

I hvilken grad vektlegges det kommunale selvstyret ved statlig klagebehandling av kommunale vedtak?

Holth & Winge, OsloMet/NIBR, UiA og Jon Christian Fløysvik Nordrum

KS FoU-rapport 264020

Dokumentinformasjon

Oppdragsgiver: Kommunesektorens organisasjon (KS)
Tittel: I hvilken grad vektlegges det kommunale selvstyret ved statlig klagebehandling av kommunale vedtak?
Utarbeidet av: Holth & Winge AS, OsloMet/NIBR, UiA og Jon Christian Fløysvik Nordrum
Dato: 12. juni 2026
Forsidebilde: Shutterstock

Innhold

SAMMENDRAG **4**

ABSTRACT **10**

1 INNLEDNING **16**

1.1 Bakgrunn og tema 16
1.2 Avgrensninger 17
1.3 Metodikk og metodiske begrensninger 18
1.3.1 Juridisk analyse 18
1.3.2 Empiriske undersøkelser 18
1.4 Referansegruppe 20
1.5 Utredningens oppbygning 20

2 KOMMUNALT SELVSTYRE OG STATLIG KLAGEBEHANDLING **22**

2.1 Innledning 22
2.2 Grensedragningen mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn 23
2.3 Forvaltningsloven § 34 26
2.3.1 Generelt om forvaltningsloven 26
2.3.2 Utgangspunktet for statsforvalterens kompetanse som klageinstans 27
2.3.3 Kravet om å legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret 28
2.4 Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 31

3 UTVALGTE BESTEMMELSER FRA HELSE- OG OMSORGSLOVGIVNINGEN **35**

3.1 Innledning og oversikt 35
3.2 Pasient- og brukerrettighetsloven 36
3.3 Helse- og omsorgstjenesteloven 39
3.3.1 Innledning og oversikt 39
3.3.2 Kommunens plikt til å tilby personlig assistanse og brukerstyrt personlig assistanse (BPA) 39
3.3.3 Kommunens plikt til å tilby pårørendestøtte i form av omsorgsstønad 40
3.3.4 Nærmere om kravet til forsvarlige tjenester i § 4-1 44
3.4 Kort om veiledere, retningslinjer mv. 47

4 KLAGEBEHANDLING AV VEDTAK ETTER HELSE- OG OMSORGSTJENESTELOVEN **51**

4.1 Innledning 51
4.2 Analyse av klagesaksvedtak 51
4.2.1 Innledning 51
4.2.2 Klagesaker om personlig assistanse/brukerstyrt personlig assistanse 51
4.2.3 Klagesaker om omsorgsstønad 62
4.3 Intervjuer om statsforvaltere og kommuners praksis 68
4.3.1 Innledning 68
4.3.2 Trekk ved klagesaksbehandlingen de siste årene 69
4.3.3 Sentrale temaer i klagesaksbehandlingen 70

4.3.4 Bruk av veiledere, rundskriv, mv. i klagesaksbehandling 78
4.4 Overordnet oppsummerende analyse 80
4.4.1 Innledning 80
4.4.2 Utviklingstrekk ved klagesaker 80
4.4.3 Statsforvalternes prøving av kommunenes rettsanvendelse 82
4.4.4 Statsforvalternes prøving av kommunenes frie skjønn 85
4.4.5 Særlig om bruk av statlige rundskriv, veiledere, mv. i statlig klagebehandling ... 86

5 UTVALGTE BESTEMMELSER PÅ OPPLÆRINGSOMRÅDET 88

5.1 Innledning 88
5.2 Overordnet om retten til opplæring og opplæringsloven 88
5.3 Retten til individuell tilrettelagt opplæring 89
5.4 Kort om «Veileder om tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging» 91
5.5 Andre aktuelle bestemmelser etter opplæringslova 92
5.5.1 Innledning 92
5.5.2 Rett til grunnskoleopplæring 92
5.5.3 Plikt til grunnskoleopplæring 93
5.5.4 Hvilken skole eleven skal gå på 94

6 KLAGEBEHANDLING AV VEDTAK ETTER OPPLÆRINGSLOVA 96

6.1 Innledning 96
6.2 Analyse av klagesaksvedtak 96
6.2.1 Klagesaker om individuelt tilrettelagt opplæring 96
6.2.2 Klagesaker om andre temaer innen opplæring 103
6.3 Intervjuer om Statsforvalterne og kommunenes praksis 108
6.3.1 Innledning 108
6.3.2 Trekk ved klagesaksbehandlingen de siste årene 108
6.3.3 Sentrale temaer i klagesaksbehandlingen 109
6.3.4 Bruk av veiledere, rundskriv, mv. i klagesaksbehandlingen 114
6.4 Overordnet oppsummerende analyse 116
6.4.1 Innledning 116
6.4.2 Utviklingstrekk ved klagesaker 116
6.4.3 Statsforvalternes prøving av kommunens rettsanvendelse 117
6.4.4 Statsforvalternes prøving av kommunenes frie skjønn 118
6.4.5 Bruk av veiledere, rundskriv, mv. i klagebehandlingen 119

7 MULIGE TILTAK FOR Å STYRKE HENSYNET TIL KOMMUNALT SELVSTYRE I STATLIG KLAGEBEHANDLING 120

7.1 Innledning 120
7.2 Tiltak for å tydeliggjøre skillet mellom rettsanvendelse og fritt skjønn 120
7.3 Tiltak for å øke forståelsen av forholdet mellom kommunalt selvstyre og statlig klagebehandling 121
7.4 Tiltak tilknyttet veiledere, rundskriv mv. som brukes i klagebehandling 122

8 ALTERNATIVER TIL DAGENS STATLIGE KLAGEBEHANDLING 124

8.1 Innledning 124

8.2 Kort om kommunal saksbehandling 124
8.2.1 Kommunal førsteinstans 124
8.2.2 Klagebehandling i kommunal underinstans 125
8.3 Alternativer til dagens klagebehandling 125
8.3.1 Innledning 125
8.3.2 Klagen behandles noe grundigere i kommunal underinstans 125
8.3.3 Kommunal klagenemnd 126
8.3.4 Klage til Statsforvalteren, med endring av prøvingsintensitet 127
8.3.5 Klage til uavhengig nasjonal klagenemnd 130
8.3.6 Klage til Trygderetten/Sosialdomstol 130

9 ALTERNATIVER TIL PRØVING AV KLAGEINSTANSENS VEDTAK 131

9.1 Innledning 131
9.2 Generelt om tvisteløsning i forvaltningssaker for domstoler og nemnder 131
9.3 Kjennetegn ved alternativ til dagens domstolsprosess 132
9.4 Forvaltningstvister generelt og forvaltningstvister mellom stat og kommune: Domstoler eller uavhengig, spesialisert nemnd? 134
9.4.1 Forvaltningssaker for domstolene 134
9.4.2 Forvaltningssaker i uavhengig nemnd 136
9.4.3 Nemd eller domstol? 136

Sammendrag

Utredningens tema

Denne utredningen tar for seg forholdet mellom kommuner og statlige myndigheter, og det statlige styringstrykket overfor kommunene. En overordnet problemstilling er i hvilken grad statlig klagebehandling av kommunale vedtak bidrar til det statlige styringstrykket, og påvirker kommunenes handlefrihet.

Utredningen tar utgangspunkt i statlig klagebehandling av enkelte sakstyper innen helse- og omsorgssektoren og opplæringssektoren. I slike saker skal staten som klageinstans, legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved en eventuell prøving av kommunens frie skjønn. Utredningen kartlegger gjennom klagesaksanalyser og intervjuer, om og hvordan dette kravet blir fulgt opp i praksis. I lys av de empiriske undersøkelsene, drøfter utredningen tiltak som blant annet kan styrke hensynet til det kommunale selvstyret i statlig klagebehandling, og tydeliggjøre når hensynet er relevant.

Deretter belyser utredningen mulige alternativer til dagens statlige klagebehandling, herunder om klagebehandlingen kan endres til en ren lovlighetskontroll. Videre ser utredningen på alternativer til dagens domstolshåndtering av konflikter mellom stat og kommune, i hovedsak kommunens mulighet til å få prøvd gyldigheten av statens vedtak i klagesaker. Et sentralt spørsmål er om det finnes prosesser som er bedre tilpasset slike forvaltningssaker som utredningen har sett på.

Rettslige utgangspunkter – rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn

Et gjennomgående tema i utredningen er skillet mellom rettsanvendelsesskjønn, og forvaltningsskjønn, også kalt kommunenes frie skjønn.

Rettsanvendelsesskjønn er der forvaltningen, herunder kommunene og statsforvalterne, håndhever lovgivning slik Stortinget har bestemt gjennom rettsreglene. Når kommunene tolker og anvender lovbestemmelser som fastsetter krav til saksbehandlingen eller til innholdet i vedtak som treffes, utøver de rettsanvendelsesskjønn. Et eksempel her er kravet om at de helse- eller omsorgstjenester som tilbys en pasient eller bruker, skal være «forsvarlige», det vil si oppfylle en viss minstestandard. Et annet eksempel er vurderingen av om en elev har rett til individuelt tilrettelagt opplæring for å få «tilfredsstillende utbytte av opplæringen».

Forvaltningsskjønn, eller *fritt skjønn*, er når vi står overfor bestemmelser som overlater til kommunene selv å bestemme utfallet av en sak, innenfor valgfrihetens grenser. Et eksempel her er der kommunen har flere helse- og omsorgstjenester som vil være «forsvarlige» for den enkelte brukeren. Selv om en person har et rettskrav på nødvendige helse- og omsorgstjenester, har vedkommende ikke krav på en *bestemt type* tjeneste. Det er kommunen som i utgangspunktet avgjør hvilke typer av tjenester som skal tilbys i den enkelte sak, innenfor rammen av retten til nødvendige tjenester med forsvarlig nivå og standard. Valget mellom ulike forsvarlige tjenester, er altså utøvelse av fritt skjønn.

Skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn er viktig av flere årsaker. Den viktigste årsaken for denne utredningens tema, er at skillet mellom rettsanvendelse og fritt skjønn har betydning for overprøving og kontroll av kommunenes vedtak. For

statsforvaltningens prøving av kommunale vedtak i klagebehandling, gjelder dette først og fremst hvorvidt hensynet til det kommunale selvstyret må vektlegges i prøvingen.

Rettsanvendelsesskjønnet kan overprøves fullt ut av statsforvalteren i en klagesak. Når det kommer til de rettslige kravene, har statsforvalter i en klagesak verken rett eller plikt til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret i sin prøving. Det er likevel stilt spørsmål ved om det kommunale selvstyret kan trekkes inn som et reelt hensyn ved tolkningen av skjønnsmessige ord og uttrykk, dersom det øvrige rettskildebildet ikke gir et klart svar på løsningen av rettsspørsmål.

Forvaltningsskjønnet kan i utgangspunktet prøves fullt ut av statsforvalteren i en klagesak. Ved prøvingen av det frie skjønnet inneholder imidlertid lovgivningen bestemmelser om at klageinstansen plikter å legge vekt på, eller stor vekt på, hensynet til det kommunale selvstyret. Bestemmelsene er ikke til hinder for at statsforvalteren kan tilsidesette skjønnsutøvelsen etter en konkret vurdering, men plikten til å vektlegge det kommunale selvstyret vil i praksis innebære at det skal mye til før statsforvalteren tilsidesetter skjønnsutøvelsen.

Funn fra klagesaksanalyser og intervjuer med kommuner og statsforvaltere

Generelt

Innen helse og omsorg tar utredningen for seg saker om personlig assistanse og brukerstyrt personlig assistanse (BPA), samt omsorgsstønad til pårørende. Innen opplæring ser utredningen på saker om individuelt tilrettelagt opplæring (ITO), inkludert kravene til sakkyndig vurdering som grunnlag for vedtakene, og enkelte saker om permisjon, skolebytte og utvidet skolegang.

Klagesaksanalysene og intervjuene tilsier at der det faktisk handler om prøving av fritt skjønn, synes statsforvalterne generelt å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret i tråd med det som følger av lovgivningen. «Striden» synes dermed ikke å knytte seg til den faktiske prøvingen av det frie skjønnet, men til to andre forhold. For det første dreier det seg om ulike syn på hvor grensen går mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn, kanskje særlig innen helse- og omsorgsområdet. For det andre dreier det seg om det krevende spennet mellom rettighetssamfunnet med omfattende rettigheter for den enkelte, og det ansvaret som ligger på kommunene, som i dag ofte står i en krevende økonomisk situasjon og som må ivareta alle sine innbyggere.

Et sentralt poeng med hensyn til økonomiske perspektiver, er at statsforvalteren i sin klagebehandling ser den enkelte saken, mens kommunene ser sakene opp mot helheten i kommunen. Kommunen skal gi tjenester til den enkelte bruker som tilfredsstiller lovgivningens minstekrav, men må overholde stramme budsjettrammer. Statsforvalter kan på sin side ikke legge vekt på den enkelte kommunes økonomiske situasjon i klagebehandling når det er rettsanvendelsen som prøves.

Statsforvalternes prøving av kommunenes rettsanvendelse

Analysen av klagesaksvedtakene, som kun omfatter et fåtall av saker, 16 vedtak fra helse- og omsorgssektoren, og 9 vedtak fra opplæringssektoren, viser for det første at flere av vedtakene oppheves på grunnlag av saksbehandlingsfeil. Dette gjelder for alle sakstypene, og dreier seg i

første rekke om mangelfull saksutredning og/eller begrunnelse. Saksbehandlingskravene er rettsanvendelse, som kan prøves fullt ut av statsforvalteren i en klagesak. Her er ikke hensynet til det kommunale selvstyret et relevant moment å trekke inn. I de fleste tilfellene blir vedtakene her opphevet, og saken sendt tilbake til kommunen for ny behandling.

På helse- og omsorgsområdet er et sentralt tema om kommunens tjenestetilbud oppfyller kravet om «nødvendige» og «forsvarlige» tjenester. Dette er også prøving av rettsanvendelsen, slik at statsforvalterne her ikke trekker inn det kommunale selvstyret, eller kommunens økonomi i sine vurderinger. Forsvarlighetskravet er et minimumskrav som må tilfredsstilles, og våre informanter er enige i at forvaltningsskjønnet kun aktualiseres der dette nivået er tilfredsstilt. Kravet til forsvarlige tjenester gir ikke anvisning på rene juridiske vurderinger, men er utformet som en rettslig standard som i stor grad viser til helsefaglige normer.

Undersøkelsene av klagesaker gir ikke grunnlag for å fastslå om statsforvalternes vurdering av forsvarlighetskravet er «riktigere» enn kommunenes med hensyn til tjenestenivået i de konkrete sakene vi har sett på. Intervjuene viser likevel at det kan være uenighet om hvor grensene for forsvarlighetskravet går i den enkelte sak, og at kommunene opplever at statsforvalterne i realiteten prøver det frie skjønnet. Uenigheten oppstår fordi kommunene mener at den nedre grensen for forsvarlighetskravet ligger lavere enn det statsforvalter vurderer at den gjør. Siden forsvarlighet er rettsanvendelse, blir det i praksis slik at statsforvalterne har «definisjonsmyndigheten» av dette i konkrete enkeltsaker. Dette får igjen konsekvenser for hva kommunene og statsforvalterembetene anser som henholdsvis rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn. Intervjuene indikerer også at kommunene opplever at deres egen faglig vurdering vektes lavere, enn den subjektive oppfatningen til klager med hensyn til å definere hva tjenestebehovet er, og dermed hva som i rettslig forstand er forsvarlig helse- eller omsorgshjelp i den konkrete saken.

Utredningen viser at kommunene i større eller mindre grad retter seg etter tidligere avgjørelser hos statsforvalteren, uavhengig av om kommunene er enige i vurderingen av forsvarlighetskravet eller ikke. Kommunene tilpasser seg fordi de mener at konsekvensen av å legge seg under det nivået statsforvalteren tidligere har vurdert som forsvarlig, kan utløse betydelige kostnader knyttet til klagebehandling i nye saker. Dette til tross for at informantene ser at vedtakene i utgangspunktet ikke er presedensdannende, da forsvarlighet vurderes konkret i hver enkelt sak.

De ovennevnte forholdene belyser at statsforvalterens praksis i klagebehandlingen kan få en avgjørende betydning også for kommunal praksis i et større perspektiv, som kanskje ikke er tilsiktet. Dette handler etter vårt syn ikke om statsforvalternes praksis i seg selv, men om hvordan lovverket er utformet, rettighetsfokuset som har utviklet seg, samt om hvordan kommunene bruker statsforvalternes avgjørelser videre i sin virksomhet. Utviklingen tar ikke høyde for hvilke konsekvenser den sterke rettighetsfestingen på helse- og omsorgsfeltet kan få for det kommunale selvstyret, herunder kommunenes økonomiske situasjon.

I sakene om individuelt tilrettelagt opplæring etter opplæringslova, er det relativt lite rom for fritt skjønn. Statsforvalterne prøver i hovedsak rettsanvendelsen i disse sakene. Her er kommunalt selvstyre eller økonomi som nevnt ikke relevant å trekke inn. Det ses hen til den

sakkyndige vurderingen og til hensynet til elevens beste, som er et hensyn som må vektlegges i slike saker.

En utfordring som flere kommuner trekker fram innenfor opplæring, er at de opplever at klagesaksvedtakene noen ganger blir for tekniske. Statsforvalterne prøver jussen og vurderer hensynet til barnets beste, men gir ikke en tilstrekkelig skolefaglig forståelse. Det vises til vedtakene er juridisk korrekte, men praktisk vanskelige for kommunen.

Statsforvalternes prøving av kommunenes frie skjønn

Klagesakene på både helse- og omsorgsområdet og opplæringsområdet tilsier at der det faktisk handler om *fritt skjønn* i den enkelte sak, viser statsforvalterne gjennomgående til at de her skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret. Her kan økonomiske hensyn også være relevant å vektlegge. Statsforvalterne følger opp dette, og er tilbakeholdne med å overprøve det frie skjønnet, med mindre det fremstår som åpenbart urimelig.

Bruk av statlige rundskriv, veiledere, mv. i klagesaksbehandlingen

På helse- og omsorgsområdet vises det i klagesakene vi har sett på, ofte til ulike normerende produkter i klagesaksbehandlingen, blant annet for å underbygge krav til kommunens saksbehandling og for å utdype hva som ligger i «nødvendige» og «forsvarlige» tjenester. I noen tilfeller brukes de normerende produkter som støtte for de beslutningene kommunene har fattet i sin saksbehandling, mens de i andre tilfeller danner grunnlag for å fastslå at kommunene har vurdert en sak uriktig.

På opplæringsområdet viser klagesakene ikke en utstrakt bruk av veiledere, mv. som direkte begrunnelse eller grunnlag for selve resultatet i statsforvalternes klagebehandling. For sakene om individuelt tilrettelagt opplæring vises det gjerne til Utdanningsdirektoratets «Veileder for tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging», i hovedsak med henvisning til at regelverket er forklart der.

I intervjuer gir både statsforvalterne og kommunene uttrykk for at slike verktøy overordnet sett er nyttige. Generelt har verken kommunene eller statsforvalterne inntrykk av at veiledere og rundskriv går lenger enn lovverket i å spesifisere kommunale plikter og ansvar.

Hovedinntrykket fra intervjuene er at når veiledere, mv. benyttes i konkret klagebehandling på begge områder, holder statsforvalterne seg innenfor rammene om at normerende produkter ikke er rettslig bindende for kommunene. På helse- og omsorgsområdet er det likevel påpekt at en del retningslinjer gir uttrykk for «god faglig praksis», nærmere opp mot en optimal standard, som kan bli en for streng norm hvis dette legges til grunn i klagesaksbehandlingen.

Mulige tiltak for å styrke hensynet til kommunalt selvstyre i statlig klagebehandling

Utredningen peker på at det særlig på helse- og omsorgsområdet synes å være behov for tydeliggjøring av grensen mellom rettsanvendelse og fritt skjønn. Et viktig tiltak kan være å få en klarhet eller enighet om forsvarlighetskravets grenser, for å tydeliggjøre hvor stort rom det er for forvaltningsskjønn og kommunalt handlingsrom. Som et ledd i dette drøfter utredningen om det kan lages eksempelsamlinger med tydeligere typetilfeller, som kan ligge som en norm man kan vurdere ut fra, samt å sørge for at avgjorte klagesaker blir tilgjengeliggjort i en felles database eller liknende.

Videre drøfter utredningen tiltak for å øke forståelsen av forholdet mellom kommunalt selvstyre og statlig klagebehandling. Det er tidvis redusert tillit mellom statsforvalterne og kommunene. Utredningen peker på at et tiltak kan være så enkelt som å sikre mer dialog mellom kommunene og statsforvalterne. Dette opplever kommunene at har minket i de senere årene. Videre etterlyser kommunene mer direkte veiledning fra statsforvalterne. Et større fokus på dialog kan føre til en bedre forståelse for aktørenes ansvar og ressurssituasjon. Mer direkte veiledning til kommunene kan videre bidra til bedre utformede vedtak som også vil kunne resultere i færre klager.

Når det kommer til veiledere, rundskriv mv. som brukes i klagebehandlingen på helse- og omsorgsområdet, drøfter utredningen at det kan være aktuelt med en helhetlig gjennomgang med sikte på å synliggjøre det faktiske handlingsrommet som ligger i spennet mellom god praksis, og forsvarlighetskravets nedre grense. I tillegg kan det være grunnlag for å se på begrepsbruken i de normerende produktene, med ordene «skal», «kan» og «bør», og se på muligheten for å gradere anbefalinger på en annen måte. Et annet tiltak på helse- og omsorgsområdet, er en forenkling og bedre tilgjengeliggjøring av relevant informasjon.

Alternativer til dagens statlige klagebehandling

Utredningen ser på alternativer til dagens klagebehandling hos statsforvalterne, og vurderer fordeler og ulemper ved disse.

En mulighet er at klage til statsforvalter kan erstattes av klage til en kommunal klagenemnd. En slik nemnd vil være «tettere på» de kommunale forhold og det kommunale selvstyret. Ulemper ved en slik løsning, er blant annet fare for mangel på juridisk kompetanse, for lite sakstilfang til å få tilstrekkelig erfaring, og ulik praksis mellom kommuner.

Mer aktuelt er å beholde statsforvalterne som klageinstans, men at prøvingsintensiteten endres til en lovlighetskontroll. Da vil det kommunale frie skjønnet i utgangpunktet ikke prøves i klagebehandlingen, utenom det som følger av myndighetsmisbrukslæren. I lys av funnene i prosjektet, kan det spørres om dette vil føre til vesentlige endringer, da statsforvalterne er svært tilbakeholdne med å prøve det frie skjønnet i klagebehandlingen.

Utredningen drøfter også etablering av en nasjonal klagenemnd, som kan legge bedre til rette for en ensartet praksis enn dagens løsning med flere statsforvalterembeter som klageinstanser. Imidlertid vil dette kunne redusere statsforvalters virkemidler som blant annet tilsyns- og veiledningsinstans.

Et annet alternativ er å tilpasse en eksisterende uavhengig, nasjonal klagenemnd til nye oppgaver, typisk i Trygderetten. En ulempe her er blant annet at en slik løsning bare vil omfatte de sakstyper det er naturlig å utvide dennes saksfelt med.

Alternativer til prøving av klageinstansens vedtak

Avslutningsvis belyser utredningen ulike alternativer til dagens domstolsbehandling av tvister mellom stat og kommune, i hovedsak der en kommune går til søksmål for å få prøvd gyldigheten av et statlig vedtak i en klagesak e.l. Dagens ordning er lite brukt. I praksis oppleves nok terskelen for å gå til søksmål mot staten som svært høy for kommunene.

Utredningen drøfter muligheten for å etablere en egen, tilpasset og forenklet domstolsprosess for forvaltningssaker, og hvordan denne i så fall bør innrettes. Utredningen viser blant annet at en slik prosess ikke bare bør være for tvister mellom stat og kommune, men også for forvaltningsrettslige tvister med en privat part. Saksbehandlingen bør i hovedsak være skriftlig. Det kan imidlertid være krevende å få politisk gjennomslag for en endring av systemet for domstolene. Utredningen peker på at den samlede samfunnsnytten kan tale for en slik egen forvaltningsprosess i domstolene.

Et alternativ til en slik forvaltningsprosess i domstolene, kan være en uavhengig, tvisteløsende nemnd. Slike uavhengige klagenemnder kan relativt enkelt skreddersys med hensyn til medlemmenes kompetanse og reglene for hvordan sakene skal behandles. Utredningen peker på at en ulempe ved en nemndsløsning vil være svakere rettsavklaring, fordi nemndspraksis har en annen rettskildevekt enn dommer. En nemnd som kun avgjør tvister mellom kommuner og staten, vil innebære at en rekke forvaltningsrettslige spørsmål som oppstår i forvaltningssaker mellom andre parter, må avgjøres i andre nemnder eller i domstolene, slik at det kan oppstå ulik rettsutvikling.

Abstract

Subject of the report

This report examines the relationship between local authorities and central government, and the extent to which central government exerts control over local authorities. A key question is to what extent the central government's handling of appeals against local authority decisions contributes to this control and affects the local authorities' freedom of action.

The report takes as its starting point the central government's handling of appeals concerning specific types of cases within the health and care sector and the education sector. In such cases, the central government, as the appeal body, must place great emphasis on respect for local self-government when reviewing the municipality's discretionary powers. Through analyses of appeal cases and interviews, the report examines whether and how this requirement is followed in practice. In light of the empirical findings, the report discusses measures that could, among other things, strengthen the consideration of local self-government in the state's handling of appeals, and clarify when such consideration is relevant.

The report furthermore examines possible alternatives to the current state appeals process, including whether the appeals process could be changed to a purely legality review. Furthermore, the report examines alternatives to the current court-based handling of conflicts between the state and municipalities, primarily the municipality's ability to have the validity of the state's decisions reviewed in appeal cases. A key question is whether there are processes better suited to the types of administrative cases examined in the report.

Legal principles – judicial discretion and administrative discretion

A recurring theme in the report is the distinction between judicial discretion and administrative discretion, also referred to as the municipalities' discretionary powers.

Discretion in the application of the law is where the administration, including local authorities and central government bodies, enforces legislation as determined by the Storting through legal rules. When local authorities interpret and apply statutory provisions that set out requirements for case handling or for the content of decisions taken, they are exercising discretion in the application of the law. One example of this is the requirement that the health or care services offered to a patient or user must be 'adequate', that is, meet a certain minimum standard. Another example is the assessment of whether a pupil is entitled to individually adapted education in order to derive 'satisfactory benefit from the education'.

Administrative discretion, or discretionary power, applies when we are faced with provisions that leave it to the local authorities themselves to determine the outcome within the limits of their discretion. An example of this is where the local authority has several health and care services that would be 'adequate' for the individual service user. Although a person has a legal right to necessary health and care services, they are not entitled to a specific type of service. It is the municipality that, in principle, decides which types of services are to be provided in each individual case, within the framework of the right to necessary services of an appropriate level and standard. The choice between different appropriate services is therefore an exercise of discretion.

The distinction between judicial discretion and administrative discretion is important for several reasons. The most important reason in the context of this report is that the distinction between the application of the law and discretion has implications for the review and oversight of municipal decisions. For the central government's review of municipal decisions in the appeals process, this primarily concerns the extent to which consideration must be given to municipal self-government in the review.

The application of the law may be reviewed in full by the central government administrator in an appeal case. When it comes to the legal requirements, the central government administrator in an appeal case has neither the right nor the duty to give weight to the consideration of local self-government in their review. However, questions have been raised as to whether local self-government in can be considered a legal factor in the interpretation of discretionary words and expressions, when other legal factors do not provide a clear answer to the question of interpretation.

Administrative discretion may, in principle, be fully reviewed by the State Administrator in an appeal case. However, the legislation contains provisions here stipulating that the appeal body is obliged to give weight to, or great weight to, the consideration of local self-government when reviewing the exercise of discretion. These provisions do not prevent the State Administrator from setting aside the exercise of discretion following a specific assessment, but the duty to give weight to local self-government will entail that it takes a great deal for the State Administrator to set aside the discretion.

Findings from analyses of appeal cases and interviews with local authorities and central government officials

General

In the health and care sector, the report examines cases concerning personal assistance and user-directed personal assistance (BPA), as well as care allowances for relatives. In the field of education, the report examines cases concerning individually tailored education (ITO), including the requirements for expert assessments as a basis for decisions, and certain cases concerning leave of absence, changing schools and extended schooling.

The analyses of appeal cases and the interviews suggest that where the matter concerns the exercise of discretionary power, the state administrators generally appear to prioritise the principle of local self-government in accordance with the legislation. The 'dispute' thus does not seem to relate to the actual exercise of discretionary power, but to two other factors. Firstly, it concerns differing views on where the line is drawn between the application of the law and the exercise of discretion, perhaps particularly within the health and care sector. Secondly, it concerns the demanding tension between a rights-based society with extensive rights for the individual, and the responsibility resting on the municipalities, which today often face a challenging financial situation while they must look after all their residents.

key point regarding financial considerations is that, when processing appeals, the state administrator considers each case individually, whereas the local authorities view cases in the context of the municipality as a whole. The local authority must provide adequate services but must also adhere to tight budgetary constraints. The state administrators, for their part,

cannot take the municipality's financial situation into account when processing appeals where the application of the law is concerned.

The State Administrators' review of the municipalities' application of the law

The analysis of the appeal decisions, which covers only a small number of cases – 16 decisions from the health and care sector and 9 decisions from the education sector – shows, firstly, that several of the decisions are overturned on the basis of procedural errors. This applies to all types of cases and primarily concerns inadequate case investigation and/or reasoning. The procedural requirements are a matter of the application of the law, which can be fully reviewed by the state administrator in an appeal case. In this context, considerations of local self-government are not a relevant factor to take into account. In most cases, the decisions are overturned and the case is referred back to the local authority for reconsideration.

In the health and social care sector, a key issue is whether the municipality's service provision meets the requirement for 'necessary' and 'adequate' services. This also involves a review of the application of the law, so that central government officials do not factor in local self-government or the municipality's finances in their assessments. The requirement of adequacy is a minimum standard that must be met, and our informants agree that administrative discretion only comes into play where this standard is met. The requirement for adequate services does not provide guidance for purely legal assessments but is formulated as a legal standard that largely refers to professional norms.

The examinations of complaint cases do not provide grounds to determine whether the State Administrator's assessment of the adequacy requirement is 'more correct' than that of the municipalities regarding the level of service in the specific cases we have reviewed.
The interviews nevertheless show that there may be disagreement over where the boundaries of the reasonableness requirement lie in individual cases, and that the municipalities feel that central government officials are testing the limits of their discretionary powers.

The disagreement arises because the municipalities believe that the lower limit of the requirement of adequacy is lower than the central government administrator assesses it to be. Since determining 'adequate' services concern the application of the law, in practice the central government administrator hold the 'authority to define' this in specific individual cases. This has consequences for what the municipalities and the state administrative offices regard as, respectively, judicial discretion and administrative discretion. The study shows that the municipalities, to a greater or lesser extent, conform to previous decisions by the state administrative office, regardless of whether the municipalities agree with the assessment of the adequacy requirement or not. The municipalities adapt because they believe that falling below the level previously assessed as adequate by the state administrative authority could trigger significant costs associated with handling appeals in new cases. However, one government official states clearly that these decisions do not, in principle, set a precedent, as the question of adequacy is assessed on a case-by-case basis.

The circumstances mentioned above, illustrate that the State Administrator's practice in handling complaints can have a significant impact on municipal practices from a broader

perspective, which may not have been intended. In our view, this is not due to state practice as such, but rather how the legislation is designed, the focus on rights, and how municipalities use state appeal decisions in individual cases in their further operations. The development does not take into account the potential consequences that the strong legal codification of rights in the health and care sector may have on municipal self-governance, including the financial situation of the municipalities.

In cases concerning individually tailored education under the Education Act, there is relatively little scope for discretion. The government administrators primarily test the application of the law in these cases. As mentioned, local government autonomy or financial considerations are not relevant here. The focus is on the pupil's best interests, which is a factor that must be given weight in such cases.

One challenge highlighted by several municipalities in the education sector is that they feel the decisions in appeal cases sometimes become too technical. The state administrators apply the law and assess the best interests of the child, but do not provide sufficient understanding of educational matters. It is noted that the decisions are legally correct, but practically difficult for the municipality.

The State Administrators' review of the municipalities' discretion

Appeal cases in both the health and care sector and the education sector suggest that where the matter actually concerns discretion in the individual case, the state administrators consistently indicate that they must place great emphasis on the principle of municipal self-government. Here, economic considerations may also be relevant to take into account. The state administrators follow this approach and are reluctant to overturn the exercise of discretion, unless it appears to be manifestly unreasonable.

The use of government circulars, guidelines, etc. in the handling of appeals

In the health and care sector, the appeals cases we have examined frequently refer to various normative documents during the appeals process, including substantiating requirements regarding the municipality's case handling and clarifying what constitutes 'necessary' and 'adequate' services. In some cases, these normative documents are used to support the decisions the municipalities have made in their case handling, whilst in other cases they form the basis for determining that the municipalities have assessed a case incorrectly.

In the field of education, the appeal cases do not show extensive use of guidelines, etc., as direct justification or a basis for the actual outcome of the state administrators' appeal processing. In cases concerning individually adapted education, reference is often made to the Norwegian Directorate for Education and Training's 'Guidelines for Adapted Education and Individual Arrangements', primarily on the grounds that the regulations are explained therein.

In interviews, both the state administrators and the municipalities express the view that such tools are generally useful. Generally, neither the local authorities nor the central government administrators have the impression that guidelines and circulars go beyond the legislation in specifying local authorities' duties and responsibilities.

The main impression from the interviews is that when guidelines and similar documents are used in the actual handling of complaints in both areas, public administrators remain within the framework that normative documents are not legally binding on local authorities. In the health and care sector, however, it has been pointed out that some guidelines express 'good professional practice', closer to an optimal standard, which may become too strict a norm if this is used as a basis in the handling of complaints.

Possible measures to strengthen consideration for local self-government in central government complaint handling

The report highlights that, particularly in the health and care sector, there appears to be a need to clarify the boundary between the application of the law and discretionary powers. An important measure could be to establish clarity or consensus on the limits of the requirement of reasonableness, in order to clarify the scope for administrative discretion and municipal leeway. As part of this, the report discusses whether it might be possible to ensure that decided appeal cases are made available in a shared database or similar.

Furthermore, the report discusses measures to improve understanding of the relationship between local self-government and the central government's handling of appeals. There is at times a lack of trust between central government officials and the local authorities. The report suggests that one measure could be as simple as ensuring greater dialogue between the local authorities and central government officials. The local authorities feel that this has declined in recent years. Furthermore, the municipalities are calling for more direct guidance from central government officials. A greater focus on dialogue could lead to a better understanding of the responsibilities and resource situations of the various stakeholders. More direct guidance to the municipalities can further help ensure better grounds for individual decisions, which could also lead to fewer complaints.

With regard to guidelines, circulars, etc. used in the handling of complaints in the health and care sector, the report discusses the possibility of a comprehensive review aimed at clarifying the actual scope for action that lies between good practice and the lower limit of the requirement for due care. In addition, there may be grounds for reviewing the use of terminology in normative documents, specifically the words 'shall', 'may' and 'should', and considering the possibility of grading recommendations differently. Another measure in the health and care sector is to simplify and improve access to relevant information.

Alternatives to the current government complaints handling system

The report examines alternatives to the current complaints handling system within the civil service and assesses the advantages and disadvantages of these.

One possibility is that appeals to the state administrator could be replaced by appeals to a municipal appeals board. Such a board would be 'closer to' municipal affairs and local self-government. The disadvantages of such a solution include the risk of a lack of legal expertise, too few cases to gain sufficient experience, and inconsistent practices between municipalities.

A more viable option is to retain the county governors as the appeal body, but to change the scope of review to a review of legality. In that case, the local authority's discretion would not,

in principle, be reviewed during the appeal process, except in cases falling under the doctrine of abuse of power. In light of the project's findings, it may be questioned whether this is relevant, as the state administrators are very reluctant to review the exercise of discretion during the appeals process.

The report also discusses the establishment of a national appeals board, which could facilitate more consistent practice than the current arrangement with multiple government agencies acting as appeal bodies. However, this could reduce the scope of the government agency's powers, including its role as a supervisory and advisory body.

Another option is to adapt an existing independent, national appeals board to take on new tasks, typically within Trygderetten. One drawback of this approach is that such a solution would only cover those types of cases to which it would be natural to extend the board's remit.

Alternatives to the review of decisions by the appeals body

Finally, the report examines various alternatives to the current court proceedings for disputes between the state and municipalities, primarily where a municipality brings legal proceedings to have the validity of a state decision reviewed in an appeals case or similar.

The report discusses the possibility of establishing a separate, tailored court procedure for administrative cases, and how this should be structured if implemented. The report shows, among other things, that such a procedure should not only apply to disputes between the state and a municipality, but also to administrative law disputes involving a private party. The proceedings should primarily be conducted in writing. However, it may be challenging to secure political support for a change to the court system. The report points out that the overall social benefit may justify such a separate administrative procedure within the courts.

An alternative to such an administrative process in the courts could be an independent dispute resolution board. Such independent appeals boards can be relatively easily tailored in terms of the members' expertise and the rules governing how cases are to be handled. The report points out that a disadvantage of a board-based solution would be weaker legal clarity, because board practice carries a different weight as a source of law than court rulings. A board that only adjudicates disputes between municipalities and the state would mean that a number of administrative law issues arising in administrative cases between other parties would have to be decided by other boards or in the courts, which could lead to inconsistent legal development.

1 Innledning

1.1 Bakgrunn og tema

Det kommunale selvstyret og forholdet mellom kommuner og statlige myndigheter er under stadig debatt. Rettighetsfesting og detaljregulering av kommunenes plikter brukes som virkemidler for lokal gjennomføring av nasjonal politikk, og et hovedprinsipp for statlig styring av kommunesektoren er økonomisk og juridisk rammestyring. En sentral begrunnelse for statlig styring er å sikre likeverdige tjenester på tvers av alle landets kommuner. Denne styringen skjer gjennom både juridiske, økonomiske og pedagogiske virkemidler. En rekke rapporter og utredninger har i de siste årene satt søkelys på det statlige styringstrykket overfor kommunene, og hvordan dette påvirker kommunenes handlefrihet.

Staten, i hovedsak representert ved statsforvalterne, er klageinstans for en rekke kommunale vedtak. Gjennom klagesaksbehandling kan staten i praksis utøve styring, eksempelvis ved prøving av vedtak etter rettighetslovgivning og omgjøring av vedtak til fordel for mottakeren av tjenesten. Dette kan utløse betydelige kostnader for kommuner som har prioritert tjenester innenfor stramme økonomiske rammer.[1] En slik omgjøring, forstått som et uttrykk for statlig styring av kommunesektoren, kan stå i konflikt med en helt sentral begrunnelse for at vi har kommuner, nemlig at effektiv oppgaveløsning innebærer at kommunene kan tilpasse tjenestene til lokale behov og forhold.

I klagesaksbehandling er det ofte slik at staten skal legge *vekt på*, eller *stor vekt på*, hensynet til det kommunale selvstyret ved overprøving av det frie skjønnet, eller forvaltningsskjønnet. Det er tidvis likevel uklart i hvilken grad statsforvalterne faktisk vektlegger hensynet til det kommunale selvstyret i klagesaksbehandlingen, og hvilke andre faktorer som eventuelt tillegges større vekt.

Innenfor rettighetslovgivningen, typisk områdene helse og omsorg, og opplæring, finnes det også andre problemstillinger enn vektingen av det kommunale selvstyret i den statlige klagesaksbehandlingen. Rettighetslovgivningen preges i stor grad av at individet innvilges ulike tjenester som fastsettes etter rettslige standarder, eksempelvis hva som er «forsvarlige» helse- eller omsorgstjenester, eller hva som er «tilfredsstillende» utbytte av opplæring. Innholdet i slike standarder må fastsettes individuelt i hver enkeltsak, men tolkes ofte i lys av ulike statlige rundskriv, veiledere, faglige retningslinjer, mv. Rent generelt når det kommer til slike normerende produkter, kan det være en utfordring at de tidvis gir uttrykk for høyere krav enn regelverket i seg selv gir grunnlag for. Veiledere mv. fra statsforvaltningen er ikke rettslig bindende for kommunene. Likevel kan de oppleves slik på grunn av sin ordlyd, samtidig som det gjerne ikke foreligger andre kilder som kommunene kan forholde seg til i sin virksomhet. I tillegg vil statlige rundskriv og veiledere til dels være bindende for statsforvaltningen selv, og dermed legges til grunn av statlige organer, typisk i klagesaksbehandlingen. Den kommunale handlefriheten kan dermed indirekte innskrenkes.

På oppdrag fra Kommunesektorens organisasjon (KS) ser denne utredningen nærmere på en rekke problemstillinger i lys av dette, på sektorområdene helse og omsorg, og opplæring. Prosjektet må ses i lys av KS' arbeid inn mot Kommunekommisjonen og arbeidet med NOU 2.

[1] Lund & Co., *Hvor egnet er lovgivning i styring av kommunesektoren?*, 2024, KS FoU rapport 244022.

For det første belyser utredningen gjennom empiriske undersøkelser hvorvidt, og hvordan, det kommunale selvstyret vektlegges ved statlig klagebehandling av kommunale vedtak. I denne forbindelse kartlegger utredningen også i hvilken grad statlige veiledere, retningslinjer, tolkningsuttalelser, mv. brukes som grunnlag i klagebehandlingen, og om dette i så fall innsnevrer kommunenes handlingsrom i forhold til det som følger av lov og forskrift.

Analysene tar utgangspunkt i saker som gjelder utvalgte tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven og opplæringsloven. På helse- og omsorgsområdet omfatter dette kommunenes plikt til å tilby personlig assistanse, herunder retten til å få slike tjenester organisert som brukerstyrt personlig assistanse, og kommunenes plikt til å tilby omsorgsstønad. Innen opplæringssektoren tar de empiriske undersøkelsen utgangspunkt i opplæringslovens regler om individuelt tilrettelagt opplæring, herunder bestemmelser om vedtak og krav til sakkyndig vurdering, og opplæringslovas regler om rett og plikt til grunnskoleopplæring.

For det andre vurderer utredningen om det er behov for tiltak som kan styrke, eller sikre, at hensynet til det kommunale selvstyret blir ivaretatt i statlig klagebehandling, og ser på hvilke tiltak som i så fall kan være aktuelle.

For det tredje ser utredningen på mulige alternativer til dagens statlige klagebehandling. Dette omfatter blant annet om klagebehandlingen kan endres til en lovlighetskontroll, hvor kommunenes frie skjønn ikke prøves utover det som følger av myndighetsmisbrukslæren. Det er sentralt at eventuelle alternativer til dagens klageordning ivaretar både det kommunale selvstyret og klagers rettssikkerhet.

For det fjerde ser utredningen på alternativer til dagens domstolshåndtering av konflikter mellom stat og kommune, i hovedsak når det kommer til kommunens mulighet til å få prøvd gyldigheten av statens vedtak i klagesaker mv. Et interessant spørsmål her er om det finnes prosesser som er bedre tilpasset forvaltningssaker, både når det kommer til tvister mellom kommuner og staten, og mellom private parter og det offentlige.

Prosjektet må forstås på bakgrunn av de problemstillingene som er skissert innledningsvis i dette punktet. Disse eksisterer i grenselandet mellom juridiske virkemidler, kontroll gjennom statlig klagebehandling, og en praksis der pedagogiske virkemidler – som i utgangspunktet ikke har rettslig bindende status – likevel kan virke inn på kommunenes handlingsrom.

Oppdraget har foregått over relativt kort tid og vært omfattende med mange problemstillinger som skulle vurderes. Det har ikke vært mulig å gå i dybden og konkludere endelig på alle spørsmål. Utredningen peker likevel på en rekke interessante forhold og gir grunnlag for ytterligere diskusjoner og oppfølging, og som det kan være aktuelt å spille inn til Kommunekommisjonens videre arbeid.

1.2 Avgrensninger

Utredningen tar som nevnt for seg saker og problemstillinger innenfor sektorområdene helse og omsorg, og utdanning/opplæring. Disse områdene faller inn under rettighetslovgivningen, hvor det er individets rettigheter til ulike tjenester som står i fokus, men som samtidig er av stor betydning for kommunens organisering, ressursbruk og økonomi. I tilfeller der statsforvalteren

omgjør kommunale vedtak og for eksempel innvilger et større antall timer av en tjeneste til den enkelte, kan dette ha stor betydning for kommunens økonomi og indirekte påvirke tilbudet til andre tjenestemottakere i kommunen. Det kan altså her være et spenningsforhold mellom individets rettigheter, kommunens ansvar og selvstyre og statens ansvar som klageinstans. De utvalgte sektorområdene inneholder en rekke bestemmelser som gir individuelle rettigheter, og som i varierende grad kan illustrere dette spenningsforholdet. Prosjektgruppen har i samråd med oppdragsgiver gjort et enkelt utvalg av bestemmelser som grunnlag for utredningen, se punkt 1.3.2 nedenfor. I samsvar med utlysningen av prosjektet, er det lagt noe større vekt på helse- og omsorgssektoren enn på opplæringssektoren.

Utredningen tar *ikke* for seg området arealforvaltning, som gjerne trekkes frem når det er tale om forholdet mellom det kommunale selvstyret og statens prøving av det frie skjønnet i klagesaker, eller gjennom innsigelser i plansaker.[2] Her er det helt andre problemstillinger som kommer på spissen, ved at det først og fremst er det kommunale selvstyret og nasjonale/ regionale interesser som står i motsetning til hverandre, mens individuelle rettigheter er av mindre betydning.

1.3 Metodikk og metodiske begrensninger

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

1.3.1 Juridisk analyse

Den juridiske analysen bygger på juridisk metode, hvor det er relevante rettskilder som danner grunnlag for drøftelsene. Analysen danner grunnlaget for de empiriske undersøkelsene i prosjektet.

Innledningsvis redegjøres det for det sentrale skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn, eller fritt skjønn. Videre analyseres forvaltningsloven § 34 andre ledd og pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7, som begge handler om statlig klagesaksbehandling og den plikten statsforvaltningen har til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av fritt skjønn. Hensikten er å tydeliggjøre hva som ligger i «fritt skjønn», omfanget av statens plikt til å vektlegge det kommunale selvstyret i klagesaker, og hvordan vektleggingen skal fremgå av klagesaksvedtakene.

Videre gjøres en juridisk analyse av de utvalgte bestemmelsene som de aktuelle klagesakene i prosjektet er knyttet til. Dette er for å klargjøre bestemmelsenes innhold og vise hva som hører inn under rettsanvendelsesskjønnet, og hvilke vurderinger som er overlatt til kommunenes frie skjønn. I forlengelsen av dette ses også på hvordan enkelte veiledere mv. på de aktuelle områdene operasjonaliserer kommunale plikter og ansvar, og om de eventuelt går lenger i sitt innhold enn det de utvalgte bestemmelsene med forarbeider, rettspraksis osv. gir grunnlag for.

1.3.2 Empiriske undersøkelser

De empiriske undersøkelsene i prosjektet omfatter både dokumentanalyser i form av gjennomgang av klagesaksvedtak, og intervjuer med statsforvaltere og kommuner. Formålet

[2] KS har lyst ut et annet prosjekt som gjelder tiltak for å redusere innsigelser i plansaker, se «Bedre og mer effektiv arealforvaltning – tiltak for å redusere innsigelser i plansaker».

har vært en overordnet kartlegging av hvordan hensynet til det kommunale selvstyret vurderes og vektlegges i klagesaksbehandlingen, hvilke andre faktorer som eventuelt vektlegges, og hvordan statlige pedagogiske virkemidler legges til grunn i enkeltsaker.

Gjennomgang av klagesaksvedtak

En sentral del av prosjektet har vært studier av klagesaksvedtak på de utvalgte sektorområdene helse og omsorg, og utdanning/opplæring. Vedtakene ble hentet inn gjennom skriftlige henvendelser til tre statsforvalterembeter og til kommuner innenfor disse embetenes regioner, i stor grad ved hjelp av KS' regionkontorer. Prosjektet ønsket opprinnelig å se på 10-15 vedtak per utvalgte bestemmelse. Det viste seg krevende å få inn tilstrekkelig mengde vedtak som gjaldt de aktuelle bestemmelsene. Dette skyldes trolig at sakene inneholder mye personsensitive opplysninger som er unntatt fra innsyn, og at det ble vanskelig å anonymisere vedtakene og samtidig sikre at de ga tilstrekkelig informasjon til å kunne analyseres. Antallet vedtak har derfor blitt redusert underveis.

Innen helse- og omsorgssektoren har prosjektet sett på totalt 16 klagesaker fordelt på to bestemmelser. Innen opplæringssektoren har prosjektet tatt for seg totalt ni vedtak knyttet til fem bestemmelser.

Tabell 1: Oversikt over klagesaksutvalg i prosjektet

	Helse og omsorgstjenesteloven		Opplæringslova	
Bestemmelse	§§ 3-2 (1) nr. 6. b og 3-8	§ 3-6 nr. 3	§§ 11-6 og 11-7	§§ 2-1, 2-2 og 2-6
Antall saker	10	6	6	3

Fordi prosjektet har sett på et meget begrenset antall vedtak, må funnene tolkes med stor forsiktighet. De gir et forenklet bilde av de aktuelle forholdene prosjektet skulle vurdere. Samtidig samsvarer funnene i vedtakene med det prosjektet har erfart i intervjuer med statsforvaltere og kommuner i prosjektet. Det kan også bemerkes at det også ble gjort liknende funn i et større prosjekt om kommunalt selvstyre i 2024.[3]

Intervjuer med statsforvaltere og kommuner

For å supplere analysen av klagesaksvedtak er det gjennomført flere intervjuer i prosjektet. Siktemålet med intervjuene var å få et inntrykk av hvordan både statsforvaltere og kommuner oppfatter forholdet mellom det kommunale selvstyret og statsforvalterens behandling av klager på kommunale vedtak. I intervjuene ønsket prosjektet å belyse grenseoppgangen mellom forvaltningsskjønn og rettsanvendelsesskjønn og i hvor stor grad statsforvaltere og kommuner har klart for seg hva som prøves når, og med hvilke begrunnelser. Det var også ønskelig å belyse hvordan ulike normerende verktøy – veiledere, rundskriv og tolkningsuttalelser – benyttes både i kommunal saksbehandling og i statsforvalterenes behandling av klager på kommunale vedtak. En sentral problemstilling i intervjuene var hvorvidt statsforvalterne og kommunene oppfatter slike verktøy som å gå lengre enn lovverket i å spesifisere kommunale oppgaver og plikter, og om kommunene oppfatter at statsforvalter i forbindelse med klagebehandlingen tolker føringer i eksempelvis veiledere videre enn hva lovverket strengt tatt gir rom for.

[3] Holth & Winge mfl., *Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning*, 2024, KS FoU-rapport 244023, s. 110 flg.

I gjennomføringen av intervjuene er det lagt til grunn samme utvalg av statsforvalterembeter som i analysen av klagevedtak. Utgangspunktet var å gjøre intervjuer i innen både helse- og omsorgssektoren og opplæringssektoren i statsforvalterembetene, pluss to kommuner per statsforvalterembete. Statsforvalterembeter og kommuner ble søkt rekruttert til intervjuene parallelt med henvendelsene om innsyn i anonymiserte klagevedtak. Det er gjennomført intervjuer med 35 informanter i prosjektet. Intervjuene ble gjennomført over Teams. Tabell 1 nedenfor gir en oversikt over intervjuene, fordelt på sektorer og styringsnivå (statsforvalter/kommuner).

Tabell 2: Oversikt over intervjuer gjennomført i prosjektet

	Helse og omsorg (N: 20)		Opplæring (N: 15)	
	Statsforvalter	Kommuner	Statsforvalter	Kommuner
Antall embeter/kommuner	3	5[1]	3	6
Antall informanter	9	11	5	10

[1] Det ble også gjort et intervju i en kommune som ikke ligger i de tre statsforvalterembetene.

Da intervjuene, som skissert ovenfor, kun dekker et begrenset antall statsforvalterembeter gjelder tilsvarende forbehold for analysen av intervjudataene som for gjennomgangen av klagevedtak. Selv om antallet embeter og kommuner er begrenset utgjør likevel intervjumaterialet et rikt empirisk grunnlag for å belyse problemstillingene skissert ovenfor, ettersom intervjuene inkluderer et relativt høyt antall informanter.

1.4 Referansegruppe

Prosjektet har hatt en referansegruppe oppnevnt av KS. Den har bestått av kommunedirektørene fra kommunene Herøy, Hustadvika, Kristiansund, Molde og Ålesund, og fylkeskommunedirektøren i Møre og Romsdal. Det har blitt avholdt digitale møter med referansegruppen, hvor utredningens problemstillinger og funn har blitt diskutert. Deltakerne i referansegruppen har i tillegg lest utkast til endelig utredning, og gitt muntlige tilbakemeldinger til denne. Samtalene har bidratt til verdifull refleksjon omkring sentrale problemstillinger.

1.5 Utredningens oppbygning

Utredningen består av 8 hovedkapitler.

Kapittel 2 gir innledningsvis en kort oversikt over hva kommunalt selvstyre innebærer. Videre redegjøres det for forskjellen på rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn, og hvilken betydning dette skillet har. Deretter ser vi nærmere på bestemmelser i forvaltningsloven og pasient- og brukerrettighetsloven som regulerer statsforvalternes plikt til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av forvaltningsskjønnet i klagesaker.

Kapittel 3 og 4 gjelder behandling av saker på helse- og omsorgsområdet. I kapittel 3 redegjøres det for sentrale bestemmelser på området, som danner bakgrunnen for de empiriske undersøkelsene på denne sektoren. I kapittel 4 analyseres klagesaker om personlig assistanse og omsorgsstønad, før det redegjøres for intervjuer med statsforvaltere og kommuner om klagebehandlingen.

Kapittel 5 og 6 gjelder behandling av saker på helse- og omsorgsområdet. Kapittel 5 redegjør for sentrale bestemmelser, som danner bakgrunnen for de empiriske undersøkelsene på denne sektoren. I kapittel 6 analyseres klagesaker om individuelt tilrettelagt opplæring, samt

permisjon fra opplæring, skolebytte og utvidet skolegang. Deretter redegjøres for intervjuer med statsforvaltere og kommuner om klagebehandlingen på området.

Kapittel 7 omhandler mulige tiltak for blant annet å tydeliggjøre skillet mellom rettsanvendelse og fritt skjønn, og for å styrke hensynet til det kommunale selvstyret i statlig klagebehandling.

Kapittel 8 redegjør for mulige alternativer til dagens statlige klagebehandling, herunder muligheten for å endre klagebehandlingen til en ren lovlighetskontroll.

Kapittel 9 ser på alternativer til dagens domstolsbehandling av tvister mellom stat og kommune. Dette gjelder særlig tvister om gyldigheten av de vedtakene staten fatter i sin klagebehandling av kommunale vedtak.

2 Kommunalt selvstyre og statlig klagebehandling

2.1 Innledning

«Kommunalt selvstyre» er et mye fremhevet og debattert begrep. Selve kjernen av begrepet er ikke omstridt. Selvstyre innebærer at et subjekt har friheten til å treffe andre valg enn et annet subjekt i en tilsvarende situasjon, eller andre valg enn det andre subjekter ønsker eller forventer. For kommunene betyr dette blant annet at de kan treffe andre valg enn andre kommuner, og andre valg enn det staten ønsker. [4]

Det kommunale selvstyret er lovfestet særlig gjennom Grunnloven (Grl.) § 49 andre ledd og kommuneloven § 2-1.[5] Kommunene er egne rettssubjekter som kan fatte beslutninger på eget initiativ og på eget ansvar, og begrensninger i det kommunale selvstyret må ha hjemmel i lov.

Kommunene er, på samme måte som andre rettssubjekter, bundet av lov og forskrift. Kommuneloven fastslår at selvstyret må utøves «innenfor nasjonale rammer», se § 2-1 tredje ledd. Selvstyret begrenses eksempelvis av kommunelovens bestemmelser om kommunenes organisering, og ulike sektorlovers bestemmelser som rammer inn kommunens frihet til å utforme sin virksomhet på områder som er lagt til dem gjennom loven. Kommunens handlefrihet på et sektorområde vil dermed avhenge av hvilke rettsregler som gjelder for dette området. I mange tilfeller angir regelverket klare rammer, mens i andre tilfeller benyttes skjønnsmessige ord og begreper, som må tolkes for å klarlegge rammene.

Det kommunale selvstyrets rettslige grunnlag og omfang, og hvor omfattende lovgiver mener kommunenes valgfrihet skal være, er utførlig drøftet i utredningen «Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning».[6] Vi viser derfor til denne for nærmere detaljer.

Et sentralt poeng for inneværende utredning, er at det kommunale selvstyret blant annet innebærer at statsforvaltningen ikke på generelt grunnlag kan «instruere» kommunene om hvordan de skal handle. Dersom statsforvaltningen skal handle overfor kommunen, må dette være fastsatt gjennom lov. Statsforvaltningen kan for eksempel ikke føre tilsyn med kommunene uten at dette følger av lovverket, eller «styre» kommunene gjennom statlige rundskriv, veiledere, mv., som ikke er rettslig bindende for kommunene.

Lovgiver har imidlertid gitt statsforvaltningen en rekke roller som klage- og kontrollinstans overfor kommunene. Staten, i hovedsak representert ved statsforvalterne, er klageinstans for en rekke kommunale vedtak. Gjennom behandling av klagesaker og overprøving av kommunale vedtak, særlig i form av å fatte nye realitetsvedtak, kan staten i praksis utøve styring av kommunene.

---

[4] Holth & Winge mfl., *Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning,* 2024, KS FoU-rapport 244023 s. 35.

[5] Kommuneloven § 2-1 gjelder både kommunalt og fylkeskommunalt selvstyre, mens Grl. § 49 kun gjelder kommunene.

[6] Holth & Winge mfl., *Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning,* 2024, KS FoU-rapport 244023.

I klagesaksbehandlingen har statsforvaltningen som hovedregel en plikt til å legge vekt på, eller *stor* vekt på, hensynet til det kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn. Vi kommer nærmere tilbake til sentrale bestemmelser om dette i punkt 2.3 og 2.4 nedenfor. Først gir vi en kort oversikt over grensedragningen mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn/fritt skjønn, da dette er avgjørende for når det kommunale selvstyret må vektlegges i en overprøving.

2.2 Grensedragningen mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn

Det kommunale selvstyret må som sagt utøves innenfor de rammene som lovgivningen setter, Kommunene er bundet av gjeldende rettsregler når de utøver sin forvaltningsmyndighet. Dette gjelder selvfølgelig også for forvaltningen ellers, men på grunn av utredningens tema, viser vi her først og fremst til kommunene. I en del tilfeller er de rammene lovgivningen fastsetter, relativt klare, mens de i andre tilfeller er gitt gjennom mer skjønnsmessige begreper. Et eksempel på det siste, er at kommunen skal tilby helse- og omsorgstjenester som er «forsvarlige», se helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 første ledd. I slike tilfeller må begrepet tolkes for å fastlegge det nærmere innholdet, og hvor rammene går for kommunens handlefrihet.

Det blir dermed viktig å skille mellom rettsregler som gir kommunene myndighet til å håndheve lovgivningen slik Stortinget har bestemt, og rettsregler som gir kommunene fullmakt til å treffe beslutninger ut fra faglige vurderinger og politiske prioriteringer. Kort sagt er det slik at når kommunene tolker og anvender lovbestemmelser som fastsetter krav til saksbehandlingen eller til innholdet i vedtak som treffes, utøver de *rettsanvendelsesskjønn*. Et eksempel her er kravet om at de helse- eller omsorgstjenester som tilbys en pasient eller bruker, skal være «forsvarlige», det vil si oppfylle en viss minstestandard, se punkt 3.2 nedenfor.

I de tilfeller Stortinget har gitt kommunen myndighet til selv avgjøre hva som er hensiktsmessige løsninger i den enkelte sak, er det derimot tale om et faglig eller politisk skjønn, et *forvaltningsskjønn*. Bestemmelser som overlater til kommunene selv å bestemme utfallet innenfor valgfrihetens grenser, handler altså om forvaltningsskjønn, eller *fritt skjønn*. Et eksempel her, er dersom man etter en juridisk, faglig vurdering står igjen med to eller flere helse- og omsorgstjenester som alle vil være «forsvarlige» for den enkelte brukeren. Valget *mellom* disse ulike, forsvarlige tjenestene, vil bero på kommunens frie skjønn.

Det frie skjønnet har blant annet blitt beskrevet slik i forarbeidene til lovendringer for å styrke det kommunale selvstyret:

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

> staden for «fritt skjøn». Andre nemningar er «hensiktsmessigskjøn», «forvaltningsskjøn» og «diskresjonært skjøn».[7]

Det er Stortinget selv, gjennom den enkelte lovbestemmelse, som avgjør om man står overfor den ene eller andre kategorien skjønnsutøvelse. Det er dessverre ikke alltid klart ut fra lovens ordlyd hvilken type bestemmelse man står overfor. Man må dermed gjerne også se hen til og tolke forarbeidene og andre rettskilder for å klarlegge innholdet, eventuelt få innholdet klarlagt nærmere gjennom saker for domstolene.

Det er av stor betydning at kommunene, og statsforvaltningen, er bevisste på om vurderingene som tas beror på et rettsanvendelsesskjønn eller fritt skjønn.

For det første har skillet betydning for hvilke hensyn kommunen kan og skal legge vekt på i sine vurderinger. Dersom kommunen utøver et rettsanvendelsesskjønn, kan den kun legge vekt på hensyn som knytter seg til forholdene i den konkrete saken. Ved utøvelse av det frie skjønnet, kan kommunen trekke inn et bredt spekter av hensyn og interesser i vurderingen av hva som er en hensiktsmessig løsning i den enkelte sak.

For det andre har skillet betydning for borgernes rett til likebehandling. Når det er tale om utøvelse av et rettsanvendelsesskjønn, er kravet om likhet for loven ivaretatt i selve lovbestemmelsen. Gjennom tolkning og anvendelse av loven, og i form av et begrunnet vedtak som kan påklages, skal kommunen sørge for at loven håndheves korrekt. Utfallet av saken vil dermed bero på de faktiske omstendigheter i saken, ikke hva kommunen finner fornuftig eller hensiktsmessig i den enkelte saken. Ved utøvelse av fritt skjønn skal likebehandling ivaretas gjennom det ulovfestede forbudet mot usaklig forskjellsbehandling.[8] Det vil si at kommunen må begrunne hvorfor tilsynelatende like saker gis ulikt utfall. I så måte kan beslutninger som bygger på fritt skjønn skape presedens. Det vil si at kommunen kan bli bundet av sine tidligere avgjørelser i fremtidige saker. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling eller presedens er som hovedregel ikke relevant ved utøvelse av rettsanvendelsesskjønn. Her må hver sak vurderes konkret, basert på de faktiske forholdene som har betydning for rettsanvendelsen.

For det tredje, og sentralt for denne utredningens tema, er at skillet mellom rettsanvendelse og fritt skjønn har betydning for overprøving og kontroll av kommunens vedtak. Rettsanvendelsen kan overprøves fullt ut, både av statsforvalteren i en klagesak, og av Sivilombudet og domstolene. Når det kommer til de faktiske forholdene og rettslige krav, har heller ikke statsforvalter i en klagesak rett eller plikt til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret. Det er likevel stilt spørsmål om det kommunale selvstyret kan trekkes inn som et reelt hensyn ved tolkningen av skjønnsmessige ord og uttrykk, dersom det øvrige rettskildebildet ikke gir et klart svar på løsningen av rettsspørsmål. I forarbeidene til ny forvaltningslov, uttalte forvaltningslovutvalget at:

> Etter gjeldende rett gir ikke forvaltningsloven klageinstansen rett eller plikt til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret når den prøver rettsanvendelsen. Det gjelder både for skrevne regler i lov og forskrift og for uskrevne regler. Hensynet til det kommunale selvstyret kan likevel komme inn som et reelt hensyn ved regeltolkingen eller et moment i ulovfestede regler,

[7] Prop. 64 L (2016–2017) s. 9.

[8] I ny forvaltningslov (lov 20. juni 2025 nr. 81) som ikke er trådt i kraft, er dette lovfestet, se § 40.

> særlig når det skal vurderes hvilke hensyn som er saklige eller utenforliggende der et folkevalgt organ treffer vedtaket.[9]

Forvaltningslovutvalget anfører altså at det kommunale selvstyret *kan* komme inn som et reelt hensyn i lovtolkningen. Dersom det rettslige anses som klart ut fra opplysninger i saken og tilgjengelige rettskilder, er det imidlertid liten grunn til å trekke inn det kommunale selvstyret. At hensynet *kan* være et moment i lovtolkningen, innebærer heller ikke at det *skal* vektlegges i den ene eller andre retning.

Dette spørsmålet er noe omdiskutert. Sigrid Stokstad og Eivind Smith har tatt til orde for at det kommunale selvstyret må tillegges større vekt ved tolkning av lovgivning som har betydning for kommunene. I utredning om det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, står blant annet følgende i sammendraget:

> 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.

Dette kan gi inntrykk av at det kommunale selvstyret uten videre skal tillegges vekt ved all lovtolkning. I det mer utførlige punktet om temaet senere i utredningen, står det imidlertid:

> Spørsmålet om Grl. § 49 andre ledd som retningslinje ved utformingen av lover og forskrifter av betydning for kommunene, er et annet enn spørsmålet om, og eventuelt på hvilken måte, bestemmelsen kan tjene som argument ved tolkning av lovregler som alt er vedtatt. Dette gjelder særlig i relasjon til de minimumskravene om lokale folkevalgte organers frihet til å styre lokale anliggender som følger av deres status som juridiske personer.
>
> Det er viktig å minne om utgangspunktet om Stortingets frihet i kraft av Grl. § 49 første ledd og §§ 75 flg. Men når meningsinnholdet ellers kan by på en viss tvil, er det klart at handlefriheten er begrenset av en rekke andre bestemmelser i Grunnloven selv (om menneskerettigheter mv.). At også Grl. § 49 andre ledd kan trekkes inn ved tolkningen av lov- og budsjettvedtak **hvis meningsinnhold ellers kan by på en viss tvil**, er på det rene. Dette gjelder også når bestemmelsen kan sies å åpne for såkalt rettsanvendelsesskjønn, se i punkt 2.2 ovenfor. At det ikke er uavhengige domstoler, men statsforvaltningen selv, ikke minst statsforvalteren i mange klagesaker, som i praksis avgjør de fleste tvistespørsmål og dermed «bestemmer» hva mer eller mindre uklare lovbestemmelser betyr, tilsier i seg selv at det grunnlovbestemte utgangspunktet om lokalt selvstyre **bør** tillegges vekt ved lovtolkningen. (våre uthevinger)

Dette trekker altså mer i retning av at selvstyret *bør* tillegges vekt der meningsinnholdet i lovbestemmelsen i seg selv byr på en viss tvil, noe som ikke fremstår som like absolutt som fremstillingen i sammendraget.

I lys av uttalelsene i forvaltningslovens forarbeider og det faktum at en rekke lovbestemmelser regulerer vektlegging av det kommunale selvstyret kun ved prøving av *forvaltningsskjønnet*, er det etter vår vurdering sjelden aktuelt å trekke inn, eller vektlegge, hensynet til det kommunale selvstyret ved lovtolkning eller prøving av rettsanvendelsen. Det kan imidlertid tenkes at det helt unntaksvis oppstår tvilstilfeller, hvor gjeldende rettskilder ikke gir svar på hvordan et

[9] NOU 2019: 5 s. 396.

rettsspørsmål skal avgjøres. I slike tilfeller kan det argumenteres for at statsforvalter kan la kommunens konklusjon bli stående uten prøving. Dermed vil hensynet til det kommunale selvstyret implisitt tillegges vekt, også ved prøving av rettsspørsmål. Slike tilfeller hører nok til sjeldenhetene, og må først og fremst sies å være av teoretisk karakter. En generell regel om at det kommunale selvstyret skal tillegges vekt ved tolkning av lovspørsmål, kan på sin side ikke sies å eksistere.

Sivilombudet og domstolenes prøving av det frie skjønnet er begrenset til å kontrollere yttergrensene for forvaltningens utøvelse av forvaltningsskjønn. De kan da kontrollere om forvaltningens avgjørelse innebærer usaklig forskjellsbehandling, om de har tatt utenforliggende hensyn, om skjønnsutøvelsen er vilkårlig og om resultatet er grovt urimelig. Deres mandat er å kontrollere om lovgivningen er tolket og anvendt korrekt, ikke om de faglige eller politiske vurderingene er riktige eller hensiktsmessige.

I en ordinær klagesak er utgangspunktet at klageinstansen kan prøve det frie skjønnet fullt ut. Her inneholder imidlertid forvaltningsloven og flere særlover bestemmelser om at klageinstansen plikter å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret ved prøvingen av det frie skjønn. I praksis betyr dette at det skal relativt mye til for at kommunenes frie skjønn blir overprøvd av staten i en klagesak. Men bestemmelsene forhindrer altså ikke at statsforvalteren kan tilsidesette skjønnsutøvelsen etter en konkret vurdering i den enkelte saken.

Vi skal i det følgende se nærmere på to bestemmelser om vektlegging av det kommunale selvstyret som er relevante for sektorområdene opplæring og helse og omsorg, henholdsvis forvaltningsloven § 34 og pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7.

2.3 Forvaltningsloven § 34

2.3.1 Generelt om forvaltningsloven

Forvaltningsloven gjelder generelt for den utøvende forvaltningens myndighetsutøvelse, med mindre sektorlovgivningen bestemmer noe annet.

Dersom det er satt særskilte krav til saksbehandlingen i sektorlovene som uttrykkelig avviker fra forvaltningslovens generelle krav, vil sektorloven gis forrang. Som regel vil ikke sektorlovenes saksbehandlingskrav være direkte i motstrid med forvaltningslovens generelle krav. Ofte er det tale om prosesskrav tilpasset de særskilte forholdene som gjør seg gjeldende på det konkrete området. Da vil forvaltningslovens generelle bestemmelser være et supplerende tolkningsgrunnlag ved tolkningen og håndhevelsen av sektorlovgivningen. Et eksempel er der en sektorlov setter krav til hvilke faktiske undersøkelser forvaltningsorganet skal gjøre før det treffes enkeltvedtak. Om det er tvil om hvor langt utredningsplikten rekker, kan forvaltningslovens generelle utredningskrav i § 17 første ledd anvendes som tolkningsgrunnlag. Tilsvarende gjelder med hensyn til de generelle kravene til begrunnelse som følger av fvl. §§ 24 og 25, som kan supplere eventuelle særkrav til begrunnelse i sektorlovene.

Dette gjelder tilsvarende for klageinstansens kompetanse, det vil si klageinstansens myndighet, plikter og handlingsrom ved behandlingen av en klagesak. Sektorloven kan angi særskilt hvem som er klageinstans, og særlig om hvor langt dennes kompetanse rekker. Et eksempel på dette er pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 som fastsetter særskilte regler

om statsforvalters plikt til vekting av hensynet til det kommunale selvstyret i statlig klagesaksbehandling. Der sektorloven ikke sier noe særskilt om slike temaer, som for eksempel er tilfelle for opplæringslova, vil det være forvaltningslovens bestemmelser som gjelder.

2.3.2 Utgangspunktet for statsforvalterens kompetanse som klageinstans

Det generelle utgangspunktet for statsforvalterens prøvingsrett som klageinstans, er fastsatt i fvl. § 34 første ledd første og andre setning:

> Tas klagen under behandling, kan klageinstansen prøve alle sider av saken og herunder ta hensyn til nye omstendigheter. Den skal vurdere de synspunkter som klageren kommer med, og kan også ta opp forhold som ikke er berørt av ham.

Dette betyr at statsforvalteren har utstrakt fullmakt til å overprøve kommunenes vedtak. Statsforvalteren har ikke bare en rett, men en plikt til å foreta en selvstendig vurdering av sakens faktiske, rettslige og skjønnsmessige sider.[10]

Av de rettslige sidene kan et sentralt tema i saken være spørsmålet om hvorvidt konkrete bestemmelser om rettigheter og plikter i sektorlovgivningen er oppfylt. Ofte blir imidlertid et hovedspørsmål om kommunen har fulgt de kravene som stilles til selve saksbehandlingen. For de sakstypene vi skal se på innen helse og omsorg, og opplæring, vil forvaltningslovens saksbehandlingsregler supplere særlovene når kommunen fatter sitt vedtak. Dette følger uttrykkelig av pasient- og brukerrettighetsloven § 2-7 om forvaltningslovens anvendelse, hvor bestemmelsens andre ledd fastslår:

> For vedtak om tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd nr. 6 bokstavene a til c, 3-6 og 3-8, som forventes å vare lenger enn to uker, gjelder likevel reglene i forvaltningsloven kapittel IV og V med de særlige bestemmelsene som følger av loven her. Tilsvarende gjelder for vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 a.

Opplæringslova har ingen særregel om forholdet til forvaltningsloven, slik at forvaltningslovens bestemmelser supplerer på ordinær måte. Eksempelvis vil fvl. § 17 om utredningsplikt og § 25 om begrunnelse supplere de kravene som stilles om sakkyndig vurdering og innholdet i denne etter opplæringslova §§ 11-6 til 11-8.

Vi vil her kort bemerke at det i intervjuene med både kommunene selv og statsforvaltere, har blitt nevnt at de kommunalt ansatte som fatter vedtak i førsteinstans, ikke nødvendigvis er godt kjent med bestemmelser og føringer lovverket gir for hvordan vedtak skal utformes. Dette kan føre til at også når en rektor eller en tjenesteleder i helse- og omsorgstjenesten fatter et vedtak hvor resultatet kanskje kan være faglig godt og riktig, er vedtaket i seg selv utilstrekkelig utredet eller begrunnet.

Vi presiserer derfor her at utredningsplikt og krav til innholdet i utredninger, enten dette følger av fvl. § 17 eller sektorloven, er saksbehandlingskrav som regulerer hvordan selve saksbehandlingen skal foregå. Vurderingen av slike krav er rettsanvendelsesskjønn, som kan prøves fullt ut av statsforvalteren i en klagesak, uten at hensynet til kommunalt selvstyre er et

[10] Geir Woxholth og Henriette Tøssebro, *Alminnelig forvaltningsrett*, 6. utgave (2024) s. 518.

pliktig moment i vurderingen. Tilsvarende gjelder kravene til begrunnelse, enten disse følger av fvl. § 25 eller særkrav i sektorlovene. Manglende eller mangelfull utredning eller begrunnelse vil utgjøre saksbehandlingsfeil, som vil kunne lede til at vedtaket er å anse som ugyldig. Dette er en type feil som ofte fører til at vedtak blir opphevet eller omgjort i en eventuell overprøving, typisk i en klagesak som behandles hos statsforvalteren. Vi vil bemerke at utredningsplikten er relativ.[11] Dette innebærer at utredningsarbeidet skal ha et omfang og en intensitet som er tilpasset forholdene i den konkrete saken, slik at det ikke kan oppstilles en generell «fasit» for hva utredningsarbeidet må omfatte.

Etter prøvingen har klageinstansen også adgang til å treffe nytt realitetsvedtak i saken, se fvl. § 34 fjerde ledd. Selv om statsforvalteren heller ikke her har noen plikt til å trekke inn det kommunale selvstyret, kan det reises spørsmål om dette hensynet likevel bør vurderes. Når bakgrunnen for endring av vedtaket er mangelfull utredning og/eller begrunnelse, vil det kommunale selvstyret og nærhetsprinsippet utvilsomt kunne være en relevant faktor i en slik vurdering. Vi viser her til tidligere utredning om det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, hvor det blant annet skrives:

> Som et utgangspunkt kan det sies at statsforvalter kun skal treffe realitetsvedtak i saker hvor de kommer til at de materielle vilkårene for kommunens myndighetsutøvelse ikke er oppfylt. I slike tilfeller vil det være unødvendig tungvint om kommunen skulle få saken til ny behandling, og at man risikerer en ny klagerunde dersom kommunen opprettholder sitt syn på at lovens materielle vilkår er oppfylt. De fleste vedtak vil imidlertid bestå av flere vurderinger, hvor enkelte beror på rettsanvendelse mens andre hører inn under det frie skjønnet. I så fall bør den klare hovedregel være at statsforvalter opphever vedtaket og sender det tilbake til kommunen for en ny vurdering.[12]

Generelt kan det nok sies at selvstyret kan være et moment i vurderingen av om statsforvalter skal fatte nytt vedtak «på vegne av» kommunen. Der vedtaket oppheves og sendes tilbake til kommunen for ny behandling, typisk for ny utredning eller mer utførlig begrunnelse, kan det sies at statsforvalter i realiteten tar hensyn til det kommunale selvstyret, i større grad enn dersom statsforvalteren selv fatter nytt vedtak. Det er i slike tilfeller viktig at kommunen er bevisst på at opphevingen skyldes mangler ved saksbehandlingen i seg selv, og ikke er en prøving av det faktiske resultatet i kommunens vedtak.

2.3.3 Kravet om å legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret

Ved prøving av rettsanvendelsesskjønnet, har statsforvalter som sagt full prøvingsrett. I tilfeller der statsforvalter prøver kommunens frie skjønn, har den plikt til å legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret. Forvaltningsloven § 34 andre ledd, tredje og fjerde punktum fastslår at:

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

[11] Se for eksempel HR-2017-2376-A.

[12] Holth & Winge mfl., *Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning,* 2024, s.102.

Bestemmelsen er ment å sikre at kommunene gis stor frihet til selv å avgjøre hva som er hensiktsmessige løsninger ved deres myndighetsutøvelse. Ved å bruke formuleringen «stor vekt», har lovgiver markert at det skal være en høy terskel for at statsforvalteren skal sette sitt skjønn foran kommunens skjønn. Dette vil si at selv om statsforvalteren i utgangspunktet selv ville ha konkludert annerledes i den skjønnsmessige vurderingen, må den likevel trekke inn det kommunale selvstyret som et hensyn som taler for at vedtaket skal bli stående.

Frem til 2018 var ordlyden i bestemmelsen kun at klageinstansen skulle «legge vekt på» hensynet til det kommunale selvstyret ved prøvingen av det frie skjønnet. Dette ble altså endret til «legge stor vekt på». Hensikten med endringen var å styrke det lokale selvstyret i norsk rett.[13] I forarbeidene uttaler likevel departementet at:

> Klageinstansen skal framleis prøve alle utsegner som er sette fram i klagen, også dei som vedkjem skjønsutøvinga i kommunen, jf. fvl. § 34 andre ledd første og andre punktum. Regelen inneber difor inga rettsleg avgrensing i kompetansen til klageinstansen, men legg føringar for vektinga av omsynet til det kommunale sjølvstyret når klageinstansen prøver det frie skjønet i kommunen.[14]

Det at det skal legges «stor vekt» på det kommunale selvstyret, innebærer i utgangspunktet ikke begrensninger i statsforvalters prøvingsrett, men gir føringer for *vektingen* av hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønnet. Ved vurderingen av om vedtaket skal endres eller oppheves, skal hensynet til det kommunale selvstyret skal trekkes inn og tillegges større vekt enn tidligere.

Vi vil bemerke at forarbeidene viser at bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd tredje punktum er ment å være en rettslig standard, som kan tilpasses ulike behov for prøvingsintensitet innenfor forskjellige rettsområder, etter i hvor stor grad hensynet til det kommunale selvstyret gjør seg gjeldende.[15] Det vises i forarbeidene blant annet til at nasjonale hensyn kan være tungtveiende på enkelte områder, for eksempel jordvern. På andre områder kan det være særlige faglige eller rettssikkerhetsmessige hensyn som gjør seg gjeldende, for eksempel innen barnevern, som gjør at hensynet til det lokale selvstyret tillegges mindre vekt her enn på andre områder.

Plikten til å legge stor vekt på hensynet til det lokale selvstyret er som sagt avgrenset til prøvingen av kommunenes «frie skjønn». Når det gjelder prøving av rettsanvendelsesskjønnet, er det lagt til grunn at forvaltningsloven ikke gir «klageinstansen rett eller plikt til å legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret når den prøver rettsanvendelsen.»[16]

Når det gjelder spørsmålet om det frie skjønnet ligger utenfor det loven åpner for, for eksempel gjennom vilkårlighet eller usaklig forskjellsbehandling, er dette også gjenstand for full overprøving. Det handler her om vurdering av skjønnsutøvelsen etter myndighetsmisbruks-læren, som innebærer at forvaltningen ikke kan vektlegge utenforliggende hensyn, utøve

[13] Prop. 64 L (2016–2017) s.17.

[14] Prop. 64 L (2016–2017) s.17.

[15] Ot.prp. nr. 51 (1995–1996) s. 41.

[16] NOU 2019: 5 s. 396.

usaklig forskjellsbehandling eller treffe grovt urimelige avgjørelser.[17] Kommer statsforvalter til at kommunens utøvelse av fritt skjønn innebærer myndighetsmisbruk, slik at vedtaket er ugyldig, kan vedtaket selvfølgelig oppheves eller omgjøres, uten hensyn til det kommunale selvstyret.

Når ny forvaltningslov trer i kraft, vil for øvrig kravet til vektlegging av hensynet til det kommunale selvstyret endres til at statlig klageinstans må legge «særlig stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønnet» (vår understrekning), se ny lovs § 68 tredje ledd første punktum. Departementet foreslo en videreføring av dagens ordlyd, men Stortinget tilføyde selv ordet «særlig» ved vedtakelsen av loven. I Innst. 478 L er tilføyelsen begrunnet med et ønske å sikre en klagebehandling som ikke medfører en «uthuling av kommunenes selvstyre».[18]

Forvaltningsloven § 34 andre ledd oppstiller siden 2018 også en særskilt begrunnelsesplikt for staten ved en eventuell prøving av det frie skjønnet, ved at begrunnelsen i vedtaket skal vise «hvordan klageinstansen har vektlagt hensynet til det kommunale selvstyret.» Forarbeidene viser at begrunnelsesplikten ble tatt inn i bestemmelsen for å øke både bevisstheten om, og etterlevelsen av, plikten til å vektlegge det kommunale selvstyret:

> Departementet meiner at framlegget om å skjerpe krava til grunngjeving av vedtaka til klageinstansen vil bidra til større medvit om og betre etter leving av føresegna om vekting av omsynet til det kommunale sjølvstyret. Grunngjevingsplikta vil også gjere det enklare både for dei involverte og for andre å etterprøve vektinga av omsynet.[19]

Begrunnelsesplikten er videreført i ny forvaltningslov § 68, men her er begrunnelsesplikten i klagesaker generelt tydeliggjort for tilfeller der staten endrer det kommunale vedtaket, uavhengig av hva som er årsaken til endringen. Ny fvl. § 68 tredje ledd andre og tredje punktum sier at:

> Det skal fremgå klart av begrunnelsen om en endring i vedtaket skyldes endrede faktiske forhold, feil ved vedtaket eller en overprøving av kommunens frie skjønn. Hvis klageinstansen prøver det frie skjønnet, skal begrunnelsen også redegjøre for hvordan klageinstansen har lagt vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, og hvilke andre hensyn som har vært sentrale i vurderingen.

Den særskilte begrunnelsesplikten i ny lov gjelder kun der klageinstansen faktisk endrer vedtaket. Videre gjelder den generelt, og ikke kun der det er tale om overprøving av det frie skjønnet. Samtidig viser forarbeidene at hensikten med endringen er å bidra til større bevissthet og bedre etterlevelse av plikten til å vektlegge det kommunale selvstyret, ved at årsaken til endringen skal fremgå mer tydelig av klagevedtaket. Etter den nye loven skal begrunnelsen vise om endringen er forårsaket av en overprøving av rettsanvendelsen, endringer i faktiske forhold eller forståelsen av sakens faktum, saksbehandlingsfeil eller et annet syn på kommunens utøvelse av det frie skjønnet.[20]

---

[17] Læren lovfestes i ny forvaltningslov § 40.

[18] Innst. 478 L s. 12.

[19] Prop. 64 L (2016–2017) s. 19.

[20] Prop. 79 L. (2024–2025) s. 464.

Hvis endringen av vedtaket faktisk skyldes overprøving av det frie skjønnet, krever ny fvl. § 68 tredje ledd tredje punktum at det i tillegg fremgår av begrunnelsen hvordan klageinstansen har lagt vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, og hvilke andre hensyn som har vært sentrale i vurderingen. Den er grunn til å anta at forvaltningsloven § 68 tredje ledd vil øke bevisstheten omkring det lokale selvstyret ved klager som gjelder vurderinger underlagt kommunenes frie skjønn.

2.4 Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7

På helseområdet er lovgivningen noe forenklet sagt delt inn i regelverk som omhandler det offentliges plikter, typisk helse- og omsorgstjenesteloven (hol.), og den enkeltes rettigheter, typisk pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.). For de bestemmelsene og sakene som er valgt ut i dette prosjektet, er det gitt bestemmelser om klageadgang mv. i pbrl. kapittel 7. Som hovedregel er det statsforvalteren som er klageinstans, se pbrl. § 7-2 første ledd første punktum som sier at «Pasient eller bruker eller dennes representant som mener at bestemmelsene i kapittel 2 med unntak av § 2-4 a, kapitlene 3 og 4, samt § 5-1, § 6-2 og § 6-3 er brutt, kan klage til statsforvalteren.»

I pasient- og brukerrettighetsloven er det gitt en egen bestemmelse som regulerer forvaltningslovens anvendelse i klagesakene, herunder statsforvalterens plikt til å legge vekt på det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. Pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 fastslår at:

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

Det er her altså et todelt system, hvor det i saker om kommunale helsetjenester skal legges *vekt* på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønnet, mens det i andre saker skal legges *stor vekt* på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøvingen av skjønnet. Bestemmelsen skiller seg med dette fra den generelle bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd, som generelt fastslår at det skal legges *stor vekt* på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, se punkt 2.3 ovenfor. For øvrig suppleres pbrl. § 7-7 av forvaltningsloven, jf. at bestemmelsen innledningsvis presiserer at forvaltningslovens regler om klagebehandling gjelder så langt de passer.

Bakgrunnen for særreguleringen av vektingen av kommunalt selvstyre i pbrl. § 7-7 er vedtakelsen av helse- og omsorgstjenesteloven, og de tilpasningene og harmoniseringene som fulgte av at omsorgstjenester som tidligere var regulert av sosialtjenesteloven, ble tatt inn i pasient- og brukerrettighetsloven. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven sies blant annet:

> Dette innebærer at den del av dagens sosialtjeneste som er regulert i sosialtjenesteloven, blir en del av helse- og omsorgtjenesten. Formålet er å bidra til å sikre gjennomgående og koordinerte tilbud til pasienter og brukere. I forslaget videreføres pasienters og brukeres rettigheter etter dagens lovverk på dagens nivå, men samles og reguleres i

> pasientrettighetsloven hvor tittelen også foreslås endret til pasient- og brukerrettighetsloven. I all hovedsak videreføres derfor gjeldende bestemmelser.[21]

Som det fremgår avslutningsvis av sitatet ovenfor, videreførte man i hovedsak gjeldende rett. Dette gjaldt også med hensyn til klagebehandling, og man vedtok en bestemmelse som regulerer vektleggingen av det kommunale selvstyret etter typen av vedtak. Bestemmelsen ble inndelt etter det som da fulgte av forvaltningsloven § 34 tredje ledd, som frem til lovendring i 2018 sa at statsforvalter skulle «legge vekt på» hensynet til det kommunale selvstyret, og det som fulgte av sosialtjenestelovens bestemmelser om klagebehandling. Departementet viste i forarbeidene til at:

> Etter en helhetsvurdering av hvordan hensynet til det kommunale selvstyret skal ivaretas ved prøvingen av kommunenes vedtak, foreslår departementet at ordningen i forvaltningsloven § 34 i utgangspunktet legges til grunn for klageinstansens kompetanse. Det foreslås at det i pasientrettighetsloven uttrykkelig fremgår at det for kommunale vedtak om helsetjenester skal legges vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av «det frie skjønn». Dette er i tråd med forvaltningsloven § 34 andre ledd siste setning, og innebærer en videreføring av gjeldende rett for klage på kommunale vedtak om helsetjenester.
>
> (...)
>
> Som nevnt er Fylkesmannens kompetanse i klagesaker mer begrenset etter sosialtjenesteloven enn etter forvaltningsloven, og departementet legger opp til å videreføre gjeldende rett. For de kommunale vedtak som i dag reguleres av sosial tjenesteloven, skal det derfor legges «stor vekt» på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av «det frie skjønn». Dette innebærer at for disse tjenestene vil ikke lovforslaget innebære noen endring av betydning i forhold til gjeldende rett.[22]

Det må her bemerkes at siden fvl. § 34 andre ledd tredje setning tidligere kun sa at det skulle legges «vekt på» hensynet til det kommunale selvstyret, var den opprinnelige henvisningen til denne bestemmelsen tatt inn i pbrl. § 7-7 andre setning, som gjelder vedtak om *helsetjenester,* hvor det også skal legges «vekt på» det kommunale selvstyret. Da fvl. § 34 i 2018 ble endret til å si at det skal legges «stor vekt på» hensynet til det kommunale selvstyret, ble henvisningen til denne flyttet til pbrl. § 7-7 tredje setning om «øvrige kommunale vedtak», som også viser til at det skal legges «stor vekt på» selvstyret. Ordlyden i de to bestemmelsene henger dermed fortsatt sammen.[23]

Kommunale vedtak om helsetjenester vil typisk være helsetjenester i hjemmet etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a, eller tildeling av sykehjemsplass etter bokstav c. Her skal klageinstansen etter pbrl. § 7-7 altså «legge vekt på» hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn.

«Øvrige kommunale vedtak» vil være vedtak om blant annet personlig assistanse etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b, brukerstyrt personlig assistanse etter hol. § 3-8 og

[21] Prop. 91 L (2010–2011) s. 485.

[22] Prop. 91 L (2010–2011) s. 396.

[23] Prop. 64 L (2016–2017) s. 18.

omsorgsstønad etter hol. § 3-6 nr. 3.[24] Her skal det legges «stor vekt på» hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av fritt skjønn. Det er sentralt at denne delen av bestemmelsen viderefører det som var gjeldende rett tidligere sosialtjenesteloven § 8-7 første ledd, som sa at: «Når det gjelder prøvingen av det frie skjønn, kan fylkesmannen likevel bare endre vedtaket når skjønnet er åpenbart urimelig» (vår understrekning).[25] Forarbeidene til sosialtjenesteloven viser at den opprinnelige begrunnelsen for begrensningen i klageinstansens kompetanse, var at departementet la vekt på at:

> vedtak i slike saker kan få store økonomiske konsekvenser for den enkelte kommune. Etter departementets syn er en begrenset omgjøringsadgang mer i samsvar med prinsippene for det kommunale selvstyre og hensynet til kommunens frihet til å utforme hjelpetilbud. Det ville være uheldig om utformingen av sosialpolitikken i kommunene i praksis skulle flyttes fra kommunale organer til en statlig klageinstans. Samtidig er det viktig å sikre at rettssikkerheten ivaretas.[26]

Hva som ligger i at hensynet til det kommunale selvstyret skal tillegges «stor vekt», og omfanget av prøvingen i disse tilfellene, må dermed forstås på samme måte som det som lå til grunn for den tidligere sosialtjenesteloven § 8-7 og i lys av begrepet «åpenbart urimelig». Forarbeidene til sosialtjenesteloven sa her at:

> I de tilfeller det overprøvingsadgangen er begrenset, kan fylkesmannen bare endre vedtaket dersom det er klart urimelig, dvs. dersom det er tatt utenforliggende hensyn ved vurderingen, dersom avgjørelsen er vilkårlig eller klart urimelig eller der hvor det er gjort usakelig [sic.] eller urimelig forskjellsbehandling. Videre kan fylkesmannen endre et vedtak dersom vedtaket er fattet i strid med overordnet forvaltningsorgans instruks om skjønnsutøvelse.[27]

Dette ligger i praksis tett opptil det som følger av myndighetsmisbrukslæren. I saker som omfattes av pbrl. § 7-7 tredje punktum bør det da i realiteten svært sjelden forekomme at statsforvalter overprøver det frie skjønnet i disse sakene. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven er det også lagt til grunn at statsforvaltningen skal utvise forsiktighet med hensyn til å *omgjøre* kommunale vedtak og fatte nytt realitetsvedtak på dette grunnlaget:

> Ved prøving av «det frie skjønn», bør Fylkesmannen som hovedregel ikke benytte kompetansen til å fatte nytt vedtak når det gjelder vedtak om tjenester som i dag reguleres av sosialtjenesteloven. Dette er følgelig ikke til hinder for at klageinstansen kan endre vedtaket i særlige tilfeller, i tråd med gjeldende rett. Ett eksempel kan være at klageinstansen selv endrer vedtaket dersom den tar til følge klage over vedtak om sommeravlastning for et funksjonshemmet barn, og sommerferien nærmer seg.[28]

Bestemmelsen utelukker likevel ikke at statsforvalter kan prøve det frie skjønnet i enkelte tilfeller, altså der man kommer til at skjønnet er «åpenbart urimelig».

---

[24] Prop. 91 L (2010–2011) s. 396.

[25] Dette er også videreført i nåværende sosialtjenestelov § 48.

[26] Ot.prp. nr. 29 (1990–1991) s. 125.

[27] Ot.prp. nr. 29 (1990–1991) s. 126.

[28] Prop. 91 L (2010–2011) s. 396.

Inndelingen i to ulike prøvingsnivåer i pbrl. § 7-7, ble for øvrig kritisert blant annet i en artikkel av Aslak Syse.[29] Kritikken gjelder i stor grad rettssikkerheten for den enkelte, særlig med hensyn til de tjenestemottakerne som får mindre prøving av skjønnet gjennom begrensningen om at klageinstansen skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre. Om historikken bak bestemmelsen skriver Syse blant annet:

> I lovproposisjonen ble det bare vist til forståelse og forarbeider til bestemmelsene slik de sto i sosialtjenesteloven, se Prop.13 L (2009–2010), jf. Ot.prp.nr.103 (2008- 2009). Det ble verken problematisert eller drøftet om de stønadsformene det her er snakk om, blant annet vedtak om økonomisk sosialhjelp, krever en sterkere begrensning i klageinstansens kompetanse sammenliknet med helsehjelp, opplæring eller andre grunnleggende velferdsgoder.
>
> (...)
>
> Den begrunnelsen som synes å gjenstå, er en kombinasjon av den historiske bakgrunnen paret med en klar forsiktighet de siste årene med å utvide borgernes rettigheter, hvilket ble tydeliggjort under vedtaket av helse- og omsorgstjenesteloven, se punkt 4.3. Konsekvensen er at bestemmelsen gjenstår som et eksempel på en påfallende klageordning overfor folk som er langt nede på den sosiale rangstigen.

Senere i artikkelen gir Syse noen rettspolitiske betraktninger, og bemerker blant annet følgende:

> Gode klageordninger vil aldri fullt ut kunne kompensere for viktigheten av et korrekt førstevedtak. Klageordninger vil imidlertid også ha en preventiv effekt overfor førsteinstansens saksbehandling og avgjørelse. Forvaltningens bevissthet om at vedtak kan påklages og omgjøres, vil i seg selv øke bevisstheten om – og efterlevelsen av – det lovfastsatte regelverket.
>
> Det er nedslående – og samtidig noe opprørende – at foreldede regler om klageordninger som deler klienter/brukere/pasienter i A- og B-mottakere, og der den ene gruppen synes å «fortjene» en bedre klageordning enn den andre gruppen, ikke er blitt opphevd. Dette skyldes ikke uvitenhet, fordi interesseorganisasjoner for personer med nedsatt funksjonsevne har lenge hatt dette spørsmålet på dagsordenen, understøttet av en samlet stand av velferdsrettsjurister og av enstemmige offentlige utvalg som har vurdert spørsmålet.

Vi går ikke nærmere inn på dette, men bruker det som en illustrasjon på at rettsikkerhet og hensynet til den enkelte også er sentralt tema å ivareta i klagesaksbehandling, ikke minst på rettighetsområdet.

I likhet med forvaltningsloven, knytter pasient- og brukerrettighetsloven kravet om vektlegging av det kommunale selvstyre til prøvingen av det frie skjønnet, og ikke til prøvingen av rettsanvendelsesskjønnet. Rettsanvendelsesskjønnet kan fremdeles prøves fullt ut av statsforvalteren i en klagesak.

[29] Aslak Syse, «Klageinstansers kompetanse og (u)verdiges retts(u)sikkerhet i velferdsretten», *i Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, 2013 s. 691-704.

3 Utvalgte bestemmelser fra helse- og omsorgslovgivningen

3.1 Innledning og oversikt

I dette kapittelet redegjør vi for sentrale bestemmelser i helse- og omsorgslovgivningen. Fremstillingen er begrenset til å gi en oversikt over bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven fra 1999 (pbrl.) og helse- og omsorgstjenesteloven fra 2011 (hol.), som danner utgangspunktet for de empiriske undersøkelsene i prosjektet. Dette dreier seg om klagesaker om personlig assistanse, herunder brukerstyrt personlig assistanse (BPA), og klagesaker om omsorgsstønad til pårørende med særlig tyngende omsorgsoppgaver. Kapittelet har som hovedformål å trekke opp grensen mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn i bestemmelsene om personlig assistanse og omsorgsstønad, som omfattes av analysen av klagesaker i kapittel 4.

Regelverket på helsefeltet kan oppleves som fragmentert. Gjeldende lovgivning på området viderefører også i stor grad eldre lovgivning, slik at forarbeider til lover som i dag er opphevet, fortsatt er relevante. Dette gjør det samlede rettskildebildet fragmentert. Det finnes også en rekke statlige rundskriv, tolkningsuttalelser og veiledere, både av eldre og av nyere dato, som ofte får stor betydning, men som ikke er lett tilgjengelige. I 2025 ble det nedsatt et utvalg som skal utrede ny pasient- og brukerrettighetslov (Pasient- og brukerrettighetslovutvalget). Utvalget skal gjennomføre en fullstendig revisjon av loven for å sikre et klarere og mer brukervennlig lovverk. Forslag til ny lov skal foreligge i mai 2027.

Et kjennetegn ved helse- og omsorgslovgivningen er at pasienter og brukeres *rettigheter* til nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester følger av pasient- og brukerrettighetsloven, mens kommunenes *plikter* til å tilby nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester til personer som oppholder seg i kommunen, følger av helse- og omsorgstjenesteloven. Bestemmelsene i pasient- og brukerrettighetsloven som gir borgerne rettigheter, korresponderer langt på vei med motsvarende pliktregler i helse- og omsorgstjenesteloven.

Et annet kjennetegn ved helse- og omsorgslovgivningen, er lovfesting av regler i form av såkalte «rettslige standarder». Sentralt står kravet om «forsvarlige» helse- og omsorgstjenester, som er lovfestet i helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1. At forsvarlighetskravet for helse- og omsorgstjenester er en rettslig standard, innebærer at innholdet i stor grad bestemmes av faglige normer *utenfor* loven.

Et tredje kjennetegn ved rettsområdet, som må ses i sammenheng med det andre kjennetegnet, er omfanget av veiledere, rundskriv mv., fra statlige myndigheter, i første rekke fra Helsedirektoratet. Et viktig poeng her er at de anbefalingene som gis i slike retningslinjer mv., ikke er rettslig bindende verken for kommuner, helseforetak, helsepersonell eller andre.[30] Likevel legges disse ofte til grunn i saksbehandlingen i kommunene og ikke minst i statlig klagebehandling. Dette kan innebære utfordringer ved at det kan føre til direkte eller indirekte begrensninger i det kommunale handlingsrommet. Vi kommer nærmere tilbake til dette blant annet i punkt 3.4 nedenfor, samt i kapittel 4.

[30] Se for eksempel Prop. 11 L (2023–2024) s. 30.

Videre i dette kapittelet vil vi først ta for oss sentrale rettighetsbestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven, se punkt 3.2. Deretter ser vi på bestemmelsene i helse- og omsorgstjenesteloven som pålegger kommunene en plikt til å tilby nødvendige helse- og omsorgstjenester i form av personlig assistanse og omsorgsstønad, se punkt 3.3. I dette punktet gir vi også avslutningsvis en samlet fremstilling av innholdet i kravet til «forsvarlige» tjenester, som er lovfestet i helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1.

Kravet til forsvarlighet er et grunnleggende krav for samtlige tjenester som kommunene er forpliktet til å tilby. Vi vil derfor komme inn på kravet til forsvarlighet også fortløpende i omtalen av kommunens plikt til å tilby nødvendige helse- og omsorgstjenester i form av personlig assistanse og omsorgsstønad. Selv om hol. § 4-1 etter sin ordlyd regulerer forvaltningens plikter etter helse- og omsorgstjenesteloven, er det lagt til grunn at bestemmelsen også har betydning for den enkelte pasient og brukers rett til «nødvendige helse- og omsorgstjenester etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1.[31] Kravet til forsvarlighet vil av denne grunn også omtales i punkt 3.2 om pasient- og brukerrettighetsloven.

3.2 Pasient- og brukerrettighetsloven

Pasient- og brukerrettighetsloven er som nevnt en ren rettighetslov for pasienter i Norge. I dette punktet tar vi for oss sentrale rettighetsbestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven §§ 2-1, 2-1 d og 2-8.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 andre ledd slår fast at «pasient og bruker har rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester fra kommunen». Begrepet «nødvendige helse- og omsorgstjenester» er etter forarbeidene en rettslig standard. Bestemmelsen gir et rettskrav på nødvendig hjelp basert på en individuell helse- og omsorgsfaglig vurdering av behov. I forarbeidene uttales det følgende:

> Dette skal tolkes slik at pasient og bruker har krav på nødvendig hjelp med en forsvarlig standard, basert på en individuell helsefaglig og/eller sosialfaglig vurdering av behov. Det er vanskelig å angi presist hva som er nødvendig hjelp på et overordnet nivå, og omfang og nivå på hjelpen må derfor foretas etter en konkret vurdering. Det avgjørende må være den hjelpetrengendes behov ut ifra en helse- og sosialfaglig vurdering. I vurderingen må behovet til den enkelte veies opp mot fellesskapets behov, og det kan legges vekt på kommunens økonomiske ressurser. Det er imidlertid en minstestandard som kommunene ikke kan gå under med henvisning til dårlig økonomi. Det vises i den forbindelse til «Fusa-dommen» Rt-1990-874. For nærmere omtale av forsvarlighetskravet vises det til kapittel 20.[32]

Som det fremgår, gir nødvendighetsvilkåret i § 2-1 andre ledd anvisning på en utpreget individuell helse- og sosialfaglig vurdering. Vi skal også merke oss signalet avslutningsvis i sitatet om at kommunene, innenfor rammene av *minstestandarden* for et *forsvarlig* helse- og omsorgstilbud, kan legge vekt på kommunens økonomiske ressurser. Med henvisning til Fusa-dommen fra 1990,[33] kan likevel ikke manglende ressurser og dårlig økonomi begrunne et tilbud som *ikke* oppfyller lovgivningens minstekrav til «forsvarlige» helse- og omsorgstjenester.

---

[31] Prop.91 L (2010–2011) s. 514.

[32] Prop. 91 L (2010–2011) s. 345.

[33] Rt. 1990 s. 874.

Høyesteretts avgjørelse i Fusa-saken gjaldt dagjeldende lov om sosialomsorg § 3 nr. 1. I denne avgjørelsen slo Høyesterett fast at kommunens vedtak om hjelp i hjemmet på rundt 20 timer til en sterkt fysisk funksjonshemmet kvinne var ugyldig, ettersom «det var åpenbart at det ikke tilfredsstilte hennes helt livsviktige behov for stell og pleie».

Høyesterett uttalte i dommen at når det gjelder *omfanget av ytelsene*, vil spørsmålet ved en «domstolskontroll være om det aktuelle forvaltningsvedtaket tilfredsstiller et visst minstekrav som må forutsettes å gjelde for slike ytelser». I det ligger at vurderingen av om omfanget av ytelsene tilfredsstiller lovens minstekrav, er et *rettsanvendelsesskjønn* som kan prøves fullt ut både ved klage og ved domstolskontroll.

Retten til nødvendige helse- og omsorgstjenester etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 annet ledd, korresponderer med kommunens plikt til å sørge for å tilby nødvendige helse- og omsorgstjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven 3-1. Selv om en person har et rettskrav på nødvendige helse- og omsorgstjenester etter pbrl. § 2-1, er det presisert i forarbeidene at vedkommende ikke har krav på en *bestemt type* tjeneste som kommunene etter helse- og omsorgstjenesteloven er forpliktet til å ha et tilbud om.[34] Det er kommunen som må vurdere, og i utgangspunktet beslutte, hvilke typer av tjenester som skal tilbys i den enkelte sak.

Innenfor rammen av retten til nødvendige tjenester med forsvarlig nivå og standard, er kommunene som den klare hovedregel innrømmet et forvaltningsskjønn i vurderingen av hvilke tjenester som skal tilbys for å oppfylle borgernes rett til nødvendig helsehjelp. Også dette er en videreføring av rettstilstanden etter både kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven. Når det gjelder sistnevnte lov, la Høyesterett i Fusa-dommen til grunn at sosialtjenesteloven § 3 nr. 1, ikke gir noe rettskrav på *bestemte former* for sosialhjelp, og at hvilke ytelser som skal gis, beror på et forvaltningsskjønn.

Kommunene står likevel ikke helt fritt, heller ikke når det kommer til *valg* av type tjeneste. For det første kan kravet til forsvarlighet i enkelte tilfeller innebære at en *bestemt* tjeneste er det eneste alternativet for at hjelpen skal kunne anses som forsvarlig. For det andre oppstiller pasient- og brukerrettighetsloven i dag enkelte *lovfestede* unntak fra utgangspunktet om at borgerne ikke har et krav på at tjenester organiseres på en bestemt måte.

For denne utredningens formål skal vi særlig merke oss pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d som, på nærmere angitte vilkår, lovfester rett til å få personlig assistanse *organisert* i form av brukerstyrt personlig assistanse (BPA). Retten til BPA innebærer at tjenestemottakeren (brukeren) selv, innenfor tildelt timeramme, organiserer arbeidet til de som yter bistand (assistenten). I forarbeidene til § 2-1 d) uttales det følgende:

> Selve prinsippet bak brukerstyrt personlig assistanse er at brukeren selv skal avgjøre når og på hvilken måte assistentene skal utføre sine oppgaver. Det innebærer at BPA innenfor den tildelte timeramme, vedtaket, og innenfor arbeidsrettslige bestemmelser, for eksempel kan benyttes ved reiser utenfor kommunen. Rettigheten berører heller ikke tjenestemengden til brukeren.[35]

[34] Prop. 91 L (2010–2011) s. 515.

[35] Prop. 86 L (2013–2014) s. 18.

Formålet med ordningen er å bidra til at brukeren får et aktivt og mest mulig selvstendig og uavhengig liv til tross for funksjonsnedsettelsen. Som vi kommer tilbake til i punkt 3.3 nedenfor, har kommunen etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b, en plikt til å tilby personlig assistanse. Slik assistanse kan organiseres på ulike måter, herunder i form av brukerstyrt personlig assistanse etter hol. § 3-8.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d første ledd første punktum slår fast at:

> Personer under 67 år med langvarig og stort behov for personlig assistanse etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b har rett til å få slike tjenester organisert som brukerstyrt personlig assistanse.

Ved en lovendring i 2020,[36] ble § 2-1 d første ledd utvidet til også å gjelde personer over 67 år, på nærmere vilkår, gjennom tilføyelse av et nytt siste punktum i første ledd.

Hva som ligger i henholdsvis «langvarig» og «stort behov» i første ledd første punktum, er nærmere regulert i tredje og fjerde ledd. Av tredje ledd følger det at det med «langvarig behov» i første ledd, menes behov ut over 2 år.

Med «stort behov» i første ledd menes etter fjerde ledd første punktum, «et tjenestebehov på minst 32 timer per uke.» Videre følger det av andre punktum at brukere med tjenestebehov på minst 25 timer per uke, likevel har «rett til å få tjenester organisert som brukerstyrt personlig assistanse, med mindre kommunen kan dokumentere at slik organisering vil medføre vesentlig økt kostnad for kommunen». I intervallet mellom 25 og 32 timer kan altså kommunen etter andre punktum *bare avstå* fra å innfri rettigheten dersom kommunen kan dokumentere at tilbudet medfører vesentlig økt kostnad. Om denne vurderingen og dokumentasjonskravet, uttales det i forarbeidene:

> Om organiseringen av tjenestene som BPA vil medføre «vesentlig økt kostnad» for kommunen vil bero på en konkret helhetsvurdering der størrelsen på den økte kostnaden vurderes ut fra de ressurser kommunen ellers ville brukt i den konkrete sak. Ikke enhver økt kostnad vil føre til at rettigheten bortfaller. Økningen må være vesentlig. Det er stilt krav om at kommunen skal dokumentere dette, dvs. vise hvordan de er kommet frem til at organiseringen av tjenestetilbudet som BPA vil medføre vesentlig økt kostnad for kommunen. Det er ikke stilt formelle krav til dokumentasjonen.[37] (vår understrekning)

Som det fremgår avslutningsvis av sitatet stiller ikke loven formkrav til selve dokumentasjonen. Pasient- og brukerrettighetsloven har også i § 2-8 en egen bestemmelse som retter seg mot pårørende med «særlig tyngende omsorgsoppgaver». Bestemmelsen lyder som følger:

> De som har særlig tyngende omsorgsarbeid, kan kreve at den kommunale helse- og omsorgstjenesten treffer vedtak om at det skal settes i verk tiltak for å lette omsorgsbyrden og hva tiltakene i tilfelle skal bestå i.

[36] LOV-2020-06-19-79.

[37] Prop. 86 L (2013–2014) s. 33.

Bestemmelsen gir etter ordlyden ingen materielle rettigheter, men kun en rett til at kommunen treffer vedtak.[38] Denne rettighetsbestemmelsen i § 2-8 har sitt motstykke i helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 om kommunens plikt til å tilby ulike former for pårørendestøtte, herunder omsorgsstønad. Denne bestemmelsen kommer vi tilbake til nedenfor i punkt 3.3.

3.3 Helse- og omsorgstjenesteloven

3.3.1 Innledning og oversikt

Ovenfor har vi sett på bestemmelser som gir pasienter og brukere *rett* til nødvendig helse- og omsorgshjelp. I dette punktet ser vi på kommunens *plikt* til å tilby nødvendige helse- og omsorgstjenester med en forsvarlig standard.

Etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-1 har kommunene en lovpålagt plikt til å sørge for «nødvendige» helsetjenester. For å oppfylle dette ansvaret skal kommunen blant annet tilby helse- og omsorgstjenestene som er listet opp i § 3-2 første ledd. Bestemmelsen bidrar til å konkretisere begrepet «nødvendige helse- og omsorgstjenester» ved å nærmere angi oppgaver som faller inn under begrepet. Bestemmelsen lister opp helse- og omsorgstjenester som kommunen som et minimum har plikt til å sørge for. Opplistingen i § 3-2 er ikke uttømmende, men suppleres av øvrige bestemmelser i helse- og omsorgstjenesteloven som omhandler tjenester eller ordninger rettet mot pasient og bruker, eller deres pårørende. De tjenestene kommunen skal tilby, er i all hovedsak en videreføring av pålagte tjenester som tidligere fulgte av kommunehelsetjenesteloven og sosialtjenesteloven.[39]

Nedenfor ser vi nærmere på bestemmelsene i loven som regulerer personlig assistanse, herunder brukerstyrt personlig assistanse (punkt 3.3.2) og bestemmelsene som regulerer omsorgsstønad til pårørende (punkt 3.3.3 nedenfor).

3.3.2 Kommunens plikt til å tilby personlig assistanse og brukerstyrt personlig assistanse (BPA)

Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 lovfester i punkt 1-7 hvilke helse- og omsorgstjenester som kommunen skal tilby. Bestemmelsen slår i punkt 6 fast at kommunen skal tilby blant annet «andre helse- og omsorgstjenester», herunder:

> b. personlig assistanse, herunder praktisk bistand og opplæring og støttekontakt

Tjenestene i bokstav b omtales gjerne som *omsorgstjenester*. Disse tjenestene er eksempler på tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven som ikke er å anse som helsehjelp.

Personlig assistanse kan tilbys på flere måter og i ulike former. Bestemmelsen omfatter etter ordlyden personrettet «praktisk bistand», som hjelp til egenomsorg og personlig stell og annen nødvendig hjelp til dagliglivets praktiske gjøremål i hjemmet og i tilknytning til husholdningen både innendørs og utendørs.

Med «opplæring» menes opplæring i dagliglivets gjøremål. Formålet med opplæringen skal være å bidra til å gjøre den enkelte mest mulig selvhjulpen i dagliglivet. Videre omfattes

[38] Se også Prop. 91 L (2010–2011) s. 517.

[39] Prop. 91 L (2010–2011) s. 487.

bistand til å delta i fritidsaktiviteter. Av forarbeidene fremgår det at «støttekontakt» er nevnt i lovteksten som et eksempel på én måte å gi personlig assistanse på til deltagelse i fritidsaktiviteter, og at formålet er å hjelpe den enkelte til en meningsfull fritid og samvær med andre. [40]

Begrepet «personlig assistanse» er etter forarbeidene valgt for å understreke viktigheten av brukermedvirkning og brukerstyring i tjenesten. Videre fremgår det at det skal «legges stor vekt» på hvordan brukeren selv ønsker assistansetilbudet utformet, jf. pbrl. § 3-1 andre ledd andre punktum.[41]

Tjenestene etter bokstav b, kan organiseres på ulike måter, blant annet som ulike hjemmehjelptjenester, støttekontakt, boveiledning eller dagaktivitetstilbud. Det er i utgangspunktet kommunen som, innenfor rammene av hva som er nødvendig og forsvarlig i det enkelte tilfellet, avgjør hvordan tjenester etter hol. § 3-2 nr. 6 bokstav b skal organiseres.

Brukerstyrt personlig assistanse (BPA), som er regulert i § 3-8, er en måte å organisere «praktisk bistand og opplæring» på etter hol. § 3-2 nr. 6 bokstav b. Som vi har redegjort for i punkt 3.2 ovenfor, gir pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 d, på nærmere angitte vilkår, brukere med langvarig og stort behov for personlig assistanse rett til å få tjenester organisert som brukerstyrt personlig assistanse.

For brukere som ikke har rett til BPA etter pbrl. § 2-1 d, har kommunen ingen plikt til å organisere tjenesten som brukerstyrt personlig assistanse, men kun en plikt til å ha et tilbud om ordningen. Om dette uttales det i forarbeidene:

> Kommunene har plikt til å ha ordningen, men avgjør selv, innenfor rammen av kravet til nødvendige omsorgstjenester, hvilke tjenester som skal tilbys den enkelte bruker, og om tjenesten skal gis som brukerstyrt personlig assistanse. Kommunene skal i vurderingen legge stor vekt på brukerens behov og ønsker. I vurderingen vil det for eksempel kunne være relevant å ta hensyn til hvordan disse tjenestene kan bidra til å legge til rette for deltakelse i arbeidslivet, ivaretakelse av foreldreoppgaver i familier med barn med nedsatt funksjonsevne og lignende.[42]

Videre påpekes det at tjenestene som er organisert som brukerstyrt personlig assistanse, skal være *reelt* brukerstyrt, jf. pasientrettighetsloven § 3-1 andre ledd.[43]

3.3.3 Kommunens plikt til å tilby pårørendestøtte i form av omsorgsstønad

Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6 regulerer kommunens ansvar for tjenester til pårørende med sikte på avlastning når de tar hånd om pasienter og brukere. Bestemmelsen slår fast at kommunen til personer med «særlig tyngende omsorgsarbeid» skal tilby nødvendig «pårørendestøtte» blant annet i form av 1) opplæring og veiledning, 2) avlastningstiltak og 3) omsorgsstønad.

---

[40] Prop. 91 L (2010–2011) s. 489.

[41] Prop. 91 L (2010–2011) s. 186.

[42] Prop. 91 L (2010–2011) s. 492.

[43] Prop. 91 L (2010–2011) s. 493.

Bestemmelsen i hol. § 3-6 innebærer en plikt for kommunen til å tilby pårørendestøtte til personer som har særlig tyngende omsorgsarbeid. Begrepet «pårørende» i hol. § 3-6 skal etter forarbeidene forstås i tråd med pasient- og brukerrettighetslovens legaldefinisjon i § 1-3 første ledd bokstav b. Sistnevnte bestemmelse slår fast at pasienten eller brukerens pårørende er «den som pasienten eller brukeren selv oppgir som sin pårørende». Pasientens eller brukerens «pårørende» kan derfor omfatte andre nærstående utover familie- og slektskapsforhold.

Omsorgsstønad, som er et av utgangspunktene for denne utredningen, er én av flere former for pårørendestøtte som alle kommuner skal ha et tilbud om, i tillegg til avlastningstiltak og opplæring og veiledning. Omsorgsstønad er en økonomisk kompensasjon, og skiller seg med det fra andre typer av pårørendestøtte som kommunen yter selv. Formålet med omsorgsstønad er blant annet å gjøre det mulig for private omsorgspersoner å opprettholde omsorgsarbeidet for sine nærmeste.[44] Det er en økonomisk stønad som kan ytes istedenfor, eller i tillegg til, andre helse- og omsorgstjenester som ellers måtte ha vært utført av kommunen.

Bestemmelsen i § 3-6, slik den lyder i dag, ble innført ved en lovendring i 2017.[45] Før lovendringen fulgte reglene om pårørendestøtte dels av § 3-6, som da kun hadde regler om omsorgsstønad (da under benevnelsen «omsorgslønn»), og dels av § 3-2 første ledd nummer 6 bokstav d som hadde regler om avlastningstiltak. Lovendringen i 2017 var ikke ment å innebære noen rettslige endringer når det kommer til innholdet i ordningen for omsorgsstønad. Formålet med endringen var i første rekke å samle og tydeliggjøre reglene om pårørendestøtte i én bestemmelse, samt innføre en pliktbestemmelse i helse- og omsorgstjenesteloven som uttrykkelig retter seg mot pårørende, og som dermed korresponderer med pårørendes rettigheter etter pasient- og brukerrettighetsloven.[46] Pårørendes rettigheter når det kommer til pårørendestøtte er regulert i pasient- og brukerrettighetsloven § 2-8, se punkt 3.2 ovenfor.

Det sentrale vilkåret for kommunes plikt til å tilby pårørendestøtte etter hol. § 3-6 er at pårørende utfører «særlig tyngende omsorgsarbeid». Sentralt i vurderingen er om det foreligger et omsorgsbehov som gir rett til nødvendige helse- og omsorgstjenester, og som kommunen ellers måtte ha dekket med andre tjenester. Dette kommer til uttrykk i forarbeidene på følgende måte:

> Den delen av omsorgsarbeidet som er særlig tyngende vil i grove trekk tilsvare det kommunen måtte ha dekket med andre tjenester dersom arbeidet ikke utføres av omsorgsgiveren … Definisjonen av hva som utgjør særlig tyngende omsorgsarbeid må dermed baseres på en vurdering av hva som utgjør den offentlige hjelpeplikten …[47]

Omsorgsarbeidet som pårørende yter, og som kommunen ellers ville pliktet å dekke, danner dermed et utgangspunkt for vurderingen av om pårørende har «særlig tyngende omsorgsarbeid» etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6. Om pårørende utfører «særlig

[44] Se Prop. 49 L (2016–2017) s. 14.

[45] Lov 2 juni 2017 nr. 34.

[46] Se Prop. 49 L (2016–2017) s. 6 og 16 flg.

[47] Se Prop. 49 L (2016–2017) s. 19.

tyngende omsorgsarbeid» skal etter forarbeidene avgjøres etter en konkret vurdering i det enkelte tilfellet. Forarbeidene angir videre enkelte momenter som skal tillegges vekt:

> Det er kommunen som kjenner sine innbyggeres behov best og som er nærmest til å vurdere hvordan det kommunale tjenestetilbudet best kan tilpasses den enkeltes behov. Momenter som særlig vil måtte tillegges vekt i en slik vurdering er arbeidsomfanget(tid) og arbeidsbelastningen(mengde) på den pårørende, samt den fysiske og psykiske påvirkningen arbeidet medfører.[48] (vår understreking)

Når det kommer til den konkrete vurderingen må denne også omfatte en vurdering av hvilke *typer* av oppgaver som utføres. Oppgaver som er nevnt i forarbeidene er blant annet «praktiske husholdsoppgaver og personlig hjelp for å dekke grunnleggende behov, som mat, drikke og hygiene».[49] Videre fremgår det av forarbeidene at «det er kommunens oppgave å foreta en beregning av omfanget, som i praksis må bygge på en oversikt over omfanget av de konkrete oppgavene som utføres.» [50]

Ovennevnte momenter og vurderingstemaer som etter forarbeidene «vil måtte tillegges vekt», må fremgå av begrunnelsen når kommunen treffer vedtak som gjelder søknader om pårørendestøtte.

Som det gis uttrykk for flere steder i forarbeidene til omsorgsstønadsordningen, har ingen ubetinget rett til omsorgsstønad, selv om vilkårene for pårørendestøtte er oppfylt. I forarbeidene til lovendringen i 2017 er dette utdypet på følgende måte.

> Ingen har ubetinget rett til omsorgslønn, men kommunen har plikt til å ha en slik ordning. Kommunen kan ikke avslå en søknad fordi den ikke har en slik ordning [omsorgsstønad] eller ikke har satt av nok penger på budsjettet, men kommunen kan velge å tilby andre tjenester for å dekke omsorgsbehovet. Videre er det kommunen som, ut fra en samlet helhetsvurdering av tjenestetilbudet som ytes den omsorgstrengende, avgjør hvilket nivå lønnen skal ligge på og varigheten av vedtaket. (vår understrekning)[51]

I lys av forarbeidene må det anses som klart at valget av tjenester som dekker det særlig tyngende omsorgsarbeidet, hører under kommunes forvaltningsskjønn. Kommunen kan altså, i stedet for eller i tillegg til omsorgsstønad, tilby andre tjenester direkte til pasient/bruker. Dette ligger til kommunens «skjønn» å avgjøre. Det innebærer samtidig at hvilke andre tjenester som tilbys, vil kunne ha betydning for om omsorgsstønad skal gis og i så fall i hvilket omfang.

Sivilombudet har de siste årene behandlet en rekke klagesaker som gjelder statsforvalterenes klagebehandling og klagevedtak i saker om omsorgsstønad.[52] En fellesnevner for disse sakene er at Sivilombudet har konstatert at statsforvaltere i klagesaker om omsorgsstønad ikke har overholdt sin plikt til å prøve om tjenestetilbudet til brukeren *samlet sett* er forsvarlig etter

---

[48] Prop. 49 L (2016–2017) s. 29. Se også s. 19 hvor departementet med henvisning til Rundskriv I 42/98 om omsorgslønn, gir en opplisting av momenter.

[49] Prop. 49 L (2016–2017) s. 19.

[50] Prop. 49 L (2016–2017) s. 19.

[51] Prop. 49 L (2016–2017) s. 15.

[52] Se blant annet SOM 2025/5579, SOM 2024/3854, SOM 2023/3490 og SOM 2021/116.

helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, men begrenset seg til å prøve om kommunens vedtak om avslag eller utmåling av omsorgsstønad er «åpenbart urimelig».

Uttalelsene fra Sivilombudet må ses i sammenheng med at det i enkelte klagevedtak fra statsforvalterembetene, bare er vurdert om kommunens avslag eller vedtatt utmåling av omsorgsstønad, er åpenbart urimelig, uten at det er foretatt en lovlighetskontroll av om omsorgsstønaden – sammenholdt med de øvrige tjenestene kommunen tilbyr – er på et forsvarlig nivå for brukeren i forhold til de behov som skal dekkes etter helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1.

I flere av sakene som er blitt behandlet av Sivilombudet, har den aktuelle statsforvalter vist til at Helsedirektoratets tolkningsuttalelser om forsvarlighetskravets anvendelse i saker om omsorgsstønad[53], har ført til en praksisendring. Illustrerende er Sivilombudets gjengivelse av Statsforvalteren i Agders oppfatning av de nevnte tolkningsuttalelsene i SOM 2023/3490:

> Innledningsvis viste de [Statsforvalteren i Agder] til at det i løpet av våren 2023 skjedde en praksisendring, som følge av at Helsedirektoratet i brev 3. august 2022 og 27. mars 2023 uttalte seg om sitt syn på de rettslige rammene for omsorgsstønad og forholdet til forsvarlighetskravet. Tidligere praksis hos Statsforvalteren i Agder var å vurdere forsvarligheten av det totale tjenestetilbudet i saker om omsorgsstønad, både i vurderingen av om omsorgsstønad skal tildeles, i spørsmål om stønadsutmåling og ved avslag på omsorgsstønad. Praksisendringen medførte at Statsforvalteren la til grunn at deres prøvingskompetanse ble begrenset til myndighetsmisbrukslæren i saker som ikke aktualiserer spørsmålet om forsvarlig ivaretakelse av den hjelpetrengendes behov. Statsforvalteren skrev videre at de i svaret på ombudets spørsmål la avgjørende vekt på Helsedirektoratets lovfortolkning. (vår tilføyelse)

Som også Sivilombudet har pekt på,[54] kan det stilles spørsmål ved om den rettsoppfatningen noen statsforvaltere har lagt til grunn i enkelte saker, kan leses klart ut fra de nevnte tolkningsuttalelsene fra Helsedirektoratet. I den siste tolkningsuttalelsen fra Helsedirektoratet fra 27. mars 2023, som det refereres til i sitatet ovenfor, skriver direktoratet i sin oppsummering blant annet følgende:

> Som det framgår ovenfor, er det både i lovforarbeider og øvrige rettskilder lagt til grunn av tildeling og utmåling av omsorgsstønad tilligger kommunens frie skjønn. Statsforvalteren i Oslo og Viken har imidlertid rett i at det i flere av de samme rettskildene er formuleringer som viser til forsvarlighetskravet, bl.a. i Prop. 49 L (2016-2017) og Sivilombudets uttalelse av 28.1.22. Felles for disse uttalelsene er imidlertid at de ikke knytter seg direkte til utmåling av omsorgsstønad, men til tjenestetilbudet i sin helhet. I lys av øvrige uttalelser i forarbeidene, gjengitt ovenfor, må uttalelsene som gjelder forsvarlighetskravet derfor forstås slik at de viser til kravet om en forsvarlig ivaretakelse av den *hjelpetrengendes* behov.
>
> I dette ligger for det første at kommunen må vurdere om den hjelpetrengende blir forsvarlig ivaretatt av den pårørende, eller om det bør settes inn (mer eller flere) andre tjenester, herunder for å sikre nødvendig kompetanse i tilbudet og/eller for å avlaste den pårørende. Videre må kommunen vurdere om *nivået på omsorgsstønaden påvirker omsorgsyterens mulighet til å yte omsorg på et forsvarlig nivå*. I et slikt tilfelle vil en vurdering opp mot forsvarlighetskravet kunne

[53] Helsedirektoratet, brev 3. august 2022, 28. oktober 2022 og 27. mars 2023.

[54] Se blant annet SOM 2023/3490, og SOM 2025/5579.

> tilsi et nivå på omsorgsstønaden som f.eks. muliggjør at den pårørende kan jobbe redusert el., dersom det er nødvendig for å kunne gi forsvarlig omsorg. Som eksempel vises til at Sivilombudet i sak 2003/133 vurderte det som en mangel ved kommunens og fylkesmannens vedtak at det ikke var foretatt en vurdering av om det var mulig for omsorgsyteren å fortsette sitt omsorgsarbeid med den lønnsreduksjon som ble foretatt.[55]

Sakene som har blitt behandlet for Sivilombudet illustrerer to poenger. For det første illustrerer sakene at tolkningsuttalelser fra Helsedirektoratet, kan etterlate tvil om hvilken rettsoppfatning som egentlig legges til grunn. Dette kan gi grobunn for ulike syn og ulik praksis. For det andre illustrerer sakene «samspillet» mellom Sivilombudet og statens myndigheter. Gjennom klagesakene som behandles av Sivilombudet kan det oppstå et spenningsforhold mellom hva Sivilombudet mener er riktig rettsoppfatning og hva statens myndigheter mener er riktig rettsoppfatning. Dette kan skape usikkerhet med hensyn til hva som kreves når kommunene behandler saker etter helse- og omsorgslovgivningen.

3.3.4 Nærmere om kravet til forsvarlige tjenester i § 4-1

Helse- og omsorgstjenesteloven gir, som vi har sett ovenfor, kommunene stor grad av frihet til organisering og innretning av tjenestetilbudet. Innenfor rammene av de tjenester som kommunene plikter å tilby etter blant annet hol. §§ 3-2 og 3-6, er det i utgangspunktet kommunen som avgjør hvilken type *nødvendige* helse- og omsorgstjenester som skal gis i det enkelte tilfellet.

Helse- og omsorgstjenesteloven stiller likevel i § 4-1 et grunnleggende krav om at helse- og omsorgstjenester som tilbys skal være *forsvarlige*. Helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1 sier at helse- og omsorgstjenestene «som tilbys eller ytes etter loven her skal være forsvarlige». I forsvarlighetskravet ligger at tjenestene må holde tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang. Forsvarlighetskravet gjelder videre både den enkelte deltjenesten og kommunens tilbud som helhet.[56]

Forsvarlighetskravet er en «rettslig standard» som beskriver det lovmessige minstekravet til helse- og omsorgstjenesten. I forarbeidene uttaler departementet følgende om innholdet i forsvarlighetskravet:

> Kravet om forsvarlighet er en rettslig standard. Det innebærer at innholdet bestemmes av normer utenfor loven. Forsvarlighetskravet for helse- og omsorgstjenesten er forankret i anerkjent fagkunnskap, faglige retningslinjer og allmenngyldige samfunnsetiske normer. Innholdet i forsvarlighetskravet endrer seg dermed også i takt med utviklingen av fagkunnskap og endringer i verdioppfatninger.[57]

Rettslige standarder er en særskilt typer av materielle rettsregler. I juridisk teori finner en ofte to ulike definisjoner av «rettslig standard». I *snever forstand* viser en rettslig standard til en målestokk som må søkes utenfor lovens rammer og som fylles ut av andre enn rettsanvender,

---

[55] Helsedirektoratet, *Omsorgsstønad - Rettslige rammer og forholdet til forsvarlighetskravet, 27.mars 2023* (ref. 22/29128-5)

[56] Se Prop. 91 L (2010–2011) s. 494.

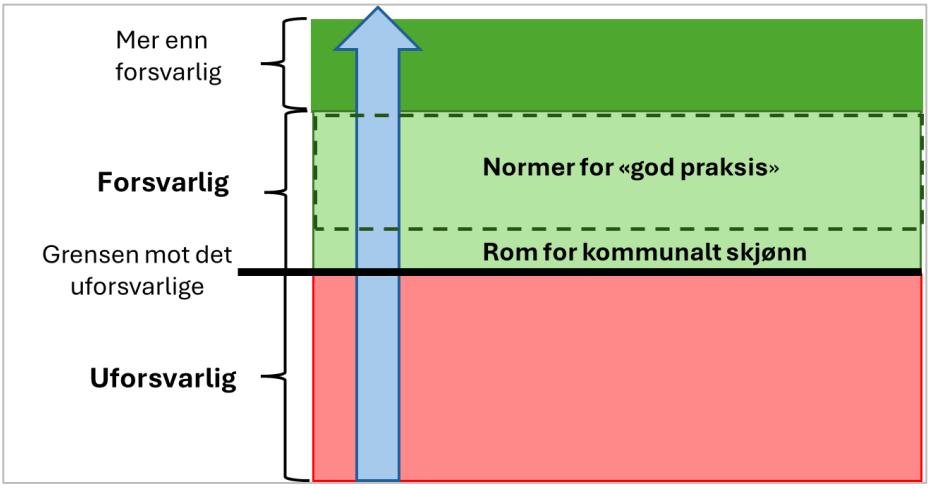
[57] Se Prop. 91 L (2010–2011) s. 494.

mens man i *vid forstand* bruker betegnelsen om alle vage og skjønnsmessige ord.[58] I lys av forarbeidene, er § 4-1 i stor grad en rettslig standard i snever forstand, som viser til faglige normer utenfor loven. Ettersom forsvarlighetskravet er en rettslig standard, må en, som det påpekes i forarbeidene, derfor finne retningslinjer utenfor selve loven for å tolke den. Det som ligger utenfor loven er imidlertid i forandring, og standarden har dermed en dynamisk karakter. Innholdet i forsvarlighetsstandarden utvikles over tid, og må «tilpasses» normer i samfunnet som gjenspeiles i helsefagene.

I forarbeidene uttales det videre om innholdet i forsvarlighetsnormen:

> Forsvarlighetskravet har en dobbel funksjon. Det er en rettesnor for tjenesten og viser til normer som beskriver hvordan tjenestene bør være. Disse normene utgjør kjernen i forsvarlighetskravet og kan betegnes som god praksis. Samtidig danner normene utgangspunkt for å fastlegge hvor grensen mot det uforsvarlige går. Det vil si de konkrete vurderingene av hvor store avvik fra god praksis som kan aksepteres før avviket medfører at tjenesten blir uforsvarlig.
>
> Mellom god praksis, og forsvarlighetskravets nedre grense, vil det være rom for at kommunen kan utøve skjønn. Det følger imidlertid av forsvarlighetskravet at tjenestene må holde tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang. [59]

Uttalelsen gir, slik vi leser den, et inntrykk av at kommunene er innrømmet et skjønn mellom «god praksis» og forsvarlighetsnormens nedre grense. Med det synes departementet å legge til grunn at «god praksis» – som departementet påpeker utgjør kjernen i forsvarlighetskravet – kan ligge på et «høyere nivå» enn forsvarlighetskravets nedre grense. Vi forstår dette dithen at et avvik fra «god praksis», etter omstendighetene, kan oppfylle lovens krav til forsvarlighet. Figuren nedenfor er ment å gi en pedagogisk illustrasjon av hvordan vi oppfatter uttalelsen i forarbeidene:



Figur 1: Illustrasjon av forsvarlighetskravet slik dette er utdypet i forarbeidene. Figuren er kun ment som en pedagogisk illustrasjon. Den er ikke ment å gi uttrykk for hvor store intervallene innenfor forsvarlighetsnormer er.

[58] Se f.eks. Carl August Fleischer, *Rettskilder og juridisk metode,* 1998 s. 95 og Erik Boe*, Innføring i juss*, 1996 s. 225–227.

[59] Prop. 91 L (2010–2011) s. 264 flg. Se også s. 491.

Her er vi også inne på det sentrale skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn. I forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven omtalte departementet dette nærmere i tilknytning til klageinstansens kompetanse i klagesaker. Departementet skriver:

> Med «det frie skjønn», slik begrepet er brukt i forvaltningsloven § 34 andre ledd og sosialtjenesteloven § 8-7 første ledd, menes den adgang kommunen har til å velge mellom forskjellige løsninger når den treffer sitt vedtak, særlig med hensyn til valg av tjenestetilbud og tjenestenes omfang. Det foreligger et «fritt skjønn» for kommunene så langt loven og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper ikke dikterer valg av løsning ut fra et gitt faktum. Kommunen har med andre ord frihet til å velge mellom flere alternativer. For eksempel foreligger et «fritt skjønn» hvis kommunen ut fra et gitt saksforhold som utgangspunkt kan velge om den skal innvilge eller ikke innvilge en tjeneste. Det foreligger også et «fritt skjønn» så langt kommunen ut over lovens minstekrav kan velge den nærmere innretningen av og nivå på tjenesten. [60]

Forarbeidene viser videre relativt klart hva som er rettsanvendelsesskjønn, men synliggjør også at rettsanvendelsen kan inneholde ulike skjønnsmessige elementer. Dette vil typisk kunne gjelde hva som er «nødvendig» helsehjelp. I forlengelsen av det siterte ovenfor, uttaler departementet følgende i forarbeidene:

> Kommunens «frie skjønn» skiller seg fra kommunens «rettsanvendelse». Med rettsanvendelse menes kartleggingen av de rettslige rammene som kommunens vedtak må holde seg innenfor. For eksempel ligger det til rettsanvendelsen å vurdere om kommunen etter kommunehelsetjenesteloven, ut fra et gitt saksforhold, er forpliktet til å yte tjenester av en viss minstestandard. Klageinstansen vil alltid ha kompetanse til å kontrollere om lovens bestemmelser er riktig forstått, om ved taket har et innhold som ligger utenfor de rettslige rammene for kommunens handlingsrom, om det er faktiske feil i avgjørelsesgrunnlaget og om det er feil i saksbehandlingen av betydning for vedtakets innhold. Også når loven skal tolkes og anvendes i konkrete saker, vil det ofte være nødvendig å ta stilling til betydelige skjønnsmessige elementer, f.eks. når det skal fastlegges hva som er «nødvendig helsehjelp». Slike vurderinger er i utgangspunktet en del av rettsanvendelsen.

Det å avgjøre hva som er nødvendig helsehjelp, eller om tjenestetilbudet er over forsvarlighets-kravets nedre grense i det enkelte tilfelle, vil altså bero på et rettsanvendelsesskjønn, og ikke på kommunens frie skjønn.

Om den enkelte tjeneste og tjenestetilbudet samlet sett, har et forsvarlig omfang og oppfyller minstekravet til nødvendige helse- og omsorgstjenester hører til rettsanvendelsen. Dette kan – og skal – Statsforvalteren prøve fullt ut. Der det imidlertid handler om en tjeneste eller ytelse som den enkelte ikke har ubetinget rett på, for eksempel pårørendestøtte i form av *omsorgsstønad*, vil vi befinne oss innenfor kommunens frie skjønn.

Tilsvarende er kommunen innrømmet et forvaltningsskjønn der den enkelte har en lovfestet rett til en «forsvarlig» tjeneste, og kommunen leverer et høyere nivå enn kun «forsvarlig», eller der flere løsninger vil være forsvarlige, og kommuner foretar et valg blant disse.

[60] Prop. 91 L (2010–2011) s. 395.

Videre i forarbeidene pekes det på at Helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer, som beskriver tiltak og løsninger basert på oppdatert anerkjent faglig kunnskap, er et eksempel på publikasjoner om hva som er «god praksis».[61] Samtidig pekes det på at retningslinjene er «ment som et hjelpemiddel ved de avveiningene tjenesteytere må gjøre for å oppnå forsvarlighet og god kvalitet i tjenesten, og at valg av løsninger som i vesentlig grad avviker fra retningslinjene bør begrunnes og dokumenteres».

3.4 Kort om veiledere, retningslinjer mv.

Helse- og omsorgstjenesteloven § 12-5 lovfester en plikt for Helsedirektoratet til å «utvikle, formidle og vedlikeholde nasjonale faglige retningslinjer og veiledere som understøtter de mål som er satt for helse- og omsorgstjenesten». Bestemmelsen sier videre at slike retningslinjer og veiledere «skal baseres på kunnskap om god praksis og skal bidra til kontinuerlig forbedring av virksomhet og tjenester.» Slike rundskriv o.l. er ikke bindende for kommunene eller andre tjenesteytere. I forarbeidene til § 12-5 uttales det:

> Helsedirektoratets faglige retningslinjer og veiledere er ikke bindende for tjenesteyterne, men beskriver nasjonale helsemyndigheters oppfatning av for eksempel hva som er god faglig praksis, hvordan relevant regelverk skal tolkes og hvilke prioriteringer mv. som er i samsvar med vedtatt politikk for helse- og omsorgstjenesten. Dersom tjenesteyteren velger en annen praksis enn det som foreslås i retningslinjer eller veiledere, bør den være basert på en konkret og begrunnet vurdering.[62]

Vi kan særlig merke oss siste setning, hvor lovgiver forutsetter at kommunens valg av en annen praksis enn det som foreslås i retningslinjer eller veiledere, *bør* være basert på en konkret og begrunnet vurdering.

Med utgangspunkt i denne bestemmelsen utarbeider Helsedirektoratet faglige retningslinjer og andre publikasjoner som beskriver god praksis på ulike tjenesteområder, basert på anerkjent fagkunnskap.[63] Det finnes dermed en mengde slike normerende produkter innen helse- og omsorgssektoren. På Helsedirektoratets nettsider er det tydeliggjort at produktene ikke er rettslig bindende. Videre er det synliggjort at de normerende produktene gjerne bruker begrepene «skal», bør og «kan», og forklart hvordan disse skal forstås:

> **Slik brukes begrepene «skal», «bør» og «kan»**
> - **skal** brukes der innholdet er regulert i lov eller forskrift, eller når anbefalingen/rådet er så klart faglig forankret at det sjelden er forsvarlig ikke å gjøre som anbefalt
> - **bør** eller **anbefaler** er en sterk anbefaling/råd som vil gjelde de aller fleste
> - **kan** eller **foreslår** er en svak anbefaling/råd der ulike valg kan være riktig.[64]

I 2025 ble det gjennomført en kartlegging av hvordan Helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer og veiledere blir forstått og brukt i kommunesektoren.[65] Rapporten viser blant

[61] Prop. 91 L (2010–2011) s. 264.

[62] Prop. 91 L (2010–2011) s. 272.

[63] Tilsvarende bestemmelser finnes i spesialisthelsetjenesteloven § 7-3 og folkehelseloven § 24.

[64] Om Helsedirektoratets normerende produkter - Helsedirektoratet

[65] Rambøll, *Kartlegging av hvordan Helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer, veiledere og faglige råd blir forstått og brukt i kommunesektoren*, 2025.

annet at de ovennevnte begrepene tolkes noe ulikt blant respondentene, og at det særlig er usikkerhet om begrepet «bør», og om hvor grenseoppgangene mellom «bør» og «kan» eller «bør» og «skal» går.

Med hensyn til det kommunale selvstyret, viser den ovennevnte rapporten at det er ønskelig at kommunens handlingsrom til å gjøre lokale tilpasninger og til å prioritere, organisere og utvikle tjenestene synliggjøres og tydeliggjøres ytterligere. Videre kommer det frem at det oppleves å være et misforhold mellom det totale omfanget av krav som stilles, og kommunenes ressurser.

Særlig det sistnevnte om omfang av krav til tjenester sett i forhold til kommunenes ressurser, har blitt nevnt også i intervjuer vi har gjennomført til inneværende utredning. Etter vår vurdering handler dette mye om utviklingen og tolkningen av de rettslige standardene om «forsvarlige» og «nødvendige» tjenester. Disse utvikles ikke bare gjennom de mer formelle normerende produktene, men også gjennom ulike tolkningsuttalelser.

Et eksempel her, finner vi i en tolkning av hva som kan inngå i personlig assistanse etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b. Hva som omfattes av personlig assistanse, og dermed hva kommunen eventuelt kan ha plikt til å levere av tjenester i et konkret tilfelle, er retts-anvendelse. Dette vil si at statsforvalteren kan prøve kommunens vurderinger av hva som inngår i personlig assistanse, fullt ut i en klagesak.

Forarbeidene omtaler personlig assistanse slik:

> Bestemmelsen omfatter hjelp til egenomsorg og personlig stell og det som i dag omtales som personrettet praktisk bistand. Videre omfattes hjemmehjelp og annen hjelp til alle dagliglivets praktiske gjøremål i hjemmet og i tilknytning til husholdningen, for eksempel innkjøp av varer, matlaging og vask av klær m.v. Det er et formål å bidra til å gjøre den enkelte mest mulig selvhjulpen i dagliglivet, og tjenesten skal hvis det er hensiktsmessig, også innebære opplæring i dagliglivets praktiske gjøremål.
>
> Bistand til å delta i fritidsaktiviteter omfattes også. Støttekontakt er nevnt i lovteksten som et eksempel på én måte å gi personlig assistanse på til deltagelse i fritidsaktiviteter. Personlig assistanse kan også organiseres som bistand til organisert deltagelse i aktivitetsgrupper og individuelt tilrettelagt tilbud i samarbeid med en frivillig organisasjon. Formålet er å hjelpe den enkelte til en meningsfull fritid og samvær med andre.[66]

I Helsedirektoratets rundskriv «Helse- og omsorgstjenesteloven med kommentarer», er kravene utdypet blant annet slik:

> Praktisk bistand i bokstav b omfatter nødvendig hjelp til dagliglivets praktiske gjøremål i hjemmet og i tilknytning til husholdningen både innendørs og utendørs. Eksempler er hjelp til innkjøp og tilberedning eller levering av mat, vask av klær og rengjøring av bolig. Også helt nødvendig snøfjerning for å muliggjøre atkomst eller lignende kan omfattes. Behov for mer regelmessig eller omfattende snøfjerning, vil derimot falle utenfor helse- og omsorgstjenestens ansvar. Behov for praktisk bistand til eller opplæring i å bestille for eksempel snøfjerning hos et privat firma, kan også omfattes av bestemmelsen. Det må dreie seg om gjøremål som både etter sin art og sitt omfang er nødvendige i dagliglivet, og som funksjonsfriske vanligvis utfører

[66] Prop. 91 L (2010–2011) s. 489.

> selv uten hjelp fra håndverkere eller andre. Bistand til hagearbeid, vedlikeholdsarbeid mv. vil som hovedregel ikke kunne anses som nødvendige helse- og omsorgstjenester.
>
> Praktisk bistand kan også være hjelp til å stå opp om morgenen, gå i butikker og møte til avtaler mv. I tillegg omfattes hjelp til egenomsorg og personlig stell, herunder nødvendig tilsyn, hjelp til dusj, bading, toalettbesøk, hårvask, barbering, av- og påkledning mv. samt inntak av mat og drikke. Trygghetsalarm og ulike former for digitalt tilsyn kan inngå her.[67]

I en senere tolkningsuttalelse om hvorvidt dyrehold omfattes av personlig assistanse, skriver Helsedirektoratet blant annet:

> Om eller i hvilken grad kommunen skal bistå med stell av kjæledyr eller annet dyrehold som en del av tilbudet om personlig assistanse og BPA etter hol. § 3-2 (1) nr. 6, bokstav b og § 3-8, beror derfor på en konkret vurdering. I denne sammenhengen kan det være naturlig å se til omstendighetene rundt og omfanget av dyrehold og dyrestell i det aktuelle tilfellet. Det kan for eksempel ha betydning hva slags dyr det dreier seg om og hvor lenge vedkommende har hatt dyret. I tillegg kan det være relevant om den aktuelle brukeren har familiemedlemmer som også tar seg av dyret. Det er samtidig naturlig å avgrense omfanget av personlig assistanse og BPA mot tjenester som folk ellers ville kjøpt når man ikke kan utføre det aktuelle gjøremålet selv. Dette gjelder for eksempel omfattende dyrehold, på samme måte som omfattende vedlikehold av hage eller bolig.
>
> Helsedirektoratets vurdering er at en viss bistand til å ha kjæledyr kan inngå i kommunens ansvar når det gjelder personlig assistanse og BPA etter hol. § 3-2 (1) nr. 6, bokstav b og § 3-8. Forutsetningen er som nevnt ovenfor at kjæledyret er sentralt for å hjelpe den enkelte til en meningsfull fritid og tilværelse. Basert på dette er det Helsedirektoratets tolkning at den nærmere vurderingen av om og i hvilken grad dyrehold og dyrestell omfattes av personlig assistanse og BPA, beror på en konkret skjønnsmessig vurdering.[68]

I gjennomgangen av klagesaker, har vi ett vedtak som hvor denne sistnevnte tolkningsuttalelsen legges til grunn, se sak 3 i punkt 4.2 nedenfor. Her la kommunen til grunn at dyrehold/tømming av kattedo ikke var en tjeneste som var omfattet av personlig assistanse. Ut fra de ovennevnte føringene, la Statsforvalteren i sin prøving av rettsanvendelsen, til grunn at bistand til dyrehold måtte inngå i personlig assistanse i den aktuelle saken. Etter en konkret vurdering av brukerens behov, omgjorde statsforvalteren kommunens vedtak og innvilget ti minutter ekstra assistanse per uke for tømming av kattedo. Vi kommer nærmere tilbake til denne tematikken i kapittel 4.

Når det kommer til omsorgsstønad spesielt, er det særlig ett rundskriv som fremstår som sentralt. Dette er rundskriv I-48/98 om omsorgslønn. Rundskrivet er fra 1998 og tar utgangspunkt i reglene om «omsorgslønn» i lov om sosiale tjenester fra 1993. Kommunens plikt til å ha tilgjengelig et tilbud om omsorgsstønad, har siden ordningen først ble lovfestet blitt videreført i flere senere lover. Fra 1988 var ordningen lovfestet i kommunehelse-tjenesteloven § 1-3, fram til den ble flyttet til sosialtjenesteloven av 1991 § 4-2 bokstav e. Ved vedtakelsen av helse- og omsorgstjenesteloven ble den inntatt i § 3-6, hvor kommunens plikt

[67] Helse- og omsorgstjenesteloven med kommentarer - Helsedirektoratet

[68] Helsedirektoratet - Svar på spørsmål om bistand til dyrehold er nødvendig helse- og omsorgstjeneste

til å ha tilbud om omsorgsstønad til personer med særlig tyngende omsorgsarbeid i dag framgår av nr. 3. (se punkt 3.3.3 ovenfor).

I rundskrivet fra 1998 gis det rettledning om blant annet vurderingen av forsvarlighet, hvilke momenter som er relevante når kommunen skal vurdere om det skal tilbys omsorgsstønad, herunder relevante momenter i vurderingen av om «omsorgsarbeidet er særlig tyngende».

Tatt i betraktning at det aktuelle rundskrivet er om lag 40 år gammelt, er det neppe grunnlag for å hevde at rundskrivet i dag gir uttrykk for *nye* føringer. Selv om reglene om omsorgsstønad i dag har et annet lovgrunnlag, fremstår ikke innholdet i rundskrivet som utdatert. Någjeldende regler viderefører som sagt i stor grad reglene om omsorgslønn som gjaldt da rundskrivet ble utgitt.

Som vi kommer tilbake til nedenfor i punkt 4.3, er det henvist til rundskrivet fra 1998 i flere av klagesaker vi har analysert. Helsedirektoratet har også, så sent som i 2022 og 2023, gitt tolkningsuttalelser til hvordan rundskrivet skal forstås.[69]

I 2022 ga Helsedirektoratet to tolkningsuttalelser til hvordan rundskrivet i 1988 skulle forstås på en rekke punkter, i henholdsvis brev av 3. august 2022 og 28. oktober 2022. Disse uttalelsene ble av enkelte statsforvaltere oppfattet som en praksisendring når det kommer til prøvingen av kommunenes vedtak om omsorgsstønad, og da særlig prøvingen av forsvarligheten av det samlede tjenestetilbudet til brukerne. Vi viser her til omtalen ovenfor i punkt 3.3.3 om Sivilombudets uttalelser i klagesaker som gjelder statsforvalterenes prøving av kommunes vedtak om omsorgsstønad.

Statsforvalteren i Oslo og Viken stilte senere spørsmål til innholdet i direktoratets to tolkningsuttalelser fra 2022, blant annet med henvisning til en uttalelse fra Sivilombudet. Denne henvendelsen ble besvart av Helsedirektoratet i en ny tolkningsuttalelse fra 27. august 2023.[70]

Poenget vårt her er ikke å ta stilling til konklusjonene i de ovennevnte uttalelsene eller sakene, men å vise hvordan de rettslige standardene og kravene utvikles og tolkes fra statens side, og legges til grunn i vurderingen av kommunale vedtak.

[69] Helsedirektoratet, *Statens helsetilsyn - Svar på tolkningsspørsmål til rundskriv 1-42/98 Omsorgslønn,* 3. august 2022 (22/29128-2) og Helsedirektoratet*, Svar på tilleggsspørsmål om forsvarlighetskravets anvendelse i overprøving av saker om omsorgsstønad,* 20. oktober 2022 (22/29128-3).

[70] Helsedirektoratet, *Omsorgsstønad - Rettslige rammer og forholdet til forsvarlighetskravet*, 27. mars 2023 (ref. 22/29128-5).

4 Klagebehandling av vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven

4.1 Innledning

Dette kapittelet tar for seg praksis i statens klagesaksbehandling i enkelte sakstyper etter helse- og omsorgstjenesteloven. Vi gjør først en analyse av en rekke klagesaksvedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven, se punkt 4.2. Deretter redegjør vi for synspunkter om statlig klagesaksbehandling mv. som har kommet frem i intervjuer med statsforvaltere og kommuner, se punkt 4.3. Avslutningsvis gir vi i punkt 4.4 en overordnet analyse og oppsummering av sentrale trekk og funn gjort i de foregående punktene.

4.2 Analyse av klagesaksvedtak

4.2.1 Innledning

I det følgende ser vi nærmere på konkrete klagesaksvedtak om personlig assistanse etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b og BPA etter hol. § 3-8, se punkt 4.2.2, og omsorgsstønad etter hol. § 3-6 nr. 3, se punkt 4.2.3.

For sakstypene som er tema i dette kapittelet, stiller pbrl. § 7-7 krav om at statsforvalter skal legge «stor vekt» på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønnet. Som vi har sett ovenfor i punkt 2.4, innebærer dette i praksis på dette området at statsforvalter kun skal sette til side det frie skjønnet dersom det er «åpenbart urimelig». Med dette signalet, ligger prøvingen i realiteten tett opp til myndighetsmisbrukslæren, som alltid gjelder som en begrensning for forvaltningens skjønnsutøvelse, enten vedtaket treffes av kommunen eller statsforvaltningen. At forvaltningens skjønnsutøvelse holder seg innenfor rammene etter myndighetsmisbrukslæren, kan også prøves av domstolene.

De konkrete vedtakene som beskrives nedenfor, er sendt inn fra tre statsforvalterembeter og fra kommuner som har disse embetene som klageinstans for sine vedtak. Vår gjennomgang av vedtakene har fokus på hvordan statsforvalterne har vurdert hensynet til det kommunale selvstyret, hvilke andre faktorer og hensyn som vektlegges særskilt i vedtakene, og i hvilken grad statlige rundskriv, veiledere, mv. er lagt til grunn i klagesaksbehandlingen. Selve saksforholdene drøftes ikke detaljert, kun om hva saken overordnet dreier seg om. Vi gjør heller ingen vurdering av selve resultatet i saken og tar ikke stilling til om statsforvalternes subsumpsjon, vurderinger av faktiske opplysninger og helsefaglige vurderinger er korrekte i de enkelte sakene. Dette ville kreve inngående kjennskap til dokumentasjonen som vedtakene bygger på, den enkelte brukerens behov og helsefaglige vurderinger.

Vi understreker at siden analysen kun omfatter en håndfull vedtak på hvert område, er det svært begrenset hvilke konklusjoner man kan trekke om statsforvaltningens praksis generelt. Analysen kan likevel gi noen *indikasjoner* på hvordan klagesaksbehandlingen utføres i praksis.

4.2.2 Klagesaker om personlig assistanse/brukerstyrt personlig assistanse

I dette punktet ser vi nærmere på hvordan de tre ovennevnte statsforvalterembetene har behandlet klagesaker som handler om personlig assistanse etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b, og om brukerstyrt personlig assistanse etter hol. § 3-8. Disse sakstypene henger tett sammen. Vi ser på totalt ti vedtak.

Sak 1
Saken gjelder klage på kommunalt vedtak om praktisk bistand etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b. Kommunen innvilget ambulerende tjenester, hjemmetjenester, matombringing, trygghetsalarm, mv. Klager mente at det var flere ting med de innvilgede tjenestene i vedtaket som ikke fungerte, både med hensyn til antallet timer og hvordan tjenestene skulle gjennomføres. Statsforvalteren opprettholdt kommunens vedtak.

I vedtaket vurderer Statsforvalteren om brukeren får oppfylt sin rett til helse- og omsorgstjenester med en forsvarlig standard. Statsforvalteren drøfter de ulike tjenestene kommunen har innvilget, i lys av klagers anførsler og kommunens vurderinger i vedtaket. Statsforvalteren konkluderer med at de tjenestene som leveres, oppfyller kravene til forsvarlige helse- og omsorgstjenester, selv om klager selv ikke opplever tjenestene som optimale og ønsker flere timer bistand. Deretter skriver Statsforvalteren:

> Forutsatt at tjenestetilbudet er forsvarlig, har kommunen fritt skjønn når det gjelder organisering, innhold og omfang av tjenestetilbudet. Vi må ta hensyn til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7.
>
> For vedtak om praktisk bistand, skal vi legge stor vekt på det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. Etter gjennomgang og behandling av saken kan vi ikke se at kommunen har vektlagt usaklige eller utenforliggende hensyn, eller at kommunens skjønnsutøvelse av andre grunner fremstår som urimelig.

Her gjøres altså prøvingen av det frie skjønnet i samsvar med det som følger av pbrl. § 7-7. Det kommunale selvstyret tillegges stor vekt, selv om brukeren ønsket en annen innretning på tjenestene.

Sak 2
Saken gjelder klage på et kommunalt vedtak om både praktisk bistand etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b, og helsetjenester i hjemmet etter samme bestemmelse bokstav a. Kommunen innvilget bistand, men vedtaket ble påklaget av brukeren, som mente de ikke fikk tilstrekkelig antall timer. Statsforvalteren opphevet vedtaket og returnerte saken til kommunen for ny behandling på grunn av saksbehandlingsfeil.

Innledningsvis i vedtaket viser Statsforvalteren til sin myndighet som klageinstans:

> Vi har både rett og plikt til å prøve alle sidene av saken, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7. Vi vurderer synspunktene som kommer frem i klagen, og kan ta opp forhold som ikke er nevnt i den. Bortsett fra i saker om brukerstyrt personlig assistanse (BPA) kan kommunen i utgangspunktet selv vurdere hvordan, og med hvilke tjenester, et behov for nødvendige helse- og omsorgstjenester skal oppfylles. Dette kalles kommunenes frie skjønn (forvaltningsskjønnet). Ved prøving av kommunale vedtak om helsetjenester skal vi legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. For øvrige kommunale vedtak skal vi legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøvingen av det frie skjønn, jf. forvaltningsloven § 34 andre ledd tredje punktum.

I selve saksvurderingen skriver Statsforvalteren at de i utgangspunktet skal vurdere forsvarligheten av tjenestetilbudet, men at de i denne saken har funnet det nødvendig å

vurdere om kommunen har overholdt gjeldende saksbehandlingsregler. Det vises til kravene til saksutredning i fvl. § 17, samt begrunnelsesplikten i fvl. §§ 24 og 25.

Statsforvalteren anser at saken ikke er tilstrekkelig opplyst, og at vedtaket ikke er godt nok begrunnet. Det vises blant annet til at vedtaket beskriver overordnet hva brukeren skal få bistand til, men at det er uklart hvordan tjenestene er organisert, hvem som utfører bistanden, og hvilke konkrete tiltak som gjøres i det daglige, samt at det er uklarheter med hensyn til hvilket timeantall som er innvilget. Statsforvalteren konkluderer blant annet slik:

> Etter vår vurdering er kommunens vedtak mangelfullt begrunnet og saken ikke tilstrekkelig opplyst. Vedtaket mangler en oversikt med vurdering og tidfesting av de enkelte helse- og omsorgstjenestene kommunen utfører overfor [brukeren] i løpet av et døgn/uke.
> (...)
>
> Ettersom vi har kommet til at kommunens vedtak om helse- og omsorgstjenester ikke er gyldig på grunn av saksbehandlingsfeil, tar vi ikke endelig stilling til om kommunen har innvilget helse- og omsorgstjenester med forsvarlig omfang.

Denne saken er et relativt representativt eksempel på saker hvor staten som klageinstans opphever et kommunalt vedtak på grunn av saksbehandlingsfeil, typisk manglende utredning av saken eller mangelfull begrunnelse. Her er det de formelle kravene til saksbehandling etter forvaltningsloven som er av betydning. Det kommunale selvstyret verken skal eller kan tillegges vekt i prøvingen av disse forholdene, og Statsforvalteren trekker derfor heller ikke inn dette i sine vurderinger.

Sak 3

Saken handler om et kommunalt avslag på søknad om BPA etter hol. § 3-8, samt omfanget av personlig assistanse etter § 3-2 nr. 6 bokstav b. Statsforvalteren tok klagen delvis til følge når det gjaldt omfanget av personlig assistanse, og innvilget ti minutter ekstra ukentlig, til tømming av kattedo. Anførsler fra klager om økt bistand til andre tjenester ble ikke tatt til følge da Statsforvalteren anså at kommunens tjenestetilbud lå innenfor forsvarlighetskravet, eller at det var ønsket tjenester som kommunen ikke har ansvar for å tilby. Videre stadfestet Statsforvalteren kommunens avslag på å få assistansen organisert som BPA.

Statsforvalteren drøfter klagerens anførsler og kommer til at kommunens fastsettelse av tjenester er forsvarlig når det kommer til matlaging, praktisk assistanse, personlig stell, rengjøring i hjemmet mv., samt kjøring til helseavtaler.

Når det gjelder bistand til dyrehold, hadde kommunen i sitt vedtak lagt til grunn at tømming av kattedo ikke omfattes av de tjenester kommunen har plikt til å tilby som del av personlig assistanse. Statsforvalteren skriver:

> Vi viser i den forbindelse til Helsedirektoratets brev datert 13.10.23 som omhandler spørsmål om dyrehold er nødvendige helse- og omsorgstjenester. Det går frem at Helsedirektoratets vurdering er at en viss bistand til å ha kjæledyr kan inngå i kommunens ansvar når det gjelder personlig assistanse, herunder blant annet praktisk bistand og BPA, etter hol. § 3-2 (1) nr. 6, bokstav b og § 3-8.

> I hvilken grad kommunen skal bistå med stell av kjæledyr eller annet dyrehold beror på en konkret vurdering. Vurderingsmomenter kan være omstendighetene rundt og omfanget av dyreholdet. Videre kan det ha betydning hvilket dyr det dreier seg om, og hvor lenge vedkommende har hatt dyret. Det er samtidig naturlig å avgrense omfanget mot tjenester som folk ellers ville kjøpt dersom man ikke kan utføre det aktuelle gjøremålet.

Statsforvalteren gjør deretter en konkret vurdering av klagers behov, blant annet med henblikk på hva katten betyr for klagers livskvalitet og mening i hverdagen, og innvilger ti minutter ekstra personlig assistanse for tømming av kattedoen. Dette må forstås som at dette er nødvendig, og at tilbudet ikke ville være forsvarlig dersom dette ikke ble inkludert. Statsforvalteren skriver ellers at kjøring til veterinæravtaler ikke omfattes av de tjenestene kommunen plikter å tilby.

Her legges altså en tolkningsuttalelse fra Helsedirektoratet til grunn for Statsforvalterens vurdering av hva som er forsvarlig tjenestetilbud til den enkelte. I klagesaken handler dette om rettsanvendelse, og hva som er «nødvendig» og «forsvarlig» tjenestetilbud. Statsforvalterens vurdering må her forstås som at kommunen har lagt feil *rettsforståelse* til grunn. Det kommunale selvstyret er dermed ikke et relevant moment å trekke inn her.

Kommunen hadde avslått klagers søknad om å få tjenestene organisert som BPA. Statsforvalteren viser her til at det er innvilget tjenester på totalt 12 timer og 42 minutter i uken, mens terskelen for å ha direkte krav på BPA er minimum 25 timer i uken. Statsforvalteren skriver:

> Det følger av helse- og omsorgstjenesteloven § 3-8 at kommunen også skal ha et tilbud om BPA overfor brukere som ikke oppfyller vilkårene i pasient- og brukerrettighetsloven. Om BPA skal innvilges hører da til kommunens frie skjønn. I saker om BPA skal vi legge stor vekt på det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 første ledd.

Deretter drøfter Statsforvalteren de vurderingene kommunen har gjort i den konkrete saken, og konkluderer slik:

> Etter gjennomgang og behandling av saken kan vi ikke se at kommunen har vektlagt usaklige eller utenforliggende hensyn, eller at kommunens skjønnsutøvelse av andre grunner fremstår som urimelig. Vi vurderer også at hensynet til brukermedvirkning er gjennomgående ivaretatt gjennom kartleggingsbesøk den 04.04.24.

Her vektlegges altså det kommunale selvstyret, etter en prøving i tråd med de forutsetninger som følger av pbrl. § 7-7 med tilhørende forarbeider.

Sak 4

Saken dreier seg om klage på et kommunalt vedtak om brukerstyrt personlig assistanse (BPA). Kommunen hadde redusert antallet timer BPA fra 147 timer per uke til 139 timer per uke, fordi den hadde registrert et underforbruk på gjennomsnittlig 8 timer per uke det siste året. Statsforvalteren omgjorde kommunens vedtak, og innvilget 147 timer BPA per uke.

Et tema i saken er om kommunens tjenestetilbud på 139 timer BPA er forsvarlig i tråd med kravene i pbrl. § 4-1. Statsforvalteren bemerker at kommunen har adgang til å gjøre nye

vurderinger av brukerens behov ved underforbruk av tildelte BPA-timer over tid, og viser overordnet til Helse- og omsorgsdepartementets rundskriv I-9/2015 «Rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA)» som støtte for kommunens handlingsrom.

Statsforvalteren skriver videre at det ikke fremgår av saken hvordan kommunen har beregnet brukerens behov utover det samlede omfanget som er angitt i kommunens vedtak, og at det derfor er vanskelig å fastslå om tjenestetilbudet er forsvarlig. Statsforvalteren konkluderer ikke med hensyn til forsvarligheten.

Statsforvalteren viser videre til klagers anførsler, som i korte trekk går ut på at behovet for 147 timer fortsatt er til stede, og at underforbruket av timer skyldes at pårørende selv har påtatt seg ansvar når assistentene har måttet melde forfall. Deretter skriver Statsforvalteren:

> Forutsatt at tjenestetilbudet er forsvarlig, har kommunen fritt skjønn når det gjelder organisering, innhold og omfang av tjenestetilbudet. Vi må ta hensyn til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7.
>
> For vedtak om BPA skal vi legge stor vekt på det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. Vi skal vurdere om kommunen har vektlagt usaklige eller utenforliggende hensyn, eller om kommunens skjønnsutøvelse av andre grunner fremstår som urimelig.

Statsforvalteren vurderer deretter at reduksjonen i antall timer ikke er faglig begrunnet, knyttet til de opplysningene som er gitt i saken. Statsforvalteren finner at kommunens skjønnsutøvelse fremstår som «urimelig», og omgjør vedtaket. Det synes dermed å være hensynet til brukerens behov som her veier tyngst, ettersom dennes behov er de samme som før, og det ikke foreligger faglige grunner for reduksjonen.

Statsforvalteren har altså sett hen til det kommunale selvstyret i sin vurdering, men har funnet at skjønnsutøvelsen er «urimelig» ut fra brukerens reelle tjenestebehov, slik at skjønnet må overprøves. Vi vil her bemerke at vi stusser på at Statsforvalteren viser til at skjønnsutøvelsen er «urimelig», og ikke bruker begrepet «åpenbart urimelig», jf. det som er sagt om bakgrunnen for inndelingen av pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 i punkt 2.4 ovenfor. Det kan vel også reises spørsmål om man her heller kunne sett på selve forsvarligheten av kommunens tilbud, all den tid brukerens behov synes å være det samme som før.

Sak 5a

Saken gjelder klage på avslag på å få innvilget personlig assistanse organisert som BPA. Kommunen innvilget personlig assistanse på noe under 25 timer etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b, men avslo at dette skulle organiseres som BPA etter hol. § 3-8. Statsforvalteren opphevet først vedtaket etter klage på grunn av manglende saksopplysning og begrunnelse for vedtaket, og sendte saken tilbake til kommunen for ny behandling. Kommunen fattet nytt vedtak med samme resultat, og brukeren påklaget også det nye vedtaket. Statsforvalteren opprettholdt kommunens nye vedtak. Vi ser her på dette vedtaket.

Under et avsnitt om «Aktuelt regelverk» skriver Statsforvalteren blant annet:

> Som hovedregel er det kommunen som skal vurdere og avgjøre hvilken type hjelp de skal gi ut fra tilgjengelige ressurser. Den som har rett på tjenester kan således ikke kreve hvilken tjeneste

> de skal få av kommunen. Unntak gjelder for de som har rett på å få tjenestene organisert som BPA.
>
> Forutsatt at tjenestetilbudet er forsvarlig, kan kommunen i utgangspunktet vurdere hvordan, og med hvilke tjenester, et behov for nødvendige helse- og omsorgstjenester skal oppfylles. Dette kalles det frie skjønnet til kommunen (forvaltningsskjønnet). Statsforvalteren skal ved prøving av kommunale vedtak om helsetjenester legge vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn. For øvrige kommunale vedtak skal klageinstansen legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyre ved prøvingen av det frie skjønn, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 første ledd annet og tredje punktum samt forvaltningsloven § 34 annet ledd tredje punktum. Sistnevnte innebærer at vi bare kan omgjøre kommunens vedtak hvis forvaltningsskjønnet er åpenbart urimelig.

På grunn av saksforholdet og klagers anførsler, er vedtaket forholdsvis omfattende. Vi gjengir her kun sentrale momenter i lys av temaet for vår utredning. Statsforvalteren presiserer blant annet følgende:

> Kommunen står relativt fritt til å utforme et tjenestetilbud som dekker den enkeltes behov for nødvendige og forsvarlige tjenester. Det er kommunen som i hovedsak skal vurdere og avgjøre hvordan tjenestene skal organiseres og utmåles, så lenge valget av tjenesteform er forsvarlig. Vi skal som nevnt ikke vurdere om tilbudet er optimalt, men om det er tilstrekkelig og forsvarlig.

Statsforvalteren drøfter de ulike tjenestene som er tildelt, og konkluderer etter en helhetsvurdering med at det er «godtgjort at omfanget på de timene du er tildelt, om du benytter deg av dem, vil gi deg nødvendige og forsvarlige helse- og omsorgstjenester.»

Deretter drøfter Statsforvalteren klagers ønske om at tjenestene skal organiseres som BPA, selv om timeantallet er under minstekravet for at det foreligger en ubetinget rett til dette. Statsforvalteren skriver blant annet:

> I denne saken har kommunen gjort rede for hvorfor de mener du ikke skal ha tjenestene organisert som BPA etter helse- og omsorgstjenesteloven § 3-8. Kommunen har i sin vurdering sagt at det er viktig at det skjer en utprøving av andre kommunale tjenester før en kan sikre at en BPA-ordning vil dekke ditt behov mest mulig effektivt og hensiktsmessig. Når brukeren ikke har rettskrav på BPA, og tjenestene som er tildelt er forsvarlige, har ikke Statsforvalteren anledning til å overprøve kommunens vurdering med mindre vedtaket fremstår som åpenbart urimelig. Det vil da primært være opp til kommunens forvaltningsskjønn å vurdere hvordan tjenestene skal organiseres.
>
> Kommunen har vurdert at det er mest formålstjenlig hva gjelder bruk av dine timeressurser at tjenesten organiseres som ordinære kommunale tjenester. Statsforvalteren finner her ikke grunnlag for å kunne overprøve kommunens vurdering siden det ikke fremkommer opplysninger som tilsier at vurderingene til kommunen er feilaktige eller mangelfulle. Vi kan heller ikke se at kommunens avslag er åpenbart urimelig.

Det er etter dette klart at Statsforvalteren her legger vekt på det kommunale selvstyret i tråd med kravene som følger av pbrl. § 7-7.

I etterkant av sitt vedtak, mottok Statsforvalteren imidlertid nye opplysninger fra klager, som førte til at de omgjorde sitt vedtak. Vi ser på dette i sak 5b.

Sak 5b
Saken er en fortsettelse av saken omtalt som sak 5a. I den påfølgende saken omgjorde Statsforvalteren sitt vedtak og tok klagen til følge, slik at også kommunens vedtak ble omgjort. Statsforvalteren innvilget totalt 43 timer BPA i uken.

Bakgrunnen var at brukeren i etterkant av Statsforvalterens vedtak i sak 5a, ba kommunen om en fornyet vurdering av saken. Brukeren begrunnet dette med at Statsforvalterens avgjørelse var basert på uriktig faktisk grunnlag som ikke var i tråd med den aktuelle situasjonen. Tidligere hadde klager søkt om 59 timer i uken som BPA, og etter en endring i helsesituasjonen var dette oppjustert til 64 timer i uken. Kommunen kom til at det ikke forelå nye opplysninger, og fant ikke grunnlag for å vurdere saken på nytt. Brukeren henvendte seg derfor til Statsforvalteren.

Statsforvalteren har også i dette vedtaket en lengre gjennomgang av aktuelt regelverk, og viser blant annet til hva som ligger i forsvarlighetskravet, kommunens frihet til å organisere tjenester, hensynet til kommunalt selvstyre, kravene for å få innvilget BPA, krav til brukermedvirkning og saksutredning, mv.

I selve saksvurderingen skriver Statsforvalteren at det er enighet om at brukeren oppfyller kravene for å få hjelp etter pbrl. § 2-1, men at det er uenighet om hva brukeren har rett på hjelp til, hva omfanget av hjelpen skal være, og hvordan hjelpen skal organiseres. Statsforvalteren skriver deretter:

> Kommunen står relativt fritt til å utforme eit tenestetilbod som dekker den enkelte sitt behov for naudsynte og forsvarlege tenester. Dette gjeldt der i mot ikkje for dei som har rettskrav på ei gitt, spesifikk tenesteform. Det er kommunane som hovudsakleg skal vurdere og avgjere korleis tenestene skal organiserast og fastsetjast, så lenge valet av tenesteform er forsvarleg.
>
> (...)
>
> Statsforvaltaren har vurdert situasjonen ut frå dei opplysningane som ligg føre. Det vi vurderer er ikkje kva som er den ideelle løysinga for deg, men kva som er innanfor eit minimum av tenester som er forsvarlege, og som kommunen er plikta til å yte.

Statsforvalteren drøfter først om den hjelpen som kommunen har innvilget, er av riktig omfang. Statsforvalteren viser til klagers beskrivelser av sin situasjon. De skriver at de i sin forrige vurdering ikke var oppmerksom på en del av de forholdene og spesielle behovene som klager beskriver, og skriver blant annet:

> Det er altså ikkje samsvar mellom dei nyaste kartleggingane av din funksjon, og tildelte tenester. Vår vurdering er at dei tenestene som blir gjevne ikkje er i eit tilstrekkeleg, forsvarleg omfang til å dekke dine behov.

Deretter drøftes ulike uttalelser/vurderinger av klagers helse, samt brukermedvirkningen i saken. Statsforvalteren konkluderer slik:

> Etter ei heilskapleg vurdering har Statsforvaltaren kome fram til at det er fleire sentrale omsyn som ikkje er vektlagt av kommunen i denne saka. Vidare er det gjort fleire sakshandsamingsfeil som kan ha hatt betydning for utfallet. Kommunen har mellom anna ikkje tatt tilstrekkeleg omsyn til at din helsesituasjon har forverra seg, og konsekvensane det kan få om du blir

> overbelasta. Vi har og lagt vekt på at tenestene skal kunne *førebyggje ytterlegare* helseplager. Statsforvaltaren vurderer at den tildelte tenesta er openbart urimeleg, og ikkje tråd med krava til med krava til at helse- og omsorgstenestene skal vere forsvarlege, jf. helse- og omsorgstenestelova § 4-1. Vedtaket er difor ugyldig, jf. forvaltningslova § 41.

Statsforvalteren tar så stilling til hvilket tjenestetilbud klager skulle ha hatt. Det fremgår av vedtaket at de mener det er vanskelig å fastslå nøyaktig hvor mange timer det bør være, på grunn av at saken ikke er godt nok utredet og begrunnet fra kommunens side. Statsforvalteren mener likevel at saken er godt nok opplyst til at de kan endre omfanget til et minimum som de ser at brukeren har behov for. Det tas utgangspunkt i det behovet brukeren selv har angitt, og opplysninger ellers i saken. Statsforvalteren skriver at:

> Vår vurdering er at det er forsvarleg å prøve ut eit mindre timetal enn det du ønskjer. Som tidlegare nemnt skal vi ikkje vurdere kva som er den ideelle tenesta for deg, men kva som er innafor tilstrekkeleg og forsvarleg.

Det innvilges totalt 43 timer som skal dekke brukerens behov for tjenester som vanligvis faller innenfor hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b.

Deretter drøfter Statsforvalteren om tjenestene skal organiseres som BPA, og konkluderer med at brukeren har rett til å få tjenestene organisert slik.

Ettersom Statsforvalteren legger til grunn at saksbehandlingskravene ikke var overholdt, samt at det tilbudte tjenestenivået ikke var å anse som forsvarlig, blir ikke det kommunale selvstyret et tema i disse vurderingene.

Sak 6

Saken gjelder klage på en kommunes utmåling av timer til BPA etter hol. § 3-8. Brukeren hadde tidligere hatt 45,5 timer i uken, og i ny tilmåling var på 33 timer. Statsforvalteren opphevet vedtaket og sendte saken tilbake til kommunen for ny behandling.

I gjennomgangen av aktuelt regelverk for klagesaken viser Statsforvalteren blant annet til at:

> Som hovudregel er det kommunen som skal vurdere og avgjere kva type hjelp den skal gi, ut fra tilgjengelege ressursar. Om hjelpa vert vurdert som forsvarleg, er valet av tenesteform i utgangspunktet eit spørsmål som ligg innafor kommunen sitt frie skjønn. Statsforvaltaren skal ved prøving av kommunale vedtak om helsetenester, legge vekt på omsynet til det kommunale sjølvstyret ved prøvinga av det frie skjønnet, jf. pasient- og brukarrettslova § 7-7 første ledd, annet punktum. For andre kommunale vedtak skal det leggast stor vekt på dette omsynet, jf. forvaltningslova § 34 andre ledd. Dette inneber at vi berre kan gjere om kommunen sitt vedtak dersom dette forvaltningsskjønnet er openbert urimeleg.

Hovedspørsmålet i saken er i utgangspunktet om reduksjonen fra 45,5 timer til 33 timer BPA fortsatt innebærer et forsvarlig tjenestetilbud. Statsforvalteren finner at de ikke kan ta stilling til dette, fordi kommunens vedtak ikke er tilstrekkelig utredet og begrunnet. Statsforvalteren skriver blant annet:

> Kommunen har vist til si tenestebeskriving når den ikkje har gitt deg meir timar til å dekke behovet for sosialt samvær og meiningsfulle aktivitetar. Den har ikkje synleggjort si vurdering av

> ditt konkrete behov for hjelp. Kommunen står fritt til å utarbeide tenestebeskrivingar. Vi peikar likevel på at ved tildeling av helse- og omsorgstenester, så skal det gjerast ei individuell og konkret vurdering i kvart enkelt tilfelle. Tenestebeskrivinga kan berre være retningsgivande for kommunen sine vedtak.
>
> Vi saknar at kommunen i større grad synleggjer sin vurdering av kvifor den meiner at du ikkje har behov for følge til dei ulike aktivitetane, og at du ikkje har meir behov for sosialt samvær og meiningsfulle aktivitetar. Mangel på konkrete og individuelle vurderingar i denne samanhengen er å sjå på som ein saksbehandlingsfeil som kan ha hatt innverknad på utfallet av saka.

Statsforvalteren opphever derfor vedtaket og sender det tilbake for ny behandling. Det kommer tydelig frem at det er brudd på saksbehandlingsreglene som er grunnlaget for opphevingen, og utheves i vedtaket at det ikke er tatt stilling til realiteten i saken:

> Det er dei mangelfulle opplysningane i saka som ligg til grunn for denne avgjerda. **Statsforvaltaren har ikkje tatt stilling til om det skal ytast hjelp, og eventuelt i kva omfang.** Kommunen må utgreie saken nærare, innhente ytterlegare informasjon og vurdere saken på nytt. Til den nye behandlinga bør dei faktorane som det er peikt på ovanfor, undersøkast og vurderast nærare.

Ettersom det er saksbehandlingskravene som ikke anses overholdt, er det kommunale selvstyret ikke et relevant moment å vektlegge i vurderingen.

Sak 7

Saken gjelder et kommunalt vedtak om avslag på søknad om støttekontakt etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b. Kommunen kom i sitt vedtak til at vilkårene for å få innvilget støttekontakt til et 5 år gammelt barn ikke var oppfylt, og at avslag på søknaden ikke var i strid med hensynet til barnets beste. Statsforvalteren stadfestet kommunens vedtak.

Statsforvalteren viser innledningsvis kort til at deres myndighet i klagesaker følger av pbrl. § 7-7.

I gjennomgang av relevant regelverk, viser Statsforvalteren til at det følger av forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven, Prop. 91 L (2010–2011), at formålet med en støttekontakt er å hjelpe en person til å ha en aktiv og meningsfylt fritid. Statsforvalteren gjør en konkret vurdering av det berørte barnets behov for støttekontakt, og skriver blant annet:

> Vi er enig med kommunen i at det ikke er uvanlig at foreldre må følge sine barn på fem år på fritidsaktiviteter, også der barnet er funksjonsfriskt.
>
> (...)
>
> Vi er derfor enig i kommunens vurdering av at dere i dag ikke har rett på støttekontakt. Vi er samtidig også enig med kommunen i at dette kan endre seg ettersom [barnet] blir eldre, hvis [barnets] helsetilstand endrer seg o.l.

Det kommunale selvstyret og kommunens rett til å organisere tjenester er ikke et særskilt tema i saken, da den i hovedsak handler om hvorvidt barnet har rett på støttekontakt eller ikke. Det

fremgår imidlertid tydelig av vedtaket at Statsforvalter har sett hen til kommunens vurderinger av denne retten, og vises klart at man er enig med kommunen.

Sak 8
Saken dreier seg om klage på kommunalt vedtak hvor kommunen reduserte omfanget av BPA fra 90 til 45 timer i uken, etter hol § 3-8. Statsforvalteren stadfestet kommunens vedtak.

Selv om Statsforvalteren opprettholder kommunens vedtak, har de flere merknader til kommunens håndtering av saken og hvordan kommunen tolker og følger opp regelverket. Statsforvalteren skriver blant annet:

> Vi mener at kommunen har gjort en feil vurdering av enkelte av dine rettigheter. Kommunen viser i høy grad til egne normer og retningslinjer i utmålingen av bistandstid. Kommunen kan ikke ha en kommunal norm for tjenester som begrenser omfanget av bistandstid og som ikke legger opp til konkrete forsvarlighetsvurderinger på omfanget som begrunnes i vedtak, noe kommunen har i denne saken. Med dette mener vi blant annet tildeling av tid til personlig hygiene, rengjøring osv. Vi mener at dette er en saksbehandlingsfeil av kommunen. Alle helse- og omsorgstjenester må vurderes konkret for den det gjelder, opp mot vedkommende sin helsetilstand, fungering og behov, og opp mot personens rett til nødvendig og forsvarlig helse- og omsorgshjelp etter pasient- og bruker-rettighetsloven §§ 2-1 og 2-1 d og helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1.
>
> Kommunen mener også at det ikke er en kommunal oppgave å sørge for vedlikehold av bil og snømåking. Vi er uenig i dette. I Helsedirektoratets tolkningsuttalelse av 07.11.2016, skriver direktoratet at praktisk bistand omfatter hjelp til alle dagliglivets praktiske gjøremål i hjemmet og i tilknytning til husholdningen. Eksempler som er nevnt er hjelp til innkjøp og tilberedning/levering av mat, vask av klær, rengjøring av bolig og nødvendig fjerning av snø. Rengjøring som kan være praktisk bistand, og da kommunens ansvar etter en konkret vurdering er det som inngår i alminnelig og nødvendig husarbeid og rengjøring, inkludert vindusvask. Dette vil også gjelde for helt nødvendig rengjøring av bil/heis, etter de vurderingene som skisseres i brevet av 07.11.2016.
>
> (...)
>
> I tillegg legger vi til at Helsedirektoratet i sin tolkningsuttalelse av 13.10.2023 har kommet til at «*en viss bistand til å ha kjæledyr kan inngå i kommunens ansvar når det gjelder personlig assistanse og BPA*», etter en nærmere vurdering som er beskrevet i det brevet. Det er derfor også feil av kommunen at den kategorisk avviser at dette kan inngå i kommunens ansvar.

Vi vil bemerke at det er klart at kommunen innenfor grensene for det forsvarlige, har stort rom til å organisere tjenestetilbudet på den måten de mener er hensiktsmessig, blant annet i lys av kommunens tilgjengelige ressurser. I lys av dette må kommunen også kunne ha en form for retningslinjer, men dette må da være som et hjelpeverktøy. Det sentrale som Statsforvalteren påpeker i sitt vedtak, er at kommunen ikke kan legge til grunn egne normer «som ikke legger opp til konkrete forsvarlighetsvurderinger på omfanget som begrunnes i vedtak» eller «som sier at kommunen ikke gir former for praktisk bistand som en kommune er pliktet å gi.» Slike normer vil bryte med lovverket, og er dermed heller ikke noe som ligger innenfor kommunens frie skjønn eller det kommunale selvstyret.

Ellers ser vi av sitatet ovenfor at det vises til to tolkningsuttalelser fra Helsedirektoratet med hensyn til hva som kan inngå i kommunens ansvar. Statsforvalteren peker her i hovedsak på at det ikke er riktig av kommunen å kategorisk avvise at enkelte typer tjenester inngår i dette ansvaret.

Statsforvalteren skriver også at det som fremgår av kommunens vedtak, i hovedsak er hva søkeren selv vurderer om sitt behov og kommunens avgjørelser, men i liten grad hvordan kommunen har vurdert og begrunnet vedtaket. Statsforvalteren finner likevel at de kan vurdere saken samlet sett. Deretter drøfter Statsforvalteren brukerens behov og kommunens tilbud, og konkluderer med at tilbudte 45 timer er forsvarlig.

Sak 9
Saken gjelder klage på kommunalt vedtak hvor det ble innvilget praktisk bistand etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b i form av hjelp til å bestille matvarer på nettet, men avslag på hjelp til å handle varer i butikk. Statsforvalteren stadfestet kommunens vedtak.

I klagesaksvedtaket viser Statsforvalteren kort til at deres myndighet i klagesaker følger av pbrl. § 7-7. Videre vises det til at praktisk bistand etter hol § 3-2 nr. 6 bokstav b «omfatter hjelp til alle dagliglivets praktiske gjøremål i hjemmet og i tilknytning til husholdningen, inkludert handling av matvarer.» Statsforvalteren tar deretter stilling til om kommunens tilbud om hjelp til å bestille varer på nettet er forsvarlig. I denne forbindelse vises det i vedtaket til en tolkningsuttalelse fra Helsedirektoratet:

> Hjelp til handling er praktisk bistand som kommunen etter en konkret vurdering skal innvilge den enkelte. I Helsedirektoratets tolkningsuttalelse av 07.11.2016[71] står det at:
>
> > «For brukere som bor i nærheten av en matvareforretning som tilbyr utkjøring, vurderer Helsedirektoratet at det som hovedregel ikke vil være i strid med regelverket om kommunen henviser brukeren til å benytte seg av dette. Ved behov vil kommunen i slike tilfeller kunne være forpliktet til å bistå med bestilling mv. For personer som ut fra alder, livsfase eller andre forhold har et rimelig ønske om selv å kunne dra til butikken, vil kommunen også kunne være forpliktet til å yte bistand til det.»

Deretter drøfte Statsforvalteren kort forsvarligheten av tilbudet om hjelp til å bestille varer i lys av dette, og skriver blant annet:

> Her vil også kommunen kunne vurdere om din helsetilstand er i en slik forverring nå at det er risiko for at det ikke lenger er mulig for deg å bestille matvarer på denne måten, og om du må få hjelp til dette på andre måter. Men ut fra informasjonen i saken pr. i dag, vurderer vi at det sannsynligvis vil være forsvarlig for deg å bestille matvarer på den måten, med opplæring fra kommunen.

Kommunens rett til å organisere tjenestetilbudet innenfor rammene av forsvarlighetskravet, eller hensynet til det kommunale selvstyret drøftes ikke konkret.

[71] Spørsmål vedrørende normtider for omsorgstjenester i hjemmet - Svar fra Helsedirektoratet 2017

4.2.3 Klagesaker om omsorgsstønad

I dette punktet ser vi nærmere på hvordan statsforvaltere har behandlet et utvalg klagesaker som handler om omsorgsstønad etter hol. § 3-6 nr. 3. Flere av sakene vi har mottatt fra kommuner og statsforvaltere, omhandler andre typer av pårørendestøtte enn omsorgsstønad. Dette prosjektet er avgrenset til klagesaker som helt eller delvis gjelder omsorgsstønad, og hvor statsforvalterne i klagevedtaket tar stilling til klager på avslag eller utmåling av omsorgsstønad. I det følgende ser vi på totalt seks klagesaker om omsorgsstønad.

Sak 1

Den første saken gjelder et kommunalt avslag på omsorgsstønad til pårørende for oppgaver og bistand til dagligdagse gjøremål som husarbeid, matlaging og andre sosiale, helserelaterte og praktiske gjøremål. Statsforvalteren opphevet kommunens vedtak.

Basert på kommunens vurdering av søkers omsorgsbehov, valgte kommunen å innvilge visse former for helse- og omsorgstjenester direkte, fremfor å innvilge pårørendestøtte i form av omsorgsstønad. Søker fikk samtidig med avslaget på søknaden om omsorgsstønad, innvilget andre tjenester fra kommunen til å ivareta nødvendige behov for bistand til daglige gjøremål og behov for å ivareta egen helse. Dette omfattet tre timers personlig assistanse (støttekontakt) til sosial deltakelse og personlig assistanse til oppføring i daglige gjøremål, samt visse helsetjenester i hjemmet.

Søker påklaget forsvarligheten av det tjenestetilbudet som ble innvilget av kommunen og avslaget på omsorgsstønad til pårørende.

Med henvisning til pasient- og brukertjenesteloven § 7-7, skriver Statsforvalteren innledningsvis i klagevedtaket at kommunen, bortsett fra i saker om brukerstyrt personlig assistanse, i utgangspunktet selv vurdere hvordan, og med hvilke tjenester et behov for nødvendig helse- og omsorgstjenester skal oppfylles og at dette kalles «kommunens frie skjønn». Videre pekes det på at statsforvalteren ved prøving av kommunale vedtak om helsetjenester skal legge vekt på hensynet til kommunale selvstyre ved prøving av det frie skjønn, og i prøvingen av andre vedtak «stor vekt på» på det kommunale selvstyret.

Når det gjelder den konkrete klagen, skriver Statsforvalteren at rammen for prøvingen av de to klagegrunnene er om kommunens innvilgede tjenester var «forsvarlig» etter helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, og om avslaget på søknad om omsorgsstønad var åpenbart urimelig. På grunnlag av opplysningene i saken om brukerens omsorgsbehov, kom Statsforvalteren til at kommunens tilbudte tjenester ikke var forsvarlige, og opphevet kommunens vedtak på dette grunnlaget. I sin oppsummering skriver Statsforvalteren:

> Kommunen har ikke plikt til å tilby omsorgsstønad, men ved avslag på søknad om omsorgsstønad har kommunen likevel plikt til å avklare bistandsbehovet og tilby helse- og omsorgstjenester som dekker bistandsbehovet til (...) med forsvarlig omfang. På bakgrunn av opplysningene i saken er det vår vurdering at kommunens tilbud om helsehjelp per i dag ikke er tilstrekkelig til å ivareta (...) bistandsbehov med en forsvarlig standard. Kommunen må foreta en ny gjennomgang med individuelle og konkrete vurderinger av bistandsbehovet til (...) og vise hvordan bistandsbehovet dekkes med kommunens tilbud om helse- og omsorgstjenester med forsvarlig omfang. Vi vurderer herunder at (...) sitt behov for tilsyn, tilstedeværelse, praktisk bistand og mat tilberedelse ikke synes å være dekkende med en forsvarlig standard.

Videre skriver Statsforvalteren at vedtaket oppheves og sendes tilbake til kommunen for ny behandling, siden kommunen har best oversikt over sitt tjenestetilbud og har stor frihet til å organisere sine tjenester så lenge tjenestetilbudet er forsvarlig. Ettersom den første klagegrunnen førte frem, ble det ikke gjort noen nærmere vurdering av hvorvidt avslaget på omsorgsstønad var «åpenbart urimelig».

Det å avgjøre hva som er nødvendig helsehjelp, eller hva som er forsvarlige tjenester i det enkelte tilfelle, er rettsanvendelse. Denne saken er først og fremt et eksempel på at kommunen og Statsforvalteren, basert på opplysningene i saken, har ulike vurdering av de faktiske forholdene – i denne saken brukerens omsorgsbehov. Sitatet nedenfor gir et eksempel på dette:

> Kommunen skriver i sitt vedtak at det ikke er grunnlag for å konkludere med at (...) har behov for bistand til å lage mat. På bakgrunn av opplysningene i saken er det vår vurdering at det kommer tilstrekkelig klart fram at (...) har behov for bistand til å lage mat.

Sakens illustrerer også at Statsforvalteren, med henvisning til rundskriv, har en annen vurdering av hva som kan være omfattet av «nødvendig» helse- og omsorgshjelp. Statsforvalteren skriver:

> Vi ser at kommunen videre vurderer at bistand til matlaging heller ikke er å anse som en nødvendig helse og omsorgstjeneste. Vi er ikke enig i denne vurderingen og viser til rundskriv I-42/ 98, hvor det blant annet står følgende (vår understreking):
>
> > «Det er ikke alle former for omsorgsarbeid som bør gi grunnlag for [omsorgsstønad]. Det bør være en føresetnad at søkjaran utfører omsorgsarbeid som ellers ville høre under helse- eller sosialtenesta i kommunen. Omsorgsarbeid som det bør gis [omsorgsstønad] for, er til dømes hjelp til personleg pleie som kroppsvask og matlaging, nødvendig hjelp til praktiske oppgåver som innkjøp, matlaging og reingjering og generelt tilsyn.»»

Det aktuelle rundskrivet fra 1998, som det vises til i klagevedtaket, har vi omtalt ovenfor i punkt 3.4.

Oppsummeringsvis er saken et eksempel på at Statsforvalteren prøver kommunens generelle lovtolking og subsumpsjon (anvendelsen av regelen på faktum) under forsvarlighetskravet. Saken illustrerer i den forbindelse at kommunen og Statsforvalteren, har ulike syn på de faktiske forholdene i saken.

Sak 2

Den andre saken gjelder søknad om omsorgsstønad til pårørende foreldre for omsorgsoppgaver for et barn i ungdomsskolealder som tidvis hadde hjemmeundervisning på grunn av skolevegring. Barnet hadde også sosiale utfordringer samt søvnutfordringer.

Kommunen avslo søknaden utfra en vurdering av at de fleste omsorgsoppgavene som ble oppgitt, etter kommunens syn, ikke kunne betegnes som særlig tyngende omsorgsoppgaver i lovens forstand. Kommunen anså at de måtte regnes som oppgaver som faller inn under foreldres omsorgsplikt som foreldre og/eller oppgaver som inngår i det ordinære hushold.

Kommunens vedtak ble opphevet av Statsforvalteren på grunnlag av saksbehandlingsfeil, og det ble dermed ikke gjort en nærmere vurdering av kommunens avslag på omsorgsstønad.

Det ble for det første lagt til grunn at kommunen ikke i tilstrekkelig grad hadde vurdert hensynet til barnets beste i tråd med Barnekonvensjonen art. 3 nr. 1. Det ble videre lagt til grunn at kommunen ikke i tilstrekkelig grad hadde lagt til rette for at barnet kunne uttale seg i saken, i tråd med Barnekonvensjonen art. 3 nr. 12. Om dette skriver Statsforvalteren:

> Slik vi ser det, er kommunens vurdering av barnets beste noe mangelfullt, og vi sikter da særlig til manglende uttalelse fra (...) og (...). Vi forstår det slik at det er dere foreldre som ikke har ønsket at kommunen skal snakke med (...). Det er ingen opplysninger som tilsier at (...) ikke skulle kunne uttale seg i saken. Vi ønsker å bemerke at barn ikke har plikt til å uttale seg, men det skal tilrettelegges av kommunen for at de får en mulighet til det. Vi har etter en helhetlig vurdering kommet frem til at kommunen ikke i tilstrekkelig grad har overholdt barnevernkonvensjonen artikkel 3 nummer 1 og 12.

For det andre la Statsforvalteren til grunn at saken var mangelfullt utredet etter forvaltningsloven § 17 og at vedtaket var mangelfullt begrunnet etter forvaltningsloven § 25. Ettersom kommunens vedtak i denne saken ble opphevet på grunnlag saksbehandlingsfeil som kan, og skal, prøves fullt ut av Statsforvalteren, reiser ikke saken spørsmål om prøvingen av det frie skjønnet. Det kommunale selvstyret er ikke relevant når statsforvalter prøver saksbehandlingen.

Vi kan merke oss at Statsforvalteren i klagevedtaket også gir generell informasjon om hvilke forventninger som stilles til saksbehandlingen i saker som gjelder søknad om omsorgsstønad:

> *Generell informasjon om saksbehandlingen i saker som gjelder omsorgsstønad*
> Før en kommune fatter vedtak om omsorgsstønad må kommunen som hovedregel kartlegge konkret og detaljert hva omsorgsyteren bistår pasienten/brukeren med i løpet av døgnet/ uken. Også psykisk omsorgsarbeid i form av veiledning, motivering, psykisk støtte, tilsyn/ tilstedeværelse og lignende må tas med i vurderingen.
>
> Nærmere bestemt må vedtak om omsorgsstønad inneholde en oversikt med kartlegging, vurdering og tidfesting (målt i timer per døgn og/eller uker) av:
>
> 1. Hvilke omsorgsoppgaver yter omsorgsyteren overfor pasienten/brukeren, og hvor lang tid tar hver av disse omsorgsoppgavene?
> 2. Hvilke av disse omsorgsoppgavene er nødvendige?
> 3. Hvilke av omsorgsoppgavene er særlig tyngende?
>
> Deretter må kommunen vurdere hvordan det eventuelle behovet for pårørendestøtte skal dekkes med helse- og omsorgstjenester med forsvarlig omfang.

Vi oppfatter ovennevnte som veiledning rettet både mot kommunens nye behandling av den aktuelle saken, men også rettet mot fremtidige saker mer generelt. Vi kan ikke se at Statsforvalterens generelle informasjon, gjengitt overfor, går utover signalene i forarbeidene og det som ellers er nødvendig å klarlegge for å ta stilling til om lovens vilkår for pårørendestøtte er oppfylt.

Sak 3
Den tredje klagesaken gjelder utmåling av omsorgsstønad. Saken gjelder klage på kommunens vedtak om å innvilge omsorgsstønad til pårørende (ektefelle) med 2 timer per uke for bistand til en eldre kvinne med sterkt nedsatt syn. Den pårørende ektefellen var selv uføretrygdet. I vedtaket truffet av kommunen ble det blant annet vist til at kriteriene for omsorgsstønad var politisk vedtatt i kommunen. Søkeren påklaget utmålingen (antallet timer i uken) til Statsforvalteren.

Statsforvalteren opphevet vedtaket på grunnlag av manglende utredning og begrunnelse. Statsforvalteren skriver i oppsummeringen:

> Samlet vurderer vi ut fra dette at kommunen ikke har kartlagt og vurdert omfanget på det særlig tyngende omsorgsarbeidet du har for din kone på en forsvarlig måte. Dette gjør det er ikke mulig for oss å vurdere saken. På denne bakgrunn opphever vi kommunen sitt vedtak og sender saken tilbake til kommunen for ny vurdering.

Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av vedtaket, oppfatter vi oppsummeringen dit hen, at kommunens vedtak ble opphevet på grunnlag av saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven § 17 og/eller §§ 24 og 25.

I klagevedtaket påpeker Statsforvalteren at omsorgsstønad ikke er en rett på linje med andre tjenester, og at det er større rom for kommunalt skjønn i saker som gjelder omsorgsstønad. Med henvisning til rundskriv I-48/98, viser Statsforvalteren til hvilke forhold kommunen må vurdere når det treffes vedtak i saker som gjelder søknad om omsorgsstønad, herunder om omsorgsarbeidet er særlig tyngende, om omsorgsoppgavene som utføres er nødvendige omsorgsoppgaver, om omsorgsstønad er det beste for den som trenger hjelp og kommunen sine ressurser.

Med henvisning til samme rundskriv legger Statsforvalteren til grunn at nedsatt funksjonsevne hos omsorgsyter er relevant i vurderingen av om omsorgsarbeidet er særlig tyngende. Med det som utgangspunkt, peker Statsforvalteren på flere forhold som ikke er tilstrekkelig vurdert av kommunen i saken. Når det kommer til kommunens egne retningslinjer, skriver Statsforvalteren:

> Vi legger eller til at kommunen i stor grad viser til egne kommunale retningslinjer i utmåling av omsorgsstønad. Kommunen har et ikke ubetydelig skjønn ved utmåling av omsorgsstønad. Men kommunen må 1) gjøre en helt konkret vurdering av hvor mye særlig tyngende omsorgsarbeid du har som begrunnes og 2) bygge utmålingen på av omsorgsstønad å konkrete vurderinger basert på lovverket og nasjonalt rundskriv, ikke på generelle retningslinjer i kommunen.

Vi oppfatter klagevedtaket dit at Statsforvalteren mener at kommunen legger egne retningslinjer til grunn for utmåling av omsorgsstønad, uten å ha foretatt tilstrekkelige vurderinger etter blant annet helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6. Ettersom kommunes vedtak ble opphevet på grunnlag av mangelfull utredning, reiser ikke saken spørsmål om vektleggingen av det kommunale selvstyret.

Sak 4
Den fjerde klagesaken gjelder blant annet klage på avslag på søknad om omsorgsstønad til foreldre for daglig bistand til et barn med flere utfordringer og diagnoser.

Foreldrene hadde tidligere fått innvilget omsorgsstønad med 7 timer i uken av kommunen. Ved nytt vedtak vurderte kommunen det som mest hensiktsmessig å tilby andre former for avlastning enn omsorgsstønad. Kommunen innvilget avlastning i form av støttekontakt.

Statsforvalteren *omgjorde* kommunens vedtak om å ikke tilby omsorgsstønad, og innvilget 7 timer omsorgsstønad per uke, i tråd med kommunens tidligere vedtak.

I klagevedtaket skriver Statsforvalteren, med henvisning til pasient- og brukerettighetsloven § 7-7 og forvaltningsloven § 34, at klageorganet på områder hvor kommunen er innrømmet et forvaltningsskjønn, bare kan omgjøre eller oppheve kommunes vedtak dersom utøvelsen av det frie skjønnet er «åpenbart urimelig». Om prøvingen av kommunens avslag på omsorgsstønad, oppsummerer Statsforvalteren rammene for prøvingen på følgende måte:

> Omsorgsstønad er ikke en rettighet på lik linje med andre tjenester. Det kan likevel foreligge en situasjon som gjør det åpenbart urimelig av kommunen og ikke yte omsorgsstønad. Problemstillingen vi skal vurdere er om kommunens skjønnsutøvelse er åpenbart urimelig.

Etter en samlet vurdering av opplysningene i saken kommer Statsforvalteren til at kommunens skjønnsutøvelse fremstår som «åpenbart urimelig». Det legges blant annet vekt på at opplysningene i saken, etter Statsforvalterens syn, ikke tilsier at situasjonen hadde endret seg siden kommunens tidligere vedtak om å innvilge 7 timer omsorgsstønad i uken, og at barnet på det aktuelle tidspunktet ikke var klar for avlastning i form av støttekontakt. Samtidig peker Statsforvalteren på at støttekontakt kan være aktuelt på sikt, men at det burde skje en gradvis tilvenning. Dette handler i stor grad om faglige vurderinger basert på hvordan Statsforvalteren bedømmer de faktiske forholdene i saken.

Videre legger Statsforvalteren vekt på at kommunen ikke hadde tatt tilstrekkelig hensyn til barnets behov for omsorg fra sine foreldre, og at barnets rett til å uttale seg ikke var ivaretatt av kommunen i tråd med barnekonvensjonen. Statsforvalteren peker også på saksbehandlingsfeil, nærmere bestemt at kommunen ikke hadde lagt stor nok vekt på foreldrenes mening slik de har plikt til etter pasient- og brukerrettsloven § 3-1 andre ledd.

Saken er et eksempel på at det Statsforvalteren selv angir som utgangspunkt for prøvingen av det frie skjønn, om vedtaket er «åpenbart urimelig», ligger innenfor rammen av det Statsforvalteren kan prøve etter pasient- og brukerettighetsloven § 7-7. Samtidig ser vi at det i begrunnelsen også peker på saksbehandlingsfeil, før det konkluderes med at Statsforvalteren etter en samlet vurdering er «kommet til at vedtaket fremstår som åpenbart urimelig». Klagevedtaket fremstår slik sett som noe «uryddig», ettersom det ikke skilles klart mellom prøvingen av saksbehandlingsfeil og om skjønnsutøvelsen er «åpenbart urimelig».

Sak 5
Den femte saken gjelder blant annet kommunens vedtak om utmåling av antall timer med omsorgsstønad i uken (5 timer i uken) til pårørende ektefelle.

Klagen førte ikke frem, og Statsforvalteren *stadfestet* kommunes vedtak. Om rammene for prøvingen av kommunens vedtak, skriver Statsforvalteren at «spørsmålet i saken er om utmålingen av omsorgsstønaden er åpenbart urimelig».

Statsforvalteren viser i gjennomgangen av det rettslige grunnlaget til flere rundskriv og tolkningsuttalelser fra Helsedirektoratet, blant annet til rundskriv I-48/98, og Helsedirektoratets tolkningsuttalelse av 27.03.2023, «Omsorgsstønad – Rettslige rammer og forholdet til forsvarlighetskravet.»

Med henvisning til ovennevnte tolkningsuttalelse, skriver Statsforvalteren oppsummeringsvis i klagevedtaket:

> I vurderingen av omfanget av omsorgsstønaden til deg, er ikke forsvarlig tjenestetilbud til ektefellen din et relevant moment. Klage på mangler i hans tjenestetilbud må behandles i klage fra han selv, da det er han som har rett på nødvendig og forsvarlig hjelp. Du har ikke rett på å få omsorgsstønad for å kunne gi ham forsvarlig hjelp, men har rett på å få vurdert pårørendestøtte etter pasient- og brukerrettighetsloven § 2-8, og helse- og omsorgstjenesteloven § 3-6.
>
> Vi har ikke myndighet til å overprøve kommunens frie skjønn, og skal legge stor vekt på kommunens selvstyre i slike saker, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7. Statsforvalteren finner på denne bakgrunn at kommunens skjønnsvurdering av det nødvendige omsorgsarbeidet som du yter ved opphold som kommunen ellers ville ha tilbudt, og som anses som særlig tyngende, ikke er åpenbart urimelig.
>
> Det blir også påpekt at det ikke er en reell mulighet å kunne søke støttekontakt, da kommunen ikke har noen de kan sette inn. Dette er ikke relevant for utmålingen av omsorgsstønad til deg, men kan være det i en søknad om mer bistand fra din ektefelle. Vi tar derfor ikke stilling til dette i denne klagebehandlingen.

Utfra sitatet ovenfor, kan det fremstå som Statsforvalteren ikke gjør en prøving av om omsorgsstønaden, sammen med eventuelle andre tjenester som kommunen tilbyr, dekker brukerens behov for nødvendige helse- og omsorgstjenester på et forsvarlig minstenivå, jf. helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1. Det er i tilfelle ikke i tråd med den rettsoppfatning som Sivilombudet synes å ha lagt til grunn, se punkt 3.3.3 ovenfor.

Saken er uansett et eksempel på at statsforvalteren, utfra en prøving av om kommunens skjønn er «åpenbart urimelig», ikke finner grunn til å oppheve eller omgjøre kommunens vedtak.

Sak 6

Den sjette saken gjelder kommunens avslag på søknad om omsorgsstønad til foreldre med delt omsorg for et barn i ungdomsskolealder med flere diagnoser, herunder moderat psykisk utviklingshemming.

Kommunens avslag på omsorgsstønad ble gitt på bakgrunn av at kommunen allerede hadde innvilget andre typer av pårørendestøtte i form av blant annet boligavlastning med 117 døgn per år, privat avlastning med 8 timer per måned og tilsyn etter skoletid. Kommunen vurderte det dit hen at tjenestene som allerede var innvilget var de riktige tjenester, da de ville gi

foreldrene reell hjelp i hverdagen, og var på et forsvarlig nivå ut fra de behov som skulle dekkes.

Statsforvalteren stadfestet kommunens vedtak om avslag på omsorgsstønad. I vurderingen av saken oppsummerer Statsforvalteren rammene for prøvingen på følgende måte:

> Omsorgsstønad er som sagt ikke en rettighet på linje med andre tjenester og kommunen kan velge å tilby andre forsvarlige tjenester. Vi kan fullt ut prøve om det er særlig tyngende omsorg og omfanget av dette. I og med at man ikke har en individuell rett på omsorgsstønad, så har Helsedirektoratet i sitt tolkningsbrev av 28.10.2022 sagt at kommunen kan gjøre vurderingen av om omsorgsstønad skal tildeles, og i hvilket omfang, innenfor rammene av sitt frie skjønn. Det skal etter pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 legges «stor vekt» på hensynet til det kommunale selvstyre i en slik sak, som betyr at vår myndighet til å overprøve slike vedtak er begrenset. Særlig sentralt ved skjønnsutøvelsen er at resultatet av vurderingen ikke skal være åpenbart urimelig, at det ikke kan tas utenforliggende hensyn og at eventuell forskjellsbehandling innenfor kommunen skal være saklig begrunnet. Det er dette vi kan prøve, sammen med saksbehandlingen og at det er lagt til grunn riktig faktum. Vurderingstemaet vil derfor være om kommunens vedtak om avslag på eller utmåling av omsorgs stønad må anses som åpenbart urimelig.

Statsforvalteren viser til Helsedirektoratets tolkningsbrev av 28.10.2022, og skiver at de oppfatter dette brevet slik at prøvingskompetanse i saker som gjelder omsorgsstønad er begrenset til om kommunens skjønn er «åpenbart urimelig».

Statsforvalteren kommer i denne saken til at kommunens vedtak om å avslå omsorgsstønad ikke er «åpenbart urimelig». Det blir særlig lagt vekt på at de kommunale tjenestene som kommunen allerede hadde innvilget/gitt tilbud om, samlet sett sikrer «nødvendige helse- og omsorgstjenester på et forsvarlig nivå, jf. pasient- og brukerrettighetsloven § 2-1 a og helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1», og at disse avlastningstiltakene bedre ville kunne avhjelpe den særlig tyngende omsorgen for familien som helhet enn omsorgsstønad, som er en ren økonomisk ytelse. Videre pekes det på at tjenestene kommunen tilbyr, etter Statsforvalterens vurdering, ivaretar hensynet til barnets og barnas beste.

4.3 Intervjuer om statsforvaltere og kommuners praksis

4.3.1 Innledning

I denne delen redegjør vi for en rekke intervjuer om henholdsvis statsforvaltere og kommuners erfaring fra statlig klagebehandling etter helse- og omsorgstjenesteloven. Informantene fra statsforvalterne stammer fra tre ulike embeter og inkluderer ledere, avdelingsledere og saksbehandlere for klagesaksbehandling etter helselovverket. Dette utgjorde tre gruppeintervjuer. Kommuneinformantene stammer fra seks ulike kommuner og består av virksomhetsledere for kommunens forvaltningsenheter og enheter med ansvar for helse- og omsorgstjenester, samt saksbehandlere fra disse enhetene. Dette utgjorde seks gruppeintervjuer.

I analysene av utvalgte klagesaker i punkt 4.2. ovenfor, har vi blant annet sett på hvordan statsforvalterne har vurdert hensynet til det kommunale selvstyret, og i hvilken grad statlige rundskriv, veiledere, mv. er lagt til grunn i klagesaksbehandlingen. I intervjuene har vi spurt

informantene fra både statsforvaltere og kommuner om deres praksis, erfaring og opplevelser rundt den statlige klagebehandlingen, herunder ivaretakelsen av det kommunale selvstyret.

4.3.2 Trekk ved klagesaksbehandlingen de siste årene

De tre statsforvalterembetene som har deltatt i prosjektet opplever at det har vært en økning i antallet klagesaker på helse- og omsorgsfeltet de seneste årene. Dette bekreftes også av kommunene. Dette gjelder både saker etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav b om personlig assistanse, samt § 3-8 om brukerstyrt personlig assistent (BPA) og § 3-6 nr. 3 som regulerer omsorgsstønad til pårørende. Tall fra Helsetilsynets årsrapporter viser at dette inntrykket er riktig, se punkt 4.2 nedenfor.

Økningen oppgis at først og fremst gjelder for sakstyper som de ovennevnte, mens økningen er langt mindre for helsetjenester, for eksempel for hjemmesykepleie etter hol. § 3-2 første ledd nr. 6 bokstav a eller plass på institusjon etter bokstav c. Et av embetene understreker denne betydelige forskjellen i omfanget klagesaker med henvisning til tall fra 2025 hvor de oppgir et omfang på omkring 200 klagesaker på omsorgstjenester, mens de til sammenligning hadde et omfang på rundt 20 klagesaker på sykehjem. Dette skillet er også gjenkjennbart for de andre embetene. På bakgrunn av disse observasjonene er embetene enige i at det er en generell tendens til at antallet klagesaker stiger jevnt fra år til år. Som forklaring på dette peker en informant fra statsforvalterne blant annet på kommuneøkonomien: reduserte tjenestenivå, som for eksempel i tildelingen av antall timer til BPA, utløser flere klager. Samtidig bemerker samtlige saksbehandlere hos statsforvalter og i kommunene at kunstig intelligens gjør det betydelig lettere for brukere å skrive omfattende klager enn tidligere.

Selv om omfanget av klager har økt de seneste årene, er det ingen av informantene fra de tre embetene som ser en klar tendens til at økningen i klageomfanget utløser relativt sett flere opphevinger og omgjøringer enn tidligere, eller motsatt. Det rapporteres om noen mindre svingninger fra år til år i enkelte av embetene, men hovedinntrykket er likevel at omgjøringsgraden og opphevingsgraden holder seg relativt stabil. Det vanligste utfallet av klagebehandlingen er at statsforvalter stadfester kommunens vedtak, selv om stadfestingsgraden også varierer noe mellom embeter og mellom år. Dette bekreftes også av statistikk fra Helsetilsynet, se punkt 4.4.2 nedenfor.

Én endring i praksis i klagebehandlingen de senere årene er likevel klar, nemlig at statsforvalter opphever flere kommunale vedtak som følge av mangler ved saksbehandlingen. Det kan for eksempel skyldes mangelfull saksutredning eller mangelfull begrunnelse. Denne endringen i embetenes praksis er svært merkbar hos kommunene, hvor informanter fra samtlige kommuner vi har intervjuet opplever økende krav til dokumentasjon og begrunnelse. En informant fra en kommune uttrykker det på denne måten:

> *«Jeg opplever vel at Statsforvalter har endret seg og i forhold til hvilke krav de stiller til oss. […] At de har satt kravene høyere for oss hver gang vi har fått noe igjen.»*

Blant kommuneinformantene er det enighet om at denne endringen i statsforvalternes praksis innebærer et større press rundt innholdet i vedtakene, hvor kravet til dokumentasjon og vurderingen håndheves strengere enn for få år siden. Selv om en kommuneinformant erkjenner at det er bra at kommunene fornyer seg, så forteller vedkommende også at:

[...] ting som har gått gjennom før ikke lenger går gjennom fordi Statsforvalter har «endra på spillereglene».

Informanter for statsforvalterembetene presiserer at dette er en endring som også gjelder deres egne saksbehandlingsrutiner, hvor kravene til begrunnelse og dokumentasjon praktiseres strengere enn for noen år tilbake. Denne justeringen følger ikke av noen konkret endring i regelverket, men gjør seg likevel gjeldende i alle embeter. Det er to utviklingstrekk statsforvalterembetene omtaler som kan kaste lys over denne endringen i praksis. Den første gjelder en generell profesjonalisering av klagebehandlingen innad i statsforvalterembetene, herunder oppdatering av interne rutiner og maler. Den andre gjelder en samfunnstendens hvor individuelle rettigheter har et stadig sterkere rettslig vern, kombinert med at innbyggerne stadig stiller høyere krav til særlig helse- og omsorgstjenester. Et uttrykk for dette er blant annet Sivilombudets sentrale rolle i forbindelse med individuelle rettighetsklager. Resultatet av en slik «rettsliggjøring» av samfunnet stiller igjen strenge krav til statsforvalters vedtakspraksis, som igjen er avhengig av at kommunenes vedtak gir tilstrekkelig dokumentasjon. Strengere praktisering av saksbehandlingskravene skaper derfor klare føringer og forventninger til både kommunenes og statsforvalternes praksis i klagesaksbehandling.

Sitatene over berører en sentral mekanisme i statlig klagebehandling som representanter fra alle de tre embetene erfarer, nemlig at det i klagesaker hvor kommunenes saksbehandling har mangelfull dokumentasjon og begrunnelse, er vanskelig for statsforvalter å vurdere om tjenesten er på et *forsvarlig* nivå, jf. hol. § 4-1. Når kommunen har mangelfull dokumentasjon eller gir ufullstendige begrunnelser, oppgir informantene fra statsforvalter at det er vanskelig å omgjøre vedtaket. Resultatet av klagebehandlingen som følge av mangelfull saksbehandling får derfor typisk det utfall at vedtaket oppheves, og saken sendes tilbake til kommunen som må begrunne vedtaket bedre.

Hvis dokumentasjonen i det opprinnelige vedtaket er god nok, kan statsforvalteren fatte nytt vedtak. Det vanligste eksemplet er at statsforvalter vurderer at omfanget av tjenestene som kommunen gir ikke oppfyller forsvarlighetskravet, eksempelvis at timeantallet for omsorgsstønad eller BPA er for lavt. Informanter fra mange av kommunene forteller om et utbredt ønske blant statsforvalterembetene at kommunene tydeliggjøre utregningen av timeantallet, noe mange kommuneinformanter forteller at utløser et krav om å dokumentere brukerens dag nesten «minutt for minutt» for å kunne synliggjøre sine vurderinger overfor statsforvalter. Det vises i flere av kommunene om at dette store dokumentasjonskravet som praktiseres hos statsforvalter ofte går kun en vei: kommunen holdes til høye standarder, mens statsforvalternes egen praksis ikke holdes til den samme standarden. Flere kommune-informanter gir eksempler på saker hvor statsforvalterne omgjør vedtaket og gir brukeren et betydelig høyere timeantall enn det kommunene besluttet i sitt vedtak, uten at statsforvalter synliggjør begrunnelsen for å tildele det konkrete antallet timer.

4.3.3 Sentrale temaer i klagesaksbehandlingen

Om rettsanvendelsesskjønnet vs. forvaltningsskjønnet

Representantene fra statsforvalterembetene er alle enige i at skillet mellom rettsanvendelsesskjønnet og forvaltningsskjønnet er tydelig med hensyn til tjenestene som er angitt i hol. § 3-2 nr. 6 bokstav b om personlig assistanse, jf. § 3-8 om BPA, og i § 3-6 nr. 3 om omsorgsstønad. En informant omtaler rettsanvendelsesskjønnet på følgende måte:

> *«[...] retten til nødvendig helse- og omsorgshjelp, dette er rettsanvendelsesskjønn. Det er forsvarlighetsstandarden [...] generelt er du innenfor rettsanvendelsesskjønn når det gjelder forsvarlighetskravet og spørsmålet om nødvendig helse- og omsorgshjelp.»*

Informanter fra samtlige kommuner og statsforvalterembeter bekrefter at mange enkeltsaker oppheves og omgjøres som følge av at den rettslige standarden *forsvarlige helse- og omsorgstjenester* ikke er oppfylt. Når statsforvalter prøver kommunens vedtak opp mot kravet om forsvarlige helse- og omsorgstjenester er det derfor snakk om prøving av rettsanvendelsesskjønnet. Det er ikke noe rom for å fravike forsvarlighetskravets «nedre grense» med henvisning til forvaltningsskjønnet. Informantene viser til at når statsforvalterens vurdering i seg selv omhandler den nedre grensen for forsvarlighet vil derfor ikke vurderingen av forvaltningsskjønnet aktualiseres.

Både representantene fra statsforvalter og fra kommunene oppfatter at forsvarlighetskravet stiller opp et minimumskrav for nivået på tjenestene, og de deler også forståelsen av at forvaltningsskjønnet kun slår inn når forsvarlighetskravet er oppfylt. I praksis betyr dette at dersom statsforvalter vurderer at kravet til forsvarlige tjenester er oppfylt, står kommunene relativt fritt til å velge hvordan tjenesten skal leveres. Et konkret unntak gjelder pasient- og brukertjenesteloven § 2-1 d) som, på nærmere angitte vilkår, lovfester rett til å få personlig assistanse *organisert* i form av brukerstyrt personlig assistanse (BPA). Det er likevel stor enighet om at utforming og organisering av tjenesten vanligvis tilfaller forvaltningsskjønnet dersom kravet om forsvarlighet er oppfylt. Vurderinger om organisering av en tjeneste er et typisk eksempel på når forvaltningsskjønnet kan gis vekt. Kommuneinformantene forteller om flere saker om BPA etter hol. § 3-8 hvor kommunen og bruker har vært uenige om hvem som skal levere tjenesten. Det kan være spørsmål om privat eller kommunal leverandør, eller det kan hende at brukeren ønsker en spesifikk privat aktør. I slike tilfeller vedgår en informant fra statsforvalteren at man er:

> *«[...] innenfor det frie skjønnet til kommunen, for da har kommunen oppfylt sin plikt til nødvendig og forsvarlig hjelp. Da er du innenfor myndighetsmisbrukslæren. Jeg tror vi kan telle på én hånd at vi har overprøvd fritt skjønn sånn direkte, altså sagt at noe åpenbart er urimelig.»*

I saker hvor forvaltningsskjønn faktisk er utøvet, tillegger statsforvalteren kommunens vurdering «stor vekt» slik ordlyden er i pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7. Alle kommunene bekrefter en slik praksis fra deres respektive statsforvalterembeter. Informantene fra statsforvalter-embetene forklarer imidlertid at det i praksis sjelden er behov for å gå inn å vurdere forvaltningsskjønnet i enkeltsaker. Hovedspørsmålet i sakene dreier seg om rettsanvendelsen, altså om «tjenestemottaker får oppfylt sin rett til nødvendig og forsvarlig helse- og omsorgshjelp.»

Vurderinger av forsvarlige helse- og omsorgstjenester er også sentralt for hol. § 3-6 nr. 3 om omsorgsstønad til pårørende. Likevel er informantene fra statsforvalterne tydelige på at innslaget av forvaltningsskjønn er større i denne konkrete bestemmelsen, herunder utmålingen av omsorgsstønaden og antallet timer som gis. Den sentrale rettslige vurderingen er spørsmålet om hva som er *særlig tyngende omsorgsarbeid*. Selv om det er enighet om et større rom for forvaltningsskjønn, forteller en informant fra kommunene at statsforvalter også

prøver det kommunen opplever som forvaltningsskjønnet. Dette gjelder også saker om omsorgsstønad, hvor både informanter fra statsforvalter og kommunene konstaterer at det i utgangspunktet er «et større kommunalt skjønn enn for de andre tjenestene». Det er en utbredt opplevelse blant kommuneinformantene at statsforvalter går langt i å mene noe om selve vedtakene om omsorgsstønad, blant annet ved å utfordre kommunene på hvilket timeantall de har gitt en bruker. De få klagesakene vi har sett på ovenfor i punkt 4.2.3 gir ikke grunnlag for verken å underbygge eller avkrefte denne generelle observasjonen fra intervjuene.

Dette er til tross for at rommet for kommunalt skjønn i utgangspunktet er større i disse sakene. En kommuneinformant påpeker at endringen i hvordan statsforvalter håndhever regelverket er spesifikt for omsorgsstønaden, hvor vedkommende mener at det er en «ganske stor forandring». Andre kommuneinformanter forteller imidlertid om tilsvarende endringer i statsforvalterenes praksis også i BPA-saker. I motsetning til det kommuneinformantene forteller, er informantene fra statsforvalterembetene tydelige på at utmålingen av timeantallet er helt sentralt dersom brukeren ikke har fått tjenester på et forsvarlig nivå, og at det i disse tilfellene er rettanvendelsen de prøver.

Disse funnene viser etter vårt syn noe sentralt med hensyn til statlig klagebehandling, nemlig hvordan kommunene *opplever* at statsforvalterne håndhever regelverket. For helse- og omsorgstjenestene vi undersøker i dette prosjektet er det snakk om vurderinger av *forsvarlige helse- og omsorgstjenester,* hvor informantene fra kommuner og statsforvaltere praktiserer forsvarlighetskravet ulikt. Dette får stor betydning for hva kommunene og statsforvalterne mener ligger til det frie skjønnet og ikke.

Forståelsen av kravet om forsvarlige helse- og omsorgstjenester

Intervjuene vi har gjennomført i tre statsforvalterembeter og seks kommuner viser at kjernen i den ovennevnte uenigheten i praksis ofte skyldes ulike tolkninger av den rettslige standarden «forsvarlige helse- og omsorgstjenester», jf. hol. § 4-1. Følgende sitat fra forarbeidene til helse- og omsorgstjenesteloven får tydelig frem hva uenigheten bunner i:

> Mellom god praksis, og forsvarlighetskravets nedre grense, vil det være rom for at kommunen kan utøve skjønn. Det følger imidlertid av forsvarlighetskravet at tjenestene må holde tilfredsstillende kvalitet, ytes i tide og i tilstrekkelig omfang.[72]

Statsforvalterne og kommunene vi har snakket med, deler forståelsen av at forsvarlighetskravet er et minimumskrav som må tilfredsstilles, og som vi tidligere har nevnt, er alle enige i at forvaltningsskjønnet kun aktualiseres der dette nivået er tilfredsstilt. Uenigheten oppstår fordi kommunene mener at nedre grense for forsvarlig nivå på helse- og omsorgstjenester ligger lavere enn det statsforvalter vurderer at det gjør. Fordi forvaltningsskjønnet kun inntreffer i praksis når minimumskravet er oppfylt, får dette konsekvenser for hva kommunene og statsforvalterembetene anser som henholdsvis rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn.

Følgende sitat fra en av informantene i kommune viser at det er dette uenigheten bunner i:

[72] Prop. 91 L (2010–2011) s. 264 flg.

«Vi opplever ikke at det kommunale frie skjønnet blir vektlagt i den grad det skal. Vi erfarer at det stadig blir overprøvd av statsforvalter, som vil presse oss litt lenger opp enn det vi tenkte og vurderte var forsvarlig og i et nødvendig omfang.»

Det er informanter fra flere kommuner som deler denne konkrete opplevelsen av at statsforvalter legger listen for forsvarlighet «litt for høyt». I den forbindelse er det viktig å understreke at vi i våre intervjuer i utgangspunktet ikke finner noen uenighet mellom kommuner og statsforvalter med hensyn til hvilke vurderinger som tilhører rettsanvendelsesskjønnet og forvaltningsskjønnet for de konkrete bestemmelsene i helse- og omsorgstjenesteloven. Uenigheten skyldes hovedsakelig forståelsen og praktiseringen av den rettslige standarden forsvarlige helse- og omsorgstjenester.

Denne ulike oppfatningen av hva som utgjør et forsvarlig tjenestetilbud, hvor kommunene vurderer det forsvarlige til å være mindre omfattende enn det statsforvalter legger til grunn, påvirker også oppfatningen av hva statsforvalteren egentlig prøver i en klagesak. Blant flere kommuner er den rådende oppfatningen at det som prøves i realiteten er forvaltningsskjønnet, og ikke rettsanvendelsen, altså forsvarligheten. Statsforvalterne vurderer på sin side at det forsvarlige favner videre, slik at det fra deres perspektiv sjeldent er forvaltningsskjønnet som prøves, de prøver utelukkende rettsanvendelsen.

Spørsmålet om individuelle rettigheter vs. kommunal økonomi

Spørsmålet om hva som er «forsvarlige helse- og omsorgstjenester» kommer på spissen som følge av kommunenes pressede økonomi. Denne oppfatningen deler både kommuner og statsforvaltere. Det er likevel en klar forskjell i hvordan, og i hvilken grad, dette kommer til uttrykk i klagebehandlingen til de ulike aktørene.

Informanter fra alle kommunene forteller at de har behov for å nedjustere tjenestenivået, men opplever som følge av dette en økning i antallet klager på helse- og omsorgsfeltet. En informant forteller at: *«Når vi begynner å stramme inn, så ser vi at det utløser mer klager.»* Utgangspunktet for flere av kommunene som er intervjuet i dette prosjektet, var at de tidligere hadde langt bedre råd og dermed kunne gi tjenester på et nivå som var godt over forsvarlighetskravets nedre grense.

Flere av kommunene forteller derfor om en ny virkelighet, hvor reduksjonene i nivået på tjenestene som tidligere har blitt levert på et nærmere optimalt nivå, betyr at kommunene nærmer seg minimumskravet, og dermed «bare» forsvarlige helse- og omsorgtjenester. Saksbehandlere i kommunen forholder seg til kommunens budsjett og er i noen tilfeller også bundet av politiske vedtak om hvor nivået på helse- og omsorgstjenester skal ligge. Dette innebærer ikke bare at kommunene beveger seg ned mot forvarlighetsgrensen, men kommuneinformantene erkjenner at de noen ganger havner under denne minimumsgrensen. I disse tilfellene ser flere av kommunene positivt på at statsforvalter korrigere tjenestenivået slik at tjenestene blir gitt på et forsvarlig nivå, mens kommuneinformantene i andre tilfeller ser på statsforvalterens praksis som begrensende med hensyn til rommet de har for å utøve skjønn «mellom god praksis og forsvarlighetskravets nedre grense», slik det er skissert i forarbeidene.

Det er indikasjoner i intervjumaterialet på at statsforvalter og kommunene av og til er uenige om hvorvidt kravet til tjenestene har økt de senere årene. I et av statsforvalterembetene er alle informantene helt enige i at dette ikke er tilfellet, og at det hovedsakelig er snakk om strengere

håndheving av krav til saksbehandlingen. Kommunene opplever imidlertid at statsforvalter i realiteten løfter nivået på tjenestene. En informant fra en kommune peker på følgende årsak til dette:

> *«Og grunnen til det er at statsforvalteren i større grad, når de nå blir pusha på nivå, så viser de gjerne til rundskriv, nasjonale veiledere og andre normerende produkter fra Helsedirektoratet. De normerende produktene omtaler i veldig liten grad hvor grensa går for forsvarlighetsnivået. De omtaler hva som er god faglig praksis, og så prøver statsforvalteren å finne ut hvor denne grensa for godt nok ligger. Og så trekkes [statsforvalteren] for langt mot god faglig praksis, altså denne 'gullstandarden'.»*

At nivået på tjenester kan ligge på godt nok, og ikke «optimalt», er sentralt for kommunene fordi de må praktisere likebehandling overfor sine innbyggere. Konsekvensen av at kommunen gir «optimale tjenester» til én bruker utløser betydelige ressurser der det er tilsvarende brukere som følgelig må få samme tjenester. Dette spørsmålet viser en sentral forskjell mellom aktørene som følge av deres roller i rettighetsbehandlingen av klager: statsforvalteren ser enkeltsaker, mens kommunene ser sakene opp mot helheten i kommunen. Kommunen må forsøke å gi gode nok tjenester for å overholde stramme budsjettrammer, mens statsforvalter ikke har lov til å legge vekt på kommunes økonomiske situasjon i sin klagebehandling - dersom en bruker har krav på en tjeneste, så har brukeren krav på en tjeneste. Informantene fra statsforvalter presiserer at dette gjelder ved fastsettelsen av hva som er forsvarlige helse- og omsorgstjenester, altså ved vurderinger av rettsanvendelsen. I valget mellom ulike forsvarlige tjenester, kan imidlertid økonomi mv. trekkes inn.

Hvordan økonomihensyn håndteres i klagesaker kan illustreres med henvisning til en konkret sak om søknad om BPA. I denne saken hadde brukeren allerede hadde fått tildelt plass ved bemannet omsorgsbolig av kommunen. Dette var allerede et høyt nivå på en omsorgstjeneste. Kommunenes økonomi er imidlertid ikke et relevant moment for statsforvalteren når de rettighetsbehandler denne klagen. Statsforvalter vurderer kun om bruker har rett på BPA, og konkluderte i denne saken med at BPA er en selvstendig rettighet som gjelder uavhengig av hvor vedkommende bor. I dette tilfellet utløste dette en situasjon hvor kommunen måtte innvilge brukeren BPA i tillegg til plassen på bemannet omsorgsbolig.

Kommuneinformantene er alle bevisste konsekvensen av å legge til grunn et for høyt nivå på tjenestene der det kan få følger for senere saksbehandling. En vesentlig utfordring for mange av kommunene gjelder avgjørelser fra statsforvalter som får store økonomiske konsekvenser. Disse enkeltavgjørelsene oppleves som presedensdannende med hensyn til å definere hvor nivået på tjenesten skal ligge, altså hva skal forstås som forsvarlige helse- og omsorgstjenester. Med bakgrunn i et lignende resonnement reflekterer en kommuneinformant rundt hvorvidt kommunene tilpasser seg tidligere avgjørelser hos statsforvalter:

> *«Det varierer litt. Men [avgjørelsene] sier noe om hva standarden skal være. Vi må forholde oss til det. Så prøver vi kanskje å skvise det ned igjen i andre saker. Men i den konkrete omsorgsstønadssaken hadde vi lagt til grunn at vi trekker fra hjelpestønadssatsen. Det var en ting vi gjorde, for det åpna lovverket for at vi kan gjøre. […] Da sa statsforvalter at det fikk vi ikke lov til. Det måtte tas en individuell vurdering og det måtte begrunnes hvorfor vi eventuelt gjorde det.»*

Informanter fra alle kommunene opplyser om at kommunen i større eller mindre grad retter seg etter tidligere avgjørelser hos statsforvalteren. Dette er uavhengig av om kommunene er enige i vurderingen av forsvarlighetskravet, men at de tilpasser seg fordi konsekvensen av å legge seg under det nivået statsforvalteren tidligere har vurdert som forsvarlig, kan utløse betydelige kostnader knyttet til klagebehandling i nye saker. Kommunene anslår at «det er vel her listen ligger da». Selv om flere av kommunene oppgir at de «prøver seg», og gjør en selvstendig vurdering av forsvarlighet, så gir våre intervjuer et tydelig inntrykk av at de fleste kommunene forstår statsforvalternes avgjørelser som «presedensdannende». Kommunene etterspør derfor også tilgang på tidligere klagevedtak fra statsforvalteren så det blir lettere å vurdere hva som er et forsvarlig nivå på helse- og omsorgstjenester. Med utgangspunkt i denne praksisen blant kommunene er det er derfor paradoksalt når en informant fra en statsforvalter veldig tydelig sier at vedtakene i utgangspunktet ikke er presedensdannende da forsvarlighet vurderes konkret i hver enkelt sak:

> *«Vi er alltid veldig skeptiske hvis en kommune f.eks. gir tilbakemelding hvis vi har omgjort en sak, at den er presedensgivende. Den er jo ikke det. Dette er konkrete vurderinger, så med mindre vi er uenige med dere i rettsanvendelsen hvordan dere tolker et regelverk, så er det konkrete vurderinger du gjør.»*

Dette utsagnet må forstås dithen at statsforvalter mener at sakene må være svært like dersom en tidligere sak skaper presedens for en senere sak. Her oppstår det et klart skille mellom statsforvalterne og kommunene som følge av ulik forståelse og praksis omkring fastsettelsen av forsvarlighetskravet. Dette gir seg til kjenne når kommunene etterspør tydeligere og konkret veiledning på hva som er forsvarlig. Statsforvalterembetene er i sine svar svært forsiktige med å gi konkrete råd om hva som er forsvarlige tjenester på generelt grunnlag og fremholder at hver sak skal vurderes individuelt og konkret, slik sitatet over understreker.

En kommuneinformant beskriver derfor vurderingen knyttet til «forsvarlige helse- og omsorgtjenester» på følgende måte:

> *«Loven refererer som oftest bare til et forsvarlighetskrav. Og så er det jo først vi som må argumentere for hvor forsvarlighetsgrensa går. Det er vi kanskje ikke gode nok til. Vi prøver i sakene å definere et forsvarlighetskrav, eller forsvarlighetsnivået opp mot den enkelte person. Men det vi savner, er jo å vite litt på et overordna, litt mer generelt nivå, hvor grensa går. På en gjennomsnittsperson. Hvor går grensa? Dette er i liten grad definert i de nasjonale veilederne og retningslinjene, hvor ofte god faglig praksis legges til grunn.»*

Dette sitatet peker tydelig på de to sentrale utfordringene som kommunene står overfor i utformingen av vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven. Det første gjelder forsvarlighetskravet. Det andre gjelder kommunens praksis med å begrunne og dokumentere vedtakene sine, altså hvordan kommunene viser og begrunner at vedtaket tilfredsstiller forsvarlighetskravet. Vi har tidligere vært inne på at flere saker faktisk oppheves som følge av saksbehandlingsfeil slik som manglende begrunnelse. En informant fra en statsforvalter oppgir at det er «overraskende» mange kommuner med saksbehandlingsfeil, også blant de store kommunene.

Som vi også har vært inne på tidligere, forsøker kommunene å benytte seg av det rommet som ligger innenfor forsvarlighetskravet nedre grense og god faglig praksis, men opplever at statsforvalter viser liten forståelse for kommunes vurderinger. Slik flere av kommune-informantene forteller, legger statsforvalter betydelig vekt på brukers subjektive oppfatning av tjenestebehov og hva som er forsvarlig i det enkelte tilfelle, og gir ikke den samme vekten til kommunenes objektive vurdering av dette behovet. I flere av disse sakene forteller imidlertid informanter fra statsforvalterembetene at det ikke nødvendigvis er nivået på tjenester som er årsaken til oppheving, men at kommunene ikke synliggjør sine vurderinger og begrunnelser i vedtaket. Informanter fra et statsforvalterembete presiserer i en rekke uttalelser hvordan denne vurderingen kan se ut i klagebehandlingen:

> *«Det er ganske ofte anførsler om [faktum], på den måten at en person vil mene at en har et større behov for hjelp enn det kommunen tilbyr. Det er jo ofte det saken står og faller på. Hvis du hadde vært enig i faktum, da hadde du kun gått på vurderingen.»*

> *«[...] vi opphever der vi opplever at kommunen ikke har undersøkt alle anførslene. De har ikke gått inn og gjort alle vurderingene av den uenigheten i faktum. Så en grunn til at vi opphever er jo ofte at kommunen ikke har gjort en grundig nok vurdering av hele saken.»*

> *«[...] Hvis det «kun» er dårlig begrunnet – [kommunen] har gjort jobben i bunnen, men har ikke klart å begrunne det - da kan en i større grad reparere det og spørre kommunen om å begrunne det bedre. Men der faktum er uløselig på et vis, da er det oppheving.»*

Dette sitatet viser hvordan endringer i håndhevingen av krav til saksbehandlingen, som ble bemerket i innledningen av dette delkapittelet, fører til flere opphevinger som følge av mangelfull saksbehandling.

Rutiner for begrunnelse i vedtak: forstår kommunene vedtakene fra statsforvalter?

Det er ikke alltid like tydelig for kommunene når det er forsvarlighetsvurderingen som prøves eller når det er saksbehandlingen. Flere kommuner deler en opplevelse av at det er uforholdsmessige krav knyttet til dokumentasjon selv i saker hvor forsvarlighetskravet er oppfylt. Informanter fra en statsforvalter opplever i den forbindelse en manglende forståelse hos kommunene når det gjelder statsforvalterens behov for informasjon, og forteller at:

> *«Vi får jo en del kritikk eller tilbakemeldinger når vi opphever. Altså at kommunene føler de har gjort en grundig jobb, og så får de det i retur. Da må de gjøre en ny vurdering og innhente mer informasjon. Og det krever litt jobb av dem. [...] Når vi er ute og underviser, så snakker vi alltid om at de er nødt til å utrede saken godt. Uten at de gjør det, så kan vi ikke overprøve, uansett om det er et godt vedtak, egentlig. Hvis det er ting som mangler, så er det noe som vi ikke kan ta stilling til. Så jeg tror det er ganske vanskelig å forstå for kommunene hvor mye informasjon vi faktisk trenger.»*

Selv om rekke saker blir opphevet på grunn av saksbehandlingsfeil, og dette utløser frustrasjon hos kommunene, så erkjenner informanter fra alle statsforvalterembeter at dette er vanskelige spørsmål for kommunene. En informant fra et embete forteller at de har møter med kommunene dersom de ser at kommunen ikke retter seg etter statsforvalters saksbehandling, eller når kommunene gir tilbakemelding om at de synes en sak er vanskelig, krevende eller

bare er uenige i statsforvalterens vurdering. Den samme informanten reflekterer omkring slike tilfeller, og forteller at:

> *«Noen ganger kan man lure på om uenigheten skyldes at vi har ulikt kunnskapsgrunnlag eller ulik kompetanse. […] Det er ofte sykepleiere uten juridisk kompetanse som sitter ute i forvaltninga. Vi kan se litt forskjell på om kommunens saksbehandlere sitter i en stor forvaltningsenhet i kommunene, eller om saksbehandlinga er desentralisert. Noen kommuner som har det desentralisert, kan ha større utfordringer enn den som har en forvaltningsenhet.»*

Sitatet vitner om en sentral spenning som både statsforvalter og kommuner opplever i forbindelse med klagebehandlingen: asymmetrien som eksisterer mellom de to aktørene både i tilgangen på informasjon og tilgangen på kompetanse. Dette spørsmålet kommer på spissen når det kommer til bruken av veiledere og retningslinjer, noe vi vil omtaler under.

Som avsnittene over viser, er det ikke alltid like tydelig for kommunene hvilket skjønn som er blitt prøvet. Det blir også bemerket av enkelte ledere i kommunene at når sakene deres oppheves på saksbehandlingsfeil, så blir forsvarlighetsvurderingen aldri prøvd av statsforvalteren. Denne trenden, som rapporteres av både statsforvaltere og kommuner, gjør at eventuelle uklarheter med hensyn til hvor stort rom rettsanvendelsesskjønnet gir kommunene når det gjelder å ivareta kravet om forsvarlige helse- og omsorgstjenester, ikke bringes til klarhet. En kommuneinformant problematiserer statsforvalterens makt til å overprøve kommunenes skjønn og vurderinger, og mener at denne er for stor. Vedkommende understreker i den forbindelse at statsforvalterens praksis i klagebehandlingen kan bidra til å skape større usikkerhet omkring hvor stort rom for forvaltningsskjønn kommunene har.

Informantene fra statsforvalter forteller at dette skillet mellom rettsanvendelse og fritt skjønn er tydelig for dem, men at de ikke alltid sikre på om det er det for kommunene. I et av embetene påpekes det at de har:

> *«[…] gode maler og hjelpetekster på dette. Det er tydelig når vi er vurderer det frie skjønnet. Men vi skriver jo ikke om rettsanvendelsesskjønnet nødvendigvis. Det er mer slik at vi fremhever det frie skjønnet i malene der det er aktuelt.»*

Dette synet deles av de andre statsforvalterembetene og av kommunene. Det er forvaltningsskjønnet som tydeliggjøres i statsforvalterens vedtak, gjerne ved å legge inn standardformuleringer for eksempel dersom saken gjelder tildeling av omsorgsstønad etter hol. § 3-6 nr. 3. Statsforvalterembetene har imidlertid ingen praksis med å synliggjøre overfor kommunen at det er rettsanvendelsen som prøves. Informanter fra statsforvalterembetene ser nytten en slik presisering har overfor kommunen når statsforvalteren er inne og prøver rettsanvendelsesskjønnet i klagesakene. Kommunene synes å dele denne vurderingen, men oppgir kun unntaksvis at det er tydelighet med hensyn til prøving av rettsanvendelsen versus forvaltningsskjønn som er utfordringen. Det kommunene opplever som spesielt utfordrende er spørsmål knyttet til den rettslige standarden forsvarlige helse- og omsorgstjenester og hva som skal til for å oppfylle denne i et konkrete tilfelle, men først og fremst hva som skal til på et mer generelt grunnlag.

4.3.4 Bruk av veiledere, rundskriv, mv. i klagesaksbehandling

På helse- og omsorgsområdet er det flere normerende verktøy i form av veiledere og rundskriv som er relevante for utformingen av det kommunale tjenestetilbudet og for statsforvalterens klagebehandling. Både hos statsforvalter og i kommunene nevnes «Veileder for saksbehandling - Tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven §§ 3-2 første ledd, nr. 6, 3-6 og 3-8»[73] og «Rundskriv om rettighetsfesting av brukerstyrt personlig assistanse (BPA)»[74] som relevante verktøy. I tillegg til veiledere og rundskriv benyttes en rekke tolkningsuttalelser og brev fra Helsedirektoratet som en viktig kilde til lovfortolkning.

Det som kanskje er særegent med helse- og omsorgsfeltet sammenlignet med opplæringsområdet er at en del av veiledningsmateriellet som er relevant for gjeldende bestemmelser i lovverket stammer fra en periode hvor kommunale plikter blant annet ble regulert i tidligere lovverk som ble tatt inn i helse- og omsorgstjenesteloven i 2011. Følgelig viser flere informanter både hos statsforvalter og i kommunene til eldre rundskriv til sosialtjenesteloven samt en rekke eldre tolkningsuttalelser knyttet til slike. Som vi skal vise til senere, skaper denne spredningen av normerende verktøy over tid, og på tvers av ulike lovverk, også noen særegne utfordringer. Først vil vi imidlertid se nærmere på hvor nyttige normerende verktøy oppleves å være i de kommunale tjenestene og hos statsforvalter, og hvorvidt disse verktøyene (og, for kommunens del, statsforvalterens bruk av disse) oppfattes å gå utover lovverket med henblikk på å pålegge kommunene et bestemt tjenestetilbud.

Det generelle inntrykket fra intervjuene gjennomført både i statsforvalterembetene og i kommunene er at normerende verktøy som veiledere og rundskriv overordnet oppleves som nyttige, samtidig som flere peker på at de ofte fremstår som veldig generelle i møte med konkrete problemstillinger. Dette innebærer også at de relevante veilederne og rundskrivene sjelden oppleves å legge føringer utover det som ligger i lovverket, dels også som en konsekvens av at lovverket i seg selv oppfattes som å omtale kommunale oppgaver i relativt generelle termer. Informanter fra Statsforvalterne sier blant annet:

> *«Lovteksten er så generell at det er sjelden at disse tolkningsuttalelsene eller veilederne går lenger enn loven.»*

> *«De konkretiserer litt, det må de jo. Loven sier jo egentlig ingenting (...) Men jeg opplever at Helsedirektoratet vet akkurat hvor grensen går til at de ikke forvrenger de.t»*

Kommunene uttrykker også at veiledere og rundskriv i hovedsak holder seg innenfor rammene satt av lovverket. Kommunene ga heller ikke inntrykk av at disse generelt opplever at statsforvalter tolker veiledere og rundskrifter lenger enn hva det formelt sett er grunnlag for. Likevel påpekte enkelte informanter som nevnt at veilederne til en viss grad gir uttrykk for hva som er «god praksis», som er i det øvre sjiktet av «forsvarlige tjenester», og at statsforvalterne

[73] Veileder for saksbehandling av tjenester etter helse- og omsorgstjenesteloven.pdf

[74] Rundskriv nr I-9/2015.

kanskje tar for mye utgangspunkt i god praksis når de skal ta stilling til hva som er forsvarlig. Dette kan føre til at kommunene pålegges for store krav i klagebehandlingen.[75]
Selv om intervjuene generelt synes å understøtte den juridiske statusen til slike styringsverktøy, med hensyn til at de skal være veiledende og ikke er juridisk bindende for kommunene, kommer det også frem i intervjuene med kommunene at det ønskes signaler i veiledere, rundskriv og tilsvarende som er mer direkte anvendelige for de praktiske problemstillingene kommunene skal løse. Som en informant fra en kommune beskriver det:

> *«Vi prøver å definere et forsvarlighetskrav, eller forsvarlighetsnivået opp mot den enkelte person. Men det vi savner er å vite litt på et overordna, litt mer generelt nivå, hvor grensa går (...) (D)et er i liten grad definert i de nasjonale veilederne og retningslinjene osv. For der er det ofte god faglig praksis som legges til grunn»*

Et vel så viktig normerende verktøy som veiledere og rundskriv er derfor tolkningsuttalelser og brev fra Helsedirektoratet som gir retning for hvordan lovverket skal tolkes og anvendes. Dette vektlegges av informanter både hos statsforvalter og i kommunene, hos førstnevnte som en naturlig og nødvendig bestanddel i den løpende styringen av saksfeltet:

> *«Det at en har et departement som tolker regelverket litt løpende ut fra spørsmål en får, eller problemstillinger som blir gitt, er jo veldig vanlig forvaltningspraksis (...) Jeg tror ikke man har et annet valg. Alternativet ville vært at ingen tolker regelverket autoritativt»*

Slike uttalelser mv. synes å være ønsket både av kommunene og statsforvalterne, som en hjelp i saksbehandlingen. Det som imidlertid er verdt å merke seg er at dialogen her går mellom statsforvalter og direktorat. Dette bidrar i seg selv til en asymmetri mellom regional stat og kommunal forvaltning når det gjelder tilgangen på relevant informasjon, samtidig som dette for kommunenes del antagelig kompliseres ytterligere av hvordan den samlede oversikten av tolkninger og uttalelser blir forvaltet nasjonalt. Statsforvalterne nevner blant annet at:

> *«Gangen i det er ofte at kommunen spør oss, og så synes vi det er for vanskelig eller for prinsipielt, så tar vi det opp videre til Helsedirektoratet. Så det er ofte staten som spør staten. Da er problemet med rettskildebildet at Helsedirektoratet veldig ofte kun sender svaret til den som har spurt, og så er du avhengig av at de da publiserer det. Og det gjør de ikke alltid.»*

> *«Vi stiller jo spørsmål til direktoratet. Det er veldig vanskelig og uoversiktlig. De dokumentene som kan hjelpe oss i å tolke loven, de er vanskelig tilgjengelige. Når vi sliter med å finne dem er det i alle fall vanskelig for kommunene å ha oversikt over alt dette.»*

[75] Av rapporten *Kartlegging av hvordan Helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer og veiledere blir forstått og brukt i kommunesektoren* (Rambøll, 2025) fremgår det at 34 prosent av kommuneledere, 12 prosent av tjenesteledere og 11 prosent av administrativt ansatte som svarte på en spørreundersøkelse, mente at tilsynsmyndighetene tolker Helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer og veiledere strengere enn kommunene gjør.

Tatt i betraktning at helse- og omsorgstjenesteloven er et dynamisk regelverk hvor lovtolkninger spiller en viktig rolle i hvordan det utvikles over tid, kan det derfor fremstå som uklart særlig for kommunene hva som er gjeldende praksis. Og slik en informant fra et av statsforvalterembetene uttrykker det, så kan ulike tolkninger produsert på ulike tidspunkt stå i konflikt med hverandre:

> *«Det som også er litt utfordrende her, er at det kan komme en uttalelse, og så går det noen år, og så kommer det en ny uttalelse som kanskje er litt ulik i forhold til den første. Utviklingen av regelverket framgår kanskje av ulike tolkningsbrev og da må du være sikker på at du har lest det siste for å få med deg den siste tolkningen. Så kan det jo være at det er uenighet mellom ulike tolkningsbrev».*

En hovedutfordring med bruken av normerende verktøy på helse- og omsorgsområdet synes derfor å dreie seg om hvor tilgjengelige, oppdaterte og koordinerte de er, ikke at slike virkemidler i seg selv går lengre enn lovverket i å spesifisere kommunale oppgaver og ansvar.

Både statsforvaltere og kommuner etterspør en opprydding og bedre tilgjengeliggjøring av særlig svar på henvendelser og tolkningsuttalelser. I tillegg til dialogen mellom statsforvaltere og Helsedirektoratet fremheves viktigheten av mer konkret veiledning fra statsforvalter til kommuner. I enkelte av intervjuene vi har gjort i statsforvalterembetene fremkommer det at veiledning opp mot kommunene er ønskelig for å styrke kvaliteten på vedtakene som fattes i kommunene (og dermed potensielt redusere omfanget av klagesaker), samtidig som dette kan bli for ressurskrevende. Fra kommunenes side etterlyses mer kontakt både for å motta mer konkret veiledning, samtidig som enkelte også vektlegger rollen statsforvalteren har som bindeledd mellom stat og kommune. Dette inkluderer en forventning om at statsforvalter også tar et ansvar for at lokale erfaringer med lovverket, og de dilemmaer og utfordringer som oppstår når det skal anvendes i konkrete saker, blir kommunisert oppover i systemet.

4.4 Overordnet oppsummerende analyse

4.4.1 Innledning

I dette punktet gir vi noen overordnede betraktninger om den statlige klagebehandlingen på bakgrunn av de analysene og intervjuene vi har gjennomført. Det empiriske grunnlaget er som tidligere nevnt relativt sparsomt, slik at det er vanskelig å trekke klare konklusjoner på bakgrunn av disse. Vi gir derfor også noen generelle betraktninger omkring utredningens temaer.

4.4.2 Utviklingstrekk ved klagesaker

Det har kommet frem i intervjuene at det har vært en økning i antallet klagesaker på helse- og omsorgsfeltet de seneste årene. Dette oppleves særlig når det gjelder saker i samme kategori som de dette prosjektet har sett på, altså personlig assistanse og brukerstyrt personlig assistent, og omsorgsstønad til pårørende, mens økningen oppleves er langt mindre for saker om kommunens helsetjenester, for eksempel for hjemmesykepleie.

Statistikk fra Helsetilsynet bekrefter informantenes inntrykk av at mengden klagesaker har økt. Vi har ikke tall for de konkrete sakstypene vi har sett på i dette prosjektet. Tabellene nedenfor viser imidlertid tall for statsforvalternes klagebehandling på helse- og omsorgsområdet

generelt i 2022 og 2024. Statistikken her viser at på landsbasis har antall behandlede klagesaker økt fra 6011 i 2022 til 9136 i 2024, som er en økning på nesten 52 %:[76]

Vedlegg tabell 14 Helse- og omsorgstjenester – utfall av behandlingen av klagesaker om manglende oppfyllelse av rettigheter etter helse- og omsorgstjenestelovgivningen behandlet av statsforvalterne i 2022

Statsforvalteren i	Antall vurderinger	Andel stadfestet	Andel endret	Andel opphevet
Oslo og Viken	1539	80 %	4 %	16 %
Innlandet	572	88 %	5 %	7 %
Vestfold og Telemark	664	81 %	3 %	16 %
Agder	452	78 %	10 %	12 %
Rogaland	438	71 %	6 %	24 %
Vestland	813	85 %	3 %	13 %
Møre og Romsdal	276	75 %	10 %	15 %
Trøndelag	515	82 %	8 %	10 %
Nordland	358	87 %	3 %	10 %
Troms og Finnmark	374	72 %	3 %	25 %
Nasjonalt restanseprosjekt, 2021-2022	10	70 %	10 %	20 %
Landet	**6011**	**81 %**	**5 %**	**14 %**

Vedlegg tabell 30 Helse- og omsorgstjenester – utfall av behandlingen av klagesaker om manglende oppfyllelse av rettigheter etter helse- og omsorgstjenestelovgivningen behandlet av statsforvalterne i 2024

Statsforvalteren i	Antall vurderinger	Andel stadfestet	Andel endret	Andel opphevet
Østfold, Buskerud, Oslo og Akershus	2129	76 %	7 %	18 %
Innlandet	691	85 %	6 %	9 %
Vestfold og Telemark	907	86 %	3 %	11 %
Agder	573	86 %	4 %	10 %
Rogaland	694	77 %	4 %	19 %
Vestland	1829	83 %	3 %	14 %
Møre og Romsdal	514	86 %	2 %	12 %
Trøndelag	732	83 %	7 %	10 %
Nordland	480	91 %	1 %	8 %
Troms og Finnmark	587	81 %	1 %	18 %
Landet	**9136**	**82 %**	**4 %**	**14 %**

Intervjuene viser at bruken av KI har ført til mer omfattende klager, med «ferdigproduserte» argumenter og henvisninger til rettigheter og bestemmelser. Det har i møte med referansegruppen kommet opp at kommunene ikke har samme mulighet til å basere seg på å bruke KI i saksbehandlingen, verken ved første vedtak eller i vurderingen av en klage. Hver sak må vurderes individuelt og faglig. Det kan i dag også være en risiko for at KI konstruerer rettspraksis eller liknende, slik at man kan ende opp med uriktig grunnlag. Den økte klagemengden fører til en ekstra belastning på kommunenes ressurser, og det kan være behov for utvikling av systemer med god KI til hjelp i saksbehandlingen.

[76] Årsrapportar | Helsetilsynet, årsrapporter for 2022 og 2024.

Selv om omfanget av klager har økt de seneste årene, viser tabellene ovenfor at økningen i klageomfanget ikke utløser relativt flere opphevinger og omgjøringer enn tidligere, eller motsatt. Statsforvalterne vi har snakket med, mener at det er noen mindre svingninger fra år til, men at hovedtendensen er likevel at omgjøringsgraden og opphevingsgraden holder seg relativt stabil. Det vanligste utfallet av klagebehandlingen er at statsforvalter stadfester kommunens vedtak, selv om stadfestingsgraden varierer noe mellom embeter og mellom år.

Innenfor de vedtakene som oppheves, har våre informanter oppgitt at de opplever at statsforvalter opphevingene skjer som følge av mangler ved saksbehandlingen, for eksempel mangelfull saksutredning eller mangelfull begrunnelse. Vi har ikke statistikk på dette, men de klagesakene vi har undersøkt i prosjektet, bekrefter dette inntrykket.

Kommunene og statsforvalterne vi har snakket med, opplever at det nå stilles langt strengere krav til detaljeringsgraden i både utredningene og innholdet i vedtakene. Det er nærliggende å anta at både rettspraksis og Sivilombudets virksomhet er av betydning her. Vi viser her som eksempel til at Sivilombudet i 2023 publiserte en egen veileder for begrunnelser i forvaltningsvedtak.[77] I forordet til veilederen står det blant annet:

> De siste tiårene har rettspraksis utviklet kravet til begrunnelse i ganske stor utstrekning. På flere punkter er kravet til begrunnelse gradvis blitt skjerpet. Ut over dette er det likevel få andre rettskilder enn Sivilombudets uttalelser som belyser de ulike sidene ved begrunnelsesplikten. Uttalelsene fra Sivilombudet er derfor et viktig verktøy for å vise hvilke feil som oftest begås eller hvilke misforståelser som er vanligst på tvers av forvaltningen.

Endringen i kravene skyldes dermed praksis og økt bevissthet rundt saksbehandlingskravene til saksbehandling, og ikke nødvendigvis endringer i regelverket i seg selv.

4.4.3 Statsforvalternes prøving av kommunenes rettsanvendelse

Prøvingen av om saksbehandlingskravene er fulgt

Analysen av klagesakene i punkt 4.2, som kun omfatter et fåtall saker, viser at flere av vedtakene oppheves på grunn av saksbehandlingsfeil, i første rekke mangelfull utredning og begrunnelse. For å synliggjøre at en bruker mottar forsvarlige helse- og omsorgstjenester er det et betydelig dokumentasjonskrav for å kartlegge brukerens behov, og krav til begrunnelse som synliggjør kommunens vurdering i den konkrete saken. Vi viser her også til det som er sagt om det økte fokuset på ivaretakelse av saksbehandlingskravene generelt, se punkt 4.3 og 4.4.2.

I sakene vi har analysert, redegjør statsforvalterne gjennomgående for hva som mangler i kommunenes vedtak, og hvorfor disse manglene gjør at statsforvalterne ikke kan ta stilling til det faktiske resultatet i saken. Det er i tråd med statsforvalters prøvingskompetanse etter forvaltningsloven og pasient- og brukerrettighetsloven at vedtaket oppheves der statsforvalteren anser at de ikke har tilstrekkelig grunnlag for å vurdere saken.

Hensynet til det kommunale selvstyret er ikke relevant når statsforvalteren prøver saksbehandlingen, ettersom saksbehandlingskravene er rettsanvendelse og ikke hører til kommunens skjønn. Vi ser at statsforvalterne, når det konstateres saksbehandlingsfeil, i hovedsak sender saken tilbake til kommunen for ny behandling, Som vi har vært inne på i

[77] Begrunnelser - Sivilombudet

punkt 2.3.2 ovenfor, kan det sies å være en ivaretakelse av det kommunale selvstyret når saken sendes tilbake til kommunen for ny behandling, typisk grundigere utredning eller begrunnelse, fremfor at statsforvalter selv foretar utredninger og fatter nytt realitetsvedtak. Samtidig ivaretas klagers rettssikkerhet, ved at kommunen må gjøre en ny gjennomgang av saken i tråd med saksbehandlingskravene.

Prøvingen av rettsanvendelsen for øvrig

I de sakene som ikke blir opphevet på grunn av saksbehandlingsfeil, prøver statsforvalterne kommunens rettsanvendelse for øvrig, se analysene i punkt 4.2 ovenfor. Dette er typisk vurderingene av hva som omfattes av «nødvendige» tjenester, om kommunens tjenestetilbud til en bruker er «forsvarlig», og om det foreligger «særlig tyngende» omsorgsoppgaver. Som vist i punkt 2.2 ovenfor, er hensynet til det kommunale selvstyret ikke et relevant moment i prøvingen av rettsanvendelsen, og statsforvalteren har verken rett eller plikt til å vektlegge dette hensynet i sin prøving.

Vi ser at statsforvalterne i enkelte av sakene ovenfor, har vist til rundskriv eller tolkningsuttalelser for eksempelvis å fastlegge hva som omfattes av *nødvendige tjenester*, det vil si hvilke tjenester kommunene kan ha plikt til å levere etter en konkret vurdering. Et eksempel på dette er sak 3 i punkt 4.2.2 ovenfor, der statsforvalteren legger til grunn en tolkningsuttalelse om at bistand til dyrehold kan omfattes av personlig assistanse, og deretter gjør en konkret vurdering av at brukeren må få innvilget bistand til tømming av kattedo, med et omfang på 10 minutter i uken. Dette kan være en uheldig rettskildebruk, all den tid slike normerende produkter ikke er rettslig bindende for kommunene. Selv om disse i stor grad synes å bygge på forarbeidene til lovbestemmelsene, er de likevel en «videreutvikling» av kravene, som ikke er fastsatt av verken lovgiver eller gjennom rettspraksis. Dette kan dermed føre til at kommunene blir pålagt utvidete plikter gjennom klagesaksbehandlingen. Når det kommer til veiledning o.l. om hvilke tjenester kommunen plikter å tilby, er dette problematisk. Kommunene vil gjerne innrette seg etter statsforvalterens vedtak på dette området, og dermed føle seg forpliktet til å levere en tjeneste som ikke nødvendigvis følger av lovverket. Dette får igjen konsekvenser for kommunens økonomi. Vi kommer nærmere tilbake til bruken av veiledere mv. i punkt 4.4.5 nedenfor.

Et sentralt tema i prosjektet har vist seg å være statsforvalternes prøving av om kravet til forsvarlighet er oppfylt i det enkelte tilfelle. Prøvingen av forsvarlighet, eller fastsettelsen av den nedre grensen for forsvarlighetskravet, i den enkelte sak, er rettsanvendelse. Vurderingen i seg selv innebærer samtidig omfattende helsefaglige vurderinger av den enkelte brukerens behov. Helse- og omsorgslovgivningen legger opp til betydelig skjønn i den konkrete sak, og loven gir lite veiledning om hva som konkret ligger i forsvarlighetskravet. Veiledningsmaterialet fra Helsedirektoratet mv., bidrar til å utfylle lovverket, men er slik vi oppfatter det, også relativt generelt med hensyn til hva som bør forstås som forsvarlige helse- og omsorgstjenester for konkrete typer saker.

I sakene vi har sett på, er det dermed i hovedsak gjort en konkret faglig vurdering ut fra de opplysningene som er gitt om brukerens behov, både av brukeren selv, pårørende og spesialisthelsetjenester, og hvilke vurderinger kommunene har gjort. Det er i liten, eller ingen, grad vist til spesifikke rettskilder i vurderingene av selve forsvarligheten av tilbudte tjenester, ettersom forsvarlighetskravet må vurderes konkret i den enkelte saken.

Statsforvalterne legger i enkelte tilfeller stor vekt på hva brukeren selv har oppgitt av behov, og noe mindre vekt på kommunens vurderinger av de samme forholdene. Dette er trukket frem som problematisk i intervjuene med kommunene. Kommunene oppgir ofte at den subjektive oppfatningen til bruker tillegges avgjørende vekt med hensyn til å definere hva tjenestebehovet er, og dermed hva som i rettslig forstand er forsvarlig helse- eller omsorgshjelp i den konkrete saken. Kommunene oppfatter at deres egen faglige vurdering vektes lavere. Konsekvensen er, slik kommunene opplever det, at betydelige skjønnspregete vurderinger av brukerens tjenestebehov får stor betydning for hva statsforvalter fastsetter at er forsvarlig. Dette er etter vår vurdering et utslag av det store fokuset lovverket har på individuelle saker og rommet for skjønn, samt hvordan klageordningene er lagt opp. Dette er altså noe som ligger grunnleggende innbakt i regelverket i seg selv. Det at brukerens behov vurderes konkret av klageinstansen, er en sentral del av ivaretakelsen av den enkeltes rettssikkerhet.

I sakene vi har sett på, blir resultatet tidvis at statsforvalteren er enig i kommunens vurderinger av at kravet til forsvarlighet er oppfylt, og tidvis at statsforvalter kommer til et annet resultat enn kommunen og finner at de tilbudte tjenestene ikke er forsvarlige. Dette er i og for seg forventet, ut fra hvordan lovgiver har lagt opp at klagebehandlingen skal være.

Vi har som nevnt ikke tatt stilling til om statsforvalternes subsumpsjon og faglige vurderinger er korrekte i de enkelte sakene vi har sett på ovenfor. Det som er interessant å peke på her, er heller det strukturelle spørsmålet om hvordan lovgiver har innrettet klageordningene, med statsforvalteren som klageinstans som tar stilling til om forsvarlighetskravet er oppfylt. I mange tilfeller vil statsforvalteren her være den som «avgjør» hvordan loven skal benyttes i det konkrete tilfellet. Med mindre en sak tas videre til domstolene, vil det i praksis bli slik at statsforvalterne gjennom klagesaksbehandlingen kan få en form for definisjonsmyndighet for den nedre grensen av forsvarlighetskravet, og dermed for hvor grensen går mellom rettsanvendelse og fritt skjønn. Vi kommer nærmere tilbake til dette siste i punkt 4.4.4.

Liknende spørsmål er også påpekt i en tidligere utredning for KS, hvor det blant annet bemerkes:

> Statsforvalter er også gitt myndighet til å oppheve eller omgjøre kommunens vedtak, dersom den mener vedtaket bygger på rettslige feil eller mangler. Dette reiser det mer prinsipielle spørsmålet om hvorfor klageordninger er lagt opp slik at staten skal ha «siste ord» i hva som er korrekt lovtolkning og rettsanvendelse. På den ene siden kan det argumenteres for at dette er et uttrykk for lovgivers vilje, ved at loven legger opp til et system om at staten er klageinstans for kommunale vedtak. Grunnlovens prinsipp i § 98 om likhet for loven, er også et argument som taler for at rettslige spørsmål ikke bør avgjøres av den enkelte kommune. På den andre siden kan det reises spørsmål om statsforvalter er mer egnet til å avgjøre hva som er korrekt rettsanvendelse, særlig i saker hvor subsumsjonen krever lokal kunnskap. Det er også en fare for at statsforvalter tolker og anvender loven ulikt på tvers av embetene.[78]

Denne tematikken kommer kanskje særlig på spissen ved vurderingene etter helse- og omsorgslovgivningen, fordi disse ofte ikke handler om rene juridiske vurderinger, men om helsefaglige vurderinger for den enkelte bruker. Samtidig er det liten tvil om at det må finnes

[78] Holth & Winge mfl., *Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning,* 2024, s.101.

klageordninger for å ivareta den enkeltes rettssikkerhet. Hvorvidt andre klageordninger vil ivareta rettssikkerhet og hensynet til det kommunale selvstyret på en bedre måte enn dagens klageordninger, er høyst uklart. Vi kommer tilbake til noen alternative klageordninger i kapittel 8 nedenfor.

Økonomiske vurderinger tillegges liten, eller ingen, betydning i statsforvalterens vurdering av hva som er forsvarlig i det enkelte tilfellet i sakene vi har sett på. Dette er utvilsomt riktig, da forsvarlighet i seg selv skal vurderes ut fra brukerens behov. Økonomi kan i praksis kun gis betydning når man er inne på kommunens forvaltningsskjønn, typisk i valget mellom ulike tjenester som alle oppfyller forsvarlighetskravet. Kommunene bruker heller ikke direkte økonomiske argumenterer i vedtakene sine for å begrunne hva de i forstår som forsvarlig i en konkret sak. I intervjuene har vi også fått opplyst at det er svært sjeldent statsforvalterne opplever at økonomi trekkes inn i andre tilfeller.

Likevel vil vi bemerke at statsforvalters vurderinger av hva som er forsvarlig, i praksis synes å få betydning for de økonomiske forholdene i kommunene utover den enkelte saken. Intervjuene med kommunene viser at statsforvalters rettslige vurdering av forsvarlighetskravet i en konkret sak, også blir sett hen til av kommunene i vurderingen av tjenestenivået i liknende fremtidige saker. Dette kan igjen få økonomiske konsekvenser for kommunene, som er forpliktet til å ivareta likebehandling i sin tjenesteyting. Dette er en konsekvens som fremstår nokså frakoblet fra statsforvalters rettighetsbehandling, som alltid tar utgangspunkt i den enkelte brukers rettigheter etter loven. Kommunene opplever dette som problematisk, særlig med tanke på dagens og fremtidens utfordringer i kommuneøkonomien. Dette utfallet er imidlertid et utslag av hvordan lovgivningen er utformet, og ikke en utfordring som skyldes statsforvalteren praksis i seg selv. Det må her påpekes at uavhengig av hva statsforvalteren har kommet til om forsvarlighet i én enkeltsak, må kommunen gjøre en konkret vurdering av forsvarligheten også i liknende saker. Det skal gjøres konkrete vurderinger av brukerens behov i hver enkelt sak.

Basert på våre undersøkelser er det vanskelig å fastslå om statsforvalternes vurdering av forsvarlighetskravet er «riktigere» enn kommunenes med hensyn til tjenestenivået i de sakene vi har sett på. De ovennevnte forholdene belyser imidlertid hvorfor og hvordan statsforvalterens praksis i klagebehandlingen kan få en avgjørende betydning også for kommunal praksis i et større perspektiv, som kanskje ikke er tilsiktet. Dette handler etter vårt syn ikke om statsforvalternes praksis i seg selv, men om hvordan lovverket er utformet og det store rettighetsfokuset som har utviklet seg, samt om hvordan kommunene bruker statsforvalternes avgjørelser videre i sin virksomhet. Utviklingen tar ikke høyde for hvilke konsekvenser den sterke rettighetsfestingen på helse- og omsorgsfeltet kan få for det kommunale selvstyret, herunder kommunenes økonomiske situasjon.

4.4.4 Statsforvalternes prøving av kommunenes frie skjønn

Analysen av klagesakene i punkt 4.2 ovenfor, indikerer at statsforvalterne gjennomgående viser til at prøvingen av kommunens skjønn er begrenset til en prøving av om vedtaket er «åpenbart urimelig». Dette er i tråd med de rammer som pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 med tilhørende forarbeider, fastsetter for statsforvalterens prøving. Klagesakene viser at statsforvalterne følger disse føringene for prøvingen.

I intervjuene med kommuner og statsforvaltere, pekes det likevel på tre trekk med hensyn til statsforvalterens vektlegging av kommunalt selvstyre i prøving av rettsanvendelsesskjønnet og det frie skjønnet, som til sammen viser at det er en uenighet om hvor grensen mellom rettsanvendelse og fritt skjønn går.

Det første er at statsforvalter hovedsakelig i vedtakene prøver rettsanvendelsen, og det slik sett i liten grad er prøving av forvaltningsskjønnet. I rettanvendelsen får det kommunale skjønnet ingen plass da det i prinsippet er snakk om en vurdering av om kravet om forsvarlige helse- og omsorgstjenester, som er lovfestet i helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, er oppfylt i den enkelte sak.

Det andre er at statsforvalter som hovedregel stadfester kommunens vedtak dersom forsvarlighetskravet er oppfylt, og man dermed er innenfor det som omfattes av forvaltningsskjønnet. Her tillegges det kommunale selvstyre vekt av statsforvalter, eksempelvis overstyrer ikke statsforvalter kommunen valg omkring ulike måter å levere et forsvarlige tilbud til en bruker. Dette samsvarer med det vi har sett i de utvalgte klagesakene.

Det tredje hovedtrekket er vurderingen av den *nedre grensen* for forsvarlighetskravet, og om en tjeneste er over eller under denne grensen. Fra forsvarlighetskravets nedre grense og opp til god faglig praksis og videre over, har kommunen er stort handlingsrom og fritt skjønn. Det er imidlertid uenighet mellom kommunene og statsforvalterne om hvor den nedre grensen faktisk går, i den forstand at kommunene gjerne mener at et lavere nivå er forsvarlig i en konkret sak, enn det statsforvalter gjør. Den ulike vurderingen av forsvarlighetskravet bidrar til en opplevelse blant kommunene av at selvstyret i realiteten overprøves i klagebehandlingen, mens statsforvalterne opplever at de «bare» prøver rettsanvendelsen.

Å avgjøre hva som er forsvarlighetskravets nedre grense fremstår derfor som en betydelig utfordring for kommunene og skaper usikkerhet inn i den statlige klagebehandlingen på helse- og omsorgsfeltet. Intervjuene viser at kravet om forsvarlige helse- og omsorgstjenester er den viktigste rettslige vurderingen, og et krav som opplyses i den konkrete sak. Siden forsvarlighet er rettsanvendelse, blir det i praksis slik at statsforvalterne har «definisjonsmyndigheten» av dette i konkrete enkeltsaker. Dette legges igjen til grunn i senere kommunale saker, og kan dermed indirekte påvirke det kommunale selvstyret. Som vist i punkt 4.4.3, kan det reises spørsmål ved innretningen på klageordningen her.

4.4.5 Særlig om bruk av statlige rundskriv, veiledere, mv. i statlig klagebehandling

I klagesakene vi har analysert, ser vi at det i klagevedtakene ofte henvises til veiledere, rundskriv og tolkningsuttalelser. Disse brukes både for å underbygge hvilke krav som stilles til kommunens saksbehandling, for å utdype hva som ligger i «nødvendige» og «forsvarlige tjenester» og som grunnlag for å fastsette rammene for statsforvalterenes prøvings-kompetanse. Statsforvalterne viser i noen tilfeller til de normerende produktene som støtte for de beslutningene kommunene har fattet i sin saksbehandling, for eksempel i sak 4 og sak 9 i punkt 4.2.2 ovenfor, mens de i andre tilfeller danner grunnlag for å fastslå at kommunene har vurdert en sak uriktig, som i sak 3 i punkt 4.2.2 om bistand til dyrehold/tømming av kattedo.

Det er i utgangspunktet forståelig at statsforvalterne viser til slike veiledere, ettersom lovverket i seg selv er svært skjønnspreget, og det er lite andre konkrete kilder å forholde seg til.

Ettersom slike veiledere ikke er rettslig bindende for kommunene, må de imidlertid brukes med svært stor forsiktighet i den statlige klagebehandlingen. Dette gjelder særlig dersom de brukes som begrunnelse for å si at kommunen har tatt feil med hensyn til hvilke tjenester den har plikt til å levere, slik som den ovennevnte sak 3. En slik bruk vil som tidligere nevnt raskt innebære at kommunen blir pålagt plikter som ikke følger av regelverket. Dette vil igjen som hovedregel ikke bare ha betydning for den enkelte saken, men også få betydning for fremtidige saker i kommunen. Kommunene legger ofte resultatet av klagebehandlingen til grunn som gjeldende rett, eller innretter seg etter resultatet for å unngå fremtidige klager og omgjøringer.

Det kan være mer nærliggende å bruke veilederne som støtteargumenter for at kommunenes rettsforståelse har vært riktig, og dette oppleves nok mindre problematisk, særlig dersom kommunen selv har vist til samme veileder i sitt vedtak. Statsforvaltningen må likevel også her være noe forsiktige i bruken av veilederne. Det kan forekomme at rettsforståelsen i veilederen ikke er riktig, og at det finnes bindende rettskilder som kan tale for et annet resultat i saken.

I intervjuene vi har gjennomført, ga både statsforvalterne og kommunene uttrykk for at slike verktøy overordnet sett er nyttige. De oppleves å være av en generell natur, som sees i sammenheng med at lovverket i seg selv er utformet som generelle bestemmelser. Verken fra statsforvalterembetene eller kommunene vi har snakket med, var inntrykket at slike normerende produkter går lengre i å spesifisere krav til kommunene enn lovverket. Kommunene oppfatter heller ikke at statsforvalter fortolker veiledere, rundskriv og andre normerende verktøy på en måte som går utover det som følger av lovverket. Vi vil bemerke at disse funnene skiller seg fra funnene langt mer omfattende kartlegging av bruken og forståelsen av Helsedirektoratets normerende produkter, utført av Rambøll i 2025.[79] Her fremgår det blant annet at det ble gjennomført en spørreundersøkelse hvor 34 % av kommuneledere, 12 % av tjenesteledere og 11 % av administrativt ansatte som deltok, svarte at de mener at tilsynsmyndighetene tolker Helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer og veiledere strengere enn kommunene gjør.

Både statsforvaltere og kommuner vi har snakket med, viser til at tolkningsuttalelser og avklaringer knyttet til konkrete saker fra Helsedirektoratet er spesielt nyttig på sektoren. Det vises imidlertid også til at det foreligger en rekke relevante tolknings-uttalelser spredt over tid, knyttet til ulike deler av regelverket, som det er vanskelig å holde oversikt over, og at det er behov for bedre tilgjengeliggjøring av tolkningsuttalelser fra Helsedirektoratets side. Kommunene etterspør også mer direkte veiledning fra statsforvalterne.

Samlet sett illustrerer dette noen av utfordringene med lovgivningen på dette området. Regelverket er både fragmentert og svært skjønnspreget, og det finnes lite klare, bindende rettskilder å forholde seg til og bruke som grunnlag i saksbehandlingen, både for kommunene og statsforvalterne. I en hektisk hverdag med stor saksmengde, økt fokus på rettigheter og større krav fra den enkelte, er det forståelig hvorfor aktørene legger veiledere mv. til grunn i saksbehandlingen. Dette fører likevel til en større statlig styringstrykk på kommunene, som det ikke er grunnlag for i lovgivningen, og som nok heller ikke er tilsiktet i klagebehandlingen.

[79] Rambøll, *Kartlegging av hvordan Helsedirektoratets nasjonale faglige retningslinjer, veiledere og faglige råd blir forstått og brukt i kommunesektoren*, 2025.

5 Utvalgte bestemmelser på opplæringsområdet

5.1 Innledning

I likhet med helse- og omsorgsområdet, er opplæringsområdet en kombinasjon av rettigheter for den enkelte, og plikter for kommunene. Begge deler er regulert i opplæringslova. I dette kapittelet ser vi nærmere på noen ulike temaer på dette området.

I punkt 5.3 drøftes bestemmelsene om elevenes rett til individuelt tilrettelagt opplæring etter opplæringsloven og hvilken kompetanse statsforvalteren har til å prøve kommunale vedtak om individuell tilrettelegging. Ut fra innspill vi har fått fra kommuner tidligere, la prosjektet til grunn at individuelt tilrettelagt opplæring var et sentralt tema for kommunene med hensyn til vektingen av det kommunale selvstyret.

Underveis i prosjektet har vi fått tilbakemeldinger fra noen av de deltakende kommunene og statsforvalterne at de ikke oppfatter individuelt tilrettelagt opplæring som problematisk i dag. Derfor har vi inkludert enkelte andre problemstillinger som ble løftet frem av disse, som permisjoner, skolebytte og utvidet skolerett. Bestemmelser tilknyttet disse temaene drøftes i punkt 5.5.

5.2 Overordnet om retten til opplæring og opplæringsloven

Alle barn og unge i Norge har rett og plikt til opplæring. Retten til opplæring følger overordnet av Grunnloven § 109, som blant annet slår fast at barn «har rett til å motta grunnleggende opplæring» og som stiller krav om at opplæringen «skal ivareta den enkeltes evner og behov». Tilsvarende krav om at man tar utgangspunkt i den enkelte elevs evner og behov følger av menneskerettslige forpliktelser, og da særlig den europeiske menneskerettskonvensjon første tilleggsprotokoll artikkel 2, FNs barnekonvensjon og FNs konvensjon om personer med nedsatt funksjonsevnes rettigheter (FNs funkiskonvensjon).

Retten til opplæring og krav til innholdet i opplæringen er nærmere regulert i opplæringslova. Opplæringslova kapittel 11 omhandler både tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging. Det grunnleggende utgangspunktet er at skolene (kommunene og fylkeskommunene) har plikt etter opplæringslova § 11-1 til å tilpasse opplæringen slik «at elevane får eit tilfredsstillande utbytte av opplæringa uavhengig av føresetnader, og at alle skal få utnytta og utvikla evnene sine». Denne plikten motsvares ikke av en rettighet for elevene til slik individuell tilpasning. Det er altså ikke mulig for elevene å klage på manglende tilpasning av opplæringen. Men elevene har flere konkrete rettigheter i kapittelet som har som formål å sikre at enkelteleven får et tilfredsstillende utbytte av opplæringen. Det er retten til personlig assistanse (§ 11-4), retten til fysisk tilrettelegging og tekniske hjelpemiddel (§ 11-5) og retten til individuell tilrettelegging (§§ 11-6 og 11-7).

For alle disse rettighetene er det et sentralt poeng at opplæringslova § 10-1 slår fast at i beslutninger som gjelder elever, skal hensynet til eleven være et «grunnleggende hensyn». Kravet reflekterer det samme kravet som følger av Grunnloven § 104 og FNs barnekonvensjon art. 3. nr. 1. Dette kravet henger nært sammen med at eleven har rett til å medvirke i saker som gjelder dem selv (§ 10-2) og at skolen skal samarbeide med foreldrene (§ 10-2).

Det må fremgå av begrunnelsen av vedtak etter opplæringslova – følgelig også vedtak om individuell tilrettelegging – hvordan hensynet til den enkelte elev er vurdert i saken. Det er uttrykt slik i forarbeidene:

> I saker som blir avgjorde gjennom enkeltvedtak, skal vedtaket vise korleis omsynet til det beste for eleven har vorte vurdert. Vurderinga av det beste for eleven i den konkrete saka må vere omtalt i grunngivinga til vedtaket og vere tilstrekkeleg konkret og individuell.[80]

Kravet innebærer altså at det for vedtak etter kapittel 11, som for andre vedtak etter opplæringslova, stilles krav både til at vurderingen av hva som er det beste for eleven må være tilstrekkelig *konkret* og *individuell*, og at denne vurderingen må fremgå av begrunnelsen for vedtaket.

5.3 Retten til individuell tilrettelagt opplæring

Opplæringslova §§ 11-6 og 11-7 regulerer rettighetene til *individuell tilrettelegging*. Det følger av opplæringslova § 11-6 at: «Elevar har rett til individuelt tilrettelagd opplæring dersom dei treng det for å få tilfredsstillande utbytte av opplæringa.» Dersom eleven ikke får tilfredsstillende utbytte av opplæringen, har altså eleven rett til individuell tilrettelegging.

Opplæringsloven § 11-7 setter rammer for vurderingene etter § 11-6. I § 11-7 er det slått fast: «Før kommunen eller fylkeskommunen avgjer om ein elev har krav på individuelt tilrettelagd opplæring, skal dei hente inn ei sakkunnig vurdering frå den pedagogisk-psykologiske tenesta.» Det følger videre av § 11-7 annet ledd at den pedagogisk-psykologiske tjenesten (PP-tjenesten) skal ta «stilling til om eleven treng individuelt tilrettelagd opplæring».

PP-tjenesten har ikke myndighet til å fatte vedtak om individuell tilrettelegging, men at tjenesten har avgitt en sakkyndig vurdering er et vilkår for at kommunen kan fatte vedtak om individuell tilrettelegging. Det er stilt krav i opplæringsloven § 11-8 til hva som skal vurderes av PP-tjenesten: PP-tjenesten skal vurdere elevens utbytte av opplæringen (bokstav a), hvorfor eleven eventuelt ikke har, eller ikke kan få, tilfredsstillende utbytte av opplæringen (bokstav b), hva som er realistiske læringsmål for eleven (bokstav c), hvilke tiltak som kan gi eleven et tilfredsstillende utbytte av opplæringen (bokstav d) og hvilken kompetanse de som skal gi opplæringen bør ha, dersom det skal gjøres unntak fra kompetansekrav (bokstav e).

Den rådgivende vurderingen fra PP-tjenesten er utgangspunktet for kommunens vedtak om individuell tilrettelegging. Det er satt enkelte begrensninger i loven på kommunens adgang til å fravike PP-tjenestens vurdering. I § 11-7 annet ledd slås det fast at kommunen bare kan fravike PP-tjenestens vurdering dersom kommunen vurderer det slik at eleven kan få «tilfredsstillande utbytte av opplæringa på ein annan måte». Det er videre slått fast samme sted at dersom kommunen velger å fravike PP-tjenestens vurdering, skal det være begrunnet i vedtaket at eleven kan få et tilfredsstillende utbytte av opplæringen på en annen måte. Det er understreket i lovforarbeidene at dette kravet innebærer en særskilt begrunnelsesplikt.[81] I utgangspunktet er altså kommunens vurderingsrom begrenset av PP-tjenestens faglige vurdering av om eleven

[80] Prop. 57 L (2022–2023) s. 598.

[81] Prop. 57 L (2022–2023) s. 606.

har et tilfredsstillende utbytte av opplæringen, og av behovet for tilrettelegging, innebærer klare føringer for kommunens vurderinger.

Dette er rammene for kommunens vurderinger av om eleven har tilfredsstillende utbytte av opplæringen. Begrepet «tilfredstillande utbytte av opplæringen» er en rettslig standard. Hva slags vurderingstema dette er tale om og hvilken adgang det er til rettslig overprøving av kommunens vurderinger i slike saker, er omhandlet i lovens forarbeider. Det fremgår av Prop. 57 L (2022-2023) at:

> Kva som er tilfredsstillande utbytte av opplæringa, er ei skjønnsmessig vurdering, som byggjer på fagleg-pedagogiske vurderingar. […] Det er ikkje noko eintydig kriterium for kva som er tilfredsstillande utbytte, og det må vurderast konkret. Plikta er broten når utbyttet til elevane ikkje er tilfredsstillande. Nemninga tilfredsstillande krev likevel ikkje at skolane sikrar optimalt utbytte av opplæringa. Tanken med denne rettslege standarden, som kan variere over tid og med endringar i kva som er fagleg god praksis, er å sikre at plikta og retten til opplæring blir reell. Å avgjere kva som er tilfredsstillande utbytte, er eit lovbunde skjønn.[82]

Det fremgår av det siterte at det er uttrykkelig forutsatt i lovforarbeidene at vurderingen av om en elev har tilfredsstillende utbytte av opplæringen er et lovbundet skjønn – det er altså et skjønn som kan overprøves rettslig. Det innebærer at statsforvalteren i klagebehandlingen «kan prøve alle sider av saken» slik klagekompetansen er beskrevet i forvaltningsloven § 34. Det gjelder forutsetningsvis både PP-tjenestens og kommunens vurderinger. Det er altså klart at statsforvalteren fullt ut kan prøve om en elev har *rett* til individuell tilrettelegging.

Det neste spørsmålet er hvor langt statsforvalteren kan overprøve det nærmere *innholdet* i et vedtak om individuell tilrettelegging. Opplæringsloven § 11-6 slår ganske enkelt fast at eleven har rett til «individuell tilrettelagt opplæring» uten at det der sies noe mer konkret om hva denne retten består i. Det er gitt noen føringer i loven, blant annet er det stilt krav til hva den sakkyndige vurderingen skal omfatte (§ 11-8) og det skal utformes en individuell opplæringsplan (IOP) for eleven (§ 11-10). I den individuelle opplæringsplanen skal det fremgå hva som er målene for og innholdet i opplæringen og hvordan den skal gjennomføres. Det er også krav om at skolen evaluerer opplæringen årlig (§ 11-11). Evalueringen skal blant annet inneholde «vurdering av utviklinga til eleven sett opp mot måla i den individuelle opplæringsplanen».

I lovens forarbeider er det ikke nærmere drøftet hva slags rammer det er for rettslig overprøving av det nærmere innholdet i den individuelle tilrettelagte opplæringen. Det er likevel klart at den individuelle tilretteleggingen i det minste må være egnet til å oppfylle den grunnleggende retten til opplæring, som altså er formulert som en rett til et tilfredsstillende utbytte av opplæringen i opplæringslova § 11-6. Dersom kommunen velger en annen tilrettelegging enn tilretteleggingen PP-tjenesten har lagt til grunn at eleven trenger, må kommunen begrunne det særskilt at den valgte tilretteleggingen kan gi eleven et tilstrekkelig utbytte, jf. § 11-7 annet ledd. Disse vurderingene kan statsforvalteren prøve fullt ut.

Rammene for klagebehandling i en situasjon der kommunen velger å gi et mer omfattende tilbud til eleven enn de krav som følger av §§ 11-6 og 11-7, er ikke drøftet i lovforarbeidene.

[82] Prop. 57 L (2022–2023) s. 604.

Kommunen er uansett ikke rettslig forpliktet til å gi et mer omfattende tilbud enn det minimum som kreves av bestemmelsen, og kommunen står fritt til å velge å gi et mer omfattende tilbud. Dersom det klages over et vedtak der den individuelle tilretteleggingen går utover de minstekrav som følger av loven, må følgelig statsforvalteren legge stor vekt på kommunens vurderinger og hensynet til det kommunale selvstyret.

5.4 Kort om «Veileder om tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging»

Som vi har sett i punkt 3.4 ovenfor, er Helsedirektoratet gjennom hol. § 12-5 pålagt en plikt til å utarbeide faglige retningslinjer mv. for helse- og omsorgstjenester. Opplæringslova gir ikke en tilsvarende plikt til eksempelvis Utdanningsdirektoratet på opplæringsområdet. Likevel utarbeider Utdanningsdirektoratet veiledere mv. som gir rettledning om regelverket og hvordan det skal forstås.[83] Slike veiledere er naturligvis ikke rettslig bindende for kommunene, men kan gi god støtte i deres arbeid.

Det vil være for omfattende å gjøre en analyse av alle veiledere mv. på opplæringsområdet. Vi ser her kort nærmere på en veileder som er sentral for de sakene vi skal se på innenfor dette området, nemlig «Veileder om tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging», som gjelder blant annet individuell tilrettelagt opplæring etter §§ 11-6 og 11-7.[84]

Kort sagt gir veilederen en utdypende oversikt over regelverket for individuell tilrettelegging, og hva som ligger i ulike begreper, og forklarer prosessen frem til at for eksempel en elev får rett til individuelt tilrettelagt opplæring (ITO). For ITO tar veilederen utgangspunkt i bestemmelsene i opplæringslova §§ 11-6 til 11-8. Den synliggjør også relevante saksbehandlingskrav i forvaltningsloven, eksempelvis kravene til saksutredning etter fvl. § 17.

Veilederen utdyper ulike krav som følger av regelverket, samtidig som den synliggjør at både kravene til utredning, omfanget av ITO, mv. vil variere fra sak til sak. Eksempelvis sies det i punkt 6.1 i veilederen:

> Forvaltningslovens regler om å opplyse saken sier ingenting konkret om hva slags informasjon kommunen og fylkeskommunen må innhente og hvordan den skal se ut. Hvilken tilrettelegging eleven har behov for varierer i tillegg fra sak til sak. Kommunen og fylkeskommunen må derfor vurdere konkret i hver enkelt sak hvor omfattende og nøyaktige undersøkelser de må gjøre før de fatter vedtak.

Der regelverket stiller klare krav, er veilederen også tydelig på dette. Dette gjelder eksempelvis kravet om sakkyndig vurdering, se veilederens punkt 7.1 hvor det blant annet sies:

> Kommunen og fylkeskommunen må hente inn sakkyndig vurdering fra PP-tjenesten før de fatter vedtak om individuelt tilrettelagt opplæring. Eleven eller foreldrene må samtykke før PP-tjenesten utarbeider en sakkyndig vurdering. Dette står i opplæringsloven § 11-7.

[83] Se oversikt på Utdanningsdirektoratets nettsider: Alle rundskriv og veiledere - skole og opplæring | udir.no

[84] Veileder om tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging | udir.no

Tilsvarende gjelder krav til begrunnelse i selve vedtaket om ITO, som følger av forvaltningsloven og opplæringsloven i kombinasjon. Veilederen sier blant annet i punkt 7.3:

> Hvilket opplæringstilbud eleven trenger for å få tilfredsstillende utbytte av opplæringen skal komme tydelig frem av vedtaket. På den måten får eleven og foreldrene vite hvilken opplæring eleven har krav på. Samtidig får skolen vite hvilken opplæring de må legge til rette for. Kommunen og fylkeskommunen må beskrive innholdet, omfanget og organiseringen av opplæringen sånn at det ikke oppstår uenighet om hva eleven har fått rett til.

Slik vi oppfatter veilederen, er den også tydelig i bruken av ord som «skal», «bør», o.l. Veilederen tydeliggjør samlet sett de kravene som følger av regelverket, og skisserer ulike fremgangsmåter i saksbehandlingen mv. Den fremstår som et hjelpeverktøy som viser både krav som må følges, og fleksibilitet og handlingsrom i saksbehandlingen, uten å gå utover det som følger av lov og forskrift. Dette synes også å være oppfatningen blant de kommunene og statsforvalterne vi har intervjuet i prosjektet, se punkt 6.4 nedenfor.

5.5 Andre aktuelle bestemmelser etter opplæringslova

5.5.1 Innledning

Ovenfor har vi sett på reglene om individuelt tilrettelagt opplæring og statens prøvingskompetanse. I løpet av prosjektet har enkelte kommuner vist til at det er andre områder hvor hensynet til det kommunale selvstyret kommer mer på spissen. Dette gjelder blant annet saker om permisjon fra opplæring, skolebytte og utvidet skolerett. I disse sakstypene er det gjerne hensynet til det kommunale selvstyret og kommunens ressurser på den ene siden, og hensynet til barnets beste på den andre, som står «mot» hverandre. Enkelte kommuner opplever at statsforvalterne her legger mest vekt på hensynet til barnets beste i den enkelte saken, mens andre kommuner opplever at det kommunale selvstyret tillegges størst vekt. En ansatt i utdanningssektoren i en kommune, uttrykker dette slik i en epost:

> Vår erfaring i andre type saker der vi har «fritt skjønn», er at Statsforvalteren legger stor vekt på det kommunale selvstyret. Utfordringen for oss i disse sakene er at de genererer mye arbeid, og hvor Statsforvalteren i alle saker (må ta et forbehold om at det er noen saker jeg ikke kjenner til) lar hensynet til det kommunale selvstyret veie tyngst slik at kommunens vedtak opprettholdes. Vedtakene i disse sakene har også et eget avsnitt som heter «hensynet til det kommunale selvstyret».

Vi har fått tilsendt noen vedtak om disse sakstypene, som vi analyserer i punkt 6.2.2 nedenfor. I det følgende ser vi kort på bestemmelsene som danner bakgrunnen for disse sakene.

5.5.2 Rett til grunnskoleopplæring

Opplæringslova gir alle barn en rett til grunnskoleopplæring fra det året de fyller seks år og til de har avsluttet det 10. trinnet, se lovens § 2-1 første ledd. Retten til utdanning er også grunnlovsfestet, se Grl. § 109. Ansvaret for grunnskoleopplæringen er etter opplæringslova § 28-1 lagt til kommunene.

Retten til grunnskoleopplæring gjelder til barnet har avsluttet det 10. klassetrinnet. Det ordinære utgangspunktet er dermed at barnet går totalt 10 år på grunnskolen. Det kan forekomme at barnet av ulike grunner ikke får deltatt i opplæringen, eller nyttiggjort seg av den, og opplever behov for ytterligere skolegang i grunnskolen. En slik «utvidet skolerett» følger ikke

av lovens selv. Forarbeidene fastslår imidlertid følgende i forbindelse med drøfting av fritak fra opplæringsplikt:

> I heilt spesielle unntakstilfelle kan også kommunane med samtykke frå foreldra vedta å la ein elev gå eit trinn om igjen eller tilby eit ellevte skoleår til elevar som ikkje har fullført grunnskolen.[85]

I spesialmerknadene til opplæringslova § 2-1, sies det videre:

> Ein kommune kan la ein elev få ekstra grunnskoleopplæring dersom det i det enkelte tilfelle verkar tenleg. Kommunen må tilby slik opplæring før eleven har fått utferda vitnemål frå grunnskolen, for at resultata frå den ekstra opplæringa skal kunne førast på grunnskolevitnemålet til eleven. Meir grunnskoleopplæring etter § 9-7 kan likevel gi anledning til å forbetre grunnskolevitnemåletopplæringen.[86]

Begge sitatene viser at barnet ikke vil ha en ubetinget rett til å få ekstra grunnskoleopplæring, typisk ved å gå et år om igjen på barneskolen. Kommunen «kan» la et barn få ekstra grunnskoleopplæring, og vil da måtte gjøre en helhetsvurdering av de aktuelle forholdene i saken. Vurderingene ligger innenfor kommunens frie skjønn, som innebærer at statsforvalteren i en eventuell klagesak vil måtte legge «stor vekt» på hensynet til det kommunale selvstyret i sin prøving, i tråd med fvl. § 34 andre ledd.

5.5.3 Plikt til grunnskoleopplæring

Alle barn har som vist ovenfor en rett til grunnskoleopplæring etter opplæringslova § 2-1. Motstykket til denne *retten*, er at barna også har en tilsvarende *plikt* til grunnskoleopplæring, som er fastslått i opplæringslova § 2-2 første ledd. Dette innebærer altså at det ikke bare ligger et ansvar på kommunen for å sørge for grunnskoleopplæringen, men også et ansvar hos barnet og de foresatte for at barnet møter opp og mottar opplæringen.

Det kan gjøres unntak fra opplæringsplikten i enkelte tilfeller, både i større omfang og av kortere varighet. Vi konsentrerer oss her om det som i utgangspunktet vil være kortvarige unntak i form av permisjoner fra skolen. Muligheten til permisjon følger av opplæringslova § 2-2 fjerde ledd, som sier at:

> Kommunen kan gi ein elev permisjon frå skolen dersom eleven får ei opplæring som samla sett er forsvarleg. Kommunen gir forskrift om permisjon frå skolen.

Bestemmelsen viser til at kommunen «kan» gi permisjon, noe som viser at dette ligger til kommunens frie skjønn. Det er opp til kommunen om den vil innvilge an søknad om permisjon eller ikke. Dette er også fastslått uttrykkelig i forarbeidene, som sier at:

> Vurderinga av om ein elev skal få permisjon, er opp til kommunane og er ei skjønnsmessig vurdering. Dette er eit forvaltningsskjønn som domstolen og tilsynsmakta ikkje kan overprøve.[87]

[85] Prop. 57 L (2022–2023) s. 63.

[86] Prop. 57 L (2022–2023) s. 568.

[87] Prop. 57 L (2022–2023) s. 570.

Det må presiseres at statsforvalteren som *klageinstans*, kan prøve det frie skjønnet i tråd med bestemmelsen i fvl. § 34 andre ledd. Statsforvalteren må legge stor vekt på det kommunale selvstyret i denne prøvingen. I tillegg vil naturligvis også myndighetsmisbrukslæren kunne gjøre seg gjeldende.

5.5.4 Hvilken skole eleven skal gå på

Utgangspunktet etter opplæringslova er at elever har rett til å gå på en skole i sitt nærmiljø, se opplæringslova § 2-6 første ledd første punktum. Dette såkalte nærskoleprinsippet innebærer at barn som bor i det samme området, skal få gå sammen på skolen, og at denne skolen skal være en skole i det som er det naturlige nærmiljøet til barna. Det følger av § 2-6 første ledd andre punktum at kommunen kan vedta forskrift om skolekretser, som vil innebære at det avgjøres «automatisk» hvilken skole et barn skal gå på. Dersom kommunen ikke har vedtatt en forskrift, må det fattes enkeltvedtak om hvilken skole en elev tilhører.[88] Bestemmelsens tredje og fjerde punktum gir føringer for hva kommunen kan legge vekt på ved tildeling av skoleplass eller fastsettelse av forskrift. Vi går ikke nærmere inn på dette her.

De fleste barn vil gå på sin nærskole. Det kan likevel forekomme at et barn eller foreldrene ønsker at barnet skal gå på en annen skole enn nærskolen. Forarbeidene viser til at en vanlig situasjon er der familien flyttet internt i kommunen, og foreldrene ønsker at barnet skal kunne fortsette på samme skole som det gikk på før flyttingen.[89] Det kan søkes om at eleven får plass på en annen skole enn nærskolen etter opplæringslova § 2-6 andre ledd.

Det er kommunen som avgjør om en søknad om plass på en annen skole skal innvilges. Forarbeidene fastslår at:

> Avgjerda til kommunen om plass på ein skole utanfor skolekrinsen etter den kommunale forskrifta er eit enkeltvedtak etter forvaltningslova. Kommunane må behandle desse søknadene etter dei alminnelege forvaltningsrettslege reglane, som mellom anna vernar mot usakleg forskjellsbehandling.[90]

Vi befinner oss altså her på et område hvor avgjørelsen i hovedsak beror på fritt skjønn. Statsforvalteren skal her legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøvingen av skjønnet.

Vi vil her bemerke at den tidligere opplæringslova fra og med 2018 hadde en særbestemmelse i § 15-1 tredje ledd, om at statsforvaltningen bare skulle «legge vekt på» hensynet til selvstyret i saker om skolebytte. Denne særregelen er ikke videreført i dagens opplæringslov. I forarbeidene til gjeldende lov viste departementet til at:

> Det blir ei uryddig ordning dersom det er ulike tersklar for prøving av ulike vedtak etter den nye lova. Departementet meiner at sakar om skolebyte ikkje bør behandlast annleis enn andre avgjerder etter opplæringslova når det gjeld kor stor vekt klageinstansen skal leggje på det lokale sjølvstyret. Den statlege klageinstansen må ikkje leggje avgjerande vekt på det kommunale sjølvstyret, og klageinstansen skal alltid overprøve avgjerder som ikkje er i samsvar

[88] Prop. 57 L (2022–2023) s. 572.

[89] Prop. 57 L (2022–2023) s. 572.

[90] Prop. 57 L (2022–2023) s. 572.

> med dei alminnelege forvaltningsrettslege prinsippa. Til dømes skal avgjerder ikkje vere openbert urimelege, og her vil det beste for barnet vere eit sentralt omsyn.
>
> Departementet er samd i at det beste for barnet bør vege tungt i saker om skolebyte, men dette omsynet må uansett vere sentralt i vurderinga til klageinstansen av alle enkeltvedtak og vegast opp mot andre omsyn, som kommunalt sjølvstyre. Det følgjer av dagens reglar, og er også foreslått teke inn i opplæringslova, at det beste for eleven skal vere eit grunnleggjande omsyn ved alle handlingar og avgjerder som gjeld elevar. Klageinstansen har alltid høve til å prøve om avgjerder er i samsvar med dei alminnelege forvaltningsrettslege prinsippa om avgjerdene skal vera saklege, forsvarlege, proporsjonale og rimelege.[91]

Det kommer her altså frem at hensynet til det kommunale selvstyret skal tillegges stor vekt i klagesaker etter opplæringslova generelt. Samtidig veier hensynet til barnets beste utvilsomt tungt i slike saker. Dette kan skape en usikkerhet om hva som egentlig skal veie tyngst av disse hensynene, noe som også kom frem i intervjuer vi har gjennomført i prosjektet.

[91] Prop. 57 L (2022–2023) s. 496.

6 Klagebehandling av vedtak etter opplæringslova

6.1 Innledning

I dette kapittelet ser vi nærmere på praksis i statens klagesaksbehandling i enkelte sakstyper etter opplæringslova. Vi gjør første en analyse av klagesaksvedtak om individuelt tilrettelagt opplæring, se punkt 6.2.1, og noen saker om permisjon, skolebytte og utvidet skolerett, se punkt 6.2.2. Deretter redegjør vi for synspunkter som har kommet frem i intervjuer med statsforvaltere og kommuner, se punkt 6.3. Avslutningsvis gir vi i punkt 6.4 en overordnet analyse og oppsummering av sentrale trekk på området.

Vedtakene vi ser på, er sendt oss fra de tre statsforvalterembetene og fra kommuner som har disse embetene som klageinstans for sine vedtak. I likhet med i analysen av sakene etter helse- og omsorgstjenesteloven, ser vi på hva som er bakgrunnen for en eventuell endring av kommunens vedtak, om statsforvalterne har vurdert hensynet til det kommunale selvstyret i saksbehandlingen, om det er andre faktorer og hensyn som trekkes særskilt frem i vedtakene, og i hvilken grad statlige rundskriv, veiledere, mv. er lagt til grunn i klagesaksbehandlingen. Det gjengis ikke detaljer om selve saksforholdene, kun overordnet hva saken dreier seg om. Vi tar heller ikke stilling til selve resultatet i noen av sakene.

Igjen er det slik at man må være forsiktig med å legge såpass få vedtak til grunn for generelle konklusjoner om hvordan statsforvalterne håndterer denne sakstypen.

Opplæringslova har ikke egne bestemmelser om klagesaksbehandling eller vekting av hensynet til det kommunale selvstyret ved vurderingen av fritt skjønn. Det er derfor bestemmelsen i fvl. § 34 om klageinstansens kompetanse som er gjeldende for disse sakene. Statsforvalteren skal dermed legge «stor vekt» på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønn, se punkt 2.3.3 ovenfor.

6.2 Analyse av klagesaksvedtak

6.2.1 Klagesaker om individuelt tilrettelagt opplæring

Vi ser i det følgende på seks vedtak om individuelt tilrettelagt opplæring. Sakene dreier seg i hovedsak om kommunale vedtak om innvilgelse av individuelt tilrettelagt opplæring, med unntak av ett, som dreier seg om klage på manglende *gjennomføring* av slik opplæring.

Sak 1

Den første saken gjelder klage på timeantallet i kommunens vedtak om individuelt tilrettelagt opplæring (ITO). Skolen hadde fattet vedtak om 190 timer ITO, i samsvar med sakkyndig vurdering fra PPT. Foresatte mente at timeantallet var for lavt sett i forhold til barnets utfordringer. Statsforvalteren opphevet vedtaket og sendte det tilbake til kommunen for ny behandling, inkludert ny sakkyndig vurdering.

Når det gjelder selve regelverket om ITO, viser Statsforvalteren blant annet til at:

> Elever har rett til individuelt tilrettelagt opplæring dersom de trenger det for å få tilfredsstillende utbytte av opplæringen. Opplæringstilbudet skal utformes slik at det samlet kan gi eleven tilfredsstillende utbytte av opplæringen sammenlignet med andre elever og i tråd med de opplæringsmålene som er realistiske for eleven. Betegnelsen «tilfredsstillende» krever likevel

> ikke at skolen sikrer eleven et optimalt bytte av opplæringen. Hva som er et tilfredsstillende utbytte vil variere fra elev til elev, og det må gjøres en konkret vurdering av hva som er til den enkelte elevs beste. Vurderingen skal være individuell og konkret innenfor de rammene som lovgivningen trekker opp.
> (...)
>
> Før kommunen fatter enkeltvedtak om individuell tilrettelagt opplæring, skal det foreligge en sakkyndig vurdering fra PPT. Sett i sammenheng med den sakkyndige vurderingen skal vedtaket beskrive innhold, omfang og organisering av den individuelt tilrettelagte opplæringen, samt kompetansen til den som skal gi opplæringen. Det skal komme tydelig frem av vedtaket hvilket opplæringstilbud eleven trenger for å få tilfredsstillende utbytte av opplæringen.

I vedtaket er det henvist til en rekke bestemmelser og veiledere gjennom fotnoter, som ikke er gjengitt her. Det mest sentrale er at det henvises til Utdanningsdirektoratets veileder for tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging, kapittel 3 om «Tilfredsstillende utbytte av opplæringen» og kapittel 7 om «Vedtak om individuell tilrettelegging». Denne veilederen er som nevnt under punkt 5.4, en sentral veileder på området som brukes i utstrakt grad både av kommuner og statsforvaltere i saksbehandlingen.

Statsforvalteren viser til sin myndighet etter fvl. § 34 fjerde ledd, om at de kan opprettholde kommunens vedtak, treffe nytt vedtak eller oppheve det og sende saken tilbake til underinstansen for helt eller delvis ny behandling.

Hovedproblemstillingen i saken er om tilbudet om individuell tilrettelagt opplæring er egnet til å gi eleven et «tilfredsstillende utbytte» av opplæringen. Statsforvalteren bemerker at skolen tilbyr opplæring i 50 % av skoletiden, men at de ikke kan se at det er nærmere redegjort for hvorfor tilbudet reduseres. Statsforvalteren mener at dette i utgangspunktet betyr at eleven ikke får oppfylt sin rett til utdanning. Statsforvalteren skriver at kommunen bør tilby opplæring i tråd med det eleven kan mestre, og at kommunen skulle ha vurdert tiltak de 50 % av timene hvor eleven er hjemme, for eksempel gjennom opplæring hjemme eller digital opplæring. Det vises til at den sakkyndige vurderingen ikke adresserer og vurderer dette. Statsforvalteren konkluderer med at vedtaket om ITO ikke er i tråd med opplæringsloven §§ 11-6, 2-1 og 1-6.

Videre påpeker statsforvalteren at vedtaket viser til opplæring som kalles «arbeidsprosess» og at timer skal brukes til å «styrke laget rundt eleven». Det er uklart for Statsforvalteren hva PPT legger i dette, og de mener at det bør gis en mer presis beskrivelse av innholdet ITO. Statsforvalteren anser at hensynet til barnets beste ikke er tilstrekkelig undersøkt eller vurdert i saken, og at det er forhold i saken som tilsier at det bør utarbeides en ny sakkyndig vurdering og treffes nytt vedtak av hensyn til barnets beste.

Siden det her er vurderingen av om eleven får «tilfredsstillende utbytte av opplæringen» og saksutredningen isolert sett som er hovedtema, er hensynet til kommunalt selvstyre i seg selv ikke en faktor i Statsforvalterens vurderinger.

Sak 2
Saken gjelder klage på omfang, innhold og organisering av kommunens vedtak om innvilget individuelt tilrettelagt opplæring. Statsforvalteren tok klagen til følge når det gjaldt organiseringen av ITO, men ikke for den delen som gjaldt omfanget og innholdet av ITO.

Innledningsvis i vedtaket redegjør Statsforvalteren for regelverket og sin kompetanse som klageinstans på samme måte som i sak 1 ovenfor.

For den delen av saken som gjaldt omfanget av ITO, fremgår det at PPT i sin sakkyndigvurdering ved en saksbehandlingsfeil hadde tildelt flere timer enn det samlede timeantallet som gjaldt for årstrinnet. Kommunen hadde derfor i sitt vedtak redusert timeantallet til det maksimale timeantallet for årstrinnet, og dermed «fraveket» PPTs vurdering. PPT skrev i etterkant et tillegg til vurderingen og korrigerte sin opprinnelige tilråding. Foresatte mente at eleven måtte få det opprinnelige timeantallet.

Statsforvalteren skriver i sitt vedtak:

> Det er fastsatt et samlet minste timeantall for elever på 1.-7. trinn og for elever på 8.-10. trinn som elevene har rett til. Kommunen har plikt til å gi dette timetallet, men står fritt til å tilby flere timer.
>
> Statsforvalteren vurderer på bakgrunn av dette at skolen ikke har plikt til å tilby mer opplæring enn det som følger av fag- og timefordelingen. Videre følger det av skolens vedtak at omfanget i ITO i engelsk, i norsk og matematikk tilsvarer alle timene i de respektive fagene.

Den sakkyndige vurderingen viste at det var behov for ITO i engelsk, norsk og matematikk, mens at det i andre fag ville være tilstrekkelig med ordinær tilpasset opplæring. De foresatte ønsket ITO også her. Statsforvalteren skriver i sitt vedtak:

> Etter Statsforvalterens vurdering er det til elevens beste at ITO gis i tråd med det PPT anbefaler. Som tidligere nevnt legger vi stor vekt på PPTs tilråding, da tjenesten har spisskompetanse på arbeidet med å bidra til et inkluderende opplæringstilbud til elever som har behov for tilrettelegging i opplæringen.

I utgangspunktet viser Statsforvalteren her altså en tilbakeholdenhet i prøvingen av de faglige vurderingene som er gjort.

Statsforvalteren kom imidlertid til at organiseringen av ITO ikke kom tydelig nok frem av verken sakkyndig vurdering eller vedtaket, og at kommunen ved PPT og skolen måtte rette opp i dette:

> Et vedtak om ITO må være som konkret og tydelig som mulig. Dersom vedtaket ikke tar stilling til hvilke plikter skolen skal ha, kan ikke elever og foreldre vite hvilket opplæringstilbud skolen skal gi eleven. Skolen kan derfor ikke bare sitere den sakkyndige vurderingen, da den sakkyndige vurderingen skal være en anbefaling. Etter vår vurdering kommer det ikke tydelig nok frem av sakkyndig vurdering og vedtaket hva slags organisering som skal gjelde for opplæringen i de enkelte fagene/områdene, og om opplæringen skal foregå i klassen eller mindre grupper. Dette betyr at det ikke kommer tilstrekkelig tydelig frem av vedtaket hvilket opplæringstilbud [eleven] skal ha.

Det er her altså manglende etterlevelse av saksbehandlingsreglene, i form av mangler ved vedtakets begrunnelse, som er bakgrunnen for at klagen tas delvis til følge.

Også i dette vedtaket vises det til Utdanningsdirektoratets veileder om tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging en rekke steder. Vi viser til våre nærmere vurderinger av denne veilederen i punkt 5.4 ovenfor.

Sak 3

Saken gjelder klage på kommunalt vedtak om innvilgelse av individuelt tilrettelagt opplæring og personlig assistent for en elev. Kommunen fattet først et vedtak som Statsforvalteren etter klage opphevet og sendte tilbake for ny behandling. Bakgrunnen var manglende begrunnelse og mangelfull og utydelig beskrivelse av opplæringstilbudet. Kommunen fattet nytt vedtak, som også ble påklaget. Statsforvalteren opphevet vedtaket og fattet nytt vedtak i saken, med unntak av fritak fra kompetansemål, som ble sendt tilbake til kommunen for ny behandling. Det er dette siste vedtaket vi ser nærmere på i det følgende. Vedtaket er omfattende, og vi gjengir kun helt sentrale deler.

Innledningsvis har Statsforvalteren en lengre gjennomgang av det rettslige grunnlaget, hvor det blant annet fremgår at mulige resultater av klagebehandlingen er beskrevet i fvl. § 34. Andre sentrale deler av gjennomgangen er følgende:

> Dersom kommunen/skolens vedtak avviker fra den sakkyndige vurderingen, se oppll. § 11-7 andre ledd, skal begrunnelsen for vedtaket blant annet vise hvorfor og hvordan eleven likevel får et opplæringstilbud som oppfyller retten om tilfredsstillende utbytte av opplæringen. Begrunnelsen skal sørge for at eleven og foresatte og forstår hvilke vurderinger som ligger til grunn for vedtaket. I vedtaket kan det videre gis unntak fra reglene om innhold og organisering av opplæringen. Et eksempel på det siste er unntak fra kompetansemålene i fag.
>
> Vedtak om individuelt tilrettelagt opplæring skal klart og tydelig fastsette innholdet i opplæringen, omfanget og organiseringen av opplæringen og hvilken kompetanse den som skal gi opplæringen må ha. I vedtaket om personlig assistent må det blant annet komme fram hva eleven trenger hjelp til i skolehverdagen.

Statsforvalteren drøfter en rekke sider ved saken og vedtaket. Noe forenklet sagt påpekes det at det i noen tilfeller er uklart om kommunen har fraveket PPTs sakkyndige vurdering, og at enkelte forhold ikke er tilstrekkelig begrunnet. Eksempelvis har PPT anbefalt 143 timer med spesialpedagog/lærer, mens kommunen i vedtaket innvilger 114 timer med lærer og 28,5 timer med vernepleier. I tillegg skrives det i vedtaket at eleven skal ha 4 timer individuelle økter med spesialpedagog. Statsforvalteren skriver flere steder i sitt vedtak at kommunens vedtak er mangelfullt og utilstrekkelig begrunnet, jf. fvl §§ 24 og 25, og at dette er saksbehandlingsfeil som kan ha innvirket på vedtaket, jf. fvl § 41. Tilsvarende vurderinger gjøres når det kommer til organiseringen av opplæringen og kompetansen til den som skal stå for slik opplæring.

Når det gjelder fritak fra kompetansemål, skriver Statsforvalteren at det ikke kommer frem av kommunens vedtak om det er innhentet samtykke fra foreldrene, eller om foreldrene er informert om konsekvensene av et fritak.

Avslutningsvis vurderer Statsforvalteren at hensynet til barnets beste tilsier at de fatter nytt vedtak i saken, fremfor å oppheve og returnere. Dette begrunnes blant annet slik:

> Statsforvalteren vil påpeke at det er sjelden vi fatter nytt vedtak fremfor å sende saken tilbake til kommunen i samsvar med det kommunale selvstyre, og at kommunen ofte vil kjenne en sak best. I dette tilfellet har vi likevel funnet det påkrevd av hensyn til [eleven] sitt behov og hans beste, også med bakgrunn i tidsaspektet, og at dette må veie tyngst.

Her ser vi altså at Statsforvalteren viser at de normalt opphever og returnerer en sak til kommunen for ny behandling, ut fra hensynet til det kommunale selvstyret, som stemmer godt overens med vårt synspunkt nevnt i punkt 2.3.2 ovenfor.

I denne saken finner Statsforvalteren altså imidlertid at hensynet til barnets beste og tiden som har gått, tilsier at Statsforvalteren fatter nytt vedtak fremfor å oppheve kommunes vedtak. Vedtaket synes å være i samsvar med det som følger av den sakkyndige vurderingen fra PPT, uten at vi har satt oss nærmere inn i denne.

Sak 4
Saken gjelder klage på manglende gjennomføring av vedtak om individuelt tilrettelagt opplæring. Statsforvalteren tok klagen til følge. Saken er behandlet i 2025, men vedtaket saken dreier seg om er fattet etter den tidligere opplæringslova, og klagesaken er derfor også behandlet etter denne. Det vises derfor til tidligere lovbestemmelser og begrepet «spesialundervisning» i saken.

Innledningsvis i vedtaket redegjør Statsforvalteren for rettsgrunnlaget, herunder at retten til å klage på manglende gjennomføring av vedtak om spesialundervisning/individuelt tilrettelagt opplæring følger av langvarig forvaltningspraksis.

Hovedspørsmålet i saken er om eleven hadde mottatt den spesialundervisningen som fulgte av kommunens vedtak. Statsforvalteren viser til at eleven har hatt mye fravær fra skolen, og at det fremgår at alternativer som digital undervisning ikke har blitt aktuelt i praksis for eleven. Samtidig er det slik at deler av elevens spesialundervisningsressurs har vært samordnet med andre elevers spesialundervisning, slik at eleven ikke har fått nyttiggjort seg alle de ressursene han har vært tildelt.

Statsforvalteren skriver at det er uklart hvor mye spesialundervisning eleven har mottatt eller har mistet i løpet av skoleåret. Videre vises det til at når det gjelder retten til å ta igjen tapt undervisning, må det gjøres en konkret vurdering, hvor et sentralt poeng er å avklare om det er eleven eller de foresatte som er skyld i hele eller deler av elevens fravær, jf. Sivilombudets uttalelser i sak 2024/481.

Videre skriver Statsforvalteren at det ikke er klart hva som er årsaken til fraværet, og viser til at skolen sammen med eleven og de foresatte må kartlegge dette. Det vises til at hvis man kommer til at fraværet ikke skyldes elevene eller de foresatte, og at fraværet ikke er fulgt opp av skolen, eller at undervisningen faktisk ikke har blitt tilpasset, vil resultatet bli at timene skal tas igjen så langt det er pedagogisk forsvarlig.

Avslutningsvis konkluderer Statsforvalteren med at eleven ikke har fått oppfylt sine rettigheter til spesialundervisning, da undervisningen ikke er gjennomført i tråd med vedtaket. Deretter skriver Statsforvalteren:

> Det må gjerast ei vurdering av om det er til [eleven] sitt beste og pedagogisk forsvarleg å ta igjen tapte timar. Dette i samråd med [elevens] føresette, skule og PPT. Statsforvaltaren legg til grunn at dei vurderingane som er gitt i dette vedtaket blir etterlevd for framtida.

Statsforvalteren pålegger altså ikke en gjennomføring av vedtaket, men viser til at det må vurderes om det vil være forsvarlig å gjennomføre de tapte timene.

Sak 5

Saken gjelder klage på blant annet at kommunens vedtak om ITO ikke fastsetter omfang, kompetanse og organisering av ITO konkret nok og i samsvar med PPTs tilråding, at fastsatt organisering er feil, og at tilpasset opplæring må fremgå av vedtaket. Statsforvalteren tok klagen delvis til følge, og fattet nytt vedtak i saken.

Innledningsvis i vedtaket gir Statsforvalteren en kort oversikt over innholdet i opplæringslova §§ 11-6 og 11-7, PPTs rolle, elevens rett til medvirkning, mv. Det skrives blant annet:

> I opplæringsloven § 11-7 fastsettes det at den sakkyndige vurderingen skal gi en helhetlig vurdering av hvilken tilrettelegging eleven trenger dersom eleven også trenger personlig assistanse eller fysisk tilrettelegging etter §§ 11-4 og 11-5.
>
> PPTs rolle er rådgivende. Det er skolen ved rektor, eller kommunen/fylkeskommunen som avgjør hvilken individuell tilrettelagt opplæring eleven skal få og fatter vedtak om dette. Avvik fra sakkyndig vurdering krever en særskilt begrunnelse i enkeltvedtaket, jf. § 11-7. I bestemmelsen står det at kommunen/fylkeskommunen bare kan fravike den sakkyndige vurderingen dersom de vurderer at eleven kan få tilfredsstillende utbytte av opplæringen på en annen måte.
>
> (...)
>
> Kravene i opplæringsloven kap. 11 utdypes i Udirs Veileder for tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging (lenke).

Statsforvalteren redegjør for hva som fremgår av PPTs sakkyndige vurdering i saken og vedtakets innhold. Det konkluderes med at kommunens vedtak avviker fra den sakkyndige vurderingen, og at avviket ikke er særskilt begrunnet i vedtaket.

Når det gjelder *tilpasset opplæring*, bemerker Statsforvalteren at dette ikke er et tema som skal beskrives og fastsettes i et enkeltvedtak.

Statsforvalteren vurderer deretter hensynet til elevens beste, og legger elevens egen mening til grunn for hva som er til hans beste. Videre skrives det:

> Vi vurderer at [eleven] er en særskilt sårbar elev, som strever med elevrollen. Han strever med å finne sin plass i klassefellesskapet. Han strever i sin språkutvikling, og med faglige progresjon i norskfaget. Han har stort behov for tett voksenstøtte gjennom skolehverdagen, for å ha tilfredsstillende utbytte av ordinær opplæring. I denne saken vurderer vi at det ikke er andre relevante hensyn å vektlegge, enn å følge PPT sin tilråding i saken.

Statsforvalteren fatter deretter nytt realitetsvedtak i tråd med PPTs sakkyndige vurdering.

Det kommunale selvstyret er ikke nevnt som et tema i saken. Dette er ikke nevneverdig overraskende, all den tid saken handler om individuelle rettigheter for barnet. Man kunne kanskje sett for seg at Statsforvalter ut fra hensynet til det kommunale selvstyret, opphevet vedtaket og sendte saken tilbake for ny behandling. Slik vi forstår saken, vurderer Statsforvalteren det slik at hensynet til barnets beste, og den tilrådingen PPT har gitt, tilsier at det fattes nytt vedtak i saken i tråd med tilrådningen.

Sak 6

Saken gjelder klage på kommunens vedtak om ITO. De foresatte mente at vedtaket ikke tilstrekkelig klart og tydelig beskrev hvordan eleven skulle sikres tilfredsstillende utbytte av opplæringen. Statsforvalteren opphevet kommunens vedtak og sendte saken tilbake for ny behandling, herunder ny sakkyndig vurdering fra PPT.

Vedtaket inneholder en redegjørelse for det rettslige grunnlaget etter opplæringslova mv. I denne saken er et sentralt moment kravene til den sakkyndige vurderingen etter lovens § 11-8. I oversikten skriver Statsforvalteren:

> PPT har ansvaret for å utarbeide sakkyndig vurdering som legges til grunn som rådgivende og saksforberedende dokument for enkeltvedtaket om individuelt tilrettelagt opplæring. Den sakkyndige vurderingen skal være oppdatert og aktuell. Det er angitt krav til den sakkyndige vurderingen i § 11-8.
>
> I sakkyndig vurdering skal PPT vurdere:
>
> *a. eleven sitt utbytte av opplæringa*
> *b. kvifor eleven eventuelt ikkje har, eller ikkje kan få, tilfredsstillande utbytte av opplæringa*
> *c. kva som er realistiske opplæringsmål for eleven*
> *d. kva tiltak som kan gi eleven eit tilfredsstillande utbytte av opplæringa*
> *e. kva kompetanse dei som skal gi opplæringa, bør ha, dersom det skal gjerast unntak frå kompetansekrava etter § 11-9 andre eller tredje ledd*

Statsforvalteren skriver at skolen har fattet enkeltvedtak i tråd med omfanget og innholdet i den sakkyndige vurderingen. Videre vurderer Statsforvalteren at «omfanget, innholdet og organiseringen som er tilrådet og vedtatt i de fagene hvor opplæringen skal gis i gruppe eller ved eneundervisning, er beskrevet tilstrekkelig konkret i sakkyndig vurdering og i enkeltvedtaket.»

Når det gjelder ITO som eleven skal motta i klassen, skriver Statsforvalteren blant annet:

> PPT har likevel ikke tilrådet hva som er realistiske opplæringsmål og hvilke tiltak som kan gi [eleven] tilfredsstillende utbytte i de praktiske-estetiske fagene hvor hun skal motta den individuelt tilrettelagte opplæringen i klassen. Det kan ikke overlates til skolen som vedtaksmyndighet å vurdere realistiske opplæringsmål og tiltak i opplæringen i disse fagene. Som følge av dette, har ikke innholdet i disse timene blitt fastsatt konkret i enkeltvedtaket, og det er derfor uklart hva som skal være innholdet og hva slags opplæringstilbud [eleven] skal motta i disse timene.
>
> (...)
>
> På bakgrunn av vurderingene over, vurderer vi at PPT i henhold til § 11-8 bokstav c og d, ikke i tilstrekkelig grad har vurdert hva som er realistiske opplæringsmål for [eleven] og hvilke tiltak

> som kan gi eleven tilfredsstillende utbytte. Dette fører til at saken ikke var godt nok opplyst når enkeltvedtaket ble fattet, jf. forvaltningsloven § 17.

Manglene ved den sakkyndige vurderingen gjør også at Statsforvalteren ikke kan vurdere om organiseringen skolen legger opp til sikrer at eleven får opplæring fra personell med riktig kompetanse.

Videre er eleven innvilget personlig assistanse etter § 11-4. Sett i sammenheng med det ovennevnte, anser Statsforvalteren at «vedtaket heller ikke er tilstrekkelig konkret på hva innholdet i den personlige assistansen skal være, som en følge av uklarhetene knyttet til opplæringens innhold og nødvendig kompetanse for å utføre ITO.»

I tillegg fremgår det at Statsforvalterens vedtak at kommunen i sitt vedtak på et annet område har avveket fra den sakkyndige vurderingen, uten at kommunen har begrunnet dette.

Avslutningsvis drøfter Statsforvalteren hensynet til elevens beste, og konkluderer slik:

> På bakgrunn av forholdene nevnt over, mener vi at det vil være til hennes beste at PPT utarbeider en ny sakkyndig vurdering og at det fattes et nytt enkeltvedtak. For å sikre at [eleven] mottar individuelt tilrettelagt opplæring frem til ny sakkyndig vurdering er ferdig utarbeidet, vil det være til hennes beste at skolen fatter midlertidige enkeltvedtak i tråd med føringene i dette vedtaket.

Samlet i saken er det mangelfull saksutredning og påfølgende manglende begrunnelse i vedtaket, som er bakgrunnen for at Statsforvalteren opphever kommunens vedtak. Dette er tale om mangler ved begrunnelsen, hvor hensynet til det kommunale selvstyret ikke er relevant å trekke inn. Statsforvalteren fatter ikke nytt vedtak, men gir en klar anbefaling om at kommunen av hensyn til elevens beste bør fatte et midlertidig vedtak om ITO i tråd med føringer gitt i Statsforvalterens vedtak, som kan gjelde frem til saken er behandlet på nytt.

Ellers i saken vises det til Utdanningsdirektoratets «Veileder for tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging.» Denne er som nevnt i punkt 5.4, en relativt nøytral gjennomgang av gjeldende regelverk. Den legges heller ikke nevneverdig til grunn for selve saksbehandlingen her, men er mer henvisninger til at regelverket er forklart der.

6.2.2 Klagesaker om andre temaer innen opplæring

I dette punktet ser vi nærmere på tre vedtak som handler om andre temaer enn individuelt tilrettelagt opplæring. Som nevnt i punkt 5.5 ovenfor, har vi mottatt vedtak fra enkelte kommuner som ønsket å illustrere andre typer problemstillinger hvor det kommunale selvstyret kom mer på spissen.

Fordi disse områdene ikke var en del av det opprinnelige utgangspunktet i prosjektet, har vi ikke dykket like dypt i problemstillingene, men vi ønsket å ta med disse vedtakene for å illustrere problematikken. Igjen må det understrekes at med svært få vedtak, må man være forsiktig med å trekke konklusjoner i noen retning.

Sak 1 – søknad om permisjon fra opplæringen
Den første saken gjelder klage på avslag på permisjon fra opplæringen, på til sammen én dag. Kommunen avslo søknaden på grunn av at skolens forskrift ikke tillater permisjon til ferie. Statsforvalteren opprettholdt kommunens vedtak.

Om gjeldende rett skriver Statsforvalteren følgende:

> Skolen har myndighet til å innvilge permisjon fra opplæringen dersom dette anses forsvarlig. En slik vurdering innebærer at opplæringen for eleven fortsatt skal være forsvarlig, til tross for permisjonens varighet. Retten til permisjon er ikke en absolutt rettighet, men et unntak fra plikten til grunnskoleopplæring som må vurderes individuelt av skolen.
>
> Kommunen gir forskrift om permisjon fra opplæringen. Den enkelte kommune kan velge hvilke kriterier slike søknader skal vurderes etter. Kommunens praksis kan likevel ikke være utformet på en måte som ikke gir rom for å legge vekt på hensynet til elevens beste. Elevens beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle avgjørelser som handler om barn.
>
> Statsforvalteren har myndighet til å prøve alle sider av saken. Vi vil legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret i vår vurdering. Statsforvalteren kan opprettholde skolens vedtak, treffe nytt vedtak, eller oppheve vedtaket og sende saken tilbake til skolen til helt eller delvis ny behandling.[92]

Kommunen kom i sitt vedtak til at det ville være forsvarlig med permisjon på én skoledag, men viste til at kommunens forskrift ikke tillot permisjon, fordi dagen var i perioden for nasjonale prøver. Kommunen mente videre at det var til elevens beste å være på skolen i den aktuelle perioden.

Statsforvalteren på sin side kom til at det var elevens beste å få permisjon på grunn av formålet med reisen:

> Sett hen til betydningen og opplevelsen det vil være å tilbringe tid i [sted] med familien, og å lære om [tema], kommer vi etter en helhetsvurdering frem til at det er til elevens beste å få innvilget permisjon for den omsøkte perioden.

Statsforvalteren skriver at dersom det er til elevens beste å få permisjon, må i så fall andre hensyn veie tyngre for at søknaden skal kunne avslås. Dette altså selv om forskriften i utgangspunktet sier at det ikke gis permisjon til ferie. Statsforvalteren drøfter relevante hensyn som må tas i betraktning ut fra bestemmelser i kommunens forskrift, samt vektleggingen av det kommunale selvstyret. Statsforvalteren skriver blant annet:

> *Hensynet til det kommunale selvstyret*
> Statsforvalteren skal kontrollere at kommunens vedtak er gjort i tråd med reglene som regulerer permisjon i opplæringsloven § 2-2 og kommunens forskrift om permisjon fra opplæringen. I denne vurderingen skal Statsforvalteren, blant flere hensyn, legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret. For at Statsforvalteren skal kunne prøve, og i neste omgang legge vekt på, kommunens forvaltningsskjønn, kreves det at kommunen i tilstrekkelig grad har

[92] Avsnittet inneholder også en rekke fotnoter med henvisninger til bestemmelser i opplæringslova og forvaltningsloven, som ikke er tatt med her.

> dokumentert hvilke hensyn de har lagt vekt på, og hvordan hensynene er vektet mot hverandre. Det er den kommunale skjønnsutøvelsen vi skal vektlegge, og ikke selve resultatet av kommunens behandling av søknaden om permisjon. Både rettsanvendelsen, saksbehandlingen og vedtakets faktiske grunnlag kan prøves fullt ut. Det er først når disse forutsetningene er til stede, og det gjenstår et valg mellom flere lovlige løsninger, at det foreligger et fritt kommunalt skjønn som Statsforvalteren skal vektlegge.
> (...)
>
> Statsforvalteren vurderer at kommunens redegjørelser og vurderinger er tilstrekkelig individuelle og konkrete. Videre viser kommunen til hvordan de ulike hensynene i saken er vektet mot hverandre. Vi mener at kommunen har foretatt og dokumentert den avveiningen som kreves i saker om permisjon. Etter Statsforvalterens syn foreligger det dermed et valg mellom flere lovlige løsninger, og det foreligger et fritt kommunalt skjønn som Statsforvalteren skal legge stor vekt på i klagebehandlingen.

Deretter konkluderer Statsforvalteren med at kommunens retningslinjer og hensynet til det kommunale selvstyret taler for at søknaden skal avslås. Statsforvalteren tillegger disse hensynene avgjørende vekt i saken, og opprettholder kommunens avslag.

Sak 2 – søknad om skolebytte

Saken gjelder klage på kommunens avslag på søknad om skolebytte. Kommunen hadde vurdert at det var til barnets beste å gå på nærskolen, og hadde også vurdert flere andre momenter, blant annet kapasiteten på den andre skolen. Statsforvalteren vurderte at skolebytte ville være til barnets beste, men opprettholdt likevel kommunens vedtak om avslag.

Om gjeldende rett skriver Statsforvalteren blant annet:

> Eleven har ikke rett til å få innvilget plass på en annen skole enn nærskolen. En avgjørelse om skolebytte ligger innenfor kommunens frie skjønn. Dette betyr at den enkelte kommune kan velge om den åpner for skolebytte eller ikke, samt hvilke kriterier slike søknader skal vurderes etter. Kommunens retningslinjer og praksis må likevel alltid gi rom for å legge vekt på hensynet til barnets beste. Hensynet til barnets beste skal være et grunnleggende hensyn i alle avgjørelser som berører barn, og barnet har rett til å gi uttrykk for sine synspunkter.
>
> Statsforvalteren er klageinstans i denne saken. Statsforvalteren kan opprettholde kommunens vedtak, treffe nytt vedtak eller oppheve vedtaket og sende saken tilbake til underinstansen for helt eller delvis ny behandling. Når Statsforvalteren behandler klager på vedtak om skolebytte, kan vi prøve alle sider av saken og ta hensyn til nye omstendigheter. Vi skal samtidig legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved vår vurdering av kommunens skjønnsutøvelse.

Kommunen viste i sitt avslag til at de vurderer at det beste for eleven var å gå på nærskolen, og at skolen det var søkt om å bytte til heller ikke hadde kapasitet til å innvilge skoleplass. Statsforvalteren kommer under tvil til at det beste for eleven ville være å få innvilget skolebyttet. Statsforvalteren viser til at de forstår elevens sårbarhet noe annerledes enn kommunen, og at de vekter hensynet til trygghet og tilhørighet tyngre opp mot reisevei og nærskoleprinsippet i saken.

Deretter vurderer Statsforvalteren hensynet til elevens beste opp mot andre aktuelle hensyn. Særlig sentralt i denne saken er kapasiteten på den andre skolen, og hensynet til det kommunale selvstyret.

Når det gjelder skolens kapasitet, viser Statsforvalteren blant annet til hensynet til forsvarlig drift av skolen, at andre elevers rett til å gå på sin egen nærskole ikke må fortrenges av skolebytter, og at kapasiteten på skolen allerede er presset. Statsforvalteren skriver:

> Hensynet til kapasitet trekker derfor klart i retning av at søknaden om skolebytte ikke kan innvilges, og dette hensynet veier svært tungt. Det er fordi en eventuell overskridelse av kapasitet går på bekostning av forsvarligheten av opplæringen til andre elever, og dermed utfordrer hva som er det beste for mange andre barn som har sin nærskolerett ved [navn] ungdomsskole.

Hensynet til det kommunale selvstyret vurderes blant annet slik:

> **Hensynet til det kommunale selvstyret**
> Statsforvalteren skal kontrollere at kommunens vedtak er gjort i tråd med reglene som regulerer skolebytte i opplæringsloven § 2-6 andre ledd og kommunens interne retningslinjer, forskrift eller vedtak. I denne vurderingen skal Statsforvalteren, blant flere hensyn, legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, og Statsforvalteren skal vise hvordan dette er lagt vekt på i vedtaket.
>
> (...)
>
> Statsforvalteren vurderer at kommunen har gjort tilstrekkelig individuelle og konkrete vurderinger i saken, og at de har vurdert og avveid [eleven] sitt beste opp mot andre relevante hensyn i saken. Etter vårt syn foreligger det et valg mellom flere lovlige løsninger, og kommunen har utøvd et fritt kommunalt skjønn som Statsforvalteren skal legge stor vekt på i klagebehandlingen.

I den oppsummerende konklusjonen i saken, kommer det frem at Statsforvalteren legger *stor* vekt på både hensynet til elevens beste og på hensynet til det kommunale selvstyret, og at de legger *avgjørende* vekt på hensynet til kapasiteten på skolen og de elevene som allerede er tildelt plass der, herunder disse elevenes beste.

Sak 3 – søknad om utvidet skolerett

Saken gjelder avslag på søknad om utvidet skolerett. Foreldrene ønsket at eleven skulle få gå 7. klasse om igjen før ungdomsskolen, fordi eleven hadde hatt høyt fravær på grunn av sykdom og lav læringskapasitet. Statsforvalteren opphevet kommunens vedtak på grunn av mangelfull begrunnelse og vurdering av forhold i lys av barnets beste. Saken ble behandlet i mai 2024, og dermed etter den tidligere opplæringslova.

Om det rettslige grunnlaget skriver Statsforvalteren blant annet følgende:

> Det går fram av opplæringsloven (oppll.) § 2-1 at barn og unge har plikt til grunnskoleopplæring, og rett til en offentlig grunnskoleopplæring i samsvar med loven og forskrifter.

> I en tolkningsuttalelse fra Utdanningsdirektoratet, datert 05.01.2015, Muligheten for et ekstra år i grunnskolen, står det at elever som mener at de trenger det, kan søke om et ekstra år med grunnskoleopplæring. Elevene har imidlertid ikke rett til et slikt ekstra år i dag. Det er kommunen eleven bor i som behandler en slik søknad. Det vises også til merknadene til opplæringsloven § 2-1 fjerde ledd, Ot.prp. nr. 46 (1997-98).
>
> I Prop. 57 L (2022-2023) står det under punkt 9.2.2 Fritak frå opplæringsplikta:
>
> > *«I heilt spesielle unntakstilfelle kan også kommunane med samtykke frå foreldra vedta å la ein elev gå eit trinn om igjen eller tilby eit ellevte skoleår til elevar som ikkje har fullført grunnskolen.»*

I vurderingen i vedtaket gjentar Statsforvalteren det som følger av avsnittene ovenfor, og skriver deretter:

> Statsforvalteren legger videre til grunn at spørsmålet er om vedtaket om avslag ligger innenfor de rammene som er satt i oppll. § 2-1 fjerde ledd og i forarbeidene til loven. Verken loven sin ordlyd, eller forarbeidene til loven, er helt klar på hvilke moment som skal være med i vurderingen av en søknad om utvidet skolerett. Ved behandling av søknaden må kommunen følge saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven. Statsforvalteren kan etterprøve vedtaket med hensyn til om kommunen har tatt utenforliggende hensyn, utøvd usaklig forskjellsbehandling, om vedtaket er vilkårlig, ikke forholdsmessig eller sterkt urimelig.

Det vises her ikke til hvilken lovbestemmelse som danner grunnlaget for Statsforvalterens prøvingskompetanse, eller til krav om vekting av hensynet til det kommunale selvstyret. Det er andre steder kort henvist til at vedtaket er hjemlet blant annet i fvl. § 34. Ut fra ordlyden i sitatet ovenfor, ser det ut til at Statsforvalteren tar utgangspunkt i en prøving som ligger nært opptil myndighetsmisbrukslæren. Vi vil bemerke at dersom dette er lagt til grunn, er dette i så fall en for svak prøvingsintensitet. Statsforvalteren kan prøve kommunens frie skjønn, men skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret, innenfor rammene av fvl. § 34 andre ledd.

Det vises i vedtaket til enkelte tolkningsuttalelser o.l., blant annet Utdanningsdirektoratets tolkningsuttalelse av 05.01.2015, *Muligheten for et ekstra år i grunnskolen,* og direktoratets tolkningsuttalelse av 15.12.2020, *Retten til grunnskoleopplæring for elever som er langvarig syke*.

Det er nok i denne saken uenighet om hvordan regelverket skal forstås. Skolen synes å ha lagt til grunn at et ekstra skoleår vil være et ekstra 11. år, altså etter 10. klasse ungdomsskolen, mens eleven her søker om å gå 7. året, siste året på barneskolen, på nytt. Statsforvalteren skriver:

> Statsforvalteren legger til grunn at et ekstra år i grunnskolen ikke nødvendigvis er knyttet til et 11. år etter fullførte 10. år. I Utdanningsdirektoratets tolkningsuttalelse datert 05.01.2015 er det riktig nok noe som kan tolkes slik. Men utover det, er det ingenting i selve loven, forarbeidet til den og tolkninger og annen informasjon fra Utdanningsdirektoratet som sier at det ekstra året med grunnskoleopplæring må skje etter det 10. året. Vi vurderer at [kommunens] tolkning her kan ha hatt innvirkning på vedtaket.

> Vi vurderer at det ikke er gjort en god nok og individuell vurdering av hvorfor kommunen velger å gi avslag på søknaden om å få gå om igjen 7. årstrinn. Det kan være sider ved bakgrunnen til søknaden og tidligere skolegang som dermed ikke er blitt vektet godt nok.

Statsforvalteren opphever vedtaket på grunn av saksbehandlingsfeil, herunder mangelfull begrunnelse for vedtaket og mangelfull vurdering av hensynet til barnets beste opp mot andre relevante hensyn. Som vi har vært inne på i flere saker, gjelder slike forhold det rent rettslige, hvor hensynet til kommunalt selvstyre ikke er et relevant moment. Statsforvalteren sender saken tilbake for ny behandling, noe som er i tråd med hensynet til det kommunale selvstyret, jf. våre vurderinger i punkt 2.3.2 ovenfor.

6.3 Intervjuer om Statsforvalterne og kommunenes praksis

6.3.1 Innledning

I dette punktet redegjør vi for en rekke intervjuer om statsforvaltere og kommuners erfaring fra statlig klagebehandling etter opplæringslova. Informantene fra statsforvalteren stammer fra tre ulike embeter, og inkluderer avdelingsleder og saksbehandlere for klagesaksbehandling etter opplæringslovgivningen. Dette ble gjennomført som tre gruppeintervjuer, ett for hvert statsforvalterembete. Kommuneinformantene representerer seks ulike kommuner, hvor det er virksomhetsledere for forvaltningsenheter og enheter med ansvar for disse tjenestene, og saksbehandlere i disse enhetene vi har intervjuet. Det ble gjennomført fem gruppeintervjuer. Ett av intervjuene ble gjennomført med informanter fra to kommuner.

6.3.2 Trekk ved klagesaksbehandlingen de siste årene

De tre statsforvalterembetene som har medvirket i dette prosjektet, er alle av den klare oppfatning at antallet klagesaker har økt de siste årene. Skolemiljøsaker trekkes fram som et nytt saksfelt og som forklarer mye av veksten. Samtidig rapporterer et par av embetene om en markant vekst i klagesaker på de fleste saksfeltene, også saker om individuelt tilrettelagt opplæring (ITO) etter opplæringsloven §§ 11-6 og 11-7. Totalt oppfattes veksten i klagebehandlingen å medføre en betydelig økt arbeidsbelastning.

På ITO-feltet forklarer de intervjuede fra embetene at det likevel ikke har vært store endringer i utfallet av klagesaksbehandlingen. De oppfatter dette mønsteret som likt for hele opplæringsfeltet, dvs. relativt små endringer i andelen stadfesting, og med små utfall i forholdet mellom omgjøring og oppheving. Et embete viser til at de i liten grad stadfester vedtak, og at dette mønsteret har holdt seg relativt stabilt også med økningen i klagesaker.

Også de intervjuede kommunene beskriver en vekst i klagevolumet over tid. De peker på den økende rettighetsfestingen som en sentral forklaring:

> *«Vi ser jo på veldig mange, mange områder i skolen at det er et rettighetssamfunn. Man ønsker jo å se sitt barn og kjempe for sitt barns rettigheter. Det er mer tydelig nå enn jeg syns kanskje hva det var for noen år tilbake. Det kan jo også være at foreldre i dag er mer oppdatert på avtaleverket. Det er lettere tilgjengelig.»*

Både statsforvalterembetene og kommunene viser til bruk av kunstig intelligens (KI) som et markant skifte. Klagesakene har blitt mer omfattende, tydelige i kravene og med henvisninger

til konkrete paragrafer og bestemmelser. I tillegg er lover, informasjon og veiledning lettere tilgjengelig på internett, også for elever og foresatte.

Informanter fra både statsforvalterne og kommuner mener likevel at økt rettighetsfesting er den viktigste årsaken til det økte klageomfanget. Kommunene forklarer at rettighetsfestingen kombinert med en mer presset kommuneøkonomi skaper en problematisk dynamikk, ved at ressurser omprioriteres fra fellesskapet til den enkelte. Informantene i kommunene har merket seg en utvikling der spørsmålet om hva som er elevens beste blir individfokusert, slik at forholdet mellom formell rettighet og hva som reelt sett er barnets beste ikke alltid samsvarer. En informant fra kommunene forklarer at på ITO-området, kan dette forholdet bli satt på spissen i saker som handler om elever med skolevegring og høyt skolefravær:

> *«Er det alltid barnets beste at man på død og liv skal ta igjen alle timer man har fått tildelt fordi eleven selv har vært borte (...) Et større spørsmål er om det er til barnets beste å da skulle bli tatt ut av den sosiale settinga i klasserommet for å ta igjen ITO-timer.»*

Eksempelet illustrerer hvordan en antakelig formelt korrekt etterlevelse av rettigheten, ikke nødvendigvis treffer godt på opplæringslovens overordnede intensjon om at opplæringen skal være tilpasset den enkelte elevs forutsetninger og fremme elevens utvikling og læring.

6.3.3 Sentrale temaer i klagesaksbehandlingen

Om rettsanvendelsesskjønnet vs. forvaltningsskjønnet

De intervjuede representantene fra statsforvalterne mener de i liten grad prøver det frie skjønnet i ITO-saker. Alle tre embetene er tydelige på at opplæringsloven §§ 11-6 og 11-7 gir lite rom for kommunalt fritt skjønn. Fordi rettigheten er såpass klart definert i loven mener de at det i all hovedsak er rettsanvendelsen som prøves. De er også enige om at det frie skjønnet og kommunalt selvstyre gjør seg mer gjeldende i andre saker, eksempelvis klager på skolebytte og skolevalg.

For ITO-saker viser alle til at sakkyndigvurderingen er helt sentral. Det er primært begrunnelseskravet og kommunens barnets beste-vurdering som prøves i klagebehandlingen. Embetene beskriver en utvikling de siste årene der barnets beste har fått sterkere gjennomslag som overveiende hensyn, gjennom grunnlovfestingen i 2014 og påfølgende endringer i barneloven og opplæringsloven. Også uttalelser om barnets beste-vurderinger fra Sivilombudet oppgis å være styrende for deres klagebehandling.

Ifølge informantene hos statsforvalterne er det altså den sakkyndige barnets beste-vurderingen som fungerer som den rettslige skranken som styrer hva kommunen – og statsforvalteren – kan foreta seg. De ansatte i statsforvalterne er samstemte om at kommunene *kan* fravike den sakkyndige vurderingen, men kun dersom de viser i vedtaket at eleven likevel får tilstrekkelig utbytte av opplæringen på en annen måte. Hvis begrunnelsen er klar og dette er dokumentert i vedtaket, vil statsforvalteren ikke overprøve det faglig-pedagogiske valget kommunen har gjort. Dersom begrunnelsen mangler eller er mangelfull, er det ikke fritt skjønn som prøves. Da er det rettsanvendelsen som svikter:

> *«Hvis begrunnelsen er for dårlig, for mangelfull, eller den ikke viser hva barnet får, da må vi oppheve, fordi avviket ikke er begrunna på den måten som det er rettslige krav om.»*

Informantene fra Statsforvalterne trekker fram to eksempler på fritt skjønn i ITO-saker: valg av konkret løsning innenfor rammen av «tilfredsstillende utbytte» (§ 11-7), og organisatoriske valg om hvordan opplæringen gjennomføres (§ 11-6 andre ledd). Men begge disse innsnevres av kravet om god begrunnelse og hensynet til barnets beste.

Svak begrunnelse trekkes fram som den viktigste opphevingsgrunnen. Alle tre embetene peker entydig på at kommunale vedtak altfor ofte oppheves fordi de er for dårlig begrunnet, ikke nødvendigvis fordi innholdet i avgjørelsen er feil, men fordi saksbehandlingen ikke tilfredsstiller formkravene til rettsanvendelse. En informant sier rett ut at rektorer «har relativt lav kompetanse på forvaltningsrett», og at avvik fra sakkyndig vurdering sjelden begrunnes tilstrekkelig selv der selve løsningen kan være akseptabel. Dette inntrykket bekreftes i intervjuer med kommunene. Ingen av de intervjuede kommunene oppgir at de markerer skillet mellom rettsanvendelse og fritt skjønn i sine vedtak, og det vises blant annet til at rektorene som fatter vedtakene er ukjente med begrepene.

I dette prosjektet har vi som nevnt intervjuet kun ti ansatte i seks kommuner innenfor opplæringsfeltet. Et trekk i disse intervjuene er at oppfattelser av grensene mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn kan være uklare. De beskriver heller sine erfaringer med hva statsforvalterne faktisk prøver. Følgende sitat fra en kommune er illustrerende:

> *«(Det) er en utfordring at vi kan få tilbake vedtaket og bli bedt om å gjøre en bedre eller en mer selvstendig barnets beste-vurdering, når det allerede er gjort en barnets beste-vurdering i sakkyndig vurdering og hvor denne vurderingen vektlegger alle momentene en skal. Men så skal det likevel gjøres en ny barnets beste-vurdering. Det blir jo mer som en skrivebordsøvelse, at man i tillegg skal gjøre en egen barnets beste-vurdering i vedtaket, men som skal få frem hva da?»*

Statsforvalteren på sin side forklarer at kommunene skal vise hvordan de bruker sakkyndigvurderingen i sine vedtak. Statsforvalteren går først inn og vurderer dette, det vil si om kommunens vedtak viser hvordan sakkyndigvurderingen er ivaretatt. Dette formkravet er det nødvendig at kommunen tilfredsstiller, nettopp fordi barnets beste-vurderingen skal ligge til grunn. Sitatet over kan tyde på at grensen mellom rettsanvendelse og forvaltningsskjønn kan være vanskelig fra kommunens side. Sitatet indikerer at kommunen ikke ser om kravet til ny vurdering handler om at det er begått en rettsanvendelsesfeil, eller om statsforvalteren ønsker et bestemt formelt innhold i vedtaksdokumentet. Informantene fra kommunene rapporterer også at skolelederne som ofte fatter vedtakene ikke er jurister, og at de antakelig ikke har noe bevisst forhold til skillet mellom rettsanvendelsesskjønn og forvaltningsskjønn:

> *«Jeg tror ikke de har noe bevisst forhold til dette skillet. Jeg tror ikke de vet forskjellen på forvaltningsskjønn og rettsforvaltningskjønn engang. Så, nei. De har jo en mal som de bruker.»*

Dette indikerer med andre ord et behov for å styrke kompetanse til å skrive riktige vedtak rent formmessig, noe som antakelig kan redusere antallet opphevinger ved eventuell klage. Skolelederne som fatter vedtak med stor rettslig betydning for enkeltbarn, kjenner med andre ord ikke tilstrekkelig de grunnleggende juridiske begrepene og kravene som styrer prøvingsadgangen i klagesaker. Ingen av intervjupersonene etterspør opplæring i dette. Det beskrives som en realitet systemet må leve med, og løsningen søkes heller i bedre maler og støttestrukturer enn i opplæring av enkeltpersoner. En kommune er imidlertid i ferd med å innføre kompetanseteam på alle skoler innen august 2026, nettopp for å jobbe mer systematisk med tilpasset opplæring og tidlig innsats.

Likevel er det gjennomgående inntrykket fra intervjuene med kommunene at informantene i all hovedsak oppfatter at statsforvalteren prøver «ren juss», altså rettigheten i seg selv, uten å ta hensyn til pedagogiske eller økonomiske helhetsvurderinger som kommunen gjør. Vi stilte kommunene spørsmål om hva Statsforvalter legger vekt på i saker der de faktisk overprøver det frie skjønnet. En informant svarte:

> *«Det har vi veldig egentlig aldri opplevd at statsforvalter gjør. Ingen av de sakene jeg har funnet. Og i de sakene der det står noe om kommunalt selvstyre med permisjon og skolebytte, der lar de alltid kommunalt selvstyre veie tyngst.»*

Informantene fra Statsforvalteren er tydelige på at kommuneøkonomi ikke er et legitimt hensyn i klagebehandlingen av ITO-saker. Når kommuneøkonomi likevel synes å ligge bak et vedtak, er det avgjørende at kommunen viser i vedtaket at barnets beste er tilstrekkelig ivaretatt på andre måter. De tre embetene mener med andre ord at kommunens frie skjønn i liten grad prøves for ITO-saker, og at det er tydelig for dem hva som er hva. Samtidig har de inntrykk av at noen kommuner ikke nødvendigvis deler den oppfatningen, og mener det er snakk om forvaltningsskjønn når det ikke er det.

De intervjuede kommunene opplever regelverket som økonomisk krevende. En informant sier dette om et høyt antall innvilgede ITO-vedtak:

> *«Det fører jo bare til at det blir mindre til det allmennpedagogiske. Hvis vi bruker mer til ITO og personlig assistanse, så blir det jo bare mindre til det som alle andre skal ha».*

Flere av informantene beskriver en selvforsterkende mekanisme ved at slike innstramminger på kommuneøkonomien fører til færre ressurser i klasserommet, noe som igjen fører til at flere barn meldes til PPT, som igjen utløser flere ITO-saker. Derfor er flere av informantene opptatt av å verne det lille handlingsrommet som finnes.

Kommunene mener at det kommunale selvstyret kan bli tatt hensyn til ved at Statsforvalteren opphever vedtak i stedet for å omgjøre. Når Statsforvalteren fatter nytt vedtak framfor å oppheve og sende det tilbake, mister kommunen muligheten til å gjøre en ny helhetsvurdering og selv avgjøre hvordan rettigheten kan oppfylles. Omgjøringer får dermed direkte økonomiske konsekvenser for kommunen. Kommunene oppfatter også at de har et handlingsrom i ITO-saker ved alternativt pedagogisk opplegg eller annen type tilrettelegging, noe som kan åpne for å vektlegge økonomi.

Rutiner for begrunnelse i vedtak: forstår kommunene vedtakene fra Statsforvalterne?
Alle de tre statsforvalterembetene rapporterer å ha rutiner for å markere når og hvordan de vurderer forvaltningsskjønnet i sin klagebehandling. Samtidig indikerer intervjuene at praksis varierer. Et embete forklarer at de har en overordnet mal for alle klagesakene som ligger til avdelingen, med en fast passus om at Statsforvalteren skal legge stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av de frie skjønnet. Statsforvalteren markerer også hvordan forvaltningsskjønnet rammes inn i vedtakene sine ved å inkludere veiledning, forklaringer og henvisninger til rettskilder. Det legges inn lenker, referanser og sitater i vedtaket, og det vises til sivilombudsavgjørelser. Et par av informantene vedgår at de noen ganger skriver for langt, og at vedtakene muligens kan bestå av for mye veiledning.

Ingen av informantene fra de tre embetene er sikre på at kommunene forstår Statsforvalterens vedtak. Dels er de usikre på om Statsforvalteren i tilstrekkelig grad forklarer godt hva som prøves, noe som kan ha betydning for hvordan kommunen oppfatter deres vedtak. Dels har Statsforvalteren inntrykk av at kompetanse og kapasitet på mottakersiden har betydning for hvor godt kommunene setter seg inn i og forstår vedtakene. Som påpekt overfor vises det eksempelvis til at skolelederne ikke har forutsetning for å forstå forvaltningsrettslige krav, eller begreper som rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn, og at de ofte opplever uklarhet om disse temaene i møte med yrkesgruppen. Statsforvalteren oppgir at de gir juridisk veiledning til kommunene enkeltvis, og at det til en viss grad har vært felles samlinger med kommunene. Samtidig erkjennes det at de skulle hatt mer tid til slik veiledning.

Statsforvalterembetene bekrefter også at rettsanvendelsen ikke markeres like tydelig som forvaltningsskjønnet i klagebehandlingen. Et par av informantene erkjenner at de antakelig ikke er tydelige nok i vedtakene på hva som er rettsanvendelsesskjønnet, men at det kunne hatt en veiledende effekt. Begrunnelsen er at de selv mener at de ikke prøver forvaltningsskjønnet i ITO-saker, derfor har de ikke sett behovet for å markere at det er rettsanvendelsesskjønnet som prøves. Samtidig innser de et potensielt problem i det at kommunene ikke nødvendigvis ser hva som faktisk er prøvd.

Intervjuer med kommunene bekrefter dette inntrykket. I skolebytte- og permisjonssaker er statsforvalterens vedtak gjerne eksplisitte, med egne avsnitt der de markerer kommunens frie skjønn og lar det veie tyngst. I ITO-sakene mangler denne tydeliggjøringen, ifølge kommunene. Samtidig påpekes det at vedtakene inneholder betydelig veiledning utover selve avgjørelsen.

De intervjuede kommunene opplever at Statsforvalterens klagebehandling noen ganger blir for teknisk, ved at vedtakene prøver jussen og barnets beste, men uten en tilstrekkelig skolefaglig forståelse. Det gir vedtak som er juridisk korrekte men praktisk vanskelige. En kommune beskriver en klagesak om tapt ITO-undervisning der Statsforvalteren ga klager medhold om at timene måtte tas igjen, basert på sakkyndig vurdering av hva som ville være barnets beste. Kommunen forstår vedtaket, men vet ikke hvordan det skal gjennomføres i praksis for en elev som fortsatt ikke møter opp.

Intervjuene indikerer også at sakkyndigvurderinger skaper en viss faglig uenighet, ikke bare uklarhet om den prosessuelle saksbehandlingen. Kommunene forstår og støtter at hensynet til barnets beste skal veie tungt. Noen av informantene oppfatter imidlertid at sakkyndig eller Statsforvalter har en for snever barnets beste-vurdering. I eksempelvis saker om skolevegring

og høyt fravær stilles det spørsmål ved om det alltid er til elevens beste å kreve full kompensasjon for timer eleven ikke har møtt opp til, dersom det innebærer ytterligere belastning eller avskjerming fra klassemiljøet.

Kommunene oppgir at de i liten grad markerer i sine vedtak hva de mener ligger innenfor forvaltningsskjønnet. De er også nølende til om en slik praksis hadde hatt ønsket effekt. En kommune åpner for å markere forvaltningsskjønn tydeligere når en sak eventuelt påklages og oversendes til Statsforvalteren. Men først og fremst er deres målgruppe for vedtakene eleven og de pårørende:

> *«Jeg skjønner absolutt hvorfor dere stiller spørsmål om det. Jeg tror det er litt lite brukervennlig for de som får vedtaket, for de vil ikke forstå. Det viktige for foreldre er hvilke rettigheter får barnet mitt. Hva de har krav på, og hvordan skal skolen hjelpe barnet mitt videre. Så akkurat dette med forvaltningsskjønn og fritt skjønn blir mer en teoretisk øvelse, tror jeg.»*

Kontradiksjon i saksbehandlingen

En utfordring ved det å få fram den skolefaglige konteksten, er at kommunene ikke alltid gis anledning til kontradiksjon. Kommunene opplever at Statsforvalteren drar ut til klager og innhenter informasjon, men at de ikke gis anledning til å kommentere denne informasjonen:

> *«Av og til hadde det vært greit om man hadde hatt det innbakt i prosessen at de skulle ta en runde til med kommunen også hvis det er noe de lurer på. Istedenfor at det kommer et vedtak tilbake som vi kanskje ikke helt kjenner oss igjen i.»*

Et av statsforvalterembetene bekrefter også at kontakt med pårørende underveis i klagebehandlingen kan forekomme uten at kommunen informeres eller gis mulighet til å imøtegå nye opplysninger i saken. Det vises til at foreldre kan være flinke til å ringe til Statsforvalteren, og på den måten få fram sitt perspektiv på saken. Samtidig understreker embetet at dette ikke skal skje, og at den klare regelen er at alle skal vite alt og at det skal sendes kopi. Vedkommende nevner eksempler der Statsforvalteren har mottatt brev med beskjed om at kommunen ikke skal se, men at det da vil bli avvist og ikke brukt.

Likevel forteller altså alle de intervjuede kommunene at de ikke alltid gis mulighet til å kommentere ny informasjon. En informant fra kommunen beskriver saker der foreldre kommuniserer parallelt med lærer, rektor, PPT og Statsforvalteren samtidig. De opplever at enkelte pårørende «spiller ut de ulike instansene» og slik kan klare å påvirke. I den grad dette forekommer, oppstår et mulig kontradiksjonsunderskudd som ikke primært skyldes at statsforvalteren bevisst utelukker kommunen, men at systemet ikke er rigget for å håndtere parallell og fragmentert kommunikasjon fra klagere som er aktive og som klarer å bruke systemet. Det er et strukturelt problem, ikke bare et prosessuelt.

Utfordringer og endringsbehov

De tre intervjuede statsforvalterembetene tror at dersom kommunene hadde fattet bedre vedtak i utgangspunktet, hadde statsforvalterens vedtak om medhold steget, og at det kanskje også hadde redusert antallet klager i utgangspunktet. Både kommunene og statsforvalterne erkjenner at det er behov for bedre veiledning i forkant, og styrket klagebehandlings-

kompetanse i kommunene. Representanter fra et av embetene beskriver tiltak som allerede er iverksatt, som saksbehandlingskurs og dialogmøter, men at effekten av slike aktiviteter beror på om de treffer de riktige personene i kommune. En annen informant er tydelig på at den forvaltningsrettslige kompetansen hos skolelederne er avgjørende, noe som relativt tydelig definerer en målgruppe.

De tre statsforvalterne viser til klager på gjennomføring av vedtak som en særlig utfordring. Statsforvalteren behandler klager ikke bare på selve vedtaket, men også på manglende iverksettelse, og omtaler det som en «ulovfestet klagerett» som er ressurskrevende, rettslig uavklart og som antakelig gir store variasjoner mellom embetene. De etterlyser derfor en nasjonal veileder om gjennomføring av ITO-vedtak. Et embete har løftet dette eksplisitt i styringsmøtet med Utdanningsdirektoratet. Informantene viser til flere saker der elever har fått vedtak om ITO, men hvor vedtaket ikke blir iverksatt eller gjennomført av ulike grunner. Det kan være mangel på ressurser, vikarer, m.m. Omtrent alle klagesaker på manglende gjennomføring av ITO-vedtak får medhold, men de intervjuede statsforvalterne er usikre på om deres praksis er tilstrekkelig ensartet og behandler like saker likt. Det vises til at utover noen saker fra Sivilombudet, finnes det lite veiledning på hvordan slike vedtak skal gjennomføres. I én region er det opprettet et regionsamarbeid for å sikre likebehandling. Uklarhetene knytter seg eksempelvis til tydelighet i vedtakets innhold, hva som skal stå i vedtaket om hva slags opplæring eleven skal få, hvilken kompetanse den som skal utføre opplæringen skal ha, m.m.

Et par av informantene er også inne på at det mer generelt hadde vært ønskelig med bedre samordning av saksbehandlingspraksis på tvers av embetene. Selv om direktoratet nasjonalt er flinke til å dele svarene på spørsmål innsendt fra ett embete til alle, anser de denne samordningen som litt knapp. Også kommunene ønsker bedre samordning og sikring av likebehandling på tvers av statsforvalterembetene:

> *«Jeg tenker at hvis det var én klagebehandler eller i hvert fall at man hadde færre klagebehandlere. Jeg skjønner at det er litt voldsomt hvis det var én nasjonal klagebehandler, men at det i hvert fall var litt tettere samarbeid mellom statsforvalterembetene.»*

Informanten mener at større enheter hadde høynet kvaliteten og likebehandlingen i klagebehandlingen, og redusert det enkelte statsforvalterembetets sårbarhet for kompetanse og ekspertise.

6.3.4 Bruk av veiledere, rundskriv, mv. i klagesaksbehandlingen

På opplæringsområdet foreligger det også en rekke normgivende verktøy som er av relevans både for tjenesteutforming og i klagesaksbehandlingen. I intervjuene med både statsforvaltere og kommuner fremheves spesielt Utdanningsdirektoratets «Veileder om tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging» som relevant og nyttig av flere informanter på begge nivåer. Som på helse- og omsorgsområdet, fremstår imidlertid lovfortolkninger i form av uttalelser og svar på konkrete spørsmål fra statsforvaltningen ved Utdanningsdirektoratet som vel så viktig som spesifikke veiledere eller rundskriv. I tillegg nevner kommunene at de ser hen til konkret lovfortolkning og veiledning om lovverket fra statsforvalteren. Det som er verdt å merke seg er at opplæringsloven fremdeles er relativt fersk, som gjør at konkrete henvendelser til Utdanningsdirektoratet blir en viktig kilde til avklaringer.

I likhet med hva vi observerte med hensyn til bruken av normerende verktøy på helse- og omsorgsområdet, er hovedinntrykket at verken statsforvalterembetene eller kommunene oppfatter at veiledere eller rundskriv går lengre enn lovverket i forhold til hvordan kommunale plikter og ansvar beskrives. I hovedsak gjelder dette også bruken av slike normerende verktøy når statsforvalter behandler klager på kommunale tjenester, samtidig som enkelte påpeker at statsforvalter bruker slike eksterne lovfortolkninger til å underbygge en bestemt konklusjon. En informant fra en kommune påpeker at:

> *«Når de skal argumentere for sitt syn og sitt utfall så vil de nok bruke sin tolkning av f.eks. en uttalelse fra Utdanningsdirektoratet om et eller annet. Så da kan de finne på å bruke det, og da med sin vinkel og sitt perspektiv, altså mene at slik er det beskrevet og slik kan det tolkes. Som igjen leder til konklusjonen som de bruker da, som et argument. Så det går jo igjen ganske ofte, vil jeg si.»*

I likhet med på helse- og omsorgsområdet vises det til at veiledere og rundskriv mer generelt ofte viser til faglige standarder, mens det kommunene ofte etterspør er mer direkte veiledning fra statsforvalter knyttet til konkrete problemstillinger de står ovenfor. Enkelte kommuner opplever imidlertid at kontakten med statsforvalter ikke gir videre avklaringer enn det som står beskrevet i de relevante veilederne:

> *«Den er ofte veldig generell. Du kommer ofte ikke lenger enn det du gjør med lovteksten og forarbeidene. Det som jeg egentlig lurer på, det får vi egentlig aldri veiledning på. Vi kan spørre av og til, men Statsforvalteren er ikke så veldig konkret. Det beror på en «helhetsvurdering». Statsforvalter er veldig redde for å binde seg til noe, så veiledningen blir veldig generell.»*

Dette har sammenheng med statsforvalterens rolle og plassering i et nasjonalt forvaltningshierarki samtidig som de som statens utsending til fylkene også skal ha en veiledende funksjon ovenfor kommunene, som også inkluderer å fange opp uklarheter og utfordringer som oppstår i forbindelse med praktisering av regelverket i konkrete saker. Som en informant i et statsforvalterembete uttalte:

> *«Det er Utdanningsdirektoratet som kommer med den endelige tolkningen (...) Vi begrunner jo alltid og hvis vi også skal tolke loven så må vi vise hvor vi henter det fra, rundskriv, avgjørelser, sivilombudsmannen. Så kan jo de si at vi tolker ikke dette på denne måten her, det er feil tolkning sånn som dere tolker og lovparagrafererer, og da må vi sende det inn.»*

Et hovedinntrykk fra intervjuene er at både kommuner og statsforvaltere ser stor nytteverdi i at statlige etater produserer normerende verktøy i form av veiledere, rundskriv og konkrete lovfortolkninger. I motsetning til hva vi fant på helse- og omsorgsområdet, fremheves at all relevant informasjon er lett tilgjengelig, ettersom den publiseres fortløpende på Utdanningsdirektoratets nettsider. En utfordring som likevel ofte går igjen, er at kommunene har problemer med å prosessere det betydelige volumet av normerende verktøy som retter seg mot sektoren generelt. Det er på denne bakgrunnen vi må forstå ønsket om mer direkte veiledning fra statsforvalter med kobling til de konkrete sakene kommunene står i. Et av statsforvalterembetene vi har intervjuet, vektlegger også verdien av mer direkte veiledning opp mot kommunene, også med spesifikk referanse til volumet på og utfallet av klagesaker, men

viser i likhet med hva vi så på helse- og omsorgsområdet til hvordan en presset ressurssituasjon gjør det vanskelig å realisere dette i praksis:

> *«Det optimale hadde vært hvis vi bare kunne jobbet med kompetanseheving og utviklingsarbeid blant annet i form av veiledning, for på den måten å forhindre at vi fikk inn klagesaker. Det hadde jo vært det beste i hele verden. (...) Vi gjør så godt vi kan for å sende ut veiledning til kommunene og lage filmer. Men det er heller ikke til å komme utenom at vi har hatt en pressa situasjon på vår seksjon som har gjort at vi har måttet prioritere knallhardt».*

6.4 Overordnet oppsummerende analyse

6.4.1 Innledning

I dette punktet gir vi noen overordnede betraktninger om den statlige klagebehandlingen på opplæringsområdet, på bakgrunn av de analysene og intervjuene vi har gjennomført. I likhet med på helse- og omsorgsområdet, har vi et forholdsvis sparsommelig empirisk grunnlag, som innebærer at det ikke kan trekkes bastante konklusjoner.

6.4.2 Utviklingstrekk ved klagesaker

I likhet med på helse- og omsorgsområdet, forteller både kommuner og statsforvaltere at det har vært en generell økning i antallet klagesaker på opplæringsområdet de siste årene. Dette gjelder nok særlig skolemiljøsaker, men også andre områder, herunder individuelt tilrettelagt opplæring, skolebytte, mv. Informantene fra både kommuner og statsforvaltere mener at prosentandelene for stadfesting, omgjøring eller oppheving likevel ikke har endret seg nevneverdig, utover at det er litt variasjon fra år til år. Selve helhetsbildet på utfallene i sakene oppleves ikke å ha endret seg i særlig grad.

Inntrykket bekreftes av tall hentet fra statistikker i statsforvalternes årsrapporter. Nedenfor vises tall fra 2022 og 2024 som gjelder spesialundervisning etter tidligere opplæringslova § 5-1, som tilsvarer individuelt tilrettelagt opplæring etter dagens lov.[93]

2022	Type klage	Antall	Andel Medhold / Delvis	Andel Ikke medhold	Andel Opphevet	Andel Avvist
Statsforvalteren i Møre og Romsdal (SFMR)	Spesialundervisning, § 5-1	4	75%	0%	25%	0%
Statsforvalteren I Rogaland (SFRO)	Spesialundervisning, § 5-1	17	41%	24%	29%	6%
Statforvalteren i Vestland (SFVL)	Spesialundervisning, § 5-1	8	25%	0%	75%	0%
Statsforvalteren i Agder (SFAG)	Spesialundervisning, § 5-1	18	11%	11%	0%	78%
Statsforvalteren i Innlandet (SFIN)	Spesialundervisning, § 5-1	7	14%	57%	29%	0%
Statsforvalteren i Nordland (SFNO)	Spesialundervisning, § 5-1	8	25%	0%	75%	0%
Statsforvalteren i Troms og Finnmark (SFTF)	Spesialundervisning, § 5-1	9	89%	0%	11%	0%
Statsforvalteren i Trøndelag (SFTL)	Spesialundervisning, § 5-1	3	33%	0%	0%	67%
Statsforvalteren i Vestfold og Telemark (SFVT)	Spesialundervisning, § 5-1	13	38%	31%	31%	0%
Statsforvalteren i Østfold, Buskerud, Oslo og Akershus (SFOV)	Spesialundervisning, § 5-1	17	29%	35%	29%	6%
Totalt		104	35%	19%	29%	17%

[93] Tallene er hentet ut manuelt fra Styringsportalen for statsforvalteren for de respektive årene.

2024	Type klage	Antall	Andel Medhold / Delvis	Andel Ikke medhold	Andel Opphevet	Andel Avvist
Statsforvalteren i Møre og Romsdal (SFMR)	Spesialundervisning, § 5-1 (ny lov §§ 11-5 og 11-6)	7	29%	0%	57%	14%
Statsforvalteren I Rogaland (SFRO)	Spesialundervisning, § 5-1 (ny lov §§ 11-5 og 11-6)	17	47%	12%	35%	6%
Statforvalteren i Vestland (SFVL)	Spesialundervisning, § 5-1 (ny lov §§ 11-5 og 11-6)	25	28%	8%	64%	0%
Statsforvalteren i Agder (SFAG)	Spesialundervisning, § 5-1 (ny lov §§ 11-5 og 11-6)	17	41%	6%	12%	41%
Statsforvalteren i Innlandet (SFIN)	Spesialundervisning, § 5-1 (ny lov §§ 11-5 og 11-6)	12	42%	8%	33%	17%
Statsforvalteren i Nordland (SFNO)	Spesialundervisning, § 5-1 (ny lov §§ 11-5 og 11-6)	6	17%	50%	33%	0%
Statsforvalteren i Troms og Finnmark (SFTF)	Spesialundervisning, § 5-1 (ny lov §§ 11-5 og 11-6)	7	43%	29%	29%	0%
Statsforvalteren i Trøndelag (SFTL)	Spesialundervisning, § 5-1 (ny lov §§ 11-5 og 11-6)	7	43%	29%	29%	0%
Statsforvalteren i Vestfold og Telemark (SFVT)	Spesialundervisning, § 5-1 (ny lov §§ 11-5 og 11-6)	10	30%	50%	20%	0%
Statsforvalteren i Østfold, Buskerud, Oslo og Akershus (SFOV/SFOS)	Spesialundervisning, § 5-1 (ny lov §§ 11-5 og 11-6)	24	33%	21%	38%	8%
Totalt		132	36%	17%	37%	10%

Saksmengden på området er ikke høy, men det fremgår at det har vært en økning fra 104 saker til 132 saker på dette området fra 2022 til 2024, som er en økning på 27%.

Våre informanter peker på økt rettighetsfesting som en sentral forklaring på økningen i saksmengden generelt på opplæringsområdet. I tillegg vises det til at både regelverket, veiledninger og informasjon generelt har blitt lettere tilgjengelig på internett, både for elever og foresatte. I likhet med på helse- og omsorgsområdet, har bruken av kunstig intelligens (KI) også bidratt. Klagene som sendes inn har blitt mer omfattende, med tydeligere krav og henvisninger til bestemmelser og rettigheter. Rettighetsfestingen og mer kjennskap og forventninger til rettighetene, herunder mer individfokus, i kombinasjon med en presset kommuneøkonomi og mangel på ressurser, fører altså til en økt mengde klager.

6.4.3 Statsforvalternes prøving av kommunens rettsanvendelse

Gjennomgangen av klagesaker i punkt 6.2 er som nevnt svært begrenset, og må derfor brukes med stor forsiktighet med hensyn til å si noe om trender i statsforvalternes konkrete klagesaksbehandling. Vi har sett på seks saker som handler om individuelt tilrettelagt opplæring (ITO), hvor det er lite fritt skjønn, og tre saker som handler om andre temaer, som i stor grad handler om fritt skjønn.

Lovgiver har ikke lagt opp til nevneverdig fritt skjønn i saker som gjelder individuelt tilrettelagt opplæring etter §§ 11-6 og 11-7, bortsett fra i tilfeller der flere ulike løsninger kan gi eleven tilfredsstillende utbytte av opplæringen. Dette innebærer at statsforvalterne i klagesaker i hovedsak prøver *rettsanvendelsen*. Dette omfatter både generelle saksbehandlingskrav etter forvaltningsloven, og mer konkrete krav til utredning og innhold etter opplæringslova. Statsforvalterne har verken rett eller plikt til å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret i disse vurderingene.

I sakene om ITO ser vi at statsforvalterne gjennomgående har tatt klagene til følge. Det er et kjennetegn ved sakene at dette skyldes mangler ved selve saksbehandlingen, typisk fordi sakene ikke er tilstrekkelig utredet, eller fordi vedtaket avviker fra sakkyndig vurdering uten at

dette har blitt begrunnet eller fremstår som faglig riktig. Det fremgår tydelig av statsforvalternes vedtak hva de mener at mangler i kommunenes vedtak, og hvorfor dette gjør at de ikke kan ta stilling til realitetene i saken. Det er i samsvar med statsforvalters prøvingsrett og -plikt at kommunens vedtak ikke stadfestes når statsforvalteren anser at de ikke kan ta stilling til saken på grunn av manglende begrunnelse eller utredning.

Vi ser at statsforvalterne i hovedsak sender saken tilbake til kommunen for ny behandling dersom saken ikke er tilstrekkelig utredet, for eksempel fordi den sakkyndige vurderingen er mangelfull. En slik praksis samsvarer godt med de synspunktene vi har fremmet i punkt 2.3.2 ovenfor, om at dette i seg selv ivaretar hensynet til det kommunale selvstyret.

I sakene der kommunens vedtak avviker fra den sakkyndige vurderingen, og saksbehandlingsfeilen består i at avviket ikke er faglig begrunnet i vedtaket, ser vi at statsforvalteren i noen tilfeller omgjør kommunens vedtak og fatter vedtak i tråd med den sakkyndige vurderingen. Man kunne her se for seg at statsforvalter heller ville oppheve og sende saken tilbake til kommunen for ny behandling. Her må det likevel ses hen til vurderinger av hva som er til barnets beste, og at vedtakene om ITO gjelder barnets skolegang, som er pågående. I disse sakene er det også at kommunens vedtak skal ta utgangspunkt i den sakkyndige vurderingen, jf. punkt 5.3 ovenfor. Eleven skal ha «tilfredsstillende utbytte» av opplæringen, som er en rettslig standard som fastlegges i den enkelte saken, ut fra et lovbundet skjønn. Dersom kommunen har avveket fra den sakkyndige vurderingen, og typisk tilbyr mindre timer ITO enn anbefalt, uten at det er tydeliggjort at eleven vil ha «tilfredsstillende utbytte» av det tilbudet som gis, er det etter vårt syn forsvarlig rettsanvendelse dersom statsforvalteren fatter nytt vedtak i tråd med den sakkyndige vurderingen. Vi bemerker her at det ikke ser ut til at statsforvalterne fatter vedtak utover den sakkyndige vurderingen. Dersom denne anses mangelfull eller uklar, sendes saken som nevnt vanligvis tilbake til kommunen.

I likhet med det som er nevnt ovenfor i punkt 4.4.4 om vurderingen av forsvarlighet på helse- og omsorgsområdet, kan det reises spørsmål om statsforvalter er nærmere til å avgjøre hva som er til den enkelte elevs beste mv., enn hva kommunen er. Vi vil her igjen påpeke at dette er en helt sentral del av ivaretakelsen av rettssikkerheten for enkeltindividet i saken, og at lovgiver har lagt klart opp til at klageinstansen skal prøve dette som del av rettsanvendelsen.

6.4.4 Statsforvalternes prøving av kommunenes frie skjønn

Som vi ser av klagesakene som er analysert i punkt 6.2.2, blir ikke hensynet til det kommunale selvstyret trukket frem i praksis i sakene om ITO, fordi det er relativt lite fritt skjønn i disse sakene. Det er ikke selvstyret eller kommunens økonomi eller ressurser, men rettigheten den enkelte elev har etter opplæringslova kapittel 11, som skal stå i fokus her. Det er i stor grad saksbehandlingskrav, som kravene til utredning, herunder sakkyndig utredning, elevens medvirkning, begrunnelser i vedtakene mv. som er det sentrale. Hensynet til barnets/elevens beste er en viktig faktor. Funnene i klagesakene om ITO samsvarer med det som er diskutert med informanter i prosjektet, jf. punkt 6.3 ovenfor.

Når det gjelder sakene om permisjon, skolebytte og utvidet skolegang, ser vi i klagesakene i punkt 6.2.2 ovenfor at statsforvalteren trekker frem det kommunale selvstyret som et helt sentralt hensyn. Hensynet til selvstyret, og til kommunens ressurser, blir klart vektlagt som utslagsgivende i to av sakene, og tillegges også større vekt enn hva som er til den enkelte

elevens beste. Den tredje saken ble opphevet på grunn av saksbehandlingsfeil, hvor selvstyret ikke er et relevant moment å vurdere.

Disse enkle funnene kan i seg selv ikke tillegges for stor vekt, da vi også har hørt i prosjektet at hensynet til barnets beste i flere tilfeller gis gjennomslag foran det kommunale selvstyret. Det kan i praksis være krevende å balansere disse to hensynene. Informanter fra både kommuner og statsforvalterne er tydelige på det de oppfatter som kjernen i problemet i klagesaker på opplæringsområdet, nemlig at det er summen av individuelle rettigheter som først og fremst påvirker spenningsforholdet mellom statlig klagebehandling og det kommunale selvstyret. Et eksempel som trekkes fram er formuleringen i ny forvaltningslov om at det skal legges «særlig stor vekt på» det kommunale selvstyret, som ingen av informantene ser samsvarer godt med rettsutviklingen, der hensynet til barnets beste har blitt sterkere vektlagt. Formuleringer som «særlig stor vekt på» det kommunale selvstyret skaper en tydelig forventning, samtidig som det etter 2014 og har vært en markant skjerping av hensynet til barnets beste både konstitusjonelt og i særlovgivning.

Funnene samsvarer likevel godt med funn gjort i en tidligere utredning om det kommunale selvstyret, hvor det blant annet ble gjort enkle undersøkelser av hvordan fire statsforvalter-embeter vektla hensynet til det kommunale selvstyret på flere områder.[94] Overordnede trekk der var at statsforvalterne generelt var tilbakeholdne med å overprøve det frie skjønnet.

6.4.5 Bruk av veiledere, rundskriv, mv. i klagebehandlingen

I klagesakene vi har sett på i punkt 6.2 ovenfor, er det ikke en utstrakt bruk av veiledere, rundskriv, mv. som direkte begrunnelse eller grunnlag for selve resultatet i statsforvalternes klagesaksbehandling. For sakene om ITO vises det gjerne til Utdanningsdirektoratets «Veileder for tilpasset opplæring og individuell tilrettelegging.» Denne er som tidligere nevnt, en forholdsvis nøytral gjennomgang av gjeldende regelverk. Slik vi forstår sakene, legges ikke veilederen i seg selv til grunn for selve saksbehandlingen. Statsforvalterne henviser i hovedsak til at regelverket er forklart der.

I intervjuene vi har gjennomført, viser både kommuner og statsforvalter til at veiledere mv. er nyttige både for tjenesteutforming og i klagesaksbehandling. Særlig sett i lys av at nåværende opplæringslov er relativt ny, fremheves også tolkningsuttalelser og svar på henvendelser fra Utdanningsdirektoratet som en viktig informasjonskilde. I den forbindelse peker også både statsforvaltere og kommuner på verdien av all relevant informasjon er tilgjengelig via Utdanningsdirektoratets nettsider.

Verken i kommunene eller hos statsforvalterne har man inntrykk av at veiledere og rundskriv på dette området går lengre enn lovverket i forhold til å spesifisere kommunale plikter og ansvar. Hovedinntrykket er også at statsforvalteren holder seg innenfor denne rammen når veiledere, rundskriv og tolkningsuttalelser benyttes i konkret klagesaksbehandling. Som på helse- og omsorgsområdet viser informantene til at veiledere og rundskriv er mer generelt formulert og det etterlyses mer direkte veiledning fra statsforvalter med relevans for de konkrete sakene de står i.

[94] Holth & Winge mfl., *Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning*, s. 111.

7 Mulige tiltak for å styrke hensynet til kommunalt selvstyre i statlig klagebehandling

7.1 Innledning

I dette punktet ser vi på noen mulige tiltak for å styrke hensynet til det kommunale selvstyret i den statlige klagebehandlingen. Behovet for, og innholdet i, de foreslåtte tiltakene er basert på de funnene vi har gjort i arbeidet med prosjektet. Tiltakene vi drøfter i dette kapittelet, er i hovedsak ulike elementer knyttet til klagebehandlingen slik den er i dag. En eventuell endring av selve systemet for klagebehandlingen, eksempelvis endringer i statsforvalternes prøvingsintensitet, eller i hvem som skal være klageinstans, drøftes i kapittel 8.

Vi vil her innledningsvis påpeke at funnene vi har gjort gjennom klagesaksanalysene og intervjuer, tilsier at der det faktisk handler om prøving av fritt skjønn, synes statsforvalterne generelt å vektlegge hensynet til det kommunale selvstyret i tråd med det som følger av pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 for helse- og omsorgssakene, og forvaltningsloven § 34 for sakene fra opplæringsområdet. «Striden» synes dermed ikke å knytte seg til den faktiske prøvingen av det frie skjønnet på disse områdene, men heller til to andre forhold. For det første dreier det seg om ulike syn på hvor grensen går mellom rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn, kanskje særlig innen helse- og omsorgsområdet. For det andre dreier det seg om det krevende spennet mellom rettighetssamfunnet med omfattende rettigheter for den enkelte, og det ansvaret som ligger, og legges, på kommunene, som i dag ofte står i en krevende økonomisk situasjon og som må ivareta alle sine innbyggere.

7.2 Tiltak for å tydeliggjøre skillet mellom rettsanvendelse og fritt skjønn

Det synes særlig å være innen helse- og omsorgsområdet at det er uklarheter om grensen mellom rettsanvendelse og fritt skjønn, og hvor dette skaper utfordringer. Dette handler i første rekke om omfanget av forsvarlighetskravet. Kommunene opplever at hva som ligger i forsvarlig, i praksis har blitt utvidet i klagebehandlingen hos statsforvalterne. Det har blitt bemerket i intervjuene at begrepet har blitt «strukket», og at statsforvalterne derfor i realiteten prøver det som er tjenester på et høyere nivå enn bare forsvarlig eller god praksis, som dermed egentlig handler om kommunenes frie skjønn.

Et viktig tiltak kan derfor være å få en klarhet eller enighet om forsvarlighetskravet. Det er her snakk om å tydeliggjøre hvor grensene for forsvarlighetskravet går. Dette kan synliggjøre overfor aktørene hvor stort rom det er for forvaltningsskjønn, altså hvor stort handlingsrom kommunene har. Dette er et rom som kommunene i dag oppfatter som betydelig større enn det statsforvalter i sin klagebehandling fastslår at det gjør. Dette vil vise tydeligere hvilket tjenestenivå som er forventet. I lys av dagens økonomiske situasjon for kommunene handler dette faktisk til dels om hvor stort rom de har til å redusere sitt tjenestenivå, og fortsatt levere innenfor lovens krav.

Ettersom forsvarlighet er en rettslig standard og hvor innholdet vil variere både over tid og fra sak til sak, kan det være en krevende øvelse å finne et klart nivå og synliggjøre hvor den nedre grensen for forsvarlighet går. Dette kan nok imidlertid tydeliggjøres med eksempelsamlinger og tydeligere typetilfeller, som kan ligge som en norm man kan vurdere ut fra. Kommunene har påpekt at det er viktig at slike tiltak utarbeides i samarbeid mellom kommuner og

statsforvaltningen, for å finne et felles utgangspunkt. Utfordringen med dette er ikke nødvendigvis at det ikke lar seg gjøre, men at helselovgivingen gir betydelig rom for skjønn med hensyn til den konkrete sak. Statsforvalterne er naturlig nok lite villig til gjennom generell veiledning å generalisere hva forsvarlige tjenester er, fordi dette skal vurderes individet og konkret. De enkelte brukernes behov og situasjon vil også være forskjellig fra sak til sak. En betydelig utfordring på dette området skyldes derfor utforming av lovgivingen i seg selv. Lovgivningen, slik den er i dag, legger opp til individuelle og konkrete vurderinger med utgangspunkt i den aktuelle brukers situasjon, og gir i liten grad rom for mer «standardiserte» tilnærminger.

Som et ledd i å få avklart den nedre grensen for forsvarlighet, som også gir skillet mellom rettsanvendelse og fritt skjønn, kan det være mulig å sørge for at avgjorte klagesaker blir tilgjengeliggjort i en felles database eller liknende. Dette for at både kommunene og statsforvalterne kan se hvor nivået vanligvis ligger i lignende saker, om forståelsen av forvarlighetsbegrepet er lik i ulike deler av landet og hva statsforvalterne generelt legger vekt på når de avgjør klagesaker. Som vi selv har erfart i dette prosjektet, er det svært vanskelig å få tak i faktiske vedtak, fordi de inneholder personsensitive opplysninger. Det burde etter vår oppfatning ses på om det kan være mulig å få til en form for anonymiserte sammendrag, for eksempel ved bruk av KI, og som tilgjengeliggjøres i et lukket system.

7.3 Tiltak for å øke forståelsen av forholdet mellom kommunalt selvstyre og statlig klagebehandling

Som nevnt innledningsvis, tilsier ikke prosjektet at den konkrete prøvingen av det frie skjønnet og vektingen av det kommunale selvstyret i denne forbindelse, oppleves som en stor utfordring innenfor de sakstypene vi har sett på. Der det faktisk handler om fritt skjønn, er statsforvalterne svært tilbakeholdne med overprøving, og legger stor vekt på hensynet til det kommunale selvstyret. Dette gjelder både innen helse og omsorg, og innen opplæring.

Et mønster vi har observert, er imidlertid en tidvis noe redusert tillit i forholdet mellom statsforvalter og kommuner. Kommunene anerkjenner ikke alltid statsforvalternes vedtak som fullt ut legitime. Det vises til at vedtakene bygger på opplysninger kommunen ikke har fått imøtegå, at statsforvalteren eller lovteksten mangler helhetsperspektiv og ser én sak om gangen, og til inntrykk av at praksis varierer mellom saksbehandlere og embeter, samt lite rom for veiledning og prinsippavklaringer mellom nivåene. Dette handler ikke om kommunal misnøye med å «tape» klagesaker, men om noe strukturelt, fordi ingen av informantene oppfatter at utfordringene skyldes dårlig vilje eller uforstand noen steder. Tematikken ser ut til å knytte seg til selve saksbehandlingen og utformingen av systemet for individuell rettighetsutøvelse.

I den forbindelse kan et aktuelt tiltak faktisk være så enkelt som å sikre mer dialog mellom kommunene og statsforvalterne. Dette opplever kommunene at har minket i de senere årene, Dette gjelder ikke minst med hensyn til informasjon og kontradiksjon i klagesaksbehandlingen. Kommunene opplever tidvis at klagesaker omgjøres, hvor det kommer frem at klager har vært i utstrakt kontakt med statsforvalter uten at kommunene har blitt informert om nye opplysninger mv. Statsforvalterembetene deler også det syn at omfanget på dialog har sunket de seneste årene, ofte som følge av kapasitetsutfordringer i statsforvalterembetene.

På bakgrunn av intervjuene vi har gjort, registrerer vi også at kommunene både på helse- og omsorgsområdet og opplæringsfeltet etterlyser mer direkte veiledning fra statsforvalter. Selv om relevante veiledere og rundskriv oppleves som nyttige, etterspørres det mer dialog mellom kommunen og statsforvalter knyttet til de konkrete sakene kommunene står i, og hvor det oppstår behov for avklaringer. Statsforvalteren har et ansvar for å veilede kommunene i spørsmål om rettsanvendelse. Hovedinntrykket er imidlertid at den veiledningen kommunene mottar er generell og ikke nødvendigvis kalibrert til de konkrete problemstillingene kommunene står ovenfor. Mer direkte veiledning til kommunene kan potensielt bidra til bedre utformede vedtak som også vil kunne resultere i færre klager.

Samlet sett kan et større fokus på dialog og samtaler på tvers også føre til en bedre forståelse fra aktørene både for de kommunale forholdene og hvilke utfordringer o.l. kommunene står i, statsforvalters ansvar og ressurssituasjon, og generelt bedre forholdet mellom kommunene og staten som klageinstans og veileder.

Et annet tiltak kan være utvikling av maler med veiledning til bruk i kommunale vedtak som bedre ivaretar formkravene i saksbehandlingen og riktig rettsanvendelse. Både på helse- og omsorgsområdet og opplæringsområdet har vi sett at kommunale vedtak ofte oppheves på grunn manglende begrunnelse og fordi saksbehandlingen ikke tilfredsstiller formkravene til rettsanvendelse. Dette gjelder kanskje særlig på opplæringsområdet. Inntrykket bekreftes i intervjuer med både statsforvalterne og kommunene. Selv om vi har intervjuet få informanter *kan* det likevel indikere at antallet opphevinger kan reduseres ved mer utførlige maler, som synliggjør at det foretas riktig saksbehandling i kommunene.

7.4 Tiltak tilknyttet veiledere, rundskriv mv. som brukes i klagebehandling

I utgangspunktet oppfatter vi at både statsforvalterne og kommunene vi har snakket med, som hovedregel ikke synes at de normerende produktene går for langt sett i forhold til det som følger av lov og forskrift. Dette gjelder både på helse- og omsorgsområdet og på opplæringsområdet.

På helse- og omsorgsområdet har det likevel blitt påpekt at en del retningslinjer gir uttrykk for «god faglig praksis», nærmere opp mot en optimal standard, som kan bli en for streng norm når dette legges til grunn i klagesaksbehandlingen. Et tiltak kan derfor være at det gjøres en helhetlig gjennomgang av slike normerende produkter med sikte på å synliggjøre det faktiske handlingsrommet som ligger i spennet mellom god praksis, og forsvarlighetskravets nedre grense. I studien utført av Rambøll på vegne av KS og Helsedirektoratet, jf. punkt 3.4 ovenfor, kom det også frem at det er uklarheter rundt kommunenes handlingsrom på dette området. Videre bør det ses nærmere på om slike normerende produkter angir hvilke tjenester en kommunene har plikt til å levere innenfor «nødvendige» tjenester, på en slik måte at de kan oppfattes som bindende for kommunene.

I tillegg kan det nok være grunnlag for å se på begrepsbruken i de normerende produktene, med ordene «skal», «kan» og «bør». Den nevnte rapporten fra Rambøll viser at det hersker usikkerhet rundt denne begrepsbruken i de normerende produktene, særlig når det gjelder begrepet «bør». Det kan etter vårt syn være lett å oppfatte «bør» som noe nær opptil «skal».

En mulighet her kan for eksempel være å gradere anbefalingene, for eksempel ved å gi sterke, middels og svake anbefalinger eller liknende. Begrepet «skal» er for øvrig etter vår oppfatning mest hensiktsmessig å bruke der lov eller forskrift i seg selv pålegger en konkret plikt, slik at de normerende produktene bare gjengir en lovpålagt plikt, med en henvisning. Det ovennevnte er knyttet til helse- og omsorgsområdet, hvor denne tematikken også har vært mest synlig både i intervjuene og klagesaksvedtakene. Vi utelukker likevel ikke at denne typen tiltak også kan være aktuelt på opplæringsområdet.

Et annet tiltak som har blitt nevnt av flere av våre informanter på helse- og omsorgsområdet, er en forenkling og bedre tilgjengeliggjøring av relevant informasjon. Siden lovverket etter hvert er av eldre dato, finnes det et stort omfang av relevante avklaringer og tolkningsuttalelser som er spredt over tid, og som det er vanskelig å ha oversikt over. Samtidig erfarer vi fra intervjuene at tolkningsuttalelser avgitt om konkrete bestemmelser på ulike tidspunkter kan gi motstridende informasjon og derfor samlet sett utgjør en usikker kilde til informasjon om gjeldende rettsforståelse. Et konkret tiltak vil derfor være at Helsedirektoratet gjør en grundig gjennomgang av veiledere, rundskriv og tolkningsuttalelser både i forhold til bestemmelser i helse- og omsorgsloven, men også i eldre lovverk som er inkorporert i denne, for å tilby en enhetlig og oppdatert oversikt over kilder til avklaringer av gjeldende rett. Dette bør gjøres allment tilgjengelig på nett. På opplæringsområdet oppfatter vi ikke at det uten videre er samme behov. Informantene fra dette området har påpekt at veiledere, rundskriv og tolkninger er godt tilgjengelige hos Utdanningsdirektoratet.

Vi bemerker at KS og Helsedirektoratet i 2025 gjennomførte et samarbeidsprosjekt om hvordan de normerende produktene kan tilpasses en kommunal hverdag og bedre støtte kommunenes arbeid. Prosjektgruppen anbefalte at det etableres et overordnet råd/referansegruppe for Helsedirektoratets arbeid med nasjonale faglige veiledere og retningslinjer, og at det etableres en samarbeidsavtale mellom KS og Helsedirektoratet på strategisk og operativt nivå.[95]

Som nevnt under punkt 7.2, etterspør også flere kommuner både innen helse- og omsorgsområdet og opplæringsområdet mer veiledning som en konkret aktivitet fra statsforvalterembetene. Det kommunene etterspør er mer veiledning med direkte relevans for konkrete saker, utover generell veiledning og generelle rundskriv mv., som potensielt også kan redusere omfanget av klagesaker til behandling i statsforvalterembetene.

[95] KS og Helsedirektoratet, *Sluttrapport fra samarbeidsprosjektet: Normerende produkter som bedre støtter kommunenes arbeid,* 2025.

8 Alternativer til dagens statlige klagebehandling

8.1 Innledning

I dette kapittelet vurderer vi forskjellige alternativer til dagens statlige klagebehandling, og fordeler og ulemper ved disse alternativene. Som vi har vært inne på særlig i kapittel 4 og 6, kan det spørres om den statlige klagebehandlingen bidrar til å øke styringstrykket mot kommunene. Dette gjelder kanskje særlig når statsforvaltningen baserer klagebehandlingen på statlige rundskriv mv., som ikke er rettslig bindende for kommunene. Det kan også reises spørsmål om statsforvaltningen egentlig er bedre egnet enn kommunene til å ta stilling til hva som er gjeldende rett.

Vi ser her på forskjellige alternativer med tanke på hva som kan fungere best for kommuner og den som klager på et vedtak, men også ut fra et bredere samfunnsperspektiv hvor fordeler og ulemper som berører flere enn kommunene, er trukket inn i vurderingene. Ved vurderingen av alternativene legger vi vekt på kjennetegn ved god prosess og behovene som er skissert av KS. Dette handler om grundighet, effektivitet, saksbehandlingstid både i den enkelte klageinstans og totalt, fagkompetanse/spesialisering, kostnader, rettsavklaring og rettsutvikling, og ikke minst hensynet til kommunalt selvstyre.

8.2 Kort om kommunal saksbehandling

8.2.1 Kommunal førsteinstans

De kommunale vedtakstypene vi har undersøkt i denne utredningen, treffes administrativt i helse- og omsorgssektoren og i opplæringssektoren i kommunene vi har snakket med.

Innen helse- og omsorgssektoren oppgir fem av de seks kommunene vi har intervjuet, at det er saksbehandlerne i en forvaltningsenhet eller tilsvarende med ansvar for tildeling av helse- og omsorgstjenester som fatter vedtak i førsteinstans. I den siste av de seks kommunene treffes vedtakene etter helse- og omsorgstjenesteloven av den enkelte tjenesten, slik som enhet for hjemmetjenesten eller sykehjemstjenesten. I denne kommunen vurderes sakene gjerne i fagteam bestående av personer fra de ulike involverte tjenesten, inkludert leder for tjenestene.

Det er et gjennomgående trekk ved disse seks kommunene at de organiserer saksbehandlingen slik at det ligger til rette for kollegial støtte. Det er vanlig at ledernivået i forvaltningskontorene kobles på enkeltsaker ved behov, hvor enkelte saker også krever juridisk bistand fra stab. Det gjelder også før vedtaket fattes, særlig dersom saken er kompleks og vil utløse betydelig ressursbruk for kommunen. Eksempler på dette inkluderer inntaksmøter for større saker, koordinerende utvalg for komplekse saker, eller praksis hvor leder ser over særlig ressurskrevende saker. Det fremstår derfor som klart at kommunen erkjenner behovet for spesialisert kompetanse innen vedtak og klager på helse- og omsorgsfeltet.

Innen opplæringsområdet beskriver de seks kommunene vi har intervjuet, at vedtak behandles av de respektive virksomhetslederne. En kommune med mange skoler oppgir at rektor på de største skolene har delegert klagebehandling til skolens avdelingsledere eller spesialpedagoger. Ellers utarbeider PPT sakkyndige vurderinger, rektor henter tekst derfra og skriver vedtaket. En kommune er kritisk til egen manglende erfaringsdeling mellom kommunens mange skoler. Ved behov konsulterer skolelederne med kommunalsjef eller

rådgiver sentralt i kommunen, men det finnes ikke rutiner for erfaringsutveksling og læring på tvers av virksomhetene:

> *«Vi har ingen god erfaringsdeling mellom skolene. Så med våre 21 skoler, så vil jo på en måte det som skjer på skole A, skje på skole A.»*

En annen kommune beskriver en aktiv praksis med å gjennomgå statsforvalterens vedtak i klagesaker etter at de mottas, både ved medhold og ved opphevelse. De har konkrete eksempler på at denne gjennomgangen legger til rette for læring og justering av praksis. Et par av kommunene forklarer at sentral enhet i kommunen har utformet maler for vedtak.

8.2.2 Klagebehandling i kommunal underinstans

Når et vedtak påklages, går klagen normalt først til instansen som traff vedtaket (underinstansen), som skal se på saken på ny. Underinstansen skal gjøre de undersøkelser klagen gir grunn til. Eventuelle motparter i saken skal varsles og gis anledning til å uttale seg. Dette kan resultere i at vedtaket endres eller oppheves, men også i at underinstansen ikke treffer noen ny avgjørelse og sender saken videre til klageinstansen, se fvl. § 33.

Innen helse- og omsorgsområdet oppgir alle seks kommunene vi har snakket med, at det i hovedsak er de samme som har fattet vedtaket i førsteinstans, som også behandler klagen. Klagesakene behandles altså administrativt på samme måte som opprinnelig vedtak.

Innen opplæringsområdet redegjør kommunene vi har snakket med for litt mer variasjon. I en kommune håndterer virksomhetslederne klagene, og konsulterer med rådgiver eller kommunalsjef sentralt i kommunen ved behov. I andre kommuner håndteres klagesakene mer aktivt i linjen, i dialog mellom virksomhetsleder og sentral fagenhet i kommunen, eller med en mer sentralisert organisering hvor avdelingssjefen sentralt i kommunen med sine fagstabsmedarbeidere har en koordinerende rolle og gjennomgår vedtak og klagesaker. En kommune håndterer klagesakene i sentral enhet i kommunen, med en ansatt jurist aktivt involvert i klagebehandlingen.

8.3 Alternativer til dagens klagebehandling

8.3.1 Innledning

Her ser vi på flere alternativer til dagens klagebehandling hos statsforvalterne. Først vurderes noen endringer ved førsteinstansens forberedelse av klagesaken. Vi vurderer så fordeler og ulemper ved en egen klageinstans på kommunalt nivå, i form av en kommunal klagenemnd. Deretter ser vi på konsekvenser av å endre statsforvalters prøvingskompetanse til en legalitetsprøving. Vi vurderer også en nasjonal klagenemnd og en utvidelse av Trygderettens saksfelt. Alternativene vil i hovedsak kreve større prosesser og lovendringer, som vi ikke går nærmere inn på her.

8.3.2 Klagen behandles noe grundigere i kommunal underinstans

Som det følger av forvaltningsloven § 33 skal (den kommunale) underinstansen gjøre de undersøkelser klagen gir grunn til. Underinstansens forberedelse og utredning av en klagesak vil dermed variere. Ved å legge noe større innsats i kommunens vurdering av det påklagede vedtaket, der det er rom for det, kan det tenkes at kommunen kan avgjøre eller påvirke noen flere saker selv. For å oppnå en slik, noe mer intensiv prøving i underinstansen, kan det være

nødvendig med eksempelvis kommunale retningslinjer. Som det fremgår av punkt 8.3, er det ikke alltid en leder er involvert i denne delen av saksbehandlingen. Slike retningslinjer kunne blant annet stille krav til at leder eller i hvert fall en annen saksbehandler enn den som traff vedtaket, er den som ser på saken på ny. Hvis førsteinstansen ikke avviser saken eller treffer nytt vedtak, sendes klagen til klageinstansen, se fvl. § 33 fjerde ledd.

Fordeler ved en slik løsning, sammenlignet med en kommunal klagenemnd, er at fagkompetansen forblir samlet i førsteinstansen. Hvis klagen sendes videre til en statlig klageinstans, kan det ut fra en generell oppfatning om sammenheng mellom omfanget av forberedelser og korrekt resultat, tenkes at en noe grundigere gjennomgang i underinstansen kan øke kommunens føringer på den videre utvikling av saken.

8.3.3 Kommunal klagenemnd

Det finnes allerede en politisk sammensatt kommunal klagenemnd i mange kommuner.[96] De prøver så vidt vi vet vanligvis et nokså begrenset utvalg av klagesaker, som klager på vedtak om startlån, tildeling av kommunal bolig og parkeringstillatelse til bevegelseshemmede.[97] Det er vårt inntrykk at klagenemndene settes med politisk valgte representanter og at det ofte ikke er jurister blant medlemmene.[98] Saksbehandlingen er gjerne skriftlig, hvor et klagenemnds-sekretariat forbereder sakene og skriver innstilling. Parter kan tillates å legge frem argumenter muntlig for klagenemnda. Det er strengere inhabilitetsregler etter kommuneloven enn etter forvaltningsloven, og saksbehandlere som har vært involvert i saksbehandlingen i første instans kan ikke delta i forberedelsene for klagenemnda.[99]

Vi kan tenke oss at klage til statsforvalter kan erstattes av klage til en kommunal klagenemnd, men vi ser utfordringer ved en slik løsning. De kommunale klagenemndene, slik vi kjenner dem i dag, ville måtte utvikles på flere måter og tilføres mer ressurser. Det ville måtte skje en utvidelse av sakstypene kommunal klagenemnd behandler. Hovedfordelen ved en slik klageinstans er at den ville være egnet til å ivareta det kommunale selvstyret bedre enn en statlig instans som kan prøve kommunens utøvelse av forvaltningsskjønn.

Imidlertid ser vi flere ulemper ved en slik løsning. Det er påpekt at dagens klagenemnder mangler juridisk kompetanse. Dette kan et stykke på vei bøtes på ved å tilføre slik kompetanse, for eksempel i form av en leder som er jurist, og ved bedre opplæring av de folkevalgte. Samtidig vil dette kreve ressurser, og det er også et spørsmål om en slik klagenemnd vil gi tilstrekkelig faglig trygghet til å gi den rettsavklaringen kommunene trenger. Det er mulig å se for seg klagenemnder som settes med flere jurister med særlig kunnskap på saksfeltet klager gjelder, men dette ville svekke den politiske representasjonen. Og ikke minst, så ville en slik sammensetning innebærer at tiltrengte fagressurser ville måtte tilføres en klagenemnd, mens de nok heller burde benyttes i den kommunale førsteinstansen.

---

[96] Se oversikt over klageordning på kommunalt nivå i NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, kap. 24.6.2.1.

[97] KS-rapport 2022: 18 Utredning av nye ordninger for klagebehandling og lovlighetskontroll, pkt. 6.1.1.; NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov pkt. 24.6.5.3: «I små kommuner vil det dessuten være et lavere antall klagesaker, slik at en klagenemnd ikke får samme erfaringsgrunnlag som i større kommuner.»

[98] KS-rapport 2022: 18 Utredning av nye ordninger for klagebehandling og lovlighetskontroll, pkt. 6.1.1.

[99] Se kommuneloven § 13-3.

Når klageinstansen er lokal, blir det i tillegg en større mulighet for at det utvikler seg forskjellig praksis innenfor rettsspørsmål som ikke omfattes av forvaltningsskjønn. Særlig i mindre kommuner synes også habilitet å være en generell utfordring.[100]

Videre har statsforvalterne tilsyns- og veiledningsansvar overfor kommunene, som krever kunnskap om kommunenes praksis. En ordning med kommunal klagenemnd i stedet for enn klage til statsforvalter vil trolig innebære en betydelig begrensning i tilbakemeldinger om kommunal praksis, samt i kunnskapstilførsel som skjer gjennom å behandle klagesaker.

Selv om en kommunal klagenemnd ivaretar det kommunale selvstyret, mener vi at det er for mange ulemper ved en slik løsning til at den kan anbefales. Referansegruppen for prosjektet, som i hovedsak har bestått av kommunedirektører, har også gitt innspill om at de mener en slik klagenemnd er lite ønskelig, ut fra flere av de samme argumentene vi har vist til her.

8.3.4 Klage til Statsforvalteren, med endring av prøvingsintensitet

Statsforvalteren er klageinstans for en rekke kommunale vedtak. Statsforvalterens og andre statlige klageinstansers mulighet til å prøve kommuners utøvelse av forvaltningsskjønn er blitt gradvis redusert gjennom lovendringer.[101]

Når ny forvaltningslov trer i kraft, er utviklingen gått ytterligere et skritt i retning av å ta hensyn til kommunalt selvstyre, ved at statsforvalteren og andre statlige klageinstanser skal legge «særlig stor vekt» på det kommunale selvstyret ved prøvingen av det frie skjønn.[102] Klageinstansens terskel til å endre vedtaket basert på en annen vurdering av hvordan forvaltningsskjønnet skal utøves, heves da ytterligere.

For de sakene vi har sett på, er forvaltningslovens bestemmelse relevant for de sakene som gjelder opplæringsloven, jf. gjennomgangen av saker i kapittel 6 ovenfor. Som vi har sett, er det lite fritt skjønn i saker om individuelt tilrettelagt opplæring etter opplæringslova § 11-6 og § 11-7, slik at endringen i prøvingsadgangen nok vil være av relativt liten betydning her. For saker som handler om permisjoner, skolebytte eller utvidet skolerett etter bestemmelsene i opplæringslova kapittel 2, vil en innsnevring kunne ha en større betydning. Enkelte kommuner har i intervjuene vist til at selv om det her er mye fritt skjønn, blir hensynet til barnets beste ofte tillagt større vekt, slik at det slår gjennom overfor hensynet til det kommunale selvstyret. Andre kommuner opplever imidlertid det motsatte, og at statsforvalteren tillegger selvstyret størst vekt, og derfor ikke overprøver det frie skjønnet, selv om barnets beste i enkelte tilfeller tilsier noe annet.

Særbestemmelsen i pasient- og brukerrettighetsloven § 7-7 er i skrivende stund ikke vedtatt endret, slik at den i hvert fall foreløpig vil ha en inndeling hvor det skal legges «vekt på» hensynet til det kommunale selvstyret ved prøving av det frie skjønnet ved klagebehandling av vedtak om helsetjenester, mens det skal legges «stor vekt på» dette hensynet ved prøvingen av det frie skjønnet ved vurdering av øvrige kommunale vedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven. Et sentralt perspektiv for de sistnevnte sakstypene, er at prøvingen av det frie skjønn i praksis ligger svært nær opptil en legalitetsprøving hvor grensene for det frie

[100] KS-rapport 2022: 18 Utredning av nye ordninger for klagebehandling og lovlighetskontroll, pkt. 6.1.1. (på s. 40).
[101] Se Prop. 64 L (2016–2017) s. 17.
[102] Ny forvaltningslov § 68 tredje ledd.

skjønnet følger av den ordinære myndighetsmisbrukslæren. Statsforvalteren skal bare sette til side det frie skjønnet dersom det er «åpenbart urimelig» m.m., se punkt 2.4 ovenfor.
I sakene vi har gjennomgått på helse- og omsorgssektoren innebærer begrensninger i prøvingen av forvaltningsskjønn i utgangspunktet at det skal mer til for at statsforvaltere her kan endre et påklaget vedtak på en måte som får konsekvenser for kommunens økonomiske disponeringer. I saker etter helse- og omsorgstjenesteloven har vi imidlertid sett at det er forholdsvis sjelden at statsforvalter øker klagende parts ytelser ved å overprøve kommunens forvaltningsskjønn. Intervjuene vi har gjennomført trekker i samme retning. Samtidig er våre undersøkelser svært begrenset, slik at en total gjennomgang av prøvingen på dette området, kan vise noe annet, selv om vi per i dag ikke har holdepunkter for å si dette. Prøvingen i sakene vi har sett på, handler i flere tilfeller først og fremst om rettsanvendelsesskjønnet, og at tildelte tjenester ikke tilfredsstilte forsvarlighetskravet. Der skjønnet blir overprøvd, er det etter en vurdering av at skjønnsutøvelsen er «åpenbart urimelig». Der statsforvalterne faktisk overprøver det frie skjønnet, kan dette få som konsekvens at det blir færre ressurser til andre mottakere av ytelser i kommunen.

Ved en legalitetsprøving kan alle rettslige sider av det påklagede vedtaket prøves, og alle rettslige feil kan føre til at vedtaket oppheves eller endres. I legalitetsprøvingen inngår kontroll med faktum, saksbehandling, tolkning og subsumsjon, men med det forbehold at ved subsumsjonen under vilkår som inneholder forvaltningsskjønn, så prøves bare de rettslige grensene for forvaltningsskjønnet: usaklig forskjellsbehandling, grovt urimelig resultat, vilkårlighet og utenforliggende hensyn (den såkalte myndighetsmisbrukslæren). Det kommunale vedtaket må ligge innenfor disse rettslige yttergrensene og det hefter ikke feil ved kommunens utøvelse av forvaltningsskjønnet med mindre noen av de rettslige grensene er overskredet.

Som nevnt ligger terskelen for prøving av det frie skjønnet etter pbrl. § 7-7 svært høyt når det kommer til saker om personlig assistanse, herunder brukerstyrt personlig assistanse, og omsorgsstønad, og nær opptil myndighetsmisbrukslæren. Slik sett kan det argumenteres for at det ikke ville innebære en stor endring dersom adgangen til å prøve det frie skjønnet ble begrenset til en legalitetsprøving, hvor bare yttergrensene for skjønnet kan prøves, etter den såkalte myndighetsmisbrukslæren.

En prøving etter ny fvl. § 68, hvor det skal legges «særlig stor vekt» på kommunalt selvstyre, ligger noe nærmere en legalitetsprøving enn dagens ordning hvor det etter fvl. § 34 skal legges «stor vekt» på kommunalt selvstyre. Dette vil ha betydning for de sakstypene vi har sett på etter opplæringslova.

For å styrke det kommunale selvstyret ytterligere, kan det vurderes å begrense statsforvalterens prøvingskompetanse uttrykkelig til en legalitetsprøving.[103] Mothensyn er blant annet klagers mulighet til å vinne frem og hensynet til nasjonal styring gjennom politiske signaler om utøvelse av forvaltningsskjønn.[104]

---

[103] Variasjoner i statsforvalters prøvingsintensitet mm ble grundig drøftet i NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, kap. 24.13.

[104] I Holth & Winge mfl. *Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning*, nevnes blant annet at statsforvalters prøvingskompetanse tilpasses politiske signaler på nasjonalt nivå, f.eks. statlige retningslinjer om jordvern, se kap. 8.2 med videre henvisninger.

Med tanke på klagers muligheter til å få endret vedtaket i klageinstansen, så vil det viktigste være å få kontrollert at det ikke hefter feil ved det påklagede vedtaket. Dette ivaretas som nevnt over ved en legalitetsprøving. Det kan dermed stilles spørsmål ved om en slik endring i prøvingen egentlig reduserer «rettssikkerheten». Det som mistes ved en legalitetsprøving sammenlignet med dagens prøving, er statsforvalters mulighet til å endre vedtaket på grunnlag av en annen prioritering av hensyn bak utøvelsen av forvaltningsskjønn, selv om kommunens utøvelse av skjønnet er lovlig - altså et valg mellom alternativer lovgiver har valgt at forvaltningen skal kunne ta endelig stilling til. Denne typen endringsmulighet kan enten inkluderes eller holdes utenfor rettssikkerhetshensyn.[105] Uavhengig av om en videre eller snevrere forståelse av rettssikkerhet legges til grunn, så mener vi at en legalitetsprøving hos statsforvalter ikke svekker klagers rettssikkerhet på et viktig punkt ettersom alle rettslige feil kan kontrolleres og føre til at klager vinner frem. Domstolenes prøvingskompetanse er som hovedregel en legalitetsprøving og anses da som tilstrekkelig ivaretakelse av rettssikkerheten.

Vi mener det i utgangspunktet ville være mulig å endre statsforvalters prøvingskompetanse til en legalitetsprøving både på helse- og omsorgsområdet og opplæringsområdet. Basert på våre undersøkelser, må vi samtidig spørre hvor mye som vil være vunnet ved det. Våre undersøkelser av vedtak og intervjuer viser at statsforvalterne er tilbakeholdne med å overprøve det kommunale selvstyret i vurderingen av hvordan kommunen har utøvet forvaltningsskjønn. På helse- og omsorgsområdet ligger en eventuell overprøving allerede svært tett opp til det som følger av myndighetsmisbrukslæren, som også vil gjelde ved en legalitetsprøving. For opplæringsområdet styrkes hensynet til det kommunale selvstyret ytterligere med ny forvaltningslov. En endring til en ren legalitetsprøving ser dermed ut til å ha mindre praktisk betydning på de saksfeltene vi har undersøkt.

Uavhengig av prøvingsintensitet, er statsforvalteren en etablert klageinstans for kommunale vedtak. Vi oppfatter imidlertid at enkelte statsforvalterembeter har utfordringer med rekruttering, og at den faglige ekspertisen og tyngden kanskje ikke er så god som man kunne ønske. Hvis denne oppfatningen er riktig, vil det være en ulempe ved denne klageinstansen sammenlignet med en nasjonal instans som nok lettere kan settes med høy faglig ekspertise, se neste punkt.

Et annet, og organisatorisk tiltak, som kunne styrke statsforvalters kapasitet og faglige kompetanse, er en sentralisering av behandlingen av rettighetsklager. Dette er foreslått av flere av våre informanter. Et slikt tiltak ville innebære en større funksjonsdifferensiering mellom statsforvalterembetene, men kan samtidig føre til mer likeartet praksis i hele landet. Ulik praksis mellom embeter, men også mellom enkelte saksbehandlere innad i samme embetet, oppleves som uheldig av kommunene med hensyn til prinsippet om likebehandling i alle landets kommuner. Dette vil også kunne bøte noe på kapasitets- og kompetanseutfordringer i de mindre embetene, som ofte består av et mindre knippe medarbeidere. En ulempe vil kunne være større avstand til kommunene de enkelte statsforvalterembetene har tilsynsansvar overfor.

[105] Se NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, kapittel 24.13.4.1 med videre henvisninger i note 86.

8.3.5 Klage til uavhengig nasjonal klagenemnd

For å styrke kommunalt selvstyre kan det være en mulighet å la klager gå til en uavhengig, nasjonal klagenemnd, heller enn til statsforvalteren.

Enkelt fremstilt vil en uavhengig nemnd ikke kunne instrueres i enkeltsaker og ikke styres gjennom politiske signaler.[106] Nemndens avgjørelser vil heller ikke kunne omgjøres av andre organer. En slik felles, nasjonal klageinstans vil kunne sammensettes med høy faglig kompetanse og ha klagebehandling som primæroppgave. I en nasjonal instans er det naturlig at saksbehandlingen, som hos bl.a. statsforvalter, er skriftlig. Vurderes det som nødvendig, kan det åpnes for muntlige innslag i saksbehandlingen, slik det gjøres både for den landsdekkende Utlendingsnemnda og for Trygderetten. En slik nemnd kan legge bedre til rette for en ensartet praksis enn dagens løsning, og vil kunne settes med den nødvendige faglige ekspertise, tilpasset rettsområdet klagesaken gjelder.

Klagebehandlingen hos statsforvalter henger imidlertid sammen med andre virkemidler embetene er tillagt i kvalitetssikring og kontroll med kommunale oppgaver.[107] Å legge klager over kommunale vedtak til en uavhengig klagenemnd, vil reduseres statsforvalters virkemidler, og dette kan tale mot en slik løsning. I tillegg er det et argument at også statsforvalterne har kunnskap om lokale forhold, og en viss nærhet til menneskene og forholdene som påvirkes av vedtakene, argumenter som også begrunner at vedtaket i førsteinstans skal treffes på kommunalt nivå.

8.3.6 Klage til Trygderetten/Sosialdomstol[108]

Hvis behovet for å styrke det kommunale selvstyret særlig gjør seg gjeldende på velferdsrettens område, kan en mulighet være å tilpasse en eksisterende uavhengig, nasjonal klagenemnd til nye oppgaver. Trygderetten avgjør i dag klager over trygd og pensjon. Det kan spørres om det kan være aktuelt å utvide sakstilfanget med velferdsrettslige saker.

I likhet med en nasjonal klagenemnd, er det en fordel ved en slik ordning at organet kan ha høy faglig kompetanse. En mulig ulempe er at en slik løsning bare vil omfatte kommunale vedtak som det faglig er naturlig å utvide Trygderettens saksfelt med. Etter vår vurdering er det en betydelig fordel ved Trygderetten at domstolsprøving av vedtak derfra, begynner i lagmannsretten. Saksbehandlingstiden blir dermed kortere enn om saken skulle startet for tingrettene, og det er bedre muligheter for at lagmannsretten kan opparbeide spesialisert kompetanse på fagfeltet. I tillegg vil dommer fra lagmannsretten har større vekt og dermed gi bedre rettsavklaring.

---

[106] For en grundig gjennomgang av uavhengige forvaltningsorganer, se NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, kap. 32. Se også NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt, kap. 7.4 Domstolliknende forvaltningsorganer (nemnder).

[107] Se Holth & Winge mfl. *Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning*, kap. 10 Statlig tilsyn med kommunal virksomhet.

[108] Se f.eks. Asbjørn Kjønstad, Behovet for et felles rettslig overprøvingsorgan på velferdsrettens område - i en Sosialdomstol. Rætferd 2002 nr. 3 s. 10.

9 Alternativer til prøving av klageinstansens vedtak

9.1 Innledning

Som vi har sett i kapittel 4 og 6 ovenfor, kan det være uenighet mellom kommunene og statsforvalterne om forståelsen av gjeldende rett. Sentrale eksempler fra er hva som omfattes av «nødvendige» helse- og omsorgstjenester av ulik art, og hva som ligger i kravet om at tjenestene skal være «forsvarlige». Slik systemet er innrettet i dag, er det i praksis statsforvalteren som klageinstans som raskt kan få «siste ord» om forståelsen av gjeldende rett.

Kommunene kan etter tvisteloven § 1-4a gå til søksmål for å få prøvd gyldigheten av statsforvalterens vedtak, men dette kan være en tung prosess. Denne søksmålsadgangen er i dag ikke i omfattende bruk, selv om det utvilsomt foreligger uenigheter om juridiske spørsmål. Kommunene vi har snakket med i prosjektet, har bekreftet at terskelen for å gå til søksmål mot staten som behandles på vanlig måte i domstolene, oppleves høy. Det kan derfor være ønskelig å se på alternative prøvingsmuligheter for slik tvisteløsning mellom kommunene og statsforvaltningen.

Etter vår vurdering bør domstolsprøving i tvister mellom kommuner og staten ses i sammenheng med domstolsprøving av andre forvaltningssaker, også der det er en privat part. I det følgende ser vi derfor nærmere på prøving av forvaltningssaker mer generelt, med fokus på hva som kan være mest hensiktsmessig i et bredere samfunnsmessig perspektiv.

På samme måte som for vurderingene av alternativer til dagens statlige klagebehandling, legger vi vekt på kjennetegnene ved gode prosesser, se punkt 8.1 ovenfor. De ulike alternativene vil kreve store prosesser med tilhørende lovendringer, som vi ikke skisserer her.

9.2 Generelt om tvisteløsning i forvaltningssaker for domstoler og nemnder

I Norge behandles de fleste forvaltningssaker for domstolene etter samme prosessordning som privatrettslige saker.[109] De omtales også som sivile tvister, mens sivile tvister i enkelte andre land kun omfatter privatrettslige saker. Forvaltningsrettslige tvister behandles i flere land etter en egen, tilrettelagt prosessordning og gjerne for egne forvaltningsdomstoler. Det kan da skilles mellom saker om gyldigheten av forvaltningens vedtak og saker hvor domstolen treffer realitetsavgjørelse i forvaltningstvisten.

Det offentlige har kompetanse til å treffe ensidig bindende vedtak overfor private, men også overfor kommuner som når staten er klageinstans over kommunale vedtak. Dette tilsier at forvaltningsvedtak bør kunne kontrolleres i uavhengige instanser, som domstolene eller

[109] Unntaket er særlig administrative tvangsinngrep hvor domstolen har et større ansvar for sakens opplysning, alle sider av vedtaket kan overprøves mm jf. tvisteloven kap. 36.

uavhengige nemnder.[110] Særlig domstolene kan bidra til rettsavklaring ved at avgjørelser derfra generelt har større rettskildemessig betydning enn avgjørelser fra forvaltningsorganer.

I Norge er domstolene for mange en lite tilgjengelig mulighet til tvisteløsning på grunn av høye sakskostnader, som har økt betydelig de siste årene.[111] I tillegg vil det normalt være en betydelig skjevhet i styrkeforhold mellom partene i tvister hvor staten er den ene parten. Staten har gjerne bedre økonomiske ressurser enn andre parter, og har også betydelige juridiske ressurser til å føre rettssaker ved å ha et eget «advokatkontor» i Regjeringsadvokaten. Denne skjevheten i styrkeforhold gjør seg vel særlig gjeldende når statens motpart er en privatperson, men det kan også gjelde kommuner og bedrifter.

I sivilprosessen finnes det muligheter til ikke å idømme en part som har tapt et søksmål sakskostnader. Dette avgjør imidlertid retten først ved sakens avslutning, og dermed må partene belage seg på muligheten til å måtte dekke motpartens sakskostnader i tillegg til sine egne.[112] Også for kommuner kan slike prosesskostnader innebære en finansiell hindring for tilgangen til domstolene, og det er påpekt at det er mulig at tvisteloven § 1-4a er lite benyttet blant annet fordi det er kostbart å anlegge sak.[113] Dette kan tilsi at det generelt er behov for et alternativ til dagens domstolsbehandling av forvaltningsrettslige tvister.

9.3 Kjennetegn ved alternativ til dagens domstolsprosess

For å kunne vurdere en tvist på et objektivt grunnlag, er det en fordel at prøvingsinstansen er uavhengig av partene i tvisten, altså både av en kommunal underinstans og en statlig klageinstans, eventuelt også private parter. Domstolene, med sin konstitusjonelle forankring, oppfyller naturlig kravet til uavhengighet. Det er også mulig å oppnå en tilfredsstillende uavhengighet i såkalte uavhengige, domstollignende forvaltningsorganer, som blant annet Barneverns- og helsenemndene, Trygderetten m.fl. Disse kjennetegnes særlig av å ikke kunne instrueres i enkeltsaker, slik hovedregelen er i hierarkisk forvaltning, og av at avgjørelser fra organet ikke kan omgjøres eller overprøves av et annet forvaltningsorgan.[114]

I forvaltningen er hovedregelen at saksbehandlingen er skriftlig, også i klageinstansen. Dette er normalt en effektiv behandlingsmåte. Det kan derfor være en fordel å la forvaltningssaker forbli i et skriftlig spor også når de kommer inn for domstolene, men med mulighet for supplerende muntlig behandling. Supplerende muntlige forhandlinger kan benyttes hvis sakens kompleksitet eller bevisforhold tilsier det, eller hvis partene ønsker det. I forvaltnings-domstolene i Sverige og Frankrike er dette kjennetegn ved prosessen. De supplerende muntlige innslagene kan i praksis være minimale, som at en privat part holder et lite innlegg på

[110] Se også Domstolkommisjonens utredning NOU 2020: 11, s. 64: «Mengden vedtak som treffes av statlige og kommunale forvaltningsorganer, avspeiler forvaltningens myndighet og tilsier at det må legges til rette for en uavhengig overprøving i domstolene.»

[111] Se blant annet NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt, kap. 24 om sakskostnader, og kap. 7 Domstolene og forvaltningen, særlig kap. 7.3.4. Se også Eivind Smith (red.), Våre perifere domstoler, Fagbokforlaget 2022 og Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, Alminnelig og spesialisert tvisteløsning - i og utenfor domstolene i Uten sammenligning. Festskrift til Eivind Smith, s. 127-149.

[112] Se tvisteloven § 20-2 (3).

[113] Holth & Winge mfl. *Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning*, s. 194.

[114] Se NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov, kap. 32 med henvisninger til bl.a. Difi-rapporter om uavhengige forvaltningsorganer.

et par minutter, men ofte møter ikke partene når domstolen har saken oppe til offentlig behandling.[115] Ved å ta bort eller betydelig redusere den muntlige delen av saksbehandlingen, reduseres også behovet for innsats fra en eventuell prosessfullmektig. I dag er det særlig bistand fra advokat som fører til høye sakskostnader for domstolene. I norske domstoler er det tradisjon for omfattende muntlige rettsmøter, og dette fører til at prosessfullmektigen både må forberede og være til stede under hovedforhandling. Det kan derfor være gode grunner til at prosessen ved prøvingen av forvaltningssaker som hovedregel bør være skriftlig, med mulighet for supplerende og kortere muntlige innslag.

Det er som nevnt utgiftene til prosessfullmektig som er hovedårsaken til at domstolsprosessen er blitt kostbar, og de har økt betydelig de siste årene.[116] I franske og svenske forvaltningsdomstoler er det som hovedregel ikke behov for å benytte advokat i saker om gyldigheten av forvaltningsvedtak. Her har da dommerne eller egne utredere, eventuelt dommere under opplæring, ansvar for å utrede sakens rettslige sider. Utrederne vil da også kunne veilede partene om bevisførsel. I forvaltningssaker er det ikke uvanlig at mange av bevisene er dokumenter som det også kan vurderes om retten selv skal kunne hente inn.[117]

I Norge finner vi det samme saksbehandlingsprinsippet ved forvaltningsklager, hvor det er forvaltningen som har ansvaret for at saken er tilstrekkelig opplyst. Det samme gjelder ved klage til Sivilombudet. I domstolene har retten et ansvar for at sakens opplysning i indispositive saker og saker som behandles etter tvisteloven kapittel 36. En forvaltningsprosess som skissert, ville på mange måter kunne anses som en videreutvikling av en prosessordning som allerede benyttes.

I forvaltningen behandles saker av saksbehandlere med faglig kompetanse på det aktuelle saksfeltet. Det samme gjelder i statlige klagenemnder, herunder de såkalt domstollignende forvaltningsorganer som barneverns- og helsenemnda, Trygderetten, UNE og Konkurranseklagenemnda. Her kan faglig kompetanse på tvistens område være sentralt for at saksbehandlingen skal være effektiv og for at resultatet skal bli rettslig riktig.[118] I domstolene er det derimot tradisjon for å vektlegge betydningen av generalistkompetanse. Avgjørelser fra en spesialisert, domstollignende klagenemnd kan bringes inn for tingretten hvor de behandles av en generalistdommer, herunder en dommerfullmektig. Hvis vi for eksempel ser til Sverige, så er dommerne i forvaltningsdomstolene allerede spesialiserte i forvaltningssaker, men en del kommunale vedtak behandles likevel etter et eget prosesspor hvor retten settes med fagkyndige dommere med særlig kompetanse om kommunal forvaltning.[119]

---

[115] Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike, Universitetsforlaget 2014, kap. 4.5.6 Muntlighet og skriftlighet i domstolsprosessen.

[116] Se NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt kap. 24. Se også Clement Endresen og Gjermund Aasbrenn, Sakskostnader på dagsorden i Høyesterett, Lov og Rett nr. 6/2019, hvor det fremgår at salærkrav for Høyesterett økte med 126 prosent i absolutte tall fra 2007 til 2017.

[117] Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike, Universitetsforlaget 2014, kap. 4.5.7 Saksutredningen (offisial-, disposisjons- og forhandlingsprinsippet).

[118] Se NOU 2014: 11 Konkurranseklagenemnda, punkt 8.3.6.

[119] Se laglighetsprövning for svenske förvaltningsdomstolar, hvor det følger av lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar § 17c første ledd andre pkt. at retten settes med meddommere med slik kunnskap: «De särskilda ledamöterna ska ha god kännedom om kommunal verksamhet.»

Det er altså argumenter for at forvaltningstvister bør behandles av et uavhengig organ, hvor de som avgjør tvisten har faglig kompetanse på rettsområdet tvisten gjelder, etter en skriftlig prosess med mulighet for muntlige innslag, og hvor saker om gyldigheten av forvaltningens vedtak utredes av dommere eller av egne utredere.

Dette er prosessen vi finner i mange uavhengige, domstollignende forvaltningsorganer, hos Sivilombudet og altså i flere forvaltningsdomstoler. I norske domstoler finner vi elementer av en slik prosess.

9.4 Forvaltningstvister generelt og forvaltningstvister mellom stat og kommune: Domstoler eller uavhengig, spesialisert nemnd?

9.4.1 Forvaltningssaker for domstolene

For å vurdere hva slags organ som bør behandle tvister om et kommunalt vedtak som en statlig instans har endret, er det hensiktsmessig å se til domstolenes rolle i forvaltningssaker generelt.[120] Norske domstoler behandler relativt få forvaltningstvister sammenlignet med domstolene i andre europeiske land.[121] De tingrettene som ikke er særlig verneting for utvalgte forvaltningssaker, behandler få forvaltningssaker utover de barnevernrettslige.[122] Når enkelte domstoler er verneting for visse sakstyper, oppnås spesialisering på det aktuelle saksområdene, men samtidig snevres saksfeltet til andre domstoler inn. Oslo tingrett avgjør for eksempel saker om utlendingsrett, barnebortføring og patent- og merkevare. I tillegg går tvister om vedtak fra Trygderetten direkte til lagmannsretten, og tvister om Konkurranseklagenemndas vedtak går direkte til Gulating lagmannsrett.[123]

En utvikling hvor en del sivile tvister, herunder forvaltningssaker, avgjøres i andre organer enn domstolene kan være uheldig for domstolene relevans i rettsstaten.[124] En viss bredde i sakstilfanget er dessuten en forutsetning for generalistdommeren.[125] Når det kommer relativt få forvaltningssaker for domstolene, sammenlignet med andre europeiske land, blir det færre muligheter for rettsavklaring på disse saksfeltene. Selv om mange forvaltningssaker avgjøres i nemnder, har praksis derfra som nevnt ikke samme rettskildemessige vekt som dommer. Kommuner og andre som praktiserer forvaltningsrett, trenger rettsavklaring.[126] I et system med alminnelige domstoler har også Domstolskommisjonen uttalt at rettsavklaring primært bør skje i domstolene.[127] Domstolsbehandling innebærer videre en fordel ved at partene får avgjort en tvist med forvaltningen for en (helt) uavhengig instans.

Dagens alminnelige prosess for avgjørelse av forvaltningstvister er imidlertid så kostbar at det etter vår vurdering ikke veier opp for fordelene som er skissert over. For at domstolsbehandling

---

[120] Om dette, se særlig NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt, kap. 7 Domstolene og forvaltningen.

[121] Se Eivind Smith i Eivind Smith (red.), Våre perifere domstoler, Fagbokforlaget 2022, s. 13. Se også NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt kap. 5, 6 og 7.3.3. og Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, Alminnelig og spesialisert tvisteløsning – i og utenfor domstolene. I: Uten sammenligning. Festskrift til Eivind Smith, s. 127-149.

[122] Se Anna Nylund i Eivind Smith (red.), Våre perifere domstoler, Fagbokforlaget 2022, s. 136.

[123] Se trygderettsloven § 26 første ledd og konkurranseloven § 39 femte ledd.

[124] Se NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt kap. 6.1.

[125] Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, Alminnelig og spesialisert tvisteløsning - i og utenfor domstolene i Uten sammenligning. Festskrift til Eivind Smith, s. 127-149 med videre henvisninger.

[126] Prop. 64 L (2016-2017), pkt. 4.4.1.

[127] Se NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt, kap. 7.4.2.

skal være en fordel, bør prosessen tilrettelegges for forvaltningssaker slik det er gjort i flere andre land, og slik at kostnadene ved domstolsbehandling blir betydelig redusert, se punkt 9.2 ovenfor. En tilrettelagt prosess for forvaltningssaker i domstolene vil kunne bidra til at domstolene fyller den uavhengige, kontrollerende og dømmende rollen de er konstitusjonelt tillagt. En slik løsning vil kunne møte behovet for rettsavklaring og overprøving i en helt uavhengig instans. Samtidig kan domstolenes samfunnsmessige betydning styrkes hvis en slik tilrettelagt prosess fører til at flere forvaltningstvister avgjøres i domstolene. I Norge har vi tradisjon for alminnelige domstoler mens det i en rekke andre land er tradisjon for et langt mer spesialisert domstolsystem, med forvaltningsdomstoler og særdomstoler.[128] Det avgjørende for god saksbehandling i domstolene er først og fremst at prosessen er tilpasset forvaltningssaker. I lys av norsk domstolstradisjon mener vi det er naturlig at en slik prosess gjennomføres i de alminnelige domstolene.

Et slikt spor for forvaltningsprosess kan legges til alle tingretter (eventuelt egne avdelinger), til utvalgte tingretter eller direkte for lagmannsrettene.[129] Det siste kan være naturlig hvis klageinstansen er en uavhengig klagenemnd, se punkt 8.3.5 og 8.3.6, og innebærer en betydelig fordel ved at den totale saksbehandlingstiden blir kortere. Forvaltningssaker kan være egnet til en slik raskere ankevei fordi saken vanligvis allerede har vært gjennom en klagerunde og altså er utredet av to instanser i forvaltningen. Dette er dessuten vanligvis instanser som har fagkompetanse på det forvaltningsrettslige området tvisten gjelder, og må antas å kunne bidra til sakens opplysning på en relativt ryddig måte.[130] Dette kan tilsi at forvaltningssaker, ulikt mange privatrettslige tvister hvor tingretten ofte er første tvisteløsende instans, kan være mer spisset og modne for å gå rett til mellominstansen.

I andre land er det tradisjon for et mer tilpasset og fleksibelt syn på saksgangen mellom de tre domstolsnivåene. I Norge har derimot Domstolkommisjonen foreslått å reversere de få sakstypene som går direkte fra en domstollignende klagenemnd og til lagmannsretten.[131] Det kan derfor være vanskelig å få gjennomslag for en slik løsning. Kommisjonen åpner imidlertid for å legge disse sakene til utvalgte tingretter for å ivareta behovet for spesialkompetanse.[132]

Utlendingssaker kan illustrere hvordan tanken om at alle saker skal starte i tingretten, kan føre til svært lang saksbehandlingstid totalt sett og kanskje også en betydelig belastning for privat

---

[128] Forvaltningsdomstolene regnes både i Sverige og Frankrike som «alminnelige». I tillegg finnes særforvaltningsdomstoler og andre særdomstoler.

[129] Se bl.a. Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, Overprøving av vedtak i miljøsaker - i domstol eller klagenemnd?, i Ole Kristian Fauchald og Eivind Smith (red.), Mellom jus og politikk. Grunnloven § 112, Fagbokforlaget 2019, s. 119-134. Å legge forvaltningssakene til utvalgte tingretter eller til lagmannsrettene kan innebære lang reisevei for partene som hører til lengst unna domstolene, men til sammenligning behandles barnevernssaker i tolv barneverns- og helsenemnder, og i disse sakene er det tilnærmet full muntlighet som innebærer at partene og deres advokater må møte fysisk i nemnda. I Sverige og Frankrike er har forvaltningsdomstolene større geografisk rettskrets enn alminnelige domstoler, se Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge, Sverige og Frankrike, Universitetsforlaget 2014, s. 356.

[130] Å ha benyttet forvaltningsklage før saken kan bringes inn for domstolene bør være et krav. Tvister bør generelt løses på laveste nivå og klage til forvaltningen er i tillegg viktig for dialogen mellom borgere og forvaltningen. På den måten kan også forvaltningen kan få rette opp i egne feil.

[131] NOU 2020: 11, kap. 25.7.1.

[132] Se sitat i note 123.

part. Utlendingssaker kan behandles i flere instanser i det norske klage- og domstolssystemet enn i enkelte andre land. Første tvisteløsende organ er en uavhengig nemnd, Utlendingsnemnda. Avgjørelser kan derfra bringes inn for Oslo tingrett og deretter til lagmannsretten og Høyesterett. I tillegg kan slike saker bli vurdert omgjort av UNE en rekke ganger. I Sverige har organet som tilsvarer UNE status som særdomstol, Migrasjonsdomstolen. Avgjørelser herfra kan bringes inn for Migrasjonsöverdomstolen, som er siste instans. I Frankrike kan avgjørelser fra organet som tilsvarer UNE, Cour nationale du droit d'asile, bringes direkte inn for øverste forvaltningsdomstol, Conseil d' État. I både Sverige og Frankrike anses det tilstrekkelig med to overprøvingsinstanser, mot fire i Norge.[133]

9.4.2 Forvaltningssaker i uavhengig nemnd

Alternativet til å la domstolene avgjøre tvistene mellom stat og kommune, er som nevnt over å opprette en uavhengig, tvisteløsende nemnd, som det allerede finnes flere av og som avgjør en rekke saker.[134] Slike uavhengige, enkelt kalt domstollignende, klagenemnder kan relativt enkelt skreddersys med tanke på både medlemmenes kompetanse og reglene for hvordan sakene skal behandles.

I klagenemndene er saksbehandlingen som regel i hovedsak er skriftlig og spesialiserte nemndsmedlemmer har ansvar for at sakene er tilstrekkelig utredet. Det er også slik de aller fleste klagesaker behandles i forvaltningen og hos Sivilombudet, men i en nemnd vil saksbehandlingen i tillegg være kollegial.

En nemnd bestående av tre lagdommere som kan avgjøre saker hvor kommune og stat er uenig om lovtolkning er for eksempel foreslått av Holth og Winge mfl.[135]

9.4.3 Nemd eller domstol?

Vi antar at det kan bli enklere å få politisk gjennomslag for en nemndsløsning enn en egen, tilpasset domstolsprosess. Det finnes allerede flere tvisteløsende nemnder, og i Norge er det ikke tradisjon for å reformere sivilprosessen særlig hyppig.

For kommunene, og andre som berøres av forvaltningsretten, kan imidlertid en ulempe ved en nemndsløsning som nevnt være svakere rettsavklaring ved at nemndspraksis har en annen rettskildevekt enn dommer. Det kan også oppstå ulik praksis i nemnd og for domstolene ettersom det må antas at bare et fåtall av sakene vil bli bragt videre inn for domstolene, hvis man ikke tilrettelegger prosessen for forvaltningssaker. Videre vil en konsekvens av at en slik

---

[133] Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, Alminnelig og spesialisert tvisteløsning - i og utenfor domstolene. I: Uten sammenligning. Festskrift til Eivind Smith, s. 127-149 på s. 147 med videre henvisninger.

[134] Se bl.a. NOU 2020: 101 punkt 7.4.2; Eivind Smith i Eivind Smith (red.), Våre perifere domstoler, Fagbokforlaget 2022, bl.a. kap. 3.

[135] Holth & Winge mfl. *Det rettslige innholdet i det kommunale selvstyret, sett i lys av nyere lovgivning*, s. 194. Se også Eivind Smiths forslag om å utvikle nemndsystemet, jf. Eivind Smith (red), Våre perifere domstoler, Fagbokforlaget 2022, kap. 3. Se videre Iris Nguyen-Duy, Eivind Smith og Harald Baldersheim, Tvisteløsningsordninger mellom stat og kommune, Institutt for offentlig rett, 2009. Der foreslås å fristille og utvikle dagens «klageavdeling» hos fylkesmannen (nå Statsforvalter) til uavhengige domstollignende organer. Det vurderes også å videreutvikle systemet «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», se s. 13.

nemnd kun avgjør tvister mellom kommuner og staten, være at forvaltningsrettslige spørsmål som oppstår i forvaltningssaker mellom andre parter må avgjøres i andre nemnder eller i domstolene. I disse sakene kan det da skje en annen rettsutvikling både innenfor alminnelige forvaltningsrettslige spørsmål og innenfor rettsområder som er sentrale for kommuner. Som vist over, ønsker domstolkommisjonen at rettsavklaring primært skal skje i domstolene.[136]

En samfunnsmessig ulempe ved en nemndsløsning er videre at den ikke løser andre parters behov for å få behandlet forvaltningstvister for domstolene til en lavere kostnad enn i dag. Og selv om nemndsbehandlingen kan være relativt rimelig, risikerer kommunene eller private parter at staten bringer saken inn for domstolene, med de betydelig sakskostnader dette kan innebære. En ordning med tvistenemnd for kommuner og staten løser dessuten ikke domstolenes egen utfordring ved å mangle noe bredde i sakstilfanget – tvert imot kan en nemndsordning fjerne forvaltningstvister fra domstolene. Den samlede samfunnsnytten kan dermed tale for en egen forvaltningsprosess i domstolene. Man finner altså elementer av en slik prosess i indispositive saker og saker om administrative tvangsvedtak i helse- og sosialsektoren, samt prosesspor hvor skriftlige innslag kan være større. Og selv om Domstolkommisjonen har åpnet for å legge bestemte sakstyper til én eller flere utvalgte tingretter og/eller bestemte dommere, slik at de får nødvendig mengdetrening for moderat spesialisering, er det ikke tradisjon for en slik tilrettelagt prosess i Norge.[137] Noe som kan tale for at det likevel er mulig å få politisk gjennomslag for et slikt spor, er de siste års betydelige økning i partenes saksomkostninger for domstolene. Kostnadsnivået utgjør ikke bare et hinder for mange private. Det er grunn til å tro at når også kommunene virker tilbakeholdne med å benytte seg av muligheten til søksmål som tvisteloven § 1-4a åpner for, så har dette delvis sammenheng med den økonomiske risikoen søksmål innebærer. Den betydelige økningen i partenes kostnader ved domstolsbehandling, kan ha gjort tiden moden for en domstolsprosess som er tilrettelagt for forvaltningstvister.

[136] Se sitat i note 124 fra NOU 2020: 11 Den tredje statsmakt, kap. 7.4.2.
[137] Se NOU 2020: 11, kap. 25.7.1.