

Sensorveiledning kommunalrett

JUS5580 og JUR1580

vår 2019

Oppgave:

Gjør rede for reglene om lovlighetskontroll og statlig tilsyn. Sammenlign disse to ordningene for statlig styring av kommunene.

Du kan velge om du vil basere besvarelsen hovedsakelig på kommuneloven av 1992 eller kommuneloven av 2018.

Om valgemnet kommunalrett

Kommunalrett valgemne tilbys til både bachelor- og masterstudenter. Det gis ikke undervisning i kommunalrett ved UiO. Det eneste tilbudet er fire «veiledningstimer».

Bachelor- og masteroppgaver

BA- og MA-studenter får samme oppgave. Det skal stilles mindre strenge krav til BA-studenter enn til MA-studenter. Sensor må være klar over at BA-emnet også kan tas av andre enn jusstudenter, så det kan være kandidater som ikke har juridisk fagbakgrunn med blant annet juridisk metode. Sensuren skal tilpasses dette.

Om oppgaven

Oppgaven er en relativt tradisjonell teorioppgave. Lovlighetskontroll og statlig tilsyn er grundig beskrevet i pensum. Sammenligningen er ikke gjort i pensum, så der må kandidatene operere mer selvstendig. Sammenligning mellom statlig styring av kommunene på ulike sektorer er gjort i en av artiklene som er støttelitteratur (felles for BA og MA): Stokstad, Sigrid: "Kommunene og statsforvaltningen - selvstyre og underordning i særlovgivningen" i Marit Reitan, Jo Saglie og Eivind Smith (red.), Det norske flernivådemokratiet 2012, s.67-96.

Lovlighetskontroll og statlig tilsyn faller inn under den delen av pensum som det kreves god forståelse av.

Oppgaver kan gjerne deles i tre, der første del redegjør for reglene om lovlighetskontroll, andre del om statlig tilsyn, og tredje del gir sammenligningen. Kandidater som ønsker det, kan også dele inn materialet tematisk og gjøre løpende sammenligninger. Hoveddelen av oppgaven vil ligge i å redegjøre for regelverket. Sammenligningsdelen vil nok for de fleste bli mindre omfattende, og det må være greit.

Redegjørelsen om regelverket vil i stor grad kunne baseres på lovteksten. Gode kandidater bør greie å løfte framstillingen i forhold til lovteksten. Det er materiale for dette i pensumlitteraturen, og forholdet mellom ny og gammel lov gir også muligheter. Hovedpunktene som gjengis nedenfor vil kunne suppleres med slikt materiale.

Ny og gammel kommunelov

Ny kommunelov LOV-2018-06-22-83 er ikke trådt i kraft enda. Hoveddelen trer i kraft fra konstitueringen av nytt kommunestyre etter valget 2019, mens økonomireglene trer i kraft fra 1.1.2020. Også internkontrollreglene venter på ikrafttredelsestidspunkt.

Ny kommunelov er ikke behandlet i pensum. Lovvedtaket, NOU og stortingsproposisjon er satt opp som «støttelitteratur».

Generelt er det slik at ny lov viderefører hovedtrekkene i gammel lov, men den er gitt ny språkdrakt og ny systematikk. Dette gjelder også for lovlighetskontroll og statlig tilsyn. På noen punkter innebærer ny lov klargjøring og presisering av tidligere gjeldende rett. Så er det også på enkelte punkter endringer i forhold til gjeldende rett.

I oppgaveteksten er det presisert at kandidatene kan velge om de hovedsakelig vil basere seg på kommuneloven av 1992 eller kommuneloven av 2018. Jeg går ut i fra at det fleste vil henvise til 1992-loven. Poenget her er at ingen kandidater bør få trekk for at de bruker den gamle eller den nye loven. I «hovedsakelig» ligger det en åpning for at kandidatene kan trekke inn forholdet mellom ny og gammel lov der det er relevant. De har tilgang til begge lovene på eksamen, og kandidatene vil kunne få en god del ut av å trekke sammenligninger. Hvis de gjøre det er det et pluss, men siden det ikke er behandlet i læreboka og det heller ikke er gitt undervisning, bør det ikke telle negativt å la være.

I det følgende er det tatt inn løpende henvisninger til både ny og gammel lov.

Innledning

Lovlighetskontroll og statlig tilsyn er to blant flere former for statlig kontroll med kommunene der staten gis adgang til å treffe beslutninger som binder kommunene. Kontrollmyndigheten ligger hos statsforvaltningen. Kommunene er selvstendige

rettssubjekter, og statsforvaltningens inngrep overfor kommunene må ha hjemmel i lov. Slik lovgivning bygger på en avveining mellom hensynet til kommunalt selvstyre og hensynet til å ivareta nasjonale mål. Hensynet til rettssikkerhet, likebehandling og faglig kvalitet ligger ofte til grunn for ordninger med statlig overprøving av kommunale vedtak. Hensynet til å sikre tillit til kommunene kan også være med på å begrunne kontrollordninger. I tillegg kommer spørsmålet om hva som gir god ressursutnyttelse, på kommunalt så vel som statlig nivå. I den sammenheng kan gjerne lovlighetskontroll og statlig tilsyn ses i sammenheng med kommunenes egenkontroll.

Lovlighetskontroll

Utgangspunkter

Vi finner tre sentrale utgangspunkter i koml. 1992 § 59/koml. 2018 § 27-1. Kandidatene bør få fram hvem som kan initiere lovlighetskontroll. Det er tre eller flere medlemmer av kommunestyret «sammen». Det er altså en mindretallsrettighet for de direkte folkevalgte, ikke en rett for innbyggerne eller for pressen. I tillegg kan «departementet» ta opp avgjørelse til lovlighetskontroll på eget initiativ. Kandidatene bør få fram at dette ikke skal gi en åpen adgang til å kontrollere kommunale beslutninger, det skal være en sikkerhetsventil. I koml. 2018 er «særlige grunner» tatt inn som vilkår for å gjenspeile dette.

Kandidatene bør også presisere hvem utøver kontrollen. I henhold til loven er det «departementet». Dette er delegert til fylkesmannen ved lovlighetskontroll av kommuner, mens de respektive fagdepartementene utøver lovlighetskontroll av fylkeskommuner.

I tillegg er det viktig å presisere at det som kan kontrolleres er avgjørelsers lovlighet. I den utstrekning lovgivningen åpner for at kommunene kan bruke fritt skjønn, kan det ikke prøves gjennom denne kontrollordningen.

Saksbehandlingsregler

Kandidatene bør også vise de sentrale saksbehandlingsreglene som gjelder for lovlighetskontroll. Klagefristen er 3 uker. I koml. 1992 er det bestemt i forskrift, mens det framgår direkte av koml. 2018 § 27-1. Klagen settes fram for det organet som har truffet avgjørelsen/vedtaket, jf. koml. 1992 § 59 og koml. 2018 § 27-1.

Lovlighetskontroll medfører ikke automatisk utsatt iverksettelse, men det kan bestemmes av kommunen, fylkesmannen eller departementet. Koml. 1992 § 59 og koml. 2018 § 27-3.

Departementet (evt. fylkesmannen) har innsynsrett og kan kreve opplysninger. Dette følger av koml. 1992 § 59 (som hadde generell innretning) og koml. 2018 § 27-4 (som innsnevrer, den gjelder nå bare lovlighetskontroll).

Hva slags typer vedtak/avgjørelser kan kontrolleres?

I denne oppgaven er det sentralt å få fram hva slags typer vedtak/avgjørelser som kan kontrolleres. Det følger av koml. 1992 § 59 at «avgjørelser» truffet av folkevalgt organ eller kommunens administrasjon kan kontrolleres. Dette dreier seg om mer enn enkeltvedtak og forskrift. Det gjelder endelige avgjørelser og ikke prosessledende handlinger, men avgjørelser om åpne eller lukkede dører og avgjørelser om inhabilitet kan kontrolleres. Det er gjort unntak for avgjørelser om ansettelse, oppsigelse eller avskjed (gjelder bare kontroll initiert av kommunestyremedlemmer, jf. forarbeidene) og spørsmål om brudd på bestemmelser i anskaffelseslov/forskrift. Behandlingen av slike saker følger regelverk i egen lovgivning.

Koml. 2018 § 27-2 bruker uttrykket «vedtak». Merk at dette er kommunelovens vedtaksbegrep, ikke forvaltningslovens. Bestemmelsen viderefører og presiserer gjeldende rett.

Hvilke sider ved vedtaket/avgjørelsen kan lovlighetskontrolleres?

I en kontroll av lovlighet jf. koml. 1992 § 59 og koml. 2018 § 27-3 må kandidatene få fram at det dreier seg om å finne ut om det hefter materielle, personelle eller prosessuelle feil ved avgjørelsen. Alle de tre elementene skal som utgangspunkt prøves, men kontrollen kan begrenses til anførsler som er tatt opp i saken. (Dette framgår av koml. 2018 § 27-3.)

Fylkesmannen kan ikke ta hensyn til nye omstendigheter. Fylkesmannens kontroll kan bare omfatte de offentligrettslige sidene ved vedtaket. (Framgår av koml. 2018 § 27-3). Kandidater som går grundig inn på dette punktet, bør få god uttelling for det.

Resultatet av lovlighetskontrollen

Departementet skal oppheve vedtaket hvis det er gjort feil som gjør det ugyldig, jf. koml. 1992 § 59 og koml. 2018 § 27-3. Gode kandidater bør gå nærmere inn på ugyldighetsvurderingen og gjerne belyse med noen eksempler. For eksempel vil brudd på reglene om møteoffentlighet sjelden medføre at vedtaket blir ugyldig.

Kandidatene kan gjerne nevne at kommunene har fått adgang til å ta ut søksmål mot staten i saker om lovlighetskontroll der kommunens vedtak er opphevet, jf. tvisteloven § 1-4 a fra 2018.

Statlig tilsyn

Utgangspunkter

Statlig tilsyn er en omfattende aktivitet som innebærer kontroll, vurdering og reaksjon. Det gir mulighet til å komme tett på kommunenes forvaltning og kontrollere i vid forstand. Statlig tilsyn spiller en særlig viktig rolle innenfor kommunenes velferdsforvaltning, og hensynet til at enkeltmennesker skal få de tjenestene de har krav på, veier tungt.

Kandidatene bør få fram at statlig tilsyn drives som systemtilsyn og hendelsesbasert tilsyn og si litt om disse ulike tilsynsformene. Systemtilsyn er rettet inn mot kommunens internkontrollsystemer. Hoveddelen av tilsynsvirksomheten drives som systemtilsyn. Departementer og direktorater peker ut områder for nasjonalt tilsyn som fylkesmannsembetene skal gjennomføre.

Historikk

Gode kandidater vil kunne trekke noen historiske linjer når det gjelder statlig tilsyn. I forarbeidene til koml. av 1992 ble det tatt opp at det var behov for gjennomgang av hjemler for statlig tilsyn med kommunesektoren. I 2004 kom NOU 2004: 17 Statlig tilsyn med kommunesektoren, og nytt kap. 10 A ble vedtatt i 2006. Der ble begrensningen til lovlighetstilsyn presisert. Deretter kom en ny gjennomgang av tilsynshjemler i særlovgivningen Meld. St. 7 (2009-2010). I koml. 2018 kap. 30 er de grunnleggende prinsippene og rammene for statlig tilsyn videreført, men det er gjort endringer som styrker kommunens partsrettigheter under tilsyn og krever bedre samordning av tilsynsaktivitetene.

Lovgivningens system

Kandidatene må få fram hovedtrekkene i lovgivningens system for regulering av statlig tilsyn med kommunene. Særlovgivningen fastsetter kommunens plikter på de ulike virksomhetsområdene, se f.eks. barnehageloven § 8. Hjemmel for statlig tilsyn med ulike kommunale virksomhetsområder er gitt i særlovgivningen, ny koml. § 30-2 og f.eks. barnehageloven § 9. Når det først er gitt hjemmel for tilsyn, gir kommuneloven regler for hvordan tilsyn skal og kan skje (med mindre særlov bestemmer noe annet), se koml. 1992 § 60 a, koml. 2018 § 30-1 flg.

Kandidatene bør også få fram noen elementer i særlovgivningens regulering av hva det skal føres tilsyn med, for eksempel nevne at det er tilsynshjemler i barnehageloven, opplæringslova, helse- og omsorgstjenesteloven, barnevernloven (merk: Også sanksjonsmyndighet ved brudd på saksbehandlingsfrister jf. § 6-9,3) og lov om sosiale tjenester i NAV.

Kommunelovens regulering av statlig tilsyn

Dette temaet står helt sentralt i oppgaven. Statlig tilsyn er avgrenset til «lovlighet», jf. koml. 1992 § 60 b, koml. 2018 § 30-2. Det innebærer at tilsynsmyndigheten må være oppmerksom

på grensen mellom rettslig bundet og «fritt» skjønn. Særlovgivningen på velferdssektorene inneholder mange skjønnsmessige ord og uttrykk om kommunenes plikter og enkeltmenneskers rettigheter. I tilsynsvirksomheten må ofte innholdet i slike bestemmelser operasjonaliseres. Et annet element som kan trekkes fram er grensen mellom veiledning og tilsyn.

Kommunelovens regler om tilsyn gjelder kommuneplikter, ikke aktørplikter, koml. 1992 § 60 a, koml. 2018 § 30-1. Kandidatene bør kjenne forskjellen mellom disse.

Tilsynet gjelder «plikter»- det angir en vid saklig prøvingskompetanse. Tilsynet gjelder mer enn enkeltvedtak, og mer enn «avgjørelser» eller «vedtak» jf. kommuneloven. Det omfatter blant annet drift, kvalitet og saksbehandling.

Innsyn mv.

Koml. 1992 § 60 c gir tilsynsmyndigheten rett til å kreve opplysninger og rett til innsyn i saksdokumenter. Det er presisert at dette gjelder uten hinder av taushetsplikt. I tillegg gir bestemmelsen hjemmel til å utføre inspeksjon med fysisk tilgang til lokaler. Samme rett til innsyn gjelder for selskaper mv. som utfører oppgaver for kommunen. Det gjelder et nødvendighetskrav for tilsynsmyndighetens rett til innsyn mv.

Dette regelverket er videreført i koml. 2018 med språklige endringer.

Pålegg om retting

Kandidatene må få fram at reaksjonen ved avdekking av lovbrudd ved statlig tilsyn er pålegg om retting, jf. koml. 1992 § 60 d og koml. 2018 § 30-4. Fylkesmannen kan gi pålegg om retting av forhold som er i strid med bestemmelser det føres tilsyn med. Merk at det ikke er noen generell adgang til tvangsmulkt, det krever egen hjemmel.

Kandidatene kan gjerne nevne at kommunene har fått adgang til å ta ut søksmål mot staten i saker om statlig tilsyn jf. tvisteloven § 1-4 a fra 2018.

Kommunens partsrettigheter under tilsyn

Kandidatene bør få fram at kommunene har partsrettigheter i tilsynsprosessen. Her gjengis de viktigste punktene.

Koml. 1992 § 60 d: I saker om pålegg har kommunen visse partsrettigheter. Kommunen skal gis en rimelig frist til å rette forholdet. Fvl. kap. IV, V og VI samt §§ 41 og 42 gjelder, dvs. at

det er blant annet er krav om forhåndsvarsling og rett til å gjøre seg kjent med sakens dokumenter, plikt til å begrunne vedtaket og klageadgang.

Koml. 2018 § 30-5 viderefører gjeldende rett, og styrker partsrettighetene på noen punkter.

Partsrettighetene gjelder etter den nye loven under hele tilsynsprosessen, ikke bare i saker om pålegg. I tillegg er det gitt adgang til å klage på pålegg om å gi opplysninger jf. fvl. § 14.

Det kan for eksempel klages på at opplysningene ikke er «nødvendige».

Krav om samordning

Statlige myndigheters tilsynsvirksomhet overfor kommunene skjer på mange ulike områder og flere ulike statlige instanser er involvert. Det krever ressurser i kommunene å ta imot et statlig tilsyn. Lovgiver har anerkjent at det er et særskilt behov for å samordne tilsynsvirksomheten. I tillegg kan det være behov for å se statlig tilsyn og aktiviteter innenfor kommunens egenkontroll i sammenheng. Dersom det pågår en forvaltningsrevisjon på et sektorområde i regi av kommunerevisjonen, kan det for eksempel være grunn til å la være å gå inn med statlig tilsyn på det samme samtidig.

Koml. 1992§ 60 e gir regler om samordning av tilsynsvirksomheten, både samordning mellom tilsynsmyndigheter og samordning mellom tilsynsmyndighet og kommune. Samordningsplikten gjelder både kommuneplikter og aktørplikter. Det er også plikt til dialog i forkant av pålegg eller andre sanksjoner med vesentlige virkninger for kommunen.

Tilsynsmyndighetene og kommunene har plikt til å delta i samordningen.

I koml. 2018 §§ 30-6 og 30 -7 er fylkesmannens samordningsrolle styrket.

Sammenligning

Denne delen av oppgaven kan løses på ulike måter. Her er noen relevante momenter i en sammenligning mellom statlig tilsyn og lovlighetskontroll:

Omfang

Lovlighetskontroll representerer et langt mindre omfang av statlig kontroll enn det statlig tilsyn gjør. Antallet lovlighetsklager i løpet av et år er ganske lavt, mens statlig tilsyn drives kontinuerlig av et stort antall tilsynsmyndigheter på mange ulike sektorer og med betydelig ressursinnsats.

Hvem kan initiere kontrollen

Kandidatene bør få fram forskjellen med hensyn til hvem som kan initiere kontrollen. Utgangspunktet er at lovlighetskontroll er en mindretallsrettighet for kommunestyrerepresentanter. Dersom andre ønsker slik kontroll, må de få noen direkte folkevalgte til å kreve det. Departementets mulighet til å initiere lovlighetskontroll skal brukes med forsiktighet. Statlig tilsyn har en helt annen innretning. Når det først er gitt hjemmel for å føre tilsyn, er det tilsynsmyndighetene selv som bestemmer hvilke kommuner de skal føre tilsyn med og hva som skal være temaet for tilsynet innenfor denne rammen. Det er noen krav til samordning, men de endrer ikke hovedtrekkene på dette området.

Hvem utøver kontrollen

Det sentrale her er at begge kontrollformene har statsforvaltningsorganer som kontrollmyndighet. Etter kommuneloven er det «departementet» som utfører lovlighetskontroll (denne myndigheten er delegert til fylkesmannen når det gjelder lovlighetskontroll i kommuner), mens det er fylkesmannen som er tilsynsmyndighet. Samtidig er det mange andre statlige tilsynsmyndigheter som fører tilsyn med aktørplikter.

Hva kan kontrolleres

Begge kontrollformene er begrenset til «lovlighet», men det er også viktige forskjeller. Kandidatene bør få fram ulikheten som ligger i at lovlighetskontroll er begrenset til å gjelde avgjørelse/vedtak, mens statlig tilsyn gjelder «plikter», og har et mye videre nedslagsfelt. Blant annet vil prosessuelle forhold, som for eksempel saksbehandlingsfrister, kunne stå sentralt i et statlig tilsyn, mens prosessledende avgjørelser med unntak av avgjørelser om inhabilitet og møteoffentlighet faller utenom regelverket for lovlighetskontroll.

Saksbehandlingsregler

For lovlighetskontroll etter initiativ fra kommunestyremedlemmer er det satt en tidsfrist, noe slikt gjelder ikke for statlig tilsyn.

Adgangen til å kreve opplysninger og rett til innsyn i dokumenter er gitt særskilt lovregulering for begge kontrollformene. Ved statlig tilsyn er det gitt hjemmel for fysisk inspeksjon, og det er også angitt i loven at tilsynet kan kreve opplysninger mm. hos private rettssubjekter som utfører tjenester for kommunen. Tilsvarende er ikke gjort for lovlighetskontroll. Dette gjenspeiler ulikheter i kontrollaktivitetene, det statlige tilsynet skal kunne gå helt ut på tjenestesteder og se hva som skjer i praksis eller se dokumenter fra internkontrollsystemene i kommunen, mens lovlighetskontrollen gjelder et skriftlig vedtak.

Kandidatene bør nevne at kommunens partsrettigheter er ulike i de to kontrollformene. Ved lovlighetskontroll er kommunen gitt anledning til å vurdere saken på nytt når klagen blir framsatt, og den vil kunne videreformidle sin vurdering ved oversendelse til kontrollmyndigheten. Ved statlig tilsyn er kommunen i større grad ansett som en part på linje med en privat part i en forvaltningssak.

Resultatet av kontrollen

Kandidatene bør få fram at resultatet av kontrollen er av ganske ulik karakter for lovlighetskontroll og statlig tilsyn. Ved lovlighetskontroll har kontrollmyndigheten plikt til å oppheve ugyldige vedtak. Ved statlig tilsyn er reaksjonsformen i utgangspunktet mindre inngripende. Pålegg om retting innebærer ikke at kommunens vedtak oppheves. Samtidig kan et pålegg om retting få betydning for et stort antall saker i kommunen. Kontrollmyndigheten har ikke adgang til å treffe nytt vedtak i noen av kontrollformene.

Her kan det også nevnes at kommunen har fått adgang til å ta ut søksmål mot staten i saker om både lovlighetskontroll og statlig tilsyn i tvisteloven § 1-4 a fra 2018.

Vurdering

Gode kandidater bør også gjøre en vurdering av forskjeller og likheter mellom de to kontrollformene. Denne kan gjerne knyttes an til noen grunnleggende hensyn som gjør seg gjeldende, der hensynet til kommunalt selvstyre og hensynet til å gjennomføre nasjonal politikk danner et utgangspunkt. Begge kontrollformene er innrettet slik at lovgiver både vil sikre kommunenes autonomi og gjennomføring av nasjonal politikk. Avgrensningen til kontroll av lovlighet er et eksempel på dette. Mens statlig tilsyn gir statsforvaltningen en vid adgang til å gå inn i kommunenes virksomhet, er partsrettighetene for kommunen styrket. Adgangen til å utøve statlig tilsyn er også avgrenset til de sektorområdene der det er gitt særskilte tilsynshjemler. Lovlighetskontroll gir statsforvaltningen myndighet til å oppheve kommunale vedtak uavhengig av sektorområde, men statsforvaltningens adgang til selv å initiere slik kontroll, skal være begrenset, jf. «særlige grunner» i ny lov og tolkning av gjeldende lov, og overprøvingsadgangen er avgrenset til avgjørelser/vedtak.

29. mars 2019

Sigrid Stokstad