

Statlige retningslinjer og veiledere – hvordan fremstilles og vektlegges det kommunale selvstyret og hvordan kan KS arbeide for å endre praksis?

– Har nytt regelverk for å styrke det kommunale selvstyret hatt betydning?

Innhold

1.	Innledning	2
1.1.	Dagens bruk av nasjonale veiledere og retningslinjer	2
1.2.	To aktuelle FoU-rapporter	3
1.3.	Videre opplegg	3
2.	Oppsummering – forslag til endringer	3
3.	Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven § 1-1 og kap. 2.....	5
3.1.	Innledning.....	5
3.2.	Det kommunale selvstyre og rettslig forankring – overordnet betydning.....	6
3.3.	Kommunenes kompetanse er negativt avgrenset	7
3.4.	Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven som tolkningsfaktorer	9
3.5.	Hva styrer statsforvaltningens tolkning av regelverket?.....	10
3.6.	Domstolens vektlegging av forvaltningspraksis	10
3.7.	Nærmere om ulike ståsted og perspektivers betydning ved tolkning av lover	11
4.	Mer om negative effekter og hva som skaper mest læring hos kommuner	11

1. Innledning

1.1. Dagens bruk av nasjonale veiledere og retningslinjer

Departementer og direktorater bruker veiledere, retningslinjer, rundskriv, tolkningsuttalelser mv. som virkemidler for å nå statens målsetninger overfor kommunesektoren. Hvilke fagområder som det enkelte departementet har ansvar for, vil dels bero på politiske beslutninger i regjeringen, men bygger i stor grad også på praksis og tradisjon. Begrepsbruken på denne type statlige styringsvirkemidler er heller ikke entydig, og begrepene er ikke rettslig definert. I dette fagnotat bruker vi uttrykket veiledere og retningslinjer som en felles betegnelse. Retningslinjer og veiledere brukes på sektorområder som for eksempel helse, skole, og plan og bygg m.fl. Videre utsteder det enkelte fagdepartement typisk tildelingsbrev med oppdrag til direktorater, som det enkelte direktorat kan følge opp gjennom utarbeidelse av veiledere og retningslinjer som et tiltak. Retningslinjer og veiledere fremstiller typisk innholdet i vedtatte spesiallover, men redegjør også for mer faglige spørsmål som også kan ha betydning for tolkning av regelverket. Det nærmere innholdet vil kunne variere – fra utpreget medisinskfaglige vurderinger til mer generelle fremstillinger av nytt regelverk for en sektor. Det foreligger ikke en samlet oversikt over omfanget av veileder og retningslinjer, men omfanget er betydelig.¹ På Lovdata og lignende rettskildebaser publiseres enkelte veiledere mv., og disse blir mer tilgjengelige som en rettskilde.

Pedagogiske og informative veiledere og retningslinjer kan være nyttige virkemidler for kommuner og fylkeskommuner: de er lett tilgjengelig, kan gi oversikt over et ellers komplisert regelverk og gi faglig støtte og trygghet for brukerne. Dette gjelder ikke minst hvor faglig kunnskap og kilder ellers kan være vanskelig tilgjengelig.

Det store omfanget av statlige veiledere og retningslinjer, og innholdet i disse, bidrar imidlertid til å utfordre det kommunale selvstyre. Rettsregler som allerede er detaljert, kan bli enda mer detaljregulert ved at statsforvaltningen blir en premissleverandør for tolkningen av regelverket, og faktisk strammer inn handlingsrommet. Mange retningslinjer og veiledere fokuserer også i for stor grad kun på begrensningene i kommuners og fylkeskommuners handlingsrom, og ikke på handlingsrommet. Dette er etter KS Advokatenes vurdering uheldig i et lokaldemokratisk perspektiv fordi kommunesektoren er en viktig offentlig myndighet med et helhetlig ansvar for sine innbyggere. Manglende fremstilling av handlingsrommet vil svekke kommunenes og fylkeskommunenes adgang til å prioritere og velge de løsningene som passer best for utfordringene de står overfor. Det er ikke i tråd med Stortingets intensjon om å styrke det kommunale selvstyre, slik som uttalt av Stortinget da kommuneloven fra 2018 ble vedtatt.

Statlige retningslinjer og veiledere som ikke redegjør tilstrekkelig for rettskildebruken, herunder det rettsanvendelsesskjønn som kan ligge til grunn for en lovtolkning, kan skape uklarhet om kommunens handlingsrom. De fleste kommunalt ansatte som bruker veiledere og retningslinjer er ikke jurister. Veiledere og retningslinjer som ikke redegjør tilstrekkelig for rettskildebruken, vil da – paradoksalt nok - samlet også kunne svekke rettsriktighet dersom de ikke fokuserer på korrekt rettskildebruk, men på et «fasitsvar». De fleste rettsspørsmål som oppstår i praksis lar seg ikke svare ut i veiledere mv. På den måten vil veiledere og retningslinjer heller ikke nødvendigvis bidra til høyere grad av lovoppfyllelse, til tross for at intensjonen er økt regeletterlevelse.

¹ Se til illustrasjon oppslag på hjemmesidene til KS den 3. januar 2024 og 14. juni 2024: [Krav til bruk av lov og forskrift - KS Staten må gi kommuner mer spillerom - KS](#)

1.2. To aktuelle FoU-rapporter

KS har nylig fått utarbeidet FoU-rapporten «*Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyre, sett i lys av nyere lovgivning*»² ved Holthe & Winge, Sigrud Stokstad, Eivind Smith og Oslo Met/NIBR (heretter omtalt som FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyre, eller bare FoU-rapporten). FoU-rapporten gir en utførlig fremstilling av Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven, samt annet regelverk som Stortinget har vedtatt og som er ment å styrke det kommunale selvstyre. Den delen av FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret som gjelder Grunnloven § 49 annet ledd er skrevet av Eivind Smith og Sigrud Stokstad, og er den grundigste vurderingen av bestemmelsen som er foretatt i juridisk teori.

Det fremgår av FoU-rapporten at til tross for at *Stortinget har ønsket å styrke det kommunale selvstyre*, så synes lovendringene *i praksis* ikke å ha fått betydning eller virkning. Dette gjelder også for hvordan statsforvaltningen utarbeider statlige veiledere og retningslinjer. På den bakgrunn anbefaler FoU-rapporten en revisjon av statlige veiledere og retningslinjer. Det anbefales videre kompetanseheving hos statsforvaltningen både om innholdet i Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven. KS Advokatene støtter dette.

KS har samtidig med utarbeidelse av ovennevnte FoU-rapport om det rettslige innholdet i selvstyret, også fått utarbeidet FoU-rapporten «*Hvor egnet er lovgivning i styring av kommunesektoren*»³ ved Lund & Co og BDO (heretter FoU-rapporten om bruk av lov). Denne FoU-rapporten gjelder bruk av lov som styringsvirkemiddel, men flere av vurderinger har også interesse for veiledere og rundskriv. Denne FoU-rapporten om bruk av lov som styringsvirkemiddel er kort behandlet under punkt 4 nedenfor.

1.3. Videre opplegg

I punkt 2 oppsummerer vi forslag til endringer i både omfang av bruk og innhold i statlige veiledere og retningslinjer. Hensikten er å få større grad av regeletterlevelse av kommuneloven og Grunnloven § 49 annet ledd.

I punkt 3 redegjør vi for enkelte hovedfunn i FoU-rapporten om innholdet i Grunnloven § 49 annet ledd, før vi i punkt 4 fremmer forslag til hvordan veiledere og retningslinjer for øvrig kan gjøres mer praktiske og nyttige for kommunesektoren for å øke læringsutbytte.

I de følgende brukes begrepet «kommune» eller «kommunesektoren» som en felles betegnelse på både kommuner og fylkeskommuner. Grunnloven § 49 annet ledd omfatter imidlertid ikke fylkeskommuner, men kommunelovens regler om det kommunale selvstyre i kap. 2 gjelder både kommuner og fylkeskommuner.

2. Oppsummering – forslag til endringer

KS Advokatens forslag bygger på at statsforvaltningen og kommuner er bundet både av rettsregler som fastsatt av Stortinget (heretter «formelle lover» eller «spesiallover») og av ulovfestet rett. Statsforvaltningen er ikke gitt en utvidet myndighet til å tolke rettsregler med bindende virkning for kommuner. Dette utdypes nærmere nedenfor. Kommuner skal selvsagt også følge rettsregler, og et hovedformål med veiledere og retningslinjer er – eller bør i alle fall være – å bidra til det.

For å ivareta det kommunale handlingsrommet, anbefales en *reduksjon av omfanget* av veiledere og retningslinjer. Dette gjelder i særlig grad veiledere og retningslinjer som i stor grad bare gjengir innholdet i

² KS' FoU-rapport 244023, «Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyre, sett i lys av nyere lovgivning», datert 20.12.2024. Rapporten ligger som lenke til følgende artikkel på ks.no: [Staten styrer kommunene sterkere enn før - KS](#)

³ KS' FoU-rapport nr. 244022, «Hvor egnet er lovgivningen i styringen av kommunesektoren», datert desember 2024. Rapporten ligger som lenke til følgende artikkel på ks.no: [Staten har overdreven tro på lovverk - KS](#)

gjeldende rett basert på ordlyd og forarbeider. Disse bør omarbeides vesentlig, eventuelt utgå i nåværende form. Det bør heller lages type «samle»-veiledere som i større grad fokuserer på metode og hvordan kommuner selv kan tolke loven, og orientere seg om relevante kilder med henvisninger, gjerne med en kort oversikt over regelverket.

Hvorvidt veiledere og retningslinjer skal utarbeides, hvilke temaer og innhold som for øvrig skal være med, bør også i større grad vurderes etter involvering av kommunesektoren, basert på etterspurt behov. KS bør herunder involveres. Det bør lages *saksbehandlingsregler* og herunder «sjekklister», hvor formålet er å sikre at veiledere og retningslinjer får et innhold som i større grad enn i dag bidrar til regeletterlevelse av Grunnloven § 49 andre ledd og kommunelovens regler om det kommunale selvstyre i kap. 2.

KS Advokatenes forslag til prinsipielle *endringer i innholdet* er:

- Retningslinjer og veiledere bør i større grad utformes med den hensikt å gi råd og anbefalinger til kommuner eller fylkeskommuner, men samtidig tydeliggjøre at det er kommuner som myndighet som tar beslutningene hvor en oppgave etter loven er lagt til kommuner. Når rettsregler viser til rettslige standarder, for eksempel til «forsvarlig» helsehjelp, så vil allment akseptert faglig kunnskap utenfor selve loven, kunne ha betydning for tolkning av loven. Statsforvaltningen må da redegjøre for hvilke rettskildevest disse har basert på domstolenes rettskildebruk knyttet til det aktuelle regelverket.
- Dersom det er rimelig tvil om hvordan en lov skal tolkes, bør det fremgå at dette er departementets/direktoratets egen tolkning, men at andre tolkninger også kan være mulig. Det bør redegjøres for rettskildebruken, slik at det sikres oversikt om grunnlaget for synspunktet. Det er et poeng i seg selv å belyse korrekt rettskildebruk fordi det har en opplæringseffekt.
- Retningslinjer og veiledere bør videre fremheve verdien av at en beslutningskompetanse og en oppgave er lagt til kommunene, jf. hensynet til subsidiaritet. Det bør herunder også gis en fremstilling av, og i alle fall vises, til Grunnloven § 49 annet ledd og kommunelovens kapittel 2 om det kommunale selvstyre, og hvilke konsekvenser disse reglene kan ha på spesiallovenes områder. De bør få frem at kommunens alminnelige kompetansegrunnlag kan utfylle spesiallovgivningen. For KS Advokatene er det sentralt at veiledere og retningslinjer i større grad enn i dag også fokuserer på kommunenes handlingsrom.
- Det bør tydeliggjøres at kommuner ikke er bundet av de standpunkt som statsforvaltningen tar om tolkning av lover og forskrifter.
- Det bør fremgå at kommuner heller ikke for øvrig plikter å følge de råd, anbefalinger eller ønsker staten har fordi kommuner kun er bundet av loven, herunder eventuelle bevilgningsvedtak i Stortinget. Dette kan for eksempel komme på spissen hvor det er faglige hensyn, politikkområder eller andre angitte nasjonale mål som statsforvaltningen følger opp, og som ikke nødvendigvis samsvarer med konkrete lovkrav mot kommunene. Det nærmere innholdet i lovkrav må som kjent fastsettes etter alminnelig juridisk metode, og ikke etter politiske mål som ikke har en forankring i rettskildene. Det er *loven* som binder kommuner, og ikke *uttalelser* i veiledere eller retningslinjer om hva kommunen «*må*», «*skal*» følge, «*bør*» følge, el.
- Selv om det ikke eksplisitt uttales, så etterlater mange veiledere og retningslinjer også et inntrykk av at kommuner og fylkeskommuner er forvaltningsorganer på bunnen av forvaltningshierarkiet. Når det gjelder tolkning av spesiallovgivningen, gis det i mange tilfeller tilsvarende inntrykk av at det går en instrukslinje fra regjeringen/departementer til direktorater, og derfra til statsforvaltere, og videre «ned» til kommuner/fylkeskommuner. Dette er ikke en riktig rettslig beskrivelse av kommunens posisjon i forvaltningshierarkiet. Det er heller ikke riktig at staten kan instruere kommunens

lovforståelse, jf. nedenfor. Det bør derfor på en bedre måte enn i dag gis en korrekt beskrivelse av ansvarsforholdene mellom stat og kommune.

- I de tilfeller hvor det er rimelig tvil om hvordan loven skal forstås, og hvor kommunale forhold og kommunale vurderinger kan ha betydning for tolkning av skjønnsmessige lovbestemmelser, så bør det fremheves i veiledere med eksempler.
- Hvor kommuner i formelle lover er gitt et fritt skjønn, så må det redegjøres nærmere for hva som er fritt skjønn og hva som er rettsanvendelsesskjønn fordi kommuner har særlig stor handlefrihet ved fritt skjønn.
- Det bør i større grad brukes refleksjonsoppgaver eller praksiseksempler i veiledere og retningslinjer fordi det vil øke læringsverdien av veiledere og retningslinjer.
- KS Advokatene vil foreslå at det vurderes å endre navn på statlige retningslinjer, mv. I FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret brukes begrepet «statlige informasjonstiltak» som en samlebetegnelse på nasjonale retningslinjer, veiledere mv.⁴ Dette kan etter KS Advokatenes vurdering på mange måter være en dekkende beskrivelse siden rettslige veiledere eller retningslinjer ikke er bindende. KS Advokatene vil alternativt foreslå at begrepet «Veiledning» brukes som en felles betegnelse på alle typer retningslinjer, rundskriv, tolkningsuttalelser, mv. Dette uttrykket gir tilsvarende en korrekt rettslig beskrivelse, og er noe mer dekkende for hva som er innholdet i denne type statlige styringstiltak.

Som nevnt vil veiledere og retningslinjer kunne inneholde nyttig informasjon for kommuner, som kommuner kan bruke for å utvikle best mulig tjenester. Men ved å følge ovennevnte forslag så vil staten, etter KS Advokatene sin vurdering, i enda større grad enn i dag kunne oppnå sine nasjonale mål overfor kommunesektoren. I tillegg vil innholdet bli mer i samsvar med gjeldende rettslig regulering av det kommunale selvstyret i Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven. Dette vil, etter KS Advokatenes vurdering, samlet komme innbyggerne til gode, både ved en mer effektiv offentlig sektor og bedre tjenester til innbyggerne.

3. Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven § 1-1 og kap. 2

3.1. Innledning

Det var en viktig seier for kommunesektoren da det kommunale selvstyret fikk sin konstitusjonelle forankring ved Stortingets vedtakelse av Grunnloven § 49 annet ledd den 31. mars 2016. Et flertall i Stortinget uttalte blant annet følgende om bakgrunnen for å fremme forslagene til ny Grunnlovsbestemmelse:

«Komitéens flertall ... vil understreke at lokaldemokratiet er en av de sterkeste verdiene i det norske samfunnet. Oppslutningen om lokale folkevalgte organer er konstant og sterk på alle forvaltningsnivåer og i befolkningen. Det er en viktig beskytter av demokratiet, og strukturen i Norge har vært avgjørende for stadig å finne nye måter å løse velferdsoppgaver på. Kommunene har vært og er en avgjørende brikke i den norske representative demokratiske velferdsstaten.»⁵

Grunnloven § 49 annet ledd er senere fulgt opp gjennom vedtakelse av mer detaljerte regler i kommuneloven. Kommuneloven § 1-1 angir kommunens oppgaver, og kapittel 2 gir nærmere detaljerte regler om innholdet i

⁴ I FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret på s. 94 brukes begrepet «statlige informasjonstiltak» om retningslinjer, og veiledere mv.

⁵ Se Innstilling 182 S (2015-2016) s. 4

det kommunale selvstyre. Grunnloven er den øverste lov i Norge, og fastslår sentrale regler for all statlig styring, som også statsforvaltningen som arbeider med spesiallovgivningen mot kommunesektoren må forholde seg til.

3.2. Det kommunale selvstyre og rettslig forankring – overordnet betydning

Selv om det kommunale selvstyre ikke er rettslig definert i lov mener forfatterne av FoU-rapporten at *kjernen i begrepet* selvstyre er at en kommune som et eget rettssubjekt kan;

- A. velge annerledes enn en annen kommune, og
- B. velge annerledes enn hva staten ønsker.

Den nærmere vurderingen av *omfanget* av selvstyret, beror på summen av rettslige rammer.

Med Grunnloven § 49 annet ledd er «viktige elementer i det rettslige rammeverket for det kommunale selvstyre i enhetsstaten Norge lagt på plass»⁶. Grunnlovfesting av det kommunale selvstyre bygger videre, ifølge Smith og Stokstad, på at kommuner er «viktige ledd i det offentlige styringsapparatet»⁷. Det uttales at Grunnloven § 49 annet ledd er «et viktig bidrag til å bryte med forestillingen om kommunens plass på bunnen av forvaltningshierarkiet»⁸. Smith og Stokstad fremhever videre at kommunen er egne rettssubjekter og at Grunnloven § 49 annet ledd tydeliggjør at statsforvaltningen ikke har instruksrett overfor kommuner; heller ikke på lovregulerte områder. Når det gjelder omtale av statlige retningslinjer og veiledere uttales følgende:

«Rundskriv og veiledere presiserer tidvis hvordan skjønnsmessige ord og uttrykk skal tolkes på en slik måte at de gir inntrykk av å innsnevre kommunenes handlingsrom i forhold til det lov og forskrift åpner for.»⁹(vår understrekning)

Når det gjelder rettslig betydning av uttalelser i veiledere og retningslinjer uttales følgende:

«At utsagn om regelverkets innhold i veiledere, tilsynsrapporter mv. som statlige forvaltningsmyndigheter selv utarbeider, ikke har krav på større vekt enn den som følger av de bindende rettsreglene som de er ment å omtale, sier seg selv.»¹⁰

Når lover viser til rettslige standarder, så vil imidlertid, etter rettspraksis, anerkjent faglig kunnskap utenfor lovteksten kunne ha betydelig vekt ved tolkning av gjeldende rett. Godt begrunnede vurderinger fra nasjonale myndigheter vil etter rettspraksis også kunne ha vekt for forståelse av innholdet i rettslige standarder. Det samme gjelder også retningslinjer som Helsedirektoratet utarbeider etter helse- og omsorgstjenesteloven § 12-5.

Det er KS Advokatenes sin vurdering at veiledere og retningslinjer generelt ikke gir en tilfredsstillende fremstilling av kommunens plass i det offentlige styringsapparatet. For å få bedre samsvar med Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven er det behov for en mer korrekt beskrivelse av det rettslige forholdet mellom stat og kommunene, hvordan veiledere og retningslinjer omtaler egen rettslige status, og hvordan kommuners myndighet og kompetanse generelt omtales. Veiledere og retningslinjer må i langt større grad enn i dag også

⁶ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 44

⁷ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 44

⁸ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 54

⁹ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 96

¹⁰ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 60

vide det faktiske og rettslige handlingsrommet som kommuner har, og ikke først og fremst påpeke begrensninger.

3.3. Kommunenes kompetanse er negativt avgrenset

Smith og Stokstad uttaler i FoU-rapporten at Grunnloven § 49 annet ledd bygger på at kommunenes kompetanse er *negativt avgrenset* ved at kommuner har frihet til å ta egne initiativ og formulere egne mål. Det er begrensningen i kommunenes selvstyre som krever medvirkning fra Stortinget i kraft av lov eller bevilgningsvedtak. Det gjelder, for så vidt, både grenser for og styring av kommunens virksomhet. Grunnloven § 49 annet ledd bygger på at kommunen har en «*alminnelige kompetanse*». Det vil blant annet si at kommunen har en egen rettslige handleevne, som igjen vil si en rett til å velge og handle. Kommunen har også eierrådighet, annen privat autonomi (herunder kommunen som arbeidsgiver og kontraktspart) og alminnelig organisasjons- og instruksrett. Dette er kompetansegrunnlag som kommuner dels etter ulovfestet rett har hatt lenge, men som nå er rettslig forankret i Grunnloven § 49 annet ledd. Disse kompetansegrunnlag må derfor ikke hjemles i spesiallover. Der hvor kommuner er gitt en «*spesiell kompetanse*» i spesiallover, må likevel kommuner holde seg innenfor de grenser som følger av spesiallovgivningen.

Det er vår erfaring at veiledere og retningslinjer i mange tilfeller heller ikke gir en tilstrekkelig dekkende fremstilling av kommunens myndighet på spesiallovgivningens område. Det er typisk fire svakheter:

- 1) De gir ikke en tilstrekkelig redegjørelse for bakgrunnen for hvorfor kompetanse og myndighet er lagt til kommunene, jf. den grunnlovfestede understrekning av subsidiaritet¹¹.
- 2) De har manglende fremstilling av de alminnelige kompetansegrunnlagene som kommuner har, som også kan ha betydning på spesiallovgivningens område, jf. også eksempler nedenfor.
- 3) De gir ingen eller en mangelfull fremstilling av hvilke rettslige konsekvenser eller betydningen det kan ha at en oppgave i spesiallovgivningen er lagt til en kommune. Det siktes dels til at de formål og oppgaver som kommunen har etter kommuneloven § 1-1, som da også vil supplere spesiallovene. Sentralt er det videre at kommunens initiativrett etter kommuneloven § 2-1 andre ledd også kommer til anvendelse på spesiallovgivningens områder.
- 4) De fremhever ikke at Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven kan være relevant ved tolking av spesiallovgivningen, se nærmere nedenfor under punkt 3.7.

Denne ufullstendige fremstillingen av kommunens myndighet har den konsekvens at verken kommuner selv, innbyggere eller statsforvaltningen, som arbeider mot kommunesektoren, får et korrekt rettslig bilde av kommunens oppgaver. Dette er uheldig, blant annet fordi det er kommunen som i første omgang treffer vedtak. Dette gjelder selv om kommunen ikke nødvendigvis er det eneste organet som treffer vedtak, da statlige klageinstanser kan bli involvert, og saken kan også bli gjenstand for domstolsprøving.

En ufullstendig redegjørelse for kommunens kompetanse, kan videre få uheldige utslag også ved tolkning av rettsspørsmål på spesiallovenes område. Dette skal illustreres med to eksempler:

- i) Forbud mot bruk av mobiltelefon i skolen

Det var høsten 2024 en debatt i pressen hvorvidt kommunen som skoleeier kunne forby bruk av mobiltelefon i undervisningen. For å ta stilling til det spørsmålet er det nødvendig også å redegjøre for bakgrunnen for at kommunen har fått oppgaven med å være skoleeier, hvilken alminnelige kompetansegrunnlag kommunen har,

¹¹ Se FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 57

og at kommunen etter kommuneloven § 2-1 også har en initiativrett. Det er med andre ord ikke bare et spørsmål om hvorvidt opplæringsloven selv i en bestemmelse regulerer spørsmålet. Etter vår vurdering har kommunen – basert på ulike kompetansegrunnlag - rettslig adgang til å forby slik bruk av mobiltelefon. Til støtte for dette syn vises også til lovens formålsbestemmelse hvoretter kommunen skal sørge for at elevene for «god opplæring i eit godt miljø», jf. opplæringsloven § 1-1. Riktignok kan beslutninger fra kommunen, som på en klar og direkte måte berører elever, etter legalitetsprinsippet i Grunnloven § 113 kunne begrense kommunens handlingsrom, men det skal en god del til for at den regelen kommer til anvendelse.

ii) Mangel på helsepersonell – adgang til å beslutte omfordeling av helsepersonell

Det er i dag mangel på helsepersonell i kommunal helse- og omsorgstjeneste. Dette gjør at kommunen kan ha behov for å omfordele oppgaver mellom ulike fagprofesjoner. Helse- og omsorgstjenesteloven gir et rettslig rammeverk for innholdet i kommunens helsetjenester. Det er imidlertid kommunens rettslige handleevne *sammen med* arbeidsgivers styringsrett som gir kommunen et kompetansegrunnlag for å kunne omfordele helsepersonell, innenfor de rammer som følger av arbeidsgivers styringsrett. Kommunens «sørge for»- ansvar etter helse- og omsorgstjenesteloven underbygger bruken av styringsretten, mens kravet til forsvarlighet i helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 setter grenser. Hvor langt kommunens kompetanse går, må imidlertid som nevnt vurderes med grunnlaget i innholdet i styringsretten.

I en del tilfeller er det uklart hvorvidt den aktuelle spesialloven eller kommunens alminnelige kompetanse løser spørsmålet, og det kan være flere grunnlag som er aktuelt å vurdere. Smith og Stokstad uttaler i FoU-rapporten¹²:

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

(...)

I den grad loven ikke ivaretar alle slike behov, må kommunene ha frihet til å organisere sin egen virksomhet ved å (om)organisere virksomheten, ansatte egnede personale og instruere dem osv. Om dette skal begrunnes med den grunnleggende handlefriheten som egne rettssubjekter eller med henvisning til kommuneloven, kan til en viss grad være en smakssak.»

Det uttales videre:

«På tilsvarende vis kan den enkelte ganger by på tvil om interne bestemmelser om adferd i kommunale bygninger mv., best bør begrunnes i kommunens privatautonomi eller i vedkommende særlov, for eksempel opplæringsloven.»

Uttalelsen har sannsynligvis relevans for drøftelsen ovenfor om hvorvidt kommunen kan pålegge elever på skolens område å ikke bruke mobil i klasserom eller friminutt.

I de tilfeller hvor tolkningen av den formelle lov byr på rimelig tvil, vil sannsynligvis en rekke forhold ha betydning for å tolke kommunenes handlingsrom, slik som formålsbetraktninger, beslutningers art, lovgivers intensjon, mv. Det sentrale for KS Advokatenes side her er å fremheve at også kommuners alminnelige kompetanse, kommuners initiativrett, og de oppgaver og formål som fastsatt også i kommuneloven kan være relevant som rettslige argumenter på spesiallovenes område for å vurdere kommunens handlingsrom.

¹² FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 47 og 48

3.4. Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven som tolkningsfaktorer

I tolkningen av rettslige spørsmål er ofte flere tolkningsfaktorer relevante. I rettslige spørsmål som angår kommunesektoren kan innholdet i Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven være relevante tolkningsfaktorer. FoU-rapporten omtaler tematikken slik¹³:

«Grl. § 49 andre ledd bidrar til å gi den samlede virksomheten i kommunene en særlig valør som skiller den fra statsforvaltningen og som må vektlegges ved all tolkning av underordnet lovgivning av betydning for kommunene. At det i praksis ikke er uavhengige domstoler, men statsforvaltningen selv, ikke minst statsforvalteren i mange klagesaker, som avgjør de fleste tvistes spørsmål og dermed «bestemmer» hva mer eller mindre uklare lovbestemmelser betyr, tilsier i seg selv at det grunnlovbestemte utgangspunktet om lokalt selvstyre har krav på vekt ved tolkningen.»

Det uttales videre¹⁴:

«Det er viktig å minne om utgangspunktet om Stortingets frihet i kraft av Grl. § 49 første ledd og §§ 75 flg. Men når meningsinnholdet ellers kan by på en viss tvil, er det klart at handlefriheten er begrenset av en rekke andre bestemmelser i Grunnloven selv (om menneskerettigheter mv.). At også Grl. § 49 andre ledd kan trekkes inn ved tolkningen av lov- og budsjettvedtak hvis meningsinnhold ellers kan by på en viss tvil, er på det rene. Dette gjelder også når bestemmelsen kan sies å åpne for såkalt rettsanvendelsesskjønn, (...)»

Dette eksemplifiseres også nærmere¹⁵:

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

I relasjon til statsforvaltningens egne forskrifter fremholdes følgende¹⁶:

«Under ellers like forhold vil argumentet ha særlig vekt dersom tolkningstvilen gjelder innholdet i forskrifter som statsforvaltningen selv har fastsatt. Dette skyldes blant annet at Grl. § 49 andre ledd, i forlengelsen av grunnbestemmelsen i paragrafens første ledd, bygger på tanken om folkesuverenitet innenfor nasjonalstatens grenser, og dermed forutsetter et minimum av valgfrihet for kommunene under folkevalgte organers lederskap.»

Det er derfor ønskelig at veiledere og rundskriv også fremhever at Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven som relevante for tolkning av spesiallovgivningen. Det kan også ha betydning ved subsumsjonen, dvs. hva som blir løsningen i den enkelte sak hvor en rettsregel skal anvendes på det konkrete faktum. Mange rettslige spørsmål avgjøres på det grunnlaget.

¹³ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 10

¹⁴ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 59

¹⁵ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 67

¹⁶ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 60

3.5. Hva styrer statsforvaltningens tolkning av regelverket?

Både statsforvaltningen og kommunene er som kjent bundet av loven. Staten og kommunene er slik også bundet av alminnelig anerkjent juridisk metode for å ta stilling til rettslige spørsmål.

Vår erfaring er veiledere og retningslinjer i mange tilfeller ikke redegjør tilstrekkelig for den rettslige metoden som anvendes, herunder hvilke kilder som har vært avgjørende for det rettslige resultatet som fremstilles i veiledere og retningslinjer. Dette gjør også veiledere mindre transparente, og fremstiller juridiske løsninger som mer «objektive»/ «klare» enn hva det normalt er grunnlag for.

3.6. Domstolens vektlegging av forvaltningspraksis

FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret viderefører og videreutvikler den læren som i lang tid har vært gjeldende, som går ut på at domstolene kan legge vekt på forvaltningens egen vurdering som en del av rettsanvendelsen. Dette fordi domstolene vurderer forvaltningen som bedre skikket til å gjøre vurderingene. FoU - rapporten beskriver slik hvordan domstolene kan vektlegge forvaltningens faglige vurdering, ressursituasjoner mv. som en del av de momenter som inngår i en rettsanvendelse. Om dette står det følgende:

«Det er imidlertid ikke uvanlig at domstolene, når spørsmålet unntaksvis kommer opp for dem, anser forvaltningen for å være bedre skikket enn retten selv til å vurdere de faktiske forhold som bestemmelsen gjelder for. Det forekommer også at de nøyer seg med presisere visse ytre rammer for forvaltningens handlefrihet, for eksempel en «minstestandard» for omfanget av vedkommende tjeneste, mens forvaltningen selv avgjør resultatet innenfor denne rammen. I så fall har den enkelte kommune en viss frihet til å velge resultat ut fra forholdene i den enkelte sak, særegne lokale forhold, kommunens økonomi mv.»¹⁷

Det er vår erfaring at veiledere og retningslinjer gjennomgående heller ikke i tilstrekkelig grad redegjør for hvordan domstolene i mange tilfeller vektlegger forvaltningens vurdering, som beskrevet ovenfor. Det er viktig at domstolenes rettsanvendelse reflekteres på god måte i veiledere og rundskriv, fordi det er domstolene som i siste instans tar stilling til innholdet i gjeldende rett også på sektorområder.

KS Advokatene antar for eksempel at domstolene på velferdssektoren vil ha en noe mildere prøvingsintensitet hvor kommunesektoren pålegges plikter enn ved individuelle rettigheter. I tilfeller hvor det gjelder individuelle rettigheter til vern for sårbare mennesker kan hensynet til enkeltpersoner bli tillagt større vekt, men også ved innholdet i disse reglene har domstolene som nevnt oppstilt et prinsipp om minstestandard som tolkningsprinsipp, jf. ovenfor. Hvilken prøvingsintensitet som domstolene har, vil variere med rettsområder og type rettsregler. Det forhold at domstolene for enkelte rettsregler kan ha en redusert prøvingsintensitet, avspeiles etter KS Advokatenes oppfatning i liten grad i veiledere og retningslinjer. Det er vårt inntrykk at det mer er statsforvaltningens ønske om å styre kommunesektoren som påvirker statsforvaltningens tolkningen av rettsregler, og som da ofte har den konsekvens at kommunens handlingsrom innsnevres. FoU-rapportens drøftelser og konklusjoner tilsier at departementet og direktoratet heller bør vise særlig varsomhet ved tolkning av særlige pliktregler pålagt kommunesektoren hvor meningsinnholdet i loven gir rimelig grunn for tvil.

¹⁷ FoU-rapporten om det rettslige innholdet i selvstyret s. 38

3.7. Nærmere om ulike ståsted og perspektivers betydning ved tolkning av lover

Hva som er kommunens oppgaver følger av formålsbestemmelsen i kommuneloven § 1-1,¹⁸ og nærmere krav vil ofte være fastsatt i spesiallovgivningen. Kommunens fortrinn til å utføre sine oppgaver og foreta prioriteringer, innenfor sine budsjetter, er fastsatt i prinsippene for forholdet mellom stat og kommune i kommuneloven § 2-2. Både Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven beskriver videre at kommunen har en initiativrett.

Statsforvaltningen vil, på sin side, ha tilsvarende faglige og politiske mål hvor de følger opp og implementerer nasjonal politikk. Slike nasjonale mål vil kunne strekke seg lenger enn oppfølging av lovbestemte og konkrete rettsregler, hvor tolkningen av disse må skje etter rettskildemessige prinsipper utviklet av rettspraksis.

Dette innebærer at selv om både kommuner og statsforvaltningen er bundet av loven, så vil statsforvaltningen og kommuner også ha ulike oppgaver og ulike roller, og dels også ulike perspektiver. KS Advokatens syn på dette kan oppsummeres slik:

- i) Det er åpenbart at ulike ståsteder og perspektiver kan ha betydning for tolking av lover. Dersom statsforvaltningen ved sine tolkninger skal kunne binde kommuner, så vil det gi statsforvaltningen en vesentlig makt over det kommunale selvstyre. Dette forklarer hvorfor det er Stortinget som i formell lov som må begrense selvstyret, og hvorfor Stortinget gjennom vedtakelsen av Grunnloven § 49 annet ledd og kommuneloven har klargjort at statsforvaltningen ikke har slik kompetanse.
- ii) Det bør være større åpenhet i veiledere og rundskriv om at ulike ståsteder og perspektiver har betydning for hvordan lover tolkes.
- iii) Det må i veiledere og retningslinjer i større grad beskrives 1) hvilke kompetansegrunnlag som kommuner har også utenom formell lov og viktigheten av disse, 2) at en del av kommunens oppgave også er å tolke loven hvor meningsinnholdet i loven byr på rimelig tvil, herunder også avgjøre spørsmål som ikke er direkte løst i spesialloven, selv om kommunes syn selvsagt ikke avgjør hva som er korrekt tolkningen. Det bør 3) fremgå at kommunale forhold og vurderinger også kan være relevante rettslige argumenter når innholdet i lov skal tolkes. Det er videre 4) grunn til at statsforvaltningen er særlig varsom med tolkninger som innebærer innfortolkning av nye plikter eller oppgaver fordi det er Stortinget som pålegger kommunen oppgaver. Det samme gjelder 5) å innfortolke begrensninger i kommunens alminnelige kompetansegrunnlag.

Det er vårt inntrykk at de kommunale perspektiver i for stor grad er fraværende i veiledere og retningslinjer.

4. Mer om negative effekter og hva som skaper mest læring hos kommuner

KS har samtidig med utarbeidelse av den omtalte FoU-rapporten, også fått utarbeidet FoU-rapporten «Hvor egnet er lovgivning i styring av kommunesektoren»¹⁹ ved Lund & Co og BDO. Denne FoU-rapporten om bruk av lov redegjør blant annet for argumenter for og mot bruk av lov som statlig styringsvirkemiddel, og hvor egnet lovgivning er i styring av kommunesektoren. Det fremgår at lovgiver i mange tilfeller både overvurderer de positive effektene av lovgivning, og samtidig undervurderer de negative sidene av lovgivning.

¹⁸ Kommunens oppgaver er i kommuneloven § 1-1 angitt blant annet slik: «legge til rette for det lokale folkestyret og et sterkt representativt lokaldemokrati med aktiv innbyggerdeltakelse», myndighetsutøvelse og «yte tjenester og drive samfunnsutvikling til det beste for innbyggerne».

¹⁹ KS' FoU-rapport nr. 244022 – «Hvor egnet er lovgivningen i styringen av kommunesektoren»

Flere av vurderingene i FoU-rapporten om bruk av lov er overførbare på utarbeidelse av veiledere og retningslinjer. KS Advokatene sitt inntrykk er at staten både overvurderer effekten av dagens veiledere og retningslinjer og undervurderer de negative effektene av både omfanget og hvordan veiledere og retningslinjer i dag utformes. Dette gjelder ikke minst hvilke negative effekter den manglende fremstillingen av kommunalt selvstyre har for utføring av de oppgaver som kommuner har, og slik også den rolle som Stortinget her har ønsket å gi kommuner. Det er i FoU-rapporten om bruk av lov gitt en grundig fremstilling av hensynet til lokaldemokrati, nærhet og deltakelse som argumenter mot bruk av detaljert lov mot kommunesektoren. I tillegg redegjøres det også for hvordan både hensynet til samfunnsøkonomisk effektivitet, kommunenes økonomistyring, innovasjon og utvikling i offentlig sektor tilsvarende også kan være argumenter mot for detaljert styring gjennom lov. Tilsvarende argumenter kan vektlegges også knyttet til omfang og innholdet i veiledere og retningslinjer. Det gis også en fremstilling av argumenter for bruk av lov, herunder knyttet til både rettssikkerhet og likeverdige tjenester. Når det gjelder argumenter for bruk av lov som styringsvirkemiddel, så er det etter KS Advokatenes sin oppfatning viktig å huske på at Stortingets lovgivningsmyndighet er knyttet til prinsippet om folkesuverenitet i Grunnloven § 49 første ledd, hvor statsforvaltningen har en mer avledet rolle til det nasjonale folkevalgte nivå.²⁰

Det er etter KS Advokatens oppfatning behov for å se på innholdet i veilederne og retningslinjene også for øvrig i lys av hva som gir mest læring og praktisk utbytte for kommunene. KS Advokatene erfarer også – blant annet basert på omfattende kursvirksomhet mot kommunesektoren – at kommunalt ansatte har særlig læringsutbytte av gjennomgang av konkrete saker, herunder drøftelse av konkrete oppgaver. Casebasert opplegg gir etter KS Advokatenes erfaring mer læring enn den teoretiske gjennomgangen. Denne erfaringen er overførbare til veiledere og retningslinjer. Det bør etter KS Advokatenes vurdering derfor også i veiledere og retningslinjer som gjennomgår regelverket i større grad vises til konkrete saker fra virkeligheten, og også legges inn refleksjonsoppgaver, hvor det også trenes på alminnelig rettslig metode. En slik metodikk tror KS Advokatene vil øke læringsutbyttet hos kommunene.

* * *

Tor Allstrin
Områdedirektør/Advokat

Øyvind Renslo
Advokat

²⁰ Se her også FoU-rapporten om det rettslige innholdet i det kommunale selvstyre s. 53 om forholdet mellom Stortinget og statsforvaltningens kobling til det nasjonale folkevalgte nivået.