

# 1 Delegering i forvaltningsretten – et spørsmål om styring?

## 1.1 Innledning

Denne artikkelen skal ta for seg vilkårene for å delegerer til et annet organ i norsk forvaltningsrett.<sup>1</sup> Disse reglene er kjent som de ulovfestede delegeringsreglene. Spørsmålet er ikke diskutert i juridisk teori på lang tid, og det vil derfor være nødvendig å utdype enkelte problemstillinger på et mer selvstendig grunnlag. Artikkelen er skrevet for å gi studenter en innføring i delegeringsregler, eller mer presist: en innføring i noen av problemene delegeringsregler reiser.<sup>2</sup>

## 1.2 Hva er «å delegerer»?

I lovdatakategorien DEL finner man et hav av vedtak som innebærer delegeringer fra regjeringen eller departementene til andre organer. For eksempel kan man finne vedtak med titler som «Delegering av Kongens myndighet etter patentloven § 68 og § 69, designloven § 52, varemerkeloven § 82 og patentstyrelova § 2 tredje ledd og § 4 tredje ledd til Nærings- og fiskeridepartementet».<sup>3</sup> Som tittelen selv angir er dette en delegering, og den inkluderer blant annet Kongens myndighet til å «fastsette[...] de avgifter og gebyrer som er omhandlet i denne lov [patentloven].» Opprinnelig måtte disse gebyrene fastsettes av regjeringen selv i statsråd, men med hjemmel i dette delegeringsvedtaket, har Nærings- og fiskeridepartementet nå også muligheten til å fastsette disse gebyrene.<sup>4</sup> Dermed blir NFD *personelt kompetente*.

Betegnelsen på et slikt vedtak, der noen tildeles en myndighet, er *delegering*. Vedtaket innebærer at et organ som har en primærkompetanse tildeler et annet organ den samme kompetansen. Dette forutsetter at den *primærkompetanse* (til å fastsette gebyrer) som organet har, er ledsaget av en *delegeringskompetanse* (til å gi andre mulighet til å også fastsette gebyrer).<sup>5</sup> Vi må dermed vanligvis tolke grunnlaget for primærkompetansen for å vite om man også er gitt delegeringskompetanse.

Enkelte vil avgrense bruken av begrepet delegering til der et overordnet organ tildeler et underordnet organ myndighet. Slik jeg ser det, er en slik snever bruk av ordet ikke i samsvar med måten det vanligvis brukes. Luftfartsloven § 15-3 gir for eksempel departementet mulighet til å delegerer myndighet «til luftfartsforeninger, selskaper som er direkte eller

---

<sup>1</sup> Jeg benytter ordet «delegering» heller enn «delegasjon» av flere grunner, men først og fremst fordi ordet «delegasjon» også benyttes om utsendinger (en delegat), som gjør det unødvendig vanskelig å søke etter materiale knyttet utelukkende til delegering.

<sup>2</sup> Teksten skrives på et tidlig stadium i mitt eget doktorgradsløp. Takk til Bjørn Henning Østenstad for god veiledning med avhandlingen og artikkelen, Ingvild Blindheim Hole for gjennomlesning og kommentarer, forvaltningsrettsgruppen ved UiB for innspill, og den anonyme fagfellen for gode tilbakemeldinger samt en skjerping av teksten.

<sup>3</sup> Fastsatt ved kgl.res. 21. juni, 2019 (FOR-2019-06-21-799).

<sup>4</sup> Se Arvid Frihagen: *Forvaltningsrett, bind 1*, Oslo, Forlaget A. Frihagen, 1991 (Frihagen (1991)) s. 207.

<sup>5</sup> Å omtale «primærkompetanse» som «materieell kompetanse» kan synes naturlig, men da delegeringskompetanse i realiteten må forstås som en «materieell kompetanse til å forandre personell kompetanse», ville i så fall «materieell kompetanse» vært en kategori som delegeringskompetanse hører under. Men poenget er nettopp at den primære kompetansen og kompetansen til å delegerer denne, er distinkte.

indirekte heleid av staten, samt private sakkyndige.»<sup>6</sup> Selv om private sakkyndige ikke er underordnet departementet før delegeringen, bør det omtales som en delegering, om hjemmelen skulle benyttes.

Det er viktig å merke seg at delegering ikke er en *overføring*, men en *tildeling* av myndighet. Det delegerende organet beholder kompetansen, og *opprettet* en tilsvarende kompetanse hos det tildelegerte organ. Bruken av en konkret delegeringskompetanse, ligger til organets forvaltningskjønn.

Et første spørsmål blir hva de ulovfestede delegeringsreglene regulerer. Svaret er at de regulerer hvorvidt et organ kan delegerer sin kompetanse. Dette gjelder imidlertid bare så lenge loven ikke regulerer spørsmålet. For eksempel er delegering i kommunalretten lovregulert i kommuneloven §§ 5-3 og 5-4, og disse reglene gir kommunene en vid delegeringsadgang. Som jeg kommer tilbake til som et generelt poeng vil loven sjelden gi et helt klart svar, og de ulovfestede reglene vil derfor supplere som tolkningsmomenter.

Ifølge litteraturen er imidlertid ikke alle offentligrettslige beslutninger omfattet av de ulovfestede delegeringsreglene. Det er vanlig å knytte de ulovfestede reglene til vedtaksbegrepet eller lignende størrelser som 'normering'. I så fall anvendes de bare der det delegeres offentlig myndighet til å generelt eller individuelt bestemme rettigheter eller plikter for borgerne.<sup>7</sup> For eksempel nevnes det ofte at såkalte saksforberedende beslutninger ikke er underlagt de ulovfestede delegeringsreglene.<sup>8</sup> Det er uklart hvor langt dette synspunktet rekker, og det virker tvilsomt at beslutninger som ikke angår borgerne direkte kan delegeres fritt.<sup>9</sup> Det største problemet er beslutninger *som alene* gjelder adgangen til å delegerer (og ikke samtidig omfatter det underliggende spørsmålet om primærkompetanse). Denne får jo ingen virkning overfor borgerne, så kan myndigheten til å beslutte en delegering, delegeres fritt? I tillegg eksisterer enkelte særtilfeller, som at beslutninger om tilskudd ikke er underlagt de vanlige delegeringsreglene, til tross for at dette er vedtak overfor borgerne.<sup>10</sup>

Jeg vil fremheve at det er tvilsomt om man kan begrense virkeområdet til de ulovfestede delegeringsreglene på denne måten. Både en nærmere studie av rettskildene slik de er i dag, og den historiske utviklingen til reglene, støtter en slik tvil.<sup>11</sup> Oppfatningen er også kritisert i

---

<sup>6</sup> Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart.

<sup>7</sup> Sml. lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker § 2 a. Se for eksempel Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*, 11. utg. ved Smith, Eivind, Oslo, Universitetsforlaget, 2018 (Eckhoff/Smith (2018))s. 174 og Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2019 (Graver (2019)) s. 193.

<sup>8</sup> Det er pga. dette synspunktet at NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov s. 218 flg. foreslår en bestemmelse om forvaltningens plikter ved bruk av bistand i saksbehandlingen.

<sup>9</sup> Blant annet drøftes beslutningen om å tildele instruksjonsmyndighet og rolle som klageorgan i JDLOV-1989-1509 (punkt 3) som et spørsmål som må løses på bakgrunn av de ulovfestede delegeringsreglene.

<sup>10</sup> Forvaltningen av en tilskuddsordning kan tilsynelatende *i sin helhet* delegeres til *hvem som helst*, så lenge dette er «forsvarlig» og godkjent av finansdepartementet, se bestemmelser for økonomistyring i staten 12. desember 2003 nr. 1939 punkt 6.2.4.4 og 7.2.4.4. Se også St.meld nr. 19 (2008–2009): Ei forvaltning for demokrati og fellesskap s. 73, samt NOU 2019: 5 s. 216 med videre henvisninger. Dette er til tross for at forvaltning av tilskudd (hvor man avslår eller aksepterer søknader) utvilsomt er enkeltvedtak, se forskriftens punkt 6.2.3. Unntaket har eksistert lenge, se bla. Smith, Eivind: «Delegasjon av forvaltningsmyndighet til private og uavhengige organer», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1976, (Smith (1976)) s. 360–390 på s. 365.

<sup>11</sup> En fullstendig gjennomgang kan naturligvis ikke gis, men jeg kan her nevne noen eksempler. Spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning (Forvaltningskomiteens innstilling, 1958) s. 113, er det

teorien.<sup>12</sup> Jeg kan imidlertid ikke ta dette opp nærmere her. Artikkelen forutsetter derfor at delegeringsvedtaket delegerer 'klassisk' offentlig myndighet.

Artikkelen vil først se på den historiske utviklingen til delegeringsreglene i svært store drag. Deretter vil jeg presentere delegeringsreglenes systematiske plassering innenfor forvaltningsretten. Etter dette går jeg videre til å diskutere gjeldende rett, først ved å se på utgangspunktene, for så å diskutere unntaket, med særlig sikte på kravet om instruksjonsmyndighet. Jeg vil også påpeke at denne artikkelen ikke berører spørsmålet om virkningen av en ugyldig delegering.

### 1.3 Delegeringsreglenes utvikling i store drag

Jeg tror det beste utgangspunktet for å forstå delegeringsreglene er å få en kort oversikt over de mest sentrale rettskildene som har bidratt til deres utvikling, og hvordan disse henger sammen med utviklingstrekk i norsk forvaltningshistorie. Hensynene bak delegeringsreglene er uklare, og årsaken er at de har skiftet over tid. Man må derfor forstå hvordan de har vært begrunnet tidligere, og hvorfor skiftene har skjedd. I det som følger vil jeg derfor gi en svært grov skisse over disse spørsmålene.

Frede Castbergs bok *Innføring i forvaltningsretten* fra 1938 er et utgangspunkt. Han mente at dersom loven la myndighet til et organ, hadde lovgiver forutsatt at organet selv måtte utøve myndigheten.<sup>13</sup> Dette gav et generelt delegeringsforbud, begrunnet i lovgivers vilje. Han behandlet trolig regjeringen separat i sine statsrettsverker, og her åpnet han for delegering fra regjeringen til sine underordnede.<sup>14</sup> Samtidig åpnet han for at «praktiske behov» kunne gi adgang til å delegere, og der delegeringen hadde vart lenge uten problemer, kunne den anses som sedvane, men trolig gjaldt dette bare *intern* delegering (innenfor samme organ).<sup>15</sup>

Castbergs synspunkt var imidlertid tvilsomt alt på hans tid, og av den grunn kortlevd.<sup>16</sup> I 1918 hadde Høyesterett akseptert delegering fra et departement til et direktorat på ulovfestet

---

første stedet jeg kan se at koblingen er gjort, om man snakker da om «avgjørelsesmyndighet», mens Eckhoff mener det motsatte allerede i 1961, se Eckhoff, Torstein: «Delegasjon av avgjørelsesmyndighet i forvaltningen.» trykt i Eckhoff, Torstein: *Statsrettslige emner*, Tanum, 1975, s. 125–168 (Eckhoff (1975)) s. 126. Se også s. 137, der han diskuterer delegering av instruksjonsmyndighet. I forarbeidene til kommuneloven av 1992 sondret man sjelden tydelig, for eksempel er man forutsetningsvis av den oppfatning at kommunen må ha hjemmel for å delegere myndighet til administrasjonssjefen til å opprette og nedlegge stillinger, samt å håndtere personalsaker, se. Ot.prp. nr. 42 (1991–92) s. 90, tilsvarende eksempler om økonomistyring på s. 91, 242 og 269, og mer om uklarheten ved den nye kommuneloven under). Særlig kritisk er Opsahl, Torkel: *Fullmakter og folkestyre: Studier i offentlig myndighetstildeling, især ved såkalt delegasjon, i norsk rett*, Manuskript, 1963 (Opsahl (1963)) s. 1.8 flg. (stensilert skrift, sidetall i punktformat). Så sent som i 1987 uttrykker lovavdelingen at saksforberedende 'vedtak', i det konkrete tilfellet myndighet til å uttale seg om mulig konsesjonsvedtak, er underlagt de ulovfestede delegeringsreglene. De benytter heller «[h]vilken type myndighet ...» det gjelder som et moment i vurderingen, se JDLOV-1987-665.

<sup>12</sup> Se i tillegg til noten ovenfor, Opsahl (1963) s. 12.8 flg. som også nevner at mens fokuset ofte har vært på *overskridelse* av delegeringskompetanse, så må også spørsmålet om delegering forstås i lys av forvaltningens plikter, og om plikten er ilagt organet *selv* og derfor ikke kan delegeres.

<sup>13</sup> Castberg, Frede: *Innledning til forvaltningsretten*, Oslo, 1938 s. 62 flg.

<sup>14</sup> Castberg, Frede: *Norges statsforfatning I*, Oslo, O. Christiansens Boktrykkeri, 1935 s. 242–244.

<sup>15</sup> Teksten er noe uklar. Dommen Castberg viser til for vekten til de «praktiske behov» er Rt. 1937 s. 637, hvor spørsmålet var om Fylkesmannen kunne delegere til en av sine underordnede mens han og hans fullmektig var på reise, og Høyesterett aksepterte dette, altså intern delegering.

<sup>16</sup> Sikker rett var det først etter rundskrivet fra Justisdepartementet, jrn. 1228/55 CS/RL: *Delegasjon av myndighet som ved lov er lagt til Kongen eller et annet offentlig organ*, 1955, se motsatt Oppnevnt av

grunnlag.<sup>17</sup> En slik løsning ble stadfestet av Forvaltningskomiteen fra 1958.<sup>18</sup> Deres synspunkt var at departementene fritt kunne delegere til sine underliggende etater. Den vesentlige forskjellen på Castberg og Forvaltningskomiteens standpunkt må forstås som en følge av det aktive politiske målet om å etablere *frittstående direktorater*. Disse var spesialiserte fagetater underlagt departementene, med oppgave om å bruke sin faglige ekspertise til å forvalte enkeltområder.<sup>19</sup> Slike underliggende organer var ikke noe nytt, men omfanget i etterkrigstiden økte voldsomt. Det er viktig å forstå at relasjonen mellom departementet og direktoratene var annerledes enn i dag. Spesielt de direktoratene som var etablert utenfor departementet hadde en betydelig reell uavhengighet. Lenge var dermed delegering til et direktorat ensbetydende med å miste betydelige styringsmuligheter. Særlig opposisjonen i Stortinget var kritisk til om dette var egnet å ivareta rettssikkerheten. Konflikten ble imidlertid ikke løst ved å begrense delegeringen. Rettssikkerhetshensynet ble heller ivaretatt av at de mange særforvaltningslovene inneholdt nærmere regler for saksbehandling og andre garantier vi kjenner fra moderne forvaltningsrett. Senere kom også den generelle forvaltningsloven, ombudsmannsordningen og offentlighetsloven.

Torstein Eckhoff ga i en artikkel fra 1961 støtte til Forvaltningskomiteens synspunkter. Videre støttet, og begrunnet, han komiteens standpunkt om at delegering til private eller (formelt) uavhengige organer, ikke var lovlig.<sup>20</sup> Bakgrunnen for synspunktet var at delegering til private eller uavhengige uten hjemmel i lov ikke ga noen praktisk mening, ettersom disse ikke kunne pålegges plikt til å bruke den aktuelle myndigheten. Synspunktet møtte kritikk fra Eivind Smith i 1976. Smith mente delegering til private og uavhengige måtte bero på en vekting av hensyn for og mot. Han utdypet dette ved å peke på at det kunne være hensiktsmessig å gi private en kompetanse som de selv brukte etter eget skjønn. Videre kunne man avtale med den private eller uavhengige organet hvordan myndigheten skulle benyttes.<sup>21</sup>

Smiths artikkel må på samme måte som Forvaltningskomiteen, forstås på bakgrunn av utviklingen i forvaltningspolitikken. I løpet av 50-, 60-, og 70-tallet hadde bruken av såkalte «styrer, råd og utvalg», korporatistiske forvaltningsorganer, økt voldsomt.<sup>22</sup> Disse var gjerne

---

statsministeren 20. november 1945: *Innstilling fra R-komiteen*, 1946, s. 45 og Fabritius & Sønners boktrykkeri: *Innstilling fra desentraliseringskomiteen, Komiteen nedsatt ved kongelig resolusjon av 8. mars 1946.*, 1952, s. 11, som legger til grunn samme konklusjon som Castberg.

<sup>17</sup> Se Rt. 1918 II s. 287. Høyesterett uttrykker at det «... har av vore statsretlige forfattere været lært ...» en slik løsning, men dette er nok tvilsomt, se f. eks. Aschehoug, T.H.: *Norges offentlige ret 1*, Feilberg og Landmark, 1875 s. 233 og Morgenstjerne, Bredo: *Lærebog i den norske Statsforfatningsret*, Steen, 1909 s. 128 flg. Ingen av dem behandler spørsmålet om videredelegering fra et departement.

<sup>18</sup> Se Forvaltningskomiteens innstilling, 1958, s. 106 flg.

<sup>19</sup> I første rekke er fremstillingen basert på Grønlie, Tore: *Sentraladministrasjonens historie etter 1945, ekspansjonsbyråkratiet tid 1945-1980, bind 1*, Fagbokforlaget, 2009 (Grønlie (2009)), se s. 11, 63-70, 119 flg. og senere Grønlie, Tore og Flo, Yngve: *Sentraladministrasjonens historie etter 1945: Den nye staten? Tiden etter 1985*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009 (Grønlie/Flo (2009)) s. 111 flg.

<sup>20</sup> Se Eckhoff (1975) på s. 138.

<sup>21</sup> Se Smith (1976) s. 382

<sup>22</sup> Moren, Jorolv: *Organisasjonene og forvaltningen*, Bergen, Forlagsaksjeselskapet Bedriftsøkonomen, 1958 s. 104, som analyserte korporatismen i 1958 var hard i sin dom. Rådene var ifølge han «...et produkt av ... endrede forhold og er derfor nærmest ikke-konstitusjonelle organer», og utgjorde klare eksempler på «... hvordan politiske vurderinger til enhver tid er avgjørende for tillemplingen av de rettslige prinsippe». Han konkluderer likevel med at organene er «... et supplement til vårt demokratiske og parlamentariske statssystem.» I Modalsli-utvalget, 1970 heter det om terminologien at man «... kan finne styrende råd og rådgivende styrer ...» s. 82.

sammensatt av forskjellige interessegrupperinger, arbeidernes organisasjoner, næringslivets sammenslutninger, representanter fra landbruket, og så videre. På 80-tallet hadde man over tusen slike organer som i enkelte tilfeller utøvde forvaltningsmyndighet. Det var også vanlig at sammenslutninger av næringsdrivende fikk ansvar for å håndheve regjeringens økonomiske politikk, som eksportbegrensninger, toll, og så videre.<sup>23</sup> Fra 50-tallet var slik korporatisering av forvaltningen en måte å dempe konflikt med opposisjonen på, ved å gi dem direkte innflytelse. Sammen med de nye forvaltningslovene formet dette et kompromiss (for å godta delegering). Inn mot begynnelsen av 70-tallet var tendensen at politiske partier langt på vei så disse utviklingstrekkene som noe positivt, det ble oppfattet som en utvidelse av demokratiet hvor innbyggere ble involvert og man fikk utnyttet lokal kompetanse. Ofte besatt også næringslivet en ekspertise som staten manglet.<sup>24</sup> Like viktig var å redusere konflikt mellom sterke politiske aktører, ved å gi dem makt og gi konflikten dem imellom institusjonell form.<sup>25</sup> Da Smith argumenterte for at slike ordninger burde kunne etableres uten tydelig lovhjemmel, var argumentene altså i tråd med retningen praksis så ut til å ta.<sup>26</sup>

Både fristillingen gjennom direktorater og den korporatistiske forvaltningen møtte imidlertid sterk motstand fra midt på 70-tallet og utover 80-tallet. Kontinuiteten med etterkrigstidens forvaltningspolitikk er og har vært stor, men det største bruddet skjer i denne perioden. For det første forlattes ideen om at korporatistiske forvaltningsorganer er et viktig bidrag til demokratiet. Staten, og staten alene, skulle håndtere myndighetsutøving. Samtidig skulle det som ikke var myndighetsutøving, særlig forretning, håndteres av andre enn staten. Dette sto i motsetning til tidligere, der særlig de såkalte «forvaltningsbedriftene», både produserte varer og tjenester, og satt på myndighet til å regulere.

For det andre ble ministerstyret og Stortingets kontroll skjerpet – all forvaltning skulle skje under statsrådets kontroll, styring, og ansvar.<sup>27</sup> Denne tendensens rettslige side kom til uttrykk i NOU 1972: 38 *Stortingets kontroll med forvaltningen* (Ingvaldsen-utvalget). Der ble det blant annet lagt til grunn at delegering ikke kunne skje med mindre statsråden hadde instruksjonsretten i behold. Instruksjon som et klart vilkår for delegering ble etablert på bakgrunn av denne utredningen. Forut for dette hadde både Eckhoff, Frihagen og Smith behandlet instruksjon og kontroll som ett av flere reelle hensyn. Et annet sentralt poeng er at direktoratene, særlig i løpet av 1990- og 2000-tallet, mistet mye av sin reelle uavhengighet. Relasjonen mellom departementer og direktorater ble omgjort til en relasjon der departementene styrte i langt større grad enn før.

Resultatet ble — på den ene siden — en rendyrking av statlige forvaltningsorganer som myndighetsutøvere underlagt en strengere og mer intensiv politisk styring. På den andre

---

<sup>23</sup> Den velkjente Rt. 1995 s. 530 *Fjordlaks*, springer blant annet ut av denne politikken.

<sup>24</sup> Denne tendensen refereres også eksplisitt til, se Smith (1976) s. 385. Spørsmålet ble i dansk rett nevnt på 50-tallet, Meyer, Poul: «Om delegation af administrativ kompetence», *UfR B*, 1954, s. 30-39, på s. 33 note 12.

<sup>25</sup> En god oversikt i Nordby, Trond: *Korporatisme på norsk*, Universitetsforlaget, 1994, s. 36 flg..

<sup>26</sup> Smiths egen avhandling om korporatistiske organer i fiskeriforvaltningen er et godt eksempel, se Smith, Eivind: *Organisasjoner i fiskeriforvaltningen*, Oslo, Tanum Norli, 1979 s. 93.

<sup>27</sup> Dette står i sterk motsetning til Modalsli-utvalget. De konkluderte blant annet med at «... forvaltningen skal ledes gjennom direktorater ...», se Modalsli-utvalget: *Innstilling om Den sentrale forvaltnings organisasjon*, 1970, s. 78.

foregikk en nedbygging av statlige monopoler i næringslivet, oppsplitting av selskaper, innføring av regnskapsmessige skiller mellom forretning og forvaltning, og etter hvert privatisering.

Mens Smith var i tråd med sin tidsånd, var heller Inge Lorange Backer forut for sin, da han skrev to artikler om delegering i 1978 og 1986. I artiklene argumenterte Backer for at delegering til private og uavhengige organer normalt bare kunne skje dersom det finnes lovhjemmel, og at delegering normalt forutsetter instruksjonsmyndighet.<sup>28</sup> I stor grad ble argumentet basert på at selv om utradisjonelle myndighetsutøvere kunne brukes med godt hell, slik Smith mente, så måtte det være opp til enten Stortinget eller regjeringen å bestemme om det skulle skje. Dette innebar en mer begrenset delegeringsadgang, som jeg kommer tilbake til.

Dette omfattet imidlertid ikke direktoratene, spesielt fordi de hadde fått et større politisk ansvar, men under tettere styring av departementene. To høyesterettsdommer fra 1986 og 1993 åpnet for at direktoratene kunne delegerer videre i den grad det var snakk om utfylling eller gjennomføring av forskrifter direktoratet selv hadde gitt innenfor sitt saksområde. Denne unntaksregelen ble akseptert i teorien, og med den utviklingen som hadde skjedd i departement-direktorat-relasjonen, fremsto løsningen som forsvarlig.<sup>29</sup>

Kommunens stilling som selvstendig rettssubjekt, og fylkeskommunens transformasjon til et demokratisk organ, medførte videre at staten ikke kunne delegerer til kommuner og fylkeskommuner uten hjemmel i lov. Begrunnelsen var primært at disse ikke kunne bli instruert uten hjemmel (og budsjettbevilgning) – noe som nå var blitt et klart vilkår for delegering.<sup>30</sup>

Som ekspedisjonssjef i Lovavdelingen gjorde Backer denne rettstilstanden, som jeg vil beskrive nærmere under, til 'lovgivers forutsetning' gjennom skrevet *Lovteknikk og lovforberedelse* fra 2000. Dette er departementene pålagt å bruke når de utformer nye lover. I 2019 leverte Backer-utvalget utkast til ny forvaltningslov, som foreslår å lovfeste rettstilstanden i den nye forvaltningsloven. I mellomtiden skjer det så godt som ingenting av betydning for de ulovfestede delegeringsreglene, nesten ingen ny rettspraksis, og bare én artikkel er skrevet om emnet i perioden, om vi ser bort fra lærebøker.<sup>31</sup> Forvaltningspolitikken

---

<sup>28</sup> Backer, Inge Lorange: «Noen flere synspunkter på delegasjon til private og til kommuner» i *TJR*, 1978 s. 151–178, (Backer (1978)) s. 162 og Backer, Inge Lorange: «En utvikling i delegasjonslæren?», i *Samfunn, rett, rettferdighet: festskrift til Torstein Eckhoff*, Oslo TANO, 1986, s. 55-67, (Backer (1986)) s. 59 flg. Han åpner imidlertid for en noe mer nyansert vurdering av underordningsforholdet i tilknytning til bla. fylkesmenn og politiet.

<sup>29</sup> Se Rt. 1986 s. 46 og Rt. 1993 s. 808. Oppfatningen har støtte hos Opsahl (1963) s. 9.1 flg. Jeg kommer tilbake til den nærmere fortolkningen av dommene.

<sup>30</sup> Også dette er trolig først uttrykkelig formulert i en utredning fra 70-tallet, se NOU 1974: 53 Mål og retningslinjer for reformer i lokalforvaltningen s. 25. Sml. gjennomgangen av oppfatningene i Backer (1978) s. 170 flg. med videre henvisninger.

<sup>31</sup> Se Sandberg, Kirsten: «Privatisering av førstelinjetjenesten i barnevernet», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004, s. 83–99. Men mange problemstillinger er fortsatt uløste, også disse som et utspring av forvaltningspolitiske endringer. Ett eksempel er digitaliseringen, og i dansk rett har alt diskusjonen om delegering av myndighet til AI begynt, se Loiborg, Emilie: «Om den forvaltningsrettslige ramme for overladelser av forvaltningsoppgaver til systemer basert på kunstig intelligens», *UfR B*, 2020, s. 64–71.

har samtidig utviklet seg: Bruk av nemder har i noen utstrekning erstattet korporative organer, uavhengige tilsyns- og reguleringsorganer sørger på enkelte områder for den typen forvaltning man opprinnelig ønsket med direktoratspolitikken, mens direktoratene får en stadig sterkere rolle. Forutsigbart nok skaper slike nyutviklinger nye problemer.

Det er også viktig å ha i mente at denne fremstillingen viser utviklingen frem til i dag, og fokuserer dermed på de tendenser som har bidratt til dagens rettstilstand. Men utviklingen er ikke entydig. Tendenser i historien har trukket mot både innsnevring og utvidelse av adgangen til å delegerere.<sup>32</sup>

#### **1.4 Den systematiske plasseringen av delegeringsreglene**

Før jeg redegjør nærmere for gjeldende rett, er det viktig å plassere delegeringsreglene i riktig kontekst. En sentral side ved den rettsstatslige ideen om at statens myndighet avledes av folket er at statens representanter må ha blitt tildelt kompetanse, enten i lov eller delegeringsvedtak. Dette forutsetter en delegering. For at denne skal være gyldig må organet som har delegert besitte en primærkompetanse, og en kompetanse til å delegerere denne. Postloven gir for eksempel en rekke hjemler til å utøve myndighet (primærkompetanse), men regulerer delegeringskompetansen særskilt i § 5, ved å kort og godt si at «Kongen» bestemmer hvor myndigheten skal plasseres.<sup>33</sup>

Dette gir imidlertid sjelden noe endelig svar på hvor kompetansen er plassert. Regjeringen fordeler vanligvis myndigheten loven gir den, normalt videre til departementene.<sup>34</sup> Men spørsmålet blir deretter om regjeringen bare har delegert primærkompetansen, eller om den også kan, og i så fall har, delegert sin delegeringskompetanse. Dette blir noen ganger formulert som et spørsmål om det organet regjeringen har delegert til, kan sub- eller videredelegere.<sup>35</sup> Hvorvidt regjeringen kan eller har gitt slik delegeringskompetanse til andre uttrykker lovgivningen seg relativt sjelden om, og det fremgår sjelden av delegeringsvedtaket.

Denne problemstillingen består for hvert delegeringsledd, fordi hvert ledd utleder sin myndighet fra det forrige leddet, både primærkompetansen og kompetansen til å delegerere denne videre. På samme måte som man får trinnfølgen enkeltvedtak – forskrift – lov i materielle forvaltningsrettslige vurderinger, får man for eksempel trinnfølgen delegeringsvedtak – delegeringsvedtak (som også delegerer delegeringskompetanse) – lov i vurderingen av personell kompetanse.

Utgangspunktet er samtidig at regjeringen har en negativt avgrenset kompetanse til å organisere forvaltningen, slik at regjeringen kan delegerere sin delegeringskompetanse med

---

<sup>32</sup> Eksempelvis nevner Opsahl (1963) s. 6.22 at så sent som i 1962 trodde Utenrikskomiteen i Stortinget at Kongen måtte få delegeringsadgang av Stortinget for å kunne delegerere sin myndighet. Og ved etableringen av Politidirektoratet synes departementet å mene at de behøvde hjemmel for å overføre sin myndighet etter loven til direktoratet, se Ot.prp. nr. 7 (1999–2000) punkt 7.2.1 s. 63.

<sup>33</sup> Lov 4. september 2015 nr. 91 om posttjenester, jf. Prop. 109 L (2014–2015) s. 64.

<sup>34</sup> For postloven, se kgl. res. 10. januar 2020 nr. 33 om delegering av myndighet etter postloven.

<sup>35</sup> Poenget berøres i Smith, Eivind: «Statsrådenes politiske og konstitusjonelle ansvar for statlige virksomheter med styre», *NAT*, nr. 2, årgang 75, 1994, s. 91–110, (Smith (1994)) s. 105. Men motsatt hadde Backer (1986) s. 56 proklamere at begrepet subdelegering kan «... nå gå i glemmeboken.» Merk samtidig at Eckhoff/Smith (2018) s. 179 legger til grunn en alminnelig organisasjonsmyndighet også for departementene.

mindre loven sier noe annet.<sup>36</sup> Mens den materielle trinnfølgen ofte slutter i en grunnlovsbestemmelse som begrenser forvaltningens materielle kompetanse (legalitetsprinsippet, bevilgningsreglene), finnes det ingen tilsvarende skranke for delegeringskompetansen.<sup>37</sup> Her står regjeringen fritt, såfremt Stortinget ikke begrenser den.<sup>38</sup> Alle andre organers organisasjonsmyndighet er i utgangspunktet positivt avgrenset, og må derfor utledes fra regjeringens vedtak, eller loven. Utgangspunktet er derfor at enten regjeringen eller loven (herunder ulovfestede regler) må *gi* slike organer kompetanse til å delegere.

Systematisk er denne tilnærmingen tilfredsstillende, men den forutsetter at Stortinget eller det overordnede organ uttrykker seg klart. Det har de gjort i for liten grad. I praksis har man ønsket seg mer fleksibilitet enn det som kommer til uttrykk i delegeringsvedtakene. Alternativet er da, som teorien kan sies å ha gjort, å postulere eller konstruere en *hypotetisk* vilje hos de forskjellige overordnede organer, inkludert lovgiver. Dette innebærer å si noe om hva man tror lovgiver, regjeringen, departementene, direktoratene (og så videre) normalt vil forutsette om delegeringskompetansen når de gir noen en primærkompetanse.<sup>39</sup> Dette er inngangen til å foreta en bredere vurdering, teoretisk konstruert som at det hensiktsmessige vil støttes av lovgiver og det overordnede organ.<sup>40</sup>

Her ligger en ganske stor, men underutviklet uenighet om perspektivet på denne hensiktsmessighetsvurderingen. Det tydeligste eksempelet er debatten mellom Smith og Backer på 70-tallet. Ifølge Smith var det avgjørende for hans aksept av delegering til private at dette noen ganger var hensiktsmessig, og samme synspunkt gjaldt for kommuner og uavhengige organer. Dermed ble spørsmålet om adgangen til å delegere avgjort ved å vurdere om den konkrete delegeringen var hensiktsmessig. Backer mente imidlertid at dette var feil problemstilling:

«Problemet er om forvaltningen selv skal kunne legge offentlig myndighet til private uten særskilt hjemmel, eller om det skal være opp til nasjonalforsamlingen.»<sup>41</sup>

De to perspektivene er svært forskjellige. Mens Smith spør hva som er en hensiktsmessig fordeling av *primærkompetanse*, spør Backer om hva som er en hensiktsmessig fordeling av *delegeringskompetanse*.<sup>42</sup> Disse to perspektivene har utviklet seg til å bli henholdsvis unntak

---

<sup>36</sup> Hjemmelen for dette er og har det vært uenighet om, men særlig sentralt i diskusjonen er grl. §§ 3, 12, og 26. Jeg skal ikke gå nærmere inn på dette her. Se bla. Backer (1978) s. 151, og neste note.

<sup>37</sup> Legalitetsprinsippet gjelder ved inngrep overfor borgeren, men et delegeringsvedtak kan aldri i seg selv være et «inngrep» i legalitetsprinsippet forstand. Legalitetsprinsippet er derfor i utgangspunktet ikke relevant for delegeringsreglene, og unntak fra dette kan jeg ikke gå nærmere inn på her.

<sup>38</sup> Argumentasjonen for dette synspunktet basert på spesielt en tolkning av grl. § 26 gjennomføres av Opsahl, (1963), s. 6.14 flg.

<sup>39</sup> Siden Backer-utvalgetes forslag kanskje blir lov, vil en slik lovgivervilje få et delvis klart lovfestet uttrykk.

<sup>40</sup> Alternativt se Frihagen, Arvid: *Delegasjon av forvaltningsmyndighet*, Oslo, Norges Juristforbund, 1973 (Frihagen (1973) s. 32 som kaller det «sedvanerett»). Måten å begripe reglene på varierer, og jeg tar ikke standpunkt her.

<sup>41</sup> Backer (1978) s. 151. Fordi regjeringen har en alminnelig delegeringskompetanse må man føye til at det også kan være opp til dem, der Stortinget ikke har innvendinger, som Backer er inne på se s. 162.

<sup>42</sup> Smith er også helt klar over dette, og sonderer mellom spørsmålene innledningsvis, se Eckhoff/Smith (2018) s. 174. Samtidig går det ikke lang tid før spørsmålene flyter over i hverandre, bla. s. 180, 182 og 184.



og utgangspunkt for gjeldende rett. Utgangspunktene avgjøres på bakgrunn av hva som er en hensiktsmessig fordeling av delegeringskompetanse, mens unntak avgjøres på bakgrunn av om en konkret fordeling av primærkompetanse er hensiktsmessig.

I utgangspunktet ser jeg det som hensiktsmessig å holde disse spørsmålene fra hverandre. Derfor vil jeg først presentere utgangspunktene, med andre ord hvilke organer som i utgangspunktet har eller kan presumeres å bli tildelt delegeringskompetanse. Deretter vil jeg presentere unntaket, hvilke typer fordeling av primærkompetanse som man anser såpass hensiktsmessig at delegeringen er lovlig likevel.

## 2 Gjeldende rett

### 2.1 Utgangspunkter om gjeldende rett – sentralforvaltningen

Det klareste og viktigste utgangspunktet er at loven har forrang foran de ulovfestede reglene. Deretter er det sikker rett at regjeringen og departementene kan delegere til sine underordnede etater. Begrensninger i delegeringsadgangen til regjeringen uttrykkes ved å si at myndigheten må brukes av «Kongen i statsråd». For departementet er det meg bekjent ikke noe ‘nøkkelord’ som brukes for å begrense deres delegeringsadgang.<sup>43</sup> At delegering i utgangspunktet aksepteres, begrunnes normalt ved å si at de øverst ansvarlige organer vil ha mest oversikt over forvaltningens *organisering* som en helhet (den faglige og saklige kompetansen kan derimot variere sterkt).<sup>44</sup> Samtidig er en vel så viktig begrunnelse at de underordnede organene *skal være underlagt* de overordnede, og med mindre organet er tildelt en form for uavhengighet, så skal det ikke kunne protestere mot å bli tillagt nye oppgaver. Utgangspunktet er derfor at regjeringen og departementene kan delegere myndighet uten hjemmel i lov. Samtidig kan de normalt ikke delegere til organer de ikke kan instruere, som jeg kommer tilbake til senere.<sup>45</sup>

Direktoratene er underlagt departementene, og man har ment at disse ikke kan delegere fordi de ikke besitter den samme oversikten. Likevel har man i noen grad åpnet for at direktoratene på sitt eget område kan delegere til sine underordnede. For eksempel kan et direktorat overlate til et lokalt organ å fastsette de nærmere grenser for overtredelse av en forskrift i tråd med lokale behov. Dette utgangspunktet gjelder både der direktoratene har fått myndighet direkte i lov, og dersom myndigheten er delegert dem fra departementet. Opprinnelig bygde denne oppfatningen på at direktorater bare skulle være ‘tekniske’ eller ‘faglige’ organer som drev rutinepreget forvaltning, mens departementer var de politiske organene. Fra 2000-tallet har imidlertid flere direktorater blitt gitt en stadig sterkere rolle som politiske organer med stort styringsansvar.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Lovavdelingen, 2000 s. 126–128 gir ikke noe forslag. Formuleringen «departementet selv», ville vært naturlig, men brukes så vidt jeg kan se bare i lov 27. juni 2008 nr. 71. om planlegging og byggesaksbehandling §6-4 annet ledd.

<sup>44</sup> Se for eksempel NOU 2019: 5 s. 212 som uttrykker som begrunnelse for regjeringen og departementets frie adgang til å delegere innenfor statsforvaltningen at «regjeringen og departementene har også ansvar for den samlede organiseringen av den statlige forvaltningen, slik at de kan se konsekvensene av delegeringen i et tilstrekkelig bredt perspektiv.» Tilsvarende uttalelser i Bernt, Jan Fridtjof og Rasmussen, Ørnulf: *Frihagens forvaltningsrett: B. 1: Innledning til forvaltningsretten, dokumentoffentlighet, informasjonsbehandling, inhabilitet, saksbehandling, klage og omgjøring*, 2. utg., Bergen, Fagbokforlaget, 2010 (Bernt/Rasmussen (2019)) s. 79, Eckhoff/Smith 2018 s. 179 og Graver, Hans Petter 2019 s. 198. Motsatt i Tvedt, Morten Walløe: *Lærebok i forvaltningsrett*, Oslo, Gyldendal juridisk, 2012 s. 66 som mener det må skje en tolkning av loven for å svare på hvorvidt lov som legger myndighet til et «departementet» kan delegeres. Det er sant nok at hjemmelsgrunnlaget må fortolkes, men dersom loven sier at myndighet legges til et departement uten å si noe om begrensninger, er det hevet over enhver tvil at departementet fritt kan delegere forutsatt instruksjonsmyndighet, se for eksempel Rt. 1973 s. 486 på s. 487.

<sup>45</sup> Se bla. Eckhoff/Smith (2018) s. 157 og NOU 2019: 5 s. 208.

<sup>46</sup> Hvorvidt direktoratene faktisk delegerer i større eller mindre utstrekning enn tidligere er det imidlertid vanskelig å si så mye om – direktoratene publiserer sjelden delegeringsvedtak, slik at det er særdeles vanskelig å innsamle noe mer enn sporadiske eksempler. Om utviklingen i direktoratenes rolle fra 2000-tallet se særlig Grønlie/Flo (2009) s. 246 flg.

Utgangspunktet er videre at der sentralforvaltningen ikke kan instruere, kan den ikke delegere.<sup>47</sup> Dette innebærer at delegering til statseide aksjeselskaper, særlovsselskaper, uavhengige forvaltningsorganer, private og (fylkes)kommuner, ikke er tillatt. Alle disse unntakene støttes også av rådende forvaltningspolitiske føringer: Uavhengige organers uavhengighet kan settes i tvil dersom regjeringen kan instruere dem på det området de er delegert myndighet. Statseide aksjeselskaper og private skal være aksjeselskaper og drive forretning, ikke offentlig myndighetsutøving.<sup>48</sup> Kommuner bør på sin side ikke overstyres og pålegges å gjøre noe de ikke ønsker eller har budsjetter til.

Disse utgangspunktene motiveres derfor av hva som er en hensiktsmessig fordeling av delegeringskompetanse. Spørsmålet er *hvem som bør bestemme* hvem som skal ha myndighet, ikke hva som er en hensiktsmessig fordeling av myndighet.

## 2.2 Utgangspunkter – kommunalforvaltningen

Kommunalforvaltningen ble utelatt i den generelle redegjørelsen for delegeringsreglenes historie, men den korte versjonen er at kommunene i løpet av den samme perioden ble styrket som administrative organer. De fikk flere muligheter til å bestemme sin egen organisering, og de har fått større adgang til å samarbeide seg imellom.<sup>49</sup> Utgangspunktet har vært at kommunene er forvaltningsorganer på lokalt nivå, og etter de alminnelige ulovfestede delegeringsreglene var de derfor avskåret fra å delegere. Staten har imidlertid gjennomgående akseptert mer og mer selvorganisering, og derfor delegering, innen kommunen. I dag er normen at primærkompetanse legges til «kommunestyret», mens det før var vanlig å legge til faste utvalg. Stortinget eller regjeringen kan begrense kommunestyrets delegeringsadgang ved å bruke formuleringen «kommunestyret selv».<sup>50</sup>

Kommunestyrets delegeringskompetanse reguleres i §§ 5-3 og 5-4.<sup>51</sup> Den interne delegeringskompetansen følger av § 5-3, og gir stort sett fullstendig frihet til kommunen, som langt på vei var tilfelle ved kommuneloven av 1992 også. Ekstern delegering reguleres av § 5-4, og denne bestemmelsen er ny.<sup>52</sup> Den uttrykker at kommunene kan delegere lovpålagte oppgaver til andre rettssubjekt (aktuelt er da private bedrifter, kommunale eller interkommunale selskaper), «så langt lovgivningen åpner for det». Lovens ordlyd er lite oppklarende.

Rettstilstanden forut for loven var klart nok at delegering til andre rettssubjekter forutsatte hjemmel i lov. På bakgrunn av en serie misforståelser endte departementet opp med en lovtekst og forarbeidsuttalelser som gjør at delegering til private kan skje etter en konkret

---

<sup>47</sup> Se note 46 og videre Graver (2019) s. 178 at ved delegering er «... instruksjonsretten absolutt og utvilsom.», se også s. 198, og Eckhoff/Smith (2018) s. 151 i samme retning. Lovavdelingen: *Lovteknikk og lovforberedelse: Veiledning om lov- og forskriftsarbeid*, 2000 s. 127 krever instruksjons- og organisasjonsmyndighet.

<sup>48</sup> Det er imidlertid nyanser i formålene med statlig eierskap, og hvordan eierskapet er organisert, se for eksempel Eierskapsmeldingen fra 2019 i Meld. St. 8: *Statens direkte eierskap i selskaper*, punkt 6.3 s. 39–56.

<sup>49</sup> Se f. eks. Ot.prp. nr. 42 (1991–92) Kommunelov s. 44–45 som gjennomgår nye adganger til delegering og selvorganisering i den tidligere kommuneloven. Se mer generelt redegjørelsen i NOU 2016: 4 s. 45 og Prop. 46 L (2017–2018) s. 63 flg.

<sup>50</sup> Se Rt. 2002 s. 683 *Vassøy Canning*.

<sup>51</sup> Tilsvarende Bernt, Jan Fridthjof og Overå, Oddvar: *Kommuneloven 2018 med kommentarer*, Kommuneforlaget, 2019 (Bernt/Overå (2018)) s. 43 flg.

<sup>52</sup> Merk også kapittel 20 om vertskommunesamarbeid som åpner for sidelengs delegering til andre kommuner.

vurdering.<sup>53</sup> Utgangspunktet var at utvalget foreslo lovteksten «hvis denne lov eller en annen lov gir adgang til det», noe KS og enkeltkommuner var kritiske til. De ville ha lovteksten «så langt det ikke strider mot lov». Med andre ord foreslo utvalget et krav om hjemmel for å delegere, mens høringsinstansene ville ha et krav om hjemmel for at delegering skulle være ulovlig. Departementet knotet det til når de uttrykte at de ikke så noen «realitetsforskjell» på disse alternativene.<sup>54</sup> Forskjellen er kjernen i all diskusjon om vilkårene for delegering: Er kommunens delegeringskompetanse til andre rettssubjekter positivt eller negativt avgrenset? Hverken forarbeidene eller lovteksten nevner et krav om instruksjonsmyndighet heller.<sup>55</sup> Resultatet er såpass uklart at den beste løsningen å se hen til det generelle unntaket i de ulovfestede reglene.

### **2.3 Unntaket for «praktiske behov», «reelle hensyn» eller lignende – innledende synspunkter**

For ekstern delegering fra kommunene må man derfor falle tilbake på en konkret vurdering i fravær av utsagn i særloven. På samme måte har man gjort unntak fra de utgangspunktene jeg redegjorde for ovenfor. Graver aksepterer for eksempel at direktorater kan delegere sin myndighet dersom det foreligger «praktiske behov» for det.<sup>56</sup> Bernt og Rasmussen går lengst, og uttrykker følgende:

«I dag kan vi nok si som en alminnelig tommelfingelregel at så lenge det ikke er holdepunkter for noe annet i den aktuelle lov, eller eventuelt i det delegeringsvedtaket et forvaltningsorgan bygger sin kompetanse på, vil det være adgang for dette til å delegere sin myndighet videre til andre organer så lenge kravet om kontroll- og instruksjonsmyndighet er oppfylt, og det ikke ellers fremtrer som uforsvarlig å legge denne type avgjørelser til dette underordnede organet.»<sup>57</sup>

Tilsynelatende virker det derfor som om de utgangspunktene jeg har gjennomgått ovenfor, er uthulet av unntak med et uklart omfang. Disse unntakene gir rettspraksis et visst grunnlag for.<sup>58</sup> Forslaget i NOU 2019: 5 om å lovfeste utgangspunktene uten noe generelt unntak,

---

<sup>53</sup> Det var frykt fra KS om at delegeringsreglene ikke bare gjaldt vedtak, ettersom kommuneloven bruker vedtaksbegrepet på annet vis enn forvaltningsloven, som utløste kritikk av lovforslaget, og dermed den lite oppklarende presiseringen fra departementet. De eldre 'alminnelige regler' for delegering i kommunene regulerte også andre typer beslutninger, se note 11. Tilsvarende Bernt/Overå (2019) s. 52–53. Spørsmålet om subdelegering er også relativt klart, se bla. TOSLO-2011-27186-2 og Kommunal- og moderniseringsdepartementet: *Videredelegering av myndighet fra formannskap og faste utvalg*, sak nr 96/769, tolkningsuttalelse 2015, som tar opp spørsmålet og konkluderer med fri adgang.

<sup>54</sup> Prop. 46 L (2017–2018) s. 67.

<sup>55</sup> Jeg vil også nevne at internkontrollbestemmelsen i kommunel. § 25-1 ikke gjelder gjelder der kommunen legger oppgaver til private, se Prop. 81 L (2019–2020) s. 16 og 17. I samme proposisjon foreslås ingen endringer i private aktørers plikt til internkontroll, se s. 24.

<sup>56</sup> Graver (2019) s. 198: «... også når det gjelder delegering fra andre organer [enn regjering og departement], må utgangspunktet etter min mening være at de kan delegere sin myndighet dersom det er praktisk behov for det.» og tilsvarende på s. 200. Tilsvarende Eckhoff/Smith (2018) s. 180 flg., som også stort sett supplerer diskusjonen av fordeling av delegeringskompetanse med vurderinger av primærkompetanse.

<sup>57</sup> Bernt/Rasmussen (2010) s. 80, min utheving.

<sup>58</sup> Se for eksempel Rt. 1923 s. 482 om delegering av kommunestyrets myndighet til politiet, Rt. 1950 s. 278 om delegering av formannskapets myndighet til herrestyret, Rt. 1952 s. 932 om delegering av kompetanse til å suspendere embetsmenn (mindretallet i saken får støtte i Rt. 1953 s. 24), og obiter dictum i Rt. 1957 s. 914, samt Rt. 1986 s. 46 og Rt. 1993 s. 808.

innebærer derfor en innsnevring av delegeringsadgangen. Dette kan oppnå en viss klarhet og kreve mer bevisste fordelinger av delegeringskompetanse, på bekostning av den fleksibiliteten som ligger i dagens regler. Forslaget er imidlertid ikke vedtatt, og i seg selv har utvalgets redegjørelse ikke mer vekt enn kvaliteten på argumentasjonen. Utgangspunktet blir derfor at i tillegg til de hovedreglene jeg har redegjort for ovenfor, så opererer man med en presumsjon om at *alle* tildelinger av primærkompetanse også innebærer en delegeringskompetanse, såfremt det er forsvarlig, nødvendig, eller generelt sett, *hensiktsmessig* å delegere.

#### **2.4 Hva er en hensiktsmessig fordeling av primærkompetanse?**

Hvordan offentlig myndighet skal organiseres, er en sentral og kontinuerlig del av den politiske debatten. Det finnes noen generelle trekk, men de fleste organisasjonsmodeller vil ha fordeler og ulemper. Derfor er også mange av de mest politisk debatterte spørsmålene de siste tiårene reformer som først og fremst forandrer på den organisatoriske strukturen av et visst forvaltningsområde. Sykehusreformen, politireformen, NAV-reformen, er alle reformer som først og fremst handler om organisering. Det finnes et stort antall utredninger som alle drøfter hva som er «god» forvaltningspolitikk.<sup>59</sup> Spørsmålet blir om disse forvaltningspolitiske debattene gir klare rettslige kriterier.

Det vanligste argumentet *for* å delegere er at det bidrar til å avlaste det delegerende organ.<sup>60</sup> Å redusere arbeidsbyrden til et (mer) sentralt organ kan naturligvis være hensiktsmessig i visse tilfeller. Men motargumentet er like klart: Hvorfor ikke bare ansette flere? Som Torkel Opsahl fremhever, er det i motsetning til Stortinget og regjeringen (og andre organer med lovfestet størrelse) ingen begrensning i hvor stort et administrativt organ kan bli. Og selv for organer med fastsatt størrelse kan man øke kapasiteten gjennom et større sekretariat. Dermed uttrykker Opsahl at en har: «... et rettspolitisk valg mellom alternativer: Større departementer eller mere delegasjon.»<sup>61</sup> Det samme kan sies om hele forvaltningen. Her er et annet poeng av stor betydning: Det er regjeringen, departementene og Stortinget som gjennom budsjettbehandlingen fastsetter hvor store forskjellige organer skal være. Konsekvensen er at hensiktsmessigheten av en viss fordeling av primærkompetanse ofte avhenger av budsjettfordelingen til regjeringen, departementene, og Stortinget. Disse organene fastsetter dermed både de rettslige og økonomiske rammene for hva som er hensiktsmessig organisering av myndighet. Vil det være hensiktsmessig å åpne for delegering når disse rammene blir for stramme?

Poenget kan illustreres med et eksempel: I en nylig sak fra ombudsmannen (SOM-2018-756) fikk Oslo kommune kritikk for å oversitte saksbehandlingsfristene ved klage på byggesaker som ble behandlet politisk. Den åpenbare løsningen på problemet ville være å delegere flere saker til administrasjonen. Men heller enn å delegere for å avlaste, ønsket Oslo kommune å bevare politisk kontroll, og ansatte derfor flere til forberedelsen av sakene. Valget av

---

<sup>59</sup> Både de nevnte rasjonaliserings- og desentraliseringskomiteene er eksempler, se note 16; Innstilling om den sentrale forvaltnings organisasjon (Modalsli-utvalget), Engers boktrykkeri Otta, 1970; NOU 1974: 43 *Nemnder i forvaltningen*; NOU 1974: 53 *Mål og retningslinjer for reformer i lokalforvaltningen*; NOU 1995: 17 *Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet*, NOU 1989: 5 *En bedre organisert stat*.

<sup>60</sup> Se f. eks. Graver (2019) s. 196.

<sup>61</sup> Opsahl (1963) s. 8.5-6.

organisasjonsform var ikke alene et praktisk spørsmål, men et viktig politisk valg mellom byråkratisk eller politisk kontroll. Tilsvarende eksempler finnes det mange av.<sup>62</sup>

Det er derfor bare et snevert spektrum av saker der det faktisk er «nødvendig» å delegerer, fordi delegering i de fleste tilfeller bare er ett av flere handlingsalternativer for å løse et overbelastningsproblem. Poenget er ikke at overbelastning ikke er et problem, men at problemet normalt er betinget av andre valg — som at loven krever byggesaksbehandling innen visse tidsfrister i dette tilfellet, eller budsjettbevilgningen er for liten i andre.<sup>63</sup> Ved å åpne for delegering i Oslos situasjon er derfor implisitt å akseptere at *problemet* var kommunestyrets ønske om politisk behandling, og ikke en for streng saksbehandlingsfrist.<sup>64</sup>

Derfor må man nesten alltid supplere et behov for å bli avlastet, med en grunn for å løse denne avlastningen ved å delegerer oppgaven. Dette er vanskeligere eller lettere enn man skulle tro, alt etter hvilket perspektiv man velger. Hensynet til spesialisering kan for eksempel tale både for og mot delegering. Enkelte vil kanskje oppfatte behandling i et faglig forvaltningsorgan som mer rettssikkert enn behandling av politisk ledelse. Men oppfatningen på tidlig 50-tall var at spesialisering ikke ga en like rettssikker behandling som at statsråden selv behandlet saken.<sup>65</sup> Velgerne i kommunen kan kanskje også sette pris på demokratisk behandling. Videre kan et spesialisert organ slutte å være spesialisert dersom det blir delegert et for bredt spekter av oppgaver. Og for mye spesialisering skaper samordningsproblemer.<sup>66</sup> Desentralisering er et annet eksempel, hvor man kan argumentere med at lokale organer har bedre (lokal) kompetanse.<sup>67</sup> Men samtidig kan dette gå ut over mulighetene til politisk styring, og likhet mellom borgere. I nyere tid ser man en tendens til at desentralisering blir sett på som uforsvarlig med mindre man først sentraliserer på det lokale nivå, og sikrer sterkere kompetansemiljøer.<sup>68</sup>

Det er gjennomgående fordeler og ulemper med visse former for fordeling av primærkompetanse, og det er vanskelig å se hvor den rettslige grensen bør være. At det både er lite rettspraksis, og at den vi har er gammel, gjør en slik bred skjønnsmessig vurdering vanskelig å fylle med innhold.

Hvis man ser til de to mye omtalte kjennelsene, Rt. 1986 s. 46 og Rt. 1993 s. 808, gir disse relativt liten veiledning. Begge sakene omhandlet tilfeller der et direktorat var gitt kompetanse

---

<sup>62</sup> Ett historisk eksempel er at Arbeiderpartiet i etterkrigstiden ansatte svært mange i sentraladministrative organer. Man fikk likevel kapasitetsproblemer. Ap sin løsning var da å fortsette å ansette flere i sentraladministrasjonen, mens opposisjonen mente at en heller burde delegerer til andre organer. Årsaken var at myndighetsutøvelsen ble fjernet fra den direkte politiske kontrollen av en Ap-statsråd, en kontroll som opposisjonen så på som negativt. Dette ble en bitter politisk strid, se generelt Grønlie (2009), særlig s. 91.

<sup>63</sup> Dette er en av de sentrale årsakene til at intern og ekstern delegering må skilles tydelig fra hverandre. En person kan gjøre bare så mye (se om delegering av myndighet som lovlig stedfortreder i skatteforvaltningen, Rt. 1998 s. 152). For organer setter imidlertid budsjettene grenser.

<sup>64</sup> Når det er sagt, har åpenbart Oslo kommune anledning til å delegerer i et slikt tilfelle.

<sup>65</sup> Se bla. beskrivelsen i Desentraliseringskomiteen, 1952, s. 7 flg.

<sup>66</sup> Se for eksempel begrunnelsen i St.meld nr. 19 (2008–2009): s. 57.

<sup>67</sup> Se også Graver (2019) s. 196 som mener det også gjelder et nærhetsprinsipp i norsk forvaltningsrett, med henvisning til Forvaltningskomiteens innstilling, 1958: 3 s. 115.

<sup>68</sup> Dette er bla. begrunnelsen bak deler av region- og kommunereformen, se Prop. 88 S (2017–2018) Kommuneproposisjonen 2019, s. 31 flg.

fra departementet. Kompetansen besto i å kunne vedta forskrifter om garnfiske, og denne var deretter delegert til fylkesmannen. Disse forskriftene dannet rettslig grunnlag for bøtelegging av fiskere, og spørsmålet var om bøtene kunne opprettholdes. Høyesterett forkastet begge ankene. I Rt. 1986 s. 46 nevner man at Fylkesmannen som «det høyeste forvaltningsorgan på fylkesplanet» var «særlig naturlig» å delegere til, fordi den nødvendige lokalkunnskap om «behovet for vern av det enkelte vassdrag og fiskevann» var noe dette organet var i besittelse av. Rt. 1993 s. 808 peker bare til Rt. 1986 s. 46, og sier at den samme begrunnelsen forsvarer delegeringen, selv om den delegerte myndigheten var mer omfattende. Dersom man skal utlede noen konkrete retningslinjer fra disse dommene, må det derfor være at der lokalkunnskap er nødvendig, kan det være forsvarlig å delegere til lokale organer. Det er andre sider av dommene som er mer interessante, men disse angår et annet spørsmål, og jeg kommer derfor tilbake til dette nedenfor.

Et annet sentralt perspektiv har vært rettssikkerheten. For eksempel kan man hevde at jo mer inngripende myndighet det er snakk om å delegere, jo strengere må tolkningen av delegeringsadgangen være. Dette vil i så fall samsvare med alminnelige forvaltningsrettslige synspunkter om at jo sterkere inngrep som skal gjøres, jo mer betryggende må hele prosessen være. Deretter kan man si at behandlingen i den 'tradisjonelle' offentlige sektor er mer betryggende, og på den måten argumentere mot andre former for delegering.<sup>69</sup> Problemet er bare at de mest inngripende formene for myndighet i dag ofte organiseres på andre måter. Da delegeringsadgangen til private på ulovfestet grunnlag ble liberalisert på 70-tallet, tenkte man først og fremst på delegering av forskriftsmyndighet til næringsorganisasjoner som fiskerilagene. Dagens delegering til private er av en helt annen karakter. Både i psykiatrien, barnevernet, omsorgssektoren og i skoleverket – der inngrepene er store, og borgerne som utsettes for dem ressursvake – brukes private i stor utstrekning, delvis på et uklart hjemmelsgrunnlag, men også med lovgivers støtte.<sup>70</sup>

At forvaltningspraksis ikke alltid vektlegger disse hensynene, gjør dem selvsagt ikke irrelevante.<sup>71</sup> Problemet er bare at ut over teoriens påstand om at det er relevant, så finnes det

---

<sup>69</sup> Sml. Svein Eng: «Plassering av offentlig kompetanse hos private – noen hensyn for og imot» i *Lov og Rett*, 1992, s. 544–551 (Eng (1992)) på s. 549 som omtaler det som en mangel på «... byråkratkultur ...».

<sup>70</sup> I barnevernet har dette vært en problemstilling lenge, se Barne- og likestillingsdepartementet: *Bruk av private aktører i barnevernet*, brev 20. okt. 2017, Barne- og likestillingsdepartementet: *Rammevilkår for private tjenesteytere i barnevernet*, 2020 og Vista Analyse: *Bruken av private aktører i barnevernet – ansvar på avveie?*, rapport 2016 nr. 19, bla. s. 49, s. 52, og faktisk helt tilbake til JDLOV-1991-1413. I psykisk helsevernloven har man et interessant system for bruk av private aktører, der avtale først inngås mellom det regionale helseforetak og den private, hvoretter den private institusjonen så godkjennes av Helsedirektoratet, se FOR-2011-12-16-1258 § 2 og rapport fra Helsedirektoratet: *Tjenester i psykisk helsevern og TSB 2014-2018*, s. 96. For private skoler, se bla. tolkningsuttalelsen fra Udir 12.12.2014, *Kommunens/fylkeskommunens adgang til å delegere myndighet til private skoler*. Samtlige av disse eksemplene reiser problemstillinger knyttet til hva delegeringsreglene egentlig omfatter, normering, gjennomføring av normeringen, osv., som jeg ikke kan ta opp her.

<sup>71</sup> Den eneste dommen som indikerer en grense basert på et mer typisk rettssikkerhetssynspunkt er *kanskje* Rt. 1972 s. 240, men denne omhandler intern delegering. Spørsmålet var om påtalekompetansen i Arbeids- og velferdsdirektoratet var lagt til styret eller daglig leder. Forskriften (via kgl. res.) om organiseringen av direktoratet sa at alle oppgaver som ikke lå til styret, lå til daglig leder, men ved opprettelsen av forskriften var ikke påtale en aktuell kompetanse for direktoratet, dermed var den ikke lagt til noen. Spørsmålet var altså aldri vurdert. Daglig leder hadde benyttet kompetansen ettersom myndigheten da falt til han i tråd med normalordningen slik den lød etter sin ordlyd, men Høyesterett uttrykte likevel at «[v]ed beslutninger av så stor viktighet må det da være det ledende organ – styret – som treffer avgjørelsen med mindre det har gitt andre

begrenset rettskildemessig grunnlag for å si at det skal mer til for å delegere inngripende myndighet. Snarere er mange av eksemplene på at Høyesterett aksepterer delegeringer fordi de er hensiktsmessige, tilfeller der det er snakk om å gi forskrifter belagt med straffesanksjon, politivedtekter, og lignende.<sup>72</sup> Disse er utvilsomt i den mest inngripende kategorien, og sakene var sjelden politisk ukontroversielle.<sup>73</sup> Rettssikkerhetshensynet vil sjelden være irrelevant, men vekten er diskutabel. Dette må ses i sammenheng med den historiske utviklingen: Den omfattende delegeringen av statens myndighet i etterkrigstiden ble kritisert for å gå på bekostning av rettssikkerheten. Løsningen på dette var ikke mindre delegering, det var å innføre saksbehandlingsregler, ombudsmannsordningen og offentlighetsloven.<sup>74</sup>

Dermed er det først og fremst andre regler som forhindrer visse former for organisering av primærkompetanse. Organet må blant annet (være i stand til å) følge lover og regler, herunder forvaltningslovens saksbehandlingsregler. Dersom det er snakk om næringsregulering, legger EØS-rettens konkurranseregler begrensninger.

En regel om at organer kan delegere sin kompetanse der det er hensiktsmessig, blir derfor en ubestemt størrelse uten klart innhold. Det mest nærliggende er å påstå at det eksisterer et krav om at delegeringen fremmer et legitimt formål, men uten at hensiktsmessigheten i seg selv legger noen begrensninger.<sup>75</sup> Det viktigste i vurderingen blir er dermed et annet punkt.

## 2.5 Instruksjonsmyndighet – innledende synspunkter

Instruksjonsmyndigheten har en særlig viktig plass innenfor vurderingen av hva som er hensiktsmessig fordeling av primærkompetanse, fordi den kan benyttes for å avbøte problemer med en konkret fordeling av primærkompetanse.<sup>76</sup> Instruksjonsmyndighet gir grunnlag for å korrigere det tildelegerte organs praksis, opprette kontroll- og rapporteringsordninger, og gjør det mulig å samordne praksis der flere myndigheter har overlappende kompetanser, og så videre.

Instruksjonsmyndighetens kobling til delegering ble først formulert eksplisitt i NOU 1972: 38. Forut for dette var det i beste fall en implisitt forutsetning, pragmatisk forankret i at organer

---

fullmakt til å gjøre det.» I dette tilfellet ser man samtidig at Høyesterett sier at *spørsmålet må vurderes av styret, ikke at beslutningen må fattes av styret.*

<sup>72</sup> Se blant andre Rt. 1923 s. 482, Rt. 1933 s. 1041, Rt. 1933 s. 1196, Rt. 1938 s. 149, Rt. 1952 s. 395 og særlig sakene i forbindelse med landssvikoppgjøret, Rt. 1950 s. 501, Rt. 1952 s. 932 (mindretallet) og Rt. 1953 s. 24 som støttet mindretallet i den forrige dommen. Både Rt. 1986 s. 46 og Rt. 1993 s. 808 er også eksempler på straffesaker. Motsatt bla. Rt. 1923 s. 723 og Rt. 1930 s. 241.

<sup>73</sup> Tvert om, Rt. 1986 s. 46 handler delvis om delegeringsspørsmålet, men den andre delen av saken handlet om at de samisk-politiske interesseorganisasjonene ikke hadde fått uttalt seg om spørsmålet på tilstrekkelig god måte. Høyesterett la imidlertid til grunn at delegeringen og saksgangen for øvrig var akseptabel, nærmest som en konsekvens av at departementet uansett hadde tenkt å se bort fra samiske interesser, se s. 48.

<sup>74</sup> Prisloven er det første klare eksempelet på dette, der omfattende delegeringsadgang ble avhjulpet gjennom saksbehandlingsregler og rapporteringsplikter fra etatene overfor Stortinget, se Ot.prp. nr. 60 (1952). Denne løsningen på delegeringsproblemet er også hovedargumentet til Andenæs, Johs.: «Domstolene og administrasjonen», trykt bl.a. i Andenæs, Johs.: *Avhandlinger og foredrag*, Oslo Universitetsforlaget, 1962, s. 273–85, som var et viktig rettsvitenskapelig bidrag i den politiske debatten, se Grønlie (2009) s. 100 flg.

<sup>75</sup> Slik er kravet formulert ved delegering til private i dansk rett, se Abkenar, Azad Taheri: *Delegation af myndighedsudøvelse til private aktører*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017 s. 297.

<sup>76</sup> Paradokset er selvsagt at det forutsetter det motsatte av hva man ofte ønsker å oppnå, nemlig å bli avlastet. Balansen mellom hvorvidt det krever mer å styre enn å 'gjøre det selv, vil ofte være kjernes spørsmålet i det skjønnet som forvaltningsorganet må utøve.



man manglet instruksjonsmyndighet overfor, ikke kunne pålegges plikter. Kravet er dermed forankret i forskjellige begrunnelser på forskjellige tidspunkter. At uttalelsen i NOU 1972: 38 har funnet støtte i andre forarbeid og litteraturen i etterkant, må ses i sammenheng med den forvaltningspolitiske vendingen mot en sterkere politisk styring. Det er først fra 80- og 90-tallet at det blir et sentralt krav fra sentrale statlige myndigheter at de kan styre (herunder instruere) underliggende faglige etater.<sup>77</sup> Derfor begrunner også enkelte kravet i dag med at det er en grunnleggende forutsetning for det politiske systemet med ministeransvar – ingen mulighet til å instruere, intet ansvar for ministeren.<sup>78</sup> I så fall kan man si at primærkompetanse ikke kan fordeles på en måte som bryter denne ansvarslinjen.

Dette argumentet må imidlertid avvises. Konstitusjonelt ansvar er ikke betinget av feil fra statsrådets side.<sup>79</sup> Dermed er ikke krav til instruksjonsmyndighet konstitusjonelt nødvendig, og må vurderes på selvstendig grunnlag.<sup>80</sup>

Et annet argument for at instruksjonsmyndighet er et godt vilkår er fremført av Opsahl. Han uttrykker nemlig at det er langt mindre betenkelig å ha en åpen adgang til å delegere innenfor det hierarkiske byråkratiet der instruksjonsmyndigheten alt er etablert. Det er fordi «... skjønnet [mellom hvilke organer som skal ha myndighet] er her i praksis mye mer bundet av de foreliggende muligheter (bl.a. av hvilke organer som eksisterer) ...».<sup>81</sup> Vi kan si det slik at den mulige fordelingen av primærkompetanse, begrenses drastisk ved å kreve instruksjonsmyndighet, og gjør unntaket mindre betenkelig.

Dette argumentet tømmer kravet for innhold. Begrunnelsen er ikke tuftet på at instruksjonsmyndighet er nødvendig eller viktig for styring og kontroll, men snarere at instruksjonsmyndighet er et kjennetegn på et begrenset antall organer i vårt samfunn. Det største problemet er imidlertid at man i lengre tid har akseptert at et organ kan *skaffe seg* instruksjonsmyndighet ved avtale, eller på annet grunnlag, for eksempel ved å få slik instruksjonsmyndighet *delegert fra noen*. Som NOU 1972: 38 selv impliserer er det ikke et *vilkår for* delegering at man (før delegeringen) *har* instruksjonsmyndighet, men heller at regjeringen ikke kan «... delegere myndighet uten at den *beholder* instruksjons- og kontrollmyndigheten.»<sup>82</sup>

---

<sup>77</sup> Grønlie og Flo (2009) s. 111 flg.

<sup>78</sup> Smith (2002) f. eks. på s. 97. Også Bernt/Rasmussen (2010) s. 79 begrunner ordningen i å ivareta ansvarslinjene.

<sup>79</sup> Sejersted har en prinsipiell skepsis til rettsliggjøring av det konstitusjonelle ansvar, Sejersted, Fredrik: *Kontroll og konstitusjon: Statsrettslige studier av Stortingets kontrollvirksomhet*, Oslo, Cappelen akademisk, 2002 s. 1083 flg. En innvending kunne være at Stortingets adgang til å instruere statsråden blir beskåret, men heller ikke dette stemmer: Statsråden besitter jo alltid kompetansen han delegerer. I samme retning Forvaltningskomiteens innstilling, 1958, s. 111 smh. petit på s. 117.

<sup>80</sup> Politisk er det utvilsomt viktig, men i bla. veilederen fra Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet: *Organiseringen av statlig virksomhet*, 2012, s. 8 og 23 uttrykkes det som et rettslig krav.

<sup>81</sup> Opsahl (1963) s. 8.12, som også kontrasterer dette til at man har adgang til å for eksempel fastsette nærmere regler for saksbehandling o.l. gjennom instruksjonsmyndigheten. Et slikt «fra det mer til det mindre»-synspunkt er nok relevant, men vanskelig å tillegge avgjørende vekt.

<sup>82</sup> NOU 1972: 38 Stortingets kontroll med forvaltningen s. 22, min utheving. Til støtte for at vilkåret om instruksjonsmyndighet ikke var noe utvetydig formulert krav, står debatten mellom Smith og Backer som et godt eksempel. Begge er rimelig enige om at instruksjonsmyndigheten (og således over- og underordningsforholdet) ikke kan bli etablert ved delegering til private, uten særskilt hjemmel. Men likevel aksepterer begge at delegering

Spørsmålet blir derfor ikke bare om instruksjonsmyndighet er et krav. Man må også diskutere hvordan den kan etableres, og hvor omfattende den må være.<sup>83</sup> Problemet oppstår også der loven åpner for å delegerer til for eksempel private, interkommunale selskaper, eller lignende organer utenfor den vanlige styringskjeden. At Stortinget gir slik adgang til delegering betyr sjelden at de har akseptert at myndigheten skal utøves uavhengig av kontroll eller styring. Man må derfor ta stilling til kravene til, og virkninger av, delegering til organer utenfor den vanlige styringskjeden, også der loven åpner for det. At Backer-utvalget i begrenset grad tar opp dette, er et uklarhetsmoment i forslaget.<sup>84</sup>

Også det sterke fokuset på instruksjonsmyndigheten må kontekstualiseres. Som allerede nevnt har det vært et politisk mål å sørge for sterkere statlig styring. Dette kommer til uttrykk i flere tendenser: avviklingen av alternative demokratiske kanaler med formell autonomi, som korporative eller partssammensatte organer, direktoratenes faktiske underordning under departementene, og tilbakeføringen av fylkeskommunale oppgaver til staten. Implikasjonen av dette er at offentlige beslutninger i stadig større grad er underlagt bare én demokratisk kanal – den parlamentariske, med forankring i stortingsvalg.<sup>85</sup> Alle underordnede organer får derfor bare avledet demokratisk forankring fra statsråden.<sup>86</sup>

Det er i denne utviklingslinjen at instruksjonsmyndighet som det sentrale kriteriet for delegering blir den tilsynelatende beste og mest nærliggende løsningen. På grunn av måten staten har organisert seg selv her og nå, blir instruksjonsmyndighet og kontroll den eneste måten å sikre demokratisk forankring for beslutningene. Dette forutsetter ikke bare en

---

kan skje, selv om man ikke har slik instruksjonsmyndighet. Og i Forvaltningskomiteens innstilling, 1958 legges det også til grunn at delegering til styrer eller råd for offentlige virksomheter kan skje og ikke bare det, utvalget fremholder at man i disse tilfeller «... søker å skape effektive og rasjonelle organer (styrer – råd etc.) som kan erstatte den demokratiske kontroll en statsråd er underkastet gjennom Stortinget.» se s. 117. Rådene omtales på s. 89 flg. Ellers kan man også peke på at Frihagen de to første utgavene av sine lærebøker fremhever at instruksjonsmyndighet bare 'veier opp' for en ellers problematisk delegering, noe som indikerer at det ikke kan ha vært forstått som et absolutt vilkår. Se Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett, bind 1*, Universitetsforlaget, 3. opptrykk av 2. utgave 1972 s. 215. Først i boken Frihagen (1973) s. 10 er dette noe han formulerer som et krav, da med henvisning til NOU 1972: 38.

<sup>83</sup> Opsahl (1963) s. 7.3 forutsatte at dette var uproblematisk: «Selve delegasjonen skaper det nødvendige underordningsforhold (instruks og rekurs), selv om organet ikke uten særlig hjemmel kan pålegges *plikt* til å utøve beføyelsen.» Backer skriver at det «... er nok så at delegasjonen vil gi det delegerende organ en viss instruksjonsmyndighet. Men dette gjelder bare måten kompetansen blir brukt på; det kan nok instrueres om at kompetansen ikke skal brukes, eller om at den skal benyttes på en bestemt måte dersom den blir brukt», mens derimot «[p]ålegg om å bruke kompetansen kan derimot ikke gis uten særskilt grunnlag» i Backer (1978) s. 157.

<sup>84</sup> NOU 2019: 5 s. 211–212 smh. § 23 på s. 23 foreslår å lovfeste at organet som delegerer kan instruere det tildelegerte organ og tilbakekalle myndigheten. Spørsmålet som ikke besvares er om denne bestemmelsen sammenholdt med en særlig delegasjonshjemmel (for eksempel en åpning for å delegerer til private eller kommuner), er tilstrekkelig hjemmel for å pålegge den aktuelle aktøren å bli delegert til, samt å bli instruert om hvordan myndigheten skal brukes. Det har trolig ikke vært intensjonen å åpne for dette, slik at det jeg sier under om kravene til å skaffe et grunnlag for styring og kontroll ved delegering, fortsatt må utledes fra ulovfestet rett.

<sup>85</sup> Se Grønlie/Flo (2011) kapittel 7, særlig s. 270 flg. Jeg antar her at også direktoratenes historiske autonome fagstyre på sitt eget vis kan ha en demokratisk forankring. Legene i helsedirektoratet kan for eksempel klart forstås parallellt til andre korporative former, som en interessegruppe som har plassert seg selv (i motsetning til partssammensatte utvalg), direkte innenfor staten.

<sup>86</sup> Som motsetning er det nevnt flere eksempler, men se også Modalsli-utvalget 1970 s. 81 til 82, som foreslår utstrakt bruk av kollegiale styrer for direktorater (som etter forslaget skulle ha en vesentlig rolle), for blant annet å skaffe til veie en demokratisk legitimitet til beslutningene.

formell, men også reell mulighet til å styre.<sup>87</sup> Det kan og bør åpenbart stilles spørsmål ved om dette er en dekkende løsning. Særlig delegering basert på samtykke fra det tildelegerte organ er lite diskutert, og enda mindre studert i praksis.

Som et utgangspunkt er det i alle fall viktig å holde fast ved at kravet om instruksjonsmyndighet slik det forstås i dag, må kontekstualiseres som et utslag av en historisk utvikling. Historisk finnes det mange eksempler på at man ønsker en åpning av flere demokratiske kanaler som en løsning på behovene for å delegere.<sup>88</sup> Selv om statsråden ikke selv kan holdes ansvarlig, så kan det konkrete demokratiske organet holdes ansvarlig. Man kan derfor ikke utelukke at det er rom for å akseptere en ulovfestet delegering til demokratiske organ, selv der det overordnede organet mangler instruksjonsmyndighet.<sup>89</sup> I det neste avsnittet vil jeg dermed peke på hvordan et moment om demokratisk forankring kan supplere et mer nyansert syn på instruksjonsmyndighet, eller styring.

## 2.6 Fra instruksjonsmyndighet til styringsmuligheter

Det som er sagt så langt, bør indikere at adgangen til å delegere er beheftet med flere usikre spørsmål. Det samme gjelder kravet om instruksjonsmyndighet, som ikke har noen klar rettskildemessig forankring eller utpensling. Jeg kan bare i begrenset grad utpensle noe her.

Spørsmålet må først være om et vilkår for å delegere er at det opprinnelige organ får eller har instruksjonsmyndighet overfor det tildelegerte organ. Så vidt jeg kan se har aldri Høyesterett stilt et slikt vilkår eksplisitt. De to seneste dommene, Rt. 1986 s. 46 og Rt. 1993 s. 808 innebar begge delegering fra et direktorat til Fylkesmannen, og som et utgangspunkt har ikke direktorater noen generell instruksjonsmyndighet overfor Fylkesmannen.<sup>90</sup> Både Rt. 1962 s. 897 og Rt. 1965 s. 466 er eksempler på at Høyesterett aksepterer sideordnet delegering, førstnevnte fra et departement til andre departementers underordnede organer, sistnevnte fra fylkeskommunal myndighet til kommunal myndighet.<sup>91</sup> Fra forvaltningspraksis er det særlig relevant å peke på at det er vanlig at departementer i fellesskap fastsetter delegeringsvedtak for etater som bare er underlagt ett av dem. Det vil neppe være rett å si at bare den myndigheten som utledes fra det ene (administrativt overordnede) departementet er delegert på gyldig vis.<sup>92</sup> Dersom vi ser bort fra det rettslige og fokuserer på den økonomiske styringen, har det administrativt overordnede departement ansvar for samordning av styringsdialogen

---

<sup>87</sup> Men selv en mulighet gir selvsagt ingen garantier. For eksempel fremhever utvalget som evaluerte NAV-skandalen at departementet ikke førte noen form for kontroll med praksisen til NAV, og at dette ikke var en del av deres ansvar å gjøre, se NOU 2020: 9 s. 98.

<sup>88</sup> Se note 82, 86.

<sup>89</sup> Opsahl (1963) s. 11.9 som argumenterer for (på det tidspunktet ulovfestet) kommunal delegeringsadgang basert på et slikt synspunkt.

<sup>90</sup> Instruks for fylkesmenn, 1981. Siden begge sakene omhandler videredelegering kan man nok teoretisk konstruere dommene som at departementet må ha delegert sin instruksjonsmyndighet til direktoratet, men dette blir ikke nevnt av Høyesterett. Fylkesmannens rolle er samtidig sammensatt, og direktorater kan ha instruksjonsmyndighet overfor fylkesmannen, se Fornyings-, administrasjons- og kirke departementet: *Fylkesmannsrollen: Utvikling og utfordring*, 2012, s. 21 flg. for en oversikt over Fylkesmannens rolle.

<sup>91</sup> Førstnevnte omtalt i Opsahl (1963) s. 8.28-29. Sistnevnte er noe komplisert, men grovt sagt aksepterte Høyesterett en at omgjørings- og inndragelsesmyndigheten til Hordaland politikammer, ble overført til Bergen politikammer, ettersom vedtaket ble stadfestet av Vegdirektoratet i klageomgangen.

<sup>92</sup> Se for eksempel FOR-2013-01-13-60 og FOR-2004-05-05-884 fra flere departementer til Mattilsynet.

der et organ eller en virksomhet mottar bevilgninger fra flere departementer.<sup>93</sup> For å oppsummere kan man si at praksis ikke bare ser på instruksjonsmyndighet og formell kontroll, men inntar en mer helhetlig tilnærming.

Rt. 1986 s. 46 er et godt eksempel. Her uttrykker retten at delegeringen var del av en ny ordning med «... oppbygningen av miljøvernavdelinger ved fylkesmannskontorene med blant annet overføring av fiskerikonsulenter fra Direktoratet for naturforvaltning», samt at forskriftenes «... detaljerte anvendelse i dette tilfellet var drøftet med direktoratet i samband med forberedelse av dettes forskrifter ...».<sup>94</sup> I Rt. 1993 s. 808 uttrykker man på samme vis at delegeringen har grunnlag i «... en omorganisering som følge av utvikling hos miljøvernavdelinger hos fylkesmennene», og at det også her var gitt forskrifter «... i samråd med direktoratet.»<sup>95</sup> At det delegerende og det tildelegerte organ diskuterer forskriftenes anvendelse ivaretar *formålet* med en instruksjonsmyndighet, men det *er* ikke instruksjonsmyndighet. Videre kan man peke på at beslutningene var sikret betydelig demokratisk forankring. Fylkesmannen kunne bare fatte beslutninger for den enkelte kommune, og beslutningen måtte treffes i samråd med de daværende innlandsfiskenemdene, kommunestyret og fylket. Det som i utgangspunktet er en hensiktsmessig delegering forsvares derfor også fordi den administrative ordningen som sådan ivaretar hensynet til styring på den ene, og demokratisk forankring på den andre siden.

Også i andre dommer er lignende momenter fremme, som at det opprinnelige organ er konsultert, eller at det var medlemmer i det ene organ inne hos det andre organet ved utøvelsen av myndigheten.<sup>96</sup> I Lovavdelingens praksis aksepterer man 'kreative' ordninger som ivaretar styringshensyn, uten noen særskilt fremheving av instruksjonsmyndigheten som det sentrale.<sup>97</sup>

Som nevnt tidligere vil et legitimt formål være inngangsvilkåret for å delegere. Deretter må det slik jeg vurderer det samlede rettskildebildet foretas en helhetsvurdering av styringsmulighetene som foreligger i det konkrete tilfelle, og/eller om myndighetsutøvelsen sikres demokratisk forankring hos relevante parter. Jeg vil nå forsøke å vise hvordan disse momentene kan anvendes på noen ulike typetilfeller.

---

<sup>93</sup> Se bestemmelser om økonomistyring i staten, FOR-2003-12-12-1939 punkt 1.5 som pålegger et slikt ansvar.

<sup>94</sup> Rt. 1986 s. 46 på side 47. Både departementet og direktoratet var også involvert i prosessen bak forskriften under høringsrunden, se dommens drøftelse av dette på s. 47 og 48.

<sup>95</sup> Rt. 1993 s. 808 på side s. 809.

<sup>96</sup> Se Rt. 1939 s. 449 om et tilfelle der regjeringen som kollegium ikke hadde sett det nødvendig å endre ordlyden i en kgl. res. selv om de var klar over at delegering var foretatt, Rt. 1950 s. 278 om en valgmyndighet lagt til formannskapet, hvor vedtaket var fattet av herredsstyret med medlemmer fra formannskapet til stede, og Rt. 1962 s. 46 hvor Høyesteret obiter dictum uttrykker at det må være mer 'naturlig' å delegere til lokale organer som i loven var tillagt myndighet til å komme med uttalelse.

<sup>97</sup> JDLOV-1991-1413 er ett eksempel. I JDLOV-1989-1509 aksepteres for eksempel sideordnet delegering (basert på en hjemmel til å delegere generelt), hvor instruksjonsmyndigheten er avskåret og begrenset til instruksjon om saksbehandlingsregler og lovtolkning. JDLOV-1987-665 bruker momentet i motsatt retning: Delegering av uttalekompetanse fra kommunen til el-verket organisert som IKS var unødvendig, fordi kommunen enkelt kunne innhente deres syn. JDLOV-1996-6661 bruker kontrollargomentet som et sentralt argument mot å tillate delegering av avgiftsmyndighet til et IKS, se også Rt. 2004 s. 569 der Høyesterett ikke ser spørsmålet.

De største problemene får man der styringsrelasjonen ikke er (tilnærmet) altomfattende, og etablert på forhånd, slik den vil være i det vanlige forvaltningshierarkiet. I disse tilfellene må den *etableres* ved delegeringen. Om myndighet tildeles private vil det være nødvendig å benytte avtaler. Dette vil alltid bli en annen form for styring enn normalt. Dette er fordi håndhevelsesmekanismen for avtaler er en annen enn den vanlige håndhevingsordningen innenfor forvaltningen. Dette bør kravene for å akseptere delegeringen reflektere. At poenget er neglisjert kan forstås som en konsekvens av at delegering til private ble diskutert i en spesifikk historisk kontekst. Den delegeringen Smith aksepterte, ga normalt kompetanse til å vedta forskrifter, slik at en viss næring kunne utøve selvregulering. Dagens delegeringer til private (eller ikke-instruerbare offentlige) gjelder primærkompetansen til å fatte vedtak av direkte inngripende karakter.

Slike inngrep inngår normalt som en del av en tjeneste som den aktuelle aktøren leverer, for eksempel i private sykehjem eller barnevernsinstitusjoner. Det eneste reelle virkemiddelet for å raskt endre en praksis vil derfor være avtalen mellom det delegerende og det tildelegerte organ. Denne må i så fall gi en omfattende adgang til å styre direkte, samt rutiner for rapportering, kontroll og tilsyn. Der det er tid kan tilbakekall av delegeringen være et aktuelt alternativ. Hvis kommunen ikke har sikret seg mot et erstatningskrav ved slikt tilbakekall, vil det imidlertid være mulig at kommunen vegrer seg. Derfor bør det avtales løsninger som sikrer kommunen en god mulighet til å styre. I motsetning til de historiske eksemplene på delegering til private foreninger og lag, mangler den nåtidige ofte demokratisk forankring. Kravet om et legitimt formål vil nok også kunne settes på spissen dersom formålet med delegeringen er rent økonomisk.<sup>98</sup>

Et annet, men relatert, spørsmål oppstår der det offentlige er eier av selskap. Er disse eierstyringsmulighetene tilstrekkelige til at delegeringen kan aksepteres? Spørsmålet er i liten grad omtalt, men svaret må variere utfra hvilken organisasjonsform som er valgt. For eksempel er det representantskapet i et interkommunalt selskap som treffer vedtak om hva selskapet skal gjøre.<sup>99</sup> Styringsmulighetene til en kommune er derfor begrenset til å la seg representere i styret. Hvis kommunen delegerer til dette selskapet har de derfor bare styringsmuligheter i den utstrekning de har flertall i representantskapet. Alternativet blir da å inngå en avtale som spesifiserer styringsmulighetene.

Annerledes blir det der det delegerende organ har majoritet, for eksempel i statsforetak etter statsforetaksloven, særlovsselskaper som helseforetak, eller statlige aksjeselskap.<sup>100</sup> Der kan det likevel oppstå komplikasjoner dersom eieransvaret ligger hos et annet organ enn det organet som ønsker å delegerere. Dette kan være en aktuell problemstilling der et departement har eieransvar for et foretak, mens et annet ønsker å delegerere til selskapet. I så fall må det delegerende organ sørge for at de kan styre via dialog med det ansvarlige organet, samt avklare hvem som har ansvar for kontrollen med bruken av myndigheten. Et annet alternativ er igjen å avtale direkte med selskapet.

---

<sup>98</sup> Sml. note 75.

<sup>99</sup> Se lov, 29. juni 1991 nr. 1 om interkommunale selskaper, §§ 6–9.

<sup>100</sup> Se lov 30. august 1991 nr. 71 om statsforetak, lov 15. juni nr. 93 om helseforetak.

Uavhengige organer er et spesielt tilfelle, men som i praksis trolig har stor betydning.<sup>101</sup> Utgangspunktet er at man må etablere en styringsrelasjon mellom det delegerende og det uavhengige organet, noe som forutsetter at det uavhengige organet samtykker til delegeringen. Dersom slikt samtykke gis er ikke delegeringen et åpenbart problem, ettersom styringen bare vil omfatte den aktuelle myndigheten. Det er samtidig viktig å fremheve at EØS-retten kan kreve «full uavhengighet» for visse forvaltningsorganer. Da er det ikke sikkert at man kan akseptere at delegeringen skaper en slik delvis uavhengighet.<sup>102</sup> Som Backer-utvalget fremhever kan slik delegering også uthule den reelle uavhengigheten til et organ som skal være uavhengig etter lov, og dette kan sette kravet til et legitimt formål på spissen.<sup>103</sup>

Samtidig er det en annen og vesentlig grunn til at delegering til organer som skal være helt uavhengige, er problematisk. Styringen *må* nemlig være begrenset til å gjelde den aktuelle myndigheten for å bevare uavhengigheten, noe som i seg selv er problematisk (nedenfor). Et annet problem kan være at det delegerende organ lar være å styre, av frykt for å «uthule» uavhengigheten. Den tette kontrollen og styringen som delegering utenfor unntakene krever, står i sterk motsetning til flere aspekter ved uavhengige organer, og gjør slik delegering betenkelig.

Det siste typetilfellet hvor styringslinjen er irregulær er der etater som er administrativt underlagt ett departement, blir gitt oppgaver på andre departementers saksområder. I alle disse tilfellene vil instruksjonsmyndigheten være begrenset, men Lovavdelingen og rettspraksis har langt på vei akseptert det likevel.<sup>104</sup> Spesielt gjelder dette «generalist»-organer, som politiet og Fylkesmannen. Dette kan forsvares ved at samtykke til styring innhentes fra det overordnede organ, som gjerne vil være tilfellet der flere departementer delegerer 'sammen'.

Avslutningsvis er det verdt å bemerke at mer generelle momenter som rettssikkerhet vil finne en mer naturlig plass som støttemomenter i en slik kontroll- og styringsvurdering. Sterkere behov for rettssikkerhet kan da bli møtt med sterkere krav til kontroll.

Som vist må altså graden av styringsmuligheter være det sentrale vurderingstemaet. Klare og generelle konklusjoner er det imidlertid ikke grunnlag for. Normen bør være at det overordnede organ har instruksjonsmyndighet over lovtolkning, saksbehandlingen og skjønnsutøvelsen, og faktisk benytter dette aktivt for å sørge for en forsvarlig bruk av myndigheten.

Men dette aspektet kan ikke alltid være tilstrekkelig. Der klageordningen forandres slik at det organet som delegerer blir klageinstans, kan dette være problematisk dersom klageordningen var særskilt bestemt. Det er også mulig at det organet som delegerer har et organ over seg som

---

<sup>101</sup> Omfanget av slik hel- eller deluavhengighet er stort. Difi, Difi Rapport: *Uavhengig eller bare uavklart?*, 2012, og DiFi: *Fortsatt uavhengig? En kartlegging av uavhengige myndighetsorganer*, 2017, legger til grunn at en betydelig andel av norske offentlige organer har en formell eller uformell uavhengighet.

<sup>102</sup> Tilsvarende Fredriksen, Hallvard Haukeland og Eriksen, Christoffer Conrad: *Norges Europeiske forvaltningsrett*, Universitetsforlaget 2019, s. 183—184 som kritiserer departementets oppfattelse av at NVEs delvise uavhengighet er tilstrekkelig etter EØS-rettens krav.

<sup>103</sup> Se NOU 2019: 5 s. 213—214.

<sup>104</sup> Se ovenfor.

ønsker å være klageinstans for på den måten å kunne føre kontroll, og delegeringen kan av den grunn være problematisk. Videre må man sikre muligheten til omgjøring av beslutninger.

Samtidig bør ikke den rettslige siden av styringen være det eneste relevante. Det vil også være sentralt å spørre om det overordnede organ kan bestemme over prioriteringen av saker, for eksempel ved å fastsette mål og resultatkrav. Det er verdt å merke seg at stykkprisfinansiering ved avtaler med private (for eksempel at man får betalt per vedtak), kan skape uheldige insentiver som resulterer i uforsvarlig saksbehandling. Videre gjør muligheten til å pålegge krav til planlegging, rapportering og internkontroll delegeringen mer forsvarlig. I (fylkes)kommunal sektor er internkontroll pålagt for kommunens egne etater, og man bør derfor stille et krav til at tilsvarende ordninger avtales ved delegering til private. Her bør man ikke akseptere et argument om at mer kontroll øker kostnaden av avtalen med den private. Kontrollen bør i utgangspunktet være like god som ved delegering innad i kommunen.<sup>105</sup>

## 2.7 Konklusjon

I denne artikkelen har jeg argumentert for at graden av styringsmuligheter vil være det sentrale kriteriet for å akseptere et unntak fra utgangspunktene i delegeringsreglene. Dette begrunnes primært i at en slik vurdering står sentralt i flere høyesterettsdommer og andre rettskilder, men også ved at aktiv styring er den viktigste forutsetningen for å unngå uønskede konsekvenser av en delegering. Dersom mulighetene for aktiv styring mangler eller er for begrensede, vil delegeringen kunne underkjennes.

Terskelen for slik underkjenning bør ligge lavt. Selv om artikkelen har viet mest tid til spørsmålet om fordeling av *primærkompetanse*, så er det likevel klart at spørsmål om fordeling av *delegeringskompetanse*, fortjener langt mer oppmerksomhet.

Forvaltningslovutvalget foretar sine drøftelser i NOU 2019:5 på bakgrunn av hva som er hensiktsmessig fordeling av den siste. Utvalget undervurderer trolig hvor store unntak som reelt sett er gjort, og konsekvensene kan bli at praksis uthuler forslaget med sine 'praktiske behov' på ny, dersom det skulle bli vedtatt. Ett eksempel er at utvalgets forslag til lovregulering av delegering til kommuner vil gi et forbud mot at staten delegerer til kommuner på bakgrunn av kommunens samtykke.<sup>106</sup> Formålet med innstrammingen utvalget foreslår er å kreve en mer bevisst fordeling av delegeringskompetanse fra de øverste statsmakter. Klare kompetansefordelinger er et viktig hensyn, som også kan begrunne de strenge krav til styring jeg har argumentert for ovenfor. Det forutsetter imidlertid at overordnede organer tar de komplekse spørsmålene om denne fordelingen på alvor, noe de historisk ikke alltid har gjort. En slik grundighet var i alle fall ikke synlig ved departementets behandling av den nye kommuneloven, og det kan indikere at problemet vil vedvare, også med ny forvaltningslov.

---

<sup>105</sup> Som Bernt godt fremhevet er det lett å glemme seg bak budsjettstringensen, se Bernt, Jan Fridtjof: «Kan kommunalt selvstyre og rettssikkerhet forenes?» i *Lov og Rett*, 1994 s. 67–92 s. 89.

<sup>106</sup> Se Oslo kommune: *Høringssvar fra Oslo Kommune*, 2019, som kritiserer utvalget på dette punkt.