

Tolke lovteksten for å finne de rettslige kravene

Vi må tolke lovteksten for å finne frem til de konkrete kravene vi kan stille til kommunen. Vi bruker juridisk metode når vi tolker loven.

Aktuelle rettskilder er først og fremst lovteksten, forarbeider, forskrifter, retts- eller forvaltningspraksis og rundskriv.

REGELVERK | SIST ENDRET: 16.10.2023

For å gjennomføre en effektiv kontroll, må vi ha klart for oss hvilke rettslige krav som loven stiller til kommunen. Det rettslige kravet er ikke det samme som lovteksten. For å finne frem til det rettslige kravet (rettsregelen), må vi klargjøre hva loven faktisk krever av kommunen. For enkelhets skyld bruker vi her ordet lov som en samlebetegnelse på lov og forskrift. Hvor utfordrende det er å klargjøre de rettslige kravene, avhenger av hvordan lovteksten er utformet. Vi skal løse oppgaven etter juridiske prinsipper (juridisk metode), og vi skal alltid ta utgangspunkt i selve lovteksten.

Nyttige nettsteder for å finne rettskilder er

- lovdata.no
- udir.no

Vi skal i utgangspunktet lese lovteksten bokstavelig, og vi skal legge den naturlige språklige forståelsen av ordene til grunn. Juridiske uttrykk eller særskilte faguttrykk skal vi forstå i lys av hvordan uttrykket brukes innenfor sitt fag. Typiske juridiske uttrykk er enkeltvedtak, dispensasjon og taushetsplikt. Eksempler på faguttrykk er individuelt tilrettelagt opplæring, individuell opplæringsplan og familiebarnehage.

Når lovteksten ikke er entydig, eller av andre årsaker ikke gir et fullstendig bilde av hva loven krever av kommunen, må vi trekke inn flere rettskilder for å klargjøre innholdet. Relevante rettskilder er blant annet barnekonvensjonen, andre bestemmelser i loven, formålet med bestemmelsen, andre lover, forarbeider,

forskrifter, retts- eller forvaltningspraksis og rundskriv. Ved motstrid mellom loven og barnekonvensjonen, går barnekonvensjonen foran.

Til hjelp i lovtolkingen kan vi bruke enkelte støttespørsmål. Nedenfor er det en liste over slike spørsmål. Listen er ikke fullstendig. Ikke alle støttespørsmålene er relevante for tolkning av alle bestemmelser. Ved å bruke spørsmålene som innfallsvinkel, får vi hjelp til å systematisk tolke rettsgrunnlaget og klargjøre de rettslige kravene.

Støttespørsmål for å finne de rettslige kravene

Hva krever loven av barnehagen, skolen eller kommunen?

- Er det krav til levering av en bestemt tjeneste eller utførelse av en aktivitet?
- Er det et tilstandskrav?
- Er det et forbud mot noe?

Hvem er det som faktisk skal levere tjenesten eller utføre aktiviteten?

- Kan oppgaven delegeres?

Hvordan skal kommunen oppfylle kravet?

- Stiller loven krav til hvordan tjenesten skal leveres eller aktiviteten utføres?
- Stiller loven kvantitative eller kvalitative krav til tjenesten, aktiviteten eller tilstanden?
- Er det krav til form?
- Er det krav til rekkefølge?
- Er det spesielle forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler som skal følges?

Når skal kommunen oppfylle kravet?

- Har loven et innslagspunkt for når plikten inntreffer?
- Har loven et tidspunkt for når plikten opphører?

Når lovteksten er enkel å tolke

I enkle lovtekster kan vi lese de rettslige kravene rett ut av teksten, eventuelt at vi må supplere ordlyden i loven med uttalelser i forarbeidene. Dette er typisk for lovbestemmelser som er enkle å tolke.

Når lovteksten krever omfattende tolkning

Ofte må vi bruke andre rettskilder aktivt for å finne frem til de rettslige kravene som gjelder for kommunen. Dette er typisk for lovtekster som er komplekse eller lite konkrete.

Barnehageloven og opplæringsloven inneholder flere komplekse eller lite konkrete bestemmelser. Det kan være vanskelig å svare på tilsynelatende enkle støttespørsmål som: Hva krever loven? Hvem skal gjøre hva? Hvordan skal kommunen gjøre det? Når skal kommunen gjøre det?

Når vi skal tolke slike bestemmelser, må vi som regel supplere lovteksten med andre rettskilder for å finne frem til de konkrete rettslige kravene vi kan stille til kommunen.

Komplekse lovtekster gir mye informasjon, og de er ofte koblet sammen med andre bestemmelser. Vi må gjøre et omfattende tolkningsarbeid for ikke å overse viktige momenter, slik at alle sidene av bestemmelsen blir ivaretatt i kontrollspørsmålene vi stiller.

Lovtekster kan være lite konkrete ved at de bruker ord og uttrykk som har et vidt eller vagt språklig innhold. Vi må fylle uttrykkene eller begrepene med et konkret innhold for å kunne stille konkrete krav som vi kan måle praksisen i kommunene opp mot.

Når vi skal fylle lite konkrete tekster med et mer konkret innhold, må vi være forsiktige. Det er viktig at vi ikke fyller inn med noe mer, eller noe annet, enn det lovgiver hadde ment at teksten skulle omfatte. Det er dessuten viktig at andre skal kunne utlede det samme innholdet i teksten som vi gjør. Kommunen skal jo ha mulighet til å forutse hvilke krav regelverket stiller til dem. Forsiktigheten ivaretar vi ved å holde oss til rettskildene. En viktig rettskilde i slike tilfeller, er formålet med bestemmelsen, altså hvordan vi må forstå bestemmelsen for å oppfylle intensjonen bak. I mange tilfeller sier forarbeidene til loven uttrykkelig hva som er lovgivers intensjon med det aktuelle kravet. I andre tilfeller må vi derimot finne frem til formålet ved å se bestemmelsen i sammenheng med andre krav og lovens formål for øvrig. Andre rettskilder som kan vise lovgivers intensjoner, er rundskriv, tolkningsuttalelser og lignende.

Når lovgiver har gitt valgfrihet til kommunen

I jussen snakker vi gjerne om ulike typer skjønn, ofte kalt rettsanvendelsesskjønn og fritt skjønn. Rettsanvendelsesskjønn, av og til kalt lovbundet skjønn, er det skjønn vi utøver når vi tolker loven og fastsetter innholdet i en regel.

Noen bestemmelser gir kommunen valgfrihet med hensyn til å oppfylle et lovkrav. Det er denne valgfriheten vi ofte kaller for kommunens frie skjønn.

Våre tilsyn etter barnehageloven og opplæringsloven er lovlighestilsyn, jf. [kommuneloven § 30-2](#). Når vi gjennom tolkning av loven fastslår at mer enn én løsning kan være lovlig, er det kommunen selv som skal velge løsning. Valget mellom to eller flere alternativer som hver for seg er lovlige, er en del av kommunens frie skjønn. I tilfeller hvor loven legger opp til fritt skjønn, kan ikke vi overprøve kommunens praksis eller avgjørelser i tilsyn.

Vi må tolke lovteksten for å identifisere når kommunen har en slik valgfrihet. Der lovteksten bruker ordet «kan» om en handling som ligger til kommunen, er dette ofte et uttrykk for at oppfyllelsen av lovkravet er lagt til kommunens frie skjønn. Et eksempel er barnehageloven § 14 hvor det er fastsatt at «kommunen kan ved godkjenningen sette vilkår for driften». Det er opp til kommunen å velge om den skal sette slike vilkår.

Når lovteksten inneholder vage eller skjønnsmessige uttrykk, kan det noen ganger være tvil om det er et krav til kommunen ut fra et rettsanvendelsesskjønn, eller om kommunen har valgfrihet, altså fritt skjønn. I de fleste tilfellene er skjønnsmessige formuleringer ment å være rettsanvendelsesskjønn. Et eksempel på rettsanvendelsesskjønn, er Barnehageloven § 26, som sier at bemanningen «må være tilstrekkelig til at personalet kan drive en tilfredsstillende pedagogisk virksomhet».

Overfor «kommunens frie skjønn» har vi begrenset myndighet

Vi kan alltid kontrollere om kommunen har holdt seg innenfor rammen av det frie skjønnet, og om skjønnsutøvelsen er forsvarlig.

Vi får av og til høre at vi i tilsyn ikke kan overprøve kommunens frie skjønn. Dette er riktig, men det er viktig å være klar over hvor langt eller kort kommunens frie skjønn strekker seg. Det er en misforståelse at kommunens frie skjønn er helt «fritt».

Selv ved fritt skjønn kan vi kontrollere at

- kommunen har holdt seg innenfor rammene av det frie skjønnet
- skjønnsutøvelsen har vært forsvarlig, det vil si at momentene som kommunen har vektlagt, er relevante og saklige (forbudet mot å ta utenforliggende hensyn)
- det ikke har skjedd usaklig forskjellsbehandling (forbudet mot usaklig forskjellsbehandling)
- kommunens utøvelse av skjønnet ikke har gitt grovt eller åpenbart urimelig resultat (forbudet mot sterkt urimelige vedtak)

I praksis kommer grensene for kommunens frie skjønn sjelden på spissen i våre tilsyn.

Når lovteksten inneholder skjønnsmessige formuleringer

Skjønnsmessige formuleringer viser ofte til en målestokk eller standard, for eksempel at noe skal være forsvarlig eller nødvendig. Vår oppgave er å fastlegge en nedre terskel eller minstestandard som vi kan måle kommunens praksis opp mot.

En lovtekst med skjønnsmessige formuleringer, er utfordrende å bruke som grunnlag for tilsyn. Teksten inneholder ord eller uttrykk som ikke har konkret og entydig betydning eller innhold, men som i stedet

viser til et mer vagt nivå eller målestokk. Eksempler på skjønnsmessige uttrykk er *nødvendig, forsvarlig, rimelig* og *til vanlig*.

I de fleste tilfellene peker skjønnsmessige formuleringer på et rettsanvendelsesskjønn. Dette betyr at formuleringene gir uttrykk for et lovkrav, selv om kravene er skjønnsmessig formulert. I tilsyn er det vår oppgave å finne frem til innholdet i lovkravet. Utfordringen ligger i at lovteksten ikke viser grensen mellom lovlig og ulovlig. Vi må fastsette grensen konkret i den enkelte saken opp mot hva loven fastsetter som tema for skjønnnet.

Dette betyr ikke at det er fritt frem for hverken oss eller kommunen å gi begrepene innhold og fastsette grensen ut fra eget hode. Det er alltid rammer og hensyn som vi skal ivareta når vi skal utføre rettsanvendelsesskjønnet.

Når vi gjennomfører tilsyn med krav med skjønnsmessige standarder som for eksempel *nødvendig, forsvarlig* eller *tilstrekkelig*, skal vi undersøke at praksisen i kommunen ikke beveger seg under et visst minstenivå. Ved slike uttrykk har Høyesterett lagt til grunn at loven viser til en viss minstestandard som en kommune ikke kan gå under. Se blant annet Rt. 1990 s. 874 (Fusadommen) og Rt. 1990 s. 360 (Malvik-dommen). Vår myndighet er begrenset til å kontrollere om kommunens praksis tilfredsstillende minstestandarden.

Når vi skal klargjøre de rettslige kravene og finne frem til minstestandarder i denne typen tekster, må vi bruke rettskildene for å finne holdepunkter for

- hvilke hensyn vi skal avveie
- hvilke kriterier vi skal vektlegge
- hvor stor vekt disse kriteriene skal ha

For å kunne gjennomføre tilsyn med bestemmelsen, må vi finne frem til en mest mulig fullstendig oversikt over hva som skal styre den skjønnsmessige vurderingen. Kriteriene og hensynene som vi formulerer, må være konkrete nok til at vi kan bruke dem på de faktiske forholdene vi oppdager under tilsynet.

Både barnehageloven og opplæringsloven inneholder flere bestemmelser som legger opp til bruk av rettsanvendelsesskjønn.

Støtte

Denne teksten er publisert som støtte til [Metodehåndbok for tilsyn](#).

Lowverket

Barnehageloven

Opplæringsloven

Kommuneloven