

Iris Nguyễn-Duy

Eivind Smith

Harald Baldersheim

## **Tvisteløsningsordninger mellom stat og kommune**

“Kommuner er den mest selvfølgelige av alle samfunnsdannelser. Overalt hvor mennesker lever sammen, dannes en kommune av seg selv. (...) De kommunale institusjoner klarer ikke å kjempe mot en aktiv og sterk regjering”.

Alexis de Tocqueville\*

\* Alexis de Tocqueville, *Om demokratiet i Amerika*, (1969), Oslo, Gyldendal Norsk Forlag, s. 18-19.

## Oppsummering

Forholdet mellom stat og kommune i en velferdsstat med sterke sentralistiske trekk, men samtidig med en tradisjon for lokalt selvstyre, er spenningsfullt. Når det oppstår uenighet om hva som er juridisk korrekt eller om utøvelsen av skjønn, er det vanligvis statsforvaltningen som har siste ord. Fylkesmannen spiller en stor rolle som tilsynsmyndighet, klageinstans m.v. overfor kommunene. Samtidig er kommunenes adgang til å få uenighet avgjort av uavhengige domstoler, svært begrenset. Prosessen er både tungvint, tidkrevende og kostbar.

Kommunenes posisjon overfor staten er vesentlig svakere enn i sammenlignbare land i Europa. Fylkesmannens rolle på dette området er vanskelig å forklare for representanter fra andre land – simpelthen fordi den på mange punkter er nokså unik.

Endringer bør bygge på det prinsipielle likeverd mellom statsforvaltningen og det lokale selvstyret innenfor rammen av lov og rett. Forholdet mellom statsforvaltning og kommuner må bygge på dialog, samarbeid, gjensidig tillit og respekt. Det lokale selvstyret bør forankres i grunnloven. Kommunene bør kunne bringe uenighet med statsforvaltningen inn for organer som er uavhengige av begge parter. Dagens “klageavdeling” hos fylkesmannen bør fristilles og utvikles som uavhengige domstollignende organer. Systemet kan videreutvikles ved å opprette egne forvaltningsdomstoler med bedre tilpasset prosess, lavere kostnader m.v. enn i de ordinære domstolene, og slik at overprøving kan skje direkte ved lagmannsrettene og under Høyesteretts kontroll.

Det viktigste er å utvikle regler og prosesser som kan forebygge uenighet mellom stat og kommuner eller løse uenighet som likevel måtte oppstå, gjennom forhandlinger, meglings m.v.. Men slike systemer vil ikke alltid føre frem. Da vil reformer som nevnt, på en helt annen måte enn i dag gjøre det mulig å la tvisten bli avgjort av instanser som er uavhengige av partene – men ikke av loven. Bare slike reformer vil gjøre det mulig å ta den likeverdighet mellom statsforvaltning og kommuner som idealet om lokalt selvstyre bygger på, alvorlig.

På denne bakgrunn kan sentrale observasjoner og forslag i denne rapporten kortfattet angis slik:

### Innledning

- Rapporten konsentrerer seg om forholdet mellom statsforvaltningen, på den ene siden, og kommuner/fylkeskommuner, på den andre.
- Idealet om lokalt selvstyre (autonomi) er et avgjørende utgangspunkt.
- Dette står ikke i motsetning til at relasjonen mellom kommuner og private på mange måter er den primære. Stat/kommunere relasjonen kan utvikles på en slik måte at hensyn til rettssikkerhet m.v. ikke blir utilbørlig fortrent.
- Materiale fra sammenlignbare land bidrar til å illustrere at andre løsninger er både mulige og forsvarlige.
- I denne rapporten omfatter begrepet “tvister”, både aktualisert (eller manifest) og latent, uenighet mellom stat og kommune om hva som er juridisk korrekt eller om utøvelsen av skjønnsmessig myndighet. Den empiriske undersøkelsen som det gjøres rede for i kap. 2, tar likevel utgangspunkt i uenighet om spørsmål av skjønnsmessig karakter.

- Det skilles mellom situasjoner med “partnerskap” (der stats- og kommuneforvaltningen sammen bærer ansvaret for en virksomhet, slik som f.eks. i barnevernet) og av “kvasi-hierarkisk” karakter.

### Hvor butter det mest?

- Tilsyn og klagebehandling fører relativt ofte til pålegg overfor kommunene eller til omgjøring av enkeltvedtak. En del av disse påleggene eller omgjøringene kan være ganske kostnadskrevenende for kommunene.
- Det største tvistepotensialet ser ut til å ligge i *omgivelsessektoren* (arealplanlegging, byggsaksbehandling, miljøvern og landbruksforvaltning). Her rapporteres det om relativt hyppige pålegg og omgjøringer. De oppfattes også som kostnadsdrivende.
- Det er særlig i denne sektoren at de få spirene til aktiv protest forekommer.
- Bare en liten del av tvistepotensialet fører til åpne tvister. Kommunene er uenige i en del av påleggene, men protesterer sjelden.
- Passiviteten skyldes for en del at kommunene mangler kanaler og prosedyrer for prøving av tilsyns- eller kontrollinstansens vedtak.

### Problematiske elementer av dagens system

- Statlige forvaltningsorganer – særlig fylkesmennene – er i meget stor utstrekning tilsynsmyndighet, klageinstans m.v. overfor kommuner/fylkeskommuner.
- Et tosporet klagesystem bidrar til å gjøre stat-/kommunerelasjonen uoversiktlig, noe som kan sies å bygge på “et tvisyn hos de statlige myndigheter; dels har man tillit til kommunal klagebehandling (forvaltningsloven § 28), dels har man det ikke (særlovene)” (Frydenberg, *Kommunalrett*).
- Fylkesmannens omfattende roller i forhold til kommunene er til dels motsetningsfylte.
- Avgjørelser som er truffet av folkevalgte organer eller underlagt deres ansvar kan overprøves av statens embets- og tjenestemenn, og de sistnevnte er ikke nødvendigvis i besittelse av særskilt fagkyndighet eller spesialisering.
- Statsforvaltningen har omfattende kompetanse til å overprøve kommunale vedtak, som klageinstans m.v. – ofte mer omfattende enn domstolene. Prøving av “alle sider av saken” innebærer i praksis å gå inn i vurderinger som forutsetningsvis skulle høre inn under kommunens skjønn.
- Kommunene har svært begrenset adgang til å få statsforvaltningens avgjørelser om regelforståelse, skjønnsutøvelse eller fakta, prøvd ved uavhengige organer (i siste instans domstolene).
- Domstolskontrollen har marginal praktisk betydning. Dette skyldes bl.a. at prosessen er dårlig tilpasset saker om forvaltningsrettslige spørsmål, er tungvint, tidkrevende og kostbar med omfattende og kostbar muntlighet (med stort behov for å bruke advokat osv.), og at dommerne ikke er spesialiserte med sikte på slike saker.
- Det europeiske charteret om lokalt selvstyre betyr lite i praksis (se bl.a. Høyesteretts dom i Rt. 2007 s. 234 (Kongsberg/Nes)).
- Statsforvaltningen har vanligvis siste ord og blir både dommer og part.
- Forholdet mellom stat og kommune er i tilsvarende ubalanse.

### Utvikling av større jevnbyrdighet mellom statsforvaltningen og kommunene

- Et system for tvisteløsning må bygge på at både statsforvaltningen og kommunene er bundet av loven.
- Lokalt selvstyre forutsetter større likestilling mellom statsforvaltning og kommuner.

- Fylkesmannen bør opptre som megler eller positiv brobygger mer enn som overordnet myndighet.
- Fylkesmannen bør vise tilbakeholdenhet overfor kommunal skjønnsutøvelse.
- Statsforvaltningens styring og kontroll bør som regel begrenses til legalitetskontroll.
- Klarhetsprinsippet bør lovfestes, slik som i Danmark, der tilsynsmyndighetenes mulighet til å oppheve en avgjørelse eller ilegge tvangsbøt for avgjørelser de mener er ugyldige, er begrenset: Ulovligheten må være klar for at denne typen sanksjonsmidler kan brukes.
- Likeverdigheten mellom statsforvaltning og kommuner bør anerkjennes gjennom utvidet adgang til overprøving gjennom uavhengige organer, i siste instans domstoler.
- De alminnelige domstolenes rolle bør forsterkes gjennom større spesialisering og en bedre tilpasset prosess (med utgangspunkt i skriftlig saksbehandling).
- Det bør vurderes å opprette domstolsavdelinger spesialisert i forvaltningsrett.
- Med sikte på situasjoner med “partnerskap” mellom stat og kommune på samme saksområde bør bruken av partssammensatte organer for tvisteløsning mellom “partnere” generaliseres etter modell fra prøveordningen ifølge avtale av 2008 mellom Barne- og likestillingsministeren og KS (barnevern).
- Med sikte på situasjoner av “kvasi-hierarkisk” karakter bør det åpnes adgang til tvisteløsning ved uavhengige, domstollignende forvaltningsorganer (som kan utgjøre et verdifullt supplement til de ordinære domstolene).
- Fylkesmannens “klageavdeling” bør omdannes til uavhengig organ av domstollignende karakter, for eksempel på regionnivå.
- Systemet av domstollignende forvaltningsorganer bør systematiseres og videreutvikles med sikte på å utvikle dem til førsteinstansdomstoler (formelt eller *de facto*) i stedet for tingretten som nå er det første leddet i domstolkjeden.
- Slike reformer kan iverksettes uten å rokke ved Høyesterett som sluttinstans for alle typer av rettsaker.

### **Momenter til forebygging av tvister mellom stat og kommune**

- Dialog og samarbeid forutsetter at stat og kommuner i størst mulig grad opptre som likeverdige partnere.
- Dagens system videreutvikles i retning av mer likeverdig partnerskap bygges på gjensidig tillit og respekt.
- Konsultasjonsordningen videreutvikles i mer forpliktende retning.
- Det lokale selvstyret forankres i grunnloven.
- Prinsippene om proporsjonalitet, nærhet (subsidiaritet) og “konneksitet” (samsvar) mellom kommunenes (obligatoriske) oppgaver og finansielle bæreevne forankres i grunnlov eller lov.
- Et uavhengig lovråd vurderes opprettet (etter svensk modell) med sikte på å påvirke utformingen av lover m.v. før de blir vedtatt.
- Den parlamentariske forhåndskontrollen vurderes oppgradert.
- I forhold til kommunene erstattes Stortingets ombudsmann for forvaltningen av et eget “kommuneombud”.
- Kommunene får rett til å klage til Sivilombudsmannen.

## Innhold

### Oppsummering 2

### Kapittel 1 – Innledning 9

#### 1.1. Bakgrunnen for prosjektet 9

- 1.1.1. Emnet 9
- 1.1.2. Institusjonell forankring og personale 9
- 1.1.3. Oversikt 10

#### 1.2. Innledende bemerkninger 10

- 1.2.1. Begrepet “tvist” 10
- 1.2.2. Tvistesituasjoner 11
- 1.2.3. Om partene 11

#### 1.3. Problemstillingen – Grunnlaget for spenning og tvist mellom stat og kommune 13

- 1.3.1. Konstitusjonelle grunnelementer 13
  - 1. Småstatsparadokset 13
  - 2. En enhetsstat 13
  - 3. Forening av enhetsstat og lokalt selvstyre 14
  - 4. Ulike organisasjonsmodeller eller desentraliseringsformer 14
- 1.3.2. Forvaltningsrettslige elementer 15
  - 1. Kommunenes dobbeltrolle 15
  - 2. Den statlige styringens dobbelthet 16
  - 3. Sammenvevning i en integrasjonsmodell 16
- 1.3.3. Velferdsstat kontra kommunalt selvstyre? 18
  - 1. Velferdsstatsmodellen 18
  - 2. Den norske tradisjonen for lokalt selvstyre 18
  - 3. Velferdsstaten kontra lokalt selvstyre: Konsekvenser for forholdet mellom stat og kommune 19
    - a. *To konkurrerende styringsmodeller 19*
    - b. *To sett av verdier som vanskelig kan forenes 20*
- 1.3.4. Avslutning 20

#### 1.4. Litt om metoden 21

- 1.4.1 Kategorisering 21
- 1.4.2 Komparativ rett 21
- 1.4.3 Samfunnsvitenskapelig materiale m.v. 21

### Kapittel 2 – Staten og kommunene – hvor butter det (mest)? 23

#### 2.1. Innledning 23

## **2.2. Tilsyn og klagebehandling via fylkesmannsembetene – kommunenes erfaringer 23**

2.2.1. Bakgrunn for og opplegg av undersøkelsen 23

2.2.2. Tilsynet med kommunal virksomhet 27

2.2.3. Klagebehandling 29

2.2.4. Tilsyn og klagebehandling: Anstøtsstein eller støtte for kommunene? 31

## **2.3. Avsluttende vurderinger 34**

# **Kapittel 3 – Nåværende ordninger for tvisteløsning mellom stat og kommune 35**

## **3.1. Innledning 35**

## **3.2. Et tosporet system for forvaltningsklage 35**

## **3.3. Statens kontrollmidler 35**

3.3.1. Staten som klage- eller kontrollinstans 36

1. Klageinstans 36

*a. Den alminnelige regelen 36*

*b. Særlovgivningen 37*

2. Lovlighetskontroll 37

3. Tilsynsmyndighet 37

3.3.2. Statens kompetanse 38

1. Ved klage 38

2. Ved omgjøring uten klage 39

3. Ved lovlighetskontroll 40

4. Ved tilsyn 40

## **3.4. Om den norske domstolsordningen 42**

3.4.1. Særtrekk 42

1. Domstolskontrollens betydning 42

2. Om domstolenes prøvelseskompetanse 44

3.4.2. Hvem som skal saksøkes 44

3.4.3. Klagerett og søksmålskompetanse for kommunene? 46

1. Innledning 46

2. Klagerett 46

3. Søksmålskompetanse 47

## **3.5. Andre utfordringer 49**

3.5.1. Statlig tolkning av rettsreglene 49

3.5.2. Fylkesmannens rolle 50

3.5.3. Norges folkerettslige forpliktelser 51

# **Kapittel 4 – Løsning av tvister mellom stat og kommune 53**

## **4.1. Innledning 53**

## **4.2. Endringer innenfor rammene av dagens system 53**

### 4.2.1. Særlig om fylkesmannens rolle ved overprøving av forvaltningsvedtak 53

1. Problemstillingen 53
2. Forslag 54
  - a. *Færre og tydeligere roller* 54
  - b. *Overprøvingens omfang. Lovfesting av klarhetsprinsippet* 55
  - c. *Anerkjennelse av kommunenes likeverdighet, særlig ved søksmålsadgang* 56

### 4.2.2. Organisatoriske og prosessuelle reformer ved de alminnelige domstolene 57

1. Grunnlovfesting av domstolskontrollen 57
2. Prosessuelle reformer 57
3. En ny avdeling i domstolene, spesialisert i forvaltnings- og kommunalrett? 59

## **4.3. Alternative tvisteløsningsordninger 60**

### 4.3.1. Tvisteløsning ved forhandling og forsoning 60

### 4.3.2. Nemndsbasert tvisteløsning i partnerskapsrelasjoner 61

### 4.3.3. (Retts)megling 61

### 4.3.4. Tvisteløsning i domstollignende forvaltningsorganer 63

1. Viktige fellestrekk 64
2. Fordeler 64
3. Ulemper 65
4. Løsninger 65

## **4.4. Judisielle løsninger: Forvaltningsdomstoler ved siden av alminnelige domstoler 66**

### 4.4.1. Den britiske domstolsordningen 67

1. Oversikt 67
2. Fordeler med den britiske domstolsordningen 69

### 4.4.2. Den franske domstolsordningen 70

1. Oversikt 70
2. Fordeler med den franske domstolsordningen 71

### 4.4.3. Den svenske domstolsordningen 72

1. Oversikt 72
2. Fordelene med den svenske ordningen 73

### 4.4.4. Konsekvenser for Norge? 74

## **4.5. Avslutning 76**

# **KAPITTEL 5 – Å forebygge tvister mellom stat og kommune 77**

## **5.1. Innledning 77**

## **5.2. Partnerskap mellom stat og kommune 77**

## **5.3. Rettsvern for lokalt selvstyre 82**

### 5.3.1. Innledning 82

### 5.3.2. Grunnlovsfesting 82

- 5.3.3. Formalisering av visse prinsipper: Proporsjonalitet 85
- 5.3.4. Fortsettelse: Nærhet eller subsidiaritet 86
- 5.3.5. Fortsettelse: Konneksitet (samsvar) 88

#### **5.4. Institusjonelle virkemidler 89**

- 5.4.1. Et lovråd? 89
- 5.4.2. En parlamentarisk ordning? 90
- 5.4.3. En særskilt ombudsmann? 90
- 5.4.4. Rett til å klage til Sivilombudsmannen? 91
- 5.4.5. Særlige tvisteløsningsordninger 91

#### **5.5. Avslutning 92**



## Kapittel 1

### Innledning

#### 1.1 Bakgrunnen for prosjektet

##### 1.1.1. Emnet

Det er lett å tenke seg at stat og kommune har ulikt syn på hvilken avgjørelse som er riktig eller ønskelig. Uenighet kan oppstå når tjenestetilbudet er organisert slik at kommunen har et førstelinjeansvar (f.eks. primærhelsetjenesten), mens staten har andrelinjeansvaret (f.eks. helsetjeneste i institusjon) slik at oppgaver (og utgifter) som ikke blir ivaretatt av den ene part, faller på den andre. Det kan også skje at statsforvaltningen avgjør spørsmål av betydning for forholdet mellom kommuner og private (eller mellom to kommuner), slik som f.eks. i klagesaker etter plan- og bygningslovgivningen.

I denne rapporten vil sentrale spørsmål være:<sup>1</sup>

- Hvordan avgjøres tvister mellom staten, på den ene side, og kommuner/fylkeskommuner, på den andre siden, om enkeltavgjørelser i dag?
- Hvilke tvisteløsningsordninger gjelder i land det kan være interessant for Norge å sammenligne seg med?
- I hvilke situasjoner vil det være aktuelt å løse uenighet mellom stat og kommune ved særskilte tvisteløsningsordninger?
- Er det behov for ulike tvisteløsningsordninger for ulike saksområder?

Prosjektet forutsetter at staten og kommunen/fylkeskommunen ikke kan sees på som én offentlig myndighet med statsforvaltningen som overordnet nivå. Det vil være mer i samsvar med utbredt ideologi og med viktige elementer av gjeldende rett å se på statsforvaltningen og kommunene/fylkeskommunene som sidestilte utøvere av offentlig myndighet.

Selv om det kommunale selvstyret ikke er grunnlovsfestet, utøver kommunene som utgangspunkt sin myndighet uavhengig av statsforvaltningen innenfor rammen av det lovverk som til enhver tid gjelder.

##### 1.1.2. Institusjonell forankring og personale

Prosjektet har vært forankret ved Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo, og er gjennomført i regi av forskergruppen for konstitusjonelle (norske og komparative) studier. Lederen, professor *Eivind Smith*, har deltatt aktivt i gruppens diskusjoner (internt og med KS) og i skriveprosessen. Han er bl.a. visepresident i The Group of Independent Experts on the European Charter on Local Self-Government (Europarådet).

Hovedtyngden av utredningen er utført av dr. juris *Iris Nguyễn-Duy* (Universitetet i Oslo, Institutt for offentlig rett), fransk jurist med utdanning i komparativ offentlig rett fra Frankrike og Storbritannia, nærmere bestemt Université de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), der også doktorgraden er avlagt, Université de Paris 2 (Assas) og University College London.

Den samfunnsvitenskapelige delen av prosjektet er ivaretatt av professor *Harald Baldersheim* (Institutt for statsvitenskap, Universitetet i Oslo), som bl.a. har forestått

---

<sup>1</sup> Vi kommer senere tilbake til grunnbegrepet tvist. Foreløpig kan en tvisteløsningsordning defineres som et redskap til å løse uenighet og avklare en omtvistet rettslig situasjon, se f.eks. R.L. Abel, "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society", (1973-1974), 8 *Law and Society Review*, s. 217-303.

utredninger for KS om “Stat-kommuneforholdet i Norge i nordisk belysning” (1997, sammen med Krister Ståhlberg) og om konsultasjonsordningen. Ved siden av hovedansvaret for kap. 2 har også han deltatt aktivt i gruppens diskusjoner m.v.

Prosjektet er drevet i nært samarbeid med prosjektet om kommunalt selvstyre ved Institutt for offentlig rett, forskergruppen for konstitusjonelle studier. Dette prosjektet er en del av forskningsrådsprogrammet DEMOSREG (*Demokratisk styring i et flernivåsystem*).

### 1.1.3. Oversikt

Kapittel 2 presenterer resultatene av en undersøkelse om forekomsten av tvister mellom stat og kommune.

Kapittel 3 kartlegger eksisterende konfliktløsningsmekanismer og drøfter behovet for nye eller forbedrede tvisteløsningsordninger.

Kapittel 4 bygger videre på dette og gjennomgår tvisteløsningsordninger som kan videreutvikle, supplere eller erstatte (elementer i) dagens ordning. Forslagene vurderes i lys av karakteren av forholdet mellom stat og kommune (hierarki eller partnerskap). Det skilles mellom tvister om lovforståelse (legalitet) og om skjønsspørsmål innenfor rettsreglenes ramme.

Kapittel 5 drøfter enkelte ordninger som kan bidra til å forebygge tvister.

## 1.2. Innledende bemerkninger

### 1.2.1. Begrepet “tvist”

En *tvist* kan defineres som en uenighet mellom to eller flere parter. Meningsinnholdet ligger nær det angelsaksiske *dispute*. En tvist kan føre til *konflikt* (og en konflikt vil selvsagt (også) være en tvist). Men ordet tvist er som utgangspunkt svakere og mer nøytralt enn ordet konflikt.

Tvister kan oppstå om fremtidige forhold, nærmere bestemt utformingen av lover, budsjettvedtak m.v. av betydning for kommunene og deres virksomhet. Her er det i første rekke utformingen av ordninger for konsultasjon m.v. som påkaller oppmerksomhet. Utformingen av statens politikk reiser imidlertid spørsmål av en annen karakter enn de som typisk vil gjøre seg gjeldende når enkeltsaker skal avgjøres innenfor rammene av de lover m.v. som statsforvaltningen og kommunene til enhver tid er bundet av; slike spørsmål har da også vært gjenstand for andre KS-finansierte prosjekter.<sup>2</sup> I det følgende vil vi derfor stort sett se bort fra spørsmålet om tvisteløsning i relasjon til spørsmål om oppgavefordeling m.v. mellom stat og kommune i forbindelse med forberedelsen av lover og budsjetter.

Det som gjenstår er dermed tvister om begivenheter i fortiden, nærmere bestemt det *rettmessige* (legaliteten) eller *rimelige, hensiktsmessige m.v.* (skjønnet)<sup>3</sup> i enkeltavgjørelser om hvordan bestemte sider av kommunens forhold til staten eller til private skal løses innenfor rammene av de rettsregler m.v. som gjelder. Det er først og fremst slike situasjoner vi skal ta sikte på her.

Den som taler om tvist mellom stat og kommune om hvilken avgjørelse som er rimelig eller rettsriktig, tenker nok primært på situasjoner der uenigheten er *aktualisert*, i den forstand at den misfornøyde part overveier om noe (og i tilfelle hva som) kan gjøres. Slike tvister er

<sup>2</sup> Se bl.a. Eivind Smith, *Demokratiske og konstitusjonelle konsekvenser av en mer forpliktende konsultasjonsordning – Statsrettslig vurdering*, (2003), FOU prosjekt, Oslo; Harald Baldersheim, *Demokratiske og konstitusjonelle konsekvenser av en mer forpliktende konsultasjonsordning – Statsvitenskapelig vurdering*, (2003), FOU prosjekt, Oslo.

<sup>3</sup> Om skillet mellom legalitet og skjønn, se f.eks. Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, (2006), 8. utg., Universitetsforlaget, Oslo, kap. 24.

*manifeste* når kommunen protesterer mot vedtaket og eventuelt forsøker å få det omgjort eller prøvd for en annen instans, f.eks. i rettsvesenet eller ved bruk av eksterne sakkyndige.

Men hvis vi begrenser oss til slike situasjoner, vil svært mange potensielle “tvister” falle bort i et system som det norske, der mye taler for at kommunene stort sett “gir seg”, f.eks. fordi de

- ikke ser at statsforvaltningens avgjørelse kan være “feil”,
- ikke har ressurser eller lyst til å bruke tid på saker som for øvrig er avsluttet, eller
- ikke ser noen aktuell mulighet til å vinne frem overfor f.eks. fylkesmannen.

Derfor vil også *potensielle* tvistesituasjoner bli tatt med. Dette gjelder uavhengig av om kommunene selv oppfatter den aktuelle avgjørelse av fylkesmannen e.a. som et problem, eller har tatt skritt for å få den endret eller opphevet.<sup>4</sup>

Innenfor disse rammer kan vi tale om *latente* tvister når kommunen opplever den avgjørelse som blir truffet i statsforvaltningen som urimelig eller juridisk uakseptabel, men unnlater å foreta seg noe mer.

På tvers av slike kategorier er grunnfiguren ganske enkel: Hvem har siste ord i tilfelle en tvist kommer opp? Dersom enighet ikke blir oppnådd og svaret ikke er (eller godtas å være) at endelig avgjørelse tas av den ene av “partene”, bør en tredjemann, som er uavhengig av dem begge, løse tvisten mellom dem. I siste instans kan tvisten i så fall tenkes løst i rettsapparatet. Men den kan også tenkes løst uten judisiell intervensjon, f.eks. gjennom forhandlinger eller mekling eller i andre slags uavhengige organer.

### 1.2.2. Tvistesituasjoner

Tvister mellom kommunen og private (innbyggere, skattebetalere e.a.) om sosialhjelpens størrelse, byggetillatelse og mye annet, faller som utgangspunkt utenfor vårt emne. Men slik uenighet kan skape – og skaper hyppig – slike tvister mellom stat og kommune som vi er opptatt av her. Indirekte vil de derfor høre med.

I forholdet mellom stat og kommune kan vi skille mellom ulike typesituasjoner:

- *Oppstrøms* blir det spørsmål om interessekonflikter under statens forberedelse av lover og budsjettvedtak (politikkutforming).
- *Nedstrøms* (under gjennomføringen av kommunenes virksomhet) blir det spørsmål om (a) avgjørelsens legalitet, (a) avgjørelsens rimelighet, hensiktsmessighet m.v.

Som nevnt i 1.2.1 ligger prosjektets hovedvekt på *nedstrøms*situasjoner. Her kan tvisten i forholdet mellom stat og kommune umiddelbart springe ut av at staten intervensjoner:

- *enten* som “partner” på områder der det samlede ansvaret er lagt til stat og kommune i fellesskap (f.eks. barnevern),
- *eller* etter “klage” fra private, en annen kommune eller noen internt i kommunen (mindretall i kommunestyret), etter at et (annet) statsorgan har gitt innsigelse til et kommunalt vedtak, eller *ex officio* (tilsyn, visse former for legalitetskontroll, godkjenning før et kommunalt vedtak trer i kraft) i situasjoner der ansvaret som utgangspunkt ligger hos kommunen alene.

### 1.2.3. Om partene

Selv om prosjektet handler om tvister mellom stat og kommune, må man ta hensyn til at *publikum* (individer og juridiske personer) er hjørnesteinene i kommunens virksomhet som både politisk beslutningsarena og tjenesteleverandør. Systemet må innrettes slik at innbyggernes forventninger, ønsker og behov kan ivaretas på best mulig måte. Dette innebærer bl.a. at institusjonelle ordninger for å sikre det kommunale selvstyret må utformes

---

<sup>4</sup> Se også i kapittel 4.

under hensyn til de stadig fremsatte – og i seg selv fullstendig legitime – krav om *rettssikkerhet*.

Den som fremhever innbyggerne som “brukere” eller “kunder”, peker tildels i andre retninger enn den som viser til dem som “borgere”. I det ene tilfellet er betoningen på økonomi og velferdstjenester, i det andre på demokrati og deltakelse. Idealet om kommunalt selvstyre relaterer seg mest direkte til den sistnevnte tankeretningen.

*Staten* betegner et sett av institusjoner med autoritet til å lage bindende rettsregler og til å sette dem ut i livet. Ordet kan brukes slik at det omfatter ikke bare nasjonale organer, men også organer med geografisk begrenset arbeidsområde (derunder regionale og kommunale).

I dette prosjektet benyttes “staten” som henvisning til nasjonale myndigheter, inkludert statlige forvaltningsorganer på regionalt/lokalt nivå. Forholdet til den lovgivende makt er en sak for seg og faller utenfor dette arbeidet. I stedet konsentrerer vi oss om forholdet mellom statsforvaltningen (regjering og departement, direktorater og tilsyn m.v. samt fylkesmennene) og kommunene.

Domstolene er hovedeksemplet på “uavhengige tredjemenn” som kan avgjøre tvister mellom stat og kommune uten at staten kan beskyldes for “selv” å avgjøre saken i strid med forutsetningen om kommunalt selvstyre. Men mange organer som formelt er en del av statsforvaltningen, er gjennom lovgivning utstyrt med en grad av uavhengighet som kan gjøre dem egnet til å utføre tilsvarende funksjoner.

I vår sammenheng vil “staten” altså i første fremtre gjennom

- forvaltningsorganer underlagt hierarkisk styring etter grunnlovens § 3 (departementet, fylkesmannen),
- sektorforvaltningsorganer med en viss, faglig begrunnet “uavhengighet” i forhold til forvaltningshierarkiet (“tilsyn” m.v.),
- “uavhengig” (derunder partssammensatt) organ med oppgave å mekle eller lignende, og
- domstollignende forvaltningsorganer med kompetanse til å treffe bindende vedtak (slik som fylkesnemndene for sosiale saker).

For korthets skyld vil “kommune” i det følgende som regel bli brukt som henvisningsord for lokalkommuner (“primærkommuner”) og fylkeskommuner. Sosiologisk og etymologisk betyr ordet *felleskap* (fransk “commune”, engelsk “common”). Det bidrar til å få frem at det har både ideologisk og symbolsk ladning.

Kommuner og fylkeskommuner kan opptre som

- privatperson (eier, avtalepart),
- interessenter (ofte, men ikke alltid, via KS) ad utformingen av statlig politikk (lovgivning, budsjetter), og
- forvaltningsmyndighet
  - o vedrørende “internadministrasjon” (f.eks. organisering og budsjetter),
  - o i forhold til andre kommuner (utgiftsfordeling m.v., jfr. f.eks. Rt. 2007 s. 234 Kongsberg/Nes),
  - o i forhold til private (mange eksempler, derunder plan- og bygningssaker),
  - o i forhold til staten (f.eks. barnevern).

Vi vil konsentrere oss om kommunenes rolle som (lokal) forvaltningsmyndighet.

### 1.3. Problemstillingen – Grunnlaget for spenning og tvist mellom stat og kommune

Som bakgrunn for vurderingen av det norske systemet for tvisteløsning mellom stat og kommuner, er det grunn til å si litt om hvorfor slike tvister kan antas å oppstå. Konteksten er Norge som desentralisert velferd- og enhetsstat med en sterk integrasjonsmodell.<sup>5</sup>

Juridisk kan tvister mellom stat og kommune vurderes i konstitusjonelt (1.3.1.) og forvaltningsrettslig perspektiv (1.3.2.).<sup>6</sup> Minst like viktig er det imidlertid å forstå historiske og ideologiske begreper som er involvert og de sosiopolitiske valgene som har blitt gjort siden 1800-tallet (1.3.3.).<sup>7</sup>

#### 1.3.1. Konstitusjonelle grunnelementer

Her handler det om maktfordeling på ulike nivå og i ulike grader. Det at Norge er en liten enhetsstat med vidtdrevet desentralisering av oppgaver og ansvar til et ganske sterkt kommunalt nivå bidrar til å belyse årsaken til tvetydighet og spenninger i forholdet mellom stat og kommune.

##### 1. Småstatsparadokset<sup>8</sup>

Den norske kommunesektorens utvikling bygger på en serie paradokser. Det første er at Norge er en liten stat med en stor og mangfoldig kommunesektor. Mange av de 430 kommunene i Norge har under 5000 innbyggere. Ved første blick skulle man kanskje tro at en stat med en såpass liten befolkning kunne klare seg med et relativt enkelt styringsapparat. Hvorfor har det kommunale nivået likevel utviklet seg så mye?

##### 2. En enhetsstat

Ifølge grunnloven § 1 er Norge “udelelig”. Bortsett fra den historiske bakgrunnen for bestemmelsen, er det klart at Norge er en enhetsstat “regulert av én konstitusjon og sentralisert i ett nivå”.<sup>9</sup> Styringen skjer på grunnlag av ensidige vedtak av de sentrale statsmyndighetene. I siste instans har all politisk autoritet utgangspunkt og forankring i sentrale institusjoner. Kommunene og fylkeskommunene er bare deler av en mer omfattende politisk og administrativ enhet.

I et konstitusjonelt perspektiv er Norge altså en klassisk enhetsstat, ikke en regional- eller forbundsstat. Denne kategoriseringen sier som utgangspunkt mye om hvordan landet skal styres. Samtidig er offentlig sektor stor og kompleks. Spørsmålet blir derfor hvordan og i hvilken grad den offentlige makten er fordelt mellom ulike territorielle nivå.

Urban Strandberg forklarer hvorfor statsformen er betydningsfull her:

“En enhetsstat (t.ex. Sverige, Storbritannien, Frankrike) har ett suveränt och laggivande ursprung. Federalstaten däremot (t.ex. Belgien, Tyskland och USA) har flera suveräna och laggivande ursprung. Enhetsstaten är uppbyggd ‘uppifrån och ned’, där lokala eller regionala självstyrelseenheter får sin beslutanderätt genom att den centrala styrelsen delegerar en del av sin suveräna makt. Förbundsstaten däremot är uppbyggd ‘nerifrån och upp’. Där får den federala staten sin beslutanderätt genom att

<sup>5</sup> Velferdsstaten har medført at staten og kommunesektoren har blitt stadig tettere sammenvevd, og utviklingen ser for tiden ut til å fortsette. Integrasjonsmodellen forutsetter et partnerskap mellom staten og kommune, og understreker deres felles ansvar for å løse offentlige oppgaver.

<sup>6</sup> Det er ikke noe skarpt skille mellom forfatnings- og forvaltningsrett og begge to handler om hvordan landet skal styres.

<sup>7</sup> De områdene / sektorene hvor tvistene oppstår eller kan tenkes å oppstå blir vurdert i kapittel 2. Manglene og svakhetene i de nåværende tvisteløsningsordningene blir vurdert i kapittel 3.

<sup>8</sup> Harald Baldersheim & Lawrence E. Rose, “Kommunale reformer som teoretiske utfordringer: Linjer og paradokser i lokal politikk og organisering”, i Harald Baldersheim & Lawrence E. Rose, *Det kommunale laboratorium*, (2005), 2. utg., Bergen, Fagbokforlaget, s. 17-24, s. 18.

<sup>9</sup> Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, (2008), Foreløpig utgave, Fagbokforlaget, s. 174.

delstaterna villkorligt överlåter en del av sin suveräna makt till den federala nivån. I federala stater har lokala eller regionala självstyrelsenheter en suverän makt eller så får de sin beslutanderätt genom att delstaten delegerar en del av sin suveräna makt.”<sup>10</sup>

### 3. Forening av enhetsstat og lokalt selvstyre

Moderne stater er imidlertid avhengig av å kunne overføre arbeidsoppgaver til lokale og eventuelt regionale organer. Sentralnivået delegerer myndighet til lavere nivåer på basis av lov og budsjetter. En slik desentralisering behøver ikke innebære noe element av lokalt selvstyre, noe grunnloven i Norge heller ikke gjør nødvendig.

Omvendt har ikke grunnlovens regler om enhetsstat og maktens sentralisering stått i veien for utvikling av lokalt selvstyre i Norge. Tvert imot utviklet det seg elementer i denne retning fra tidlig på 1800-tallet, og ideologisk har antagelig tanken om kommunalt selvstyre lenge hatt en sterk stilling.<sup>11</sup> Men spenningen mellom det konstitusjonelle utgangspunkt om en enhetsstat og eksistensen av elementer av lokalt selvstyre gjør selvstyrets juridiske status uklar.

Jo sterkere statsmakt, jo svakere er vanligvis kommunalmakten. Det norske paradokset er at de har utviklet seg samtidig gjennom en desentraliseringsprosess<sup>12</sup> og at begge ser ut til å ha sterk legitimitet i systemet.

### 4. Ulike organisasjonsmodeller eller desentraliseringsformer

I enhetsstater skilles det vanligvis mellom fire dimensjoner av desentralisering: Funksjonell vs. territoriell og politisk vs. administrativ. Ifølge Oppgavefordelingsutvalget finnes det i Norge en blanding av disse fire dimensjonene, noe som bidrar til at bildet blir utydelig.<sup>13</sup> Francesco Kjellberg har imidlertid advart mot å skille mellom sentralisering og desentralisering: “Dikotomien sentralisering-desentralisering har veket plassen for mer nyanserte tilnærminger”.<sup>14</sup>

Har foretrekker vi å skille mellom dekonsentrasjon og ulike grader av desentralisering, etter Baldersheims og Offerdals modell.<sup>15</sup>

	Grad av skjønn til å velge mål	
Grad av skjønn til å velge middel	Høyt	Lavt
Høyt	1. Politisk desentralisering	2. Administrativ desentralisering
Lavt	3. Avmaktssituasjon	4. Dekonsentrering

Kilde: Baldersheim & Offerdal (1982)

<sup>10</sup> Urban Strandberg, “Om den kommunala självstyrelsens infogning i det demokratiska styrelseskicket”, i SOU 2007:93, *Den kommunala självstyrelsens grundlagskydd*, bilaga 4, s. 141.

<sup>11</sup> Den norske grunnloven er en av svært få i Europa som er taus om organer for lokalt eller regionalt selvstyre (autonomi). – Se Eivind Smith, “Grunnlovsfesting av kommunalt selvstyre”, (2003), *Lov og Rett*, s. 3-20, og Ola Rambjør Heide, “Europas grunnlover og det lokale selvstyre”, (2008), *Lov og Rett*, nr. 7, s. 387-406.

<sup>12</sup> Om desentraliseringsbegrepet, se bl.a. Harald Baldersheim, “Sentralisering og desentralisering”, i Harald Baldersheim, Audun Offerdal & Torodd Strand (red.), *Lokalmakt og sentralstyring*, (1979), Universitetsforlaget, Bergen, s. 18-45.

<sup>13</sup> “I Norge har i hovedsak den politiske desentraliseringen falt sammen med den territorielle desentraliseringen, dvs at løsninger med særkommuner i beskjedne grad har vært brukt. I store trekk har også den administrative desentraliseringen og den funksjonelle desentraliseringen falt sammen” (NOU 2000:22, *Om oppgavefordelingen mellom stat, region og kommune*, Kommunal- og regionaldepartement, Oslo, s. 69-70).

<sup>14</sup> Francesco Kjellberg, “Kommunalt selvstyre og nasjonal styring – Mot nye roller for kommunene?”, (1991:7), *Norsk statsvitenskapelig tidsskrift*, s. 45-63; Francesco Kjellberg, “The Changing Values of Local Government”, (1995), *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 540, s. 40-50

<sup>15</sup> Harald Baldersheim & Audun Offerdal, *Former for desentralisering og hopehav i offentlig politikk og administrasjon. Eit teoritilskot*, (1982), upublisert arbeidsnotat, Institutt for administrasjon og organisasjonsvitenskap, Universitetet i Bergen, sitert i NOU 2005:6, *Samspill og tillit – Om staten og lokal demokratiet*, Kommunal- og regionaldepartement, s. 20.

På den ene siden innebærer *dekonsentrasjon* (eller dekonsentrering) overføring eller delegering av oppgaver og vedtaksmyndighet fra den sentrale statsforvaltningen til geografisk desentraliserte statlige forvaltningsorganer ( $\pm$  delokalisering), som har sin kompetanse direkte fra staten og dermed står direkte til ansvar overfor statens politiske organer.

På den andre siden er *politisk desentralisering* det å overføre oppgaver eller myndighet fra sentrale til regionale eller lokale (kommunale eller statlige) politiske myndigheter, der de folkevalgte står til ansvar overfor befolkningen i lokalsamfunnet. Det gir kommunene frihet til å definere både mål og virkemiddel og er i tråd med idealet om lokalt selvstyre.

Imellom finnes det to former for mildere (mindre) desentralisering: en *administrativ desentralisering* og en *avmaktssituasjon*. Etter den nåværende kommuneloven er den norske lokalstyreordningen basert på “administrativ desentralisering”, hvor staten kan fastsette målene for kommunal virksomhet, mens kommunene selv kan bestemme virkemidlene og foreta lokal samordning. Avmaktssituasjonen oppstår når friheten til å bestemme virkemidler m.v. i praksis ikke lar seg utnytte: “Kommunal avmakt representerer en situasjon der kommunene i prinsippet kan iverksette egne tiltak, men mangler kapasitet eller ressurser til å utnytte mulighetene”.<sup>16</sup>

Det nåværende systemet inneholder elementer av hver av disse løsningene. Når sektoren ses under ett, handler det likevel mer om administrativ desentralisering – til dels akkompagnert av kommunal avmakt – enn om politisk (“ekte”) desentralisering med et sterkt lokalt selvstyre.

Samtidig som bl.a. Norge konstitusjonelt sett er en enhetsstat med sterk sentral statsforvaltning, er det altså tale om “desentraliserte *kommunestater* med mye myndighet og ansvar gitt til lokale folkevalgte forsamlinger. Det forventes at det meste av offentlige tjenester produseres lokalt. I utgangspunktet vil det være grunn til å forvente spenninger mellom enhetsstaten og kommunestaten”.<sup>17</sup>

### 1.3.2. Forvaltningsrettslige elementer

For å forstå hvorfor tvister oppstår, må vi belyse partenes forvaltningsrettslige status og relasjoner. Her vil slike elementer av tvetydighet og spenning mellom stat og kommune som vi alt har vært inne på, måtte stå sentralt.

#### 1. Kommunenes dobbeltrolle

En kommune kan beskrives som en lokal eller regional enhet som er eget rettssubjekt, har folkevalgte styreorganer og beskatnings- og bevilgningsmyndighet.<sup>18</sup> Den er altså en politisk institusjon og innbyggernes politiske redskap for å ivareta saker og oppgaver som anses viktige for lokalsamfunnet.<sup>19</sup> Den har ansvar overfor det lokale fellesskapet.<sup>20</sup>

I tillegg utgjør kommunene “i en viss forstand en del av statsapparatet og de er territorielt/geografisk underordnet. De er opprettet og har fått myndighet gjennom lov, deres frihet til å styre seg selv er begrenset ved at de er pålagt en rekke oppgaver og er undergitt statskontroll – til dels i former som ikke er lett å forlike med tanken om *selvstyre* (autonomi)”.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> NOU 2005: 6, *Samspill og tillit*, s. 20.

<sup>17</sup> Harald Baldersheim & Lawrence E. Rose, “Kommunale reformer som teoretiske utfordringer: Linjer og paradokser i lokal politikk og organisering”, *op. cit.*, s. 18

<sup>18</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, *op. cit.*, s. 88.

<sup>19</sup> NOU 2000:22, *op. cit.*, s. 90.

<sup>20</sup> Kommunen er “et hjemsted for det lokale samfunnet”. – Harald Baldersheim, “Kommunal fristilling: Subsidiaritet på norsk”, i Tore Grønlie & Per Selle (red.), *Ein stat? Fristillingas fire ansikt*, (1998), Det norske samlaget, Oslo, s. 131

<sup>21</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, *op. cit.*, s. 73-4.

Som ledd i den samlede offentlige administrasjonen er kommunen både utøver av egne politiske vedtak og iverksetter av den sentralt utformede (velferds)politikken, ved å produsere og fordele samfunnsgoder og tjenester innenfor nasjonalt gitte rammer, men fortrinnsvis tilpasset lokale behov. Kommunen anses som en effektiv formidler av offentlige goder fordi den har kunnskap om lokale behov og deres mulighet til å bli omsatt i politisk handling. I tillegg antas den egnet til å koordinere tjenesteproduksjonen i samsvar med lokale behov.<sup>22</sup>

Kommunene er altså både politiske institusjoner, i den forstand at de er ansvarlige overfor lokalsamfunnet og selv kan bestemme over en rekke oppgaver, og forvaltningsorganer som inngår i den samlede offentlige forvaltningen, utfører oppgaver undergitt til dels omfattende og detaljerte statlige krav. Handlingsrommet for lokalt basert skjønn er tilsvarende begrenset.

Dette betyr at kommunene bare unntaksvis får være fullt ut autonome. Selv om de i prinsippet er sidestilte og uavhengige rettssubjekter, er kommunene altså i et kvasi-hierarkisk forhold til staten. Oppgavefordelingsutvalget konkluderte med at både et *hierarkiperspektiv* (som vektlegger at staten står i et overordningsforhold til kommunesektoren), et *partnerskapsperspektiv* (hvor forholdet mellom stat og kommune er balansert og preget av gjensidighet og likeverd i relasjonene) og et *autonomiperspektiv* (som legger vekt på at kommunene har stor grad av autonomi fra staten)<sup>23</sup> kan sies å representere deler av virkeligheten. “Styrings- og samhandlingsforholdet mellom staten og kommuneforvaltningen er komplekst og bærer i seg elementer av samtlige perspektiver”.<sup>24</sup> Vi kan altså tale om et kvasi-hierarkisk forhold i kombinasjon med et partnerskap med en viss autonomi for kommunene.

## 2. Den statlige styringens dobbelthet

Også den statlige styringen av kommunene er preget av dobbelthet.<sup>25</sup> På den ene siden har det i løpet av de siste 30 år vært iverksatt en rekke reformer som har hatt til hensikt å utvide det kommunale handlingsrommet (ved bl.a. nytt inntektssystem og ny kommunallov med større organisasjonsfrihet for kommunene). På den andre siden har detaljstyringen gjennom rettighetslovgivning, standardkrav, øremerkede tilskudd m.v. økt på ulike sektorområder. Lovgivningen pålegger kommunene en rekke oppgaver, og de blir “stimulert” til å utføre bestemte oppgaver gjennom betingede tilskudd, handlingsplaner eller gjennom “signaler” om politiske forventninger.<sup>26</sup> Det har ført til at kommunenes frihet til å foreta lokale tilpasninger og prioriteringer har blitt svekket.

## 3. Sammenvevning i en integrasjonsmodell

Francesco Kjellberg skiller mellom en selvstyremodell (“autonomous model”) og en integrasjonsmodell (“integrational model”).<sup>27</sup> Etter integrasjonsmodellen kan forholdet mellom statlig og lokal forvaltning ses som et funksjonsspørsmål, ikke som et forhold mellom to separate politiske sfærer. Den antyder også at staten er den suverene politiske institusjonen, men at den kan delegerer til ulike underordnet politiske institusjoner.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> F. Kjellberg, “Kommunalt selvstyre og nasjonal styring”, *op. cit.*, s. 51.

<sup>23</sup> Jfr. St.meld. nr. 23 (1992-93) *Om forholdet mellom staten og kommunene*.

<sup>24</sup> NOU 2000:22, *op. cit.*, s. 91.

<sup>25</sup> Se også *infra* 1.4.3..

<sup>26</sup> NOU 2000:22, *op. cit.*, s. 69.

<sup>27</sup> Francesco Kjellberg, “Local Government and the Welfare State: Reorganization in Scandinavia”, i B. Dente & Francesco Kjellberg (red.), *The Dynamics of Institutional Change. Local Government Reorganization in Western Democracies*, (1988), London, Sage, s. 39 flg..

<sup>28</sup> Stig Montin, “Conceptual Framework”, i Erik Amnå & Stig Montin (red.), *Towards a New Concept of Local Self-Government. Recent Local Government Legislation in Comparative Perspective*, (2000), Fagbokforlaget, Bergen, s. 12.



Stats- og kommuneforvaltningen er sterkt integrert. Dette gjør det mulig å hevde at statlige inngrep ikke er uttrykk for sentralistiske tendenser, men i første rekke “for den integrasjon som har funnet sted mellom forvaltningsnivåene og for det samspillet som må prege en moderne velferdsstat”.<sup>29</sup>

Stat og kommuner står ikke systematisk i strid med hverandre. Tvert imot er de komplementære og tett sammenvevd. De to institusjonsnivåene greier seg egentlig ikke uten hverandre. De er i et gjensidig avhengighetsforhold (NOU 2005:06). I utredningen om “Nye mål og retningslinjer for reformer i lokalforvaltningen” kommer statens og kommunenes integrasjon i en samlet offentlig sektor, til uttrykk slik:

“Det er ikke mulig å trekke et skarpt skille mellom statlige, kommunale og fylkeskommunale oppgaver selv om de enkelte funksjoner prinsipielt defineres ‘statlige’, ‘fylkeskommunale’ eller ‘kommunale’. Kommuner og fylkeskommuner virker ikke som isolerte enheter ved siden av det statlige forvaltningsapparat, men som deler av den samlede offentlige forvaltning”.<sup>30</sup>

I Sverige var de klare over dette allerede i 1965:

“Tydligt är emellertid att en äldre tids föreställningar om kommunalförvaltningen väsentligen förlorat sin förankring i verkligheten. Förhållandet mellan stat och kommun kännetecknas --- inte längre av bestående boskillnad i uppgifter och principiellt olikeartade intressen utan av gemenskap i arbetet för medborgarnas bästa, ständiga förändringar och förskjutningar i den inbördes arbetsfördelningen, kontinuerligt samarbete i mångskiftande former och ömsesidigt beroende”.<sup>31</sup>

Men dette skaper tilsynelatende en uklar og flytende situasjon: Selv om det kan skilles mellom sentrale, regionale og lokale forvaltningsorganer og selv om alt som ikke er sentralt, vanligvis kalles lokalt,<sup>32</sup> er det altså vanskelig å skille mellom nivåene og deres oppgaver.

Ifølge Harald Baldersheim og Lawrence E. Rose er “statlig og kommunal myndighetsutøvelse så tett sammenvevd at det er vanskelig å si at Norge utøver eierskapet i fellesskap mellom stat og kommune. Det innebærer at lokal oppgaveløsning forutsetter utstrakt samarbeid mellom forvaltningsnivåene. *Kooperativ desentralisme* er en meget krevende forvaltningsmodell. Den forutsetter stor gjensidig tillit mellom lokale og statlige instanser. Det er tegn som tyder på at denne tilliten er svekket i senere år”.<sup>33</sup>

Tore Hansen m. fl. har vist at Stortinget i løpet av 1990-tallet mer og mer framstod som en lokalpolitisk aktør. For det første økte de politiske partiene sine styringsambisjoner på områder som er sentrale kommunale oppgavefelt, slik som skole, eldreomsorg, barnehager, m.v., og partiprogrammene ble vesentlig mer detaljerte på disse områdene. For det andre viste analyser av debatter i Stortinget stigende ønsker om å gripe inn og detaljregulere kommunal virksomhet. Det var likevel forskjeller mellom partiene. FrP og SV framsto som mest sentralistiske, mens Venstre, Senterpartiet og Høyre var de mest lokalistiske. AP opptrådte her i en mellomposisjon.

Stigende politiske velferdsambisjoner, offentlige finanser som innbyr til slike ambisjoner er blant de forhold som gir liten grunn til å tro at dette bildet er vesentlig forandret på 2000-tallet.

<sup>29</sup> NOU 1990:13, *Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner*, Kommunaldepartement, Oslo, s. 83.

<sup>30</sup> NOU 1988:38, *Nye mål og retningslinjer for reformer i lokalforvaltningen*, Kommunal- og Arbeidsdepartement, Oslo, s. 20.

<sup>31</sup> SOU 1965:54, *Författningsfrågan och det kommunala sambandet*, s. 39, sitert av NOU 1990:13, *op. cit.*, s. 84.

<sup>32</sup> Fylkene er de viktigste regionale enheter i statsadministrasjonen. – Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, *op. cit.*, s. 86.

<sup>33</sup> Baldersheim, Harald & Lawrence Rose, “Norway – the decline of subnational democracy?”, (2009), Chapter 12 i Frank Hendriks, Anders Lidstrom & John Loughlin (red.), *The Oxford Handbook of Subnational Democracy in Europe*, (2009), Oxford University Press, Oxford (forthcoming).

### 1.3.3. Velferdsstat kontra kommunalt selvstyre?

To historiske og ideologiske trekk i det norske systemet påvirker forholdet mellom stat og kommune: 1) Norge er en velferdsstat. 2) Tanken om lokalt selvstyre har hatt en sterk stilling både før utviklingen av den norske velferdsstaten og innenfor dens ramme. Samlet bidrar disse trekkene til at forholdet mellom stat og kommune er “et område preget av uklarhet og sterke indre verdimesseige spenninger”.<sup>34</sup>

#### 1. Velferdsstatsmodellen<sup>35</sup>

“‘Velferdsstat’ brukes ofte som betegnelse på stater som forsøker å legge til rette for at ingen skal lide nød, og sørger for menneskers ve og vel”.<sup>36</sup> Norge er uten tvil en velferdsstat. Av dette følger det viktige og komplekse konsekvenser for det lokale selvstyret.

Det er enighet om at det offentlige har et visst ansvar for at alle får viktige goder, men ofte delte meninger om *hvem i det offentlige* som skal treffe de avgjørende beslutningene og produsere velferdstjenestene. Staten har behov for en partner eller agent til å gjennomføre velferdsoppgavene og har i økende grad bestemt seg for å betrakte kommunene som sin “forlengede arm”. Problemet er at det samtidig – med røtter tilbake til før utviklingen av velferdsstaten i Norge – finnes en annen tradisjon: det lokale selvstyre.

#### 2. Den norske tradisjonen for lokalt selvstyre

Begrepet “lokalt selvstyre” (engelsk: “*local self-government*”) er vanskelig å definere.<sup>37</sup> Artikkel 3 (1) i den europeiske konvensjonen om lokalt selvstyre (*The European Charter on Local Self-Government* (1985, ratifisert av Norge 26. mai 1989) definerer begrepet slik: “Lokalt selvstyre betegner lokale myndigheters rett og evne til, så langt loven tillater, på eget ansvar og i lokalbefolkningens interesse å regulere og administrere en betydelig del av de offentlige anliggender”.

Adjektivet “lokalt” (eller “kommunalt”) innebærer at vi står overfor en geografisk avgrenset enhet. “Selvstyre” innebærer at noen styrer seg selv med en viss frihet fra styring utenfra. Begrepet brukes ofte synonymt med “autonomi” (å bestemme over seg selv).<sup>38</sup>

Ifølge Europarådskonvensjonen artikkel 1 skal prinsippet om lokalt selvstyre “anerkjennes i nasjonal lovgivning, og i grunnlov hvor dette lar seg gjennomføre”. I

<sup>34</sup> Jan Fridthjof Bernt, “Statlig kontroll med kommunene – en trussel mot eller en forutsetning for det kommunale folkestyrets legitimitet?”, i Harald Baldersheim, Jan Fridthjof Bernt, Terje Kleven & Jørn Rattsø (red.), *Kommunalt selvstyre i velferdsstaten*, (1997), Tano Aschehoug, Oslo, s. 158-203, s. 163. Se også Yngve Flo, *Det lokale og det nasjonale. Statlig politikk overfor det lokale og regionale styringsverket frå 1900 til i dag*, (2003), Makt- og demokratiutredningen, Rapportserien nr. 65, juni 2003.

<sup>35</sup> Om de nordiske velferdsstatene, se bl.a. Bent Greve (red.), *Comparative Welfare Systems – The Scandinavian model in a period of change*, (1996), Macmillan Press Ltd., Houndmills; E.S. Einhorn & J. Logue (red.), *Modern Welfare States – Scandinavian Politics and policy in the Global Age*, (2003), 2. utg., Praeger, spes. kap. 11 & 12. Om de strukturelle og funksjonelle reformene i Norge etter 1945, se bl.a. Francesco Kjellberg, “L’administration locale et l’Etat-Providence: Les réformes structurelles et fonctionnelles opérées en Norvège depuis 1945”, (1981), *Revue Française d’Administration Publique*, nr. 17, s. 153-171 eller Francesco Kjellberg, “Local Government Reorganization and the Development of the Welfare State”, (1985), *Journal of Public Policy*, s. 215-239.

<sup>36</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, op. cit., s. 44.

<sup>37</sup> “Variety and variation from place to place within a country, and from country to country is the *raison d’être* for local government. Seen as a danger to national unity in one country, it becomes an outlet, a safety valve, for controlled experiment in regional differences in another. Surely this must be the classic academic nightmare, for none has reduced this mass of variables to order, none has produced a basic system of classification, accepted because it is a satisfactory basis for comparison of sorts and varieties? Local government still awaits its Linnæus” – H. Maddick (1973), sitert av Ingvar Hjelmqvist, *Relationer mellan stat och kommun*, (1994), Stockholm Studies in Politics 49, Stockholms Universitet, s. 6.

<sup>38</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, op. cit., s. 73.

motsetning til Norden for øvrig har Norge ikke ennå grunnlovfestet det lokale selvstyre.<sup>39</sup> Det er heller ikke definert i lovverket eller i andre autoritative rettskilder (med unntak av forvaltningsloven § 34 om klageinstansens kompetanse, som viser til “kommunalt selvstyre”).

Historisk var opprettelsen av kommunene et trekk fra bondeopposisjonen på Stortinget for å redusere embetsmennenes makt. Det kommunale selvstyre ble innført for å styrke lekmannsinflytelse og gi folket mer styringsmakt: “Kampen om formannskapslovene var en konflikt mellom verdier som fortsatt utgjør viktige begrepspar i norsk politikk: folkestyre og embetsmannsstyre, fagstyre og legmannsstyre, sentrum og periferi”.<sup>40</sup> Det lokale selvstyre kan anses som den handlefriheten kommunen har i forhold til staten. Jo mer omfattende den statlige styringen er, jo mindre er det lokale selvstyre.

Utredningen om ny lov om kommuner og fylkeskommuner konstaterer at det “i selve ideen om et lokalt folkestyre er ... innebygget en viss spenning i forhold til det nasjonale folkestyret”.<sup>41</sup> Dessuten er det kommunale selvstyre et relativt begrep som “peker utover seg selv og ... har innebygget en rekke forutsetninger. ... Det kommunale selvstyret og kommuneinstitusjonen er avgrensede størrelser ved at de forutsetter ett eller flere institusjonsnivåer som de på en eller annen måte dels er underlagt, dels er uavhengige av”.<sup>42</sup>

Ifølge den samme utredningen har “friheten for kommunen til å ordne sine egne anliggender ... aldri vært uinnskrenket, og kan heller aldri være det. Det er bare tilsynelatende et paradoks at det kommunale selvstyret alltid har vært underlagt en overordnet styring og kontroll såvel av organisasjonsmessige forhold som av innholdet ved den kommunale virksomhet”.<sup>43</sup>

Empirisk er det lokale selvstyret verken integrert i eller selvstyrende i forhold til den sentrale styringen: Det er begge. Kommunen er altså en “kvasi-selvstyrende” institusjon, med mer eller mindre politisk makt, integrert i en større institusjonell ordening (staten).

### **3. Velferdsstaten kontra lokalt selvstyre: Konsekvenser for forholdet mellom stat og kommune**

#### ***a. To konkurrerende styringsmodeller***

Det er en åpenbar spenning mellom kommunal handlefrihet på den ene siden og statlig styring og nasjonal integrasjon på den andre. På mange måter er norske velferdskommuner nå “en hybrid mellom statlig styring og lokal autonomi”,<sup>44</sup> og på mange områder er det vanskelig å vite hvor det statlige ansvaret slutter og det kommunale begynner.

Det er imidlertid viktig å understreke at sameksistens mellom sentralisering og desentralisering har vært et permanent trekk ved det lokale selvstyret i Norge.<sup>45</sup> Samtidig som formannskapslovene av 1837 slo fast prinsippet om at kommunens innbyggere med stemmerett, gjennom sine valgte representanter skulle ha såvel kontrollerende myndighet som

<sup>39</sup> Spørsmålet om grunnlovfesting av det lokale selvstyre i Norge har blitt behandlet flere ganger siden 1988 (Innst. S. nr. 88 (1987-88)). Stortinget forkastet 31. mai 2007 – for fjerde gang – et forslag om å grunnlovfeste det lokale selvstyret. Det skal behandles etter neste stortingsvalg (Innst. S. nr. 203 (2006-2007); Dokument nr. 12:13 (2007-2008)). Men nå handler det mer om det lokale folkestyre enn om det lokale selvstyre. Se også O. Rambjør Heide, “Europas grunnlover og det lokale selvstyre”, *op. cit.*, s. 387.

<sup>40</sup> J.F. Bernt, sitert av Terje Kleven, “Forholdet kommune-stat i et legitimitetsperspektiv”, i Harald Baldersheim, Jan Fridthjof Bernt, Terje Kleven & Jørn Rattsø (red.), *Kommunalt selvstyre i velferdsstaten*, *op. cit.*, s. 13-49, s. 26.

<sup>41</sup> NOU 1990:13, *op. cit.*, s. 84.

<sup>42</sup> *Ibidem*, s. 77.

<sup>43</sup> *Ibidem*, s. 70.

<sup>44</sup> Terje Kleven, “Forholdet kommune-stat i et legitimitetsperspektiv”, *op. cit.*, s. 13-49, s. 22.

<sup>45</sup> Det fantes norske velferdskommuner før velferdsstatens utvikling etter andre verdenskrig.

beslutnings- og bevilgningsrett i kommunale saker, ble det lagt opp til ganske omfattende statlig kontroll med kommunenes virksomhet.<sup>46</sup>

Over tid har forholdet mellom stat og kommune beveget seg mellom ytterpunktene lokal autonomi og statlig styring. Etter 1945 begynte staten sin sterke integrering, og kommunene fikk ansvar for å levere stadig flere velferdstjenester og ble pålagt en rolle som iverksettere av statlig politikk og store nasjonale satsinger. Samtidig er det “ingen åpenbar grunn til at ikke en desentralisert statlig forvaltning skulle kunne ta seg av viktige nasjonale oppgaver som kommunene i dag utfører”.<sup>47</sup>

Fra midten av 1980-tallet til begynnelsen av 1990-tallet trakk staten seg litt tilbake, og kommuneloven av 1992 ga kommunene mer politisk og administrativ organiseringsfrihet. Deretter har hensynet til lokalt selvstyre blitt nedtonet, mens statlig mål- og detaljstyring for å sikre nasjonal likhet har blitt vektlagt i økende grad. Den siste makt- og demokratiutredningen la vekt på at det lokale selvstyret reduseres mens en tendens til mer omfattende statlig sektorstyring øker.<sup>48</sup> I de siste årene har det igjen vært en tendens til at hensynet til kommunal autonomi blir vektlagt, men uten at hensynet til nasjonal likhet dermed nødvendigvis har blitt mindre.

### ***b. To sett av verdier som vanskelig kan forenes***

De verdier velferdsstaten og det lokale selvstyret representerer, er vanskelig å forene.<sup>49</sup> Lokalt selvstyre står for “et sett av verdier som til dels kan trekke i ulike retninger”.<sup>50</sup> Det klassiske verdigrunnlaget er tredelt: Demokrati (deltakelse), autonomi/frihet (fra noe, til å gjøre noe) og effektivitet.<sup>51</sup> Verdiene bak nasjonale mål i en utviklet velferdsstat er rettssikkerhet,<sup>52</sup> effektivitet (mest mulig effektiv tjenesteproduksjon), makroøkonomisk styring og likeverdig fordeling (utjevningshensynet). Verdiene er til dels komplementære, dels motstridende.<sup>53</sup>

Oppfatningen av hvordan motstridende verdier skal avveies, er blant annet avhengig av om spørsmålet betraktes fra kommunenivået eller statlig nivå. Det er ikke selvsagt at hensynet til kommunalt selvstyre skal ha avgjørende vekt som argument mot statlig styring for å oppfylle nasjonale mål. Ofte er det grunnleggende spørsmålet *ikke* hvilket hensyn som bør veie tyngst, men hvordan vi best kan ivareta *flere* motstridende hensyn.

### **1.3.4. Avslutning**

Det er et stadig tilbakevendende spenningsforhold mellom desentralisering og sentralisering, lokalt og sentralt. Det finnes ikke noe enkelt, fastlagt rollemønster. Tvert imot har forholdet mellom stat og kommune preg av “et sjakkspill hvor egne posisjoner bestemmes av motstanderens trekk”.<sup>54</sup>

<sup>46</sup> Jan Fridthjof Bernt, Oddvar Overå & Harald Hove, *Kommunalrett*, (2002), 4. utgave, 3. opplag (2008) Universitetsforlaget, Oslo, s. 38.

<sup>47</sup> Terje Kleven, “Forholdet kommune-stat i et legitimitetsperspektiv”, *op. cit.*, s. 26.

<sup>48</sup> NOU 2003:19, *Makt og Demokrati*. Sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen.

<sup>49</sup> I tillegg er det ofte framhevet at kommuneinstitusjonen bærer i seg en kime til konflikt mellom to av dens verdier: demokratispektet og effektivitet.

<sup>50</sup> NOU 1990:13, s. 69; Se også NOU 1974:53, NOU 1988:38.

<sup>51</sup> Se bl.a. Francesco Kjellberg, “The Changing Values of Local Government”, (1995), *op. cit.*, s. 42 flg..

<sup>52</sup> I følge Jan Fr. Bernt er det mulig å forene det kommunale selvstyre med rettsikkerhetsverdien, jf. Jan Fridthjof Bernt, “Kan kommunalt selvstyre og rettsikkerhet forenes?”, (1994), *Lov og Rett*, s. 67-92. “Rettsikkerhet er ikke en trussel mot det kommunale selvstyre, men en forutsetning for dets legitimitet”. – Jan Fridthjof Bernt & alia, *Kommunalrett*, *op. cit.*, s. 582.

<sup>53</sup> Se Anne Lise Fimreite, “Velferdsstat og lokaldemokrati – uforenelige størrelser?”, (2003), *Norsk statsvitenskapelig tidsskrift*, nr. 3, s. 334-359.

<sup>54</sup> Jan Fridthjof Bernt & al., *Kommunalrett*, *op. cit.*, s. 581.

De mange paradokser og spenninger mellom stat og kommune kan lede til tvister. Denne rapporten skal vurdere hvordan slike tvister kan løses med utgangspunkt i tanken om lokalt selvstyre. Det er imidlertid ikke gitt at alle tilfredsstillende svar er politisk akseptable fordi de vil innebære at legitime hensyn til rettssikkerhet m.v. må settes til side.

## 1.4. Litt om metoden

### 1.4.1. Kategorisering

For å få best mulig oversikt over hele feltet, vil vi ta utgangspunkt i kategorier heller enn på enkeltsaker eller -tvister. Vi vil derfor benytte klassifisering av ulike typesituasjoner som kan lede til tvister, som utgangspunkt for å skissere mulige løsninger.

### 1.4.2. Komparativ rett

Spørsmålet om tvisteløsningsordninger mellom stat og kommune må besvares med utgangspunkt i det norske systemet og dets egenart. Men materiale om andre land kan gi debatten et mer fruktbart perspektiv. For vårt formål har vi valgt å se på noen enhetsstater i (Danmark og Sverige) og utenfor (Frankrike og Storbritannia) Skandinavia.

De skandinaviske landene er også valgt fordi de, tross ulikheter, er velferdsstater og til en viss grad har utviklet seg på samme måte når det gjelder desentralisering: “Den nordiske modellen kjennetegnes av sterke enhetsstater, en stor offentlig sektor og utstrakt grad av desentralisering i løsningen av de offentlige oppgaver”.<sup>55</sup> “De mer generelle utviklingstrekkene i kommunesektoren, som i ulik grad gjør seg gjeldende i de tre skandinaviske landene, kan kort oppsummeres i følgende punkter:

- fra kommunal autonomi til integrasjon i den totale offentlige forvaltningen,
- fra demokrati til økende vektlegging av effektivitet,
- fra representativitet til vektlegging også av responsivitet,
- fra regel- og detaljstyring til en dominerende målstyringsideologi,
- fra byråkratisk forvaltning til servicevirksomhet,
- fra hierarki til vektlegging også av markedsmekanismer”<sup>56</sup>.

Systemet i disse landene kan være viktige og lettere å tilpasse en norsk rettslig sfære enn de ikke-skandinaviske systemene.

Den britiske modellen av “*local government*” ga viktig inspirasjon til det norske systemet. Dessuten kan tvister knyttet til forvaltningsvedtak i Storbritannia som utgangspunkt bringes inn for de alminnelige domstolene, på samme måte som i Norge (og Danmark).

Den franske desentraliseringsmodellen, som har røtter tilbake til Napoleon, er også interessant. Den har både likheter og ulikheter med den norske modellen. I løpet av de siste årene har den vært gjenstand for en betydelig utvikling. Dessuten finnes det en egen, velutviklet forvaltningsdomstolsordning samt flere særforvaltningsdomstoler.

Til sist må man ikke glemme den direkte og indirekte påvirkningen fra Europa, ikke minst Det europeiske charteret om lokalt selvstyre, som ble ratifisert av Norge for 20 år siden.

### 1.4.3. Samfunnsvitenskapelig materiale m.v.

Samfunnsvitenskapelig materiale har bidratt til å identifisere aktualiserte så vel som potensielle tvisteområder. Først og fremst bidrar den undersøkelsen som det er redegjort for i

<sup>55</sup> Kommunal- og regionaldepartement, *Regionale fortrinn – regional framtid*, St.meld. nr. 12 (2006-2007), pkt. 5.1. *Idem* i NOU 2000:22, *Om oppgavefordelingen mellom stat, region og kommune*, s. 455.

<sup>56</sup> Signy Irene Vabo (red.), Charlotte Bidsted, Mikael Granberg & Stig Montin, *Nasjonale ideologier bak endringene i kommunesektoren*, (1998), Samarbeidsrapport, NIBR/AKF/Novemus, Oslo, s. 5.

kap. 2, til data om situasjoner der statlige instanser og kommunene har forskjellig forståelse av rettsgrunnlaget for kommunal myndighetsutøvelse, og der kommunenes vedtak og praksis samt deres underliggende rettsforståelse overprøves eller påklages av statlig myndighet.

Vi har også gjennomført intervjuer eller møte med ulike personer og instanser i KS, i tilsvarende organisasjoner i Danmark (KL) og Sverige (SKL), med ordførere og rådmenn i ulike kommuner (f.eks. møte med ledergrupper i Asker, Lørenskog og Kristiansand og med ordføreren på Kongsberg), med kommuneadvokater eller jurister i Norge og andre land (f.eks. kommuneadvokaten i Kongsberg), embetsmenn i Norge og andre land med ansvar for forholdet mellom stat og kommuner (f. eks. Kommunal- og regionaldepartementet (KRD) og la Direction des affaires juridiques d'Ile-de-France og la préfecture de la région d'Ile-de-France i Frankrike).

Endelig har vi benyttet oss av et utvalg av årsmeldinger, korrespondanse m.v. (tilgjengelig på nettsidene),<sup>57</sup> NOU-er, NIBR-rapporter osv. samt annen aktuell litteratur.

---

<sup>57</sup> Noen sentrale nettsider: [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no), [www.stortinget.no](http://www.stortinget.no), [www.domstol.no](http://www.domstol.no), [www.fylkesmannen.no](http://www.fylkesmannen.no), [www.ks.no](http://www.ks.no), [www.lovdatab.no](http://www.lovdatab.no), [www.kl.dk](http://www.kl.dk), [www.skl.se](http://www.skl.se), [www.dgcl.interieur.gouv.fr](http://www.dgcl.interieur.gouv.fr), [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr), [www.hmcourts-service.gov.uk](http://www.hmcourts-service.gov.uk), [www.tribunals.gov.uk](http://www.tribunals.gov.uk), [www.ajtc.gov.uk](http://www.ajtc.gov.uk), [www.lga.gov.uk](http://www.lga.gov.uk).

## Kapittel 2

### Staten og kommunene – hvor butter det (mest)?

#### 2.1. Innledning

Hovedtemaet i dette kapitlet er en rapportering fra en kartlegging av forekomst av tvistesituasjoner i forholdet mellom staten og kommunene.

Formålet med undersøkelsen er å finne ut hvor hyppig slike tvistesituasjoner oppstår i den kommunale hverdagen under utførelsen av *allminnelige kommunale gjøremål* der skjønnsutøvelsen skjer i henhold til nasjonale lovverk og forskrifter mv. Vi er kjent med en rekke enkelttilfeller der det har oppstått tvister mellom stat og kommune om lovforståelse og konkret skjønnsutøvelse; i noen av tilfellene er sakene også prøvd for domstolene (en del slike saker blir omtalt senere i rapporten). Det er imidlertid ønskelig å kunne etablere et helhetsbilde av forekomsten av tvistesituasjoner eller potensielle tvistesituasjoner i den “allminnelige” samhandlingen mellom staten og kommunene. Fylkesmennes tilsyn med kommunene og behandling av klager over kommunale enkeltvedtak er et godt inntak til en kartlegging av mulige tvister i den alminnelige samhandlingen. Er tvister vanlig eller uvanlig? På hvilke områder forekommer tvister hyppigst? Hvordan vurderer kommunene selv tvistepotensialet og håndteringen av dette?

#### 2.2. Tilsyn og klagebehandling via fylkesmannsembetene – kommunenes erfaringer

##### 2.2.1. Bakgrunn for og opplegg av undersøkelsen

Som nevnt er hovedtemaet i dette kapitlet en rapportering fra en undersøkelse som er gjennomført som ledd i en kartlegging av forekomst av tvistesituasjoner i forholdet mellom staten og kommunene. Med “tvister” menes situasjoner der den kommunale skjønnsutøvelsen, som kommunene utøver i medhold av lov, forskrift m.m., overprøves av statlig instans på en måte som de berørte kommunene finner åpenbart urimelig. Med “åpenbart urimelig” menes at de berørte kommunene finner overprøvsvedtaket uakseptabelt, f.eks. fordi det medfører store økonomiske konsekvenser. Med “overprøving” siktes det til at statlige instanser med tilsyns-, godkjennings- eller klagemyndighet pålegger kommunene å omgjøre vedtak, selv omgjør vedtak eller pålegger kommunene tiltak de ikke selv ville ha iverksatt uten inngrep fra det statlige tilsyns-, godkjennings- eller kontrollorganet.

Det kan videre være nyttig å skille mellom latente og manifeste tvistesituasjoner. Latente tvistesituasjoner foreligger i saker der kommunene opplever “overprøving” av egen skjønnsutøvelse som åpenbart urimelig men der de likevel ikke foretar seg noe mer i saken men avfinner seg med vedtaket. Manifeste tvistesituasjoner foreligger når kommunen protesterer mot overprøvingen og eventuelt forsøker å foreta seg noe for å få overprøvingen omgjort eller prøvd for en annen instans, f.eks. via rettsvesenet eller uavhengige sakkyndige.

Som en innledning til undersøkelsen ble det gjennomført samtaler (informantintervjuer) med administrative ledere i tre kommuner (to mellomstore kommuner i Oslo-området og en by på Sørlandet). Samtalene fokuserte på erfaringer med situasjoner der kommunal skjønnsutøvelse kunne overprøves eller omgjøres av statlige myndigheter.

Hovedpunkter fra samtalene:

1. Overprøving eller omgjøring av kommunale vedtak er ikke uvanlig, men det er sjelden at kommunene vurderer å følge opp sakene med sikte på å få saken prøvd for rettslige eller andre instanser. Man føler at man rett og slett mangler kanaler for oppfølging. Det er heller ingen "kultur" for slik oppfølging. Man kommer ikke på tanken om at sakene eventuelt kunne prøves.
2. Omgjøring av vedtak kan ha store økonomiske konsekvenser for kommunene. Pålegg eller omgjøringer av vedtak kan flytte store summer på de kommunale budsjettene. I realiteten griper dermed den statlige myndigheten inn i den lokalpolitiske prioriteringen og overtar noe av det lokale selvstyret.
3. Flere stilte seg kritisk til sider ved fylkesmennes tilsyn og klagebehandling. Den faglige begrunnelsen for tilsynspålegg og omgjøringsvedtak kunne være vanskelig å forstå. Nyutdannede saksbehandlere med liten erfaring kan få ansvar for å treffe svært vidtrekkende beslutninger overfor kommunene. Videre kan grenselinjen mellom tilsyn og veiledning bli uklar, med tilsvarende uklarhet om grunnlaget for eventuelle omgjøringsvedtak. Man hadde også inntrykk av at praksis kunne variere fra fylke til fylke, slik at likeartede saker ble behandlet forskjellig, alt avhengig av hvilket fylkesmannsembete det gjaldt. Men det må også framheves at de fleste understreket de gode relasjonene til og det fruktbare samspillet med fylkesmannens fagavdelinger. I mange tilfeller satte man pris på de korreksjoner som kunne komme via tilsyn og klagebehandling.

#### *Opplegget av undersøkelsen*

Denne undersøkelsen fokuserer på statlig tilsyn og kontroll med kommunene slik det utøves gjennom de forskjellige avdelingene i fylkesmannsembetene. En svært stor del av berøringsflaten mellom staten og kommunene kommer til uttrykk gjennom tilsyns- og kontroll-funksjonene tillagt fylkesmennene. Dette gjelder særlig den lovregulerte skjønnsutøvelsen som kommunene er tillagt. Vi antar at i den grad det foreligger et tvistepotensial i forholdet mellom stat og kommune, vil det komme til uttrykk i disse tilsyns- og kontrollrelasjonene. Vi har derfor søkt å kartlegge forekomsten av omstridt skjønnsutøvelse, dvs. saker der kommunene finner at fylkesmannens tilsyn og kontroll resulterer i etter kommunenes syn åpenbart urimelige pålegg.

Den statlige reguleringen med utspring i mange forskjellige departementer og direktorater går gjennom avdelinger hos fylkesmannen. Fylkesmennene har følgende tilsyns- og kontrolloppgaver overfor kommunene:<sup>58</sup>

- grunn- og videregående skoler (via Utdanningsavdelingen)
- barnehager (kommunen som barnehageeier; kan være organisert gjennom Utdanningsavdelingen eller Sosial- og barnevernavdelingen)
- miljøvern (gjennom Miljøvern avdelingen)
- beredskap (gjennom Beredskapsavdelingen)
- sosiale tjenester, inkludert klagesaker etter sosialtjerneteloven (Sosial- og barnevernavdelingen)
- helsetjenester (gjennom Helseavdelingen; tidligere Fylkeslegen)
- lovlighetskontroll angående kommunestyrets vedtak, inkludert kommunale budsjetter og låneopptak.
- klagebehandling angående arealplaner og byggesaker
- tilsyn og klagebehandling angående forskjellige støtteordninger i landbrukssektoren.

<sup>58</sup> Oversikten bygger på NOU 2004:17, *Statlig tilsyn med kommunene*; Sandkjær Hansen m. fl. 2004, samt gjennomgang av et utvalg årsmeldinger fra fylkesmennene.



Oversikten avspeiler ikke kompleksiteten i hjemmelsgrunnlaget for tilsyn og kontroll med kommunene. F. eks. bygger tilsynet med helsetjenestene på hele ni forskjellige lover. Måten tilsynet gjennomføres på, kan variere: Stedlige inspeksjoner, skriftlig inspeksjon (“brevinspeksjon”), hendelsesbasert tilsyn, systemrevisjon. Sistnevnte type er blitt vanlig i senere år.

#### *Momenter fra utvalgte årsrapporter angående tilsyn og kontroll med kommunene*

Årsrapportene gir et godt bilde av bredden i kontaktflaten mellom fylkesmannen og kommunene og av omfanget av kontrollen med den kommunale skjønnsetøvelsen. Som en illustrasjon presenteres her sentrale momenter fra årsrapporten for 2007 for Rogaland.<sup>59</sup> Disposisjonen av årsrapportene følger et relativt standardisert mønster.

I tilknytning til kommuneplaner (12), planprogrammer (3) og reguleringsplaner ble det i Rogaland avgitt 148 innsigelser. Det ble gjennomført 20 meklinger, for det meste i standsone- og jordvernsaker; 5 av disse ble sendt til Miljøverndepartementet for avgjørelse. Fylkesmannen behandlet videre 473 klager i byggesaker.

Systemtilsyn ble gjennomført i sju kommuner angående krise-/beredskapsplanlegging.

På landbruksområdet klager årsrapporten over at den kommunale praksis er blitt for slapp etter at kommunene overtok en del saksfelter, slik som jordlov, konsesjonslov, skogbrukslov (s. 43), slik at tallet på overprøvings- og omgjøringsaker er stigende. Fylkesmannen benyttet klageretten etter § 15 i plan- og bygningsloven til å påklage 16 prosent av saker som gjaldt fradeling og byggetillatelse i landbruksområder.

I skolesektoren ble det gjennomført nasjonalt tilsyn i 19 kommuner. Dette gjaldt tilsyn etter § 8.2 (størrelsen på gruppeinndelingen av elever), § 13.10 (systemrevisjon), § 2.15 og 13. 10 (gratisprinsippet). I alt 38 avvik ble registrert (mange av avvikene gikk igjen fra kommune til kommune). Klagesakene utgjorde 101. I disse fikk klager medhold i tre saker. 20 vedtak ble opphevet og 66 returnert pga . mangelfull saksbehandling i kommunene. Årsrapporten omtaler en sak om utsatt skolestart som ble behandlet i tingretten i 2006 og lagmannsretten i 2007. Staten vant i første instans og tapte i andre men trakk saken før behandling i Høyesterett.

På barnehageområdet ble det gjennomført tilsyn angående kommunenes opplegg for tilsyn med private barnehager samt godkjenning av barnehager. Seks avvik fordelt på to kommuner ble rapportert.

I barnevernssektoren ble det behandlet 64 saker, for det meste klager på den kommunale saksbehandlingen. Årsrapporten bemerker at fylkesmannen følger med på om kommunene overholder fastsatte tidsfrister for saksbehandlingen og har gjennomført systemrevisjoner i to kommuner angående fristtematikken.

Den alminnelige lovlighetskontrollen omfattet 21 saker. Seks søknader fra private om kommunale garantier ble godkjent og dessuten tre kommunale låneopptak.

Når det gjelder helse- og sosialområdet, er rapporten fra 2007 holdt på et generelt nivå. Vi tar derfor med mer konkrete opplysninger fra rapporten fra 2006.<sup>60</sup> For helsetilsynet utførte fylkesmannen åtte systemrevisjoner, fem av disse var felles for helse- og sosialtjenesten. Fylkesmannen mottok 53 klager basert på rettigheter i hht. helsetjenestelovgivningen.

<sup>59</sup> Fylkesmannen i Rogaland. Årsrapport 2007.

<sup>60</sup> Fylkesmannen i Rogaland. Årsrapport 2006.

I 2006 behandlet fylkesmannen 377 klager etter sosialtjenesteloven. Klager fikk medhold i 43 saker mens 40 ble sendt tilbake til kommunene for ny behandling. Det store flertalet av klagene gjelder økonomisk stønad.

Det framgår av årsrapporten at fylkesmannen i Rogaland legger ned arbeid i å effektivisere og samordne tilsynet overfor kommunene, bl.a. gjennom å opprette et intern "tilsynslag" med en koordinator.<sup>61</sup> En konferanse mellom fylkesmannen og flere andre statlige embeter samt KRD er avholdt for å nå fram til felles tilsynsprosedyrer.

### *Hvem har svart på undersøkelsen?*

Som nevnt har undersøkelsen valgt å fokusere på *kommunenes erfaringer* med tilsyn og kontroll. På bakgrunn av gjennomgangen av et utvalg av årsmeldinger valgte vi ut fire fylker (Østfold, Rogaland, Sør-Trøndelag, Finnmark) der vi sendt et spørreskjema til kommunale etatssjefer i alle kommuner.<sup>62</sup> Hensikten med å velge etatssjefer som respondenter var å få mest mulig direkte tilgang til erfaringer fra den gruppen som har det daglige ansvaret for kommunens skjønnsutøvelse på de forskjellige saksområdene i kommunene. Etatssjefene ble identifisert via kommunenes hjemmesider. Ikke i alle tilfeller var det helt enkelt å identifisere hvem som hadde ansvaret for det aktuelle saksfeltet siden kommunenes organisasjonsformer varierer en god del. I slike tilfeller forsøkte vi å avklare spørsmålet ved å ringe kommunene. Spørreskjemaene ble sendt ut og besvart elektronisk slik at det automatisk ble generert en analyserbar database.

Det kom i alt 123 svar, som gir en svarprosent på 32. Dette er noe lavere enn ønskelig. Det ble sendt ut skjemaer til mellom tre og seks etatsledere i hver kommune, vanligvis til fem. Vi har svar fra alle kommunene i de fire fylkene som vi henvendte oss til, og det foreligger også svar fra alle typer av etater (men altså ikke fra alle etater i alle kommuner). Det betyr at alle kommunetyper i de fire fylkene er dekket og også alle typer av etater/fagområder. Tabellen nedenfor gir et bilde av hvordan svargiverne fordeler seg med hensyn til deres ansvar for fagfelt. Kommunene varierer ganske mye mht administrativ inndeling og fordeling av ansvar. Noen er organisert i brede, sammensatte etater, andre i mange, smale resultatenheter. Vi forsøkte å lage en sjekklister som var noenlunde inndelt etter lovverk som kommunene utøver skjønn etter. En slik inndeling passer bare i noen grad til den faktiske administrative inndeling i kommunene. Når vi ba dem krysse av for hvilket fagfelt de var ansvarlig for, kunne de oppgi flere felt, alt etter hvordan ansvaret er fordelt i den enkelte kommune. Med utgangspunkt i oppgavene over ansvarsfordeling framkommer følgende fordeling av svargiverne i forhold til ansvarsområde.

<sup>61</sup> Fylkesmannen i Rogaland. Årsrapport 2007, s. 10.

<sup>62</sup> Are Vegard Haug og Øyvind Moss-Iversen har assistert med datainnsamling.

Tabell 1. Respondentene fordelt etter deres ansvarsområde/saksfelt\*.

Opplæring, utdanning	40	12.5%
Arealplan	41	12.8%
Byggesaker	41	12.8%
Miljøvern	35	10.9%
Landbruk	31	9.7%
Barnehager	28	8.8%
Budsjetter, økonomiforvaltning	53	16.6%
Helsetjenester	23	7.2%
Pleie, omsorg, hjemmetjenester	22	6.9%

\*Kommunene har svært varierende organisasjons- og ansvarsstruktur. Derfor kunne respondentene krysse av for mer enn en kategori.

Vi har fått såpass mange svar for de forskjellige fag- og ansvarsområdene at vi mener det er forsvarlig å gå videre med analysen, gitt at vi også dekker alle de fire fylkene (og dermed også fire landsdeler) og alle kommunene i disse fylkene.

### 2.2.2. Tilsynet med kommunal virksomhet

#### *Tilsynet med kommunal virksomhet – hvor ofte griper fylkesmannen inn?*

Hvor ofte oppstår det avvik mellom den kommunale skjønnsutøvelsen og fylkesmannens vurdering av samme?

Vi stilte følgende spørsmål: “Vi ber deg om å tenke på dine erfaringer de to-tre siste årene med fylkesmannens tilsyn på ditt ansvarsområde i kommunen: Hvor hyppig har det hendt på det området du har ansvar for, at tilsynet gir kommunen anmodning/pålegg om forandring av praksis eller systemer?”

Tabell 2: Hvor hyppig hender det at tilsynet gir kommunen anmodning/pålegg om forandring av praksis eller systemer?

Ingen tilfeller	42	33.6%
1 gang	35	28.0%
2 ganger	27	21.6%
Mer enn 2 g	19	15.2%

“Overprøving” av den kommunale skjønnsutøvelsen i den betydning som er brukt her, forekommer nokså hyppig. To tredjedeler av de spurte etatsjefene har opplevd dette minst en gang de siste to-tre årene, og noen (15 prosent) har opplevd det mer enn to ganger.

### *Fører tilsynsbaserte inngrep/pålegg til ekstrautgifter?*

Medfører slik overprøving problemer for kommunene, f eks i form av vesentlige ekstrautgifter? Hensikten med spørsmålet er å undersøke om kommunene har problemer med å følge opp eller etterleve eventuelle overprøvingsvedtak. Vi har valgt å fokusere på eventuelle ekstrautgifter i det vi har antatt at en slik følge vil være til særlig besvær for kommunen og dermed huskes som et tyngende pålegg og oppleves som en mulig tvistesituasjon. Slike pålegg kan være første skritt på veien fra latente til manifeste tvistesituasjoner.

Tabell 3: Hvis pålegg er gitt, har dette (pålegget) medført vesentlige ekstrautgifter?

Ingen tilfeller	96	76.8%
1 gang	18	14.4%
2 ganger	5	4.0%
Mer enn 2 g	4	3.2%

En snau fjerdedel oppgir at de har opplevd økonomisk tyngende pålegg fra tilsynsmyndighetene. Sju prosent av de spurte sier de har opplevd slike pålegg to ganger eller mer de siste årene.

#### Noen kommentarer fra svargiverne:

- Det har ikkje vore direkte økonomiske utteljingar, men det har medført svært mykje ekstraarbeid for å tilfredstille dei krav som er stilt.
- Anmodning om tydeligere dokumentasjon av beregning av tilskudd til private barnehager. Opplevdes som en relevant anmodning.
- Fylkesmannen gjennomførte i 2008 tilsyn i barnevernet. Det ble anført 2 avvik, som begge var en klar hjelp i å komme i inngrep for å bedre velment, men relativt lite systematisk arbeid, i ft endel barnevernsaker.
- Tilsyn vedr utslipp, rammetillatelse. Omfattende krav, men i hovedtrekk normalt godt faglig begrunnet.
- Kommunen førte utgifter til bistand for funksjonshemmede barn på feil kostra-funksjon. Det var bare fint at kommunen fikk rettet dette.
- "Papir-tilsyn" etter GSI/Kostra-rapportering genererte store kostnader uten kvalitetssikring. En meningsløs øvelse...
- Ekstrautgiftene er vesentlige i den forstand at det må avsettes mye tid internt for å etterkomme avvikene
- Tilsynet de to siste årene har vært i forhold til ressurstildeling til skolene, har ikke samsvart med de gamle klassedelingsreglene. Har ført til omfordeling av ressurser skolene imellom innenfor vedtatte økonomiske ramme.

### *Protesterer kommunene mot økonomiske tyngende pålegg?*

I hvilken utstrekning fører økonomisk tyngende pålegg til *manifeste* tvistesituasjoner der kommunene protesterer mot vedtakene eller forsøker å få dem forandret? Under henvisning til overprøvingsvedtak som medfører vesentlige ekstrautgifter, ble det spurte om kommunen hadde protestert mot slike vedtak eller forsøkt å få dem forandret.

Tabell 4: Hvis økonomisk tyngende pålegg, har kommunen protestert mot slike vedtak/pålegg eller forsøkt å få dem forandret?

Ingen tilfeller	118	94.4%
1 gang	5	4.0%
2 ganger	0	0.0%
Mer enn 2 g	0	0.0%

Det er meget sjelden at kommunene “gjør opprør” mot tyngende pålegg de måtte få som resultat av tilsyn utført av fylkesmennes fagavdelinger. Bare 5 respondenter melder om at de har forsøkt noe slikt. Kommunene er altså meget lojale mot tilsynene. Eventuelle latente tvister blir sjelden manifeste i tilsynssammenheng.

### 2.2.3. Klagebehandling

*Klagebehandling – hvor hyppig må kommunale vedtak omgjøres?*

Er mønsteret det samme i forbindelse med fylkesmennes behandling av *klager* over kommunale vedtak? Vi stilte en serie med spørsmål parallele til de ovenstående også angående fylkesmennes klagebehandling. Det første spørsmålet gjaldt hvor hyppig respondenten opplevde at instanser hos fylkesmannen hadde omgjort enkeltvedtak truffet av kommunen eller gitt kommunen pålegg om å omgjøre enkeltvedtak i løpet av de to-tre siste årene.

Slike “overprøvende” utfall av klagebehandlingen er ganske vanlige. Halvparten av de spurte oppgir at de har opplevd slike utfall de siste to-tre årene. 40 prosent oppgir at de har opplevd dette mer enn en gang.

Tabell 5: Klageinstansen omgjør enkeltvedtak eller gir kommunen pålegg om revurdering av vedtak

Ingen tilfeller	62	49.6%
1 gang	11	8.8%
2 ganger	17	13.6%
Mer enn 2 g	33	26.4%

*Fører omgjøring av vedtak etter klagebehandling til tyngende ekstraavgifter?*

Får overprøving av enkeltvedtak økonomisk tyngende følger for kommunene? Eventuelt hvor hyppig skjer det? Tabell 6 viser at omtrent en tredjedel av respondentene har opplevd økonomisk tyngende konsekvenser av klageinstansens klagebehandling. Det kan altså foreligge latente tvistesituasjoner i en stor andel av klagebehandlingssakene.

Tabell 6: Hvis omgjøring av enkeltvedtak, har dette medført vesentlige ekstrautgifter?

Ingen tilfeller	85	68.0%
1 gang	14	11.2%
2 ganger	6	4.8%
Mer enn 2 g	18	14.4%

Tar kommunene oftere til motmæle mot klagebehandlingen enn de gjør i tilsynssaker der deres skjønn blir overprøvd? Har kommunene protestert mot overprøving i klagesaker der overprøvingen har hatt betydelige økonomiske konsekvenser? Dette belyses i tabell 7.

Tabell 7: Hvis utfallet av klagebehandlingen har medført betydelige ekstrautgifter for kommunen, har kommunen protestert mot slike vedtak eller forsøkt å få dem forandret?

Ingen tilfeller	112	90.3%
1 gang	3	2.4%
2 ganger	2	1.6%
Mer enn 2 g	6	4.8%

Elleve respondenter oppgir at kommunen har forsøkt å protestere i slike saker. Dette er litt flere enn i tilsynssaker, men hovedbildet er fortsatt at kommunene aksepterer at utfallet av klagesaker går dem i mot uten særlige protester. Eventuelle tvistesituasjoner forblir for det meste latente.

#### Kommentarer fra svargiverne:

- Gjelder vedtak om klagebehandling på støy fra skytebane. Kommunen og fylkesmannen har forskjellig syn mht skjønnet i saken. Det har ikke påført direkte ekstrakostnader, men vesentlig ekstra tidsbruk og fylkesmannen har brukt usedvanlig lang tid på saksbehandlingen.
- Skysaker - Problematisk når kommunen har vedtak om at veg ikkje er særleg farleg, som så blir omgjort i enkeltsaker Spesielaundervisning etter § 5 i opplæringsloven.
- Vi har ikke hjemmel til å protestere, så det gjør vi ikke selv om det nok kunne vært fristende.
- Det er ofte at fylkesmannen endrar vedtak som søkjar eller part har påklaga. Det fører ofte til at me må dekke saksomkostnader. Eit grovt anslag er at omlag 1/5 av sakene som vert påklaga, gjev fylkesmannen klagar delvis eller heilt medhald, eller ber kommunen vurdere saka på nytt. I dei sakene som fylkesmannen påklagar sjølv, vert omlag 50 % endra av settefylkesmann. De må ta anslaga mine med ei klype salt - dei er ikkje kvalitetssjekka.

#### *Bringes tredjeparter inn i eventuelle "tvister" med fylkesmannen?*

For å følge opp spørsmålet om forekomst av manifeste tvistesituasjoner ytterligere stilte vi et tilleggsspørsmål om temaet: "Hvis kommunen har vært **uenig** i pålegg gjennom tilsyn eller omgjøring av enkeltvedtak etter klagebehandling, har det hendt at dere har **søkt en vurdering av pålegget eller omgjøringsvedtaket hos en sakkyndig tredjepart?**"

Som det framgår av tabell 8, er dette en meget sjelden reaksjonsform i kommunene. Bare sju respondenter oppgir at dette er noe de har forsøkt. Av de sju har fem til gjengjeld forsøkt dette mer enn to ganger de siste to-tre årene.

Tabell 8: Har søkt en vurdering av pålegget eller omgjøringsvedtaket hos en sakkyndig tredjepart?

Ingen tilfeller	113	93.4%
1 gang	2	1.7%
2 ganger	0	0.0%
Mer enn 2 g	5	4.1%

#### 2.2.4. Tilsyn og klagebehandling: Anstøtsstein eller støtte for kommunene?

Er fylkesmannens tilsyn og klagebehandling omstridt og betvilt blant kommunene, eller er dette instanser som oppleves som støttende i kommunenes ivaretagelse av deres ansvar på forskjellige saksfelt? I samtalen med lederne i de tre kommunene nevnt innledningsvis framkom det et tvisyn på fylkesmannens tilsyn: Dels at det var støttende og avklarende og dels at det var urimelig og kostnadsdrivende. Er dette tvisynet utbredt i kommunene? To tredjedeler av de spurte sier de opplever tilsynet og klagebehandlingen mest som en støtte for deres egen oppgaveløsning. Det er ikke så overraskende på bakgrunn av mønsteret som framkommer omkring spørsmålene som er analysert tidligere. Det er likevel slik at nesten en tredjedel stiller seg kritisk til tilsynet og klagebehandlingen gjennom å svare "både-og" eller "mest hinder". Den siste gruppen er likevel svært liten.

Tabell 9: Opplever du alt i alt tilsynet og klagebehandlingen som en støtte for ivaretagelsen av kommunens ansvar eller som et hinder?

mest støtte	80	64.5%
både og	37	29.8%
mest hinder	6	4.8%

#### Synspunkter fra svargiverne:

- Jeg synes tilsyn er bra. Ett problem er at vi jo kan "bryte" loven, men likevel ha en veldig god tjeneste. Dette blir ikke vurdert eller tatt med i tilsynsrapporten. Men det er jo vanskelig også.
- Opplever nok at tilsynet har for lite fokus på utvikling og veiledning. Fylkesmannen er mest opptatt av at et minstekrav er oppfylt. Tilsynet sier for lite om hvor god kvalitet som er på det vi gjør/de systemer vi har.
- Vi opplever tilsynene som konstruktive på den måten at de påpeker forhold som er relevante for forbedringer. Tilsyn er ressurskrevende fordi det blir etterspurt betydelige mengder dokumentasjon. Videre brukes en del ressurser på å delta i møter /bli intervjuet under selve tilsynsperioden. Tilsyn med pleie og omsorgstjenestene i vår kommune blir stort sett oppfattet som konstruktive korrektiv til kommunens praksis og oppfatning av hva som er mulig å gi av tjenester. Vi opplever også at tilsynsmyndigheten mer enn tidligere gir råd og vurderinger når de (utenfor

tilsyn) blir kontaktet. De fleste klagesakene handler om at klager mener det tildeles for lite ressurser.

- Fra mitt ståsted har vi ikke opplevd noen konfliktfylt situasjon.
- Vi har samlet liten kontaktflate med fylkesmannen på denne type saker, men mer utstrakt samarbeid av faglig karakter - tror det kan bidra til å holde avvik ved tilsyn og antallet klagesaker nede. Undersøkelsen ser ut til å gå lite på dette, men nærmest kun på omfanget.
- Det er viktig at fylkesmannen følger med og påser at lover og regelverk blir fulgt. Hverdagen i kommunen er såpass stri at det fort kan komme i annen rekke. Men min virksomhet har hatt tidkrevende tilsyn på et tilskudd av så beskjeden størrelse at representanten fra fylkesmannen var pinlig berørt. De var styrt fra departementet og hadde ikke noe valg. Tidligere hadde fylkesmannen mer veiledningsansvar og tok aktiv del i kompetanseheving. Det savner vi i små kommuner veldig. Det var virkelig nyttig!
- Jeg synes dagens ordning fungerer dårlig, tilsynsoppgavene bør flyttes fra kommunen til staten. (tilsyn innen helse, miljørettet helsevern bør flyttes til staten, kommunene prøver altfor ofte å påvirke kommunelegens vedtak siden kommuneoverlegen er ansatt i kommunen. Her blir det ofte et habilitetsproblem ved ubekvemme vedtak!!!)
- Ambisjonsnivået til fylkesmannen er et meget viktig undersøkelsestema. Det gis "feilaktige" anmerkninger og avvik på forhold / kvaliteter som det er ønskelig at kommunen har - og ikke bare er lovpålagte. I trange budsjettssituasjoner blir denne "ekstraambisjonen" veldig vanskelig å imøtekomme - og man kan ende opp med å krangle om tolkningen av forskrifter.

### *Hvordan opplever de forskjellige kommunale **sektorene** sitt forhold til fylkesmannens tilsyn og klagebehandling?*

Er det noen sektorer eller fagområder som preges mer enn andre av et spenningsfylt forhold til tilsynsmyndighetene og dermed av et større potensial for at tvistesituasjoner kan oppstå?

De kommunale mellomlederne som har svart, faller i tre grupper eller brede fagsektorer<sup>63</sup>:

- Helse- og pleiesektoren (helsetjenester, pleie, omsorg, hjemmetjenester)
- Oppvekstsektoren (skole, barnehager, barnevern)
- Omgivelsessektoren (arealplan, byggsak, landbruk, miljøvern).

Det framkommer noen interessante forskjeller mellom sektorene mht deres erfaringer med fylkesmannen.

Tabell 10: Konsekvenser av **tilsyn**, etter svargivers sektortilknytning (sterk positiv korrelasjon viser at sektoren framstår som preget av mange hendelser av angitt type). Korrelasjonskoeffisienter Pearsons r).

<i>Har erfaring med:</i>	<i>Svargivers grad av tilknytning til.....</i>		
	Omgivelses- sektor	Oppvekst- sektor	Helse- pleiesektor
Tilsyn som fører til pålegg	.132	<b>.285**</b>	<b>.246**</b>
Tilsyn som fører til utgift	<b>.270**</b>	.036	.096
Tilsyn som fører til protest	.094	.012	.004

Signifikansnivå: \*\* ,01

<sup>63</sup> Grupperingene er gjort på basis av en faktoranalyse av hvordan svargiverne har angitt sine ansvarsområder; jfr. tabell 1. Faktorscorene for de respektive grupperingene angir *grad av* sektortilknytning for svargiverne da det ikke er mulig å knytte svargiverne entydig til enkeltsektorer.



Tilsyn som fører til inngrep og pålegg, er mest vanlig i oppvekstsektoren og helsepleie-sektoren. Tilsyn som fører til vesentlige ekstraavgifter er mest vanlig i omgivelsessektoren. Når det gjelder forekomst av "protester" mot pålegg etter tilsyn, er det ingen forskjeller mellom sektorene. Dette er svært uvanlige reaksjonsformer i alle sektorer.

Tabell 11: Konsekvenser av **klagebehandling**, etter svargivers sektortilknytning (sterk positiv korrelasjon viser at sektoren framstår som preget av mange hendelser av angitt type). Korrelasjonskoeffisienter (Pearsons r).

	<i>Svargivers grad av tilknytning til.....</i>		
<i>Har erfaring med:</i>	Omgivelses- sektor	Oppvekst- sektor	Helse- pleiesektor
klage som fører til endring	<b>.580**</b>	.021	.093
Klage som fører til utgift	<b>.320**</b>	.094	.095
Klage som fører til protest	<b>.359**</b>	-.063	-.102

Signifikansnivå: \*\* ,01.

I omgivelsessektoren forekommer det relativt hyppig at klagebehandlingen fører til omgjøring av vedtak, at omgjøringene har vesentlige økonomiske konsekvenser, og at kommunen har forsøkt å protestere mot vedtakene. Dette er sjeldne hendelser i de to andre sektorene.

Tabell 12: Hvilke sektorer har søkt tredjepart om vurdering, og hvordan oppfattes samhandling med fylkesmannen (sterk positiv korrelasjon viser at sektoren framstår som preget av mange hendelser av angitt type). Korrelasjonskoeffisienter (Peasons r).

	<i>Svargivers grad av tilknytning til.....</i>		
<i>Erfaring vurdering:</i>	Omgivelses- sektor	Oppvekst- sektor	Helse- pleiesektor
Har søkt tredjepart om vurdering	.088	-.091	-.062
Erfaring med fylkesmann: Støtte eller hinder (hinder=høy verdi)	<b>.251**</b>	.067	.036

Signifikansnivå: \*\* ,01.

Det forekommer sjelden i noen av sektorene at en prøver å få pålegg eller omgjøringsvedtak vurdert av uavhengige sakkyndige. Men omgivelsessektoren vurderer samspillet med fylkesmannen som mer negativt enn de øvrige sektorene.

### 2.3. Avsluttende vurderinger

Temaet for dette kapitlet har vært å undersøke forekomsten av tvister eller potensielle tvistesituasjoner i rutineforvaltningen i kommunene, dvs. i den løpende skjønnsutøvelsen som kommunalt personale utøver i den kommunale hverdagen der de forvalter nasjonale regelverk i en variert lokal setting.

Tilsyn og klagebehandling fører relativt ofte til pålegg overfor kommunene eller til omgjøring av enkeltvedtak. En del av disse påleggene eller omgjøringene kan være ganske kostnadskrevenne for kommunene. I så måte foreligger det et relativt omfattende tviste-potensial. Men bare en liten del av dette kommer til uttrykk som åpne tvister. Kommunene er uenig i en del av påleggene, men protesterer sjelden. Bakgrunnen for det er todelt: Dels den mentale integrasjonen som preger det kommunale personalet: De er så innforlivet med dagens situasjon preget av kommunal underordning i forhold til statlige etater at de avfinder seg med fylkesmannens avgjørelser. Og dels kommer passiviteten av at det mangler kanaler og prosedyrer for prøving av tilsyns- eller kontrollinstansens vedtak.

Mange kommuner og etater setter pris på fylkesmannens utviklings- og støttefunksjoner. Dette gjelder i særlig grad de mindre kommunene. Den tette koplingen mellom utviklings- og støttefunksjonene på den ene siden og tilsyns- og klagefunksjoner på den andre, gjør at det kommunale personalet reagerer mindre kritisk på utøvelsen av de sistnevnte funksjonene enn det de kanskje ellers ville ha gjort.

Det største tvistepotensialet ser ut til å foreligge innenfor *omgivelsessektoren*, dvs. arealplanlegging, byggsaksbehandling, miljøvern og landbruksforvaltning. Her rapporteres det både om relativt hyppige tilsynsgenererte pålegg og omgjøringsvedtak etter klager. Disse påleggene og vedtakene oppfattes også som kostnadsdrivende. Det er i denne sektoren at de få “protestspirene” særlig forekommer. Og det er her man opplever fylkesmannens myndighetsoppgaver overfor kommunene som hindrende mer enn støttende for det kommunale selvstyret. De nevnte kommunale oppgavene på dette feltet dreier seg alle om arealforvaltning på en eller annen måte. Arealforvaltning utgjør en klassisk kjernefunksjon innenfor det kommunale selvstyret. Det er derfor kanskje ikke så overraskende at det er her det mest aktualiserte tvistepotensialet mellom staten og kommunene ligger – og etter som staten inntar en mer og mer aktiv rolle overfor kommunene i slike sammenhenger, aktualiseres potensialet mer og mer.

På velferdsområdene godtas det i større grad at staten sitter i førersetet – i alle fall så lenge det følger noenlunde tilstrekkelig med penger med oppgavene. At det kommunale selvstyret dermed kan bli mindre reelt, er en bivirkning som tilsynelatende tas med på kjøpet. Det ville antakelig bidra til å gi systemet større transparens at ideen om det kommunale selvstyret ble noe justert i takt med realitetene i makt- og ressursfordelingen mellom stat og kommune, f.eks. gjennom et tydeligere skille mellom delegert og egen myndighet, slik det gjøres i bl.a. det tsjekkiske systemet. Alternativt kunne kommunene få kanaler der de kan forsvare sin skjønnsutøvelse. Muligheten for et slikt forsvar vil ikke bare bidra til å befeste det kommunale selvstyret. Åpen konfliktløsning kan også bli en læringskanal som bidrar til en bedre lokalforvaltning.

Praktiseringen av tilsynet med kommunene har ennå et noe fragmentert preg til tross for helhjertede forsøk på bedre koordinering. Det tas utgangspunkt i enkeltparagrafer som hjemler bestemte former for tilsyn. Dette fokus kan overskygge den helheten som kommunene står overfor og må ta hensyn til, både økonomisk og administrativt. Tilsynets fagspesifikke oppfatninger av “best practice” på et gitt område kan gis forrang framfor den kommunale helhet. Kanskje må et fagbasert tilsyn fungere slik, og det kan være et verdifullt korrektiv til eventuelle lokale særnormer. Men det er en ubalanse i det samlede stat-kommune-forholdet at det faglig-hierarkiske korrektivet ikke i sin tur kan prøves.

## Kapittel 3

### Nåværende ordninger for tvisteløsning mellom stat og kommune

#### 3.1. Innledning

Hovedtrekkene av det nåværende systemet for tvisteløsning mellom stat og kommune er vel kjent. Derfor kan vi konsentrere oss om visse problemer og tvetydigheter. Sett i lys av slike (latente eller aktualiserte) spenninger som er omtalt i kapittel 1, kan dette bidra til å forklare hvorfor det nå er grunn til å diskutere behovet for nye eller forbedrede ordninger for tvisteløsning.

I dag blir tvister mellom stat og kommune stort sett avgjort ved at kommunale avgjørelser blir overprøvd i visse deler av *statsforvaltningen*. Domstolenes rolle er marginal. Tvisteløsningen på områder der stat og kommune sammen har førstelinjeansvar (bl.a. barnevern og helsetjeneste) holdes foreløpig utenfor. De muligheter som tvisteløsning som følger av ordningen med klage og uttalelse fra Stortingets ombudsmann for forvaltningen, ser vi her bort fra.

#### 3.2. Et tosporet system for forvaltningsklage

Det er to systemer for behandling av klager over kommunale vedtak: Hovedreglene finnes i forvaltningsloven, som er felles for stats- og kommuneforvaltningen. Disse reglene suppleres eller erstattes av klageregler i mange særlover (hvis innhold ikke alltid faller sammen). Samlet finnes det altså ulike regler om hvem som har klagerett, hva det kan klages over, hvem som er klageinstans og klageinstansens kompetanse. I tilfelle av kollisjon mellom bestemmelser i særlov og i generell lov, går i prinsippet de førstnevnte foran. Men dette hindrer ikke at det finnes to systemer for klagebehandling med hver sine regler.<sup>64</sup>

Selv om det ved endring i forvaltningsloven § 28 andre ledd ble innført en alminnelig kommunal klageordning, førte ikke fase 2 av “særlovsgjennomgangen” til at særreglene om klage til statlig klageinstans falt bort. Dette gjelder selv om avgjørelser etter særlovene nå i det alt vesentlige blir tatt nettopp av organer opprettet med hjemmel i kommuneloven.

I dette kapittelet holder vi oss til forholdet mellom den ordinære statsforvaltningen (departementet, fylkesmannen m.v.) og kommunene. Kontroll gjennom forvaltningsorganer som er av domstollignende karakter (nemnder osv.), blir først berørt i kapittel 4.

#### 3.3. Statens kontrollmidler<sup>65</sup>

I dagens system har statsforvaltningen et slags kontrollmonopol overfor kommunene. Problemet er ikke først og fremst at staten er klage- eller kontrollinstans, men at kompetansen ofte strekker seg utover vedtakenes legalitet, samtidig som kommunene som regel ikke kan få statsforvaltningens vedtak formelt overprøvd av andre.

<sup>64</sup> Bernt Frydenberg, *Kommunalrett – Regelverk og praksis*, (2005), Kommuneforlaget, Oslo, s. 182.

<sup>65</sup> Her er statens forhåndskontroll (gjennom lov, statlig godkjenning) ekskludert fra vurderingen. Vi vil ta hensyn til den etterfølgende statskontrollen (direkte: rutinemessig eller på egen initiativ som “overinstans”, eller indirekte, etter særskilt initiativ / klage fra en privat person eller andre (minst tre medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget)).

### 3.3.1. Staten som klage- eller kontrollinstans

#### 1. Klageinstans

##### a. Den alminnelige regelen

Kommunale avgjørelser kan overprøves etter klage fra en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken.<sup>66</sup> Dersom vedtaksorganet (førsteinstansen) ikke selv opphever vedtaket til gunst for klageren, følger det av forvaltningsloven § 28 første ledd at klagen alltid går til et annet organ og at klageinstansen er det forvaltningsorgan som er *nærmest overordnet* det organet som har truffet vedtaket (underinstansen).<sup>67</sup>

Etter forvaltningsloven § 28 annet ledd er *departementet* klageinstans når vedtaket er truffet av kommunestyre eller fylkesting.<sup>68</sup> I samsvar med alminnelige regler kan kompetansen etter denne bestemmelsen likevel delegeres til *et annet statlig forvaltningsorgan*, f.eks. fylkesmannen.<sup>69</sup>

Forvaltningsloven § 28 annet ledd, tredje punktum kan anses som et unntak fra hovedregelen om klageinstans. Det gjelder enkeltvedtak truffet av et organ opprettet i medhold av kommuneloven i henhold til kompetanse delegert fra et statlig forvaltningsorgan. I slike tilfelle er det vedkommende statlige forvaltningsorgan som er klageinstans.

Om endringene av § 28 annet ledd, som legger opp en alminnelig klageadgang for vedtak truffet i den kommunale og fylkeskommunale forvaltning, kan det “sies at hensynet til rettsikkerhet ble prioritert foran behovet for et mest mulig utviklet kommunalt selvstyre”.<sup>70</sup> I tilfelle der de kommunale eller fylkeskommunale organer var tillagt myndighet direkte av kommunestyreloven eller fylkeskommuneloven, var forutsetningen etter tidligere rett “som regel at organene og de vedtak som ble truffet, ikke skulle stå under statlig kontroll og instruksjon”.<sup>71</sup>

Bakgrunnen “for at det ikke var klageadgang over vedtak truffet av organ etter kommunestyreloven og fylkeskommuneloven var hensynet til det kommunale selvstyre”: Etter Harald Hoves oppfatning “var det svært velbegrunnet å legge vekt på det kommunale selvstyret slik at en ikke ville ha en ordning med klage til statlig organ”.<sup>72</sup> Han konstaterer også at endringene i forvaltningsloven i forbindelse med vedtakelsen av ny kommunelov innebar to brudd med den tidligere klagerregelen og dens ånd: “For det første etablerer

<sup>66</sup> For å kunne angripe en avgjørelse truffet av et annet offentlig organ, må kommunene ha “rettslig klageinteresse” etter fvl. § 28. Kravet til “rettslig klageinteresse” etter fvl. § 28 svarer i hovedsak til regelen om “rettslig interesse” i tvistemålsloven § 53 og § 54 (nå henholdsvis tvisteloven § 1-3 og § 19-7, og § 1-3 og § 1-4). De er behandlet sammen i 3.3.3. *infra*.

<sup>67</sup> Se Geir Woxholth, *Forvaltningsloven – Kommentarutgave* (2006), Gyldendal akademisk, Oslo, s. 458 flg.. Angående kommunal og fylkeskommunal forvaltning, etter lovendringen 25. september 1992 nr. 107 (ny kommunelov) uttalte fvl. § 28 annet ledd at for enkeltvedtak som er truffet av forvaltningsorgan opprettet etter kommuneloven, er klageinstansen kommunestyret eller fylkestinget eller særskilt klagenemnd oppnevnt av disse.

<sup>68</sup> Bernt Frydenberg presiserer imidlertid at det sjelden er “kommunestyret eller fylkestinget som førsteinstans (underinstans) gjør enkeltvedtak eller tar andre avgjørelser som det kan klages over etter reglene i fvl. § 28, og enda mer sjelden at det klages over slike avgjørelser”. – Bernt Frydenberg, *Kommunalrett, op. cit.*, s. 192.

<sup>69</sup> “I KRDs reviderte rundskriv H-25/92 av 1. juni 1993 og rundskriv H-20/02 av 20. desember 2002 er det orientert nærmere om delegering av denne klageavgjørelseskompetansen. Ved kgl. res. 18. desember 1992 er den lagt til det departement som forvalter den aktuelle loven. Dette gjelder imidlertid bare for fylkestingsavgjørelser, da klageavgjørelseskompetansen vedrørende kommunestyrevedtak er delegert til *fylkesmennene*, jf. rundskriv H-25/92 pkt. 4” – Bernt Frydenberg, *Kommunalrett, op. cit.*, s. 192.

<sup>70</sup> Etter Woxholth omfatter dette unntaket enkeltvedtak truffet av kommunestyret, fylkestinget og andre forvaltningsorganer som er opprettet i medhold av lov om kommuner og fylkeskommuner. – Geir Woxholth, *Forvaltningsloven, op. cit.*, s. 479.

<sup>71</sup> *Ibidem*, s. 478.

<sup>72</sup> Harald Hove, i J.F. Bernt, *Kommunalrett, op. cit.*, s. 350.

forvaltningsloven nå klageadgang over alle kommunale vedtak. Derneft gir loven klageadgang over vedtak truffet av kommunestyret eller fylkestinget direkte til statlig organ.” Ifølge Hove burde “klageadgangen ikke omfattet vedtak i disse organene, jf. Forvaltningskomiteens synspunkter, og i alle tilfeller alene vært en lovlighetskontroll”.<sup>73</sup>

Annerledes står saken der kommunale og fylkeskommunale organer utøver delegert statlig myndighet.<sup>74</sup> Her er det “det delegerende organs rettslige status som avgjør hvilke klageregler som skal gjelde. Er det delegerende organ statlig, vil således de alminnelige klageregler i forvaltningsloven gjelde”.<sup>75</sup> Når en kommune eller fylkeskommune treffer vedtak etter delegasjon fra et statsorgan, er altså dette organet klageinstans (jf. fvl. § 28 annet ledd, tredje punktum).

### **b. Særlovgivningen**

Selv om forvaltningsloven § 28 gir den alminnelige regelen om rett til å påklage forvaltningsvedtak, inneholder de fleste særlovene egne bestemmelser om adgang til å klage over enkeltvedtak i kommunale organer, og om hvilket organ som er klageinstans. Reglene erstatter eller supplerer forvaltningslovens regler. De fastsetter nesten uten unntak at *statlige forvaltningsorganer* er klageinstans. Hovedhensynet bak slike regler er privates rettssikkerhet.

Vanligvis er fylkesmannen klageinstans.<sup>76</sup> Et typisk eksempel er sosialtjenesteloven av 13. desember 1991 nr. 81 §§ 8-6 og 8-7, som bestemmer at klage over enkeltvedtak av den kommunale sosialtjenesten som hovedregel skal gå til *fylkesmannen*. Men det forekommer også at klage skal avgjøres av andre, f.eks. “*Departementet*”, “*Utdanningsdirektoratet*”, “*Kystdirektoratet*”, eller “*Vegdirektoratet*”.

## **2. Lovlighetskontroll**

Etter den gamle kommunestyreløven skulle alle avgjørelser i kommunestyret sendes *fylkesmannen* med sikte på såkalt legalitetskontroll. Avgjørelsen kunne oppheves som ugyldig dersom fylkesmannen fant avgjørende feil.

Gjennom kommuneløven av 1992 ble ordningen erstattet med såkalt lovlighetskontroll. Minst tre medlemmer av kommunestyret eller fylkestinget må stå bak en lovlighetsklage (kommunel. § 59 nr. 1). Dessuten kan kontrollinstansen (departementet eller fylkesmannen) rett til å ta opp et hvilket som helst kommunalt eller fylkeskommunalt vedtak til overprøving av eget tiltak (kommunel. § 59 nr. 5). Kontrollen er ikke begrenset til enkeltvedtak.

I loven er *departementet* oppgitt som kontrollinstans. I praksis er kompetansen til å utøve lovlighetskontroll lagt til fagdepartementene eller delegert til fylkesmann, i hovedsak på samme måte som nevnt tidligere vedrørende klageinstans.<sup>77</sup>

## **3. Tilsynsmyndighet**

Statens tilsyn med kommuner og fylkeskommuner har sitt grunnlag i statens behov for å følge opp at regelverk etterlevs og at nasjonale mål og føringer ivaretas. Hovedhensikten er å påse at kommunene oppfyller de plikter vedrørende tjenesteproduksjon som følger av den aktuelle særlovgivningen.

Tilsynsmyndighet er vanligvis *fylkesmannen* (eller et særforvaltningsorgan som er tilordnet embetet):<sup>78</sup> “Fylkesmannens rolle som rettssikkerhetsinstans innebærer at hun/han

<sup>73</sup> Harald Hove, i J.F. Bernt, *Kommunalrett, op. cit.*, s. 351.

<sup>74</sup> Geir Woxholth, *Forvaltningsloven, op. cit.*, s. 478.

<sup>75</sup> Ot. prp. nr. 42 (1991-1992), s. 213.

<sup>76</sup> NOU 1990:13, *op. cit.*, vedlegg 4, s. 475 flg. Se også T. Eckhoff & E. Smith, *Forvaltningsrett, op. cit.*, s. 278.

<sup>77</sup> Bernt Frydenberg, *Kommunalrett, op. cit.*, s. 209. Jfr. revidert rundskriv H-25/92 av 1. juni 1993 og rundskriv H-20/02 av 20. desember 2002 fra KRD.

skal ivareta viktige rettssikkerhetsmessige oppgaver gjennom å føre tilsyn med bl.a. kommunenes tjenesteproduksjon, klagesaksbehandling av kommunale enkeltvedtak og tilsyn med statlige barneverninstitusjoner”.<sup>79</sup>

### 3.3.2 Statens kompetanse

#### 1. Ved klage

Hvis ikke klagen blir avvist, har klageren krav på *ny realitetsavgjørelse*. Om slike avgjørelser sier fvl. § 34 annet ledd at “klageinstansen kan prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter”. Klageinstansen kan selv bestemme hvilke forhold den særlig skal legge vekt på ved overprøvingen, men må holde seg til den sak som er avgjort av underinstansen.

Klageinstansen er ikke bundet av de grunner som klageren har anført (fvl. § 34 annet ledd, annet punktum) og har også kompetanse til å overprøve førsteinstansens skjønn. Dette gjelder også når et statlig forvaltningsorgan behandler klage over kommunale vedtak. Ved “prøving av det frie skjønn” skal det riktignok legges “vekt på hensynet til det kommunale selvstyre” (§ 34 annet ledd, tredje punktum). Men hensynet til kommunalt selvstyre trenger ikke å være avgjørende, Høyesterett har ikke engang krevd at vektleggingen på dette punkt skal fremtre eksplisitt av begrunnelsen for vedtaket.<sup>80</sup> I noen saker – som noen mener at er for tallrike – veier f.eks. rettssikkerhetshensyn tyngre.<sup>81</sup>

Ifølge Harald Hove vil det variere sterkt mellom ulike saks- og vedtakstyper hvor stor vekt det er grunn til å legge på det kommunale selvstyret:

“Dess sterkere element et vedtak har av å være et individuelt rettighetsspørsmål, dess mindre vekt vil det kommunale selvstyre ha. Det kommunale selvstyre vil f.eks. ha liten vekt i barnevernssaker, mens det etter planreglene i plan- og bygningsloven vil måtte ha stor vekt. Dersom det dreier seg om et vedtak truffet av kommunestyret eller fylkestinget, og særlig dersom dette ikke er et vedtak knyttet til utøvelse av lovbestemt myndighet, vil hensynet til det lokale selvstyre måtte ha meget stor vekt. Dernest er det større grunn til å legge vekt på det kommunale selvstyre der skjønnet er utøvet med god margin til rettslige grenser, f.eks. ikke er i grenseområdet for det lovgrunnlag vedtaket bygger på, og det heller ikke er i grenseområdet i forhold til prinsippene i den ulovfestede forvaltningsrett; forbudet mot utenforliggende hensyn og likhetsprinsippet”<sup>82</sup>.

Mer generelt er problemet at i “den utstrekning kommunale avgjørelser er underlagt statlig kontroll, må dette ses på som en begrensning i kommunenes og fylkeskommunenes kompetanse når kontrollen også medfører en etterprøving av det skjønn som er utøvet”. Det er ikke tvilsomt at statskontrollen kan “påvirke den kommunale beslutningsprosessen”.<sup>83</sup> Dette gjelder også fordi klageinstansen i flere henseender står friere enn domstolene når det anvendes rettsmidler. Som hovedregel må en ankedomstol for eksempel holde seg til de deler av dommen som er påanket, og den er (med visse unntak) bundet av de anførte ankegrunner.

Eivind Smith legger til grunn at “det er i og for seg naturlig at kompetansen er videre under forvaltningsklage. Forvaltningen er tildelt en mer aktiv rolle i statsstyret enn

<sup>78</sup> Fra 2003 inngår *Fylkeslegen og Utdanningsdirektøren* i vedkommende fylkesmannsembete.

<sup>79</sup> Gro Sandskjær Hanssen, Leif Arne Heløe & Jan Erling Klausen, *Statlig tilsyn med kommunesektoren*, (2004), NIBR-rapport 2004:04, s. 26.

<sup>80</sup> Jfr. Rt. 2007 s. 257 (Trallfa).

<sup>81</sup> Eivind Smith bemerker at “bestemmelsen kan jo ha den virkning at f.eks. fylkesmennene blir mer oppmerksomme på behovet for å balansere hensynet til rettssikkerhet mot de hensyn til lokalkunnskap, demokratisk legitimitet m.v. som det kommunale selvstyre hviler på”. – Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett, op. cit.*, s. 287.

<sup>82</sup> Harald Hove, i J.F. Bernt, *Kommunalrett, op. cit.*, s. 358-9.

<sup>83</sup> *Ibidem*, s. 703.

domstolene. Dertil kommer at parter i forvaltningssaker ofte mangler juridisk hjelp, slik at klageinstansen bør kunne foreta en forholdsvis selvstendig prøvelse av saken”.<sup>84</sup>

Denne argumentasjonen er forståelig og akseptabel når det er vedtak av et annet statsorgan som blir påklagd. Vanskeligere blir det når kompetansen gjelder i forhold til en kommune eller fylkeskommune. Det å legge så omfattende kompetanse for statlige forvaltningsorganer til å balansere statlige og kommunale interesser overfor kommunene i den enkelte sak, reiser åpenbare problemer i forhold til det kommunale selvstyret.

Heller ikke etter særlovgivningen er klageinstansens kompetanse som regel begrenset til legalitetskontroll. Men i flere steder er overprøvingskompetansen mer begrenset. Etter sosialtjenesteloven av 13. desember 1991 nr. 81 § 8-7 kan fylkesmannen således “bare endre vedtaket når skjønnet er åpenbart urimelig”. Etter alkoholloven 2/6 1989 nr. 27 § 1-16 er det positivt angitt hva som kan prøves (“om vedtaket er innholdsmessig lovlig, er truffet av rette organ og om det er blitt til på lovlig måte”). Dermed er det klart at “det frie skjønn” ikke kan prøves.<sup>85</sup>

Selv om bestemmelser av denne typen ivaretar hensynet til det kommunale selvstyret langt bedre enn den alminnelige regelen i fvl. § 34, påpeker Eivind Smith at “ytterligere klarhet ville vært en fordel. Uttrykket ‘fritt skjønn’ er ikke klart. Og en bestemmelse som den i alkoholl. § 1-16 kan neppe antas å innebære at fylkesmannen må se bort fra at kommune har gått utenfor de rettslige grenser for sin skjønnsfrihet (den har f.eks. tatt usaklige hensyn ...) i tilfelle der det kan tenkes at vedtakets innhold likevel er lovlig ... Også slike spørsmål handler jo om vedtakets lovlighet, ikke om kontroll med skjønnet innenfor skjønnsfrihetens grenser”.<sup>86</sup>

Til dette kommer at klageinstansen, hvis den finner at noe bør forandres, enten selv kan treffe nytt vedtak eller oppheve førsteinstansens vedtak og sende saken tilbake til ny behandling (fvl. § 34 siste ledd). Det forekommer at klageinstansen pålegger underinstansen å endre eller oppheve vedtaket, istedenfor selv å gjøre det. Eivind Smith påpeker at “dette er i dårlig samsvar med loven, og det er i alle fall uheldig. Når klageinstansen har gjort seg opp en mening om resultatet, bør den selv treffe vedtak”.<sup>87</sup>

Det ser ut som om det statlige organet i slike situasjoner gir instruks til førsteinstansen om hvordan det skal forholde seg i den enkelte sak, i stedet for selv å ta ansvaret for det endelige vedtaket (og dessuten spare tid). Dette kan være egnet til å utydeliggjøre ansvaret og stemmer iallfall ikke godt med hensynet til det lokale selvstyret.

## 2. Ved omgjøring uten klage

For omgjøring av kommunale vedtak uten formell klage stiller saken seg noe annerledes. Som utgangspunkt gir fvl. § 35 tredje ledd “overordnet” forvaltningsorgan mer vidtgående kompetanse enn førsteinstansen.

Vi har allerede sett at statlige forvaltningsorganer ofte er klageinstans for kommunale vedtak. I denne forstand har det derfor vært vanlig å regne dem som “overordnede”. Likevel kan statlige klageinstanser bare oppheve kommunale vedtak som “må anses ugyldige” (fvl. § 35 første og fjerde ledd). Her har altså hensynet til det kommunale selvstyre bidratt til å redusere statsforvaltningens kompetanse i forhold til det som ellers gjelder: “Hensynet til rettsikkerhet kommer jo inn i mindre grad enn når det er klaget”.<sup>88</sup>

Som Jan Fridthjof Bernt understreker, ble hovedreglene i § 35 “utformet med sikte på den tradisjonelle statlige hierarkiske forvaltning, og ... passer dårlig når vedtak er truffet av et

<sup>84</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, op. cit., s. 288.

<sup>85</sup> Se også Rt. 2007 s. 257.

<sup>86</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, op. cit., s. 287-8.

<sup>87</sup> *Ibidem*, s. 289.

<sup>88</sup> *Ibidem*, s. 292.

kommunalt eller fylkeskommunalt organ, fordi klageinstansen da i de fleste tilfelle vil være et organ uten noe slikt generelt overordningsforhold til førsteinstansen”.<sup>89</sup>

### 3. Ved lovlighetskontroll

Mens klageordningen bare gjelder enkeltvedtak, gjelder lovlighetskontrollen de fleste typer av realitetsavgjørelser.<sup>90</sup> Ved lovlighetskontroll skal det (jfr. kommunel. § 59 nr. 4 første ledd) tas stilling til om avgjørelsen

- a. er innholdsmessig lovlig
- b. er truffet av noen som har myndighet til å treffe slik avgjørelse
- c. er blitt til på lovlig måte.

Kontrollinstansen (departementet) skal oppheve<sup>91</sup> avgjørelsen hvis det er gjort slike feil at den er ugyldig (kommunel. § 59 nr. 4 andre ledd). Ugyldighet kan utløse erstatningsansvar for kommunen.

Utgangspunktet er altså at de skjønsmessige eller “politiske” vurderinger (“det frie skjønn”) ikke kan overprøves. Men grensen er ikke alltid klar (se også ovenfor om de tilsvarende kriterier i alkoholl. § 1-16).<sup>92</sup>

Hva skjer dersom fylkesmannen som lovlighetskontrollør tar feil? På spørsmål fra KS har KRD i brev av 16. januar 1995 om kommunenes rett til å klage over slike vedtak, uttalt blant annet:

“Adgangen til å klage over kommunale/fylkeskommunale avgjørelser er uttømmende angitt i forvaltningsloven og kommuneloven. Verken forvaltningsloven eller kommuneloven gir hjemmel til å klage over vedtak om lovlighetskontroll. Klageadgangen over kommunale/fylkeskommunale avgjørelser i det nåværende klagesystemet ivaretar partenes interesser i tilstrekkelig grad.

Vedtak i lovlighetskontrollsaker kan bringes inn for domstolene. Domstolene kan som hovedregel prøve rettsanvedelsen, men ikke det frie skjønn. Sivilombudsmannen kan også uttale seg om vedtak i lovlighetskontrollsaker.”

Standpunktet er opprettholdt i en sak fra 2002 (02/5731). Men selv om det etter departementets syn altså ikke er adgang til å klage over vedtak i saker om lovlighetskontroll, kan departementet ta slike vedtak opp til prøving av eget tiltak. Det finnes eksempel på at dette har skjedd etter anmodning fra en kommune.<sup>93</sup>

### 4. Ved tilsyn

Statskonsult identifisert 30 lover som innebærer statlig tilsyn med kommunesektoren. I tillegg kommer fem lover som har såkalte *tilsynsliknende kontrollmekanismer* eller som indirekte innebærer tilsyn overfor kommunene.<sup>94</sup>

En NIBR-rapport om “Statlig tilsyn med kommunesektoren” spurte om visse former for utøvelse av tilsynsmyndighet på en utilsiktet måte kan hindre kommunene i å utvise lokalt skjønn og hemme fleksibiliteten i kommuneorganisasjonen på en måte som virker negativt inn på tjenestetilbudet. Svarene antyder at kommunene ikke opplever tilsynet som innskrenkende

<sup>89</sup> Jan Fridthjof Bernt, *Kommunalrett*, op. cit., s. 587.

<sup>90</sup> Ved en endring av kommuneloven § 59 nr. 1 som trådte i kraft 1. mars 1997, er avgjørelser om tilsetting, oppsigelse og avskjed unntatt fra lovlighetskontroll.

<sup>91</sup> Kontrollinstansen kan ikke endre underinstansens avgjørelse. Enten avvises kravet om lovlighetskontroll, eller avgjørelsen opprettholdes eller oppheves.

<sup>92</sup> Se 3.3.2.1. og 3.4.1.2..

<sup>93</sup> Bernt Frydenberg, *Kommunalrett*, op. cit. s. 216-7.

<sup>94</sup> Statskonsult, *Kartlegging av statlig tilsyn med fylkeskommuner og kommuner*, (2003), Notat til Kommunal- og arbeidsdepartementet av 21. januar 2003.



i forhold til den kommunale handlefriheten.<sup>95</sup> Men det understrekes samtidig at kommunene “er jevnt over lite entusiastiske til hendelsesbasert tilsyn”.<sup>96</sup>

Omtrent samtidig viste tilsynsutvalget til “tydelige signaler fra kommunesektoren på at staten i tilsynssammenheng ikke opptrer tilstrekkelig samordnet. Det er derfor viktig at de ulike delene av statens tilsynsvirksomhet samordnes. Dette gjelder både tilsynet på de områdene som fylkesmannen har ansvaret for, og det tilsynet som sektortilsynene har ansvaret for”.<sup>97</sup> Tilsynet må altså ta hensyn til at kommunene har ansvar for flere oppgaver og til deres økonomiske situasjon. “Hvis tilsynsmyndigheten velger å ikke ta hensyn til kommunens økonomi, og den aktuelle kommunen får pålegg/tvangsbøter, vil økonomien forverres ytterligere”.<sup>98</sup>

I tillegg understreket tilsynsutvalget at det ofte

“signaliseres fra kommunene at det ikke er sammenheng mellom kommunens pålagte oppgaver og kommunens ressurser. Etter utvalgets oppfatning er det likevel ikke tilsynets oppgave å saldere en kommunes oppgaveportefølje. Forutsatt at det er et misforhold mellom oppgaver og ressurser, er det Stortingets oppgave å sørge for at det skapes likevekt i dette forholdet. Det er kommunen selv som må gjøre de nødvendige avveininger mellom gitte ressurser og pålagte oppgaver. Å gi fylkesmannen en slik rolle er i realiteten å gi en statlig embetsmann innpass i den kommunale prioritering og oppgaveløsning. Dette skaper uklare ansvarsforhold. Både rettslig og politisk er det kommunen som står ansvarlig for hvordan de oppgavene som kommunen er pålagt i lov, skal løses. Kommunen må derfor selv foreta de nødvendige prioriteringer mellom de ulike lovpålagte oppgaver”.<sup>99</sup>

Det nye kapittel 10 A i kommuneloven bygger på tilsynsutvalgets råd og representerer et kompromiss mellom statlige og kommunale interesser. For eksempel sier § 60 d at før en tilsynsmyndighet gir pålegg, skal den “vurdere de virkninger disse kan ha for kommunens eller fylkeskommunens øvrige virksomhet”, og etter § 60 e er det fylkesmannen som “samordner praktiske sider og bruk av reaksjoner ved statlig tilsyn rettet mot kommunen eller fylkeskommunen”. Bare praksis kan vise om disse reglene fører til en utvikling av tilsynet til fordel for kommunene. Ifølge Bernt Frydenberg har f.eks. enkelte statlige regionale overprøvningsinstanser “ikke tilstrekkelig kyndighet, samtidig med at departementene ikke vil eller ikke makter å gripe inn overfor feil hos disse. Dette kan føre til dels feilaktig, dels forskjellig praksis i fylkene, dels begge deler”.<sup>100</sup>

Kommunel. kap. 10 A avgrensner tilsynet til lovligheten av kommunens plikter ifølge lov eller i medhold av lov. Tilsynet underlegges de samme begrensinger som domstolene med omsyn til å overprøve kommunens frie skjønn. Dessuten kan kommunene påklage pålegg til overordnet statlig forvaltningsorgan (se § 60 d, siste ledd). Selv om avgjørelser som binder kommunene fortsatt skal treffes i statsforvaltningen, representerer disse reglene viktige fremskritt for det kommunale selvstyret.

På samme måte som for klagereglene er det imidlertid ikke foretatt noen full harmonisering med tilsynsreglene i særlovgivningen, som fortsatt har en rekke bestemmelser om statlig tilsyn og kontroll med kommunesektoren. Det kan skilles mellom uspesifiserte og spesifiserte ordninger. Med uspesifiserte ordninger siktes det til “lovbestemmelser som fastsetter at staten skal føre tilsyn m.v., men uten at det sies noe nærmere om hva innholdet i ordningen er. ... Spesifiserte ordninger er typer av lovbestemmelser som mer konkret

<sup>95</sup> NIBR 2004:04, *op. cit.*, s. 11.

<sup>96</sup> NIBR 2004:04, *op. cit.*, s. 107.

<sup>97</sup> NOU 2004:17, *Statlig tilsyn med kommunesektoren*, (2004), Kommunal- og regionaldepartement, s. 129.

<sup>98</sup> *Ibidem*, s. 129.

<sup>99</sup> NOU 2004:17, s. 129

<sup>100</sup> Bernt Frydenberg, *Kommunalrett, op. cit.*, s. 216.

fastsetter statens myndighet, f.eks. å godkjenne nærmere angitte kommunale/fylkeskommunale vedtak”.<sup>101</sup>

Kommunelovutvalget påpekte at “det er noe uklart hvilken kompetanse de uspesifiserte tilsynsbestemmelser gir staten overfor kommuner og fylkeskommuner”.<sup>102</sup> Det foreslo at de uspesifiserte regler gjøres mer spesifiserte, ved bl.a. at det klargjøres “hvilken myndighet som slike bestemmelser i de enkelte tilfelle gir statlige organer, og vurdere en nærmere lovfesting av myndighetens innhold”, og at det vurderes “om den myndighet som staten har etter disse bestemmelser er nødvendig, bl.a. ut fra rettssikkerhetsmessige hensyn, og om de eventuelt kan erstattes av andre ordninger”.<sup>103</sup> Behovet for en gjennomgang av hjemler om statlig tilsyn med kommunesektoren ble også understreket i Ot.prp. nr. 59 (1992-1993), *Om tilpasning av særlovgivningen til ny kommunelov*. Med hensyn til at

“[d]et er (...) så mange spesielle problemstillinger knyttet til denne delen av tilsynsarbeidet blant annet fordi omfanget av tilsyn må veies opp mot det kommunale selvstyret og den demokratiske kontroll som utøves gjennom dette at det ikke er naturlig å velge de samme løsninger på dette området som på andre områder der staten fører tilsyn”<sup>104</sup>,

ble tilsynsutvalget oppnevnt i 2003 for å gjennomgå statlig tilsyn med kommunesektoren og å identifisere områder hvor det er behov for samordning. Utvalget konkluderte med at reglene i særlovgivningen skal peke ut hvilke spesifiserte områder det skal føres tilsyn med<sup>105</sup> og at det bør foretas en “samlet gjennomgang” av tilsynsbestemmelsene i særlovene med det mål at statlig tilsyn bare bør brukes på de områdene der hensynet til rettssikkerhet og samfunnstrygghet ikke blir godt nok sikret gjennom andre former for kontroll og påvirkning.<sup>106</sup> Både Kommunaldepartementet og Stortinget var enige i at en slik gjennomgang av dagens tilsynsordninger (dvs. særlovsbestemmelser) kunne bidra til å finne ut på hvilke områder tilsyn er nødvendig og hensiktsmessig.<sup>107</sup>

Foreløpig er det imidlertid et “tosporet” system også på dette området. De “gamle” tilsynsbestemmelsene består inntil særlovgjennomgangen er utført og de nødvendige vedtak truffet. Først deretter blir det mulig å vurdere om de nye reglene i kommunel. Kap. 10 A representerer noe avgjørende gjennombrudd på dette området.

### 3.4. Om den norske domstolsordningen

#### 3.4.1. Særtrekk

##### 1. Domstolskontrollens betydning

Ved siden av klagebehandling i statsforvaltningen kan kommunale vedtak som utgangspunkt underkastes overprøving i de ordinære domstolene. I dette avsnittet konsentrerer vi oss om situasjonen når klagebehandlingen i staten ikke har vært tilstrekkelig til å bilegge uenighet om vedtakets lovlighet. Hvis klager ikke har fått fullt medhold, kan det være aktuelt å bringe saken inn for domstolene.

Et særtrekk ved de alminnelige domstolene i Norge, er at de ikke er spesialiserte med sikte på særlige typer av rettsspørsmål. Mens kontrollen med forvaltningen i mange andre

<sup>101</sup> Ot. prp. nr. 42 (1991-1992), *Om lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)*, s. 243.

<sup>102</sup> NOU 1990:13, *Forslag til ny lov om kommuner og fylkeskommuner*, s. 323.

<sup>103</sup> *Ibidem*, s. 323. Ot. prp. nr. 42 (1991-1992), s. 244.

<sup>104</sup> St.meld. nr. 17 (2002-2003), *Om statlige tilsyn*, s. 93.

<sup>105</sup> NOU 2004:17, s. 19.

<sup>106</sup> *Ibidem*, s. 18-9.

<sup>107</sup> Se Ot. prp. nr. 97 (2005-2006), *Statleg tilsyn med kommunesektoren*, pkt. 2.4., og Kommunaldepartementets rundskriv H-03/07 av 26. februar 2007, *Nytt kapittel 10A i kommuneloven – statlig tilsyn med kommunesektoren*.

land i Europa (Sverige, Finland, Frankrike, Tyskland ...) som hovedregel er lagt til særskilte forvaltningsdomstoler (se i kap. 4), er denne funksjonen i Norge (på samme måte som i Danmark) lagt til de alminnelige domstolene. De har ikke særlig ekspertise i forvaltnings- eller kommunalrett. Behandlingen i domstollignende forvaltningsorganer har ikke sjelden “større faglig tyngde og grundighet enn behandlingen i våre alminnelige domstoler”.<sup>108</sup>

Siden det ikke finnes særdomstoler som er spesialisert med sikte på spørsmål av forvaltningsrettslig karakter, finnes det heller ikke slike domstoler som kan behandle tvister mellom stat og kommune.<sup>109</sup> Den praktiske realitet er i stedet at potensielle tvister mellom stat og kommune begynner og slutter i forvaltningen, med et statlig organ som klage- eller kontrollinstans.

De fleste forvaltningssaker blir avgjort innenfor forvaltningsapparatet selv. Tallet på slike saker som blir brakt inn for de norske domstolene, er ganske lite. Det er vanskelig å etablere sikre overslag, dessuten er ikke grensedragningen mellom forvaltningsrett og andre rettsområder skarp. Publiserte anslag går imidlertid i retning av at det kommer kanskje et par tusen forvaltningssaker for domstolene per år, mens Høyesterett behandler en håndfull. “[B]åde for utsiktene til å få forvaltningsrettens regler respektert og for domstolenes posisjon i samfunnet, er det et problem at de kommer så sjelden inn i de fleste sakstyper som springer ut av forvaltningens rolle i dagens samfunn”.<sup>110</sup> Som Sunniva Bragdø understreker, er omfanget av domstolsprøving av forvaltningsvedtak så lite at “det reelle behovet for en uavhengig, rettslig overprøving neppe blir dekket”.<sup>111</sup>

I følge Statskonsult er det minst fire årsaker til at ikke flere forvaltningssaker blir behandlet av domstolene:<sup>112</sup>

“Den ene er at borgerne gjennomgående har tillit til at de avgjørelsene forvaltningen treffer, er korrekte. Den andre er at økonomiske og andre terskler er for høye til at saker legges frem for disse. Den tredje er at domstolsbehandling som regel tar lang tid og derfor er lite egnet i saker der det er viktig å få truffet avgjørelser raskt. Den fjerde er at borgeren føler at hun eller han ikke har noen sjanse til å vinne frem mot overmakten og derfor resignerer”.<sup>113</sup>

Det krever tid og ressurser å sette i gang domstolsapparatet. Prinsippet om muntlighet, som dominerer i domstolsprosessen, innebærer at avgjørelsene som utgangspunkt skal bygge på det som kommer frem under de muntlige forhandlingene. Dette har stor betydning for saksbehandlingstid og kostnader. Spørsmålet kan altså sies å være hvordan forbrukerne

<sup>108</sup> Sunniva Bragdø, “Domstolsprøving av forvaltningsvedtak: et komparativt perspektiv”, (2005), *Lov og rett*, nr. 01-02, s. 68-89, s. 72. Hun fortsetter med et interessant eksempel fra Turid Vogt Grinde i Sturla Falck og Toril Havik (red.), *Barnevern og fylkesnemnd*, (2000), Oslo, s. 222 og 207: “Tingretten kan overprøve vedtak fra Fylkesnemndene for sosiale saker og er et eksempel på en overprøvingsinstans som er mindre spesialisert enn førsteinstansen. Fylkesnemndene settes med to legdommere og to fagkyndige dommere samt en leder som er jurist med betraktelig barnevernfaglig erfaring. Når fylkesnemndas vedtak overprøves i tingretten settes den med én juridisk dommer og enten to legdommere eller to fagkyndige dommere. Dommeren som leder rettsmøtet, har ingen spesiell erfaring med barnevernsaker, og i stor andel saker benyttes legdommere og ikke fagkyndige dommere”.

<sup>109</sup> Det finnes andre ordninger som bl.a. Ombudsmannen, klageinstanser etter fvl. Kap. VI og flere særskilte klagenemnder, men de er ikke særskilte “forvaltningsdomstoler”. Dessuten er forhold mellom særdomstoler (svært få i Norge: F.eks. Arbeidsretten og jordskiftetretene) og domstolslignende forvaltningsorganer uoversiktlig i Norge.

<sup>110</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, *op. cit.*, s. 497.

<sup>111</sup> S. Bragdø, *op. cit.*, s. 68.

<sup>112</sup> De noterer også at det ikke finnes noen sikker kunnskap om det fordi verken Justisdepartementet, Domstolsadministrasjon eller Regjeringsadvokaten har utarbeidet statistisk materiale over forvaltningsvedtak som behandles av domstolene. Det foreligger heller ikke nærmere undersøkelser om hvorfor ikke flere av klagen på forvaltningens avgjørelser blir overprøvd av domstolene. – Statskonsult, *Klager over alt – Organisering av statlig klagesaksbehandling*, (2003), Rapport 2003:19, s. 25.

<sup>113</sup> *Ibidem*, s. 25.

(herunder kommunene) kan gis en rimelig og enkel måte å løse tvister uten at avgjørelsen legges i hendene på den andre part (statsforvaltningen).

## 2. Om domstolenes prøvelseskompetanse

Som rettssikkerhetsinstanser skal domstolene anvende lov og rett. Som regel er deres kompetanse begrenset til å vurdere lovmessigheten av forvaltningens vedtak. Dette “betyr at domstolen prøver saksbehandling, faktum, lovtolkning, eventuell kompetanseoverskridelse, men ikke hensiktsmessighetsskjønn, det vil si forvaltningens frihet til selv å velge hvorvidt vedtak skal treffes, og eventuelt med hvilket innhold”.<sup>114</sup> *Hensiktsmessighetskontroll* kan bare utføres unntaksvis, i kraft av særskilt bestemmelse.

Domstolene må selv tolke loven for å avgjøre hvor grensen mellom “legalitet” og “skjønn” skal trekkes, og om forvaltningen har fulgt de pålegg og har holdt seg innenfor de grenser som følger av lov og rett. Grensen vil ikke alltid være klar. “I den enkelte sak kan ikke en domstol bestemme helt fritt hvor langt den vil anse forvaltningens handlefrihet for å være begrenset, og dermed – omvendt – hvor langt dens myndighet til å prøve forvaltningens vedtak går”.<sup>115</sup> Men siden grensene for prøvelsesmyndigheten i stor grad er skapt gjennom rettspraksis og på visse punkter er temmelig vage, har domstolene en viss mulighet til selv å variere prøvelsens omfang og intensitet (og dermed omfanget av forvaltningens handlefrihet).

Som utgangspunkt er det loven selv som begrenser området for domstolskontroll<sup>116</sup> ved å gi rom for forvaltningsskjønn. Dette skjer først og fremst ved uttrykkelig bestemmelse i denne retning (f.eks. “kan”) eller ved å bruke sterkt skjønnsmessige og/eller politisk ladete ord og uttrykk. Men loven kan også gi forvaltningen kompetanse til å avgjøre visse rettsspørsmål med “bindende virkning”,<sup>117</sup> også slik at det siste ord i tvister mellom stat og kommune mer eller mindre uttrykkelig er lagt til et statsorgan (se f.eks. sosialtjenesteloven 13. desember 1991 nr. 81 § 10-3). Dessuten er det antatt at de avgjørelser som treffes av departementet angående valg av kommunestyre og fylketing er endelige og ikke kan bringes inn for domstolene (se valgloven 28. juni 2002 nr. 57 § 13-2).<sup>118</sup>

I forhold til spørsmålet om kommunalt selvstyre, må begrensningen til legalitetskontroll betraktes som en fordel. I andre relasjoner kan denne begrensningen betraktes som et problem: Dersom resultatets rimelighet i det enkelte tilfelle ikke kan vurderes, blir jo den privates mulighet til å vinne frem, tilsvarende begrenset.

### 3.4.2. Hvem som skal saksøkes

Når noen vil gå til sak for å få underkjent en forvaltningsavgjørelse, må søksmålet rettes mot staten eller vedkommende kommune, ikke mot den tjenestemann som har truffet den. Dette gjelder selv om tvistemålsloven § 435,<sup>119</sup> der dette var sagt uttrykkelig, ikke er videreført i tvisteloven.

Spørsmålet om det er staten eller vedkommende kommune som skal saksøkes handler om borgeres forventninger med hensyn til ytelser og tjenester i velferdsstaten. Det kan også ha stor betydning for kommunene: Det hører med i “en løpende debatt om hvem som har ansvaret for sviktende ytelser og tjenester; kommunen som skal forvalte og prioritere, eller staten som setter de økonomiske rammene for denne virksomheten”.<sup>120</sup>

<sup>114</sup> S. Bragdø, *op. cit.*, s. 84.

<sup>115</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett, op. cit.*, s. 504.

<sup>116</sup> Derimot finnes det flere lovbestemmelser som utvider domstolenes prøvelsesmyndighet. – Se *ibidem*, s. 505.

<sup>117</sup> Se mer om det i Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett, op. cit.*, s. 506 flg.. Om tolkningsspørsmålet, se også 3.5.1..

<sup>118</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett, op. cit.*, s. 508. Se i tillegg Rt. 1962 s. 571.

<sup>119</sup> Søksmål om lovligheten av avgjørelser kan “bare reises mot staten, en kommune eller en offentlig innretning”.

<sup>120</sup> J.F. Bernt & al., *Kommunalrett, op. cit.*, s. 579.

Noen ganger kan det være tvilsomt hvem som har ansvar for organer med tilknytning både til stat og kommune, f.eks. ved at medlemmene er oppnevnt av kommunen, men i sitt arbeid er underlagt statlige myndigheter (f.eks. ligningsnemndene, se l. 13/6 1980 nr. 24 § 2.1).<sup>121</sup> For noen nemnder er spørsmålet løst i lov<sup>122</sup> eller rettspraksis. “I praksis har det bl.a. vært lagt vekt på om organet fremmer ‘kommunale formål’ eller ‘statsformål’. Dette er ikke noe klart kriterium, siden man ofte kan være i tvil om det først og fremst er lokal eller storsamfunnet som høster fordelene av organets virksomhet”.<sup>123</sup> Men spørsmålet har bare unntaksvis kommet på spissen.

Når spørsmålet ikke er lovregulert eller løst i rettspraksis, må avgjørelsen “treffes ut fra en helhetsvurdering, hvor det går inn en rekke momenter”.<sup>124</sup> Tore Schei skiller mellom tre momenter:

- a) hvilken rolle statlige myndigheter spiller på vedkommende område (kan de gi forskrifter eller instruksjoner? Har fylkesmannen eller departementet overprøvingsadgang?),
- b) hvem som bærer utgiftene (det er ofte kommunen) og
- c) tradisjonen (hvis et forvaltningsområde tradisjonelt har vært betraktet som kommunalt, behøver det ikke å ha betydning for ansvars plassering at staten utvider eller styrker statskontrollen).<sup>125</sup>

Kontrollmomentet er ikke avgjørende i seg selv. Det finnes tilfeller hvor kommunen, ikke staten, er blitt ansvarlig selv om staten utøver en betydelig kontrollvirksomhet (f.eks. i grunnskolen).

Utgangspunktet er ellers at det organ som har truffet det vedtaket som anfektes, er rette saksøkt. I de fleste tilfelle vil det være klart hvem som er ansvarlig. Størst interesse i vår sammenheng har det antagelig at det er staten som skal saksøkes dersom det avgjørende vedtaket er truffet av fylkesmannen eller en annen instans i statsforvaltningen, for eksempel etter klage over et kommunalt vedtak (se f.eks. Rt. 2005 s. 218<sup>126</sup> og Rt. 2005 s. 1089). Dette er nå lovfestet, slik at saken må “reises mot den myndighet som har truffet avgjørelsen i siste instans” (se tvisteloven § 1-5 første punktum).

Den omstendighet at søksmål om gyldigheten av et kommunalt vedtak som er blitt overprøvd av et statlig organ *må* rettes mot staten, er likevel ikke til hinder for at andre *kan* bli saksøkt sammen med staten. I Rt. 2007 s. 538 (ugyldighetssøksmål mot staten vedrørende reguleringsplan som omregulerte deler av Husebyskogen til bruk for amerikansk ambassade), ble søksmålet kombinert med et søksmål mot Oslo kommune for å hindre at kommunen ga tillatelse til igangsettelse av bygging før reguleringssaken var rettskraftig avgjort. Selv om staten var rett saksøkt i reguleringssaken, kom kjæremålsutvalget til at søksmålet mot kommunen – herunder begjæring om midlertidig forføyning – måtte fremmes. Søksmålet kunne altså rettes mot både stat og kommune.

Krav om erstatning skal rettes mot kommunen hvis det forhold som påstås å utløse erstatningsplikt var til stede ved førsteinstansbehandlingen, men mot staten hvis forholdet har

<sup>121</sup> “Statlig-kommunale ‘hybrider’”, jfr. Toril Kristiansen Høyland, “Søksmål etter statlig klagebehandling av kommunale vedtak – hvem som skal saksøkes og hvem som kan saksøke?”, (2001), *Lov og Rett*, nr. 4, s. 195-212, s. 199.

<sup>122</sup> Se Ot. prp. nr. 39 (1986-1987), kap. V.

<sup>123</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, *op. cit.*, s. 472.

<sup>124</sup> Tore Schei, “Kommune, fylkeskommune eller stat som saksøkt?”, (1981), *Lov og rett*, s. 339-353, s. 342.

<sup>125</sup> *Ibidem*, s. 342.

<sup>126</sup> I Rt. 2005 s. 218 ble saken reist mot kommunen ved Oslo tingrett med påstand om at vedtakene skulle kjennes ugyldige og innbetalt mulkt betales tilbake. “Søksmålet ble avvist på grunn av feil saksøkt. Borgarting lagmannsrett stadfestet tingrettens kjennelse. HRs kjæremålsutvalg kom til at staten var rett saksøkt vedrørende spørsmålet om vedtakene var gyldige (fordi staten hadde tatt den endelige avgjørelsen i saken), mens kommunen var rett saksøkt i spørsmålet om tilbakebetaling (fordi det var kommunen som eventuelt skulle betale tilbake)”. – Bernt Frydenberg, *Kommunalrett*, *op. cit.*, s. 217.

tilknytning til klagebehandlingen.<sup>127</sup> Hvorvidt stat eller kommune er erstatningsansvarlig når kompetansen er delt, f.eks. slik at kommunalt vedtak må stadfestes av et statsorgan for å vinne gyldighet, beror på hvem som har foretatt den handling som betinger erstatning.

### 3.4.4. Klagerett og søksmålskompetanse for kommunene?

#### 1. Innledning

Hvilken rett har en kommune til å kreve overprøving når en privat part vinner frem og kommunen er misfornøyd med utfallet i den statlige overprøvingsinstansen?

Det er ikke avgjørende om lovgivningen begrenser statsforvaltningens kompetanse til å prøve skjønnsmessige sider av kommunenes avgjørelser, slik som forvaltningsloven § 34 annet ledd, tredje punkt (om klageinstansens kompetanse), kommuneloven § 60 b (om tilsyn) og visse særlover. Kommunen kan jo også være uenig med staten om spørsmål av juridisk karakter, f.eks. om hvem som faller inn under en støtteordning eller om omfanget av kommunens skjønnsfrihet. Selv om kommunene i stor grad ser ut til å føye seg etter statens avgjørelser, finnes det her i virkeligheten et stort konfliktpotensial.<sup>128</sup>

Det formelle utgangspunkt er at kommuner og fylkeskommuner er egne rettssubjekter (også) i den forstand at de har partsevne for domstolene (se eksempelvis domstoloven § 191 eller tvisteloven § 2-1). Men for å klage eller reise sak, må kommunen også ha “rettslig interesse” (forvaltningsloven § 28, tvisteloven § 1-3).

#### 2. Klagerett

Det kan være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i hovedreglene om rett til å klage til høyere forvaltningsorgan. Den alminnelige regelen er at klageretten bare tilkommer part eller annen med rettslig klageinteresse. Dessuten er klageinstansens vedtak i klagesak unntatt fra klageretten. I praksis er hovedregelen dermed at et forvaltningsorgan ikke kan påklage vedtak av et annet forvaltningsorgan.

Dette kan forklares slik: “Det alminnelige utgangspunktet vil være at et hus ikke bør være i strid med seg selv. Den offentlige forvaltning skal samarbeide og fremtre på en ryddig og ordentlig måte overfor omverdenen. Når lovgiver har fastsatt en viss funksjons- eller oppgavefordeling innen den offentlige forvaltning, vil det normalt virke uryddig, både i forhold til partene og for forvaltningen selv, om det enkelte forvaltningsorgan skulle bli ansett å ha en slik egeninteresse i saken at dette skulle utløse krav om overprøving i klagesak eller rettssak”.<sup>129</sup>

For å danne oss et mer detaljert bilde må vi, med utgangspunkt i begrepet “rettslig klageinteresse”,<sup>130</sup> skille mellom situasjoner der kommunen opptrer som a) “privatperson”, b) “representant for lokale interesser” eller c) “offentlig myndighet”.<sup>131</sup>

a) Som eget rettssubjekt kan kommuner opptre som klager i saker “hvor kommunens eller fylkeskommunens status og interesse i saken er helt parallell til en privat parts”,<sup>132</sup> jfr. forvaltningsloven § 2 første ledd og § 28. “Nabointeresser gir f.eks. samme grunnlag for klagerett enten det er en privatperson eller en kommune som eier den eiendom det gjelder”.<sup>133</sup>

<sup>127</sup> Tore Schei, “Kommune, fylkeskommune eller stat som saksøkt?”, *op. cit.*, s. 349.

<sup>128</sup> Se også infra 3.5.1..

<sup>129</sup> Jan Fridthjof Bernt, *Kommunalrett*, *op. cit.*, s. 104.

<sup>130</sup> Se Eivind Smith, “‘Rettslig interesse’ i forvaltningsretten”, i Eivind Smith, *Stat og Rett*, (2002), Universitetsforlaget, Oslo, s. 722-740 (tidligere publisert i *Tidsskrift for rettsvitenskap*, (1980), s. 445-471).

<sup>131</sup> For et mer omfattende bilde kan man også skille mellom søksmål om gyldigheten av: a) et enkeltvedtak, b) forskrifter og andre bestemmelser, c) med unntak av avgjørelser med (uttrykkelig og i visse tilfeller, underforstått) “bindende virkning” – Se Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, *op. cit.*, s. 506-7.

<sup>132</sup> Jan Fridthjof Bernt, *Kommunalrett*, *op. cit.*, s. 103.

<sup>133</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, *op. cit.*, s. 280.

b) Kommunene kan også ha klagerett som representant for innbyggerne og for allmenne distriktsinteresser. “Dette ville være aktuelt i situasjoner hvor kommunen ønsker å ivareta en mer generell interesse for innbyggerne i kommunen, samtidig som det ikke er adgang til eller praktisk for den enkelte innbygger å reise sak eller å klage”.<sup>134</sup> En kommune må f.eks. kunne klage over tillatelse til røykutslipp som føre til store forurensninger.<sup>135</sup>

Friluftsløven 28. juni 1957 nr. 16 § 22 andre ledd, andre setning gir kommunen og fylkeskommunen kompetanse til å opptre, klage og reise søksmål på vegne av allmennheten “i alle saker av interesse for friluftslivet”. Den samme kompetanse har fylkesmannen på vegne av staten (tredje ledd).

c) Som forvaltningsmyndighet har kommunene derimot ikke klagerett som følge av overprøving av deres egne vedtak. – I Rt. 1993 s. 445 ble søksmål fra en kommune for å få fastslått at statens vedtak om å frafalle et vilkår som var satt for konsesjon til kjøp av en fritidseiendom var ugyldig, avvist siden kommunen selv opptrådte som “offentlig myndighet” etter konsesjonslovgivningen.<sup>136</sup> Kommunen kunne ikke *samtidig* anføre at den hadde rettslig interesse “som representant for innbyggerne i kommunen”.<sup>137</sup>

Enkelte lover gir likevel mer vidtgående klagerett enn den som følger av fvl. § 28. Et eksempel gir plan- og bygningsloven 27. juni 2008 nr. 71 § 1-9 tredje ledd om at “[b]erørt statlig organ, herunder Sametinget, regionalt organ og kommune kan påklage enkeltvedtak etter loven dersom vedtaket direkte berører vedkommende myndighets saksområde”.

### 3. Søksmålskompetanse

Som utgangspunkt må kommunenes adgang til domstolene avgrenses på samme måte som retten til å klage til høyere forvaltningsorgan. For å reise sak for domstolene, må kommunene og fylkeskommunene ha rettslig interesse. Selv om uttrykket ikke benyttes i den nye tvisteloven, innebærer dette “ikke noen realitetsendring i forhold til tvistemålsloven av 1915. Hovedinnholdet i søksmålsbetingelsene er forutsatt videreført under tvisteloven”<sup>138</sup> og gjelder fortsatt også for kommunenes søksmålsadgang.

Kravet om rettslig interesse reiser ikke særlige problemer i saker der kommunene opptrer i posisjoner som også private kunne inneha (f.eks. som grunneier). Her skal vi se på kommunenes posisjon som forvaltningsorgan på vegne av kommunens egen rettsstilling (a) og som “interesseorganisasjon” i saker som ikke direkte berører dens egen stilling som rettssubjekt (b).<sup>139</sup> I følge Toril Kristiansen Høyland er det et problem at lovgivningen generelt er taus om hvorvidt en kommune kan reise sak om berettigelsen av klageinstansens vedtak.<sup>140</sup>

a) I saker av den førstnevnte typen synes ikke domstolene å ville anerkjenne noen rett for kommunene til å anlegge sak mot staten.<sup>141</sup> Rt. 1993 s. 1443 gir et eksempel. Den gjelder kommunens rett til domstolsprøving av vedtak i fylkesnemnda for sosiale saker i et tilfelle der

<sup>134</sup> Jan Fridthjof Bernt, *Kommunalrett*, *op. cit.*, s. 106.

<sup>135</sup> For andre eksempler, se *ibidem*, s. 106.

<sup>136</sup> “[K]ommunens stilling som offentlig myndighet etter konsesjonsloven ikke i seg selv kan begrunne en søksmålskompetanse for kommunen.” – Rt. 1993 s. 448.

<sup>137</sup> Om “rettslig interesse”, se 3.4.3.3., *infra*.

<sup>138</sup> Jens Edvin A. Skoghøy, “Kravene til søksmålsgjensstand, partstilknytning og søksmålssituasjonen etter tvisteloven – noen grunnleggende spørsmål – Artikkelen bygger på foredrag på seminar i Høyesterett 25. april 2006 i anledning høyesterettsdommer Gunnar Aaslands avgang”, (2006), *Lov og rett*, nr. 7, s- 407-428, s. 409.

<sup>139</sup> Jfr. Inge Lorange Backer, *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage*, (1984), Universitetsforlaget, Oslo, s. 168-9. og Toril Kristiansen Høyland, *op. cit.*, s. 205 flg..

<sup>140</sup> T. Kristiansen Høyland, *op. cit.*, s. 205.

<sup>141</sup> Dessuten presenterer Toril Kristiansen Høyland ganske tunge argumenter mot at kommunen skal kunne reise søksmål mot både staten og den private part (klageren) selv om tausheten i lovforarbeider og annet kildemateriale kan tyde på at kommunen kunne gjøre det. Hun foreslår at kommunen bare skal kunne få prøvet en sak gjennom søksmål mot staten. – T. Kristiansen Høyland, *op. cit.*, s. 207-9.

nemnda ikke tok kommunens vedtaksforslag til følge. “Det foreligger ingen klar hjemmel som gir det offentlige søksmålsadgang” (s. 1443), og retten finner “at sosialtjenesteloven § 9-10 ikke kan forstås slik at kommunen kan reise sak om gyldigheten av fylkesnemndas vedtak” (s. 1446). – Loven er senere endret med sikte på å sørge for at noen kan tale på vegne av barnets interesser under en etterfølgende rettssak (se barnevernl. 17. juli 1992 nr. 100 § 7-24).

Om dommen i Rt. 2007 s. 234 (Kongsberg/Nes), se nærmere i 3.5.3..

b) Som utgangspunkt er kommunenes interesse ikke begrenset til statlige avgjørelser som direkte berører dem som egne rettssubjekter. Man må også ta hensyn til kommunenes særskilte demokratiske forankring.

For saker som verken berører kommunens egen eller innbyggernes rettsstilling direkte, er imidlertid bildet uklart. Kommunenes rolle som “interesseorganisasjon” må bedømmes etter hvor vidt den oppfattes som representant for de interessegrupper eller deler av befolkningen som berøres, eller hvor vidt vedtaket den fatter får betydning for allmenne interesser som den (naturlig) ivaretar. Undertiden stilles begge vilkår.

Inge Lorange Backer påpeker at en regel om at det er tilstrekkelig for klagerett at organet ivaretar “almene interesser”, vel ikke “harmonerer ... så godt med utgangspunktet om at et organ ikke får klagerett fordi dets saksområde er berørt” – spesielt når kommunene som forvaltningsorganer har hjemmel til å ivareta allmenne interesser eller fellesinteresser for befolkningen på stedet.<sup>142</sup>

Rt. 1993 s. 445 gjelder spørsmål om rettslig interesse for Arendal kommune til å få prøvd gyldigheten av et kommunalt vilkår for et konsesjonsvedtak vedrørende privat eiendom i et tilfelle der staten ikke tok vilkåret til følge. Kommunen fikk ikke partsstilling, og retten uttalte at søksmålsadgang for kommunen “vil være i strid med det som ellers gjelder ved søksmål om forvaltningsvedtak”. Kommunens stilling som offentlig myndighet etter konsesjonsloven av 31. mai 1974 nr. 19 kunne ikke i seg selv begrunne søksmålskompetanse for kommunen (s. 448). For at kommunen kunne få søksmålskompetanse måtte vedtaket også berøre rettsstillingen til innbyggerne i kommunen mer generelt.

Ifølge Høyesteretts kjæremålsutvalg ville det “harmonere dårlig med den fordeling av myndighet mellom staten og kommunene som konsesjonsloven foretar, om kommunen i egenskap av underordnet eller rådgivende forvaltningsorgan kunne kreve departementets vedtak rettslig prøvet”. Utvalget kunne ikke “se at kommunens generelle interesse i en streng praksis med hensyn til å kreve boplikt i konsesjonssaker, her kan begrunne søksmålskompetanse for kommunen. I denne saken må for øvrig det vedtaket som angripes sett i sammenheng med de anførsler som er gjort gjeldende i stevningen, antas å ha liten betydning for kommunens generelle interesse i kravet om boplikt” (s. 448).

Avgjørelsen utelukker ikke at en kommune kan anlegge sak til forsvar av befolkningens generelle interesse i at myndighet utøves på en bestemt måte. Det kreves imidlertid “tungtveiende hensyn” for at kommunene skal kunne reise sak på et slikt grunnlag.<sup>143</sup>

Ifølge Inge Lorange Backer må en kommune kunne reise sak “på vegne av fellesskapet” også uten at den enkelte innbygger kunne ha gjort det, eksempelvis for å fremme rene natur- og miljøverninteresser.<sup>144</sup> Men selv om kommunene har en generell adgang til å ivareta innbyggernes allmenne interesser ved søksmål, er det “neppe dekning for å se kommunens søksmålskompetanse som en form for gruppesøksmål (“*class action*”) i norsk

<sup>142</sup> Inge Lorange Backer, *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage*, op. cit., s. 177.

<sup>143</sup> “Når vedtaket slik som her ikke berører rettsstilling til innbyggerne i kommunen, må det under enhver omstendighet foreligge tungtveiende hensyn for at kommunen ut fra en slik betraktning kan anses for å ha søksmålskompetanse.” – Rt. 1993 s. 445, s. 448.

<sup>144</sup> Inge Lorange Backer, *Rettslig interesse for søksmål, skjønn og klage*, op. cit., s. 175-9.



rett, siden det ikke er holdepunkt for at en dom i en sak anlagt av kommunen også ville være rettskraftig i forhold til de enkelte berettigende”.<sup>145</sup>

Toril Kristiansen Høyland argumenterer for videre søksmålsadgang for kommunene overfor statlige avgjørelser som berører innbyggerne eller det lokale selvstyre.<sup>146</sup> Hun viser bl.a. til Europarådskonvensjonen om lokalt selvstyre<sup>147</sup> og påpeker at søksmål fra kommuner, på samme måte som fra foreninger, kan “være et bidrag til å sikre kvalitativt gode statlige avgjørelser”.<sup>148</sup> Hovedinntrykket er likevel at det skal mye til at kommunene kan gå til sak om spørsmål som ikke gjelder deres interesser i rettslige posisjoner av samme type som private kan ha (for eksempel som grunneier).

### 3.5. Andre utfordringer

#### 3.5.1. Statlig tolkning av rettsreglene

Rettspraksis spiller en svært beskjeden rolle i kommunalretten i Norge. Delvis til erstatning for dette, står praksis i statsforvaltningen sentralt. En åpenbar fordel med dette kan være bedre ivaretagelse av hensyn til rettssikkerhet og likhet på tvers av kommunegrensene. I relasjon til det lokale selvstyre og kommunenes handlingsrom, er den største ulempen at statsforvaltningen lett blir den dominerende kilden til “gjeldende rett” av betydning for kommuner og fylkeskommuner. Dette gjelder selv på områder der staten og kommunene kan ha motsatte interesser.

Kontroll med lovligheten av kommunale vedtak kan bare utøves på grunnlag av en bestemt rettsoppfatning. Dette fører med nødvendighet til en rekke normgivende uttalelser av fylkesmann eller departement. “Departementets tolkningsstandpunkter er gjennomgående blitt oppfattet som autoritative, både på grunn av sin faglige tyngde og fordi det normalt er lite attraktivt for noen av de berørte partene å bringe den aktuelle saken inn for domstolene”.<sup>149</sup>

En annen årsak til at uttalelser fra statlige prøvingsinstanser m.v. har rettskildemessig interesse, er at “de gis av et sentralt organ med et overordnet ansvar for lovens praktisering, og fordi det er disse uttalelsene som blir kjent og lagt vekt i praksis hos fylkesmennene og i kommunene og fylkeskommunene”.<sup>150</sup>

Juridisk sett følger det av regelen om at staten ikke har instruksjonsmyndighet overfor kommunene, at kommunene ikke er bundet av statlige ”rundskriv” m.v., og at rundskriv har “liten rettskildemessig vekt” (Rt. 2007 s. 561). Likevel er det enkelt og praktisk å kunne legge “tolkningsrundskriv” m.v. (som ofte også er lagt ut på internett) til grunn for fremtidig praksis. Men slike uttalelser er ikke nødvendigvis av høy kvalitet, eller tilstrekkelig tilpasset de situasjoner som kan komme opp. De kan være truffet “på et noe snevert og kanskje ufullstendig grunnlag. Avgjørelsene vil i praksis ikke sjelden være basert på den fremstillingen som er gitt av kommuneadministrasjonen, uten at det er lagt opp til noen form for kontradiktorisk prosedyre de berørte parter i mellom om de faktiske eller juridiske spørsmål som er involvert”.<sup>151</sup>

Sett i sammenheng kan de to hovedårsakene fortone seg som en “ond sirkel” som er egnet til å skape bekymring i forhold til hensynet til det lokale selvstyre.<sup>152</sup>

<sup>145</sup> *Ibidem*, s. 168.

<sup>146</sup> T. Kristiansen Høyland, *op. cit.*

<sup>147</sup> Men se våre kommentarer under 3.5.3..

<sup>148</sup> T. Kristiansen Høyland, *op. cit.*, s. 212.

<sup>149</sup> Jan Fridthjof Bernt, *Kommunalrett, op. cit.*, s. 56.

<sup>150</sup> *Ibidem*, s. 56.

<sup>151</sup> *Ibidem*, s. 56.

<sup>152</sup> Det som også skaper store tolkningsproblemer er begrepet “rettigheter”. Se J.F. Bernt, *Kommunalrett, op. cit.*, s. 329.

### 3.5.2. Fylkesmannens rolle<sup>153</sup>

Fylkesmannen står sentralt i den regionale statsforvaltningen<sup>154</sup> og er det viktigste bindeledd mellom stat og kommune. Embetet skal dels tjene som sektormyndighet, dels som samordningsmyndighet, rettssikkerhetsinstans og knutepunkt for informasjon.<sup>155</sup>

Fylkesmannen er statens sentrale representant i fylket og skal føre tilsyn med kommunen, bl.a. i forhold til kommuneloven og kommunal økonomi. Han har også styrings- og veiledningsoppgaver overfor kommunene, og har ansvar for å samordne kommunerettet (tverrsektoriell) styring som er lagt til statsforvaltningen på fylkesnivå. Han skal holde den sentrale statsforvaltningen orientert om viktige spørsmål i fylket.

Som allerede nevnt er lovlighetskontrollen i stor grad lagt til fylkesmannen, og kommunale vedtak kan i stor grad påklages til fylkesmannen. Som klageinstans for vedtak etter særlovgivningen utøver han bl.a. en betydelig kontroll med kommunale og fylkeskommunale vedtak som følge av bestemmelser om at klageinstansen kan prøve “alle sider av saken”.

I tillegg har fylkesmannen innsigelsesmyndighet etter plan- og bygningsloven. For å fastlegge grensen for når regelverket overskrides i en slik grad at det kommunale selvstyret bør begrenses gjennom innsigelse, må han foreta et visst skjønn, og det er ikke alltid lett å skille mellom skjønn av “faglig” og “politisk” karakter. Etter plan- og bygningsloven 27. juni 2008 nr. 71 § 1-9 tredje ledd er kommunene avskåret fra å klage på enkeltvedtak i plansaker “der vedkommende myndighet er gitt anledning til å fremme innsigelse”.

Dessuten fører fylkesmannen tilsyn og spiller en sentral rolle i tolkning og oppfølging av regelverket (bl.a. forskrifter). Han skal kontrollere at statlige mål og interesser ivaretas, og har betydelige råd- og veiledningsfunksjoner overfor kommunene.

Visse av fylkesmannens funksjoner er problematiske i vårt perspektiv, det samme gjelder summen av funksjoner. Fylkesmannen er kanskje tillagt for mange motsetningsfylte oppgaver innenfor dette spenningsfeltet. Ikke minst dobbeltrollen som kontrollmyndighet, veileder og mekler overfor kommunene kan være vanskelig å forene. “For stor myndighet i dette nivået vil lede til en undergraving av kommunenes frihet, effektivitet og demokrativerdier. Fylkesmannens myndighet overfor kommunen er et uttrykk for sentralisering og må være stramt balansert overfor lokale mål for at ikke meningen med lokaldemokratiet skal forvitre”.<sup>156</sup>

Hilde Bjørnå peker at fylkesmannen samtidig må understøtte det lokale selvstyre og utføre sin kontrollfunksjon – og eventuelt legge sin tyngde i saker som gjelder tungtveiende nasjonale interesser. “Samtidig som embetet skal føre kontroll med nasjonale mål og retningslinjer, så skal det også vurdere statlige hensyn opp mot mål for det kommunale selvstyret. ... Dette innebærer at fylkesmannen skal bruke et visst skjønn når embetet kontrollerer kommunale tiltak. Dette er ikke uproblematisk ettersom bruk av skjønn vanligvis forbindes med politikk og politikernes domene, og at begrunnelsen for å legge oppgaver til

<sup>153</sup> Vi henviser til et annet FOU-prosjekt om “Fylkesmannens rolle” (Tore Hansen, Marthe Indset, Ingun Sletnes - 2009). Se også: Hilde Bjørnå, *Mellom nasjonal styring og kommunalt selvstyre – Fylkesmannens rolle i arealplanmeklinger*, (2004), Universitetet i Tromsø; Dag Magne Berge, Åge Brekk, Ingunn Gjerde, Anne Karin Ødegård, *Mellom statlig styring og kommunalt selvstyre – en analyse av fylkesmannen som samordner av statlig og kommunal politikk og en evaluering av administrasjonsenheten ved fylkesmannsembete*, (1998), Møreforskning Molde, rapport nr. 9804; Hilde Bjørnå & Synnøve Jenssen, “Fylkesmannens rolle i arealplankonflikter – dommer, forhandlingsleder eller konsensussøker?”, (2001), *Norsk statsvitenskapelig tidsskrift*, vol. 17, s. 291-321.

<sup>154</sup> Fylkeslegene, statens utdanningsdirektører og vegsjefene spiller også en viktig rolle.

<sup>155</sup> Kvaløyutvalget, *Tem løven – regional statsforvaltning og lokalt folkestyre*, (1996), Kommuneforlaget, Oslo, s. 28.

<sup>156</sup> Hilde Bjørnå, *Mellom nasjonal styring og kommunalt selvstyre*, op. cit., s. 231.

fylkesmannen vanligvis er knyttet til behov for å få til lik praksis og like tilbud i hele landet”.<sup>157</sup>

### 3.5.3. Norges folkerettslige forpliktelser

Med Stortingets enstemmige samtykke ratifiserte Norge 26. mai 1989 Europarådskonvensjonen (charteret) av 15. oktober 1985 om lokalt selvstyre.<sup>158</sup> Den ble gjort gjeldende for Norge med virkning fra 1. september 1989.

Ifølge charteret artikkel 11 har Norge plikt til å gi lokale myndigheter “tilgang til judisiell overprøving for å sikre fri utøvelse av sin myndighet og respekt for slike prinsipper for lokalt selvstyre som er nedfelt i landets lovgivning eller grunnlag”. Det skulle tilsi at kommunene kan få prøvet statlige avgjørelser i klagesaker om kommunale ytelser for domstolene.

Da spørsmålet for første gang ble satt på spissen i Norge kom Høyesterett imidlertid frem til et annet resultat. Rt. 2007 s. 234 (Kongsberg/Nes-saken) gjaldt bl.a. spørsmålet om domstolskontroll med fylkesmannens vedtak etter sosialtjenesteloven § 10-3 om hvilken kommune som har ansvar for omsorgsutgiftene for en person med store funksjonshemninger. Høyesterett kom til at fylkesmannens vedtak ikke kunne prøves av domstolene.

Retten åpnet riktignok for at domstolene kan prøve “graverende feil” dersom det, i en sak hvor to kommuner er parter, kan gi “vern mot maktmisbruk eller annet graverende forhold fra forvaltningsorganets side”.<sup>159</sup> Men både fordi fylkesmannen selv (eller vedkommende departement) normalt må antas å ville rette opp slike feil når de blir (gjort) oppmerksom på dem, og et kriterium som “graverende” (uansett nærmere utformning) er strengt, er dette forbeholdet neppe av stor praktisk betydning i et system som det norske.

Etter lagmannsrettens dom i Kongsberg/Nes-saken hadde en ekspertkomité under Europarådet konkludert med at det var i strid med konvensjonen å avskjære kommunens adgang til domstolsprøving.<sup>160</sup> Høyesterett viste imidlertid til at Norge bygger på det dualistiske prinsipp. Presumsjonsprinsippet ga ikke grunnlag for å sette en klar norsk lovbestemmelse (slik retten tolket den) til side.<sup>161</sup>

<sup>157</sup> Hilde Bjørnå, *Mellom nasjonal styring og kommunalt selvstyre*, op. cit., s. 9.

<sup>158</sup> Innst. S. nr. 110 (1988-1989), jf. St. prp. nr. 19 (1988-1989).

<sup>159</sup> Rt-2007-234, § 44: “Selv om hovedregelen er at fylkesmannens vedtak ikke kan overprøves av domstolene, må det likevel gjøres et unntak. I Rt-1962-571 uttaler kjæremålsutvalget – blant annet under henvisning til Forvaltningslovkomiteens innstilling – at ‘selv når avgjørelser med endelig virkning er lagt til et forvaltningsorgan, [vil det] etter de alminnelige prinsipper i vår offentlige rett være tilbake hos domstolene en viss prøvingsrett eller kontrollmyndighet som vern mot maktmisbruk eller annet graverende forhold fra forvaltningsorganets side’. Jeg er enig i at det må være en slik begrenset prøvingsrett. I denne saken har Kongsberg kommune anført at fylkesmannen ikke har kompetanse til å tolke ‘utskrivning’ og ‘institusjon’ i sosialtjenesteloven § 10-1 andre ledd, at tolkingen er kvalifisert uriktig og at det er foretatt en uriktig subsumpsjon. Dette kan klart ikke føre fram, idet det er åpenbart at fylkesmannen har kompetanse til å tolke bestemmelsen i § 10-1 andre ledd. Det som for øvrig anføres omfattes ikke av det nevnte unntaket”.

<sup>160</sup> Standing Committee of the Chamber of Local Authorities (Muriel Barker, ref.), *Compliance of Norwegian legislation with Article 11 of the European Charter of Local Self-Government – Explanatory Memorandum*, (13.-15. November 2006), Council of Europe, Autumn session. Se også Congress of Local and Regional Authorities, *Recommendation 203 (2006) on the compliance of Norwegian legislation with Article 11 of the European Charter of Local Self-Government*, 13th Autumn Session, Moscow, 14-15 November 2006. Bakgrunnen for rekommendasjonen var at norske kommuner hadde brakt fire forskjellige saker, bl.a. Kongsberg-Nes saken, inn for Europarådet hvor det ble forelagt Chamber of Local Authorities.

<sup>161</sup> For dommer Matningsdal “er det ikke nødvendig å ta stilling til om § 10-3 er i samsvar med artikkel 11 i konvensjonen, idet [han] ser det slik at den norske regelen uansett går foran konvensjonsbestemmelsen” (§ 53); Han uttaler også at “rekommendasjonen ikke kan begrunne at sosialtjenesteloven § 10-3 tolkes slik at domstolene skal ha en videre adgang til å prøve fylkesmannens vedtak enn det som tidligere har vært lagt til grunn”.

I Norden dominerer det dualistiske utgangspunkt, som innebærer at folkeretten regulerer forholdet mellom stater mv., mens nasjonal rett bestemmer i den enkelte stat.<sup>162</sup> Folkeretten binder altså Norge som stat, mens norsk lov gjelder i forhold til borgerne.<sup>163</sup> Dette innebærer at nasjonal rett foran folkeretten i tilfelle av klar motstrid mellom norsk rett og folkeretten. “For å unngå motstrid, praktiserer Norge i en viss utstrekning presumpsjonsprinsippet ved at norsk rett presumeres å være i samsvar med [de norske] folkerettslige forpliktelser”.<sup>164</sup> Men Kongsberg/Nes-saken gir inntrykk av at Charteret om lokalt selvstyre betyr lite i praksis.<sup>165</sup>

---

<sup>162</sup> Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, *op. cit.*, s. 150.

<sup>163</sup> *Ibidem*, s. 151.

<sup>164</sup> Rt. 2007 s. 234, § 54 (vi understreker). Om presumpsjonsprinsippet, se også Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, *op. cit.*, s. 154-5. Om søksmål om traktatforpliktelser, se bl.a. Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett – Bind III*, (1992), Forlaget A. Frihagen, Bergen, s. 202.

<sup>165</sup> Imidlertid ble det både ved tilslutning til konvensjonen og ved vedtakelsen av kommuneloven i 1992 lagt til grunn at den norske interne retten er i samsvar med charteret! – Ot. prp. nr. 42 (1991-1992), s. 252 flg.

## Kapittel 4

### Løsning av tvister mellom stat og kommune

#### 4.1. Innledning

I dette kapitlet vil vi skissere ulike muligheter som kan videreutvikle, supplere eller erstatte (elementer i) dagens system for tvisteløsning. Enkelte av de mulighetene som nevnes, er det vanskelig å tenke seg at de vil bli gjennomført i Norge – iallfall på kort sikt; det juridiske etablissementet har f.eks. en nesten instinktiv motvilje mot “særdomstoler”. De kan imidlertid bidra til å sette dagens system i perspektiv og være verdt noen tanker som ledd i arbeidet med mulig reform. I denne relasjon er det viktig å merke seg at eksisterende og nye elementer kan tenkes kombinert på utallige måter.

Mulighetene må for det første vurderes i lys av karakteren av forholdet mellom stat og kommune: Sikter vi til relasjoner av “partnerskap” (slik som i f.eks. fellesansvaret i barnevern eller helse) eller av “hierarki” (slik som f.eks. når statsforvaltningen avgjør klager over kommunale vedtak).

For det andre er det grunn til å skille mellom tvister om lovforståelsen (legaliteten) og om skjønnsutøvelsen innenfor rettsreglenes rammer. Kontrollen kan være begrenset til avgjørelsenes legalitet eller – med andre ord – gyldighet med hensyn til innhold, saksbehandling m.v. Den kan også ha en videre ramme og omfatte avgjørelsenes rimelighet eller hensiktsmessighet. Selv om løsningene til en viss grad bør variere mellom saksområder, vil vi her stort sett fastholde et overordnet, systemorientert perspektiv.

Vi fastholder også hovedperspektivet på forholdet mellom stat og kommune. Formålet er å legge et grunnlag for fortsatt diskusjon om hvordan det kan konstrueres på en måte som tar hensynet til det kommunale selvstyret på alvor. Hvis man skulle komme frem til at hensynet til “statens styringsmuligheter”, “rettssikkerhet” eller annet står i veien for slike løsninger, bør staten overveie selv å ta ansvaret for vedkommende oppgaver.

#### 4.2. Endringer innenfor rammene av dagens system

##### 4.2.1. Særlig om fylkesmannens rolle ved overprøving av forvaltningsvedtak

Dagens system bygger i prinsippet på en avveining mellom hensynet til kommunene som rettssubjekter med ansvar for egen virksomhet, og ønske om statlig styring for å ivareta nasjonale mål.<sup>166</sup> Endringer i dagens system for å ivareta de til dels motstridende hensyn, må i særlig grad relateres til fylkesmannens dominerende plass i systemet for statlig tilsyn og kontroll.

##### 1. Problemstillingen

Fylkesmannsembetet er den eldste del av statsforvaltningen på regionalt nivå som fortsatt eksisterer. I Frankrike og andre land med en “napoleonsk” modell ble det tilsvarende forvaltningsnivået brukt som redskap for sentralisering.<sup>167</sup> På tilsvarende måte var formålet

<sup>166</sup> Se f.eks. Øyvind Renslo, “Om ønskeligheten av statlig overprøving av kommunale vedtak”, Innlegg på Justisdepartementets seminar 9. juni 2005.

<sup>167</sup> Det kan skilles mellom fire modeller for organiseringen av forvaltningen: den nordiske, den britiske, den mellomeuropeiske og den napoleonske (eller søreuropeiske). Den napoleonske modellen kjennetegnes bl.a. av prefektstyret, noe som forutsetter utnevning av en overordnet statlig embetsmann som representerer statsmakten innenfor et område, og som innebærer en sterk sentral makt og detaljert styring av kommunene ved de statlige

med opprettelsen i Norge (1660), å styrke Kongens kontroll med lokalforvaltningen. I dag er ordningen et sentralt ledd i kontrollen med kommunene. Samtidig har fylkesmannen utviklet seg til et multifunksjonelt mellomledd mellom (resten av) statsforvaltningen og kommunene.

Ordningen står i et problematisk forhold til det lokale selvstyret. På flere områder har fylkesmannens rolle også blitt kontroversiell og har økt konfliktnivået. Dette gjelder bl.a. i arealplanleggings- og byggesaker, derunder bruken av innsigelsesretten. Fylkesmannen blir kritisert for å overprøve lokalpolitisk skjønn i stedet for å holde seg til legalitetskontroll. Noen politiske partier peker på “utidig innblanding” og hevder at de relevante deler av dagens fylkesmannsordning må avvikles og erstattes av et nytt uavhengig kontrollorgan.<sup>168</sup>

Det virker for tiden usannsynlig at fylkesmannsembetet vil bli avviklet i Norge. Men i vårt perspektiv er det problematisk at fylkesmannen samler så mange ulike roller. Dette gjelder ikke minst fordi overprøving ved domstolene i praksis er så godt som utilgjengelig for kommunen. Selv når slike spørsmål unntaksvis kommer opp, tyder bl.a. Rt. 2007 s. 257 (Trallfa) på at hensynet til det lokale selvstyret tillegges liten vekt. Saken gjaldt gyldigheten av fylkesmannens omgjøring av en kommunal dispensasjon for et storsenter for sportsvarer mellom Stavanger og Sandnes, som i stor grad ville omfatte detaljsalg (jfr. plan- og bygningsloven § 7). Fylkesmannen vurderte kommunens grunner for dispensasjon, men fant at slike regionale og nasjonale planhensyn som trafikkavvikling og vern av bysentra veide tyngre. Selv om fylkesmannen ikke hadde uttalt seg nærmere om forholdet til forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje pkt. om at “hensynet til det kommunale selvstyre” skal tillegges vekt “ved prøving av det frie skjønn”, mente Høyesterett at lovens krav også på dette punkt var oppfylt.

I RG 2004 s. 1176 la Agder lagmannsrett til grunn at fylkesmannen hadde unnlatt å legge “nevneverdig” vekt på hensynet til det kommunale selvstyre. Likevel fant retten det avgjørende at man befant seg “på et område hvor overordnede nasjonale interesser er tungtveiende og hvor det følger av de rikspolitiske retningslinjer fra 1993 at Staten var bekymret over den gradvise nedbyggingen av strandsonen som har vært en følge av en for liberal dispensasjonspraksis fra kommunene”.<sup>169</sup>

Kanskje er det altså slik at “Fylkesmannen står fortsatt meget fritt til å fravike lokalpolitikernes avgjørelser og [at] terskelen for hva som anses som andre viktige hensyn enn de lokale er meget lav”.<sup>170</sup>

## 2. Forslag

### a. Færre og tydeligere roller

Hilde Bjørnå fremstiller fylkesmannens plass mellom statsstyre og lokalt selvstyre som en blanding – med variasjoner – av tre ulike komponenter: Overordnet kontrollør (“dommer”), regional myndighet med en passiv rolle i spenningsforholdet mellom statlige og lokale interesser (“ordstyrer”) og pådriver for partnerskap, dialog og forståelse mellom forvaltningsnivåer (“konsensusøker”).<sup>171</sup>

Problemer oppstår når fylkesmannen opptrer som “dommer” som ikke bare følger regelverket, men selv utøver politisk preget skjønn. I forhold til kommunene bør det unngås at fylkesmannen opptrer som overordnet organ. Han bør heller se seg “som en slags ‘patriark’

---

prefektene. Den omfatter opprinnelig et stort antall stater i Vest- og Sør-Europa (Frankrike, Belgia, Nederland, Luxemburg, Spania, Portugal, Italia og Hellas). Se NOU 2000:22, *op. cit.*, s. 661-2.

<sup>168</sup> Se f.eks. Ulf-Einar Staalesen, “Fylkesmannsordningen – en trussel mot det lokale selvstyre?”, *Juristkontakt* 5/2007 s. 57-59.

<sup>169</sup> LA 2004 s. 2974.

<sup>170</sup> Ulf-Einar Staalesen, *op. cit.*, s. 59.

<sup>171</sup> Hilde Bjørnå, *Mellom nasjonal styring og kommunalt selvstyre*, *op. cit.*, s. 221-6.

som vil rettlede kommunene til deres eget beste”.<sup>172</sup> Kompetansen til å fremsette innsigelser samt bruken av hierarkisk pregete virkemidler må svekkes til fordel for “strategisk” eller “deliberativ” samhandling med sikte på å løse lokale problemer og spenninger mellom stat og kommune.<sup>173</sup> Fylkesmannen bør heller opptre som megler eller “positiv brobygger” i konflikter mellom statlige og kommunale interesser.<sup>174</sup> For å oppnå dette, bør hensynet til de lokale interessene klargjøres i lov eller forskrift, og begrensningene må internaliseres i større grad enn det ofte synes å være tilfellet i dag.

På dette punkt kan ikke minst den danske modellen være av interesse.<sup>175</sup> På grunn av den nye oppgavefordelingen mellom stat og kommune ble *amtmandens* tilsyn og kontroll redusert i 1970-årene. Deretter var

*“The main task of the [Danish] prefect ... to ensure the legality of the municipalities’ decisions. The Statsamt primarily handles matters pertaining to civil and family law such as citizenship, divorce and childsupport. They also deal with government elections and serve as an office for the nations’ compulsory military service. In addition five of the Statsamt are assigned to perform a more overall supervision of the decisions made by municipalities”.*<sup>176</sup>

Den danske fylkesmannen hadde altså færre oppgaver overfor kommunene enn den norske, og veldig lite rom for skjønnsutøvelse.<sup>177</sup> Sverige oppviser mange tilsvarende trekk.

Også det franske eksempel er av interesse: I 1982 ble prefektens kompetanse til å føre generelt tilsyn med kommunene (*tutelle administrative*) fjernet. Bare legalitetskontroll står igjen, og hvis han mener at et kommunalt vedtak er ugyldig, må det sendes over til forvaltningsdomstolene for endelig avgjørelse og eventuell annullasjon.

I den grad man fortsatt ønsker å opprettholde hovedtrekk av dagens oppgavemønster for de norske fylkesmennene, er det viktig å videreføre arbeidet med organisatorisk å skille mellom fylkesmannens ulike oppgaver, ikke minst slik at avdelingen for klagesaker skilles fra avdelinger med andre oppgaver. Det er også viktig at høyt utdannede og erfarne jurister har hovedansvaret for behandlingen av klagesaker m.v.

Videre bør fylkesmannens “hierarkiske” oppgaver overfor kommunene begrenses til legalitetskontroll. Men dermed blir det ikke lenger behov for fylkesmannens rolle som statens samordningsinstans på fylkesnivå; loven skal jo følges uten hensyn til hva regjeringen til enhver tid måtte mene.

Dette åpner i sin tur for å omdanne klageavdelingen til et forvaltningsorgan av domstollignende karakter (se nærmere i det følgende). Derved vil de viktigste problemer som fylkesmannens oppgaver i dag skaper i forhold til det kommunale selvstyret, være løst.

### ***b. Overprøvingens omfang. Lovfesting av klarhetsprinsippet***

En hovedkilde til tvister mellom stat og kommune er de kompetanser til å overprøve kommunalt skjønn som i mange sammenheng er lagt til statsforvaltningen. Slike kompetanser står i åpenbar strid med prinsippet om lokalt selvstyre. Så lenge de består, må fylkesmennene m.v. i det minste vise tilbakeholdenhet overfor kommunenes skjønnsutøvelse.

Dette stemmer med Tilsynsutvalgets oppfatning:

<sup>172</sup> *Ibidem*, s. 222.

<sup>173</sup> Hilde Bjørnå skiller mellom en hierarkisk, en strategisk og en deliberative samhandlingsform. – Se Hilde Bjørnå, *Mellom nasjonal styring og kommunalt selvstyre*, op. cit., s. 12-4 og s. 227-8.

<sup>174</sup> Se kapittel 5.

<sup>175</sup> Se f.eks. Hilde Bjørnå & Synnøve Jenssen, “Prefectoral Systems and Central-Local Government Relations in Scandinavia”, (2006), *Scandinavian Political Studies*, vol. 29, nr. 4, s. 308-332.

<sup>176</sup> *Ibidem*, s. 316.

<sup>177</sup> Ved den danske kommunalreformen i 2007 ble alle *statsamtændende* (og *amtskommunerne*) nedlagt og erstattet med fem *direktører for statsforvaltningerne* (og fem *regioner*). Men disse har stort sett de samme oppgavene som *amtmændene* hadde, bl.a. tilsyn med kommunene og regionene.

“Etter utvalgets oppfatning er det likevel ikke tilsynets oppgave å saldere en kommunes oppgaveportefølje. Forutsatt at det er et misforhold mellom oppgaver og ressurser, er det Stortingets oppgave å sørge for at det skapes likevekt i dette forholdet. Det er kommunen selv som må gjøre de nødvendige avveininger mellom gitte ressurser og pålagte oppgaver. Å gi fylkesmannen en slik rolle er i realiteten å gi en statlig embetsmann innpass i den kommunale prioritering og oppgaveløsning. Dette skaper uklare ansvarsforhold. Både rettslig og politisk er det kommunen som står ansvarlig for hvordan de oppgavene som kommunen er pålagt i lov, skal løses. Kommunen må derfor selv foreta de nødvendige prioriteringer mellom de ulike lovpålagte oppgaver”.<sup>178</sup>

En plikt til tilbakeholdenhet kan forsterkes og tydeliggjøres gjennom en alminnelig regel – ikke bare regler i den enkelte særlov – om at statsforvaltningen bare kan tilsidesette kommunalt skjønn når det er klart eller åpenbart urimelig.<sup>179</sup>

“Klarhetsprinsippet”<sup>180</sup> i dansk rett gir et interessant eksempel:

“Tilsynsmyndighetens mulighet til å oppheve en avgjørelse eller å ilegge tvangsbøt er imidlertid noe avgrenset. Bruk av denne typen sanksjonsmidler forutsetter at ulovligheten har den nødvendige klarhet. Med det menes at det ikke må være rimelig tvil om at lovgivningen er tilsidesatt. Dette kalles *klarhetsprinsippet*. Klarhetskriteriet er rettet både mot det rettslige og det faktiske grunnlaget for at tilsynsmyndigheten kan anta at det i en gitt sak foreligger en ulovlighet. Klarhetskriteriet er et selvstendig kriterium, som kommer i tillegg til de øvrige krav som må være innfridd for at tilsynsmyndigheten skal kunne ilegge sanksjoner. Det er dermed ikke tilstrekkelig at tilsynsmyndigheten i en gitt sak mener at lovgivningen er satt til side; ulovligheten skal også være klar. Dette prinsippet gjør at det i praksis stilles strengere krav til sikkerheten i tilsynsmyndighetens lovforklaring for at denne kan danne grunnlag for en avgjørelse om ulovlighet, enn det stilles ved en domstolsprøvelse. Tilsynsmyndigheten vil i særlig grad være tilbakeholden med å anvende denne typen sanksjoner i tilknytning til lovtolkningen av vage, elastiske og skjønnsmessige rettsregler.”<sup>181</sup>

En slik lovbestemmelse bør gis anvendelse både ved utøvelse av tilsynsmyndighet og i klagesaker m.v.

### ***c. Anerkjennelse av kommunenes likeverdighet, særlig ved søksmålsadgang***

Som nevnt i kapittel 3 er kommunene som forvaltningsorganer i stor grad avskåret fra domstolskontroll med statsforvaltningens (derunder fylkesmannens) vedtak i klagesak m.v.

Dette strider mot en konsekvent gjennomført ordning med kommunalt selvstyre. Dertil kommer at de tradisjonelle argumentene mot uavhengig løsning av tvister mellom stat og kommune i liten grad tar hensyn til at kommunene mer og mer blir oppfattet som likeverdige med staten: I rammeavtalen (2006) for en ny arbeids- og velferdsforvaltning mellom KS og Arbeids- og inkluderingsdepartementet, heter det f.eks. at “Reformen skal gjennomføres som et samarbeid mellom stat og kommune, som likeverdige parter” (pkt. 1-2), mens samarbeidsavtalen mellom KS og Barne- og likestillingsdepartementet (2008) på barnevernsområdet taler om at “Dette samarbeidet må ha som forutsetning at instansene oppfattes som likeverdige (...)” (pkt. 1).

Denne likeverdigheten bør gjenspeiles i lovverket på en helt annen måte i dag og ved alle typer av tvistebehandling. Sluttsteinen bør være at avgjørelsen av klager m.v. flyttes fra

<sup>178</sup> NOU 2004:17, *Statlig tilsyn med kommunesektoren*, op. cit., s. 129.

<sup>179</sup> Etter KS oppfatning bør det “kreves en viss klarhet i feil lovanvendelse og eller vurdering av faktum før kommunens avgjørelse kan settes til side av et statlig klageorgan. Poenget er at (...) det bør ligge til kommunen å foreta et slikt skjønn hvor man i utpregete grad benytter skjønn for å tolke juss og faktum”. – Øyvind Renslo, “Om ønskeligheten av statlig overprøving av kommunale vedtak”, op. cit., s. 6.

<sup>180</sup> Se eksempler av bedømmelser om “klarhetskriteriet” i Morten Engberg, *Kommunestyret i Danmark*, (2008), 3. utg., Danmarks Forvaltningshøjskoles Forlag, s. 257-9.

<sup>181</sup> NOU 2004:17, *Statlig tilsyn med kommunesektoren*, op. cit., s. 32.



statsforvaltningen til uavhengige organer som f.eks. domstollignende forvaltningsorganer, eller til egentlige forvaltningsdomstoler (slik som bl.a. i Sverige, se i 4.4.3.).

#### 4.2.2. Organisatoriske og prosessuelle reformer ved de alminnelige domstolene

Selv om den prinsipielt sett er viktig, har domstolskontrollen med forvaltningen stort sett hatt marginal praktisk betydning i Norge. I mange andre land i Europa behandler egne forvaltningsdomstoler et stort antall forvaltningssaker. I Norge bringes svært få slike saker inn for domstolene.<sup>182</sup> De fleste forvaltningsklager blir avgjort i forvaltningsapparatet selv.

Uavhengig av hensynet til det kommunale selvstyret bør det være et mål å øke tilliten til og interessen for domstolene som alternativ for behandling av forvaltningstvister. Dermed kan man også redusere behovet for særdomstoler eller domstollignende forvaltningsorganer. Men viktigst for oss her er at bedre tilpassede domstoler kan gjøre domstolene mer aktuelle som fora for prøving av tvister mellom stat og kommune.

##### 1. Grunnlovfesting av domstolskontrollen

Selv om tolkning av grunnloven § 88 i lys av snart to hundre års rettspraksis gjør det klart at de alminnelige domstolene har kompetanse til å prøve lovmessigheten av forvaltningens virksomhet,<sup>183</sup> har ikke domstolskontrollen med forvaltningen uttrykkelig hjemmel i Norges grunnlov. Endring på dette punkt kan bidra til å øke synbarheten av og respekten for domstolene som aktuelle tvisteløsningsorganer på forvaltningsrettens område, derunder i saker mellom stat og kommune.<sup>184</sup>

Slik er det allerede i f.eks. Sverige, der “grunnloven” (Regeringsformen) kapittel 11 (“Rättskipning och förvaltning”) bl.a. bestemmer at “Regeringsrätten [är] högsta förvaltningsdomstol. Rätten att få mål prövat av Högsta domstolen eller Regeringsrätten kan begränsas genom lag.” (§ 1). Ifølge § 2 får “Ingen myndighet, ej heller riksdagen, ... bestämma, hur domstol skall döma i det enskilda fallet eller hur domstol i övrigt skall tillämpa rättsregel i särskilt fall”.

Den partipolitisk bredt sammensatte Grundlagsutredningen har foreslått at bestemmelsene om den dømmende makt skal samles i et eget grunnlovskapittel.<sup>185</sup> Det fremtidige kap. 11 om “Rättskipning” skal bl.a. inneholde tre paragrafer om domstolenes selvstendighet. – Endringene vil sannsynligvis tre i kraft etter neste riksdagsvalg i Sverige.

##### 2. Prosessuelle reformer

Domstolene må sikres kapasitet til å avgjøre saker som naturlig bør ligge inn under deres myndighet. Flere sider ved dagens domstolsorganisering og -prosess bidrar til å gjøre dem mer perifere i forvaltningsstaten enn ønskelig. Resultatet er bl.a. at det endelige ord om rettslige spørsmål ligger i statsforvaltningen selv på en måte som ville ha vært utenkelig i mange andre land. Situasjonen har ikke endret seg grunnleggende siden Forvaltningskomitéen i 1958 konstaterte at:

<sup>182</sup> De norske tingrettene behandler “løselig anslått 650 forvaltningssaker i året. De svenske og franske førsteinstans forvaltningsdomstolene avgjorde i 2002 henholdvis nesten 90000 forvaltningssaker (länsrättene), og ca. 130000 saker (tribunaux administratifs)”, se S. Bragdø, *op. cit.*, s. 89 n. 2.

<sup>183</sup> Se E. Smith, *Konstitusjonelt demokrati* (2008/2009), *op. cit.*, kap. VII.5.

<sup>184</sup> Se også Forvaltningskomitéen, *Innstilling fra komitéen til å utrede spørsmålet om mer betryggende former for det offentlige forvaltning*, (1958), Justis- og politidepartementet, Kragerø, s. 368.

<sup>185</sup> SOU 2008:125, *En reformerad grundlag*, (2008), Grundlagsutredningen, Stockholm, s. 27-8, s. 309-382 (V. Domstolarna och förvaltningen).

“De ordinære domstoler oppgis som kontrollorgan, ikke fordi de savner tillit eller fordi deres kontroll ikke er betryggende nok, men fordi søksmålsveien på de mange nye områder som kommer under offentlig forvaltning er for tungvint, for kostbar og tar for lang tid”.<sup>186</sup>

I stedet har vi i de senere år fått en lang rekke forvaltningsorganer av domstollignende karakter som i praksis utfører rettspleien på sine områder. Dette kommer i tillegg til den generelle ordningen med klage til høyere forvaltningsorgan, som fortsatt spiller en stor rolle, også i saker der førsteinstansvedtaket er truffet av en kommune. Blant annet i slike saker om tvangsvedtak i barnevernet som går for fylkesnemndene for sosiale saker og deretter – etter søksmål – eventuelt for de ordinære domstolene, har kommunene i dag partsstilling på linje med de private parter (jfr. barnevernl. 17.07.1992 nr. 100 § 7-24).

For å oppnå bedre balanse bør domstolsprosessen bli vesentlig enklere og rimeligere. Komparativ innsikt (og sammenligning med mange domstollignende forvaltningsorganer) trekker bl.a. i retning av at det vidtrevne muntlighetsprinsippet bør skiftes ut med et utgangspunkt om skriftlig behandling. Prosessen for [forvaltnings]domstolene i bl.a. Sverige og Frankrike er “i all hovedsak skriftlig og (dermed) både raskere og rimeligere enn behandlingen for våre alminnelige domstoler, hvor prinsippet om full muntlighet legges til grunn”.<sup>187</sup>

Intet tyder på at kvaliteten vil bli dårligere dersom dagens norske hovedregel om at avgjørelsen skal bygges på det som kommer frem under muntlige forhandlinger (tvisteloven § 9-14)<sup>188</sup> blir oppgitt til fordel for et utgangspunkt om avgjørelse på grunnlag av skriftlig materiale, supplert med muntlige forklaringer m.v. etter behov.

Muntlighetsprinsippet innebærer at partene bare unntaksvis (føler at de) kan klare seg uten advokat, med de omkostninger dette medfører. Til dette kommer bl.a. rettsgebyrer og faren for å måtte dekke også motpartens saksomkostninger. Til sammen innebærer dette at terskelen for domstolsprøving av forvaltningsvedtak i Norge praktisk sett er høy. Statskonsult hevder endog at “vår tilrettelegging for domstolsprøving utgjør et hinder for ekstern overprøving av forvaltningsvedtak” og reiser spørsmålet om terskelen er “så høy” at det strider med artikkel 6 i Den europeiske menneskerettskonvensjon.<sup>189</sup>

Disse forhold har umiddelbart størst betydning for privates stilling i forvaltningssaker. Men indirekte har de også betydning for spørsmålet om kommunenes mulighet til å få tvister med staten avgjort av uavhengige domstoler: Kommunenes begrensede midler bør primært benyttes til andre oppgaver.

Det har nettopp vært anført mot å anerkjenne slik søksmålsadgang at kostnadene lett blir store. I premissene til Høyesteretts dom i Rt. 2007 s. 234 (Kongsberg/Nes) påpekes det bl.a. at formålet med den lovbestemmelsen som var relevant i saken bl.a. er

“å hindre at kommunenes begrensede ressurser, som ikke minst på dette rettsområdet skriver seg fra betydelige statlige tilskudd, benyttes til kostbare tvister for domstolene. Det er etter min mening ikke uten videre innlysende at § 10-3 ikke forfølger et legitimt formål innenfor konvensjonens ramme eller legger uforholdsmessige begrensninger på kommunenes adgang til domstolene.”

<sup>186</sup> Forvaltningskomitéen, *Instilling, op. cit.*, s. 405.

<sup>187</sup> S. Bragdø, *op. cit.*, s. 69. Om muntlighets- og skriftlighetsprinsippet i Sverige, se Wiweka Warnling-Nerep, *Rätten till domstolsprövning & rättsprövning*, (2008), 3. utg., Jure Förlag AB, Stockholm, s. 82 og 218 flg..

<sup>188</sup> Tvisteloven § 9-14. *Muntlig hovedforhandling* “(1) Hovedforhandling er muntlig og bevisføringen umiddelbar etter § 21-9. (2) Kravet om muntlighet er ikke til hinder for at part, vitne, sakkyndig eller prosessfullmektig framlegger og viser til hjelpedokumenter til støtte for sin redegjørelse. Slike hjelpedokumenter skal ikke utgjøre bevis i saken uavhengig av den redegjørelse de skal være til støtte for. De skal heller ikke ha karakter av skriftlig prosedyre (...)”.

<sup>189</sup> Statskonsult, *Klager over alt, op. cit.*, s. 25-6.

I dette ligger det en åpen erkjennelse av at tvister for norske domstoler er “kostbare”. I Høyesteretts tankegang – som på dette punkt klart nok er representativ for gjengs tenkning i det norske juridisk-administrative etablissement – er de endog så kostbare at det gir et legitimt (og i praksis antagelig viktig) argument mot å respektere Norges forpliktelser etter europarådsskarakteret art. 11 om kommunene rett til domstolskontroll. Men til dette er å si at den norske stat i så fall selv må ta ansvaret for å finne frem til mindre kostbare former for uavhengig tvisteløsning mellom stat og kommuner, slik som i mange andre land. Dette gir noe av utgangspunktet for fremstillingen i dette kapitlet.

Også det nærmest totale fraværet av spesialisering i norske domstoler er påfallende, sett i lys av bred komparativ erfaring (se nedenfor). Det kan bl.a. hevdes at dommere som særlig er vant til – og kanskje endog interessert i – å arbeide med straffesaker m.v., gir liten sikkerhet for innsiktsfull og effektiv behandling av visse typer av forvaltningssaker. Slik overgang til større grad av skriftlig behandling som vi slår til lyd for, kan være egnet til å øke problemet med dommere uten enhver spesialisering.

Både i Norge og andre europeiske land er domstolenes kompetanse som hovedregel begrenset til legalitetskontroll. Domstolene kan ikke overprøve forvaltningsskjønnet innenfor lovgivningens rammer. Kontrollen er altså begrenset til saksbehandling, faktum, lovtolkning og eventuell kompetanseoverskridelse. Derav følger også at domstolene som hovedregel ikke kan erstatte omstridte forvaltningsvedtak med nye realitetsavgjørelser, men må nøye seg med å oppheve eller stadfeste dem.<sup>190</sup>

“Mulighetene for å statuere ugyldighet er mer begrenset enn ellers når vedkommende spørsmål er overlatt til forvaltningens skjønn. ... uttrykk som ‘fritt skjønn’ [angir] i bunn og grunn ikke annet enn det resultat av lovtolkningen at det er tale om skjønn som ikke fullt ut er rettslig styrt, og som domstolene derfor normalt ikke kan (eller vil) prøve”.<sup>191</sup>

I motsetning til dette har de svenske forvaltningsdomstolene som hovedregel adgang til å prøve ikke bare legaliteten, men også forvaltningsskjønnet.<sup>192</sup> Når de behandler saker etter reglene om *förvaltningsbesvär*, kan de altså prøve alle sider av forvaltningens vedtak.<sup>193</sup> Det kan anføres gode argumenter mot så vid kompetanse for domstolene.<sup>194</sup> I et komparativt perspektiv er det likevel ikke grunn til å undervurdere at også denne siden av det svenske systemet ville kunne tjene som modell, iallfall på visse områder. Dette gjelder desto mer fordi vi også i Norge har eksempler på at domstolene kan prøve alle sider av forvaltningsvedtak.<sup>195</sup>

### 3. En ny avdeling i domstolene, spesialisert i forvaltnings- og kommunalrett?

Mange europeiske land, bl.a. Sverige, Frankrike og Tyskland, har egne domstoler med generell kompetanse i forvaltningssaker.<sup>196</sup> I løpet av de siste 50 år har det flere ganger vært vurdert om også Norge bør opprette slike domstoler. Blant argumentene for en slik løsning er at

<sup>190</sup> Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, op. cit., s. 502-4.

<sup>191</sup> *Ibidem*, s. 502, 346.

<sup>192</sup> Om domstolsprøvingens rekkevide i Sverige, se W. Warnling-Nerep, *Rätten till domstolsprövning & rättsprövning*, op. cit., s. 76-8 og s. 190 flg..

<sup>193</sup> Sverige har tre hovedtyper av forvaltningsprosessformer: *förvaltningsbesvär* (hovedregelen), *kommunalbesvär* og *rättsprövning*. *Förvaltningsbesvär* “gjelder som utgangspunkt for overprøving av vedtak truffet av statlige forvaltningsorganer, men også vedtak av kommunale myndigheter når dette fremgår eksplisitt i spesiallovgivningen”. – S. Bragdø, op. cit., s. 85.

<sup>194</sup> Se f.eks. Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, op. cit., s. 501.

<sup>195</sup> Jfr. særlig tvistel. kap. 36.

<sup>196</sup> Se nedenfor, 4.4..

“en forvaltningsdomstol vil få større fagkunnskap på sitt saksområde enn de ordinære domstoler som skal behandle alle slags saker, den vil lettere få en smidig og effektiv saksbehandling og den vil ha en mer uformell holdning enn de vanlige domstoler som lett blir preget av de formelle rettsikkerhetsgarantier som må gjelde i straffesaker og av privatøkonomiske hensyn i privatrettslige tvister. Motargumentene er behovet for rettsenhet – særlig behovet for koordinering av forvaltningsretten og rettsreglene ellers, praktiske problemer med kompetanseavgrensingen mellom to sett domstoler og kanskje også frykt for at en ordning med generelle forvaltningsdomstoler vil føre til at viktige avgjørelser treffes av uavhengige domstoler i stedet for av de politisk valgte organer”.<sup>197</sup>

Forvaltningsdomstoler har ingen plass i den norske juridiske kulturen. Å innføre en ny avdeling i de alminnelige domstolene kan være et kompromiss og bidra til at flere saker blir avgjort av kompetente og uavhengige dommer, uten at det bryter for mye med den norske tradisjonen. Blant fordelene med en slik løsning er:

- Domstolsordningen vil fremdeles være en enhet.
- Uavhengigheten av statsforvaltningen videreføres.
- Dommernes fagkompetanse blir større.
- Behovet for flere særdomstoler/domstollignende forvaltningsorganer reduseres, slik at
- Hensynet til rettsenhet lettere kan ivaretas.
- Spørsmålet om rett forum for saker av blandet sivil- og forvaltningsrettslig karakter, vil ikke skape store praktiske problemer.
- Det blir ikke behov for separate sekretariater, kontorlokaler m.v.

### 4.3. Alternative tvisteløsningsordninger

Uansett utforming av systemer for formell tvisteløsning er det bedre om tvister mellom stat og kommune kan løses mest mulig uformelt. Det viktigste er i alle fall

- å ta hensyn til partene og deres forhold, og å betrakte dem som likeverdige.
- å vise vilje til samarbeid, og å oppnå en best mulig løsning for alle.
- å unngå konflikter snarere enn å “løse” dem på en måte som den ene part vanskelig godtar.

Visse typer av alternative tvisteløsningsordninger kan etableres ved avtale. Dette kan være aktuelt når stat og kommune er *partnere* med felles ansvar for et saksområde (barnevern, NAV, helsetjenester på to nivå...). Mer generelt kan det være aktuelt som uttrykk for et ønske om større likeverd mellom stat og kommune.<sup>198</sup>

Systemet kan bygge på partene alene eller trekke inn tredjemenn, derunder rådgivere, *i og/eller utenfor* rettsapparatet.

#### 4.3.1. Tvisteløsning ved forhandling og forsoning

Det enkleste er tosidige forhandlinger hvor partene forsøker å finne en løsning uten hjelp av en tredjemann. Eventuell forsoning vil være frivillig. I alle fall formelt er partenes frihet tilsvarende stor, og kostnadene kan holdes nede.

Blant ulempene ved slike er at kommunikasjonen mellom partene ikke alltid vil være hensiktsmessig: “Det ironiske ved sådanne tosidige konfliktforhandlinger er, at jo bedre partene er forberedt, desto mere kan de være fastlåste i troen på egne synspunkters usårlighet”.<sup>199</sup> Dessuten kan ulikhet mellom partene m.h.t. ressurser, alternativer dersom forhandlingene ikke fører frem m.v. gi resultater som ikke oppleves som rettferdige. Under gitte omstendigheter kan forhandlinger mellom en statlig instans og en kommune (eller endog

<sup>197</sup> Arvid Frihagen, *Forvaltningsrett – Bind III, op. cit.*, s. 93.

<sup>198</sup> St. meld. nr. 31 (2000-2001).

<sup>199</sup> Hans Boserup, *En konflikt, to vindere*, (1993), Dansk Forligsnævn, København, s. 30.

med KS som kommunesektorens representant) gi eksempler; staten kan f.eks. true med å regulere forholdet ved lov.

Dersom partene kommer inn i en blindgate, vil også fraværet av en nøytral tredjemann som kan bedømme argumenter og hjelpe med å oppnå et forlikresultat, være uheldig.

#### 4.3.2. Nemndsbasert tvisteløsning i partnerskapsrelasjoner

En samarbeidsavtale av 19. august 2008 mellom Barne- og likestillingsdepartementet og KS oppretter – som en “prøveordning” – en ny tvisteløsningsordning for å løse uenighet om utgifts- og ansvarsfordelingen mellom barneverntjenesten i staten og kommune. Ordningen skal være “avgrenset til å gjelde tvister mellom stat og kommune, og omhandle grensen mellom statens betalingsansvar etter barnevernloven og kommunens betalingsansvar etter andre lover”.<sup>200</sup> Dets virkeområde vil typisk være uenighet om hvilken lov et tiltak hører inn under, bl.a. tilfeller der funksjonshemmede barn plasseres i fosterhjem eller institusjon, og funksjonshemmingen innebærer at det må settes inn særskilte tiltak eller særlig tilrettelegging.

Ut fra økonomiske og administrative hensyn, og hensynet til å bygge opp kompetanse, ble det bestemt å ikke opprette flere organer, men å opprette en “pool” av medlemmer som kan bidra til hver enkelt sak.<sup>201</sup> Tvisteløsningsorganet skal ha en leder som er dommer, og seks medlemmer “med nødvendig forståelse for og kompetanse på de problemstillinger organet skal gå inn i”. Staten og KS skal foreslå tre medlemmer hver, men slik at nemnden i hver sak settes med lederen og to medlemmer trukket av det faste sekretariatet.

Nemnden har “adgang til å avvise saker den mener faller utenfor dens virkeområde eller saker den har behandlet tidligere, og det må være regler som sikrer kontradiksjon”. Saksbehandlingen skal som hovedregel være skriftlig, men slik at partene kan innkalles til møte “der dette anses som hensiktsmessig”. Nemndens “avgjørelser” er bare rådgivende, men det forventes at partene følger dem. Avgjørelsene bør systematiseres og offentliggjøres i anonymisert form f.eks. på nettet, slik at de kan brukes som veiledning i andre saker.

Staten dekker utgiftene til opprettelse og drift av tvisteløsningsorganet, mens partene dekker sine egne utgifter ved behandlingen av den enkelte sak.

Rammeavtalen mellom KS og Arbeids- og inkluderingsdepartementet av 7. april 2006<sup>202</sup> åpner for tvisteløsning ved lokal uenighet i arbeids- og velferdsforvaltningen (NAV):

“I lovforslaget § 14 i Ot.prp. nr. 47 (2005-2006) er det foreslått en hjemmel for at Arbeids- og inkluderingsdepartementet skal gi forskrift om løsning av tvister mellom Arbeids- og velferdsforvaltningen og kommunene. Partene er enige om at tvistene som oppstår kan løses gjennom en *nemndsbasert tvisteløsningsordning* der fylkesmannens rolle vurderes særskilt”.

Denne tvisteløsningsordningens organisasjon og struktur er imidlertid ennå ikke klar.

Tvisteløsninger av denne typen er meget godt egnet i partnerskapsrelasjoner. Tilsvarende ordninger bør derfor innføres på andre tilsvarende områder.

#### 4.3.3. (Retts)megling

Begrepet *Alternative Dispute Resolution* (ADR) omfatter bl.a. tvisteløsning ved voldgift eller (retts)megling.<sup>203</sup> Det omfatter alle slags løsninger hvor partene har

<sup>200</sup> Uenighet om økonomisk ansvar mellom stat og kommune innenfor barnevernloven ikke omfattes av tvisteløsningsorganets virkeområde. Uenighet mellom statlige instanser holdes også utenfor tvisteløsningsorganets virkeområde.

<sup>201</sup> Dette bygger på eksemplet fra Klagenemnda for offentlige avskaffelser (KOFA).

<sup>202</sup> Avtalen gjelder frem til 31. desember 2009.

<sup>203</sup> Flere eksempler på ADR i Europa: I Frankrike, i visse forvaltningssaker (contrats administratifs), finnes det “des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC) [Association des juristes de contentieux public, Les modes alternatifs de règlements des conflits dans les contrats administratifs, colloque de l’Assemblée nationale,

herredømmet over saken, men får hjelp av en tredjemann. Bl.a. fordi “tredjemannen” ikke har en overordnet stilling, men står til tjeneste for partene, og fordi voldgift<sup>204</sup> er bindende – noe som ikke minst kan skape problemer på det offentligrettslige området – vil megling<sup>205</sup> som regel være å foretrekke i tvister mellom stat og kommune.

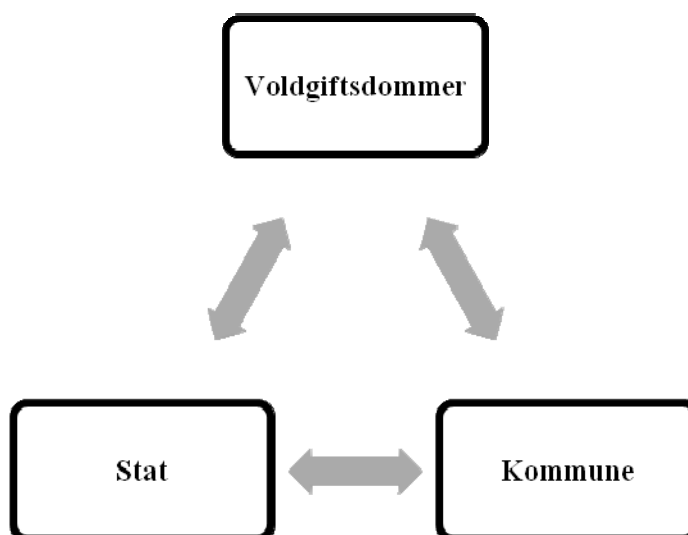
De norske reglene om dette gjelder sivilprosess, som er den form som er aktuell også for tvister mellom stat og kommune. Fokus er som utgangspunkt på sakens faktum og partenes interesser og behov. Megleren må bidra til å prioritere interessene og behandle de enkleste først. Megleren må også finne ut hvilke objektive kriterier partene kan være enige om og hvilke interesser som er felles. – Det forhold at både statsforvaltningen og kommunene er bundet av rettsreglene på området, begrenser muligheten for å komme til enighet.

Ulikheten mellom rettsmegling og voldgift kan skjematiseres på denne måten:

**Rettsmegling** (frivillig løsning med en observatør-megler, som ikke deltar i saken)

Staten ⇔ (Megleren) ⇔ Kommunen

**Voldgift** (frivillig løsning med en overordnet voldgiftsdommer)



13 juin 2008] eller “des modes alternatifs de règlements des différends” (MARD) [Forum des droits sur l’internet, 17 juin 2002]. I Danmark finnes det fire ADR-hovedgrupper: 1) voldgift, 2) mini-prøvelse (*mini-trial*), 3) leie-en-dommer (*rent-a-judge* eller *judge-hosted settlement conference*), 4) megling [H. Boserup, s. 62]. I Storbritannia har ADR fire hovedgruppene: 1) forsoning/forlik (*conciliation*), 2) megling (*mediation*), 3) ombudsmannsordning (*ombudsman scheme*), 4) voldgift (*arbitration*) [www.adviceguide.org.uk]. For en fremstilling av ADR i USA, se bl.a. Scott Brown, Christine Cervenak & David Fairman (red.), *Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide*, Conflict Management Group (CMG), [http://www.usaid.gov/our\\_work/democracy\\_and\\_governance/publications/pdfs/pnacb895.pdf](http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications/pdfs/pnacb895.pdf) [særlig deres *ADR Taxonomy* i Appendix A]. De skiller mellom fire hovedgrupper: 1) forhandling (*negociation*), 2) forlik / forsoning (*conciliation*), 3) megling (*mediation*), 4) voldgift (*arbitration*). Se også Phyllis Bernard & Bryant Garth (red.), *Dispute Resolution Ethics – A Comprehensive Guide*, (2002), American Bar Association, Washington.

<sup>204</sup> Voldgift ligner på tvisteløsning ved en klagenemnd eller et domstollignende forvaltningsorgan, se i 4.3.4..

<sup>205</sup> I Norge finnes det ulike former for megling, bl.a. forliksrådene (se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister*, og megling i domstolene (Se Ot.prp. nr. 51 (2004-2005), *Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister*, og Tvistemålsutvalgets utredning, del II, kap. 7.6 og 7.7). Se Anne Austbø & Geir Engebretsen, *Mekling i rettskonflikter*, (2003), Cappelen Akademisk Forlag, Oslo. Se også *Rettsmegling – Et tilbud om alternativ konfliktløsning i Norge?*, (1993), et privat initiativ til å utprøve nye meklingsordninger tatt av en gruppe dommere, advokater og universitetsfolk (bl.a. Inge Lorange Backer og Tore Schei) og levert til Justisdepartementet i november 1993. Om fordelene ved rettsmegling, se Ot.prp. nr. 41 (1995 - 96) s. 2-4.

Følgende tabell (som gjelder danske ordninger, men enkelt kan tilpasses det norske systemet) viser fordelene med megling (mediation), sammenlignet med voldgift og rettsak:<sup>206</sup>

	<b>Mediation</b>	<b>Voldgift</b>	<b>Rettsak</b>
Hvem beslutter	Partene	Voldgifmanden	Dommeren
Hvem styrer	Partene	Advokaterne	Advokaterne
Form	Uformel	Ret formel	Formel
Varighet	3-6 uker	4-12 måneder	½-6 år
Omkostninger	Lave	Meget høje	Høje
Bevisregler	Ingen	Ret uformelle	Formelle
Offentlighet	Lukket	Lukket	Norm. offentlig
Fokus	Fremtiden	Fortiden	Fortiden
Forhandlingsform	Kompromis	Kamp	Kamp
Kommunikation	Indgående	Blokeret	Blokeret
Resultat	Vinde/vinde	Vinde/Tabe	Vinde/tab
Resultat	Afspænding	Forts. spænding	Forts. spænding

En meglingsordning for tvister mellom stat og kommune kan føre til bedre dialog og gi partene bedre grunnlag for samarbeid i fremtiden. Teknikken bør antagelig aktiviseres i den enkelte sak som kan ligge til rette for det.

#### 4.3.4. Tvisteløsning i domstollignende forvaltningsorganer

I Norge finnes det enkelte særdomstoler (f.eks. Arbeidsretten, jordskifteretter, skjønnsretter etter plan- og bygningsloven og Utmarkskommisjonen) ved siden av de alminnelige domstolene. En særdomstol kan defineres som “en institusjon utenom de alminnelige domstoler ... som er tillagt dommerfunksjoner på et avgrenset rettsområde, og som i domstoloven eller i annen lov er betegnet som domstol”.<sup>207</sup> Særdomstolene kjennetegnes ved at “innslaget av lekdommere med faglig kompetanse innen det aktuelle området gjennomgående er stort, og enkelte har dommerfunksjonen kun som en bistilling og bare for en begrenset, nærmere angitt tidsperiode (åremål)”.<sup>208</sup>

Konstitusjonelt er det intet i veien for å innrette særdomstoler med sikte på (visse typer av) forvaltningssaker (se i 4.4). Foreløpig holder vi oss til løsninger utenfor det formelle domstolsapparatet.

Det finnes en rekke organer med nokså rendyrkede tvisteløsningsfunksjoner (f.eks. Markedsrådet, Trygderetten, fylkesnemndene for sosiale saker, ligningsnemndene, patentstyret osv.). Disse organene kan forstås som erstatning for særdomstoler.<sup>209</sup> Formelt sett er det tale om forvaltningsorganer som er organisert og behandler saker på omtrent samme måte som forvaltningsdomstolene i andre land (og sjelden i samsvar med den alminnelige domstolsprosessen i Norge).

<sup>206</sup> Hans Boserup, *Én konflikt, to vindere*, op. cit., s. 65.

<sup>207</sup> NOU 1999:19, *Domstolene i samfunnet*, (1999), Justis- og politidepartement, s. 359.

<sup>208</sup> St.meld. nr. 23, *Førsteinstansdomstolene i fremtiden*, (2000-2001), s. 52.

<sup>209</sup> NOU 1999:19, s. 375.

Et domstollignende forvaltningsorgan kan defineres som “et frittstående kollegialt organ som ved bindende avgjørelser løser rettslige konflikter i samfunnet”,<sup>210</sup> men uten mange av de ulempene som tradisjonell domstolsbehandling i Norge representerer. Slike organer finnes særlig på områder hvor det treffes avgjørelser om den enkeltes rettigheter. De “har eksistert i Norge omtrent like lenge som det har eksistert et skille mellom domstol og forvaltning”.<sup>211</sup> De treffer et betydelig antall avgjørelser per år, og ivaretar i praksis (sammen med ordinær forvaltningsklage) størstedelen av “rettspleien” i forvaltningssaker.

### 1. Viktige fellestrekk

For å være interessante som alternativer til kontroll i forvaltningshierarkiet eller ved de alminnelige domstolene, må domstollignende forvaltningsorganer være selvstendig i forhold til den øvrige forvaltningen. De må altså være unndratt instruksjonsmyndigheten og dermed være organisert utenfor det ordinære forvaltningshierarkiet.<sup>212</sup>

“Kontrollorganet må være *selvstendig og uavhengig* i forhold til forvaltningen og det må kunne treffe bindende vedtak etter en betryggende saksbehandling. Dessuten bør det i organet sitte folk med juridisk utdanning. ... Kontrollen må være en ekstern kontroll”.<sup>213</sup>

Et domstollignende forvaltningsorgan trenger ikke nødvendigvis å være kollegialt, i den forstand at det består av flere sidestilte medlemmer som sammen, gjennom diskusjon og eventuell avstemming, treffer vedtak; i mange saker opptrer jo selv domstolene med bare én dommer. Kollegial organisering er likevel det vanlige, og Forvaltningskomitéen la i sin tid stor vekt på at ankenemndene i forvaltningen burde være kollegiale.<sup>214</sup>

Konfliktløsning behøver ikke være disse organenes eneste oppgave. Men tvisten må være rettslig, i form av uenighet knyttet til anvendelsen av rettsregler eller inngåtte avtaler på mer eller mindre omstridte fakta. Dessuten må avgjørelsene være bindende (bortsett fra muligheten for etterfølgende overprøving ved domstolene).

### 2. Fordeler

Saker for domstollignende organer kan reises nokså uformelt, og saksbehandlingen innebærer som regel at partene taper lite tid, krefter og penger. Hovedregelen er at det ikke påløper gebyrer. For staten knytter utgiftene seg først og fremst til bemanning og drift.

For partene reduseres utgiftene gjennom skriftlig saksbehandling. Når utredningsplikten som utgangspunkt hviler på organet selv, blir det sjelden nødvendig å bruke advokat. Fordi de som regel ikke behøver å være tilstede ved behandlingen av saken, er saksbehandlingen mindre tidkrevende for partene enn behandling ved ordinære domstoler. Dersom det holdes muntlige forhandlinger som et tillegg til den skriftlige saksforberedelsen, tar de vanligvis kortere tid enn det som er vanlig ved tilsvarende behandling ved domstolene. I tillegg risikerer ikke partene å måtte betale motpartens saksomkostninger dersom de taper saken, slik som etter sivilprosessens alminnelige regler.<sup>215</sup>

Samlet innebærer slike forhold at det frigjøres store ressurser som partene (eventuelt også kommunene) kan bruke på andre oppgaver.

Domstollignende forvaltningsorganer er gjerne konstruert med sikte på de aktuelle sakstypene og viser derfor stor innbyrdes variasjon og fleksibilitet. Noen behandler bare

<sup>210</sup> Tormod A. Sletten, *Domstollignende forvaltningsorganer*, (1990), Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 3/1990, Oslo, s. 4.

<sup>211</sup> Tormod A. Sletten, *op. cit.*, s. 9.

<sup>212</sup> Det kan bare i begrenset utstrekning instrueres av overordnede forvaltningsorganer.

<sup>213</sup> Forvaltningskomitéen, *Instilling*, *op. cit.*, s. 412.

<sup>214</sup> Forvaltningskomitéen, *Instilling*, *op. cit.*, s. 412-3.

<sup>215</sup> Tormod A. Sletten, *op. cit.*, s. 123.



spesielle, teknisk pregede saker, mens andre har et bredt saksområde. Ulikhetene avspeiler seg også i medlemmenes kyndighet, der domstollignende organer ofte vil være bedre rustet enn alminnelige domstoler.<sup>216</sup> I sin tur legger mer inngående sakkunnskap til rette for mer inngående kontroll: Slike organer “kan ha tilstrekkelig kompetanse samlet blant sine medlemmer til å drive vellykket konfliktløsning. Der det er særlig behov for ikke-juridisk fagkunnskap vil disse organene gjennomgående være bedre rustet enn domstolene”.<sup>217</sup>

Det er også verdt å nevne at større antall saker på samme saksområde gir grunnlag for å utvikle en praksis som gir bedre forutsigbarhet enn mulig når sakstallet er beskjedent, slik som ved de alminnelige domstolene. Det er også mulig å tillegge domstollignende organer kompetanse til å prøve flere sider av sakene enn slike spørsmål om legaliteten som domstolene i prinsippet er henvist til å befatte seg med.

### 3. Ulemper

I dagens norske rettssystem er domstollignende forvaltningsorganer underlagt ulike og til dels uklare prosessregler:

“Det ser ikke ut til å være vanlig å lage omfattende sett av særskilte prosessregler. I stedet henvises det ofte til andre bestemmelser om saksbehandling, for eksempel forvaltningsloven, [tvisteloven] og domstolloven – som skal anvendes delvis eller ‘så langt disse passer’”.<sup>218</sup>

Et annet viktig trekk er at avgjørelsene av domstollignende forvaltningsorganer i særlig grad er gjenstand for domstolskontroll. Dermed representerer disse avgjørelsene i praksis ofte den endelige løsningen.

Også reglene for oppnevning og organisatorisk status varierer på en slik måte at slike organer ikke alltid oppfyller rimelige krav til uavhengighet:

“På viktige områder utøver disse nemndene faktisk ‘rettspleie’ i førsteinstans eller klage. Men mange av dem oppfyller neppe de minstekrav som stilles etter f.eks. Europakonvensjonen art. 6 om ‘offentlig saksbehandling ved en uavhengig og upartisk domstol’”.<sup>219</sup>

Blant faktorer som kan påvirke beslutningstakerne ved et domstollignende organ nevner vi instruksjonsmyndighet, omgjøring av vedtak, bruk av sekretariater som er integrert i et annet forvaltningsorgan, uformell påvirkning, kombinasjon med andre typer av oppgaver og kommunikasjon med andre forvaltningsorganer på måter som kan svekke (tilliten til) deres upartiskhet.<sup>220</sup>

Endelig nevner vi at (*de facto*) særdomstoler kan “utvikle isolerte rettskulturer og en uheldig rettskildebruk”.<sup>221</sup>

### 4. Løsninger

Det omfattende settet av domstollignende forvaltningsorganer som allerede finnes i Norge, gir et viktig grunnlag å bygge videre på. Men uansett om man vil *oppgradere* eksisterende organer eller *opprette nye*, må de arbeids- og organisasjonsmessig være adskilt fra det ordinære forvaltningsapparat. Det må stilles strenge krav til uavhengighet, saksbehandling og kontradiksjon.

<sup>216</sup> *Ibidem*, s. 52-3.

<sup>217</sup> Tormod A. Sletten, *op. cit.*, s. 53.

<sup>218</sup> S. Bragdø, *op. cit.*, s. 71.

<sup>219</sup> Eivind Smith, “Forvaltningsdomstoler i Norge?”, i Eivind Smith, *Stat og rett, op. cit.*, s. 185-6, tidligere publisert i *Lov og rett*, (1993), s. 217-8, s. 218.

<sup>220</sup> Jf. Tormod A. Sletten, *op. cit.*, s. 30-49, 56-57.

<sup>221</sup> NOU 1999:19, s. 374.

Det bør kanskje vedtas et minstemål av felles prosessregler for alle domstollignende forvaltningsorganer. Sekretariatet bør enten være organisert i tilknytning til organet selv (og iallfall ikke i tilknytning til det forvaltningsorgan hvis vedtak skal overprøves), eller sammen med andre tilsvarende sekretariater. Eventuell overprøving må skje eksternt, i siste instans ved domstolene.

Når de viktigste kravene til uavhengighet m.v. er oppfylt, bør det overveies å la organet tre i stedet for ordinær første rettsinstans (tingretten) – som “et førsteledd i domstolkjeden”<sup>222</sup> – på en slik måte at sakene kan bringes direkte inn for lagmannsrett. Ved siden av å spare betydelig tid og andre ressurser, ville det lette tilgangen til Høyesterett.<sup>223</sup>

#### **4.4. Judisielle løsninger: Forvaltningsdomstoler ved siden av alminnelige domstoler**

Mens partssammensatte nemnder m.v. egner seg best på områder med partnerskap mellom stat og kommune, vil adgang til å få tvister avgjort i uavhengige organer egne seg best på områder der stat og kommune i dag står i kvasi-hierarkiske forhold, i den forstand at den ordinære statsforvaltningen opptrer som kommunens “overordnede” i saker om klage, tilsyn og kontroll.

I den enkelte sak er domstolene uavhengige av både stats- og kommuneforvaltningen. Selv om det er statens domstoler, vil domstolskontroll altså ikke innebære at kompetansen – derunder kompetansen til å avgjøre hva som er lovens rette tolkning – blir overlatt til den ene av tvistens parter.

Vi har tidligere sett på ordninger med domstollignende forvaltningsorganer. Dersom dette ikke er aktuelt eller man vil motvirke domstolenes marginalisering i systemet for kontroll med forvaltningen, må vi se på tvisteløsning mellom stat og kommune gjennom avgjørelse av domstoler. Ved siden av slik videreutvikling av kontrollen ved de alminnelige domstolene som vi allerede har diskutert, er det opprettelse av egne forvaltningsdomstoler som kan komme på tale.

Parallelt med økende fullmaktslovgivning pågikk det fra 1930-tallet debatt om hvordan forvaltningen best kunne kontrolleres. Forvaltningskomitéen uttalte (1958) at

“Vi må beholde vår nåværende domstolskontroll som den er i størst mulig utstrekning, men den må utbygges på de forvaltningsområder hvor det er nødvendig å fravike de ordinære domstolers kontroll enten på grunn av sakens art, saksmengden eller av hensyn til forvaltningens eller den enkeltes behov for en hurtig avgjørelse”.<sup>224</sup>

Så lenge den tilfredstilte de generelle krav til domstolskontroll, måtte ikke kontrollen med forvaltningen nødvendigvis ligge hos de alminnelige domstolene.<sup>225</sup> I stedet sto tre løsninger som sto åpne: Fortsette med de alminnelige domstolene, opprette et nytt system med forvaltningsdomstoler eller legge kontrollen med forvaltningen til ankenemnder etter mønster fra den allerede eksisterende ordning.

Forvaltningskomiteen ble stående ved den sistnevnte løsning. Deretter stilnet debatten om å opprette særskilte domstoler, og sterk skepsis overfor slike ordninger finnes fortsatt:

<sup>222</sup> NOU 1999:19, s. 374.

<sup>223</sup> Forvaltningskomitéen, *Innstilling, op. cit.*, s. 413.

<sup>224</sup> *Ibidem*, s. 407.

<sup>225</sup> “Man er ikke oppmerksom på at det vesentligste i et rettssamfunn når det gjelder forvaltningsrettspleien, ikke er at kontrollen i alle tilfelle utøves av de ordinære domstoler, men at de organ som utøver kontrollen i forhold til forvaltningen er selvstendige og uavhengige, det være alminnelige domstoler, forvaltningsdomstoler eller andre organ.” – *Ibidem*, s. 407.

“Oppfatningen har vært at ‘særdomstoler’ er en uting, og mange mener visst at standpunktet ikke trenger nærmere begrunnelse”.<sup>226</sup>

Ikke desto mindre kan fornyet debatten om forholdet mellom stat og kommuner hente inspirasjon fra noen modeller for forvaltningsdomstoler e.l. i Vest-Europa. Dette gjelder også fordi slike ordninger later til å være lite kjente i Norge.

#### 4.4.1. Den britiske domstolsordningen

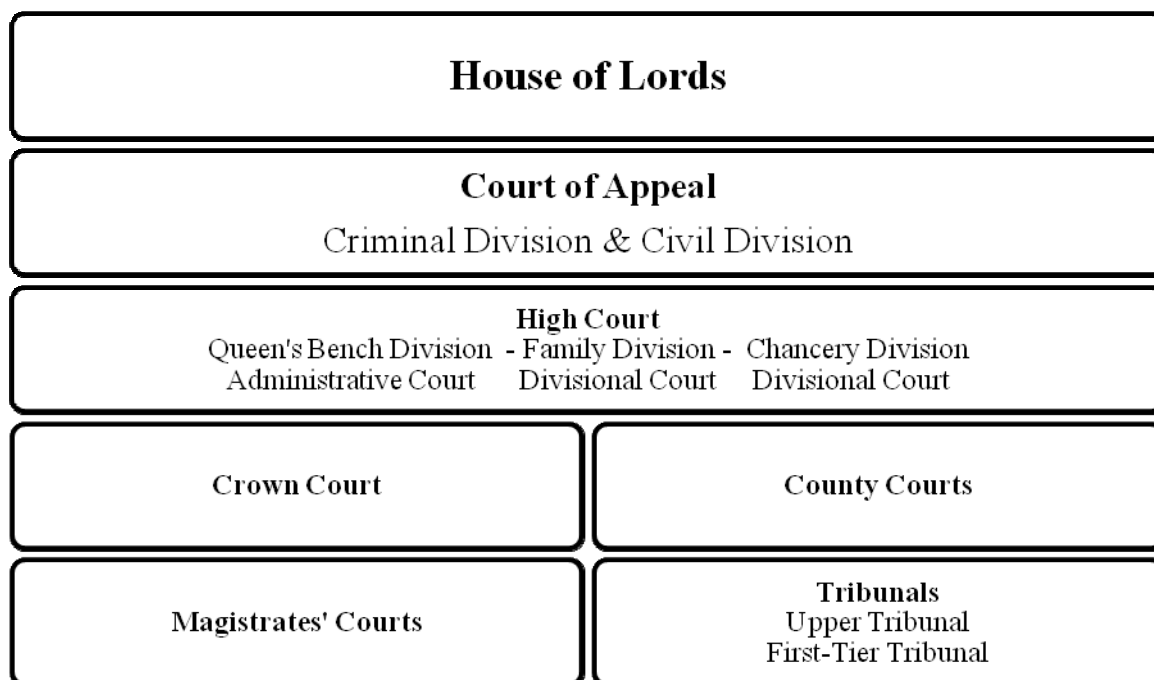
##### 1. Oversikt

Domstolene har alltid hatt en sterk stilling i *common law*-systemet. På “lovtomme” områder kan de selv utvikle retten, for øvrig bygger de selvsagt Parlamentets lover (*statutes*).

Storbritannia har som utgangspunkt et system som ligner det norske, med prøving av forvaltningsvedtak for de alminnelige domstolene. Men troen på dette er så sterk i Norge at mange ikke får øye på de store ulikhetene som finnes straks under overflaten.

Prinsippet om *Rule of Law* gjelder på forvaltningens område, og de alminnelige domstolene har kompetanse til å prøve legaliteten av forvaltningens avgjørelser (*judicial review*).<sup>227</sup> “Men herav følger igjen at domstolene må påse at administrasjonen ikke overskrider sin myndighet (*ultra vires*-regelen) eller misbruker sin makt (*abuse of power*). ... domstolen kan ikke sette sitt skjønn i stedet for forvaltningsorganenes. Dette utelukker imidlertid ikke at domstolene kan hindre en rettsstridig utøvelse av skjønnet (*‘a wrongful exercise of discretion’*)”.<sup>228</sup> Det vil si at domstolene, på omtrent samme måte som i andre europeiske land der legalitetskontroll er hovedregelen, har en viss mulighet til å prøve også skjønnsmessigheten av forvaltningens avgjørelser.

Den britiske domstolsordningen kan skjematiseres på følgende måte:



<sup>226</sup> Eivind Smith, “Forvaltningsdomstoler i Norge?”, *op. cit.*, s. 217.

<sup>227</sup> “Judicially reviewable bodies in English law clearly include ministers and their departments, local authorities and non-departmental public bodies. In addition (...) certain ‘self-regulating’ organisations constituted in the private sector, but with some form of ‘governmental’ function”. – Colin Turpin & Adam Tomkins, *British Government and the Constitution*, (2007), Cambridge University Press, Cambridge, s. 691.

<sup>228</sup> Forvaltningskomitéen, *Innstilling*, *op. cit.*, s. 347.

Nederst i dette systemet finnes *Magistrates' Courts* og *County Courts*. Den “egentlige” førsteinstansdomstolen er *High Court*, som også er ankeinstans for saker fra *Magistrates' Courts*. *High Court* er delt i tre avdelinger: *Chancery Division* (med særdomstolene *Patent Court* og *Companies Court*), *Family Division* og *Queen's Bench Division*. *Queen's Bench Division* er den generelle *Common law*-domstolen.

Avgjørelser fra *High Court* og *County Courts* kan ankes til *Court of Appeal*, som er inndelt i en sivil- og en strafferettsavdeling. Den siste ankeinstansen er “domstolsavdelingen” i *House of Lords*, som vil bli erstattet av en ny *Supreme Court* utenfor *House of Lords*.<sup>229</sup>

Under *Queen's Bench Division* hører bl.a. *Administrative Court*, som ble opprettet i 2000.<sup>230</sup> Her

“sit berre dommarar som er utnemnde til dette særskilt. Av dei 117 domarane i Queen's Bench er 40 utnemnde til å kunne sitje i desse sakene. Til kvar tid sit (i gjennomsnitt) åtte dommarar. Dei andre av dei 40 arbeider med andre saker i Queen's Bench i London, eller er på circuit. Gjennom denne ordninga freistar ein å oppnå spesialisering, utan at dette går på kostnad av målet om å ha ein ålmenn domarstand som dømer på breitt grunnlag. Lord Justice Sedley og Mr Justice Collins understreka ogso at dette var ei viktig målsetjing; ved å ha dommarar som har eit breitt sakfelt tryggjer ein også at domarane ikkje får eit for nært forhold til forvaltninga”.<sup>231</sup>

Ved *Administrative Court* arbeider ti jurister som saksforberedere.

“Ein av desse vil ha sett igjennom saka og førebudd ei oppsummering av saka. For å sikre ei effektiv domstolsføreaving vil domaren setje seg inn i saka, og gjere seg opp ei meining om kva delar av saka som bør opplyst ved spørsmål til advokatane til partane. Domaren vil få overlevert saksdokumenta dagen i førevegen, eller to dagar i førevegen dersom saka er stor”.<sup>232</sup>

Saksbehandlingen er hovedsakelig skriftlig, men det er vanligvis muntlig høring i tillegg. Vanlige saker blir avgjort av én dommer, men retten kan også sitte med 2-3 dommere. – Om saksbehandlingen m.v. i det britiske systemet (på norsk), se nærmere i *Sigbjørn Tenfjords* avhandling.<sup>233</sup>

Etter at en forvaltningssak er avgjort i første instans, kan den ankes videre til *Court of Appeal*, og eventuelt til *House of Lords* (senere: *Supreme Court*).

Ved siden av de egentlige domstolene finnes det en rekke (*Administrative*) *Tribunals* som er opprettet ved lov. Slike kollegiale, domstollignende organer er uavhengige av forvaltningen og treffer samme slags avgjørelser som domstolene (i fremmedsaker, sosialrett, barnevern osv.).<sup>234</sup> I 2005-06 fantes det rundt 70 ulike *administrative tribunals*, som behandlet ca 700 000 saker. Mange av dem er ankeinstanser (*appellate bodies*).

<sup>229</sup> Se *Constitutional Reform Act 2005*.

<sup>230</sup> Practice Direction 19. juli 2000 – *The Administrative Court*. – Tidligere fantes *Crown Office List*.

<sup>231</sup> Sigbjørn Tenfjord, *Særdomstol og særprosess for prøving av forvaltningssaker? – Ein studie med utgangspunkt i domstolsprøvinga i Noreg og England*, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 7/2009, s. 12.

<sup>232</sup> S. Tenfjord, *op. cit.*, s. 37.

<sup>233</sup> Se note 231.

<sup>234</sup> “Their determinations are no less binding than those of the ordinary courts: the only difference is that tribunals have no direct powers of enforcement and, in the rare cases where there is needed, their decisions are enforced in the ordinary courts” – Hale LJ, i *R v Secretary of State for the Home Department, ex p Saleem* [2001] 1 WLR 443, 457-8; “Tribunals are properly to be regarded, said the Franks Committee, ‘as machinery provided by Parliament for adjudication rather than as part of the machinery of administration’ (*Administrative Tribunals and Enquiries*, Cmnd. 218/1957, § 40).” – Colin Turpin, *British Government, op. cit.*, s. 716.

Systemet er nå delt inn i *First-tier Tribunals* og *Upper Tribunals*.<sup>235</sup> *Upper Tribunals* er ankeinstanser for klager på avgjørelser av *First-Tier Tribunals*. *Upper Tribunals* avgjørelser kan påankes til *Court of Appeal*. Medlemmene er uavhengige av regjeringen.

I tillegg har *Administrative Justice and Tribunals Council* (AJTC) med 10-15 medlemmer i oppgave å “overvåke” hele dette systemet og sørge for at det fungerer godt.<sup>236</sup>

## 2. Fordeler med den britiske domstolsordningen

Det britiske systemet ligner det norske, i den forstand at det finnes bare alminnelige domstoler og en rekke “domstollignende forvaltningsorganer”. Kanskje kan dette øke sannsynligheten for at kunnskap om den britiske ordningen kan påvirke debatten i Norge.

Ordningen med *Administrative tribunals* viser for det første at systemet kan organiseres på en konsekvent og tydelig mulig. Det er altså mulig å innpasse et stort antall domstollignende forvaltningsorganer (eller særdomstoler) ved siden av de ordinære domstolene.

I 1957 uttalte den såkalte Franks Committee (“*Administrative Tribunals and Enquiries*”, Cmnd. 218):

“*Perhaps the most striking feature of tribunals is their variety, not only of function but also of procedure and constitution. It is no doubt right that bodies established to adjudicate on particular classes of cases should be specially designed to fulfil their particular functions and should therefore vary widely in character. But the wide variations in procedure and constitution which now exist are much more the result of ad hoc decisions, political circumstances and historical accident than of the application of general and consistent principles*” (§ 128).

Komiteen påpekte dessuten at

“*tribunals have certain characteristics which often give them advantages over the courts. These are cheapness, accessibility, freedom from technicality, expedition and expert knowledge of their particular subject. It is no doubt because of these advantages that Parliament, once it has decided that certain decisions ought not to be made by normal executive or departmental process, often entrusts them to tribunals rather than to the ordinary courts*”.<sup>237</sup>

Blant fordelene nevnes “åpenhet, rettferdighet og upartiskhet”,<sup>238</sup> “uavhengighet”,<sup>239</sup> “effektivitet, expediency og økonomi”<sup>240</sup> samt “*accuracy of decision-making, impartiality, participation, accountability, independence, and promptness*”.<sup>241</sup> – I følge *Human Rights Act 1998*, section 6, kan *administrative tribunals* like lite som andre offentlige myndigheter opptrer i strid med den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.

<sup>235</sup> Se *Tribunals, Courts and Enforcement (TCE) Act 2007*. TCE-loven oppretter en ny judisiell og juridisk ramme for *Tribunals* (a new two-tier Tribunal system). Det ble gjort i to faser, den første 3. november 2008, den andre 1. april 2009.

<sup>236</sup> Om det britiske systemet, se f.eks. Brian Thompson, “Administrative Justice: Towards the Millenium, Towards Integration?”, in Michael Harris & Martin Partington (red.), *Administrative Justice in the 21<sup>st</sup> Century*, (1999), Hart Publishing, Oxford, s. 463-81.

<sup>237</sup> Frank Committee, § 38, sitert av Colin Turpin, *British Government, op. cit.*, s. 717.

<sup>238</sup> *Administrative Tribunals and Enquiries, op. cit.*, § 25, sitert av Colin Turpin, *British Government, op. cit.*, s. 718.

<sup>239</sup> Council of Tribunals, *Tribunals: their Organisation and Independence*, Cm 3744/1997, § 2.2, sitert av Colin Turpin, *British Government, op. cit.*, s. 719.

<sup>240</sup> JUSTICE-All Souls Report, *Administrative Justice*, (1988), § 9.6, sitert av Colin Turpin, *British Government, op. cit.*, s. 719.

<sup>241</sup> Roy Sainsbury, “Social Security appeals: in need of review?”, i W. Finnie & al. (red.), *Edinburgh Essays in Public Law*, (1991), sitert av Colin Turpin, *British Government, op. cit.*, s. 719.

En fordel med den spesialiserte *Administrative Court* er dommernes spesialisering. I følge Lord Woolfe er “the use of judges specially nominated to hear Crown Office cases ... one of the strengths of the Crown office list”.<sup>242</sup>

En annen fordel er vekten på skriftlig saksbehandling. Systemet gir et interessant eksempel på et kompromiss der en særskilt “forvaltningsdomstol” til manges tilfredshet lar seg innpasse i en ordning som i utgangspunktet kun har alminnelige domstoler. Lord Woolfe forklarer at dommerne

“were selected because of administrative law. It was a recognition, for the first time, that as in the case of the Commercial Court judicial review required expert judges. It was a typically English compromise between having a separate Administrative Court of the sort that exists on the Continent and maintaining the English tradition that everyone including public bodies should be subject to the ordinary courts of the land”.<sup>243</sup>

Senere ga Bowman-utvalget uttrykk for følgende positive vurdering:

“In considering whether a specialist court was justified, we looked at the potential benefits of such a court. It seemed to us that the principal potential benefits of having dedicated judicial resources to hear cases and a dedicated office to administer them were greater consistency in a specialised area of the law from judges who were experts in the field and greater efficiency and speed in dealing with cases”.<sup>244</sup>

De konkluderte med å foreslå at *Crown Office List* byttet navn til *Administrative Court*. Dette er i seg selv et betydningsfullt signal.

#### 4.4.2. Den franske domstolsordningen

##### 1. Oversikt

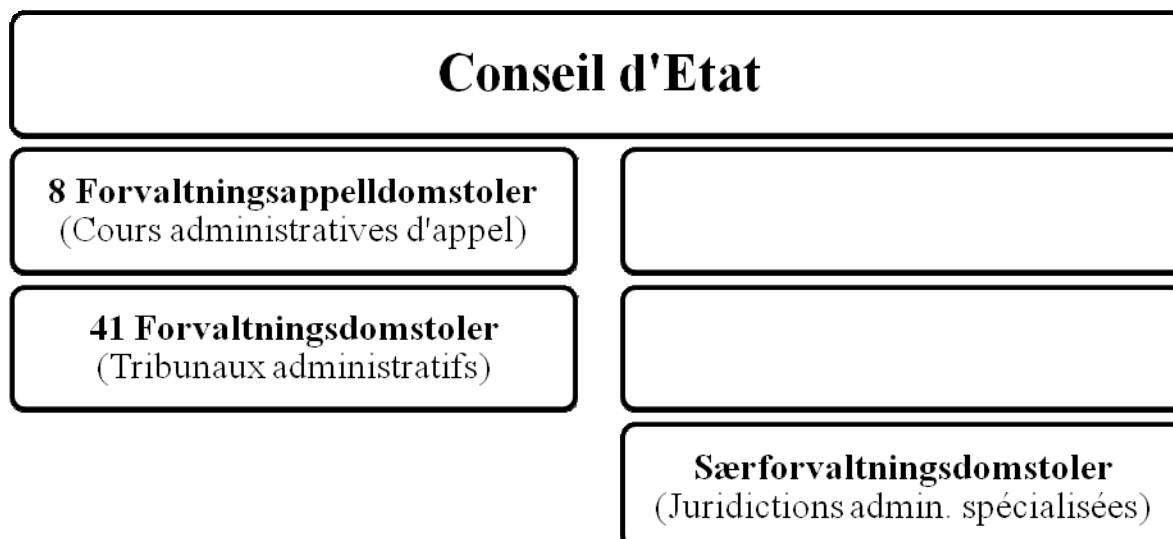
Ved siden av de alminnelige domstolene (som er inndelt i sivile og strafferettslige) og mange særdomstoler, har Frankrike et fullstendig hierarki av forvaltningsdomstoler i tre instanser (*tribunal administratif, cour administrative d'appel* og *Conseil d'Etat*). Hver av dem har spesialiserte underavdelinger. I tillegg finnes det et femtitalls særforvaltningsdomstoler (*juridictions administratives spécialisées*) i én eller to instanser med anke til *Conseil d'Etat*. Denne understrukturen inne i forvaltningsdomstolsordningen går vi imidlertid ikke nærmere inn på her.

Systemet kan skjematiseres slik:

<sup>242</sup> Lord Woolfe, *Access to justice – Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, (1996), kapittel 18, punkt 6, sitert av S. Tenfjord, *op. cit.*, s. 30-1.

<sup>243</sup> Lord Woolfe, *Protection of the public – a new challenge*, (1990), Stevens & sons, London, note 12. s. 8, sitert av S. Tenfjord, *op. cit.*, s. 31.

<sup>244</sup> Sir Jeffery Bowman, *Review of the Crown Office List – a report to the Lord Chancellor*, (2000), London, s. 18, sitert av S. Tenfjord, *op. cit.*, s. 31.



Hvert år blir ca 170 000 saker behandlet ved *tribunaux administratifs*, ca 26 000 ved *cours administratives d'appel* og ca 12 000 ved *Conseil d'Etat*.

Forvaltningsdomstolsordningen løser tvister mellom offentlige myndigheter og private eller mellom to offentlige myndigheter. Saksbehandlingen er i det vesentlige den samme ved alle instanser. Klagen (stevningen, *la requête*) er skriftlig og undertegnes av parten eller en advokat. Det påklagede vedtaket vedlegges klagen, som skal begrunnes. Men kravene til form og begrunnelse er beskjedne, og domstolen har selv ansvaret for sakens opplysning.

Det finnes flere prosessformer for prøving av forvaltningsvedtak, avhengig av hva retten kan gjøre og typen vedtak som prøves.<sup>245</sup> De to dominerende prosessformene er "klage over kompetanseoverskridelse" (*recours pour excès de pouvoir*) og "fullt søksmål" (*recours de plein contentieux*).

*Recours pour excès de pouvoir* dominerer i praksis. Den tar sikte på tvister om gyldigheten av "ensidige forvaltningsvedtak" (*actes administratifs unilatéraux*), og kontrollen begrenses til vedtakets legalitet, ikke hensiktmessigheten. "Utfallet av saken blir i prinsippet enten stadfestelse eller opphevelse av forvaltningsvedtaket. Men saksøker har mulighet til å be domstolen sette frist for forvaltningen til selv å treffe nytt vedtak eller for å sette et vedtak i verk, eventuelt med tillegg av en løpende 'dagbot' for oversittelse av fristen".<sup>246</sup>

*Recours de plein contentieux* brukes bl.a. i saker med to eller flere parter (*contrats administratifs*). "Her har dommeren videre myndighet og kan for eksempel fastsette et pengekrav, tilkjenne erstatning eller sette til side eller endre en kontrakt. ... Etter denne prosessformen kan dommeren erstatte det opprinnelige vedtaket med et nytt".<sup>247</sup>

På norsk er den franske ordningen gjort til gjenstand for bred omtale i en doktoravhandling med komparativt perspektiv som er under bedømmelse ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, høsten 2009 (*Sunniva Cristina Bragdø*, Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike). På fransk er litteraturen svært omfattende.

## 2. Fordeler med den franske domstolsordningen

Hvert av de to parallelle domstolshierarkiene har en høyesterett (*Cour de cassation* og *Conseil d'Etat*). Avhengig av typen forvaltningsvedtak eller tvist, er det én eller to instanser

<sup>245</sup> Se René Chapus, *Droit du contentieux administratif*, (2006), 12. utg., Domat droit public, Montchrétien, Paris.

<sup>246</sup> S. Bragdø, *op. cit.*, s. 86.

<sup>247</sup> *Ibidem*, s. 86.

før anken når toppinstansen. Bare forvaltningsdommerne kan oppheve (*annuler*) eller omgjøre (*réformer*) avgjørelser av statlige eller kommunale forvaltningsorganer<sup>248</sup> og eventuelt erstatte det opprinnelige vedtaket med et nytt. Forvaltningsdommeren kan også fastsette pengekrav.

Ordningen med to parallelle systemer (*la dualité (des ordres) de juridiction*) bidrar til sammenheng og effektivitet, i den forstand at de fordeler oppgavene mellom seg ut fra hva hver av dem “kan best”. Også det faktum at hvert hierarki har sin egen organisasjon og prosessform trekker i samme retning. Uavhengigheten byr ikke på tvil; konstitusjonsdomstolen (*Conseil constitutionnel*) har således anerkjent den som konstitusjonelt prinsipp (*principe fondamental reconnu par les lois de la République*).<sup>249</sup> Tvert imot nyter forvaltningsdomstolene, og da særlig *Conseil d’Etat*, atskillig prestisje, ikke minst hos de andre statsmaktene.

Det er en sterk tendens til spesialisering, altså fagkyndighet. Dette kan fortjene debatt i det norske systemet, spesielt når tilstanden i dag ikke er vesentlig forskjellig fra den Castberg fremstiller i 1955:

“Det lar seg heller ikke nekte at de ordinære domstoler under utøvelsen av sin kontrollmyndighet mange ganger har vist liten forståelse overfor de fundamentale prinsipper som preger vår offentlige rett. Dette har sammenheng for det første med den omstendighet at hovedmassen av domstolenes saker er av privatrettslig og strafferettslig, og ikke forvaltningsrettslig natur. Det står også i sammenheng med visse karakteristiske trekk ved den norske juridiske utdanning, særlig det forhold at studiet av forvaltningsrettens prinsipper i høy grad har vært forsømt”<sup>250</sup>.

Sammenlignet med dette vil en forvaltningsdomstol være vel kjent med problemer, sentrale rettsregler og arbeidsmetoder på feltet.

#### 4.4.3. Den svenske domstolsordningen

##### 1. Oversikt<sup>251</sup>

Også Sverige har et eget hierarki med forvaltningsdomstoler ved siden av de alminnelige domstolene: *länsrätten*, *kammarrätten* og *Regeringsrätten*. I tillegg finnes det enkelte særdomstoler (*Arbetsdomstolen*, *Marknadsdomstolen*, *Patentbesvärslätten*) og domstollignende forvaltningsorganer.

Systemet kan skjematiseres slik:

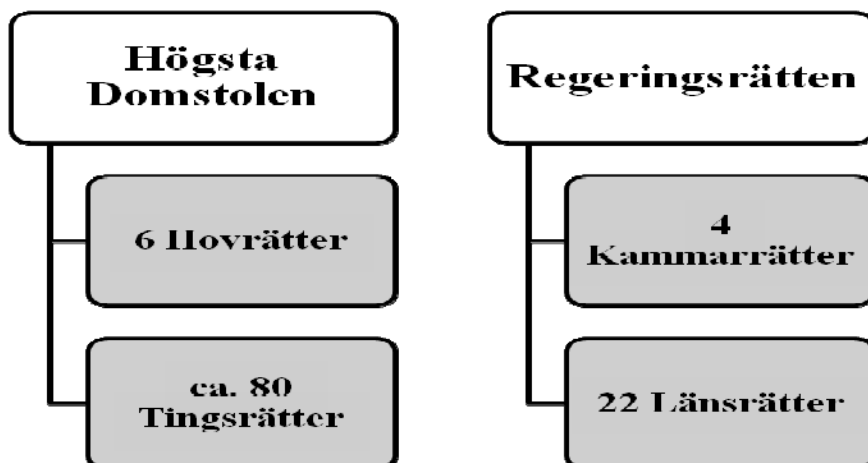
<sup>248</sup> “Seul le juge administratif peut (...) annuler ou réformer les décisions prises par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, les administrations centrales ou déconcentrées et leurs agents, les collectivités territoriales, ou les organismes placés sous leur autorité ou leur contrôle”. – Conseil d’Etat, *Le Conseil d’Etat en bref*, s. 3.

<sup>249</sup> Avgjørelse av 22. juli 1980 (“Loi de validation”).

<sup>250</sup> F. Castberg, *Innledning til forvaltningsretten*, (1955), Akademisk forlag, Oslo, s. 123, sitert av S. Tenfjord, *op. cit.*, s. 59.

<sup>251</sup> Jf. Wiweka Warnling-Nerep, *Rätten till domstolsprövning och rättsprövning*, (2008), 3. utg., Jure Förlag AB, Stockholm.





“Dommerne i de alminnelige forvaltningsdomstolene er spesialisert ved utelukkende å behandle forvaltningssaker, men også ved å være organisert i avdelinger for forskjellige sakstyper, for eksempel skattesaker eller sosialrettslige saker”.<sup>252</sup>

Forvaltningsdomstolene er gjerne inndelt i flere avdelinger. *Länsrätten* kan dømme med en juridisk dommer samt to “*nämndemän*”; i enkle saker kan en dommer likevel avgjøre saken alene.

“Kammarrätten er organisert i avdelinger med fem-seks ‘ledamöter’. Avgjørelser kan fattes av tre juridisk kvalifiserte dommere. *Nämndemän* deltar dersom *nämndemän* deltok i *länsrätten*. Avgjørelse om rett til prøvelse kan tas av to dommere dersom disse er enige.

Også *regeringsrätten*, som har 14 medlemmer (regeringsråd), er inndelt i avdelinger. Det kreves fem *regeringsråd* for å avsi dom, eller fire om tre er enige. Her fattes også plenumsavgjørelser”.<sup>253</sup>

“Kravene til saksbehandling er detaljerte, men samtidig fleksible i den forstand at dommer/partner i noen grad kan velge passende fremgangsmåter i enkeltsaker. I mange saker er for eksempel muntlige forhandlinger ikke påbudt. Partene kan imidlertid kreve dette”.<sup>254</sup>

Viktig å merke seg er at saksbehandlingen som utgangspunkt er skriftlig og at domstolene har selvstendig utredningsplikt (*officialprincipen*).

Når forvaltningsdomstolene behandler saker etter bestemmelsene om *förvaltningsbesvär*, kan de prøve alle sidene av et forvaltningsvedtak, både legalitet og skjønn (*lämplighet*). Unntak fra denne hovedregelen gjelder når de langt sjeldnere prosessformene *kommunalbesvär* (se nedenfor) og *rättsprövning*<sup>255</sup> legges til grunn. I så fall må de nøye seg med legalitetskontroll.

## 2. Fordelene med den svenske ordningen

I følge Statskonsult bygger den svenske ordningen med forvaltningsdomstoler på følgende prinsipper i overprøvelsen av forvaltningsavgjørelser:<sup>256</sup>

- Juridisk ekspertise
- Allsidig rettsprøving

<sup>252</sup> S. Bragdø, *op. cit.*, s. 73.

<sup>253</sup> Statskonsult, *Klager over alt, op. cit.*, vedlegg 2, s. 3.

<sup>254</sup> *Ibidem*, s. 1.

<sup>255</sup> “‘rättsprövning’ kom til som et resultat av at Sverige stadig ble dømt for brudd på den europeiske menneskerettighetskonvensjon. Årsaken var at visse typer av forvaltningsavgjørelser, blant annet dem som regjeringen treffer, ikke kunne overprøves av en domstol, men ble endelig avgjort i forvaltningen. Når det er tale om bebyrdende vedtak og alle administrative muligheter er uttømt, kan slike avgjørelser nå bringes inn for Regeringsrätten eller i noen tilfeller kammarrätten, med sikte på legalitetskontroll”. – S. Bragdø, *op. cit.*, s. 85.

<sup>256</sup> Statskonsult, *Klager over alt, op. cit.*, s. 2.

- Upartiskhet
- Nøytralitet
- Uavhengighet av den utøvende makt
- Kvalifisert prosess.

En viktig fordel sammenlignet med det norske systemet er at prosessen som utgangspunkt er skriftlig, men med mulighet til supplerende muntlighet etter partenes ønsker og rettens behov for å få saken tilstrekkelig opplyst.

I forhold til det kommunale selvstyret er det viktig å legge merke til at domstolskontrollen med vedtak av kommunale folkevalgte organer (*kommunalbesvär*), i motsetning til hovedreglene om *förvaltningsbesvär*, er begrenset til legalitetskontroll.<sup>257</sup> Det innebærer at kommunale vedtak beskyttes bedre enn vanlige forvaltningsvedtak. Dette må ses i sammenheng med at kommunale vedtak ikke kan påklages til *landshövdingen* (“fylkesmannen”) eller andre statlige forvaltningsorganer.

For øvrig har altså de svenske forvaltningsdomstolene som hovedregel kompetanse til å prøve alle sider av saken:

*“På same sätt som Regeringsrätten har länsrätter och kammarrätter helt enkelt trätt in i klagoinstansens roll. Denna tradition fullföljdes så sent som 1998, då rätten att överklaga till förvaltningsdomstol i stället för högre förvaltningsmyndighet sent omsider infördes som huvudregel [Förvaltningslagen § 22a, SFS 1998:386; prop. 1997/98:101]. På detta sätt har de svenska förvaltningsdomstolarna fått i stort sett samma roll vid överklaganden som högre förvaltningsorgan och regeringen”.*<sup>258</sup>

Svenske betraktere ser gjerne det faktum at domstolene som hovedregel har full overprøvningsadgang som en viktig fordel ved det svenske systemet. For domstolenes posisjon og uavhengighet kan denne siden av systemet imidlertid også betraktes som en ulempe.<sup>259</sup>

#### 4.4.4. Konsekvenser for Norge?

Rettsvesen og prosess er produkter av en juridisk og historisk kontekst. Derfor kan ingen av de tre nevnte domstolsordningene overføres direkte til Norge. Men visse trekk er av stor interesse i diskusjon om hvordan tvister mellom stat og kommune kan løses på måter som tar det kommunale selvstyret på alvor uten å skyve andre viktige hensyn til side.

Upartiskhet, rettsikkerhet og maktfordeling er de tre hensyn som har størst betydning ved vurderingen av en domstolsordning.<sup>260</sup> Innføring av spesialiserte domstoler ved siden av de alminnelige, bryter ikke med disse verdiene, men kan tvert imot bidra til å ivareta dem.

Fordelene med egne forvaltningsdomstoler er både av materiell og formell karakter. Spesialiserte dommere – i motsetning til bruk av sakkyndige meddommere etter behov<sup>261</sup> –

<sup>257</sup> Se nærmere Eivind Smith, “Sverige som konstitutionelt demokrati”, i Eivind Smith, *Stat og rett, op. cit.*, s. 51-74 [Tidligere publisert i Olof Petersson, Klaus von Beyme, Lauri Karvonen, Birgitta Nedelmann & Eivind Smith (red.), *Demokrati på svenskt vis. Demokratirådets rapport 1999*, (1999), SNS Förlag, Stockholm, s. 44-73], s. 65-7.

<sup>258</sup> *Ibidem*, s. 63.

<sup>259</sup> Se bl.a. Eivind Smith, “Sverige som konstitutionelt demokrati”, *op.cit.*.

<sup>260</sup> Torstein Eckhoff, “Noen refleksjoner om domstolenes uavhengighet”, *op. cit.*, s. 1. Om domstolenes uavhengighet sier Eckhoff at “[v]i ønsker f.eks. ikke at de skal handle uavhengig av hva lovgiveren bestemmer, uavhengig av sin juridiske skoloring og uavhengig av samfunnets alminnelig godtatte moralnormer. Idealet er m.a.o. ikke maksimal uavhengighet, men en passende kombinasjon av uavhengighet og avhengighet”.

<sup>261</sup> “I Sverige vurderes derimot sakkyndige meddommere som en ulempe for rettsikkerheten fordi de kan fremføre argumenter under domskonferansen som partene ikke får mulighet til å imøtegå – og dermed svekkes muligheten for kontradiksjon. Det vil derfor være bedre å bruke fagkyndige vitner som begge parter har mulighet til å eksaminere.” – S. Bragdø, *op. cit.*, s. 75.

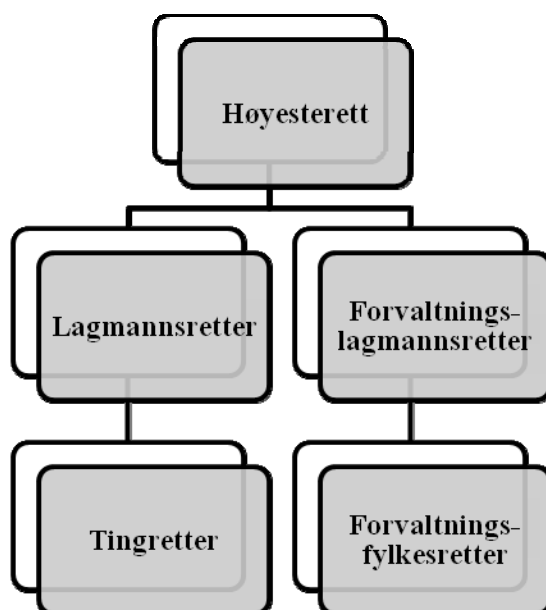
innebærer at bedømmelsen blir mer kvalifisert. Erfaringene tyder også på at spesialisering meget vel kan ivareta publikums tillit til at dommerne er uavhengige av forvaltningen.

Forvaltningsdomstoler er også kjennetegnet av enklere behandlingsformer som er bedre tilpasset forvaltningsrettens behov, noe som gjør kontrollen vesentlig billigere og mer effektiv enn kontrollen for domstolene i Norge. Hovedregelen om skriftlig saksbehandling gjør hensynet til geografisk nærhet mindre viktig. Dermed blir det nærliggende å anta at det ville være tilstrekkelig med én “forvaltningsunderrett” per fylke.<sup>262</sup>

Formelt sett er det intet i veien for å opprette forvaltningsdomstoler ved siden av de alminnelige domstolene i Norge. Grunnlovsendring er bare nødvendig dersom det skulle bli aktuelt med domstoler som ikke er underlagt den alminnelige høyesterett som siste instans (grunnloven § 88).<sup>263</sup> Men noe slikt er intet nødvendig ledd i en reform. Det er fullt mulig å tenke seg at Høyesterett forblir på toppen av det samlede rettsapparatet. Domstolsordningen kan skilles i to *under* dette nivået. En slik løsning kan også gjøre det lettere å unngå kompetansekonflikter og redusert rettsenheten. Som vi har sett, kan hensynet til spesialisering eventuelt ivaretas innenfor Høyesterett (og eventuelt lagmannsrettene) selv.

Hvis domstollignende forvaltningsorganer oppfyller sentrale krav til uavhengighet og rettssikkerhet, kan de knyttes tettere til rettsapparatet, f.eks. ved at anke kan gå direkte til lagmannsrett (slik som for Trygderetten i dag). Dette vil bidra til å redusere faren for “isolerte rettskulturer og en rettskildebruk som bryter med det som er vanlig ved de alminnelige domstoler og i samsvar med hevdvunne prinsipper”.<sup>264</sup> utgjøre et verdifullt supplement

I fullt utviklet form kan vårt forslag til nærmere vurdering på dette punkt oppsummeres slik:



<sup>262</sup> Se også Asbjørn Kjønstad, “Behovet for et felles rettslig overprøvingsorgan på velferdsrettens område – i en Sosiaaldomstol”, i *Retfærd* 98, (2002), nr. 3, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, s. 10-17.

<sup>263</sup> Jfr. nærmere i Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati* kap. VII.4.5.

<sup>264</sup> NOU 1999:19, *op. cit.*, s. 372.

## 4.5. Avslutning

Dersom hensynet til det kommunale selvstyret skal tas på alvor, må det norske systemet oppgraderes. Eksempelene fra andre land bidrar til å illustrere at dette meget vel kan skje uten å sette grunnleggende hensyn til privates rettssikkerhet til side. Heller ikke statens mulighet til å styre kommunene gjennom generelle rettsregler (lov og forskrift) vil lide.

De første forslagene vi presenterer i dette kapitlet utgjør forslag til minsteløsninger og bør uansett vurderes implementert.

- Med sikte på forvaltningssektorer der stats- og kommuneforvaltningen opptrer som likeverdige parter, bør partssammensatte tvisteløsningsorganer generaliseres.
- Med sikte på kvasi-hierarkiske relasjoner mellom stats- og kommuneforvaltningen må (særlig) fylkesmannens rolle tydeliggjøres og reduseres (bl.a. med større vekt på legalitetskontroll).
- Det bør overveies å omdanne fylkesmennenes “klageavdeling” til uavhengige organer (domstollignende forvaltningsorganer) unndratt den form for samordning innenfor forvaltningshierarkiet som ligger i kontroll med kommunal skjønnsutøvelse.
- I kraft av bl.a. spesialisering, forenklet (stort sett skriftlig) prosess, utredningsplikt og lave kostnader kan domstollignende forvaltningsorganer utgjøre et viktig supplement til de ordinære domstolene.
- Dagens organer av denne typen systematiseres og videreutvikles på en måte som gjør det mulig å utvikle dem til særskilte førsteinstansdomstoler, med anke e.l. direkte til lagmannsrett.<sup>265</sup>

Til nå har de alminnelige domstolene spilt en svært beskjeden rolle i forvaltningsretten generelt, og de er praktisk talt fraværende i tvisteløsning mellom stat og kommune. Deres rolle kan forsterkes dersom behovet for en bedre tilpasset prosess og større spesialisering tas på alvor. Det britiske eksemplet viser at dette kan skje innenfor rammene av dagens domstolsapparat.

Endelig bør det vurderes å opprette særskilte forvaltningsdomstoler med en mindre ressurskrevende og bedre tilpasset prosess. Dette innebærer bl.a. en hovedregel om skriftlighet og plikt for domstolen til å utrede saken.<sup>266</sup> Slike domstoler kan sideordnes domstoler for straffesaker og sivile saker og være underkastet den felles Høyesterett.

<sup>265</sup> E. Smith, “Forvaltningsdomstoler i Norge?”, *op. cit.*, s. 186.

<sup>266</sup> Se f.eks. Sigbjørn Tenfjord, *op. cit.*, s. 81 flg. om ønskeligheten av skriftlig eller muntlig saksbehandling.

## KAPITTEL 5

### Å forebygge tvister mellom stat og kommune

#### 5.1. Innledning

Spenningen mellom stat og kommune kan reduseres dersom det finnes godvilje hos partene og en balanse mellom statens og kommunenes posisjon og interesser. Det samme gjelder sannsynligheten for tvist mellom stat og kommune: Samhandling, klarere regler m.v. vil neppe kunne eliminere potensialet, men gjøre tvister lettere å håndtere.

En hovedkilde til (aktualiserte eller latente) tvister ligger i den kvasi-hierarkiske organisering av forholdet mellom stat og kommune i Norge. Samtidig blir det stadig klarere at stat og kommune er avhengige av hverandre for i arbeidet med å realisere velferdsstatens verdier.

Dette gir nye muligheter for å organisere forholdet mellom dem på en måte som tar ideen om likeverdighet på alvor. I denne tanken hviler forutsetningen for kommunalt selvstyre. Men dette innebærer ikke at full likestilling mellom stat og kommune er ønskelig eller mulig: Konstitusjonelt er kommunene en del av statsapparatet, og tanken er verken å utvikle “en stat i staten”, skape en føderal statsorden eller systematisk å svekke nasjonale verdier som rettssikkerhet og likhet.

For å komme videre, må vi skille mellom statsmaktene: Innenfor de rammer som til enhver tid følger av konstitusjonen, vil den lovgivende makt gå foran. Videre innebærer domstolenes uavhengighet at de ikke utgjør noen trussel mot det kommunale selvstyret; de kan (og bør) tvert imot brukes mer aktivt som redskap for å sikre det kommunale selvstyret innenfor lovens rammer.

Dermed er det forholdet til statsforvaltningen som står igjen. I denne relasjon er det mye som taler for at utviklingen bør gå i retning av relativ likeverdighet. Det bør være mulig å gi kommunene større handlingsrom innenfor lovens rammer og legge til bedre rette for lokal tilpasning av tjenester m.v. Det er ingen nødvendig sammenheng mellom en slik utvikling og svekket rettssikkerhet for private.

#### 5.2. Partnerskap mellom stat og kommune

Videreutvikling av et mest mulig likeverdig partnerskap mellom stat og kommuner i stedet for videreføringen av dagens kvasi-hierarkiske forhold, kan bidra til å forebygge tvister. I dette avsnittet skal vi gjennomgå noen viktige former for slikt partnerskap.

Stat-kommunerelasjonen kan uttrykkes i termer av styring og samarbeid innenfor rammene av en gjensidig avhengighet. I følge Francesco Kjellberg må vi anerkjenne

“at statlige inngrep i kommunesektoren ikke er uttrykk for bevisstløse sentralistiske tendenser og heller ikke for trang til standardisering for standardiseringens egen skyld, eller for et uhemmet byråkratisk utfoldelsesbehov. Slike kjappe synspunkter (...) fører bare inn i teoretiske blindspor. Statlig inngrep er uttrykk for sammenfiltringen mellom forvaltningsnivåene og for det samspillet som må prege en moderne velferdsstat ... Men i dette samspillet har kommuneinstitusjonen en selvstendig rolle å spille”.<sup>267</sup>

Samspillet mellom stat og kommune svekkes eller hindres bl.a. av bruk av hierarkiske styringsvirkemidler, mangel på dialog mellom likeverdige parter og uklar oppgavefordeling. Samhandlingsformer med vekt på samtale og samarbeid bør altså oppgraderes:

<sup>267</sup> F. Kjellberg, “Kommunalt selvstyre og nasjonal styring”, *op. cit.*, s. 59.

“Parallelt med at statens bruk av detaljstyrende virkemidler reduseres, må det utvikles nye styringsformer basert på veiledning og dialog. Utviklingen av denne typen virkemidler er i tråd med regjeringens ønske å endre forholdet mellom stat og kommune til et partnerskap basert på tillit og respekt. Det betyr ikke fravær av statlig styring, men at styringsrelasjonene i større grad er preget av gjensidighet og likeverd”.<sup>268</sup>

Et integrasjonsperspektiv preget av partnerskap, samspill og tillit mellom stat og kommune,<sup>269</sup> gir altså grunn til å satse på

“en type kommunikasjon som innebærer en grunnleggende form for gjensidighet. Dette innebærer gjensidig rett til å fremføre sine synspunkter, og en gjensidig oppmerksomhet og respekt overfor den andre partens synspunkter, interesser og ståsted. En reell dialog vil dermed kunne innebære refleksjon, avklaring og læring for begge parter. Det tas ikke sikte på at den ene part skal underordnes den andre og internalisere dennes synspunkter”.<sup>270</sup>

I forhold til fylkeskommunene er regionreformen egnet til å styrke dette perspektivet. Deres rolle som regional utviklingsaktør etter 2010 bygger på et mål om en mer effektiv og helhetlig regional forvaltning.<sup>271</sup> Selv om statlig styring “i størst mulig grad” bør “være basert på rammestyring gjennom samhandling og dialog hvor det regionale nivået gis frihet til å løse oppgaver i tråd med egne prioriteringer, innenfor rammen av nasjonal politikk”,<sup>272</sup> har staten fortsatt det siste ordet. I følge KRD er prinsippet at:

“Statens styring av kommunesektoren skal sørge for et likeverdig tjenestetilbud uavhengig av bosted, samtidig som kommunene og fylkeskommunene må få rom til å prioritere tjenester lokalt i tråd med lokale forhold. Regjeringens mål er å legge til rette for en sterk og effektiv kommunesektor som er en sentral aktør i samfunnsutviklingen lokalt og regionalt, og som kan gi innbyggerne gode tjenester, valgfrihet og medbestemmelse samtidig som den enkeltes rettsikkerhet ivaretas. Utfordringen for utforming av den statlige styringen er å begrense de stramme styringsgrepene og heller benytte dialog og veiledning der dette er mulig. Ulike sektorer vil ha ulik grad av styringsbehov, avhengig av oppgavens karakter. Noen oppgaver vil måtte følges med relativt sterk grad av styring.”<sup>273</sup>

KRD ønsker å redusere behovet for sterke styringsgrep, og å utvikle rammestyring og “myke styringsmidler” som informasjonsspredning og nettverk (bl.a. KOSTRA-data). “Sterke styringsvirkemidler som øremerking og lov eller forskrift, bør forbeholdes særskilt prioriterte nasjonale målsettinger”,<sup>274</sup> men det fortsatt er “stort behov for dialog mellom fylkeskommunene og staten på det enkelte fagområde”.<sup>275</sup>

I forhold til primærkommunene er fylkesmannen en nøkkelinstitusjon. Det finnes tre ulike arenaer for dialog mellom fylkesmannen og kommunene:

“Den første er samordnede kommunebesøk, hvor det generelle inntrykket i undersøkelsen er at alle partene som er representert i disse møtene opplever dem som å inneholde klare elementer av dialog.

<sup>268</sup> St.meld. nr. 31 (2000-2001), *Kommune, fylke, stat – en bedre oppgafordeling*, kap. 5 (uthevet her).

<sup>269</sup> Det er verdt å understreke at det ikke bare er kommunene som mangler tillit til staten. Den sterke kontrollen staten utfører kan forklares av mangel på tillit til kommunenes evne til å oppfylle sine velferdsoppgaver. – Se Anne Lise Fimreite, Yngve Flo, Per Selle & Tommy Tranvik, “Når sektorbandene slites”, (2007), *Tidsskrift for samfunnforskning*, nr. 2, s. 165-193.

<sup>270</sup> Gro Sandkjær Hanssen, Leif Arne Heløe & Jan Erling Klausen (red.), *Dialogen mellom fylkesmannen og kommunene*, (2004), NIBR-rapport 2004:7, s. 5.

<sup>271</sup> Ot. prp. nr. 10 (2008-2009), *Om lov om endringer i forvaltningslovgivningen mv. (gjennomføring av forvaltningsreformen)*, spes. kap. 1, s. 19 (pkt. 1.5).

<sup>272</sup> *Ibidem*, s. 20.

<sup>273</sup> *Ibidem*, s. 19.

<sup>274</sup> *Ibidem*, s. 20.

<sup>275</sup> *Ibidem*, s. 21.

Den andre arenaen er regionvise kommunebesøk, og den siste arenaen er mindre institusjonalisert enn de tidligere nevnte, men går under betegnelsen ad-hoc/ temamøter. Det innebærer gjensidig informasjon, læring, respekt og vilje til å samarbeide for å løse effektivt oppgavene”.<sup>276</sup>

Enten samhandlingen er av formalisert eller mer uformell karakter, forutsetter reell dialog at deltakerne anerkjenner den andres likeverdige rett til å fremføre sine argumenter. Et er i dette lys vi må se at Lokaldemokratikommisjonen anbefaler flere møteplasser, bl.a. en ordning for hospitering mellom stat og kommune som kan gi “kommunalt ansatte anledning til å arbeide i statsforvaltningen, og statlig ansatte anledning til å arbeide i kommunesektoren. Ordningen bør særlig være aktuell for ansatte i ansvarlige posisjoner og som står sentralt i viktige kommunale eller statlige beslutningsprosesser”.<sup>277</sup>

Tilsynsutvalget går inn for å gi sektortilsynene plikt til å informere fylkesmannen, slik at han “er informert om den enkelte kommunes tilsynsbyrde. Denne typen informasjon må fylkesmannen ha for å kunne utøve sin samordningsmyndighet”.<sup>278</sup> Fylkesmannen på sin side må være åpen for innspill fra kommunene om lokale forhold og ønsker.

Det såkalte “forventningsbrevet” samler styringsinformasjon fra statsetatene til kommunene i fylket.<sup>279</sup> Kommunal- og regionaldepartementet presenterer brevet som et tiltak for å fremme dialog – det skal bl.a.

“bidra til effektiv og tydelig formidling av statens styringssignaler (bedre ledelsesverktøy) og bedre oppfølging av nasjonale mål, identifisering av behov for samordning, klargjøring av rolle- og ansvarsfordeling, og å være en felles ramme for dialog. Brevet inneholder en bred gjennomgang av statlig politikk i forhold til kommunene, og lister opp kommunenes rolle i gjennomføring av politikken og forventninger til hvordan det skal skje”.<sup>280</sup>

Imidlertid er antagelig brevet utformet slik at det kan oppfattes som en “ønskeliste” mer enn som et utgangspunkt for dialog. Kanskje kunne ordningen balanseres ved tilsvarende “forventningsbrev” fra kommunene til fylkesmannen?

I følge instruksen § 4 skal fylkesmannen “arbeide for at det skjer et best mulig samarbeid mellom kommunene, fylkeskommunen og den lokale forvaltning og skal i nødvendig utstrekning bistå de statlige etater med behandling av spørsmål som tas opp med kommunene eller fylkeskommunen”.<sup>281</sup> Mange av fylkesmannens oppgaver i dag setter krav til samarbeid og dialog og leting etter konsensus. I denne rollen må fylkesmannen prøve å identifisere det som er felles for partene og utvikle gjensidig kommunikasjon. Han må bidra til at diskusjonen får preg av “jevnbordighet og gjensidig forståelse”.<sup>282</sup> “Beordring” må spille en tilsvarende begrenset rolle.

Også økt bruk av forhandlinger, avtaler og fellesprosjekter mellom stat og kommune kan bidra til å gjøre forholdet mer likeverdig, og dermed redusere potensialet for tvist. Dette gjelder enten avtalene er juridisk bindende eller indikative, men bygd på en forutsetning om å bli fulgt.

På sentrale områder som barnehager, kvalitet i pleie- og omsorgssektoren og i skolen, bosetting av flyktninger og arbeids- og velferdsforvaltningen (NAV), har KS inngått bilaterale

<sup>276</sup> NIBR 2004:7, s. 6

<sup>277</sup> NOU 2005:6, s. 78.

<sup>278</sup> NOU 2004:17, s. 130.

<sup>279</sup> Se rundskriv H-2113 (mars 2000) fra KRD, Veileder til forventningsbrevmetoden.

<sup>280</sup> NIBR-rapport 2004:7, s. 35.

<sup>281</sup> Instruks for fylkesmenn, gitt ved kgl. res. 07.08.1981, endret ved kgl. res. 10.11.1988 og 06.07.1999, [www.fylkesmannen.no](http://www.fylkesmannen.no).

<sup>282</sup> NOU 2005:6, s. 17.

samarbeidsavtaler med Regjeringen.<sup>283</sup> De bør videreutvikles. Avtalene forplikter ikke den enkelte kommune, men KS må selvsagt gjøre sitt beste for å få dem respektert i praksis.

Det franske systemet for bilaterale avtaler kan ha verdi som inspirasjonskilde for videreutvikling av det norske. Siden 1960-årene har Frankrike utviklet et system for kontrakter mellom staten og regionale eller lokale enheter, basert på likeverdighet, ikke på et over- og underordningsforhold. Det finnes tre kontraktstyper:<sup>284</sup>

- “Planleggingskontrakter” (contrats de plan) som skal samordne investeringer på de ulike forvaltningsnivåene (statlige, regionale og lokale).<sup>285</sup>

- Avtaler som tar sikte på å definere og iverksette felles mål, som regel mellom stat, region eller fylke (departement), men slik at også store kommuner kan delta.

- Kontrakter om overføring av oppgaver vedrørende drift av store installasjoner som havner og flyplasser.<sup>286</sup>

Under den konsultasjonsordningen som er utviklet siden 2001, er staten representert ved statsrådene for kommunerelaterte departementer, kommunene ved den politiske ledelsen i KS samt rådmannsutvalgets leder. Ordningen omfatter bl.a. kommuneøkonomi, kommunenes oppgaver og statlige rammebetingelser. Det er fire faste møter per år og dessuten mer hyppig kontakt mellom KS og det enkelte departement.

Ordningen representerer en formalisert arena for dialog og utveksling av informasjon. Formålet “kan sies å være at partene blir enige om hva som kan oppnås innenfor inntektsrammene til kommunesektoren. Fra KS’ side har det vært en oppfatning av et misforhold mellom statlige ambisjoner og kommunenes økonomi. Dette kan forklare KS’ motivasjon bak ordningen. Fra statens side er ordningen et redskap for å sikre lokal oppfyllelse av de statlige ambisjonene. Ved å bruke KS som avtalepartner kan også staten oppnå legitimitet for politikken sin i kommunene”.<sup>287</sup>

Enighet som følge av konsultasjonene, forplikter ikke den enkelte kommune. Det er imidlertid en forutsetning at både KS og Regjeringen gjør sitt for å gjennomføre det blir enighet om.

Viktige deler av det løpende samarbeidet mellom stat og kommune bygger på resultatene fra arbeidet i et teknisk beregningsutvalg, som “har gitt mulighet for å nærme seg en enighet om faktagrunnlag og virkelighetsbeskrivelse i sektoren”.<sup>288</sup>

Retningslinjene for involvering av KS i kostnadsberegninger (2007) er et element i “en mer forpliktende ordning”.<sup>289</sup> De bygger på rapporten fra en arbeidsgruppe som skulle utarbeide

“en ny modell for tettere samarbeid mellom staten og KS om kostnadsberegninger. Modellen innebærer at det innføres et system med faste rutiner for involvering av KS i kostnadsberegninger i kjente saker, dvs. på områder hvor det er alminnelig kjent at staten tar sikte på å gjennomføre en reform. Systemet bygger på de administrative og politiske samarbeidsarenaene som allerede eksisterer gjennom konsultasjonsordningen, og innebærer blant annet at det fastsettes seks årlige tidspunkter hvor staten melder inn ønsker om involvering av KS i kostnadsberegninger.

Arbeidsgruppen foreslo en *konsultasjonsbasert prosess* for håndtering av eventuell uenighet mellom staten og KS om kostnadsberegninger. Dette er en modell som innebærer at partene tar utgangspunkt i

<sup>283</sup> Se kapittel 4. Se også *Oversikt over samarbeidsavtaler* på KRDs nettside, [www.regjeringen.no](http://www.regjeringen.no).

<sup>284</sup> Se Harald Baldersheim, “Norske kommunar i internasjonalt perspektiv”, i NOU 2005:6, vedlegg 2, s. 131-157, s. 150.

<sup>285</sup> Lov av 29. juli 1982 om reforme av planleggingssystemet.

<sup>286</sup> Lov av 27. februar 2002 og 13. august 2004.

<sup>287</sup> Kristin Marie Dahle, *Forholdet mellom stat og kommune i NAV*, (2008), Masteroppgave (veileder: A.L. Fimreite), Universitetet i Bergen, Institutt for administrasjon- og organisasjonsvitenskap, s. 14. Om konsultasjonsordningens seks mål, se Ot. prp. nr. 10, s. 21.

<sup>288</sup> NOU 2005:6, s. 72.

<sup>289</sup> KRD, Konsultasjoner mellom stat og kommunesektoren, Referat fra 4. Konsultasjonsmøte, 25. oktober 2006.



at uenigheten skal løses gjennom videre kontakt gjennom konsultasjonsordningen, men at denne kontakten i særskilte tilfeller blant annet kan suppleres med vurdering fra et sakkyndig utvalg med representasjon fra partene. En forutsetning for slik supplerer er at partene er enige om at dette skal gjennomføres, og hvilken form suppleringen skal ha. Staten og KS sluttet seg til arbeidsgruppens tilrådninger, og modellene vil bli iverksatt slik at de får virkning fra og med konsultasjonsåret 2007”.<sup>290</sup>

Regjeringen har selv gått inn for å “vidareutvikle konsultasjonsordninga og arbeide vidare med bilaterale avtalar på enkeltområde”.<sup>291</sup> Oppfatningen deles av KS og har fått støtte av bl.a. Lokaldemokratikommisjonen<sup>292</sup> og flere politiske partier.

I Sverige vurderer man å opprette en konsultasjonsordning, men med så store ulikheter at materialet er interessant i debatten om videreutvikling av den norske ordningen. Den svenske ekspertgruppens hovedforslag for reform av grunnlovens bestemmelser om forholdet mellom stat og kommune er å innføre regler om formalisert samråd hver gang det oppstår spørsmål av vesentlig betydning for forholdet mellom stat og kommune, bl.a. spørsmål av stor betydning for kommunenes økonomi samt lovgivning som angår kommunene.<sup>293</sup> Som i Norge er målet å forbedre samspillet mellom stat og kommune på en måte som kan tjene innbyggernes behov og interesse, å øke tydelighet og å forsterke det kommunale selvstyret.<sup>294</sup>

I det endelige grunnlovsendringsforslaget nøyde man seg likevel med følgende bestemmelse (§ 2, kap. 7):

*“Vid beredningen av regeringsärenden ska behövliga upplysningar och yttranden inhämtas från berörda myndigheter. Upplysningar och yttranden ska också i den omfattning som behövs inhämtas från kommuner. Även sammanslutningar och enskilda ska i den omfattning som behövs ges möjlighet att yttra sig”.*<sup>295</sup>

Forslaget innebærer en viss nedtoning av ideen om et formalisert samspill mellom stat og kommune. Dermed er det ekspertgruppens forslag om en mer omfattende plikt til å rådføre seg med kommunene hver gang et spørsmål berører det lokale selvstyre eller er av betydning for deres økonomi og virksomhet som i særlig grad bør vurderes i Norge.

Den svenske forvaltningstradisjonen bygger i alle fall på at kommunene konsulteres i god tid (hvis mulig) vedrørende alle spørsmål som direkte berører dem. Dette er i godt samsvar med det europeiske charteret om lokalt selvstyre (§ 4 (6)).<sup>296</sup> I ekspertgruppens perspektiv er dette endog et alternativ til domstolskontroll.<sup>297</sup>

Den danske modellen har spilt en viktig rolle i den norske debatten.<sup>298</sup> Det er antagelig enighet om at den har bidratt til mer stabile rammevilkår for kommunene, noe som vil være

*“av demokratisk verdi, ved at politikerne kan ta utgangspunkt i gitte og stabile forhold når valgprogram utformes. Disse fordelene fremkommer i den danske ordningen ved at enkeltkommunene bevarer en viss autonomi og fleksibilitet. Videre gir ordningen de kommunale organisasjoner [KL] eksklusiv*

<sup>290</sup> KR D, Referat fra 4. Konsultasjonsmøte, 25. oktober 2006, s. 4.

<sup>291</sup> St. prp. nr. 1 (2004-2005).

<sup>292</sup> NOU 2005:6, s. 13.

<sup>293</sup> SOU 2007:93, s. 90.

<sup>294</sup> H. Torngren, “Den kommunala självstyrelsen i Sverige”, (2009), underlag till föredrag vid ett finskt-svenskt förvaltningsseminarium i Borgå, 18. sept. 2008.

<sup>295</sup> SOU 2008:125, En reformerad grundlag, s. 75.

<sup>296</sup> “6. I alle saker som direkte angår dem, skal lokale myndigheter i så god tid og på en så hensiktsmessig måte som mulig tas med på råd i planlegging og når beslutninger skal fattes”.

<sup>297</sup> Ansvarskomiteén hadde foreslått at riksdagen kunne ha vedtatt en lov om et slikt samråd, som kunne inneholde bestemmelser om sammesetting, om når samrådet burde møte og om hvilke spørsmål (bl.a. spørsmål som berører kommunenes økonomi og finansiering, samt lovgivning som gjelder dem). – SOU 2007:93, s. 89-90.

<sup>298</sup> NOU 2005:6, s. 72.

adgang til makten på sentralt nivå, og her ser det ut at disse organisasjonene, bedre enn i Norge og Sverige, greier å forsvare det kommunale selvstyret”.<sup>299</sup>

Før man går videre ad denne vei, bør imidlertid forholdet mellom nasjonal koordinering under medvirkning av KS og handlefrihet (selvstyre) for den enkelte kommune, avklares nærmere.

### 5.3. Rettsvern for lokalt selvstyre

#### 5.3.1. Innledning

Selvstyre kan realiseres ved at man binder seg selv (ved avtale m.v.) eller andre (ved avtale m.v. eller ved bruk av offentlig myndighet), ved å skaffe seg inntekter og bestemme hvordan midlene skal brukes, ved å organisere seg selv og – i siste instans – ved å ivareta sine interesser ved domstolene. Hvis (summen av) kompetanser blir for sterkt redusert, mister det lokale selvstyret sin kjerne:

“Hvis de oppgavene som legges til kommunene i stigende grad er gjenstand for stram rettslig eller forvaltningsmessig statlig styring, kan det gå med vår leting etter det kommunale og fylkeskommunale selvstyres kjerne som det går med Peer Gynt da han vil skrelle en løk for å finne kjernen; når vi har plukket vekk alle ‘skallene’ i form av ulike typer bindinger på kommunens (...) handlefrihet, oppdager vi at kjernen – det kommunale og fylkeskommunale ‘meg selv’; rommet for lokalpolitisk motiverte beslutninger om spørsmål som angår borgerne i området – kanskje ikke er der”.<sup>300</sup>

I dette avsnittet skal vi se på noen virkemidler som kan bidra til å sikre et minstemål av selvstyre (autonomi) for kommunene.

#### 5.3.2. Grunnlovsfesting

Selv om (særlig) primærkommunene har solide røtter i norsk politisk virkelighet, har kommunene og deres eksistens (ennå) ikke konstitusjonell forankring. Heller ikke tanken om lokalt selvstyre er nevnt i grunnloven. Selv om det kan hevdes å være et “dypt forankret prinsipp”,<sup>301</sup> har det heller ikke fått uttrykk i kommuneloven. Dermed må vi gå til en særregel om klage (forvaltningsloven § 34) annet ledd for å finne noe eksempel på at “det kommunale selvstyre” har fått eksplisitt uttrykk i rettslig bindende form.

Den norske integrasjonsmodell bygger i prinsippet på stats- og kommuneforvaltningen som likeverdige parter.<sup>302</sup> Likevel har tendensen snarere gått mot stadig mer sentralisering, og statsstyringens omfang har “økt i takt med at kommunene har tatt over mer og mer ansvar for produksjonen av velferdsstatens tjenester”.<sup>303</sup>

“Kommunene oppdager nå i stigende grad at de er brikker i et politisk spill, ikke om kommunalt selvstyre, men om vesentlige trekk ved vår velferdsstat – et spill som litt kynisk kan beskrives som kunsten å skjære ned på velferdsstatlige ytelser uten å bli sittende med ansvaret for konsekvensene. ... Det er dette uverdige spillet som er den største trusselen mot det kommunale selvstyre, ikke fordi det foretas innsparinger som rammer enkeltpersoner, men fordi disse skjer i et politisk klima preget av en

<sup>299</sup> NOU 2005:6, s. 74.

<sup>300</sup> Jan Fridthjof Bernt, *Kommunalrett, op. cit.*, s. 114.

<sup>301</sup> Det har vært hevdet at det lokale selvstyre i Norge har et sedvanebasert vern. – Se Yngve Flo, *Kommunen og konstitusjonen – Om statusen til det kommunale sjølvstyret i det norske styringsverket*, (2000), LOS-senter Notat 0032, Bergen, s. 7. Se også Yngve Flo, *Staten og sjølvstyret – Ideologiar og strategiar knytt til det lokale og regionale styringsverket etter 1900*, (2004), Det historisk-filosofiske fakultetet, Historisk institutt, Bergen.

<sup>302</sup> NOU 2005:6, s. 23.

<sup>303</sup> S.I. Vabo (red.), C. Bidsted, M. Granberg & S. Montin, *Nasjonale ideologier bak endringene i kommunesektoren, op.cit.*, s. 5.

frapperende dobbeltretorikk. Vi sier at vi skal sikre svake gruppers rettigheter og rettssikkerhet, men koster det for mye, så gjemmer vi oss bak det kommunale selvstyre”.<sup>304</sup>

Større likeverd mellom stat og kommune kan lettere oppnås dersom lokalt selvstyre forankres i grunnloven.<sup>305</sup> Slik er det i de fleste land i Europa. Men formuleringer og omfang varierer:

“Helt uttrykkelig blir det kommunale selvstyre når grunnloven benytter formuleringer som at kommunen har rett til selvstyre (Danmark, Litauen, Spania), at kommunenes selvstyre garanteres (Tsjekkia, Tyskland, Sveits), at kommunene er selvstyrende organer (Luxembourg, Italia), at kommunene skal være selvstyrende (Frankrike), eller at kommunen selv skal styre (Island)”.<sup>306</sup>

Det svenske folkestyret bygger bl.a. på lokalt selvstyre.<sup>307</sup> Dette vil bli forsterket gjennom de planlagte endringene i Regeringsformen.<sup>308</sup>

Skal kommunalt selvstyre ha noen realitet, må økonomisk handlefrihet stå sentralt. Flertallet av 25 europeiske grunnlover gir bestemmelser om kommunal beskatningsrett. De kan inndeles i fire hovedgrupper:

“For det første i forhold til om grunnloven sikrer at de kommunale oppgaver skal fullfinansieres. For det andre hvilken rett kommunene har til selv å skaffe seg inntekter, særlig gjennom utskrivning av lokale skatter. For det tredje hvor stor frihet kommunene nyter til å selv bestemme egne budsjett. For det fjerde kommunenes rådighet over egen formue”.<sup>309</sup>

I mange tilfelle overlates det til den lovgivende makt å gi nærmere bestemmelser om kommuneskatten. I Sverige må statlige myndigheter således godkjenne kommunal innkreving av skatter.<sup>310</sup> Det forslag til grunnlovsreform som etter alt å dømme blir vedtatt i 2010-11 inneholder følgende bestemmelser i et nytt kapittel 14 om kommunene:

“4 § Kommunerna får ta ut skatt för skötseln av sina angelägenheter.  
5 § Kommunerna får i lag åläggas att bidra till kostnaden för andra kommuners angelägenheter, om det krävs för att uppnå likvärdiga ekonomiska förutsättningar”.

Fraværet av grunnlovsregulering setter Norge i en påfallende særstilling. Det er ikke lett å se hvordan dette kan begrunnes. Tvert imot ville

“grunnlovsfesting av det kommunale selvstyret ... bekrefte den viktige rolle kommunene har i vårt demokrati, historisk, i dag og i framtida. Det trenges en grunnlovsfesting for å verne om lokalt selvstyre, sikre befolkningen muligheter til demokratisk deltakelse og innflytelse, sikre nærhet mellom den som har behov og de som skal bidra til en løsning”.<sup>311</sup>

<sup>304</sup> Jan Fridthjof Bernt, “Kan kommunalt selvstyre og rettssikkerhet forenes?”, (1994), *Lov og rett*, s. 67-92, s. 89.

<sup>305</sup> Jan Fridthjof Bernt, “Kveler velferdsstaten kommunaldemokratiet?”, i Anne-Lise Fimreite, H.O. Larsen & J. Aars (red.), *Lekmannsstyre under press – Festskrift til Audun Offerdal*, (2001), Kommuneforlaget, Oslo, s. 27-48, s. 27.

<sup>306</sup> Ola Rambjør Heide, “Europas grunnlover og det lokale selvstyre”, *op. cit.*, s. 394.

<sup>307</sup> Regeringsformen, kap. 1, § 1, 2. avsnitt lyder i dag: “Den svenska folkestyrelsen bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt. Den förverkligas genom ett representativt och parlamentarisk statskick och genom kommunal självstyrelse”.

<sup>308</sup> En nøkkelbestemmelse i det særskilte kapitlet som er foreslått i SOU 2008:125, s. 97 lyser: “Kommunerna sköter lokala och regionala angelägenheter av allmänt intresse på den kommunala självstyrelsens grund. Närmare bestämmelser även de övriga angelägenheter som bestäms i lag”.

<sup>309</sup> Ola Rambjør Heide, *op. cit.*, s. 400.

<sup>310</sup> *Ibidem*, s. 401.

<sup>311</sup> Dokument 12:9 (2003-2004). – Forslaget ble behandlet og avvist av Stortinget i mai 2007, men Regjeringen ble anmodet om å utrede spørsmålet nærmere.

Grunnlovsfesting behøver ikke i seg selv å avskjære enhver kompetanse for staten til å regulere kommunal virksomhet ved lov. Men nesten uansett hvordan grunnlovsbestemmelser om disse spørsmål blir utformet, vil de være egnet til å sikre kommunenes eksistens som selvstendig forvaltningsnivå bedre vern enn i dag.<sup>312</sup>

Etter det europeiske charter (konvensjon) om lokalt selvstyre har Norge plikt til å anerkjenne prinsippet om lokalt selvstyre i grunnlov eller lov (artikkel 2).<sup>313</sup> Likevel har ulike forslag om grunnlovsfesting blitt nedstemt gjennom de senere år (1998, 1999, 2003). Da Stortinget i mai 2007 igjen avviste forslag om grunnlovsendring, ble Regjeringen anmodet om å utrede grunnlovsfestingens konsekvenser for kompetansen til å regulere kommunenes virksomhet ved lov. Etter at en bredt sammensatt gruppe stortingsrepresentanter i september 2008 hadde fremmet forslag om tillegg i Grunnloven § 49 om grunnlovsfesting av lokaldemokratiet,<sup>314</sup> ble anmodningen trukket tilbake.<sup>315</sup> Det har altså skjedd et skifte av fokus: fra lokalt selvstyre til lokalt demokrati.<sup>316</sup>

Et argument mot grunnlovsfesting av lokalt selvstyre har vært at det kunne begrense statens handlefrihet “fordi det implisitt i en slik grunnlovsfesting vil ligge at statlige myndigheter vil måtte bli mindre detaljstyrende overfor kommuner og fylkeskommuner”.<sup>317</sup> Ifølge begrunnelsen tar 2008-forslaget i stedet sikte på grunnlovsfesting av lokaldemokratiet. Dette skal gjøre det mulig å omgå problemet, samtidig som “det lokale folkevalgte nivå får en forankring i Grunnloven og ... Norge derved oppfyller sine” folkerettslige forpliktelser.<sup>318</sup>

Hovedforslaget til ny grunnloven § 49 a 2004 lød:

“Indvaanerne i en Kommune have Ret til Selvstyrelse i Sager, der ere primært af lokalt Karakter, og som ikke ved Lov ere lagte til andre.

Selvstyrelsen udøves gennem Organer der ere udpegte ved direkte og frie Valg. Loven kan give Kommunerne Adgang til at bestemme at visse Spørgsmaal skal afgjøres ved Afstemning blandt Stemmeberettigede i Kommunen.

Opgaver, der ikke primært ere af lokal Karakter, kunne paalægges Kommunerne ved Lov eller efter Aftale.

Nærmere Bestemmelser om Kommunegrænser, om Stemmeret og Valg og om Kommunernes Organisation og Virksomhed gives ved Lov”.

Begrepet om lokalt selvstyre legger vekt på kommunens organisasjons- og handlefrihet.<sup>319</sup> Etersom grunnlovsfesting av “lokaldemokrati” legger hovedvekten på hvem som skal styre, og følgelig på politiske valg, gir det som utgangspunkt svakere vern enn en klausul om “lokalt selvstyre”. Forslagsstillernes begrunnelse viser at dette er tilsiktet.

<sup>312</sup> Om forholdet mellom “grunnlovsfesting” og “grunnlovsvern”, se Eivind Smith, “Grunnlovsfesting av kommunalt selvstyre”, (2003), *Lov og Rett*, s. 3-20, pkt. 7.

<sup>313</sup> Charteret om lokalt selvstyre, artikkel 2: “The principle of local self-government shall be recognised in domestic legislation, and where practicable in the Constitution”.

<sup>314</sup> Grunnlovsforslag nr. 13, Dokument nr. 12:13 (2007-2008), 30. september 2008.

<sup>315</sup> Ved stortingsvedtak 16. desember 2008 ble anmodningsvedtak nr. 457 av 31. mai 2007 opphevet, jf. Innst. S. nr. 119 (2008–2009). I denne innstillingen vider kontroll- og konstitusjonskomiteen bl.a. “til at det den 30. september 2008 ble innlevert et forslag om grunnlovsfesting av lokaldemokratiet som representanter fra alle partier på Stortinget stilte seg bak, og at det ikke er innlevert noe forslag om grunnlovsfesting av lokalt selvstyre. På den bakgrunn mener komiteen at det ikke er behov for å gjennomføre den utredningen som ble vedtatt i tilknytning til behandlingen av Innst. S. nr. 138 (2007–2008).”

<sup>316</sup> Se Innst. S. nr. 163 (2008-2009) fra kommunal- og forvaltningskomiteén om eit sterkt lokaldemokrati.

<sup>317</sup> Dokument nr. 12:13 (2007-2008).

<sup>318</sup> *Ibidem*.

<sup>319</sup> Begrepet betyr “frihet fra innblanding utenfra”, eller, med andre ord, kommunenes frihet til selv å treffe egne valg uten at disse valgene skal kunne korrigeres av utenforstående (sentrale myndigheter). – Se Ola Rambjør Heide, “Europas grunnlover og det lokale selvstyre”, *op. cit.*, s. 394 og Eivind Smith, “Grunnlovsfesting av kommunalt selvstyre”, *op. cit.*, s. 4-6.

Imidlertid refererer ikke forslaget av 2008 eksplisitt til “lokaldemokrati”. Tvert imot inneholder det flere sentrale elementer fra forslaget av 2004. Forslaget om nytt annet [og tredje] ledd i grunnloven § 49 (alternativ 1) lyder slik:

“Innbyggerne har rett til å styre anliggender som er av lokal karakter gjennom lokale organer som er utpekt ved direkte og frie valg. Slike organer kan pålegges bestemte oppgaver ved lov eller avtale.

Nærmere bestemmelser om geografisk avgrensning, om stemmerett og om valg fastsettes ved lov”.

Sammenholdt med begrunnelsen er dette egnet til å skape en viss uklarhet. Det står likevel fast at “lokalt demokrati” mister det meste av sin mening dersom “innbyggerne” og deres representanter ikke innholdsmessig har en viss frihet til å styre seg selv (“rett til å styre anliggender som er av lokal karakter”). I denne forstand kan endringen fra 2004 til 2008 hevdes å være et spørsmål om valg av utgangspunkt og terminologi mer enn om substans.

Uansett utgangspunkt kan grunnlovsfesting forsterke lokale folkevalgte organers legitimitet innenfor et system der Stortinget nå er alene om å representere “folket”.<sup>320</sup> Heretter vil det – konstitusjonelt sett – bli to konkurrerende, legitime enheter. Dette kan gi grunnlag for argumentasjon og lokal motstand mot statens politikk. I det minste vil nok kravet om inngrep i lokal handlefrihet på basis av stortingsvedtak (“legalitetsprinsippet”), ikke bare etter statsforvaltningens egne “påfunn”, komme styrket ut.<sup>321</sup>

### 5.3.3. Formalisering av visse prinsipper: Proporsjonalitet

I mange land i Europa står rettslige prinsipper sentralt i forholdet mellom stat og kommune,<sup>322</sup> for eksempel prinsippene om relevans, god tro og lojalt samarbeid.<sup>323</sup> Formalisering av slike prinsipper kan bidra til å forebygge tvister mellom stat og kommuner.

Proporsjonalitetsprinsippet står sentralt i forvaltningsretten i flere land i Europa og i EF-retten.<sup>324</sup> Det gir et utgangspunkt for avgrensning av statsforvaltningens materielle kompetanse overfor kommunene: Den kan ikke gripe inn i større grad enn nødvendig for å ivareta de aktuelle mål.

<sup>320</sup> “Det er åpenbart at deltageraspektet ved kommunestrukturen i dag oppleves som mindre viktig enn selve distribusjonen av velferdsgoder. I dette ligger ikke at deltagelsen er vanskeliggjort eller umulig, men at deltagelse gjerne ikke har den fundamentale betydning for den politiske beslutning. For uansett hva de stedlige politikere må beslutte, ligger de sentrale velferdsstatsrammer fast; den individuelle autonomi skal sikres. (...) I så måte er det heller ingen svakhet at kommunene er ‘reduert’ til en serviceinstitusjon, snarere tvert imot (...) I så måte ligger legitimiteten til det kommunale selvstyret ikke i den politiske deltagelse, men tvert imot i hvilken grad velferdsgodene distribueres gjennom denne på en forvarlig måte. Og så lenge dette skjer, er det kommunale selvstyre legitimert”. – David R. Doublet, “Det kommunale selvstyres legitimitet i en nasjonal rettsstat”, (1996), *Lov og Rett*, s. 645-653, s. 653.

<sup>321</sup> “L’exigence d’une certaine autonomie suppose avant tout que l’influence de l’Etat soit canalisée par des voies générales, juridiquement contraignantes (la loi, etc.). Est également nécessaire la volonté de respecter les choix des communes à l’intérieur des limites de caractère général en tout temps valables. Avec ces réserves (plus certaines autres), une protection constitutionnelle matérielle de l’autonomie communale ne fera pas nécessairement obstacle à une gestion par l’Etat”. (vår uth.) – Eivind Smith, “Vers une constitutionnalisation de l’autonomie communal en Norvège?”, i *Mouvements du droit public – Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits, Mélanges en l’honneur de Franck Moderne*, (2004), Dalloz, Paris, s. 947-966, s. 964.

<sup>322</sup> Ordet “prinsipp” brukes på mange ulike måter og inviterer derfor til en viss forsiktighet. Se for eksempel Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, op. cit., kap. 3.II.

<sup>323</sup> Hélène Pauliat, “Quelle complémentarité pour les collectivités publiques en Europe?”, i Hélène Pauliat (red.), *L’autonomie des collectivités territoriales en Europe – une source potentielle de conflits ?*, (2004), collection Europa, Pulim, Limoges, p. 343-350.

<sup>324</sup> Jfr. f.eks. Torstein Eckhoff & Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, op. cit., s. 385-6 og Karsten Revsbech, *Aktuel dansk forvaltningsret – Karakteristiske træk og udviklingstendenser*, (2008), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 82-5.

Om prinsippet blir tatt inn i grunnlov eller (i det minste i) lov, må statsforvaltningen systematisk vurdere og avveie vedtakets mål mot hensynet til det lokale selvstyre. Omvendt vil kommunene kunne bruke det som utgangspunkt for argumentasjon om at mer lempelige midler kan være egnet til å ivareta (omtrent) samme mål. Dersom uavhengige organer for tvisteløsning – i siste instans domstolene – trekkes inn i håndhevingen, ville effektiviteten øke tilsvarende.

Flere uttalelser av det svenske Lagrådet (et uavhengig rådgivende organ vedrørende lovforslag, se 5.4.1) legger vekt på at inngrep i det kommunale selvstyre må være proporsjonalt med lovgivningens mål:<sup>325</sup>

“Om olika möjligheter finns att nå samma mål bör riksdagen av hänsyn till principen om den kommunala självstyrelsen välja det som lägger minst band på kommunernas självbestämmanderätt. Dette är uttryck för en proportionalitetsprincip”.<sup>326</sup>

I samsvar med dette lyder forslaget til § 3 i det nye kapittel 14 i Regeringsformen slik:

“En inskränkning i den kommunala självstyrelsen bör inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den”.<sup>327</sup>

Også i Norge kan grunnlovsfesting av et proporsjonalitetsprinsipp bidra til større klarhet og dermed til bedre vern for det lokale selvstyre.

#### 5.3.4. Fortsettelse: Nærhet eller subsidiaritet

Uklar oppgave- og ansvarsfordeling og økonomiske og administrative konsekvenser av dette, er en viktig årsak til tvister mellom stat og kommune. Lokaldemokratikommisjonen påpeker bl.a. at oppgavene i dag fordeles etter for mange kriterier og at “det ikke er gitt hvilke kriterium som har vært lagt til grunn når en oppgave er lagt til kommunene”.<sup>328</sup>

Tydligere grenser kan bidra til å forebygge tvister. Oppgavefordeling mellom stat og kommune med utgangspunkt i retningslinjene formulert av Oppgavefordelingsutvalget kan gi et utgangspunkt:<sup>329</sup>

- Oppgaver bør legges på lavest mulig effektive nivå.
- Oppgaver som krever utøvelse av lokalpolitisk skjønn og vurdering bør legges til folkevalgte organer.
- Oppgaver som av ulike årsaker ikke skal la seg påvirke av lokalpolitiske oppfatninger og lokalpolitiske forhold, og som derfor er kjennetegnet av standardisering, regelorientering og kontroll, bør i utgangspunktet være et statlig ansvar.
- Staten bør ha ansvaret for oppgaver som gjør krav på sentrale beslutninger og som forutsetter et nasjonalt helhetsgrep for god oppgaveløsning.
- Oppgaver som krever en stor grad koordinering, og/eller oppgaver som har store kontaktflater med hverandre, bør legges til samme forvaltningsorgan.
- Oppgaver som krever stor grad av samordning overfor brukerne legges til samme forvaltningsorgan.

<sup>325</sup> “[F]ör att ett förslag ska vara godtagbart – insänkningen i den kommunala självstyrelsen måste vara proportionerlig mot lagstiftningens ändamål”. – SOU 2007:93, *Den kommunala självstyrelsens grundlagsskydd*, op. cit., s. 56.

<sup>326</sup> SOU 2008:125, *En reformerad grundlag*, del 1, s. 538-9. Og SOU 2007:93, s. 55.

<sup>327</sup> *Ibidem*, s. 97. Formuleringen er mindre sterk enn den som ble foreslått av Ekspertgruppen: “En inskränkning i den kommunala självstyrelsen får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den” (vår uth.). – SOU 2007:93, s. 57.

<sup>328</sup> NOU 2005:6, s. 69.

<sup>329</sup> NOU 2000:22, *Om oppgavefordeling mellom stat og kommune*, s. 20 og s. 74-8.

- Det myndighetsorgan som er tillagt ansvar og beslutningskompetanse for en oppgave skal også ha ansvaret for å finansiere utgiftene til oppgaveløsning.

Lokaldemokratikommisjonen har imidlertid rett i at det ikke er lett å operasjonalisere kriterier av typen “lokal utøvelse av politisk skjønn”: “Ved de fleste offentlige oppgaver med et lokalt nedslagsfelt vil det gjenstå et rom for lokalt skjønn selv om mye blir bestemt av sentrale myndigheter”.<sup>330</sup> Kombinasjon av flere kriterier kan bidra til å ytterligere ukklarhet.

Dette trekker i retning av å nøye seg med å formalisere et eller noen få mer generelle kriterier. Komparativ rett gir ulike svar. I Frankrike skilles det f.eks. mellom kommunenes generelle kompetanse (*compétence générale*) og kompetanser tildelt ved vedtak av andre offentlige organer (*compétence d’attribution*). Franske kommuner har rett til å ta seg av alle oppgaver av lokal interesse som ikke ved lov er lagt til andre. Det skilles i tillegg mellom frivillige og lovpålagte oppgaver.

Det kan også skilles mellom “egne” (*compétences propres*) og “delte” kompetanser (*compétences partagées*). Dette finner vi ofte i føderale stater, f.eks. Tyskland.

I Danmark tilsier *lokalitetsprinsippet* at kommunene ikke tar på seg “oppgaver med henblik på behov i nabokommuner, staten som helhet eller andre lande”.<sup>331</sup> De kan kun “vareta og støtte oppgaver, som interessemæssigt er knyttet til kommunen”.<sup>332</sup> Det som er avgjørende er ikke geografisk plassering, men om oppgaven interessemessig (for borgerne) er knyttet til kommunen.<sup>333</sup>

*Nærhetsprinsippet* innebærer at offentlig myndighetsutøvelse bør utøves så nært borgerne som mulig: En oppgave bør ikke ligge “på högre beslutsnivå än nödvändigt i förhållande till de av beslutet direkt berörda”.<sup>334</sup> Med sikte på europeisk integrasjon ble subsidiaritets- eller nærhetsprinsippet traktatfestet første gang i 1992:

“På de områder, som ikke hører ind under dets enekompetence, handler Fællesskabet, i overensstemmelse med subsidiaritetsprinsippet, kun hvis og i det omfang målene for den påtænkte handling ikke i tilstrækkelig grad kan opfyldes af medlemsstaterne og derfor, på grund af den påtænkte handlingens omfang eller virkninger, bedre kan gennemføres på fællesskabsplan.”<sup>335</sup>

I det europeiske charteret om lokalt selvstyre kommer det tilsvarende prinsipp til uttrykk i artikkel 4, punkt 3:

“3. Offentlig myndighetsutøvelse skal i alminnelighet fortrinnsvis utøves av den myndighet som står den enkelte border nærmest. Ved plassering av et myndighetsområde hos en annen myndighet, bør det tas hensyn til sakens omfang og art, og til kravene til effektivitet og økonomi”.

Også i Norge kan formalisering av nærhets- eller subsidiaritetsprinsippet gi et nyttig utgangspunkt for oppgavefordeling mellom stat og kommune. Prinsippet var innbakt i de forslag som grunnlovsendring som ble forkastet i 2004. Det samme gjelder i første del av forslaget av 2008, som lyder slik:

<sup>330</sup> NOU 2005:6, s. 69.

<sup>331</sup> Steen Rønsholdt, *Kommunalret i grundtræk*, (2008), Forlaget Thompson, København, s. 57.

<sup>332</sup> Karsten Revsbech, *Kommunernes opgaver*, (2005), Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, s. 51.

<sup>333</sup> For en kritikk av lokalitetsprinsippet, se Mogens Heide-Jørgensen, *Den kommunale interesse – Studier over kommunalrettens utvikling*, (1993), G.E.C. Gad, København, s. 263-4.

<sup>334</sup> Prinsippene oppsummert av Ekspertgruppen, SOU 2007:93, s. 74. Den svenske ansvarskomitéen formulerte flere kriterier for ansvarfordeling mellom ulike forvaltningsnivå: “*demokrati och legitimitet, finansiering, rättssäkerhet, likvärdighet, hushållning och effektivitet samt lägsta effektiva nivå*”. – *Ibidem*, s. 74.

<sup>335</sup> *Treaty establishing the European Community (consolidated text)*, Official Journal C 325 of 24 December 2002, dansk versjon, artikkel 5.

“Innbyggerne har rett til å styre anliggender som er av lokal karakter gjennom lokale organer som er utpekt ved direkte og frie valg. Slike organer kan pålegges bestemte oppgaver ved lov eller avtale.”

Nøkkelordene er “anliggender som er av lokal karakter”. Dersom forslaget blir vedtatt, vil kommunene få en grunnlovsbestemt rett til å “styre” slike saker på den måten som er angitt i bestemmelsen (“organer som er utpekt ved direkte og frie valg”).

På samme måte som ved formalisering av proporsjonalitetsprinsippet (se ovenfor), vil denne delen av grunnlovsforslaget i første rekke få betydning som utgangspunkt for statens plikt til systematisk å vurdere om et spørsmål best kan reguleres sentralt eller lokalt, og som utgangspunkt for argumentasjon fra kommunenes side.

Selv om domstolene i Norge i dag neppe vil føle seg frie til å overprøve statens skjønn på dette punkt,<sup>336</sup> er det ikke utenkelig at de vil gripe inn mot brudd på statens plikt til å vurdere og begrunne inngrepet med utgangspunkt i prinsippet om nærhet (subsidiaritet).

### 5.3.5. Fortsettelse: Konneksitet (samsvar)

Gjennom charteret om lokalt selvstyre har Norge påtatt seg en folkerettslig plikt til å sørge for balanse (konneksitet) mellom kommunenes (obligatoriske) oppgaver og finansielle bæreevne. Bestemmelsene i artikkel 9 (1) og (2) lyder:

“(1) Innen rammene for landets økonomiske politikk skal lokale myndigheter ha krav på tilstrekkelige egne økonomiske midler som de fritt kan disponere så langt deres myndighet rekker.

(2) Lokale myndigheters økonomiske ressurser skal stå i forhold til det ansvar grunnloven og loven pålegger dem.”

I Danmark taler man om et *totalbalanseprinsipp*. Det går ut på at hver ny oppgave som overføres til kommunene, skal kompenseres økonomisk slik at endringen ikke påvirker det lokale skattenivået:

“At kommunale merudgifter (eller besparelser) som følge af nye bindende statslige regler er inkluderet under driftsrammen indebærer, at såfremt en minister fastsætter bindende regler, henstillinger eller vejledninger, som påfører kommunerne merudgifter, skal kommunerne kompenseres for disse merudgifter.

Kompensationsbeløpet vil blive finansieret af det pågældende ministerområdes driftsramme på samme måde som ved initiativer med statslige merudgifter. I praksis vil dette ske ved, at de generelle tilskud til kommunerne (bloktilskuddet) forhøjes med den beregnede merudgift mod en tilsvarende nedsættelse af ministerområdets driftsramme. ...

Den enkelte minister har samme udgiftspolitiske ansvar for regelændringers kommunaløkonomiske konsekvenser som for statslige udgifter. Kommunerne er samtidig sikret mod udgiftsovervæltninger ved regelændringer uden medfølgende finansiering”.<sup>337</sup>

I Sverige innebærer *finansieringsprincippet*<sup>338</sup>

“att inga nya obligatoriska uppgifter från staten får införas utan medföljande finansiering till kommuner och landsting.

- Omfattar statligt beslutade åtgärder som **direkt berör** kommunal verksamhet (när obligatoriska uppgifter införs respektive tas bort).
- Gäller när staten **ändrar ambitionsnivån** för befintlig verksamhet.
- Gäller beslut från **riksdag, regering och myndighet**.
- Tillämpningen har **godkänts av riksdagen** men är inte lagfäst.

<sup>336</sup> Se f.eks. Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, (2006), kap. 24 VII.

<sup>337</sup> Finansministeriets økonomisk Administrative Vejledning, Det udvidede Totalbalanceprincip, <http://www.oav.dk/sw2438.asp?usepf=true>. Dette kompensasjonsprinsippet (Det utvidede totalbalanceprincip - DUT) gjelder begge veier.

<sup>338</sup> Se [www.sk1.no/Viarbetarmed/Ekonomi och styrning/Ekonomi/Finansieringsprincippet](http://www.sk1.no/Viarbetarmed/Ekonomi och styrning/Ekonomi/Finansieringsprincippet).



- **Omfattar inte** beslut som inte direkt berør, men som ända får direkta ekonomiska konsekvenser för kommunsektorn. Sådana åtgärder ska däremot **analyseras och beaktas** i samband med bedömningen av statsbidragens storlek.
- **En reglering** fördelas i kronor per invånare i den pris- och volymnivå som gäller när förändringen träder i kraft.
- En statlig reform eller åtgärd bör beslutas **i god tid** så att den kan genomföras på ett bra sätt i verksamheten”.<sup>339</sup>

Lov- eller grunnlovfesting av et prinsipp om “konneksitet” (samsvar) mellom (overføring av) oppgaver og deres finansiering, kan få betydning som ledd i en forsterkning av vernet for lokalt selvstyre på omtrent samme måte som formalisering av prinsippene om proporsjonalitet og subsidiaritet (se ovenfor).

For å sikre rimelig effektivitet, må det etableres (tilnærmet) enighet om omfanget av kostnader og finansieringsbehov. Her kan et partssammensatt, “teknisk beregningsutvalg” for kommunesektoren tjene som viktig redskap. Frankrike har en sammenlignbar, men på visse punkter mer utviklet ordning: *Comité des finances locales*<sup>340</sup> består av 32 parlamentsmedlemmer og kommunale representanter og 11 regjeringsrepresentanter.<sup>341</sup> Den møtes vanligvis 4-7 ganger i året og har tre hovedoppgaver:

- Kontrollere fordelingen av statstilskudd til kommunene.<sup>342</sup>
- Gi råd vedrørende lov- og forskriftsforslag av betydning for kommunefinansene.
- Utvikle samspillet (*concertation*) mellom stat og kommune og foreslå reformer.

Komiteens uttalelser er ikke bindende, men påvirker finansieringen av kommunene ved at staten tar hensyn til dens syn i stedet for å treffe ensidige avgjørelser. Ideelt sett gir ordningen mulighet til å få kommunenes tilslutning til en viktig del av grunnlaget for den statlige politikken.

## 5.4. Institusjonelle virkemidler

### 5.4.1. Et lovråd?

I et komparativt perspektiv er mangelen på uavhengige instanser for forhåndskontroll med lovgivning m.v., forvaltningssystemet i Norge (og Danmark) påfallende. Selv Stortinget nøyter seg stort sett med å stole på Regjeringens hjelpeorganer (derunder Justisdepartementets lovavdeling).

Vi trenger ikke å gå lenger enn til Sverige for å finne en annen og – i komparativt perspektiv – mer “normal” ordning. Det svenske lagrådet,<sup>343</sup> som består av (som regel tre) dommere som for en periode er fristilt fra en av de to øverste rettsinstansene, skal uttale seg om lovforslag før de (eventuelt) blir oversendt Riksdagen.<sup>344</sup> Siden mye av lovgivningen om kommunene i praksis har betydning for enkeltpersoner, er den i alle fall underlagt Lagrådets

<sup>339</sup> SKL, Finansieringsprincippet, informasjonsbrosjyre.

<sup>340</sup> [www.dgcl.interieur.gouv.fr/sections/les\\_collectivites\\_te/finances\\_locales/le\\_cfl/](http://www.dgcl.interieur.gouv.fr/sections/les_collectivites_te/finances_locales/le_cfl/). En annen ordning, la commission consultative sur l'évaluation des charges (CCEC), er en begrenset del av lokalfinanskomitéen (formation restreinte). Dens hovedoppgave er å kontrollere den finansielle erstatningen for de pålagte / overførte oppgavene til kommunene (compensation financière allouée en contrepartie des transferts de compétences). – Art. 118 Loi n° 2004-809, 13. august 2004 (Loi relative aux libertés et responsabilités locales).

<sup>341</sup> Det er nøyaktigere å si at det finnes 32 medlemmer og 32 varamedlemmer for parlamentet (*Assemblée nationale* og *Sénat*) og kommunene, og 11 medlemmer og 11 varamedlemmer for regjeringen ved lokalfinanskomitéen.

<sup>342</sup> Se art. L. 1211-3 Code général des collectivités territoriales.

<sup>343</sup> Se Lag (2003:333) om Lagrådet.

<sup>344</sup> SOU 2007:93, s. 90-2.

granskning. Arbeidsområdet omfatter også lovgivning om kommunal beskatning m.v.,<sup>345</sup> og vil etter alt å dømme bli ytterligere utvidet.<sup>346</sup>

Lagrådets uttalelser er ikke juridisk bindende, men tillegges gjerne stor vekt. Når de også er kjent i Riksdagen, kan de dessuten tjene som utgangspunkt for spørsmål m.v. fra opposisjonen i den grad de mener at regjeringen ikke har tillagt dem tilstrekkelig vekt.

Den som er bekymret for økende “domstolsmakt” vil altså kunne ha glede av å sette seg inn en slik ordning.

#### 5.4.2. En parlamentarisk ordning?

En annen måte å forsterke den regjeringsuavhengige forhåndskontrollen på uten å legge for mange eller for “politiske” oppgaver til domstolene, er å bygge ut den parlamentariske forhåndskontrollen. Her er vi særlig interessert i slike virkemidler på området for lokalt selvstyre.

Tanken om en særskilt komité eller delegasjon vil rykke nærmere dersom det lokale selvstyret får en plass i grunnloven. Dette ville komme i tillegg til europarådskarakteret om lokalt selvstyre og den allmennpolitiske styrke i denne tanken. Uansett må disse spørsmålene behandles uavhengig av sektorinteresse slik de kommer til uttrykk i mange av Stortingets komiteer (skole, barnehager, helse osv.). Det burde også overveies å utvikle prosedyrer med sikte på større synlighet.

Europarådets rapport om lokalt og regionalt demokrati i Sverige foreslo opprettelsen av en særskilt parlamentarisk nemnd for kommunalt selvstyre.<sup>347</sup> Et forslag i samme ånd er skissert av ekspertgruppen om grunnlovsreform (en “kommunalkomité”).<sup>348</sup>

#### 5.4.3. En særskilt ombudsmann?

Sivilombudsmannen har lenge hatt både stats- og kommuneforvaltningen som arbeidsområde. Ombudsmannen velges av Stortinget for fornybare åremål. Hans oppgave er å “søke å sikre at det i offentlig forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger og bidra til at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene.”<sup>349</sup> Ombudsmannen kan ta opp saker til behandling etter klage eller ved eget initiativ.

Ombudsmannen skal som hovedregel holde seg til regelbrudd, men har også en viss adgang til prøve forvaltningens skjønnsutøvelse. Selv om det formelt sett er tale om rene meningsyttringer, blir uttalelsene stort sett tillagt stor vekt i praksis.<sup>350</sup>

Kommunesektoren henger imidlertid litt igjen. Dette kan ha en viss sammenheng med at det er tale om en nasjonal institusjon som lett betrakter sakene i nasjonalt perspektiv – med ståsted i Oslo. Det er heller ikke ubetinget klart at en tillitsmann for vårt sentrale statsorgan (Stortinget) er mest nærliggende for å kontrollere kommunene. Siden an bare avgir uttalelser, er det vanskelig å tale om noe brudd på “prinsippet” om kommunalt selvstyre. Men Ombudsmannens faktiske betydning er altså større enn dette utgangspunktet kunne tyde på. Derfor bør det kanskje letes etter et alternativ.

<sup>345</sup> Se § 18, kap. 8 RF og lagen (2003:333) om Lagrådet.

<sup>346</sup> Kap. 8, § 21: “Yttrande från Lagrådet inhämtas av regeringen eller, enligt vad som närmare anges i riksdagsordningen, av ett riksdagsutskott. Ett yttrande ska inhämtas innan riksdagen beslutar (...) lag om kommunal beskatning eller lag som innebär åligganden för kommunerna”. (vår uth.) – SOU 2008:125, s. 81.

<sup>347</sup> Congress of Local and Regional Authorities, *Local and Regional Democracy in Sweden – Explanatory Memorandum*, (Strasbourg, 31 May – 2 June 2005), 12th session, CG (12)7 Part II REV, § 61 (a parliamentary committee on local self-government); I *Recommendation 163 (2005) on local and regional democracy* in Sweden foreslår også Europarådet opprettelsen av en revisjon/auditkomisjon (audit commission) om kommunal finansiering (I.b.v.).

<sup>348</sup> SOU 2007:93, s. 94. Forslaget ble avvist.

<sup>349</sup> Ombudsmannsloven av 22. juni 1962 nr. 8 (§ 3).

<sup>350</sup> Sivilombudsmannen, *Årsmelding for 2008*, (2009), Stortinget, Dok. nr. 4 (2008-2009), s. 34 flg..

En mulighet ville være å innrette et nasjonal (eller flere regionale) organ med omtrent samme funksjoner som Sivilombudsmannen, men oppnevnt av “kommune-Norge” og med et noe annet perspektiv. Dette kunne skje ved lov, men også på grunnlag av avtale mellom Regjeringen og KS (i kombinasjon med nødvendige lovendringer).

En slik ordning kunne også inngå i kommunenes bestrebelser på å etablere ordninger for rettsikkerhet m.v. som lettere vil bli akseptert som tilstrekkelig til å forsvare nedbygging av statsforvaltningens omfattende oppgaver med kontroll av såvel legalitet som skjønn.

#### 5.4.4. Rett til å klage til Sivilombudsmannen?

Som virkemiddel i løsningen av tvister mellom stat og kommune ville innføring av en ordning med “kommunalombudsmann” derimot ikke være egnet. I denne relasjon kunne man tenke seg å gi ikke bare private (pasienter osv.), men også kommunene, rett til å klage til Sivilombudsmannen.

Selv om perspektivet da ville bli et noe annet, er jo kommunene selvstendige rettssubjekter med rettigheter og plikter i forhold til staten. Den enkle “prosessformen” for Ombudsmannen ville dessuten innebære at argumentet om sløsing med kommunenes penger til foretrelsel for viktigere oppgaver (jfr. f.eks. dette punktet i premissene i Rt. 2007 s. 234, Kongsberg/Nes), ville tape sin kraft.

#### 5.4.5. Særlige tvisteløsningsordninger

Dersom mekanismer for å forebygge tvister ikke er tilstrekkelig (se i 5.2), må virkemidler med sikte på etterhåndskontroll vurderes nærmere. I følge artikkel 11 i Charteret om lokalt selvstyre skal

“Lokale myndigheter ... ha tilgang til judisiell overprøving for å sikre fri utøvelse av sin myndighet og respekt for slike prinsipper for lokalt selvstyre som er nedfelt i landets lovgivning eller grunnlov”.

Det følger av dette at

“The right to a judicial remedy, guaranteed by Article 11, entails access to a court or equivalent judicial body, which is established by law, enjoys full independence vis-à-vis other public authorities and is impartial vis-à-vis the parties to the case. It also requires the proceedings before this judicial body to be fair”.<sup>351</sup>

På basis av en ekspertgrupperapport<sup>352</sup> endte behandlingen av klage mot Norge med en anbefaling til norske myndigheter om å

“bring their legislation and judicial practice into compliance with Article 11 of the European Charter of Local Self-Government by guaranteeing, in their domestic legal system, local authorities the right, and the full exercise of that right, to judicial remedies against decisions taken by the state administration in the situations covered by the appendix to the explanatory memorandum in order to ensure the free

<sup>351</sup> Muriel Barker (Rapporteur), The Group of Experts, Council of Europe, *Compliance of Norwegian legislation with Article 11 of the European Charter of Local Self-Government – Explanatory Memorandum*, Autumn Session (13-15 November 2006), § 21.

<sup>352</sup> “(...) Norwegian legislation, as interpreted by the courts, cannot be regarded as being entirely in compliance with Article 11 of the European Charter of Local Self-Government in that it does not give local authorities the right to a judicial remedy – in order to secure free exercise of their powers and respect for such principles of local self-government as are enshrined in domestic legislation – against decisions taken by the state authorities, particularly where such decisions are taken following an administrative appeal against a local authority against decisions by the state authorities ordering local authorities to pay the costs of private parties in cases of disputes between local authorities” – *Ibidem*, Conclusion.

exercise of their powers and respect for such principles of local self-government as are enshrined in domestic legislation”.<sup>353</sup>

Adgang til de alminnelige domstolene er bare et av flere virkemidler som kan tenkes for å imøtekomme Europarådets anbefaling. Om disse spørsmål er det tilstrekkelig å vise til det som er sagt i kap. 4.

## 5.5. Avslutning

Formålet med denne rapporten er ikke å gi hensynet til det kommunale selvstyret prioritet fremfor alle andre hensyn. Formålet er utelukkende å skissere veier å gå dersom man ønsker å finne en bedre balanse mellom stat og kommune enn i dagens system i Norge. Et hovedpoeng er å legge til rette for likeverdig samarbeid, tillit og respekt mellom kommunene og stat(sforvaltning)en.

I en enhetsstat er det staten som bærer hovedansvaret for videreutvikling av systemet. Det er staten som velger om velferdsoppgavene bør løses lokalt eller nasjonalt. Den velger selv hvor sterkt den vil standardisere – d.v.s. hvor mye lokal tilpassing som trenges og hvor vidt kommunenes handlingsrom skal være – og om den selv vil ta ansvaret for sektorer med et sterkt standardiseringsbehov (skole, sosial omsorg). Det er også staten som skal påse at det finnes et stabilt og forutsigbart inntektsgrunnlag for kommunene.

Et viktig utgangspunkt er kommunenes rolle som del av det samlede offentlige styringsapparatet. Norske kommuner fremstilles gjerne som svært betydningsfulle for gjennomføringen av offentlige oppgaver i Norge. Tett statskontroll blir ofte forsvart på denne bakgrunn.

Kommunenes betydning kan uttrykkes gjennom deres tyngde i de samlede offentlige budsjetter. Jo større andel av de offentlige midler som kanaliseres gjennom kommunebudsjettene, jo mer har kommunene ansvar for, og jo viktigere er de for løsningen av de samlede offentlige oppgaver. Tabellen viser hvor stor andel av de samlede offentlige utgifter som lokal og regional forvaltning står for i et utvalg av europeiske land. I denne sammenlikningen kommer Norge på fjerdeplass, etter de tre andre nordiske landene. Norge ligger i et europeisk midtskikt, der omkring en tredjedel av offentlige utgifter disponeres av lokal- og regionalforvaltningene.

Tabell 13. Lokal- og regionalforvaltningens betydning i noen europeiske land.

	Lokale + regionale utgifter i pst. av samlede offentlige utgifter
Danmark	62
Sverige	44
Finland	39

<sup>353</sup> Council of Europe, *Recommendation 203 (2006) on the compliance of Norwegian legislation with Article 11 of the European Charter of Local Self-Government*, 13<sup>th</sup> Autumn Session, Moscow, 14-15 November 2006, 3..

Norge	36
Nederland	35
Italia	32
UK	30
Tsjekkia	27
Tyskland	20* (43)
Frankrike	20
Hellas	7

\*Länder ekskludert (med Länder)

Kilde: Dexia 2008:31; opplysninger for Norge fra SSB

Kommunesektoren i Norge har altså stor betydning, men ikke så mye større at det skulle kunne forklare den mer detaljorienterte statlige kontrollen med kommunene i Norge. Relativt sett er kommunesektoren like stor eller større hos våre nærmeste naboer. Likevel har disse landene på flere viktige punkter organisert forholdet mellom stat og kommuner på en måte som ikke i samme grad utfordrer tanken om lokalt selvstyre. Kommunesektorens størrelse i den norske velferdsstaten kan altså ikke i seg selv gi noe avgjørende argument for *status quo*; mer eller mindre tilfeldige “tradisjoner” må nok ta en vel så stor del av skylda for dagens svakheter målt ut fra hensynet til kommunalt selvstyre.

Mye taler altså for at debatten om ansvarsfordelingen mellom stat og kommune nå har bruk for nye perspektiver. Rapportens hovedformål er å bidra til dette.