

		NOTAT KS Advokatene	
Fra:	Frode Lauareid	Dato:	03.04.2020
Til:		Dokument nr:	20/01126-1

OM DELEGERING ETTER SMITTEVERNLOVA

KS er gjort kjent med at fleire fylkesmenn forstår smittevernlova slik at kommunestyret kan delegera sin kompetanse etter § 4-1 til andre folkevalde organ, men ikkje til kommunedirektøren. I referat frå eit møte med kommunane i Troms og Finnmark, har fylkesmannen tatt inn følgjande:

«Kommunestyret eller det organ kommunestyret har delegert myndighet til, for eksempel formannskapet eller et utvalg, kan treffe vedtak i saker av prinsipiell betydning. Fylkesmannen er av den oppfatning at omfattende karantenevedtak som det her er snakk er vedtak av prinsipiell betydning i kommunelovens forstand. Det er ikke mulig å delegere dette til for eksempel ordfører, rådmann eller kommuneoverlege. Om kommuner har spørsmål rundt dette, kan de ta kontakt med fagdirektør Jan-Peder Andreassen hos Fylkesmannen i Troms og Finnmark.

(...)

Vedtak som omhandler forbud mot opphold i campingvogn, spikertelt med mer er, slik Fylkesmannen ser det, også vedtak av prinsipiell karakter. Slike vedtak må derfor behandles av kommunestyret eller et annet politisk organ som kommunestyret har delegert sin myndighet etter smittevernloven til.»

I ein epost av 1. april 2020 utdjuar fagdirektør Jan-Peder Andreassen hjå Fylkesmannen i Troms og Finnmark vurderingane slik:

«Vedtak etter smittevernloven kan omfatte en rekke tiltak. Vedtak som gjelder karantene i opptil syv dager for en ubestemt krets personer, og som er strengere enn regler innført av nasjonale myndigheter for landets innbyggere, er svært inngripende for den det gjelder. Slike vedtak går også mot de anbefalinger som er gitt av nasjonale myndigheter. Vi viser i den forbindelse til Helse- og omsorgsdepartementets uttalelser i veilederen om vedtak etter smittevernloven § 4-1, utgitt 29.3.2020. I veilederen skriver departementet på side 2:

«Helse- og omsorgsdepartementet mener på nåværende tidspunkt at de samlede nasjonale tiltakene er strenge, og vil fortløpende vurdere om det er nødvendig med ytterligere nasjonale tiltak. Det er et mål at samfunnet kan drives mest mulig normalt innenfor det som gir et forsvarlig smittevern. Helse- og omsorgsdepartementet mener det ikke er behov for at kommunene innfører egne karantenerregler i tillegg til de til enhver tid gjeldende nasjonale reglene. Vi anbefaler derfor ikke kommunene å innføre egne generelle regler om karantene eller reiserestriksjoner.»

Det er vår generelle oppfatning at vedtak om å pålegge kommunens innbyggere og tilreisende strengere restriksjoner i bevegelsesfriheten enn de restriksjoner som gjelder på nasjonalt nivå må anses for å være avgjørelser av en slik prinsipiell betydning at den ikke kan delegeres til

enkelpersoner, jf. sitatet over fra Prop. L 46. Dette gjelder særlig etter at departementet har gitt klare anbefalinger gjennom veilederen til smittevernloven § 4-1.»

Eg er samd med fylkesmannen i at kommunestyret ikkje kan delegera til kommunedirektøren å avgjera prinsipielle saker, men eg er usamd med fylkesmannen i at smittevernlova er slik å forstå at vedtak etter § 4-1 alltid vil vera prinsipielle og difor ikkje kan delegerast til kommunedirektøren. Eg er også usamd i den forståinga fylkesmannen har av kommunelova og det som er sagt i førearbeida om vedtak av «*prinsipiell betydning*».

Kommunelova opnar generelt for at kommunestyret kan delegera sin kompetanse vidare. Dette går fram av kommunelova § 5-3:

«Kommunestyret er det øverste organet i kommunen, og fylkestinget er det øverste organet i fylkeskommunen.

Kommunestyret treffer vedtak på vegne av kommunen, og fylkestinget treffer vedtak på vegne av fylkeskommunen, hvis ikke noe annet følger av lov.

Kommunestyret og fylkestinget kan delegera myndighet til å treffe vedtak til andre folkevalgte organer, ordføreren eller kommunedirektøren innenfor rammene av denne loven eller annen lov.»

Kommunelova har rammer for delegering til kommunedirektøren, der kommunedirektøren ikkje kan delegerast kompetanse til å avgjera saker av «*prinsipiell betydning*». Dette er grunna i at prinsipielle avgjerder skal avgjerast av folkevalde. Det same demokratiske omsynet er ikkje like viktig på statleg nivå, men det er ei anna sak. Rammene for delegering til kommunedirektøren følgjer av kommunelova § 13-1 sjetle ledd:

«Et folkevalgt organ kan gi kommunedirektøren myndighet til å treffe vedtak i saker som ikke har prinsipiell betydning, hvis ikke kommunestyret eller fylkestinget selv har bestemt noe annet.»

Eg er samd med Fylkesmannen i Troms og Finnmark om at siste del, altså «*hvis ikke kommunestyret eller fylkestinget selv har bestemt noe annet*», ikkje opnar for at kommunestyret kan delegera kompetanse til kommunedirektøren å avgjera saker av «*prinsipiell betydning*», men at dette skal forståast slik at kommunestyret kan setja rammer for kva andre folkevalde organ kan delegera til kommunedirektøren av saker som ikkje er prinsipielle.

Gjeldande kommunelov vidarefører reglane om delegering slik desse var i kommunelova frå 1992. Dette går fram av førearbeida, jmf. prop. 46 L (2017-2018) merknader til § 13:

«Femte ledd og sjetle ledd vidarefører, med enkelte språklige justeringer, bestemmelsene om kommunedirektørens møte- og talerett i folkevalgte organer og om folkevalgte organers adgang til å gi kommunedirektøren myndighet til å treffe vedtak i saker som ikke har prinsipiell betydning. Både kommunestyret og andre folkevalgte organer kan delegera slik myndighet til kommunedirektøren. Kommunedirektøren kan delegera sin myndighet vidare til andre personer i

administrasjonen. Dette er ikke sagt uttrykkelig i loven, men følger av den alminnelige delegeringslæren.»

I same proposisjon er det i kapittel 9.5 uttalt følgende:

«Kommunestyret har et vidt spillerom til å vurdere hvilke saker som er av prinsipiell betydning. I Ot.prp.nr.42 (1991–1992) side 277 er det nærmere angitt hvilke momenter som er relevante i denne vurderingen.»

I Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) side 277, som det er vist til, står dette:

«I formuleringen «saker som ikke er av prinsipiell betydning» ligger det en skranke både med hensyn til hva delegasjonen kan gå ut på og med hensyn til hvordan fullmakten kan benyttes. Det vil ikke være anledning til å delegere generell avgjørelsesmyndighet til administrasjonen i saker som etter sin art må anses for å være av prinsipiell betydning, og delegasjonsvedtaket må leses med den begrensning at den som har fått delegert myndighet har plikt til å gå tilbake til det folkevalgte organet hvis en enkeltsak innenfor en generell fullmakt må anses å ha prinsipiell betydning. Hva som er av prinsipiell betydning må fastsettes ikke bare ut fra vedtakets karakter og konsekvenser, og ut fra kommunens eller fylkeskommunens størrelse, men også ut fra en vurdering av i hvilken utstrekning de viktige skjønnsmessige sider av den aktuelle avgjørelsen må anses klarlagt gjennom politiske vedtak, instruksjer eller tidligere praksis. Bestemmelsen gir dermed kommunestyret og fylkestinget et vidt spillerom for å vurdere hva som i det enkelte tilfelle er forsvarlig og hensiktsmessig. Det forhold at et mindretall blant de folkevalgte er uenig i avgjørelsen, og ønsker en kursomlegging, medfører ikke i seg selv at saken må anses å være av «prinsipiell betydning» så lenge det ikke er inntrådt nye omstendigheter som innebærer at det er en nærliggende mulighet for at det vil være mulig å oppnå flertall for en omlegging.»

Fylkesmannen i Troms og Finnmark skriv i sin epost følgende:

«Det er vår generelle oppfatning at vedtak om å pålegge kommunens innbyggere og tilreisende strengere restriksjoner i bevegelsesfriheten enn de restriksjoner som gjelder på nasjonalt nivå må anses for å være avgjørelser av en slik prinsipiell betydning at den ikke kan delegeres til enkeltpersoner, jf. sitatet over fra Prop. L 46.

Denne rettsforståinga deler eg ikkje. Mi rettsforståing er at dersom kommunestyret har avklart det prinsipielle, er saka ikkje lenger prinsipiell. Då kan kompetansen delegerast til kommunedirektøren. Dette er ei vurdering som har solid støtte i andre rettskjelder.

For det første har dette støtte i nemnde Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) side 277. Her kan ein med fordel merka seg to forhold. Det første er kommunestyret «*har et vidt spillerom til å vurdere hvilke saker som er av prinsipiell betydning*» og «*hva som i det enkelte tilfelle er forsvarlig og hensiktsmessig*».

Dersom kommunestyret ikkje har delegert sin kompetanse etter smittevernlova § 4-1, er det berre kommunestyret som kan avgjera om kompetansen skal brukast eller ikkje. Då med unntak for heimelen kommuneoverlegen har til å fatta hastevedtak. Kommunestyret har altså ikkje tatt stilling til om kommunen på prinsipielt grunnlag skal nytta denne type tiltak.

Dersom kommunestyret delegerer kompetansen sin til formannskapet, har kommunestyret tatt stilling til at på prinsipielt grunnlag kan kommunen nytta denne type tiltak, men at det er opp til formannskapet å avgjera om tiltaket skal nyttast eller ikkje. Spørsmålet om tiltak kan nyttast, er ikkje lenger prinsipielt. Dei skjønsmessige sidene ved utøvinga av kompetansen er klarlagt i ordlyden i lova. Lova stiller krav om at tiltak kan iverksetjast når det er «*nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført*». Dette er først og fremst ei fagleg vurdering og ikkje ei prinsipiell vurdering. Ofte vil det liggja tilleggsføringar i dokument som kommunestyret har vedteke tidlegare, slik som ROS-analysar, smittevernplanar og generelle kriseplanar.

For det andre må det kunna hevdast at barnevernlova ikkje byr på færre inngripande tiltak enn det smittevernlova gjev. Medan smittevernlova opnar for at kommunen kan vedta inngrep som varer i sju dagar, kan barnevernlova gjennom vedtak om tvangsadopsjon heimla inngripande vedtak som gjeld livet ut. Høgsterett fastslo i HR-2008-1033-A at kompetansen til å reisa sak etter barnevernlova ligg til kommunestyret, men at denne kompetansen kan delegerast. Sjå avsnitt 29:

«Dersom det ikke finnes særlig hjemmel for annet, må spørsmålet om hvem som har kompetanse til å beslutte å reise søksmål og å anvende rettsmidler på vegne av kommunen, avgjøres på grunnlag av kommunelovens kompetanseregler. Etter kommuneloven § 6 er kommunestyret kommunens øverste organ og treffer vedtak på vegne av kommunen så langt ikke annet følger av lov eller delegasjonsvedtak. Bestemmelsen omfatter blant annet kompetansen til å beslutte å reise søksmål eller å anvende rettsmidler på kommunens vegne, jf. Bernt og Overå, Kommuneloven med kommentarer, 3. utgave 2001, side 71 og Skoghøy, Tvistemål, 2. utgave 2001, side 184.»

I avsnitt 36 seier Høgsterett at det går fram av delegeringsreglementet i kva utstrekning kommunestyret har delegert sin kompetanse etter barnevernlova. I avsnitt 37 står det at i dette tilfellet hadde kommunestyret formulert seg slik i delegeringsreglementet:

«Administrasjonen gis myndighet til å treffe vedtak i medhold av barnevernloven.»

Dette er ei svært generell formulering. Korleis denne er å forstå uttalar Høgsterett seg om i avsnitt 37:

«Selv om formålet med denne bestemmelsen først og fremst må antas å være å avklare hvorvidt det overordnede ansvar for barnevernet skal tilligge barnevernadministrasjonen eller et folkevalgt organ, kan bestemmelsen etter flertallets oppfatning ikke være begrenset til dette. Kommunens adgang til å bringe vedtak av fylkesnemnda for sosiale saker inn for retten, reguleres av barnevernloven § 7-24. En beslutning på vegne av kommunen om å bringe et fylkesnemndsvedtak inn for retten vil således være et «vedtak i medhold av barnevernloven». Det samme gjelder en beslutning om å påanke en rettsavgjørelse i en barnevernsak. Da delegasjonsreglementet ikke inneholder noen eksplisitt bestemmelse om kompetansen til å anlegge søksmål og å anvende rettsmidler på kommunens vegne, finner Høyesteretts flertall at reglementet § 30 bør tas på ordet, slik at den også omfatter søksmåls- og ankekompetansen i saker etter barnevernloven. Slike saker er i liten grad egnet til å bli behandlet av kommunestyret, og når delegasjonsvedtaket inneholder en delegasjonsbestemmelse som etter sin ordlyd også omfatter søksmåls- og ankekompetanse i barnevernsaker, er det naturlig å forstå bestemmelsen i samsvar med ordlyden. Hvis kommunestyret ikke har ment å delegere søksmåls- og ankekompetansen til lederen av barnevernadministrasjonen, kan dette lett presiseres ved en endring av delegasjonsreglementet. På tilsvarende måte kan kommuner som måtte ha basert seg på at søksmåls- og ankekompetansen i barnevernsaker tilligger barneverntjenesten i medhold av barnevernloven § 2-1, etter denne dommen gjøre de nødvendige presiseringer i delegasjonsreglementet.»

Etter mi vurdering er det ikkje grunnlag for å tolka smittevernlova slik at den inneheld andre skrankar for delegering enn det som følgjer av barnevernlova.

For det tredje er det ikkje grunnlag i smittevernlova å tolka inn noko forbod mot delegering til kommunedirektøren.

Opphavelig stod det ingenting i smittevernlova om delegasjon, men spørsmålet var omhandla i førearbieda, sjå Ot.prp.nr.91 (1992–1993 kapittel 4.1:

«Et forhold som må medføre endringer i lovteksten er de forestående endringene i reglene om kommunenes organisering i forslaget til ny kommunelov (Ot.prp.nr.42 (1991–1992)). Etter dette skal den enkelte kommune selv bestemme om og for hvilke formål det skal opprettes faste utvalg og fastsette området for deres virksomhet. Faste utvalg og komitéer vil i den grad de opprettes, være hjelpeorganer for kommunestyre og fylkesting og helt underlagt disse.

Disse forhold gjør at de tidligere obligatoriske helse- og sosialstyrene ikke lenger kan tillegges direkte avgjørelsesmyndighet ved lov. Departementet foreslår derfor å erstatte «helse- og sosialstyret» i Helsedirektoratets forslag med «kommunestyret». Selv om avgjørelsesmyndigheten derved legges direkte til kommunestyret, anser departementet at det vil være naturlig å delegere kommunestyrets vedtaksmyndighet etter denne og andre paragrafer i smittevernloven til et av de faste utvalgene. Denne typen avgjørelser som i særlig grad kaller på rask saksgang og faglige kunnskaper, skulle som etter dagens ordning ligge vel til rette for utvalgsbehandling.»

I og med at departementet her omtalar delegering frå kommunestyret til andre folkevalde organ, kunne ein ta dette til inntekt for at det er forbod mot å delegera til kommunedirektøren. Grunnen til at ein ikkje kan tolka dette på denne måten, er at ordninga under kommunelova frå 1954 var ei heilt anna enn det som vart etablert ved kommunelova frå 1992. Under kommunelova frå 1954 hadde ein også særlover for kommunale folkevalde organ. Ein hadde ei særlov for helse- og sosialsaker, lov om kommunalt helse- og sosialstyre av 12. juni 1987 nr 70. Ordninga under dette regimet var at særlover la kompetanse direkte inn i kommunale utval i staden for å leggja kompetansen til kommunestyret. For desse særlovutvala var det ingen særlege hindringar for delegering av kompetanse. Vanlege reglar for delegering var gjeldande.

Det er difor ikkje grunnlag for å leggja meir inn i desse førearbeida enn at departementet vil få fram at kommunestyret framleis kan delegera kompetanse til folkevalde organ. Merknadene kan ikkje lesast slik at det her vert etablert eit forbod mot at utvalet kan delegera sin kompetanse vidare til kommunedirektøren.

I dag har smittevernlova § 7-1 eit siste ledd som lyder slik:

«Kommunens myndighet etter denne lov kan delegeres etter reglene i kommuneloven eller til et interkommunalt organ.»

Positiv regulering av delegering i smittevernlova kom inn i 2004. Då fekk smittevernlova § 7-1 eit nytt siste ledd:

«Kommunens myndighet etter denne lov kan delegeres etter reglene i kommuneloven, til et interkommunalt organ eller til en annen kommune. Når kommunen har delegert myndighet til en annen kommune, skal vedtak fattet av denne stadfestes av kommunen der saken har sin opprinnelse.»

Førearbeida, Ot.prp.nr.72 (2003–2004) kapittel 1, forklarar behovet for lovendring slik:

«Endringsforslagene vil gi kommunene hjemmel til å delegerer myndighet til interkommunale organer på områdene miljørettet helsevern og smittevern.»

I merknader til § 7-1 er sagt følgjande:

«Kommunens myndighet kan i dag delegeres til et kommunalt organ (folkevalgt eller administrativt) etter reglene i kommuneloven. Endringene gir kommunen i tillegg hjemmel til å delegerer kommunens myndighet til et interkommunalt organ og kommunelegens myndighet til en lege i tilsvarende stilling i et interkommunalt organ.»

I kapittel 5.5.1 i same proposisjon er det drøfta endring i tidlegare kommunehelsetenestelov kapittel 4a om miljøretta helsevern. Kommunestyret kunne stilla vilkår til ivaretaking av helse overfor verksemder *«som planlegger eller iverksetter virksomhet som etter sin art kan ha innvirkning på helsen, eller endring i*

slik virksomhet». Kommunestyret kunne også gjera vedtak om å stansa desse verksemdene dersom det mangla godkjenning eller vilkåra ikkje var oppfylt. Kompetansen til å stansa slike verksemdar kunne kommunestyret ikkje delegera vidare. Departementet argumenterte slik for endring av denne skranken:

«Det foreslås at myndigheten til å gi pålegg om stansing etter §§ 4a-4 fjerde ledd og 4a-10 skal kunne delegeres både etter kommunelovens regler og til et interkommunalt organ. Reglene for delegering i kommunehelsetjenesteloven § 4a-3 er i dag til hinder for at kommunestyret kan delegerer myndighet til å gi pålegg om stansing i medhold av kommunehelsetjenesteloven §§ 4a-4 fjerde ledd og 4a-10.

Helsedepartementet viser til at kommunestyret skal stanse hele eller deler av virksomheten i medhold av § 4a-10, dersom det oppstår forhold som medfører «en overhengende fare for helseskade». Hva som ligger i dette vilkåret vil i hovedsak være en faglig vurdering. Dersom det foreligger et forhold som utgjør en «overhengende fare for helseskade», vil kommunestyret ha en plikt å stanse forholdet. Stansing er også et aktuelt virkemiddel overfor virksomheter som er godkjenningsspliktige, og som driver uten nødvendig godkjenning, jf § 4a-4 fjerde ledd. Det er her et vilkår at de «ulempene stansingen vil medføre, står i rimelig forhold til den helsefare som unngås».

Her kan ein merkja seg at departementet meiner ei vurdering av kva som skal reknast som «overhengende fare for helseskade», i hovudsak vil vera «en faglig vurdering». Dei prinsipielle avklaringane er gjort av lovgjevar gjennom lovteksten. Det same må gjelda for vilkåra i smittevernlova § 4-1 om når tiltak er «nødvendig for å forebygge en allmennfarlig smittsom sykdom eller for å motvirke at den blir overført».

Det kan stillast spørsmål om kommunestyret berre kan delegera kompetanse til å avgjera enkeltsaker eller om kommunestyret også kan delegera kompetanse til å vedta forskrift. Skiljet mellom enkeltsaker og forskrift kan ikkje vera avgjerande. Avgjerande må vera om kommunestyret har gjeve tilstrekkelege føringar til at det tema som skal avgjerast eller regulerast ikkje er prinsipielt. Er saka ikkje tilstrekkeleg prinsipielt avklara, må administrasjonen gå tilbake til folkevald nivå og be om prinsipiell avklaring. Får administrasjonen avklaring, kan administrasjonen også utforma forskrift eller reglement for korleis enkeltsaker skal avgjerast. Det fins mange døme på forskrifter og reglement som er fastsette administrativt.

For det fjerde har Høgsterett nyleg gjort ei vurdering av kva som skal reknast som prinsipielt og ikkje, i storkammersaka HR-2020-661-S. Etter tvistelova § 36-10 tredje ledd bokstav a kan lagmannsretten samtykka til at administrative tvangsvedtak innanfor helse- og sosialsektoren vert fremja til ankebehandling dersom «*anken gjelder spørsmål som har betydning utenfor den foreliggende sak*». Dette vil også gjelda for saker etter smittevernlova, jmf tvistelova § 36-1 første ledd. I denne saka vart det gjort gjeldande frå privat part at nye dommar frå EMD medførte at vilkåret i tvistelova § 36-10 tredje ledd bokstav a for å kunna samtykka til ankebehandling var oppfylt. Om dette uttalte Høgsterett følgjande i avsnitta 202 og 203 i sak HR-2020-661-S:

«(202) I ankene til Høyesterett ble det anført at de nye dommene fra EMD reiste spørsmål av betydning utenfor den foreliggende sak, slik at lagmannsretten skulle ha gitt samtykke til ankebehandling etter § 36-10 tredje ledd bokstav a.

(203) Etter min oppfatning vil ny praksis fra EMD etter omstendighetene kunne tilsi at dette vilkåret er oppfylt. De prinsipielle spørsmål av betydning for vår sak er imidlertid nå avklart ved storkammerets behandling, slik at det ikke er naturlig å anvende § 36-10 tredje ledd bokstav a.»

Oppsummering: Ei sak kan etter omstenda vera prinsipiell, men når dei prinsipielle sidene ved saka er avklara er saka ikkje lenger prinsipiell. Er det ein skranke for delegering at ei sak er prinsipiell, er skranken borte når det prinsipielle er avklart.

Dersom kommunestyret gjev tilstrekkelege føringar i delegeringa, inneheld smittevernlova ikkje noko forbod mot delegering til kommunedirektøren. Her har kommunestyret sjølv eit vidt handlingsrom til å vurdera kva som er forsvarleg og hensiktsmessig. Dette er ein del av det kommunale sjølvstyret som er nedfelt i kommunelova og verna i Grunnlova § 49 andre ledd.

Kommunelova legg til dei kommunale folkevalde organa å vurdera om dei prinsipielle sidene ved eit saksforhold er tilstrekkeleg avklara til at saksforholdet kan delegerast til kommunedirektøren. På denne måten er den folkevalde styringa sikra og vurderingane som ligg bak har demokratisk legitimitet.



Frode Lauareid
advokat

Telefon: 97 66 90 18

E-post: Frode.Lauareid@ks.no