



# **Fylkesmannens lovlighetstilsyn etter kommuneloven § 60 b**

*av Grethe Kristin Breimo*

*Veileder: Stipendiat Markus Hoel Lie*

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap  
ved Universitetet i Tromsø  
Det juridiske fakultet*

<b>1. Innledning</b>	<b>3</b>
<b>1.1 Hovedproblemstilling og emne for oppgaven</b>	<b>3</b>
<b>1.2 Utdyping og presisering av problemstillingen</b>	<b>3</b>
1.2.1 Aktualitet	4
1.2.2 Avgrensning	5
<b>1.3 Metode</b>	<b>5</b>
<b>1.4 Rettskilder</b>	<b>6</b>
<b>1.5 Videre fremstilling</b>	<b>7</b>
<b>2 Tilsyn</b>	<b>8</b>
<b>2.1 Innledning</b>	<b>8</b>
<b>2.2. Definisjon av tilsynsbegrepet</b>	<b>8</b>
2.2.1 Forholdet mellom tilsyn og veiledning	9
2.2.2 Forholdet mellom tilsyn og dialog	10
<b>2.3 Historisk utvikling</b>	<b>11</b>
<b>2.4 Tilsynsområde</b>	<b>12</b>
<b>2.5 Begrunnelsen for statlig tilsyn</b>	<b>13</b>
2.5.1 Generelt om begrunnelsen for statlig tilsyn	13
2.5.2 Begrunnelsen for tilsynsbestemmelsene i kommuneloven	15
<b>2.6. Metoder for tilsyn</b>	<b>16</b>
2.6.1 Internkontroll	16
2.6.2 Tilsynsmetoder	16
2.6.2.1 Systemrevisjon	17
2.6.2.2 Hendelsesbasert tilsyn og inspeksjonstilsyn	18
2.6.2.3 Overordnet faglig tilsyn	18
<b>3. Tilsyn i forhold til andre kontrollordninger</b>	<b>19</b>
<b>3.1. Innledning</b>	<b>19</b>
<b>3.2 Andre kontrollordninger</b>	<b>19</b>
3.2.1 Klage	19
3.2.1.1 Tilsyn sammenlignet med klage	20
3.2.2 Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59	21
3.2.2.1 Tilsyn sammenlignet med lovlighetskontroll etter kommuneloven	22
3.2.3 Sivilombudsmannen	23
3.2.3.1 Tilsyn sammenlignet med sivilombudsmannens myndighetsområde	24
3.2.4 Domstolskontroll	24
3.2.4.1 Tilsyn sammenlignet med domstolens myndighet	25
<b>3.3 Tilsyn i forhold til andre kontrollordninger</b>	<b>25</b>
<b>3.4. Andre påvirkningsmåter</b>	<b>25</b>
<b>4. Tilsyn med plikter</b>	<b>26</b>
<b>4.1 Tilsyn med kommunens oppfyllelse av plikter</b>	<b>26</b>
<b>4.2 Begrenset til kommuneplikter</b>	<b>27</b>
<b>4.3 Tilsyn med plikter etter særlovgivningen</b>	<b>29</b>
4.3.1 Tilsyn med plikter etter sosialtjenesteloven	30
4.3.1.1 Tilsyn i tvangssaker	31
4.3.1.2 Ikke gjenstand for tilsyn	32
4.3.2. Opplæringsloven	33
<b>4.4 Plikt til å føre tilsyn</b>	<b>34</b>

<b>4.5 Hvem initierer tilsyn</b>	<b>35</b>
<b>5. Lovlighetstilsyn</b>	<b>36</b>
<b>5.1 Innledning</b>	<b>36</b>
5.1.1 Hvorfor begrenset til lovlighetstilsyn?	36
<b>5.2 Hva menes med fritt skjønn?</b>	<b>37</b>
<b>5.3 Tilsyn med enkeltvedtak</b>	<b>39</b>
5.3.1 Hva ligger i læren om domstolsprøving	39
5.3.2 Faktum	40
5.3.3 Lovtolkning	41
5.3.4 Subsumsjon	42
5.3.4.1 Utvikling i rettspraksis	43
5.3.5 Tilbakeholdenhet med hensyn til prøving	43
5.3.6 Hensiktsmessighetsskjønn	45
5.3.6.1 Frihet til å bestemme om vedtak skal treffes	46
5.3.6.2 Frihet til å bestemme over innholdet i et vedtaket	46
5.3.7 Begrensinger i forvaltningsskjønnet - myndighetsmisbruk	49
5.3.8 Saksbehandlingen	51
5.3.9 Personell kompetanse	51
<b>6. Nærmere om tilsynskompetansen</b>	<b>52</b>
<b>6.1 Vedtak etter sosialtjenesteloven</b>	<b>52</b>
<b>6.2 Vedtak etter opplæringsloven</b>	<b>55</b>
<b>6.3. Tilsyn med kommunens aktivitet, tjenesteproduksjon med mer</b>	<b>57</b>
<b>6.4 Sanksjoner</b>	<b>58</b>
<b>6.5 Klageadgang</b>	<b>59</b>
<b>7. Vurderinger av tilsynsordningen</b>	<b>60</b>
<b>7.1 Tilsynsmyndighet</b>	<b>60</b>
<b>7.2. utfordringer</b>	<b>60</b>
<b>7.3 Virkninger av den nye bestemmelsen</b>	<b>61</b>
<b>7.4 Trenger vi tilsyn?</b>	<b>62</b>
<b>8. Litteraturliste</b>	<b>63</b>

# 1. Innledning

## 1.1 Hovedproblemstilling og emne for oppgaven

Emnet for oppgaven er fylkesmannens lovlighetstilsyn med kommunene etter § 60 b i kommuneloven.<sup>1</sup> Bestemmelsen trådte i kraft 1. mars i år, og er en del av et nytt kapittel 10A som har tittel ”Statlig tilsyn med kommunen eller fylkeskommunen”.

Hovedproblemstillingen er å klarlegge i hvor stor grad fylkesmannen kan kontrollere lovligheten av kommunenes oppfyllelse av plikter pålagt i lov eller i medhold av lov. Det sentrale i oppgaven blir å redegjøre for hva som ligger i begrepet lovlighetstilsyn, og om fylkesmannens myndighet går like langt uansett hvilket område man er på. Det kan for eksempel reises spørsmål ved om fylkesmannen kan føre et strengere tilsyn på områder hvor den enkeltes rettssikkerhet settes på prøve. Siden bestemmelsen er ny, kan det også reises spørsmål om bestemmelsen medfører noen endring i rettstilstanden på tilsynsområdet.

Det er i forarbeidene til bestemmelsen uttalt at fylkesmannens tilsynsmyndighet har de samme begrensninger som domstolene med hensyn til å overprøve kommunenes frie skjønn.<sup>2</sup> For å kunne belyse fylkesmannens myndighet på dette området vil det være nødvendig å også redegjøre for domstolenes adgang til å overprøve forvaltningens vedtak.

## 1.2 Utdyping og presisering av problemstillingen

Kommunene er gjennom lovverket og gjennom delegasjon fra statlige myndigheter pålagt en rekke oppgaver som har stor betydning for innbyggernes rettigheter og plikter. Kommunenes myndighet er ofte gitt innenfor vide og generelle rammer, og staten har derfor behov for kontroll med at oppgavene blir utført i samsvar med

---

<sup>1</sup> Lov 25. september 1992 nr 107 om kommuner og fylkeskommuner.

<sup>2</sup> Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 25. september 1992 nr 107 om kommuner og fylkeskommuner m.m.(statleg tilsyn med kommunesektoren) s. 9.

regelverk slik at nasjonale mål og føringer blir oppfylt. Statlig tilsyn er en av flere kontrollordninger overfor kommunene, og det er tilsynsmyndigheten som er tema her.

Hjemmel for tilsyn finner vi som nevnt i kommuneloven, men det er særlovene som bestemmer hvilke områder det skal føres tilsyn på. Det statlig tilsynet går ut på å påse at kommunen oppfyller sine plikter etter særlov. I det ligger en kontroll med at kommunene ivaretar sine oppgaver slik at innbyggerne får innfridd sine rettigheter, og at det ikke begås urett mot borgerne. Et av hovedhensynene bak tilsynsbestemmelsen er hensynet til innbyggernes rettsikkerhet.<sup>3</sup>

Statlig tilsyn reiser også problemstillinger i forhold til det kommunale selvstyret.<sup>4</sup> Kommunene har sine økonomiske rammer å holde seg innenfor, og pålegg fra staten om retting eller forbedringer kan komme i konflikt både med lokale politiske prioriteringer og trange budsjettammer.

### 1.2.1 Aktualitet

Selv om bestemmelsen i kommuneloven er ny, har det vært drevet tilsyn med kommunesektoren med hjemmel i særlovgivningen fra langt tilbake i tid.

Problemstillingene knyttet til statlig tilsyn og kontroll med kommunesektoren er aktuelle, og dukker opp i samfunnsdebatten med jevne mellomrom. I forbindelse med oppslag i media om situasjonen innen eldreomsorgen blir det fra tid til annen reist spørsmål om sterkere statlig kontroll med kommunenes prioriteringer. Samme spørsmål har også vært reist i den såkalte Terrasaken som for tiden verserer i media om de fire nordlandskommunenes pengeplassering i risikofond. Ved kommuneloven av 1992, og senere lovendring i 2001 ble kommunenes handlefrihet i økonomiske saker utvidet. Det er nå bare vanskeligstilte kommuner som trenger statlig godkjenning av budsjett og låneopptak, mens alle kommunene måtte ha slik

---

<sup>3</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 86 flg

<sup>4</sup> *Ibid.*

godkjenning før lovendringen. Om kommunenes handlingsrom i økonomiske saker blir strammet inn etter Terrasaken, gjenstår å se.

### 1.2.2 Avgrensning

Det fremgår av særlovgivningen hvilke områder det skal føres tilsyn på. Det finnes bestemmelser om tilsyn i en rekke særlover – 22 i alt, og jeg finner det derfor nødvendig å begrense oppgaven til tilsynsbestemmelsene i sosialtjenesteloven<sup>5</sup> og opplæringsloven<sup>6</sup>. Disse omhandler sentrale områder i kommunene med sterkt rettighetspregete bestemmelser.

Bestemmelsene i kapittel 10A i kommuneloven omfatter alt statlig tilsyn mot kommuner og fylkeskommuner. Oppgavens tema gjelder fylkesmannens tilsyn med kommunene, og jeg vil derfor avgrense mot andre statlige etaters tilsyn. Likeledes avgrenser jeg mot fylkesmannens samordningsansvar som fremgår av de samme bestemmelsene.

Kommuneloven § 60 b gjelder tilsyn både overfor kommunene og fylkeskommunene. Jeg vil i denne oppgaven bare konsentrere meg om kommunenes plikter, og avgrenser derfor i forhold til plikter som er pålagt fylkeskommunene.

### 1.3 Metode

Jeg bygger fremstillingen på tradisjonell juridisk metode.<sup>7</sup> Dette betyr at de tradisjonelle rettskildene må vurderes for å belyse de ulike problemstillingene og innholdet i gjeldende rett. For å kunne belyse hva som ligger i et ”lovlighetstilsyn” vil jeg se nærmere på rettspraksis som gjelder prøving av forvaltningsvedtak.

---

<sup>5</sup> Lov 13. desember 1991 nr 81 om sosiale tjenester

<sup>6</sup> Lov 17. juli 1998 nr 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa

<sup>7</sup> Johs. Andenæs, Innføring i rettsstudiet, 5. utgave, Oslo 1998 s. 163.

## 1.4 Rettskilder

Utgangspunktet for denne redegjørelsen er kommuneloven § 60 b som har slik ordlyd:

*”Fylkesmannen kan føre tilsyn med lovligheten av kommunens eller fylkeskommunens oppfyllelse av plikter pålagt i eller i medhold av lov der departementet i lov er gitt myndighet til å føre tilsyn.”*

Videre vil jeg redegjøre for tilsynsbestemmelsene i sosialtjenesteloven og opplæringsloven.

Det er ikke utarbeidet forskrifter til bestemmelsen i kommuneloven. Jeg vil se nærmere på forskrifter på særlovsområdet.

Forarbeidene som ligger til grunn for kapittel 10 A i kommuneloven er Tilsynsutvalgets utredning om Statlig tilsyn med kommunesektoren i NOU:2004:17, samt Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 25. september 1992 nr 107 om kommuner og fylkeskommuner m.m. (statleg tilsyn med kommunesektoren).

Det foreligger det ikke rettspraksis i forhold til tilsynsbestemmelsen, og forarbeidene må derfor tillegges betydelig vekt. Forarbeidene har også stor vekt fordi bestemmelsen nettopp er trådt i kraft, og har kun virket i et halvt år.

Jeg vil se nærmere på rettpraksis knyttet til domstolsprøving. Det siktes her til Høyesteretts forståelse av et rettslig spørsmål, og Høyesteretts praksis er som kjent en sentral og tungtveiende rettskilde. For øvrig har domstolenes praksis spilt en beskjeden rolle ved rettsutviklingen i kommunalretten.<sup>8</sup> Rettspraksis i forhold til rettighetsbestemmelsene i særlovgivningen er imidlertid viktig, og dommer fra dette området vil jeg trekke frem.

Departementspraksis er generelt ikke tillagt stor vekt som rettskilde i norsk rett.

---

<sup>8</sup> Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove, Kommunalrett, 4. utgave, Oslo 2002 s. 55.

I følge Bernt har departementspraksis vært den helt dominerende rettskildefaktor innenfor det kommunalrettslige området. Dette har sin bakgrunn i at staten har hatt myndighet til å kontrollere lovligheten av visse kommunale vedtak, og vi har derav fått en rekke avgjørelser og uttalelser fra statlig hold om forståelsen av de ulike lovregler. I følge samme forfatter bør imidlertid departementets uttalelser ikke uten videre aksepteres som bindende. Her som ellers må forvaltningspraksis underkastes en viss kvalitetskontroll både av domstolene og av departementets selv.<sup>9</sup>

Praksis hos fylkesmannen, Sivilombudsmannen og departementet vil være relevant, men kan neppe tillegges særlig stor vekt som rettskilde.

Reelle hensyn og rimelighetsbetraktninger vil ha betydning for hvordan man kommer fram til en hensiktsmessig, fornuftig og rimelig rettsregel. Det vises til at Høyesterett anvender reelle hensyn som rettskildefaktor i sine avgjørelser, og det er derfor klart at reelle hensyn må tillegges vekt.

Siden tilsynsbestemmelsen stort sett gjelder på velferdsrettens område, vil rettsikkerhetshensyn være sentrale argumenter ved fastlegging av en rettsregel.

## 1.5 Videre fremstilling

Jeg vil i det videre redegjøre for tilsynsbegrepet, historisk utvikling, rettsgrunnlag, begrunnelse og metoder for statlig tilsyn.

I kapittel 3 vil jeg redegjøre for tilsyn i forhold til andre kontrollordninger.

I kapittel 4 vil jeg redegjøre for hva som ligger i begrepet plikter.

I kapittel 5 vil jeg se nærmere på hva fylkesmannen hva som ligger i begrepet lovlighetstilsyn og prøving av enkeltvedtak

I kapittel 6 vil jeg gå nærmere inn på plikter etter særlovgivningen.

Og til slutt i kapittel 7 vil jeg ta en oppsummering og si noe om rettstilstanden er endret ved at tilsynsbestemmelser er tatt inn i kommuneloven.

---

<sup>9</sup>Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå og Harald Hove, Kommunalrett 4. utgave, Oslo 2002 s. 55.



## 2 Tilsyn

### 2.1 Innledning

Som nevnt anses det nødvendig at kommunene til en viss grad blir underlagt statlig styring med det formål å fremme nasjonale mål. Det er vanlig å skille mellom tre typer av statlige styringsvirkemidler overfor kommunesektoren: lovbaserte, økonomiske og pedagogiske virkemidler. Disse virkemidlene må ses i sammenheng, og i mange tilfeller benyttes de parallelt på samme område.<sup>10</sup>

Lovbaserte virkemidler betyr at staten styrer kommunenes prioriteringer og oppgaver gjennom lov og forskrifter. Som eksempel kan nevnes bestemmelser om rettigheter, pliktkrav, klage og tilsyn.

Økonomiske virkemidler er overføringer; herunder rammetilskudd og øremerkede tilskudd, skatter, avgifter og låneordninger. Dette regnes som sterke styringsvirkemidler, men de pedagogiske virkemidlene regnes som ”myke styringsvirkemidler”.

### 2.2. Definisjon av tilsynsbegrepet

Fylkesmannens myndighet til å føre tilsyn med kommunene er lovbestemt og hører til de lovbaserte virkemidlene. Tilsyn skal føres med ”lovligheten” av kommunens eller fylkeskommunens oppfyllelse av plikter, jf kommuneloven § 60 b. Spørsmålet er om ordlyden i lovteksten sier noe om hva som ligger i ordet ”tilsyn”. Det er ikke gitt noen direkte definisjon i lovteksten, men når en ser begrepene ”tilsyn” i sammenheng med ordet ”lovligheten” vil en ut fra en naturlig forståelse kunne legge til grunn at det her dreier seg om oppsyn eller kontroll med at noe går rett for seg; i dette tilfelle kommunens virksomhet på bestemte områder. I forarbeidene blir det

---

<sup>10</sup> NOU 2004:17, Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 36.

uttalt at tilsynsbegrepet i dag er flertydig og uklart.<sup>11</sup> Tilsyn ble definert og praktisert ulikt, og dette kan ut fra tilsynsutvalgets syn gi uheldige effekter for demokrati, rettsikkerhet og effektivitet. Departementet presiserer imidlertid at med tilsyn menes kontroll med at virksomheten til kommunene er i tråd med lover og forskrifter. Det legges til grunn at tilsyn bør defineres som en kontrollmekanisme hvor kjerneelementene er kontroll, vurdering og reaksjon. Som tilsynsmyndighet er fylkesmannen kontrollør, og kan peke på avvik og gi pålegg om retting dersom kommunen ikke oppfyller de plikter den har etter lovgivningen.

### 2.2.1 Forholdet mellom tilsyn og veiledning

Fylkesmannen skal i henhold til instruks gitt ved kgl. res. av 7.8.1981 gi veiledning til kommunene etter oppdrag fra Regjeringen, sentraladministrasjonen eller etter eget initiativ. Det står videre at Fylkesmannen skal arbeide for at Stortingets og Regjeringens vedtak, mål og retningslinjer kan bli fulgt opp i fylket. Spørsmålet er om denne veilederrollen er en del av tilsynsvirksomheten?

Det er ikke noe i ordlyden til bestemmelsen som tilsier at tilsyn også skal omfatte veiledning, jf drøftingen ovenfor. I forarbeidene står det at tilsyn bør skilles fra veiledningsaktiviteten, idet tilsyn er en kontrollmekanisme mens veiledning er et pedagogisk virkemiddel.<sup>12</sup> Det skal med andre ord være et klart skille mellom fylkesmannens veiledningsrolle og tilsynsrolle. I høringsrunden til lovforslaget kom det fram synspunkter på at det i praksis vil være vanskelig å rendyrke tilsynsrollen helt, noe departementet i forarbeidene sier seg enig i. Når det under et tilsyn blir uttalt at lovverket ikke er fulgt, vil det nødvendigvis ligge informasjon om hvilke mangler tilsynet mener at kommunen har. Dermed vil et tilsyn ofte inneholde påpeking av lovbrudd og informasjon om hva som må gjøres for å oppfylle lovens krav.

Man kan så spørre om hvorfor det er viktig å skille mellom tilsyn og veiledning?

---

<sup>11</sup> Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 8 og s. 59

<sup>12</sup> Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 58 flg.

Når fylkesmannen fører tilsyn utøver han myndighet som er gitt av Stortinget som lovgivende organ. Ved tilsyn gis partene rettigheter og plikter i henhold til kapittel 10A i kommuneloven. Bl.a. har fylkesmannen som tilsynsmyndighet adgang til innsyn i kommunens saksdokumenter og virksomhet. Fylkesmannen kan videre kreve at kommunen gir opplysninger i enkeltsaker. Det følger videre av kommuneloven § 60 d fjerde ledd at saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven med hensyn til saksforberedelse, kontradiksjon og klage skal gjelde ved pålegg overfor kommunene. Veiledning som pedagogisk styringsmiddel har ingen sanksjonsmuligheter, idet kommunen kan velge om den vil følge eller ignorere rådene som blir gitt. Også hensynet til det kommunale selvstyret tilsier at det skilles mellom tilsyn og rådgivning, idet fylkesmannen må vise respekt for kommunen som eget rettssubjekt og rett til å styre i eget hus. Et annet moment som taler for å skille mellom tilsyn og rådgivning er faren for at tilsynsorganet vil være tilbakeholden med å kritisere egne råd dersom det er gitt veiledning tidligere i samme forhold.

### 2.2.2 Forholdet mellom tilsyn og dialog

Dialog regnes også som et pedagogisk styringsvirkemiddel. Begrepet dialog har fått stadig økt betydning i det generelle forholdet mellom stat og kommune. Det blir i mange sammenhenger vektlagt at forholdet mellom stat og kommune skal være preget av dialog, gjensidig tillit, likeverd og partnerskap.<sup>13</sup> Ved dialog vil forholdet mellom partene i større grad være preget av gjensidighet enn tilfellet er ved veiledning, mens tilsyn kjennetegnes av hierarkisk myndighetsutøvelse.

Tilsyn vil også ha innslag av dialog, ved bl.a. tilsynet avsluttes via et møte der kommunen får presentert resultatene av tilsynet. Kommunen gis da anledning til å kommentere, og eventuelt oppklare misforståelser.

Det er de samme hensyn som gjør seg gjeldende her som punktet ovenfor når det gjelder å holde klart skille mellom tilsynsrollen og veiledning/dialog.

---

<sup>13</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 40.

## 2.3 Historisk utvikling

Statens tilsyn med kommunesektoren går langt tilbake i tid. Formannskapslovene av 1837 ga datidens amtmann et utsettende veto overfor kommunale vedtak. Dette betydde at kommunestyret måtte behandle saken på nytt dersom fylkesmannen nektet å godkjenne vedtaket. I kommunelovene av 1921 falt vetoretten bort for bykommunene, men ble opprettholdt for herredskommunene. I stedet fikk fylkesmannen myndighet til å foreta legalitetskontroll med kommunale vedtak. I kommuneloven av 1954 ble det innført automatisk legalitetskontroll av alle kommunestyrevedtak. I kommuneloven av 1992 ble den automatiske lovlighetskontrollen opphevet, og den ble erstattet med lovlighetskontroll, jf. kommuneloven § 59 nr 1. Slik kontroll forutsetter at tre kommunestyrerepresentanter setter fram krav, eventuelt at fylkesmannen foretar kontroll av eget tiltak, jf. kommuneloven § 59 nr 5.

Ved ny kommunelov i 1992 ble kommunene pålagt å føre egenkontroll med sin virksomhet. Kommunestyret skal ha det øverste tilsyn med den kommunale forvaltning, jf. § 77. Videre er kommunene pålagt å ha et kontrollutvalg som skal forestå det løpende tilsyn på vegne av kommunestyret. Ved lovendring i 2003 fikk administrasjonssjefen som oppgave å sørge for at administrasjonen ”er gjenstand for betryggende kontroll”, jf. kommuneloven § 23 nr 2. I dette ligger ansvar for å føre kontroll med administrasjonens virksomhet, og herunder etablere tilfredsstillende rutiner for internkontroll.<sup>14</sup>

Allerede i forbindelse med ny kommuneloven ble det ved flere anledninger understreket at det var behov for en gjennomgang av hjemlene om statlig tilsyn med kommunesektoren.

I 2003 ble Tilsynsutvalget oppnevnt for å gjennomgå statlig tilsyn med kommunesektoren. Utvalget hadde som mandat å identifisere områder hvor det er behov for samordning, analysere ulike former for samordning og foreslå samordningsmodeller som kan være hensiktsmessig i tilsynssammenheng. Videre

---

<sup>14</sup> Oddvar Overå og Jan Fridthjof Bernt, Kommunaloven med kommentarer, 4. utg. Oslo 2006 s.171

skulle utvalget vurdere og komme med forslag til eventuelle endringer i statlig tilsyn med kommunesektoren.

Utvalget la fram sin innstilling i NOU:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren. Resultatet er blitt et eget kapittel i kommuneloven; kapittel 10A. Tilsynsutvalget går videre inn for at det bør foretas en samlet gjennomgang av tilsynsbestemmelsene i særlovene med den målsetting at statlig tilsyn bare bør brukes på de områdene der hensynet til rettsikkerhet og samfunnstrygghet ikke blir godt nok sikret gjennom andre former for kontroll og påvirkning.<sup>15</sup> Kommunaldepartementet støttet dette synet i Ot.prp.nr 97 (2005-2006). Stortinget var også enig i at det bør foretas en slik gjennomgang av særlovsbestemmelsene for å finne ut på hvilke områder tilsyn er nødvendig og hensiktsmessig.<sup>16</sup>

Situasjonen i dag er at de ”gamle” tilsynsbestemmelsene fortsatt består inntil denne særlovsgjennomgangen er utført. Tilsynsbestemmelsen i kommuneloven må derfor ses i sammenheng med de aktuelle særlovsbestemmelsene.

## 2.4 Tilsynsområde

I henhold til kommuneloven § 60 b skal fylkesmannen føre tilsyn med kommunens oppfyllelse av ”plikter pålagt i eller i medhold av lov”. Kommunenes plikter fremgår av særlovgivningen og er knyttet til de viktigste velferdsområdene som barnevern, pleie og omsorg, samfunnssikkerhet, planlegging og opplæring m.v.<sup>17</sup>

Bestemmelsen har en formulering som videre lyder ”der departementet i lov er gitt myndighet til å føre tilsyn.” Av ordlyden kan det se ut som om tilsynet bare gjelder for de områder hvor lov sier at departementet skal føre tilsyn. Fylkesmannens myndighet til å føre tilsyn er imidlertid nedfelt i en rekke særlover. Som eksempel kan nevnes barnehageloven § 9 og sosialtjenesteloven § 2-6. Av forarbeidene<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> NOU 2004:17, Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 18

<sup>16</sup> Kommunaldepartementets rundskriv H-03/07 pkt 6

<sup>17</sup> Kommunaldepartementets rundskriv H-03/07 pkt 3

<sup>18</sup> Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 63

fremgår det at ovennevnte formulering viser til at særlovgivningen fastsetter hvilke områder det skal føres tilsyn med.

Spørsmålet er hvilken bestemmelse som gjelder dersom det er motstrid mellom kommuneloven og særlovsbestemmelsen? Etter kommuneloven § 60 a gjelder bestemmelsene i kapittel 10A ”når ikke annet følger av lovgivningen ellers.” Det må bety at ved motstrid er det særlovgivningen som går foran bestemmelsene i kommuneloven. En slik tolking blir bekreftet i departementets rundskriv, og følger også av de vanlige prinsipper for lovtolking, jf. lex specialisprinsippet.

## 2.5 Begrunnelsen for statlig tilsyn

### 2.5.1 Generelt om begrunnelsen for statlig tilsyn

I forarbeidene blir det drøftet hvilke overordnede hensyn som skal legges til grunn for statlig tilsyn med kommunesektoren. Jeg vil nedenfor kort presentere de hensyn som Tilsynsutvalget har fremhevet<sup>19</sup> og som departementet<sup>20</sup> har gitt sin støtte til.

Hensyn til den enkeltes rettsikkerhet blir fremhevet som et svært viktig hensyn. Rettsikkerhetshensynet går for det første på det prosessuelle, dvs. å påse at kommunene har en forsvarlig saksbehandling som er i samsvar med lovverket. For det andre går det på det materielle dvs. innholdet i vedtaket eller i tilbudet fra kommunen. Rettsikkerhet går også at innbyggerne skal ha mulighet til å forutberegne sin rettstilling uavhengig av hvilken kommune de bor i. Det forhold at avgjørelser skal treffes på et uhildet grunnlag er også en del av rettsikkerheten. I det ligger at ansatte i kommunen ikke kan handle ut fra egne interesser, men må følge lovens formål.

Rettsikkerhetshensynet må ses i sammenheng med hensynet til effektivitet. Det kan i mange tilfeller være bedre for innbyggerne at man får et raskt svar enn at saken skal være gjenstand for omfattende utredning. Hensynet til rettsikkerhet blir ofte veid opp mot hensynet til effektiv saksbehandling.

---

<sup>19</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 86

<sup>20</sup> Ot.prp. nr 97(2005-2006) Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 13

Årsaken til at rettsikkerhet er et så fremtredende hensyn har sammenheng med at vi befinner oss på et område hvor lovgivningen gir innbyggerne rettskrav på ytelser som for eksempel nødvendig helsehjelp, rett til opplæring, sosialhjelp etc. Dette er ytelser som har stor velferdsmessig betydning for den enkelte, og staten har derfor behov for kontroll med kommunene oppfyller de krav som lovverket setter.

Hensynet til en bærekraftig utvikling og hensynet til samfunnssikkerhet er også viktige hensyn i forhold til statlig tilsyn med kommunene.<sup>21</sup>

Mens hensynet til rettsikkerhet gjelder overfor den enkelte innbygger, favner dette hensynet utover enkeltpersoner og noen ganger også utover den enkelte kommune. Med bærekraft menes både økologisk og økonomisk bærekraft. Tilsyn på det økonomiske planet har lang tradisjon og gjelder i forhold til kommuner som kommer i økonomiske vansker, jf. kommuneloven § 60. Hensynet til en bærekraftig utvikling finner vi i kommunelovens formålsbestemmelse i § 1. Krav til bevaring av ”en Natur hvis Produktionsæвне og Mangfold bevares” er forøvrig også grunnlovfestet, jf Grunnloven § 110 b. I følge juridisk teori vil hensynet til miljø og ressursforvaltning kunne være relevant å vektlegge ved alle typer vedtak som treffes av kommunale organer.<sup>22</sup>

Samfunnssikkerhet er i St.meld. nr 17 (2001-2002) Samfunnssikkerhet – Veien til et mindre sårbart samfunn definert som ”den evne samfunnet som sådan har til å opprettholde viktige samfunnsfunksjoner og ivareta borgernes liv, helse og grunnleggende behov under ulike former for påkjenninger.”

Hensynet til det kommunale folkestyret er også et sentralt hensyn.<sup>23</sup> Tilsynsutvalget mener prinsipielt at siden tilsynet er begrenset til en kontroll med at kommunene oppfyller de lovpålagte plikter, vil det ikke endre rammebetingelsene for kommunen. Ut fra denne forutsetning mener utvalget at tilsyn ikke i seg selv innsnevrer det

---

<sup>21</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 86

<sup>22</sup> Oddvar Overå og Jan Fridthjof Bernt, Kommuneloven med kommentarer, 4.utgave, Oslo 2006 s 12

<sup>23</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 87

kommunale folkestyret, men det kan skje indirekte, idet tilsynsområder får større fokus og lettere blir prioritert på bekostning av andre områder.<sup>24</sup>

Hensynet til formålseffektiv offentlig ressursbruk er også sentralt.<sup>25</sup> Staten har som overordnet myndighet ansvaret for at offentlige midler blir brukt på en mest mulig effektiv og rasjonell måte i forhold til de oppgaver som skal løses. Bruken av ressurser på tilsyn må kunne forsvares både i statlige tilsynsorganer og i kommunene.

## 2.5.2 Begrunnelsen for tilsynsbestemmelsene i kommuneloven

I forarbeidene blir det uttalt at det er tre hensyn som er viktig ved utformingen av det framtidige hjemmelsgrunnlaget for statlig tilsyn med kommunesektoren.<sup>26</sup> For det første er det hensynet til et brukervennlig og oversiktlig regelverk. For det andre bør det tas retts tekniske hensyn og for det tredje bør det tas hensyn til et regelverk som sikrer samordning av tilsyn på ulike områder. Man hadde to hovedalternativ for plassering av reglene - en generell hjemmel i kommuneloven som er felles for alle sektorene eller hjemler i hver enkelt særlov. Tilsynsutvalget gikk inn for en felles regel i kommuneloven som man mente ville gjøre systemet mer standardisert i og med at hjemmelen for alt tilsyn da vil finnes i én og samme lov.

Departementet støtter utvalgets syn og hevder i forarbeidene at den beste løsningen er felles tilsynsregler for ulike tilsynsordninger, mens det i særlovgivningen blir pekt ut hvilke områder innenfor hver enkelt særlov det vil kunne føres tilsyn med.<sup>27</sup> Det er videre lagt vekt på et enhetlig og forutsigbart system hvor partene kjenner tilsynsrollen, rammene for tilsyn og hvilke virkemidler som kan brukes.

Felles regler for tilsyn vil bidra til at også gjøre det mulig å etablere og videreutvikle alt statlig tilsyn overfor kommunene både med hensyn til praktiske forhold og til bruken av reaksjoner.

---

<sup>24</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 87

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Ot.prp. nr 97 Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 29

<sup>27</sup> Ot.prp. nr 97 Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 33.



De nye reglene tydeliggjør hvor langt tilsynet kan overprøve kommunene, og det bidrar til at kommunens handlingsrom blir gjort mer synlig.<sup>28</sup> Det siktes her til at tilsynsreglene er avgrenset til å gjelde lovlighetskontroll med om kommunen oppfyller plikter nedfelt i særlov.

## 2.6. Metoder for tilsyn

### 2.6.1 Internkontroll

Som nevnt under punkt 2.3 er kommunene pålagt å føre egenkontroll med sin virksomhet gjennom et internkontrollsystem. Plikten til å føre internkontroll er for sosialområdet nedfelt i sosialtjenesteloven § 2-1 annet ledd. Her slås det fast at kommunen skal føre internkontroll for å sikre at kommunens virksomhet og tjenester er i samsvar med de krav som fremgår av lov eller forskrift. Plikten til å føre internkontroll gjelder for de samme områder som det skal føres tilsyn, jf punkt 4.3.1 nedenfor.

Internkontroll er et overordnet styringssystem for å sikre at virksomhet og tjenester er i samsvar med krav fastsatt i lov og forskrift. Med internkontroll menes systematiske tiltak som skal sikre at virksomhetens aktiviteter planlegges, organiseres, utføres og vedlikeholdes i samsvar med krav fastsatt i eller i medhold av sosial- og helselovgivningen, jf forskrift om internkontroll i sosial- og helsetjenesten.<sup>29</sup>

### 2.6.2 Tilsynsmetoder

Plikt til å utarbeide internkontroll er i seg selv ikke tilstrekkelig garanti for at kommunene til enhver tid oppfyller sine lovpålagte plikter. Det forutsettes også en utstrakt aktivitet fra tilsynsmyndighetene.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Kommunaldepartementets rundskriv H-03/07 av 26.02.07.

<sup>29</sup> Forskrift av 20.12.02 nr 1731.

<sup>30</sup> NOU 2004:18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene s. 120 flg.

Hvilken metode som skal benyttes i forbindelse med tilsyn er for de fleste områder ikke fastsatt spesifikt i lov eller forskrift. Enkelte steder gir forarbeidene føringer på hvilken metodikk som skal brukes. Forarbeidene til sosialtjenesteloven gir som eksempel føringer på at tilsynet skal fokusere på system og samordning, og ikke bare enkelttjenester.<sup>31</sup> I forarbeidene ble det tatt til orde for at fylkesmennene måtte gå over fra tilsyn utført som enkeltinspeksjoner til systemrevisjonstilsyn. Denne overgangen hadde sammenheng med en utvidelse av tilsynsområdet, jf nærmere punkt 4.3.1. Med en slik utvidelse ville det ikke være verken ønskelig eller praktisk mulig å gjennomføre tilsynene som inspeksjonstilsyn.

#### 2.6.2.1 Systemrevisjon

Systemrevisjon innebærer en systematisk granskning av kommunens virksomhet innenfor et eller flere på forhånd angitte områder. Tilsyn som systemrevisjon har to generelle hovedformål. For det første å fastslå om virksomheten ivaretar ulike krav i lovgivningen gjennom sin internkontroll. For det andre å være med å utvikle internkontroll-/styringssystem og kvalitetsforbedring. Systemrevisjon retter kontrollen mot at virksomheten kan dokumentere at de har bygd opp et internkontrollsystem, og at dette fungerer i praksis. Hensikten er å finne fram til svake punkt i systemet i stedet for å fokusere på enkeltstående feilgrep. Systemrevisjon kan gjennomføres både overfor institusjoner og resultatenheter og overfor hele sektorer i en kommune.<sup>32</sup>

Tilsynet rettes mot de ansvarlige i kommunen med spørsmål om hvordan kommunen arbeider for å sikre at nærmere angitt krav til tjenestene blir overholdt.

Tilsynsmyndigheten må på forhånd konkretisere hvilke krav lover og forskrifter stiller til kommunens virksomhet. Under tilsyn skal det kontrolleres om kommunen har tiltak for å ivareta brukernes rettsikkerhet, at tiltakene virker og at de samlet sett er tilstrekkelige. For å få et bilde av kommunens tiltak gjennomgås skriftlig dokumentasjon på forhånd, og det foretas intervjuer med ledere og ansatte som arbeider med brukerne.

---

<sup>31</sup> Ot.prp. nr 62 (2002-2001) Om lov om endringer i lov 13.desember 1991 nr 81 om sosial tjenester m.v. s. 9

<sup>32</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 49 flg.

Det er denne form for tilsyn som er mest brukt overfor kommunene på helse- og sosialsektoren.

#### 2.6.2.2 Hendelsesbasert tilsyn og inspeksjonstilsyn

Ved inspeksjonstilsyn blir tilsynet gjennomført som inspeksjoner av f.eks. institusjoner eller bedrifter. Tilsynsmyndigheten besøker institusjoner og har kontakt både med ansatte og brukerne. Dette tilsynet kan langt på vei skje etter samme prosedyre som ved systemrevisjoner.

Tilsyn som blir brukt som en reaksjon på en bestemt hendelse eller en bestemt situasjon, blir kalt hendelsesbasert tilsyn. Denne type tilsyn brukes mest i forbindelse med tilsyn med helsepersonell og virksomheter i helsetjenesten basert på informasjon om enkelthendelser.

Når fylkesmannen oppretter tilsynssak på bakgrunn av avisoppslag om kutt i antall undervisningstimer i skolen, kan vel dette betegnes som et hendelsesbasert tilsyn.

#### 2.6.2.3 Overordnet faglig tilsyn

Denne form for tilsyn innebærer en enda bredere vurdering av virksomheter eller tjenester enn det som skjer ved systemrevisjon. Tilsynsmyndigheten henter informasjon fra rapporteringer som kommunene gir til databaser, og sammenligner dette mot de krav som lov og forskrifter setter til kommunens aktivitet.

Opplysninger fra databaser blir sammenlignet med myndighetskrav, lover og forskrifter. Informasjon fra databaser vil også kunne gi tilsynsorganet en pekepinn på hvilke kommuner oppmerksomheten bør rettes mot. Funn i overordnet faglig tilsyn kan bli tatt opp i kommunedialogmøte og ved kommunebesøk.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 53 flg.

### 3. Tilsyn i forhold til andre kontrollordninger

#### 3.1. Innledning

Som nevnt innledningsvis er tilsyn en av flere kontrollordninger innen kommuneforvaltningen som bl.a. skal bidra til å oppfylle nasjonale mål og føringer, samt ivareta den enkeltes rettsikkerhet. I forarbeidene blir disse kalt statlige kontroll- og påvirkningsmåter overfor kommunesektoren.<sup>34</sup> Dette dreier seg om både interne og eksterne kontrollorganer/påvirkningsmåter.

Jeg velger å redegjøre for de kontrollordninger jeg mener er mest aktuelle i forhold til temaet i denne oppgaven. Dette gjelder lovlighetskontroll, klage, Sivilombudsmannen, domstolskontroll og kommunal egenkontroll. Spørsmålet er i hvor stor grad har man behov for tilsyn i tillegg til de andre kontrollordningene. Er det situasjoner hvor tilsynsadgangen er eneste mulighet for å gripe inn overfor en uheldig kommunal praksis, og i hvilke tilfeller går tilsynsbestemmelsen lenger enn andre kontrollordninger?

#### 3.2 Andre kontrollordninger

##### 3.2.1 Klage

Vi har bestemmelser om klageadgang både i forvaltningsloven og i svært mange særlover. Etter forvaltningsloven<sup>35</sup> § 28 annet ledd skal klager truffet av forvaltningsorgan opprettet i medhold av kommuneloven behandles internt i kommunen enten i kommunestyret eller i kommunens klageorgan. For enkeltvedtak truffet av kommunestyret er departementet klageinstans. Denne myndigheten er delegert til fylkesmannen. Den interne klageordningen gjelder bare for områder hvor det ikke er etablert klageadgang etter særlov.

---

<sup>34</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 66

<sup>35</sup> Lov av 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

Det er klage etter særlov som er mest utbredt, og som jeg skal se nærmere på her. Fylkesmannen er klageinstans for enkeltvedtak fattet etter bl.a. sosialtjenesteloven og opplæringsloven.

Etter forvaltningsloven § 34 annet ledd kan klageinstansen prøve alle sider av saken, og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Det følger imidlertid av samme bestemmelse at klageinstansen skal legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. For klager etter sosialtjenesteloven kan fylkesmannen som klageinstans prøve alle sider av vedtaket, jf § 8-7, 1. pkt. Men etter 2. pkt. kan fylkesmannen bare endre vedtaket når skjønnsutøvelsen til den kommunale myndighet har vært ”åpenbart urimelig”. Denne formuleringen betyr en betydelig innskrenking av klageinstansen kompetanse sammenlignet med kompetansen på andre områder. Klageorganet kan fatte nytt realitetsvedtak, men som nevnt er det altså lagt føringer på innholdet i klageorganets kompetanse.

### 3.2.1.1 Tilsyn sammenlignet med klage

Klageadgangen er som nevnt begrenset til enkeltvedtak, mens tilsynsadgangen har ikke en slik begrensning. Tilsyn kan foretas av avgjørelser, men også av faktiske situasjoner og tilstander. Selv om det er lagt visse begrensninger i klageinstansens prøving, jf ovenfor, går likevel klageinstansens myndighet lengre enn tilsynsmyndigheten, siden man ved tilsyn ikke kan prøve kommunens frie skjønn. Videre kan klageorganet under visse forutsetninger fatte nytt vedtak, mens tilsynsorganet bare kan gi pålegg om retting.

Klage skiller seg fra tilsyn ved at initiativet ved klage må komme fra de med rettslig klageinteresse, jf. fvl. § 28, mens når det gjelder tilsyn kommer initiativet fra tilsynsorganet.

Gjennom klage kan forvaltningsorganet bli kjent med forhold som ikke er bra, og på denne bakgrunn kan man finne det nødvendig å foreta tilsyn. Hvis klagen avdekker at kommunen har en praksis som er uheldig og kanskje ulovlig, vil fylkesmannen kunne foreta tilsyn på det aktuelle området. Tilsynet vil på den måte kunne bidra til å

rette opp en uheldig praksis som kommunen har lagt seg på, noe som kommer brukerne til gode.

For å få kunnskap gjennom klage om en uheldig praksis, er man imidlertid avhengig av at vedtaket blir påklaget.

Etter mine vurderinger kan man si at klage- og tilsynsordningen utfyller hverandre, idet klage gjelder for enkeltvedtak og tilsyn både kan omfatte enkeltvedtak, men også tilstander, aktivitet, tjenesteproduksjon etc. Man kan derfor ikke si at den ene ordningen utelukker den andre. Uten tilsyn ville den statlige kontrollen være begrenset til klage på enkeltvedtak og lovlighetskontroll som for øvrig også er begrenset til avgjørelser, og dette kan vel neppe sies å tilfredsstillende stats behov for styring og kontroll.

### 3.2.2 Lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59

Fylkesmannen har myndighet etter delegasjon fra departementet til å foreta lovlighetskontroll etter kommuneloven § 59.<sup>36</sup> Slik kontroll skal foretas når minst tre kommunestyrerepresentanter krever det, og gjelder både for avgjørelser fattet av administrasjonen og folkevalgte organer i kommunen, jf kommuneloven § 59 nr 1. Fylkesmannen har også adgang til å foreta lovlighetskontroll av eget tiltak, jf kommuneloven § 59 nr 5. Adgang til å ta lovlighetskontroll av eget tiltak er i følge forarbeidene ment å skulle brukes med varsomhet i tilfeller hvor det hersker tvil om vedtakets gyldighet.<sup>37</sup>

Kompetansen er begrenset til kontroll av lovligheten av avgjørelsen. Adgangen til overprøving svarer her i hovedsak til domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak, og kompetansen er dermed den samme som ved tilsyn. Av forarbeidene fremgår det at lovlighetskontroll er et middel til å få avklart rettslig tvil uten å måtte gå til domstolene.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> Rundskriv H-25/92 og H-20/02 fra Kommunal- og regionaldepartementet

<sup>37</sup> Ot.prp. nr 42 (1991-92) Om lov om kommuner og fylkeskommuner, s. 202

<sup>38</sup> Ot.prp. nr 42 (1991-92) Om lov om kommuner og fylkeskommuner, s. 202

### 3.2.2.1 Tilsyn sammenlignet med lovlighetskontroll etter kommuneloven

Lovlighetskontroll etter kommuneloven kan foretas av avgjørelser, mens tilsyn kan som nevnt foretas av flere forhold, også det at kommunen ikke har gjort noe eller gjort noe utilstrekkelig, for eksempel i forhold til boforholdene på et aldershjem. Dette betyr at man ved tilsyn kan få rettet opp dårlige eller manglende rutiner i kommunen uten at det nødvendigvis foreligger noen avgjørelse som kan være gjenstand for lovlighetskontroll.

Ved lovlighetskontroll har fylkesmannen myndighet til å oppheve avgjørelsen dersom den er ugyldig, mens han ved tilsyn bare kan pålegge retting. Ved tilsyn kan kommunen klage på pålegg. Slik klageadgang er det ikke på vedtak om lovlighetskontroll. Jeg vil anta at man kan bringe kontrollvedtaket inn for domstolene til prøving i henhold til læren om domstolskontroll med forvaltningsvedtak.

Initiativet ved lovlighetskontroll kommer fra de folkevalgte. Fylkesmannen har myndighet, men den benyttes i svært liten grad. Ved tilsyn kommer initiativet fra fylkesmannen, selv det kan være kunnskap om hendelser eller tilstander som gjør det nødvendig å foreta tilsynet.

I likhet med klage kan lovlighetskontroll være én av flere muligheter for staten til å forhindre feil og uheldige konsekvenser av beslutninger. Lovlighetskontroll etter kommuneloven representerer en kilde til informasjon for tilsynsorganet.

Selv om prøvingskompetansen er den samme, kan man likevel ikke se at den ene ordningen utelukker den andre. Tilsynskompetansen går lengre, idet den ikke er begrenset til avgjørelser.

### 3.2.3 Sivilombudsmannen

Sivilombudsmannen er et frittstående organ, oppnevnt av Stortinget i medhold av Lov om Stortingets ombudsmannen for forvaltningen av 22. juni 1962 nr 8 § 1, og instruks fastsatt av Stortinget 19. februar 1980.

Sivilombudsmannen skal ”søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger, og bidra til at menneskerettighetene respekteres”, jf sivilombudsmannsloven § 3. Ombudsmannens arbeidsområde er den offentlige forvaltning, og kommunenes virksomhet inngår således i ombudsmannens virkeområde. Det er imidlertid gjort unntak for avgjørelser som bare kan treffes av kommunestyret eller fylkestinget selv, d.v.s. saker hvor myndigheten ikke kan delegeres. Dersom formannskapet eller et annet organ likevel har fattet vedtak i en slik sak etter kommuneloven § 13 (hastebestemmelsen) kan ombudsmannen likevel behandle saken. Avgjørelser som er nevnt her kan ombudsmannen likevel ta opp av eget tiltak når han finner at hensynet til rettsikkerheten eller andre særlige grunner tilsier det. .

I henhold til § 5 i sivilombudsmannsloven kan ombudsmannen ta saker til behandling enten etter klage eller av eget tiltak.

Sivilombudsmannens uttalelser er rådgivende, jf sivilombudsmannsloven § 9. Ombudsmannen kan påpeke at det er gjort feil eller utvist forsømmelige forhold i den offentlige forvaltningen. Dersom han kommer til at en avgjørelse må anses ugyldig eller klart urimelig, eller klart strir mot god forvaltningspraksis, kan ombudsmannen gi uttrykk for dette. Hvis han mener at det knytter seg begrunnet tvil til forhold av betydning i saken, kan han gjøre vedkommende forvaltningsorgan oppmerksom på det.

Selv om ombudsmannens uttalelser bare er rådgivende, har de i praksis stor betydning og blir som oftest fulgt fra forvaltningens side.



Det er viktig å ha en kontrollinstans som kan føre ekstern kontroll med forvaltningen. Dette bidrar til å sikre riktige og rettferdige avgjørelser, og er viktig for den enkeltes rettsikkerhet.

#### 3.2.3.1 Tilsyn sammenlignet med sivilombudsmannens myndighetsområde

På samme måte som fylkesmannen kan sivilombudsmannen ta opp en sak på eget initiativ. Som nevnt kan fylkesmannen pålegge retting i forbindelse med tilsyn, mens sivilombudsmannens myndighet er begrenset til å gi uttrykk for sitt syn. Fylkesmannen vil kunne foreta tilsyn på bakgrunn av opplysninger som kommer fra sivilombudsmannen.

#### 3.2.4 Domstolskontroll

Domstolene utøver en generell kontroll med forvaltningen. Forutsetning for denne kontrollen skal kunne skje, et at personen har "rettslig interesse" jf tvisteloven av 17. juni 2005 nr 90 for å bringe saken inn for domstolene. Saken må være av rettslig art, og vedkommende må ha tilstrekkelig tilknytning til saken. Domstolene kan ikke ta opp en sak på eget initiativ. Enten må saken bringes inn av en privat part eller av kommunen.

Som jeg kommer tilbake til er domstolenes kompetanse begrenset når det gjelder skjønnsmessige sider av forvaltningens avgjørelser. Når en avgjørelse er overlatt til kommunens frie skjønn, er domstolenes kompetanse til å erklære avgjørelsen utgyldig mer begrenset enn ellers.

Domstolen kan oppheve vedtak som er beheftet med slik feil at de er ugyldige. Som hovedregel vil ikke domstolene kunne gi dom for realitet. Dette fremgår klart av Rt. 2001 side 995 hvor Høyesterett etter en gjennomgang av relevante rettskilder konkluderer med at det ikke er grunnlag i tradisjonelle norsk rett for en generell regel om at domstolene ved lovbundne vedtak kan gi dom for realiteten.

#### 3.2.4.1 Tilsyn sammenlignet med domstolens myndighet

Som nevnt kan fylkesmannen foreta tilsyn på eget initiativ, mens domstolen er avhengig av at noen bringer saken inn for behandling i retten. Både fylkesmannens og domstolens myndighet er begrenset til å prøve lovligheten av et vedtak el.l.. Domstolen kan oppheve vedtak, kan fylkesmannen kan bare pålegge retting.

Siden tilsynsmyndigheten kan handle raskt og uten kostnader, kan det være mange situasjoner hvor det er mer effektivt å foreta et tilsyn.

### 3.3 Tilsyn i forhold til andre kontrollordninger

Er det situasjoner eller områder hvor tilsyn er den eneste mulighet for å stoppe en uheldig praksis?

Siden initiativet til å foreta tilsyn ligger hos fylkesmannen i henhold til kommuneloven § 60 b, skiller tilsynsmyndigheten seg fra andre kontrollordninger. Ved andre kontrollordninger er man avhengig av at andre tar initiativet for å få saken brakt fram. Fylkesmannen kan riktignok ta lovlighetskontroll opp til behandling på eget initiativ, men denne myndigheten er begrenset til avgjørelser, jf. kommuneloven § 59. Tilsyn kan derfor være et effektivt tiltak for å få stoppet en uheldig praksis hos kommunen.

### 3.4. Andre påvirkningsmåter

Mediene spiller også en rolle i forhold til kontroll med kommunene. Både riksdekkende og lokalaviser har fra tid til annen oppslag om lokalpolitiske saker, vedtak og forhold ved kommunale virksomheter. Medias fokus fører ofte til at tvilsom praksis og behandling av pasienter fører til opprydding.

Medias dekning av saker kan også føre til at fylkesmannen oppretter tilsynssak mot den aktuelle kommune. I følge en landsdekkende avis skjedde dette nylig på bakgrunn av et oppslag om kutt i lærernes timetall med den konsekvens av elevene

ikke får den undervisning den har krav på. Kunnskapsministeren sto fram og ba foreldre, elever og lærere om å melde fra om timekutt da det var uakseptabelt at ikke elevene får de timene de skal ha. Henvendelse var sendt til fylkesmannen i det fylket hvor dette hadde skjedd, og fylkesmannen hadde opprettet tilsynssak mot den aktuelle skolen.

Det ser ut til at mediernes fokus kan være effektivt hjelpemiddel for den som vil oppnå noe. Man kan si at media kan fungere som en ”vaktbikkje” for borgernes rettigheter på mange områder. Imidlertid er det en fare for at de mest omtalte sakene ikke nødvendigvis er de alvorligste sakene som fortjener størst oppmerksomhet.

## 4. Tilsyn med plikter

### 4.1 Tilsyn med kommunens oppfyllelse av plikter

Kommunene står svært fritt til å organisere sin egen virksomhet. Tidligere var etatsmodellen den meste vanlige organisasjonsformen, men i de senere år er svært mange kommuner gått over fra etater til såkalt flat struktur med resultatenheter. Kommunene kan også skille ut deler av sin virksomhet i kommunale foretak i henhold til kapittel 11 i kommuneloven. Kommunale foretak er en del av den kommunale virksomheten, og er dermed ikke eget rettssubjekt, jf kommuneloven § 61.<sup>39</sup>

Det er på det rene at tilsyn gjelder for den virksomhet som er organisert som nevnt ovenfor.<sup>40</sup>

Spørsmålet er om tilsynsreglene gjelder for virksomhet som kommunen driver sammen med andre i form av interkommunalt samarbeid eller når kommunen kjøper tjenester fra andre private aktører. Det kan være gjennom tjenesteavtaler fra private, fra interkommunale selskaper, IKS selskaper eller aksjeselskaper.

---

<sup>39</sup> O.Overå og J.F.Bernt, Kommuneloven med kommentarer, 4. utgave, Oslo 2006 s. 448

<sup>40</sup> Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 34 flg.

Tilsyn er knyttet til oppgaver og plikter som kommunen er pålagt å utføre i henhold til lov og forskrift. Det vil pulverisere ansvaret og det vil være en fare for rettsikkerheten dersom kommunene kunne overlate disse oppgavene til andre, og dermed være fri for ansvar for hvordan oppgavene blir utført. Kommunen har for eksempel plikt til å ”*sørge for nødvendig helsehjelp*” jf kommunehelsetjenesteloven § 2-1, og kan ikke komme unna ansvaret ved å overlate driften av helseinstitusjonene til private. Det er derfor klart at statlig tilsyn både skal omfatte kommunens oppfyllelse av plikter i egen regi, samt de tilfeller hvor kommunen kjøper tjenester fra andre. Tilsynsmyndigheten vil imidlertid ikke omfatte selve avtalen om kjøp av tjenester, og staten kan heller ikke pålegge kommunen å velge en bestemt leverandør for sine tjenester. Tilsynsmyndigheten omfatter innholdet i tjenesten og kontrollen går på hvorvidt kommunen oppfyller lovpålagte plikter. Hvor langt fylkesmannen kan gå i sin kontroll kommer jeg tilbake til.

Dette betyr at dersom kommunen kjøper tjenester fra et privat sykehjem, vil tilsynet skje overfor kommunen, men fylkesmannen har også adgang til det private sykehjemmet.<sup>41</sup> I henhold til kommuneloven § 60 c annet ledd vil fylkesmannen i slike tilfeller ha den samme rett til innsyn, opplysninger i enkeltsaker og adgang til institusjoner overfor andre egne rettssubjekter som utfører kommunale oppgaver for kommunen som når kommunen utfører oppgavene i egen regi.

Tilsynsbestemmelsene gjelder ikke når private utfører tjenester som for eksempel drift av sykehjem uten avtale med kommunen eller kommunal finansiering.

## 4.2 Begrenset til kommuneplikter

Det er en etablert oppfatning etter norsk rett at kommunenes oppgaver er negativt avgrenset. Dette betyr at kommunene har myndighet til å påta seg oppgaver så lenge lovgivningen eller ulovfestede prinsipper ikke er til hinder for det.<sup>42</sup> Dette betyr at den kommunale aktiviteten kan variere fra kommune til kommune. Lovgivningen

---

<sup>41</sup> Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 35

<sup>42</sup> O.Overå og J.F.Bernt, Kommuneloven med kommentarer, 4. utgave, Oslo 2006 s. 13.

pålegger imidlertid kommunene en rekke plikter som må oppfylles i forhold til innbyggerne.

Bestemmelsen i kommuneloven § 60 b sier at det skal føres tilsyn med kommunenes ”*oppfyllelse av plikter*”. Etter kommuneloven § 60a annet ledd er bestemmelsene i lovens kapittel 10A avgrenset til ”*tilsyn med plikter som bare er pålagt kommunene eller fylkeskommunene.*”

Av ordlyden fremgår det at tilsyn omfatter plikter som ”bare” er pålagt kommunene. Dette betyr at reglene om tilsyn bare gjelder for de genuine pliktene som er pålagt kommunene i egenskap av å være lokale, folkevalgte organer.<sup>43</sup> Som eksempel kan nevnes plikt til å sørge for nødvendig helsetjeneste og plikt til å gi nødvendig grunnskoleopplæring for alle barn i kommunen. I forarbeidene kalles disse for kommuneplikter.<sup>44</sup>

Hva hvis kommunen driver et spisested eller et hotell, gjelder tilsynsmyndigheten også kommunens aktivitet på disse områder? Svaret må bli nei, idet dette er virksomheter som enhver kan drive under forutsetning at vedkommende har det formelle i orden, som for eksempel serveringsbevilling. Slik virksomhet kan imidlertid være gjenstand for tilsyn fra annen statlig etat, som for eksempel Mattilsynet, Arbeidstilsynet etc. Fylkesmannen har imidlertid fått et lovfestet samordningsansvar i forhold til alt statlig tilsyn, jf kommuneloven § 60 e.

Fylkesmannens tilsynsmyndighet omfatter ”*plikter pålagt i eller i medhold av lov*”, jf kommuneloven § 60 b. Hva med plikter som har sitt grunnlag i avtaler kommunen har inngått?

Av lovens ordlyd kan en slutte at bare plikter som har grunnlag i lov eller forskrift omfattes av tilsynsmyndigheten. Av dette følger at privatrettslige forpliktelser ikke er gjenstand for fylkesmannens tilsyn. Forpliktelser som har sitt grunnlag i avtaler kommunen har inngått er kommunens anliggender, og tilsyn i forhold til disse må i tilfelle skje gjennom kommunens egne kontrollorganer; kommunestyret,

---

<sup>43</sup> Kommunaldepartementets rundskriv H-03/07 av 26.02.07 pkt 3.1.

<sup>44</sup> Ot.prp. nr 97(2005-2006) Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 35.

kontrollutvalg og revisjon, jf kommuneloven kap.13. Dette har sin naturlige forklaring i at statlig tilsyn bl.a. har som målsetting å påse at nasjonale mål og føringer blir oppfylt, noe som ikke er aktuelt i forhold til privatrettslige forpliktelser som kommunen har påtatt seg.

#### 4.3 Tilsyn med plikter etter særlovgivningen

Etter kommuneloven § 60 b omfatter tilsynsmyndigheten ”plikter pålagt i eller i medhold av lov”. Hva menes så med ”plikter”? I juridisk litteratur er pliktregler definert som regler som angir hva man har eller ikke har plikt til å gjøre. Motstykket til plikt er definert som krav eller rettighet for den andre part.<sup>45</sup>

Det er fire momenter som er viktige ved vurderingen av om det foreligger en rettighet. For det første må en lov eller forskrift angi kriterier for utmåling og tildeling av tjenesten. Det andre momentet er at den ikke må kunne avslås i sin helhet fordi tjenesteyteren, ofte kommunen, ikke har ressurser til å imøtekomme kravet. Et tredje moment er om det gjelder forvaltningslovens regler saksbehandlingsregler eller lignende regler gjelder i forhold til vedtaksprosessen og om det foreligger klageadgang. Et fjerde moment er om forvaltningsvedtaket kan bringes inn for domstolene.<sup>46</sup>

Imidlertid oppstår det ofte tvil om innholdet i pliktene når bestemmelsene er vage og skjønnsmessige. Og ikke minst kan det oppstå tvil om hvem som skal bestemme pliktens nærmere innhold. Er det kommunen som har kompetanse til å fastsette innholdet, eller er det fylkesmannen, eventuelt domstolen?<sup>47</sup>

Som nevnt er fylkesmannens tilsynsmyndighet begrenset på samme måte som domstolene med hensyn til å overprøve kommunens frie skjønn. Dette betyr at kommunenes avgjørelser i noen tilfeller blir stående, idet verken tilsynsorganet eller domstolen kan overprøve kommunens skjønnsutøvelse. Dette kommer jeg tilbake til i den videre fremstillingen.

---

<sup>45</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave, Oslo 2003 s. 32

<sup>46</sup> Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, Velferdsrett I, 2. utgave, Oslo 2001 s. 92 flg.

<sup>47</sup> Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Statleg tilsyn med kommunesektoren s 39

I fortsettelsen vil jeg kun redegjøre for enkelte plikter som kommunene er pålagt i henhold til sosialtjenesteloven og opplæringsloven. Det er ikke mulig å gjennomgå alle pliktene etter disse to lovene.

#### 4.3.1 Tilsyn med plikter etter sosialtjenesteloven

Fylkesmannen skal i henhold til sosialtjenesteloven § 2-6

*”føre tilsyn med kommunenes virksomhet etter kapitlene 4, 4A, 6 og 7 og skal påse at virksomheten drives i samsvar med loven og forskriftene til loven. Ved tiltak etter § 4A-5 tredje ledd bokstavene b og c skal det også føres stedlig tilsyn.*

Det er imidlertid Statens helsetilsyn som har det overordnede faglig ansvar for tilsynet med sosialtjenesten, jf. sosialtjenesteloven § 2-7.

Fra 1993 fram til 2003 omfattet tilsynet institusjoner for rusmiddelmissbrukere og boliger med heldøgns omsorgstjenester. I den siste kategorien hører bl.a. aldershjem, boliger for barn og unge under 18 år og privat forpleining. Dermed omfattet tilsynet bare en liten del av lovens samlede sosiale tjenester. I 2003 ble loven endret til å omfatte de tjenester som fremgår av ovennevnte kapitler.

Bakgrunnen for denne utvidelsen av tilsynsområdet er begrunnet i store endringer i pleie – og omsorgstjenesten de siste tiår. Stadig flere mottar tjenester i private hjem bokollektiver og lignende, i stedet for i institusjon. Denne delen av virksomheten var ikke underlagt organisert statlig tilsyn. Ansvarsreformen for psykisk utviklingshemmede har gitt kommunene hovedansvaret for denne gruppen, og en stor andel av disse har behov for tjenester i hjemmet. Videre øker antall eldre personer i befolkningen som har behov for hjelp fra kommunen.

De områder som omfattes av tilsynsbestemmelsen er lovens kapittel 4 om kommunenes plikter til å yte ulike former for sosiale tjenester til personer som ikke

kan dra omsorg for seg selv, eller som er helt avhengig av praktisk eller personlig hjelp for å greie dagliglivets gjøremål. Videre kapittel 4A som omhandler rettsikkerhet ved bruk av tvang overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning, kapittel 6 som omfatter tiltak overfor rusmiddelmissbrukere, og kapittel 7 som gjelder driften av enkelte kommunale og private institusjoner og boliger med heldøgns omsorgstjenester.

Tilsynsbestemmelsen omfatter dermed store deler av sosialtjenestene. Som det fremgår av bestemmelsen skal det føres tilsyn med ”kommunens virksomhet” og det skal påses at virksomheten drives i samsvar med lov og forskrifter. Tilsynene foregår for det meste som systemrevisjon.

#### 4.3.1.1 Tilsyn i tvangssaker

Tilsynsbestemmelsen i sosialtjenesteloven slår fast at det skal føres stedlig tilsyn ved tiltak etter § 4A-5 tredje ledd bokstavene b og c som gjelder vilkår for å bruke tvang og makt i nærmere bestemte situasjoner. Det er videre bestemt i sosialtjenesteloven § 2-6 tredje ledd at

*”I forbindelse med tiltak etter kapittel 4A kan tilsynet gjennomføre tilsynsbesøkt uten beboernes samtykke.”*

Kravet om stedlig tilsyn kom inn i loven i forbindelse med behandlingen av lovforslaget i Stortinget.<sup>48</sup> Flertallet i sosialkomiteen uttaler at

*”de er sterkt opptatt av at det føres et godt og effektivt tilsyn med bruk av tvang og makt i pleie- og omsorgstjenester overfor psykisk utviklingshemmede for å sikre seg mot at det utvikles en uheldig praksis som er i strid med lovens intensjoner. For å sikre dette mener derfor flertallet det er nødvendig at Fylkesmannen i tillegg til systemrettet tilsyn også må ha plikt til å føre stedlig tilsyn med tiltak etter kapittel 4A. Flertallet kan derfor ikke støtte forslaget om at et slikt stedlig tilsyn ikke lenger skal være pålagt, og viser i denne*

---

<sup>48</sup> Innst.O. nr 14 (2003-2004) punkt 7.2 s.7



*sammenheng til at både et flertall av høringsinstansene og Rådet mener det er nødvendig med et slikt stedlig tilsyn.”*

Flertallet uttaler videre at de forutsetter at fylkesmannen ut fra alvorlighetsgraden til de forskjellige tiltakene, sitt kjennskap til forholdene i kommunene m.m., i hvert enkelt tilfelle vurderer hvor ofte det er nødvendig å føre stedlig tilsyn.

Som det fremgår ovenfor stilles det krav om et mer ”nærgående” tilsyn i saker om tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede, enn i forhold til de andre områdene på sosialtjenesteområdet. For disse sakene er det i tillegg til tilsynsbestemmelsen, også stilt strenge krav til saksbehandlingen ved beslutning om bruk av tvang og makt, idet vedtak kan påklages både til fylkesmannen og til fylkesnemnda for sosiale saker. Bakgrunnen for disse strenge reglene er selvsagt at bruk av tvang og makt er spesielt inngripende for den enkelte, og det må derfor stilles strenge krav til statlig tilsyn og kontroll for å sikre brukernes rettsikkerhet. Dette er svake grupper som i mange tilfeller ikke er i stand til å ivareta sine interesser.

Man kan trekke den konklusjon at det stilles større krav til tilsynet i saker om tvang hvor den enkeltes rettsikkerhet står på spill.

#### 4.3.1.2 Ikke gjenstand for tilsyn

Sosialtjenesteloven kapittel 3 omhandler sosialtjenestens generelle oppgaver. Her blir kommunen pålagt konkrete plikter, men bestemmelsene gir ikke enkeltpersoner tilvarende rettigheter. Det forhold at oppgavene ikke er rettighetspregede er trolig begrunnelsen for at kapittelet ikke inngår i fylkesmannens tilsynsansvar, jf de hensyn som ligger til grunn for tilsyn.

Derimot er det vanskeligere å forstå hvorfor kapittel 5 som omhandler økonomisk stønad ikke er gjenstand for tilsyn. Sosialtjenesteloven § 5-1 første ledd fastslår krav til økonomisk stønad for den ”som ikke kan sørge for sitt livsopphold gjennom arbeid eller ved å gjøre gjeldende økonomiske rettigheter.” I følge Kjønstad er dette ut fra

ordlyden en klar rettighetsbestemmelse.<sup>49</sup> Rettigheten er imidlertid subsidiær, idet loven forutsetter at andre muligheter må prøves før stønad gis. Kanskje er dette årsaken til at dette kapittelet ikke er omfattet av tilsynsbestemmelsen? Eller vil man overlate disse avgjørelsene til kommunene alene uten statlig innblanding? Det har imidlertid fra tid til annen vært avdekket store forskjeller i kommunenes satser for sosial stønad. Departementet har uttalt at hjelpen bør ligge på et forsvarlig nivå, og departementet har de senere årene gitt veiledende satser for hva stønaden bør ligge på.<sup>50</sup> I forbindelse med lovforslag om endring og utvidelse av tilsynet, har det fra høringsinstanser vært påpekt at man finner det uheldig at tilsynet ikke omfatter tjenester etter kapittel 5.<sup>51</sup> Departementet har uttalt at det vil jobbe videre med saken. Det må imidlertid tilføyes at vedtak om sosial stønad er enkeltvedtak som kan påklages til fylkesmannen.

#### 4.3.2. Opplæringsloven

Opplæringsloven § 14-1 annet ledd har følgende ordlyd:

*”Departementet fører tilsyn med verksemder etter denne lova og skal i den samanheng ha tilgjenge til skoleanlegg og dokumentasjon.”*

Myndigheten er delegert til direktoratet<sup>52</sup>, som igjen har delegert tilsynsmyndigheten til fylkesmennene.<sup>53</sup>

Bestemmelsen er uspesifisert, og omfatter dermed all virksomhet etter opplæringsloven, også private grunnskoler uten statstilskudd, fagopplæring i bedrift, pedagogisk-psykologisk tjeneste og opplæring spesielt organisert for voksne. Det fremgår også av loven at tilsynsmyndigheten skal ha tilgang til skoleanlegget og ”dokumentasjon”. I følge forarbeidene menes det med dokumentasjon i første rekke dokument som er viktige for opplæringen, som for eksempel de sakkyndige

---

<sup>49</sup> Asbjørn Kjønstad og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, Oslo 2000, 2. utgave 2001 s. 347.

<sup>50</sup> Departementets rundskriv I-45/98

<sup>51</sup> Ot.prp nr 62 Om lov om endringer i lov 13. desember 1991 nr 81 om sosiale tjenester mv. s. 11.

<sup>52</sup> Rundskriv F-016-04 fra Utdannings- og forskningsdepartementet

<sup>53</sup> Brev av 2. mars 2005 fra Utdanningsdirektoratet til fylkesmennene

vurderingene som er nødvendige i forbindelse med det statlige tilsynet med spesialundervisningen.<sup>54</sup> Tilsynsmyndighetene skal også ha tilgang til informasjon om bruken av statstilskuddet.

Tilsyn er et virkemiddel for å sikre at opplæringslovens bestemmelser blir oppfylt, bl.a. at kvaliteten på opplæringen er tilfredsstillende.

Det nasjonale tilsynet som fylkesmennene gjennomførte i 2006, viser at mange kommuner ikke hadde et forsvarlig system for vurdering av om kravene i opplæringsloven og forskriftene til loven blir oppfylt.

På denne bakgrunnen vil departementet fortsette arbeidet med å utvikle tilsynet med grunnopplæringen, særlig med vekt på kommunesektorens systemer for vurdering av egne skoler.

#### 4.4 Plikt til å føre tilsyn

Etter kommuneloven § 60 b er ”kan” fylkesmannen føre tilsyn..... Spørsmålet er om ordet ”kan” i dette tilfelle betyr kan eller skal. Jeg vil anta at bestemmelsen skal tolkes slik at ”kan” peker tilbake på at myndigheten er lagt til fylkesmannen. At ordet ”kan” er benyttet kan neppe tolkes slik at fylkesmannen stilles fritt til å velge om han skal føre tilsyn.

Jeg kan ikke se at dette forhold er direkte kommentert i forarbeidene til bestemmelsen. Reelle hensyn tilsier at det foreligger en plikt for fylkesmannen til å foreta tilsyn. Hvis ikke ville man få forskjellig praksis hos de ulike fylkesmennene.

For øvrig følger det av sosialtjenesteloven § 2-6 at fylkesmannen ”plikter” å føre tilsyn med kommunens virksomhet på de områder som er uttalt i loven. Hvor ofte det skal gjennomføres tilsyn er ikke bestemt i loven.

---

<sup>54</sup> Ot.prp. nr 46 (1997-1998) kap 31.

Ordlyden i opplæringsloven er ikke så tydelig, idet den sier at ”*Departementet fører tilsyn...*”. I forarbeidene snakkes det om et tilsynsansvar, og jeg vil anta at det må tolkes som en plikt for fylkesmannen.

Fylkesmennene blir for øvrig pålagt å gjennomføre landsomfattende tilsyn både på sosial- og helsesektoren og på utdanningssektoren, jf. punkt 4.5. Dette pålegget vil jeg anta følger av departementenes instruksjonsmyndighet overfor fylkesmannen.<sup>55</sup>

#### 4.5 Hvem initierer tilsyn

Statens helsetilsyn gir hvert år fylkesmennene og helsetilsynene i fylket oppdrag om å gjennomføre tilsyn på bestemte områder. For 2007 ble tilsynet foretatt både med kommunale helse- og sosiale tjenester til voksne med psykiske lidelser, og med avlastnings- og støttekontakttjenester etter sosialtjenesteloven.

Også på utdanningsområdet avholdes det landsomfattende tilsyn. I 2006 skulle tilsynet vurdere om kommunens plikt til å ha et forsvarlig system for vurdering og oppfølging av krav etter opplæringsloven. I 2007 var tema om skoleeier sikrer at elevene får tilfredsstillende utbytte av opplæringen.

Tilsyn utføres også etter behov på fylkesmannens eget initiativ.

---

<sup>55</sup> Instruks for fylkesmannen gitt ved kgl. res. 07.08.1981, endret ved kgl res. 10.11.1988 og 06.07.1999

## 5. Lovlighetstilsyn

### 5.1 Innledning

Fylkesmannen skal føre ”tilsyn med lovligheten” av kommunens oppfyllelse av plikter, jf. kommuneloven § 60 b.

Hva betyr det at tilsynet bare gjelder ”lovligheten” av kommunens plikter? Av ordlyden kan en slutte at det er det lovmessige som skal kontrolleres, og ikke om avgjørelsen/virksomheten er hensiktsmessig eller rimelig. Legalitetskontrollen er en prøving av vedtakets gyldighet, ikke av vedtakets rimelighet. I forarbeidene er det slått fast at man med lovlighetstilsyn mener at tilsynet skal være underlagt de samme begrensninger som domstolene med hensyn til å overprøve forvaltningsskjønnet/det frie skjønnet til kommune.

#### 5.1.1 Hvorfor begrenset til lovlighetstilsyn?

I forarbeidene blir det hevdet at innholdet i et lovlighetstilsyn best blir uttrykt ved en henvisning til at tilsynet skal være underlagt de samme begrensninger som domstolene med hensyn til å overprøve forvaltningsskjønnet/det frie skjønnet til kommunene.<sup>56</sup> Man ser det som naturlig at det statlig tilsynet ikke har videre fullmakter til å overprøve kommunene enn det domstolene selv har. Det er videre lagt vekt på at tilsynet ikke skal ha snevrere kompetanse.

Det kan reises spørsmål om hvorfor tilsynet ikke har full overprøvingskompetanse?

I forarbeidene blir det begrunnet med at dersom tilsynet skulle kunne overprøve forvaltningsskjønnet/det frie skjønnet generelt på tilsynsområdene, ville dette i realiteten bety en ren instruksjonsmyndighet fra statens side over driften og

---

<sup>56</sup> Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 44.

virksomheten til kommunen.<sup>57</sup> Dette vil ikke samsvare med arbeidsdelingen mellom stat og kommune. Det er hensynet til den kommunale handlefriheten som her kommer inn og begrunner en avgrensning til et lovlighetstilsyn.

I juridisk teori er det uttalt at ”når avgjørelsesmyndighet i utgangspunkt er lagt til et kommunalt organ, med et statlig organ som kontroll- eller godkjenningssinstans, har lovgiveren normalt ikke ment å gi det statlige organ full kompetanse til å etterprøve avgjørelsen til det kommunale organ.”<sup>58</sup> I de tilfeller lovgiver har lagt myndigheten til kommunene, ville det være liten mening i at tilsynsmyndigheten skulle kunne foreta full overprøving.

På den ene side har man hensynet til den enkelte bruker som i mange tilfeller har krav på visse tjenester av et vist nivå fra kommunen. Dersom staten i større grad kunne overprøve kommunene, ville kanskje rettsikkerheten for den enkelte bruker vært bedre sikret. Full statlig overprøving vil imidlertid kollidere med hensynet til det kommunale selvstyret som det norske systemet bygger på. Hensynet til at avgjørelser skal tas nærmest mulig brukeren tilsier også at det er kommunen som har myndighet til å bestemme for eksempel omfanget av en tjeneste.

## 5.2 Hva menes med fritt skjønn?

I juridisk teori er det brukt noe ulike definisjoner av begrepet. I stedet for ”fritt skjønn” benyttes også ofte begrepene ”forvaltningsskjønn”, ”politisk skjønn” eller ”hensiktsmessighetskjønn”.

Frihagen<sup>59</sup> gir følgende definisjon:

*”I den utstrekning loven gir et forvaltningsorgan kompetanse til selv å bedømme om det skal bruke kompetansen eller hva innholdet av vedtaket skal gå ut på, sier vi at avgjørelsen treffes etter forvaltningens frie skjønn.*

---

<sup>57</sup> Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Statleg tilsyn med kommunesektoren s. 44.

<sup>58</sup> Jan F. Bernt, Oddvar Overå, Harald Hove, Kommunalrett, 3. utgave Oslo 1994 s. 643

<sup>59</sup> Arvid Frihagen, Forvaltningsrett Bind 1, 3. utgave, Bergen 1991 s. 181.

*Begrepet fritt skjønn angir at loven gir vedkommende forvaltningsorgan adgang til å velge mellom flere (lovlige) alternativer.”*

Eckhoff/Smith<sup>60</sup> legger trolig samme forståelse til grunn. Det vises til at tolking må ”avgjøre om forvaltningen har noen handlefrihet innenfor de rammer som følger av kompetansegrunnlaget. Hvis svaret på dette spørsmålet er positivt, betyr det at de avgjørelsene som det er tale om, for en del er overlatt til forvaltningens *skjønn*. Men forvaltningen står *aldri helt fritt* til å bestemme *om* en avgjørelse skal treffes, eller *hva* den – hvis den blir truffet skal gå ut på.” Derfor hevder de at betegnelsen ”fritt” skjønn er misvisende siden skjønnnet aldri er helt fritt. Diskresjonært eller forvaltningsskjønn er etter deres mening en bedre betegnelse, men uttaler at valg av terminologi ikke har noen betydning.

I forarbeidene benytter man begrepet ”hensiktsmessighetsskjønn”, og det er her definert som at lovgiver har gitt kommunen en fullmakt til å treffe endelig avgjørelse på grunnlag av selvstendige vurderinger og bedømmelser av hva som er hensiktsmessig i det enkelte tilfellet innenfor lovgivningens/regelverkets rammer.<sup>61</sup> Det vil si at forvaltningen har en viss frihet til å bestemme om vedtak skal treffes, og hvilket innhold vedtaket skal gis. Forvaltningen står imidlertid ikke helt fritt til å fatte en hvilken som helst avgjørelse. Det kan ikke fatte avgjørelser som går utenfor lovens formål, og den må heller ikke begå brudd på ulovfestede prinsipper om saklighet, likhet og forsvarlighet; det man kaller for læren om myndighetsmisbruk.

Med rettsanvendelsesskjønn menes for det første det skjønn som må anvendes for å fastlegge nærmere hva som ligger i de enkelte ord og uttrykk i en lovbestemmelse; lovtolkningen. Videre den skjønnsmessige vurderingen av om sakens faktum faller innenfor eller utenfor lovens bestemmelse; subsumsjonen. Både den generelle lovtolkningen og subsumsjonen er rettslige spørsmål, og kan som hovedregel prøves av domstolene. Ved skjønnsmessige og vage begreper i lovteksten hender det unntaksvis at domstolene velger ikke å gå inn å overprøve forvaltningens subsumsjon fullt ut.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave, Oslo 2003 s. 328 flg.

<sup>61</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 103 flg.

<sup>62</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave, Oslo 2003 s. 344.

Fritt skjønn er altså en fellesbenevnelse for den skjønnsfrihet forvaltningen har under hensiktsmessighetskjønnet til å bestemme om vedtak skal treffes og hvilket innhold vedtaket skal gis, og den unntaksvise friheten forvaltningen kan ha under subsumsjonen når den står overfor skjønsmessige og vage begreper i lovteksten.<sup>63</sup>

Hvorvidt det foreligger fritt skjønn eller rettsanvendelsesskjønn, er av vesentlig betydning for hvor langt domstolene og tilsynsorganet kan gå i å kontrollere forvaltningens vedtak.

### 5.3 Tilsyn med enkeltvedtak

Tilsynsutvalget viser til at tilsyn ikke er begrenset til enkeltvedtak eller annen myndighetsutøvelse, men omfatter også kontroll med at tilstander, aktiviteter og avgjørelser er i samsvar med de pliktene som er nedfelt i lov eller har hjemmel i lov.<sup>64</sup> Tilsynet vil også omfatte omfang og kvaliteten på tjenesteproduksjonen uten at det foreligger individuelle vedtak i forhold til den enkelte bruker.

Jeg vil i dette kapitlet redegjøre for tilsyn av enkeltvedtak. Det kan være at fylkesmannen blir kjent med at kommunen har fattet enkeltvedtak hvor man er usikker på om kommunen har handlet i strid med lovverket. Dersom vedtaket ikke er påklaget, vil fylkesmannen kunne benytte tilsynsmyndigheten i forhold til et slikt vedtak. Siden tilsynskompetansen har de samme begrensninger som domstolene med hensyn til prøving av forvaltningsvedtak, vil jeg i det videre ta utgangspunkt i læren om domstolskontroll.

#### 5.3.1 Hva ligger i læren om domstolsprøving

I Rt. 1995 s. 72 (77) er det slått fast at

---

<sup>63</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 105.

<sup>64</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s 102.



*”domstolene kan fastlegge lovbestemmelsens nærmere innhold og prøve om forvaltningen har holdt seg innenfor rammen av denne. Domstolene kan videre prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn, og om det foreligger myndighetsmisbruk, vilkårlighet eller en så høy grad av urimelighet at det må få betydning for vedtakets gyldighet.”*

Det Høyesterett gir uttrykk for er at domstolene når det foretar prøving av et forvaltningsvedtak, kan tolke loven og prøve om lovens vilkår er oppfylt i den aktuelle saken. Videre kan domstolen prøve om forvaltningen har bygget på riktig faktum, om det er tatt utenforliggende hensyn og om det er brudd på læren om myndighetsmisbruk. I tillegg kan domstolen prøve om forvaltningen har fulgt kravene til saksbehandlingen.<sup>65</sup>

Jeg vil i den videre fremstillingen ta utgangspunkt i de enkelte prøvingsgrunnlag og vurdere disse i forhold til fylkesmannens tilsynskompetanse.

### 5.3.2 Faktum

Høyesterett har i flere sammenhenger tatt det standpunkt at retten kan prøve om forvaltningen har bygget på riktig og tilstrekkelig faktum. I Rt. 1960 s 1374, Drosjedommen uttaler Høyesterett ”at domstolene kan prøve holdbarheten av det faktiske grunnlag en slik avgjørelse bygger på, må anses som sikker fastslått.”

I Rt. 1995 s. 72 (utvisningsdom etter utlendingsloven) uttaler retten helt klart at ”om forvaltningen har bygget på riktig faktum” er en del av kontrollen med forvaltningsvedtak.

---

<sup>65</sup> Johan Greger Aulstad og Markus Hoel Lie, ”Rt. 2007, s. 257 – Domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak, Jussens Venner nr 4 2007 s. 222.

I følge forarbeidene har også fylkesmannen i forbindelse med tilsyn myndighet til å prøve om kommunen har lagt rett faktum til grunn, og eventuelt komme med en reaksjon dersom han finner at så ikke er tilfelle.<sup>66</sup>

### 5.3.3 Lovtolkning

Generell lovtolkning er som hovedregel alltid en rettslig oppgave.<sup>67</sup>

Domstolen vil alltid kunne prøve om avgjørelsen ligger innenfor fullmakten ramme. Hovedregelen er at lovtolkningen kan prøves. Dette er slått fast i Rt 1995 s. 72 som er sitert i pkt 5.2 og i en rekke andre dommer.

Et annet eksempel er Rt 1995 s 1427, hvor Høyesterett uttalte at *”ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen..”* (s.1433) kan prøves.

På samme måte som domstolene må også fylkesmannen som tilsynsorgan kunne fastlegge lovbestemmelsens innhold.<sup>68</sup> Dersom kommunen har lagt til grunn feil tolking av loven, må fylkesmannen kunne overprøve dette. Vedtak om å gi pengeytelser i stedet for å skaffe bolig til person som har akutt behov for husvære, kan bygge på feil lovtolking, jf sosialtjenesteloven § 4-5. Kommunens plikt etter denne bestemmelsen gjelder naturalytelser, og ikke pengeytelser. Fylkesmannen må i slike tilfeller kunne påpeke avvik og eventuelt pålegge retting.

Merknader i tilsynsrapporter om at kommunen har brukt feil lovhenvisning på sine vedtak når det gjelder for eksempel avlastning og omsorgslønn, kan også kunne i feil lovtolkning fra kommunens side, eller rett og slett slurv eller feilskrift.

---

<sup>66</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 105.

<sup>67</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave, Oslo 2003 s. 339

<sup>68</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 104

### 5.3.4 Subsumsjon

Domstolene kan som hovedregel også prøve forvaltningens lovanvendelse; subsumsjonen. Dette kommer klart til uttrykk i Naturfredningsdommen, jf Rt. 1995 s. 1427:

*”Det er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningsretten at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettsikkerheten. Selv om det er unntak fra denne hovedregel, må de særskilt begrunnes.”*

Høyesterett kom her til at domstolen kunne prøve subsumsjonen i forbindelse med spørsmål om fredning av to vann etter naturvernloven § 8.<sup>69</sup> Retten var enstemmig om resultatet, men det var dissens 4 – 1 i forhold til om subsumsjonen kunne overprøves av domstolene.

Domstolen viser til at adgangen til domstolenes prøving er en viktig del av rettsikkerheten. Saken gjaldt inngrep overfor den enkelte borger, men det samme antas også å gjelde i saker hvor forvaltningen treffer begunstigende forvaltningsvedtak som for eksempel ved dispensasjon.<sup>70</sup>

Hvis man fortsetter på eksemplet om kommunens plikt til å skaffe midlertidig bolig etter sosialtjenesteloven § 4-5, vil jeg anta at fylkesmannen som tilsynsmyndighet kan prøve om kommunens anvendelse av bestemmelsen er korrekt. Fylkesmannen må kunne prøve om den bolig som kommunen har anskaffet tilfredsstillende krav som er satt til ”midlertidig husvære”, jf. rundskriv fra departementet som sier at såkalte ”natthjem” ikke tilfredsstillende kravet.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Lov om naturvern av 19. juni 1970 nr 63

<sup>70</sup> Johan Greger Aulstad og Markus Hoel Lie, Rt. 2007, 257, domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak, Jussens Venner nr 4 2007 s. 222.

<sup>71</sup> Rundskriv

#### 5.3.4.1 Utvikling i rettspraksis

I Rt 1995 s. 72 kom Høyesterett til at den ikke hadde kompetanse til å overprøve forvaltningens avgjørelse i en utvisningssak etter utlendingsloven. Samme år kom Høyesterett til at den kunne overprøve subsumsjonen i sak om fredning etter naturvernloven, jf Rt 1995 s.1427. I senere utvisningssaker etter utlendingsloven har Høyesterett lagt til grunn at den har kompetanse til å overprøve forholdsmessighetsvurderingen etter utledningsloven, men at spørsmålet om utlendingen skal utvises hører til forvaltningens frie skjønn, og kan ikke overprøves av retten.

I Rt 2005 s. 117 foretok Høyesterett full prøving av tollmyndighetenes vedtak etter tolloven, til tross for at loven ikke legger opp til prøving, jf uttrykket ”etter tollvesenets skjønn” i tolloven § 37.<sup>72</sup>

Utviklingen som det er vist til ovenfor, har gått i retning av mer intensiv prøving av forvaltningsvedtak fra domstolenes side. Imidlertid reises det spørsmål om rettstilstanden er endret i forbindelse med Rt. 2007 s. 257 hvor Høyesterett slår fast at domstolene ikke lenger kan prøve subsumsjonen under uttrykket ”særlige grunner” i plan- og bygningsloven § 7.<sup>73</sup> Jeg kommer tilbake til denne dommen i neste punkt.

#### 5.3.5 Tilbakeholdenhet med hensyn til prøving

Domstolene har i noen tilfeller valgt ikke å gå inn og overprøve forvaltningens lovanvendelse fullt ut. Dette har vært tilfellet ved *skjønnsmessige* og *vage* begreper i en lovtekst. Om subsumsjonen ikke kan prøves, beror på en helhetsvurdering av hvilke hensyn loven skal ivareta sammen med hva som kan sluttes av forarbeidene om lovgivers innstilling til dette spørsmål.

I juridisk litteratur er det uttalt følgende:<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Lov av 10. juni 1966 nr 5

<sup>73</sup> Johan Greger Aulstad og Markus Hoel Lie, Rt. 2007, 257, domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak, Jussens venner nr 4 2007 s. 221

<sup>74</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave, Oslo 2003 s. 32

”For det første spiller  *vurderingstemaets*  art en rolle. Jo vagere lovens kriterium er, og jo flere forskjellige hensyn som kan komme i betraktning, desto mer nærliggende vil det være å anse vurderingen for å være overlatt til forvaltningen.”

I Rt. 2007, s. 257 hvor spørsmålet var overprøving av fylkesmannens vedtak om å omgjøre et dispensasjonsvedtak etter plan- og bygningsloven § 7 uttaler retten:

*”Når generelle kriterier kombineres med faglig og politiske vurderinger, vil domstolskontrollen reelt sett måtte konsentrere seg om de hensyn som er tatt, ligger innenfor det loven tillater....*

*Som et utgangspunkt antas det at forvaltningen vil ha større frihet når det gjelder subsumsjon under vage begrep som krever utpreget faglig eller politisk vurdering, enn når ordlyden i bestemmelsen påkaller en vurdering av mer moralsk eller juridisk karakter.”*

Denne uttalelsen er i samsvar med det syn Høyesterett har lagt til grunn i tidligere dommer. Det betyr med andre ord at domstolen har større grunn til tilbakeholdenhet med hensyn til prøving ved subsumsjonen under vage ord og uttrykk som krever faglig og politisk vurdering, enn når ordlyden i bestemmelsen er av mer moralsk eller juridisk karakter.

At Høyesterett i samme sak uttaler at skjønnets i andre saker om dispensasjon etter pbl. § 7 kan være mindre preget av faglige og politiske vurderinger, og mer av juridisk eller moralsk art, kan virke forvirrende. I en slik situasjon sier Høyesterett at rettsikkerhetsgrunner tilsier en mer intensiv domstolskontroll. Det vil imidlertid føre for langt å gå noe nærmere inn på problemstillingen i denne dommen.

Mange av bestemmelsene på tilsynsområdet som regulerer kommunenes plikter er vage og skjønnsmessige formulert. Dette gjelder spesielt på helse- og sosialsektoren og undervisningssektoren. Som eksempel kan nevnes opplæringsloven § 5-1 som sier at elever som ikke kan få *”tilfredsstillende utbytte”* av det ordinære opplæringstilbudet, har rett til spesialundervisning. Videre kan nevnes

sosialtjenesteloven § 4-3 som bestemmer at ”den som ikke kan dra omsorg for seg selv” eller er ”helt avhengig” av hjelp, har krav på bistand etter sosialtjenesteloven § 4-2. I forarbeidene til tilsynsbestemmelsen i kommuneloven er det uttalt at selv om bestemmelsene er vage og skjønnsmessige, så er det som regel ikke tvil om at den pålegger kommunen en plikt, som dermed direkte eller indirekte gir innbyggerne ”rettigheter eller beskyttede forventninger.”<sup>75</sup>

Hovedregelen er som sagt at rettsanvendelsen kan prøves av domstolene, og at unntak fra denne regelen må begrunnes særskilt. Utgangspunktet er dermed at domstolen kan prøve om søkeren fyller vilkårene i sosialtjenesteloven § 4-3. Bestemmelsen er skjønnsmessig, men spørsmålet er om de vurderinger som skal legges til grunn er av en slik faglig eller politisk art, at prøving ikke kan foretas likevel. Formålet med loven er å ” bidra til at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig”, jf § 1-1 bokstav b. Dette er forhold som har stor betydning for den enkeltes velferd. Hensynet til den enkeltes rettsikkerhet tilsier at kommunens avgjørelse bør kunne overprøves av domstolen og dermed også av tilsynsmyndighetene. Jeg finner ikke at de vurderinger som må legges til grunn er av en slik faglig eller politisk karakter at de ikke kan overprøves av domstolen. Den samme myndighet vil også fylkesmannen som ha tilsynsmyndighet, mer om dette under kapittel 6.

### 5.3.6 Hensiktsmessighetsskjønn

Forvaltningens frie skjønn kan også dreie seg om en avgjørelse i det hele tatt skal treffes, og hvilket innhold vedtaket skal gis.

Det er i rettspraksis og teori slått fast at domstolene ikke kan overprøve forvaltningens hensiktsmessighetsskjønn. Det vises til Rt.1998, s.1795 (Gafoorsaken) hvor Høyesterett uttaler at forholdsmessighetsvurderingen anses som rettsanvendelsesskjønn som kan overprøves av retten, men den ” konkrete vurdering av hvorvidt utlendingen i tilfeller hvor utvisningen ikke fremstår som et uforholdsmessig tiltak, skal utvises, må høre under forvaltningens frie skjønn.”

---

<sup>75</sup> NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren s. 103.

### 5.3.6.1 Frihet til å bestemme om vedtak skal treffes

Når det gjelder generelle vedtak vil det normalt ikke foreligge en plikt, selv om forvaltningen har kompetanse.

Derimot foreligger det ofte plikt til å treffe individuelle vedtak. Man må som regel forstå loven slik at den som sender inn en søknad eller klage, har krav på å få den avgjort – eller m.a.o. at forvaltningen har plikt til å treffe realitetsvedtak

Dette omtales ofte som ”kan” fullmakter, idet loven bestemmer både *når* forvaltningen har kompetanse, og *hva* forvaltningen i så fall har kompetanse til å vedtak, men den overlater til forvaltningen selv å avgjøre *om* kompetansen skal brukes i det enkelte tilfelle. Ordet ”kan” er imidlertid tvetydig, idet det noen ganger er en frihetsmarkør, i andre tilfeller angir det bare at det foreligger kompetanse.<sup>76</sup> Selv om det står ”kommunestyret kan ... ” så kan det enten bety at kommunestyret har frihet til å bestemme eller bare at kommunestyret har kompetanse.

Både domstolen og fylkesmannen må kunne undersøke om det foreligger plikt til å treffe vedtak. Hvis kommunen ikke har tatt stilling til søknad om spesialopplæring etter opplæringsloven § 5-1, vil jeg anta Fylkesmannen kan gi pålegg om å behandle saken. Vedtak om spesialundervisning er et enkeltvedtak, og det vil være et brudd på kommunens plikter dersom slike søknader ikke blir behandlet i tråd med opplæringsloven og forvaltningsloven.<sup>77</sup>

### 5.3.6.2 Frihet til å bestemme over innholdet i et vedtaket

Forvaltningen vil aldri ha kompetanse til å treffe hvilket som helst vedtak. I noen tilfeller er rammene så faste at det ikke er noe spillerom for skjønn. Dette er de lovbundne avgjørelser hvor forvaltningen har plikt til å avgjøre søknader som

---

<sup>76</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave Oslo 2003 s 341

<sup>77</sup> Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker

kommer inn, og forvaltningen er forpliktet til å treffe det vedtak som loven foreskriver.

I andre tilfeller gir loven et visst spillerom for skjønn. Er forvaltningen gitt myndighet til å ta stilling til hva avgjørelsen skal gå ut på, er dette ofte markert ved at kompetansereglens betingelsesledd og følgeledd er koblet sammen med ordet ”kan”.<sup>78</sup> Et eksempel er plan- og bygningsloven § 95 om avgjørelse av byggesaker. Her sies det først at søknader snarest mulig skal behandles og avgjøres, men deretter føyes til:

*”Når arbeidet er betinget av tillatelse eller samtykke fra annen myndighet, eller når planer for arbeidet skal legges frem for slik myndighet, kan kommune likevel vente med å avgjøre saken inntil det foreligger avgjerd eller uttalelse fra vedkommende myndighet.”*

Noen lover lar *betingelsessiden* i kompetansebestemmelsen stå åpen. Det betyr at bestemmelsen ikke oppstiller konkrete vilkår for å bruke kompetansen slik som ved de forannevnte ”kan-fullmaktene”. Et eksempel på åpen betingelsesside er plan- og bygningsloven § 70 nr 1 hvor det heter at bygningens plassering, herunder høydeplassering, og bygningens høyde skal godkjennes av kommunen. Loven oppstiller ikke vilkår for når en plassering av en bygning kan nektes godkjent. Avgjørelsen om å godkjenne en bygnings plassering er dermed i helhet overlatt til kommunens skjønn, og kan ikke overprøves verken av domstolene eller tilsynsmyndigheten.

Så har vi de tilfeller hvor kompetansereglens *følgeside* er mer eller mindre åpen. Det kan være slik at loven unnlater å spesifisere hva som kan vedtas, eller at den gir anvisning på alternative vedtak. Eks. er jordloven § 8 fjerde ledd som lyder:

*”For dyrka jord som ikkje kan gi grunnlag for lønsam drift, kan departementet gi pålegg om at jorda skal plantast til med skog, eller tiltak av omsyn til kulturlandskapet.”*

---

<sup>78</sup> Frode Innjord, Hva er ”vakkert”? Jussens venner nr 3 1996 s. 175



Domstolene kan her ikke overprøve om departementets valg av type pålegg er hensiktsmessig.

Når både kompetansebestemmelsens betingelsesside og følgeside er åpen, er forvaltningens skjønnsfrihet særlig vid. Et eksempel er plan- og bygningsloven § 25 hvor kommunen har fått kompetanse til å regulere fast eiendom på en rekke ulike måter uten at det er oppstilt noen bestemte vilkår for når en slik regulering kan vedtas.

Som nevnt tidligere er fylkesmannens tilsynskompetanse knyttet til kommunenes oppfyllelse av ”plikter”, jf kommuneloven § 60 b. Både opplæringsloven og sosialtjenesteloven pålegger kommunene plikter som de må oppfylle dersom visse vilkår i loven er oppfylt. Som eksempel må kommunen utarbeide individuell plan for ”den som har behov for langvarige og koordinerte tjenester” jf. sosialtjenesteloven § 4-3a. Det foreligger også krav i opplæringsloven § 5-5 første ledd om å utarbeide individuell opplæringsplan for elever som får spesialundervisning. Dersom vilkårene i loven er oppfylt er dermed kommunen pliktig til å utarbeide slike planer. Det samme gjelder i forhold til sosialtjenesteloven § 4-3. Dersom søkeren oppfylder vilkårene i loven, må kommunen yte hjelp. Spørsmålet er om kommunen står fritt til å bestemme hva slags hjelp som skal gis og omfanget av denne? Det kommer jeg tilbake til i kap 6. Man kan dermed si at kommunen har mindre grad av valgfrihet med hensyn til å utøve skjønn i forhold til hva vedtaket skal gå ut på, på områder som er sterkt rettighetspreget.

Nedlegging av skoler er et stadig tilbakevendende tema i kommunene. Spørsmålet er om fylkesmannen i forbindelse med tilsyn kan overprøve kommunen i forbindelse med vedtak om skolenedleggelse. Kommunen har etter opplæringsloven § 13-1 plikt til å oppfylle retten til grunnskoleopplæring og spesialpedagogisk hjelp for alle som er bosatt i kommunen. Det følger videre av opplæringsloven § 8-1 at grunnskoleelever har rett til å gå på den skolen som ligger nærmest eller ved den skolen i nærmiljøet som de sokner til. Kommunen kan med hjemmel i denne bestemmelsen gi forskrift i forbindelse med endring av opptaksområde. Jeg vil anta at det må ligge til kommunens hensiktsmessighetsskjønn å avgjøre om man skal

legge ned en skole, og også hvor man skal bygge ny skole. Under forutsetning av at kommunen sørger for å oppfylle retten til opplæring, vil jeg anta at verken domstolen eller fylkesmannen kan overprøve et vedtak om skolenedlegging.

### 5.3.7 Begrensinger i forvaltningsskjønnet - myndighetsmisbruk

Som vist til ovenfor kan domstolen ikke overprøve forvaltningens hensiktsmessighetskjønn. Domstolen kan imidlertid alltid prøve om det foreligger usaklig forskjellsbehandling, om det er tatt utenforliggende hensyn, eller om det skjønn som forvaltningen har utøvd fremstår som vilkårlig eller grovt urimelig. Dette omtales som myndighetsmisbrukslæren, og er ulovfestet rett.

#### **Utenforliggende hensyn**

Utenforliggende hensyn er hensyn som ikke kan tas i betraktning ved utøvelse av forvaltningens skjønnsmessige myndighet. At de er utenforliggende innebærer at de er irrelevante i sammenhengen og derfor ikke kan tillegges vekt.<sup>79</sup> Hvilke hensyn som er saklig og relevante vil man finne gjennom tolking av de aktuelle bestemmelser, lovens formål og forarbeider. Det er alltid en rettslig oppgave å trekke opp grensene for hvilke hensyn som kan tas i betraktning.

Fylkesmannen vil også kunne ta stilling til om det er tatt utenforliggende hensyn i forbindelse med tilsyn. Det kan for eksempel legges vekt på om den hjelpetrengende og/eller de pårørende bor nær en institusjon med heldøgns omsorgstjenester.<sup>80</sup> Selv om et slikt hensyn ikke direkte følger av loven og dens forarbeider, så kan hensynet indirekte bidra til å fremme lovens formål. Derimot kan det ikke legges vekt på slektskap, politisk tilhørighet, inntekts- og formuesforhold eller lignende.

Det kan imidlertid mange ganger være uklart hvilke hensyn som forvaltningen har lagt vekt på hvis det ikke direkte fremkommer av vedtakets begrunnelse.

---

<sup>79</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave Oslo 2003 s 350

<sup>80</sup> Asbjørn Kjønstad m.fl. Sosial trygghet og rettssikkerhet, Bergen 1993 s. 110

## Vilkårlighet

Inn under myndighetsmisbrukslæren hører også en regel om at forvaltningsorganet ikke skal fatte vilkårlige avgjørelser. Vilkaarlige avgjørelser omfatter tilfeller hvor forvaltningen har fattet avgjørelsen på slump, for eksempel ved loddtrekning.

Vilkårlighet foreligger også når viktige hensyn er oversett eller er tillagt overdreven vekt.<sup>81</sup>

## Usaklig forskjellsbehandling

Isolert sett trenger det ikke å være noe galt med det aktuelle forvaltningsvedtaket. Forvaltningen har i en del tilfeller adgang til å fatte vedtak som medfører at borgerne forskjellsbehandles. Det er adgang til å gjøre forskjell når dette fremtrer som saklig ut fra lovens formål.<sup>82</sup> Det betyr at man må behandle like tilfeller likt. Usaklig forskjellsbehandling foreligger når forvaltningen ikke er i stand til å gi noen saklig grunn for sin avgjørelse for ellers like tilfeller.

På noen områder kan det være vanskelig å vurdere om det foreligger like tilfeller, idet en hver sak må vurderes konkret på bakgrunn av den søkerens spesielle behov.

## Sterk urimelighet

Kommunen kan heller ikke fatte sterkt urimelige avgjørelser. Domstolene har i enkelte tilfeller satt til side avgjørelser som de finner er sterkt urimelige. Typisk eksempel fra rettstidende er Rt. 1951 s. 19 (Mortvedt) hvor fire drosjeeiere ble nektet drosjebevilling på grunn av sitt medlemskap i NS under krigen. Nektelsen ble kjent ugyldig fordi den var ”så urimelig og så stridende mot alminnelig samfunnsoppfatning” at den måtte anses rettsstridig.<sup>83</sup> Fylkesmannen må kunne

---

<sup>81</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave Oslo 2003 s 362

<sup>82</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave Oslo 2003 s 365

<sup>83</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave Oslo 2003 s 428

pålegge retting dersom man i forbindelse med tilsyn blir kjent med avgjørelser som er sterkt urimelig.

### 5.3.8 Saksbehandlingen

Formålet med regler for saksbehandlingen er å sikre riktige avgjørelser.<sup>84</sup>

Det er på det rene at domstolen kan prøve om forvaltningen har fattet vedtaket på bakgrunn av korrekt saksbehandling. Med saksbehandlingsregler menes bestemmelsene i forvaltningsloven, eventuelle saksbehandlingsregler i særlovgivningen og ulovfestede prinsipper om forsvarlig saksbehandling. Selv om et vedtak lider av saksbehandlingsfeil, kan det likevel være gyldig dersom ”det er grunn til å regne med at feilen ikke kan ha virket bestemmende på vedtakets innhold”, jf forvaltningsloven § 41.

Det er på det rene at domstolene og fylkesmannen i forbindelse med tilsyn kan prøve om saksbehandlingsreglene er fulgt. Tilsynsrapporter viser at det i forbindelse med tilsyn er avdekket svikt i etterlevelsen av sosialtjenestelovens og forvaltningslovens saksbehandlingsregler.<sup>85</sup> Blant de feil som forekommer nevnes mangelfulle opplysninger om hva det søkes om, mangelfull begrunnelse, vedtak fornyes ikke, tjenestemottaker har ikke gyldig vedtak, manglende opplysninger om klageadgang ved avslag på søknader m.m..

### 5.3.9 Personell kompetanse

Det er flere eksempler fra rettspraksis på at domstolene prøver at forvaltningen har handlet i tråd med sin personelle kompetansen. Det vises til Rt. 1990 s. 1001 hvor Høyesterett fant vedtaket ugyldig p.g.a. kompetansemangel. Saken var at bygningsrådet hadde unnlatt å forelegge en sak for formannskapet til uttalelse slik loven krevde. Også tilsynsorganet må kunne fremsette krav om retting dersom et vedtak er gjort av feil myndighet.

---

<sup>84</sup> Torstein Eckhoff og Eivind Smith, Forvaltningsrett, 7. utgave Oslo 2003 s 428

<sup>85</sup> Rapport 4/2005 og 2/2006 fra Statens helsetilsyn Oppsummering av landsomfattende tilsyn

## 6. Nærmere om tilsynskompetansen

### 6.1 Vedtak etter sosialtjenesteloven

Tilsyn i forhold til enkeltvedtak kan for eksempel omfatte vedtak om tildeling av hjemmehjelp. Situasjonen kan være at søkeren har fått avslag på sin søknad om hjemmehjelp, eller at søkeren ikke har fått det antall timer hjemmehjelp som vedkommende hevder å ha krav på i henhold til lovverket.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i sosialtjenesteloven § 4-3 som har følgende ordlyd:

*”De som ikke kan dra omsorg for seg selv, eller som er helt avhengig av praktisk eller personlig hjelp for å greie dagliglivets gjøremål, har krav på hjelp etter § 4-2 bokstave a-d. ”*

Det foreligger to alternative vilkår for å ha *krav* på hjelp; enten kan personen ikke *”dra omsorg for seg selv”* eller vedkommende er *”helt avhengig”* av hjelp for å greie dagliglivets gjøremål. Bestemmelsen gjelder både de som på grunn av alder og funksjonshemming ikke kan ta vare på seg selv, og de som kan klare seg både hjemme og i arbeidsliver forutsatt at de får hjelp til praktiske gjøremål.<sup>86</sup>

I første problemstilling er det spørsmål om søkeren fyller vilkårene i § 4-3 for å oppnå hjemmehjelp. Det å fastlegge hva som ligger i begrepene i loven er et rettslig spørsmål, og det kan domstolen gjøre og også fylkesmannen ved et eventuelt tilsyn.

Videre vil spørsmål om søkeren tilfredsstillende krav som loven stiller, være et rettsanvendelsesspørsmål, som domstolen og fylkesmannen i utgangspunktet kan ta stilling til. Det vises her til forarbeidene til ny felles helse- og sosiallovgivning hvor utvalget uttaler:<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Kristian Andenæs m.fl. Sosialrett 6. utgave, Oslo 2003 s. 215

<sup>87</sup> NOU 2004:18, Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene s. 65

*”Den som oppfyller lovens vilkår, har et rettskrav på nødvendig hjelp fra kommunen.....Han eller hun kan om nødvendig bringe saken inn for domstolene som kan gi dom for at et bestemt tjenestetilbud skal gis.”*

Jeg viser til drøfting under punkt 5.3.5 og konkluderer også her med at domstolen og fylkesmannen må kunne prøve kommunens rettsanvendelse av sosialtjenesteloven § 4-3.

I den andre problemstillingen er det spørsmål om fylkesmannen i forbindelse med tilsyn kan prøve omfanget av hjemmehjelpstjenesten.

Den som fyller et av vilkårene i § 4-3 har krav på krav på sosiale tjenester etter sosialtjenesteloven § 4-2. Etter bestemmelsens bokstav a skal det gis

*”praktisk bistand og opplæring, herunder brukerstyrt personlig assistanse, til dem som har et særlig hjelpebehov på grunn av sykdom, funksjons-  
hemming, alder eller av andre årsaker.”*

Inn under denne bestemmelsen faller det som kalles ”hjemmebaserte tjenester”, som for eksempel hjemmehjelp. Dersom kommunen har tildelt søkeren noen timer hjemmehjelp, må en anta at søkeren fyller et av vilkårene i § 4-3. Spørsmålet er om kommunen står fritt til å bestemme hvor mange timer søkeren skal få, eller om dette kan overprøves ved tilsyn?

Lovbestemmelsen gir ikke noen klare retningslinjer for omfanget av den bistand som skal gis, for eksempel hvor mange timer hjemmehjelp søkeren har krav på. Lovens formålsbestemmelse § 1-1 bokstav b sier at loven skal ”bidra til at den enkelte får mulighet til å leve og bo selvstendig og til å ha en aktiv og meningsfylt tilværelse i felleskap med andre.” Formålsbestemmelsen fremmer rettighetstanken, men sier heller ikke noe om omfanget.

Andenæs viser til forarbeidene hvor det står at søkeren ikke har ”noe direkte krav på selv å få velge tjenestens art, innhold eller omfang.”<sup>88</sup> Selv om søkeren ikke har noe direkte krav på å få bestemme tjenestens omfang, står kommunen likevel ikke helt fritt ved fastsetting av hjelpens størrelse. Det skal for det første legges vekt på hva søkeren mener, jf sotjl. § 8-4. Utgangspunktet må være at hjelp skal gis i en slik mengde at søkeren blir i stand til å dra omsorg for seg selv.

Hvis kommunen har ment at 10 timer hjemmehjelp i uken er tilstrekkelig, mens søkeren mener å ha behov for 30 timer, er spørsmålet om fylkesmannen i forbindelse med tilsyn kan overprøve kommunens vurdering. Loven sier at søkeren har et rettskrav på ytelse dersom visse vilkår er oppfylt, mens forarbeidene sier at omfanget kan kommunen bestemme. Dette tyder på at tjenestens omfang ligger til kommunens skjønn å vurdere.

I den såkalte Fusadommen, Rt. 1990, s. 874 ble det imidlertid lagt til grunn av nivået på tjenestetilbudet ikke kan være lavere enn at det tilfredsstillende et visst minstekrav som må stilles til ytelsene. Dommen gjaldt blant annet om et kommunalt vedtak som innebar betydelig reduksjon av tidligere hjemmehjelp til saksøkeren, var i tråd med gjeldende rett. Vedtaket ble kjent ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil og lovstridig innhold. Høyesterett uttalte følgende:

*”Spørsmålet er om klientutvalgets vedtak tilfredsstillende lovens krav med hensyn til omfanget av ytelse. Jeg antar at forvaltningens skjønnsmessige vurdering av dette spørsmål i utgangspunktet kan prøves av domstolene.*

-----

*Når det gjelder omfanget av ytelsene, vil spørsmålet ved en domstolskontroll etter min mening være om det aktuelle forvaltningsvedtaket tilfredsstillende et visst minstekrav som må forutsettes å gjelde for slike ytelse. En slik vurdering vil ligge nær opp til en domstolsprøving av forvaltningens frie skjønn. Jeg sikter i denne forbindelse særlig til domstolenes adgang til å prøve om forvaltningsskjønnet er åpenbart urimelig. En prøving av*

---

<sup>88</sup> Ot.prp. nr 29(1990-91) s. 159

*klientutvalgets vedtak etter disse linjer fører etter min mening til at det må kjennes utgyldig. Vedtaket innebærer en vesentlig reduksjon av de ytelser som A tidligere hadde hatt, og det var åpenbart at det ikke tilfredsstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie. Et slikt vedtak kan etter min mening ikke forsvares ut fra hensyn til kommunens økonomi.”*

Fusadommen ble avsagt i forhold til lov om sosial omsorg og kommunehelsetjenesteloven, men har betydning også i dag i forhold gjeldende sosialtjenestelov. Som det fremgår av ovennevnte kan domstolen prøve om forvaltningsskjønnet er ”åpenbart” urimelig. I ovennevnte sak forelå det en betydelig reduksjon av tjenestetilbudet fra 66,5 til 14 time pr uke. Dersom reduksjonen i tilbudet bare hadde vært noen få timer, er det vel lite trolig at Høyesterett hadde kjent vedtaket ugyldig på grunn av det materielle innholdet.

Av dommen må en vel kunne trekke den konklusjon at dersom kommunens tjenestetilbud oppfyller et visst minstekrav, vil domstolen ikke overprøve kommunens skjønn. Hva som er minstestandarden vil kunne variere over tid og avhenge av målestokker som ligger utenfor lovreglene. Her vil sakkyndige vurderinger av hvor mye hjelp den enkelte trenger være viktig. Dommen sier imidlertid helt klart at minstestandarden ikke kan settes på bakgrunn av kommunens økonomi.

Etter dette vil jeg anta at fylkesmannen som tilsynsorgan også må kunne overprøve omfanget av tjenestetilbudet dersom det er opplagt at det ligger under en viss minstestandard.

## 6.2 Vedtak etter opplæringsloven

Hvis kommunen gjennom tilsyn får en mistanke om at kommunen har for streng praksis med hensyn til å innvilge spesialundervisning. Kan tilsynet overprøve kommunens skjønn i et slikt tilfelle?



Rett til spesialundervisning følger av opplæringsloven § 5-1 og har følgende ordlyd:

*”Elevar som ikkje har eller som ikkje kan få tilfredsstillande utbytte av det ordinære opplæringstilbodet, har rett til spesialundervisning.*

*I vurderinga av kva for opplæringstilbod som skal givast, skal det særleg leggjast vekt på utviklingsutsiktene til eleven. Opplæringstilbodet skal ha eit slikt innhald at det samla tilbodet kan gi eleven eit forsvarleg utbytte av opplæringa i forhold til andre elevar og i forhold til dei opplæringsmåla som er realistiske for eleven. Elevar som får spesialundervisning, skal ha det same totale undervisningstimetalet som gjeld andre elevar, jf. § 2-2 og § 3-2.*

Som det fremgår av bestemmelsen må det avklares om eleven får tilfredsstillende utbytte av det ordinære undervisningstilbudet. I følge forarbeidene må kriteriet tilfredsstillende utbytte avgjøres ut fra skjønn.<sup>89</sup> Dersom eleven ikke har noe konkret utbytte av den ordinære undervisningen, er vilkåret oppfylt. Det følger videre av forarbeidene at dersom eleven har et vist utbytte, vil han ha rett til spesialundervisning.

I Malvik-kjennelsen, Rt 1990 s. 360 sier kjæremålsutvalget (s.362) at når voksenopplæringsloven sier at opplæringen skal være ”likeverdig” mener kjæremålsutvalget at det i det betyr at ”opplæringen må fylle et visst minimums- og likhetskrav, og dette er en rettighet som kan håndheves ved domstolene.”

Denne saken gjaldt rettigheter etter voksenopplæringsloven, men i følge Graver vil dommen kunne brukes analogisk og man kan legge til grunn et prinsipp om minstemål også i andre bestemmelser på undervisningssektoren.<sup>90</sup> Selv om dommen ble avsagt i forhold til tidligere voksenopplæringslov, vil jeg anta man kan legge til grunn at den kan gjelde analogisk i forhold til dagens regler i opplæringsloven.

På denne bakgrunn må en kunne anta at kommunen har plikt til å yte et minstenivå av timer til spesialundervisning. Hvorvidt dette minstenivå er oppfylt kan tilsynsmyndigheten kontrollere. Utover dette minstenivået står kommunen fritt til å vurdere behovet.

---

<sup>89</sup> Ot.prp. nr 46 el 64? Sjøkk

<sup>90</sup> Hans Petter Graver Materiell forvaltningsrett, Oslo 1996, s. 214.

### 6.3. Tilsyn med kommunens aktivitet, tjenesteproduksjon med mer

Hvis det i forbindelse med tilsyn kommer frem at beboerne på aldershjemmet klager over dårlig kosthold. Er dette et forhold som må betegnes som kommunens hensiktsmessighetsskjønn som ikke kan overprøves av fylkesmannen, eller er det et forhold som fylkesmannen kan overprøve i forbindelse med tilsyn?

I følge forskrift om kvalitet i pleie- og omsorgstjenestene for tjenesteyting<sup>91</sup> er kommunen pliktig til å utarbeide skriftlige nedfelte prosedyrer som søker å sikre at brukere av pleie- og omsorgstjenester får tilfredsstilt grunnleggende behov. Med dette menes bl.a.

*”fysiologiske behov som tilstrekkelig næring (mat og drikke), variert og helsefremmende kosthold og rimelig valgfrihet i forhold til mat”*

Hvorvidt fylkesmannen kan overprøve kommunens tjenestetilbud på dette området, vil jeg anta avhenger av hva klagen konkret går ut på. Kravet i forskriften er at kostholdet skal være ”variert og helsefremmende” og det skal være ”rimelig valgfrihet”. De opplagte tilfeller vil jeg anta fylkesmannen kan overprøve; som for eksempel hvis institusjonen serverer mat som er så dårlig at folk blir syke. Det vil være direkte helsefarlig, og slike tilfeller vil tilsynet kunne overprøve. Hva hvis det serveres bare én type pålegg, er det et forhold som tilsynet kan overprøve? Eller at det serveres fisk 5 dager i uka? Et slikt kosthold kan vel neppe sies å tilfredsstille de krav som forskriften stiller til variert og helsefremmende kosthold, og til rimelig valgfrihet for beboerne. Slike tilfeller vil jeg også anta at tilsynet kan overprøve. Utover slike opplagte tilfeller av brudd på forskriften, vil jeg anta at kostholdet og menyen på kommunens aldershjem hører til kommunens hensiktsmessighetsskjønn, og kan ikke overprøves av verken domstol eller tilsynsmyndigheten.

---

<sup>91</sup> Fastsatt ved kgl. res. 27. juni 2003 med hjemmel i lov av 19.11.1982 nr 66 om helsetjenesten i kommunen § 6-9 og lov av 13.12.1991 nr 81 om sosiale tjenester m.v. § 2-1 tredje ledd og § 4-6

## 6.4 Sanksjoner

Etter kommuneloven § 60 d kan fylkesmannen gi kommunen ”*pålegg om å rette forhold som er i strid*” med de bestemmelser fylkesmannen fører tilsyn med. Det er imidlertid bare hvis det foreligger et rettsstridig avvik at fylkesmannen kan pålegge retting.

Dersom man blir kjent med forhold som er av mindre alvorlig karakter kan fylkesmannen komme med en merknad. Da er det opp til kommunen om den vil innrette seg etter merknaden.

Før det blir gitt pålegg skal kommunen ha en ”*rimelig*” frist til å rette forholdet. Hva er så rimelig frist? I følge departementet må det avgjøre ut fra forholdets art og kompleksitet. Den må foreta en avveining mellom kommunens evne til å rette forholdet, og eventuelle virkninger som en utsettelse vil ha for de berørte.<sup>92</sup>

Myndighet til å pålegge retting fremgår også av sosialtjenesteloven § 2-6 fjerde ledd. Vilkår for å kunne gi slikt pålegg er at kommunens virksomhet drives på en måte som kan ha ”*skadelige følger for tjenestemottaker eller på annen måte er uheldig eller uforsvarlig*”.

Likeledes gir opplæringsloven § 14-1 tredje ledd adgang til å gi pålegg om retting dersom det blir oppdaget forhold som står i strid med lov eller forskrift.

Spørsmålet er det er samsvar mellom kommunelovens vilkår for å pålegge retting og de vilkår som fremgår av særlovgivningen?

Etter kommuneloven må kommunens virksomhet være ”*i strid*” med bestemmelser for at fylkesmannen kan gi pålegg om retting. Etter sosialtjenesteloven kan det pålegges retting dersom forholdet er ”*uheldig eller uforsvarlig*”. At noe er ”*uheldig*” trenger vel strengt tatt ikke å være i ”*strid*” med loven. Det kan derfor synes som om det er en lavere terskel for å gi pålegg etter sosialtjenesteloven enn etter

---

<sup>92</sup> Kommunaldepartementets rundskriv H-03/07 av 26.02.07 punkt 3.4

kommuneloven. Dette kan begrunnes ut fra rettsikkerhetsmessige forhold, idet sosialtjenesteområdet har stor betydning for den enkeltes velferd og at det derfor må stilles strenge krav til kommunens tjenester. Alternativt er denne forskjellen utilsiktet, og vil kanskje bli rettet opp i forbindelse med særlovsgjennomgangen.

I henhold til barnevernloven § 6-9 kan fylkesmannen gi kommunen mulkt dersom barneverntjenesten ikke holder fristene i loven. I forarbeidene ble det diskutert om det skulle innføres en generell adgang til å gi mulkt etter tilsynsbestemmelsen i kommuneloven. Departementet ønsket ikke en slik hjemmel, da dette ville medføre en omfattende utvidelse av adgangen til å bruke tvangsmulkt.<sup>93</sup> Det er videre vist til at det neppe har noen hensikt å bruke denne form for tvang overfor kommuner som ofte har knappe ressurser. I tillegg er det vist til at pengekrav overfor kommunene ikke kan innkreves etter tvangsfullbyrdelsesloven. Hvorvidt dette medfører at bestemmelsen om tvangsmulkt i barnevernloven blir fjernet i forbindelse med særlovsgjennomgangen gjenstår å se.

## 6.5 Klageadgang

Kommuneloven § 60d fjerde ledd har kommunen klageadgang på fylkesmannens pålegg om retting. Bestemmelsen viser bl.a. til at kapittel VI om klage og omgjøring i forvaltningsloven skal gjelde tilsvarende.

I henhold til kommuneloven § 60 b skal tilsynet utføre et lovlighetstilsyn overfor kommunen. Spørsmålet er om klageinstansen har full overprøvingsmyndighet overfor tilsynsorganets vedtak? Loven viser til forvaltningslovens bestemmelser uten å si noe nærmere om kompetansen. Jeg kan ikke se at dette spørsmål er behandlet i forarbeidene. Siden det er forvaltningslovens regler som gjelder, vil jeg anta at klageinstansen kan foreta full prøving av vedtaket i henhold til § 34 annet ledd 1. punktum.

---

<sup>93</sup> Ot.prp. nr 97 (2005-2006) s. 49.

## 7. Vurderinger av tilsynsordningen

### 7.1 Tilsynsmyndighet

Jeg har her presentert fylkesmannens myndighet til å føre lovlighetstilsyn i forhold til noen av de pliktene kommunene er pålagt gjennom særlov. Som vist til ovenfor gjelder det på sosial- og helserettens område en minstestandard som kommunene ikke kan gå under når det gjelder tildeling av sosiale tjenester. Tilsynsmyndigheten kan dermed føre tilsyn med om kommunen oppfyller denne minstestandarden. Kommunen står imidlertid fritt til å bestemme hvilken type tjenester som skal gis og hvilket omfang de skal ha, jf forarbeidene til sosialtjenesteloven. Det samme ble uttalt i et obiter dictum i Fusadommen.

Som det er vist til under punkt 4.3.1.1 er det stilt strengere krav til hvordan tilsynet skal utøves i saker om bruk av tvang og makt overfor psykisk utviklingshemmede.

### 7.2. utfordringer

Jeg kan tenke meg at det kan være en utfordring for tilsynsmyndighetene at det som regel ikke foreligger noe vedtak å kontrollere, slik som ved lovlighetskontroll og ved klage. Tilsyn retter seg i stor grad mot faktiske situasjoner eller tilstander. Imidlertid foregår svært mange tilsyn som systemrevisjoner, og da skjer tilsynet i forhold til kommunens internkontrollsystemer.

Det forhold at bestemmelsen på tilsynsområdene er svært skjønnsmessige og vage kan også tenkes å være en utfordring både for kommunen og for tilsynsmyndigheten. Uklarhet med hensyn til hva som ligger i de enkelte begrepene i loven kan gjøre det vanskelig for tilsynsmyndigheten å kreve at kommunen gjør endringer i sin virksomhet. Det ble også under høringsrunden pekt på at grensene mellom fritt skjønn og rettsanvendelsesskjønn er langt fra klare, og kan skape usikkerhet hos tilsynsmyndigheten i hvor langt tilsynet kan gå i sin kontroll. I høringsrunden etterlyses ytterligere veiledning om rammen for tilsynet utover at det underlegges de samme begrensningene som domstolene med hensyn til å overprøve det frie skjønn.

### 7. 3 Virkninger av den nye bestemmelsen

Etter forarbeidene var begrunnelsen for å innføre bestemmelsen i kommuneloven bl.a. å oppnå felles regler for tilsynsvirksomheten som gjør myndigheten mer synlig, enhetlig og forutsigbar.

Etter min mening har man delvis oppnådd dette ved å innføre bestemmelsen i kommuneloven og plassere den samme med de øvrige reglene som omhandler statlig tilsyn og kontroll. Både for publikum og kommunene vil jeg anta at bestemmelsen er blitt mer synlig. Videre vil jeg anta at presiseringen av at tilsynet er begrenset til et lovlighetstilsyn nå kommer tydeligere fram enn tidligere. Tilsynshjemplene i særlovene har ikke noen klare bestemmelser om at tilsynsmyndigheten er begrenset til et lovlighetstilsyn. Tilsynsmyndigheten etter kommuneloven har samme begrensning som fylkesmannens myndighet etter kommuneloven § 59, og denne bestemmelsen kjenner de fleste kommunene fra før.

Utover dette tviler jeg på at rettstilstanden er særlig endret, idet de gamle særlovsbestemmelsene fortsatt består. Det avgjørende blir tilsynsmyndigheten blir hva som kommer ut av gjennomgangen av særlovgivningen; hvilke områder skal man ha tilsyn og når skal tilsyn benyttes som virkemiddel

I følge Helsetilsynets brev av 03.04.07 til fylkesmennene og helsetilsynet i fylkene slås det fast at tilsynets avgrensning til lovligheten av kommunenes oppfyllelse av plikter er i samsvar med tilsynsbestemmelsen i sosialtjenesteloven § 2-6 og tilsynsloven § 3.<sup>94</sup> Tilsynet slår fast at tilsynsbegrepet i kommuneloven ikke medfører noen endringer i tilsynet med den kommunale helse- og sosialtjenesten. På et punkt mener man imidlertid at særloven gir en videre myndighet enn kommuneloven. Dette gjelder sosialtjenesteloven § 2-6 andre ledd om tilsyn med tiltak etter kapittel 4A hvor fylkesmannens gis en videre tilgang til tjenestemottakers bolig enn det som følger av kommuneloven § 60 c. Med det forbehold som er tatt i kommuneloven § 60a første ledd, vil særlovsbestemmelsen fortsatt gjelde.

---

<sup>94</sup> Lov 30. mars 1984 nr 15

## 7.4 Trenger vi tilsyn?

Jeg vil anta at statlig tilsyn med kommunesektoren er kommet for å bli, men det kan kanskje bli endringer når det gjelder tilsynsområder.

Rapporter fra landsomfattende tilsyn på helse- og sosialsektoren viser at det skjer brudd på regelverket i kommunene. Som eksempel kan nevnes at det i 2004 ble ført tilsyn med 58 kommuner i forhold til kommunale sosialtjenester til rusmiddelmissbrukere. Bare i 3 av disse ble det ikke påpekt avvik eller gitt merknader. Staten helsetilsyn skriver i sin rapport at de anser at de mangler ved tjenester til rusmiddelmissbrukere som fylkesmennene har avdekket er alvorlige. Det påpekes at denne gruppen får ikke de tjenester de har krav på, og det er en fare for rettsikkerheten at de får ikke opplyst om klageadgang på avslag, omfang eller innhold i tjenestene de mottar.

Et annet eksempel er det landsomfattende tilsyn i 2005 med tjenestetilbudet til utviklingshemmede og i forhold til bruk av tvang og makt overfor personer med psykisk utviklingshemning. I 46 av 53 undersøkte kommuner påpeker fylkesmennene lovbrudd.

Utvalget som er ble nedsatt for å fremme forslag til en felles lov for helse- og sosialsektoren uttaler følgende:<sup>95</sup>

*”Statlig tilsyn er etter utvalgets oppfatning nødvendig for å sikre en enhetlig nasjonal standard, så vel som andre nasjonale mål for tjenesteytingen som rettsikkerhet, ivaretagelse av brukerperspektiv, kvalitet og lignende.”*

Jeg vil anta at denne uttalelse vil ha stor betydning for det som vil skje videre på tilsynsområdet.

---

<sup>95</sup> NOU 2004:18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene

## 8. Litteraturliste

### Artikler:

- Johan Greger Aulstad og Markus Hoel Lie, Rt. 2007, 257, domstolsprøvelsen av forvaltningsvedtak, Jussens venner nr 4 2007
- Innjord, Frode, Hva er ”vakkert”? Jussens venner nr 3 1996
- Boe, Erik, Domstolskontroll med forvaltningen: Åpne lovfullmakter og Høyesteretts svar i 90-årene, Lov og Rett nr 6 1994

### Bøker:

- Andenæs, Johs., *Statsforfatningen i Norge*, 8. utgave, Oslo 1997
- Andenæs, Johs. *Innføring i rettsstudiet*, 5. utg. Oslo 1998
- Andenæs, Kristian m.fl., *Sosialrett*, 6. utgave, Oslo 2003
- Bernt, Jan Fridtjof, Oddvar Overå og Harald Hove, *Kommunalrett*, 3.utg., Oslo 1994
- Bernt, Jan Fridthjof og Oddvar Overå, *Kommuneloven med kommentarer*, 4.utg. Oslo 2006
- Eckhoff, Torstein, Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 6. utg. Oslo 1997
- Eckhoff, Torstein, Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 7. utg. Oslo 2003
- Frihagen, Arvid, *Forvaltningsrett Bind 1*, 3. utgave, Bergen 1991
- Graver, Hans Petter, *Materiell forvaltningsrett*, Oslo 1996
- Kjønstad, Asbjørn m.fl., *Sosial trygghet og rettsikkerhet*, Bergen 1993
- Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse, *Velferdsrett I*, 2. utg., Oslo 2000

### Førarbeider

- NOU 2004:17 Statlig tilsyn med kommunesektoren
- NOU 2004:18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene
- Ot.prp. nr 42 (1991-92) Om lov om kommuner og fylkeskommuner
- Ot.prp. nr 62 (2000-2001) Om lov om endringer i lov 13. desember 1991 nr 81 om sosiale tjenester m.v.



Ot.prp. nr 55 (2002-2003) Om lov om endringer i lov om sosiale tjenester m.v. og lov om helsetjenester i kommunene (rettsikkerhet ved bruk av tvang og makt overfor enkelte personer med psykisk utviklingshemning)

Ot.prp. nr 97 (2005-2006) Om lom om endringer i lov 25. september 1992 nr 107 om kommuner og fylkeskommuner m.m. (statleg tilsyn med kommunesektoren) Innst.O nr 14 (2003-2004) om lov om endringer i lov om sosial tjenester - Ot.prp. nr 55 (2002-2003).

### **Domsregister**

Rt. 1960, s. 1374

Rt. 1998, s. 1795

Rt. 1990, s. 360

Rt. 1990, s. 874

Rt. 1990, s, 1001

Rt. 1995, s. 72

Rt. 1995, s. 1427

Rt. 2005, s. 117

Rt. 2007, 257

### **Lover**

Lov om toll (tolloven) av 10. juni 1966 nr 5

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

Lov om naturvern (naturvernloven) av 19. juni 1970 nr 63

Plan og bygningsloven av 14. juni 1985 nr 77

Lov om sosiale tjenester (sosialtjenesteloven) av 13. desember 1991 nr 81

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

Lov om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringsloven) av 17. juli 1998 nr 61

## **Forskrifter**

Forskrift av 10.12.02 nr 1731 om internkontroll i sosial- og helsetjenesten

## **Rundskriv**

Kommunaldepartementets rundskriv H-03/07 av 26.02.07 Nytt kapittel 10A i kommuneloven – statlig tilsyn med kommunesektoren

Kommunaldepartementets rundskriv H-25/92 Overføring av myndighet etter kommuneloven

Kommunaldepartementets rundskriv H-20/02 Lovlighetskontroll og klagesaksbehandling – ny delegasjon av fullmakter fra KRD

Rundskriv F-016-04 fra Utdannings- og forskningsdepartementet (nå Kunnskapsdepartementet)

Veileder fra Sosial- og helsedirektoratet Hvordan holde orden i eget hus - Internkontroll i sosial- og helsetjenesten 12/2004

## **Rapporter**

Statens Helsetilsyn, Tilsynsrapport nr 4/2995

Statens Helsetilsyn, Tilsynsrapport nr 2/2006