetansegrunnlag som er dekkende. Det legges til grunn at myndighetsutøvelse må være basert på et klart kompetansegrunnlag, og at lovhjemmel er nødvendig dersom det ikke finnes annet grunnlag.

Hovedpoenget med legalitetsprinsippet vil være det samme uansett hvilket standpunkt man inntar: enkelte avgjørelser og handlinger fra myndighetene krever hjemmel i lov. Vi ser i det følgende på dette i lys av Grunnloven § 113 med tilhørende forarbeider.

5.3.2 Grunnloven § 113

Legalitetsprinsippet ble grunnlovsfestet i 2014. Grunnloven § 113 slår fast at «Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.» Formålet med Grunnloven § 113 er å «synliggjøre [legalitets]prinsippet og samtidig vise at det fungerer som en reell skranke for maktavernes myndighetsutøvelse.»⁹⁷

Grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet ble utredet av «Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven». Utredningen fra Menneskerettighetsutvalget kommer frem av rapport 19. desember 2011.⁹⁸ Rapporten fra utvalget ble behandlet av kontroll- og konstitusjonskomiteen på Stortinget.⁹⁹ Komiteen merket seg blant annet at en generell grunnlovsfesting av legalitetsprinsippet «i utgangspunktet ikke vil endre dagens rettstilstand.»¹⁰⁰ Komiteen bemerket videre at legalitetsprinsippet er «grunnlaget for forståelsen av rettsstaten», noe som burde komme til uttrykk i Grunnloven. Forslaget fra Menneskerettighetsutvalget ville derfor bidra til å nå den generelle målsettingen om at Grunnloven skal inneholde «de sentrale deler av vår statsskikk».¹⁰¹

Kjernen i Grunnloven § 113 er at den kodifiserer legalitetsprinsippet slik det har vært lagt til grunn over lengre tid. Grunnlovsbestemmelsen oppstiller et *lovkrav*, så langt det foreligger et «inngrep» overfor den enkelte, og oppstiller også et klarhetskrav for den aktuelle lovhjemmelen.

Ved utredning av bestemmelsen, tok Menneskerettighetsutvalget utgangspunkt i *det positivt formulerte legalitetsprinsippet* om at «myndighetenes inngrep overfor borgerne må være positivt regulert i Stortingets lovgivning eller i forskrifter gitt med hjemmel i slik lov.»¹⁰² Menneskerettighetsutvalget la til grunn at for at noe skal utgjøre et «inngrep» overfor den enkelte, må det;

foreligge kvalifiserte forhold som rammer den enkelte, for eksempel avslag på søknad om å reise bygninger på egen eiendom, pålegg om hvilken skole barnet skal gå på, forbud mot beite i områder der det opprinnelig forelå beiterett osv.¹⁰³

⁹⁷ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 249 og Rt-2014-1105 avsnitt 25.

⁹⁸ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 246-250.

⁹⁹ Innst. 186 S (2013-2014) og Innst. 203 S (2013-2014).

¹⁰⁰ Innst. 186 S (2013-2014) s. 32.

¹⁰¹ Innst. 186 S (2013-2014) s. 31-32, samt Rt-2014-1105 avsnitt 25 og HR-2020-2137-A avsnitt 103.

¹⁰² Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 246-247.

¹⁰³ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 247.

Det kan undertiden oppstå tvil om hvorvidt man står overfor et «inngrep» som krever hjemmel i lov. Menneskerettighetsutvalget kommenterer i den forbindelse forholdet til *det negativt formulerte legalitetsprinsippet* på følgende måte:

Det er bl.a. utfordringer knyttet til fortolkningen av hjemmelsgrunnlaget og spørsmålet om hvorvidt det foreligger et «inngrep», som har gjort at enkelte rettsteoretikere har forsøkt å reformulere legalitetsprinsippet. En slik reformulering har gått ut på at legalitetsprinsippet innebærer at den beslutning som mangler annet kompetansegrunnlag, må utlede sin kompetanse fra lov (det formelle eller negativt formulerte legalitetsprinsipp). Denne formelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet tar på den ene side bare sikte på å regulere normgivning og ikke faktiske handlinger, i motsetning til det tradisjonelle legalitetsprinsipp. På den annen side favner den formelle tilnærmingen videre enn den tradisjonelle, ved at den tar sikte på å regulere kompetansegrunnlag i alle henseender, også privates kompetanse og kompetanse for de myndighetsbeslutninger hvor det ikke foreligger «inngrep i borgernes rettssfære».¹⁰⁴

Ifølge Menneskerettighetsutvalget er det langt på vei grunnlag for å si at det positivt formulerte legalitetsprinsippet i større grad enn det negativt formulerte springer ut av ideen om menneskerettigheter og ideen om samfunnskontrakten. Den tradisjonelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet hviler på en grunntanke om at «individene er født frie og like», og at «myndighetene bare kan gjøre inngrep i deres frihet og likhet med hjemmel i formell lov.» Menneskerettighetsutvalget anser etter dette det positivt formulerte legalitetsprinsippet som «en av bærebjelkene i den moderne rettsstat og det moderne demokrati, der individene har underkastet seg makten, men bare i den utstrekning makten utøves i tråd med lovgivning gitt av folkeflertallets representanter.»¹⁰⁵

Utvalget bemerker videre at den tradisjonelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet er lagt til grunn av Høyesterett, noe som blant annet kommer frem av Rt-2010-610 avsnitt 27:

Jeg tar utgangspunkt i at det i norsk rett gjelder et alminnelig krav om hjemmel eller rettsgrunnlag ikke bare for vedtak, men også for faktiske handlinger som kan sies å virke inngripende for enkeltpersoner – herunder i tilknytning til offentlig pleie og helsehjelp. Dette kravet springer ut av det alminnelige legalitetsprinsippet.

Et sentralt spørsmål for Menneskerettighetsutvalget var om formuleringen man valgte for grunnlovsbestemmelsen, kunne påvirke forståelsen av legalitetsprinsippet, slik at innholdet ble endret over tid. Menneskerettighetsutvalget var derfor av den oppfatning at «formuleringen av legalitetsprinsippet i Grunnloven bør ligge tett opp til den tradisjonelle forståelsen av legalitetsprinsippet i norsk rett.»¹⁰⁶ En slik formulering ville få frem at det i relasjon til kravet om lovhjemmel, er uten betydning om offentlige myndigheter treffer beslutninger eller utøver faktiske handlinger. Offentlige myndigheter vil uansett trenge lovhjemmel for *inngrep* overfor den enkelte.

¹⁰⁴ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 47.

¹⁰⁵ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 247.

¹⁰⁶ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 249.

Menneskerettighetsutvalget fant på den bakgrunn at grunnlovfesting av legalitetsprinsippet ikke burde ha som mål å regulere generelt når offentlige myndigheter har et tilstrekkelig kompetansegrunnlag til å treffe beslutninger, slik tilfellet er for det negativt formulerte legalitetsprinsippet. Utformingen av legalitetsprinsippet burde derfor ta utgangspunkt i «den enkeltes rettighetsvern og ikke i det offentliges generelle kompetanse til å utøve myndighet.»¹⁰⁷

I tvilstilfeller vil spørsmålet om en kommune må ha hjemmel i formell lov eller om eierrådigheten gir tilstrekkelig rettsgrunnlag, måtte bero på en konkret vurdering. Noen spørsmål er så viktige at Stortinget som lovgiver bør ta stilling til dem. Her kan både hensynet til folkestyre og offentlighet rundt forslag og saksbehandling, herunder høring, spille inn. Men dersom demokratibetraktninger trekkes inn i slike vurderinger, tilsier Grl. § 49 andre ledd at også hensynet til lokaldemokratiet kan tas i betraktning. I slike tilfeller blir det altså ikke spørsmål om å velge mellom vedtak i folkevalgt organ med offentlig saksbehandling eller «bare» i et forvaltningsorgan, men om det er Stortinget eller folkevalgte organer i kommunene som avgjør saken. I HR-2021-2510-A (el-sparkesykkeldommen) kunne flertallet ikke se at det var:

grunnlag for å legge vekt på § 49 andre ledd og kommuneloven i en vurdering av om kommunens vedtak er så inngripende overfor borgerne at det krever lovhjemmel av hensyn til legalitetsprinsippet, slik at det høyner terskelen for når lovhjemmel kreves. (avsn. 71).

Det er likevel sider ved kommunene som demokratiske organer som er løftet fram i grunnlovsbestemmelsen og som førstvoterende overser. Førstvoterende framhevet lovprosessens grundighet og åpenhet som argument for at formell lov var nødvendig. Til dette innvendte rettens mindretall at kommunens vedtak hadde vært gjenstand for en grundig prosess:

Jeg er ikke uenig med førstvoterende i at spørsmålet om hvor strengt utleie av el-sparesykler skal reguleres, bør avveies gjennom en grundig prosess. Jeg er imidlertid ikke enig i at en kommunal eiendomsrettslig disposisjon ikke oppfyller det kravet. Formannskapet er et politisk organ, og kommunens avgjørelser blir gjenstand for innbyggernes evaluering i forbindelse med valg og i den offentlige debatten mellom valgene.¹⁰⁸

Selv om Grl. § 49 andre ledd ikke utgjorde noen skranke i denne saken, vil den kunne gi grunnlag for å vektlegge hensynet til lokaldemokrati også i rettslige vurderinger.

Kommunens rekkevidde til å bruke sin eierrådighet som grunnlag for å treffe beslutninger, herunder spørsmålet om legalitetsprinsippet rekkevidde, ble ellers satt på spissen i el-sparesykkeldommen. Spørsmålet vi søker å besvare i det følgende, er i hvilken grad denne avgjørelsen har bidratt til ytterligere rettslige avklaringer med hensyn til hvor langt kommunenes råderett over egen eiendom rekker.

¹⁰⁷ Dok.nr. 16 (2011-2012) s. 249.

¹⁰⁸ HR-2021-2510-A avsnitt 122.

5.4 HR-2021-2150-A, «el-sparkesykkeldommen»

5.4.1 Bakgrunn

I HR-2021-2510-A behandlet Høyesterett et krav fra Trondheim kommune om fastsettelsesdom for at et privat foretak ikke hadde rett til å utplassere og drive næringsmessig utleie av el-sparkesykler på kommunal grunn, uten tillatelse fra kommunen som grunneier.

Bakgrunnen for saken var at Trondheim kommune brukte sin eierrådighet for å styre bruken av kommunal grunn til kommersiell utleie av el-sparkesykler. Regler for slik bruk av kommunal grunn ble fastsatt i et vedtak fra formannskapet. Vedtaket gikk blant annet ut på at fire aktører skulle få kontrakt for å drive med kommersiell utleie av el-sparkesykler i kommunen. Kommunen skulle velge de fire aktørene etter en gjennomført anbudskonkurranse. En av aktørene, Ryde Technology AS (heretter Ryde) fortsatte sin virksomhet på kommunal grunn, uavhengig av vedtaket fra formannskapet. Kommunen reiste sak, med krav om dom på at den private part var uberettiget til å drive sin virksomhet uten samtykke fra kommunen.

Spørsmålet for Høyesterett var om kommunen kunne vedta en slik ordning i kraft av sin *eierrådighet*, eller om ordningen krevde *lovhjemmel*, basert på legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113. Flertallet i Høyesterett, som besto av fire dommere, konkluderte med at ordningen var et inngrep som krevde hjemmel lov. Både tingretten og lagmannsretten var kommet til samme resultat som Høyesterett.

Det må her bemerkes at i tidsrommet mellom lagmannsrettsavgjørelsen i saken og Høyesteretts dom, vedtok Stortinget lov om utleie av små elektriske kjøretøy på offentlig grunn, som gir kommunene hjemmel til å gi forskrift om bruk av offentlig grunn for utleie av blant annet el-sparkesykler. Dommen er derfor nå av mindre praktisk interesse, men spørsmålet blir naturligvis om det kan utledes generelle prinsipper av dommen med overføringsverdi til andre spørsmål, og om Høyesterett i avgjørelsen går lenger enn tidligere høyesterettspraksis i å oppstille legalitetsprinsippet som en skranke for utøvelse av offentlig eierrådighet.

Problemstillingen i det følgende er dermed om dommen i HR-2021-2510-A innebærer reelle endringer i kommunens eierrådighet og eventuelt representerer en svekkelse av det kommunale selvstyret.

5.4.2 Dommens innhold

Høyesterett kom til at vedtaket fra formannskapet i Trondheim kommune utgjorde et inngrep overfor den private part, slik at det var krav om hjemmel i lov etter Grunnloven § 113. Formannskapets vedtak om styringen av bruken av kommunens arealer, var kun forankret i eierrådigheten.

Kommunen anså virksomheten til den private parten, Ryde, som en krenkelse av i eiendomsretten. Ryde mente på sin side at man sto overfor et inngrep i retten til å drive virksomhet på et offentlig tilgjengelig område. Førstvoterende angir at problemstillingen i saken uansett er «om kommunens vedtak er et inngrep overfor selskapet som krever

lovhjemmel som følge av legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113.» Problemstillingen er presisert i avsnitt 52:

Avgjørende i vår sak er om kommunens vedtak må anses som et inngrep som ledd i offentlig myndighetsutøvelse som krever hjemmel i lov, eller om det dreier seg om en privatrettslig håndheving som har tilstrekkelig forankring i eierrådigheten.

Eierrådighet er generelt omtalt i avsnitt 55 til 64. Vi viser blant annet til avsnitt 64, hvor det heter:

Utgangspunktet er at det offentlige har samme eierrådighet som private. Men det gjelder visse egne skranker for det offentliges rett til å disponere over egen grunn. Jo større likhet det er med vanlig forvaltning, jo større grunn er det til å la offentligrettslige regler få anvendelse i tillegg til de privatrettslige – herunder kravet om lovhjemmel. Det vil oftest kunne være tilfelle når reguleringen virker inngripende og skal ivareta politiske eller samfunnsmessige hensyn. Særlige begrensninger gjelder på grunn som er beregnet til allmenn bruk, som veier og torg. Til dette kommer at eieren i kraft av sin eierrådighet ikke kan gripe inn mot aktivitet som utøves med hjemmel i lov, slik Forvaltningslovutvalget peker på i NOU 2019: 5 side 447.

Myndighetsutøvelse er generelt kommentert i avsnitt 65 til 71. I avsnitt 66 er det uttalt følgende:

(...) Offentlig myndighetsutøvelse i forvaltningslovens forstand og kravet om lovhjemmel skiller lettest ad når det er tale om å fordele goder. Når det i stedet som her er tale om å regulere atferd, vil myndighetsutøvelse derimot lettere innebære både at forvaltningslovens regler om vedtak får anvendelse, og at det materielt sett er behov for lovhjemmel.

Den konkrete vurderingen kommer frem av avsnitt 81 til 100. Det sentrale i den forbindelse er at Høyesterett angir hva som er vurderingstemaet etter Grunnloven § 113. Spørsmålet om det foreligger et inngrep etter Grunnloven § 113, slik at det er krav om hjemmel i lov, vil bero på en konkret vurdering av forskjellige momenter, blant annet type beslutning, aktuelt samfunnsområde og aktuelt formål.¹⁰⁹ Høyesterett sier videre at et ytterligere moment kan være behovet for å gjennomføre en formell lovgivningsprosedyre. I avsnitt 100 konkluderer førstvoterende som følger:

Jeg har etter dette i likhet med tingretten og lagmannsretten kommet til at Trondheim kommunes vedtak må anses som utøvelse av offentlig myndighet som krever hjemmel i lov. Eierrådigheten gir ikke tilstrekkelig grunnlag for vedtaket, som står i en annen stilling enn når staten eller kommunene som eier av veggrunnen regulerer adgangen til å disponere et bestemt og avgrenset fysisk område langs vegen – for eksempel til å reklamere eller selge varer.

Mindretallet på én dommer kom til at kommunen på bakgrunn av eierrådigheten «kan kreve at næringsdrivende som vil utplassere og drive kommersiell utleie av el-sparkesykler på kommunens eiendommer, må ha samtykke av kommunen». Mindretallet la til grunn at «eierrådigheten til grunnen som kompetansegrunnlag står

¹⁰⁹ HR-2021-2510-A, avsnitt 81-92.

sterkt», og hadde også et annet syn på den konkrete vurderingen av saken. Vi går her ikke i detalj på mindretallets drøftinger.

5.4.3 Dommens betydning for kommunenes eierrådighet og selvstyre

Dommen i HR-2021-2510-A førte til flere spørsmål om flertallets uttalelser og vurderinger medførte for kommunenes eierrådighet som kompetansegrunnlag, og om dommen innebar begrensninger i kommunenes eierrådighet. Den er behørig omtalt, og også kritisert, i juridisk litteratur. Eksempelvis skriver Midttun Tobiassen blant annet:

Under henvisning til § 113 ble spørsmålet for Høyesterett i stedet om kommunens bruk av eiendomsretten var et «inngrep». Domstolen kobler ikke vurderingen av «inngrep» opp mot rimelige skranker for det offentliges bruk av eiendomsrett til reguleringsformål, men oppstiller i stedet hittil ukjente kriterier for å vurdere om utøvelse av eiendomsrett utgjør «offentlig myndighetsutøvelse» som krever «hjemmel i lov». Med nye og uklare kriterier for når lov kreves, risikerer vi at offentlig regulering i kraft av andre kompetansegrunnlag enn lov, underkjennes. Høyesteretts flertall viser liten forståelse for at også vedtak i kommunestyret har demokratisk forankring.¹¹⁰

Midttun Tobiassen anser at dersom argumentasjonen i dommen legges til grunn også i andre saker, kan dette føre til «en nedregulering i samfunnet og en uthuling av lokaldemokratiet.» Avslutningsvis skrives det:

Ved å ta til orde for å tolke lovgivervilje innskrenkende, og introdusere krav om stortingsbehandling for regulering av bruk av offentlig eiendom, flytter Høyesterett makt. Selv om stat og kommune er mektige, er det oftest de ressurssterke i samfunnet som påberoper seg legalitetsprinsippet. Noen tilsvarende tendens til strengere fortolkning av vilkårene for å miste f.eks. velferdsrettigheter, kan jeg ikke spore i Høyesteretts praksis. En kan lure på om denne utviklingen stemmer med vår forståelse av en rettsstatlig velferdsstat.

Smith på sin side konkluderer slik om dommen:

Det er dessverre vanskelig å se at dommen bidrar vesentlig til generell avklaring av grensene for forvaltningens eierrådighet. Mangelen på veiledning om grensedragningen er sjenerende og kan altfor lett vise seg å være prosessdrivende. En passende konklusjon kan derfor være at sparkesykkeldommen ikke fortjener vesentlig vekt utover den konkrete tvisten – som var rettshistorie allerede da saken ble avgjort.¹¹¹

Smiths artikkel er på den annen side kritisert av Erik Boe. Boe er i hovedsak enig med Høyesterett, og skriver:

Selv opplever jeg de underliggende forholdene slik som Høyesterett gjorde, skjønt jeg ville ha gjort disposisjonens formål til et enda viktigere moment for grensedragningen enn hva Høyesterett gjorde (jf. domsgrunn 92). Nektelsen av å nytte kommunal grunn til sykkelutleie skyldtes jo ikke eierinteressen i å bestemme tomtebruken; den var middel til

¹¹⁰ T.M. Tobiassen, «Nye tider for legalitetsprinsippet i Høyesterett?», *LoR* nr. 2 (2022) s. 64-66.

¹¹¹ E. Smith, «Eierrådighet som rettsgrunnlag for forvaltningen: Bidrar «sparkesykkeldommen» til rettsavklaring?», *LoR* nr. 6 (2023) s. 373-395.

å regulere bruken av elsparkesykler i byen helt generelt. Den slags har lite med ordinære eiendisposisjoner å gjøre.¹¹²

HR-2021-2510-A førte også til at Kommunal- og distriktsdepartementet innhentet en utredning om kommuners privatrettslige råderett, som blant annet omfattet «utredning av legalitetsprinsippet og kommunens muligheter for bruk av privatrettslig råderett som grunnlag for ulike typer avgjørelser.»¹¹³ Utredningen fra Lund & Co DA går grundig gjennom blant annet legalitetsprinsippet, kommuners eierrådighet, HR-2021-2510-A og om dommen innebærer en endring av rettstilstanden. I utredningen konkluderes det med blant annet følgende:

Det er vår konklusjon at Høyesteretts avgjørelse i Ryde-saken ikke innebærer en endring av tidligere rettstilstand. Det er ingen holdepunkter for at flertallet i sin generelle redegjørelse for eierrådigheten gir uttrykk for et strengere syn på privat råderett som kompetansegrunnlag i forhold til tidligere gjeldene rett.

Høyesteretts flertall er tydelig på at legalitetsprinsippet nedfelt i Grunnloven § 113 setter grenser for det offentliges utøvelse av sin eierrådighet. Samtidig trekker ikke dommen opp klare rammer for hvor grensen for eierrådigheten går. Dommen begrenser seg etter vårt syn til å angi hvilke momenter det er relevant å legge vekt på ved vurderingen av om en beslutning kan treffes i medhold av det offentliges eierrådighet eller når det kreves hjemmel i lov.¹¹⁴

Slik vi ser det, er HR-2021-2510-A en naturlig forlengelse av tidligere høyesterettsavgjørelser, og ikke minst forarbeidene til Grunnloven § 113, med sin vektlegging av det tradisjonelle legalitetsprinsippet. Vi bemerker i den forbindelse at HR-2021-2510-A er lagt til grunn i senere domstolsavgjørelser og sivilombudsuttalelser.¹¹⁵ I LB-2023-63294 er det påpekt at Høyesterett i HR-2021-2510-A trekker opp systematiske utgangspunkter for grensedragningen mellom når det er tilstrekkelig med eierrådighet og når det er nødvendig med lovhjemmel. Hvorvidt Grunnloven § 113 utløser krav om lovhjemmel i et bestemt tilfelle, vil bero på en konkret vurdering av den enkelte saken.

Ut fra en isolert vurdering av Grunnloven § 113, kan det være delte oppfatninger om begrunnelsen og resultatet i HR-2021-2510-A, både når det gjelder det angitte vurderingstemaet og den konkrete vurderingen. Forholdet til det kommunale selvstyret er etter vårt syn av en annen karakter.

Ut fra et rettslig perspektiv, kan vi ikke se at HR-2021-2510-A innebærer en svekkelse av det kommunale selvstyret. Et motsatt resultat i HR-2021-2510-A, med et annet vurderingstema eller en annen konkret vurdering, ville heller ikke ha medført en styrking av det kommunale selvstyret. Det sentrale poenget ligger i å skille mellom «det generelle legalitetsprinsippet» etter Grunnloven § 113 og «det forvaltningsspesifikke legalitetsprinsippet» etter Grunnloven § 49 andre ledd sammenholdt med

¹¹² E. Boe, «Eierrådighet som myndighetsinstrument i samfunnsregulering», *LoR* nr. 1 (2024) s. 62-76.

¹¹³ Lund & Co, *Utredning – Kommunenenes privatrettslige råderett* (2023).

¹¹⁴ Lund & Co, *Utredning – Kommunenenes privatrettslige råderett* (2023) s. 40-41.

¹¹⁵ Se blant annet SOM-2021-4640, SOM-2022-1416, SOM-2022-4668 og LB-2023-63294.

kommuneloven § 2-1.¹¹⁶ Grunnloven § 113 gjelder forholdet mellom myndighetene, herunder også kommunene, og den enkelte. Grunnloven § 49 og kommuneloven § 2-1 gjelder derimot først og fremst forholdet mellom myndigheter på forskjellige forvaltningsnivåer, herunder særlig situasjonen mellom stat og kommune.

Etter vårt syn må det være klart at det forvaltningsspesifikke legalitetsprinsippet ikke kan begrense det generelle legalitetsprinsippet, det vil si kravet om at myndighetene må ha hjemmel i lov for å gjøre inngrep overfor den enkelte. Som nevnt i forarbeidene til Grunnloven § 113, er (det generelle) legalitetsprinsippet «grunnlaget for forståelsen av rettsstaten».¹¹⁷ I forarbeidene til Grunnloven § 113 er det også uttalt følgende:

En grunnlovfesting av legalitetsprinsippet bør derfor ikke ha som mål å regulere generelt når offentlige myndigheter har et tilstrekkelig kompetansegrunnlag til å treffe beslutninger, slik tilfellet er for det reformulerte legalitetsprinsippet, (...). Dersom man grunnlovsfester det reformulerte legalitetsprinsippet, vil man kunne gripe inn i forholdet mellom ulike forvaltningsorganer, og prinsippet vil dermed få indirekte betydning for hvordan den utøvende makt organiserer sin virksomhet. En slik omfattende kompetanseregulering i Grunnloven vil neppe være ønskelig, og det faller utenfor utvalgets mandat å foreslå en så omfattende kompetansebestemmelse. Også dette taler for å grunnlovsfeste den tradisjonelle tilnærmingen til legalitetsprinsippet, der det er inngrepet i den enkeltes rettssfære som trenger hjemmel i lov. Utvalget vil derfor foreslå at utformingen av legalitetsprinsippet tar utgangspunkt i den enkeltes rettighetsvern og ikke i det offentliges generelle kompetanse til å utøve myndighet.

Forholdet mellom Grunnloven § 113 og det kommunale selvstyret er omtalt i HR-2021-2510-A. Partshjelperen for kommunen anførte for Høyesterett at Grunnloven § 49 andre ledd og kommuneloven § 2-1 måtte være av betydning ved vurderingen av om annen lovgivning begrenset kommunal eierrådighet, se avsnitt 27 og 71. Anførselen fra partshjelperen er ikke kommentert av mindretallet på én dommer. Førstvoterende, som var talsperson for flertallet på fire dommere, oppfattet anførselen slik at den i hovedsak knyttet seg til spørsmålet om veglovgivningen og trafikkreglene innskrenket den kommunale eierrådigheten, se avsnitt 71. Vi oppfatter anførselen på samme måte. Dersom en slik anførsel blir rettet mot den generelle tolkningen av Grunnloven § 113, vil det i realiteten bli hevdet at kommunen, som myndighet, kan nøye seg med å bruke eierrådighet i tilfeller hvor staten og andre myndigheter *må* ha hjemmel i lov for å gjøre det samme inngrepet overfor den enkelte. Selv om det i HR-2021-2510-A ble lagt til grunn at anførselen fra partshjelper ikke gjaldt rekkevidden av legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113, bemerket førstvoterende likevel følgende, se avsnitt 71:

[F]orarbeidene til grunnlovsbestemmelsen etterlater et klart inntrykk av at § 49 andre ledd gjelder forholdet mellom offentlige myndigheter på ulike nivåer, og da især mellom staten og kommunene, jf. Innst.182 S (2015–2016) side 4 følgende. Jeg kan ikke se det er grunnlag for å legge vekt på § 49 andre ledd og kommuneloven i en vurdering av om kommunens vedtak er så inngripende overfor borgerne at det krever lovhjemmel av hensyn til legalitetsprinsippet, slik at det høyner terskelen for når lovhjemmel kreves.

¹¹⁶ Se NOU 2016: 4 s. 46 og 48.

¹¹⁷ Se Innst. 186 S (2013-2014) s. 31-32.

Selv om en disposisjon fra offentlig myndighet, herunder stat og kommune, er omfattet av de beføyelser som ligger til eiendomsretten, oppstiller Grunnloven § 113 et ubetinget krav om hjemmel i lov, dersom disposisjonen er å anse som et «inngrep» overfor den enkelte. Hensynet til det kommunale selvstyret er i den forbindelse uten betydning.

Omtalen av HR-2021-2510-A fra Eivind Smith, nemlig «at sparkesykkeldommen ikke fortjener vesentlig vekt utover den konkrete tvisten – som var rettshistorie allerede da saken ble avgjort» gir grunnlag for noen refleksjoner. Det er vanskelig å tolke bort vekten av en høyesterettsavgjørelse som tar stilling til prinsipielle spørsmål. Likevel mener vi avgjørelsen vil være av relativt liten betydning i praksis, når det kommer til kommunalt eierskap til fast eiendom som grunnlag som styringsredskap.

Et spørsmål som ikke besvares i saken, er hvor langt kommunens eierskap rekker som styringsredskap i møtet med rettslig bindende arealplaner som bestemmer at arealene skal være til offentlig bruk. Svaret på det er etter vårt syn enkelt. Kommunen er som eier bundet av planene på samme måte som andre grunneiere. I et slikt lys ville en trolig kunne slutte at *resultatet* i Høyesterett ikke på noen måte er et inngrep i det kommunale selvstyret, men snarere en konsekvens av det kommunale selvstyret, nemlig kommunens arealplan som legger til grunn at arealet et offentlig areal åpent og tilgjengelig for allmennheten.

6. Kommunenes organisasjons- og instruksjonsmyndighet

6.1 Innledning

Temaet for dette kapittelet er innholdet i kommunenes organisasjons- og instruksjonsmyndighet, og hvilket kompetansegrunnlag denne myndigheten innebærer. Organisasjons- og instruksjonsmyndigheten er i utgangspunktet begrenset til kommunens interne forhold. Likevel kan denne myndigheten danne grunnlag for beslutninger som også får betydning for andre, herunder privatpersoner.

Kommunens adgang til å organisere og styre egen virksomhet er en viktig del av det kommunale selvstyret, som også bygger opp om prinsippet om kommunene som selvstendige rettssubjekter. Lovgivningen, ikke minst kommuneloven, gir et omfattende rammeverk for kommunenes organisering og styring, men den underliggende friheten til å organisere og styre egen virksomhet er viktig for at kommunene skal kunne realisere egne mål. I tillegg er den et viktig element i kommunens evne til å realisere nasjonale mål slik de framgår i lovpålagte oppgaver mv.

Særlovgivningen har hatt til dels omfattende regulering om kommunenes organisering av oppgaveløsningen, men dette regelverket er bygd ned i flere omganger, gjennom både særlovgjennomgangen i kjølvannet av vedtakelsen av kommuneloven av 1992 og særlovgjennomgangen av bestemmelser om internkontroll som kom med kommuneloven av 2018.¹¹⁸

Innledningsvis ser vi på den adgangen kommunen har til å organisere sin egen virksomhet innenfor lovgivningens rammer. Videre ser vi på selve instruksjonsmyndigheten i kommunens organisasjon. Deretter vurderer vi i hvilken grad organisasjons- og instruksjonsmyndigheten kan danne grunnlag for beslutninger ovenfor andre, uten at det foreligger en særskilt lovhjemmel.

Vi omtaler i det følgende for enkelthets skyld i hovedsak *kommunenes* organisasjons- og instruksjonsmyndighet. Fylkeskommunenes myndighet følger de samme prinsippene, og omtales derfor bare dersom denne skiller seg nevneverdig fra den kommunale.

6.2 Organisasjonsmyndigheten

Organisasjonsmyndigheten er kort sagt kompetansen til å bestemme hvordan kommuneforvaltningen skal være organisert. Dette dreier seg både om hvilke organer kommunen skal bestå av, og hvordan disse organene skal organiseres. Myndigheten omfatter både å kunne opprette eller nedlegge organer, og å utvide eller innskrenke organer. Organisasjonsmyndigheten innebærer også avgjørelsen av hvordan forholdet mellom de ulike organene skal være.

¹¹⁸ Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove *Kommunalrett* (2002, 2. opplag 2005) s. 30 og Prop. 46 L (2017-2018) punkt 23.4.3.

Kommunene er som vi har sett etablert ved lov, noe som nå også er forutsatt i Grl. § 49 andre ledd. Dette innebærer at deres organisasjonsmyndighet også må ta utgangspunkt i lovgivningens rammer. Kommunene har som selvstendige rettssubjekter stor frihet til å organisere seg selv og sin egen virksomhet. Lovgivningen trekker likevel opp visse rammer for organiseringen. For det første inneholder kommuneloven bestemmelser om enkelte organer kommunen *skal* ha, for eksempel kommunestyre, formannskap og kommunedirektør, eller parlamentarisk system med kommunestyre og kommuneråd, og hvilke den *kan* ha, som ulike politiske utvalg og komiteer. Videre regulerer særlovgivningen til en viss grad også organiseringen på ulike områder. Kommunenes organisasjons*frihet* blir da i praksis det som står igjen etter at kommuneloven og diverse særlovgivning har sagt sitt.

En sentral del av organiseringen er selvfølgelig den tilhørende delegeringen av myndighet. Kommunestyret kan etter kommuneloven § 5-3 siste ledd delegere sin myndighet til «andre folkevalgte organer, ordføreren eller kommunedirektøren innenfor rammene av denne loven eller annen lov.» Delegeringen skal skje gjennom et eget delegeringsreglement, se kommuneloven § 15-14. Selv om kommunestyret delegerer sin myndighet, vil det fortsatt også ha myndigheten i behold, og kan når som helst tilbakekalle myndigheten. Det klare utgangspunktet er i alle tilfelle at det er kommunestyret som bestemmer hvordan kommunen skal organiseres innenfor lovgivningens rammer.

Særlovgivningen setter enkelte begrensninger for adgangen til å delegere myndighet, og dermed i praksis også for organisasjonsfriheten i kommunen. Dette gjelder blant annet bestemmelser som sier at et vedtak må fattes av «kommunestyret selv», og ikke kun «kommunen». Et eksempel på dette er plan- og bygningsloven § 11-15 første ledd om vedtak av kommuneplanen, hvor det heter at: «Kommunestyret selv vedtar kommuneplanen.» Et annet eksempel er barnevernsloven § 15-1 om kommunens ansvar for å forebygge omsorgssvikt, hvor det i andre ledd blant annet heter at: «Kommunestyret selv skal vedta en plan for kommunens forebyggende arbeid etter første ledd.»

Kommunen har ellers relativt stor frihet til å velge hvordan den vil løse organiseringen av sine oppgaver, herunder om den skal løse oppgavene innenfor sin egen organisasjon, eller om oppgavene skal settes til andre. Overordnet oppsummert kan kommunens oppgaver/tjenester kan i utgangspunktet organiseres på følgende måter:

- kommunens egen virksomhet/drift
- kommunale foretak
- interkommunalt samarbeid, som skal foregå gjennom enten:
 - interkommunalt politisk råd
 - kommunalt oppgavefellesskap
 - vertskommunesamarbeid
 - interkommunalt selskap
 - aksjeselskap
 - samvirkeforetak

- en forening eller
- på en annen måte som det er rettslig adgang til
- stiftelser
- konkurranseutsetting

Det må her bemerkes at særlovgivningen kan sette uttrykkelige begrensninger for hvilke oppgaver som kan «settes bort» til andre rettssubjekter. På den annen side finnes det særlover som klart åpner opp for at kommunen kan velge å benytte andre aktører for at oppgavene skal bli løst. Dette følger for eksempel av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 siste ledd, som sier at: «Tjenester som nevnt i første ledd, kan ytes av kommunen selv eller ved at kommunen inngår avtale med andre offentlige eller private tjenesteytere.»

Når det gjelder selve administrasjonen i kommunen, gir ikke kommuneloven føringer for hvordan denne skal være organisert. Dette ligger altså i hovedsak selv til kommunen å avgjøre. Det må likevel være en forutsetning at kommunen har tilstrekkelig personale for å ivareta oppgavene de er pålagt gjennom særlovgivningen.¹¹⁹

Enkelte statlig vedtatte virkemidler vil imidlertid innebære begrensninger i den kommunale organisasjonsfriheten. Et typisk eksempel på dette er bemanningsnormer i grunnskolen, som stiller krav om grunnbemanning, eller lærertetthet, i forhold til antall elever. Et annet eksempel er innføring av formelle kompetansekrav innenfor oppvekstsektoren. Både bemanningsnormer og kompetansekrav vil begrense kommunenes organisasjons- og handlefrihet, og er omstridt. Av NIBR-rapport 2018:5 kommer det blant annet frem at¹²⁰:

Våre intervju med **de øverst administrativt ansvarlige** (rådmenn/økonomisjef) i et utvalg kommuner, viser at disse uttrykker en betydelig kritikk over konsekvensene av innføringen av bemanningsnormer og kompetansekrav. Konkret mener rådmenn/økonomisjefer at:

- bemanningsnormer og kompetansekrav gjennomgående vil ha en negativ effekt på viktige forhold som kommuneøkonomi, ressursbruk/tjenestekvalitet, omstilling/innovasjon og forholdet til andre tjenesteområder.
- de nye normer og krav som settes både for leger, innenfor undervisning og barnehage kan ha uheldige konsekvenser.

Når det gjelder bemanningsnorm i grunnskolen, foreslo opplæringslovutvalget ved utredning av ny opplæringslov, at den allerede innførte lærernormen ikke skulle videreføres. Utvalget påpekte svakheter ved normen:

Lærernormen binder i dag opp betydelige midler i en ordning som er lite fleksibel for kommunene. I tillegg tar innretningen lite hensyn til at elever har ulike behov, og at klasser og skoler er ulikt sammensatt, med ulike styrker og utfordringer. Dagens normtall er en minstestandard, men det er en risiko for at det forstås som at oppfyllelse

¹¹⁹ T. Eckhoff og E. Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg. (2022) s. 122.

¹²⁰ NIBR-rapport 2018:5, *Bemanningsnormer og kompetansekrav*, s. 4-5

av normtallet i seg selv sikrer en forsvarlig opplæring. I så fall er det en risiko for at det settes inn færre lærere enn dersom kommunen selv hadde vurdert hva som er forsvarlig i det konkrete tilfellet.¹²¹

Det skal her også bemerkes at forslag til bemanningsnormer, og også kompetansekrav, på andre liknende områder ikke har ført frem. Dette gjelder blant annet for personale på skolefritidsordningen (SFO), som faller inn under opplæringslova. Departementet skriver følgende i forarbeidene:

Departementet foreslår ikkje at det skal setjast krav til bemanningsnorm eller krav til kompetanse for personalet i SFO. Behovet for bemanning vil vere avhengig av kva slags aktivitetar som blir tilbydde, alderssamansetninga, kor mange barn som deltek, dagleg opphaldstid og talet på barn med særlege behov. Bemanninga av SFO skal avgjerast kommunalt ut frå lokale forhold og behov. Når kommunen er tillagd stort ansvar for innhaldet i SFO, vil det vere naturleg at kommunen også får ansvar for å tilsetje eit personale som samla sett kan gi eit godt tilbod i samsvar med målsetjinga med SFO.¹²²

Her ses det altså hen til at det er kommunen som er nærmest til å avgjøre bemanningen ut fra «lokale forhold og behov».

6.3 Instruksjonsmyndigheten

Instruksjonsmyndigheten er kompetansen et organ har til å instruere et underordnet organ, eller en person har til å instruere en underordnet person i samme organ om hvordan en sak skal behandles. Denne myndigheten handler altså om interne beslutninger fra et overordnet til et underordnet nivå i kommunen, og gjelder interne plikter.

Hva som er overordnet og underordnet nivå mellom organer i kommunen, vil bero på delegeringen som følger av delegeringsreglementet, se punkt 6.2 ovenfor. Som øverste organ i kommunen, vil kommunestyret også være overordnet resten av kommunens interne organisasjon, og kan instruere de andre folkevalgte organene, ordføreren og kommunedirektøren i samsvar med delegeringsreglementet. Der et annet folkevalgt organ har videredelegert myndighet til for eksempel kommunedirektøren, vil organet i utgangspunktet også kunne instruere direktøren.

Mellom enkeltindivider i administrasjonen, vil instruksjonsadgangen henge sammen med ansettelsesforholdene og rapporteringslinjene i organisasjonen.

Kommunedirektøren som øverste leder for administrasjonen, vil kunne instruere for eksempel en kommunalsjef, som igjen vil kunne instruere sine seksjonsledere. Overfor ansatte må myndigheten også innebære at det kan angis arbeidstider, spisetider, innretning av arbeidsplassen, mv.¹²³

¹²¹ NOU 2019: 23, s. 281.

¹²² Prop 57 L (2022-2023) s. 298.

¹²³ T. Eckhoff og E. Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg. (2022) side 359-360.

Instruksjonsmyndigheten omfatter både generelle instruksjoner og instruksjon i konkrete saker, det vil si instruksjoner om utøvelse av offentlig myndighet. Generelle instruksjoner kan for eksempel handle om hvilke sakstyper som skal prioriteres på et område, dersom lovgivningen gir rom for slike prioriteringer. Eckhoff og Smith legger til grunn at:

Slike bestemmelser ligger innenfor området for instruksjonsmyndighet selv om de kan ha stor betydning for private; en søker må f.eks. finne seg i at saken tar noe lengre tid fordi andre sakstyper ifølge instruksjonen skal prioriteres høyere.¹²⁴

Instruksjon i konkrete saker kan eksempelvis være å prioritere en bestemt sak, eller at et politisk utvalg sender en sak tilbake til administrasjonen med beskjed om å utrede enkelte forhold i saken nærmere.

Helt sentralt for instruksjonsmyndigheten, er at den må utøves innenfor de rammene som følger av lovgivningen. Dette innebærer at en overordnet ikke kan instruere en underordnet til å fatte vedtak i strid med loven. Et folkevalgt organ vil heller ikke kunne instruere kommunedirektøren til å fremstille en sak som skal til politisk behandling, på en uriktig måte eller med en innstilling som er lovstridig. Dette kan også leses ut av kommuneloven § 13-1 tredje ledd:

Kommunedirektøren skal påse at saker som legges fram for folkevalgte organer, er forsvarlig utredet. Utredningen skal gi et faktisk og rettslig grunnlag for å treffe vedtak.

Dersom det fattes vedtak på bakgrunn av ulovlige instruksjoner, vil vedtaket som hovedregel være å anse som ugyldig. Det er lovens bestemmelser som skal legges til grunn, og ikke instruksjonen.

Videre innebærer for eksempel ytringsfriheten at det er begrensninger for i hvilken grad man kan instruere tjenestemenn om deres adferd og uttalelser.¹²⁵

Instruksjoner vil for øvrig ikke gi for eksempel privatpersoner utenfor kommunens organisasjon verken rettigheter eller plikter. Instruksjonene gjelder mellom overordnet og underordnet nivå innad i kommunen.

6.4 Hvilket kompetansegrunnlag organisasjons- og instruksjonsmyndigheten gir overfor subjekter utenfor organisasjonen

Det helt klare utgangspunktet er at organisasjons- og instruksjonsmyndigheten gjelder *internt* i den aktuelle organisasjonen.

Dette innebærer for det første at myndigheten ikke gir grunnlag for å styre enheter som ligger utenfor kommunens organisasjon, for eksempel kommunalt eide selskaper. Her må styringen skje gjennom de reglene som gjelder for slike selskaper, ved generalforsamling o.l.¹²⁶

¹²⁴ T. Eckhoff og E. Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg. (2022) side 360.

¹²⁵ Hans Petter Graver og Henriette N. Tøssebro, *Alminnelig forvaltningsrett* (2024), s. 350.

¹²⁶ T. Eckhoff og E. Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg. (2022) s. 360.

For det andre, og kanskje mer sentralt, danner myndigheten heller ikke grunnlag for å styre private rettsforhold. Den kan verken benyttes for å styre forholdet mellom to private parter, eller mellom privatpersoner og det offentlige, eller pålegge privatpersoner plikter.¹²⁷

Organisasjons- og instruksjonsmyndigheten vil imidlertid likevel kunne gi *virksomheter* for privatpersoner, selv om beslutningene som fattes ikke er direkte rettet mot dem. Dette vil for eksempel gjelde åpningstider, krav om legitimasjon for å komme inn, og opprettelse og nedleggelse av offentlige kontorer og virksomheter. Denne typen beslutninger ligger utvilsomt innenfor rammen av organisasjons- og instruksjonsmyndigheten og gjelder rent faktisk interne forhold, selv om de i praksis også har virkninger for andre. Det må her likevel bemerkes at det her også kan være andre hensyn som spiller inn ved avgjørelsen. Eksempelvis vil hensynet til barnets beste være tungtveiende i saker som gjelder organisering av skoletilbudet.

Instrukser om myndighetsutøvelsen, for eksempel skjønnsutøvelse, vil også kunne ha indirekte virkninger for enkeltindivider. Et eksempel her kan være Bergen kommunes arkitektur- og byformingsstrategi, Arkitektur+, som gir «konkrete retningslinjer på hvordan arkitektur kan bidra til en vakker, særpreget, inkluderende og grønn by.» Det kommer frem at strategien:

tydeliggjør hva kommunen mener med god arkitektur i vurdering av plan og byggesaker, og letter og trykker dermed saksgangen rundt den skjønnsutøvelsen som kommunen er tillagt i Pbl § 29.1 og § 29.2.¹²⁸

Strategien vil dermed være et grunnlag i saksbehandlingen av byggesaker, som igjen kan ha betydning for hva den enkelte kan få tillatelse til å oppføre i kommunen, selv om retningslinjene i seg selv ikke er bindende for dem

Et sentralt spørsmål i vår sammenheng, er når de beslutningene som fattes, går over fra å være «interne» beslutninger for eksempel av hensyn til driften av en kommunal virksomhet, til i realiteten å være rettet mot enkeltindivider utenfor organisasjonen og skape plikter for dem, slik at det er behov for et annet kompetansegrunnlag for beslutningene. Organisasjons- og instruksjonsmyndigheten gir som sagt ikke grunnlag for å styre individers privatliv.

Et utgangspunkt for disse vurderingene, kan vi finne hos Eckhoff og Smith, som drøfter tilfeller der organisasjons- og instruksjonsmyndigheten kan brukes for å fastlegge bestemmelser for at en offentlig anstalt skal oppfylle sitt formål:

I fengsler og andre offentlige anstalter kan organisasjons- og instruksjonsmyndigheten brukes til å fastsette bestemmelser som er nødvendige for at anstalten skal kunne fylle sitt formål. Dette gjelder også når bestemmelsene omfatter personer som er innesperret *mot sin vilje* (se også i pkt. 3). Ledelsen må f.eks. kunne gi bestemmelser om spisetid og meny, grunnleggende ordensregler, tid for arbeid, hvile mv. Bestemmelser om f.eks. disiplinærstraff, besøks- og brevforbud eller postsensur faller derimot utenfor det som

¹²⁷ T. Eckhoff og E. Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg. (2022) s. 360.

¹²⁸ [Bergen kommune - Arkitektur-og byformingsstrategien, Arkitektur+](#)

kan bestemmes på dette grunnlag. Det samme gjelder vedtak om innesperring og andre plikter som går lenger enn det som følger av den dom eller det forvaltningsvedtak som innesperringen bygger på.¹²⁹

Tilsvarende vil måtte gjelde for andre offentlige virksomheter hvor privatpersoner må oppholde seg over en viss tid, mer eller mindre frivillig, for eksempel sykehjem eller skoler. Det er påpekt i juridisk teori at det kanskje særlig er her at spørsmålet om organisasjons- og instruksjonsmyndigheten som kompetansegrunnlag vil komme på spissen:

Grensedragningen mellom «interne» bestemmelser og bestemmelser om folks privatliv kommer gjerne på spissen i institusjoner som skoler og sykehjem, ganske særlig overfor personer som har plikt til å oppholde seg der. På tilsvarende måte kan det oppstå spørsmål om sjefenes adgang til å regulere de vernepliktiges adferd på fritiden i militære avdelinger der de vernepliktige oppholder seg store deler av døgnet. I slike institusjoner må forvaltningen kunne gi bestemmelser om spisetid og meny, ordensregler, tid for arbeid, hvile, med mer så langt det er nødvendig for at virksomheten skal kunne fylle sitt formål.¹³⁰

Det man kan trekke ut av begge sitatene ovenfor, er at organisasjons- og instruksjonsmyndigheten vil være tilstrekkelig kompetansegrunnlag der beslutningene som fattes, er for at virksomheten i seg selv skal kunne fylle sitt formål, og er av en mer generell, organisatorisk karakter. Spørsmålet blir likevel i hvilken utstrekning organisasjons- og instruksjonsmyndigheten kan gi grunnlag for å gjøre noen form for inngrep i privatpersoners rettigheter. Her er det to aspekter som må vurderes. Det ene er om det foreligger en rettighet, for eksempel etter EMK. Det andre går ut på å vurdere om tiltaket i det hele tatt utgjør et inngrep, og i så fall om dette er av en slik karakter at det kreves hjemmel i lov etter legalitetsprinsippet i GrL § 113, se også punkt 5.3 ovenfor.

Det er kanskje særlig spørsmålet om når det foreligger et inngrep, som byr på utfordringer. At for eksempel frihetsberøvelse eller disiplinærstraff ikke kan besluttes med grunnlag i organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, må være klart, også der beslutningene på et vis har sammenheng med driften av virksomheten. Det kan imidlertid tenkes mindre inngripende tiltak som trolig kan forankres i organisasjons- og instruksjonsmyndigheten.

I opplæringsloven er det for eksempel gitt særregler om adgang til å bortvise elever, se § 13-1 og til å gripe inn fysisk mot elever, se § 13-4. I tillegg er kommunene pålagt å vedta skoleregler i forskrift, se opplæringslova § 10-7. I forarbeidene til opplæringslova er det forutsatt at alle reaksjoner som skal kunne brukes mot elever som bryter skolereglene, må fastsettes i skolereglene. Samtidig er det presisert at «mindre inngripende tiltak» følger av skolens rett til å organisere og lede undervisningen, og at slike tiltak *ikke* behøver å fastsettes i skolereglene. Som eksempler nevnes at to elever ikke lenger får sitte ved siden av hverandre, at elever må bytte aktivitet, eller får beskjed fra lærer om å legge mobiltelefonen ned i sekken. Som en yttergrense presiserer departementet at

¹²⁹ T. Eckhoff og E. Smith, *Forvaltningsrett*, 12. utg. (2022) s. 361.

¹³⁰ E. Smith, «Rettsbundet forvaltning», *Jussens venner* 2022/5-6, s. 442-475, på side 450-451

fysisk refs eller annen krenkende behandling av elevene ikke er lov.¹³¹ I proposisjonen er altså organisasjons- og instruksjonsmyndigheten ansett som tilstrekkelig kompetansegrunnlag for «mindre inngripande tiltak». Det er ikke klart presisert om grunnen til dette er at slike tiltak ikke anses som «inngrep» i menneskerettslig forstand.

Liknende vurderinger kan finnes i en artikkel av Merete Havre og Julie Anette Langeland om hjemmelskrav ved begrensende omsorgshandlinger i helse- og omsorgsretten.¹³² Artikkelen tar utgangspunkt i Sårstelldommen og Høyesteretts begrunnelse. Forfatterne drøfter inngående at både rettighetsbegrepet og tvangsbegrepet kan nyanseres, og at enkelte omsorgshandlinger som pleiere i velferdsinstitusjoner utfører for å gjøre beboernes hverdag bedre, typisk sårstell, kroppsvask, også mot beboerens vilje, såkalte «begrensende omsorgshandlinger», i så fall vil kunne falle utenfor kravet om lovhjemmel. Denne typen handlinger vil ikke kunne forankres i organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, det er prinsippet om nyansering av inngrep mv. som er det interessante her, og som vil kunne gjelde både i forbindelse med organisasjons- og instruksjonsmyndighet og eierrådighet som kompetansegrunnlag.

I et bokkapittel om forholdet mellom eierrådighet og lovhjemmel i offentlig forvaltning, har Benedikte Moltumyr Høgberg tatt til orde for at eierrådighet og kravet til lovhjemmel befinner seg på en «relativ glideskala». Her har hun brukt skolens adgang til å forby bruk av smarttelefoner i skolen som eksempel:

For offentlige virksomheter som for eksempel en skole, vil kommunens eierrådighet over grunnen og virksomheten ikke være et tilstrekkelig rettslig grunnlag for å forby bruk av smarttelefoner i skolen. Men eierrådighet i kombinasjon med at saklighetskravene etter god forvaltningsskikk er fulgt, og et svakt hjemmelsgrunnlag i lov (krav om forsvarlig drift), vil samlet og i begrenset og midlertidig utstrekning kunne gi et tilstrekkelig rettsgrunnlag for forbud. Dette gjelder særlig der forbudet er ment å ivareta enkeltindividets personvern, slik som forbud mot smarttelefoner i skolegarderober eller lignende.¹³³

I dette resonnementet anses altså en kombinasjon av ulike rettsgrunnlag som enkeltvis anses som svake eller utilstrekkelige, for å utgjøre tilstrekkelig kompetansegrunnlag. Lignende vurderinger kan nok også gjøres med hensyn til organisasjons- og instruksjonsmyndighet som rettsgrunnlag.

Det er vanskelig å trekke noen helt klar konklusjon om hvor langt organisasjons- og instruksjonsmyndigheten vil rekke som kompetansegrunnlag. Det sentrale vurderingstemaet vil bli både om det foreligger en rettighet og et kvalifisert inngrep som utløser krav om lovhjemmel. Dette må avgjøres for hvert konkret tilfelle.

¹³¹ Prop. 57 L (2022-2023) s. 602.

¹³² Merete Havre og Julie Anette Langeland, «Med lov skal pasienter pleies?» – Hjemmelskrav ved begrensende omsorgshandling», *Retfærd*, Nr. 3/2024

¹³³ Benedikte Moltumyr Høgberg «Mellom eierrådighet og lovhjemmel i offentlig forvaltning» i Margrethe Buskeud Christoffersen, Alf Petter Høgberg, Harald Irgens-Jensen og Gudmund Knudsen *Juss og mangfold Festskrift til Geir Woxholth 70 år (2023)* s. 289.

Del 2: Statlig kontroll av kommunale avgjørelser og virksomhet

7. Statlige informasjonstiltak

7.1 Innledning

Det er gjennom bruk av juridiske og økonomiske virkemidler Stortinget setter rammene for kommunes handlingsrom. Regjeringen, og statsforvaltningen for øvrig, kan på sin side kun styre kommunene innenfor de rammer som følger av Stortingets vedtak. Både Grunnloven § 49 andre ledd og kommuneloven slår fast at kommunene er selvstendige rettssubjekter som ikke kan instrueres av statsforvaltningen.

Samtidig er både statsforvaltningen og sektorlovgivningen kompleks, og det oppstår mange spørsmål som ikke kan løses kun gjennom ordlyden i lov og forskrift, forarbeider og eventuelt rettspraksis. Statsforvaltningen utarbeider derfor en rekke statlige informasjonstiltak som veiledere, rundskriv, osv. som skal tydeliggjøre innholdet i lovgivningen og synliggjøre statlig politikk. I Meld. St. 12 (2011-2012) *Stat og kommune – styring og samspel*, omtales dette som pedagogiske virkemidler. I KDDs egen veileder; *Statlig styring av kommuner og fylkeskommuner – prinsipper og retningslinjer*, er dette gitt følgende definisjon:

Pedagogiske virkemidler er en fellesbetegnelse for ulike tiltak som staten kan ta i bruk som ikke er av formell karakter, slik for eksempel juridiske virkemidler er. Pedagogiske virkemidler favner bredt og har som oftest som mål å øke kompetansen i kommunene, bidra til utvikling og nytenkning og gi bedre kvalitet i kommunal forvaltning og tjenesteproduksjon.¹³⁴

Det klare utgangspunktet om at statsforvaltningen ikke kan instruere kommunene, kan settes på prøve når statsforvaltningen utarbeider veiledere eller andre statlige informasjonstiltak rettet mot kommunene. Dette gjelder både der veiledningen gir uttrykk for hvordan lovbestemmelser skal tolkes og håndheves, og der det gis føringer for hvordan kommunene skal prioritere innenfor det handlingsrommet som følger av det kommunale selvstyret.

Ofte viser statlige informasjonstiltak hva som er gjeldende rett, noe det kan være nyttig både for kommunenes ansatte og folkevalgte å ha en lett tilgang til. Problemene oppstår i de tilfeller det utarbeides en veileder som for eksempel går lenger i tolkningen av bestemmelser enn det loven åpner for, eller som kommunene *opplever* som mer eller mindre forpliktende. Dette kan skyldes formuleringer i selve veilederne, eller der veilederne bidrar til en mer intensiv overprøving og kontroll av kommunenes vedtak og virksomhet. Dette reiser spørsmål om i hvilken grad statlige informasjonstiltak rent

¹³⁴ Kommunal- og distriktsdepartementet 12/2020 – *Veileder om statlig styring av kommuner og fylkeskommuner – Med prinsipper og retningslinjer* s. 49.

faktisk bidrar til å innskrenke det kommunale selvstyret, og dermed krever hjemmel i lov. Vi ser nærmere på dette i det følgende.

7.2 Utgangspunktet - lovkravet i kommuneloven § 2-1

7.2.1 Tildeling av oppgaver til kommunene

Lovkravet i Grl. § 49 andre ledd og kommuneloven § 2-1 har som nevnt betydning i flere henseender, se punkt 3.4 og 4.2. Blant annet innebærer lovkravet at kommunene ikke kan tildeles nye oppgaver gjennom instruks, delegering eller gjennom statlige informasjonstiltak. Lovkravet kommer klart frem av forarbeidene til kommuneloven, hvor det blant annet fastslås:

Det gjelder allerede i dag et ulovfestet krav til lovhjemmel for at nasjonale myndigheter skal kunne pålegge kommunene nye oppgaver eller plikter. Departementet mener at kravet om lov hjemmel er en helt grunnleggende forutsetning for det kommunale selvstyret, og at det bør lovfestes. En slik lovfesting vil synliggjøre et grunnleggende vern om det kommunale selvstyret, og at nasjonale myndigheter ikke kan styre kommunene som om de var en del av statsforvaltningen.¹³⁵

Per i dag er det likevel flere lover som inneholder bestemmelser om at staten kan *delegere* oppgaver til kommunene. Dette kan skape usikkerhet med hensyn til hvor langt delegeringskompetansen rekker. Denne utfordringen synes nå å bli fulgt opp fra statlig hold, gjennom at det i skrivende stund behandles et lovforslag hvor det gjøres endringer i flere særlover for å sikre at oppgaver til kommunene skal tildeles gjennom lov og forskrift, ikke gjennom delegering, se Prop. 107 L (2023-2024). I proposisjonen skrives det:

Kommuner og fylkeskommuner bør som selvstendige, folkevalgte og selvstyrte organer få oppgavene sine i lover fra Stortinget, og ikke gjennom delegering fra statsforvaltningen. Dette er et viktig prinsipp for den statlige styringen av kommunesektoren. Flere lover inneholder likevel bestemmelser som gir organer i staten fullmakt til å delegere oppgaver til kommuner og fylkeskommuner, og dette gjøres gjennom delegeringsvedtak, tildelingsbrev, rundskriv eller liknende. Slik delegering åpner for at kommunene kan styres som om de var en del av statsforvaltningen.

Denne proposisjonen rydder i dette. På de områdene som omfattes av forslagene, foreslår departementet at det ikke lenger skal være hjemmel til å delegere oppgaver til kommuner og fylkeskommuner, og at tildeling av oppgavene gjøres direkte i lov og forskrift. Innenfor noen lovområder har det kun vært behov for å klargjøre at oppgavetildelingen skal skje i forskrift. Departementet viser til at hensikten med forslagene ikke er å endre eksisterende oppgavetildelinger, men å lov- og forskriftsfeste disse.

¹³⁵ Prop. 46 L (2017-2018) s. 33.

Når det gjelder tildeling av nye oppgaver til kommunene, anser vi lovkravet som relativt uomstridt. I tillegg synes det som at lovgiver nå tar grep ved å sikre at slike oppgaver tildeles gjennom lov eller forskrift.

7.2.2 Beskrivelse av kommunenes oppgaver i statlige informasjonstiltak

En annen side av lovkravet gjelder spørsmålet om hvor langt staten kan gå i å beskrive hvordan kommunene skal utføre sine oppgaver. Utgangspunktet må også her være at utdyping og presisering av rammene for kommunenes ansvar og myndighetsutøvelse, herunder hvordan oppgavene skal utføres, også skal vedtas av Stortinget.¹³⁶ Det er kun lover og forskrifter som er bindende for kommunenes myndighetsutøvelse. Dette er også tatt opp av kommunelovutvalget i NOU 2016: 4, hvor utvalget sier:

Lovkravet innebærer at statsforvaltningen ikke kan pålegge kommunene oppgaver eller plikter i statlige rundskriv, veiledere, retningslinjer eller tolkningsuttalelser. Utvalget ser at slike dokumenter kan ha verdi som informasjon, blant annet om lover, forskrifter og praksis. De vil også ofte være etterspurt av kommunene. Slike dokumenter er imidlertid i seg selv ikke bindende for kommunene. Det er lover og forskrifter som er bindende for kommunene, og ikke annen informasjon som måtte frem komme av veiledere og rundskriv. Utvalget har ved å foreslå lovfesting av lovkravet også ment å tydeliggjøre dette. Når lover og forskrifter må tolkes, vil tolkningsuttalelser fra statlige instanser ikke være bindende for kommunene. De vil kun være en tolkningskilde som inn går i en alminnelig juridisk tolkning. De alminnelige rettskild prinsippene gjelder når statsforvaltningen ved tilsyn og klagebehandling prøver kommunens lovforståelse. Statsforvaltningen har ikke en utvidet eller mer intens prøvingsrett enn hva som følger av ordinære rettskildemessige prinsipper.¹³⁷ (vår understrekning)

Statlige veiledere, rundskriv o.l. er ikke rettslig bindende, men er å regne som retningsgivende for kommunene. Dermed gjelder det heller ikke et formelt lovkrav for at staten skal kunne utarbeide slik veiledning.

Det er likevel helt sentralt at selve *innholdet* i slike hjelpemidler er i tråd med gjeldende lovgivning. Dette har betydning i to henseender. På den ene siden kan statlige veiledere naturligvis ikke gi kommunene større handlingsrom enn det som følger av lovgivningen. På den andre siden kan heller ikke statlige veiledere innskrenke kommunenes handlingsrom. Rundskriv og veiledere presiserer tidvis hvordan skjønnsmessige ord og uttrykk skal tolkes på en slik måte at de gir inntrykk av å innsnevre kommunenes handlingsrom i forhold til det lov og forskrift åpner for. Grensen mellom rettslige rammer og faglige profesjonsnormer er ikke alltid helt klar. Dette kan for eksempel gjøre seg gjeldende når regelverket på helse- og omsorgsområdet krever at en tjeneste skal være «forsvarlig», mens faglige standarder sier noe svært konkret om dette.

Siden det klare utgangspunktet om at veiledere, retningslinjer, mv. ikke er bindende for kommunene, kunne man tenke seg at kommunene ville se bort fra veilederne der de går for langt i den ene eller andre retningen. Utfordringen ligger i at rettskildet bildet kan være relativt komplisert, og at kommunene ikke nødvendigvis har mange andre kilder enn

¹³⁶ NOU 2016: 4 s. 57.

¹³⁷ NOU 2016: 4 s. 58.

veilederne å forholde seg til. Samtidig kan statlige veiledere inneholde formuleringer som kan tolkes eller oppfattes som mer eller mindre bindende, og dermed ikke er tydelige nok på at de er nettopp veiledere, slik at kommunene følger dem. På en slik måte kan statlige rundskriv og veiledninger kan bidra til å danne grunnlag for forvaltningspraksis, som i neste omgang blir en rettskilde ved tolkning av regelverket.

Videre vil statlige rundskriv og veiledere til dels være bindende for statsforvaltningen selv, og uansett ofte legges til grunn av statlige organer. Når statlige myndigheter overprøver kommunale vedtak, for eksempel i forbindelse med klagebehandling, vil dermed slike informasjonstiltak kunne få stor betydning for resultatet, selv om de i utgangspunktet ikke er bindende for kommunene.

Dette forsterkes dersom statsforvalter eller andre statlige myndigheter viser til en veileder som grunnlag for selv å klage på et kommunalt vedtak, for eksempel et dispensasjonsvedtak etter pbl. § 19-2, eller ved å fremme innsigelse til en kommunal arealplan. Et statlig informasjonstiltak som ikke er hjemlet i loven, er Nasjonal jordvernstrategi. I den siste jordvernstrategien er det satt som mål at den samlede omdisponeringen av jordbruksareal i Norge ikke skal overstige 2000 dekar årlig. Flere innsigelser på kommunale planer er nettopp begrunnet i jordvernhensyn. Når jordvernstrategien brukes som grunnlag for innsigelse, vil dette kunne utfordre lovkravet for å styre kommuner. Dersom kommunale vedtak avskjæres eller oppheves med den begrunnelse at kommunene ikke har tatt tilstrekkelig hensyn til en statlig veileder, kan det reises spørsmål om veiledningen krever hjemmel i lov.

I plan- og bygningsretten finnes det eksempler på veiledere som er hjemlet direkte i loven. For eksempel følger det av pbl. § 6-1 at staten skal utarbeide Nasjonale forventninger til lokal og regional planlegging. Dette styringsdokumentet er ikke bindende for kommunene, men utgjør et grunnlag for innsigelse. Det samme gjelder statlige planretningslinjer etter pbl. § 6-2, som kommunene etter bestemmelsens andre ledd faktisk har plikt til å legge til grunn i planleggingen. I begge tilfeller er staten altså gitt hjemmel i lov for å fastsette retningslinjene, og det er dermed mindre problematisk at de gir grunnlag for klage eller innsigelse.

Alt i alt kan dette etter vårt syn tilsi at det kanskje burde vurderes et lovkrav der statlige informasjonstiltak skal omfatte noe mer en kun en fremstilling av det som faktisk er gjeldende rett, og som følger direkte av lov, forskrift, forarbeider og rettspraksis. Dette bør særlig vurderes når statlige veiledere gir uttrykk for hvordan kommunene skal prioritere innenfor deres frie skjønn, og hvor veilederen danner grunnlag for klage eller innsigelse. Dersom statsforvaltningen selv tolker hva lovens uttrykk og begreper innebærer i statlige veiledere, bør det uansett som et minimum fremgå klart av veilederen at den ikke er bindende for kommunenes virksomhet.

8. Staten som klageinstans og omgjøringsmyndighet

8.1 Innledning

Adgangen til å påklage enkeltvedtak er en grunnleggende rettighet i forvaltningsretten. Det følger av forvaltningsloven (fvl.) § 28 første ledd at:

Enkeltvedtak kan påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken til det forvaltningsorgan (klageinstansen) som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket (underinstansen).

Hvilket organ som skal behandle klager på kommunale vedtak, beror både på hvordan kommunene er organisert og på bestemmelser i den loven som myndigheten utledes fra. I enkelte tilfeller vil nærmeste overordnede organ være kommunestyret, formannskapet eller særskilte klagenemnder. I svært mange tilfeller er imidlertid statsforvalter klageinstans, og det er disse tilfellene som er av interesse for denne utredningen.

Forvaltningsloven fastsetter i § 34 første ledd første punktum det generelle utgangspunktet for klageinstansens prøvingsrett:

Tas klagen under behandling, kan klageinstansen prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter.

Videre fastslår § 34 fjerde ledd følgende når det gjelder utfallet av klagesaken:

Klageinstansen kan selv treffe nytt vedtak i saken eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen til helt eller delvis ny behandling.

Etter forvaltningsloven har med andre ord klageinstansen utstrakt fullmakt til både å overprøve kommunenes vedtak, samt til å treffe nytt realitetsvedtak i saken. Når staten opptretr som klageinstans for vedtak truffet av kommuner, reiser dette flere spørsmål knyttet til det kommunale selvstyret.

I det følgende skal vi blant annet se nærmere på hvilken relevans og vekt hensynet til det kommunale selvstyret har når statsforvalter behandler klager på kommunale vedtak. Vi skal både undersøke når hensynet gjør seg gjeldende ved overprøving av kommunens vurderinger, samt for vurderingen av om vedtaket eventuelt skal omgjøres eller oppheves og sendes tilbake til ny behandling. Vi vil videre se på et utvalg sektorlover, hvor vi skal undersøke om det er gitt særskilte regler for prøvingsrettens rekkevidde, herunder om eventuelle særregler er begrunnet i hensynet til lokalt selvstyre. Endelig vil vi kort diskutere det kommunale selvstyrets stilling når staten vurderer å omgjøre kommunale vedtak på eget tiltak.

8.2 Generelt om statsforvalters prøvingskompetanse i klagesaker

Forvaltningslovens generelle utgangspunkt er som nevnt at statsforvalter kan «prøve alle sider av saken, herunder ta hensyn til nye omstendigheter». Formuleringen innebærer at klageinstansen ikke bare har rett, men også plikt til å foreta en selvstendig

vurdering av sakens faktiske, rettslige og skjønnsmessige sider.¹³⁸ Når det gjelder prøvingen av kommunens frie skjønn, følger det en særregel av fvl. § 34 andre ledd, tredje og fjerde punktum:

Der statlig organ er klageinstans for vedtak truffet av en kommune eller fylkeskommune, skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Det skal fremgå av vedtaket hvordan klageinstansen har vektlagt hensynet til det kommunale selvstyret.

Bestemmelsen er ment å sikre at kommunene gis stor frihet til selv å avgjøre hva som er hensiktsmessige løsninger ved deres myndighetsutøvelse. Denne friheten er imidlertid ikke absolutt, men ved å bruke formuleringen «stor vekt» har lovgiver markert at det skal være en høy terskel for at statsforvalter skal sette sitt skjønn foran kommunens skjønn.

Bestemmelsen kom inn i forvaltningsloven ved en lovendring i 1997. I forarbeidene er det uttalt følgende:

I forhold til klagerens rettssikkerhet er regelen ikke ment å innebære noe signal om mindre prøving av det frie skjønn. Etter forvaltningsloven § 34 andre ledd andre punktum skal klageinstansen vurdere alle anførsler fremsatt i klagen. Dette vil fortsatt være tilfelle, men tilføyelsen i § 34 andre ledd tredje punktum innebærer at klageinstansen i tillegg til klagers anførsler skal legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre. I praksis vil dette innebære en viss terskel for klageinstansen i forhold til å endre kommunale eller fylkeskommunale vedtak på grunnlag av overprøving av det frie skjønnet.¹³⁹

Uttalelsen viser at fvl. § 34 andre ledd tredje punktum ikke innebærer noen begrensninger i statsforvalters rett til å overprøve kommunens vedtak. Bestemmelsen setter likevel en terskel for å oppheve eller omgjøre kommunale vedtak i de tilfeller hvor statsforvalter har et annet syn på spørsmål som hører inn under forvaltningens skjønn. I denne vurderingen skal statsforvalter trekke inn det kommunale selvstyret som et hensyn som taler for at vedtaket skal bli stående, selv om statsforvalteren selv ville ha valgt et annet resultat.

Heller ikke vedtakelsen av Grunnloven § 49 andre ledd endret dette utgangspunktet. I motivene ga Stortinget uttrykkelig uttrykk for at grunnlovsbestemmelsen ikke er ment å begrense klageinstansens prøvingsrett. Flertallet uttalte blant annet:

Flertallet vil heller ikke at en grunnlovsbestemmelse om kommunalt selvstyre skal kunne utlegges som at staten som klage- eller tilsynsmyndighet skal begrense sin kompetanse av hensyn til det lokale selvstyret, der det er fare for at den enkelte innbygger får sin rettssikkerhet svekket.¹⁴⁰

Ved en lovendring i 2017 ble ordlyden i fvl. § 34 andre ledd endret fra «legge vekt på» til «legge stor vekt på». I tillegg ble det innført en særskilt begrunnelsesplikt som innebærer at det skal fremgå av klagevedtaket hvordan hensynet til det kommunale selvstyret er

¹³⁸ G. Woxholth, *Forvaltningsloven med kommentarer*, 5. utgave (2011) s. 554-555.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 51 (1995-1996) s. 41.

¹⁴⁰ Innst. S. 182 (2015-2016) s. 7.

vurdert og vektlagt. Hensikten med endringene var å styrke det lokale selvstyret i norsk rett.¹⁴¹ I proposisjonen uttalte departementet følgende om lovendringen:

For å styrkje lokaldemokratiet og flytte makt og ansvar til kommunane føreslår departementet at statlege klageinstansar ikkje lenger i like stor grad skal kunne overprøve utøvinga av det frie skjønnet i kommunane.¹⁴²

I den mer detaljerte omtalen av lovendringen, uttales det videre:

Klageinstansen skal framleis prøve alle utsegner som er sette fram i klagen, også dei som vedkjem skjønnsutøvinga i kommunen, jf. fvl. § 34 andre ledd første og andre punktum. Regelen inneber difor inga rettsleg avgrensing i kompetansen til klageinstansen, men legg føringar for vektinga av omsynet til det kommunale sjølvstyret når klageinstansen prøver det frie skjønnet i kommunen.¹⁴³

Dette må forstås slik at endringen om at det skal legges «stor» vekt på det kommunale selvstyret, ikke innebærer noen begrensninger i statsforvalters prøvingsrett. Det er kun i vurderingen av om vedtaket skal endres eller oppheves, at hensynet til det lokale selvstyret skal trekkes inn og tillegges større vekt enn tidligere. Lovgiver har her signalisert tydelig at det skal være en høy terskel for at statsforvalter skal sette sitt faglige skjønn foran kommunens faglige eller lokalpolitiske skjønn.

Plikten til å legge stor vekt på hensynet til det lokale selvstyret er avgrenset til prøvingen av kommunenes «frie skjønn». Når det gjelder prøving av rettsanvendelsesskjønnet, er det lagt til grunn at forvaltningsloven ikke gir «klageinstansen rett eller plikt til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret når den prøver rettsanvendelsen.»¹⁴⁴ Statsforvalter skal med andre ord ikke legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av vedtakets faktiske og rettslige sider. Selv om det i teorien kan trekkes klare grenser mellom faktiske, juridiske og faglige/politiske vurderinger, kan det oppstå gråsoner i praksis. Dette handler imidlertid om usikkerhet knyttet til om skjønnet er styrt av juss eller er overlatt til forvaltningens egne vurderinger. I enkelte tilfeller vil Grl. § 49 andre ledd og bestemmelsene i kommunelovens kapittel 2 være relevante for tolkningen av annen lovgivning, se punkt 3.7 og 4.4 ovenfor. Hensynet til det kommunale selvstyret vil altså i så henseende gjennom disse lovbestemmelsene kunne komme inn som et tolkningsmoment i vurderingen av innholdet i en rettsregel, for eksempel om hva kommunens oppgaver eller plikter går ut på. Dette innebærer imidlertid ikke at klageinstansen kan *legge vekt på* hensynet til det kommunale selvstyret sett opp mot andre relevante hensyn.

Når det gjelder prøving av sakens *faktiske sider*, skal statsforvalter gjøre en selvstendig vurdering av hva som er korrekt faktum. Så lenge det er tale om objektive opplysninger og faktum ikke er omstridt, vil det være forsvarlig at statsforvalter legger opplysningene i sakens dokumenter til grunn for prøvingen. Gjelder derimot klagen anførsler om at kommunen har lagt til grunn feil opplysninger, skal statsforvalter foreta egne

¹⁴¹ Prop. 64 L (2016-2017) s. 17.

¹⁴² Prop. 64 L (2016-2017) s. 5.

¹⁴³ Prop. 64 L (2016-2017) s. 17.

¹⁴⁴ NOU 2019: 5 s. 396.

undersøkelser. Det følger av fvl. § 33 at også klageinstansen skal påse at «saken er så godt opplyst som mulig». I dette ligger også at statsforvalter kan gjennomføre egne undersøkelser, for eksempel ved å dra på befarings.

Når det gjelder *vurdering* av faktum, er det viktig å skille mellom faktiske opplysninger som skal lede til juridiske, faglige eller politiske vurderinger. Vurdering av faktum som et ledd i rettslig subsumsjon, skal statsforvalter prøve fullt ut. Når det gjelder vurdering av faktum som grunnlag for faglig eller politisk skjønn, vil bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd gjøre seg gjeldende. I dette ligger at statsforvalter skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, slik at det skal være en høy terskel for å endre vedtaket med den begrunnelse at faktum er vurdert annerledes.

Når det gjelder sakens *rettslige sider*, skal statsforvalter foreta en full prøving. Hva som er korrekt lovtolkning, om saksbehandlingskravene er fulgt og om vedtaket er tilstrekkelig begrunnet, er blant spørsmålene som hører inn under den rettslige kontrollen av et vedtak. Det må her understrekes at statsforvalter naturligvis skal vurdere saken i tråd med gjeldende rett, med utgangspunkt i relevante rettskilder.

Statsforvalter er også gitt myndighet til å oppheve eller omgjøre kommunens vedtak, dersom den mener vedtaket bygger på rettslige feil eller mangler. Dette reiser det mer prinsipielle spørsmålet om hvorfor klageordninger er lagt opp slik at staten skal ha «siste ord» i hva som er korrekt lovtolkning og rettsanvendelse. På den ene siden kan det argumenteres for at dette er et uttrykk for lovgivers vilje, ved at loven legger opp til et system om at staten er klageinstans for kommunale vedtak. Grunnlovens prinsipp i § 98 om likhet for loven, er også et argument som taler for at rettslige spørsmål ikke bør avgjøres av den enkelte kommune. På den andre siden kan det reises spørsmål om statsforvalter er mer egnet til å avgjøre hva som er korrekt rettsanvendelse, særlig i saker hvor subsumsjonen krever lokal kunnskap. Det er også en fare for at statsforvalter tolker og anvender loven ulikt på tvers av embetene. Lovgiver har forsøkt å løse disse utfordringene ved å gi kommunene mulighet til å reise søksmål om gyldigheten av statens vedtak, jf. tvisteloven § 1-4 a. Som vi skal komme tilbake til, er det imidlertid grunn til å stille spørsmål ved om dette er en hensiktsmessig arena for å løse konflikter om lovtolkning mellom stat og kommune, se kapittel 12 og 15 nedenfor.

Når det gjelder spørsmålet om det diskresjonære skjønn ligger utenfor det loven åpner for, for eksempel gjennom vilkårlighet eller usaklig forskjellsbehandling, er dette også gjenstand for full overprøving. Kommer statsforvalter til at vedtaket er ugyldig, kan vedtaket oppheves eller omgjøres.

Dette leder over til spørsmålet om hvilken betydning det kommunale selvstyret har når statsforvalter skal ta stilling til realiteten i klagesaken. Her står statsforvalter overfor tre alternativer:

1. Statsforvalter kan avslå klagen og la vedtaket bli stående.
2. Statsforvalter kan oppheve vedtaket og sende det tilbake til kommunen for ny behandling.
3. Statsforvalter kan omgjøre vedtaket ved selv å treffe realitetsvedtak i saken.

Forvaltningsloven § 34 fjerde ledd, som kun viser til andre og tredje alternativ, gir ingen føringer for statsforvalters valg. Det er dermed naturlig å tolke dette i lys av fvl. § 34 andre ledd tredje og fjerde punktum, slik at spørsmålet må vurderes i lys av hva som er gjenstand for overprøving.

I de tilfeller statsforvalter har et annet syn enn kommunene når det gjelder faglige eller lokalpolitiske vurderinger, vil alternativ 1 være den klare hovedregel for utfallet av klagesaken. Det må foreligge tunge argumenter for at statsforvalter skal sette sitt faglige skjønn foran hensynet til det kommunale selvstyret. Forvaltningsloven § 34 tredje ledd fjerde punktum krever at statsforvalter begrunner hvordan hensynet til det kommunale selvstyret er vektlagt. Dersom statsforvalter opphever eller omgjør et vedtak ut fra et fritt skjønn, må det stilles særlig strenge krav til begrunnelsen.

Dersom statsforvalter finner feil i lovtolkningen eller rettsanvendelsen, er det primært andre og tredje alternativ som er relevant. Statsforvalter kan likevel foreta en vurdering av fvl. § 41 og komme til at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold, og med den begrunnelse la vedtaket bli stående.

Grensen mellom når statsforvalter skal velge oppheving eller omgjøring er på sin side noe uklar. Som et utgangspunkt kan det sies at statsforvalter kun skal treffe realitetsvedtak i saker hvor de kommer til at de materielle vilkårene for kommunens myndighetsutøvelse ikke er oppfylt. I slike tilfeller vil det være unødvendig tungvint om kommunen skulle få saken til ny behandling, og at man risikerer en ny klagerunde dersom kommunen opprettholder sitt syn på at lovens materielle vilkår er oppfylt. De fleste vedtak vil imidlertid bestå av flere vurderinger, hvor enkelte beror på rettsanvendelse mens andre hører inn under det frie skjønnet. I så fall bør den klare hovedregel være at statsforvalter opphever vedtaket og sender det tilbake til kommunen for en ny vurdering. På denne måten kan kommunen foreta en selvstendig vurdering av hva utfallet av saken skal bli, samtidig som statsforvalters rettslige vurderinger kan legges til grunn. Dersom statsforvalter i slike saker skulle truffet realitetsvedtak i saken, ville dette innebære at kommunen ikke gis vurdering til å foreta de endelige vurderingene basert på fritt skjønn.

Det er viktig å bemerke uttalelsen i lovens forarbeider hvor det vises til at bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum er ment å være en rettslig standard, som kan tilpasses ulike behov for prøvingsintensitet innenfor forskjellige rettsområder.¹⁴⁵ Det dynamiske elementet muliggjør også at håndhevelsen kan tilpasses politiske signaler på nasjonalt nivå. Innen arealforvaltningen har for eksempel Regjeringens nylig vedtatte jordvernstrategi gitt klart uttrykk for en innstramning når det gjelder omdisponering av dyrket og dyrkbar jord.¹⁴⁶ Landbruks- og matdepartementet har også gjentatte ganger sendt brev til landets kommuner, hvor det oppfordres til en mer restriktiv jordvernpolitikk.¹⁴⁷ Slike signaler kan medføre at statsforvalterne fremover vil tillegge

¹⁴⁵ Ot.prp. nr. 51 (1995-1996) s. 41.

¹⁴⁶ Prop. 121 S (2022-2023) s. 182 flg.

¹⁴⁷ Senest brev 22. januar 2024 fra Landbruks- og matministeren, sak 20/638.

jordvernhensyn større vekt enn hensynet til kommunalt selvstyre ved overprøving av de frie skjønnet i klagesaker.

8.3 Klagebestemmelser i utvalgte sektorlover

8.3.1 Innledning

Forvaltningsloven er en generell lov som «gjelder den virksomhet som drives av forvaltningsorganer når ikke annet er bestemt i eller i medhold av lov», se fvl. § 1. Dette innebærer at det kan vedtas regler i særlovgivningen som vil gå foran bestemmelser i forvaltningsloven, for eksempel § 34. Det finnes flere sektorlover hvor statsforvalter er overordnet klageorgan for vedtak truffet av kommunene. Enkelte av disse lovene har særskilte regler for hvordan hensynet til det kommunale selvstyret skal vektlegges i klagebehandlingen. I dette punktet skal vi se nærmere på klagebestemmelser i et utvalg av slike bestemmelser, hvor vi undersøker og diskuterer vekten av det kommunale selvstyret i klagesaksbehandlingen.

8.3.2 Alkoholloven

Alkoholloven faller i utgangspunktet utenfor de særskilte sektorområdene denne utredningen tar for seg. Samtidig har denne loven en klagebestemmelse som er verdt å trekke frem. Etter alkoholloven § 1-16 kan kommunens enkeltvedtak, herunder vedtak om godkjenning av skjenkebevilling eller inndragning av skjenkebevilling, påklages til statsforvalter. Statsforvalters prøvingsrett er nærmere fastsatt i bestemmelsens andre ledd, som lyder:

Statsforvalteren kan prøve om vedtaket er innholdsmessig lovlig, er truffet av rette organ og om det er blitt til på lovlig måte.

Formuleringen viser at statsforvalters prøvingsrett er begrenset til lovmessigheten av kommunenes vedtak. Statsforvalter er med andre ord avskåret fra å prøve de faglige og politiske hensyn som begrunner vedtaket. Dersom det for eksempel klages på et avslag på søknad om skjenkebevilling, vil statsforvalters prøving være begrenset til å vurdere om vedtaket bygger på korrekt faktum, om saksbehandlingskravene er fulgt, om rette myndighet har truffet vedtaket, om vedtaket er tilstrekkelig begrunnet og om vedtaket innebærer vilkårlighet eller usaklig forskjellsbehandling. Statsforvalter kan derimot ikke overprøve kommunens skjønn med hensyn til om det er ønskelig å innvilge eller avslå søknaden.

Lovens forarbeider vitner om at det ligger grundige vurderinger bak valget om å avskjære statsforvalters prøvingsrett av kommunenes frie skjønn.¹⁴⁸ Det vises blant annet til at vedtak knyttet til skjenkebevilling er utpreget skjønnsmessige, slik at vedtakene er lite egnet for overprøving. Videre vises det til at skjenkebevillinger er tidsbegrensede, slik at en klagebehandling vil kunne skape utfordringer ved effektivering av vedtaket. Dermed er alkoholloven et eksempel på at lovgiver har valgt å innskrenke statsforvalters

¹⁴⁸ Ot.prp. nr. 7 (1996-1997) s. 76.

prøvsrett, hvor hensynet til det lokale selvstyre synes å være det bærende elementet i begrunnelsen.

8.3.3 Pasient- og brukerrettighetsloven

På helseområdet er det også gitt særregler for klagebehandling med hensyn til vektleggingen av det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 omhandler forvaltningslovens anvendelse, og sier at:

Forvaltningslovens regler om behandling av klager over enkeltvedtak gjelder så langt de passer, med de særlige bestemmelser som er gitt i dette kapitlet. Statsforvalteren skal ved prøving av kommunale vedtak om helsetjenester legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. For øvrige kommunale vedtak skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd tredje punktum. (våre understrekninger)

Bakgrunnen for utformingen av bestemmelsen fremgår av forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven, som erstattet og harmoniserte tidligere kommunehelsetjenestelov og sosialtjenesteloven. Forarbeidene viser at:

Dette innebærer at den del av dagens sosialtjeneste som er regulert i sosialtjenesteloven, blir en del av helse- og omsorgstjenesten. Formålet er å bidra til å sikre gjennomgående og koordinerte tilbud til pasienter og brukere. I forslaget videreføres pasienters og brukeres rettigheter etter dagens lovverk på dagens nivå, men samles og reguleres i pasientrettighetsloven hvor tittelen også foreslås endret til pasient- og brukerrettighetsloven. I all hovedsak videreføres derfor gjeldende bestemmelser.¹⁴⁹

Klageordning og forholdet til forvaltningsloven ble dermed regulert i pasientrettighetsloven (nå pasient- og brukerrettighetsloven) fra og med 2012. Siden man videreførte gjeldende rett for klagebehandling på de ulike områder,¹⁵⁰ ble det vedtatt en bestemmelse som skiller vektingen av det kommunale selvstyret etter typen av vedtak.

Kommunale vedtak om helsetjenester vil typisk være helsetjenester i hjemmet etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a eller tildeling av sykehjemsplass etter bokstav c. Her skal klageinstansen etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 «legge vekt på» hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. Dette var gjeldende rett for kommunale helsetjenester på dette tidspunktet, hvor hovedregelen for klagesaker var fvl. § 34 andre ledd tredje punktum.

Ved klagebehandling av «øvrige kommunale vedtak» skal det etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 legges «stor vekt på» hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av fritt skjønn. Slike saker vil for eksempel være vedtak om personlig assistanse etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a eller brukerstyrt personlig assistanse etter hol. § 3-8, og er et av områdene som ble harmonisert med gjeldende

¹⁴⁹ Prop. 91 L (2010–2011) s. 485.

¹⁵⁰ Prop. 91 L (2010–2011) s. 396.

rett etter sosialtjenesteloven. I denne loven var hovedregelen etter tidligere sosialtjenesteloven § 8-7 første ledd at «Når det gjelder prøvingen av det frie skjønn, kan fylkesmannen likevel bare endre vedtaket når skjønnet er åpenbart urimelig». Dette er også videreført i nåværende sosialtjenestelov § 48. Den opprinnelige begrunnelsen for begrensningen i klageinstansens kompetanse, var at departementet la;

vekt på at vedtak i slike saker kan få store økonomiske konsekvenser for den enkelte kommune. Etter departementets syn er en begrenset omgjøringsadgang mer i samsvar med prinsippene for det kommunale selvstyre og hensynet til kommunens frihet til å utforme hjelpetilbud. Det ville være uheldig om utformingen av sosialpolitikken i kommunene i praksis skulle flyttes fra kommunale organer til en statlig klageinstans. Samtidig er det viktig å sikre at rettssikkerheten ivaretas.¹⁵¹

Ved harmoniseringen av regelverkene i pasient- og brukerrettighetsloven, viste departementet til at

Fylkesmannens kompetanse i klagesaker [er] mer begrenset etter sosialtjenesteloven enn etter forvaltningsloven, og departementet legger opp til å videreføre gjeldende rett. For de kommunale vedtak som i dag reguleres av sosialtjenesteloven, skal det derfor legges «stor vekt» på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av «det frie skjønn». Dette innebærer at for disse tjenestene vil ikke lovforslaget innebære noen endring av betydning i forhold til gjeldende rett.¹⁵²

Videreføringen av gjeldende rett fra ulike områder, førte dermed til at man i pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 legger opp til ulik vektning av hensynet til det kommunale selvstyret alt ettersom det kommunale vedtaket gjelder helsetjenester eller andre temaer.

Det må her også bemerkes at det i § 7-7 opprinnelig var henvist til fvl. § 34 andre ledd tredje punktum i tilknytning til reguleringen av kommunale vedtak om helsetjenester. Denne henvisningen ble flyttet til siste punktum om «øvrige kommunale vedtak» i forbindelse med endringen av fvl. § 34 i 2018.¹⁵³ Man har altså per i dag ikke valgt å innføre at det skal legges stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved klagebehandling av vedtak om kommunale helsetjenester.

8.3.4 Opplæringslova

Den tidligere opplæringslova av 1998 § 15-1 regulerte forholdet til forvaltningsloven. Bestemmelsen slo fast i første ledd at forvaltningsloven skulle gjelde, med de særregler som fulgte av opplæringslova selv. Fra 2018 ble det i § 15-1 tredje ledd inntatt en særregel som slo fast at i saker om skolebytte, skulle klageinstansen «leggje vekt på» hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønnet. Man videreførte her den gjeldende terskelen på dette området, altså slik den hadde vært i fvl. § 34 tidligere, fremfor å legge til grunn den nye formuleringen om «stor vekt» i dagens fvl. § 34 andre ledd.

¹⁵¹ Ot.prp. nr. 29 (1990-1991) s. 125.

¹⁵² Prop. 91 L (2010-2011) s. 396.

¹⁵³ Prop. 64 L (2016-2017) s. 18.

Bakgrunnen for at man valgte en særregel for disse sakene, var at departementet mente at i enkelte sakstyper som gjaldt velferdstjenester til barn og unge, ikke burde påvirkes av forslaget om å redusere statens adgang til å overprøve kommunale skjønnsvurderinger. Departementet kom til at hensynet til hva som er best for barnet, tilsa at vektingen av det kommunale selvstyret ikke burde endres for saker om skolebytte.¹⁵⁴ Dermed ble det slik at saker om skolebytte skilte seg fra klager på andre vedtak etter opplæringslova, som fulgte endringen i fvl. § 34 andre ledd om at det kommunale selvstyret skal tillegges stor vekt ved prøving av det frie skjønn.

Særbestemmelsen om saker om skolebytte er imidlertid ikke videreført i den nye opplæringslova, som trådte i kraft 1. august 2024. Forarbeidene viser at departementet mente at det ville være en «uryddig ordning dersom det er ulike tersklar for prøving av ulike vedtak etter den nye lova».¹⁵⁵ Departementet presiserer imidlertid også at:

Den statlege klageinstansen må ikkje leggje avgjerande vekt på det kommunale sjølvstyret, og klageinstansen skal alltid overprøve avgjerder som ikkje er i samsvar med dei alminnelege forvaltningsrettslege prinsippa. Til dømes skal avgjerder ikkje vere openbert urimelege, og her vil det beste for barnet vere eit sentralt omsyn.

Departementet er samd i at det beste for barnet bør vege tungt i saker om skolebytte, men dette omsynet må uansett vere sentralt i vurderinga til klageinstansen av alle enkeltvedtak og vegast opp mot andre omsyn, som kommunalt sjølvstyre. Det følgjer av dagens reglar, og er også foreslått teke inn i opplæringslova, at det beste for eleven skal vere eit grunnleggjande omsyn ved alle handlingar og avgjerder som gjeld elevar.

Lovgiver har med dette gitt et tydelig signal om at det kommunale selvstyret skal veie tungt i klagesaker etter opplæringslova, også i saker som gjelder skolebytte. Samtidig gis det gis i forarbeidene klart uttrykk for at hensynet til barnets beste også skal være tungtveiende. Lovgiver har med andre ord lagt tyngre lodd på begge sider av vektskålen. Dette vitner om en lovgivervilje som er mer forvirrende enn avklarende, og som kan føre til usikkerhet med hensyn til hvilken styrke det kommunale selvstyret rent faktisk er ment å ha i klagesaker.

8.3.5 Plan- og bygningsloven

På plan- og bygningsrettens område er forholdet til forvaltningsloven regulert i pbl. § 1-9. Her er det klart slått fast i første ledd at: «Forvaltningsloven gjelder med de særlige bestemmelser som er gitt i denne loven.». De øvrige leddene i bestemmelsen regulerer til en viss grad klageadgang og dokumentinnsyn. For selve klagesaksbehandlingen, er det forvaltningslovens regler som gjelder. Plan- og bygningsloven har med andre ord ingen særskilte bestemmelser som avskjærer eller utvider statsforvalters prøvingsadgang av kommunenes frie skjønn, og forvaltningsloven § 34 andre ledd gjelder dermed fullt ut.

Dette innebærer at ved behandling av klage på vedtak etter plan- og bygningsloven, typisk arealplaner, dispensasjonsvedtak og byggetillatelse, skal klageinstansen legge

¹⁵⁴ Prop. 64 L (2016-2017) s. 13 og 18.

¹⁵⁵ Prop. 57 L (2022-2023) s. 496 flg.

stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, jf. fvl. § 34 andre ledd tredje punktum.

Vedtak truffet i medhold av plan- og bygningsloven berører en rekke aktører, og er slik sett en arena hvor konflikter ofte vil oppstå. Dette gjelder ikke minst vedtak om arealplaner, det vil si kommuneplanens arealdel og reguleringsplaner. Kommuneplanens arealdel er ansett som et forskriftslignende vedtak, og kan derfor som den klare hovedregel ikke påklages. Reguleringsplaner er derimot ansett for å være enkeltvedtak. Det følger dessuten uttrykkelig av pbl. § 12-12 tredje ledd at reguleringsplaner kan påklages. Dermed kan både sakens parter og andre med rettslig klageinteresse, slik dette er definert i fvl. § 28, påklage vedtak om reguleringsplaner. Her er det viktig å bemerke at kommunene er gitt full anledning til å stanse en planprosess før saken fremmes til endelig behandling. En slik beslutning er prosessledende, med den virkning at en privat forslagsstiller ikke har mulighet til å påklage beslutningen. Det kommunale selvstyret står slikt sett meget sterkt når det gjelder reguleringsplanprosesser.

Det er først når en reguleringsplan blir vedtatt at det er truffet et formelt vedtak som kan påklages. Selv om statsforvalter etter fvl. § 34 har mulighet til å prøve alle sider av saken, er det i praksis lagt til grunn at prøvingen er avgrenset til en lovlighetskontroll. Dette følger blant annet av KDDs veileder for reguleringsplaner.

Myndigheten til å avgjøre klager er overført til statsforvalteren. Dette fremgår av rundskriv T-2/09 om ikrafttreden av ny plandel i plan- og bygningsloven der det står at statsforvalterens oppgaver og myndighet videreføres. Statsforvalterens myndighet er derfor begrenset på samme måte som etter tidligere lov, jfr. T-8/86 og brev 16. januar 2004 fra departementet. Statsforvalteren kan ikke foreta realitetsendringer i planen som kommunen ikke er enig i. Statsforvalteren kan imidlertid i sin klagebehandling av reguleringsplaner fatte vedtak om oppheving av åpenbart ugyldige vedtak. Dersom statsforvalteren mener det bør gjøres endringer i realiteten og kommunen ikke er enig i endringene, må klagesaken oversendes til departementet for avgjørelse.¹⁵⁶ (vår understrekning)

Det er ikke lett å bli klok på denne uttalelsen. For det første synes den å blande sammen statsforvalters kontroll av rettsanvendelsen og prøving av det frie skjønnet. For det andre er det uklart om uttalelsen kun gjelder hvilken myndighet som er delegert til statsforvalter ved behandling av klagesaker, eller den også er ment å gjelde hva som kan prøves i en klagesak.

Selv om departementet har full instruksjonsrett over statsforvalter, herunder kan legge begrensninger for prøvingskompetansen, kan ikke et rundskriv innebære innskrenkninger i den myndighet som følger av loven. Uttalelsen i veilederen må derfor, etter vår vurdering, tolkes slik at *statsforvalter*, men ikke departementet, har begrenset adgang til å treffe vedtak om oppheving av reguleringsplaner. Det er kun i de tilfeller statsforvalter kommer til at planvedtaket er ugyldig at den er gitt myndighet til å oppheve planvedtaket. Uttalelsen om at dette kun gjelder «åpenbart ugyldige vedtak» kan heller

¹⁵⁶ Veileder til reguleringsplaner, KDD 2022 s. 81.

ikke tas på ordet, da dette skaper et feilaktig bilde av at det kan foreligge ulike grader av ugyldighet. Det er mer naturlig å forstå dette som et uttrykk for å omfatte de tilfeller hvor statsforvalter utvilsomt mener vedtaket er ugyldig.

Videre forstår vi uttalelsen i retningslinjen, og de tilhørende rundskrivene, slik at i de tilfeller statsforvalter mener det foreligger grunner til å oppheve planen, uten at det er tale om at planen utvilsomt er ugyldig, skal vedtaket oversendes til KDD for endelig avgjørelse. Til dette kan det også bemerkes at departementet kan endre og oppheve kommunale planer uten at det foreligger klage eller innsigelse, se blant annet pbl. § 12-13 tredje ledd.

Det ovenstående viser samtidig at det kommunale selvstyret har stor vekt når det gjelder vedtak om arealplaner. Som tidligere nevnt, er fvl. § 34 andre ledd tredje punktum ment å være en rettslig standard som kan tilpasses de særskilte hensyn som gjør seg gjeldende innenfor ulike rettsområder. Reguleringsplaner er vel et eksempel på vedtak hvor det kommunale selvstyret skal veie svært tungt ved prøving av det frie skjønnet.

En annen sakstype som ofte er gjenstand for klage, er vedtak om dispensasjon. I motsetning til vedtak av arealplan, er vedtak om dispensasjon styrt av materielle kompetansebegrensninger. Når statsforvalter opphever et dispensasjonsvedtak ut fra en vurdering av at lovens vilkår ikke er oppfylt, kan dette oppfattes som et inngrep i lokaldemokratiske beslutninger. Statsforvalters prøving av kommunale dispensasjonssaker er derfor illustrerende for å belyse betydningen av å skille mellom statsforvalters rettslige kontroll og overprøving av det frie skjønn.

Plan- og bygningsloven § 19-2 gir kommunene hjemmel til å treffe vedtak om dispensasjon fra planer eller lovbestemmelser. Første og andre ledd lyder:

Kommunen kan gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser fastsatt i eller i medhold av denne lov. Det kan settes vilkår for dispensasjonen.

Dispensasjon kan ikke gis dersom hensynene bak bestemmelsen det dispenseres fra, hensynene i lovens formålsbestemmelse eller nasjonale eller regionale interesser, blir vesentlig tilsidesatt. Fordelene ved å gi dispensasjon skal være klart større enn ulempene. Det kan ikke dispenseres fra saksbehandlingsregler.

Første ledd slår fast at kommunens myndighet til å innvilge en dispensasjonssøknad beror på et diskresjonært skjønn, jf. formuleringen «kan gi». Andre ledd fastsetter imidlertid to vilkår som begge må være oppfylt for at kommunene skal kunne utøve det diskresjonære skjønnet. Det fremgår uttrykkelig av lovens forarbeider at vurderingen etter andre ledd beror på rettsanvendelse:

Vurderingen av om lovens vilkår for å kunne dispensere vil være et rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av domstolene. Forvaltningslovens regel om å vektlegge det kommunale selvstyret kommer således i betraktning kun ved interesseavveiningen om dispensasjon skal gis når lovens formelle vilkår for å gi dispensasjon er oppfylt.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 242.

Her ser vi at lovgiver har tatt et bevisst valg om å begrense kommunenes myndighet til å treffe vedtak om dispensasjon. At det er tale om rettsanvendelse innebærer også at det er begrensninger for hvilke hensyn det er tillatt å vektlegge i vurderingene. I tillegg innebærer det et skjerpet krav til begrunnelsen, ved at det må fremgå av vedtaket hvorfor kommunen mener at de rettslige vilkårene er oppfylt.

At vurderingen etter andre ledd beror på rettsanvendelse, innebærer at statsforvalter skal prøve kommunenes subsumsjon fullt ut, uten å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret. Samtidig er vurderingene etter andre ledd av utpreget skjønnsmessig karakter (men like fullt et rettsanvendelsesskjønn), især vilkåret om at det må foreligge klar overvekt av fordeler. Dermed dannes også grunnlaget for ulik tolkning og håndhevelse mellom kommunene og statsforvalter. Mens kommunene, især lokalpolitikere, kan være motivert av å hjelpe innbyggere med praktiske løsninger i byggesaker, vil statsforvalter forholde seg til lovens krav. Dermed skapes grobunn for et misforhold mellom hvordan kommunene ønsker å praktisere loven og hvordan statsforvalter utøver sin myndighet som klageinstans. Det er selvsagt legitimt å reise spørsmål om statsforvalter burde ha det siste ordet i dispensasjonssaker. Men da bør man diskutere om loven bør endres, slik at kommunene gis større frihet til å avgjøre når det er grunnlag for å gi dispensasjon, og ikke som et spørsmål om statsforvalter etter dagens rettsregler griper inn i det lokale selvstyret fordi de tilsidesetter ugyldige vedtak.

8.4 Erfaringer fra praksis

8.4.1 Innledning

Det ovenstående viser at det klare utgangspunktet i forvaltningsretten er at statsforvalter kan prøve alle sider av et kommunalt vedtak i en klagesak. Når det gjelder faktiske forhold og rettslige krav, har statsforvalter verken rett eller plikt til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret.¹⁵⁸ Ved overprøving av det frie skjønnet er utgangspunktet at statsforvalter *skal* legge stor vekt på hensynet til det lokale selvstyret ved spørsmålet om vedtaket skal oppheves eller omgjøres, se fvl. § 34 andre ledd tredje punktum. Sektorlovgivningen har imidlertid enkelte særbestemmelser som avgrenser statsforvalters prøvingsrett enda mer. Selv om det er enkelte forskjeller mellom sektorene, er den klare hovedregelen at det skal være en høy terskel for å tilsidesette kommunenes skjønnsmessige vurderinger. Spørsmålet videre er hvordan dette oppfattes og håndheves av statsforvaltere i praksis.

8.4.2 Intervju av statsforvaltere

Prøving av rettsanvendelse og fritt skjønn i klagesaker

I våre samtaler med statsforvaltere ble det gitt klart uttrykk for at det i liten grad er problematisk å skille mellom den rettslige prøvingen og prøvingen av det frie skjønnet i klagesaker. Alle statsforvalterne ga uttrykk for at de fleste klagesaker gjelder lovligheten av kommunale vedtak, slik at det frie skjønnet i liten grad er gjenstand for prøving.

¹⁵⁸ NOU 2019: 5 s. 396.

Videre ble det i intervjuene uttalt at i de tilfeller hvor klagen gjelder kommunens frie skjønn, typisk i saker etter plan- og bygningsloven, er det svært sjelden at statsforvalter opphever eller omgjør kommunenes vedtak. Enkelte av respondentene kunne ikke huske at dette hadde skjedd, mens andre kunne vise til ett eller to slike tilfeller de siste årene. Denne oppfatningen gjorde seg også gjeldende på tvers av sektorområdene hvor statsforvalter opptre som klageinstans. Det er altså ingen forskjell her mellom helse og omsorg, og areal og miljø.

Statsforvalterne gir uttrykk for at hensynet til det lokale selvstyret tillegges svært stor vekt ved prøving av kommunenes frie skjønn. Statsforvalterne praktiserer nærmest fvl. § 34 slik som prinsippet i alkoholloven § 1-16; at klagebehandlingen er avgrenset til en rettslig kontroll av vedtakene. Samtidig er statsforvalterne tydelige på at situasjonen er en helt annen når det gjelder overprøvingen av kommunenes rettsanvendelse. Da legges det ikke vekt på det kommunale selvstyret.

Det fremgår videre av samtalen at statsforvalterne erfarer at det kan bli en del støy når kommunale vedtak oppheves på grunn av rettslige feil eller mangler. Samtlige statsforvaltere trekker frem dispensasjon etter plan- og bygningsloven som et eksempel på slike tilfeller. Det vises til at slike vedtak ofte treffes politisk i kommunene, også ofte i strid med administrasjonens innstilling. Da kan det oppleves som et inngrep i det kommunale selvstyret når statsforvalter opphever vedtaket. En av statsforvalterne viste til at de er kjent med at kommunene treffer svært mange dispensasjonsvedtak som lider av feil eller mangler, men at det kun er de sakene som påklages, som blir gjenstand for kontroll. På vårt oppfølgende spørsmål om hvorfor ikke statsforvalter selv bruker klageretten når de blir kjent med slike vedtak, er svaret at det ville bli oppfattet som svært inngripende i kommunenes arbeid.

Betydningen av lovendringer for å styrke det kommunale selvstyret

I intervjuene spurte vi statsforvalterne om de var kjent med endringene i Grl. § 49 andre ledd og kommuneloven §§ 2-1 og 2-2, og om dette hadde hatt betydning for håndteringen av klagesaker. Statsforvalterne var lite kjent med disse endringene, og ga dermed uttrykk for at de heller ikke har påvirket deres arbeid på dette området.

Vi spurte også om lovendringen i forvaltningsloven § 34 andre ledd, hvor kravet om «stor vekt» ble innført, har hatt betydning for klagesaksbehandlingen. Til dette svarte statsforvalterne at endringen ikke har medført nevneverdige forskjeller i praksis. De har alltid ansett sitt mandat som å drive med rettslig kontroll, med hovedvekt på om kommunale vedtak oppfyller lovens krav. De ga også uttrykk for at det er utfordrende å se hva som ligger i endringen fra å «legge vekt på» til å «legge stor vekt på», og hva forskjellen egentlig er. I tillegg har de også tidligere vært oppmerksomme på å begrunne vedtakene godt i de tilfellene hvor de faktisk vurderer det frie skjønnet.

8.4.3 En gjennomgang av et utvalg klagevedtak

De fire statsforvalterembetene som er intervjuet i prosjektet, har oversendt et utvalg klagevedtak fra de senere år, som gir et innblikk i statsforvalters vurdering av det kommunale selvstyret. Sakene gjelder samtlige sektorområder som behandles i denne

utredningen og enkelte andre områder. Vedtakene omfatter blant annet omsorgsstønad og brukerstyrt personlig assistanse etter helse- og omsorgstjenesteloven, introduksjonsprogram etter integreringsloven, permisjon fra opplæring etter opplæringsloven og vedtak truffet i medhold av plan- og bygningsloven, spesielt dispensasjonssaker, som utgjør en stor del av vedtaksmengden.

I klagevedtakene synes samtlige statsforvaltere å være tydelige på rekkevidden av statsforvalters prøvingskompetanse. I vedtakene finner vi forskjellige varianter av generelle innledninger, som beskriver skillet mellom overprøving av rettsanvendelsen og det frie skjønnet. Dette er ett eksempel på slike avsnitt i en sak som gjaldt klage på et vedtak om dispensasjon etter plan- og bygningsloven:

Statsforvalteren kan prøve alle sider av saken, men skal legge stor vekt på det kommunale selvstyret ved vår prøving av det frie skjønn, jf. fvl. § 34. I dispensasjonssaker innebærer dette at Statsforvalteren fullt ut kan prøve om lovens to vilkår er oppfylt, da dette gjelder rettsanvendelsen. Hvis vilkårene er oppfylt, skal vi likevel være tilbakeholdne med å prøve om dispensasjon bør innvilges, da dette hører til kommunens frie skjønn.

Dette skillet mellom kontroll av rettsanvendelsen og kommunenes frie skjønn, kommer stor sett tydelig frem i statsforvalters vurdering og behandling av klagen der det frie skjønnet kan være et tema. Statsforvalter gjør alltid en særskilt vurdering av hvorvidt vedtaket bygger på korrekt forståelse og anvendelse av loven, herunder om vedtaket er tilstrekkelig begrunnet.

I prøvingen av kommunenes frie skjønn utviser statsforvalter stor tilbakeholdenhet i opphevingen av vedtakene. I flere av vedtakene foretas det ingen prøving av kommunenes frie skjønn overhodet. Vi opplever at statsforvalter nærmest ikke går inn i kommunens vurderinger, utover å undersøke om vedtaket bygger på saklige hensyn.

Samlet sett er vårt inntrykk at statsforvalterne er svært forsiktige med å tilsidesette kommunens vedtak på grunnlag av en overprøving av det frie skjønnet.

8.5 Omgjøring uten etter klage

Utgangspunktet i norsk rett er at et forvaltningsvedtak gjelder etter sitt innhold både for den det retter seg mot og for forvaltningen selv. Mottaker av vedtaket skal kunne innrette seg etter vedtaket og stole på at det gjelder så lenge det ikke er påklaget. Klageadgang og klageinstansens prøving av vedtak er beskrevet i de foregående punktene.

I enkelte tilfeller vil det likevel kunne forekomme et behov for å endre et vedtak uten at det er påklaget av noen som har rettslig klageinteresse. Dette vil typisk kunne være fordi det i ettertid viser seg at vedtaket lider av feil eller mangler. Det kan være forvaltningen selv som oppdager dette, eller eventuelle interessenter i saken som ikke har klagerett som påpeker mulige feil ved vedtaket.

Forvaltningen kan i gitte tilfeller omgjøre et enkeltvedtak uavhengig av klage, se forvaltningsloven § 35. Bestemmelsens første ledd bokstav a-c angir kriteriene for når et

forvaltningsorgan, herunder kommunen, kan omgjøre et vedtak det selv har fattet. Dersom omgjøring er til skade for den vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser, kan dette kun skje dersom underretning om vedtaket ikke har skjedd eller vedtaket er ugyldig, jf. første ledd bokstav b og c.

Dersom vilkårene i første ledd er oppfylt, gir andre ledd både overordnet organ og klageinstans hjemmel til å omgjøre vedtak underinstansen har truffet, uten at vedtaket først er påklaget. Omfanget av omgjøringsadgangen er likevel begrenset. Mest relevant for denne utredningen når statsforvalter som klageinstans faktisk kan omgjøre et kommunalt vedtak. Utgangspunktet etter forvaltningsloven er her at statsforvalter som klageinstans, bare har mulighet til å *omgjøre* et vedtak som er fattet i kommunen etter delegert myndighet fra statlig organ, se fvl. § 28 annet ledd tredje punktum og § 35 fjerde ledd første punktum. Hvis en lov legger avgjørelsesmyndigheten direkte til kommunen, vil statsforvalteren ikke ha omgjøringskompetanse, og kan dermed ikke fatte noe nytt vedtak i den aktuelle saken. Statsforvalteren har imidlertid adgang til å *opphøve* et kommunalt vedtak dersom det er ugyldig, se fvl. § 35 fjerde ledd annet punktum. Dette innebærer at statsforvalter må finne rettslige feil av betydning for å kunne omgjøre kommunale vedtak utenom klagesak. Vedtaket må altså lide av slike feil at det faktisk er ugyldig. Dette knytter seg til selve lovligheten av vedtaket, og gjelder da om vedtaket er i samsvar med loven, er fattet av riktig myndighet og om saksbehandlingsreglene er fulgt.

Bestemmelsen gir ingen føringer for når statsforvalter kan ta opp en sak til vurdering, eller hva som skal være foranledningen til at saken ses på. Det kan reises spørsmål om det er i tråd med prinsippene om det kommunale selvstyret etter Grl. § 49 og kommuneloven at statsforvalter er gitt en viss myndighet til å endre kommunale vedtak uten at de er påklaget, og at statsforvalteren også her vil ha myndighet til å «bestemme» hva som er riktig lovforståelse i enkeltsaker. Det må her understrekes at statsforvalter skal utøve sin myndighet innenfor lovens rammer, og legge gjeldende rett til grunn for sin saksbehandling, og at statsforvaltningen heller ikke kan instruere kommunene. Videre har lovgiver ønsket å styrke kommunenes stilling også på dette området gjennom søksmålsadgangen i tvl. § 1-4 a bokstav b.

I praksis brukes omgjøringsadgangen etter fvl. § 35 sjelden. Det er uansett selve resultatet av en vurdering som vil kunne medføre endringer i saken, og det må her understrekes at omgjøringsadgangen for statsforvalter etter fvl. § 35 handler om en form for lovlighetskontroll av vedtaket, og er en slags sikkerhetsventil. En eventuell oppheving på grunn av at vedtaket faktisk er ulovlig vil ikke komme i konflikt med det lokale selvstyret, da det er tale om lovlighetskontroll. Kommunen må behandle saken på nytt og fatte nytt realitetsvedtak – denne myndigheten ligger ikke til statsforvalteren. I tillegg må hensynet til det kommunale selvstyret være et moment i vurderingen av om et vedtak skal tas opp til vurdering etter fvl. § 35.

Det må imidlertid sies at statsforvalters omgjøringsadgang etter fvl. § 35 som beskrevet her, nok har liten selvstendig betydning sett i lys av adgangen til lovlighetskontroll etter kommuneloven kapittel 27, som vi drøfter i kapittel 9 nedenfor. Sistnevnte

lovlighetskontroll kan blant annet gjøres av statsforvalters eget tiltak, dersom det foreligger «særlige grunner» som tilsier det.

8.6 Oppsummering

Det ovenstående viser at lovgivningen forutsetter at det kommunale selvstyret har en sterk stilling ved behandling av klager på kommunale enkeltvedtak. Intervjuene med de fire statsforvalterne og gjennomgangen av enkeltvedtak tyder på at statsforvalterne i svært liten grad overprøver kommunenes frie skjønn. Samtidig foretar statsforvalterne som hovedregel en full prøving av kommunenes rettsanvendelse. I de tilfeller statsforvalter kommer til at vedtaket bygger på feil rettsanvendelse, og dette har hatt betydning for vedtakets innhold, vil vedtaket oppheves eller omgjøres. Hvorvidt prøvingen fører til en endring av kommunens vedtak eller ikke, vil variere fra sak til sak, og trolig også fra embete til embete.¹⁵⁹

Det kan oppstå utfordringer i de tilfellene hvor kommunen og staten er uenige om lovforståelsen, dersom staten da avgjør saken på bakgrunn av en lovforståelse kommunen mener er uriktig. Dette kan nå anses avhjulpet til en viss grad fordi kommunene kan reise søksmål mot staten for å få prøvet gyldigheten av den statlige avgjørelsen, selv om det kan reises spørsmål om hensiktsmessigheten ved en slik ordning. Se nærmere om dette i kapittel 12 og 15 nedenfor.

Etter vår vurdering burde diskusjonen omkring statsforvalters prøving av kommunenes rettsanvendelse dreies over i et annet spor. Dersom man er kritisk til at statsforvalter skal ha «siste ord» med hensyn til hva som er korrekt rettsanvendelse, fordi mange klageprosesser ender hos statsforvalter og ikke tas videre til domstolene, bør det argumenteres for at den aktuelle lovbestemmelsen bør endres. Det er for eksempel ikke noe i veien for at dispensasjonsbestemmelsen i pbl. § 19-2 andre ledd endres, slik at vilkårene for dispensasjon går fra å bero på rettsanvendelse til å bli en del av det frie skjønn. Dersom Stortinget vedtar en slik endring, vil dette være en klar styrking av det lokale selvstyret i dispensasjonssaker, ved at statsforvalter da må legge stor vekt på hensynet til det lokale selvstyret ved behandling av en eventuell klage. Til akkurat dette tilfellet må det likevel bemerkes at Stortinget har fått anledning til å ta stilling til om dispensasjoner skal være styrt av rettslige vilkår eller ligge under det frie skjønnet. Her var Stortingets flertall tydelig på at dette ikke var ønskelig.¹⁶⁰ Dermed er det et bevisst lovgivervalg om at dispensasjonssaker skal styres av loven og ikke være overlatt til kommunenes frie skjønn. Det kan likevel finnes mange andre særlover og -regler hvor det kan argumenteres for endringer fra rettsanvendelsesskjønn til fritt skjønn.

¹⁵⁹ KS har opplyst at de i brev til Statsforvalteren i Møre og Romsdal datert 14. mars 2024, har vist til at i dette fylket endte 59 % av klagesakene med opphevelse eller endring i årene 2015-2022, mens landsgjennomsnittet var på 39 %.

¹⁶⁰ Innst. 181 L (2016-2017) s. 7.

9. Statlig lovlighetskontroll av kommunale vedtak

9.1 Innledning

Dette punktet omhandler statlig lovlighetskontroll med kommunale vedtak etter reglene i kommuneloven kapittel 27. Lovlighetskontroll innebærer i denne sammenheng at kommunale vedtak blir gjenstand for ettersyn. Vi ønsker å se nærmere på hjemmelsgrunnlaget for denne typen virksomhet, herunder å diskutere i hvilken grad hensynet til det kommunale selvstyret er et relevant vurderingstema når staten vurderer å gjennomføre lovlighetskontroll.

Bestemmelsen om lovlighetskontroll var ny i kommuneloven av 1992 § 59, og erstattet den tidligere ordningen med at fylkesmannen skulle ha en automatisk legalitetskontroll av alle kommunestyrevedtak. Innholdet i tidligere § 59 er i stor grad videreført i dagens kommunelov kapittel 27. Lovlighetskontroll er nå regulert i fire bestemmelser, § 27-1 til § 27-4. Det er gjort enkelte justeringer og presiseringer i den nye loven, for å tydeliggjøre blant annet hva som kan kontrolleres og når staten kan føre lovlighetskontroll av eget tiltak. Lovlighetskontroll etter kommuneloven kan gjelde alle forvaltningsområder. Det er ikke krav om ytterligere hjemmel for lovlighetskontroll i særlovgivningen, i motsetning til hva som er tilfellet for tilsyn etter kommuneloven kapittel 30. Tilsyn er omtalt i kapittel 10 nedenfor.

Formålet med lovlighetskontroll er å kunne få en vurdering av selve *lovligheten* av avgjørelsen som er fattet, særlig der det er tvil eller uenighet om hvorvidt avgjørelsen er i tråd med regelverket.

Hvilke avgjørelser som kan kontrolleres, følger av kommuneloven § 27-2 første ledd:

Følgende kan lovlighetskontrolleres:

- a. endelige vedtak som er truffet av et folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjonen
- b. vedtak om et møte skal holdes for åpne eller lukkede dører
- c. vedtak som gjelder spørsmål om inhabilitet.

Bokstav a omfatter endelige vedtak som er fattet i kommunen eller fylkeskommunen, mens bokstav b og c dreier seg om avgjørelser som er av prosessledende karakter.

Når det gjelder spørsmålet om hvilke deler av et vedtak som ikke kan være gjenstand for lovlighetskontroll, fastsettes utgangspunktet i selve begrepet «lovlighetskontroll». En lovlighetskontroll er avgrenset til en kontroll av de *rettslige* sidene av kommunens beslutninger. De vurderingene som hører inn under kommunenes faglige og lokalpolitiske skjønn, vil følgelig ikke være gjenstand for kontroll.

I tillegg fastslår bestemmelsens andre ledd bokstav a til d hvilke avgjørelser som *ikke* kan lovlighetskontrolleres:

- a. andre prosessledende avgjørelser enn de som er omtalt i første ledd bokstav b og c
- b. vedtak om ansettelse, oppsigelse eller avskjed

- c. spørsmål om et vedtak er i strid med bestemmelser gitt i eller i medhold av lov om offentlige anskaffelser.
- d. avgjørelse om kommunestyrevalget eller fylkestingsvalget er gyldig, jf. valgloven § 15-2 første ledd og § 15-3 første ledd.

Vi går ikke i detalj på denne delen av bestemmelsen i det følgende, men vil likevel knytte noen bemerkninger til bokstav a. Det fremgår her at alle prosessledende beslutninger, med unntak av spørsmål om møter skal holdes åpne og inhabilitet, er unndratt fra lovlighetskontroll. Ved første øyekast kan dette synes som en betydelig begrensning i statens kontrollmuligheter, ved at det kun er formelle realitetsvedtak som er gjenstand for kontroll. Bestemmelsen må imidlertid forstås slik at prosessledende avgjørelser ikke kan være gjenstand for kontroll *før* det er truffet et vedtak i saken. Dette vil stille seg annerledes *etter* at det er truffet et vedtak. Da må også prosessledende beslutninger kunne kontrolleres som del av saksbehandlingen. Prosessledende beslutninger som bygger på mangelfulle opplysninger eller feil forståelse eller håndhevelse av loven, vil kunne anses som en saksbehandlingsfeil av betydning for vedtakets gyldighet. Dette er særlig viktig å være oppmerksom på når kommunene treffer vedtak i saker med omfattende saksbehandling, hvor det endelige vedtaket bygger på en rekke prosessledende beslutninger tatt over tid.

Et illustrerende eksempel her er vedtak av arealplan, hvor kommunen må ta stilling til en rekke rettsspørsmål underveis i prosessen. Et tema som ofte er gjenstand for diskusjon i planprosesser, er om planen er underlagt krav om konsekvensutredning eller ikke. Denne beslutningen tas på et tidlig stadium i en planprosess. Likevel er det først ved endelig planvedtak at spørsmålet kan være gjenstand for en lovlighetskontroll, se kommuneloven § 27-2 andre ledd bokstav a. Det kan diskuteres om dette er hensiktsmessig ordning. I de tilfeller hvor staten kjenner et planvedtak som ugyldig grunnet manglende konsekvensutredning, vil resultatet være at hele prosessen må begynne på nytt. For både kommunen og den eventuelle private forslagsstiller, ville det vært en fordel om en slik rettslig avklaring kom på et tidligere stadium av saken. Vi lar denne diskusjonen ligge her.

Lovlighetskontroll etter kommuneloven har enkelte likhetstrekk med både klagebehandling og muligheten til omgjøring uten etter klage etter forvaltningsloven, ettersom det gjøres en etterfølgende vurdering av en avgjørelse. Det er imidlertid en klart mer snever ramme for lovlighetskontroll, både når det gjelder hvem som kan kreve slik kontroll, hva kontrollen omfatter og hva utfallet og oppfølging av saken vil gå ut på.

Lovlighetskontroll er ikke en administrativ klagebehandling av en sak, og vil ikke avgjøre det endelige utfallet av saken. Staten kan bare *oppheve* kommunens vedtak dersom man i lovlighetskontrollen kommer til at vedtaket er ugyldig, og ikke *omgjøre* det. Dette vil innebære at kommunen må behandle saken på nytt, og selve resultatet i saken er dermed ikke avgjort gjennom statens opphevingsvedtak.

9.2 Kort om krav om lovlighetskontroll fra medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget

Lovlighetskontroll kan for det første kreves av tre eller flere medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget, se kommuneloven § 27-1 første ledd. Det er kun disse representantene som har adgang til å kreve lovlighetskontroll. Kravet om lovlighetskontroll må fremsettes innen tre uker etter vedtaket ble truffet. Denne tidsfristen korresponderer med den alminnelige klagefristen i forvaltningsloven § 29, og skal av hensyn til sakens parter gi trygghet i at eventuelle påstander om rettslige feil eller mangler, avklares raskt etter vedtaket er truffet.

Kravet om lovlighetskontroll skal fremsettes for «det organet som traff vedtaket». Når loven viser til «organet», menes det kommunen eller fylkeskommunen som helhet, og ikke kun den enkelte etaten eller det politiske organet som fattet vedtaket. I praksis leveres kravet om lovlighetskontroll til kommunens administrasjon, som må sikre at riktig instans etter kommunens egen organisering, foretar en vurdering av lovligheten av avgjørelsen.¹⁶¹ Dersom avgjørelsen opprettholdes, skal saken sendes «departementet», se kommuneloven § 27-1 første ledd siste setning. Det vil ofte være statsforvalter som vurderer krav om lovlighetskontroll.¹⁶²

Det at kommunestyrerepresentanter kan kreve lovlighetskontroll, slik at saken blir vurdert av staten, kan vanskelig ses som et inngrep eller begrensning i det kommunale selvstyret. Det er representanter fra kommunestyret som ber om lovlighetskontrollen, og kommunen har også muligheten til selv å gjøre en fornyet vurdering av lovligheten av vedtaket. Vår erfaring er likevel at dette til tider oppleves som en omkamp – en form for indre kamp mot det kommunale selvstyret – hvor de som fremmer krav om lovlighetskontroll blir beskyldt for å motarbeide demokratisk forankrede vedtak. I enkelte saker er dette nok også realiteten, slik at det fremmes krav om lovlighetskontroll på grunn av uenighet om det *politiske* i beslutningen. Til dette kan det bemerkes at et krav om lovlighetskontroll kun gjelder de rettslige sidene av vedtakene som er truffet. Som nevnt innledningsvis kan ikke de delene av et vedtak som beror på kommunenes faglige og lokalpolitiske prioriteringer være gjenstand for en lovlighetskontroll. Lovlighetskontroll kan dermed ikke benyttes som en omkamp. Dette finner også støtte i kommunelovens forarbeider, hvor det uttales:

Utvalget legger stor vekt på at denne typen lovlighetskontroll av vedtaket er vern for mindretallet i kommunestyret. Mulighetene til å kunne reagere om de mener flertallet opererer i strid med gjeldende regler kan skape ro rundt kontroversielle saker. Adgangen for folkevalgte til å kunne kreve lovlighetskontroll kan også bidra til å sikre rettsriktige vedtak. Utvalget mener at det ikke er en reell innvending at mindretallet kan bruke krav om lovlighetskontroll som middel for politisk omkamp der hvor de reelt sett er mot vedtakets innhold eller resultat, og hvor det ikke er vedtakets lovlighet som er den

¹⁶¹ Overå og Bernt, *Kommuneloven 2018 med kommentarer* (2019), s. 497.

¹⁶² FOR-2019-08-30-1096 kapittel IX.

egentlige klagegrunnen. Det vil uansett kun være vedtakets lovlighet fylkesmannen rent faktisk kan ta stilling til.¹⁶³

9.3 Statens adgang til lovlighetskontroll av eget tiltak

Et tema som reiser særlige spørsmål med hensyn til det kommunale selvstyret, er lovlighetskontroll av kommunale vedtak på statens eget initiativ. Etter kommuneloven § 27-1 andre ledd kan staten, uten foregående lovlighetsklage fra kommunestyrerepresentanter, kontrollere lovligheten av kommunale avgjørelser.

9.3.1 «Særlige grunner»

En forutsetning for at staten skal foreta lovlighetskontroll av eget tiltak, er at «særlige grunner» tilsier at det bør foretas slik kontroll. Begrepet «særlige grunner» ble tatt inn i forbindelse med vedtakelse av ny kommunelov. Kommunelovutvalget foreslo at begrepet burde tas inn for å understreke at denne formen for lovlighetskontroll kun skal foretas unntaksvis.¹⁶⁴ Hva som er å anse som «særlige grunner» er ikke definert i loven, men er omtalt slik i Prop. 46 L (2017-2018):

Bestemmelsen er ment som en sikkerhetsventil, og om det hefter en usikkerhet om vedtakets gyldighet bør i stor grad være avgjørende for om departementet skal ta saken opp til behandling. I tillegg vil andre momenter som blant annet vedtakets karakter, sakens viktighet, hvem som eventuelt ber om lovlighetskontroll og tidsaspektet være med på å avgjøre om departementet skal iverksette lovlighetskontroll av eget tiltak. Det kan for eksempel være aktuelt å ta opp et vedtak til lovlighetskontroll i tilfeller hvor saken har skapt mye spenning internt i kommunen eller fylkeskommunen, og hvor lovlighetskontroll kan bidra til å skape ro i saken. Lovlighetskontroll kan da avklare den eventuelle uklarheten om vedtaket er lovlig eller ikke.¹⁶⁵

Som det fremgår av uttalelsen, vil det være opp til departementet, eller i praksis som hovedregel statsforvalter, å vurdere om det skal foretas lovlighetskontroll av eget tiltak, og dermed å avgjøre hvor høy terskelen skal være for å ta opp et vedtak til slik kontroll.¹⁶⁶ Vurderingen av om det foreligger «særlige grunner» vil dermed høre inn under statens frie skjønn. Samtidig indikerer begrepet «særlige grunner» at slik kontroll kun skal skje unntaksvis.

Det kan stilles spørsmål om det faktum at begrepet «særlige grunner» ble tatt inn i § 27-1 i ny kommunelov, innebar en innstramming av statens adgang til å foreta lovlighetskontroll av eget tiltak. Av forarbeidene fremgår det at flere kommuner i høringsrunden ga uttrykk for at det å ta inn «særlige grunner» i lovteksten var en heving av terskelen for når staten kan ta opp et vedtak til lovlighetskontroll av eget tiltak.¹⁶⁷

Ettersom ordlyden i tidligere kommunelov § 59 ikke inneholdt en slik presisering, er det etter vårt syn liten tvil om at endringen *rent formelt* innebærer en innstramming av

¹⁶³ Prop. 46 L (2017-2018) s. 328.

¹⁶⁴ NOU 2016: 4 s. 374.

¹⁶⁵ Prop. 46 L 2017-2018 s. 414.

¹⁶⁶ Overå og Bernt, *Kommuneloven 2018 med kommentarer* (2019), s. 497.

¹⁶⁷ Prop. 46 L 2017-2018 s. 332.

adgangen til lovlighetskontroll av eget tiltak. Det kommer likevel frem av forarbeidene at endringen egentlig ikke er å anse som en innstramming i praksis. Kommune lovutvalget «antar at denne presiseringen er i samsvar med hvordan ordningen med lovlighetskontroll i dag gjennomgående praktiseres.»¹⁶⁸ Videre presiserer også departementet i Prop. 46 L 2017-2018 at:

Departementet foreslår å ta inn krav om «særlig[e] grunner» i lovteksten som en form for kodifisering og tydeliggjøring av gjeldende rett. Terskelen for fylkesmannens vurderinger blir således som før. Endringen i ordlyden er likevel hensiktsmessig for å synliggjøre at det generelt er en høy terskel for å iverksette lovlighetskontroll av eget tiltak.¹⁶⁹

Departementets veileder om lovlighetskontroll gjelder kontroll etter tidligere kommunelov § 59, og omtaler derfor ikke selve begrepet «særlige grunner», men tar likevel for seg relevante momenter i vurderingen av om en sak skal tas opp til kontroll. I veilederen skrives det:

Det klare utgangspunktet er at det skal hefte usikkerhet ved avgjørelsens lovlighet før lovlighetskontroll foretas. Fylkesmannen vil normalt måtte foreta nærmere undersøkelser for å få brakt dette på det rene. I de tilfellene avgjørelsen åpenbart lider av en alvorlig feil, bør saken tas opp til faktisk lovlighetskontroll. Det kan også være grunn til å kontrollere avgjørelser der det ikke er åpenbare indikasjoner på ugyldighet, men som umiddelbart synes betenkelige.¹⁷⁰

Departementet skriver videre at hensynet til rettssikkerhet og hensynet til tillit til forvaltningen er relevante momenter i vurderingen av om en sak skal tas opp til lovlighetskontroll. Det påpekes ellers at dersom kommunen selv vurderer å se nærmere på saken, for eksempel i kontrollutvalget, kan det være hensiktsmessig at statsforvalter avventer kommunens egen avgjørelse før en eventuell lovlighetskontroll. Hensynet til det kommunale selvstyret omtales ikke spesifikt som et moment i vurderingen av om en sak skal tas opp til kontroll, men er nevnt i forbindelse med både omfanget av selve kontrollen og når det gjelder utøvelsen av det frie skjønnet.

Liknende vurderinger og retningslinjer av aktuelle momenter er også gitt i Rundskriv H-25/92 i punkt 4 «Særskilt om lovlighetskontroll og forvaltningsklage».¹⁷¹ Til dette punktet kan det bemerkes at Bernt har kommentert at:

Alt dette er imidlertid bare veiledende synspunkter, som verken fylkesmennene eller departementet selv er rettslig bundet av. Denne nyanserte tilnærmingen avspeiler en frykt for at statlig lovlighetskontroll av eget tiltak kan oppleves som et uheldig inngrep i det kommunale selvstyret.¹⁷²

Selv om det skal foreligge «særlige grunner» for at det skal være grunnlag for lovlighetskontroll av eget tiltak, er det altså likevel slik at det er opp til statens skjønn å

¹⁶⁸ NOU 2016: 4 s. 374.

¹⁶⁹ Prop. 46 L 2017-2018 s. 332.

¹⁷⁰ Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Veileder - Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59, s. 30.

¹⁷¹ [Rundskriv H-25/92 - regjeringen.no](https://www.regjeringen.no)

¹⁷² Overå og Bernt, *Kommuneloven 2018 med kommentarer* (2019), s. 498.

avgjøre om det foreligger særlige grunner og om det faktisk skal foretas lovlighetskontroll.

9.3.2 Hensynet til det kommunale selvstyret ved vurdering av om en sak skal tas opp til kontroll

Det er staten selv som avgjør om det foreligger særlige grunner og om en sak skal tas opp til lovlighetskontroll av eget tiltak. Det kan stilles spørsmål om hensynet til det kommunale selvstyret er et moment i denne vurderingen. Loven oppstiller en høy terskel for å ta opp en sak til lovlighetskontroll av eget tiltak, jf. «særlige grunner». Slik sett kan man si at hensynet til det kommunale selvstyret er bakt inn i selve bestemmelsen. Ettersom avgjørelsen om det foreligger «særlige grunner» beror på et diskresjonært skjønn, må etter vår oppfatning hensynet til det kommunale selvstyret utvilsomt gjøre seg gjeldende når staten skal ta stilling til om en sak skal tas opp til lovlighetskontroll etter § 27-1 andre ledd. Dette gjelder særlig sett i lys av lovgivers ønske om å styrke det kommunale selvstyret, og de formuleringer som er brukt i kommuneloven §§ 2-1 og 2-2. Hensynet til det kommunale selvstyret må være et moment i vurderingen, og må også kunne føre til at en sak *ikke* tas opp til kontroll.

Spørsmålet blir likevel om hensynet til det kommunale selvstyret og de presiseringene som er gjort i ny kommunelov, tilsier at statsforvalterne bør utvise forsiktighet med å foreta kontroll også der man kommer til at det foreligger andre særlige grunner som klart tilsier lovlighetskontroll. Etter vårt syn må det være slik at dersom statsforvalter vurderer at forholdene ellers i saken tilsier at det bør foretas lovlighetskontroll, vil hensynet til det kommunale selvstyret kun være ett av flere momenter som skal vurderes. Når staten først har vurdert omstendighetene rundt saken, for eksempel etter en henvendelse fra innbyggere, media, e.l., og ser at det hefter tvil ved om avgjørelsen er lovlig, må staten være seg sitt ansvar bevisst, og faktisk ta saken opp til helhetlig vurdering etter § 27-1. Bernt synes også å legge dette til grunn når han skriver:

Summen av dette blir at selv om det ikke vil være grunnlag for noen rettslig overprøving av beslutningen om å ta eller ikke ta opp et vedtak til lovlighetskontroll, vil det kunne være en alvorlig tjenestefeil hvis fylkesmannen eller departementet unnlater å undersøke vedtak der det er klare indikasjoner på at det kan være vesentlig feil ved vedtaket eller grunnlaget for dette.¹⁷³

Her må det også kunne ses hen til motivene til vedtakelsen av Grunnloven § 49 andre ledd, hvor det ble bemerket at grunnlovsbestemmelsen ikke skulle føre til at statens kompetanse som klage- og tilsynsmyndighet skulle begrenses av hensyn til det kommunale selvstyret, i tilfeller hvor det er fare for svekkelse av rettssikkerheten for den enkelte innbygger.¹⁷⁴ Det samme må kunne legges til grunn ved lovlighetskontroll. Kommunene er selvstendige rettssubjekter med egen avgjørelsesmyndighet, men de er også bundet av lovgivning og skal følge denne. Avgjørelser som fattes av kommunene, skal være i tråd med lovgivningen. Der det er tvil om avgjørelsens lovlighet, men det for eksempel ikke er adgang til å klage på vedtaket, eksempelvis et kommuneplanvedtak,

¹⁷³ Overå og Bernt, *Kommuneloven 2018 med kommentarer* (2019), s. 499.

¹⁷⁴ Innst. S. 182 (2015-2016) s. 7.

og det heller ikke reises krav om lovlighetskontroll etter første ledd, vil statens adgang til lovlighetskontroll være en viktig sikkerhetsventil, som det må forventes at staten følger opp.

9.4 Hva en lovlighetskontroll kan omfatte

En lovlighetskontroll er en kontroll av selve lovligheten av vedtaket. Det følger av § 27-3 at slik kontroll omfatter om vedtaket:

- a. har et lovlig innhold
- b. er truffet av noen som har myndighet til å treffe et slikt vedtak
- c. har blitt til på lovlig måte

Dette er en videreføring av tidligere kommunelov § 59 fjerde ledd bokstav a-c.

Det følger av 27-3 andre ledd at når kravet om lovlighetskontroll er reist av tre eller flere kommunestyremedlemmer, *kan* prøvingen begrenses til de forholdene som er anført. Det er opp til staten om kontrollen skal avgrenses slik, eller om den skal omfatte alle sider etter første ledd. Når staten tar opp en sak til lovlighetskontroll av eget tiltak, avgjør staten selv omfanget av kontrollen, se § 27-3 andre ledd andre punktum. I alle tilfelle må det legges til grunn at en lovlighetskontroll ikke bør være mer omfattende enn det som er nødvendig for å avdekke eventuelle feil, både av hensyn til det kommunale selvstyret og formålet med lovlighetskontroll i seg selv, altså å vurdere lovligheten av en avgjørelse.¹⁷⁵

Ved vurdering av personell kompetanse etter § 27-3 første ledd bokstav b og prosessuell kompetanse etter bokstav c, vil dette i liten grad berøre det kommunale selvstyret. For den personelle kompetansen vil det i hovedsak være vurdering av om kommunen er gitt myndighet til å fatte det aktuelle vedtaket, og om vedtaket er fattet av det organet i kommunen som er delegert myndighet til dette. Prosessuell kompetanse handler i det vesentlige om de aktuelle saksbehandlingsreglene mv. er fulgt.

Når det gjelder om vedtaket er *innholdsmessig* lovlig, jf. bokstav a, er hensynet til det kommunale selvstyret relevant i den forstand at kommunens *frie skjønn* ikke kan overprøves.¹⁷⁶ Der kommunen etter særlovgivningen er gitt en valgfrihet med hensyn til hva en avgjørelse skal gå ut på, selv om eventuelle vilkår for et gitt resultat er oppfylt, er utgangspunktet at dette ikke kan overprøves i en lovlighetskontroll.

Kommunens rettsanvendelse og *rettsanvendelsesskjønn* vil imidlertid kunne prøves. Statsforvalteren kan prøve om kommunen har tolket lovgivningen riktig, herunder ulike skjønnsmessige vurderinger av begreper som er benyttet i lovteksten. I en utredning utført av Proba samfunnsanalyse på vegne av KS er det vist til at:

¹⁷⁵ Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Veileder Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59, s. 28.

¹⁷⁶ Prop. 46 L (2017-2018) s. 327.

Kommunen og statsforvalteren kan ha ulikt syn på om et vedtak er lovlig, og da kan også lovlighetskontroll innebære en inngripen i det kommunale selvstyre selv om det kun utføres en lovlighetskontroll.¹⁷⁷

Til dette kan det innvendes at det er naturlig at staten i forbindelse med en lovlighetskontroll må tolke loven i enkelte tilfeller, særlig der lovbestemmelsen ikke uten videre er klar. En vurdering av hva lovbestemmelsen faktisk betyr og hvilken virkning den har, handler om lovtolkning og klarlegging av gjeldende rett. Statsforvaltningen er naturligvis også bundet av lovgivningens rammer, og står ikke fritt til å avgjøre hva en lovbestemmelse innebærer. At kommunen og staten vurderer nasjonalt lovgrunnlag ulikt, handler i utgangspunktet om ulikt syn på regelverket, og ikke uten videre om et inngrep i det kommunale selvstyret eller begrensning av kommunens handlefrihet. Så lenge lovgivningen har lagt opp til et system der statsforvalter er gitt myndighet til å foreta lovlighetskontroll av kommunale avgjørelser, vil det at for eksempel statsforvalter følger dette systemet og ivaretar det ansvaret de selv er gitt, i seg selv ikke innebære et «nytt» inngrep i selvstyret i en enkeltsak. Det at lovligheten av et vedtak blir tatt opp til lovlighetskontroll, vil ikke uten videre innebære noen konsekvenser verken for kommunen eller de som er berørt av vedtaket. Det er først dersom vedtaket lider av slike feil at det vurderes som *ugyldig*, at staten kan fatte vedtak om oppheving, jf. kommuneloven § 27-3 fjerde ledd.

Utfordringen ligger heller i det at staten faktisk er gitt en kontrollmulighet, og i mange tilfeller i praksis vil «avgjøre» hva som er riktig lovtolkning i den enkelte saken, fordi saken ender med statens vedtak. På samme måte som ved prøving av rettsanvendelsesskjønn i klagebehandling, kan det stilles spørsmål ved om statsforvaltningen er bedre egnet enn kommunene til å ta stilling til hva som er korrekt lovtolkning og rettsanvendelse.

Et særtrekk ved lovlighetskontroll, er at staten ikke fatter et endelig vedtak som avgjør saken. Vedtaket som kontrolleres kan bare *oppheves*, staten kan som del av en lovlighetskontroll ikke omgjøre vedtaket og fatte nytt realitetsvedtak i saken. Kommunen må behandle saken på nytt, men står i utgangspunktet fritt til å treffe vedtak med samme innhold. Staten har ikke instruksjonsmyndighet ovenfor kommunene, og kommunen er dermed ikke bundet av de vurderingene staten har gjort i sin lovlighetskontroll. Det må nok likevel være en forventning at kommunen følger opp den lovtolkningen staten legger til grunn i sine vurderinger.¹⁷⁸ Dette er naturligvis utfordrende der kommunen ikke er enig i statens lovtolkning.

Det faktum at lovgiver har vedtatt et slikt system, hvor overprøvingen foretas av statlige organer fremfor for eksempel en uavhengig domstol, kan selvfølgelig vurderes å ikke samsvare med tanken om et sterkt lokalt selvstyre, særlig sett i lys av vedtakelsen av Grl. § 49 andre ledd. Kommunen er nå gitt adgang til å reise søksmål om gyldigheten av et statlig vedtak om oppheving etter lovlighetskontroll, se tvl. § 1-4 a første ledd bokstav

¹⁷⁷ Proba samfunnsanalyse, Rapport 2022 18 *Utredning av nye ordninger for klagebehandling og lovlighetskontroll*, s. 23.

¹⁷⁸ Prop. 46 L 2017-2018 s. 327.

c. Kommunen kan etter bestemmelsen ikke reise søksmål om selve den prosessledende beslutningen om å ta opp en sak til lovlighetskontroll. Dersom kontrollen ender med at staten opphever kommunens vedtak på grunn av ugyldighet, vil kommunen imidlertid ha muligheten til å få prøvet gyldigheten av statens opphevingsvedtak. Søksmålsadgangen er nærmere beskrevet i kapittel 12 nedenfor.

9.5 Erfaringer fra praksis

9.5.1 Innledning

De foregående punktene viser hva lovlighetskontroll kan omfatte og gå ut på; det handler om vurdering av *lovligheten* av en avgjørelse, og ikke en overprøving av kommunenes lokalpolitiske prioriteringer. Slik sett skal hensynet til det kommunale selvstyret ikke berøres eller være en aktuell problematikk i konkrete enkeltsaker på dette området. Det at det er lovfestet at det skal foreligge «særlige grunner» for at staten av eget tiltak skal foreta lovlighetskontroll av et kommunalt vedtak, og forutsatt i praksis at denne adgangen kun skal brukes unntaksvis, forsterker dette inntrykket. I tillegg må hensynet til det kommunale selvstyret være et moment i vurderingen av om en sak skal tas opp til lovlighetskontroll. I det følgende ser vi på hvordan de fire statsforvalterne vi har intervjuet, forholder seg til denne sakstypen og det kommunale selvstyret i denne forbindelse, og om lovendringer for å styrke det kommunale selvstyret har påvirket måten statsforvalterne jobber på.

9.5.2 Intervjuer med statsforvalterne

I intervjuene med statsforvalterne, stilte vi spørsmål om endringene i Grunnloven og kommuneloven, herunder at begrepet «særlige grunner» ble tatt inn i kommuneloven § 27-1, har hatt noen betydning for arbeidet med lovlighetskontroller. Etter det statsforvalterne sier, har disse endringene ikke påvirket statsforvalternes vurdering av om saker skal tas opp til lovlighetskontroll. Dette er etter vårt syn heller ingen overraskelse, ettersom prinsippene for lovlighetskontroll er de samme som tidligere. Statsforvalterne var som tidligere nevnt ikke nevneverdig kjent med endringene i Grunnloven § 49 andre ledd og kommunelovens kapittel 2.

I samtalene med statsforvalterne ga de uttrykk for at de ikke har et stort omfang av lovlighetskontroller etter kommuneloven kapittel 27. Det forekommer naturligvis at det kommer anmodning om lovlighetskontroll fra kommunestyrerepresentanter, som de da må følge opp. Det kommer også henvendelser fra publikum om lovlighetskontroller, som i så fall må følges opp som kontroll etter statens eget tiltak. Dette sier embetene at de er tilbakeholdne med å gjøre, med mindre saken er ansettes som spesielt viktig.

Når det gjelder lovlighetskontroll av eget tiltak basert utelukkende på statsforvalters egne observasjoner, sier statsforvalterne at dette forekommer svært sjelden. Ett embete ga uttrykk for at de ikke har hatt noen lovlighetskontroller av eget tiltak i «nyere tid». Et annet embete sier at de egentlig er kjent med at de burde føre lovlighetskontroll på områder hvor det ser ut til å være en «systemsvikt» i enkelte kommuner, i første rekke innen dispensasjonsvedtak etter plan- og bygningsloven. De ønsker imidlertid ikke å gå

inn og overprøve kommunene på en slik systematisk måte. I tillegg påpekes det at lovlighetskontroll i større omfang også krever store ressurser fra statsforvalternes side, og de har derfor har begrensede mulighet til dette. Som det fremgår av punkt 8.4.2 ovenfor, benytter statsforvalterne heller ikke sin egen klagemulighet på dispensasjonsvedtak av denne typen, fordi det ville oppfattes som et inngrep i kommunal virksomhet.

Siden lovlighetskontroll stort sett gjøres på bakgrunn av anmodning fra kommunestyrerepresentanter, eller av eget tiltak i relativt alvorlige tilfeller, er det noe tilfeldig hvilke sektorområder som blir vurdert. Det er dermed ikke noen åpenbar forskjell mellom helse og omsorg, og areal og miljø på dette området.

Det kom klart frem i samtalene at statsforvalterne er godt kjent med at lovlighetskontroll handler nettopp om kontroll av lovligheten, og at de ikke skal vurdere kommunens frie skjønn i disse sakene. De synes også å være tilbakeholdne med å overprøve kommunene og oppheve vedtakene dersom det ikke er utvilsomt at den kommunale avgjørelsen er ulovlig og ugyldig.

9.5.3 Gjennomgang av et utvalg vedtak

Ettersom statsforvalterne faktisk ikke gjennomfører så mange lovlighetskontroller etter kommuneloven kapittel 27, foreligger foreløpig ikke et stort omfang av skriftlig materiale på dette området. Vi har imidlertid fått oversendt noen få vedtak fra de embetene vi har intervjuet. Sakene gjelder både lovlighetskontroller etter anmodning fra tre eller flere kommunestyrerepresentanter, og der anmodningen kommer fra andre, for eksempel privatpersoner, eller statsforvalter har vurdert kontroll av eget tiltak. Sakene gjelder ulike forvaltningsområder, herunder nedleggelse av barnehage og skole, vedtak om mottak av flyktninger, varslingsaker og kommunale gebyrer.

I de lovlighetskontrollene som er utført etter anmodning etter § 27-1 første ledd, redegjør statsforvalterne i vedtakene hva lovlighetskontroll går ut på, og presiserer at de ikke kan prøve kommunens frie skjønn, med mindre det foreligger myndighetsmisbruk e.l. De løfter også frem anførsler i lovlighetsklagene som de *ikke* kommer til å ta stilling til, nettopp fordi disse ikke handler om lovligheten av avgjørelsen. Der statsforvalterne kommer til at det er skjedd rettslige feil, drøftes det hvilken betydning feilene har fått i lys av prinsippene om gyldighet etter fvl. § 41. Deretter vurderes det om en eventuell ugyldighet faktisk skal føre til opphevelse av den konkrete avgjørelsen.

I de sakene som gjelder lovlighetskontroll av eget tiltak, enten etter anmodning fra andre enn kommunestyrerepresentanter eller en selvstendig vurdering fra statsforvalter, drøfter statsforvalterne om det foreligger «særlige grunner». Det at vurderingene av om saken skal tas opp til lovlighetskontroll nå er knyttet til et konkret kriterium, er naturligvis nytt i seg selv. Innholdet i drøftelsene vil imidlertid ikke skille seg nevneverdig fra tidligere saker, ettersom lovfestingen av «særlige grunner» var en presisering av gjeldende rett, og ikke et nytt element i lovlighetskontroll.

Vi ser imidlertid at enkelte drøftelser av hvorvidt saken skal tas opp eller ikke, er svært korte, og avgjørelsene kunne med fordel vist tydeligere at «vilkåret» for å ta opp saken til

lovlighetskontroll faktisk er oppfylt. I ett tilfelle kommer statsforvalter til at det ikke foreligger «særlige grunner», og saken tas dermed ikke opp til videre vurdering. For øvrig drøftes sakene videre i samme format som sakene som tas opp etter § 27-1 første ledd, og det er lovligheten, og ikke kommunens frie skjønn som vurderes.

9.6 Oppsummering

Det ovenstående viser at hensynet til det kommunale selvstyret står sterkt både i lovgivningen og i praktiseringen av statlig lovlighetskontroll med kommunale vedtak. Lovlighetskontroll handler om kontroll av nettopp *lovligheten*, altså de rettslige sidene, av en avgjørelse, og ikke av kommunens skjønsmessige vurderinger. På dette området vil det kommunale selvstyret dermed berøres i mindre grad. De nylige endringene i Grunnloven og kommuneloven for å styrke det kommunale selvstyret, har hatt liten betydning for hvordan statsforvalterne jobber på dette området. Dette skyldes trolig at prinsippene for lovlighetskontroll er de samme som tidligere.

Der lovlighetskontroll skjer etter en anmodning fra kommunestyrerepresentanter, kan det etter vårt syn i liten grad sies at staten «griper inn» i det kommunale selvstyret, ettersom det er kommunerepresentanter som ber om kontrollen. Der det kan være tale om et inngrep, er heller der staten foretar lovlighetskontroll av eget tiltak. Her er det imidlertid lovfestet at kontroll foretas hvis det foreligger «særlige grunner», og i praksis har det over lengre tid vært lagt til grunn at denne adgangen kun skal benyttes unntaksvis. Det er staten selv som avgjør om det foreligger «særlige grunner», men her er hensynet til det kommunale selvstyret et sentralt moment i vurderingen av om en sak skal tas opp til kontroll. Likevel bør ikke hensynet til det kommunale selvstyret alene forhindre en lovlighetskontroll dersom andre vektige grunner tilsier kontroll, for eksempel myndighetsmisbruk eller enkeltindividets rettssikkerhet.

En eventuell diskusjon om hensynet til det kommunale selvstyret ved lovlighetskontroll, bør etter vår oppfatning ikke handle om den enkelte saken i seg selv, der staten følger det systemet loven har lagt opp til. Diskusjonen bør heller handle om selve systemets innretning, og om det er fornuftig at det er staten som i mange tilfeller får «siste ord» om hva som er riktig lovtolkning. Dette må imidlertid tas som en diskusjon om hvordan loven *bør* være, og ikke hvordan loven er. Det er også viktig å bemerke at kommunene er gitt søksmålsadgang om gyldigheten av statens vedtak i lovlighetskontroll etter tvl. § 1-4 a første ledd bokstav c. Om dette er en egnet arena for å løse rettslig uenighet mellom stat og kommune, kommer vi tilbake til i kapittel 12 og 15 senere i denne rapporten.

10. Statlig tilsyn med kommunal virksomhet

10.1 Innledning

Temaet i dette punktet er det kommunale selvstyrets stilling ved statlig tilsyn med kommunal virksomhet, samt hvilket lovkrav som gjelder når staten utøver slikt tilsyn. Omtalen gjelder statlig tilsyn med kommunenes virksomhet som forvaltningsorganer, i form av tilsyn etter kommuneloven kapittel 30.

Tilsyn var ikke opprinnelig en del av den tidligere kommuneloven av 1992, men ble tatt inn i et eget kapittel 10A fra og med 1. mars 2007. Tilsyn har ingen klar definisjon i kommuneloven. I forarbeidene til kapittel 10A i tidligere kommunelov, er det vist til mange ulike definisjoner og omtaler av tilsyn.¹⁷⁹ Departementet viser til disse i Ot.prp. nr. 97 (2005-2006), og sier avslutningsvis:

Desse definisjonane av tilsyn har desse fellestrekk: Formålet med tilsynet er å sjå til at tilsynsobjekta oppfyller dei pliktene dei er gitt i lov, forskrift og anna regelverk. Kjerneelementa er kontroll, vurdering og reaksjon. Tilsynet må vere heimla i lov. Departementet legg denne bruken av tilsynsombegrepet til grunn i denne proposisjonen.¹⁸⁰

Tilsyn handler altså om en kontroll med oppfyllelse av plikter innenfor et virksomhetsområde. Tilsyn skiller seg dermed fra klagebehandling og lovlighetskontroll, som dreier seg om kontroll av en konkret beslutning eller et vedtak i kommunen. Samtidig gjelder også tilsyn kontroll av lovligheten. Mens en klage eller en lovlighetskontroll typisk vil gjelde om kravene til saksbehandling er fulgt i et konkret vedtak, vil tilsyn typisk gjelde om kommunen over tid og i sum oppfyller de plikter og krav som loven fastsetter innenfor et virksomhetsområde.

Kommunene er tildelt en rekke oppgaver gjennom bestemmelser i særlovgivningen. Som nevnt er det klare utgangspunktet i norsk rett at kommunene er selvstendige rettssubjekter, slik det nå er fastslått uttrykkelig i kommuneloven § 2-1, og at de har et selvstendig ansvar for ivaretagelsen av de oppgavene de har fått tildelt. Det må kunne legges til grunn at kommunene oppfyller de pliktene de er pålagt gjennom lovgivningen, og at det i utgangspunktet er et begrenset behov for å følge opp at kommunene yter de tjenestene mv. som de skal gi til innbyggerne.

Samtidig er oppgavene gitt til kommunene gjennom nasjonalt regelverk, og staten har et overordnet ansvar for at alle borgere mottar de tjenestene de har krav på og at regelverket oppfylles. Staten vil derfor kunne ha en klar interesse av å forsikre seg om at kommunene ivaretar sine plikter.¹⁸¹ En nærliggende måte å gjøre dette på, vil være gjennom tilsyn med kommunenes virksomhet, i kombinasjon med andre virkemidler. Dette er godt beskrevet i forarbeidene til den nye opplæringslova:

Departementet meiner at statleg tilsyn med kommunane og fylkeskommunane er eit nødvendig verkemiddel for å sikre at reglane i opplæringslova blir etterlevde, og at eventuelle regelbrot blir avdekte og retta. Saman med klage- og handhevingsordningar,

¹⁷⁹ NOU 2004: 17 s. 37 flg.

¹⁸⁰ Ot.prp. nr. 97 (2005-2006) s. 6.

¹⁸¹ Ot.prp. nr. 97 (2005-2006) s. 14-15.

informasjon, råd og rettleiing og kommunal og fylkeskommunal intern- og egenkontroll skal statleg tilsyn vere med på å sikre at kommunane og fylkeskommunane oppfyller pliktene sine etter opplæringslova. Desse verkemidla heng saman. Statleg tilsyn har ikkje berre eit kontrollformål, men legg også til rette for god rettleiing, og læring og forbetring i kommunane og fylkeskommunane, og kan vere eit viktig bidrag i lokal kvalitetsutvikling på ulike nivå.¹⁸²

Tilsyn vil også kunne ha en preventiv effekt i seg selv. Det at kommunene vet at det kan bli ført tilsyn, kan gjøre at de er ekstra oppmerksomme på hvilke krav som stilles til virksomheten og utførelsen av oppgavene.

Staten har ingen generell styrings- eller instruksjonsmyndighet overfor kommunene, utover det som er eksplisitt hjemlet i lovgivningen. Det er nødvendig med lovhjemmel for at staten skal kunne føre tilsyn med rettssubjekter som ligger utenfor staten,¹⁸³ og for å kunne følge opp eventuelle påviste pliktbrudd med sanksjoner.¹⁸⁴ Vi ser nærmere på slike hjemler i det følgende.

10.2 Lovgrunnlaget for statlig tilsyn med kommunene

10.2.1 Kommunelovens bestemmelser om statlig tilsyn

Tilsyn ble som nevnt tatt inn i kommuneloven fra mars 2007. Frem til dette var tilsyn regulert i særlovgivningen. Det var da over 20 særlover med bestemmelser om statlig tilsyn, med ulik utforming mv. Det var identifisert et behov for en helhetlig gjennomgang av lovhjemlene for statlig tilsyn med kommunesektoren, og i 2003 ble det oppnevnt et tilsynsutvalg som skulle se på dette. Det er utvilsomt at hensynet til kommunalt selvstyre skulle ivaretas i utvalgets arbeid:

I omtalen av prinsipper og vurderinger som skal ligge til grunn for utvalgets arbeid, sies det at utvalget skal komme fram til et statlig tilsynssystem som bidrar til å ivareta rettssikkerheten til den enkelte og til at tjenestene holder tilstrekkelig kvalitet, uten å komme i konflikt med det kommunale/fylkeskommunale selvstyret og de økonomiske rammebetingelsene som dette selvstyret utøves innenfor. Det er et mål å komme frem til et system der kommunene/fylkeskommunene i størst mulig grad er selvkontrollerende og har et helhetlig ansvar for sin virksomhet. Større lokal handlefrihet krever ikke nødvendigvis et styrket statlig tilsyn i form av sterkere eller flere sanksjonsmidler og mer detaljert tilsyn.¹⁸⁵

I forbindelse med arbeidet med den nye kommuneloven, ble det ikke gjort en fullstendig gjennomgang av tidligere kommunelovs kapittel 10A om tilsyn. Det fremgår av forarbeidene til nåværende lov at:

Utvalget har ikke foretatt noen full gjennomgang av kommuneloven kapittel 10 A om statlig tilsyn med kommuner og fylkeskommuner, men har vurdert spørsmålet om partsrettigheter for kommunene når staten fører tilsyn med kommunene. Utvalget har

¹⁸² Prop. 57 L (2022-2023) s. 500.

¹⁸³ Ot.prp. nr. 97 (2005-2006) s 6.

¹⁸⁴ Ot.prp. nr. 97 (2005-2006) s. 46.

¹⁸⁵ NOU 2004: 17 s. 12.

også vurdert nærmere bestemmelsene om fylkesmannens samordning av statlig tilsyn med kommunepliktene.¹⁸⁶

I dagens kommunelov er det gjort enkelte presiseringer og tydeliggjøringer i bestemmelsene om tilsyn, men hovedtrekkene i reguleringen av statlig tilsyn er i hovedsak videreført fra tidligere kommunelov. Det må derfor på mange områder ses hen til forarbeidene til kapittel 10A i tidligere lov for å fastlegge hvilke krav som gjelder ved gjennomføringen av statlig tilsyn også etter ny kommunelov.

Statlig tilsyn med kommunene og fylkeskommunenes oppfyllelse av lovpålagte plikter er nå regulert i kommuneloven kapittel 30. Kapitlet gjelder *hvordan* statlig tilsyn skal gjennomføres. Kommuneloven regulerer imidlertid ikke *når* eller *i hvilke tilfeller* det skal føres tilsyn. Dette må reguleres gjennom bestemmelser om tilsyn i særlovgivningen.¹⁸⁷ Vi omtaler noen slike bestemmelser i punkt 10.2.2.

Statlig tilsyn etter kommuneloven gjelder oppfyllelsen av plikter som kommunene eller fylkeskommunene er pålagt gjennom særlovgivning, jf. § 30-1. Dette er altså plikter de er pålagt i egenskap av å være forvaltningsorganer, såkalte «kommuneplikter», for eksempel plikten til å sørge for at innbyggere får nødvendige helsetjenester.¹⁸⁸ Det kan føres tilsyn både der kommunen står for utførelsen av tjenesten selv, og der kommunen kjøper tjenesten av en ekstern tilbyder. Det sentrale er at selve plikten til tjenesten er pålagt kommunen gjennom lovgivningen.

Bestemmelsene i kapittel 30 gjelder ikke for statlig tilsyn med de såkalte «aktørpliktene» som kommunen har, med unntak av §§ 30-6 og 30-7 om samordning av statlige tilsyn, se punkt 10.3. «Aktørplikter» er plikter som gjelder likt for alle aktører som tilbyr for eksempel en tjeneste. Dette kan eksempelvis være kommunens oppfyllelse av plikter etter arbeidsmiljøloven i kraft av å være arbeidsgiver. Tilsynsutvalget omtalte dette slik:

Det er ikke grunn til å forskjellsbehandle kommunene og andre når det gjelder tilsynet med aktørplikter. For eksempel må de samme reglene komme til anvendelse for tilsyn med arbeidsforholdene til ansatte i kommunene og ansatte for øvrig i samfunnet.¹⁸⁹

Det er relativt selvsagt at det kommunale selvstyret ikke kan gi kommunene en særstilling i forhold til andre aktører når det gjelder helt generelle plikter, som ikke er knyttet spesifikt til kommunen som forvaltningsorgan.

Tilsyn etter kommuneloven kapittel 30 er lovlighetstilsyn innenfor virksomhetsområdet. Kommuneloven § 30-2 slår uttrykkelig fast at statlig tilsyn med kommunale plikter dreier seg om «tilsyn med lovligheten av kommunens eller fylkeskommunens oppfyllelse av plikter som er pålagt i eller i medhold av lov». Tilsyn har dermed de samme rammene og begrensningene som lovlighetskontroll etter kapittel 27. Forarbeidene presiserer dette slik:

¹⁸⁶ Prop. 46 L 2017-2018 s. 334.

¹⁸⁷ Prop. 46 L 2017-2018 s. 338.

¹⁸⁸ NOU 2004:17 s. 99-100.

¹⁸⁹ NOU 2004:17 s. 100.

At tilsynet skal være lovlighetstilsyn, betyr at fylkesmannens kompetanse til å kontrollere kommunene, er underlagt de samme avgrensningene som domstolene, og tilsynsorganene kan ikke overprøve kommunenes forvaltningsskjønn («det frie skjønnet»). Denne avgrensningen er begrunnet i hensynet til den kommunale handlefriheten og legalitetsprinsippet, og er et uttrykk for rammestyringsprinsippet. At tilsynet skal være lovlighetstilsyn forutsetter at fylkesmannen er tydelig på når det føres tilsyn og når det gis veiledning. Det skal ikke være tvil om når fylkesmannen opptrer som tilsynsmyndighet.¹⁹⁰

Dette innebærer at statlige tilsyn omfatter om kommunene overholder de lovpålagte pliktene, men ikke en overprøving av kommunenes frie skjønn innenfor lovens rammer. Et statlig tilsyn i seg selv vil dermed i utgangspunktet ikke gripe inn i det kommunale selvstyret, når det kun er lovligheten som skal vurderes.

Det kan likevel også her utvilsomt reises spørsmål om selve systemet, hvor det er statsforvaltningen som er gitt myndighet til å kontrollere kommunen og dermed i en del tilfeller vil avgjøre hva som er «lovlig» eller ikke, selv om kommunene har partsrettigheter etter kommuneloven § 30-5 og dessuten er gitt søksmålsadgang om gyldigheten av pålegg etter tilsyn etter tvl. § 1-4 a første ledd bokstav e. Dette temaet kan kanskje komme særlig på spissen når det føres tilsyn på områder hvor det finnes en mengde retningslinjer, rundskriv, mv. som sier hva som ligger i ulike begreper o.l. Slike informasjonstiltak kan bli lagt til grunn for lovlighetsvurderinger, uten at disse er rettslig bindende for kommunene.¹⁹¹

Samtidig kan statlig tilsyn føre til at kommunene blir pålagt å gjøre tiltak som påvirker deres handlefrihet. Det at det må påregnes tilsyn på enkelte sektorområder, kan føre til at kommunen føler at de må prioritere dette området, og dermed nedprioriterer andre sektorområder. Dette perspektivet kan også ha betydning ved gjennomføring og oppfølging av tilsyn. Som vi skal komme tilbake til nedenfor, vil dette typisk være tilfelle der et statlig pålegg nødvendiggjør allokering av ressursbruken i en kommune, slik at kommunens frihet til å bestemme over egen pengebruk begrenses.

På bakgrunn av dette, vil det etter vårt syn være sentralt at hensynet til det kommunale selvstyret også trekkes inn i avgjørelsen av om det skal iverksettes tilsyn på et område eller ikke. Som det fremgår av sitatet fra forarbeidene ovenfor, skal tilsynssystemet i seg selv være innrettet slik at det ikke kommer «i konflikt med det kommunale/ fylkeskommunale selvstyret og de økonomiske rammebetingelsene som dette selvstyret utøves innenfor». Selv om dette hensynet ligger til grunn for systemets innretning, må hensynet til det kommunale selvstyret også være relevant for det enkelte tilsyn, spesielt sett i lys av prinsippene i kommuneloven §§ 2-1 og 2-2. Dette synes også å være forutsatt i de tydeligere reglene om samordning av tilsyn, som omtales nærmere i punkt 10.3 nedenfor.

Et annet poeng er at det kan være vanskelig å skille mellom tilsyn med lovligheten av virksomheten, og veiledning fra Statsforvalter til kommunene, som kan gå lenger enn

¹⁹⁰ Prop. 46 L (2017–2018) s. 419.

¹⁹¹ Se nærmere om informasjonstiltak i denne utredningens kapittel 7.

bare lovligheten av virksomheten. Det er fremhevet i sitatet fra forarbeidene ovenfor at staten må være tydelig på når det føres tilsyn og når det gis veiledning. Dersom statsforvalter ikke er tydelig her, vil tilsynet kunne gå utover de lovsatte rammene, og dermed i praksis gripe inn i det kommunale selvstyret.

10.2.2 Eksempler på tilsynsbestemmelser i særlovgivningen

I kommuneloven er statsforvalterne kun gitt myndighet til å føre tilsyn med at kommunene og fylkeskommunene overholder plikter som er pålagt dem i særlovgivningen. Det er en forutsetning for å føre tilsyn at det er gitt hjemmel for dette i særlovgivningen, jf. kommuneloven § 30-2. Det er også slik at reglene i kapittel 30 skal legges til grunn for gjennomføringen av statlig tilsyn «når ikke annet følger av lovgivningen ellers», se kommuneloven § 30-1 første ledd. Dette innebærer at dersom det skulle foreligge motstrid mellom bestemmelsene om tilsyn i særlovgivningen og reglene om tilsyn i kommuneloven, vil særlovgivningen gå foran. Særlig stor praktisk betydning har dette neppe, da særlovgivningen som hovedregel har generelle bestemmelser om tilsyn, som viser til kommuneloven kapittel 30 når det gjelder gjennomføringen.

Det er gitt en rekke slike tilsynsbestemmelser i lovgivningen, og det kan reises spørsmål ved behovet for alle bestemmelsene. I forarbeidene til kommuneloven er det lagt til grunn at:

Dersom det er aktuelt å gi nye hjemler for tilsyn med kommuneplikter i lovverket, skal det gjøres en vurdering av risiko og vesentlighet som viser behovet for å føre statlig tilsyn. Valg av statlig tilsyn som kontroll- og styringsvirkemiddel skal også kunne forsvares gjennom en kost- og nytteanalyse.¹⁹²

Her ser vi at behovet for statlig tilsyn skal vurderes etter en kost- og nytteanalyse. Det kan reises spørsmål om behovet også burde vurderes mer uttrykkelig opp mot hensynet til det kommunale selvstyret. Generelt sett blir i hvert fall en del lovforslag i liten grad vurdert opp mot kommunelovens prinsipper om kommunalt selvstyre, noe vi kommer tilbake til i punkt 14.3 nedenfor. Vi har også sett eksempler på at departementet valgte å ikke gå videre med en tilsynsbestemmelse etter høringsinnspill om at det ikke var vist et reelt behov for denne, og hvor departementet landet på at det fantes andre mindre inngripende virkemidler kunne gjøre samme nytte.¹⁹³ Prosessen er omtalt nærmere i punkt 14.7.2. nedenfor.

Vi ser i det følgende kort på enkelte eksisterende tilsynshjemler for å illustrere hvilke krav som stilles.

Helse- og omsorgstjenesteloven

Adgangen til statlig tilsyn med kommunale helse- og omsorgstjenester er regulert i hol. § 12-3, som sier:

Statsforvalteren skal føre tilsyn med lovligheten av kommunens oppfyllelse av plikter pålagt i kapitlene 3 til 10 og §§ 11-2, 11-3 og 11-4. Ved tiltak etter § 9-5 tredje ledd

¹⁹² Prop. 46 L (2017–2018) s. 338.

¹⁹³ Prop. 132 L (2021-2022): Lov om kommunenes ansvar på det boligsosiale feltet

bokstavene b og c skal det også føres stedlig tilsyn. I forbindelse med tiltak etter kapittel 9

kan tilsynet gjennomføre tilsynsbesøk uten beboerens samtykke.

Kommuneloven kapittel 30 gjelder tilsvarende for tilsynsvirksomheten etter første ledd, med unntak av § 30-4. Statens helsetilsyn kan gi pålegg om retting og stenging etter helsetilsynsloven § 8.

Bestemmelsen slår fast at statsforvalter «skal» føre tilsyn med kommunenes helse- og omsorgstjenester. Tilsyn er her formulert som en statlig *plikt*. I likhet med kommunenes lovpålagte plikt til å yte tjenestene, skal statsforvalter kontrollere at kommunene oppfyller lovens krav.

Videre presiserer bestemmelsen hvilke av kommunens plikter staten skal føre tilsyn med, og i hvilke tilfeller det faktisk skal føres stedlig tilsyn. Bestemmelsen fastslår også at kommuneloven kapittel 30 gjelder for tilsynsvirksomheten. Likevel begrenser bestemmelsen statsforvalterens mulighet til å gi kommunene pålegg, ettersom det er sagt at kommuneloven § 30-4 ikke gjelder. Statens helsetilsyn er gitt myndighet til å gi pålegg i enkelte tilfeller etter helsetilsynsloven § 8. Bakgrunnen for denne inndelingen ligger i samordningen av regelverk i forbindelse med vedtakelsen av helse- og omsorgstjenesteloven. Tidligere var myndigheten til å gi pålegg fordelt på Statens helsetilsyn og fylkesmennene på ulike saksområder. Forarbeidene drøfter muligheten til å legge påleggsmyndigheten hos én av disse aktørene, og konkluderer med at myndigheten bør legges til helsetilsynet.¹⁹⁴

Opplæringslova

På opplæringsområdet er statlig tilsyn nå regulert i opplæringslova § 29-2:

Statsforvalteren kan føre tilsyn med at kommunane og fylkeskommunane oppfyller plikter som dei er pålagde i §§ 1-4 til 1-6, §§ 2-1 til 2-6, kapittel 3 til 4, § 5-1, §§ 5-3 til 5-9, kapittel 6, §§ 7-1 til 7-9, § 8-2, kapittel 9, §§ 10-1 til 10-8, §§ 11-1 til 11-13, §§ 12-2 til 12-5, § 12-7, kapittel 13 til 16, §§ 17-1 til 17-11, kapittel 18-21, § 22-2, § 22-5, § 23-2, kapittel 24 til 25, § 26-1, kapittel 27 til 28 og § 29-4 og i forskrift med heimel i desse paragrafane, og plikta til å ha internkontroll etter kommuneloven § 25-1. Reglane i kommuneloven kapittel 30 gjeld for tilsynsverksemda.

Departementet kan føre tilsyn med andre plikter enn dei som er pålagde kommunane og fylkeskommunane i lova og i forskrift med heimel i lova. Reglane i kommuneloven §§ 30-3 og 30-4 gjeld for tilsynsverksemda.

Statsforvalteren *kan* altså føre tilsyn med oppfyllelsen av en rekke kommunale plikter etter opplæringslova, samt plikten til å ha internkontroll etter kommuneloven § 25-1. Her er statsforvalterens oppgaver formulert som noe de «kan» gjøre, og ikke som en plikt som i helse- og omsorgstjenesteloven. For tilsynene etter opplæringslova gjelder kommuneloven kapittel 30 i sin helhet, inkludert adgangen til å gi pålegg etter § 30-4.

¹⁹⁴ Prop. 91 L (2010-2011) s. 409.

Opplæringslova § 29-2 andre ledd omtaler statens, her departementets, adgang til å føre tilsyn med de såkalte «aktørpliktene», som vi ikke går nærmere inn på i denne utredningen.

Plan- og bygningsloven

Innen plan- og bygningsretten er det ikke vedtatt hjemler for statlig tilsyn på samme måte som for helse- og omsorgssektoren og opplæringssektoren. Dette henger trolig sammen med dette områdets karakter. Arealplanlegging er i hovedsak et område som ivaretas av kommunene selv, og beslutningene om hvordan arealene i kommunene skal brukes, gir ikke borgerne rettigheter av samme karakter som på helse- eller opplæringsområdet. Innen byggesak er svært mye regelstyrt i den forstand at den som søker om et byggetiltak, har krav på tillatelse dersom tiltaket er i tråd med regelverket. Der det er gitt rom for kommunale vurderinger, er det snakk om fritt skjønn, for eksempel i pbl. § 29-2, som kun i begrenset grad kan overprøves, og som uansett vil falle utenfor det som skal følges opp gjennom statlig tilsyn.

Plan- og bygningsloven inneholder enkelte hjemler som dreier seg om tilsyn eller har et preg av tilsynshjemmel, men disse er av mer generell karakter og viser ikke til kommuneloven kapittel 30.

Dette gjelder for det første plan- og bygningsloven § 3-2 om ansvar og bistand i planleggingen. Staten har det overordnede ansvaret for planleggingen, og forarbeidene bemerker at «[i] dette ligger det også en tilsynsoppgave».¹⁹⁵ Denne oppgaven ivaretas imidlertid ikke som klassisk tilsyn, men gjennom medvirkningen i planleggingen i den enkelte plansaken. I tillegg fastslår bestemmelsens fjerde ledd første punktum at «Statsforvalteren skal påse at kommunene oppfyller plikten til planlegging etter loven.» Forarbeidene viser til at:

Fjerde ledd første punktum er en videreføring av bestemmelsen i gjeldende lov om fylkesmannens tilsyn med at kommunene oppfyller plikten til å drive planlegging. Det har vært innarbeidet praksis at fylkesmannen gir kommunene veiledning og råd om juridiske og andre spørsmål etter loven som en del av embetsoppdraget.¹⁹⁶

Videre sier pbl. § 3-5 siste ledd at «Departementet skal føre tilsyn med at plikten til regional planlegging i medhold av denne lov blir overholdt.» Her brukes altså begrepet tilsyn eksplisitt i lovteksten, men forholdet til kommuneloven nevnes heller ikke her. Forarbeidene kommenterer relativt kort at bestemmelsen «legger tilsynsansvaret for den regionale planleggingen til departementet».¹⁹⁷

At staten skal føre tilsyn med at kommunene oppfyller plikten til planlegging, er altså en videreføring av tidligere rett. Ordningene strekker seg langt bakover i tid, se for eksempel plan- og bygningsloven av 1985 § 19-1 andre ledd og § 20-1 syvende ledd.

Bestemmelsene bærer imidlertid mer preg av å være «påse»-oppgaver for staten, og gir ikke staten noen instruksjonsmyndighet eller adgang til å gi kommunene pålegg e.l.

¹⁹⁵ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 182.

¹⁹⁶ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 182.

¹⁹⁷ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 184.

En annen bestemmelse i plan- og bygningsloven med preg av tilsynskarakter, er § 19-4 andre ledd som gir staten mulighet til å frata kommuner myndigheten til å gi dispensasjoner i bestemte områder i et begrenset tidsrom. Ifølge forarbeidene er bestemmelsen ment å brukes der kommunene stadig gir dispensasjoner i strid med nasjonale føringer eller byggeforbudet langs sjø.¹⁹⁸ Ettersom § 19-2 andre ledd fastsetter rettslige vilkår for kommunens adgang til å gi dispensasjon, vil § 19-4 andre ledd være aktuell som sanksjonsbestemmelse der kommunene over tid ikke håndhever loven korrekt. Plan- og bygningsloven har imidlertid ingen særskilte hjemler som gir staten rett til å føre tilsyn med kommunenes dispensasjonspraksis. Dette er vel også årsaken til at § 19-4 andre ledd aldri har blitt håndhevet i praksis.

10.3 Samordning av tilsyn

De foregående punktene viser at det er variasjoner i særlovgivningen med hensyn til om staten kan føre tilsyn med kommunene, og om kommunelovens kapittel 30 kommer til anvendelse. Plan- og bygningsloven mangler tilsynshjemmel, opplæringslova gir staten en mulighet til å føre tilsyn, mens helse- og omsorgstjenesteloven gir staten en form for plikt til tilsyn, altså en oppgave som statlige myndigheter faktisk er lovpålagt å utføre.

Statlig tilsyn etter kommuneloven er et lovlighetstilsyn, slik at et tilsyn i seg selv i utgangspunktet ikke skal gripe inn i kommunenes frihet til å utøve myndighet basert på fritt skjønn. Et spørsmål som likevel må reises, er hvorvidt hensynet til det kommunale selvstyret spiller inn ved vurderingen av om det skal iverksettes tilsyn med kommunepliktene. Vi sikter her til de planlagte tilsynene med kommunene, og ikke hendelsesbaserte tilsyn, som er knyttet til mer akutte hendelser, der for eksempel hensynet til enkeltindividet kan veie svært tungt.

Et punkt hvor viktigheten og vektleggingen av hensynet til det kommunale selvstyret kommer klart frem, er ved kommunelovens krav om samordning, som er knyttet til det mer praktiske ved gjennomføringen av tilsyn. Hensynet til det kommunale selvstyret var et sentralt moment for bestemmelsene om samordning da tilsynsreglene kom inn i kapittel 10A i den tidligere kommuneloven. Tilsynsutvalget påpekte blant annet at:

For det første er det uheldig hvis ulik virkemiddelbruk mellom sektorer (for eksempel ved at én sektor i større grad enn andre benytter seg av pålegg/sanksjoner) fører til vridninger i kommunenes prioriteringer. Tilsynet kan på den måten gripe inn i det kommunale selvstyret.¹⁹⁹

I tillegg påpekte utvalget på samme sted at det må unngås at ulike pålegg motvirker hverandre, og at tilsynet må ta hensyn til at kommunen er en virksomhet med mange forskjellige oppgaver. Utvalget drøfter også at man må unngå at summen av pålegg overstiger de økonomiske rammene kommunen har til disposisjon, og reiser spørsmålet om i hvilken grad tilsynet skal ta hensyn til kommunens økonomi. Dersom tilsynet ikke gjør dette, kan det resultere i at kommunens økonomiske situasjon forverres, og enten

¹⁹⁸ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 243 og 244.

¹⁹⁹ NOU 2004: 17 s. 129.

tvinges til å redusere tjenestetilbudet på andre sektorer, og/eller må bryte økonomibestemmelsene i kommuneloven. Dette poenget er i skrivende stund meget aktuelt, da kommunene står overfor en meget anstrengt økonomisk situasjon, og flere kommuner varslar om at de ikke evner å utføre en rekke lovpålagte oppgaver.

Departementet sa seg enig i utvalgets vurderinger, og uttalte følgende i proposisjonen:

Dei tre grunnane som utvalet peiker på for at samordning av tilsynet er viktig, bør vere grunnlag for utforminga av samordningsføresegnene og samordningsprosedyrane for statleg tilsyn med kommunesektoren. Det er dei kommunale folkevalde som skal prioritere den kommunale ressursbruken, ikkje embetsmenn og tilsette i statlege tilsyn. Tilsynet skal såleis ikkje gripe inn i det kommunale sjølvstyret. Det er også sentralt å unngå at ulike pålegg motverkar kvarandre, og ein må unngå at summen av pålegg overstig dei økonomiske rammene som er til disposisjon.²⁰⁰ (vår understreking)

Det ble deretter vedtatt en bestemmelse i tidligere kommunelov § 60e om blant annet at fylkesmannen (nå statsforvalter) skulle samordne både praktiske sider og bruk av reaksjoner ved statlig tilsyn med kommunene. Bestemmelsen omhandlet i hovedsak samordning på statlig side, og i mindre grad samordning med aktiviteter i kommunene. Bestemmelsen sa likevel at tilsynsetatene så langt som mulig skal ha dialog med kommunen før det vedtas pålegg eller andre sanksjoner.

Ut fra forarbeidene er det åpenbart at hensynet til det kommunale selvstyret var sentralt ved utarbeidelsen av bestemmelsen, og at man ønsket å sikre at tilsyn ikke ble en belastning for kommunene i den grad at det påvirker eller fører til vridninger i kommunal ressursbruk.

Det kommer frem av forarbeidene til dagens lov at kommunelovutvalget mente at intensjonene bak de opprinnelige kravene nok ikke ble fulgt tilstrekkelig opp i praksis, og at det var behov for nye krav om samordning. Det ble særlig vist til at:

Formålet med å samordne statlig tilsyn overfor kommunene er at tilsynsvirksomheten skal være mest mulig rasjonell, effektiv og fremme læring hos kommunene. Utvalget legger til grunn at tilsynsvirksomheten gjennom bedre samordning kan gi mindre belastning for kommunene, sikre mer effektiv gjennomføring og gi bedre kvalitet i den kommunale forvaltningen.²⁰¹

Videre blir det særlig trukket frem at det er gode grunner til å se statlig tilsyn i sammenheng med kommunal internkontroll.

Kravene til samordning er derfor utvidet og utdypet i den nye kommuneloven §§ 30-6 og 30-7 stiller tydeligere krav til hva som skal samordnes, og at statlige myndigheter ikke bare skal samordne seg imellom, men at det også skal samordnes med kommunene. Plikten til samordning omfatter de *planlagte* statlige tilsynene, og ikke såkalte hendelsesbaserte tilsyn, som føres der det har oppstått spesielle hendelser.

²⁰⁰ Ot.prp. nr. 97 (2005-2006) s. 53.

²⁰¹ NOU 2016: 4 s. 382.

Kommuneloven § 30-6 omhandler samordningen av de statlige tilsynsmyndighetene. Her heter det blant annet i første ledd at:

Statsforvalteren samordner planlagte statlige tilsynsaktiviteter overfor kommunen og fylkeskommunen og vurderer det samlede omfanget av statlig tilsyn med den enkelte kommunen eller fylkeskommunen.

Samordningen mellom statlig tilsynsvirksomhet er regulert i § 30-7. Her fastslår første og andre ledd at:

Statsforvalteren skal drøfte med kommunene og fylkeskommunene prioritering og gjennomføring av planlagte tilsyn.

Statlige tilsynsmyndigheter skal i sin planlegging, prioritering og gjennomføring av tilsyn ta hensyn til det samlede statlige tilsynet med den enkelte kommunen eller fylkeskommunen og til relevante forvaltningsrevisjonsrapporter. Tilsynsmyndighetene skal vurdere å utsette eller å ikke gjennomføre tilsyn hvis kommunen eller fylkeskommunen nylig har gjennomført en kontroll med det samme temaet.

Det kommer klart frem av de ovennevnte bestemmelsene at staten ikke bare skal ta hensyn til belastningen på kommunene ved planleggingen av tilsyn, og føre en dialog med kommunene. Det er også sentralt at staten skal se hen til den internkontrollen kommunen selv fører på de samme områdene. Der det er allerede er gjennomført en internkontroll av et område, vil det være langt mindre grunn til å iverksette tilsyn fra statlig hold. Det må klart kunne legges til grunn at kommunene selv kan ivareta og kontrollere at de krav som følger av loven, blir oppfylt i virksomheten.

Dette er etter vårt syn et tydeligere uttrykk for kommunenes stilling som selvstendige rettssubjekter, og dermed også det kommunale selvstyre, enn det som fremgikk av tidligere kommunelov § 60e. Selv om lovbestemmelsene er formulert slik at staten skal «drøfte» og «ta hensyn til» kommunene, og etter sin ordlyd ikke et hinder for at staten i praksis beslutter noe annet enn det kommunene ønsker, er det likevel en klar forventning om at kommunenes behov og syn skal veie tungt. Det kommunale selvstyre er dermed et viktig og tungtveiende moment i vurderingen av om tilsyn skal iverksettes.

10.4 Sanksjoner ved avdekkede lovbrudd

Dersom det avdekkes forhold som er i strid med de bestemmelsene det føres tilsyn med, altså lovstridig virksomhet, kan statsforvalteren gi kommunen pålegg om retting, se kommuneloven § 30-4 første ledd. Det er ikke uten videre gitt at denne hjemmelen gjelder i alle tilfeller, det vil komme an på hva som er angitt i den særloven som danner grunnlaget for tilsyn. Eksempelvis fastslår bestemmelsen om statlig tilsyn i helse- og omsorgstjenesteloven § 12-3 at kommunelovens kapittel 30 gjelder, *med unntak av § 30-4*, se punkt 10.3.

Der statsforvalter er gitt hjemmel til å gi pålegg etter gjennomført tilsyn, skal statsforvalteren etter kommuneloven § 30-4 andre ledd først vurdere virkningene for kommunens øvrige virksomhet. Bruken av sanksjoner skal skje etter en vurdering hvor man også tar i betraktning hvilke virkninger pålegget kan ha for kommunens øvrige

virksomhet tas, i betraktning.²⁰² Det må være et mål at et eventuelt pålegg innen én sektor, ikke får utilsiktede virkninger for en annen sektor i kommunen. I tillegg er det krav om at tilsynsmyndigheten skal ha dialog med kommunen i forkant av eventuell vedtakelse av pålegg om retting eller andre reaksjoner med vesentlige virkninger, se kommuneloven § 30-7 siste ledd. Slik sett vil også hensynet til det kommunale selvstyre kunne spille inn i vurderingen av om pålegg skal gis, og i det minste med hensyn til hva pålegget skal gå ut på.

10.5 Kommunens partsrettigheter ved tilsyn

Kommunens rettsstilling som part ved tilsyn ble styrket ved vedtakelsen av ny kommunelov. Tidligere hadde kommunene partsrettigheter bare i forbindelse med at det ble gitt pålegg i tilsynssaken, jf. tidligere kommunelov § 60 d fjerde ledd.

Kommunelovutvalget påpekte at det er naturlig at kommunene har samme rettigheter som private virksomheter som det blir ført tilsyn med. Utvalget fremhevet at kommunene er selvstendige rettssubjekter, og at det kommunale selvstyre står sentralt, og viste blant annet til forslaget til § 2-1 og til den nye formålsbestemmelsen. Videre påpekte utvalget at:

Det er sentralt for en selvstyrt kommune som skal forvalte offentlige midler og velferdsgoder, at de kan klage om et tilsynsorgan fatter et vedtak som de mener er helt feil.²⁰³

I dagens kommunelov er kommunene gitt større partsrettigheter ved at kommunene kan «klage på vedtak og utøve andre partsrettigheter etter reglene i forvaltningsloven kapittel IV, V og VI og §§ 14, 41 og 42», se kommuneloven § 30-5. Kommunene har dermed partsrettigheter gjennom hele tilsynssaken. Dette tilsvarer både de rettighetene kommunene har når det føres tilsyn med deres aktørplikter, og den rettsstillingen private har i tilsynssaker.²⁰⁴ Dette vil for eksempel innebære at dersom staten vurderer å gi pålegg om retting, må den også forhåndsvarse kommunen etter reglene i fvl. § 16. Kommunen kan også klage på et eventuelt vedtak om retting.

Det må her også understrekes at kommunen i tillegg er gitt adgang til å reise søksmål om gyldigheten av statlig vedtak som pålegger kommunen plikter etter tilsyn, se tvl. § 1-4 a første ledd bokstav e. Bestemmelsen gir imidlertid ikke kommunen mulighet til å gå til søksmål om en statlig beslutning om at det skal iverksettes tilsyn. Se nærmere om denne søksmålsadgangen etter tvl. § 1-4 a i kapittel 12 nedenfor.

²⁰² NOU 2004: 17 s. 122.

²⁰³ NOU 2016: 4 s. 379.

²⁰⁴ Prop. 46 L (2017–2018) s. 422.

10.6 Erfaringer fra praksis

10.6.1 Innledning

Det ovenstående viser at statlig tilsyn etter kommuneloven er et lovlighetstilsyn, og dermed dreier seg om kommunen oppfyller de lovsatte krav innenfor utvalgte tjenesteområder. Nøyaktig *hvordan* kommunen ivaretar de plikter de er pålagt gjennom særlovgivningen, er opp til kommunens frie skjønn, og skal ikke være del av tilsynet. I likhet med for klagebehandling og lovlighetskontroll, kan det likevel stilles spørsmål ved hvorfor statsforvaltningen er gitt en slik kontrollmyndighet, og dermed tilsynelatende anses best egnet til å avgjøre hva som er lovlig, med mindre saken går videre til domstolene.

Tilsyn har klare paralleller til statsforvalters veiledningsvirksomhet. Samtidig kan det være utfordrende i praksis å sette et klart skille mellom tilsyn og veiledning. Det er også klart at statens prioritering av tilsyn på enkelte områder, kan få betydning for kommunens ressursdisponering og dermed berøre hvordan kommunen organiserer sin virksomhet. I tillegg kan stor tilsynsbelastning også påvirke kommunens virksomhet i praksis. Det er derfor sentralt at det er stilt tydeligere krav til samordning av statlige tilsyn, herunder dialog med kommunen, og at kommunene er gitt større partsrettigheter.

I det følgende ser vi på hvordan statsforvalterne vurderer tilsyn og sin rolle overfor kommunene, og om de nylige regelendringene har hatt betydning for hvordan statsforvalterne jobber opp mot kommunene på dette området.

10.6.2 Intervjuer med statsforvaltere

Statsforvalternes vurderinger av tilsyn

Vi har intervjuet de fire statsforvalterne om deres erfaringer med tilsyn og hvordan de forholder seg til kommunene i denne arbeidsformen. Tilsynene vi har snakket om, har i hovedsak vært innen helse/omsorg, og noe skole/barnehage. Innen arealplanlegging føres det ikke tilsyn etter kommuneloven kapittel 30.

Statsforvalterne ga uttrykk for at de opplever at kommunene generelt er positive til tilsyn, men at det likevel kan være enkelte spenninger mellom stat og kommune. Som statens representant i kommunene, skal statsforvalteren på den ene siden drive både tilsyn og kontroll av kommunene og deres virksomhet, mens de på den andre siden skal veilede kommunene. Forholdet kan være utfordrende for begge parter. Statsforvalterne sier at for kommunene handler dette om at de må forholde seg til statsforvalteren som både en aktør som skal «se dem i kortene», og som en aktør som skal hjelpe og veilede dem. For statsforvalteren selv handler det om blant annet om å sikre en god balansering av tilsyns- og veiledningsrollen. Ifølge en informant tar det ofte lang tid å lære opp nyansatte i statsforvalterembetene i hva som er statsforvalterrollen opp mot kommunene, nettopp fordi det er viktig å lære seg å balansere dette på en god måte, samtidig som man tar høyde for det kommunale selvstyret.

I sitt arbeid overfor kommunene, er det tydelig i intervjuene at statsforvalterne ser på seg selv som en «nøytral» aktør, som har som oppgave om å implementere nasjonal politikk. I dette ligger det også at de får tydelige føringer fra overordnede myndigheter,

både på hva de skal mene noe om, samt hva de skal mene. En informant hevder at de er lydige byråkrater som «bare gjør jobben sin». Likevel er det tydelig at statsforvalterne bruker utstrakt grad av skjønn i sitt arbeid for å prøve å møte kommunene på en måte som er best mulig for begge parter. For eksempel blir det trukket frem at statsforvalteren i mange saker prøver å legge tilsynsrollen litt på vent, og heller vil veilede først. En slik veiledning er ofte mer hensiktsmessig enn lovlighetskontroll i form av tilsyn. Et eksempel på at det likevel kan være utfordrende for statsforvalterne å balansere tilsyns- og veiledningsrollen, er at en slik veiledning tilsynelatende oppleves som en «pekefinger» for enkelte kommuner. Dette er likevel ikke en gjennomgående oppfatning blant informantene. Spesielt innen helsefeltet er statsforvalternes inntrykk at kommunene ønsker veiledning og rådgivning, særlig knyttet til hvilket handlingsrom de har. Kommunene kjenner loven, men ønsker ofte å få hjelp til å tolke den. Det kommer frem at mange små kommuner både trenger og ønsker en utstrakt grad av veiledning. Noen ganger opplever statsforvalterne det som at disse kommunene ønsker å bli dirigert og gitt mer føringer enn statsforvalteren både kan og ønsker, spesielt når statsforvalteren skal vektlegge det kommunale selvstyret.

Det er en generell enighet på tvers av de fire statsforvalterembetene at de i forbindelse med tilsyn av kommunene er svært opptatt av å være generelle i tilbakemeldingene. Når statsforvalterne avdekker forhold som ikke er i tråd med lovgivningen og at det dermed er behov for forbedringer i kommunen, så nøyer statsforvalterne seg med å påpeke problemet uten å spesifisere *hvordan* kommunen bør gå frem for å utbedre dette. For ikke å gripe inn i det kommunale selvstyret er det viktig at det er kommunene selv som finner løsningene og tar avgjørelser, slik at de kan innrette løsningene i tråd med lokale og ressursmessige forhold. Det viktigste for statsforvalterne er at den løsningen som kommunene kommer frem til, er i tråd med regelverket, og de er mindre interesserte i nøyaktig *hvordan* det blir løst. I den anledning er det også informanter som forteller at det kan være utfordrende å kun ha på seg «tilsynshatten», og dermed legge fra seg «veiledningshatten» under tilsyn. Samtidig prøver de å være bevisst på å legge tilsynshatten til side når de skal inn og veilede, og dermed ikke gi påpakning dersom de oppdager småfeil og mangler i kommunene.

Betydningen av lovendringene for å styrke det kommunale selvstyret

Statsforvalterne sier at av de lovendringene som er gjort for å styrke det kommunale selvstyret de siste årene, er det endringen i samordningsplikten etter kommuneloven §§ 30-6 og 30-7 som har hatt betydning for hvordan de jobber med tilsyn. De senere årene har det blitt en større grad av samordning av statlige tilsyn på tvers av tilsynsorganer, med den hensikt at enkeltkommuner ikke skal få for stor belastning i form av tilsyn. Et tiltak for å sikre dette er innføringen av en felles tilsynskalender hvor alle statlige tilsynsorganer legger inn sine planlagte tilsyn.²⁰⁵ Tilsynskalenderen ble innført fra 2020, og det er klare forventninger om at staten skal benytte denne aktivt. I

²⁰⁵ [Statsforvalterne-tilsynskalender \(statsforvalteren.no\)](https://statsforvalteren.no)

informasjonsbrev fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet i forbindelse med implementeringen av kalenderen, står det blant annet:

Fylkesmennene og andre statlige tilsynsmyndigheter som mottar dette brevet skal fra i år ta i bruk en felles nasjonal tilsynskalender. Bruk av kalenderen er omtalt i fylkesmannsembetenes og tilsynsmyndighetenes styringsdokumenter.

Tilsynskalenderens formål er å legge til rette for samordning av statlige tilsyn med kommunesektoren, og samordning mellom tilsyn og forvaltningsrevisjoner, jf. kommuneloven §§ 30-6 og 30-7. Tilsynskalenderen vil være det viktigste verktøyet i samordning av tilsyn etter kommuneloven. For at kalenderen skal fungere etter intensjonen må fylkesmannsembetene og andre tilsynsmyndigheter legge inn sine planlagte tilsyn i kalenderen. Fylkesmannen skal benytte kalenderen for å få oversikt over alle tilsynsmyndighetenes planlagte aktiviteter, og som et verktøy i den dialogen som skal være mellom fylkesmann og kommune i forbindelse med planlagte tilsyn.²⁰⁶

Statsforvalterne sier at kalenderen har medført at de jobber på en annen måte, ved at de bruker kalenderen aktivt og derigjennom sikrer samordning av de statlige tilsynene. Det er ifølge statsforvalterne nå mer dialog med den enkelte kommune i forbindelse med tilsyn og den samlede belastningen på kommunen.

Hvordan statsforvalterne faktisk jobber med tilsyn og forholder seg til kommunene, er vanskelig å fastslå uten å delta i den komplette tilsynsprosessen med planlegging, gjennomføring og oppfølging av tilsyn. Statsforvalterne gir uttrykk for at utover mer samordning og aktiv bruk av tilsynskalenderen, har de ikke gjort nevneverdige endringer i måten de forholder seg til kommunene på i selve prosessen. Lovendringene for å styrke det kommunale selvstyret synes i så henseende å ha hatt liten betydning for statsforvalternes arbeid.

Vi har sett på innholdet i enkelte skriftlige tilsynsrapporter på helseområdet, for å få et innblikk i hvordan statsforvalterne håndterer tilsyn i praksis. Hovedinntrykket fra rapportene er at tilsynene som gjennomføres er tilsyn med *lovlighet* i tråd med kommunelovens bestemmelser, og at statsforvalterne legger lite konkrete føringer for hvordan kommunene skal innrette seg der det avdekkes at virksomheten ikke er i tråd med regelverket. Videre beskrives kommunene i nøytrale ordelag, og rapportene gir rene faktabeskrivelser av virksomheten og organiseringen.

10.7 Oppsummering

De foregående punktene viser at kommuneloven regulerer *hvordan* statlig tilsyn med kommunesektoren skal gjennomføres, mens hjemlene for *når* og med hvilke plikter det skal føres tilsyn, er gitt i særlovgivningen. Det er ulikheter på de sentrale sektorområdene for denne utredningen; innen helse og omsorg er staten gitt klare

²⁰⁶ Brev datert 13. januar 2020 fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet til fylkesmannsembetene og andre statlige tilsynsmyndigheter.

tilsynshjemler i særlovgivningen, som også viser til kommunelovens kapittel 30, mens det innen arealforvaltningen ikke er gitt tilsvarende tilsynshjemler.

Selve systemet med statlig tilsyn etter kommuneloven, skal i utgangspunktet være innrettet slik at det ikke kommer i konflikt med det kommunale selvstyret. Tilsyn etter kommuneloven skal handle om *lovlighet*, og ikke med kommunes skjønnsmessige vurderinger. Tilsyn skal være rasjonelt og effektivt, fremme læring og gi bedre kvalitet i den kommunale forvaltningen. Det er klart at staten skal samordne sine tilsyn, og i denne forbindelse skal ha dialog med kommunene og ta hensyn til den belastningen tilsyn kan påføre kommunene, og ikke minst se hen til om kommunene allerede selv har ført nylig kontroll med det aktuelle tilsynsområdet. Det er liten tvil om at de klarere kravene om samordning av tilsyn i §§ 30-6 og 30-7 viser at hensynet til det kommunale selvstyret skal vektlegges ved vurderingen av om et konkret tilsyn skal iverksettes.

Intervjuene med statsforvalterne og skriftlige tilsynsrapporter, viser at de fire statsforvalterne er svært oppmerksomme på at det er lovligheten som skal vurderes, og at hensynet til det kommunale selvstyret står sterkt. De opplever likevel at kommunene ofte ønsker mer føringer og råd om hvordan de faktisk skal løse sine oppgaver. Statsforvalterne er svært forsiktige med å gå inn i disse temaene.

Det kan her, i likhet med for lovlighetskontroll etter kommuneloven kapittel 27, vurderes at diskusjonen om forholdet mellom stat og kommuner når det gjelder tilsyn, i første rekke bør dreie seg om systemet lovgiver har lagt opp til, hvor staten er gitt myndighet til å kontrollere kommunene og i praksis i en del tilfeller avgjøre hva som er «lovlig» i det enkelte tilfellet.

11. Staten som innsigelsesmyndighet i plansaker

11.1 Innledning

Et av de mest diskuterte eksemplene på begrensninger i det kommunale selvstyret, er reglene om innsigelse i plan- og bygningsloven. Årsaken til dette er at der innsigelse brukes, kommer innholdet i, og rammene for, det kommunale selvstyret på plan- og bygningsrettens område på spissen. I dette kapitlet ønsker vi å synliggjøre hvordan hensynet til det kommunale selvstyret i dag er balansert mot hensynet til regionale og nasjonale interesser innenfor plan- og bygningsretten, samt hensynet til å sikre avgjørelser som bygger på korrekt forståelse og håndhevelse av lovgivningen.

Bestemmelsene om innsigelse bygger på et premiss om at lokale myndigheter ikke forventes å alltid kunne sikre regionale og nasjonale interesser i alle saker som gjelder arealbruk, og at staten forventes å ta en aktiv rolle for å sikre at slike interesser blir ivaretatt. Det er viktig å understreke at reglene om innsigelse i plan- og bygningsloven er, og er ment å være, en begrensning i det kommunale selvstyret. Dette kommer frem av historikken bak reglene om innsigelse, som vi ser nærmere på i punkt 11.4 nedenfor. Det vi tar opp i det videre er omfanget og virkningen av denne begrensningen.

11.2 Rolle- og ansvarsfordeling i plan- og bygningsretten

Kommunene har primæransvaret for planlegging etter plan- og bygningsloven. Gjennom hjemmelen til å treffe vedtak om rettslig bindende arealplaner, har kommunene fått vide fullmakter av Stortinget til å bestemme hvordan arealene i kommunene skal brukes.²⁰⁷ Det at kommunen er gitt en vidtgående myndighet og pålagt et omfattende ansvar i arealplansaker, er i forarbeidene til gjeldende lov uttrykt som følger:

Det er som hovedregel de folkevalgte organene i kommuner og fylkeskommuner som har ansvar for planleggingen og vedtar planene. Planleggingen er et redskap for folkevalgte organer til å utforme og virkeliggjøre politiske mål. Det er et viktig prinsipp at planleggingen skal skje mest mulig desentralt og nærmest mulig de som berøres av beslutningene. Planprosessene skal sikre åpenhet, informasjon og deltaking fra direkte berørte og andre interesserte.²⁰⁸

Plan- og bygningsloven angir derimot ikke en overordnet *regel* om at kommunalt selvstyre generelt skal være prioritert foran statlig kontroll med arealforvaltningen. I forarbeidene til lovens plandel uttales det om planlovutvalgets forslag:

Utvalgets forslag tar sikte på å sikre en riktig balanse mellom lokalt selvstyre og behovet for å ivareta nasjonale og regionale hensyn. Det legger til grunn at kommunenes stilling i planleggingen ikke skal svekkes. De statlige virkemidlene skal tilrettelegges slik at de blir tydeligere og mer hensiktsmessige både for samhandlingen med kommunene, og for gjennomføring av statens egne planoppgaver.²⁰⁹

²⁰⁷ Se plan- og bygningsloven § 11-15 og § 12-12.

²⁰⁸ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) side 16, og NOU 2001: 7 s. 39.

²⁰⁹ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 83

Bestemmelsene om kommunal vedtakskompetanse i arealplansaker er ett av flere elementer i det samlede arealplansystemet etter plan- og bygningsloven. Andre viktige elementer er bestemmelser om planlegging på regionalt og statlig nivå, bestemmelser om utredning, medvirkning og kontroll, herunder reglene om innsigelse. Det er her tale om samvirkende elementer, som til sammen er ment å ivareta formålet med plan- og bygningsloven, jf. pbl. § 1-1. Det er innledningsvis også viktig å minne om at departementet (KDD) gjennom bestemmelser i plan- og bygningsloven er gitt hjemler til å gripe inn overfor kommunens beslutninger, se eksempelvis pbl. § 11-16 tredje ledd, § 11-18, § 12-13 tredje ledd og § 13-4.

Styrking av det kommunale selvstyret er ikke i seg selv et uttalt formål med selve plan- og bygningsloven. Formålsbestemmelsen, pbl. § 1-1 andre ledd, slår fast at planleggingen skal bidra til å «samordne statlige, regionale og kommunale oppgaver», samt å «gi grunnlag for vedtak om bruk og vern av ressurser». Sistnevnte passus, som i hovedsak omhandler den fysiske arealplanleggingen, må ses i sammenheng med § 1-1 første ledd, som angir *det overordnede materielle formålet* med plan- og bygningsloven:

Loven skal fremme bærekraftig utvikling til beste for den enkelte, samfunnet og framtidige generasjoner.²¹⁰

De forskjellige elementene i det samlede plansystemet, herunder bestemmelsene om utredning, medvirkning, kommunal vedtakskompetanse og statlig kontroll, skal til sammen bidra til å nå den overordnede målsettingen om bærekraftig utvikling.

Bestemmelsene om statlig kontroll er et grunnleggende element i det samlede plansystemet etter plan- og bygningsloven. Statlige myndigheter skal kort sagt påse at kommunene følger lovens krav, samt at regionale og nasjonale interesser blir ivaretatt i arealplanleggingen, se pbl. § 3-2 fjerde ledd og § 3-5. Plan- og bygningsloven inneholder, som nevnt, flere hjemler som gir statlige organer mulighet til å drive kontroll med kommunal planlegging. Gjennom innsigelse drives det kontroll mens planprosessen pågår. Kontrolltanken kommer tydelig frem i pbl. § 1-9 tredje ledd som slår fast at berørte myndigheter kan klage på vedtak der det ikke har vært anledning til å fremme innsigelse. Statsforvalter (eventuelt settestatsforvalter) står for kontrollen når det klages.

Vi skal i det følgende redegjøre for innholdet i bestemmelsene om innsigelse mot arealplanforslag, med henblikk på forholdet mellom statlig kontroll og kommunalt selvstyre.

11.3 Hjemmelsgrunlaget for innsigelse

Plan- og bygningsloven § 5-4 gir offentlige myndigheter hjemmel til å fremme innsigelse til kommunale planforslag. Både kommuner, fylkeskommuner, statlige etater og Sametinget kan fremme innsigelse. Statsforvalter har en særlig sentral rolle som innsigelsesmyndighet. Statsforvalter er gitt ansvaret for å påse at «kommunene

²¹⁰ Se også Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 170.

oppfyller plikten til planlegging», jf. pbl. § 3-2 fjerde ledd. I det følgende er det derfor statsforvalters innsigelsesrett som behandles.

Plan- og bygningsloven § 5-4 første og fjerde ledd slår fast når det er grunnlag for å fremme innsigelse:

[1] Berørt statlig og regionalt organ kan fremme innsigelse til forslag til kommuneplanens arealdel og reguleringsplan i spørsmål som er av nasjonal eller vesentlig regional betydning, eller som av andre grunner er av vesentlig betydning for vedkommende organs saksområde.

[4] Dersom planforslaget er i strid med bestemmelser i loven, forskrift, statlig planretningslinje, statlig eller regional planbestemmelse, eller overordnet plan, kan det fremmes innsigelse.

Hjemmelsgrunnlagene for innsigelse i § 5-4 første og fjerde ledd er av nokså ulik karakter. Den mer generelle bestemmelsen i første ledd kan vi beskrive som en *faglig* kontrollbestemmelse. Den gir grunnlag for innsigelse dersom innsigelsesmyndigheten mener planen kommer i konflikt med nasjonale eller viktige regionale hensyn.

Den mer spesifikke bestemmelsen i fjerde ledd kan betegnes som både en *faglig* og en *rettslig* kontrollbestemmelse. Den gir for det første grunnlag for innsigelse dersom planforslaget er i strid med statlige planretningslinjer eller andre overordnede planer. Ettersom loven ikke er til hinder for at kommunene vedtar en plan med innsigelse, er det et planfaglig skjønn, herunder en vurdering av de hensyn den overordnede planen skal ivareta, som må begrunne innsigelsen.

For det andre gir formuleringen «i strid med bestemmelser i loven, forskrift, ...» et nokså annet grunnlag for å fremme innsigelse. En innsigelse på et slikt grunnlag bygger på en vurdering om at planforslaget er i strid med rettslig bindende krav. Det vil si at planen, slik statsforvalter vurderer det, inneholder rettslige feil eller mangler som kan medføre ugyldighet. Dette vil for eksempel være tilfelle der en plan vedtas uten at forslaget er sendt på høring eller uten at pliktig konsekvensutredning er gjennomført. Innsigelse på dette grunnlaget har derfor klare paralleller til lovlighetskontroll etter kommuneloven kapittel 27. Poenget med bestemmelsen er selvsagt at rettslige feil skal påpekes så snart slike feil oppdages.

Skillet mellom innsigelse på faglig og rettslig grunnlag er etter vår mening av stor betydning når man skal ta stilling til myndigheten til å fremme innsigelse. Dersom innsigelse fremmes på faglig eller planfaglig grunnlag, foreligger det uenighet mellom kommunen og innsigelsesmyndigheten om selve løsningene i planen. I slike tilfeller gir bestemmelsene om mekling god mening. Sammen kan myndighetene komme frem til løsninger som både kommunen og fagmyndighetene finner akseptable. Dersom mekling ikke fører frem, skal departementet treffe endelig avgjørelse. Meklingsordningen gir ikke like mye mening når det fremmes innsigelse med påstand om at det foreligger regelbrudd. Her gjelder uenigheten spørsmålet om hvordan loven skal tolkes og anvendes i det konkrete tilfellet. Likevel er det ingen særordninger i loven for innsigelse fremmet på slikt grunnlag.

11.4 Formålet med bestemmelsene om innsigelse til kommunale arealplanforslag

Formålet med innsigelsesordningen er i hovedsak å ivareta hensynet til saksopplysning og kontroll. Den kontrollmekanismen som ligger i innsigelsesordningen, er en konsekvens av at kommunene ved plan- og bygningsloven av 1985, generelt fikk myndighet til å såkalt «egengodkjenning» av arealplaner.

Når det gjelder hensynet til *saksopplysning*, viser vi til at innsigelsesreglene er plassert i plan- og bygningsloven kapittel 5 om medvirkning i arealplanleggingen.

Innsigelsesordningen skal bidra til å sikre at den enkelte arealplansak blir så godt opplyst som mulig.²¹¹ Poenget er at arealplanvedtak skal være basert på et forsvarlig kunnskapsgrunnlag. Statlige organer skal i noen tilfeller gi *faglige råd* til kommunale arealplanforslag. I andre tilfeller kan det derimot være nødvendig at statlige organer fremsetter *formelle innsigelser*, for eksempel fordi et planforslag er i strid med statlige planretningslinjer eller bestemmelser i lov eller forskrift.

For så vidt gjelder hensynet til *kontroll*, viser vi til historikken bak innsigelsesordningen. Bygningsloven av 1965 var basert på en stadfestingsordning, som medførte at vedtak av kommunale reguleringsplaner trengte godkjenning av staten for å bli rettslig bindende.²¹² I 1978 ble det vedtatt en prøveordning som gikk ut på at enkelte kommuner, som ble utpekt av departementet, selv kunne vedta reguleringsplaner med rettsvirkning. Statlige og regionale fagmyndigheter ble samtidig gitt rett til å fremme innsigelse mot kommunale forslag til reguleringsplan. Vedtak av arealplan uten stadfesting ble betegnet som «egengodkjenning».

Forarbeidene til plan- og bygningsloven av 1985 viser at innsigelse faktisk er ment å være en begrensning i det kommunale selvstyret. Dette kommer blant annet til syne ved drøftelsene om behandling av kommuneplanens arealdel, hvor departementet skriver i punkt 2.8.4:

Dersom fylkeskommunen eller berørte statlige fagmyndigheter ikke har hatt innsigelser, kan kommunestyret vedta planen med bindende virkning. Det samme gjelder dersom kommunestyret tar hensyn til de merknader som er innkommet.

Dersom kommunen og berørte offentlige myndigheter ikke kommer til enighet, skal planen sendes departementet for godkjenning. Departementet avgjør om innsigelsene skal tas til følge, og kan i den forbindelse gjøre de endringer som er påkrevet som følge av innsigelsene.²¹³

På samme sted skriver departementet også at det er kommunene som er planmyndighet og som bestemmer hvordan arealene skal brukes. Andre myndigheter kan ikke pålegge kommunene å legge ut et område til bebyggelse, men:

Det de kan påpeke er at planen faglig sett, innenfor deres kompetanseområde, ikke holder mål og derfor må omarbeides. Dette kan skje i form av faglige merknader, eller

²¹¹ Se forvaltningsloven § 17.

²¹² Se bygningsloven av 1965 § 27 nummer 5, 6 og 7 sammenholdt med § 31 nummer 1.

²¹³ Ot.prp. nr. 56 (1984-1985), s. 52.

som innsigelse med den følge at planen ikke kan egengodkjennes dersom kommunen lar være å ta innsigelsen til følge.²¹⁴

Liknende vurderinger finnes i forbindelse med omtale av reguleringsplaner. Eksempelvis skriver departementet følgende i punkt 2.9.4.6:

Dersom fylkeskommunen eller statlig fagmyndighet, f.eks. landbruksmyndighetene har innsigelser mot reguleringsplanen, kan kommunen ikke vedta den med rettsvirkning. Planen må i tilfelle til departementet som avgjør om den skal stadfestes etter at andre departementer har fått anledning til å uttale seg, jfr. nedenfor under punkt 2.9.4.10 om stadfesting av reguleringsplaner.²¹⁵

Ved plan- og bygningsloven av 1985 ble ordningen med egengodkjenning og innsigelse gjort generell. Planlovutvalget av 1982, som utredet loven av 1985, fant at adgangen til egengodkjenning burde være forbeholdt planforslag uten «innsigelser fra fylkeskommunen eller statlig fagmyndighet». Departementet så ingen betenkeligheter ved at ordningen med egengodkjenning ble gjort landsomfattende og permanent. Departementet presiserte samtidig at den kommunale planmyndigheten måtte være begrenset til planforslag uten «innsigelser fra fylkeskommunen eller statlig fagmyndighet.»²¹⁶

Etter vårt syn bidro overgangen fra stadfestingsordningen til innsigelsesordningen, rent faktisk til å styrke det kommunale selvstyret. Målt opp mot en stadfestingsordning, er det opplagt at innsigelsesordningen ga kommunene mer frihet og selvstendighet, makt og ansvar i arealplansaker. Samtidig skulle ordningen med innsigelse sikre en viss statlig kontroll med kommunal planlegging.²¹⁷ Ordningen med at departementet kunne endre planer som en del av kontrollen ble videreført. I dag gjenfinner vi dette i pbl. § 5-6 første ledd tredje punktum, § 11-16 andre ledd og § 12-13 andre og tredje ledd.

Innsigelsesreglene i gjeldende plan- og bygningslov av 2008 er i det alt vesentlige en *videreføring* av de tilsvarende bestemmelsene i plan- og bygningsloven av 1985.

Forarbeidene til gjeldende lov fremhever hva som er formålet med innsigelsesordningen. Departementet viser til at innsigelsesordningen er et «nødvendig element i det samlede plansystemet», som «skal sikre» at «overordnede interesser» på tilstrekkelig måte blir ivarettatt i kommunale arealplaner.²¹⁸ Samme sted nevner departementet at kommunale arealplansaker skal bli løftet opp til «sentral avgjørelse», dersom det er konflikt mellom myndigheter om «viktige spørsmål». Departementet bemerker samtidig at innsigelsesordningen er forutsatt brukt i tilfeller hvor det ikke lar seg gjøre komme frem til en løsning gjennom den ordinære arealplanprosessen.

Oppsummert kan vi konstatere at *innsigelsesordningen som sådan* er systemisk. Formålet med selve innsigelsesordningen er å sikre saksopplysning og kontroll. Samtidig er det enkeltelementer i innsigelsesordningen som er vedtatt med formål om å

²¹⁴ Ot.prp. nr. 56 (1984-1985), s. 52.

²¹⁵ Ot.prp. nr. 56 (1984-1985), s. 64.

²¹⁶ Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) s. 69.

²¹⁷ Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) s. 26-27.

²¹⁸ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 81.

ivareta det lokale selvstyret i møtet med overordnede myndigheter. Vi viser her til plan- og bygningsloven § 5-7 om domstolsprøving av innsigelser. I forarbeidene uttaler departementet at de fleste innsigelsessaker blir løst under arealplanprosessen. Uenigheten mellom partene gjelder som oftest selve arealbruken, og ikke spørsmålet om en innsigelse er gyldig eller ugyldig. Departementet antar derfor at det sjelden vil være aktuelt for kommunen å reise sak for domstolene. Ifølge departementet er det likevel behov for at kommunen skal kunne reise sak for å få prøvd gyldigheten av en innsigelse. Det at kommunen kan få en uavhengig prøving av innsigelser, vil ifølge departementet bidra til å styrke det lokale selvstyret.²¹⁹

Dersom det blir reist sak etter § 5-7, kan domstolen prøve om innsigelsen er begrunnet i samsvar med § 5-4 femte ledd siste punktum. I forarbeidene til § 5-4 femte ledd siste punktum bemerker departementet at begrunnelsesplikten i seg selv vil ha en verdi, fordi kravet vil bidra til større bevissthet om bruk av innsigelser. Begrunnelsesplikten vil også bidra til å sikre at fremsatte innsigelser får en god faglig og rettslig forankring, og at saken blir godt nok opplyst.²²⁰ Styrking av det lokale selvstyret er ikke angitt som et formål med § 5-4 femte ledd siste punktum. På den annen vil styrking av det lokale selvstyret klart nok kunne være en virkning av bestemmelsen om begrunnelsesplikt for statlige og regionale innsigelsesmyndigheter. Vi kommer tilbake til denne særlige søksmålsordningen i kapittel 13 nedenfor.

11.5 Hensynet til det kommunale selvstyret ved vurdering av om det skal fremmes innsigelse til kommunale arealplanforslag

11.5.1 Utgangspunkter for innsigelse

Utgangspunktet for en mulig innsigelsessak er om det rent faktisk foreligger grunnlag for innsigelse, jf. § 5-4 første og fjerde ledd. Et slikt grunnlag vil som nevnt foreligge dersom et kommunalt planforslag er i strid med nasjonale eller vesentlig regionale interesser, med overordnede planer eller med krav i lov eller forskrift. Spørsmålet om det foreligger grunnlag for innsigelse, er et selvstendig vurderingstema. Loven gir med andre ord ikke rom for en helhetlig vurdering av grunnlaget for å fremme innsigelse, nærmere bestemt slik at vilkårene for innsigelse krever en vurdering og avveining av nasjonale interesser opp mot lokale forhold. Verken lovteksten, forarbeidene eller andre rettskilder gir holdepunkter for en slik tilnærming til vilkårene for innsigelse.

Hvis det foreligger et grunnlag for innsigelse, må innsigelsesmyndigheten ta stilling til om den faktisk skal fremme innsigelse. Loven angir at innsigelsesmyndigheten *kan* fremsette innsigelse, dersom vilkårene på betingelsessiden er til stede. Dermed oppstår spørsmålet om innsigelsesmyndighetene har *rett* eller *plikt* til å fremme innsigelse. Lovens formuleringer om at innsigelse «kan» fremmes, taler klart i retning av at myndighetene har rett, men ingen plikt, til å fremsette innsigelse. Samtidig kan en slik tolkning være problematisk sett opp mot det systemet plan- og bygningsloven utgjør,

²¹⁹ Prop. 64 L (2016-2017) s. 37.

²²⁰ Prop. 64 L (2016-2017) s. 39.

herunder statlige myndigheters ansvar med å påse at kommunene ivaretar regionale og nasjonale hensyn, samt at loven og tilhørende forskrifter følges.

I forarbeidene til plan- og bygningsloven av 1985 er det uttalt at statlige organer bare bør fremsette innsigelse når den aktuelle innvendingen er av «en viss saklig tyngde».²²¹ Tilsvarende var det i spesialmotivene til plan- og bygningsloven § 20-5 (Pbl. 85) om kommuneplan, uttalt at de saker som går til departementet, ikke bør være «helt bagatellmessige».²²² Departementet kan i så fall sende saken tilbake. I rundskriv T-2/16, utgitt 17.02.2021, klargjør Klima- og miljødepartementet hva som utgjør nasjonale interesser på klima- og miljøområdet, med sikte på at den kommunale arealplanleggingen skal bli mest mulig enhetlig og forutsigbar.

Ifølge forarbeidene til loven av 1985, er det «vedkommende myndighet selv som skjønnsmessig avgjør om et spørsmål er av nasjonal eller regional betydning.»²²³ Tilsvarende kommer frem av forarbeidene til endringsloven fra 2017, hvor departementet uttaler at vurderingen av om vilkårene i § 5-4 første og fjerde ledd er til stede, vil bero på et fritt skjønn.²²⁴ Forklaringen fra departementet er at den konkrete vurderingen krever et skjønn som i hovedsak bygger på planfaglige og politiske vurderinger.²²⁵ En skulle kanskje tro at lovendringen i 2017, hvor det i pbl. § 5-4 femte ledd ble inntatt et krav til begrunnelse, var en sentral innskjerping av reglene. Dette er i stor grad en presisering av det som allerede fulgte av kravet til god forvaltningsskikk, og en lovfesting av det som allerede var praksis ved fremme av innsigelser.²²⁶

11.5.2 Momenter i vurderingen av om innsigelse skal fremmes

Den sentrale problemstillingen er om hensynet til det kommunale selvstyret *i seg selv* kan utgjøre et relevant moment ved utøvingen av kan-skjønn etter § 5-4 første og fjerde ledd. Vi vil innledningsvis påpeke at innsigelsesordningen gjelder *planfaglige eller juridiske spørsmål*. Da stadfestingsordningen ble erstattet med innsigelsesordningen, presiserte departementet at egengodkjenning skulle være reservert for tilfeller hvor det ikke forelå innsigelse fra statlig «fagmyndighet», se punkt 11.4 ovenfor.

I rundskriv H-2/14, utgitt 17. februar 2014, gir Kommunal- og moderniseringsdepartementet under punkt 2.1.3 nærmere retningslinjer for bruk av innsigelse:

Det forutsettes at innsigelsesmyndighetene viser stor varsomhet med å overprøve kommunestyrets politiske skjønn i lokale forhold. Grensen mellom hva som er lokale forhold og hva som er i strid med nasjonale interesser kan være vanskelig å trekke i praksis, og arealbruken må vurderes konkret. Det er opp til vedkommende fylkeskommune, annen berørt kommune eller statlige fagorgan å avgjøre hvilke interesser som er så vesentlige at det bør føre til innsigelse og eventuelt avgjørelse i

²²¹ Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) s. 52.

²²² Ot.prp. nr. 56 (1984-1985) s.115.

²²³ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 73.

²²⁴ Prop. 64 L (2016-2017) s. 38.

²²⁵ Se også LB-2014-40734 med hensyn til plan- og bygningsloven § 27-2 nummer 3 andre ledd.

²²⁶ I Prop. 64 L (2016-2017) s. 39 sies det at dette er en lovfesting av det som allerede følger av rundskriv og at lovfesting har «verdi i seg sjølv».

departementet. I og med at innsigelse er fylkeskommunenes og statlige organers virkemiddel for å sikre oppfølging av nasjonal og regional politikk, bør det så langt som mulig bare være viktige konfliktsaker som kommer til avgjørelse sentralt. Innsigelse skal ikke benyttes som et virkemiddel bare for å komme i dialog med kommunen, men kun dersom det er et klart og reelt grunnlag for innsigelse.²²⁷ (vår understrekning)

Departementet gir ingen nærmere forklaring på hva som er ment å ligge i uttrykket «lokale forhold». Enhver arealplan vil i prinsippet gjelde lokale forhold, ettersom kommunen er primær arealplanmyndighet. Kommuneplanen gjelder bare for den enkelte kommune, og reguleringsplaner blir vedtatt med sine respektive planavgrensninger.

Slik vi ser det, kan uttrykket «lokale forhold» være en referanse til to forskjellige omstendigheter. På den ene siden kan «lokale forhold» vise til det lokale selvstyret, det vil si selve *prinsippet* om at kommuner skal ha selvstendig beslutningsmyndighet i lokale saker. På den andre siden kan «lokale forhold» være en henvisning til konkrete arealdisponeringshensyn.

Når departementet uttrykkelig sier at innsigelsesmyndigheten skal være varsom med å overprøve det *politiske* skjønnet i kommunestyret, fremstår det som mest nærliggende at retningslinjen henviser til selve prinsippet om lokalt selvstyre. Vi får i så fall spørsmålet om det rettslig sett er en tilstrekkelig kobling mellom loven og retningslinjen, tatt i betraktning at vilkårene for å fremme innsigelse er av rent faglig karakter.

Lovteksten og forarbeidene gir ingen holdepunkter for at hensynet til det lokale selvstyret i seg selv er et relevant skjønnsmoment i vurderingen av om innsigelse faktisk skal fremmes, snarere tvert imot. Systembetraktninger er et tungtveiende argument for samme resultat. Innsigelsesordningen er en *arealplanfaglig kontrollmekanisme*. Det er statlige fagmyndigheter som kan fremme innsigelse. Selve prinsippet om at kommunen selv skal kunne beslutte mest mulig i lokale saker, ligger utenfor den faglige rammen for innsigelsesordningen. Dersom statlige organer skal unnlate å fremme innsigelse, må beslutningen bygge på konkrete arealdisponeringshensyn knyttet til det aktuelle innsigelsesgrunnlaget. Statlige organer kan ikke avstå fra å fremme innsigelse, basert på mer generelle betraktninger om hensynet til det lokale selvstyret.

Lokalpolitiske hensyn kan etter vår oppfatning ikke veie opp for *faglige* vurderinger innenfor rammene av den innsigelsesordningen vi har i dag. Den mulige motvekten må i tilfelle være lokale arealdisponeringshensyn, det vil si konkrete arealplanfaglige hensyn som motvirker, reduserer eller eliminerer den nasjonale interessen.

Innsigelsesmyndigheten kan for eksempel avstå fra å fremme innsigelse fordi den berørte nasjonale interessen blir tilstrekkelig ivaretatt av annen arealplan, teknologisk utvikling eller annet. Noe forenklet kan det sies at den relevante konstellasjonen av skjønnsmomenter må være «statsfag mot lokalfag», og ikke «statsfag mot lokalpolitikk».

²²⁷ Se også tidligere rundskriv T-2/13, utgitt 27.08.13, og T-5/95, utgitt 6. oktober 1995.

Videre må det bemerkes at dersom statlige organer skulle være varsomme med å fremme innsigelse bare basert på hensynet til det kommunale selvstyret, ville kommunen utilsiktet ha fått et større handlingsrom for inngrep i verdifulle arealer, for eksempel myrområder, enn det lovgivningen legger opp til. Som et klart utgangspunkt er det ikke tilstrekkelig at verdifulle arealer bare blir vurdert i et kommuneperspektiv, de må vurderes i et helhetsperspektiv. Det som hver for seg blir ansett som hensiktsmessige inngrep i den enkelte kommune, kan i sum få alvorlige konsekvenser for den samlede, nasjonale reserven av verdifulle arealer. Behovet for å vurdere slike arealer i et helhetlig perspektiv, blir forsterket av at kommuneinndelingen er betydelig fragmentert.

De negative konsekvensene av å isolere arealplanleggingen til hva den enkelte kommune anser som mest hensiktsmessig i det enkelte tilfelle, er i de nasjonale forventningene til kommunal arealplanlegging blant annet omtalt som følger:

Helhetlig og langsiktig planlegging er nødvendig for å unngå negativ påvirkning på naturmangfoldet og friluftslivsinteresser fra bitvis nedbygging og for å ivareta kulturmiljøet.²²⁸

(...)

Det er viktig at statlige planretningslinjer for differensiert forvaltning av strandsonen langs sjøen legges til grunn for planleggingen, og at bitvis nedbygging gjennom dispensasjoner unngås.²²⁹

Videre kan det sies at retningslinjen om at innsigelsesmyndigheten skal være varsom med å overprøve det politiske skjønnet om lokale forhold, uansett er vanskelig å forene med selve innsigelsesordningen. Dersom partene er uenige om en innsigelse, er den lovbestemte ordningen at forholdet skal bli avklart gjennom forhandling og mekling, eventuelt ved departementsavgjørelse eller domstolsbehandling. Mye taler for at retningslinjene slår en kile inn i det systemet som er etablert av lovgiver ved bestemmelsen i § 5-4 til § 5-7.

Retningslinjer er ikke rettsregler, og kan heller ikke brukes som kilde for å tolke loven. Poenget med retningslinjer er normalt å angi *relevansen* av forskjellige hensyn ved utøvelsen av et forvaltningsskjønn. Retningslinjene kan også angi noe generelt om *vekten* av de respektive hensynene. Det rettslige utgangspunktet er uansett klart: Når lover åpner for utøvelse av forvaltningsskjønn, for eksempel slik det er gjort ved kan-skjønnet etter plan- og bygningsloven § 5-4 første og fjerde ledd, vil det relevante forvaltningsorganet ha både rett og plikt til å utøve et konkret skjønn i den enkelte sak.¹⁴⁵

Selv om vi legger til grunn at domstolene oppstiller relativt beskjedne krav til *graden* av konkret skjønn i det enkelte tilfelle,¹⁴⁶ må det være tale om en individuell skjønnsutøvelse. Innjord oppsummerer rettstilstanden som følger:

²²⁸ «Nasjonale forventninger til regional og kommunal planlegging 2023–2027» s. 26.

²²⁹ «Nasjonale forventninger til regional og kommunal planlegging 2023–2027» s. 28.

Skal man etter dette formulere et alminnelig utgangspunkt – eller en alminnelig tolkningspresumsjon – vil det [...] måtte bli at forvaltningen innenfor lovens rammer kan oppstille generelle retningslinjer for skjønnsutøvelsen, men ikke erstatte det individuelle skjønnnet med faste regler som helt ut bestemmer utfallet av den enkelte sak.¹⁴⁷

Etter vårt syn er det mest nærliggende å anse retningslinjene i rundskriv H-2/14 som et forsøk på å gi faste skjønnsregler. Det departementet kunne ha gjort, var å si noe generelt om relevansen og vekten av forskjellige hensyn. Det departementet derimot gjør, er å *forutsette* at innsigelsesmyndigheten utviser stor varsomhet med overprøving av politisk skjønn i lokale forhold. En retningslinje som forutsetter en bestemt skjønnsutøvelse, fremstår som de rammene loven oppstiller. Den naturlige forståelsen av rundskrivet er at innsigelsesmyndigheten *skal* utvise varsomhet. Slik vi ser det, går rundskriv H-2/14 for langt i den forstand at et individuelt skjønn er erstattet med en fast regel. Mye taler for at retningslinjene er i strid med loven.

Domstolsavgjørelser og sivilombudsuttalelser underbygger at selve prinsippet om kommunalt selvstyre, ikke er et relevant moment i vurderingen av om et statlig organ skal fremme innsigelse der organet etter en faglig vurdering har funnet at det nasjonale interesser.

LB-2014-40734 gjaldt plan- og bygningsloven av 1985 § 27-2 nummer 3 andre ledd, som blant annet ga departementet hjemmel til å endre eller oppheve reguleringsplan som var i strid med «nasjonale interesser».²³⁰ I dommen er det blant annet uttalt følgende:

Videre finner lagmannsretten at det er begrenset rom for å legge vekt på det lokale selvstyret i en sak hvor det er funnet å foreligge nasjonale interesser.

SOM-2018-1219 følger opp det som er uttalt i LB-2014-40734. Saken gjaldt innsigelse mot en kommunedelplan som i betydelig grad ville føre til nedbygging og oppsplitting av et stort sammenhengende natur- og kulturlandskap. Arealplanvedtaket inneholdt ingen vurderinger etter naturmangfoldloven. Sivilombudet satte også spørsmålstegn ved at det i en sak hvor det forelå nasjonale interesser, var lagt så stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret:

Dommen i LB-2014-40734 gjaldt en plansak (reguleringsplan) hvor det var fremsatt innsigelse og saken var bragt inn for det daværende Miljøverndepartementet. Lagmannsretten uttalte her at «det er begrenset rom for å legge vekt på det lokale selvstyret i en sak hvor det er funnet å foreligge nasjonale interesser». Ombudsmannen er enig i dette, og i motsetning til Kommunal- og moderniseringsdepartementet mener ombudsmannen at et slikt synspunkt også får anvendelse i denne saken.

Samlet sett finner vi det derfor klart at hensynet til det kommunale selvstyret i seg selv ikke er et relevant skjønnsmoment etter kan-vurderingen i § 5-4 første og fjerde ledd. Dette hensynet kan med andre ord ikke kan overstyre verken nasjonale interesser i innsigelsessaker eller det forhold at kommunene ikke har fulgt lovens krav i planprosessen.

²³⁰ Se plan- og bygningsloven av 2008 § 12-13 tredje ledd.

Vår konklusjon har også støtte i en tolkningsuttalelse fra KDD, avgitt 29. oktober 2024. Uttalelsen gjelder forståelsen av pbl. § 5-5, og KDD skriver blant annet:

Reelle hensyn, og da først og fremst hensynet til sammenhengen i regelverket, taler etter dette med tyngde for at det er mest hensiktsmessig at det kan fremmes innsigelse i tiårsperioden ved nye styringsdokumenter.

Samlet sett finner departementet at tiårsfristen i pbl. § 5-5 ikke er absolutt, ved at det kan være adgang til å fremme innsigelse dersom det, etter at den gjeldende planen ble vedtatt, har kommet nye styringsdokumenter som det nye planforslaget ikke følger opp. Det må vurderes konkret i hvilken grad slike styringsdokumenter er tilstrekkelige til å danne grunnlag for innsigelse.²³¹ (vår understrekning)

Sammenhengen det vises til i tolkningsuttalelsen er statens generelle og vide adgang til å gripe inn overfor kommunene med hjemmel blant annet i pbl. § 6-4, § 11-16 tredje ledd og 12-13 andre ledd.

Reglene om medvirkning og reglene om innsigelse har nær sammenheng. I sum skal reglene sikre at viktig kunnskap tilflyter kommunene, jf. pbl. § 3-2 tredje ledd (retten og plikten til å delta i planlegging) og kontroll med at kunnskap faktisk brukes, slik at nasjonale og vesentlige regionale interesser ivaretas, samt at nasjonal lovgivning følges.

11.6 Erfaringer fra praksis

11.6.1 Innledning

De foregående punktene viser at innsigelsesinstituttet byr på utfordringer sett i forhold til det kommunale selvstyret. Kommunene er gitt stort handlingsrom og ansvar i arealplanleggingen, og har i utgangspunktet myndigheten til å avgjøre hva arealene i kommunen skal brukes til. Samtidig berører arealbruken også verdier som er av nasjonal interesse og viktighet, for eksempel naturverdier, som staten dermed må følge opp som hørings- og innsigelsesmyndighet i kommunale plansaker. Bruken av innsigelse oppleves ofte som et inngrep i det kommunale selvstyret, til tross for at innsigelsen ofte kan handle om både rettslige forhold og forhold av nasjonal viktighet, hvor det kommunale selvstyret dermed er en mindre relevant faktor i vurderingen av om innsigelse skal fremmes.

I det følgende ser vi på hvordan statsforvalterne, som har en sentral rolle som innsigelsesmyndighet, håndterer og opplever innsigelsesordningen i praksis.

11.6.2 Intervjuer med statsforvalterne

Statsforvalterne vi har snakket med, er svært klar over at kommunene i utgangspunktet har stor frihet til å utøve sitt kommunale selvstyre når det kommer til arealplanleggingen. Samtidig er det et stort regelverk de må forholde seg til og har ansvar for å følge opp, slik som plan- og bygningsloven, naturmangfoldloven, og annet

²³¹ Kommunal- og distriktsdepartementet, tolkningsuttalelse av 29. oktober 2024: [§ 5-5 – nye styringsdokumenter og spørsmålet om adgangen til å fremme innsigelse kan være avskåret](#)

lowverk som er relevant for arealbruk. Statsforvalterne har som oppgave å både tolke og formidle statlige interesser inn i de kommunale planprosessene hvor kommunene har myndighet. En del av denne oppgaven er å tydeliggjøre overfor kommunene hva staten «har ment». Statsforvalterne gir uttrykk for at når de fronter nasjonale hensyn, blir de ofte møtt med påstander om at de «legger seg opp i» det kommunale selvstyret. De må imidlertid i en del tilfeller «legge seg opp i» kommunens arealbruk for å sikre at den ikke er i strid med overordnede nasjonale og regionale interesser. Samtidig gjør det kommunale selvstyret at det skal være en høy terskel for innsigelse. Som følge av dette sier statsforvalterne at de ikke kontrollerer selve arealbruken som det er opp til kommunene selv å bestemme, men at de ser på om arealplanen er innenfor regelverket og i tråd med både nasjonale og regionale interesser.

Gjennom intervjuene kommer det frem at statsforvalterne opplever innsigelser som krevende, da de ofte oppfattes som noe av det mest inngripende statsforvalter kan gjøre. Mange kommuner, og spesielt små kommuner, blir svært positivt innstilt dersom en næringslivsaktør ønsker å etablere seg i kommunen. Det er et tydelig ønske om og fokus på vekst og utvikling i kommuner, og det er gjennom arealplanleggingen at lokalpolitikere opplever at de kan bidra til at det skjer. Når statsforvalteren fremmer innsigelse mot utbygginger i områder med landbruks-, natur- og friluftsmål (LNF-områder), oppleves statsforvalteren som en «festbrems» som er til hinder for utvikling i lokalsamfunnene. Ifølge en informant er det mange kommuner som mangler kunnskap om natur og om prinsippene i naturmangfoldloven, noe som fører til at statsforvalteren bruker mye tid og ressurser på veiledning som ifølge informanten burde vært unødvendig. Oppfattelsen til informanten er at kommunene i stor grad hører på veiledningen de får i slike saker, noe som gjør at man unngår innsigelser.

Det å få ned mengden innsigelser har vært en uttalt målsetning for regjeringer over lang tid, og det er en oppfattelse blant informantene om at rundskriv T-2/2013 (med endringer) har ført til færre innsigelsessaker. Informantene på tvers av alle statsforvalterne mener at de praktiserer en høy terskel for innsigelse som en følge av dette. Inntrykket er at «alle» som jobber med dette sektorområdet vet at man skal ha en høy terskel, og det nevnes ofte.

En informant forteller at de har lykket med dette ved å ha god og tidlig dialog med kommunene. Hvis man setter seg ned sammen med kommunene og andre berørte og relevante statsetater og prater om hva som er utfordringene, mener informanten at både statlige og regionale interesser, hensyn og mål blir langt bedre ivaretatt som følger av en slik dialog enn gjennom innsigelser. En annen informant peker på at kommunene likevel synes at det er mange innsigelsessaker.

Embetene legger størst vekt på de føringene departementet har gitt med hensyn til om innsigelser skal fremmes. Verken presiseringen av kravene til begrunnelse i pbl. § 5-4 eller søksmålsadgangen etter pbl. § 5-7 i seg selv har hatt nevneverdig betydning for embetene med tanke på å begrense antallet innsigelser. Det ble i intervjuene også gitt uttrykk for at regjeringen over flere år har ført en retorikk som gjør statsforvalter mer usikker på når innsigelse skal brukes. Dermed blir «terskelen» vanskeligere for aktørene.

Dette gjelder spesielt når statsforvalternes innsigelser blir tilsidesatt av departementet. Statsforvalterne opplever at det skal mye til for at KDD tar innsigelser til følge. Selv om man i slike saker ofte blir enige i mekling eller før, oppleves det som vilkårlig hvorvidt innsigelsen eller det kommunale selvstyret blir tilsidesatt, og at det mangler en rød tråd i hvordan departementet opptrer i sine innsigelsesavgjørelser. Likevel oppfattes det av flere informanter som at det kommunale selvstyret vektlegges svært tungt i meklinger og departementsbehandling, selv om det ikke blir eksplisitt skrevet.

Det kom også frem i intervjuene at ingen av statsforvalterne var særlig bevisst på å skille mellom innsigelse på faglig eller rettslig grunnlag. På spørsmål om dette skillet burde tydeliggjøres i loven, svarte de bekræftende.

Del 3: Kommunenes adgang til å reise søksmål mot staten

12. Kommunenes søksmålsadgang etter tvisteloven

12.1 Innledning

Temaet for dette kapittelet er hvilken adgang kommunene har til å reise søksmål mot staten etter regler i tvisteloven. Kommunene har flere roller og opptrer både som private rettssubjekter og offentlige organer, og søksmålsadgangen vil variere etter hvilken rolle kommunen har. Det mest sentrale for denne utredningen er at tvl. § 1-4 a nå gir kommunene adgang til å reise søksmål mot staten om gyldigheten av statlige avgjørelser om kommunale vedtak. I det følgende ser vi først på kommunens søksmålsadgang etter den alminnelige regelen i tvl. § 1-3, før vi ser mer inngående på den nye søksmålsadgangen etter tvl. § 1-4 a. Avslutningsvis ser vi nærmere på forholdet mellom de to bestemmelsene, særlig sett i lys av den nye Høyesterettsavgjørelsen i HR-2024-1948-A.

12.2 Søksmålsadgangen etter tvisteloven § 1-3

12.2.1 Bakgrunn

Kommunene kan i en del tilfeller reise søksmål mot staten etter de alminnelige reglene i tvisteloven § 1-3. Kommunene er selvstendige rettssubjekter med privat autonomi, og opptrer i mange tilfeller som private rettssubjekter, på samme måte som for eksempel selskaper eller enkeltpersoner. Kommunene har partsevne etter tvisteloven, se tvl. § 2-1 første ledd bokstav b.

Kommunene vil kunne reise søksmål dersom vilkårene i tvl. § 1-3 er oppfylt, slik at kommunen har såkalt rettslig interesse. Vi går her ikke i dybden på vilkårene, men gir en forenklet oversikt for sammenhengens skyld. Bestemmelsen sier at:

- (1) Det kan reises sak for domstolene om rettskrav.
- (2) Den som reiser saken, må påvise et reelt behov for å få kravet avgjort overfor saksøkte. Dette avgjøres ut fra en samlet vurdering av kravets aktualitet og partenes tilknytning til det.

Høyesterett har i HR-2021-417-P utdypet vilkårene i bestemmelsen slik:

For så vidt gjelder den overordnede forståelsen, nevner jeg helt stikkordsmessig de tre vilkårene som fremgår av ordlyden. For det første må gjenstanden for søksmålet være et 'rettskrav'. Etter andre ledd stilles det et krav til 'aktualitet', som gjelder søksmålssituasjonen – det må være et reelt behov for rettsavklaring. Endelig er det et krav om 'tilknytning' til søksmålsgjenstanden – saksøkeren må ha et beskyttelsesverdig behov for å få dom overfor saksøkte.

Et søksmål må i utgangspunktet knytte seg til et bestemt faktum og gjelde et nærmere definert og omtvistet rettsspørsmål mellom sakens parter som avgjøres ut fra rettsregler. En part kan derfor for eksempel ikke få dom for hvordan en rettsregel generelt er å forstå.²³²

Der det foreligger en rent privatrettslig tvist mellom kommunen og staten, kan kommunen bringe denne inn for domstolene innenfor de rammene tvl. § 1-3 setter. Dette kan for eksempel gjelde eierskap til et areal. Videre må det kunne legges til grunn at kommunen kan reise søksmål om gyldigheten av statlige pålegg rettet mot kommunen som privat rettssubjekt.²³³ Dette kan være statlig pålegg om retting e.l. etter gjennomført tilsyn med kommunens «aktørplikter», hvor kommunen står i samme stilling som andre aktører som yter samme tjeneste. I begge de ovennevnte tilfellene er det klart at kommunen vil ha samme stilling eller interesse som andre private parter ville hatt. Kommunene blir da i praksis blitt likestilt med andre private rettssubjekter, og kan fremme søksmål på lik linje med disse.

Det har også vært lagt til grunn at kommunene kan ha adgang til å reise søksmål på *innbyggernes vegne* etter tvl. § 1-3. Dette vil være tilfeller hvor mange av innbyggerne i kommunen berøres for eksempel av et statlig vedtak, og kommunen opptre som en representant for innbyggernes interesser.²³⁴ Et eksempel på at dette synspunktet også er lagt til grunn i Høyesterett, er Rt. 1993. s 445, som gjaldt om en kommune hadde rettslig interesse i å få prøvet gyldigheten av et konsesjonsvedtak vedrørende en privat eiendom. I saken ble konklusjonen riktignok at kommunen *ikke* hadde rettslig interesse i det konkrete tilfellet, fordi det aktuelle vedtaket ikke berørte innbyggernes rettsstilling. Kjæremålsutvalgets kjennelse etterlater likevel liten tvil om at det legges til grunn at kommunen generelt kan ha søksmålsadgang på et slikt grunnlag:

Kommunen gjør gjeldende at den som representant for innbyggerne i kommunen eller en del av disse, har rettslig interesse i å få dom for at departementets vedtak er ugyldig. Utvalget er enig med lagmannsretten i at dette synspunktet ikke kan begrunne søksmålskompetanse for kommunen i dette tilfellet. Når vedtaket slik som her ikke berører rettsstillingen til innbyggerne i kommunen, må det under enhver omstendighet foreligge tungtveiende hensyn for at kommunen ut fra en slik betraktning kan anses for å ha søksmålskompetanse.

Kommunens søksmålskompetanse er også behandlet i nyere Høyesterettsavgjørelser, blant annet HR-2023-1044-A, hvor Høyesterett kom til at Beiarn og Bardu kommuner har rettslig interesse i å få prøvd om fjellova gjelder i de to kommunene. Vi ser nærmere på denne dommen i det følgende.

12.2.2 HR-2023-1044-A

Kommunene Beiarn og Bardu gikk til søksmål mot staten og Statskog SF for å få avklart om fjellova, som regulerer statsallmenninger i Sør-Norge, også kommer til anvendelse på statens grunn i Nordland og Troms. Fjellova gir blant annet kommunene rett til å

²³² HR-2021-417-P, avsnitt 121 og 122.

²³³ Prop. 64 L (2016-2017) s. 21.

²³⁴ Sigrid Stokstad, «Utvidet adgang til domstolskontroll i tvister mellom stat og kommune» i H.N. Tøssebro, *Ugyldighet i forvaltningsretten* (2019), s. 240-258, på side 244.

opprette fjellstyrer, og det gis visse rettigheter til lokalbefolkningen. Spørsmålet for Høyesterett var om kommunene hadde rettslig interesse i saken og dermed kunne få prøvd spørsmålet om fjellova også gjaldt for Nordland og Troms for domstolene.

Det sentrale spørsmålet i saken var om statens utmarkseiendom i Beiarn og Bardu, er statsallmenning, slik at fjellova kommer til anvendelse og kommunestyrene skal oppnevne fjellstyrer.

Kommunene mente at grunnen er statsallmenning, og fattet vedtak om å opprette fjellstyrer. Vedtakene ble oversendt Landbruks- og matdepartementet. Departementet mente at fjellova ikke gjaldt for statens grunn i Nordland og Troms, og at kommunene ikke hadde hjemmel til å fatte vedtak om opprettelse av fjellstyrer for området. Videre mente departementet at kommunal oppnevning av fjellstyrer ville være uten den myndigheten og inntektene som normalt ville følge av fjellova. Kommunene oppnevnte ikke medlemmer til fjellstyrene, men i 2021 tok Beiarn kommune og Bardu kommune ut søksmål mot staten v/Landbruks- og matdepartementet.

Tingretten kom til at kommunene ikke hadde søksmålsadgang etter tvl. § 1-3 fordi søksmålet i hovedsak gjaldt offentligrettslig kompetanse som kommunen ikke kunne gå til søksmål om, nærmere bestemt statens forståelse av fjellovas anvendelse.

Lagmannsretten mente på sin side at kommunene hadde rettslig interesse i spørsmålet om fjellova gjelder på statens utmarkseiendommer i kommunene, men ikke når det gjaldt de konkrete konsekvensene av dette.

Ved behandlingen i Høyesterett uttaler førstvoterende innledningsvis at:

Saken gjelder spørsmål om en sak helt eller delvis skal avvises fra domstolene som følge av manglende rettslig interesse etter tvisteloven § 1-3. De underliggende kravene knytter seg til anvendelsesområdet for fjellova og gyldigheten av kommunenes vedtak om å opprette fjellstyrer, samt et spørsmål om beiterettigheter. Den reiser også spørsmål om kommunenes søksmålsadgang på egne og på innbyggernes vegne.

For Høyesterett knytter den prinsipielle vurderingen seg særlig til hvorvidt påstandene om at fjellova kommer til anvendelse gjelder et abstrakt rettsspørsmål.

Saken for Høyesterett dreide seg altså om den faktiske rettslige interessen og kommunenes søksmålskompetanse, og ikke om fjellova faktisk kom til anvendelse på de aktuelle områdene i kommunene.

Høyesterett innleder avgjørelsen med å slå fast at det som utgangspunkt ikke kan reises sak om abstrakte rettskrav. Det ligger dermed som et rettslig utgangspunkt, og klar hovedregel, at kommunene ikke kan reise sak mot staten om offentligrettslige kompetanseforhold uten at det er truffet et konkret vedtak som angripes.

Høyesterett uttaler også at denne saken er «mer abstrakt» enn det som har vært tilfellet i tidligere rettspraksis hvor en unntaksvis, og etter en konkret vurdering har konkludert med at abstrakte søksmål bør tillates.²³⁵ I forlengelsen av dette uttaler Høyesterett:

²³⁵ Rt-1998-300, HR-2021-417-P.

Slik denne saken ligger an, har jeg imidlertid noe vanskelig for å se at kommunene bør tvinges til å oppnevne et fjellstyre før de kan få prøvd for domstolene om de er berettiget til det. Både kommunenes og departementets syn er klart, jf. korrespondansen i 2017. Brevet fra departementet har visse likhetstrekk med Rusmiddeldirektoratets brev i draktreklame-avgjørelsen, selv om det ikke er varslet sanksjoner. Departementet har vist til at fjellstyret vil være uten den myndighet og de inntekter som følger av fjellova. Det er videre lite rimelig å pålegge private parter søksmålsbyrden her.

Det er her kanskje den siste setningen som gir grunnlag for særlige refleksjoner. Dersom «urimeligheten» av at private parter pålegges søksmålsbyrden i abstrakte rettskrav mellom kommune og stat tillegges stor vekt, er det nok grunnlag for å si at Høyesterett har senket terskelen betraktelig når det kommer til å åpne opp for at det reises krav mot staten om offentlige kompetanseforhold.

Dette må likevel ses i sammenheng med både aktualitetskravet og tilknytningskravet. Gjennom disse kravene er det nok grunnlag for å si at det i praksis vil være vanskelig å nå frem med abstrakte søksmål fra kommunenes side. Høyesteretts avgjørelse i denne saken viser imidlertid at også her, og kanskje særlig når det gjaldt kravet til aktualitet, var Høyesterett villig til å «strekke strikken» for å få det resultatet en ønsket. Det er spesielt interessant å merke seg avsnitt 74 til 76 i dommen:

Det er videre anført fra statens side at det så langt kun er private parter som har krevd slik forhåndsavklaring som kommunene nå ber om. Etter mitt syn er det ikke avgjørende. Også en kommune kan i helt spesielle tilfeller ha krav på en avklaring, uten å måtte gjennomføre handlinger med tilhørende kostnader eller treffe vedtak, som ut fra statens tilkjennegitte syn på saken, mest sannsynlig ville bli opphevet i en lovlighetskontroll etter kommuneloven § 27-3 fjerde ledd.

Etter min oppfatning er dette et slikt tilfelle. Det foreligger en årelang rettslig konflikt mellom partene. Kommunene mener det er reell rettsusikkerhet, og at det pågår en rettstridig forvaltning av områdene fordi innbyggerne ikke kan utøve lokal forvaltning. Det er uenighet om inntektene fra området og om begrensninger i grunnDisponeringer fra staten og Statskog, fordi fjellova har særlige regler om dette. Jeg har forståelse for at kommunene i en slik situasjon ønsker å få en avklaring, og at de viker tilbake for å oppnevne medlemmer til fjellstyrene før det er avklart om det rettslige grunnlaget for dette er til stede.

Selv om en grundig lovlighetskontroll etter en eventuell oppnevning av fjellstyret, muligens kunne bidratt med ytterligere opplysninger om faktum og jus, er det ikke klart at et vedtak ville styrket domstolens grunnlag for den rettslige prøvingen. Det er heller ikke klart at en slik lovlighetskontroll ville bli gjennomført.

Det fremgår her at det forelå en klar rettslig konflikt mellom partene gjennom flere år, med et behov for avklaring, som man neppe ville komme noe nærmere gjennom vedtak og eventuell lovlighetskontroll. Høyesterett kommer dermed også til at kravet til aktualitet er oppfylt. Etter vår vurdering taler også reelle hensyn for at kommunene, i den konkrete saken, bør gis mulighet for en rettsavklaring.

Høyesterett klargjør også, under vurderingen av tilknytningskravet, at det å ivareta innbyggernes interesser ikke forutsetter at det er tale om at mange, eller at et bestemt antall, innbyggere har interesse i en rettslig avklaring. En må vel likevel anta at en rettslig avklaring bør gjelde et visst antall av kommunens innbyggere for at premisset om at kommunen skal ivareta innbyggerinteresser skal kunne slå igjennom i slike saker. Dette er trolig spørsmål Høyesterett vil måtte avklare i senere saker.

I andre tilfeller kan det oppstå tvil om rekkevidden av kommunenes søksmålsadgang. Kommunene står tidvis i samme posisjon overfor staten som private aktører gjør, mens de andre ganger opptrer som utøvere av offentlig myndighet eller som offentlig organ. I tillegg kommer en mellomposisjon hvor de ikke nødvendigvis opptrer på linje med private eller driver myndighetsutøvelse. Grensene er vanskelige å trekke, og det kan her ikke angis noe helt presist omfang av kommunenes søksmålsadgang etter tvl. § 1-3.

12.3 Tvister om gyldigheten av et statlig organs avgjørelse – tvisteloven § 1-4 a

12.3.1 Bakgrunn

I tillegg til søksmålskompetansen etter tvisteloven § 1-3, har kommunene nå etter tvisteloven § 1-4 a adgang til å gå til søksmål mot staten for å få avklart gyldigheten av en rekke statlige avgjørelser. Bestemmelsen gjelder kommunens søksmålskompetanse i egenskap av å være offentlig myndighet. I dette punktet er temaet bakgrunnen for § 1-4 a og dens formål, bestemmelsens innhold og forholdet til andre bestemmelser i tvisteloven. I den sammenheng kan det være interessant i løfte frem det Høyesterett uttaler i HR-2023-1044-A om sammenhengen mellom bestemmelsene:

Slik jeg ser det, er det forhold at § 1-4 a ikke får anvendelse som utgangspunkt uten betydning for forståelsen av § 1-3. Bestemmelsen begrenser ikke den rettslige interessen etter tvisteloven § 1-3, men utvider den heller ikke. Slik denne saken ligger an, er det ikke nødvendig for meg å gå inn på dette.

Tradisjonelt har det vært lagt til grunn i norsk rett at kommuner ikke kan gå til søksmål mot staten for å få endret eller avklart gyldigheten av statlige vedtak som overprøver kommunale avgjørelser, for eksempel i en klagesak. Utgangspunktet har vært at tilknytningskravet etter tvisteloven § 1-3 andre ledd, normalt ikke anses oppfylt når kommunens tilknytning til saken bare er i egenskap av å være den myndigheten som har fattet vedtaket som blir opphevet eller omgjort av staten i klagesaken.²³⁶ Dette kommer til uttrykk i Rt. 1993 s. 445, hvor Høyesteretts kjæremålsutvalg blant annet uttaler:

Det ville ellers harmonere dårlig med den fordeling av myndighet mellom staten og kommunene som konsesjonsloven foretar, om kommunen i egenskap av underordnet eller rådgivende forvaltningsorgan kunne kreve departementets vedtak rettslig prøvet.²³⁷

²³⁶ Prop. 64 L (2016-2017), s. 20.

²³⁷ Dersom vedtaket hadde berørt innbyggernes rettsstilling, ville kommunen kunne ha hatt søksmålsadgang som representant for innbyggerne, se punkt 12.2.1 ovenfor.

Dette synspunktet kan i utgangspunktet være forståelig ut fra de generelle reglene i tvisteloven, kanskje særlig av hensynet til de private partene som berøres av saken. Det kunne fremstå som uryddig hvis kommunene saksøker staten på grunn av en eventuell omgjøring.²³⁸

Når man ser dette i lys av det langvarige og klart fastslåtte standpunktet om at kommunene er selvstendige rettssubjekter, blir situasjonen i mange tilfeller en annen. Haukeland Fredriksen og Strandberg legger til grunn at den tidligere oppfatningen og rettstilstanden nok skyldes:

at forståelsen av kommunene som underordnede forvaltningsorganer har trumfet betydningen av at de er egne rettssubjekter. Det motsetningsforholdet som unektelig eksisterer mellom kommunenes statuser som henholdsvis underordnede forvaltningsorganer og selvstendige rettssubjekter, har imidlertid ikke vært særlig klart artikulert – det virker nærmest som at det bare ble tatt for gitt at en kommune i egenskap av underordnet forvaltningsorgan ikke kunne gå til domstolene for å få overprøvd statsforvaltningens vurdering.²³⁹

Det at kommunene *ikke* skal ha adgang til rettslige avklaringer av for eksempel statens lovtolkning, kan på den ene side harmonere dårlig med kommunenes stilling som selvstendige rettssubjekter. På den annen side vil omtalen av kommuner som selvstendige rettssubjekter, i denne sammenhengen, kunne harmonere dårlig med tanken om et enhetlig forvaltningssystem. Kommunene som offentlige myndigheter fatter en rekke beslutninger og vedtak, og må i denne forbindelse også tolke regelverket og anvende det på de konkrete situasjonene som foreligger. Lovgivningen er på mange områder er preget av skjønnsmessige begreper, og at det kan oppstå tvil om hva som egentlig er riktig forståelse av en bestemmelse. Staten er i svært mange tilfeller gitt myndighet til å overprøve kommunenes avgjørelser, blant annet gjennom klagebehandling, lovlighetskontroll og tilsyn. Bakgrunnen for denne rollefordelingen er som vi har sett hensynet til rettsikkerhet for den enkelte borger, herunder likebehandling, beskyttelse mot myndighetsmisbruk, osv. Det eksisterer i dag en forventning om at kommunene skal følge statens avgjørelser i for eksempel klagesaker, og i mange tilfeller vil kommunene innrette seg etter statens vedtak. Likevel kan det oppstå tilfeller der kommunen er uenig i statens lovtolkning, og dermed ikke ønsker å legge denne til grunn uten ytterligere avklaring.

Bestemmelsen om kommunenes søksmålsadgang i slike tilfeller kom inn i tvisteloven § 1-4 a med virkning fra 1. januar 2018, og er en klar utvidelse av kommunenes mulighet til å reise søksmål mot staten. Utvidelsen er i juridisk teori omtalt som en endring som «medførte en betydelig rettsendring ved radikalt å utvide kommuners og fylkeskommuners adgang til å reise søksmål mot staten.»²⁴⁰

²³⁸ Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove, *Kommunalrett* (2002) s. 104.

²³⁹ H. Haukeland Fredriksen og M. Strandberg, «Kommunale søksmål mot staten i tilfeller hvor et kommunalt enkeltvedtak er endret av en statlig klageinstans» i *Integritet og ære Festskrift til Henry Johan Mæland* (2019), s. 377–400, på s. 37.8

²⁴⁰ Tore Schei mfl., *Tvisteloven, lovkommentar*, [Tvisteloven § 1-4A. | Lovkommentarer | Juridika](#), punkt 1.

Som vi har sett gjennomgående i denne utredningen, har det de senere årene vært foretatt flere lovendringer nettopp for å styrke det kommunale selvstyret. Dette omfatter også å gi kommunene adgang til å reise søksmål mot staten også i saker som gjelder statens myndighetsutøvelse overfor kommunen. Det fremgår utvetydig av forarbeidene til blant annet tvisteloven § 1-4 a, Prop. L 64 (2016-2017) at det er ønskelig å styrke det kommunale selvstyret og bidra til mer likestilling mellom kommuner og staten:

Forholdet mellom kommunane og staten er i den samanhengen viktig. For å styrkje det kommunale sjølvstyret og for å bidra til eit levande lokaldemokrati meiner regjeringa at kommunane i større grad må få tilgang til ei uavhengig prøving av rettslege tvistar med staten. Det vil også bidra til større grad av likeverd mellom kommunane og staten.²⁴¹

I proposisjonen er det på side 22 fremhevet at det vil gi et bedre vern av kommunene og det kommunale selvstyret dersom kommunene kan få prøvd statens rettsbruk for domstolene. Videre fremgår det at det å sikre rettsriktige avgjørelser og rettsavklaringer også når staten og kommunene er uenige har en vesentlig verdi, og at dette best gjøres gjennom et uavhengig organ, som domstolene. I tillegg påpeker departementet at en tvisteløsningsordning vil bidra til å fjerne tvil om hvorvidt Norge etterlever sine forpliktelser etter det europeiske charteret om lokalt selvstyre, her særlig artikkel 11. Det er altså flere hensyn enn hensynet til det kommunale selvstyret som er bakgrunnen for bestemmelsen, selv om dette hensynet utvilsomt var det mest sentrale.

Forarbeidene presiserer at den nye bestemmelsen gir kommunen adgang til å gå til søksmål mot staten i nærmere angitte tilfeller selv om vilkårene i tvisteloven § 1-3 ikke er oppfylt. Samtidig sies det at «Lova grip ikkje inn i retten kommunane eller fylkeskommunane har til å saksøkje staten etter anna regelverk, til dømes der vilkåra etter tvistelova § 1-3 er oppfylte.»²⁴² Forarbeidenes vurderinger av forholdet til tvl. § 1-3 kan nok være noe knappe i enkelte tilfeller, og særlig forholdet til aktualitetskravet kan problematiseres. I det følgende ser vi nærmere på omfanget av søksmålsadgangen etter § 1-4 a, inkludert forholdet til og vekselvirkninger med tvisteloven § 1-3, og hvilke virkninger en eventuell dom om ugyldighet kan få.

12.3.2 Omfanget av søksmålsadgangen etter tvisteloven § 1-4 a

Hvem som kan reise søksmål

Søksmål kan reises av «en kommune eller en fylkeskommune», se tvl. § 1-4 a første ledd. Dette fremgår av forarbeidene at dette vil være den kommunen eller fylkeskommune som det statlige vedtaket retter seg mot, typisk den kommunen som har fattet et vedtak som omgjøres i en statlig klagebehandling, eller som et pålegg i forbindelse med tilsyn er rettet mot.²⁴³

Tilsvarende søksmålsadgang gjelder for samarbeidskommuner i et vertskommunesamarbeid etter kommuneloven kapittel 20, se tvl. § 1-4 a tredje ledd. Dersom vedtaket bare gjelder én samarbeidskommune, vil det bare være denne

²⁴¹ Prop. 64 L (2016-2017), s. 20.

²⁴² Prop. 64 L (2016-2017), s. 42.

²⁴³ Prop. 64 L (2016-2017) s. 24.

kommunen som kan reise søksmål. Gjelder vedtaket vertskommunen, vil det være denne som kan reise sak.²⁴⁴ Vi går ikke nærmere inn på vertskommunesamarbeid her. Søksmålsadgangen gjelder for øvrig også for Longyearbyen lokalstyre, se § 1-4 a tredje ledd.

Det er lagt til grunn at tilknytningskravet i tvl. § 1-3 andre ledd ikke byr på problemer der vilkårene i tvl. § 1-4 a er oppfylt.²⁴⁵ Hvem som kan gå til søksmål, reguleres fullt ut av tvl. § 1-4 a første og tredje ledd. Andre interkommunale samarbeid enn vertskommune, eller helt eller delvis kommunalt eide selskaper er ikke gitt tilsvarende søksmålsadgang i tvl § 1-4 a. Departementet drøfter i på side 25 i proposisjonen om disse bør gis søksmålsadgang i loven, og om måten kommunen har organisert seg på, også bør få konsekvenser for adgangen til å reise sak, men lander på at:

På den eine sida kan det hevdast at måten kommunen har organisert seg på, ikkje bør vere styrande for retten til å reise sak, men at det er sakstypen, jf. punkt 4.4.3, som bør vere avgjerande. Dersom eit selskap til dømes har fått delegert myndigheit av kommunen/kommunane til å gjere einskildvedtak som blir overprøvde av ein statleg klageinstans, kan det argumenterast for at også selskapet bør få rett til å reise sak. (...)

På den andre sida vil det kunne hevdast at det ikkje er urimeleg at måten kommunar vel å organisere seg på, også får konsekvensar for retten til å reise sak. Prinsipielt kan det vere viktig at det berre er kommunen som kan reise sak, og at ein slik kompetanse ikkje bør ligge til eit selskap, sjølv om det skulle vere kommunalt eigd.

Det følgjer av kommunelova § 6 at kommunestyret er det øvste organet i kommunen, og at dei gjer vedtak på vegner av kommunen så lenge ikkje anna følgjer av lov eller delegeringsvedtak. Denne føresegna bør leggjast til grunn også når det gjeld kompetansen til å reise sak for domstolane. Det betyr at kommunestyret må delegere denne myndigheita dersom dei ikkje sjølve vil behalde henne.

Haukeland Fredriksen og Strandberg vurderer dette forholdet mellom tvl. § 1-4 a og tilknytningskravet i tvl. § 1-3 andre ledd nærmere.²⁴⁶ De bemerker at forarbeidene her forutsetter at eierkommunen selv kan gå til sak, selv om vedtaket er fattet av et annet rettssubjekt. De skriver at:

Standpunktet savner støtte i ordlyden i § 1-4 a (1) bokstav a («kommunens ... enkeltvedtak»), men bør vel likevel anses som gjeldende rett – staten har knapt noen berettiget forventning om å unnsnippe søksmål som departementet selv synes å forutsette at det er grunnlag for.²⁴⁷

²⁴⁴ Prop. 64 L (2016-2017), s. 24-25.

²⁴⁵ Tore Schei mfl., *Twisteloven, lovkommentar*, [Twisteloven § 1-4A.](#) | [Lovkommentarer](#) | [Juridika](#), punkt 4.

²⁴⁶ Haukeland Fredriksen og Strandbergs artikkel gjelder i hovedsak søksmål etter tvl. § 1-4 a første ledd bokstav a, men forfatterne presiserer på side 380 at dette er av plasshensyn, og at argumentene i artikkelen også vil gjelde for de øvrige sakstypene i bestemmelsen.

²⁴⁷ H. Haukeland Fredriksen og M. Strandberg, «Kommunale søksmål mot staten i tilfeller hvor et kommunalt enkeltvedtak er endret av en statlig klageinstans» i *Integritet og ære Festskrift til Henry Johan Mæland* (2019), s. 377–400, på s. 384.

Helheten i det kommunale selvstyret, herunder organiseringsfriheten, kan kanskje tilsi at kommunen ikke bør avskjæres fra søksmålsadgangen fordi den har delegert vedtaksmyndigheten til for eksempel et kommunalt eid selskap. Vedtaket som er fattet, er riktignok fattet etter delegert myndighet, men hører fortsatt til under kommunens myndighetsområde. Det vil dermed også fortsatt anses som «kommunens» enkeltvedtak. Så lenge den «tilhørende» søksmålskompetansen ikke er delegert til andre, må denne ligge i behold hos kommunen selv. Det synes heller ikke som om departementet har forutsatt noe annet i sin drøftelse i forarbeidene. På den annen side burde det i slike tilfeller kanskje være det kommunale selskapet som har søksmålsadgangen. Her har det kommunale selskapet som selvstendig rettssubjekt fattet vedtaket, og det kan argumenteres for en konsekvent tilnærming slik at det da også er selskapet som kan gå til søksmål.

Når det gjelder hvem i kommunen som kan beslutte å reise sak, vil dette avhenge av hvem som er delegert slik myndighet. Utgangspunktet vil være at det er kommunestyret, som kommunens øverste organ, som har myndigheten. Kommunestyret kan som tidligere nevnt delegere sin myndighet til andre organer etter reglene i kommuneloven kapittel 5, se punkt 6.2 ovenfor. I en del tilfeller vil søksmålsadgangen imidlertid ikke være uttrykkelig delegert gjennom kommunens delegeringsreglement, eller i det hele tatt konkret omtalt i reglementet. Avgjørelsen av hvem som kan beslutte å reise søksmål, vil da måtte bero på en tolkning av delegeringsreglementet.

Dette kommer blant annet frem i Rt. 2008 s. 849, som gjaldt spørsmålet om hvem som kunne beslutte og foreta prosesshandlinger på vegne av kommunen i tvangssaker etter barnevernloven. Søksmålskompetansen etter barnevernloven var ikke spesifikt delegert i kommunens delegeringsreglement, men reglementets § 30 fastslo at: «Administrasjonen gis myndighet til å treffe vedtak i medhold av barnevernloven.» Høyesteretts flertall mente at selv om bestemmelsens formål først og fremst måtte være avklaring av at det overordnede ansvaret for barnevernet skulle ligge til administrasjonen, kunne bestemmelsen ikke være begrenset til bare dette. Flertallet vurderer dette slik:

Kommunens adgang til å bringe vedtak av fylkesnemnda for sosiale saker inn for retten, reguleres av barnevernloven § 7-24. En beslutning på vegne av kommunen om å bringe et fylkesnemndsvedtak inn for retten vil således være et «vedtak i medhold av barnevernloven». Det samme gjelder en beslutning om å påanke en rettsavgjørelse i en barnevernsak. Da delegasjonsreglementet ikke inneholder noen eksplisitt bestemmelse om kompetansen til å anlegge søksmål og å anvende rettsmidler på kommunens vegne, finner Høyesteretts flertall at reglementet § 30 bør tas på ordet, slik at den også omfatter søksmåls- og ankekompetansen i saker etter barnevernloven. Slike saker er i liten grad egnet til å bli behandlet av kommunestyret, og når delegasjonsvedtaket inneholder en delegasjonsbestemmelse som etter sin ordlyd også omfatter søksmåls- og ankekompetanse i barnevernsaker, er det naturlig å forstå bestemmelsen i samsvar med ordlyden.

Flertallet presiserer videre at dersom «kommunestyret ikke har ment å delegere søksmåls- og ankekompetansen til lederen av barnevernadministrasjonen, kan dette

lett presiseres ved en endring av delegasjonsreglementet.» Vi går ikke nærmere inn på delegering av myndigheten til å reise søksmål her.

Hvilke sakstyper som omfattes av søksmålsadgangen

Søksmålsadgangen gjelder prøving av gyldigheten av enkelte statlige avgjørelser som har negative virkninger for kommunen. Et eventuelt søksmål vil gjelde *gyldigheten* av den statlige avgjørelsen. Forarbeidene legger til grunn at domstolene her kan prøve både saksbehandlingen, faktum og rettsanvendelsen, i samsvar med den alminnelige prøvingsadgangen.²⁴⁸

Bestemmelsen innebærer videre at staten faktisk må ha truffet en avgjørelse som har virkninger for kommunen. Det er ellers lagt til grunn at tvl. § 1-4 a ikke åpner for å reise søksmål for å få prøvet statens kompetanse til å overprøve kommunen i en sak som fortsatt er under behandling.²⁴⁹

Sakstypene er nærmere angitt i tvl. § 1-4 a første og andre ledd, som sier at:

(1) En kommune eller en fylkeskommune kan reise søksmål mot staten om gyldigheten av et statlig organs avgjørelse som

- a. opphever eller endrer kommunens eller fylkeskommunens enkeltvedtak etter klage,
- b. omgjør kommunens eller fylkeskommunens enkeltvedtak uten klage,
- c. opphever kommunens eller fylkeskommunens avgjørelse etter lovlighetskontroll, jf. kommuneloven kapittel 27.
- d. pålegger kommunen eller fylkeskommunen å betale sakskostnader til en part etter forvaltningsloven § 36,
- e. pålegger kommunen eller fylkeskommunen plikter etter tilsyn,
- f. fordeler rettigheter eller plikter mellom kommuner eller fylkeskommuner.

(2) Første ledd gjelder ikke enkeltvedtak som er truffet i medhold av barnevernsloven

Felles for vedtakstypene, er at de handler om statens overprøving av kommunens avgjørelser. Dette handler ikke bare om kommunens *enkeltvedtak*, men også om andre typer avgjørelser, for eksempel en avgjørelse som kan lovlighetskontrolleres etter kommuneloven § 27-1.

Første ledd bokstav a gjelder klagesaker hvor staten enten opphever eller endrer kommunens vedtak. Dette vil typisk være saker som behandles etter fvl. § 34, men omfatter selvsagt også saker som behandles etter andre klagebestemmelser.²⁵⁰

Bokstav b omhandler saker der staten omgjør kommunens vedtak uten etter klage, som hovedregel etter reglene i fvl. § 35. Ordlyden sier kun «omgjør», i motsetning til i bokstav a, som sier «opphever eller endrer». Det kan virke noe uklart om lovgiver her mener omgjøring i vid forstand, som må omfatte både oppheving og endring av et vedtak, eller kun endring, og ikke oppheving. I høringsnotatet var «statlig organs oppheving/omgjøring

²⁴⁸ Prop. 64 L (2016-2017), s. 31.

²⁴⁹ H. Haukeland Fredriksen og M. Strandberg, «Kommunale søksmål mot staten i tilfeller hvor et kommunalt enkeltvedtak er endret av en statlig klageinstans» i *Integritet og ære Festschrift til Henry Johan Mæland* (2019), s. 377–400, på s. 387.

²⁵⁰ Prop. 64 L (2016-2017), s. 42.

av enkeltvedtak utenfor klagesak, jf. forvaltningsloven § 35 mv.» nevnt som en av sakstypene som ville være aktuelt å reise søksmål om.²⁵¹ Dette er videreført i proposisjonen på side 23. Det ser ikke ut til at noen av høringsinstansene har hatt innvendinger til dette forslaget, og departementet

viser til at høringsinstansene sluttar seg til framlegget om kva sakstypar kommunane bør kunne bringe inn for domstolane. Departementet fremjar på denne bakgrunnen framlegg om å føre vidare framlegget i høringsnotatet på dette området.²⁵²

Kommunene kan etter bokstav c reise søksmål der staten opphever en kommunal avgjørelse etter lovlighetskontroll etter kommuneloven kapittel 27. Dette vil nødvendigvis gjelde lovlighetskontroll både etter anmodning fra kommunestyrerepresentanter og av statens eget tiltak.

Etter bokstav d kan det reises søksmål om gyldigheten av et statlig vedtak som pålegger kommunen å betale sakskostnader til en sakspart etter reglene i fvl. § 36.

Bokstav e omhandler søksmålsadgang der staten pålegger kommunen plikter etter tilsyn. Det er interessant at kommunen her er gitt søksmålsadgang i tillegg til den klageretten som allerede følger av kommuneloven § 30-5 og forvaltningsloven. Dette er et tydelig tegn på at vektleggingen av kommunen som selvstendig rettssubjekt, tilnærmet lik en privat part.

Ordlyden om «tilsyn» er generell, og det kan dermed i utgangspunktet være tvil om hvor langt søksmålsadgangen strekker seg. Hva som menes med «tilsyn» i dette tilfellet, er imidlertid nærmere presisert i forarbeidene. For det første gjelder bestemmelsen bare tilsyn som føres med «kommunepliktene», altså plikter kommuner er pålagt som forvaltningsorgan gjennom særlovgivningen og ikke «aktørpliktene»²⁵³. Se nærmere om disse begrepene i punkt 10.2.1 ovenfor. Det må likevel kunne legges til grunn at dersom en kommune får pålegg etter tilsyn staten har ført med *aktørpliktene*, vil kommunen kunne ha søksmålsadgang gjennom den alminnelige regelen i tvl. § 1-3.²⁵⁴ Dette er nå også lagt til grunn i den nylige Høyesterettsavgjørelsen HR-2024-1948-A, som drøftes nærmere i punkt 12.4.2 nedenfor.

For det andre presiserer forarbeidene at «tilsyn» omfatter mer enn tilsyn etter kommuneloven kapittel 30:

Departementet meiner det ikkje vil vere i tråd med omsyna bak framlegget å avgrense prøvingsretten til kommunane på denne måten. Kommunane bør kunne få prøvd statlege pålegg i alle situasjonar der pålegget blir gjeve som ei følgje av at staten fører tilsyn, kontroll og liknande med at kommunane oppfyller dei lovpålagde kommunepliktene sine.²⁵⁵

²⁵¹ Høringsnotatet s. 20.

²⁵² Prop. 64 L (2016-2017), s. 30.

²⁵³ Prop. 64 L (2016-2017), s. 42.

²⁵⁴ Tore Schei mfl., *Twisteloven, lovkommentar*, [Twisteloven § 1-4A. | Lovkommentarer | Juridika](#), punkt 3.

²⁵⁵ Prop. 64 L (2016-2017), s. 30.

Bokstav f gjelder statlige avgjørelser som fordeler plikter mellom kommuner og fylkeskommuner. Dette kan for eksempel gjelde statsforvalters avgjørelse av en tvist mellom kommuner om ansvar etter helse- og omsorgstjenesteloven § 11-1 andre ledd, se forskrift om utgifter til helse- og omsorgstjenester § 3.²⁵⁶ Naturlig nok er det bare de kommunene og fylkeskommunene som avgjørelsen gjelder, som vil ha søksmålskompetanse her.

Det fremgår av tvl. § 1-4 a andre ledd at søksmålsadgangen ikke gjelder statlige enkeltvedtak etter barnevernsloven. Avgjørelser fattet av fylkesnemda kan bringes inn for domstolene etter gjeldende rett i barnevernsloven § 14-25, men det er ikke åpnet for ytterligere søksmålsadgang. Forarbeidene viser at:

Departmentet meiner det vil vere uheldig å opne for at kommunar skal kunne reise sak mot staten for å få kjent vedtak om hjelpetiltak som barnet og familien til barnet sjølve ønskjer, ugyldige. Det vil kunne føre til store belastningar for barnet og familien i ein pressa situasjon.²⁵⁷

Kommunen vil altså ikke kunne reise søksmål mot staten etter § 1-4 a her selv om den er uenig i statens avgjørelse. Det må ellers bemerkes at kommunene har adgang til å fremme søksmål som gjelder *pålegg etter tilsyn* også ved brudd på barnevernsloven, etter bestemmelsen i første ledd bokstav e, selv om det ikke kan reises søksmål om vedtak etter for eksempel bokstav a eller b.²⁵⁸

Det følger av tvl. § 1-4 a sjette ledd at kommunen kan fremme krav om erstatning mot staten i forbindelse med søksmål etter første ledd. Erstatning kan bare idømmes dersom statens vedtak blir kjent ugyldig. Det kan stilles spørsmål om hva som menes med uttrykket «i forbindelse med». I forarbeidene er det lagt til grunn at kommunen må fremme krav om erstatning i samme sak som selve søksmålet.²⁵⁹ Haukeland Fredriksen og Strandberg påpeker at det ikke er grunnlag for å forstå bestemmelsen på denne måten:

Denne tolkningen har imidlertid ikke støtte i ordlyden, som jo gir anvisning på en «kan»-regel. Det kan dessuten innvendes at departementet i forarbeidenes generelle del synes å oppfatte § 1-4 a (6) bare som en stadfestelse av en søksmålsadgang som uansett nå, etter vedtakelsen av § 1-4 a (1), ville fulgt av tvisteloven § 1-3. Selv om det av prosessøkonomiske årsaker er ønskelig at gyldighetsspørsmålet og et eventuelt erstatningskrav behandles samlet, mener vi for vår del at det ikke kan oppstilles noe krav om dette.²⁶⁰

Tvisteloven § 1-4 a åpner bare for å reise søksmål om gyldigheten av nærmere bestemte statlige vedtak, og eventuelt også erstatning. Det kan legges til grunn at så lenge man er innenfor disse kriteriene, vil også vilkåret om «rettskrav» etter de alminnelige reglene i

²⁵⁶ Prop. 64 L (2016-2017), s. 23.

²⁵⁷ Prop. 64 L (2016-2017), s. 31.

²⁵⁸ Prop. 64 L (2016-2017), s. 42.

²⁵⁹ Prop. 64 L (2016-2017), s. 43.

²⁶⁰ H. Haukeland Fredriksen og M. Strandberg, «Kommunale søksmål mot staten i tilfeller hvor et kommunalt enkeltvedtak er endret av en statlig klageinstans» i *Integritet og ære Festschrift til Henry Johan Mæland* (2019), s. 377–400, på s. 396.

tvl. § 1-3 også være oppfylt, ettersom både avgjørelse av gyldighet og erstatningskrav utvilsomt må anses som rettskrav.²⁶¹

12.3.3 Plikt til likevel å oppfylle vedtak som er kjent ugyldige

Selv om kommunene nå kan reise søksmål mot staten for å få prøvd gyldigheten av en statlig avgjørelse, er det i en del tilfeller slik at kommunen må etterleve statlige vedtak selv om de blir kjent ugyldige. Dette gjelder statlige vedtak som gir den private parten i saken rett til velferdstjenester av ulik karakter.²⁶² Dette følger ikke av tvistelovens bestemmelser, men er angitt i flere ulike særlover. For eksempel sier pasient- og brukerrettighetsloven § 7-8 at:

En kommune må oppfylle et vedtak fra et statlig forvaltningsorgan som gir en privat part rett til tjenester etter loven her, selv om kommunen får vedtaket kjent ugyldig gjennom søksmål etter tvisteloven § 1-4 a. Vedtak kan i tilfeller som nevnt i første punktum bare omgjøres til skade for den private parten etter forvaltningsloven § 35 første ledd bokstav c dersom det er ugyldig fordi den private parten, eller noen som handlet på den private partens vegne, forsettlig eller grovt uaktsomt har gitt uriktige opplysninger eller holdt tilbake opplysninger.

Begrunnelsen for denne typen bestemmelser er naturligvis hensynet til den private parten som mottar velferdstjenestene, og at dette skal være forutsigbart for enkeltindividet. I forarbeidene er det vist til at

det er viktig at private som tek imot grunnleggjande velferdstjenester, ikkje skal påverkast negativt av at kommunane får søksmålskompetanse. Det blei peikt på at framlegget om søksmålskompetanse byggjer på eit ønske om å styrkje det kommunale sjølvstyret, ikkje på eit ønske om at kommunen skal kunne bruke domstolane som eit verktøy for å gjere om vedtak som gjev private ei grunnleggjande velferdstjeneste.²⁶³

I slike tilfeller kan altså det statlige vedtaket ikke omgjøres selv om det er kjent ugyldig, og kommunen må derfor også fortsatt etterleve vedtaket. Unntak fra dette er i tilfeller hvor ugyldigheten skyldes at den private parten selv har gitt uriktige opplysninger mv., se som eksempel lyder pasient- og brukerrettighetsloven § 7-8, som er sitert ovenfor. Bestemmelsen sier at vedtaket kan omgjøres «dersom det er ugyldig **fordi** den private parten...» har gitt uriktige opplysninger mv.²⁶⁴ (vår utheving) Det er altså en forutsetning at vedtaket er ugyldig på grunn av partens handlinger. Vi går ikke nærmere inn på temaet om oppfyllelse av ugyldige vedtak her.

²⁶¹ H. Haukeland Fredriksen og M. Strandberg, «Kommunale søksmål mot staten i tilfeller hvor et kommunalt enkeltvedtak er endret av en statlig klageinstans» i *Integritet og ære Festskrift til Henry Johan Mæland* (2019), s. 377–400, på s. 383.

²⁶² Prop. 64 L (2016-2017), s. 32.

²⁶³ Prop. 64 L (2016-2017), s. 26.

²⁶⁴ Prop. 64L (2016-2017), s. 42.

12.4 Forholdet mellom tvl. § 1-3 og § 1-4 a

12.4.1 Særlig om aktualitetskravet

I punktene ovenfor har vi sett at forholdet mellom tvl. § 1-4 a og de generelle vilkårene i tvl. § 1-3 er relativt uproblematisk når det gjelder «rettskrav» etter § 1-3 første ledd og tilknytningskravet i § 1-3 andre ledd. Hvem som kan gå til søksmål og om hva, er regulert helt og fullt i § 1-4 a.

Når det gjelder forholdet mellom § 1-4 a og aktualitetskravet i § 1-3 andre ledd, kan situasjonen kanskje vurderes annerledes. Fristen for søksmål etter § 1-4 a er seks måneder, og utgangspunktet må være at aktualitetskravet er oppfylt når denne fristen overholdes. Likevel kan det finnes tilfeller hvor man er innenfor denne fristen, men at saksforholdene har endret seg på en slik måte at det statlige vedtaket ikke lenger har aktualitet. Dette kan for eksempel være der et kommunalt vedtak om dispensasjon har blitt omgjort av staten etter klage, og det senere blir klart at utbygger nå uansett vil bygge i tråd med regelverket, og derfor ikke trenger dispensasjon. Her kan det tenkes at § 1-4 a må suppleres med aktualitetskravet i § 1-3, og at det likevel ikke kan reises søksmål.

I lovkommentar til tvisteloven er det bemerket at i tilfeller der situasjonen har endret seg, slik at vedtaket ikke lenger har aktualitet, taler reelle hensyn for at aktualitetskravet etter § 1-3 må få betydning. Det påpekes likevel at:

Men i denne forbindelse er det grunn til å minne om at behovet for rettsavklaring i seg selv kan tilsi at kravet til aktualitet er oppfylt, selv om det er klart at et konkret vedtak ikke lenger vil ha direkte virkning, ...²⁶⁵

Haukeland Fredriksen og Strandberg drøfter forholdet mellom bestemmelsene i detalj på side 385 flg. i sin artikkel, og konkluderer med at de beste grunner taler for at aktualitetskravet skal anvendes også ved søksmål etter § 1-4 a. Forfatterne viser til uttalelsen i forarbeidene om at tvl. § 1-4 a åpner for at kommuner kan anlegge «søksmål mot staten om gyldigheita av einskilde statlege avgjerder utan å oppfylle vilkåra etter tvistelova § 1-3», og bemerker først at

Det er mulig å tolke denne setningen slik at ingen av vilkårene i § 1-3 kommer til anvendelse hvis et søksmål anlegges etter § 1-4 a, med den følge at det ikke skal gjøres noen aktualitetsvurdering. En viss støtte for denne tolkningen finnes i forarbeidenes påpeking av at søksmålsadgangen er ønskelig fordi den kan bidra til rettsavklaring for fremtiden, blant annet i tilfeller hvor statsforvaltningen og en kommune har ulik forståelse av loven. Hvis behovet for rettsavklaring er den sentrale begrunnelsen for bestemmelsen, trekker det i retning av at søksmålet fremmes og fullføres selv om det konkrete vedtaket har tapt sin aktualitet.

I den videre drøftelsen påpeker de at proposisjonen i sin helhet ikke tilsier at det er denne forståelsen som skal legges til grunn. Det vises til at departementet har drøftet tilknytningskravet i tvl. § 1-3, men at aktualitetskravet ikke er nevnt med et ord, og at det derfor er «nærliggende å lese den siterte setningen slik at søksmål kan fremmes etter § 1-4 a selv om *tilknytningskravet* etter § 1-3 ikke er oppfylt.» Videre hevdes det at mye av

²⁶⁵ Tore Schei mfl., *Tvisteloven, lovkommentar*, [Tvisteloven § 1-4A](#). | [Lovkommentarer](#) | [Juridika](#), punkt 4.

uttalelsene i proposisjonen synes å bygge på en uuttalt forutsetning om at aktualitetskravet skal være oppfylt. Før det konkluderes med at aktualitetskravet nok skal supplere § 1-4 a, sier forfatterne:

Det hører med her at anvendelse av aktualitetskravet i § 1-3 (2), slik dette er presisert av Høyesterett, ikke utelukker at en kommune etter omstendighetene kan få realitetsbehandlet et § 1-4 a-søksmål selv om søksmålet er knyttet til et klagevedtak som det etter hvert viser seg uansett ikke vil bli gjennomført. Det er velkjent at behovet for å få avklart et generelt rettsspørsmål unntaksvis kan være en grunn til å fortsette behandlingen av et søksmål som har tapt sin konkrete aktualitet, men det er da opp til domstolene i hver enkelt sak å ta stilling til om kommunen har sterkt nok behov for å få avklart rettstilstanden.

Etter vårt syn må nok bestemmelsen og forarbeidene forstås slik Haukeland Fredriksen og Strandberg her legger til grunn. Forarbeidene drøfter ikke aktualitetskravet, og det kan synes som om det i første rekke er tilknytningskravet man har tenkt på når det sies at søksmål kan fremmes selv om vilkårene i § 1-3 ikke er oppfylt. Det bør nok derfor være slik at § 1-4 a skal suppleres med aktualitetskravet, slik at søksmål ikke vil kunne fremmes i enkelte tilfeller der den faktiske situasjonen i ettertid har endret seg. Det er naturligvis sentralt at kommunene har en mulighet til å få prøvd gyldigheten av statens vedtak og få rettsavklaringer. Men når den faktiske situasjonen har endret seg, slik at en eventuell avklaring for domstolene ikke vil være relevant for den konkrete saken, taler gode grunner for at aktualitetskravet skal slå inn også her. Dette kan etter vårt syn likevel ikke være annet enn et utgangspunkt, som vil ha ulik styrke som rettslig argument avhengig av hvilket rettsområde man er på og hvilke rettsvirkninger statens avgjørelse har for kommunene.

Det er også viktig å understreke at intensjonen med § 1-4 a var å styrke det kommunale selvstyret. Intensjonen var ikke å gi kommunene en styrket stilling i å ivareta innbyggernes interesser gjennom søksmål. I dette bildet må § 1-3 og 1-4 a skjæres til gjennom rettspraksis, herunder også sammenhengen mellom § 1-3 og 1-4 a. Vi skal se nærmere på en nylig Høyesterettsavgjørelse om dette temaet i det følgende.

12.4.2 HR-2024-1948-A

En kommune reiste søksmål mot staten om gyldigheten av en tvangsmulkt som Statsforvalteren hadde ilagt kommunen etter opplæringslova av 1998 § 9 A-13. Hovedspørsmålet i saken slik den sto for Høyesterett, var forståelsen av tvisteloven § 1-3 og § 1-4 a. Dommen omtaler kommuners rett til å saksøke staten når de blir ilagt tvangsmulkt etter opplæringslova.

Da saken ble behandlet i tingretten, kom tingretten til at vilkårene for å reise søksmål etter de alminnelige reglene i tvl. § 1-3 ikke var oppfylt. Tvangsmulkten ilagt etter opplæringslova var rettet mot kommunen som offentlig forvaltningsorgan, og gjaldt «kommunepliktene», og ikke kommunens aktørplikter. Tingretten viste til den alminnelige forståelsen av tvl. § 1-3, om at kommunen normalt ikke kan reise søksmål etter denne bestemmelsen der kommunen har stilling som offentlig forvaltningsorgan i

saken. Kommunen ville ha hatt søksmålsadgang etter tvl. § 1-4 a, men denne oppstiller en seksmåneders frist for søksmål, som var utløpt. Tingretten avviste derfor saken.

Kommunen anket til lagmannsretten, som kom til at kommunen hadde søksmålsadgang også etter tvl. § 1-3 og at søksmålsadgangen derfor var i behold selv om søksmålsfristen etter tvl. § 1-4 a var utløpt. Lagmannsretten viser til både juridisk teori og rettspraksis på dette området, og uttaler deretter:

Situasjonen i foreliggende sak er annerledes enn i de tilfellene hvor det etter rettspraksis, juridisk litteratur og lovforarbeider er grunnlag for å avskjære kommunens søksmålsadgang. Vedtakene søksmålet gjelder retter seg direkte mot kommunen og innebærer at den plikter å betale et beløp til statskassen begrunnet med kritikkverdige forhold i kommunen.

Den hjemmelen for tvangsmulkt som er benyttet, gir for øvrig også hjemmel for tvangsmulkt overfor private skoleeiere. En privat aktør ville kunnet reise søksmål om ilagt tvangsmulkt, og det taler for at en kommune som settes i en tilsvarende rettslig posisjon, også har en slik adgang.

Lagmannsretten kom derfor til at søksmålet kunne fremmes.

Staten anket til Høyesterett, som 23. oktober 2024 opphevet lagmannsrettens kjennelse.

Høyesterett redegjør innledningsvis generelt for søksmålsadgangen etter tvl. § 1-3 og etter tvl. § 1-4 a. Videre drøftes kommunens søksmålsrett ved vedtak om tvangsmulkt etter opplæringsloven 1998 § 9 A-13, og hvilken bestemmelse i tvisteloven som kan gi grunnlag for søksmål. Høyesterett sier at:

Ordlyden i tvisteloven § 1-4 a og forarbeidene taler etter dette med tyngde for at kommuner har søksmålsrett etter § 1-4 a første ledd bokstav e ved vedtak om tvangsmulkt etter opplæringsloven § 9 A-13.

Spørsmålet i fortsettelsen er om det likevel er søksmålsrett etter § 1-3 fordi vilkårene der, herunder tilknytningsvilkåret, lar seg oppfylle. I så fall må § 1-3 legges til grunn, ettersom § 1-4 a ikke begrenser søksmålsretten som kommuner har i medhold av § 1-3.

Begrunnelsen for å anvende § 1-3 må enten være at pliktene etter kapittel 9 A må anses som aktørplikter som påhviler enhver, eller at de særegne håndhevingsreglene gjør at tilknytningsvilkåret i § 1-3 likevel kan være oppfylt.

Kommunen i saken hadde argumentert med den må likestilles med private skoleeiere når det gjelder søksmålsadgang etter § 1-3 fordi plikten etter opplæringsloven kapittel 9 A er en aktørplikt som påhviler enhver, og ikke kun kommunene som kommuneplikt. Høyesterett var i utgangspunktet enig i at ordlyden i opplæringslova kapittel 9 A isolert sett taler for at pliktene der må anses som aktørplikter, men at dette må leses i sammenheng med lovens § 13-1 første ledd, som fastslår at å oppfylle retten til grunnskoleopplæring er et kommunalt ansvar. Kommunen som skoleeier skal oppfylle dette kommunale ansvaret, og etter Høyesteretts syn påhviler da pliktene etter kapittel 9A kommunen «i egenskap av å være kommune». Høyesterett kommer til at pliktene

etter opplæringsloven kapittel 9 A må anses som kommuneplikter, og ikke aktørplikter som gir kommunene søksmålsrett etter § 1-3, og at det derfor ikke er grunn til å benytte tvl. § 1-3 i stedet for § 1-4 a.

Videre vurderer Høyesterett om kommunen likevel kan ha søksmålsadgang mot staten etter tvl. § 1-3 fordi de begrensingene som finnes for søksmålsadgangen ikke gjelder ved vedtak om tvangsmulkt etter opplæringsloven, slik lagmannsretten hadde lagt til grunn. Det vises til lagmannsrettens vurderinger om at håndhevingsordningen i opplæringsloven er særegen og at kommunens rolle en noe annen enn i typetilfellene som forarbeidene til tvisteloven § 1-4 a viser til der tilknytningsvilkåret i § 1-3 ikke er oppfylt. Høyesterett bemerker likevel at denne ordningen har likheter med klageordninger der kommunen treffer vedtak i første instans, og der tilknytningsvilkåret i § 1-3 ikke er oppfylt. Deretter sier Høyesterett:

Viktigere enn likheten med klageordninger der tilknytningsvilkåret i § 1-3 ikke er oppfylt, er at den generelle begrunnelsen for å avskjære søksmålsrett etter § 1-3 slår til. Jeg viser til det jeg har gjengitt fra Rt-1993-445 og forarbeidene til Grunnloven § 49. Også etter opplæringsloven kapittel 9 A inngår kommunene i et større forvaltningsapparat der ulike funksjoner og roller er fordelt mellom flere offentlige aktører, og der det ville være systemfremmed om kommunens egeninteresse i rettslig avklaring skulle begrunne en alminnelig søksmålsrett mot staten etter § 1-3.

Behovet for å få belyst de rettslige forholdene som en tvangsmulkt bygger på, er ivarettatt ved § 1-4 a. Det er ikke noe som tyder på at søksmålsfristen i fjerde ledd slår spesielt uheldig ut i denne typen saker, noe kommunen heller ikke har argumentert med.

Min konklusjon er at heller ikke vedtakets art og kommunens særlige rolle etter opplæringsloven gir grunn til å anvende § 1-3 ved vedtak om tvangsmulkt etter § 9 A-13.

Avslutningsvis sier Høyesterett at de kan ikke se at søksmålsfristen i tvl. § 1-4 a er i strid med Grunnloven § 95 eller Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6.

Høyesterett kommer enstemmig til at ved vedtak om tvangsmulkt etter opplæringsloven 1998 § 9 A-13, vil kommuner ha søksmålsadgang etter bestemmelsene i tvl. § 1-4 a, men ikke etter tvl. § 1-3.

Avgjørelsen viser etter vårt syn klart at når kommunene er gitt en søksmålsadgang etter tvl. § 1-4 a for saker der kommunen har opptrådt som offentlig forvaltningsorgan, er det denne bestemmelsen som vil utgjøre grunnlaget for et eventuelt søksmål.

Søksmålsadgangen etter tvl. § 1-3 er ikke endret ved vedtakelsen av tvl. § 1-4 a, men søksmålsadgangen vil naturlig nok avhenge av om et eventuelt statlig vedtak gjelder kommunens kommuneplikter, eller faktisk kun gjelder kommunens aktørplikter. Som dommen viser, vil dette avhenge av en vurdering av det underliggende lovgrunnlaget som vedtaket er fattet etter.

13. Tvist om gyldigheten av innsigelse til kommunalt planforslag – plan- og bygningsloven § 5-7

13.1 Bakgrunn

I dette kapitlet redegjør vi nærmere for bakgrunnen for og omfanget av kommunenes adgang til å reise søksmål i forbindelse med innsigelser etter pbl. § 5-7.

I kapittel 11 ovenfor har vi sett på plan- og bygningslovens bestemmelser om adgangen andre myndigheter har til å fremme innsigelse til kommunale planforslag. Hensynet bak bestemmelsene om innsigelsesadgang er å sikre kunnskapsgrunnlaget i plansaker, kontroll med at kommunene ivaretar nasjonale og vesentlige regionale interesser i planleggingen, samt kontroll med at kommunen følger de saksbehandlingsreglene som gjelder for plansaker etter plan- og bygningsloven.

Samtidig er utgangspunktet at kommunene har fått vide fullmakter i plan- og bygningsloven til å bestemme hva arealene i kommunen skal brukes til. Innsigelser innebærer at kommunenes beslutninger blir gjenstand for kontroll, og at departementet skal avgjøre om kommunens vedtak skal bli stående, endres eller oppheves. Innsigelser skaper mye debatt, og det kan være klare uenigheter mellom den aktuelle kommunen og den myndigheten som fremmer innsigelsen.

Samtidig med at det ble vedtatt søksmålsadgang i tvisteloven § 1-4 a, ble kommunene også gitt adgang til å reise søksmål om gyldigheten av en innsigelse mot et kommunalt planforslag, og om gyldigheten av departementets avgjørelse av en innsigelsessak. Denne søksmålsadgangen er gitt i plan- og bygningsloven § 5-7. Sett i lys av de andre lovendringene som er gjort i de senere årene for å styrke det kommunale selvstyret, og av føringer og retningslinjer med hensyn til å vektlegge selvstyret ved vurdering av om det skal fremmes innsigelse, er det kanskje ikke overraskende at kommunene nå er gitt en særskilt søksmålsadgang tilknyttet innsigelser.

Hensynet til det kommunale selvstyret og at det er ønskelig å styrke dette, er ikke fremhevet like klart i forbindelse med vedtakelsen av pbl. § 5-7 som av tvl. § 1-4 a, selv om endringene er del av samme proposisjon, Prop. 64 L (2016-2017). Det kan likevel ikke være tvil om at man også her ønsker å styrke kommunenes stilling, ved å gi kommunene en rett til å få en uavhengig prøving i innsigelsessaker. Det er, som vi kommer tilbake til, gode grunner for at hensynet til det kommunale selvstyret ikke er løftet frem ved tilføyelsen av § 5-7 i plan- og bygningsloven på samme måte som ved tilføyelsen av § 1-4 a i tvisteloven.

13.2 Omfanget av søksmålsadgangen etter pbl. § 5-7

13.2.1 Hvilke avgjørelser det kan reises søksmål om

Søksmålsadgangen er regulert i plan- og bygningsloven § 5-7, som lyder slik:

En kommune kan reise søksmål om gyldigheten av en innsigelse etter § 5-4 og departementets avgjørelse etter § 5-6. Søksmålet må reises innen seks måneder etter at

innsigelsen ble fremmet eller avgjørelsen truffet. Søksmål om gyldigheten av en innsigelse kan ikke reises etter at det er foretatt mekling etter § 5-6. Forvaltningens behandling av innsigelsen stilles i bero mens søksmålet er til behandling i domstolene.

Det er kun den kommunen som planen gjelder, som kan fremme søksmål, og ikke for eksempel en nabokommune som kan påvirkes av planen. Det er klart at det er kommunen som fremmer planen, som berøres av innsigelsen, og dermed har rettslig interesse i å få prøvet gyldigheten for domstolene.²⁶⁶

For det første kan kommunen etter bestemmelsen reise søksmål om gyldigheten av selve innsigelsen mot en kommunal arealplan. Et interessant aspekt ved bestemmelsen, er at den altså gir kommunen mulighet til å reise søksmål på bakgrunn av en prosessledende beslutning, og ikke en endelig avgjørelse i en sak. Departementet bemerker i forarbeidene at innsigelser som regel løses ved at man kommer til enighet underveis i prosessen, og at konfliktene som regel gjelder selve arealbruken, og ikke innsigelsens *gyldighet*. Departementet sier videre:

Motsegner fører til at myndigheita til å vedta planen blir flytta frå kommunalt til statleg nivå, og avgjer ikkje sjølve plansaka. Dette er difor ei særskild form for avgjerd – det er ikkje ei realitetsavgjerd, men berre ei prosessleiande avgjerd. Likevel ønskjer departementet å gje kommunane rett til å få ei uavhengig prøving også av motsegner undervegs i planprosessen. Dei omsyna som ligg til grunn for det generelle framlegget om at kommunane skal få alminneleg søksmålskompetanse, gjeld i det vesentlege også for motsegner. Kommunane har ei rimeleg interesse av å få gyldigheita av motsegner prøvd rettsleg. Det vil kunne avklare om noko er rettsleg uklart ved motsegna, og det kan verke skjerpande for både stat og kommunar at kommunane får denne retten.²⁶⁷

Søksmålsadgangen er ikke avgrenset til innsigelse fra statlige organer, men omfatter enhver «innsigelse etter § 5-4». Kommunen kan etter dette for eksempel reise søksmål mot innsigelse fra en annen kommune, Sametinget eller fylkeskommunen, som fremmes etter pbl. § 5-4 andre ledd. Sett i lys av hensynet til å styrke det kommunale selvstyret, og omfanget av statlige innsigelser kontra kommunale innsigelser, er det nok likevel adgangen til søksmål mot staten som er mest interessant i vår sammenheng. Muligheten til å reise søksmål gjelder bare innsigelser som fremmes etter plan- og bygningsloven, og ikke etter annet lovverk.

For det andre er kommunen gitt mulighet til å reise søksmål om gyldigheten av den avgjørelsen departementet fatter etter pbl. § 5-6, der mekling ikke fører frem og innsigelsen avgjøres av departementet. Denne avgjørelsen vil være en faktisk endelig avgjørelse av innsigelsessaken, og kan eventuelt gå ut på at innsigelsen tas til følge og at planen dermed endres. Departementets avgjørelse har dermed direkte virkning for kommunen. En søksmålsadgang her samsvarer dermed også godt med den adgangen kommunene er gitt i tvl. § 1-4 a. Det må legges til grunn at søksmål bare kan reises der

²⁶⁶ Prop. 64 L (2016-2017) s. 37.

²⁶⁷ Prop. 64 L (2016-2017) s. 37.

departementets avgjørelse går imot kommunen, i den forstand at innsigelsen tas helt eller delvis til følge, og ikke der kommunen gis medhold fullt ut.²⁶⁸

Fristene for søksmål er klart angitt i bestemmelsen. Søksmål må reises innen 6 måneder etter at innsigelsen ble fremmet eller at departementet fattet sin avgjørelse. Det er ikke adgang til å fremme søksmål *etter* at det er gjennomført mekling i saken. Innsigelsessaken stilles i bero mens spørsmålet om gyldighet er til behandling i domstolene.

I forarbeidene uttales det for øvrig at plan- og bygningsloven § 5-7 «opnar for at kommunar kan reise søksmål (...) utan at vilkåra etter tvistelova § 1-3 er oppfylte.»²⁶⁹ Vi antar at det i likhet med for tvl. § 1-4 a, også her må være vilkårene i tvl. § 1-3 om rettskrav og tilknytning det i realiteten siktes til, mens bestemmelsen nok må kunne suppleres med aktualitetskravet etter tvl. § 1-3 andre ledd. Se drøftelsen av samme tema for tvl. § 1-4 a i punkt 12.4.1 ovenfor.

13.2.2 Hva «gyldighet» omfatter

Plan- og bygningsloven § 5-7 fastslår at det kan reises spørsmål om «gyldigheten» av en innsigelse eller departementets avgjørelse i en innsigelsessak. Hva som ligger i begrepet gyldighet i denne forbindelse er ikke uten videre klart, særlig når det gjelder selve innsigelsen.

Forarbeidene drøfter relativt inngående hva som skal kunne prøves av domstolene og ikke som del av gyldighetsvurderingen. I høringsnotatet ble det foreslått to alternativer til hva som skulle kunne prøves; alternativ A med visse begrensninger i prøvingsadgangen, og alternativ B med «full prøving». Alternativ B fikk stor støtte i høringsrunden, og departementet skriver i proposisjonen at de derfor fremmer dette som forslag i proposisjonen. Departementet legger til grunn at domstolene som utgangspunkt kan prøve «alle sider» av innsigelsen. Departementet skriver:

Departementet fremjar framlegg om at alle delar av ei motsegn skal kunne prøvast. Dette alternativet fekk brei støtte i høyringa. Domstolane vil kunne prøve gyldigheita av ei motsegn. I det ligg det at domstolane kan prøve om vilkåra for å fremje den aktuelle motsegna er oppfylte. I prøvinga av gyldigheita ligg det, som etter tradisjonelle gyldighetssøksmål, at domstolen berre kan prøve om vedtaket er lovleg, ikkje det frie skjønnet til forvaltninga. Prøvinga gjeld såleis berre rettsbruken – domstolane kan ikkje overprøve det frie skjønnet.

Domstolane kan prøve om dei formelle vilkåra for å fremje motsegn etter plan- og bygningslova § 5-4 femte ledd og § 5-5 er oppfylte.»²⁷⁰ (våre understrekninger)

Forarbeidene legger dermed opp til at den gyldigheten som kan prøves av domstolene, omfatter følgende etter pbl § 5-4:

- om organet som fremmer innsigelse er «berørt» statlig eller regionalt organ
- om innsigelsen gjelder kommuneplanens arealdel og reguleringsplan

²⁶⁸ Prop. 64 L (2016-2017) s. 37.

²⁶⁹ Prop. 64 L (2016-2017) s. 37.

²⁷⁰ Prop. 64 L (2016-2017) s. 38.

- om innsigelsen er begrunnet i tråd med § 5-4 siste ledd
- om innsigelsen har kommet for sent i forhold til høringsfristen
- om innsigelsen er begrunnet med «nasjonal eller vesentlig regional betydning», eller i andre grunner som er av vesentlig betydning for vedkommende organs saksområde
- om innsigelsen fyller vilkårene i fjerde ledd, altså om planforslaget anses å være i strid med bestemmelser i loven, forskrift, statlig planretningslinje, statlig eller regional planbestemmelse, eller overordnet plan

Videre kan domstolene prøve innsigelsens gyldighet etter pbl. § 5-5 for så vidt gjelder følgende:

- om innsigelsen gjelder forhold som det tidligere har vært fremmet innsigelse mot
- om innsigelsen gjelder forhold som det kunne ha vært fremmet innsigelse mot tidligere
- om retten til å fremme innsigelse har bortfalt på grunn av manglende deltakelse etter § 3-2 tredje ledd

Det mest interessante her er trolig de to siste punktene tilknyttet § 5-4 ovenfor, om begrunnelsen for innsigelsen, altså om innsigelsen er begrunnet med «nasjonal eller vesentlig regional betydning», eller i andre grunner som er av vesentlig betydning for vedkommende organs saksområde, eventuelt om innsigelsen fyller vilkårene i § 5-4 fjerde ledd. Domstolene kan prøve at innsigelsen faktisk er begrunnet i slike forhold, og at innsigelsen kan finnes ugyldig dersom en slik begrunnelse ikke er gitt. Domstolene kan imidlertid ikke prøve det frie skjønnet, i tråd med de alminnelige prinsippene for domstolenes prøvingskompetanse. I proposisjonen legger departementet klart til grunn at vurderingene som ligger til grunn for å fremme innsigelse, er fritt skjønn:

Vilkåra i § 5-4 gir ei svært vid ramme for når det kan fremjast motsegn. Departementet meiner vurderinga av om vilkåra etter første, andre, tredje og fjerde ledd er oppfylte, er å sjå på som fritt skjøn. Grunnen til det er at vurderinga av vilkåra krev eit skjøn som i hovudsak byggjer på planfaglege og planpolitiske vurderingar.²⁷¹

Departementet viser her også til forarbeidene til plandelen, Ot.prp. nr. 32 (2007-2008), som støtte for dette synspunktet. Ut fra departementets uttalelser i proposisjonen vil det altså være slik at domstolene kan prøve om innsigelsen er *begrunnet* med slike forhold, men ikke om begrunnelsen er *riktig*. Kommunene kan ikke få rettslig avgjort for eksempel om planen rent faktisk er i strid med nasjonale interesser. Dersom en fagmyndighet har funnet at det foreligger nasjonale eller vesentlige regionale interesser, kan domstolene ikke overprøve slike konklusjoner.

Når det gjelder prøving av gyldigheten av departementets avgjørelse av en innsigelsessak, er ikke dette like inngående drøftet i proposisjonen. Det sies imidlertid:

Avgjerda i departementet om motsegna skal takast til følgje og planen endrast byggjer på planfaglege og politiske avvegingar og er fritt skjøn. Domstolane kan ikkje overprøve

²⁷¹ Prop. 64 L (2016-2017) s. 38.

vurderingar som ligg innanfor rammene for det frie skjønnet i forvaltninga, utover å kontrollere om skjønnsutøvinga er i strid med læra om misbruk av myndigheit. I tillegg kan sakshandsaminga, faktum og rettsbruken prøvast fullt ut.²⁷²

Forarbeidene legger dermed opp til ganske klare rammer for hva kommunene faktisk kan gå til søksmål om, og hva som skal kunne prøves av domstolene som del av gyldigheten av innsigelsen eller departementets avgjørelse.

²⁷² Prop. 64 L (2016-2017) s. 38.

Del 4: Lovgivningsprosesser

14. Betydningen av endringene i Grunnloven § 49 og kommuneloven ved vedtakelse av nyere lovgivning

14.1 Innledning

I de foregående kapitlene er det redegjort det kommunale selvstyrets stilling i norsk rett. Vi har sett at lovgiver har hatt en klar intensjon om å styrke det kommunale selvstyret, blant annet gjennom vedtakelsen av Grunnloven § 49 andre ledd og kommuneloven §§ 2-1 og 2-2, se kapittel 3 og 4 ovenfor. Som nevnt er disse bestemmelsene blant annet med å ha betydning ved forberedelsen av nye lovvedtak. I dette kapitlet ser vi nærmere på om lovgivers intensjoner, herunder de nevnte lovendringene, har virket inn på vedtakelsen av ny lovgivning.

Vi ser for det første på hvordan stortingspartiene omtaler det kommunale selvstyret på ulike områder i sine partiprogrammer. Utarbeidelsen av partiprogrammene er ikke bundet av formelle, lovgitte krav, og prosessene kan dermed foregå uavhengig av bestemmelsene om kommunalt selvstyre i Grunnloven og kommuneloven. Ettersom det er stortingsrepresentantene som faktisk vedtar lovene, er det likevel interessant å se hva partiene i utgangspunktet har lagt til grunn i partiprogrammene, og om dette følges opp i de stemmegivning i de formelle lovprosessene.

Videre undersøker vi i hvilken grad lovgiver tar konkret stilling til det kommunale selvstyret i arbeidet med lovforslag, herunder hvor langt lovgiver går i å begrunne utformingen av nye regler ut fra hensynet til det kommunale selvstyret i forarbeidene. Vi ser også på om høringsinstansene eventuelt har tatt opp det kommunale selvstyret i sine innspill.

For å kunne ta stilling til dette, har vi valgt ut fire nyere lovgivningsprosesser som kan ha relevans for det kommunale selvstyret for nærmere vurderinger:

- Prop. 111 L (2022-2023): Endringer i energiloven og plan- og bygningsloven (vindkraft på land)
- Prop. 54 L (2022-2023): Endringer i forurensningsloven (endring av tillatelser og tilsyn med kommunenes internkontroll)
- Prop. 57 L (2021-2022): Endringer i helsepersonelloven, pasient- og brukerrettighetsloven mv. (administrative reaksjoner, tilsynsmyndighetenes saksbehandling av henvendelser om pliktbrudd m.m.)
- Prop. 132 L (2021-2022): Lov om kommunenes ansvar på det boligsosiale feltet

Proposisjonene er utarbeidet av fire forskjellige departementer, henholdsvis olje- og energidepartementet, klima- og miljødepartementet, helse- og omsorgsdepartementet og kommunal- og distriktsdepartementet.

De to første prosessene er knyttet til areal og miljø, og de to siste er knyttet til helse og omsorg. Felles for alle lovsakene er at det vedtas bestemmelser som har betydning for

kommunenes frihet til å utøve myndighet. Det kan på den ene siden være tale om endringer som gir økt ansvar til kommunene i form av fullmakter til å treffe beslutninger basert på lokalpolitiske prioriteringer. På den andre siden kan det være tale om bestemmelser som innskrenker kommunenes handlingsrom, enten direkte eller indirekte gjennom at statsforvalteren gis utvidet mulighet til å føre tilsyn med kommunene.

Gjennom å analysere lovforarbeidene, herunder de høringsinnspillene som er gitt, skal vi undersøke hvordan det kommunale selvstyre og lovendringene for å styrke selvstyret er omtalt i de fire lovprosessene. Videre ser vi på samt hvilke faktorer som eventuelt bidro til at selvstyret ble tillagt mindre vekt mot andre hensyn i vurderingene som er gjort, både i forarbeidene og ved avstemmingen i Stortinget. Vi redegjør også for hvordan de ulike partiene har stemt i de fire prosessene, og om stemmegivningen samsvarer med partienes intensjoner knyttet til det kommunale selvstyre, som er kartlagt gjennom en inngående analyse av partienes partiprogram. I neste punkt gir vi derfor en kort oppsummering av partiprogrammene. Samlet sett vil denne undersøkelsen gi grunnlag for å reflektere omkring i hvilken grad lovgivers overordnede intensjon om å styrke det kommunale selvstyre har fått utslag i ny lovgivning.

14.2 Omtale av det kommunale selvstyre i stortingspartienes partiprogrammer

Partiene stiller til stortingsvalg hvert fjerde år, og det er resultatet av valget som bestemmer mandatfordelingen i Stortinget. Før et stortingsvalg, presenterer partiene sine partiprogrammer. Dette er dokumenter som tar for seg partiets politiske intensjoner for den kommende stortingsperioden

De politiske partiene bruker partiprogrammene til å sammenstille sine grunnholdninger knyttet til de fleste store saksfelt, ofte basert på de ideologiske grunnholdningene til partiet. Partiprogrammene vedtas stort sett av et samlet parti på landsmøte, og vil derfor ha bred støtte innad i partiet. I forkant av dette har en programkomite i partiet utarbeidet programmet over en lengre periode, med innspill fra store deler av partiet. Partiprogrammene handler om politikken partiene skal føre, og det stilles ikke formelle krav til hva programmene skal vurdere eller ta stilling til.

Det er grunn til å anta at den praktiske politikken som partiene fører ikke alltid kan gjenspeile det som står nedfelt i partiprogrammene. Politiske prosesser og lovgivningsprosesser innebærer mer enn bare de prinsipielle, og ofte ideologiske, grunnholdningene til partiene, og det er flere forhold som må vurderes enn egne politiske synspunkter når en lov skal vedtas. Tverrpolitisk samarbeid er ofte nøkkelen til å få igjennom saker, og da må man ofte vike fra det som står i partiprogrammet.

For å kartlegge forholdet mellom partiprogrammene og den faktiske stemmegivningen i enkeltsaker i Stortinget, har vi foretatt en analyse av alle partiprogrammene. Vi har sett på hvordan partiene omtaler det kommunale selvstyre generelt, både direkte og indirekte, i partiprogrammene. Vi har også gått dypere inn på spesifikke sektorer,

herunder areal og plan, samt helse og omsorg. Analysen er omfattende, og av plasshensyn er den derfor ikke tatt i selve rapporten her, men ligger ved som vedlegg 1. Vi gir her kun en kort oppsummering av hovedfunnene for å trekke linjene videre i de konkrete lovsakene nedenfor.

Vi har sett på følgende partiprogrammer:

Parti	Tittel på program	Antall sider
Arbeiderpartiet	<i>Arbeiderpartiet. Partiprogram 2021-2025. De store oppgavene løser vi best sammen</i>	121
Fremskrittspartiet	<i>En enklere hverdag. For folk flest. Fremskrittspartiets partiprogram 2021-2025</i>	131
Høyre	<i>Vi tror på Norge. Høyres stortingsvalgprogram 2021-2025</i>	82
Kristelig Folkeparti	<i>Ansvar for hverandre. KrFs stortingsprogram 2021-2025</i>	78
Miljøpartiet De Grønne	<i>Miljøpartiet De Grønne. Arbeidsprogram 2021-2025</i>	151
Rødt	<i>Rødts arbeidsprogram 2021-2025. Kamp mot Forskjells-Norge</i>	108
Senterpartiet	<i>Vi tror på hele Norge. Senterpartiets prinsipp- og handlingsprogram 2021-2025</i>	122
Sosialistisk Venstreparti	<i>SVs arbeidsprogram 2021-2025. Et samfunn for de mange – ikke for de få</i>	147
Venstre	<i>Venstres stortingsvalgprogram 2021-25. Frihet og muligheter for alle.</i>	99

Tabell 1: Oversikt over partiprogram for perioden 2021-2025

Den samtlende analysen av partiprogrammene viser at partiene har forskjellig vektlegging av hensynet til det kommunale selvstyret i seg selv, samt av hvordan sakene i partiprogrammene vil påvirke det kommunale selvstyret generelt. Det er i omtalen av økonomiske virkemidler, herunder omtalen av frie inntekter, som synes å ha størst betydning for det kommunale selvstyret, da det vil gi kommunene større handlingsrom til å løse oppgavene de allerede har. Alle partiene bortsett fra Fremskrittspartiet og Høyre skriver direkte eller indirekte at de vil styrke kommunenes økonomi og derigjennom deres handlingsrom.

Det kommunale selvstyret kommenteres derimot hyppigst på området areal og miljø. Partiene med en tydelig miljøprofil; Sosialistisk Venstreparti, Miljøpartiet de Grønne og Venstre, samt Rødt, signaliserer en klar innskrenkning av det kommunale selvstyret på arealfeltet. Dette begrunnes i all hovedsak ut fra ivaretagelse av naturverdier. Høyre, Fremskrittspartiet og Senterpartiet er på sin side for en utvidelse av det kommunale selvstyret på dette området, med unntak av Senterpartiets fokus på jordvern. Arbeiderpartiet og Kristelig Folkeparti er i en mellomposisjon.

Partiprogrammene viser at innen helse og omsorg, er fokuset stort sett på å bedre tjenestene, og ikke på kommunalt selvstyre. Dette kommer til syne gjennom tiltak som vil sikre og utvide pasientenes rettigheter, spesielt knyttet til utbygging av psykiske helsetjenester. Dette er gjennomgående for de fleste partiene. Rødt og Sosialistisk Venstreparti skiller seg ut her, da deres fokus i større grad er på rettighetene til de ansatte og finansiering av helsetjenestene. I tillegg til Rødt og Sosialistisk Venstreparti presiserer også Kristelig Folkeparti og Senterpartiet viktigheten av å øke kommunenes økonomiske handlingsrom for å få til denne nevnte bedringen av tjenestene. Styringsvirkemiddelet organisasjon er fremtredende i flere av partiprogrammene spesielt på helsefeltet, gjennom at partiene på flere områder legger føringer for hvordan kommunene skal innrette tjenester og ordninger som blir foreslått, som i praksis vil innebære mindre lokalt selvstyre.

14.3 Formelle lovprosesser og utredningsinstruksens omtale av det kommunale selvstyret

Det er Stortinget som er gitt enerett på å vedta ny lovgivning. Veien frem til et lovvedtak kan imidlertid variere, alt etter om initiativet kommer fra regjeringen eller representanter i Stortinget. De fleste lovforslag fremmes i form av en proposisjon fra regjeringen, som undertiden bygger på en offentlig utredning (NOU).

Lovgivningsarbeid består av en rekke formelle prosesser:

- forberedende lovarbeid
- lovforslag
- komitébehandling
- behandling i Stortinget i to omganger
- sanksjonering av Kongen i statsråd

Det stilles ulike krav til innholdet i arbeidet, og vi går ikke inn på disse i detalj her. Det sentrale er at lovgivningsprosesser skal følge formelle krav, og at sentrale momenter må vurderes i disse prosessene. Et åpenbart eksempel på dette, vil være vurderinger av Grl. § 49 og kommuneloven §§ 2-1 og 2-2, se punkt 3.6 ovenfor.

Et sentralt verktøy i lovgivningsprosesser er utredningsinstruksen,²⁷³ som gjelder utredningskrav ved statlige tiltak. Forskriftens punkt 1-1 fastslår at:

Formålet med instruksen er å legge et godt grunnlag for beslutninger om statlige tiltak gjennom å

- identifisere alternative tiltak
- utrede og vurdere virkningene av aktuelle tiltak
- involvere dem som er berørt av tiltaket, tidlig i utredningsprosessen
- samordne berørte myndigheter.

²⁷³ Instruks om utredning av statlige tiltak – Forskrift 19. februar 2016 nr. 184.

Helt sentralt er altså å sikre at lovvedtak skjer på et forsvarlig kunnskapsgrunnlag, hvor alle involverte aktører, både private og offentlige, gis mulighet til å medvirke i prosessen. Utredningsinstruksen skal gjelde en rekke statlige tiltak, og er av den grunn nokså generell i sin utforming med hensyn til hvilke utredningskrav som gjelder. I vår sammenheng er det imidlertid verdt å bemerke at virkningene overfor kommuner og fylkeskommuner er fremhevet som minimumskrav til utredning for ethvert tiltak som faller innenfor forskriftens virkeområde. Det heter i punkt 2-1 andre ledd at:

Utredningen skal omfatte virkninger for enkeltpersoner, privat og offentlig næringsvirksomhet, statlig, fylkeskommunal og kommunal forvaltning og andre berørte. (vår understrekning)

Dette innebærer at ethvert lovforslag som berører kommunal virksomhet, skal inneholde særskilte vurderinger av virkningene overfor kommunene.

Videre følger det av instruksens punkt 3-1 første ledd at

Berørte departementer skal involveres så tidlig som mulig i utredningsprosessen. Andre som er berørt av tiltaket, skal involveres tidlig så langt dette er hensiktsmessig.

I veileder til utredningsinstruksen, sist oppdatert i oktober 2024, står det i denne forbindelse blant annet i punkt 3.1.4:

Plikten til konsultasjon i saker som påvirker kommuner og fylkeskommuner, er omtalt i Rettleiar for konsultasjonsordninga. De ansvarlige departementene skal vurdere om saker skal behandles etter konsultasjonsordningen. Kommunal- og distriktsdepartementet har koordineringsansvar for saker som kan berøre kommunesektoren, og kan gi veiledning om ordningens virkeområde og innhold.²⁷⁴

I tillegg slår punkt 4-4 første ledd at «utkast til proposisjoner til Stortinget med forslag til lovvedtak som har vesentlige virkninger for kommunene eller fylkeskommunene, skal forelegges Kommunal- og distriktsdepartementet til uttalelse». Dermed gis KDD mulighet til å kontrollere at lovforslaget bygger på korrekt og tilstrekkelig informasjon når det gjelder virkninger overfor kommunene. Kommunene gis før øvrig mulighet til å komme med høringsinnspill til selve proposisjonen.

Utover det nevnte kravet om å gjøre rede for virkninger for kommunal forvaltning, sier utredningsinstruksen lite om forholdet til kommuner. Veilederen til utredningsinstruksen omtaler heller ikke kommunalt selvstyre e.l. konkret. Når det gjelder hensynet til det kommunale selvstyret, finner man en indirekte kobling fra forskriften ved at forskriftens formål i punkt 1-1 andre ledd viser til at instruksen skal «legge et godt grunnlag for utredning i forhold til Grunnloven». I lys av Grl. § 49 andre ledd, både med tanke på fremhevelsen av det lokale selvstyret og at dette kan reguleres gjennom lov, kan det argumenteres for at ethvert lovforslag skal inneholde en utredning og vurdering av lovforslagets betydning for og innvirkning på det lokale selvstyret. Dette danner grunnlaget for å undersøke hvordan hensynet til det lokale selvstyret blir omtalt i de fire lovprosessene som er valgt ut i dette prosjektet.

²⁷⁴ [Veileder til utredningsinstruksen | DFØ](#) punkt 3.1.4

14.4 Endringer i energiloven og plan- og bygningsloven (vindkraft på land)

14.4.1 Kort om lovforslagets innhold

Lovforslaget Prop. 111 L (2022-2023) ble fremmet i statsråd 28. april 2023. Dette forslaget innebar blant annet innføring av et krav om at konsesjonspliktige vindkraftanlegg på land skal ha områderegulering, se plan- og bygningsloven § 12-1 tredje ledd fjerde punktum. I tillegg ble det vedtatt en endring i energiloven § 2-2 første ledd om at konsesjon til vindkraftanlegg på land ikke kan gis før tiltaket er planavklart etter plan- og bygningsloven. Bakgrunnen for lovforslaget har en lang forhistorie, og handler i korte trekk om en kontinuerlig diskusjon om hvem som skal ha myndighet til å bestemme hvor vindkraftanlegg skal etableres. Frem til 2008 var myndigheten delt mellom NVE og kommunene, som vurderte vindkraftsaker ut fra henholdsvis energilovens konsesjonssystem og etter plan- og bygningslovens regler om planlegging. Med plan- og bygningsloven av 2008 ble store deler av energisektoren løftet ut av plan- og bygningsloven, noe som innebar en klar maktforskyvning fra lokaldemokratiske forhold til statlig styring. Ifølge forarbeidene var hensikten å sikre mer effektiv utbygging av energiltak.²⁷⁵

I de senere år har diskusjonen omkring vindkraftutbygging tiltatt, og flere har ønsket sterkere lokaldemokratisk forankring i avgjørelsen av hvor vindkraftanlegg skal etableres. Dette er blant annet grunnlaget for lovforslaget som endte opp med å tilbakeføre en del av myndigheten til kommunene. Selv om plan- og bygningsloven nå krever at det skal utarbeides områderegulering, og dermed sikrer at kommunene gis mulighet til å bestemme om, og eventuelt hvor, vindkraftanlegg kan etableres, er det også vedtatt lovbestemmelser som innebærer båndlegging av kommunenes styringsrett. Helt sentralt er pbl. § 12-18 som begrenser kommunenes adgang til å endre eller oppheve en vedtatt områderegulering for vindkraft. Dette er en klar begrensning sammenlignet med hva som gjelder for arealplaner generelt, hvor kommunene nærmest har fri adgang til å endre eller oppheve planer basert på planfaglig og politisk skjønn.

Hensikten med denne begrensningen var å gi forutsigbarhet for de involverte partene, og få til mer effektive prosesser. Olje- og energidepartementet peker på at det ville være «uheldig» dersom en vedtatt områderegulering om etablering av vindkraft skulle bli endret eller opphevet som følge av endret sammensetning i kommunestyre som følge av lokalvalg.

Vi kan altså registrere at denne lovendringen på den ene siden gir kommunene økt beslutningsmyndighet, men samtidig begrenser kommunenes rett til å endre eller oppheve egne vedtak.

Videre ble det foreslått at Norges vassdrags- og energidirektorat (NVE) skulle gis en utvidet rolle i prosessen, med anledning til å sende områdereguleringsforslag på høring etter samtykke fra kommunen, se pbl. § 3-7 fjerde ledd.

²⁷⁵ Ot.prp. nr. 32 (2007-2008) s. 39 flg.

14.4.2 Forarbeidenes omtale av det kommunale selvstyre

I forarbeidene omtaler ikke olje- og energidepartementet hensynet til det kommunale selvstyre eller endringene i Grunnloven eller kommuneloven konkret. Det kommer likevel frem at endringene i pbl. § 12-1 og energiloven § 2-2 om planavklaring, var motivert av å styrke kommunenes beslutningsmyndighet i vindkraftsaker:

Det overordnede formålet med forslagene til lovendringer som foreslås i denne proposisjonen, er å styrke kommunenes rolle i prosesser knyttet til utbygging av vindkraft på land, jf. Innst.101 S (2020–2021). Det er lagt til grunn at økt involvering av kommuner og lokalsamfunn er nødvendig for å gi økt legitimitet til prosessene, bedre forankring av vindkraft lokalt og bedre tilpassede løsninger. Endringene antas å redusere konfliktnivået, og dermed gi grunnlag for en videre utbygging av vindkraft, blant annet for å styrke kraftbalansen og nå de nasjonale klimamålene.²⁷⁶

Begrensningen i adgangen til å oppheve og endre vedtatt områderegulering etter pbl. § 12-18, kan i teorien redusere det kommunale selvstyre. Dette er ikke omtalt spesifikt av departementet, men ble påpekt av flere høringsinstanser. Det fremkommer imidlertid at også disse støtter forslaget:

Selv om det isolert sett innebærer en innskrenkning av det kommunale selvstyre, vil forslagene totalt sett innebære en vesentlig forbedring sammenliknet med dagens situasjon, og i sum framstå som en hensiktsmessig avveining av hensynet til kommunalt selvstyre, forutsigbarhet for utbygger og behovet for nasjonal styring av energisystemet.²⁷⁷

Det er ikke gitt detaljer om hvordan kommunene er omtalt i statlige høringsuttalelser, men det fremkommer av proposisjonen at Statsforvalteren i Rogaland og Statsforvalteren i Trøndelag gikk imot forslaget om å avgrense kommunens rett til å oppheve eller endre områdereguleringer for vindkraft.

Heller ikke i tilknytning til forslaget om å gi NVE myndighet til å sende områderegulering på høring etter samtykke fra kommunen, drøfter departementet det kommunale selvstyre konkret. Det bemerkes imidlertid at:

Forslaget ble begrunnet med at forsyningssikkerhet for kraft er en nasjonal interesse, og at manglende ressurser og kompetanse hos kommunene ikke bør være til hinder for effektive planprosesser for å legge til rette for utbygging av vindkraft.²⁷⁸

Flere av høringsinstansene diskuterer at kommunenes selvstyre kan bli svekket dersom NVE fikk en slik utvidet rolle. Av de statlige myndighetene kommer dette synes dette imidlertid bare å kunne ha vært et tema hos Statsforvalteren i Rogaland, som sier at:

Når planforslaget i tillegg som regel er utarbeidet av en utbygger, vil dette kunne gi inntrykk av at områdereguleringen har svak lokal forankring i kommunen. Selv om en slik planprosess kun er aktuelt etter samråd med kommunen, mener vi at forslaget kan medvirke til å undergrave ønsket om å gi reguleringsmessige forhold i tilknytning til vindkraftutbygging en sterkere lokal forankring i kommunen. Uavhengig av dette mener vi

²⁷⁶ Prop. 111 L (2022-2023) s. 9.

²⁷⁷ Prop. 111 L (2022-2023) s. 33.

²⁷⁸ Prop. 111 L (2022-2023) s. 35.

at det bør tydelig framgå av bestemmelsen at konsesjonsmyndigheten kan sende forslaget til område regulering på høring og ut på offentlig ettersyn etter særskilt vedtak i kommunen, og ikke bare etter samråd med kommunen.²⁷⁹

I forslaget som ble sendt ut på høring var det forslått at NVE kunne legge ut forslag til høring og offentlig ettersyn etter *samråd* med kommunen. I høringsinnspillene reagerte flere på begrepet samråd og at det var uklart hva som lå i dette. I det endelige forslaget ble ordlyden derfor endret til *samtykke*. Det er også presisert i forarbeidene at det fortsatt er kommunen som skal fatte vedtak etter pbl. § 12-11, noe som «innebærer at kommunen kan si nei til å legge planforslaget ut på offentlig ettersyn og sende det på høring.»²⁸⁰

14.4.3 Partiprogrammene

Fra partiprogrammene ser vi at de fleste partiene har kommentert kommuners selvråderett når det kommer til vindkraft. Arbeiderpartiet, Senterpartiet, Fremskrittspartiet og Sosialistisk Venstreparti ønsker alle at utbygging av vindkraftanlegg skal behandles etter plan- og bygningsloven. Endringen av energiloven § 2-2, som nå presiserer at konsesjon ikke kan gis før tiltaket er planavklart etter plan- og bygningsloven, synes å være i tråd med slike ønsker.

14.4.4 Stemmegivningen i Stortinget

I Storkomiteens merknader i innstillingen til lovforslaget, mente medlemmet fra Rødt at lovforslaget om begrenset adgang til å oppheve og endre områderegulering etter pbl. § 12-18 innebar en unødvendig innskrenking av kommunenes makt til å endre egne reguleringsplaner. I Stortingsdebatten ble det presisert av medlemmet fra Rødt at det nye forslaget gjør at involvering og rett til å si nei ikke er tilstrekkelig ivaretatt av dette forslaget.

Komiteens første tilråding som inneholdt endring av energiloven om at konsesjon til vindkraft krever planavklaring etter plan- og bygningsloven ble fremmet av medlemmene fra Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet, Høyre, Rødt og Senterpartiet. Andre tilråding, som inneholder endringene i plan- og bygningsloven ble fremmet av Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet, Høyre og Senterpartiet. Det ble også fremmet forskjellige mindretallsforslag.

Under voteringen på Stortinget stemte alle partiene bortsett fra Sosialistisk Venstreparti og Rødt, (samt Pasientfokus) for forslaget da det ble votert over forslaget i sin helhet.

14.5 Endringer i forurensningsloven

14.5.1 Kort om lovforslagets innhold

Lovforslaget Prop. 54 L (2022-2023) ble fremmet i statsråd 17. mars 2023. Forslaget innebar blant annet at statsforvalteren skulle få hjemmel til også å føre tilsyn med kommunenes internkontroll etter kommuneloven § 25-1 ved tilsyn etter

²⁷⁹ Prop. 111 L (2022-2023) s. 36.

²⁸⁰ Prop. 111 L (2022-2023) s. 37.

forurensningsloven § 48 a. Dette ville innebære en utvidet tilsynshjemmel overfor kommunene. Hensikten med dette forslaget var å gi hjemmel til å overholde forpliktelser som Norge har etter EØS-avtalen. Det blir påpekt i innstillingen til forslaget at dersom forslaget ikke blir vedtatt, så vil det innebære et brudd på EØS-rettslige forpliktelser.

14.5.2 Forarbeidenes omtale av det kommunale selvstyret

Det å gi en utvidet tilsynshjemmel til statlige myndigheter til også å føre tilsyn med kommunenes *internkontroll* med plikter etter forurensningsloven slik som foreslått, er noe som indirekte kan påvirke det kommunale selvstyret, selv om statsforvalterne etter forurensningsloven § 48 a allerede hadde hjemmel til å føre tilsyn med selve kommunepliktene.

Så vidt vi kan se, har klima- og miljødepartementet ikke vist til verken hensynet til det kommunale selvstyret eller lovgivningen for å styrke selvstyret i proposisjonen eller i innstillingen til Stortinget. I proposisjonen synes hovedfokuset å være på at kommunene skal oppfylle en rekke plikter etter forurensningsloven, at de har plikt til internkontroll etter kommuneloven § 25-1, og at det er behov for statlig tilsyn også med denne internkontrollen. Det skrives blant annet at:

Muligheten til å føre tilsyn med internkontrollen kan i noen tilfeller være avgjørende for å ta stilling til hvorvidt kommunen har brutt plikter etter forurensningsloven. Pliktene etter loven innebærer i stor grad å forvalte et saksområde. Erfaringene fra gjennomførte tilsyn etter forurensningsloven § 48 a viser at en kommunes internkontroll gir et viktig grunnlag for å vurdere hvordan kommunen skjøtter oppgavene sine, spesielt på områder der plikten etter forurensningsloven innebærer at kommunen må gjøre prioriteringer og holde oversikt over et saksområde. Mangel på internkontroll vil innebære en stor risiko for at kommunen ikke klarer å oppfylle pliktene sine etter forurensningsloven, (...) ²⁸¹

KS har vist til kommuneloven § 2-2 i sitt høringsinnspill. KS mente at forslaget ikke var blitt vurdert opp mot forholdsmessighetsprinsippet i kommuneloven om å ikke begrense det kommunale selvstyret mer enn nødvendig, og at dette er særlig viktig i saker hvor staten får myndighet til å overprøve kommuner. Departementet mente imidlertid at dette ikke var relevant, fordi forslaget ikke innebar nye plikter for kommunene. Departementet skriver blant annet:

Plikten til å ha internkontroll etter kommuneloven § 25-1 gjelder all virksomhet kommunen utøver, og dermed også kommune pliktene etter forurensningsloven. Departementet viser videre til at en utvidet tilsynshjemmel ikke i seg selv vil påvirke omfanget av tilsyn. ²⁸²

14.5.3. Partiprogrammene

Ingen av Stortingspartiene har foreslått denne spesifikke lovendringen i partiprogrammet sitt. Det nærmeste vi finner i et av partiprogrammene er at Fremskrittspartiet ønsker å gi Miljødirektoratet oppgaven «å påse at

²⁸¹ Prop. 54 L (2022-2023) s. 10.

²⁸² Prop. 54 L (2022-2023) s. 10.

forurensningsbestemmelsene etterleves». Mer generelt skriver Senterpartiet at de ønsker å redusere statlige tilsyn, noe som dette forslaget går imot.

14.5.4 Stemmegivningen i Stortinget

I komitebehandlingen av saken var det ingen av partiene som kom med noen merknader. Forslaget ble dermed tilrådet av en samlet komite i Stortinget, og ble deretter vedtatt av et samlet Storting.

14.6 Endringer i helsepersonelloven, pasient- og brukerrettighetsloven mv.

14.6.1 Kort om lovforslaget

Lovforslaget Prop. 57 L (2021-2022) ble fremmet i statsråd 4. februar 2022. Forslaget omfattet flere endringer blant annet i helsepersonelloven, helsetilsynsloven og pasient- og brukerrettighetsloven med hensyn til administrative reaksjoner, tilsynsmyndighetenes saksbehandling av henvendelser om pliktbrudd m.m.

Vi ser her kun på omtale knyttet til en sentral endring i helsepersonelloven med en tilhørende endring i helsetilsynsloven. Det ble helsepersonelloven innført adgang til å gi faglige pålegg til helsepersonell. Videre ble tilsynsmyndighetene gitt hjemmel i helsetilsynsloven til å pålegge en virksomhet innen helse- og omsorgstjenesten å legge til rette for og å følge opp slike faglige pålegg for helsepersonell, og til å pålegge kommunene å følge opp faglige pålegg til fastleger. Kommunene som arbeidsgiver for en stor del av helsepersonellet ville gjennom dette forslaget bli ansvarlige for følge opp faglige pålegg.

14.6.2 Forarbeidenes omtale av det kommunale selvstyret

I forbindelse med adgang til faglige pålegg til helsepersonell og den tilhørende hjemmelen for tilsynsmyndighetene til å gi pålegg til kommunene om å følge opp faglige pålegg, presiserer helse- og omsorgsdepartementet at kommunene og fylkeskommunene er selvstendige, politisk valgte og styrte forvaltningsnivåer, og at en eventuell påleggsadgang for tilsynsmyndighetene derfor må lovreguleres. Deretter viser departementet i forarbeidene til prinsippene i kommuneloven § 2-2:

Lov 22. juni 2018 nr. 83 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) § 2-2 første ledd bestemmer at «det kommunale og fylkes kommunale selvstyret bør ikke begrenses mer enn det som er nødvendig for å ivareta nasjonale mål». Departementet mener det i dette tilfellet er nødvendig å begrense det kommunale selvstyret gjennom en påleggshjemmel.²⁸³

Behovet for tilsynshjemmelen ble begrunnet med pasientsikkerhet, plikt til å yte forsvarlige helsetjenester, samt befolkningens tillit til helsevesenet generelt.

Departementet ser også ut til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret når det gjelder selve prosessen med tilsyn og utarbeidelse av pålegg når de sier:

²⁸³ Prop. 57 L (2021-2022) s. 37.

I tillegg til at tilsynsmyndigheten skal tilstrebe et samarbeid med den aktuelle kommunen, må det ved utformingen av pålegget også legges vekt på det kommunale selvstyret.²⁸⁴

Tilsvarende synspunkter som det ovennevnte ble også tatt opp i Stortingskomiteens behandling av saken.²⁸⁵ Den samlede komiteen var enig i departementets vurdering, men understreket at i selve utformingen av de faglige påleggene burde det kommunale selvstyret vektlegges.

14.6.3 Partiprogrammene

I partiprogrammene er det ingen partier som direkte foreslår de endringene som følger av lovforslaget. Intensjonen bak dette forslaget, som kan gå på bekostning av det kommunale selvstyret, er i tråd med flere av partienes forslag som peker i retning av en helsetjeneste med individuelle rettigheter for pasienter og pårørende, slik som Fremskrittspartiet, Høyre og Venstre. På den annen side er Senterpartiet negative til graden av tilsyn fra statsforvalteren, samtidig som de er opptatt av å styrke pasientsikkerheten i både kommunehelsetjenesten og spesialisthelsetjenesten.

14.6.4. Stemmegivningen i Stortinget

En samlet komite stilte seg bak lovforslaget som helhet, med unntak av to paragrafer i pasient- og brukerrettighetsloven. Rødt stilte seg ikke bak forslaget til en ny § 3-7 om at pasienter skal ha rett på svar på henvendelser, da medlemmet mente at det ikke vil gi en reell gevinst. Fremskrittspartiet, Rødt og Sosialistisk Venstreparti stilte seg ikke bak § 7-4 a andre ledd som handlet om at statsforvalteren kunne vurdere hvordan anmodning om tilsyn etter § 7-4 første ledd skulle følges opp. Partiene begrunnet dette med bekymring for statsforvalterens kapasitet til å prioritere og følge opp henvendelser. Disse tre partiene fremmet på bakgrunn av dette et mindretallsforslag om å evaluere endringen i § 7-4 a andre ledd etter ett år. Dette mindretallsforslaget fikk 31 stemmer for og 68 stemmer mot. Fremskrittspartiet, Miljøpartiet de grønne, Pasientfokus, Rødt, Sosialistisk Venstreparti, Venstre, samt ett medlem av Arbeiderpartiet stemte for dette mindretallsforslaget.

Det endelige lovforslaget ble enstemmig vedtatt.

14.7 Lov om kommunenes ansvar på det boligsosiale feltet

14.7.1 Kort om lovforslaget

Prop. 132 L (2021-2022) ble fremmet i statsråd 17. juni 2022. Dette var en ny lov som skulle forbygge boligsosiale utfordringer i kommunene. Lovforslaget medførte at kommunene skulle være ansvarlige for å tilby «individuell tilpasset bistand» til vanskeligstilte på boligmarkedet. Kommunene hadde allerede slike plikter gjennom sosialtjenesteloven § 15 og helse- og omsorgstjenesteloven § 3-7, men gjennom dette lovforslaget ble disse pliktene ytterligere skjerpet med strengere krav til kommunenes

²⁸⁴ Prop. 57 L (2021-2022) s. 51.

²⁸⁵ Innst. 254 L (2021-2022)

saksbehandling i tillegg til å forplikte kommunene til å inkludere boligsosiale hensyn i kommuneplanene.

Det fremkommer av proposisjonen at loven skulle tydeliggjøre kommunenes ansvar på det boligsosiale feltet. Forslaget innebar i hovedsak innebar en presisering av ansvaret kommunene allerede har på det boligsosiale feltet, men med enkelte skjerpinger som nevnt over.²⁸⁶

Loven ble ansett nødvendig for å få et mer likeverdig nivå på boligsosial bistand på tvers av kommuner. For å sikre handlefrihet for kommunene, skulle de selv bestemme innretning på bistanden. Likevel vil prinsippet om brukermedvirkning spille inn, noe som krever at kommunene i den grad det er mulig inkluderer den enkelte i utforming av vedtak. En del av forslaget inneholdt også lovfesting av et krav om at kommunene skulle ha oversikt over behovene på det boligsosiale området, og at denne oversikten skulle inngå i kommunenes planstrategi. Kommunene skulle ha både mål og strategier for arbeidet på feltet i med i kommuneplanen. Kommunene har fått fire år på å oppfylle kravene til planstrategi etter at loven tredde i kraft.

I tillegg er statsforvalteren gitt myndighet som klageinstans ved klage i enkeltsaker. Det opprinnelige forslaget inneholdt også en hjemmel for tilsyn etter kommuneloven kapittel 30 med kommunenes plikt til å gi individuelt tilpasset bistand til vanskeligstilte på boligmarkedet. Departementet var i tvil om tilsyn er et egnet og nødvendig virkemiddel, og ba særskilt om at høringsinstansene uttalte seg om den foreslåtte tilsynshjemmelen.

14.7.2 Forarbeidenes omtale av det kommunale selvstyret

Ved å lovfeste og forsterke kommunenes ansvar på det boligsosiale feltet, sendes et signal om ytterligere ansvarliggjøring av kommunene som enkelte kommuner kan slite med å oppfylle, da dette kan kreve ytterligere ressurser både knyttet til saksbehandling og til den praktiske løsningen av oppgavene. I tillegg krever loven at dette tas med i kommunenes planarbeid. Isolert sett kan man argumentere for at dette ikke nødvendigvis innebærer mye ekstra arbeid, men med gradvis innføring av flere krav til kommunene på denne måten vil det over tid krevere ytterligere administrative ressurser.

I forarbeidene viser kommunal- og distriktsdepartementet ikke til verken Grunnloven § 49 andre ledd eller bestemmelsene i kommuneloven. Det fremgår heller ikke at høringsinstansene har vist til disse i sine uttalelser.

Hensynet til det kommunale selvstyret nevnes likevel enkelte steder. Forslaget omfattet en egen bestemmelse om kommunens oppgaver knyttet til organisering og planlegging, herunder at kommunen skal sørge for samarbeid på tvers av sektorer og samordning av sine tjenester. I denne forbindelse uttaler Statsforvalteren i Innlandet at bestemmelsen:

er en stor styrke ved loven fordi den tydeliggjør kommunedirektørens samordningsansvar og tydeliggjør kommunens plikt til å ta boligsosiale hensyn i plan.

²⁸⁶ Prop. 132 L (2021-2022) s. 5.

Samtidig ivaretas kommunalt selvstyre ved at det overlates til kommunen å organisere arbeidet på en måte som passer den enkelte kommune.²⁸⁷ (vår understrekning)

Det kommer frem at noen høringsinstanser mente at bestemmelsen om samordning mv. var for generell. Departementet vurderer en mulig konkretisering av kommunens ansvar slik:

Departementet mener det ikke er hensiktsmessig å konkretisere kommunens samordningsplikt nærmere, da det kan gå på bekostning av kommunenes selvstyre og handlingsfrihet. Kommunene organiserer sitt arbeid på ulike måter, og det er opp til den enkelte kommune å vurdere hvordan den kan samordne sine oppgaver og tjenester slik at den kan gi et helhetlig og godt tilbud til vanskeligstilte på boligmarkedet.²⁸⁸

Det kommunale selvstyret er også et tema i forbindelse med bestemmelsen om at statsforvalterne skal være klageinstans for klager på enkeltvedtak. Det var foreslått en presisering i loven om at statsforvalteren skal vektlegge hensynet til kommunalt selvstyre ved prøvingen av det frie skjønn. Etter innspill fra høringsinstansene og vurderinger av forvaltningsloven § 34 samt NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov*, kom departementet frem til at det ikke burde inntas noen slik presisering i selve lovbestemmelsen, slik at forvaltningslovens regler gjelder.

Når det gjaldt forslaget om tilsynshjemmel, var flere høringsinstanser positive til dette. KS bemerket imidlertid at det ikke var vist et reelt behov for tilsyn som virkemiddel, og at bestemmelsen kunne svekke det kommunale selvstyret. Etter en samlet vurdering kom departementet til at mindre inngripende virkemidler som veiledere og rundskriv kunne være like godt egnet for å sikre gjennomføring, og tilsynshjemmelen ble derfor ikke del av det endelige lovforslaget.

14.7.3 Partiprogrammene

Mange av partiene kommenterer boligpolitikk i sine partiprogrammer, men dette er mest knyttet til bygging og Husbankens rolle, og mindre til kommunenes ansvar. Der det kommenteres er det stort sett i vage termer, slik som Senterpartiet som har som mål om at forvaltning av offentlig eiendom skal «bidra til en sosial og inkluderende boligpolitikk» Arbeiderpartiet skriver i sitt program sier at de vil legge frem en melding som vil gi kommunen en større rolle i arbeidet med å utjevne forskjeller i boligmarkedet og at de vil «øke tilskudd til kommunalt boligsosialt arbeid».

14.7.4 Stemmegivningen i Stortinget

Komiteen kom med en samlet tilråding i innstillingen, med unntak av enkelte av paragrafene hvor medlemmene fra Sosialistisk Venstreparti og Rødt kom med mindretallsforslag. Et av mindretallsforslagene gikk ut på at loven skulle presisere at de vanskeligstilte har rett til hjelp, og kommunene plikt til å gi hjelp. Her stemte Miljøpartiet de grønne, Rødt og Sosialistisk Venstreparti (samt Pasientfokus) for, mens flertallet med Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet, Høyre, Senterpartiet og Venstre stemte mot. Et annet mindretallsforslag som innebar å styrke barns rettigheter ble stemt for av

²⁸⁷ Prop. 132 L (2021-2022) s. 45.

²⁸⁸ Prop. 132 L (2021-2022) s. 48.

Miljøpartiet de grønne, Rødt og Sosialistisk Venstreparti og Venstre (samt Pasientfokus). Arbeiderpartiet, Fremskrittspartiet, Høyre og Senterpartiet stemte imot.

Det endelige lovforslaget ble enstemmig vedtatt.

14.8 Oppsummering

14.8.1 Betydningen av lovendringene for å styrke det kommunale selvstyret

Det ser ut til å variere hvorvidt lovgivningen for å styrke det kommunale selvstyre har hatt betydning for innholdet i lovforslagene og for hvordan kommunene og det kommunale selvstyret omtales i prosessene.

Ved endringene i energiloven og plan- og bygningsloven mente KS at forslaget knyttet til NVEs myndighet måtte vurderes opp mot kommuneloven § 2-1, noe som olje- og energidepartementet var enige i. Grunnloven § 49 andre ledd ble ikke drøftet.

Ved endringene i forurensningsloven ble kommuneloven § 2-2 tatt opp av KS i høringsinnspillene, men ble av klima- og miljødepartementet funnet som «ikke relevant». Heller ikke her ble Grunnloven § 49 andre ledd vurdert.

Ved endringene i helsepersonelloven og pasient- og brukerrettighetsloven drøftes kommuneloven § 2-2 i proposisjonen, når det kommer til kommunes plikt til å følge opp det faglige pålegg som gis til helsepersonell som kommunen har arbeidsgiveransvar for. Her kom, som tidligere nevnt, helse- og omsorgsdepartementet frem til at forsvarlighet og tillit til helsetjenestene gjør det nødvendig gjennom en påleggshjemmel å begrense det kommunale selvstyret. Videre drøftes viktigheten av å i stor grad vektlegge det kommunale selvstyret når det kommer til utforming av faglige pålegg, og viktigheten av dette. Grunnloven § 49 andre ledd ble ikke drøftet.

Ved lov om kommunenes ansvar på det boligsosiale feltet ble forvaltningsloven § 34 nøye drøftet i diskusjon om statsforvalterens rolle som klageinstans. I det opprinnelige lovforslaget som ble sendt ut på høring ble det som tidligere nevnt planlagt statlig tilsyn etter kommuneloven kapittel 30, men dette ble tatt bort i lovproposisjonen. Kommunal- og distriktsdepartementets vurderinger her er at tiltaket er for inngripende, men i denne vurderingen henviste de ikke til kommuneloven §§ 2-1 og 2-2, men til veilederen for statlig styring. Grunnloven § 49 andre ledd drøftes heller ikke her.

Overordnet på tvers av alle lovforslagene, ser vi ser altså at både kommuneloven §§ 2-1 og 2-2, og forvaltningsloven § 34 blir drøftet, mens Grunnloven § 49 ikke vurderes. Alt i alt ser vi at nyere lovgivning for å styrke det kommunale selvstyret ikke nødvendigvis har hatt så stor betydning for selve innholdet i lovforslagene, men at disse delvis drøftes der det synes nødvendig.

Omtalen av kommunene i de utvalgte forarbeidene synes relativt nøytral. Enkelte steder, som ved endringene av plan- og bygningsloven og energiloven, fremheves kommunens rolle og at det er ønskelig å styrke denne. Ved endringene i forurensningsloven er det imidlertid kommunens ansvar for å ivareta sine plikter som er mest i fokus. Det er vanskelig å fastslå om lovendringene i Grunnloven og

kommuneloven egentlig har hatt noen betydning for hvordan kommunene omtales, men ut fra de fire lovgivningsprosessene vi har sett på i detalj, samt andre forarbeider som har vært del av denne utredningen, synes endringene ikke å ha hatt noen spesielt stor betydning på dette området. Vi vil likevel bemerke at det ikke nødvendigvis er selve *omtalen* av kommunene og selvstyret som er det mest sentrale på dette området, men om statsforvaltningen og lovgiver i praksis følger opp prinsippene i Grunnloven og kommuneloven, og sikrer at kommunenes stilling ivaretas.

Det er viktig å presisere at dette ikke er et representativt utvalg saker, men et utvalg av saker som likevel kan gi en pekepinn på en potensiell trend der andre hensyn enn det kommunale selvstyret veier tyngre når lover skal endres eller nye lover vedtas. Det var forskjellige faktorer som bidro til at det kommunale selvstyret «tapte» i disse sakene. Ved endringene i energiloven og plan- og bygningsloven var det effektivitet og forutsigbarhet som veide tyngst. Ved endringene i forurensningsloven var EØS-rettslige forpliktelser det viktigste. Pasientsikkerhet, forsvarlige helsetjenester, samt tillit til helsevesenet veide tyngre enn det kommunale selvstyret ved endringene i helsepersonelloven og pasient- og brukerrettighetsloven. Ved lov om ansvar på det boligsosiale feltet veide behovet for et mer likeverdig nivå på boligsosial bistand på tvers av kommuner tyngst.

14.8.2 Forholdet mellom partiprogrammene og stemmegivningen i Stortinget

Vi ser fra alle de fire avstemningene at det er generelt stor enighet i Stortinget, da tre av fire forslag ble enstemmig vedtatt. Videre var det i ett av de tre enstemmige vedtakene heller ingen merknader i komitebehandlingen av saken.

I den ene saken som ikke ble enstemmig vedtatt, endringer i plan- og bygningsloven og energiloven om vindkraft på land, var det kun to partier som stemte imot. Det var Rødt og Sosialistisk Venstreparti som stemte imot disse endringene. Her trakk Rødt eksplisitt frem konsekvenser for det kommunale selvstyret, ved at kommuner mistet rett til å si nei til vindkraftanlegg, samt å endre egne vedtatte planer. Som tidligere nevnt mente departementet at det ville være «uheldig» dersom en vedtatt områderegulering om etablering av vindkraft skulle bli endret eller opphevet som følge av endret sammensetning i kommunestyret som følge av lokalvalg. Dette synes å være på kant med det kommunale selvstyret, da en slik endring i sammensetning av kommunestyret nettopp reflekterer hva lokaldemokratiet ønsker.

Flere av partiene som stemte for forslaget, Fremskrittspartiet, Høyre, Kristelig folkeparti, Senterpartiet og Venstre, har trukket frem viktigheten av lokaldemokratiet i sine partiprogrammer. I denne saken synes imidlertid andre hensyn, som forutsigbarhet og effektivitet, å trumfe hensynet til det lokale selvstyret. Det må likevel presiseres at del av intensjonen bak dette lovforslaget totalt sett, var å gjøre kommunene *mer* involverte i prosesser knyttet til etablering av vindkraft på land, selv om dette samtidig har medført en form for innskrenking av selvstyret på enkelte områder.

Ved endringene i forurensningsloven, som ble enstemmig vedtatt, hadde som nevnt heller ingen av partiene noen merknader i komitebehandlingen. Da det i denne saken ville vært et brudd på EØS-rettslige forpliktelser å ikke vedta forslaget, er det ingen

overraskelse at forslaget gikk gjennom uten nevneverdig motstand eller innvendinger. Likevel er det verdt å bemerke seg at KS' hørings svar om manglende forholdsmessighetsvurdering knyttet til innsnevring av det kommunale selvstyret ikke ble tatt hensyn til.

Selv om endringene i helsepersonelloven, helsetilsynsloven, pasient- og brukerrettighetsloven m.m., ble enstemmig vedtatt, var ikke alle partiene enige i samtlige paragrafer. Uenigheten her som i størst grad kan knyttes til det kommunale selvstyret, er Rødts innvending mot at pasienter skulle ha rett på svar på henvendelser. De mente at gevinsten her ikke veide opp for kostnaden dette ville medføre. Selv om det i denne saken er elementer som kan gå utover det kommunale selvstyret, så vi i gjennomgangen av partiprogrammene at mange av partiene har et tydelig individfokus på helse- og omsorgssaker. Denne saken vil medføre ytterligere styrking av pasienter, brukere og pårørendes rettigheter, som er i tråd med hva flere partier fremmer i partiprogrammet.

Når det kommer til lov om kommunenes ansvar på det boligsosiale feltet, så er det mange av partiene som kommenterer boligpolitikk, men mest knyttet til bygging og Husbankens rolle, og mindre til kommunenes ansvar. Der det kommenteres er det stort sett i vage termer. Det er tydelig at denne lovendringen vil føre til økte utgifter for mange kommuner, som ikke vil bli umiddelbart kompensert for. KS ytret i høringsinnspillet bekymring for dette, og mente at det ofte undervurderes hvor store økonomiske virkninger endringer i saksbehandlingsregelverk faktisk har. Som følge av dette ble det foreslått et mindretallsforslag fra Rødt og Sosialistisk Venstreparti om å evaluere økonomiske og administrative konsekvenser av denne loven etter to år. Partiene fikk kun med seg Miljøpartiet De Grønne på dette forslaget. Resten av partiene mente at dette ikke var nødvendig, da departementet uansett skulle evaluere loven.

Når det gjelder hvordan den faktiske stemmegivningen på Stortinget samsvarer med hva som fremkommer av partiprogrammene, er vår konklusjon at dette varierer. Basert på de fire sakene vi undersøker her, ser vi spesielt når det kommer til endringer i energiloven og plan- og bygningsloven at vi finner motsetninger mellom omtale av lokaldemokrati i enkelte av partiprogrammene og avstemning om saken. Slike saker er likevel svært komplekse, og innebærer stort sett flere endringer enn kun det som kan svekke det kommunale selvstyret. Derfor vil det i hver enkelt sak bli tatt avveininger som derfor kan gå imot det kommunale selvstyret, selv om partiene generelt er for dette. Funnene er langt på vei i tråd med hva Danielsen et al. (2019) kom frem til ved at de fleste partier støtter det kommunale selvstyret i generelle termer, men at særlovgivningen stadig snevrer det inn. De forslagene som har blitt undersøkt her er både spesifikke og tekniske, mens mye av det som står i partiprogrammet er mer lettfattelig og ikke fullt så teknisk som forslagene som det stemmes over i Stortinget må være. Ingen av sakene her kan heller klassifiseres som ideologiske symbolsaker. Snarere bærer sakene som undersøkes her preg av å være lovendringer og lovforslag som er nødvendige ut fra pragmatiske hensyn. Derfor er det ikke mulig å komme med en hard konklusjon her.

Del 5: Oppsummering og anbefalinger

15. Samlede betraktninger og forslag til tiltak

15.1 Innledning

Denne utredningen har undersøkt det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, i lys av nyere lovgivning, og i hvilken grad lovgivers intensjon om et styrket kommunalt selvstyre har blitt fulgt opp i praksis.

Utredningen viser at bildet er nokså sammensatt, og at det er store variasjoner på tvers av ulike rettsområder. Dette gjelder både med hensyn til hvordan lovgivningen er utformet innenfor de enkelte sektorområdene, samt holdninger og oppfatninger om det kommunale selvstyret. På generelt grunnlag er det derfor vanskelig å konkludere med om det kommunale selvstyret *rent faktisk* har fått en sterkere stilling i norsk rett etter de sentrale endringene i Grunnloven, kommuneloven og forvaltningsloven § 34 andre ledd.

På grunnlag av våre analyser er det likevel mulig å komme med noen samlede betraktninger. Dette kan videre danne grunnlag for noen forslag til tiltak som kan bidra til å tydeliggjøre rammene for det kommunale selvstyret og at statlige myndigheter ivaretar hensynet til selvstyret i sitt daglige virke.

15.2 De overordnede bestemmelsene om kommunalt selvstyre, og ulike kompetansegrunnlag

Vi kan slå fast at det kommunale selvstyret har kommet klart til uttrykk i lovgivningen gjennom Grl. § 49 andre ledd, kommunelovens formålsbestemmelse og reglene om kommunalt selvstyre i kapittel 2. Begge regelsett etterlater liten tvil om at det kommunale selvstyret skal ha en sterk stilling i norsk rett.

Det kommunale selvstyret ble konstitusjonelt forankret ved vedtakelsen av Grl. § 49 andre ledd i 2016. Grunnlovsbestemmelsen gjelder primærkommunene. Mer konkrete lovbestemmelser om viktige elementer i det kommunale selvstyret ble gitt i kommuneloven av 2018 kapittel 2, og kommunalt selvstyre er også nevnt særskilt i kommunelovens formålsbestemmelse i § 1-1. Kommuneloven gjelder både kommuner og fylkeskommuner.

Grunnlovsbestemmelsen og kommunelovens regler gir kommunene status som egne rettssubjekter med egen folkevalgt ledelse og en grunnleggende rettslig handleevne. I tillegg er kommunene gitt rettslig handleevne gjennom særlovgivning og budsjettvedtak. Lovgivning og budsjettvedtak setter imidlertid også rammene for hvordan kommunene kan bruke kompetansen.

Grunnlovsbestemmelsen angir ingen skarp, avgrenset og uttømmende ramme for omfanget av det kommunale selvstyret, men de må ha tilstrekkelig rettslig handleevne og kapasitet til å kunne «styre lokale anliggender».

Grunnlovsbestemmelsen fremhever lokaldemokratiet i styringsordningen og hensynet til det kommunale selvstyret er relevant ved utarbeiding av lovforslag og ved lovtolkning innenfor hjemmelslovens rammer.

Kommunene er beskyttet av et lovkrav i Grl. § 49 andre ledd og kommuneloven § 2-1. Stortinget må bruke lov- eller budsjettmyndighet for å styre kommunene og statsforvaltningen er avhengig av å ha fått tildelt lovhjemmel for å kunne kontrollere og overprøve dem. Lovgivningen danner kompetansegrunnlag for svært mange av kommunenes beslutninger, i og med at den tillegger kommunene både oppgaver og myndighet.

Et annet kompetansegrunnlag finner vi i kommunenes eierrådighet. Kommunene kan, likhet med private rettssubjekter, treffe avgjørelser i kraft av sin eierrådighet. Det finnes likevel enkelte begrensninger i dette, fordi kommunene forvalter offentlig eiendom på fellesskapets vegne. Ved positiv rådighet vil eierrådigheten som kompetansegrunnlag som hovedregel være uproblematisk. Der det handler om negativ rådighet, altså å hindre andre i å bruke kommunens eiendom, og dermed eventuelt gripe inn i deres rettigheter, kan spørsmålet om kompetansegrunnlaget kunne komme på spissen. Et sentralt spørsmål er her når noe utgjør et inngrep som er av en slik karakter at det kreves hjemmel i lov, jf. legalitetsprinsippet som er fastslått i Grl. § 113. Dette vil variere fra sak til sak.

Videre kompetansegrunnlag kan finnes i kommunenes organisasjons- og instruksjonsmyndighet. Kommunene står relativt fritt til å organisere egen virksomhet innenfor de rammer som er satt i kommuneloven. I utgangspunktet kan også overordnede organer eller personer i kommunen instruere underordnede. Organisasjons- og instruksjonsmyndigheten gjelder først og fremst interne forhold i kommunens organisasjon, og kan bare i begrenset grad benyttes overfor for eksempel privatpersoner utenfor organisasjonen. Myndigheten kan likevel ha *virksomheter* for andre, for eksempel ved regulering av åpningstider, o.l. Det er også lagt til grunn at organisasjons- og instruksjonsmyndigheten kan være tilstrekkelig kompetansegrunnlag for «mindre inngripende tiltak» overfor andre, for eksempel at en skoleelev får beskjed om å legge mobilen i sekken under undervisning. Det vil også her kunne oppstå spørsmål om når man står overfor et inngrep som krever hjemmel i lov.

Utredningens første del har vist at det kommunale selvstyret rekker så langt lovgiver bestemmer. Det er i all hovedsak Stortinget som avgjør hvilke oppgaver kommunene skal ha, og hvilket handlingsrom kommunene har når oppgavene skal utføres. Når innholdet i det kommunale selvstyret skal fastlegges, vil dette dermed bero på hvordan den enkelte lov er utformet. Et sentralt spørsmål i så henseende er i hvilken grad den enkelte lov gir kommunene mulighet til å treffe vedtak basert på fritt skjønn, herunder i hvilken grad staten gis mulighet til å overprøve kommunenes virksomhet og beslutninger. Dette leder over til utredningens del 2.

15.3 Statlig kontroll og kommunenes søksmålsadgang

15.3.1 Klagebehandling, lovlighetskontroll og tilsyn

Skillet mellom fritt skjønn og rettsanvendelse har stor betydning for kontroll med og overprøving av kommunenes beslutninger. Både tilsyn og lovlighetskontroll er avgrenset til en rettslig prøving av kommunenes virksomhet og beslutninger. I klagesaker kan statsforvalter i utgangspunktet overprøve kommunenes frie skjønn, men det er en høy terskel for å omgjøre eller oppheve kommunenes vedtak på dette grunnlaget. De empiriske undersøkelsene i form av intervjuer og skriftlige vedtak mv. med de fire statsforvalterembetene, tilsier at statsforvalterne svært sjelden overprøver kommunenes frie skjønn.

Til sammen viser vår utredning at det kommunale selvstyret i praksis står sterkt i de tilfeller lovgiver har ment å gi kommunene et vidt handlingsrom til å utøve fritt skjønn. Der lovgiver har begrenset kommunenes valgfrihet gjennom å oppstille rettslige krav eller betingelser til myndighetsutøvelsen, er dette på sin side et uttrykk for en lovgivervilje om at den endelige beslutningen ikke nødvendigvis skal tas av kommunene. Beslutningene kan være gjenstand for statlig kontroll. Når slik kontroll for eksempel leder til at et vedtak blir opphevet, eller at kommunen etter tilsyn må justere sin virksomhet, er det etter vår oppfatning ikke tale om en praksis som begrenser det kommunale selvstyret «på nytt», selvfølgelig forutsatt at staten selv har tolket lovgivningen riktig. Begrensningen ligger allerede innbakt i det rettsgrunnlag kommunene utleder sin myndighet fra.

Der lovgiver har vedtatt bestemmelser som begrenser kommunenes handlingsrom til å treffe vedtak basert på fritt skjønn, er dette et uttrykk for lovgivers vilje om å begrense det kommunale selvstyret. Innenfor helse- og omsorgsretten er ofte slike bestemmelser begrunnet i hensynet til enkeltindivider og deres rettssikkerhet. Innenfor arealforvaltningsretten er slike kompetansebegrensninger mindre vanlige. Det finnes imidlertid unntak, for eksempel dispensasjonsbestemmelsen i pbl. § 19-2. Lovgiver har her vurdert at hensynet til en konsekvent praksis på tvers av kommuner er viktigere enn lokal tilpasning gjennom lokalpolitiske prioriteringer.

En annen sak er at overprøving og kontroll av kommunenes rettsanvendelse i enkeltsaker kan *oppleves* som et inngrep i det kommunale selvstyret. Et eksempel er når statsforvalter opphever et vedtak med den begrunnelse at kommunen etter statsforvalters syn har tolket eller anvendt loven feil. I rettslig forstand er det derimot vanskelig å se slik myndighetsutøvelse fra staten som et inngrep i det lokale selvstyret. Det er snarere tale om uenighet om hvordan loven skal tolkes og anvendes. At staten er gitt en rolle som kontrollinstans i slike saker er et bevisst valg fra lovgivers side, som i lov har innført et klage- og kontrollsystem om at staten kan og skal overprøve kommunenes rettsanvendelse fullt ut i saker som er gjenstand for kontroll. Det kan stilles spørsmål om det er hensiktsmessig og riktig at statsforvaltningen i mange tilfeller får siste ord om hva som er riktig lovtolkning i en sak. En side av dette er at det kan argumenteres for at norsk rett styrer kommunene i for stor grad, slik at det kommunale selvstyret de facto er mer begrenset enn det kommuneloven legger opp til. En slik diskusjon bør derfor rettes

mot hvordan lovgiver vurderer hensynet til det kommunale selvstyret ved utforming av nye lovforslag. Dette fremfor en diskusjon om hvor langt staten skal utøve kontroll med kommunenes vedtak innenfor gjeldende regelverk.

Et sentralt poeng er at kommunene nå er gitt mulighet til å utfordre statens rettsforståelse, blant annet ved å reise søksmål etter tvisteloven § 1-4 a om gyldigheten av statlige avgjørelser rettet mot kommunen som offentlig forvaltningsorgan. Dette tydeliggjør at statsforvaltningen ikke er overordnet kommunene med en instruksjonsmyndighet, selv om den er gitt myndighet som kontroll- og klageinstans. Videre kan det være med på å tydeliggjøre at det ikke nødvendigvis er statsforvaltningen som får den endelige avgjørelsen om lovtolkningen i en enkeltsak, men at dette faktisk avgjøres av domstolene. Her kan det imidlertid reises spørsmål ved hvorvidt domstolene er en egnet arena for å løse rettslige konflikter mellom kommunale og statlige forvaltningsorganer. Det at muligheten sjelden benyttes kan være en indikasjon på nettopp dette.

Utredningen har også undersøkt statlige informasjonstiltak. Som vi har sett bruker ofte forvaltningen veiledere som kilde for finne svar på hvordan lover og regler skal tolkes og anvendes. Veiledere er ikke normative styringsverktøy og krever dermed heller ikke hjemmelsgrunnlag i lov eller forskrift. Samtidig innebærer dette at veiledere verken kan instruere kommunene i deres lovtolkning eller myndighetsutøvelse. Utfordringen oppstår når veiledere brukes av statsforvaltningen som grunnlag ved overprøving av kommunenes beslutninger. Dersom statsforvalter opphever eller omgjør et kommunalt vedtak på grunnlag av den lovtolkning som fremgår av en statlig veileder, vil veilederen de facto kunne bli normerende. Dette kan være en utfordring for etterlevelse av det kommunale selvstyret i praksis.

Mulige tiltak

Avklaring av uenigheter om lovtolkning

En forklaring på manglende bruk av domstolene på å svare ut rettslig uenighet så langt, kan være både saksbehandlingstid og kostnader. Dette gir grunn til å undersøke om det finnes alternative måter å løse konflikter mellom stat og kommune om lovtolkning. Et alternativ til dagens ordinære domstolsbehandling kan være at lagmannsretten settes som en nemnd med tre lagdommere for raskt å kunne avgjøre denne typen spørsmål. Vi vil tro at slik nemndsbehandling i all hovedsak kan skje etter skriftlig behandling. Slik behandling vil kunne være en effektiv og kostnadsbesparende prosess. Vi vil anta at de spørsmål som vil bli reist for en slik nemnd vil være meget konkrete og egnet for skriftlig behandling.

Hvordan en slik ordning eventuelt kan se ut, må naturligvis utredes nærmere, og etableres gjennom lovendringer dersom den skal innføres. Det må her selvfølgelig også ses på eventuelle ankemuligheter til Høyesterett.

Revisjon av statlige veiledere og vurdering av lovhjemmel for informasjonstiltak

Det bør gjennomføres en omfattende evaluering av statlige veiledere. Det bør også kreves at statlige veiledere utarbeides med et klarere henblikk på kommuneloven

prinsipper i § 2-1 og § 2-2, slik at staten får et mer bevisst forhold til det kommunale selvstyret ved utarbeidelse av statlige veiledere.

Som nevnt i kapittel 7.2.2 kan det også argumenteres for at statlige informasjonstiltak bør kreve lovhjemmel, i alle fall i de tilfeller statlige veiledere sier noe om hvilke oppgaver kommunene skal prioritere og hvor veiledningen danner grunnlag for klage eller innsigelse.

15.3.2 Innsigelse

Innsigelse er et helt spesielt kontrollsystem ved planprosesser etter plan- og bygningsloven. Som vi har sett, skaper denne type kontroll ofte konflikter mellom kommuner og statlige aktører, fordi innsigelse ofte oppleves som et inngrep i lokale anliggender. Etter vår vurdering kan konfliktnivået trolig dempes, dersom plan- og bygningsloven gir tydeligere rammer for når staten kan fremme innsigelse. Helt sentralt er at loven må skille mellom innsigelse på rettslig grunnlag og innsigelse på faglig grunnlag.

Når en innsigelse er begrunnet i at kommunen ikke har fulgt lovens saksbehandlingskrav, er dette et spørsmål som gjelder tolkning og anvendelse av lovgivningen. Her er innsigelse en form for lovlighetskontroll, på tilsvarende måte som begrepet er brukt i kommuneloven. Innsigelser på rettslig grunnlag handler om hva som er korrekt rettsanvendelse.

Innsigelse på faglig grunnlag er begrunnet i at kommunens prioriteringer er i strid med nasjonale eller vesentlige regionale hensyn. Her er vi i kjernen hva gjelder maktforholdet mellom kommune og stat. Selv om lovgiver har gitt regionale og statlige myndigheter hjemmel til å fremme innsigelse ut fra et faglig skjønn, er det ut fra lovteksten alene vanskelig å si når slik kompetanse foreligger.

Plan- og bygningsloven § 5-7 gir kommunene adgang til å reise søksmål om «gyldigheten» av en innsigelse til et kommunalt planforslag. I utgangspunktet synes dette å være en styrking av kommunenes stilling, ettersom kommunene kan få prøvet spørsmål om innsigelsens gyldighet for domstolene.

Det kan likevel reises spørsmål om hvor godt bestemmelsen egentlig treffer, og om den i praksis vil redusere antallet innsigelser eller styrke det kommunale selvstyret når det kommer til forholdet mellom kommunale og nasjonale interesser. Slik forarbeidene beskriver innholdet i bestemmelsen, er innsigelsens «gyldighet» et relativt snevert prøvingsområde, og kanskje ikke det som er mest interessant for kommunene. Etter vår erfaring er et viktig tema for kommunene ikke selve gyldigheten av innsigelsen, men heller om det faktisk foreligger nasjonale interesser som er aktuelle, og ikke minst om de skal slå gjennom fremfor kommunenes ønsker.

Det er påpekt i juridisk teori at departementet har lagt stor vekt på å klargjøre hva som skal anses som fritt skjønn i innsigelsessaker, og som derfor ikke omfattes av prøvingen i domstolene, og hvilken betydning dette kan få for prosessene. Stokstad skriver blant annet at:

Domstolene tar selv stilling til hvor grensen mellom fritt og rettslig bundet skjønn går i den enkelte saken på bakgrunn av en tolkning av kompetansebestemmelsen. Så klare uttalelser i forarbeidene vil da være en tungtveiende rettskilddefaktor. Disse uttalelsene vil også bli vektlagt av kommuner som vurderer å reise søksmål i innsigelsessaker. Den klare presiseringen i forarbeidene vil trolig bidra til at søksmålsadgangen ikke blir brukt til tvister om hva som er eksempelvis «nasjonale interesser» i arealplanleggingen. Slik bidrar den til å sikre muligheter for statlig styring. Samtidig kan det tenkes at domstolene vil gå noe lenger i prøvingen enn det departementets uttalelser tilsier. For eksempel vil spørsmålet om en innsigelse ligger innenfor organets saksområde, jf. plan- og bygningssloven § 5-4 første ledd, kunne bli underlagt rettslig prøving.²⁸⁹

Stokstad konkluderer med at «det fortsatt vil være gode muligheter for å sikre statlig styring av arealpolitikken gjennom bruk av innsigelsesinstituttet».

Et annet viktig poeng er at selv om kommunen skulle få medhold i at det ikke er grunnlag for å fremme innsigelse, har staten andre muligheter for å overstyre kommunen. Staten kan for eksempel nedlegge et midlertidig forbud i området, eller selv lage en statlig plan som vil gå foran kommunens egen plan. I begge tilfeller vil det være tale om vedtak av faglig og/eller politisk karakter, som ikke kan overprøves av domstolene. Dette illustrerer de begrensningene som ligger i pbl. § 5-7 når det kommer til å sikre kommunalt selvstyre i planprosesser. At det per i dag ikke er reist sak om lovligheten av en innsigelse, herunder avgjørelse fra departementet i innsigelsessaker, tyder også på at reglene ikke er særlig praktiske.

Mulig tiltak

For å dempe konfliktnivået i innsigelsessaker, bør lovgivningen i større grad klargjøre når det er faglig grunnlag for innsigelse. Her kan også forholdet til det kommunale selvstyret tydeliggjøres. Vi mener rundskrivene til de til enhver tid sittende regjeringer er problematiske opp imot lovgivers intensjoner, og at rundskrivene i praksis vil kunne både utvide og innskrenke det kommunale selvstyret på en måte lovgiver ikke har sett for seg.

Vi mener videre, som nevnt ovenfor, at bakgrunnen for at det i det hele tatt er gitt regler om domstolsprøving av begrunnelsen for en innsigelse i realiteten knytter seg til vage formuleringer om grunnlaget for å fremme innsigelse. I stedet for å bøte på uklarheten i loven har man valgt en løsning med å finne svar på uklarheten gjennom domstolsbehandling. Det kan vel forsiktig antydes at dette sjelden er en vellykket løsning på et underliggende problem, og at det kan være vanskelig å overskue de konsekvensene en slik behandling kan få for det systemet innsigelsesordningen inngår i.

15.3.3 Statsforvaltningens forståelse av kommunalt selvstyre

Statsforvalterne vi har intervjuet, var i liten grad kjent med endringene i GrL. § 49 andre ledd, og bare i begrenset grad med endringene i kommuneloven §§ 2-1 og 2-2. Det var enighet blant statsforvalterne om at disse lovendringene ikke har hatt betydning for

²⁸⁹ Sigrid Stokstad, «Utvidet adgang til domstolskontroll i tvister mellom stat og kommune» i H.N. Tøssebro, *Ugyldighet i forvaltningsretten* (2019), s. 240-258, på side 253 flg.

hvordan embetene jobber. Endringene i fvl. § 34 andre ledd var de kjent med, men heller ikke denne lovendringen ble ansett for å ha hatt nevneverdig betydning for hvordan de jobber. Dette ble begrunnet med at det er krevende å se hva som ligger i skillet vekt/stor vekt, samt at de før endringen også var tilbakeholdne med å overprøve kommunenes frie skjønn. De mer konkrete endringene i bestemmelsene om samordning av tilsyn har derimot hatt større betydning, blant annet i form av at det ble innført en tilsynskalender som statsforvalterne må bruke aktivt i sitt arbeid, noe som også sikret mer dialog med kommunene.

Det kom frem i intervjuene at det er relativt lite dialog mellom statsforvalterembetene om praktisering av regelverk og hvordan man håndterer ulike sakstyper. Dette vil nødvendigvis også kunne ha betydning for hvordan man tar hensyn til det kommunale selvstyre, og for hvordan kommunene oppfatter både statens rolle som kontrollinstans og hvordan staten ser på kommunene. Dette er problematisk langt utover temaet for denne utredningen. Den manglende dialogen mellom statsforvalterembetene kan også lede til at borgerne behandles ulikt fra embetskrets til embetskrets.

Det varierer også mye hvilken dialog embetene har med overordnede statlige instanser. Eksempelvis er det god dialog med Helsedirektoratet innen helse og omsorg, men mindre dialog med KDD innen arealforvaltning.

Mulig tiltak

Statsforvalterne synes å ha ulike metoder for å dele kunnskap og erfaring alt etter hvilket rettsområde vi står overfor. Innenfor helse- og omsorgssektoren har statsforvalterne mer formaliserte møtepunkter, som har til formål å sikre en konsekvent forståelse og praksis på tvers av embetene. Innenfor plan- og bygningsretten er det mer tilfeldig hvordan slik informasjon deles.

Etter vår vurdering er det av stor betydning at statsforvalterne har en felles forståelse av loverket, herunder lovgivningens rammer for kommunenes selvstyre, innenfor og på tvers av ulike sektorområder. Det er mange tiltak som kan bidra til dette. For det første vil kompetansehevingstiltak som kurs og seminarer være til nytte, herunder faste møtepunkter for informasjons- og erfaringsutveksling. Viktigere er at departementene er tydelige, både i veiledning og instruksjoner rettet mot statsforvalterne, på statsforvalters rolle og ansvar når det gjelder kontroll av kommunal virksomhet.

15.4 Lovgivningsprosesser

Selv om kommuneloven kan tolkes slik at lovgiver ikke skal innskrenke kommunenes handlefrihet mer enn nødvendig, vedtas det stadig lovgivning uten at hensynet til det kommunale selvstyret er gjenstand for grundige utredninger og vurderinger i lovprosessen. De fire lovgivningsprosessene vi har sett på, omtaler kommunalt selvstyre bare i begrenset grad, og til tider bare fordi høringsinstanser som KS reiser spørsmål om temaet. Det er fire ulike departementer som har stått for utarbeidelsen av de fire proposisjonene, inkludert kommunal- og distriktsdepartementet som har

kommunal forvaltning og lokalt selvstyre som del av sine ansvarsområder.²⁹⁰ Det er betenkelig at ingen av departementene trekker frem kommunalt selvstyre på en tydelig måte, og at Grl. § 49 ikke er nevnt, i lovprosesser som absolutt berører kommunene.

Utredningsinstruksen krever at det skal gjøres rede for lovforslagets virkninger for kommunene, men det stilles ikke særskilte krav til en redegjørelse og vurdering av i hvilken grad lovforslaget vil innskrenke kommunenes handlingsrom til å treffe beslutninger basert på lokal kunnskap og prioriteringer.

Mulig tiltak

Etter vår vurdering bør utredningsinstruksen være mer tydelig når det gjelder hvilke spørsmål som skal utredes når det gjelder lovforslags betydning for kommuner. Utredningsinstruksen kan for eksempel vise til prinsippene i kommuneloven § 2-2, slik at det i lovgivningsprosesser tas tilstrekkelig stilling til nødvendighetskriteriet i første ledd og subsidiaritetsprinsippet i andre ledd. Dette burde i alle tilfelle tas inn i veilederen til instruksen, som har som formål å fremme god kvalitet på beslutningsgrunnlaget for statlige tiltak.

Dersom det kommunale selvstyret nevnes eksplisitt i instruksen, eller som et minimum i veilederen til instruksen, vil dette gjøre departementene og eventuelle offentlige lovutvalg, oppmerksomme på prinsippene om kommunalt selvstyre, og dermed kunne bidra til å sikre at dette hensynet blir vurdert tydelig i de sakene hvor det berøres. Dersom lovforarbeider blir mer tydelige på dette punktet, samt tydeligere på hvilke deler av myndighetsutøvelsen som skal skje på grunnlag av henholdsvis rettsanvendelse og fritt skjønn, vil det trolig bli mindre rom for misforståelser og ulike rettsoppfatninger i praksis.

²⁹⁰ [Ansvarsområder og oppgaver i Kommunal- og distriktsdepartementet - regjeringen.no](https://www.regjeringen.no)

Vedlegg

Vedlegg 1 – Analyse av partiprogrammer