

Delegering

Et kritisk bidrag til rettsvitenskapens tenkning om forvaltningens organisering

Tarjei Ellingsen Røsvoll

Avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.)
Universitetet i Bergen
2024

UNIVERSITETET I BERGEN



Delegering

Et kritisk bidrag til rettsvitenskapens tenkning om
forvaltningens organisering

Tarjei Ellingsen Røsvoll



Avhandling for graden philosophiae doctor (ph.d.)
ved Universitetet i Bergen

Disputasdato: 14.06.2024

© Copyright Tarjei Ellingsen Røsvoll

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverkslovens bestemmelser.

År: 2024

Tittel: Delegering

Navn: Tarjei Ellingsen Røsvoll

Trykk: Skipnes Kommunikasjon / Universitetet i Bergen

Førord

Avhandlingen har først og fremst blitt til på grunn av Ingvild Blindheim Hole, som har gitt meg støtte, og vært en faglig sparringspartner hele veien. Takk særlig for all den teksten du har lest, kommentert og diskutert med meg. Det har vært avgjørende. Takk også til lille Åse som kom mot slutten av arbeidet for all glede du har gitt, og motivasjon til omsider å kunne legge ting bak meg.

Bjørn Henning Østenstad har vært hovedveileder for prosjektet. Spesielt vil jeg takke for hjelpen med å se de strukturelle sammenhengene i stoffet, og en kontinuerlig støtte til mine forsøk på å pakke meg ut av etablerte rammer. Østenstad har også holdt prosjektet i ørene på en måte som har gitt både kreativitet og fremdrift, dyttet på alle de riktige punktene, og krevd de riktige presiseringene.

Inger-Johanne Sand har fungert som biveileder og en viktig diskusjonspartner om teoretiske spørsmål, som har hjulpet meg å se kompleksitet på en helt annen måte enn jeg ellers ville. Jo lenger jeg har kommet i arbeidet, jo mer har jeg sett betydningen av den innsikten. Avhandlingens gang gjennom alt for mange, men helt nødvendige dimensjoner, skylder jeg Sand en stor takk for.

Takk også til Universitetet i Bergen som har latt meg drive med dette arbeidet i så lang tid, herunder forskergruppene i forvaltningsrett, rettsstat, rettsteori og rettskultur, som har vist interesse for og gitt innspill til prosjektet. Alle i femte etasje, samt lunsjdeltakere, skylder jeg mye. Takk spesielt til Per Morten som har vært innom kontoret mitt stort sett hver eneste dag, gjort hverdagen hakket mer problematisk, men også vært en svært nyttig diskusjonspartner. Bibliotekets ansatte og stipendiatmiljøet har også gitt viktige sosiale og faglige arenaer med viktige bidrag til utviklingen av prosjektet. En viktig person har også vært Ingrid Marie Myklebust, som jeg kom inn på fakultetet sammen med. Det er veldig trist at vi ikke går ut herfra også.

Jørn Jacobsen og Synne Sæther Mæhle har lenge vært diskusjonspartnere om metode, og begge har lest utkast til metodekapittel, samt støttet prosjektet på andre måter. Sanne Taekema har også stilte gode spørsmål til rett tid. Magne Strandberg har også gitt gode innspill om erstatningsrettslige spørsmål.

Andrea Grønningsæter har lagt mye arbeid i å gi innspill på teorikapittelet, og har vært en viktig støtte til å holde på prosjektets kritiske dimensjoner gjennom våre kaffediskusjoner. Martin Mindestrømmen og Marius Mikkel Kjølstad har også gitt verdifulle bidrag til hele teori- og metodekapittelet, særlig i innsputtsfasen. Ikke minst skal de ha takk for gode år med lesesirkel. Takk også til Tomas Midttun Tobiassen, som jeg har diskutert mye metode med, og som har gitt innspill på utkast til metodekapittelet.

Prosjektet har også fått viktige innspill fra flere personer underveis. Midtveiseevaluator Mikael Rask Madsen gav et sårt trengt spark bak, og gjorde at prosjektet fikk en riktig retning videre. Takk også til Jon Christian Nordrum og de andre som kommenterte et utkast til kapittel 4 i oktober 2022, og bidro til å løfte diskusjonen enda et hakk. Særlig takk til Nordrum for anbefalingene til litteratur, som etter hvert ble definerende for prosjektet. Det var også svært verdifullt å bli tatt på alvor av miljøet ved SPS ved OsloMet, særlig Anders Molander, som kommenterte et utkast til deler av teorikapittelet.

Selma Fosså Bunæs har gitt nyttige kommentarer og lest korrektur på teksten. Kristin Skoge har gjort det samme, og hjulpet meg med å strukturere kildene. De feil som fortsatt gjenstår, er utelukkende mitt ansvar.

Innholdsfortegnelse

Forord.....	1
Innholdsfortegnelse.....	3
Sammendrag.....	18
Summary	22
1 Innledning.....	26
1.1 Delegering mellom interne strukturer og eksterne utfordringer	26
1.1.1 En innledende skisse av avhandlingens målsetning og bidrag til forvaltningsretten.....	26
1.1.2 Historisk og forvaltningsrettslig bakteppe: Organisering som et praktisk spørsmål.....	27
1.1.3 Samfunnsmessig og teoretisk bakteppe: Delegering og demokratiske problemer.....	31
1.1.4 Problemstillinger.....	34
1.1.5 Tidligere rettsvitenskapelig forskning: Spesifisering og videreutvikling av de rettsdogmatiske problemene.....	37
1.1.6 Avgrensninger og presiseringer	45
1.2 Enkelte terminologiske spørsmål og begrepsmessige utgangspunkter	46
1.2.1 Delegering eller delegasjon? Delegant og delegatus eller det delegerende organ og delegat?.....	46
1.2.2 Tildeling, overføring, overlatelse av ansvar/myndighet	47
1.2.3 Forholdet mellom begrepene delegering og organisering	48
1.3 Sammenhengen mellom de ulike teoretiske, metodiske og rettsdogmatiske diskusjonene	49
1.3.1 Juridiske og samfunnsvitenskapelige begrep om makt, delegering og organisering	49
1.3.2 Hvordan kan makten delegering skaper legitimeres?	50

1.3.3	Retten som styringsinstrument og den juridiske metode som grensen for det juridiske arbeid	51
1.3.4	De alminnelige delegeringsreglene	52
1.4	Om avhandlingens publikum og leseveiledning	53
2	Teori	55
2.1	Teoretiske problemstillinger: Uklarhet om hva som er, og hva som bør være....	55
2.2	Former for makt i forvaltningens organisering	57
2.2.1	Hvilken makt skaper delegering i et juridisk perspektiv? Det juridiske begrepet om delegering	57
2.2.2	Økonomisk prinsipal-agent-teori	61
2.2.3	Kapasitet og agens-risiko: Politisk orientert PA-teori og instrumentell organisasjonsteori	67
2.2.4	Forbi prinsipaler og agenter: kompleksitet og institusjoner	71
2.2.5	Begrensningene til kompleksitetsperspektivet: Behovet for et begrep om strukturell makt.....	74
2.2.6	Et begrep om makt som inkluderer emergente egenskaper ved maktforholdet: upersonlig makt	76
2.2.7	Det strukturelle nivåets <i>forrang</i>	80
2.2.8	Sosiale systemer, kommunikativ differensiering og faglige egenlogikker...	82
2.2.9	Styringsteknologier og forvaltningens institusjonelle materialitet	87
2.2.10	Oppsummering	95
2.3	Analyse på institusjonelt nivå: Eksempler	96
2.3.1	Innledning	96
2.3.2	Forvaltningsorganets form og betydningen av retten som styringsteknologi	97
2.3.3	Skillet mellom teknikk og politikk — fristilling og direktoratspolitikken .	100
2.3.4	Korporatismen.....	102

2.3.5	Kritikken av regelstyring og nye former for autonomi	105
2.3.6	Mål- og resultatstyring	110
2.3.7	Risikostyring	113
2.3.8	Omorganisering	114
2.3.9	Markeder og privatisering	116
2.3.10	Diskusjon og oppsummering	117
2.4	Legitimitet	120
2.4.1	Innledning til problemstillingen	120
2.4.2	Hvorfor delegere? Utgangspunkter	121
2.4.3	Faglig makt som midler i demokratiets tjeneste	122
2.4.4	Demokratisk legitimitet: Autorisering	125
2.4.5	Demokratisk legitimitet: Ansvarliggjøring	128
2.4.6	Ekspertisens faktum og faglig forsvarlighet	134
2.4.7	Et begrep om demokratisk egenverdi	138
2.4.8	Oppsummering	146
2.5	Retten	147
2.5.1	Retten mellom autonomi og selvbestemmelse	147
2.5.2	Retten som norm. Rettspositivisme og institusjonell positivisme	147
2.5.3	Retten som jurister. Rettsrealismen	150
2.5.4	Retten som lukket system. Systemteori	153
2.5.5	Lagdelt rett. Kritisk rettspositivisme	156
2.5.6	Rett som materialitet. Materialistisk teori	157
2.5.7	Særlig om legitimitet og tilsløring av upersonlig makt	161
2.5.8	Oppsummering	164
2.6	Oppsummering	164

3	Metode.....	166
3.1	Delegeringsbegrepet og begrepsanalyse som begrunnelse for å velge noen løsninger fremfor andre.....	166
3.1.1	Overgang fra kapittel 2	166
3.1.2	Muligheten for å begrunne flere løsninger og behovet for presisering av rettsdogmatisk metode.....	166
3.1.3	Nærmere om hva jeg mener med begrepsanalyse: Institusjonell begrepsanalyse.....	169
3.2	Kritikken av begrepsanalyse	171
3.3	Er begrepsanalyse unødig formalisme?	174
3.4	Hva er begrepsanalysens grunnlag? Om forholdet til skillene mellom lata, sentientia og ferenda.....	177
3.4.1	Vitenskapelig eller juridisk begrunnelse for metodiske valg?.....	177
3.4.2	«Vitenskap» som slør for interesseavveininger?	184
3.4.3	Hvorfor begrepsanalyse, i et vitenskapelig perspektiv?	186
3.4.4	Oppsummering.....	189
3.5	Hva er begrepsanalyse? Begrepers rolle i rettsanvendelsen	189
3.5.1	Leder begrepsanalyse oppmerksomheten vekk fra underliggende rettslige vurderinger?.....	189
3.5.2	Skillet mellom positiv og gjeldende rett, tolkning og argumentasjon	191
3.5.3	Begrepers funksjon i rettsanvendelsen. Skillet mellom det operative og det gyldige	193
3.5.4	Begreper som grunnlag for problemformulering	196
3.5.5	Argumenter med begrepet som familielikhet	198
3.5.6	Begrepets funksjon for å ivareta systematikk	199
3.5.7	Begrepsanalyse og å forsvare en konstruksjon	200

3.5.8	Begrepsanalyse som tilsnikelse av juridisk innflytelse og immanent kritikk som løsning.....	204
3.6	Om kildebruk	208
3.7	Oppsummering.....	209
4	Begrepet om delegering og organisering av forvaltningsvirksomhet, og kravet til personell hjemmel	210
4.1	Problemstilling og tidligere litteratur.....	210
4.1.1	Metodisk innledning	210
4.1.2	Tidligere litteratur	210
4.1.3	Skisse av problemstillingene videre.....	213
4.2	Hva er omfanget av delegeringsbegrepet?.....	214
4.2.1	Utgangspunkter og presisering av problemet	214
4.2.2	Det tradisjonelle forvaltningsrettslige perspektivet på organisering: Vedtaksbegrepet og myndighetsutøvelse	215
4.2.3	Det instrumentelle begrepet om organisering som det tradisjonelle begrepets grunnlag.....	218
4.2.4	En alternativ tilnærming: Organisering av det offentliges ansvar og oppgaver som et forvaltningsrettslig spørsmål.....	225
4.2.5	Et utvidet delegeringsbegrep brukes der det passer og får ikke merkelige utslag 228	
4.2.6	Oppsummering.....	233
4.3	Begrepet personell hjemmel og det personelle hjemmelskravet.....	234
4.3.1	Personell hjemmel som svar på det personelle spørsmål.....	234
4.3.2	Kort om virkningene av mangel på ulike typer personell hjemmel.....	237
4.3.3	Et krav om personell hjemmel?	239
4.3.4	Grensen til anskaffelsesretten og anskaffelser som grunnlag for personell hjemmel?	242

4.3.5	Er det personelle hjemmelskravet en del av legalitetsprinsippet?	245
4.3.6	Må man avgrense det personelle hjemmelskravet nedover?.....	247
4.3.7	Må personelle hjemler utformes med en bestemt grad av presisjon?	248
4.3.8	Er formuleringen vid nok?	249
4.3.9	Oppsummering.....	251
4.4	Tolkning av personelle hjemler.....	251
4.4.1	Eksempler på ulike måter personelle hjemler angis på i lovgivning og delegeringsvedtak	251
4.4.2	Tolkning av personelle hjemler i lys av muligheten til å delegere	255
4.4.3	Institusjonell oppbygning som argument i tolkningen.....	257
4.4.4	Sakens viktighet, prinsipielle eller politiske karakter	259
4.4.5	Faglighet og rettsikkerhet (utgangspunkt).....	264
4.4.6	Oppsummering.....	269
4.5	Noen systematiske spørsmål i forlengelsen av det personelle hjemmelskravet	269
4.5.1	Hva er relasjonen mellom det personelle hjemmelskravet og det materielle hjemmelskravet.....	269
4.5.2	Grensetilfellet: Lovgivning via henvisning	273
4.5.3	Kravet om personell hjemmel og den ulovfestede delegeringslæren	276
4.6	Oppsummering og konklusjon.....	277
5	Rettsgrunnlag for delegering	279
5.1	Innledning	279
5.1.1	Metodisk innledning	279
5.1.2	Problemstilling og tidligere litteratur.....	279
5.1.3	Om sammenhengen mellom dette kapitlet og senere kapitler	280
5.2	Begrepene delegering og organisering ved spørsmål om delegeringsadgang: Særlig om formålet med å delegere	281

5.2.1	Hva er formålet ved å delegere? Dekonstruksjonen av delegeringsbegrepet i den norske diskusjonen.....	281
5.2.2	Hva er formålet med å delegere? Et behovet for mer sammensatte vurderinger av organisering	283
5.2.3	Hva er formålet med organisering? Uklarheten i begrepet om organisasjoners formål	287
5.2.4	Hvorfor er det vanskelig å ha et mer sammensatt begrep om organers formål?	290
5.2.5	Oppsummering.....	294
5.3	Strukturering av de alminnelige reglene	295
5.4	Hvem har normalt delegeringsadgang? Delegering nedover i sentralforvaltningen	297
5.4.1	Regjeringens kompetanse til å delegere: Grl. § 3	297
5.4.2	Innholdet i Grl. § 3 og det institusjonelle perspektivet på Grl. § 3.....	298
5.4.3	Delegering til andre rettssubjekter i forvaltningspraksis	301
5.4.4	Om andre statlige forvaltningsorganers kompetanse til å delegere <i>eller</i> delegering av Regjeringen og andres kompetanse til å delegere.....	302
5.4.5	Videredelegering.....	304
5.4.6	Intern delegering, kollegiale organer og hva er samme organ.....	305
5.4.7	Hvor langt rekker de hierarkiske utgangspunktene? Særlig om delegering av saksbehandlingsoppgaver	309
5.4.8	Oppsummering.....	316
5.5	Hvem har normalt delegeringsadgang? Kommunalforvaltningen: Kommune-loven §§ 5-3 og 5-4	316
5.5.1	Utgangspunkter	316
5.5.2	Bakteppe: liberaliseringen av kommunenes adgang til å delegere i 1992 ..	317
5.5.3	Delegeringsadgang etter kommunel. § 5-3	318

5.5.4	Delegering ut av kommunen: Kommuneleven § 5-4.....	320
5.5.5	Tolkningen av kommuneloven § 5-4 annet ledd: Kan kommunen i utgangspunktet delegerer eksternt?.....	322
5.5.6	Organisering av oppgaver og delegering ut av kommunen etter kommuneloven av 1992	326
5.5.7	Oppsummering.....	328
5.6	Den ulovfestede delegeringslæren	328
5.6.1	Innledning	328
5.6.2	Utviklingstrekk: Høyesterett om delegeringsadgang og drivkraft bak den ulovfestede delegeringslæren	329
5.6.3	Oppsummering.....	333
5.7	Utgangspunkter til en substansiell vurdering av delegeringsadgang	333
5.7.1	Oppsummering og veien videre: Hvordan tenke om begrensningene på den tilsynelatende omfattende adgangen til å delegerer?.....	333
5.7.2	Formålet med å delegerer må være å løse en oppgave bedre enn det delegerende organet selv ville ha gjort	335
5.7.3	Fordeler ved å delegerer: Delegaten er organisert med sikte på å løse denne typen oppgaver, «praktiske behov» og «kapasitet og kompetanse»	338
5.7.3.1	Faglig skikkethet: har organet den riktige kompetansen?.....	338
5.7.3.2	Økonomisk kapasitet: har organet de materielle og personelle forutsetningene for å løse oppgaven?	341
5.7.3.3	Juridisk stilling: har organet de nødvendige rettslige tillatelser, kompetanser, og kan disse eventuelt delegeres?	342
5.7.3.4	Oppsummering av minstekrav	343
5.7.3.5	Praktiske behov eller avlastning som begrunnelse for å delegerer	343
5.7.3.6	Arbeidsdeling i forvaltningen: Delegering med formål om å hente inn kapasitet og kompetanse som det delegerende organ mangler.....	346

5.7.4	Ulemper ved delegering: Demokratisk underskudd, styringsproblemer og andre uintenderte konsekvenser som vil oppstå	348
5.7.4.1	Overføring av politiske beslutninger til faglige nivåer kan skape demokratiske underskudd	348
5.7.4.2	Forsøker delegeringen å løse (strukturelle) problemer som egentlig burde vært underlagt politisk behandling?	349
5.7.4.3	Samordningsproblemer	351
5.7.4.4	Blir berørte eller på andre måter relevante parter fortsatt hørt etter delegeringen? Kort om forholdet til fvl. § 37	353
5.7.4.5	Kollisjon mellom ulike formål	355
5.7.4.6	Hvilke muligheter for styring har det delegerende organ?	357
5.7.4.7	Andre momenter, kompleksitet, omfang, inngrep	360
5.7.5	Oppsummering	360
5.8	Selve beslutningen om å delegere	361
5.8.1	Saksbehandlingskrav til delegering	361
5.8.2	Formkrav til delegeringer	366
5.9	Oppsummering	367
6	Virkningene av delegering innenfor ulike ansvarsformer	369
6.1	Innledning og problemstilling	369
6.1.1	Metodisk innledning	369
6.1.2	Delegering og ansvarsbegrepet: Tidligere litteratur og et normativt utgangspunkt	369
6.1.3	Ansvarsbegrepet: Differensierte ansvarsformer	372
6.1.4	Første problemstilling: Kan man overlate eget ansvar til delegaten? Skillet mellom kravet til gjennomføring og kravet til beslutningen	374
6.1.5	Annen problemstilling: Hvordan kompenseres de ulike ansvarsformene for at ansvar kan overlates?	379

6.1.6	Avgrensninger.....	383
6.2	Konstitusjonelt ansvar.....	384
6.2.1	Om riksstettens rolle.....	384
6.2.2	Utviklingslinjer: Forsøkene på å kompensere for at statsråden delegerer ..	386
6.2.3	Kosmo-utvalgets reform i 2007	389
6.2.4	Riksstettens jurisdiksjon: «Konstitusjonelle plikter».....	391
6.2.5	Konstitusjonelt ansvar og delegering.....	398
6.2.6	Oppsummering.....	401
6.3	Parlamentarisk ansvar	401
6.3.1	Påvirker delegering anledningen til å bruke det parlamentariske ansvaret?	401
6.3.2	Det parlamentariske ansvaret som ansvar for statens strukturelle makt	403
6.3.3	Oppsummering.....	408
6.4	Ansvar for gyldigheten av forvaltningsvedtak.....	408
6.4.1	Prosessretten som ramme for forvaltningens ansvar for gyldigheten av egne vedtak	408
6.4.2	Skal man saksøke «siste instans» eller «klageorganet»?	410
6.4.3	Kan man noen gang saksøke det delegerende organ hvis dette ikke er direkte involvert i saken?.....	412
6.4.4	Oppsummering.....	415
6.5	Erstatningsansvar	415
6.5.1	Innledning og omtale av forholdet mellom de erstatningsrettslige og forvaltningsrettslige hensynene	415
6.5.2	Kort om grunnvilkårene skade og årsakssammenheng.....	417
6.5.3	Skadeserstatningsloven § 2-1, arbeidsgiveransvaret eller ansvar for virksomhet	419
6.5.4	Arbeidsgiveransvar for manglende kontroll med delegater	422

6.5.5	Identifikasjonsbegrepet og ulike grunnlag for identifikasjon	426
6.5.6	Oppdragsgiveransvar for delegaters skadegjørende handlinger	427
6.5.7	Argument fra analogi til kontraktsmedhjelperansvar	433
6.5.8	Sammenfatning, vurderinger og konklusjon.....	436
6.5.9	Særskilt om oppreisningserstatning og organansvar.....	437
6.5.10	Regress mellom delegerende organ og delegat	440
6.5.11	Oppsummering	442
6.6	Foretaksstraff	443
6.7	Derogative virkninger av delegering.....	444
6.7.1	Problemet: Delegaten kan få ansvar uten å måtte respektere de samme kravene som det delegerende organ	444
6.7.2	Hvorfor kreve at derogatoriske virkninger unngås?	446
6.7.3	Legislativ håndtering av derogatoriske virkninger	448
6.7.4	Håndtering av derogatoriske virkninger i rettsanvendelsen.....	449
6.7.4.1	Alternativene.....	449
6.7.4.2	Anskaffelsesreglene som eksempel på derogatoriske virkninger ved delegering	451
6.7.4.3	Offentlighetsloven som eksempel på derogatoriske virkninger ved delegering	453
6.7.4.4	Andre eksempler på derogatoriske virkninger ved delegering	454
6.7.5	Oppsummering.....	455
6.8	Oppsummering.....	456
7	Det delegerende organs hierarkiske ansvar for sin delegat	458
7.1	Innledning: Ansvar, styring og kontroll.....	458
7.1.1	Metodisk innledning	458

7.1.2	Krav om styring og kontroll som mekanisme for å forhindre at ansvar overlates	458
7.1.3	Tidligere behandling i juridisk litteratur	459
7.2	Begrepet om hierarkisk ansvar i en moderne forvaltningsstruktur	462
7.2.1	Utgangspunkt: Differensieringen av den hierarkiske styringsformen	462
7.2.2	Begrepene om styring, kontroll og styringsteknologier	467
7.2.3	Det hierarkiske ansvaret	470
7.2.3.1	Første problem: Styring som brekkstang for statsrådsansvar	470
7.2.3.2	Annet problem: Spaltningen mellom faglig-juridisk og økonomisk-administrativ styring	473
7.2.3.3	Første aspekt: Delegeringen som ramme	476
7.2.3.4	Annet aspekt: Et ansvar for å sikre friheten til delegaten	477
7.2.3.5	Foreløpig oppsummering	480
7.2.3.6	Styringsprofesjonenes rolle og politiske aktører	480
7.3	Rettslige utgangspunkter	482
7.3.1	En alminnelig regel om at delegering skaper et hierarkisk ansvar?	482
7.3.2	Hvordan skal det delegerende organs hierarkiske ansvar håndheves? Institusjonelle spørsmål	486
7.3.3	Stortingets håndheving av det delegerende organs hierarkiske ansvar	490
7.4	Kontroll	492
7.4.1	Problemstillingen	492
7.4.2	Hvilken informasjon må innhentes?	493
7.4.3	Det delegerende organs evne til å evaluere informasjonen	496
7.4.4	Eksempel: Oslo kommunes tilsyn med tjenester etter hol. kapittel 9	498
7.4.5	Effektivisering av kontrollen?	500
7.4.6	Oppsummering	502

7.5	Styring.....	503
7.5.1	Problemstilling.....	503
7.5.2	Klagebehandling og omgjøring.....	503
7.5.2.1	Innledning	503
7.5.2.2	Klage- og omgjøring som styringsinstrument.....	503
7.5.2.3	Forskyvning av organet som behandler klager	505
7.5.2.4	Oppsummering.....	508
7.5.3	Instruksjonsmyndighet.....	509
7.5.3.1	Innledning	509
7.5.3.2	Hvor mye instruksjonsmyndighet må delegaten ha?	511
7.5.3.3	Skaper delegering instruksjonsmyndighet?	515
7.5.3.4	Hvordan avgjøre hvem som har instruksjonsmyndighet?.....	518
7.5.3.5	Hvordan kan delegerende organ skaffe nødvendige kompetanser til å innfri sitt ansvar?	522
7.5.3.6	Kontraktbasert styring og tolkning av kontrakter i lys av det delegerende organs ansvar	525
7.5.3.7	Standardisering av skjønn som styringsteknologi: Instrukser og forvaltningsrettslig ‘soft law’	530
7.5.3.8	Oppsummering.....	535
7.5.4	Styring via økonomiske tiltak	536
7.5.5	Styring via insentiver	537
7.5.6	Oppsummering.....	541
7.6	Oppsummering: Minstekrav	541
7.7	Retningslinjer for vurderingen av om det delegerende organs ansvar er ivaretatt	
	542	
7.7.1	Problemstillingen	542

7.7.2	Politisk fastsetting av ansvaret: Uavhengighet og grader av slik — en kort begrepsmessig diskusjon	543
7.7.3	Tolkning av rettslig grunnlag for uavhengighet.....	546
7.7.4	Typen organ som moment ved vurderingen av ansvars omfang	550
7.7.5	Eksisterende kontrollordninger som grunnlag for modifikasjon av det delegerende organs ansvar. Det delegerende organs ansvar som et ansvar i siste instans. 557	
7.7.6	Omfanget og formålet med delegeringen	561
7.7.7	Foreløpig oppsummering	562
7.7.8	Om «risikobasert styring» som grunnlag for å ivareta det delegerende organs ansvar	563
7.7.8.1	Vil risikobasert styring være tilstrekkelig til å ivareta det delegerende organs ansvar?	563
7.7.8.2	Risikobegrepet	565
7.7.8.3	Fare for negative konsekvenser	566
7.7.8.4	Usikkerhet og sannsynlighet	568
7.7.8.5	Risikoanalyse som struktur for å foreta prioriteringer	571
7.7.8.6	Oppsummering	573
7.7.9	Oppsummering	574
7.8	Oppsummering	574
8	Konklusjon	576
8.1	Oppsummering	576
8.1.1	Problemstillingene, og sammenhengen mellom dem	576
8.1.2	Delegeringsbegrepets omfang og personelle hjemler	577
8.1.3	Rettslige grunnlag for delegering	577
8.1.4	Forvaltningens differensierte ansvar	579

8.1.5	Det delegerende organs ansvar for å styre og kontrollere sin delegat	581
8.2	Delegeringsbegrepet: Et begrep om å organisere langs hierarkiske linjer.....	584
8.3	Faglig makt, politisk makt, styringsprofesjonenes makt og den strukturelle makten i innretningen av forvaltningens organisering.....	586
Kilder.....		590
Litteratur.....		607

Sammendrag

Avhandlingen tar sikte på å bidra til en kritisk analyse av de alminnelige reglene om delegering i norsk forvaltningsrett, ved å utvikle et mer sammensatt og nyansert begrep om organisering.

Kapittel 1 skisserer et demokratisk paradoks. Delegering er på den ene siden nødvendig for å håndtere demokratiske målsetninger. Samtidig skaper delegering større avstand mellom de demokratiske nivåene og virksomhetene som skal innfri ambisjonene. Kapittelet gir en oversikt over litteratur som fremhever nye utfordringer for demokratiet. Kapittelet skisserer rettsvitenskapelig forskning om delegering og organisering. Innledningen problematiserer om de tradisjonelle forvaltningsrettslige begrepene fanger opp de nye utviklingstrekkene, men peker samtidig på at utviklingen i noen grad er styrt av retten selv.

Avhandlingens hovedproblemstilling formuleres som hva de alminnelige delegeringsregler i norsk rett er, som plasserer avhandlingen innenfor en rettsdogmatisk ramme. Det presiseres deretter at problemet skal besvares i lys av to underproblemstillinger: Den første er hvordan delegeringsbegrepet har formet de alminnelige reglene. Den andre er hvilken makt delegering skaper, og hvordan denne makten blir legitimert.

Kapittel 2 er avhandlingens teorikapittel, og begynner analysen ved å spørre hvordan rettens begreper forstår makt i organisasjoner. Deretter analyseres grensene for den rettslige tenkningen om organisering. Retten har i noen grad overlatt til andre fag å analysere makt i organisasjoner. Avhandlingen gir derfor først et riss av instrumentelle teorier om makt i organisasjoner, ved hjelp av økonomi, statsvitenskap, politisk teori og organisasjonsteori. Instrumentelle teorier suppleres med teorier om hvordan institusjoner og kompleksitet vokser ut av organisering, og kan forstås som emergente virkninger av enkeltaktørers handlinger. Institusjonell teori og kompleksitetsteori suppleres deretter med materialistisk teori, som fremhever behovet for et begrep om strukturell makt, forstått som emergente egenskaper ved maktutøvelse. Materialistisk teori og kritisk systemteori gir også grunnlag for å forstå organisasjoners egenlogikk og institusjonelle materialitet, begreper som forsøker å forklare hvordan organisasjoner håndterer presset fra både kompleksitet og omkringliggende maktstrukturer. Disse begrepene bygger på en oppfatning om den strukturelle maktens forrang i moderne samfunn. Begrepene om institusjonell materialitet

og egenlogikk gir grunnlag for å foreta en begrenset institusjonell analyse av norsk forvaltningspolitikk. Punktet går særlig inn i forvaltningsorganet som organisasjonsform, samt retten, budsjettet, og etatsstyringen som styringsteknologier.

Kapittelet skifter deretter til å vurdere hvordan man kan legitimere den makten delegering skaper. Spørsmålet diskuteres i lys av etablert politisk teori om verdien av politisk representasjon og demokratisk legitimitet. Delegering kan særlig begrunnes i lys av behovet for demokratisk handlekraft, samtidig som avstanden mellom høyere og lavere nivåer kompenseres ved hierarkisk organisering. Samtidig ser avhandlingen til nyere litteratur som har fremhevet ekspertkunnskapens fallgruver, og behovet for særlige faglige kontrollmekanismer. Avhandlingen problematiserer samtidig at både retten og andre hierarkiske kontrollformer selv er bygget på en bestemt faglighet. Avhandlingen drøfter derfor også om retten kan bygge på en forestilling om de faglige nivåenes egenverdi.

Kapittel 3 diskuterer prosjektets metodiske rammer. Kapittelet bygger særlig på nyere metodelitteraturs vektlegging av rettsdogmatikkens vitenskapelige rolle, og nyanserer derfra rettsdogmatisk metode kan være. Særlig utvikler avhandlingen en type rettsdogmatisk metode i form av begrepsanalyse eller den konstruktive metode, som danner grunnlaget for den forutgående begrepsanalysen i kapittel 2, og senere skal være grunnlaget for begrepsanalyse i kapittel 4 til 7. Denne metoden tar utgangspunkt i en distinksjon mellom regler som gyldige og begreper som operative. Begreper fungerer da som en struktur for juristers konkrete rettsanvendelse. Begrepsanalysen innebærer å pakke ut hvordan gjeldende rett har blitt strukturert av et begrep som virker innenfor institusjonelle rammer. Samtidig peker kapittelet på behovet for kritisk refleksjon, og viktigheten av å se sammenhengen mellom begrepenes indre logikk og rettens rolle i samfunnet.

Kapittel 4 behandler delegeringsbegrepets omfang i et rettsdogmatisk perspektiv. Avhandlingen peker først på at omfanget langt på vei har vært definert i lys av kompetansebegrepet, og argumenterer for en mer nyansert og sammensatt tilnærming i lys av de forutgående diskusjonene om begrepet om organisering. Særlig peker avhandlingen på at velferds- og nettverksstatens organisasjonsformer faller utenfor kompetansebegrepets strukturer. Nyanseringen av begrepet gir også grunnlag for å vurdere om det gjelder en

alminnelig parallell regel til kravet om personell kompetanse, i form av kravet om personell hjemmel.

Kapittel 5 behandler det rettslige grunnlaget for delegeringsadgang i norsk rett. Først analyseres formålet med å delegere, som ses i lys av det mer sammensatte begrepet om organisering og styringsteknologier. Avhandlingen introduserer en nyanse ved å fremheve den mulige egenverdien i delegering til faglige nivåer, men problematiserer om retten kan fange opp denne egenverdien i sine egne systemer. Kapittelet foretar deretter en analyse av sentrale alminnelige delegeringsgrunnlag i norsk rett, som GrL § 3, kommuneloven §§ 5-3 og 5-4, den ulovfestede delegeringslæren, og læren om bistand i saksforberedelsen. Kapittelet viser at disse utgangspunktene kan tolkes i lys av at formålet med delegering er å ivareta en offentlig ansvarsoppgave bedre enn forut for delegeringen.

Kapittel 6 handler om forholdet mellom delegering og forvaltningsorganers ansvar. Kapittelet utvikler først begrepet om ansvar ved å peke på at forvaltningsorganer har flere ansvarsformer. Avhandlingen utvikler et begrep om differensiert ansvar og ser dette i sammenheng med fremveksten av flere ansvarsformer. Da kan man nyansere hvordan delegering påvirker ansvar, ut fra hvilket ansvar man diskuterer. Denne begrepsanalysen danner grunnlag for å vurdere hvordan ulike ansvarsformer har stilt krav som sikrer at det delegerende organ ikke kan overlate ansvar til sin delegat. Kapittelet behandler det konstitusjonelle, parlamentariske, sivilprosessuelle, erstatningsrettslige og strafferettslige ansvaret til forvaltningsorganer, for å illustrere. Kapittelet går også inn på virkningen av at delegering til et organ kan endre hvilke lover og regler som gjelder for den aktuelle virksomheten.

Kapittel 7 fortsetter diskusjonen om forvaltningsorganers ansvar, ved å pakke ut begrepet om delegerende organers hierarkiske ansvar. I lys av avhandlingens tidligere nyansering av begrepene om organisering, så utvikles det hierarkiske ansvaret som et ansvar om å oppnå to mål. Det første målet er å gi demokratisk forankring til de lavere nivåenes virksomhet. Det andre målet er å sikre disse nivåenes autonomi, både i møte med organets omgivelser, og fra det delegerende organs egen styring. Avhandlingen går deretter over til å vurdere en alminnelig regel om at delegering skaper et slikt hierarkisk ansvar, og diskuterer utgangspunktene for en slik vurdering. Blant annet går kapittelet inn i spørsmål om

instruksjonsmyndighet og uavhengige organer, kontraktsstyring av offentlig virksomhet, institusjonell forrykning av klageadgang, etatsstyring, kontroll og styring via indikatorer og insentiver, og risikobasert styring.

Kapittel 8 konkluderer ved å peke på de nære sammenhengene mellom delegeringsreglene og forvaltningspolitikk på den ene siden, og den juridiske tenkningen om organisering og rettens rolle i samfunnet på den andre siden.

Summary

The dissertation aims to contribute to a critical analysis of the general rules on delegation in Norwegian administrative law by developing a more complex and nuanced concept of organization.

Chapter 1 outlines a democratic paradox. Delegation is necessary to achieve democratic goals, while also creating greater distance between democratic levels and organizations. The chapter surveys literature highlighting democratic problems resulting from the expansion of state power, reliance on expertise, networks, expansion of service delivery, new governance tools, privatization, and other trends. The chapter also outlines legal research on delegation and organization. The introduction questions whether established concepts of administrative law are adequately able to capture changes in the administrative structure that themselves partly arise from delegation.

The main research question of the dissertation is formulated: What are the general rules regulating delegation in Norwegian law? This places the dissertation within a legal doctrinal framework, which however, is questioned further. The problem should be answered in light of two sub-questions: The first is how the concept of delegation itself has shaped the general rules on delegation. The second is what power delegation creates and how this power can be legitimized.

Chapter 2 is the theoretical chapter of the dissertation, beginning the analysis of power by assessing the juridical concept of power within organizations. The chapter shows limits to legal thinking on organization, showing that it's been left to other disciplines to analyze those forms of power which cannot be captured within the legal form. The dissertation proceeds with an analysis of those other conceptualizations of power, and provides an overview of instrumental theories of power in organizational theory, economic principal-agent-theory, political science and political theory. Such theories are then considered in light of perspectives which highlights institutional features and complexity within organizations, that constitute emergent effects of individual actors' actions. Institutional theory and complexity theory are further complemented by materialist theory, emphasizing the need for a concept of structural power understood as emergent properties which result from the exercise of power. Critical systems theory also provide a basis for understanding

the internal logic [*egenlogikk, Eigenlogik*] of organizations, while materialist theory is used to conceptualize the institutional materiality of organizations. These concepts are developed on the basis of the primacy of structural power in modern society. The concepts of institutional materiality and internal logic provide a basis for a limited institutional analysis of Norwegian administrative policy since the afterwar-years. The chapter specifically delves into the administrative organ as an organizational form, as well as changes within various technologies of power, such as administrative law, budgetary mechanisms, governance by numbers, and other managerial tools.

The chapter then shifts to consider how both the concrete and structural power created by delegation can be legitimized. The question is examined in light of established political theory on the value of political representation and democratic legitimacy. Delegation can be justified in light of the need for democratic efficacy, while the distance between higher and lower levels is compensated by hierarchical organization. At the same time, the dissertation refers to recent literature that has highlighted the pitfalls of expert knowledge and the need for specific professional control mechanisms. The dissertation also questions the way in which both the law and other forms of hierarchical forms of control themselves are built on specific forms of expertise. The chapter ends on an attempt to conceptualize the inherent values in public work, which are undermined by forms of impersonal power within the administrative structures.

Chapter 3 discusses the methodological framework of the project. The chapter is particularly based on recent methodological literature emphasizing the scientific role of legal doctrine. The dissertation specifically develops a type of legal doctrinal method in the form of conceptual analysis, or the constructive method [*Begriffsjurisprudenz*]. This method is outlined as forming the basis for the previous conceptual analysis in Chapter 2 and later serving as the basis for conceptual analysis in Chapters 4 through 7. The method is based upon a distinction between the validity of rules, and concepts as operative, within legal practice. Concepts function as a structure for lawyers' concrete legal work. Conceptual analysis involves unpacking how existing rules have been structured by a concept that works within institutional frameworks. At the same time, the chapter emphasizes the need for critical reflection and the importance of understanding the connection between the inner logic of concepts and the role of law and legal professionals in society.

Chapter 4 begins the doctrinal part of the thesis, by addressing the scope of the concept of delegation within Norwegian administrative law. The dissertation first points out that the scope has largely been defined in light of the concept of legal competence. It questions whether a more nuanced and complex approach, in light of the preceding discussions on the concept of organization, can highlight important legal values. In particular, the dissertation notes that organizational forms of the welfare- and network state seem to escape legal structures arising from concept of legal competence, and whether a broader concept of delegation understood as regarding *responsibility*, can more adequately capture these elements. The refinement of the concept then provides a basis for considering whether the well-established requirement of personell competence might have a more general form, in the form of a general requirement for personell authorization, in order for personell to be allowed and considered to carry out public responsibilities on other agents behalf.

Chapter 5 deals with the legal basis for delegation in Norwegian law. First, the concept of the purpose of delegation is analyzed in light of the more complex concept of organization, developed in chapter 2. The dissertation introduces a nuance by emphasizing the possible inherent value in delegating to professional levels but questions whether the law can capture these inherent values within its structures. The chapter then analyzes central general delegation grounds in Norwegian law, such as section 3 in the constitution, the Municipal Act section 5-3 and 5-4, as well as the judge-made doctrine on delegation, as well as the doctrine on assistance in case preparation. The chapter shows that these starting points can be interpreted in light of the purpose of delegation, understood in general as attempting to make improvements in regards to how a public responsibility is handled.

Chapter 6 deals with the relationship between delegation and the accountability of administrative organs. The chapter first develops the concept of accountability by pointing out that administrative organs have several forms of accountability. The dissertation develops a concept of differentiated accountability, viewed in light of trends towards network-governance. Whether delegation affects structures of accountability can then adequately be addressed as a question of which accountability-regime one is addressing the question from, and also allows a more nuanced approach in which some forms of accountability can be affected by delegation. This conceptual analysis then forms the basis for assessing how different structures of accountability have imposed requirements ensuring

that effects on accountability are reduced when transfers of responsibility delegates happen. The chapter illustrates this with analysis of the constitutional, parliamentary, civil procedural, tort, and criminal accountability structures of administrative organs. The chapter also addresses the ways in which delegation to certain agencies or parties might affect what legal protections are in effect, and discusses solutions to such situations.

Chapter 7 continues the discussion of the accountability of administrative organs by unpacking the concept of the hierarchical accountability. This form of accountability is a separate form of accountability, arising from concrete delegations. In light of the dissertation's earlier theoretical and conceptual analysis, it is emphasized that hierarchical accountability can be understood as a accountability to achieve two goals. The first goal is to provide democratic accountability and control for the activities of the lower levels. The second goal is to ensure the autonomy of these levels, both in relation to the delegates environment, and from the delegating agency's own mechanisms of governance. The dissertation uses this concept to assess whether delegation can be understood as creating such a hierarchical accountability, and proceeds to develop some starting points for the content of such a structure of accountability. Among other things, the chapter addresses questions of the competence of command, the role of independent agencies, management of public activities through contract, institutional displacement of access to appeal procedures, control, and management through indicators and incentives, and risk-based management.

Chapter 8 concludes by reflecting on the close connections between rules on delegation and administrative policy on the one hand, and legal thinking about organizations and the role of law and the legal profession within society and the administration, on the other hand.

1 Innledning

1.1 Delegering mellom interne strukturer og eksterne utfordringer

1.1.1 En innledende skisse av avhandlingens målsetning og bidrag til forvaltningsretten

Denne avhandlingen tar sikte på å være en kritisk analyse av delegering i norsk forvaltningsrett. Avhandlingens kjerne kan beskrives som en kritisk analyse av de alminnelige delegeringsreglene.¹ På ett nivå analyseres reglene i lys av forvaltningsrettens begreper om delegering og organisering.² Disse begrepene må samtidig forstås i lys av andre begrepsmessige strukturer, se like nedenfor 1.1.2 og 1.1.5. På et annet nivå analyseres reglene i lys av de store endringene i rettens kontekst. Spesielt skaper ekspansjonen og differensieringen av staten utfordringer, se like nedenfor 1.1.2 og 1.1.3. Avhandlingens kritiske element består i et forsøk på å utforske sammenhengen mellom de to nivåene.³

Enten man ser ut fra rettens innside, eller inn fra rettens utside, så er temaet i denne avhandlingen *delegering*.⁴ Selve begrepet om delegering er et begrep som må romme et demokratisk paradoks: På den ene siden er delegering en nødvendig betingelse for at demokratiet skal kunne påta seg stadig flere oppgaver. På den andre siden skaper delegering en glidning vekk fra de samme demokratiske institusjonene, en vekst i styringsproblemer, og andre demokratiske utfordringer.

Retten gjør paradokset mulig, og skal bidra til å forløse det. Retten legitimerer og legger grensene for mulighetene til å delegerer. Rettens begrep om delegering og organisering er derfor av stor betydning. Målet med denne avhandlingen er å bidra til å utvikle et mer nyansert og sammensatt begrep om både organisering og delegering, som gjør det mulig å kritisk reflektere rundt hvordan ulike elementer av forvaltningens organisering henger sammen med viktige juridiske verdier som rettssikkerhet, faglighet og demokratisk

¹ Alt det å omtale noe som «alminnelig» forvaltningsrett er kontroversielt, sml. blant annet diskusjonen i Graver: *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2019 s. 29 og Tuori: *Ratio and Voluntas*, Routledge, 2011 s. 161 flg. om ulike måter å forstå rettens differensiering på. Jeg kommer tilbake til spørsmålet i kapittel 3 punkt 3.1.2.

² Forskjellen og forholdet mellom begrepene om delegering og organisering forklares nærmere i punkt 1.2.3.

³ Se nærmere særlig i kapittel 2 og 3.

⁴ De nærmere sammenhengene mellom ulike perspektiver på de samme problemstillingene beskrives nedenfor i 1.3, men følger også avhandlingens skille innenfor teorikapitlet, samt mellom teorikapitlet og kapittel 4 til 7.

legitimitet.⁵ På den måten er siktemålet å besvare avhandlingens problemstillinger på en måte som kritisk viderefører fagets begreper, tilpasser dem til en ny sosial virkelighet, og gir bidrag til svar på konkrete juridiske problemer. Sammenhengen mellom de ulike delene av avhandlingen beskrives nærmere i punkt 1.2.

1.1.2 Historisk og forvaltningsrettslig bakteppe: Organisering som et praktisk spørsmål

Før problemstillingene presiseres nærmere skal jeg videre utvikle noen sammenhenger mellom de interne begrepene og den sosiale konteksten. Delegeringsbegrepet vokser ut av de løpende krisene fra første verdenskrig og frem til etterkrigstiden.⁶ Torkel Opsahls avhandling fra 1965 åpner med et sitat fra arbeiderpartimedlem Bull som hevder at «[d]elegasjon, det er tidens fare i det politiske liv.»⁷ Delegert lovgivningsmyndighet, ofte kalt fullmaktslovgivning, ble omtalt som å ta Norge «... over i en lovgivning som hjemler en langt mere vidtgående statstvangsdirigering av næringslivet ...»,⁸ og at forslaget innebærer en «... ubegrenset diktatorisk makt ...».⁹ Pressedekningen talte om «tvangslover» og at Norge ville bli en «politistat».¹⁰

Opsahl kalte imidlertid delegering i sin avhandling for «... en form for ... myndighetstildeling som iallfall meget ofte er legitim ...».¹¹ Castberg kalte det «... noe riktig og sunt i ...» hvordan delegering skapte en utvikling «... bort fra rettsstaten som formell lovstat».¹² I løpet av 1950-tallet fikk man et rettssikkerhetskompromiss som rammet inn delegeringene i en rettsstatlig ramme hvor forvaltningsretten gav viktige svar på hvordan det demokratiske paradokset ved delegering skulle forløses.¹³

⁵ Jeg er klar over at begrepsanalyse er en uortodoks innfallsvinkel til juridisk analyse, og håndterer sentrale innvendinger i kapittel 3. Se kapittel 2 punkt 2.5 og metodiske diskusjoner i kapittel 3.

⁶ Iancu: *Legislative Delegation. The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism*, Springer, 2012 s. 7: «Delegation became for the first time a common topic of academic and public debate in all Western political systems as a direct response to the twentieth century crises of the state.»

⁷ Opsahl: *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Oslo, Tanum, 1965 s. 17.

⁸ Pris- og rasjonaliseringslovkomiteen: *Innstillinger fra Pris- og rasjonaliseringslovkomiteen, tredje hefte*, 1952 s. 13.

⁹ Pris- og rasjonaliseringslovkomiteen 1952 s. 102.

¹⁰ Slagstad: *Rettsens ironi*, Pax Forlag, 2001 s. 190.

¹¹ Opsahl 1965 s. 21.

¹² Castberg: «Rettsstat — Forvaltningsstat.» i Bugge, Jens og Smith, Carsten red.: *Fra statslivets rettsproblemer*, Oslo Akademisk forlag, 1953 [1933], s. 31—42, s. 36.

¹³ Se Bernt: «Rammene for rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser - Fra fritt skjønn til pragmatiske vurderinger?», *Jussens Venner* 51, nr. 06, 2016, s. 324—42 s. 336: «Oppkomsten og utviklingen av forvaltningsretten kan med fordel ses som den liberale rettsstats svar på sammenbruddet av den lovpositivistiske ambisjon.» Langs samme linjer, Forvaltningskomiteens innstilling i NUT 1958:3 *Spørsmålet om mer betryggende*

Den moderne forvaltningen og den moderne forvaltningsretten er derfor bygget på forutsetningen om at delegering er mulig, akseptabelt og ønskelig.¹⁴ Frykten for tvangsdirigering *var* overdreven. Det finnes i dag 3438 sentrale forskrifter (som inneholder et uvisst antall delegeringer), 1341 selvstendige delegeringer (og flere opphevede), og 9840 lokale forskrifter i lovdatas oversikt over rettskilder.¹⁵ Ved søk på eInnsyn som viser postjournalen til alle forvaltningsorganer fra 2010 til i dag, får man over 47 tusen treff på «delegasjon» og over 15 tusen på «delegering».¹⁶ De fleste forvaltningsorganer vil bygge sin praksis på en eller annen form for delegering, uten at man gjør noen stor sak ut av det, og kanskje i noen tilfeller glemmer det helt.

Som Sand peker på utvikler imidlertid rettssikkerhetskompromisset seg til en *velferds- og nettverksstat*, som preges av en tilbaketrekning av enkelte av de formelle strukturene i den klassiske forvaltningsretten.¹⁷ Mens rettsstaten var sentralisert i både virksomhet og styring, har velferdsstaten desentralisert virksomhet, men sentralisert styring. Nettverksstaten beskriver da en utvikling som kombinerer vesentlig desentralisering i både styringen og virksomheten. De institusjonelle strukturene som de ulike statsmodellene beskriver hun imidlertid som å ha vært lagt oppå hverandre, slik at nye styringsstrukturer kommer til uten at gamle tilpasses.¹⁸ Problemene i dagens situasjon er derfor at man har bevart gamle begreper for å fange nye strukturer, men uten en gjennomgripende tanke om hvordan de ulike sammenhengene skal fanges.

former for den offentlige forvaltning s. 14. Se også internasjonalt Lindseth: «Agents Without Principals?: Delegation in an Age of Diffuse and Fragmented Governance.» i Cafaggi, Fabrizio red.: *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, 2006, s. 2 og Taggart: «From Parliamentary Powers to Privatization: The Chequered History of Delegated Legislation in the Twentieth Century», *University of Toronto Law Journal*, 2005, s. 575—627.

¹⁴ Se til kontrast, Castberg: *Den utøvende makt*, Grieg forlag, 1945 s. 63—64, som beskriver en «... rent grotesk uvilje mot delegasjon ...», da Stortinget avviste at Regjeringen skulle få fullmakt til å gi regler for hvordan tønner skulle konstrueres, med den konsekvens at loven inneholdt «... bestemmelser om hvor mange jernbånd og hvor mange bukbånd av tre tønner skal ha, hvor mange millimeter tykke og brede de skal være, hvordan båndene til halvtønnen skal være konstruert ...», og så videre.

¹⁵ Ved oppslag på rettskilder i lovdata anno 07.07.2022.

¹⁶ Førstnevnte omfatter også alle «delegasjoner» i betydningen utsendingskorps til andre nasjoner eller mellom kommuner, og får derfor flere treff. Søk på eInnsyn vil naturligvis også gi mange dobbelttreff, treff på henvisninger til en tidligere delegering og andre feilkilder.

¹⁷ Sand: *Styring av kompleksitet. Rettslige former for statlig rammestyring og desentralisert statsforvaltning*, Fagbokforlaget, 1996 s. 479.

¹⁸ Sand 1996 s. 533 flg.

Statsviter Ove Kaj Pedersen har også omtalt den moderne staten som en konkurransestat og Graver skriver om en markedsstat.¹⁹ Pedersens poeng er at den danske staten på samme måte har lagt flere nye økonomiske styringsteknologier ovenpå de gamle rettslige strukturene.²⁰ Man har dermed sentralisert desentraliseringen, via økonomisk-administrative heller enn juridiske styringsstrukturer.²¹

Nye strukturer basert på nettverk, tjenesteytelse og brukermedvirkning på delegatenes nivå blir dermed ikke nødvendigvis fanget opp av de etablerte forvaltningsrettslige begrepene.²² Samtidig eksisterer nye styringsmekanismer fra det delegerende nivå, som konkurrerer med de klassisk-juridiske styringsteknologiene som klagebehandling, instruksjonsmyndighet, eller styring via lover og regler.²³ Å forstå disse endringene forutsetter både komplekse teoretiske diskusjoner, men reiser også konkrete juridisk-dogmatiske spørsmål. Hvordan kan man vurdere delegeringsadgang i lys av de organisatoriske strukturene hos delegaten (kapittel 5)? Hvordan kan man tilpasse kravene til styring med delegater i lys av ikke-juridiske styringsstrukturer (kapittel 7)?

Spørsmålet blir da hvordan en moderne forvaltningsrett skal forsøke å tilpasse seg disse endringene. Min inngang til problemet er å forsøke å pakke ut et mer sammensatt begrep om delegering og organisering. I forvaltningsrettslig litteratur har man først og fremst vært opptatt av hvilke avgjørelser forvaltningsorganer kan treffe (det *materielle*) og saksbehandlingen (det *prosessuelle*). Organisering har dermed forblitt en «svart boks» som Inger-Johanne Sand beskriver, i et av de sentrale unntakene fra denne tendensen.²⁴

Orienteringen rundt organisering har samtidig normative konsekvenser. Forvaltningsrettslige problemstillinger befinner seg vanligvis i det rettsstatlige spenningsfeltet mellom borger og stat. Spenningen er kun indirekte relevant i denne avhandlingen, fordi som Castberg skriver er det karakteristiske ved situasjonen at en «... forvaltningsakt som er utferdiget, vilde ha kunnet utferdiges av et annet forvaltningsorgan

¹⁹ Graver 2019 s. 157.

²⁰ Pedersen: *Konkurrencestaten*, Hans Rietzels Forlag, 2011 s. 223.

²¹ Pedersen 2011 s. 133.

²² Dette blir et teoretisk spørsmål i punkt 2.3, og rettsdogmatisk spørsmål i kapittel 4.

²³ Også et teoretisk spørsmål i punkt 2.2.9, og rettsdogmatisk spørsmål i kapittel 7.

²⁴ Sand 1996 s. 17.

...».²⁵ Den gjennomgående forutsetningen alltid er at noen kan treffe beslutningen. Delegeringsreglene handler derfor primært om hvordan det offentliges ansvarsoppgaver skal organiseres.²⁶

Fordi delegering handler om organisering har man ofte sett spørsmål om delegering som praktiske, eller tekniske, og har mindre normativ betydning.²⁷ Selv det kan diskuteres om forvaltning-borger-dimensjonen er svekket i denne typen spørsmål, er fraværet av oppmerksomhet oppsiktsvekkende.²⁸ De vidtrekkende konsekvensene av organisatoriske valg tas til sammenligning på større alvor i organisasjonsteori. Christensen mfl. skriver tydelig nok og innledningsvis at organisering er et «... spørsmål om prioritering og oppmerksomhet, og dermed om politikk.»²⁹ Tidligere jurister har også sett annerledes på betydningen av organisering. Poul Andersen pekte allerede i sin avhandling fra 1924 på at reglene om personell kompetanse

«... ikke blot [er] indre *Ordensforskrifter* ... de virker tillige — og først og fremmest — over for *Borgerne* og det offentlige som en retlig *Garanti* for en *sagkyndig Administration*.»³⁰

På ett nivå mener jeg derfor et mer nyansert begrep om delegering og organisering kan bidra til å ivareta klassiske forvaltningsrettslige verdier. Begrepene burde gjøre det mulig å si noe om sammenhengen mellom hvordan forvaltningen faktisk er organisert, og verdier som rettssikkerhet, demokratisk legitimitet, effektivitet og faglighet.³¹ Begrepet burde derfor fange opp hvordan sentrale forvaltningsrettslige verdier som rettssikkerhet, faglighet og demokratisk legitimitet blir ivarettatt gjennom organiseringen av forvaltningen. Et slikt

²⁵ Castberg: *Innledning til forvaltningsretten*, Oslo, O. Christiansens boktrykkeri, 1938 s. 225.

²⁶ Opsahl: *Fullmakter og folkestyre: Studier i offentlig myndighetstildeling, især ved såkalt delegasjon, i norsk rett*, Manuskript, 1963 s. 6.17 formulerer det slik: «Det gir vel da den beste harmoni med praksis å framstille det slik at *fordelingen* av myndighet mellom statens organer ligger innenfor statens eget rettsområde som et organisasjonsspørsmål ... selv om selve myndighetsutøvelsen krever lovhjemmel fordi *den* berører borgerne.» Som jeg imidlertid kommer tilbake til i kapittel 4 punkt 4.5.1 og runder av i kapittel 7 punkt 7.3.1 er det viktige sammenhenger mellom disse to sidene av saken.

²⁷ Se flere eksempler nedenfor, men også Backer: «En utvikling i delegasjonslæren?» i Bratholm, Anders, Opsahl, Torkel og Aarbakke, Magnus red.: *Samfunn, rett, rettferdighet: festskrift til Torstein Eckhoffs 70 årsdag*, Oslo TANO, 1986, s. 55—67, s. 65: «... den personelle kompetansefordeling først og fremst er et spørsmål om å finne frem til en hensiktsmessig administrasjon. Hensynet til berørte borgere blir godt nok ivarettatt gjennom forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler, medregnet et ulovfestet prinsipp om forsvarlig saksbehandling.»

²⁸ Se bl.a. Bernt 2016 s. 339.

²⁹ Tom Christensen: *Organisasjonsteori for offentlig sektor*, 3. utg., Universitetsforlaget, 2015 s. 29.

³⁰ Andersen: *Om Ugyldige Forvaltningsakter*, Arnold Busck, 1924 s. 67.

³¹ Se særlig kapittel 2 punkt 2.4.7.

begrep er også rettsdogmatisk relevant, fordi både delegeringsadgang og krav til delegeringer, beror på hvordan man ser på slike organisatoriske spørsmål.³²

1.1.3 Samfunnsmessig og teoretisk bakteppe: Delegering og demokratiske problemer

På et annet nivå er det nødvendig å vurdere delegeringsreglene i lys av de kravene som den samfunnsmessige konteksten stiller til retten. Her tar jeg derfor utgangspunkt i den andre siden av det demokratiske paradokset, og vurderer den avstanden delegering skaper mellom politikere og forvaltningen de skal styre. I kontrast, men symptomatisk nok i forbifarten og med lite videre utdypning, skrev Opsahl i 1969 at uten omfattende reformer vil

«... det representative system stå dårligere og dårligere rustet overfor de fullbyrdede kjennsgjerninger som kommer fra byråkratiet eller teknokratiet i selve statsapparatet, som ofte sies å true demokratiet innenfra».³³

Mange tiår senere reflekteres Opsahls frykt i et bredt omfang litteratur, både nasjonalt og internasjonalt, som inneholder svært rike faglige diskusjoner. De to norske maktutredningene er velkjente eksempler. Den første pekte på en forvaltning som var lite styrbar med selvstendige og seksjonerte faglige enheter. Morsomt nok, sett fra 2023 peker man spesifikt på både inflasjon og stoffmisbruk som eksempler der «... alle politiske partier ...» sier at de vil løse problemet, men uten at man har «vært særlig fremgangsrik» i arbeidet.³⁴ Den andre maktutredningen fra 2003 konkluderte hardere med at «[f]olkestyret som regjeringsform er i forvitring snarere enn omforming.», og nevnte eksempler som rettsliggjøring, markedsorganisering, privatisering, mindre politisk engasjement via partiene, fristilling av forvaltningsorganer, og utstrakt bruk av uavhengighet og autonomi som symptomer.³⁵

Den siste utredningens konklusjoner er omstridt av flere årsaker, men den generelle påstanden om at folkestyret står overfor utfordringen er delt av flere.³⁶ Statsviteren Peter

³² Se f.eks. kapittel 5 og 6, jf. også 2.2.1

³³ Opsahl: «Reform av statsrettslige grunnprinsipper.» *Pensumartikler i Statsforfatningsrett*, Universitetsforlaget, Opprinnelig TfR 1969 nr. 2/3, 1980 [1969], s. 83—121, s. 108.

³⁴ NOU 1982:3 *Maktutredningen sluttrapport* s. 4.

³⁵ NOU 2003:19 *Makt- og demokrati, sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen* s. 16.

³⁶ Se særlig Kinander: «Makt, rett og politikk.» i Kinander, Morten red.: *Makt og Rett: Om Makt- og Demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*,

Mairs kjente bok *Ruling the Void*, konkluderer også med at demokratiske kanaler har blitt snevret inn.³⁷ Også Kaare Strøm, Wolfgang Müller og Torbjörn Bergmans omfattende komparative studier av vestlige demokratier, underbygger en lignende vurdering.³⁸ Statsviter Ove Kaj Pedersen beskriver utviklingen fra 1980-tallet og frem til 2010 i Danmark som en «af-demokratisering og en re-demokratisering» av den offentlige sektor.³⁹ Historikerne Tore Grønlie og Yngve Flo har beskrevet flere lignende tendenser i Norge.⁴⁰ Selv om Norge selvsagt *relativt sett* er et velfungerende demokrati, er det dermed en enighet om at demokratiet står overfor nye problemer.

På et teoretisk nivå finnes det nok av pessimister.⁴¹ Systemteoretikeren Luhmann skriver om demokratiet som teoretisk umulighet.⁴² Pierre Bordieu beskriver «... how the act of speaking for, in favour of, or in the name of someone implies the propensity to speak in place of that person ...».⁴³ Materialisten Søren Mau skriver at «... ingen tror lenger på, at staten er i stand til at fungere som instrument for folkets vilje.»⁴⁴ Typisk vil slik pessimisme ses i sammenheng med demokratisk tilbaketrekning som en utvikling med røtter på 1970- og 80-tallet og frem til i dag, med vesentlige omveltninger i verdensøkonomien som en viktig del av forklaringen,⁴⁵ og nyliberalismens hegemoniske stilling i vesten som en viktig forklaring.⁴⁶ Her står en økonomisering og sentralisering av statsmakt sentralt, for eksempel i Pedersens begrep om konkurransestaten, eller den materialistiske og marxistiske statsteori-

Universitetsforlaget, 2005, s. 19—47, og Bugge, Sundstøl-Eriksen, Rønning: «Makten som vilje og forestilling», *Tidsskrift for samfunnsforskning* 45, 2004,

³⁷ Mair: *Ruling the Void: The Hollowing of Western Democracy*, Verso, 2013.

³⁸ Samlet sett viser disse forfatterne også til at situasjonen er mindre ille enn andre har hevdet, se bl.a. s. 735. Samtidig peker de også på negative tendenser, se bl.a. generelt om tilliten til politiske institusjoner, Strøm: «Challenges to Parliamentary Democracy.» i Strøm, Kåre, Wolfgang, C. Müller og Bergman, Torbjörn red.: *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2005, s. 726 flg., og særlig om økt makt for Regjeringen og svakere politiske partier, på s. 736.

³⁹ Pedersen 2011 s. 225.

⁴⁰ Se for eksempel Grønlie og Flo: *Sentraladministrasjonens historie etter 1945: Den nye staten? Tiden etter 1985*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009 s. 362.

⁴¹ Se Sand 1996 s. 523 om tendenser som «... bidrar til å utelukke den totale statlige reguleringen, og de innebærer at statlig organisering og regulering må forholde seg til at der også er andre maktsentra, sosiale strukturer og føringer enn de statlige», og Heath: *The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State*, Oxford University Press, 2020 s. 28—30 om «Sir Humphrey»-problemet.

⁴² Luhmann: «The future of democracy», *Thesis eleven* 26, nr. 1, 1990, s. 46—53, se nærmere om Luhmanns demokratiske teori nedenfor i kapittel 2 punkt 2.2.8.

⁴³ Bordieu: «Delegation and Political Fetishism», *Thesis Eleven* 10-11, nr. 1, 1985, s. 56—70 s. 60. Bordieu skriver der om politiske representanter, og senere om 'maskinen', altså en selvstendig administrasjon.

⁴⁴ Mau: *Stum tvang: En marxistisk undersøgelse af kapitalismens økonomiske tvang*, KLIM, 2021 s. 16.

⁴⁵ Se for eksempel Innsset: *Markedsvendingen: Nyliberalismens historie i Norge*, Fagbokforlaget, 2020 som redegjør for de overordnede trekkene s. 78.

⁴⁶ Davies: *Challenging governance theory: From networks to hegemony*, Policy Press, 2011 s. 71.

tradisjonen.⁴⁷ Juristen Nicos Poulantzas beskrev alt i 1978 at den demokratiske tilbakegangen skjer samtidig med en sentralisering av politisk makt som *strukturell* makt, hos Regjeringen.⁴⁸ Morsomt og illustrerende nok beskriver Åge Johnsen resultatmålinger som «... politipatruljer som rutinemessig kjører visse ruter, rapporterer om hendelser og løser ordensproblemer.»⁴⁹

Også andre perspektiver peker på utfordringer ved hierarkiets makt. I Sverige har man siden 2007 rettet et kritisk blikk mot utbredelsen av de ‘nye’ styringsteknikkene.⁵⁰ At hierarkiet har blitt sterkere behøver imidlertid ikke være noen nedside. Man kan for eksempel argumentere for at hierarkisk kontroll sikrer forvaltningens representative karakter.⁵¹ Joseph Heath peker også på fordelene ved at staten fungerer som en relativt selvstendig maskin, som folkestyret kan gjøre innhogg i.⁵² Filosofen Anders Molander beskriver treffende en *gnagende usikkerhet* ved om fagpersonene som opptrer på Stortingets vegne, gjør det på den måten Stortinget hadde forestilt seg.⁵³ Sammen med Christensen og Holst beskrives det som at moderne samfunn preges av ekspertisens faktum.⁵⁴ Fagpersoner har samtidig *ekspertise* og ofte muligheter til å oppnå de målene politikerne setter.⁵⁵

Knut Bergo skriver derimot pessimistisk om det «... uendelige antallet oversettelser på veien fra folkeflertallets mening til den konkrete forvaltningstjenestemannens avgjørelse.», og fremhever som alternativ et ideal om «... selvstyre ...» basert på markeder.⁵⁶ Et annet perspektiver fremhever at oppbrytningen av de hierarkiske strukturene samtidig gir rom for

⁴⁷ Rønning: *Staten og bankene, En komparativ analyse av to norske bankkriser i det 20. århundret, med fokus på statens krisehåndtering*, Doktoravhandling ved UiO, 2019, Clarke: *The State Debate*, Macmillian, 1991 og Jessop: *Poulantzas' changing views on law and the state*, ved Paul O'Connell, Umur Özsü, Edward Elgar, 2021.

⁴⁸ Poulantzas: *State, Power, Socialism*, Verso, 2014 [1978], se også Davies 2011 s. 153.

⁴⁹ Johnsen, Åge, *Resultatstyring i offentlig sektor*, Fagbokforlaget, 2007, s. 69.

⁵⁰ Se SOU 2007:75 *Att styra staten - regeringens styrning av sin förvaltning*, SOU 2019:43 *Med tillit följer bättre resultat*, og generelt omtales det i Sundström: «Strategisk styrning bortom NPM», 2016, s. 145—72.

⁵¹ Om representasjon, se Pitkin: *The Concept of Representation*, University of California Press, 1967 s. 209 og nyere Disch: «Introduction: The End of Representative Politics?» i Lisa Disch, Mathijs van de Sande og Nadia Urbinati red.: *The Constructivist Turn in Political Representation*, Edinburg University Press, 2019, s. 1—20.

⁵² Heath 2020 s. 1—2: «... a great deal of public policy is made, not by elected officials, but by bureaucrats. This is a feature of our political systems that, at some level, everyone is aware of, and yet we have barely begun to reflect upon its normative significance.»

⁵³ Molander: *Discretion in the Welfare State: Social rights and professional judgement*, Routledge, 2016 s. 55, kaller det også ‘the black hole of democracy’.

⁵⁴ Christensen, Molander og Holst: *Expertise, Policy-making and Democracy*, Routledge, 2021 s. 11. Se også Christensen og Holst: *Ekspertenes innvalg*, Universitetsforlaget, 2020.

⁵⁵ Sml. St.meld 19 (2008-2009) *Ei forvaltning for demokrati og fellesskap* s. 31 flg. om faglig integritet som verdi.

⁵⁶ Bergo: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, Cappelen Akademisk forlag, 2004 s. 1032—1033.

uformelle organisasjonsformer der *selvregulering og autonomi* står sentralt,⁵⁷ og ser derfor utviklingen i et positivt lys.⁵⁸ Markedsidealet og det faglige idealet henger imidlertid sammen. Også i politikken ser man et økende ønske om å la «proffsen vara proffs», som slagordet lød i Sverige.⁵⁹

Uavhengig av hvordan man vurderer de faktiske omstendighetene, så er det i alle fall ikke mulig å ta utgangspunkt i en enkel forestilling om en forvaltning som utgår fra folket ved hjelp av delegering.⁶⁰ Sands arbeid viser problemene ved å forstå moderne politikk basert tradisjonelle modeller, uten i alle fall å ta høyde for de omfattende og differensierte institusjonene og komplekse sammenhengene mellom de tradisjonelle og de nye formene for blant annet politisk, faglig og ideologisk makt. Avhandlingen forsøker å bidra til etablerte og kritiske perspektiver ved å pakke ut et begrep om delegering og organisering som på ett nivå tar høyde for de upersonlige maktstrukturene delegering bidrar til å skape, men som samtidig anerkjenner at delegering skaper nødvendige rom for autonomi.⁶¹ Disse begrepene skal så tjene til en kritisk analyse av de alminnelige delegeringsreglene.

1.1.4 Problemstillinger

Avhandlingen har en generell hovedproblemstilling som danner et utgangspunkt og plasserer avhandlingen i den *rettsvitenskapelige* tradisjonen: *Hvilke alminnelige regler gjelder for og ved delegering av myndighet i norsk rett?* «For» markerer at delegering er en beslutning, og de kravene som stilles til denne beslutningen. «Ved» markerer at delegering er noe som må gjennomføres, og at det finnes krav til hvordan delegeringen skjer. «Alminnelige regler» sikter til at avhandlingen tar sikte på å bidra til den alminnelige forvaltningsretten. Problemstillingen skal besvares innenfor rammen av et uortodokst men internt rettsvitenskapelig perspektiv.

⁵⁷ Se f.eks. Graver: «Formålstenlige privatrettslige former for offentlig virksomhet.» i Graver, Hans Petter red.: *Forvaltningsrett i markedsstaten: Studier i europeisering av forvaltningsretten*, Fagbokforlaget, 2002, s. 213—40, s. 213. Se tilsvarende Johnsen: *Resultatstyring i offentlig sektor*, Fagbokforlaget, 2007 s. 88.

⁵⁸ Se for eksempel Teubner: *Critical Theory and Legal Autopoiesis: The Case for Social Constitutionalism*, Manchester University Press, 2017 s. 128—129, som likevel tar svært mange forbehold.

⁵⁹ Meld.St. 30 (2019-2020) *En innovativ offentlig sektor. Kultur, ledelse og kompetanse.*, s. 5. Kommunal- og distriktsdepartementet: *Om tillitsreformen, inspirasjonsnotat*, 2022, se f.eks. også Norsk Tjenestemannslag: *Markedsstyring i staten: Ufordringer - og NTLs forslag til tiltak*, 2012. Se omtalen Sundström 2016 s. 146.

⁶⁰ Opsahl 1963 s. 1.9.

⁶¹ Se nærmere i kapittel 2 og under i punkt 1.2.

Samtidig vil avhandlingen, i lys av både bakteppet som er skissert foran, og nærmere grunner som fremgår senere, ha behov for å videreutvikle dimensjoner av den rettsdogmatiske metoden.⁶² Avhandlingen presiserer en spesiell form for rettsvitenskapelig metodisk tilnærming, i form av *begrepsanalyse*. Begrepsanalyse handler om å pakke ut de implisitte begrepsmessige forutsetningene den juridiske reguleringen hviler på, ved å analysere institusjonaliserte oppfatninger av delegeringsbegrepet. Disse oppfatningene kan deretter nyanseres gjennom en *immanent kritikk* av begrepets forutsetninger, som underbygges, nyanseres og kritiseres i lys av kritiske og teoretiske innsikter fra ulike felter som rettsteori, rettssosiologisk teori, politisk teori og organisasjonsteori. Disse utgangspunktene pakkes videre ut i kapittel 2 og 3.

Det kan imidlertid presiseres at begrepsanalyse ikke er en analyse av ord og uttrykk, eller et forsøk på å gjøre induktive og deduktive slutninger fra et bredt rettskildemateriale, en naturrettslig konstruksjon, eller lignende. Begrepsanalyse pakkes heller ut som en metode som forsøker å synliggjøre sammenhenger som (for retten) bare har vært antatt tidligere.

På den ene siden handler metoden om å forstå *interne* sammenhenger i rettssystemet, og hvordan *delegeringsbegrepet* eller begrepet om *organisering* har formet rettsanvendelsen. Jeg pakker ut visse elementer nedenfor i beskrivelsen av tidligere rettsforskning om delegering, men vurderer selve spørsmålet konkret i kapittel 4 til 7. For å besvare hva de alminnelige delegeringsreglene er tar jeg derfor også utgangspunkt i en underproblemstilling: *Hvordan har delegeringsbegrepet påvirket og formet de alminnelige delegeringsreglene?*

På den andre siden forsøker jeg å forstå *eksterne* sammenhenger mellom rettssystemet og *andre sosiale aktører eller systemer*. Som jeg senere kommer tilbake til tar jeg utgangspunkt i at rettens funksjon er å kontrollere makt og dens legitimitet.⁶³ Maktbegrepet jeg bruker er et begrep om sosial makt, som kan ta faglige, juridiske, økonomiske, ideologiske former. Som jeg forklarer nærmere i kapittel 2 kan det også være snakk om både aktørbaserte og strukturelle former for makt. Maktbegrepet er *i utgangspunktet et kritisk begrep*, fordi makt

⁶² Se spesifikt grunnlaget for valget av begrepsanalyse i kapittel 3 punkt 3.4.3.

⁶³ Jf. både kapittel 2 punkt 2.5.7 og senere i metodekapittelet 3.5.7.

kan utøves annerledes.⁶⁴ Dermed er *kritikken* også rettens begrep, fordi retten stiller seg kritisk til andres maktutøvelse.⁶⁵

Samtidig overlater retten visse spørsmål til andre profesjoner eller kunnskapssystemer, som ser makten fra sine ståsteder. Det betyr at noen av maktens dimensjoner vil være et juridisk spørsmål, mens andre dimensjoner er et økonomisk eller organisasjonsvitenskapelig spørsmål. Utfordringen for rettsvitenskapen forstår jeg da som å kritisk vurdere om det juridiske begrepet fanger opp de spørsmålene om makt og legitimitet som man ønsker, eller om man i prosessen har overlatt visse spørsmål til andre, som egentlig inneholdt juridiske dimensjoner. Se nærmere også i 1.2. For å forsøke å forstå det interne *juridiske begrepet* blir det derfor nødvendig å ta en ‘omvei’, via de andre fagprofesjonenes begreper. I kapittel 2 stiller jeg derfor opp et teoretisk spørsmål og en teoretisk problemstilling: *Hvilken makt skaper delegering, og hvordan blir denne makten legitimert?*

Problemstrukturen i avhandlingen følger derfor ikke en direkte deduktiv struktur, men inngår i en samlet refleksjon over hovedproblemstillingen.

- *Hvilke alminnelige regler gjelder for og ved delegering i norsk rett?*
 - o *Hvordan har delegeringsbegrepet formet hva de alminnelige reglene er?*
 - o *Hvilken makt skaper delegering? Hvordan legitimeres den makten delegering skaper?*

De to underproblemstillingene reflekterer derfor et bestemt teoretisk og metodisk syn som skal pakkes utførlig ut, og som senere i de dogmatiske delene vil bli diskutert nærmere. Mitt utgangspunkt er imidlertid at de alminnelige reglene som gjelder for og ved delegering i norsk rett, kan forstås i lys av delegeringsbegrepet på den ene, og rettens begreper om makt og legitimitet som elementer i organisasjoner, på den andre. Den i utgangspunktet rent interne juridisk-dogmatiske problemstillingen kobles dermed sammen med flere ulike teoretiske perspektiver på makt, legitimitet og organisering, *gjennom* en begrepsanalyse og

⁶⁴ Se Bugge: *Struktur, relasjon, formidling: Noen momenter i en materialistisk sosiologi*, Dr. philos.-avhandling, Universitetet i Oslo, 2006 s. 72.

⁶⁵ Sml. senere i kapittel 2 punkt 2.4.5, og metodisk i kapittel 3 punkt 3.5.8, generelt Menke: *Rett og vold*, House of Foundation, 2022.

immanent kritikk. Arbeidet forsøker derfor å være et *kritisk bidrag* til rettens tenkning om forvaltningens organisering.

Prosjektet er ambisiøst og omfattende. Allerede innledningsvis uttrykker jeg derfor at noen uttømmende behandling av problemstillingene jeg tar opp, ikke er mulig. De teoretiske perspektivene er imidlertid nødvendige å forsøke å gå inn i, ettersom delegeringsreglene reiser en lang rekke teoretiske problemer som man i det minste må forsøke å forholde seg til.

1.1.5 Tidligere rettsvitenskapelig forskning: Spesifisering og videreutvikling av de rettsdogmatiske problemene

Her skal jeg gi en kort skisse over de sentrale diskusjonene i rettsdogmatisk behandling av delegering, og beskriver videre noen av sammenhengene mellom delene av prosjektet. *Stortingets* adgang til å delegere er utførlig omtalt av Opsahl. I mitt arbeid legger jeg i hovedsak Opsahls statsrettslige rammer til grunn, slik forvaltningsretten for øvrig gjør.⁶⁶ For forvaltningen er temaet mer uklart regulert, og relativt lite behandlet i litteraturen.⁶⁷ Det sentrale spørsmålet i norsk forvaltningsrett har vært omfanget av det man har kalt den *ulovfestede delegeringslæren*, hvilket i praksis har betydd spørsmålet om hvilke organer som kan delegere til hvilke organer.⁶⁸

Ser man denne diskusjonen under ett, er den i hovedsak preget av en viss pragmatisme. Castberg brukte spørsmål om delegeringsadgang som et eksempel på hvor Høyesterett ikke tar de «særegne offentligrettslige prinsipper» på alvor alt i 1938.⁶⁹ Etter to avgjørelser på 1980- og 90-tallet uttrykte også Svein Eng at avgjørelsene fremsto frirettslige.⁷⁰ Backer beskriver delegeringsreglene som «... primært ... et spørsmål om ulovfestede regler bygd på praksis og reelle hensyn.»⁷¹ En viktig bakgrunn er trolig delegering i stor grad handler

⁶⁶ Dette ble klargjort i rettspraksis fra etterkrigstiden, se særlig de sentrale dommene i Rt. 1952 s. 1089 (*Hvalolje*) og Rt. 1956 s. 952 (*Treforedling*). Visse spørsmål omtales i de ulike kapitlene der de er relevante.

⁶⁷ Se f.eks. NOU 2019:5 *Ny forvaltningslov* s. 209—210 og s. 219 flg. for en beskrivelse av de spørsmål litteraturen har tatt opp, og at disse spørsmålene er relativt uklart besvarte.

⁶⁸ Se f.eks. Frihagen: *Forvaltningsrett*, Oslo, Forlaget A. Frihagen, 1991 s. 216 flg. og Smith: *Forvaltningsrett*, 12. utg., Universitetsforlaget, 2022 s. 182 flg.

⁶⁹ Castberg 1938 s. 24.

⁷⁰ Eng: «Plassering av offentlig kompetanse hos private: noen hensyn for og imot», *Lov og rett*, 1992, s. 544—51, s. 547.

⁷¹ Backer, 1986 s. 55.

om interne forhold i forvaltningen, ikke forhold mellom stat og borger.⁷² Rettssikkerhet blir i alle fall tilsynelatende satt mindre på spissen. Av den grunn har kanskje sakene sjelden havnet for retten, og nærmere regler ble ikke kodifisert som del av arbeidet med forvaltningsloven.

Det som i dag blir oppfattet som de alminnelige reglene, ble i hovedsak utformet av departementet med støtte i Høyesterettspraksis.⁷³ Det skjedde først ved rundskriv i 1955, deretter ved rundskrivene om lovteknikk og lovforberedelse fra henholdsvis 1971 og 2000.⁷⁴ I Backer-utvalgets utkast til ny forvaltningslov foreslås i all hovedsak de samme oppfatningene videreført med enkelte betydningsfulle nyanser.⁷⁵

De enkelte bidragene fra rettsvitenskapen illustrerer samtidig reglenes utvikling, og det som fra utsiden kan fremstå litt pragmatisk, har i noen grad vært utviklet på bakgrunn av logikk som denne avhandlingen forsøker å bidra til. De første sentrale diskusjonene om delegering var *statsrettslige*.⁷⁶ De ulike posisjonene i diskusjonen oppsummeres av Opsahl.⁷⁷ I det videre går jeg bare inn på diskusjonene om *forvaltningsrettslig* delegering.

Innledning til forvaltningsretten av Frede Castberg i første utgave fra 1938 og andre utgave fra 1955 er det første rettsvitenskapelige bidraget til diskusjoner om forvaltningsrettslig delegering i Norge.⁷⁸ Castberg tar her til orde for at delegering vanligvis bare kan skje ved eksplisitt adgang fra lovgiver, eller hvor det er «... åpenbart påkrevet ut fra praktiske

⁷² Man tok kanskje med seg betydningen av at spørsmålet handlet om noe internt fra statsretten og inn i forvaltningsretten. I *Hvalolje* s. 1099 uttrykker førstvoterende at «Selv om dette spørsmål også har en side som vender mot borgerne, er det etter min oppfatning større grunn for domstolene til å utvise varsomhet med å sette seg ut over lovgivningens skjønn ...».

⁷³ Se særlig Rt. 1918 II s. 287 (*Rasjoneringsdirektoratet*) og Rt. 1939 s. 449 (*Cyanidtransport*) som tidlig aksepterte vidtgående delegeringer fra forvaltningen og til lavere nivåer i forvaltningen.

⁷⁴ Se Justisdepartementet, jrn. 1228/55 CS/RL: *Delegasjon av myndighet som ved lov er lagt til Kongen eller et annet offentlig organ*, 1955, Lovavdelingen: *Lovteknikk: Vegledning om utforming av lovtekster*, 1971 s. 38 flg. og Lovavdelingen: *Lovteknikk og lovforberedelse: Veiledning om lov- og forskriftsarbeid*, 2000 21.11.2019, s. 125 flg.

⁷⁵ NOU 2019:5 kapittel 15.

⁷⁶ Se også generelt den gode fremstillingen i Farstad: *Delegasjon av lovgivningsmyndighet i Norge under første verdenskrig*, Masteroppgave ved UiO, Det juridiske fakultet, 2021.

⁷⁷ Opsahl 1965 s. 46 flg. Noen skarp grense er det ikke snakk om, ettersom flere statsrettsbøker også omtaler delegering innenfor den utøvende makt.

⁷⁸ Castberg 1938 s. 62 flg., og Castberg: *Innledning til forvaltningsretten*, 3. utg., Akademisk forlag, 1955 s. 53 flg.. Andersen 1924 er imidlertid åpenbart en sentral inspirasjonskilde for Castberg her som ellers. En viss omtale av delegering finner man også i *Morgenstjerne: Den norske forvaltnings- og næringsret: Et grundris*, Kristiania, Aschehoug, 1912, se bl.a. s. 23 om organiseringen av ulike organer under departementsnivå og s. 55 og 56 flg. om delegering til kommuner.

hensyn» og da i «... meget begrenset utstrekning».⁷⁹ Utsagnet gjaldt både delegering mellom organer og delegering innenfor organer. Castberg analyserer også rettspraksis, og konkluderer med at Høyesterett ikke har gjennomført kravet om lovhjemmel tilstrekkelig godt.⁸⁰

Delegasjon av avgjørelsesmyndighet i forvaltningen av Torstein Eckhoff var i utgangspunktet et foredrag holdt i 1961.⁸¹ Eckhoff nyanserer Castbergs lovpositivistiske utgangspunkt, særlig ved å fremheve at delegering i noen tilfeller må være akseptabelt ut fra visse organers *forfatningsmessige stilling*, med andre ord, at man hadde lovhjemmel i Grl. § 3.⁸² Eckhoff tok derfor til orde for at delegering av Regjeringens myndighet, departementenes myndighet og intern delegering måtte være akseptabelt.⁸³ Forvaltningskomiteens innstilling delte i hovedsak det samme synet.⁸⁴ Eckhoff viderefører standpunktene i sine lærebøker.⁸⁵

Fullmakter og folkestyre fra 1963, er et manuskript, som trolig var et utkast til det som senere ble avhandlingen hans fra 1965. Manuskriptet inneholder imidlertid en relativt omfattende drøftelse av *forvaltningsrettslige* spørsmål (som er utelatt i den endelige avhandlingen fra 1965). I dokumentet utvikler blant annet Opsahl grunnlaget for Eckhoffs standpunkt om at den forfatningsmessige stillingen er avgjørende, gjennom en nytolkning av Grl. § 3 som grunnlag for delegeringsadgang.⁸⁶ Opsahl går også langt i å argumentere for at både direktorater og kommuner burde ha delegeringsadgang, 30 år før praksisen ble akseptert, henholdsvis av Høyesterett og i ny kommunelov.⁸⁷

Delegasjon av forvaltningsmyndighet fra 1973 er en kort pamflett skrevet av Arvid Frihagen, som gir en konsis analyse av adgangen til å delegere. I substans slutter Frihagen

⁷⁹ Castberg 1938 s. 62 og 64.

⁸⁰ Castberg 1938 s. 64: «Der forekommer imidlertid flere dommer både fra eldre og nyere tid, som ikke synes å gjennomføre tilstrekkelig strengt prinsippet overfor forvaltningsorganenes delegasjon av sin myndighet til andre organer.»

⁸¹ Eckhoff: «Delegasjon av avgjørelsesmyndighet i forvaltningen.» i Eckhoff, Torstein og Smørgrav, Bjørn red.: *Statsrettslige emner*, Tanumast, 1966, s. 125—68, noten på s. 125.

⁸² Eckhoff, 1966 s. 129: «Et mulig grunnlag for kompetansetildelingskompetanse er at vedkommende organ i kraft av sin forfatningsmessige stilling har generell kompetanse til å organisere den offentlige virksomhet eller bestemte grener av denne.»

⁸³ Eckhoff, 1966 s. 135.

⁸⁴ NUT 1958:3 kapittel 10.

⁸⁵ Eckhoff: *Forvaltningsrett*, 4 utg., Tano, 1992, kapittel 10.

⁸⁶ Opsahl 1963 s. 6.14 flg.

⁸⁷ Opsahl 1963 kapittel 9 og 11.

seg hovedsakelig til den rådende oppfatningen om at Regjeringen og departementene ble antatt å ha delegeringsadgang, noe direktorater ikke hadde. Delegering til private og kommuner ble antatt å være avskåret.⁸⁸ Frihagen gir et større bidrag til analyse av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende ved avgjørelsen av delegeringsreglene innhold.⁸⁹ Også Frihagen viderefører i hovedsak standpunktene med mindre modifikasjoner i sine lærebøker.⁹⁰

Delegasjon av forvaltningsmyndighet til private og uavhengige organer fra 1976 av Eivind Smith, tok et oppgjør med den negative holdningen rundt delegering til private.⁹¹ Smith tok til orde for en nyansert tilnærming der spørsmålet måtte bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.⁹² I hans doktoravhandling *Organisasjoner i fiskeriforvaltningen* håndterer Smith andre spørsmål som oppstår dersom myndighet blir delegert til private.⁹³ Smith gav også i flere senere artikler et viktig bidrag til forståelsen av *instruksjonsmyndighet*, og tok til orde for at instruksjonsmyndighet skulle være en betingelse for delegeringsadgang.⁹⁴

I artiklene *Noen flere synspunkter på delegasjon til private og til kommuner* fra 1978 og *En utvikling i delegasjonslæren?* fra 1986 argumenterer Backer mot Smiths standpunkter til delegering til private.⁹⁵ Backer hevdet at Smiths tilnærming til delegering manglet en viktig nyanse, nemlig at problemet ikke var et spørsmål om enten/eller. Backer anerkjente at det kunne være gode grunner til å delegerer til private, men fremhevd at det juridiske problem var om lovgiver eller forvaltningen selv skulle treffe beslutningen om denne lovligheten.⁹⁶ Det sentrale var da ifølge Backer om *lovgiver* eller andre overordnede organer må involveres. Denne presiseringen av diskusjonstemaet (som Frihagen også har noe av æren

⁸⁸ Frihagen: *Delegasjon av forvaltningsmyndighet*, Oslo, Norges Juristforbund, 1973 s. 38 om delegering til private og uavhengige, s. 40 om delegering fra direktorater, s. 42 om intern delegering.

⁸⁹ Frihagen 1973 s. 14 flg.

⁹⁰ Frihagen 1991 kapittel 7.

⁹¹ Smith: «Delegasjon av forvaltningsmyndighet til private og uavhengige organer», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1976, s. 360—90 s. 371 flg.

⁹² Smith 1976 s. 386.

⁹³ Smith: *Organisasjoner i fiskeriforvaltningen*, Oslo, Tanum Norli, 1979 bl.a. s. 160 og 516 flg.

⁹⁴ Smith: «Instruksjonsmyndighet i den offentlige forvaltning og i ligningsforvaltningen», *Jussens venner*, 1999, s. 48—60 og Smith: «Statsrådenes politiske og konstitusjonelle ansvar for statlige virksomheter med styre», *NAT* 75, 1994, s. 91—110. Eckhoff, 1966 s. 315 er inne i samme baner, se bl.a. s. 326. Smiths oppfatning vant gjennom, se f.eks. Bernt og Rasmussen: *Frihagens forvaltningsrett, bind 1, 2. utg.*, Fagbokforlaget, 2010 s. 80.

⁹⁵ Backer: «Noen flere synspunkter på delegasjon til private og til kommuner», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1978, s. 151—78, og Backer, 1986.

⁹⁶ Backer 1978 s. 151—152, og tilsvarende i Backer, 1986 s. 56 flg.

for) er sentral for å forstå delegeringsbegrepet som et hierarkisk begrep.⁹⁷ Samtidig var det Smith som senere utviklet disse hierarkiske dimensjonene videre i arbeidet om instruksjonsmyndighet i forvaltningen.⁹⁸

Da Backer ledet lovavdelingen og var ansvarlig for rundskrivet *Lovteknikk og lovforberedelse* fikk også oppfatningene i litteraturen støtte innad i forvaltningen.⁹⁹ Rundskrivet var reelt sett bestemmende for hvordan lovgiver regulerte delegering, fordi det kunne oppfattes som et slags uttrykk for en hypotetisk 'lovgivervilje'. Lovavdelingens oppsummering så slik ut:

Delegering fra Regjeringen og departementene ble akseptert, mens delegering fra direktorater bare var lov i begrenset utstrekning. Delegering til private ble derimot sett på som problematisk, og det samme gjaldt delegering til kommuner eller andre uavhengige organer. Rettsoppfatningen er i hovedtrekk lagt til grunn og foreslått kodifisert av Forvaltningslovutvalget, som Backer var leder for (heretter Backer-utvalget).¹⁰⁰ Utvalgets utkast er fortsatt ikke behandlet for så vidt gjelder spørsmål som er av betydning for dette arbeidet.

Til slutt skal nevnes Hans Petter Gravers *Alminnelig forvaltningsrett* (siste utgave 2019) og Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussens *Frihagens forvaltningsrett* (siste utgave 2010). Begge oppsummerer i hovedsak tradisjonell oppfatning til det tradisjonelle delegeringsspørsmålet, men er mer nyansert på områder der det tradisjonelle perspektivet ikke strekker til.¹⁰¹ Innenfor det tradisjonelle perspektivet inntar begge likevel en mer liberal posisjon. Graver argumenterer for en generell adgang til delegering dersom det er «praktiske behov»,¹⁰² og Bernt/Rasmussen tar til orde for en «tommelfingerregel» om at delegering kan skje hvis «... kravet om kontroll- og instruksjonsmyndighet er oppfylt, og

⁹⁷ Frihagen 1973 s. 23.

⁹⁸ Smith 1994, Smith: «Makt uten ansvar?» i Smith, Eivind red.: *Makt uten ansvar? Om Riksretten i vår tid*, Oslo Tano Aschehoug, 1997, s. 13-26, og Smith 1999, er sentrale eksempler.

⁹⁹ Lovavdelingen 2000 s. 125 flg. Rundskrivet fra 2000 oppdaterer og viderefører rundskrivet fra 1971, se Lovavdelingen 1971.

¹⁰⁰ NOU 2019:5 kapittel 15.

¹⁰¹ Samtidig gir for eksempel Graver viktige bidrag til spørsmål om privatisering i Graver: «Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2005, s. 153–87, og Bernt: *God forvaltningsskikk*, Gyldendahl, 2018 utdyper begreper om forvaltningsskikk, som også kan integreres i et perspektiv på delegering i dag (se f.eks. kapittel 7.)

¹⁰² Graver 2019 s. 198: «Også når det gjelder delegering fra andre organer, må utgangspunktet etter min mening være at de kan delegerer sin myndighet dersom det er praktisk behov for det.»

det ikke ellers fremtrer som uforsvarlig å legge denne type avgjørelser til dette underordnede organet». ¹⁰³ De reflekterer derfor en mer generell liberalisering i tenkingen omkring delegering, særlig sammenlignet med Castberg.

Som en oppsummering av diskusjonens hovedpunkter kan man si at det sentrale fellestrekket er at de er opptatt av betingelsene for delegering, og spesielt hvordan disse betingelsene kan konkretiseres i enkeltregler om ulike organers delegeringsadgang. ¹⁰⁴

Avhandlingen forsøker derfor å bygge videre på etablerte perspektiver, men også utvide dem. Kjernen i den tradisjonelle diskusjonen tas nærmere opp til diskusjon i kapittel 5. Her drøfter jeg blant annet omfanget av Grl. § 3, kommuneloven §§ 5-3 og 5-4, samt den såkalte ulovfestede delegeringslæren. Samtidig forstår jeg denne diskusjonen i lys av kapittel 2, hvor jeg nyanserer begrepet om organisering (jf. 2.2.1), som har til formål å klargjøre hvordan man bør tenke om formålet med å delegere (jf. 2.4.2). Spørsmålet ses også i lys av teoretiske perspektiver på hva organisasjoner består av (jf. 2.2.8).

Hovedfokus for denne avhandlingen vil imidlertid som antydnet allerede innledningsvis være på en annen kant. Mer konkret drøfter jeg om kretsen av problemstillinger som kan behandles under synsvinkelen delegering, bør utvides sammenlignet med det som har vært tradisjonen. I kapittel 4 drøfter jeg derfor delegeringsreglens anvendelsesområde eller delegeringsbegrepets omfang, og om reglene bør anvendes på andre deler av forvaltningen enn den som handler om myndighetsutøvelse. Spørsmålet er tidligere kun behandlet implisitt hos Frihagen, Sandberg og Graver. ¹⁰⁵ Spørsmålet ses særlig i forbindelse med det generelle begrepet om organisering (jf. 2.2.8) og en analyse av kompetansebegrepet (jf. 2.3.2). Særlig vurderer jeg om en tenkning rundt *personell hjemmel* kan ta høyde for

¹⁰³ Bernt 2010 s. 80. Se også Bernt: «Rettskildebruk for forskeren - en sammenligning med domstolens og forvaltningens rettskildebruk», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1989, s. 265—94 s. 281 som antar det samme. Han skriver at utgangspunktet og hovedregelen må «... være at det ligger innenfor forvaltningens organisasjonsmyndighet å bestemme hvor et vedtak skal treffes.» Han fortsetter videre med å understreke at det kan gjelde begrensninger dersom det finnes «... klare forutsetninger fra lovgivers side ...» eller «... kravet om at det delegerende organ må beholde en reell kontroll- og instruksjonsmyndighet på saksområdet ...» ikke er innfridd.

¹⁰⁴ Et viktig unntak som også gjør at min avhandling kan avgrenses, er analysen i Hoel: *Kommunalrettslig representasjon: binding og erstatning*, Oslo, Universitetsforlaget, 2011.

¹⁰⁵ Sandberg: «Privatisering av førstelinjetjenesten i barnevernet», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004, s. 83—99, Graver 2019 s. 199 påstår at det er «viktig å skille mellom delegasjon av myndighet til å treffe vedtak og det å benytte seg av private aktører i saksforberedelsen.» Frihagen 1973 s. 28—29 antar på sin side bl.a. at man behøver hjemmel for å delegere plikten til å gi begrunnelse, og at man kan tildele saksbehandlingen til underordnede.

hvordan forvaltningsorganer i større grad enn før har sammensatte funksjoner, som tjenesteytelse og kompleks saksbehandling.

I kapittel 6 og 7 drøfter jeg også om spørsmålet om betingelsene for delegering bør ses i en bredere kontekst av krav til gjennomføringen av delegeringer. Første spør jeg om delegering kan påvirke det delegerende organs ansvar i kapittel 6. Min gjennomgang drøfter ulike ansvarsformer, som erstatningsansvar, parlamentarisk- og konstitusjonelt ansvar, straffansvar, samt ansvar for å følge lover og regler. Her utvikler jeg særlig den nærmere sammenhengen mellom begrepet om ansvar og delegering, herunder et begrep om det jeg kaller forvaltningsorganers *differensierte* ansvar. Spørsmål om ansvar nyanseres i lys av spørsmål om kompleksitet, funksjonell differensiering av institusjoner (jf. 2.2.4 og 2.2.7), samt fremveksten av upersonlig makt i den moderne forvaltningen (jf. 2.2.6). Et viktig spørsmål er om forvaltningsretten alene kan regulere forholdet mellom ulike ansvarsformer.

Samtidig pakker jeg ut en annen forutsetning, nemlig om det delegerende organ bevarer ansvar for og muligheten til å styre og kontrollere delegaten, i kapittel 7.¹⁰⁶ Denne ansvarsformen har vært diskutert som et minstekrav til delegering, men i mindre grad som en selvstendig forvaltningsrettslig ansvarsform. Jeg forsøker å pakke ut et slikt begrep om ansvar som tar høyde for hvordan styring ovenfra kan kollidere med lokale behov og verdier (jf. 2.3.5 og 2.2.8), og som samtidig ser at det finnes flere styringskanaler (jf. 2.2.9). For å beskrive det hierarkiske ansvaret i kapittel 7 forsøker jeg derfor å pakke ut et begrep om demokratisk egenverdi (jf. 2.4.7.)

Som skissert foran forsøker jeg da å gi et bidrag til den alminnelige fremstillingen av delegering som tar høyde for nyere utviklingstrekk i samfunnet, ved hjelp av en mer sammensatt makt- og legitimitetsforståelse. Samtidig mener jeg disse eksterne samfunnsforholdene må ses i sammenheng med den rent interne oppfatningen av begrepet om delegering. Tidligere har selve begrepet om delegering vært sett på som av begrenset betydning.¹⁰⁷ Andre forstår delegering som noe praktisk, administrativt eller teknisk.¹⁰⁸ Eksplicit analyse av selve delegeringsbegrepet er det kun Opsahl og Nils Christian Sundby

¹⁰⁶ Se bl.a. note 103.

¹⁰⁷ Graver 2019 s. 193. Frihagen 1991 s. 207. Eckhoff 1992 s. 217—218, se også Smith 2022 s. 177.

¹⁰⁸ Se bl.a. note 27.

som har gjort.¹⁰⁹ De gir (der) begge en juridisk definisjon på delegering, forstått som en type kompetanseutøvelse.¹¹⁰ Begrepet pakkes ut og nyanseres nærmere i 2.2.1. Man kan for eksempel sitere det litt mer substansielle begrepet om delegering, fra Markus Hoel:

«Med ‘delegasjon’ siktes det i denne sammenheng til tildeling av beslutningsmyndighet fra ett organ til et annet, eventuelt til tjenestemann. Organet som tildeler myndighet, beholder imidlertid kompetansen til å fatte beslutninger på området og kan når som helst kalle den delegerte myndigheten tilbake. Det beholder også ansvaret for hvordan det tildelte organet anvender den tildelegerte myndighet. Delegasjon skjer derfor per definisjon fra et overordnet til et underordnet organ, og det tildelegerende organet kan instruere det tildelte organet om hvordan kompetansen skal anvendes.»¹¹¹

Hoels definisjon illustrerer derfor at delegeringsbegrepet er bygget på en bestemt oppfatning av begrepet om organisering (som et spørsmål om kompetanse), men også spesielt på en oppfatning om forvaltningens hierarkiske organisering. Allerede forutsetningen om at delegering angår slike tilfeller hvor man delegerer myndighet som man selv har, uttrykker aspektet, og instruksjonsmyndighet og tilbakekall underbygger denne hierarkiske dimensjonen av begrepet (se også nærmere i kapittel 7). I kapittel 2 forsøker jeg derfor nærmere å pakke ut hvilke forutsetninger begrepet om organisering og forutsetningen om hierarkisk styring hviler på (jf. 2.4.3 og 2.4.7).

I tillegg til disse norske bidragene nevner jeg Lena Marcussons *Förvaltning utanför myndighetsområdet* fra 1989 som et viktig svensk bidrag til forståelsen av ikke-almennelige forvaltningsorganer.¹¹² Fra dansk rett er det flere forfattere jeg har hentet mye inspirasjon fra. Azad Taheri Abkenar sin avhandling *Delegation af myndighedsudøvelse til private*

¹⁰⁹ Opsahl 1963 s. 1.9 flg., med videre henvisning til Eckhoff. Se nærmere Eckhoff, 1966 s. 314. Sundby, 1974 s. 336 og 340 flg.

¹¹⁰ Se f.eks. Opsahl 1965 s. 218 om forholdet mellom delegering og kontroll.

¹¹¹ Hoel 2011 s. 147.

¹¹² Marcusson: *Förvaltning utanför myndighetsområdet*, Iustus Förlag, 1989.

aktører har spilt en viktig rolle i min egen analyse av delegeringsbegrepet, og det samme gjelder Catherine Donnellys *Delegation of Governmental Powers to Private Parties*.¹¹³

1.1.6 Avgrensninger og presiseringer

Avhandlingens overordnede ambisjon er mer å bidra til utvikling av nye problemer og måter å tenke på, enn å gi definitive svar på disse problemene. Samtidig har det vært nødvendig å forsøke å skissere posisjoner og standpunkter, nettopp for å kunne komme videre og se selve problemene. Teksten reflekterer begge sidene av saken. Ambisjonen har imidlertid først og fremst vært å bidra til utvikling av nye problemer, og å se de bakenforliggende forutsetningene i den juridiske tenkningen om organisering på et teoretisk nivå, *slik at* det kan brukes for videre diskusjon av konkrete rettslige problemer. Valget om å fokusere på å utvikle nye problemer gjør likevel at man ikke kan gå tilstrekkelig inn i hvert enkelt av problemene.

Avhandlingen presiseres først til å forsøke å beskrive de *alminnelige* reglene som gjelder som utgangspunkt for *all* delegering, under forutsetning av at en åpenbart viktig regel er at Stortinget kan gjøre unntak fra disse alminnelige reglene.¹¹⁴ Dermed faller imidlertid flere spørsmål utenfor det som er *nødt til* å trekkes inn, selv om alle generelle fremstillinger beror på analyse av partikulære spørsmål. Avhandlingen avgrensner for eksempel mot EU-rettsens innflytelse på norsk statsforvaltning gjennom krav om uavhengige forvaltningsorganer, anbudsrettens krav til prosessen ved valg av private tjenesteleverandører, de materielle skranker for forvaltningens skjønnsutøvelse ved bruk av delegert kompetanse, eller de mange spesifikke ordningene for autorisasjon av fagpersonell, for å nevne noe. Blant større avgrensninger er at jeg ikke behandler mangelen på personell kompetanse innenfor ugyldighetslæren. Spørsmålet fortjener mer omtanke enn jeg har fått anledning til å gi det, samtidig som de tradisjonelle fremstillingene av spørsmålet er nyanserte.

Avhandlingen avgrensnes også 'oppover' mot en del sentrale statsrettslige debatter. I all hovedsak avgrensner jeg mot de spørsmålene som ble tatt opp i Opsahls avhandling, altså

¹¹³ Abkenar: *Delegation af myndighedsudøvelse til private aktører*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017 og Donnelly: *Delegation of Governmental Power to Private Parties: A Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2007.

¹¹⁴ At lovgivningen i de enkelte tilfeller kan gjøre *unntak fra* de alminnelige reglene, er i seg selv en egenskap ved de alminnelige reglene. De alminnelige reglene gjelder derfor fortsatt selv om det også finnes særlovgivning.

hvor langt *Stortinget* kan gå i å delegere sin myndighet. Den gjennomgående forutsetningen i mitt arbeid er at Stortinget alt har delegert, enten til Regjeringen eller til et annet offentlig organ.¹¹⁵ Grensene mot suverenitetsavståelse jf. Grl. § 115 og § 26 (2) blir for eksempel ikke behandlet.¹¹⁶ Høyesteretts jernbanebetenkning lukker noen, men ikke alle spørsmål.¹¹⁷ Jeg vil heller ikke få anledning til å behandle om Stortinget kan delegere myndighet overfor Regjeringen til laverestående forvaltningsorganer.¹¹⁸ Delegering til og fra domstolene blir heller ikke behandlet.¹¹⁹ Avhandlingen har heller ingen formell *komparativ* side. Når det gjelder avhandlingens teoretiske side er det desto større behov for å gjøre avgrensninger, men disse følger særlig nedenfor i teori- og metodekapittelet.

De teoretiske diskusjonene har også generelt sett måtte avgrenses, men disse avgrensningene fremgår nedenfor. En svakhet er likevel at litt vel mye av litteraturen er norsk.

1.2 Enkelte terminologiske spørsmål og begrepsmessige utgangspunkter

1.2.1 Delegering eller delegasjon? Delegant og delegatus eller det delegerende organ og delegat?

Denne avhandlingen handler om delegering. En innledende definisjon av begrepet ble sitert fra Hoel ovenfor, og resten av avhandlingen skal forsøke å nyansere sentrale deler av denne definisjonen. Samtidig er det visse spørsmål som ikke kan behøver en omfattende drøftelse, men likevel er viktige å klargjøre for den videre fremstillingen. Disse har dels å gjøre med terminologi, og dels å gjøre med begrepet.

¹¹⁵ Evt. se nedenfor i punkt 1.2.

¹¹⁶ Se for en oppsummering og kritikk, Holmøyvik: «Sikker konstitusjonell praksis? Grunnlova og Noregs avtaler om suverenitetsoverføring», *Nytt Norsk Tidsskrift* nr. 2, 2013, s. 117—25. Spørsmålene behandles også (kritisk) av Bekkedal: «Suverenitet og samarbeid — Grunnlovens skranker for delegasjon av statsmakt», *Kritisk juss* 42, nr. 01, 2016, s. 3—37. Spørsmålet ble behandlet i HR-2021-655-P (*Jernbanebetenkningen*), se Eirik Holmøyvik: «Høyesteretts jernbanebetenkning: en statsrettslig avsporing», *Lov og rett* 61, 2022, s. 28—52.

¹¹⁷ Se omtalen av fellesanskaffelser i Meld.St. 16 (2022-2023) *Nordisk samarbeid* s. 41, og den rettslige vurderingen i JDLOV-2016-1023.

¹¹⁸ Jf. JDLOV-2016-6395 pkt. 5.2.1 og tilsvarende NOU 1997:19 *Et bedre personvern* s. 320 flg, der Eivind Smith utreder dette spørsmålet.

¹¹⁹ Merkelig nok finnes det eksempler på delegering fra Høyesterett til forvaltningen, se f.eks. Rt. 1998 s. 787 (*Delegering fra Høyesterett til barnevernstjenesten*), «Jeg er etter dette kommet til at samvær fastsettes til seks timer en dag hver fjerde måned, og eventuelt etter barneverntjenestens nærmere bestemmelse.», s. 794.

Først nevner jeg at jeg vil bruke skillet mellom «delegerende organ» og «delegat». Skillet er kronglete, men alternativet «delegant/delegatus» blir for gammelmodig.¹²⁰ I visse kontekster omtaler jeg det delegerende organ som «prinsipal» og delegaten som «agent». I visse tilfeller vil jeg også kalle det delegerende organ for «A» og delegaten for «B». Samme bokstaver brukes alltid, i slike tilfeller. Dersom jeg skriver om flere aktører enn to, vil A alltid være den høyeste i kjeden av organene.

Jeg vil også foretrekke uttrykket *en delegering* og *å delegerer* fremfor *delegasjon*. Det har simpelthen med å gjøre at det for praktiske formål er nyttig å skille søk etter «delegering» fra søk etter «delegasjon», ettersom sistnevnte også inkluderer delegasjoner til internasjonale forsamlinger eller andre land. Hvis juridiske tekster i alle fall adopterte denne terminologien, ville det vært nyttig for videre forskning.

1.2.2 Tildeling, overføring, overlatelse av ansvar/myndighet

Et annet spørsmål handler om hvordan man skal uttrykke — i kortform — hvilke *virksomheter* delegering har. Det begrepsmessige aspektet av problemet behandles grundig i avhandlingen, men allerede nå er det av betydning å avklare det rent språklige. Man kan omtale virkningen av delegering på ulike måter, som *tildeling*, *overføring*, *overlatelse*, *replisering*, eller lignende.

Det er vanlig å presisere at det delegerende organ bevarer myndigheten selv og «ansvaret kan ikke delegeres», som det ofte heter.¹²¹ Jeg vil uttrykke denne nyansen ved å omtale delegering som en *tildeling* av myndighet, som er vanlig i litteraturen.¹²² Man kunne også kalt det en *replisering* av myndigheten. A delegerer til B, og skaper en *ny* kompetanse ut av tynn luft.¹²³ På det rent terminologiske punktet er det derfor ingen forskjeller på privatrettslige fullmakter og delegeringer.¹²⁴ Begge innebærer å opprette en *ny* kompetanse ved siden av den gamle.

¹²⁰ Ross: *Statsretlige studier*, Nyt Nordisk Forlag, 1959 s. 144.

¹²¹ Se f.eks. Smith 2022 s. 177, stikkord på siden.

¹²² Se Eckhoff, 1966 s. 129 som bruker uttrykket «kompetansetildelingskompetanse.»

¹²³ Se f.eks. Frihagen 1991 s. 207—208. Diskusjonen om dette stammer fra statsretten, se omtalen særlig hos Ross 1959 s. 140: «Delegationen har så at sige karakter af en formeringsproces — en ny kompetence skabes indtil videre ved siden af den gamle.» Riktignok bruker Ross nettopp uttrykket «... overlatelse ...» motsatt av det jeg ønsker å gjøre.

¹²⁴ Se bl.a. Frihagen 1991 s. 207, og bl.a. mer teoretisk i Sundby: *Om Normer*, Universitetsforlaget, 1974 s. 341.

Uttrykk som overføring eller overdragelse brukes gjerne for å si det motsatte.¹²⁵ En overføring eller en overdragelse gjør at A selv mister rettsstillingen, når B får denne. Det er forskjell på å gi fullmakt til å selge bilen (en ‘tildeling’), og å gi selve bilen (en ‘overføring’). Tilsvarende vil å delegere være å *tildele* en rettslig posisjon, uten at det delegerende organ *overfører*, *overdrar* eller *overlater* sin rettslige posisjon. Uttrykket «overlate» brukes derfor for å si at et ansvar eller lignende har blitt overlatt — slik eiendomsretten til bilen blir flyttet. «Overføres» blir for ofte brukt i betydningen *tildele*.¹²⁶ Om overføring juridisk sett er mulig eller lovlig er et begrepsmessig og dogmatisk spørsmål, som jeg kommer tilbake til. Poenget er at når jeg bruker uttrykket *tildeling* av ansvar, så er det noe annet enn og *overlating* av ansvar.

1.2.3 Forholdet mellom begrepene delegering og organisering

Jeg gir her og i punktene nedenfor en svært grov skisse av noen begrepsmessige utgangspunkter. I denne avhandlingen vil jeg bruke uttrykkene delegering og organisering dels om hverandre, dels samtidig. Forklaringen ligger i at begrepene henger tett sammen (jf. 8.3): Med *organisering* sikter jeg til en bestemt måte å ordne eller koordinere menneskelig handling på, og man kan ha ulike måter å tenke om organisering (formelt, uformelt, instrumentelt, institusjonelt, faglig, sosialt, etc.). Det kommer jeg tilbake til. Poenget her er bare å si at å snakke om organisering er å snakke om *en tilstand*.

Begrepet om delegering handler på sin side om å skape organisatorisk endring. Å delegere er å *endre* organisasjonens tilstand. Det ene er dermed (i større grad) et statisk begrep, det andre et dynamisk begrep. Fordi organisasjoner alltid er i kontinuerlig endring, er dette en falsk motsetning. Verbformen å *organisere* illustrerer også dette. Organisering og det å organisere er samtidig noe mer generelt enn det å delegere. Som jeg utvikler i avhandlingen, er delegering en bestemt form for organisatorisk endring. Avhandlingens problem er i noen grad å pakke ut hva som er særegent med denne formen for organisatorisk endring. Presisjonsnivået vil derfor bli gradvis større etter hvert som sammenhengene mellom de to begrepene utvikles. Som utgangspunkt kan man likevel si at delegering er en type

¹²⁵ Smith 2022 s. 178: mener disse uttrykkene «... leder tanken i retning av at den som delegerer, *gir fra seg* sin egen kompetanse ...».

¹²⁶ Se en slik språkbruk i Dokument nr. 3 (1961—1962) *Utredninger m.v. om Det europeiske økonomiske fellesskap i forhold til den norske Grunnlov* s. 12, der Andenæs også kaller delegasjon for en overføring av myndighet.

organisatorisk endring som «... meget ofte er legitim ...».¹²⁷ Delegeringsproblemet vil dermed helt overordnet bero på å markere slike organisatoriske endringer som er legitime på visse grunnlag fra slike som er legitime på andre grunnlag.

1.3 Sammenhengen mellom de ulike teoretiske, metodiske og rettsdogmatiske diskusjonene

1.3.1 Juridiske og samfunnsvitenskapelige begrep om makt, delegering og organisering
Fremstillingen under forsøker å vise selve gangen i avhandlingen fra begynnelse til slutt.

Utgangspunktet i kapittel 2 er avhandlingens konkrete målsetning om å gi et mer sammensatt, nyansert og samtidig *kritisk* begrep om delegering som juridisk begrep. I kapittel 2 tar jeg utgangspunkt i at rettsdogmatikere vanligvis vil være uenige om to sentrale spørsmål, og at denne uenigheten også manifesterer seg her (jf. 2.1). Den første uenigheten er knyttet til hvilken *makt* delegering skaper, og den andre er knyttet til hvordan denne makten bør *legitimeres*. Det juridiske begrepet om delegering vil derfor kunne reflektere ulike oppfatninger om maktbegrepet og ulike oppfatninger om grunnene som kan legitimere at delegering skaper slike ulike former for faglig, politisk, økonomisk eller annen makt.

For å klargjøre begynner jeg derfor med en analyse av hvilket begrep retten har om den makt delegering skaper. Et utgangspunkt beskrives som å være at forvaltningsretten primært har vært opptatt av maktens juridiske dimensjon (jf. 2.2.1). Retten og rettsvitenskapen har derfor i noen grad overlatt ansvaret for analysene av andre former for makt til andre profesjoner og fagmiljøer.

Først diskuterer jeg økonomisk prinsippal-agent-teori, (se 2.2.2). Deretter diskuteres den mer nyanserte tenkningen i instrumentelt orientert *politisk teori* og *statsvitenskap*, som analyserer organisasjoner som en serie maktforhold mellom demokratiske prinsippaler og byråkratiske agenter (se 2.2.3). Det instrumentelle perspektivet har imidlertid vært utfordret ut fra perspektiver som fremhever at preferansene og handlingsalternativene til de aktørene som forsøker å bruke organisasjonene til sine mål, *selv* blir formet av organisasjonene (se 2.2.4). Institusjonell teori og kompleksitetsteori fremhever på ulike måter hvordan et

¹²⁷ Opsahl 1965 s. 21.

aktørperspektiv på organisasjoner er utilstrekkelig, og at henholdsvis institusjoner og kompleksitet må teoretiseres som selvstendige elementer av organisasjonen. Jeg nyanserer samtidig disse teoriene med teorier om strukturell makt (se 2.2.5), særlig materialistisk teori og (kritisk) systemteori (se 2.2.6). Blant annet drøftes om et begrep om *strukturell* eller *upersonlig makt* kan sies å være en *emergent virkning* av konkrete maktforhold. Begrepene om organisering og delegering kan da romme både aktører, institusjoner, kompleksitet og strukturell makt, uten å tape den enkelte maktutøvelsen av syne.

Deretter utvikler jeg en antakelse om *det strukturelle nivåets forrang* (jf. 2.2.7). Begrepet om det strukturelle nivåets forrang forsøker å fange og gi grunnlag for videre begrepsutvikling gjennom en antakelse om at den upersonlige makten blir den dominante formen for makt i moderne samfunn. Organisasjoner kan da forstås som å respondere på at de er omringet av upersonlige maktstrukturer, kompleksitet og institusjoner. Først utvikler jeg i lys av systemteoriens forståelse av kommunikativ og funksjonell differensiering et begrep om *egenlogikker* (jf. 2.2.8). Materialistisk teori brukes deretter for å fremheve at systemteoriens begrep må suppleres med en nærmere forklaring av hvordan sentrale (upersonlige) maktstrukturers innflytelse ivaretas innenfor den enkelte egenlogikken (jf. 2.2.9). Disse begrepene gir grunnlag for en mer nyansert problematisering av hvordan forvaltningens organisering henger sammen med strukturelle maktforhold i og utenfor forvaltningen.

Deretter foretar jeg en begrenset analyse av hovedtrekk i norsk forvaltningspolitikk (se 2.3). Jeg analyserer særlig forvaltningsorganet som organisasjonsform, samt retten, budsjettet, og etatsstyringen som styringsteknologier.

1.3.2 Hvordan kan makten delegering skaper legitimeres?

Etter den institusjonelle analysen bruker jeg de mer utviklede begrepene om makt, organisering og delegering til å vurdere hvordan man bør legitimere delegering i den moderne forvaltningen (se 2.4.1).

Den sentrale begrunnelsen for delegering er *demokratisk* (jf. 2.4.2). I lys av etablerte perspektiver i politisk teori utvikler avhandlingen derfor den tradisjonelle begrunnelsen for delegering innenfor demokratiske rammer videre. Særlig presiseres begrepene om

autorisering og ansvarliggjøring som ledd i *hierarkisk* kontroll, og det diskuteres hvordan slike mekanismer bidrar til å påvirke maktforholdene som ble analysert i punkt 2.2. Senere konkretiseres diskusjonene om formålet med å delegere i kapittel 5, og hvordan ulike ansvarsformer virker rettsdogmatiske spørsmål i kapittel 6 og 7.

Avhandlingen drøfter deretter en viktig nyanse til den demokratiske begrunnelsen for delegering, nemlig den faglige. Særlig har nyere politisk teori pekt på det demokratiske behovet for å forsøke å skape *faglig forsvarlige* organisasjoner (se 2.4.6). At faglige aktører kan opptre i demokratiets tjeneste gir samtidig oppfordring til å spørre om man ikke også kan anerkjenne faglighetens *egenverdi* (jf. 2.4.6), og å fremheve behovet for en tillit og regulering av forvaltningen bygget på begrepet om *demokratisk egenverdi* (jf. 2.4.7). Mulighetene for å skape en slik kombinasjon av demokratisk kontroll og selvstendig faglighet drøftes særlig i lys av de problemene som upersonlige maktstrukturer kan antas å skape. Begrunnelsen for delegering blir dermed utviklet i lys av den mulige demokratiske verdien det har at ulike mennesker på egenhånd skaper organisasjoner innenfor upersonlige maktstrukturer. Et slikt begrep om demokratisk egenverdi viser seg senere å være nyttig for å diskutere når og hvordan delegering bør skje i kapittel 4 og 5, og hvordan styring og kontroll med lokale nivåer bør foregå i kapittel 6 og 7. Begrepet om demokratisk egenverdi forsøker derfor å ta høyde for det strukturelle nivåets forrang og den upersonlige maktens dominans (jf. 2.4.7).

1.3.3 Retten som styringsinstrument og den juridiske metode som grensen for det juridiske arbeid

De teoretiske perspektivene på makten til både eksperter og upersonlige maktstrukturer danner imidlertid også grunnlag for å drøfte rettens rolle. Retten kan nemlig selv forstås som et demokratisk styringsinstrument jf. 2.5.6, som er beheftet med enkelte av de problemene som blir diskutert i 2.2 og 2.4.

Retten kan dermed selv forstås som et system som arbeider innenfor det strukturelles forrang, produserer upersonlig makt, men samtidig har en demokratisk egenverdi (jf. punkt 2.4.5). Et slikt perspektiv på retten vurderes deretter i dialog med ulike teorier om retten i punkt 2.5. Den rettsteoretiske posisjonen som utvikles der danner så grunnlaget for å utvikle en *rettsdogmatisk-metodisk* posisjon (jf. kapittel 3) i form av begrepsanalyse (jf. 3.1).

Begrepsanalyse pakkes ut som en refleksiv metode for å forstå rettens egne forutsetninger. Samtidig drøfter jeg hvordan retten bør forholde seg til andre fagprofesjoner, både som vitenskapsfelt (jf. 3.4), og som del av den demokratiske kontrollen i samfunnet (jf. 3.5.) Rettens rolle som demokratisk kontrollorgan *innenfor hierarkiet* drøftes deretter i lys av de metodiske diskusjonene, i kapittel 7.

Begrepsanalysen er derfor i noen grad nødvendig *på grunn av* de teoretiske perspektivene, samtidig som det er begrepsanalyse som begrunner disse perspektivene (se 3.5.8).

1.3.4 De alminnelige delegeringsreglene

I kapittel 4 behandler jeg delegeringsbegrepets juridiske omfang og dermed også når de alminnelige reglene om delegering gjelder. Spørsmålet analyseres blant annet i lys av kompetansebegrepets betydning for diskusjoner om organisering, som også ble analysert historisk (jf. 2.3.2). Her drøfter jeg blant annet de mindre synlige effektene bestemte organisasjonsformer har, (jf. 2.2.9). Spørsmålene ses i sammenheng med velferdsstaten som en utfordring for kompetansebegrepet (jf. 4.2).

I kapittel 5 behandler jeg det rettslige grunnlaget for delegeringsadgang, som reflekterer videre omkring den teoretisk-normative diskusjonen i punkt 2.4. Problemstillingen beror på om juridiske styringsmekanismer kan bøte på de demokratiske utfordringene ved delegering, som ble analysert i punkt 2.2. Det beror også på om delegering til faglige nivåer kan ha en egenverdi, (jf. 2.4.7), og hvordan retten i så fall kan vurdere det faglige elementet (jf. 2.4.6 og 2.5).

I kapittel 6 drøfter jeg på hvilken måte delegering påvirker forvaltningens *ansvar*, et problem som ses i forbindelse med en økt differensiering av organisasjonsformer, se 2.3. Tidligere litteratur har antatt at delegering ikke kan påvirke ansvar. Jeg drøfter denne forutsetningen i lys av begrepet om strukturell makt (jf. 2.2.6), diskusjoner om fristilling av forvaltningsorganer (jf. 2.3.3) og den demokratiske egenverdien til ulike kontrollformer, (jf. 2.5.7 og 2.4.5).

I kapittel 7 drøfter jeg om delegering skaper et *hierarkisk ansvar* for det delegerende organ, og om et slikt ansvar også innebærer visse minstekrav til delegeringen. Kapittelet bygger

videre på flere av avhandlingens sentrale diskusjoner, og særlig begrepet om strukturell maktutøvelse via forvaltningens organisering som ble utviklet i både 2.2.10 og 2.4. Spesifikt drøfter jeg om det er grunnlag for å formulere et eget forvaltningsrettslig begrep om hierarkisk ansvar. Ansvaret forstås i lys av skillet mellom økonomiske, juridiske og organisasjonsvitenskapelige begreper om makt (jf. 2.2), juristers rolle i moderne forvaltningspolitikk (jf. 2.3.5) og utfordringene som oppstår ved at den demokratiske kontrollen ved de faglige nivåene må foregå gjennom ulike styringsprofesjoners styringsinstrumenter (jf. 2.4.6). Generelt forstås imidlertid spørsmålet også i lys av metodekapittelets refleksjoner over rettens rolle som demokratisk kontrollorgan (se 3.5), og i lys av bredere refleksjoner knyttet til behovet for en rettsvitenskap som søker å avdekke strukturelle maktforhold, men også tar etablerte begrepsstrukturer på alvor (jf. også 2.5.7).

1.4 Om avhandlingens publikum og leseveiledning

Som skissert foran beror alle avhandlingens deler i noen grad på hverandre. Noen deler pakker ut premisser som er viktig andre steder. Hele avhandlingen er en eneste lang utpakking av begreper, problemer og vurderinger. Formålet med en slik tilnærming er å synliggjøre rom for uenighet, slik at diskusjoner av konkrete juridiske problemer blir lettere. Avhandlingens oppbygning følger imidlertid en logikk der hvert punkt bygger videre på de foregående, og begrepene blir gradvis mer sammensatte. På noen måter er derfor kapittel 7 det mest komplekse kapittelet. Sammenhengene på kryss og tvers har gjort arbeidet vanskelig. Fremstillingen reflekterer derfor min måte å tenke om sammenhengene på. Samtidig kan det godt være at en annen rekkefølge er mer hensiktsmessig, om man tenker annerledes enn jeg gjør. I utgangspunktet kan leseren derfor begynne et sted i teksten, og eventuelt arbeide seg fremover eller bakover etter hvert som problemer avdekkes. Risikoen er likevel at man går glipp av sammenhenger som jeg har pakket inn i bestemte begreper, uten at det behøver å være et problem.

Avhandlingens primære mål er å gi et kritisk bidrag til den rettslige tenkningen om forvaltningens organisering. Avhandlingen er derfor særlig skrevet for et teoretisk orientert rettsdogmatisk publikum. Samtidig kan særlig kapittel 2 og de innledende partiene i kapittel 4 til 7 være av interesse for samfunnsvitere eller teoretikere som skriver om organisering, og kan ha interesse av å forstå det juridiske begrepet om organisering. Jeg er også innom spørsmål som ekspertise, demokrati, demokratisk kontroll, strukturell makt, og hvordan

materielle- og kommunikative prosesser virker innenfor rammen av organisasjoner (jf. 2.2). I tillegg diskuterer jeg spørsmål om legitimitet og embetsetikk, herunder hvilke verdier rettens kontroll bør tuftes på (se 2.5 og kapittel 3).

For et rettsdogmatisk publikum vil samtidig kapittel 3 inneholde refleksjoner om juridisk metode og forholdet mellom metoden og rettens sosiale funksjon, samt forholdet mellom rettslige regler og rettslige begreper. Kapittel 4 til 7 inneholder også mer konkrete begrepsanalyser som pakkes ut i analysen av de alminnelige reglene. Ønsket om å kommunisere til et rettsdogmatisk publikum, er en sentral forklaring på avhandlingens lengde. Dermed oppstår en spenning der praktikere lett vil mene jeg bruker for mye tid på abstrakte og teoretiske spørsmål, mens teoretikere vil mene jeg bryr meg for mye med detaljene. Begge har nok litt rett.

2 Teori

2.1 Teoretiske problemstillinger: Uklarhet om hva som er, og hva som bør være

Hovedproblemstillingen er hvilken makt delegering produserer, og hvordan denne makten blir og bør bli legitimert. Begge spørsmålene berører i noen grad hva delegering *er*, og hvordan adgangen til å delegere bør reguleres. Erkjennelsesinteressen med denne problemstillingen, er å klargjøre hvilket objekt delegeringsreglene skal regulere, og dermed også hva som er (deler av) forskningsobjektet i arbeidet. Måten disse teoretiske forutsetningene skal kobles sammen med konkret rettsdogmatisk analyse er et *metodisk* spørsmål, som håndteres i kapittel 3. Jeg vil likevel forsøke å synliggjøre noen sammenhenger alt i kapittelet her.

Alle de teoretiske diskusjonene jeg går inn i her er komplekse og rommer større nyanser enn jeg kan gå inn i. Som alt antydnet innledningsvis vil jeg imidlertid gå inn i så vel empiriske og normative teoretiske diskusjoner. Begrunnelsen følger fra en rettsteoretisk posisjon som utvikles i punkt 2.5.

Enkelt sagt kan man likevel si at jeg argumenterer for at begreper generelt spiller en sentral rolle i hvordan det rettslige systemet produserer, anvender og utvikler rettslige regler (jf. 2.5.4). Begrepsanalyse som rettsvitenskapelig forskningsmetode utdypes også nærmere i kapittel 3. Begrepene antas imidlertid å være viktig for måten delegering *har vært* regulert, og dermed også hvordan man *bør vurdere* denne reguleringen, og eventuelt foreslå ny. I avhandlingens dogmatiske deler vil jeg derfor substansielt vurdere hvilke begrepsforutsetninger de enkelte reguleringene hviler på.

Disse begrepsmessige forutsetningene — og diskusjonen av dem — kan likevel romme uenighet om ulike typer spørsmål. I den norske konteksten har rettsteoretiske diskusjoner ofte skilt seg i en analytisk-normativ del, og en retts sosiologisk del, med vanskelige oversettelsesproblemer mellom de to retningene.¹²⁸ Som jeg kommer tilbake til nedenfor står begrepet om *makt* sentralt, fordi retten både rammer inn og skaper makt. Som respons har den analytisk-normative delen av rettsfilosofien fokusert på spørsmål som primært

¹²⁸ En analog uenighet finnes i organisasjonsteori, se Olsen og March: *Rediscovering Institutions*, The Free Press, 1989 s. 51: «... we might observe that life is not only, or primarily, choice but also interpretation.»

handler om *hvordan* makten kan eller bør legitimeres. Den retts sosiologiske delen har på sin side fokusert på *hvem* som har makt, ulike *former for makt* og hvordan disse kommer *til uttrykk*. Analyser av det ene forutsetter imidlertid ofte (implisitt) et standpunkt til det andre, uten at disse dimensjonene nødvendigvis kobles sammen. Mitt utgangspunkt er at rettsvitenskapelig forskning beror på *både* samfunnsteoretiske utgangspunkter som særlig har å gjøre med maktbegrepet, og på analytiske og normative utgangspunkter om hvordan denne makten kan legitimeres. Uenighet om det ene vil i min erfaring ofte henge sammen med uenighet om det andre. For å foreta en hensiktsmessig diskusjon om hvilke begreper retten forutsetter, må begge vurderes.¹²⁹

Disse innledende vurderingene gjør jeg henholdsvis i punkt 2.2, der jeg diskuterer ulike former for makt i forvaltningen. I punkt 2.4 diskuterer jeg hvordan rollen delegering spiller i å skape denne makten kan legitimeres ved rettslig regulering.

Derfor er det *først* nødvendig å gå i en diskusjon om *maktbegrepet*, og særlig forholdet mellom *aktørorienterte* og *strukturorienterte* begreper om makt, og forståelser av makt (se 2.2). Begrepet påvirker i neste omgang hvilken makt man mener delegeringsreglene må legitimere (nærmere i 2.5). I avhandlingen får disse spørsmålene direkte konsekvenser for hvordan man forstår delegering og organisering, og dermed betydning for å vurdere når delegeringsreglene er relevante (kapittel 4), hvilke konsekvenser delegering har og kan ha for organisering av forvaltningen (kapittel 5), hvilket igjen får store konsekvenser for hvordan man innretter styring og kontroll med delegater (kapittel 6 og 7).

Orienteringen mot makt er derfor i utgangspunktet nødvendig fordi den offentlige retten er interessert i makt, og (stats)maktens legitimitet. Samtidig er orienteringen mot makt — som omtalt allerede innledningsvis — sentral fordi delegering kan betraktes som en form for maktutøvelse. Det vanskelige er å beskrive hvilken form denne makten tar.

I punkt 2.4 drøfter jeg deretter *maktens legitimitet*. Det er viktig å gjenta presiseringen fra innledningen, om at det er den *interne makten* i forvaltningen jeg er interessert i. Normativ

¹²⁹ Johansen: *Forvaltning som verksamhet: Bidrag til offentligrättens allmänna läror*, Doktoravhandling, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2020 s. 75 fremhever en kontrast mellom legitimitetsproblematikk og den realistiske beskrivelsen av forvaltningen. Dette mener jeg – i fremstillingen som følger – er en nødvendig kontrast. En realistisk beskrivelse er nødvendig *fordi* den egner seg for å stille bedre spørsmål ved legitimiteten.

filosofi, rettsteori og politisk teori har alle skrevet mye fornuftig om hvordan statsmakten generelt og skjønnsutøvende byråkrater spesielt, kan være legitime (eller ikke). Det interne-organisatoriske perspektivet gjør derimot at hvilken makt delegering produserer, blir et mer avgrenset problem. Den sentrale antakelsen er jo at *den som delegerer*, kunne *utøvd myndigheten selv*. Makten finnes derfor allerede. Som Castberg skriver er det karakteristiske ved situasjonen at en «... forvaltningsakt som er utferdiget, vilde ha kunnet utferdiges av et annet forvaltningsorgan ...». ¹³⁰ Selve delegeringen forandrer dermed ikke — i utgangspunktet — forholdet mellom stat og borger. Jeg avgrenser slik sett mot forvaltningsrettens ‘materielle’ side: Spørsmålet om *hva* forvaltningen kan gjøre, og hvordan skjønn til å bestemme over hva man kan og skal gjøre, rammes inn.

2.2 Former for makt i forvaltningens organisering

2.2.1 Hvilken makt skaper delegering i et juridisk perspektiv? Det juridiske begrepet om delegering

Først er det nødvendig å forskuttere noe av den substansielle begrepsanalysen i kapittel 4 til 7, for å fremheve det *juridiske* begrepet om delegering. Forskutteringen kan forsvares fordi jeg uansett i hovedsak gjentar kritikk Sand har fremført. ¹³¹ Som jeg senere viser er rettens begrep om delegering i utgangspunktet basert på et begrep om delegering som kompetansetildeling, og dermed, organisering som et spørsmål om juridiske posisjoner. ¹³² Man anerkjenner at juridiske posisjoner eller kompetanse er juridisk *makt*, men hvordan makten kan brukes av delegater blir mindre utførlig diskutert. ¹³³ De enkelte forfattere er naturligvis klar over at ‘bak’ de rettslige posisjonene ligger ulike former for faglig, politisk, juridisk, ideologisk makt og generelt en mer substansiell virksomhet, men som jeg fremhever litt nærmere i metodekapittelet vil rettssystemet typisk mene at å gå inn i denne typen spørsmål er unødvendig. ¹³⁴ Det vesentlige, og spørsmålet man primært skriver om i forbindelse med reguleringen av delegering, er at delegering gir muligheten til å utvide kretsen av personer som kan utøve en kompetanse.

¹³⁰ Castberg 1938 s. 225.

¹³¹ Se Sand 1996, særlig kapittel 7.

¹³² Sml. omtalen i kapittel 1 punkt 1.1.5

¹³³ Se for eksempel Sundby 1974 s. 318 flg. om kompetanse som en type makt.

¹³⁴ Se 3.2. Omtale av maktbegrepet mer detaljert skjer nedenfor i 2.2.6.

Spørsmål om delegering blir derfor forstått som spørsmål om fordeling av personell kompetanse. Man supplerer gjerne et slikt utgangspunkt med en fremheving av organiseringen av forvaltningen som et spørsmål om kompetanseforhold mellom organer, for eksempel ved at organer kan omtales om uavhengige hvis overordnede kompetanse er avskjært.¹³⁵ Også i de øvrige delene av forvaltningsretten (dens materielle og prosessuelle dimensjoner) opptrer organene først og fremst som innehavere av kompetanse. Innen helseretten kan man vektlegge andre rettslig posisjoner, som å ha en tillatelse til å utøve fysisk tvang.¹³⁶ Grunnlaget for den juridiske tenkningen om organisering utvikles alt av Opsahl, som fremhever i sin avhandling at alle juridiske regler enten er pliktregler eller kompetanseregler.¹³⁷ Organiseringen av forvaltningen blir derfor et spørsmål som handler om pliktregler eller kompetanseregler.

Makt-dimensjonen kommer derfor også i bakgrunnen for det juridiske perspektivet. Den forsvinner riktignok ikke, men er mindre viktig. Som ble sitert fra Castberg like ovenfor kan forstå delegering som begrenset til å handle om å endre *bestående* (juridiske) maktforhold, ikke å *skape ny makt*. Derfor antas delegering for eksempel å være normativt mindre betenkelig enn å vedta nye (materielle) hjemler — noen utøver jo makt, spørsmålet er bare *hvem*.¹³⁸

Alf Ross forstår for eksempel det å delegere som å *replisere*, altså å *skape en ny rettslig posisjon*.¹³⁹ Det juridiske perspektivet vil derfor samtidig ta høyde for at å gi flere mennesker makt, *i noens tjeneste*, også vil skape mer makt. To politimenn er flinkere til å fange tyver enn én. Delegering skaper derfor makt i den grad det skaper muligheten for å utvide antallet mennesker som står til tjeneste for statsmakten, noe man ofte fremhever som både en politisk fordel og en økonomisk ulempe.¹⁴⁰

¹³⁵ Se f.eks. både Smith 2022 og Graver 2019 som organiserer sine bøker med et kapittel om organisering først og deretter et om delegering. Begge disse kapitlene holdes atskilt fra spørsmål om saksbehandling og rettsgrunnlag (materielle og personelle spørsmål).

¹³⁶ Se f.eks. nærmere i 4.4.5.

¹³⁷ Opsahl 1965, s. 21 flg. Han kaller dem forholdsnormer eller kompetansenormer.

¹³⁸ Se for eksempel omtalen av Opsahls påstand om borgerens likegyldighet til hvem som utøver myndighet i kapittel 4 punkt 4.4.5.

¹³⁹ Sml. f.eks. Ross 1959 s. 140: «Delegationen har så at sige karakter af en formeringsproces — en ny kompetence skabes indtil videre ved siden af den gamle.»

¹⁴⁰ Se f.eks. Smith 2022 s. 102 og Sand 1996 s. 512.

Delegering skyver samtidig beslutninger ut av demokratiske fora, og over i faglige.¹⁴¹ Delegering bidrar derfor til (eller forutsetter) det Carl Schmitt i sin tid kalte parlamentarismens svanesang: Tapet av troen på diskusjoner i parlamentet, Stortingssalen, og mer generelt av politikere som det mest legitime grunnlaget for å treffe politiske beslutninger — man går fra politisk til faglig makt.¹⁴² Selv om flere forfattere analyserer sider ved denne utviklingen og naturligvis fører omfattende diskusjoner om materielle kompetansebegrensninger på faglig skjønnsutøvelse, så er det mer uklart hvordan denne utviklingen begrepsliggjøres på et organisatorisk plan.¹⁴³ På grunn av utgangspunktet i trinnfølgen til juridiske normer er imidlertid begrepet begrenset til kompetanse. Personell kompetanse som utøves av et faglig nivå er fortsatt ‘bare’ personell kompetanse. Fagpersonene og deres rolle i organisasjonene opptrer derfor som delegater for folkestyret, som leverer «forsvarlig helsehjelp» eller treffer vedtak. Særlig Sands kritikk er et unntak og en intervensjon som viste hvor dyp den faglige differensieringen og spesialiseringen faktisk var blitt, se nærmere 2.2.4. I hennes fremstilling ble det synlig at fagpersonene hadde en vesentlig selvstendig makt, og diskutert som en utfordring for demokratiet.

Sand betonte kompleksiteten i det *demokratiske representasjonsproblemet* som oppstår, som jeg kommer tilbake til nedenfor i 2.4.5).¹⁴⁴ Hun utfordret det tradisjonelle perspektivet ved å fremheve at delegering utgjør et demokratisk paradoks. Delegering skaper makt for det politiske nivået ved at byråkrater står i deres tjeneste. Man har imidlertid ikke noen garanti for at de vil være lojale. Tradisjonelt har man løst motsetningsforholdet ved å vurdere det som et spørsmål om at det må finnes formelle styringsmuligheter ovenfra og ned, fra Regjeringen til Stortinget.¹⁴⁵ Hierarkiske strukturer forutsetter i seg selv egne

¹⁴¹ Se f.eks. Graver 2019 s. 27.

¹⁴² Schmitt: «Parlamentarismens svanesang.» i Slagstad, Rune og Skar, Øystein red.: *Carl Schmitt, Politikk og rett, et antiliberal tema med variasjoner*, 2019 [1926], s. 79—156, s. 111 flg. om kjernen i parlamentarismen som bygget på en forestilling om at parlamentet er «... det stedet hvor fornuftspartiklene — spredt jevnt og ujevnt fordelt blant menneskene — samler seg og bringer den offentlige makt under kontroll.» Schmitt fremhevet samtidig en rekke andre grunner til parlamentarismens død enn at man fikk økt tro på faglig kunnskap. Se generelt sett omtalen av ulike begrunnelser for demokrati nedenfor i punkt 2.4.

¹⁴³ Se kapittel 5 punkt 5.7.3.1. Både Opsahl, 1980 [1969] og Smith 2022, kapittel 5 fremhever imidlertid den generelle forskyvningen av makt til Regjeringen som vesentlig.

¹⁴⁴ Se særlig Opsahl 1963 s. 1.18—19. Graver 2019 s. 27, og hans kapittel om organisering, inneholder imidlertid en litt mer omfattende diskusjon om den økte oppmerksomheten siden 1990-tallet på styringsproblemer.

¹⁴⁵ Se særlig omtalen av diskusjonene i kapittel 7 punkt 7.2.3.1.

kompetanser (og dermed makt), som instruksjonsmyndighet, ansvar, med mer.¹⁴⁶ Sands mer generelle kritikk pakkes ut nærmere nedenfor i 2.2.4.

Det er likevel klart at det juridiske perspektivet på organisering av forståelige juridiske grunner har vært orientert rundt de måtene delegering og organisering påvirker *rettslige posisjoner*. De nærmere elementene av særlig delegeringsbegrepet pakkes videre ut i kapittel 4 til 7. Det er imidlertid mange spørsmål om organiseringen av forvaltningen som har vært overlatt til andre samfunnsaktører — det politiske nivået har for eksempel definert hva som skal være offentlige ansvarsoppgaver, hvilke hjemler og bevilgninger disse skal ivaretas med, og så videre (se nærmere nedenfor i 2.4.3, og kapittel 4). Foruten Sands analyser er det også begrenset oppmerksomhet rundt hvordan man skaper forsvarlige (faglige, politiske) organisasjoner — man har ofte ment at forvaltningen selv kan besvare de spørsmålene på teknisk eller politisk grunnlag. Et annet eksempel er skillet mellom formell (juridisk) og reell uavhengighet.

Det forvaltningsrettslige begrepet om organisering reflekterer grunnleggende sett et viktig utgangspunkt: at retten skal praktisere regler om organiseringen av forvaltningen slik disse defineres av Stortinget. Forvaltningsretten orienterer sin tenkning om organisering rundt de materielle, prosessuelle og personelle betingelsene for og virkningene av kompetanse. Det organisatoriske spørsmål i forvaltningsretten er derfor i første rekke avhengig av om et organ selv har personell kompetanse eller er underlagt noen andres kompetanse via instruksjonsmyndighet.¹⁴⁷

Substansen i organisatoriske spørsmål blir dermed overlatt til andre perspektiver — når noe ikke er et juridisk spørsmål, så er det fordi det (for eksempel) er et politisk eller et økonomisk spørsmål. Problemene blir et politisk, statsvitenskapelig, økonomisk spørsmål.¹⁴⁸ Dermed forutsetter man implisitt disse aktørenes begrep, som et ledd i den juridiske tenkningen — noe kan være et juridisk spørsmål, *fordi* det andre er et økonomisk,

¹⁴⁶ Se for eksempel Eckhoff, 1966 s. 137.

¹⁴⁷ Naturligvis med alle de nyanser som følger av de større dogmatiske diskusjonene rundt legalitetsprinsippet, med mer, se senere i 4.5.1 og 4.4.

¹⁴⁸ Se for eksempel særlig i kapittel 5 punkt 5.7.3.6.

eller politisk spørsmål. *Spørsmålet* må da være: Hvilket begrep om organisering og makt er det som befinner seg *utenfor* retten?

2.2.2 Økonomisk prinsipal-agent-teori

I samfunnsteori, særlig innen økonomi og statsvitenskap, så er den mest brukte tilnærmingen til å analysere delegering *prinsipal-agent-teori* (PA-teori). PA-teori teoretiserer forholdet mellom en *prinsipal* og en *agent*. Det delegerende organ vil dermed være prinsipalen, mens delegaten vil være agenten.¹⁴⁹ Jeg kommer tilbake til teoriens innflytelse og utbredelse straks — og går inn i denne i noen dybde fordi den er av *stor praktisk betydning* for aktører i forvaltningen. Teorien handler imidlertid prinsipielt om alle relasjoner hvor *noen skal gjøre noe for noen andre*, og selve utgangspunktet for teorien er derfor en *kontraktsbasert relasjon* mellom en P og en A, *også* når teorien analyserer offentlig sektor.¹⁵⁰ Økonomer ser da på organisering som et spørsmål om *økonomisk effektivitet*, som analyseres som frivillige transaksjoner i kontrakter. Spørsmål om organisering blir da et spørsmål om å forsøke å koordinere informasjon og interesser, vanligvis ved hjelp av økonomiske virkemidler.

PA-teori modellerer dermed forholdet mellom P og A på spillteoretisk grunnlag, som vil si at man antar at de to har egeninteresser som de forsøker å realisere (på kynisk vis, om nødvendig).¹⁵¹ Arbeidsgiveren vil for eksempel forsøke å presse arbeideren så langt det går, mens arbeidstakeren på sin side forsøker å skaffe seg makt og innflytelse over arbeidet, eventuelt unngå å arbeide på grunn av latskap eller lignende.¹⁵² Muligheten til å sikre sine interesser har prinsipalen på grunn av *styringsrett*, mens agenten har *større kunnskap* om sitt eget arbeid enn prinsipalen. Kunnskapsforskjellen kalles *informasjonsasymmetri*.¹⁵³ En offentlig ansatt kan for eksempel *si* at vedkommende treffer gode vedtak — men sjefen vet

¹⁴⁹ Se f.eks. Majone: «The regulatory state and its legitimacy problems», *West European Politics* 22, nr. 1, 1999, s. 1—24 s. 6—7.

¹⁵⁰ Eisenhardt: «Agency Theory: An Assessment and Review», *The Academy of Management Review* 14, nr. 1, 1989, s. 57—74 s. 58.

¹⁵¹ Gailmard: «Accountability and Principal-Agent Theory.» i Mark Bovens, Robert E. Goodin, Thomas Schillemans red.: *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, 2014, s. 90—106, s. 91 «... a principal agent model is necessarily a game in the formal sense.»

¹⁵² Eisenhardt 1989 s. 64. Johnsen 2007 s. 67 skriver at PA-teori anvendt på byråkratiet forsøker å besvare tre spørsmål: Hva ønsker byråkratene, hvordan kan de oppnå dette, og hvordan kan politikerne styre byråkratene.

¹⁵³ Olsen: *Democratic Accountability, political order, and change: Exploring accountability processes in an era of European transformation*, Oxford University Press, 2017 s. 36: «it is held that bureaucrats use their expertise to 'systematically mislead legislators' ... A core concern of this approach is to reduce information asymmetry»

ikke om det stemmer uten å føre en eller annen form for kontroll (eller lignende). Problemet som da oppstår er hvordan prinsipalen kan sikre at agenten opptrer i sine egne interesser, uten å gå så langt i kontrollen at selve poenget med å overlate oppgaven til agenten, undergraves.¹⁵⁴

Utgangspunktene kan tas i litt ulike retninger, og som jeg utdyper nedenfor i 2.2.3 finnes det mer flere måter å videreutvikle PA-teori på. Jeg vil begynne med å fremstille en sterkt økonomisk orientert PA-teori. En slik teori forsøker å gi et svar på hvordan prinsipalen bør innrette seg for å oppnå *kostnadseffektiv* gjennomføring av oppgaven til tross for informasjonsasymmetrien,¹⁵⁵ og dermed redusere transaksjonskostnader.¹⁵⁶ Svaret er at prinsipalen må sikre at agenten *selv har egeninteresse* i å opptre i prinsipalens interesse. Målet kan oppnås på ulike måter, men de har alle til felles at de virker gjennom insentiver som skal 'koordinere interessene' til de to aktørene.¹⁵⁷ Kontrollen kan imidlertid ikke bli for omfattende før den enten hemmer arbeidets gjennomføring, eller i seg selv blir svært kostbar.¹⁵⁸ I et strengt økonomisk PA-teoretisk perspektiv kan man derfor besvare en av denne avhandlingens sentrale problemstillinger (som behandles i kapittel 7) slik:

«Det sentrale spørsmålet om hvor mye politikerne skal kontrollere forvaltningen kan besvares generelt med at politikerne bør kontrollere akkurat så mye at grensenytten er lik grensekostnaden.»¹⁵⁹

En slik økonomisk-orientert PA-teori er særlig utviklet innenfor det som kalles Public Choice-retningen. Denne går langt i å anta at den mest hensiktsmessige måten å 'koordinere interessene' til prinsipalene og agentene, er å bruke markeder, pseudo-markeder, internprising, mål- og resultatstyring, individuelle (leder)lønninger og andre

¹⁵⁴ Olsen 1989 s. 10—11.

¹⁵⁵ Gailmard, 2014 s. 91. Johnsen 2007 s. 67—68 omtaler det som *informasjonspolitik*.

¹⁵⁶ Bakgrunnen for begrepet er Coase: «The Nature of the Firm», *Economica* 4, nr. 16, 1937, s. 386—405, som særlig blir videreutviklet av Williamson: «The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach», *American Journal of Sociology* 87, 1981, s. 548—77

¹⁵⁷ I PA-teorien skiller man mellom informasjonsasymmetri knyttet til problemer forut for inngåelsen av kontrakten, og i gjennomføringen av denne. Det omtales som «moral hazard» og «adverse selection»-problemer. Jeg ser ikke denne terminologien som spesielt nyttig. Se f.eks. Picard: «On the design of incentive schemes under moral hazard and adverse selection», *Journal of Public Economics* 33, 1987, s. 305—31.

¹⁵⁸ Se for eksempel Sørensen: «Ustyrilige statselskaper?», *Beta* 24., nr. 1, 2010, s. 38—56, s. 39.

¹⁵⁹ Johnsen 2007 s. 70.

styringsteknologier som hører hjemme under «New Public Management»-merkelappen.¹⁶⁰ Markedsløsninger og nye styringsformer blir her tekniske verktøy for å sikre at «... politikere er nødt til å vedta upopulære innstramminger for å sikre en fungerende markedsorden.»¹⁶¹

PA-teori spiller en sentral rolle i alt fra den norske forvaltningspolitikken siden 1990-tallet,¹⁶² NAV-reformen,¹⁶³ samfunnsvitenskapelig- og økonomisk forskning, til selv rettsvitenskapelig forskning på både delegering,¹⁶⁴ og offentlig erstatningsansvar.¹⁶⁵ Den norske veilederen om statlig styring baserer seg også på et PA-teoretisk perspektiv, og fremhever risikoen for at offentlige ansatte kan «kapre» makt.¹⁶⁶ Selv om teorien ofte fremstilles som en rent deskriptiv analysemodell brukes den derfor svært ofte som normativt grunnlag for politikk.¹⁶⁷

Det er samtidig potensielle utfordringer ved bruk av PA-teori.¹⁶⁸ Det viktigste er at PA-teori reduserer makten i forvaltningen til den private makten som sitter hos arbeidsgivere og arbeidstakere (evt. oppdragsgivere/-takere). Dermed antar PA-teori i praksis at delegering kan analyseres som en (ufullstendig) kontrakt, slik at man reduserer vekk både det offentligrettslige aspektet ved forholdet, og egentlig at det er snakk om makt overhodet.¹⁶⁹ Istedenfor analyserer man disse relasjonene, herunder delegering, som *tuftet på frivillighet*.

¹⁶⁰ Johnsen 2007 s. 76, som kaller dette «ny offentlig styring». For en analyse av sammenhengen med nyliberalismen som politisk bevegelse, se Innset 2020 s. 93 flg.

¹⁶¹ Innset 2020 s. 191.

¹⁶² Se for eksempel også Tom Christensen 2015 s. 29: «Økonomenes analysemodeller har vunnet økt innpass i studier av offentlig sektor og dens virkemåte, også i statsvitenskapelige, organisasjonsteoretiske og sosiologiske analyser.»

¹⁶³ Se NOU 2004:13 *En ny arbeids- og velferdsforvaltning, om samordning av Aetats, trygdeetatens og sosialtjenestens oppgaver* s. 231, hvor det omtales som økonomisk styringsteori.

¹⁶⁴ Majone 1999 og Majone: «Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction Cost Approach», *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 157, 2001, s. 57—78, for å nevne ett eksempel.

¹⁶⁵ Bjerkan bruker et velferdsøkonomisk program for å analysere delegering av tjenesteoppgaver til private aktører, se Bjerkan: *Det offentligrettslige erstatningsansvar: virkeområde og ansvarsnorm*, Doktorgrad, Universitetet i Oslo, 2019 s. 66—67. Dette baserer seg på Coase-teoremet og de andre grunnstenene i PA-teori, men Bjerkan kaller det ikke PA-teori.

¹⁶⁶ Moderniseringsdepartementet: *Bedre statlig styring: Styring og styringsreformer i offentlig virksomhet*, 2005 s. 8—9.

¹⁶⁷ Se Supiot: *Governance by Numbers, The Making of a Legal Model of Allegiance*, Hart Publishing, 2017 s. 129; «In other words, the theoretical innovations introduced by agency theory are as meager as their normative impact is huge.»

¹⁶⁸ Se generelt Olsen 2017 s. 11 flg. for en kritikk.

¹⁶⁹ Sml. Johnsen 2007 s. 82. Generelt antar f.eks. Johnsen 2007 at det ikke egentlig er viktige forskjeller mellom offentlig og privat sektor, delvis ut fra empiriske studier (se s. 84), og delvis ut fra at «... offentlig og privat sektor [har] i grunnen samme formål: å produsere etterspurte goder (varer og tjenester) på en effektiv måte.» s. 81.

I forholdet mellom staten som prinsipal og borgerne som agenter, så er det en problematisk antakelse. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 4 går man i PA-teori langt i å anta at tjenesteytelse overfor borgerne mangler elementer av makt og avhengighet, og at tjenester derfor kan organiseres i samsvar med økonomiske prinsipper, eventuelt at juridiske krav kan ivaretas uavhengig av organiseringen.¹⁷⁰ Men også i forholdet mellom staten og de offentlige ansatte som den inngår arbeidsavtaler kan man problematisere om de ansatte som har gjort bestemte utdanningsvalg har realistiske muligheter enn å gå til offentlig sektor.¹⁷¹

I tillegg er økonomisk-orientert PA-teori primært interessert i slike utfordringer som kan inngå i et regnestykke av økonomisk effektivitet. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 7 så kan man naturligvis gi «demokrati» og «styringsproblemer» en *pris* i et slikt regnestykke. Men poenget er at man uansett reduserer demokrati og styringsproblemer *til en slik pris*. Det man i så fall forutsetter er derfor at det går an å (delvis) *prioritere vekk* disse problemene, og at de befinner seg på samme 'skala' som budsjetttrammene i årets statsbudsjett. I NOU 2020: 13 *Private aktører i velferdsstaten* heter det for eksempel at «... rettsikkerhet kan tenkes å koste noe i form av mindre effektivitet.»¹⁷² Man forutsetter derfor en bestemt form for økonomisk reduksjonisme, som videre problematiseres i 2.4.6.¹⁷³ Den andre siden av mynten er også at man ikke gir noen nærmere begrunnelse eller *formål* for at prinsipalen skal overlate beslutninger til agenten, ut over at det bidrar til økt økonomisk effektivitet, som jeg kommer tilbake til i kapittel 5.

PA-teoriens forutsetninger og foreslåtte løsninger er også kritisert for å mangle empirisk grunnlag.¹⁷⁴ Forutsetningen om at byråkrater unnviker arbeid har man for eksempel lagt til grunn som en teoretisk antakelse, uten å empirisk belegge denne.¹⁷⁵ En mer plausibel antakelse fremstår som at ansatte i offentlig sektor stort sett forsøker å opptre i samsvar med rettslige krav, faglig-etiske rammer for virksomheten, og går inn i offentlig sektor fordi man

¹⁷⁰ Se kapittel 4 punkt 4.2.3

¹⁷¹ Jf. også det mer nyanserte begrepet om makt nedenfor i 2.2.5.

¹⁷² NOU 2020:13 *Private aktører i velferdsstaten* s. 58.

¹⁷³ Se for eksempel også Gailmard, 2014 s. 97, som hevder at etterkrigstidens forvaltningsreform ikke ble vedtatt «... out of concern with due process and such-like legal niceties, but rather out of a desire to mitigate agency loss due to moral hazard problems in the bureaucracy.»

¹⁷⁴ Niskanen: *Bureaucracy & Representative Government*, Routledge, 1971. Se oppsummeringen av forskningen i Donnelly 2007 s. 93 flg. med videre henvisninger.

¹⁷⁵ Pierre: «The shirking bureaucrat: a theory in search of evidence?», *Policy and politics* 45, 2017, s. 157—72 s. 159—160.

ønsker å bidra til et fellesskap. Poenget kan videre underbygges i den norske konteksten ved å vise til at trepartssamarbeidet sikrer relativt stabil lønnsvekst (og mindre behov for å ‘karre til seg goder’) med felles lønnsforhandlinger på tvers av profesjoner. Den individuelle ansatte har begrenset handlingsrom, og som mange har pekt på kan introduksjonen av markedsmekanismer eller individuell belønning snarere forpurre en ellers oppofrende etisk innstilling.¹⁷⁶ Også *fordelene* ved at ‘bakkebyråkratiet’ gis økt innflytelse og medbestemmelse kan dermed bli undervurdert, når det nettopp er disse som ofte vet hvilke behov som finnes og kan utnytte effektivitetspotensial.¹⁷⁷

Offentlig sektor preges naturligvis ikke av fryd, noe den økende bruken av tvungen lønnsnemnd også illustrerer. Det foregår *omfattende profesjons- og arbeidskamp*, konflikten mellom ‘prinsipaler og agenter’ manifesterer seg på andre måter også, se nedenfor 2.2.9. Et annet problem ved en økonomisk-orientert PA-teori er imidlertid at man ikke ser behovet for å institusjonalisere og *styre* profesjonene på andre måter enn det som er nødvendig for å ivareta *økonomisk* stabilitet. I 2.4.6 nyanserer jeg denne dimensjonen mer. Dermed overses samtidig behovet for å stille krav som ansvarliggjør profesjonen, og å sikre fagmiljøer med gjensidige diskusjoner på tvers av faggrupper, eller andre mer *sammensatte og institusjonelle spørsmål*.¹⁷⁸ Spørsmål om styring blir redusert til et spørsmål om *effektivitet*, og ikke til hvordan man kan skape forvaltningsorganer som har demokratisk forankring, men samtidig autonomi til å håndtere sine oppgaver, som drøftes nærmere i kapittel 7.

Et annet viktig problem er at man — paradoksalt nok, kanskje — har *undervurdert* både de økonomiske og mer substansielle transaksjonskostnadene ved å bruke markeder, internprising, privatisering eller andre mekanismer for å ‘koordinere interessene’ til ulike aktører. Oppfølging av slike styringsmekanismer forutsetter at organet har en egen form for ekspertise, nemlig kontraktforvaltere, markedsanalytikere, advokater, innkjøpere (og så videre), og i *tillegg* har ekspertisen til å vurdere det substansielle arbeidet som gjøres av markedsaktøren.¹⁷⁹ Som jeg kommer tilbake til i kapittel 7 skaper et slikt misforhold

¹⁷⁶ For eksempel Heath 2020 s. 70.

¹⁷⁷ Et slikt perspektiv er blant annet en av begrunnelsene for de politiske ønskene om en tillitsreform, se ovenfor i kapittel 1 punkt 1.1.2.

¹⁷⁸ Se Sundström 2016 s. 155.

¹⁷⁹ Se Donnelly 2007 s. 81—82.

utfordringer som danner bakgrunnen for flere regulatoriske reformer innenfor barnevern, barnehager, helse, og lignende områder.¹⁸⁰ Man kjenner også tematikken fra områder som kommuners kjøp av advokattjenester, revisjon og IKT. Områdene er preget av at det offentlige selv har bygget ned (eller ikke bygget opp) intern kompetanse, og dermed blir avhengig av ekstern kompetanse. Man kan i slike tilfeller både problematisere den *demokratiske forankringen* og den *faglige forsvarligheten* i slik praksis — selv om arbeidsdelingen naturligvis har klare økonomiske fordeler, se nedenfor blant annet i 2.4.

Samtidig overser man også noen av de sentrale fordelene ved å ha faglig kompetanse i privat sektor, ettersom det for eksempel sikrer betingelsene for en ikke-statlig kunnskapsproduksjon som kan brukes for å kritisere staten.¹⁸¹ I stedet har man ut fra effektivitets- og arbeidsdelingsgrunner *integrert* stadig større deler av den eksterne ekspertisen på ulike måter i staten, og man bruker den (for eksempel ved ad-hoc granskningsutvalg) for å legitimere statens egen praksis.¹⁸²

På et teoretisk nivå er ikke poenget her å avvise betydningen av økonomisk effektivitet, spesielt hvis man har i mente den typen oppgaver som *ikke* vanligvis er offentlige ansvarsoppgaver. Slike oppgaver vil typisk romme mindre kompleksitet, og utgjøre en mindre risiko for å gå på tvers av menneskelig integritet og rettssikkerhet. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 4 er det imidlertid grunner til å ha et mer sammensatt og tykt begrep om betydningen av organisasjons- og styringsformer, i de tilfellene hvor Stortinget har fastsatt at noe *skal være* en offentlig ansvarsoppgave. I disse tilfellene er økonomi relevant, men det finnes også *andre hensyn og perspektiver* enn det økonomiske, og en sterkt økonomisk orientert PA-teori underdriver disse dimensjonene.

Man kan kanskje si det slik at økonomisk-orientert PA-teori egentlig *forlater maktperspektivet*. Det er en teori som vil redusere et sammensatt og komplekst maktforhold til noe enklere: Transaksjonskostnader som kan forstås som priser og budsjettposter. Den økonomiske PA-teoriens innflytelse har historisk vært stor, selv om den nok har blitt mer

¹⁸⁰ Se kapittel 7 punkt 7.4 og 7.7.4.

¹⁸¹ Poenget var spesielt sentralt i NOU 1982:3 s. 35.

¹⁸² Christensen 2021 s. 32.

nyansert over tid.¹⁸³ Perspektivet er imidlertid heller ikke dekkende: Det forutsetter selv et *politisk og institusjonelt rammeverk*. Økonomer vil derfor si at visse spørsmål er *politiske* spørsmål. Hvilke er disse?

2.2.3 Kapasitet og agens-risiko: Politisk orientert PA-teori og instrumentell organisasjonsteori

Det sentrale supplementet til det økonomiske perspektivet er *prinsipal-agent-teori* eller mer generelt *instrumentelle teorier om organisering*. Disse finner man eksempler på fra flere steder: Joseph Heaths politiske teori, Kåre Strøm (mfl.) sin statsvitenskap, Christensen og Lægreids organisasjonsteori, og flere andre.¹⁸⁴ Fellestrekket er et *sammensatt* men *instrumentelt* perspektiv.¹⁸⁵ Et slikt syn antar organisasjoner kan forstås ut fra om og hvordan de kan fungere som instrumenter for andre.¹⁸⁶ Det økonomiske perspektivet er derfor en gren fra en mer generell (og rikere) tenkning.¹⁸⁷

Utgangspunktet vil være at den *enkelt* delegering isolert sett, skaper makt *for delegaten*, men at makten er i det delegerende organets *tjeneste*.¹⁸⁸ Man skaper derfor både makt, og et over/underordningsforhold. Samtidig er det klart at delegatens underordning ikke er absolutt. Kapasitetsøkningen har en demokratisk kostnad. Det oppstår det man i prinsipal-agent-teori omtaler som *agensrisiko*, altså en mulighet for at delegaten ikke opptrer lojalt overfor det delegerende organ. Denne forutsetningen uttrykkes i maktutredningen fra 1982 som at man ikke kan operere med «... enkle forestillinger om fullstendig selvstendighet eller total underdanighet».¹⁸⁹ Spørsmålet blir da hvordan den overordnede (eller underordnede) kan sørge for å ha så mye innflytelse som mulig, uten samtidig å undergrave hele poenget med delegeringen. Perspektivet kritiserer derfor både det økonomiske

¹⁸³ Se generelt fremstillingen i Raa: *Fra instrumentell rasjonalitet til tvetydighet: en analyse av utviklingen av Statskonsults tilnærming til standarden Mål- og resultatstyring (MRS) 1987–2004*, Avhandling, Handelshøyskolen BI, 2011.

¹⁸⁴ Heath 2020, Strøm: «Parliamentary Democracy and Delegation.» i Strøm, Kåre, Wolfgang, C. Müller og Bergman, Torbjörn red.: *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2006, s. 55–106.

¹⁸⁵ Christensen 2015 s. 34.

¹⁸⁶ Se fremstillingen av disse to sidene i Statskonsults praksis i Raa 2011.

¹⁸⁷ Se kritikken av den økonomiske orienteringen hos Heath 2020 s. 191 flg., også senere 2.4.6.

¹⁸⁸ En moderne PA-teori kunne også brukt Webers begreper, se Weber: *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, ved Roth, Gunther og Wittich, Claus University of California Press, 1978 [1922] s. 4 om begrepet om sosial handling, og Weber: *Economy and Society*, ved Guenther Roth, Claus Wittich, Vol. vol. 2, University of California Press, 1978 [1922] s. 956 flg. som utvikler dette videre.

¹⁸⁹ NOU 1982:3 s. 35, videre diskusjon av uavhengige organer i kapittel 7.

perspektivets økonomiske determinisme, og den juridiske formalismen.¹⁹⁰ Organisasjonenes opptreden beror på ulike forhold, og åpner for interessante perspektiver.

Rolleteori ble for eksempel utviklet av Knut Dahl Jacobsen i 1968. Han forstår embetsverkets rolle som å stå i en spenning mellom lojalitet, faglig ekspertise og nøytralitet.¹⁹¹ Embetsverket skal være lojal til sin nåværende politiske leder. Samtidig skal de målbare sine fagprofesjons standpunkter i de spørsmål som kommer opp. I tillegg må de være nøytrale, og klare å forholde seg likt til skiftende ledere, herunder håndheve både nytt og gammelt lovverk like godt.

Per Læg Reid og Tom Christensens «... transformative perspective ...» gir et annet eksempel. De forutsetter at organisasjoner påvirkes av interne (kultur, historikk, m.m.) og eksterne (politiske, økonomiske, m.m.) faktorer, som samlet skaper «... opportunities for purposeful choice, deliberate instrumental actions and intentional efforts undertaken by political and administrative leaders.»¹⁹² Deres perspektiv er derfor knyttet til hvordan politikken kan styre innenfor rammen av en slik *bundet* rasjonalitet.

Disse instrumentelle perspektivene og en viss tro på at organisatoriske løsninger fungerer og kan drive frem målrettet endring, har stått sentralt i forvaltningen gjennom institusjoner som Rasjonaliseringsdirektoratet, Statskonsult og nå, Difi og DFØ. I den forbindelse er Atle Raas avhandling om utviklingen i Statskonsult fra 1987 til 2004 en dypt fascinerende studie, som illustrerer en viktig utvikling i organets syn — fra instrumentell rasjonalitet til tvetydighet, og dermed større aksept for vanskelighetene ved å organisere.¹⁹³ Endringen må også ses i sammenheng med en generell økt pessimisme knyttet til å gjøre store antakelser om virkninger av organisatoriske reformer, og en erkjennelse av at man har flere kunnskapsmessige hull.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Sml. Christensen 2015 s. 21: «Organisasjonsteorien tilbyr en middelvei mellom den legale tradisjonen ...»

¹⁹¹ Jacobsen: «Lojalitet, nøytralitet og faglig uavhengighet i sentraladministrasjonen», *Pacem* 11, nr. 2, 2008 [1960], s. 19—34 s. 20—21.

¹⁹² Christensen og Læg Reid: «A Transformative Perspective on Administrative Reforms.» i Tom Christensen, Per Læg Reid red.: *New Public Management: The transformation of ideas and practice*, Ashgate, 2001, s. 13—39, s. 24, videre: «Political leaders are assured a degree of manoeuvrability but their influence is constrained by environmental factors, polity features and historical-institutional context.»

¹⁹³ «Fra instrumentell rasjonalitet til tvetydighet» taler for seg selv, se Raa 2011.

¹⁹⁴ Olsen 1989 s. 84: «Despite the frequency and intensity of serious efforts, major reorganizations seem to have been largely unsuccessful. Most reorganization efforts produce some formal administrative change.» Se også den

I politisk teori også særlig Joseph Heath utviklet en *normativ* teori på bakgrunn av perspektiver som er inspirert av politisk prinsippal-agent-teori. Heaths dypt fascinerende og velutviklede prosjekt går ut på å bygge en forvaltningsetikk på et instrumentelt organisasjonsteoretisk perspektiv. Heath vurderer særlig hvordan (og begrunner hvorfor, se nedenfor i 2.4.6) den moderne forvaltningen kan organiseres for å sikre så mye velstand som mulig. Heath er klar på at de demokratiske utfordringer denne utviklingen skaper.¹⁹⁵ Han gir samtidig gode grunner til å tro at alternativet er en langt mindre handlekraftig velferdsstat.¹⁹⁶ Særlig interessant er Heaths forsvar for behovet for omfattende bruk av ekspertise og en 'permanent' forvaltning, som jeg vender tilbake til nedenfor i punkt 2.4.3. Også Anders Molanders analyse av skjønn i velferdsstatens førstelinje gir et eksempel på et nyansert instrumentelt perspektiv.¹⁹⁷

Flere av forutsetningene i det instrumentelle organisasjonsteoretiske perspektivet har imidlertid også vært sentralt i juridiske sammenhenger. Som jeg forklarer nærmere under 2.4.2 har rettsvitenskapens begrep om delegering implisitt forutsatt et instrumentelt begrep om organisering. Juridiske aktører har nemlig vanligvis antatt at organisering av forvaltningen kan skje for å realisere bestemte formål (se kapittel 4 og 5), og at man kan styre de organisasjonene man skaper (kapittel 6 og 7). PA-teori forstår den moderne forvaltningen som «... a series of principal-agent relations.»¹⁹⁸ I praksis har rettsvitere også gjort det samme, som jeg viste foran i 2.2.1. Det juridiske begrepet om organisering handler om *kompetanseforholdet mellom to organer*.

systematiske oversikten i Overman: «Great Expectations of Public Service Delegation: A systematic review», *Public Management Review* 18, 2016, s. 1238—62, som uttrykker at man forventer økonomiske, politiske og organisatoriske fordeler ved å reorganisere (s. 1254), men at dette sjeldent gir resultatene man forventer, spesielt dersom reorganiseringen innebærer privatisering (s. 1255). Se tilsvarende i Tom Christensen 2015 s. 195 (spesifikt om NPM-reformer): «Det er en gjennomgående mangel på systematiske og pålitelige studier av effekter av reformer og organisasjonsformer. Særlig gjelder det effekter lenger ut i effektkjeden ...». De presiserer (s. 196) at «/e/n lærdom synes å være at det ikke er noen tett og en-til-en-sammenheng mellom organisasjonsstruktur og effekter. Vi kan imidlertid si noe om sannsynlige retninger på sammenhenger og antyde grove mål ...» Årsaken er, som de påpeker, at spørsmålene er såpass komplekse at sikre slutninger om de empiriske forholdene «... må tilstrebe ytterst presise termer og ikke foregå på et overordnet og allment nivå.» s. 199.

¹⁹⁵ Sml. også Christensen 2021 s. 54 flg. om deliberasjon.

¹⁹⁶ Delegering løser dermed det som kalles kollektive handlingsproblemer, se Heath 2020 s. 159. Se også Lindseth, 2006 s. 2.

¹⁹⁷ Molander 2016.

¹⁹⁸ Bovens: «The Concept of Public Accountability.» i Ewan Ferlie, Laurence E. Lynn Jr, og Christopher Pollitt red.: *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford University Press, 2007, s. 182—204, s. 192.

Et slikt perspektiv er åpenbart ikke feil, fordi delegering *også* skjer i enkelttilfeller og tildeler makt eller juridiske posisjoner til enkeltaktører. Det er videre klart at man i noen grad er nødt til å akseptere at målrettet handling og organisering kan foregå, er legitimt, og kan ha virkninger etter intensjonen. Jeg kommer tilbake til noen av disse dimensjonene i 2.4.3 og 2.4.5. En dimensjon av forvaltningen er derfor at den er en lang serie prinsipal-agent-forhold, og den juridiske reguleringen reflekterer langt på vei en slik beskrivelse allerede, fordi det prinsipal-agent-teoretiske perspektivet har passet godt sammen med det juridiske begrep om organisering som kompetanseforhold mellom ulike aktører.

Jeg vil samtidig utvikle en nyanse, i form av et spørsmål om delegering skaper en *mer kompleks og mindre synlig type makt* enn den aktørbaserte., som ikke fanges opp i rettslige strukturer, som jeg utdyper nedenfor i 2.5.6. Nedenfor vurderer jeg derfor prinsipal-agent-teoriens begrep om makt kritisk, se 2.2.6. I punkt 2.2 er jeg derfor mer interessert i å begrepsliggjøre former for makt som faller *utenfor* et tradisjonelt begrep om makt, fordi hvis delegering også skaper andre former for makt enn den aktørbaserte, så bør delegeringsreglene også kreve at denne makten er legitim. Jeg kommer derfor tilbake til maktbegrepet i PA-teori, etter å ha presentert andre teoretiske retninger.

Uten å forskuttere for mye av diskusjonen kan hovedtrekkene i resonnetet videre skisseres her. I neste punkt tar jeg utgangspunkt i etablerte oppfatninger om *kompleksitet* som et hinder for det aktørbaserte maktbegrepet i PA-teori. Kompleksitet medfører at makten som delegering gir og skaper for andre, har uintenderte og vanskelig-oversiktlige konsekvenser (2.2.4). En nyanse introduseres i punktet etter (2.2.5), ved å peke på at kompleksiteten også kan skape *avmakt*, samtidig som denne opplevelsen av avmakt kan spores tilbake til maktforholdet mellom prinsipalen og agenter. For å fange opp at kompleksitet i noen grad kan forstås som en type makt, forsøker jeg å utvikle et begrep om strukturell makt som et begrep om *emergente egenskaper* ved maktforhold mellom aktører (2.2.6). Poenget er å få frem at kompleksitet ikke alltid er uunngåelig, men også kan anses som en konsekvens av bestemte maktforhold. *Strukturell makt* er derfor slike sosiale strukturer som vokser ut av og reproduseres gjennom maktforhold mellom aktører. Begrepet brukes deretter for å nyansere begrepene om delegering og organisering, i lys av systemteori og materialistisk teori i 2.2.8 og 2.2.9. Begrepene som utvikles i dette kapittelet spiller deretter en viktig rolle i avhandlingens dogmatiske del — henholdsvis ved å fungere

som grunnlag for et mer nyansert begrep om organisering i kapittel 4 og 5, og et mer nyansert begrep om styring i kapittel 6 og 7, samt for den videre analysen i dette kapittelet.

2.2.4 Forbi prinsipaler og agenter: kompleksitet og institusjoner

Delegering skaper makt for prinsipaler og agenter, og et maktforhold *mellom* disse. Selve maktbegrepet nyanseres videre i 2.2.6. Imidlertid er det først nødvendig å forstå begrepsutviklingen i lys av de samfunnsutviklingene som har satt det instrumentelle perspektivet i en mer usikker tilstand. Ulike teoretiske retninger fremhever at makten til *aktørene* i og gjennom organisasjoner blir av mindre betydning som følger av *kompleksiteten, differensieringen, og fragmenteringen i moderne samfunn*.¹⁹⁹ Disse perspektivene fremhever nemlig at enhver analyse av ulike aktørers målsetninger tar for gitt at disse målsetningene ikke *formes av de organisasjonene aktørene handler innenfor*.

For eksempel, som March og Olsen poengterer, kan ikke en rent instrumentell forståelse forklare forholdet mellom en prinsipal (politisk leder) og en agent (f.eks. en direktør). Årsaken er at prinsipalen aldri kan vite nok om agenten til å være sikker på at det vedkommende ønsker at skal skje, faktisk skjer, *uten* at kontrollen samtidig undergraver hele poenget med å overlate oppgaven til delegaten.²⁰⁰ Implisitt i det instrumentelle begrepet om makt som ble vist foran i 2.2.3 er derfor et begrep om *institusjoner* eller *sosiale strukturer*. Antakeligvis er en slik antakelse også vanlig i juridisk tenkning, som forsøker å skape betryggende saksbehandlingsregler eller organisasjoner som håndterer kompleksitet, helt uavhengig av makten til enkeltaktører.

Særlig Johan P. Olsen og James March utviklet på denne bakgrunnen en *institusjonell* organisasjonsteori, hvor aktørene og miljøene forstås på en mer sammensatt måte enn de instrumentelle perspektivene åpnet for. March og Olsen forklarer organisasjoner som prosesser med «... incremental adaption to changing problems with available solutions within gradually evolving structures of meaning.»²⁰¹ Disse perspektivene betoner dermed hvordan organisasjoner bygger opp varige strukturer som påvirker og rammer inn makten

¹⁹⁹ Se f.eks. Lindseth, 2006, og Sand 1996.

²⁰⁰ Se Olsen 1989 s. 34: «In the end, however, any such strategy faces an impossible dilemma: A contract that will adequately control a major political leader will at the same time so circumscribe behaviour in the role as to make effective leadership difficult. The alternative is to build a culture of trust in which trust is extended and honored because that is what is appropriate behaviour by appropriate political figures.»

²⁰¹ Olsen 1989 s. 94.

til de konkrete aktørene. Begrepet kan oppsummeres i den kronglete men treffende frasen om at organisasjoner handler etter en «logikk om det passende.», eventuelt en «passendelogikk».²⁰² Selve *organisasjonen*, ikke bare aktørene som inngår i den, blir dermed ansett som en selvstendig kraft.

Institusjonalisme har derfor fellestrekk med *kompleksitetsteori*, som i praksis har ulike røtter.²⁰³ Kompleksitetsteori fremhever at *kompleksitet* er noe som må analyseres på et selvstendig nivå — at kompleksiteten så å si eksisterer, slik institusjoner også gjør. Poenget kan for eksempel spores tilbake til Friedrich Hayek, som betonte økonomiens kompleksitet og umuligheten av å planlegge denne.²⁰⁴ Han fremstilte *markedene* som bærere av informasjon. Markedene håndterte dermed *kompleksitet* på en måte som selv den mest ambisiøse statlige planlegger eller andre aktører manglet muligheten til. Den underliggende oppfatningen har imidlertid betydning langt ut over det økonomiske feltet.²⁰⁵ Kompleksitet ble nemlig gjort til et selvstendig element: Et *emergent fenomen*, som i likhet med institusjoner, oppstår som følge av systemets ulike deler, men ikke kan reduseres til disse delene. Delegering skaper ikke bare kompliserte forvaltningsstrukturer, men *kompleksitet i seg selv* — som et emergent fenomen, se 2.2.6.²⁰⁶

Forestillingen om kompleksitet gjelder samtidig *innenfor staten selv*. Sand hevdet for eksempel at den interne hierarkiske styringen «slår sprekker» som følge av organisatorisk kompleksitet.²⁰⁷ Kompleksiteten i de underliggende organisasjonene er *for stor* for at aktørene kan styre og bli styrt på noen fullstendig måte. Alt den norske maktutredningen fra 1982 fremhevet hvordan samfunnet var gjennomorganisert og man hadde skapt en forhandlingsøkonomi, der den politiske ledelsen bare i begrenset grad hadde innflytelse over de underliggende nivåene.²⁰⁸ I kontrast til PA-teori antok man ikke at motstanden handlet om embetsverkets manglende vilje eller interesse for å la seg bli styrt, men om mer *sammensatte strukturelle virkninger av kompleksitet og institusjoner*. Kompleksitetsteori fremhever derfor at *virkningene av maktutøvelse* er så uforutsigbare, at å snakke om «makt»

²⁰² Olsen 1989 s. 38 og 51, samt Tom Christensen 2015 s. 14.

²⁰³ Se nedenfor i 2.2.8.

²⁰⁴ Se Hayek: «The Use of Knowledge in Society», *The American Economic Review* 35, 1945, s. 519—30.

²⁰⁵ Se nærmere omtale blant annet i Supiot: *Homo Juridicus*, Verso, 2017 [2007] s. 55 flg.

²⁰⁶ Sml. Andersen og Born: «Complexity and Change: Two “Semantic Tricks” in the Triumphant Oscillating Organization», *Systemic Practice and Action Research* 13, 2000, s. 297—328.

²⁰⁷ Sand 1996 s. 178.

²⁰⁸ Se NOU 1982:3 bl.a. 185.

blir misvisende.²⁰⁹ Kompleksitetsteori vektlegger derfor særlig at styring av organisasjoner må gi rom for flere aktører og perspektiver.²¹⁰

Disse antakelsene har normative implikasjoner, som i neste omgang gjør at man vurderer både politiske og juridiske spørsmål ulikt. Særlig Sand for eksempel utfordret det tradisjonelle juridiske utgangspunktet om statsrådsansvar som en tilstrekkelig ansvarliggjøring av statens makt.²¹¹ Økt anerkjennelse av kompleksitet kan samtidig tale for økt vekt på faglighet, slik blant annet Heath legger til grunn.²¹² Orientering mot kompleksitet går derfor *ofte* hånd i hånd med en normativ oppfatning om at forvaltningen bør ha økt rom for eksperter, og man har begrenset tro på mulighetene til å styre gjennom hierarkiet. Som Molander, Christensen og Holst illustrerer *behøver* man imidlertid ikke å dele denne oppfatningen, som jeg kommer tilbake til.²¹³

Det vesentlige her er at analyse av organisasjoner er nødt til å ta høyde for at nivåene for *institusjoner* og for *kompleksitet* er selvstendige elementer som ikke kan reduseres til deres betydning for *aktørene*. Et stykke på vei er også den institusjonelle tenkningen utbredt blant rettsdogmatikere, men uten å være utviklet *teoretisk*. Den *selvstendige betydningen* av at regler følges, selv om de ikke tjener noe formål, er for eksempel uproblematisk for jurister å se. Men det er også uenighet om et slikt argument.²¹⁴ Kompleksitetsteori har på sin side mindre innflytelse selv om konsekvensene av den i noen grad tvinger seg på.²¹⁵

Både institusjonell teori og kompleksitetsteori får samtidig en ny måte å forstå delegeringens demokratiske paradoks på: Delegering blir både nødvendig som følge av *sosial* kompleksitet, som tvinger frem behov for politisk regulering. Samtidig blir det da nødvendig å *bygge institusjoner* som kan *håndtere* denne kompleksiteten, som forvaltningsorganer med vide fullmakter innenfor strenge juridiske rammer. Dermed

²⁰⁹ Se f.eks. Tuori: *Properties of Law: Modern Law and After*, Cambridge University Press, 2021 s. 259.

²¹⁰ Røiseland: «Governance på norsk. Samstyring som empirisk og analytisk fenomen», *Norsk statsvitenskapelig tidsskrift* 24, 2008, s. 86—107 s. 90 definerer «governance» som «... den ikke-hierarkiske prosessen hvorved offentlige og private aktører og ressurser koordineres og gis felles retning og mening.»

²¹¹ Sand 1996 kapittel 17.

²¹² Heath 2020 s. 79 flg.

²¹³ Se pkt. 2.4.6, f.eks. også Molander 2016 s. 12: «However, connecting discretion to complexity and claiming that complexity demands discretion can be problematic because relying on discretion, as we will see, may not be the best way to navigate complex decision situations»

²¹⁴ Se f.eks. Opsahl 1963 s. 12.30 om behovet for en «smidigere ugyldighetslære» i delegasjonstilfellene.

²¹⁵ Se imidlertid f.eks. Jacobsen: *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Fagbokforlaget, 2009 s. 72 om deskriptiv jusprudens som tvingende realitet.

forsterkes samtidig kompleksitet *innenfor forvaltningen*. *Kompleksiteten i og utenfor den moderne forvaltningen* er derfor en vesentlig utfordring for det prinsipal-agent-teoretiske eller formelt-juridiske begrepet om delegering og organisering, fordi kompleksiteten både gjør maktutøvelse *nødvendig*, men samtidig *uforutsigbar*. Som Sand fremhever kan man ikke lenger begrense seg til å tro på *hierarkisk* styring som løsning på samfunnets eller demokratiets problemer.²¹⁶

2.2.5 Begrensningene til kompleksitetsperspektivet: Behovet for et begrep om strukturell makt

Det er samtidig grunn til å nyansere det disse perspektivene noe. Analysen av institusjonene og kompleksiteten skulle nemlig tjene til å forstå makt, men i løpet av prosessen forsvinner denne makten av syne, og erstattes av institusjoner og kompleksitet (se også 2.5.7). Man begynte med maktkamp, men endte opp med bygningsmasser, infrastruktur og saksbehandlingsregler.²¹⁷ Utgangspunktet for disse teoriene var jo en kritikk av det *aktørorienterte* perspektivet. Man fremhevdde derfor et behov for å anerkjenne kompleksiteten og det institusjonelle som noe selvstendig — ikke bare som et hinder for den enkeltes maktutøvelse. Premissene er viktige utgangspunkter, og jeg pakker ut de normative grunnene til å ha institusjoner i 2.4.3. Det er imidlertid litt uklart hvor *makten* i kompleksitetsteori og institusjonell teori, er blitt av. Jeg drøfter senere hvordan makten *tilsløres*, nedenfor i 2.2.9, og hvordan kompleksitet i seg selv kan være en konsekvens av konflikt i 4.2.3. Kompleksitet kan ofte bli en *nøytral* eller *byråkratisk* måte å beskrive et forhold på.

Å forsøke å fange hvordan institusjonene fordeler slik makt er nødvendig for både å forstå *organisering* på en mer sammensatt måte (se 2.2.7), men også som grunnlag for *kritisk vurdering* hvilke maktforhold delegeringsreglene eventuelt bidrar til å ivareta, se 2.5 og i de dogmatiske kapitlene.

²¹⁶ Se generelt Sand 1996 s. 193.

²¹⁷ Sand 1996 drøfter også maktbegrepet, og nyanserer det ved hjelp av Foucaults arbeider, se 104—106, og er der sympatisk til et bredere (strukturelt) begrep om statens makt som «... integrert del av sosial handling og kommunikasjon ...», men betoner dels disse perspektivene i mindre grad senere, og dels beskrives Foucault som å primært fokusere på hvordan retten bidrar til faktisk maktutøving i samfunnet (s. 113). Dette kunne imidlertid vært nyansert ved å fremheve at Foucault som kjent var opptatt av å «kappe hodet av kongen», og ved å utvikle et mer sammensatt begrep om *materialiteten* i makten, som supplement til den kommunikative orienteringen mot kompleksitet, slik jeg gjør nedenfor.

Det er derfor grunner til å vurdere kritisk om kompleksiteten kanskje også rommer slike elementer av makt. For *staten selv* er kompleksitet et attraktivt grunnlag å legitimere beslutninger eller unnlatelser på — og langt på vei er det jo staten selv som ønsker å skape institusjoner og kompleksitet (se nedenfor 2.3).²¹⁸ Spørsmålet blir da om staten (eller andre aktører) på noen måter ivaretar sine (ofte helt legitime jf. 2.4.3) interesser ved å skape kompleksitet eller institusjoner. Når NAVs organisering av sin saksbehandling skjærer vekk den individuelle personens livshistorie, så er en mulig måte å beskrive situasjonen på at de «reduserer kompleksitet». Hvis NAV skulle ta høyde for alles livshistorie (som kompleksiteten utgjør), så ville det naturligvis vært umulig å ha et NAV. Som jeg pakker ut senere (2.4.3) kan man derfor ikke avvise verdien av det jeg snart vil kalle en upersonlig makt.

Men kunne man ikke samtidig sagt at å «redusere kompleksitet» i et slikt tilfelle er en måte forvaltningen *utøver makt på*? Med Hernes' begrep fra Maktutredningen kan man i alle fall si at det skaper en type *avmakt* eller følelse av *maktesløshet* — antakeligvis både for borgeren og forvaltningspersonalet selv.²¹⁹ Spørsmålet blir da om denne avmakten bare er et resultat av forhold utenfor noens kontroll — et unngåelig resultat av kompleksiteten i det moderne samfunnet — eller om den i alle fall i noen grad også er et resultat og en del av makt- og avhengighetsforhold. I så fall kan man hevde at forholdet kunne vært annerledes som jeg fremhevet allerede i punkt 1.1.3 (selv om en slik mulighet ikke i seg selv betyr at det *burde* være annerledes).²²⁰

Den vanskelige oppgaven er å peke på *hvor* makten befinner seg. Det er imidlertid viktig å forsøke, og jeg forsøker å pakke ut en del ulike elementer av hvordan makten kan analyseres

²¹⁸ Se f.eks. allerede St.meld. nr. 44 (1982-1983) *Om Maktutredningen* s. 8, og særlig NOU 1989:5 *En bedre organisert stat?* s. 18 flg. om den funksjonelle differensieringen av statsapparatet.

²¹⁹ NOU 1982:3 kapittel 2 presenterer dette begrepet.

²²⁰ En dimensjon ved en slik teori vil også måtte ha et begrep om strukturell makt som *subjektiverende*. En nærmere analyse av akkurat denne formen for maktutøvelse foretas særlig i Buckel: *Subjectivation and Cohesion: Towards the Reconstruction of a Materialist Theory of Law*, Brill, 2020 [2008]. Man kunne koblet et slikt begrep til hvordan både «prinsipaler» og «agenter» i forvaltningen har subjektiviteter som er objektivt formidlet av maktforhold utenfor dem, og for eksempel forsøkt å forstå embetsmannsetikken i departementene i et slikt perspektiv.

på et institusjonelt nivå like nedenfor, og deretter foretar jeg en kort institusjonell analyse av sentrale deler av forvaltningen i 2.3.²²¹

Begrepet om delegering og organisering må derfor ta høyde for kompleksitet, men også synliggjøre måtene håndtering av kompleksitet kan være en *konsekvens av og selv innebære* utøvelse av makt. Begrepet har både betydning for hva delegeringsreglene skal ivareta legitimiteten til, og fordi det i simpel forstand vil gi et *mer realistisk bilde* av forvaltningens virksomhet.²²² De nærmere implikasjonene for prosjektets dogmatiske deler pakkes nærmere ut i 2.2.8 og 2.2.9. Spørsmålet blir dermed: Hva vil et slikt maktbegrep innebære? For å gi et godt svar skal det gis en presisering og kritisk vurdering av maktbegrepet i PA-teori og rettsvitenskapen.

2.2.6 Et begrep om makt som inkluderer emergente egenskaper ved maktforholdet: upersonlig makt

Makt er *en relasjon*. All makt finnes i et maktforhold. Maktbegrepet som blir antatt i PA-teori og rettsvitenskapens håndtering av delegering er et som forutsetter at makt utøves av enkeltaktører (eller kollektiv handling som kan reduseres til individer).²²³ Maktforholdet er derfor et forhold mellom individer. Den 'typiske' utøvelsen av makt antas å være et tilfelle hvor A får B til å handle på en måte B ikke ville, vanligvis fordi A besitter bestemte ressurser som B verdsetter.²²⁴ Maktutøvelsen blir en enkeltstående *beslutning* — og for eksempel særlig en *kompetanse-* eller *tvangsutøvelse* i juridisk kontekst.

Med et slikt maktbegrep vil makten i forvaltningen forstås som en lang serie med mennesker som får hverandre til å opptre på måter de ellers ikke ønsker å opptre (eventuelt allerede var enige om).²²⁵ Makt forstås som noe man *besitter*.²²⁶ Aktører med makt antas å ha *kontroll*

²²¹ Davies 2011 s. 99, «The challenge posed by the ideology of network governance is to think clearly about what is disorganised, distributed and complex, what is not, and who has an interest in asserting that complexity renders obsolete any attempt to organise and plan society collectively and democratically.»

²²² I samme retning Johansen 2020 s. 68.

²²³ Sundby 1974 s. 318 gir en god beskrivelse av hvordan et slikt maktbegrep kunne vært eksplisert.

²²⁴ Man kan med Sundby 1974 s. 320 skille mellom normativt og faktisk fundert makt, forskjellen består i av ressursen som brukes for å overtale er faktisk eller normativt fundert. Med bl.a. systemteorien (like nedenfor) forsvinner imidlertid disse forskjellene i begrepet om kommunikasjonsmedier.

²²⁵ Såkalte «initial endowments» er imidlertid noe man vanligvis abstraherer fra å diskutere i PA-teori, se Olsen 1989 s. 121 flg.

²²⁶ Sml. Bugge 2006 s. 73 flg.

over en *sak*.²²⁷ Maktutøvelsen forstås som å skje på et bestemt tidspunkt i tid og rom.²²⁸ Hver enkelt maktutøvelse antas videre å kunne ses i sammenheng med og tilbakeføres til en tidligere (og kanskje hierarkisk overordnet) maktutøvelse. Strøm, Müller og Bergman skriver for eksempel at «[t]he problems of delegation stem from two basic sources, namely differences between principals and agents in preferences and/or information.»²²⁹ Dermed blir maktutøvelse et spørsmål om hvordan personer *velger* å handle innenfor bestemte rammer.

Spørsmålet blir imidlertid: Kan den enorme kompleksiteten i forvaltningen forstås som bare en lang rekke aktører som eksplisitt velger å handle på bestemte måter? Hvordan sikres noen form for enhetlighet og stabilitet over tid, i så fall? En nyanse er i alle fall at man ekskluderer det som kalles *systemfeil* hvor preferanser og informasjon er sammenfallende, men ingen kan gjøre noe med saken.²³⁰ I tillegg forutsetter man, på et teoretisk nivå, at *preferanser er stabile* og at *informasjonsproduksjon* ikke i seg selv påvirkes og influeres av delegering eller forsøkene på å håndtere problemene delegering *skaper*. Det fremstår imidlertid også som en usannsynlig antakelse: Delegering er jo nettopp grunnlaget for hvilke prinsipaler, agenter, preferanse og hvilken informasjon, som står til rådighet.

En mer sammensatt forklaring forutsetter derfor et mer *nyansert* begrep om hvordan maktforholdene i forvaltningen utøves innenfor *institusjoner*. March og Olsens begrep om institusjoner peker i en riktig retning. Institusjoner er ulike sosiale strukturer som aktører *skaper* og handler *innenfor*. Olsen skriver at «... institutions create order, but an imperfect and temporary order. They affect, but do not determine, action.»²³¹ Forvaltningen må skape en infrastruktur, slik Johansen fremhever.²³² Både PA-teori og forvaltningsrettslitteraturen anerkjenner naturligvis behovet, og PA-teori foreslår mekanismer for koordinering av interesser, mens forvaltningsretten har *regler* som skal følges. Begge disse forutsetter imidlertid at aktørene er *bevisst* reglene (og har skapt dem bevisst), og oppfatter det i deres interesse å handle i samsvar med dem (eller i samsvar med økonomiske insentiver, eller lignende). Forklaringen reduserer regler og sosiale strukturer til konsekvenser av

²²⁷ Se begrepet i NOU 1982:3 s. 6.

²²⁸ Sml. omtalen i Sand 1996 s. 104.

²²⁹ Strøm, 2005 s. 733.

²³⁰ Se blant annet kapittel 7 punkt 7.2.1.

²³¹ Olsen 2017 s. 9.

²³² Johansen 2020 s. 79 med videre henvisninger til Loughlin.

individuelle forhold i siste instans. Som Bugge påpeker kan ikke *selve relasjonen mellom aktørene innenfor en struktur*, forklares av disse (eller andre) enkeltaktører.²³³

Det andre problemet med PA-teorien og rettens forståelse av mekanismene eller reglene, er at de sosiale strukturene, antas å være *objekter i menneskers hender*.²³⁴ De antas å fungere som *midler* for noen mennesker til å strukturere andre menneskers opptreden.²³⁵ Som midler kan de først og fremst betraktes som effektive eller ineffektive til å nå sitt mål.²³⁶ Derfor ender et slikt maktbegrep tilbake til det problematiske utgangspunktet om at delegering skaper prinsipaler og agenter, og maktreasjoner mellom disse. Begrepet har bare blitt supplert med at prinsipalene og agentene utøver denne makten gjennom 'verktøy' av ulike slag.

Problemet er at de sosiale strukturene, verktøyene eller institusjonene blir antatt å være *eksterne* for maktforholdet.²³⁷ Med ekstern mener jeg at man antar at å bruke verktøyene blir noe aktørene prinsipielt sett *kan velge å bruke*, eller la være, avhengig av om det tjener deres interesser. Utfordringen er imidlertid at ingen kan opptre innenfor staten uten å opptre *gjennom* statens institusjoner. Med andre ord mangler PA-teoriens maktbegrep den nyansen at maktforholdet *kan være konstituert ved et bestemt verktøy*. I så fall er 'verktøyet' ikke et verktøy, men heller en egenskap ved selve maktforholdet, og som jeg pakker ut straks, *selv makt*.

Man kan for eksempel si at *rettens makt* over den enkelte, er et verktøy Stortinget bruker for å kontrollere byråkratiet. Rettens makt opptrer gjennom jurister som ved å håndheve retten overfor den ene personen, og da står i et *personlig* maktforhold mellom seg selv (A) og en annen B, *samtidig reproducerer retten* som en *upersonlig makt* overfor tredjeparter (se også senere i 2.5 og kapittel 3).²³⁸ Den sosiale strukturen *kan ses som en egenskap ved*

²³³ Bugge 2006 s. 79.

²³⁴ Sml. Sundström 2016 s. 150 om PA-modellen. Dette hevdes for eksempel i Johnsen 2007 s. 11: «Resultatstyring i offentlig sektor er å framskaffe relevante data for både effektivitets- og produktivitetsvurderinger samt å sette disse inn i en organisatorisk og politisk sammenheng som danner grunnlag for bedre og mer rasjonelle beslutninger i offentlige organer.»

²³⁵ Se spesielt kritikken av et slikt begrep i Bugge 2006 s. 75—76.

²³⁶ Sml. også kritikken av et slikt perspektiv i Olsen 1989 s. 84.

²³⁷ Om distinksjonen intern/ekstern Bugge 2006 s. 19.

²³⁸ Avhandlingen forsøker samtidig i lys av begrepet om det strukturelles forrang å vise individenes begrensede betydning. Derfor veksler jeg mellom juristene som systemets personifiseringer og retten som system, litt avhengig av hvilken dimensjon som er vesentlig å få frem. Dette må imidlertid aldri tolkes som utsagn om at enkelte jurister er ansvarlige for strukturelle dimensjoner av retten.

maktforholdet.²³⁹ Den enkeltes makt beror derfor på tidligere maktutøvelser, og skaper samtidig betingelsene for nye.

Dynamikken kan man beskrive ved hjelp av begrepet om *emergens*. Emergente fenomener blir til på grunn av organiseringen av systemets deler, men kan ikke reduseres til disse delene.²⁴⁰ Begrepet om delegering må ta høyde for at eksistensen av maktforholdet mellom den politiske ledelsen og bakkebyråkratiet *forutsetter* eksistensen av sosiale strukturer som *formidler* maktforholdet. Den individuelle maktutøvelsen forutsetter derfor *reproduksjon* av et strukturelt maktforhold som konstituerer den individuelle maktutøvelsen. De sosiale strukturene kan derfor anses som *en egenskap ved maktforholdet mellom de to*.²⁴¹ De sosiale strukturene eller den upersonlige makten må brukes og reproduseres av konkrete individer, dersom de skal ha kausal virkning. Det kan uttrykkes som at strukturene bare virker *gjennom* eller *formidlet via* aktører.²⁴²

I så fall kan både den enkelte maktutøvelsen sies å avhenge av den upersonlige makten eller sosiale strukturen, og den sosiale strukturen kan bare reproduseres gjennom den enkelte handlingen. Dermed kan man også prinsipielt skjelne mellom *institusjoner* eller *kompleksitet* i seg selv, og maktstrukturer, ved å vurdere om institusjonen reproduseres som følge av noens makt over andre, eller av andre grunner (om det er mulig med rene ‘institusjoner’ eller ‘ren’ makt tematiseres nedenfor i 2.2.7, og strukturens normative verdi må vurderes konkret jf 2.4.3).

Jeg har brukt den litt lengre formuleringen «egenskap ved maktforholdet mellom de to», for å markere at det ikke er snakk om strukturer som blir selvstendige og antropomorfe *subjekter*.²⁴³ Den strukturelle makten blir derimot

²³⁹ Malm: *The Progress of this Storm*, Verso, 2018 s. 68.

²⁴⁰ Mau 2021 s. 56, og Malm 2018 s. 66—67.

²⁴¹ Se Fine: *Democracy and the Rule of Law: Liberal ideals and Marxist critiques*, Pluto Press, 1984 s. 193: «Marxist argue that everywhere and always power is an expression of social relations between people ... if power appears impersonal, it is because relations between individuals give rise to a fetishized form.» Buckel 2020 [2008] s. 217, i samme retning.

²⁴² Dette omtales som strukturens dualitet i Giddens: *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*, Polity Press, 1986 fremstilling, tilsvarende om forholdet til metodisk individualisme se Bugge 2006 s. 98, «... de individuelle handlingene gjør at maktkretsløpet eksisterer, samtidig som det er den overindividuelle seleksjonen som gir form til handlingskonsekvensene.» og i Mau 2021 s. 55.

²⁴³ Se for eksempel Smith: «Hegel, Marx and the Comprehension of Capitalism.» i Tony Smith, Fred Moseley red.: *Marx's Capital and Hegel's Logic: A Reexamination*, Brill, 2014, s. 17—41, s. 24, som går alt for langt når han skriver at «More specifically, ‘the Geist constitutes objective reality by means of a process of externalisation or self-objectifications, and, in the process, reflexively constitutes itself’ in a manner precisely isomorphic with capital’s reign as ‘subject’ and ‘self-moving substance’». Se bl.a. polemikken hos Sundby 1974 s. 318. Dette diskuteres og kritiseres relativt utførlig i Mau 2021 s. 52 flg.

en abstrakt, upersonlig makt, som reproduseres fordi de enkelte aktørene vil reproducere *sin* makt. Dermed er makt heller ikke noe som ligger utenfor sosiale systemer som retten og økonomien — men et element ved disse systemene selv, en egenskap ved selve den sosiale handlingen.

I det videre går jeg imidlertid ut fra at strukturer kan analyseres som egenskaper ved maktforhold. Man kan dermed ikke legitimere maktforholdet uten samtidig å legitimere de strukturene maktforholdet skaper og forutsetter. Delegeringsbegrepet kan ikke forstås uten å samtidig forstå den strukturelle makten delegering forutsetter og bidrar til, fordi delegering forutsetter at delegaten skal underordnes det delegerende organ. Det delegerende organs behov for å styre delegaten er derfor grunnlaget for en strukturell makt som er konstituerende for relasjonen mellom begge — samtidig som den er grunnlagt på det individuelle maktforholdet, og derfor avhengig av begge aktørenes ønsker om å utøve makt, og å ha innflytelse.

En slik teoretisering gir derfor en *mer realistisk beskrivelse* av maktforholdene i forvaltningen, og en slik realisme er ønskelig. De enkelte skrittene i denne prosessen har samtidig tatt høyde for de foregående: Begrepene om organisering og delegering kan da romme både aktører, institusjoner, kompleksitet og et begrep om strukturell makt.

2.2.7 Det strukturelle nivåets *forrang*

Jeg har argumentert for et begrep om makt som inkluderer de emergente egenskapene ved maktforholdet. Poenget er å få frem at visse maktforhold bare er mulig å opprettholde *gjennom* å gjøre bruk av bestemte instrumenter, ressurser, eller mer generelt *strukturer*, som utøver upersonlig makt overfor andre. Den enes makt over noen eller noe, beror på en struktur, som samtidig skaper avmakt for en tredje. Også begrepet om *interesser* (som foran i 2.2.3) må derfor retrospektivt forstås på en mer nyansert måte.

Samtidig gir denne denne forståelsen av makt grunnlag for å peke på at politikernes kontroll over forvaltningen, som var utgangspunktet for analysen, også skaper en upersonlig makt — nemlig retten, statsbudsjettet, og andre styringsteknologier Det oppstår derfor også en *tredje gruppe*: Styringsprofesjonene, som har som sin oppgave (og interesse) å reproducere

retten, budsjettet, resultatkravene (og så videre).²⁴⁴ Konsekvensene av disse utgangspunktene for både retten som teoretisk objekt pakkes ut nedenfor i 2.2.9, 2.3, 2.5, som metodisk spørsmål i kapittel 3 og senere som juridiske normer og gjeldende rett i kapittel 4 til 7.

Fremhevingen av at den upersonlige makten er en egenskap ved maktforhold mellom aktører, innebærer også en *prinsipiell mulighet til* å gjøre noe annerledes. Man kan forestille seg en verden der delegering skjer uten at delegaten må la seg underordne. Det betyr naturligvis ikke at det *burde være* slik, som jeg drøfter senere i 2.4, men det gjør det interessant å stille spørsmålet. Den mer nyanserte forståelsen av den makten delegering skaper har en egenverdi, men det er også viktig for å kunne synliggjøre at den enes makt over den andre må *legitimeres samtidig med* at den upersonlige makten som øves overfor den tredje.

I hvilken grad man *burde* gjøre noe annerledes, vil imidlertid bero på i hvilken et alternativ er praktisk, ikke bare prinsipielt mulig. En utfordring er nemlig at det finnes svært mange og komplekse sosiale strukturer i moderne samfunn. Det er ikke én og én maktutøvelse som skaper én og én upersonlig maktutøvelse, der alt er en lang rekke etiske svikt. Disse maktforholdene filtreres inn i og bygger på hverandre.²⁴⁵ Den ene aktøren (A) sitt valg om å bruke sin makt for å kontrollere en annen (X), som reproduserer upersonlig makt overfor en tredje (Y), vil for eksempel være en *juridisk plikt* for den første aktøren (A). Denne juridiske plikten fungerer da som en upersonlig makt overfor den første aktøren (A), som ble reprodusert (som frykt eller respekt hos A) da kollegaen (B) til den første aktøren (A) mistet jobben for å bryte plikten.²⁴⁶ Derfor velger A å gjøre det samme mot X, som en siste (C) noen dager før, hadde gjort mot B. Slike sykliske produksjoner av noens makt på

²⁴⁴ Funksjonelle forklaringer får et visst grunnlag, se kritikken i f.eks. Riel: «In Search of the Missing Mechanism. Functional Explanation in Social Science.» i Rebekka Hufendiek, Daniel James, Raphael van Riel red.: *Social Functions in Philosophy; Metaphysical, Normative and Methodological Perspectives*, 2020, s. 70—93.

²⁴⁵ Elementer finner man uttrykt i juridisk litteratur ved Bergos oppfatning om at den moderne forvaltningen er en «... spiral av styring der intet toppunkt finnes, men der noens styring eller herjing med en annen person ... like fullt er en realitet ...», Bergo 2004 s. 1032.

²⁴⁶ Se nærmere om de mange ulike medieringene til det juridiske systemet som sørger for at rettens upersonlige makt følges, som omtales i Teubner: «The Constitution of Non-Monetary Surplus Values», *Social & Legal Studies* 30, nr. 4, 2021, s. 501—21 s. 511. Dette berører også de klassiske diskusjonene om rettens internaliseringsaspekt, se f.eks. diskusjonen i Sundby 1974 om internalisering.

grunnlag av press fra upersonlig makt, er det *normale*.²⁴⁷ Derfor omtaler Bugge treffende et behov for å anta det *strukturelles forrang*. Selv om jeg kommer tilbake til den individuelle personen og profesjonenes etiske holdning (2.4.6), så er moderne samfunn først og fremst plaget av *strukturelle problemer*, ikke etiske.²⁴⁸

Dermed bør man utvikle begrepet om organisering og delegering videre, og bake de tidligere begrepsdannelsene inn i mer abstrakte men rikere begreper. Spørsmålet nå blir: Hvordan påvirkes organisasjonene av det strukturelles forrang, og at delegering og organisering både skaper og samtidig beror på strukturell og upersonlig makt? Med denne presiseringen er det mulig å gå videre til å vurdere *hvilke* sosiale strukturer som skapes av de maktforholdene delegering skaper, og hvordan de manifesterer seg. I nordisk forvaltningsrett er det særlig to forfattere som har argumentert langs disse linjene: Inger-Johanne Sand i *Styring av kompleksitet* og Tormod Otter Johansen i *Forvaltning som verksamhet*. Sands avhandling bygger på en systemteoretisk tilnærming, der funksjonell og kommunikativ differensiering anses å være de sentrale strukturelle egenskapene ved maktforholdene i forvaltningen. Johansens avhandling bygger på materialistisk og ny-materialistisk teori, og Johansen vektlegger måten forvaltningens *infrastruktur* og *faktiske innretning* utgjør sentrale aspekter ved maktforholdene i forvaltningen. Disse forfatterens begreper pakkes ut i lys av bredere teoretiske tradisjoner, som de tilhører.

Systemteorien og materialismen er på sentrale punkter kompatible fordi de begge utgjør forsøk på å skape en *tenkning som gir det strukturelle nivået forrang*.²⁴⁹

2.2.8 Sosiale systemer, kommunikativ differensiering og faglige egenlogikker

Systemteoriens forståelse av sosiale systemer egner seg spesielt godt til å teoretisk fange konsekvensene av at delegering skaper faglig spesialisering. Vanligvis forstås spesialisering (og mer generelt arbeidsdeling) som et instrument for å oppnå mål mer effektivt. Man aksepterer i utgangspunktet at differensieringen kan ha en demokratisk bakside (jf.

²⁴⁷ Teubner beskriver for eksempel hvordan mennesker blir gjort til «miljø» for de kommunikative systemene, se Teubner: «The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors», *Modern Law Review* 69, 2006, s. 327—46 s. 333.

²⁴⁸ Bugge: «Verden sett fra Den annen front: Anmeldelse av Rune Slagstad, *Mine dannelsesagenter. En politisk idéhistorie*», *Agora* 40, nr. 2-3, 2022, s. 397—421, s. 408: «... menneskenes subjektive innstilling til seg selv og andre ... er underordnet den institusjonelle formidlingen av sosiale dominansforhold.»

²⁴⁹ Sml. Bugge 2022 om den avgjørende forskjellen på 'totaliserende' og ikke-totaliserende tenkning.

diskusjonen om informasjonsasymmetri foran i 2.2.2). Systemteorien hevder imidlertid at den faglige spesialiseringen blir langt mer dyp og radikal enn som så.

Det systemteoretiske perspektivet er mangfoldig og komplekst, og noen utførlig redegjørelse er det ikke plass til her.²⁵⁰ Niklas Luhmann er den sentrale teoretikeren som utviklet systemteori til en mer generell teori om samfunnet. Det sentrale systemteoretiske budskapet er at samfunnet består av ulike sosiale systemer, som skiller seg fra andre systemer (sitt «miljø») gjennom å avgrense seg selv internt mot disse, ved hjelp av «operational closure».²⁵¹ Hvert system blir *kommunikativt og funksjonelt differensiert*. Ulike kommunikative systemer har ulike samfunnsmessige funksjoner, og deres kommunikasjon er derfor innrettet mot ulike binære koder, avhengig av hva funksjonen er.²⁵² Rettssystemet baserer seg på hva som er lovlig/ulovlig, økonomien på lønnsomt/ulønnsomt, og politikken på posisjon/opposisjon.²⁵³ Gjennom kontinuerlig referanse til tidligere operasjoner re-genererer systemet seg selv, og dermed utvikler systemet seg kontinuerlig.²⁵⁴ Denne prosessen kaller Luhmann *autopoiesi*.

Makt i moderne samfunn blir i det systemteoretiske perspektivet dominert av de globale funksjonssystemene: politikken, retten, økonomien, vitenskapen, og så videre. Disse kommunikative systemene tvinger all kommunikasjon inn i bestemte rammer, som begrepet om det strukturelles forrang markerte. Organiseringen av forvaltningen blir da mulig å forstå i lys av denne kommunikative og funksjonelle differensieringen. Det er særlig viktig å fremheve at forvaltningen først og fremst fungerer som en *videreformidler* av de kommunikativt-differensierte sosiale systemene. Staten er dermed ingen selvstendig aktør, men en rekke institusjonelle områder hvor ulike systemer kan operere.

Luhmann skriver om ulike måter den funksjonelle og kommunikative differensieringen materialiserer seg innenfor staten. Boken *Risk* og artikkelen *The Future of Democracy* fremhever begge at forvaltningen, som følge av kommunikativ differensiering, blir en *relativt autonom* og selvstendig forvaltning. Luhmann fremhever at politikken ikke kan «...

²⁵⁰ Sand 1996 s. 70 flg. og Sand: «The Interaction of Society, Politics and Law: The Legal and Communicative Theories of Habermas, Luhmann and Teubner», *Scandinavian Studies of Law* 53, 2008, s. 45—75.

²⁵¹ Sml. Moeller: *Luhmann Explained: From Souls to Systems*, Open Court Publishing, 2006 s. 14 flg.

²⁵² Moeller 2006 s. 24 og 25.

²⁵³ Se Luhmann 1990.

²⁵⁴ Moeller 2006 s. 28.

pretend to be or to represent the whole ...», slik at politikken «... loses the possibility of representation.»²⁵⁵ Politiske aktørers makt forflyttes derfor fra aktørene selv til *det politiske (kommunikative) systemet*. Det politiske systemet skiller seg derfor fra *forvaltningen* som inneholder alle de ulike institusjonene, og blir til en del av dennes miljø. Forvaltningen blir dermed *irritert* av politikken, på måter som fungerer handlingslammende, og skaper risikoaversjon i forvaltningen.²⁵⁶ Politikkens krav til forvaltningen blir at denne må gjøre stadig mer — treffe stadig flere beslutninger. Dermed blir det samtidig nødvendig å *redusere vekk* kompleksitet, og å standardisere stadig flere beslutninger. På den ene siden får man derfor «... a gigantic and uncontrollable machinery for increasing risk.», fordi beslutningsprosessene er nødt til å redusere kompleksitet og ikke ta høyde for mulige utfall.²⁵⁷ På den andre siden mener Luhmann presset underbygger forvaltningens tendens til hemmelighold, manglende transparens, økt rettsliggjøring og standardisering, ettersom tjenestepersonene i forvaltningen får skylda når risikoene nødvendigvis materialiserer seg.²⁵⁸ Det oppstår det man kan kalle en *egenlogikk*:

Organisasjoner skaper en lukket «egenlogikk» hvor informasjon og beslutninger filtreres på en måte som er (delvis) lukket for organisasjonens utside. Egenlogikkene fungerer ved at systemet bare ‘ser’ ting på sin måte. Dermed fungerer de som en upersonlig makt overfor konkrete aktører, samtidig som de ulike organisasjonene og deres egenlogikk ‘irriterer’ hverandre og tvinger frem et lukket blikk for de andres virksomhet. Egenlogikkene i forvaltningen gjør at alle aktører i forvaltningen tvinges til å forholde seg til hverandre passivt — jurister avgjør juridiske spørsmål, og ‘overlater’ politiske spørsmål til politikere. Begrepet om egenlogikker fremhever derfor at konfliktene i forvaltningen (som ble antatt først, jf. 2.2.3) mindre er konsekvenser av aktører som misbruker sin makt, og mer er en strukturell konsekvens av at forvaltningsorganer forsøker å beskytte sin egen handlingskapasitet.

²⁵⁵ Luhmann 1990 s. 48, se også Sml. Moeller 2006 s. 63 og diskusjonen av andre-ordens kybernetikk.

²⁵⁶ Luhmann: *Risk: A Sociological Theory*, Walter de Gruyter, 1993 s. 190.

²⁵⁷ Luhmann 1993 s. 193, se også s. 150 om behovet for «... informal guesses ...».

²⁵⁸ Luhmann 1993 s. 189 flg.

Günter Teubner nyanserer og videreutvikler disse oppfatningene.²⁵⁹ Med egenlogikk forsøker Teubner å fange sammenhengen mellom fagprofesjonenes spesialiserte kommunikasjonsformer, og måten disse blir institusjonalisert i organisasjoner på.²⁶⁰ Det trygdefaglige attføringsskjønnet er for eksempel en helt særegen kombinasjon som hverken følger en rent juridisk eller en rent vitenskapelig-medisinsk logikk. Organisasjonen reduserer kompleksiteten (ved funksjonell differensiering) i de respektive funksjonssystemene og produserer noe helt eget.²⁶¹

For å oppnå en slik spesialisering må imidlertid organisasjonen lukke seg for eksternt stimuli: Kommunikasjon med det politiske nivået blir vanskelig og 'oversettelsesproblemer' med andre systemer oppstår.²⁶² Det politiske ønske om å gjøre nytte av fagpersoners kunnskap skaper derfor samtidig egne kommunikasjonsformer som hverken de konkrete fagprofesjonene eller politikerne kan kontrollere. Disse tendensene styrkes av internasjonaliseringen, som sikrer nasjonale organisasjoner plass i nettverk av internasjonale søsterorganisasjoner.²⁶³ Sand fremhever at forvaltningen ideelt sett kan utnytte denne fleksibiliteten.²⁶⁴ Selve valget av organisasjonsmodell blir derfor (på et nivå utenfor enkeltaktørens kontroll) en måte å «... kanalisere makt, innflytelse og fordeling av ressurser på en systematisk måte.»²⁶⁵ Senere vil et slikt perspektiv brukes særlig for å nyansere begrepet om *formålet med* å organisere i kapittel 5.

Likevel fremhever systemteorien at politiske eller økonomiske forsøk på å instrumentelt benytte egenlogikker skaper nye problemer. Teubner bruker begrepet *polykonteksturalitet* for å fremheve hvordan autonome sosiale egenlogikker blir til i relasjon til et dominerende politisk- og/eller økonomisk system.²⁶⁶ Profesjonenes kommunikasjon og profesjonsutøvelse blir enten underordnet en politisk-byråkratisk instrumentell rasjonalitet,

²⁵⁹ Sand 2008 s. 53 skriver tilsvarende om polyfoni, dvs. at organisasjoner «... they communicate in several codes at the same time, also several function codes.». Hun bruker uttrykket «polycontextuality», altså *kontekstualitet*. Dette opplever jeg som noe litt annet enn *teksturalitet*.

²⁶⁰ Teubner 2017 s. 140, og Moeller 2006 s. 31—32.

²⁶¹ Sml. Sand 1996 s. 121.

²⁶² I samme retning alt Luhmann 1993 s. 188.

²⁶³ Se Tuori 2021 s. 259.

²⁶⁴ Sand 1996 s. 126—131.

²⁶⁵ Sand 1996 s. 135, uthv. i original.

²⁶⁶ Teubner 2017 s. 130. Se i samme retning Fischer-Lescano: «Critical systems theory», *Philosophy and Social Criticism* 38, 2012, s. 3—23 s. 8.

eller markedets klassesdominans. Denne underordningen skaper strukturelle problemer.²⁶⁷ Sand fremhever også at organisasjonsreformene på 1990 ble dominert av økonomers ønske om effektivitet.²⁶⁸ Denne dimensjonen av systemteoriens perspektiv er i relativt stor grad sammenfallende med de materialistiske perspektivene jeg fremhever nedenfor.

Det systemteoretiske perspektivet er derfor interessant fordi det gir en helt særegen betoning av og teoretisk forklaring på den faglige spesialiseringen i den moderne forvaltningen. Makten plasseres da hos fagprofesjonene og de egenlogikkene som springer ut av deres organisering i forvaltningsorganer. Fagpersonene *som personer* kommer i bakgrunnen. Man kan si at *kompleksitet* antas å være en konsekvens av delegering som må håndteres ved hjelp av *egenlogikker*. Forsøkene på å håndtere kompleksitet ved å skape funksjonell differensiering innenfor forvaltningen utgjør en sentral del av grunnlaget for å utvikle både et begrep om hierarkisk og differensiert ansvar i kapittel 6 og 7.

Når jurister eller økonomer forsøker å kontrollere fagpersonene i forvaltningen, skapes nemlig en kompleks kollisjon mellom ulike egenlogikker, hvor de enkelte perspektivene aldri kan ta fullt høyde for kompleksiteten i de andre perspektivene.

Systemteori danner også grunnlag for noen av de kompleksitetsteoretiske perspektivene som ble nevnt foran, herunder begreper som «nettverksstat» eller «governance». Som omtalt innledningsvis kjennetegnes et slikt syn ved at det antar at forvaltningens maktstruktur er relativt sterkt desentralisert. Sand spør: «... om styring ovenfra eller reell kontroll over hodet er mulig overfor sterkt spesialiserte og komplekse virksomheter».²⁶⁹ Som Sands avhandling går langt i å illustrere, avdekker det systemteoretiske perspektivet derfor at en *strukturelt forankret desentralisering av makt* er en konsekvens av delegering. Denne desentraliseringen er en viktig betingelse for mitt arbeid: Det er simpelthen ikke mulig å opprettholde det moderne samfunnet i sin nåværende form uten en omfattende

²⁶⁷ Teubner 2017 s. 148: «Privatised public services are simultaneously part of two social systems, the economic system and the social system where they realise their services. Private law has to break the monopoly of structural linkages to the economy on both sides and instead establish direct links with the concrete social field involved. In practice, this means enforcing its non-economic aspects, by law, against the logic of economic calculation». Teubner har holdt fast i dette perspektivet senere, se Teubner 2021 s. 514—517.

²⁶⁸ Sand 1996 s. 486 flg.

²⁶⁹ Sand 1996 s. 507. I samme retning Born, Niels Å. Andersen og Asmund W.: «Complexity and Change: Two “Semantic Tricks” in the Triumphant Oscillating Organization», *Systemic Practice and Action Research* 13, 2000, s. 297—328 s. 323.

desentralisering av makt. Systemteori går langt i å anta at delegering faktisk legger makt på lokalt nivå (men i organisatorisk-forankrede egenlogikker, ikke hos enkeltpersoner).²⁷⁰

Man kan oppsummere ved å si at systemteori fremhever at funksjonell og kommunikativ differensiering — og dermed mer sammensatte og *horisontale* maktforhold — blir en konsekvens av delegering, som de vertikale maktforholdene påvirkes av. Selv om det derfor fortsatt er slik at hierarkiets sentrum besitter en formell myndighet over de lavere nivåer, foregår det komplekse prosesser som ikke kan styres på en enkel måte gjennom denne myndigheten.

2.2.9 Styringsteknologier og forvaltningens institusjonelle materialitet

Systemteoriens verdifulle innsikter kan samtidig suppleres og nyanseres med innsikter fra deler av den *materialistiske* tradisjonen,²⁷¹ som har til felles at de bygger videre på Marx' analyse av kapitalismen, og trekker veksler på tradisjonen for kritisk teori innenfor filosofi.²⁷² Tradisjonen inkluderer en teori om *staten*, som nevnt foran.²⁷³ Materialistisk teori argumenterer i likhet med systemteori for at makt ikke utøves fra et suverent punkt — makten tar primært *strukturell* eller *upersonlig* form.²⁷⁴

Spesifikt for dette prosjektet er det nødvendig å problematisere et aspekt ved systemteoriens begrep om de ulike sosiale systemenes autonomi. Bugge fremhever nemlig at Luhmann og deler av kompleksitetsteori savner et begrep om de *objektive formidlingene* av systemets autonomi, herunder *makt*. Bugge fremhever at de autonome systemene/institusjonene «...

²⁷⁰ Se f.eks. Davies 2011 s. 25: «Flexibility gains priority in situations of risk and uncertainty and gives rise to 'as yet unforeseeable, forms of externally monitored self-coordination of subsystems and decentralized units of action.»

²⁷¹ Denne tradisjonen er marginal i nordisk rettsvitenskap, for eksempel Hammerslev: «Marxistisk rettssociologi.» i Madsen, Ole Hammerslev og Mikael Rask red.: *Rettsociologi, klassiske og moderne perspektiver*, Hans Reitzels Forlag, 2013, s. 181—98, og Eriksen: *Den unge marx*, Cappelen Damm akademisk, 2019 s. 32. Begrunnelsene for dette beror imidlertid i noen grad på at man antar at moderne materialisme er det samme som den ortodokse marxismen. Se Mau 2021 s. 63 flg. og Heinrich: *An Introduction to the Three Volumes of Karl Marx's Capital*, Monthly Review Press, 2012 [2004] s. 24 flg. for en gjennomgang og kritikk.

²⁷² Overordnet sett kan denne lesningen spores tilbake til Reichelt: «From the Frankfurt School to Value-Form Analysis», *Thesis Eleven* 4, 1982, s. 166—69 og Backhaus: «On the Dialectics of the Value-Form», *ibid.* 1, 1980, s. 99—120, se generelt Heinrich 2012 [2004] s. 26 og Postone: *Time, Labor and Social Domination*, Cambridge University Press, 1993.

²⁷³ Debattene om statsformen er også sammensatt. Se særlig Milliband-Poulantzas-debatten, men også generelt, omtalt i Barrow: «The Miliband-Poulantzas Debate: An Intellectual History.» i Stanley Aronowitz, Peter Bratsis red.: *Paradigm Lost: State Theory Reconsidered*, University of Minnesota Press, 2001, s. 3—52,. Se videre Clarke 1991. Videre gir Rønning 2019 en generell om diskusjoner om staten.

²⁷⁴ Johansen 2020 s. 74.

formidler makt som eksisterer utenfor dem selv ...».²⁷⁵ Materialistisk teori betoner at sosiale systemer opprettholder sin autonomi *mot og i kontrast til* maktforhold i samfunnet. Makten er da *del av* annen sosial og kommunikatív handling, og ikke et selvstendig system, men del av alle andre sosiale systemer.²⁷⁶ Man kan formulere poenget som at makten tar ulike (politiske, juridiske, økonomiske) *former*.²⁷⁷

På den ene siden har derfor Luhmann helt rett i at eksterne maktforhold ikke kan brukes direkte innenfor systemene (for eksempel slik man ikke kan kjøpe gode karakterer). *Makt* som *enkeltpersoner besitter* kan ikke brukes innenfor systemet, uten å omdanne makten til systemets *form*.²⁷⁸ På den andre siden er systemet nettopp autonomt *mot bakgrunnen av* de maktrelasjonene i samfunnet som selve institusjonen forholder seg nøytralt til. Man kan ikke bruke penger eller politisk makt for å kjøpe en dommer og vinne en sak. Men man kan bruke penger for å kjøpe en god advokat, og politisk makt for å endre loven. Fordelingen av rettens maktmonopol «... er en *omdannet reproduksjon* ...» av en maktfordeling som er gitt utenfor retten.²⁷⁹ Derfor er systemteoriens begrep om strukturell makt *ensidig*: Systemteorien anerkjenner primært den strukturelle makten som ligger *innenfor* systemenes rammer.

De eksterne maktforholdene kan heller ses som *momenter i* institusjonenes organisering av seg selv. Samtidig er institusjonenes kontroll over disse eksterne maktforholdene begrenset — og de må i praksis legge de eksterne maktforholdene til grunn *uprøvd* i sin egen virksomhet. Bugges kritikk omfatter *allerede* de globale funksjonssystemene. Kritikken slår imidlertid inn med tyngde gjelder imidlertid i enda større grad for de mer porøse *organisasjonene* i forvaltningen. Som jeg også pakker ut nedenfor kan det godt være at *god* hierarkisk styring overfor sterkt komplekse virksomheter ikke er mulig. Det er imidlertid ingen tvil om at hierarkiets innflytelse fortsatt er sterk. Dermed kan man forstå organiseringen av forvaltningen som en organisering av en systemteoretisk «egenlogikk»

²⁷⁵ Se Bugge 2006 s. 119.

²⁷⁶ Sml. også Sand 1996 s. 104.

²⁷⁷ Form-begrepet er sammensatt, se blant annet Lange: «Form Analysis and Critique: Marx's Social Labour Theory of Value.» i Peter Osborne, Eric Alliez, Eric-John Russell red.: *Capitalism: concept, idea, image, Aspects of Marx's Capital today*, CRMEP Books, 2019, s. 21—35, og generelt Buckel 2020 [2008] s. 228 flg.

²⁷⁸ Det er på dette punktet en relativt begrenset motsetning mellom materialistisk teori og i alle fall nyere, kritisk, systemteori, som jf. Teubner 2021 også tungt betoner betydningen av kommunikative *medier*, som på lang vei er analog til materialistisk teoris begrep om form.

²⁷⁹ Bugge 2006 s. 119.

som skal *formidle* og *omdanne maktforhold* som ligger utenfor denne egenlogikken. På den måten blir sosiale maktforhold *reproduisert*, samtidig som motsetningsforhold *prosesserer* og gjøres akseptable.

Man kan spørre om rettens rolle bli uvesentlig på bakgrunn av allerede gitte maktforhold. Det vil imidlertid være å misforstå poenget. Institusjonenes viderefører ikke maktforholdene direkte. Deres verdifulle (men tidvis problematiske) rolle er å *formidle* maktforholdet, på en måte som *objektivt forandrer* forholdet på samme tid. Økonomisk makt *må nettopp* bli omdannet til juridisk eller politisk makt. Man skaper dermed en *utsettelse* og en *omdannelse* av maktutøvelsen.²⁸⁰

På samme måte som private bedrifter er nødt til — tvinges til — å forholde seg til maktforholdene i verdensøkonomien for å ikke gå konkurs, så er offentlig sektor nødt til å forholde seg til sosiale maktforhold utenfor og innenfor staten. Hvis man «reduserer vekk kompleksiteten» i oljenæringens innspill til skattepakke, får reduksjonen konsekvenser av en annen karakter enn om man «reduserer vekk kompleksiteten» i mangelen på fastleger i norske kommuner.

Derfor vil man kunne analysere norske forvaltningsorganer i lys av hvilke *objektive maktforhold* som befinner seg utenfor systemets egenlogikk, og som *formidler* eller *inngår som momenter* i denne ‘egenlogikken’, å bli en upersonlig makt innenfor organet.

På et teoretisk nivå er det ikke mulig å si *generelt* hvilke maktforhold det er snakk om. Skal man si noe slikt, så forutsetter det historisk og teoretisk analyse på et lavere abstraksjonsnivå, som jeg kommer tilbake til.²⁸¹ Som et utgangspunkt er det imidlertid mulig å ha et teoretisk begrep om organiseringen av forvaltningen, som går ut fra at organisering er et spørsmål om prosessering av sosiale motsetninger og innleiring av

²⁸⁰ Det gir også en forklaring på det sentrale spørsmålet i materialistisk rettsteori, som stilt av Pashukanis: *A General Theory of Law and Marxism*, Pluto Press 1978 [1926], s. 139: «... why does class rule not remain what it is. the factual subjugation of one section of the population by the other? Why does it assume the form of official state rule, or — which is the same thing — why does the machinery of state coercion not come into being as the private machinery of the ruling class; why does it detach itself from the ruling class and take on the form of an impersonal apparatus of public power, separate from society?»

²⁸¹ Det er på dette punktet en relativt omfattende diskusjon i diskusjoner innenfor kritisk teori og materialistisk teori knyttet til om *kapitalismen* og *kapitalens makt* kan anses som mer grunnleggende på et teoretisk nivå enn andre former for ‘sosialitet’. Se diskusjonen hos Fischer-Lescano 2012, s. 6 om «... multitude of self-referential social processes ...» og Teubner 2021. Motsatt blant annet Hunter: «Critical Legal Studies and Marx's Critique», *Yale Journal of Law & the Humanities* 31, 2021, s. 389—412, men oppfatningene er nyanserte. ‘Materialisten’ Buckel legger for eksempel til grunn en ‘plural totality’, se Buckel 2020 [2008] s. 216. Også Fine 1984 s. 207 gir grunner til å mene dette er helt konsistent med Marx’ prosjekt.

strukturell makt, som blir til i en prosess hvor organets 'egenlogikk' formes i møte med de objektive maktforholdene utenfor det selv. Et slikt begrep kan uttrykkes ved Nicos Poulantzas' formulering av organisering som *institusjonell materialitet*.

Før jeg pakker ut begrepet, peker jeg fremover og bakover: Den institusjonelle materialiteten blir en upersonlig makt på (som) egenlogikken, som de enkelte aktørene innenfor en organisasjon kan bruke for å utøve makt overfor hverandre, men som samtidig skaper upersonlige maktstrukturer som blir mer dominante (jf. ovenfor). Begrepet om organisasjonenes egenlogikk og institusjonelle materialitet samtidig sammen (fremover) med hvordan *juristers virksomhet* er organisert, som blir teoretisk viktig i punkt 2.5 og metodisk viktig i punkt 3.4.1. Disse begrepene blir også viktig for å vurdere hvilke krav man skal og kan stille til organiseringen av forvaltningsorganer, i kapittel 4 til 7. Generelt danner disse begrepene også grunnlag for den sentrale normative utfordringen (se 2.4): Hvordan kan forvaltningen arbeide sammen under presset av slike upersonlige maktstrukturer?

Den institusjonelle materialiteten sikter i alle fall til den *materielle*, det vil si, *fysiske* eller *pre-refleksive (vanebaserte)* måten forvaltningens organisering innretter seg på, for å ta høyde for de objektive maktforholdene utenfor den selv. Den institusjonelle materialiteten er en upersonlig makt som også etableres innenfor organisasjonen. Systemteorien har rett i at kommunikasjonen innad i forvaltningsorganene blir differensiert og skaper sin egen egenlogikk. Samtidig må organene ta høyde for sosiale maktforhold utenfor dem selv. Nettopp fordi man ikke (alltid) kan eller burde kunne åpent reflektere eller kommunisere rundt disse sosiale maktforholdene, så vil organiseringen nødt til å reproducere *de aktuelle maktforholdene forut for nivået for kommunikasjon og refleksjon*.²⁸²

Den institusjonelle materialiteten *i empirisk* forstand består derfor av en lang rekke *i utgangspunktet* tilfeldige måter å simpelthen bare 'gjøre' det forvaltningsorganet 'gjør' på (og jeg gir eksempler nedenfor i 2.3). Disse måtene å gjøre ting på springer imidlertid ut av en upersonlig makt. Disse måtene å gjøre på skapes dels ved det Foucault beskrev som den

²⁸² Denne mekanismen (og måten sosiale systemer har et 'blind-spot') utvikles nærmere i kapittel 3 punkt X.

‘kroppslige kalibreringen’ av mennesket,²⁸³ og dels om den måten å skape avhengighet på som Marx beskrev i sin analyse av fremveksten av maskinproduksjon.²⁸⁴ I begge tilfeller handler det om en prosess hvor, som Mau fremhever, «magten uddelegeres til tingene.»²⁸⁵ Begrepet om institusjonell materialitet handler samtidig om å synliggjøre at slike aspekter av hvordan forvaltningsorganer bare ‘gjør’ ting, er egenskaper ved maktforhold, og i denne sammenheng, egenskapene ved maktforholdet mellom en prinsipal og agent.

Et eksempel på hvordan organisasjoner formes av omkringliggende maktforhold, gis i kapittel 4. Der diskuteres hvordan organiseringen av forvaltningen innenfor rammen av rettens begrep om *kompetanse* og skillet mellom byråkratiske- og tjenesteytende arbeidsformer, kan forstås som *egenskaper ved maktforholdet* mellom staten og de sosiale aktører i samfunnet.²⁸⁶ Statens valg om å utøve sin makt ved statlig *styring og regulering* heller enn *integrering og levering av tjenesteytelse* beror ikke (bare) på om tjenesteytelse eller regulering er mest hensiktsmessig, eller bare på politiske kamper i Stortinget. Det beror også på hvilken kapasitet staten har *til å få de sosiale aktørene med på* å bli integrert i offentlig sektor som tjenesteytere (som leger og lærere har blitt), heller enn å bli styrt fra staten ved hjelp av kompetanseutøvelse (som bankvesenet, advokater, revisorer og tannleger blir). Slike teoretiske forutsetninger gjør derfor begrepet om organisering mer sammensatt enn det juridiske begrepet, foran i 2.2.1.

At den rettslige reguleringen *vokser ut av* organisasjonsformer som beror på maktforhold *forut for* den juridiske reguleringen, fanges også av Johansen opp med hans begrep om *forvaltning som (faktisk) virksomhet* og retten og legaliteten som *emergent effekt* av organiseringen.²⁸⁷ Rettens rolle i en slik kontekst er dermed *både* å fungere som styringsinstrument, og dermed å formidle ekstern styring inn i organisasjonen. Men det er

²⁸³ Frankenberg: *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law.*, Edward Elgar, 2014 s. 23, og Thomas: *A Critique of Political Reason: Foucault's Analysis of Modern Governmentality*, Verso, 2019 s. 121. Se også Sand 2008 s. 69 om Teubners mikropolitisk form for makt. Som både Buckel 2020 [2008] og Mau 2021 s. 145 fremhever er det derfor svært enkelt å integrere Foucaults arbeider i en marxistisk analyseramme.

²⁸⁴ Se Marx: *Capital, A Critique of Political Economy*, Penguin Books, 1976 [1867] s. 517 flg. s. 553 flg.

²⁸⁵ Mau 2021 s. 18 utvikler et begrep om stum tvang som «... et begreb, der skal indfange, hvordan socialt herredømme reproducerer sig selv ved at blive indskrevet i de socio-materielle omgivelser.» Se også Marx 1976 [1867] s. 119 kaller det også en «tinglig» makt». Sml. også Heinrich 2012 [2004] s. 114—115.

²⁸⁶ Buckel 2020 [2008] s. 215 flg.

²⁸⁷ Johansen bygger i utgangspunktet på mange av de teoretiske tradisjonene jeg også gjør, men skiller i noen grad av ved å posisjonere seg ved hjelp av Agamben og Latour, særlig i form av Latours ny-materialisme, se generelt Johansen 2020 s. 16 og 101. Bakgrunnen i Poulantzas’ teorier (og tilknytningen til systemteori) gjør at jeg nok i noe større grad betoner det strukturelle, men jeg oppfatter ingen vesentlig uenighet med Johansen.

også en måte for organisasjonen å sementere sin egen virksomhet på (det Johansen kaller en «mer materiell legalitet»²⁸⁸ *Den rettslige* dimensjonen blir dermed en egenskap ved maktforholdet mellom de aktørene som reproducerer maktforholdet *uavhengig* av intensjonene til de enkelte aktørene, og *forut for* enhver eksplisitt juridisk regulering.²⁸⁹

At legaliteten er en emergent effekt ved organiseringen og maktforholdene (som innleires i den institusjonelle materialiteten), fungerer samtidig som et springbrett for å fremheve det *andre* sentrale momentet den materialistiske tradisjonen bidrar med, nemlig viktigheten av å se den institusjonelle materialiteten i lys av *staten og hierarkiets upersonlige* makt, slik denne reproduseres gjennom bruk av styringsteknologier.²⁹⁰

Fordi alle organisasjoner blir organisert og tilpasset strukturelle maktforhold som ligger utenfor dem selv, så er det nødvendig å fremheve at selve *staten* utgjør det konstitutive grunnlaget for *de mest vesentlige sidene ved organets virksomhet*.²⁹¹ De øvre ledd i statens *hierarkiske makt* over lavere forvaltingsorganer er den *mest vesentlige makten ethvert forvaltningsorgan må forholde seg til*.²⁹² Dette gjelder i alle fall de *juridiske, politiske, økonomiske* og *ideologiske* (på grunn av staten som *demokratisk stat*) formene for denne makten.²⁹³ Det fremstår ikke som noen overdrivelse å si at statens makt over sine forvaltningsorganer er en av de mest totale maktrelasjonene i samfunnet, og som jeg kommer tilbake til i kapittel 5 er hvordan en virksomhet kan styres, vanligvis et avgjørende element i organisatoriske reformer.²⁹⁴ Den institusjonelle materialiteten kan derfor antas å primært være strukturert i *hierarkiets bilde*.

²⁸⁸ Johansen 2020 s. 19.

²⁸⁹ Sml. Johansen 2020 s. 37 om 'steg 0', se også videre nedenfor i kapittel 3.

²⁹⁰ Som jeg også utdyper nedenfor i punkt 2.5.6 er retten også en styringsteknologi.

²⁹¹ Se Poulantzas 2014 [1978] s. 243. Han karakteriserer disse tendensene som å gi grunnlag for «authoritarian statism», med relativt sterke karakteristikk av fransk embetsverk. Jeg deler ikke oppfatningen om at dette nødvendigvis behøver å være en *autoritær* tendens, og heller ikke å beskrive de høyere nivåene som så isolerte som Poulantzas gjør.

²⁹² Se Buckel 2020 [2008] s. 149 Tilsvarende, Heinrich 2012 [2004] s. 205, Bugge 2004 s. 105: «Det finnes ikke et eneste grunnleggende maktforhold i moderne samfunn som ikke er formidlet av staten. Men den statlige politikken skaper ikke disse maktforholdene, den reproducerer dem, i mer eller mindre moderert form.» se Rønning 2019 s. 62: «På denne måten legger staten grunnlaget for en bestemt type systemisk avhengighet mellom alle deltakere innenfor slike institusjonelle områder, en universell tvang til konkurranse om de knappe ressursene som står på spill innenfor hvert av dem.»

²⁹³ En lignende kritikk av hierarkiet finnes også hos Sand 1996, se s. 549, som også betoner s. 133 at fristilling i stor grad skjer på en måte som er konsistent med politisk styring.

²⁹⁴ Sml. også Supiot 2017 [2007] s. 168.

Det finnes naturligvis også styringsproblemer og viktige nyanser innenfor disse rammene. Det er — som systemteorien fremhever — store elementer av kompleksitet i staten, statens ansatte kan både gjøre direkte motstand, føre profesjonskamp og kommunisere via en egenlogikk som ikke oversettes til departementsnivået. Begrepet om institusjonell materialitet fanger nettopp opp dimensjonen av konflikt og motstand mot underordning.²⁹⁵ Det er også riktig, som ofte poengteres, at statens juridiske instruksjonsmyndighet og formelle (direkte) styring av den lavere forvaltningen, ikke gir en tilstrekkelig sammensatt forståelse av statsmaktens innflytelse, som spiller en vesentlig rolle i begrepet om det hierarkiske ansvar som utvikles i kapittel 7. Imidlertid er det på et teoretisk nivå nødvendig å holde fast ved at det er statsmakten som konstituerer muligheten for at disse problemene oppstår. Det er et sentralt poeng at styringsproblemer oppstår fordi utgangspunktet er at noen står i statsmaktens tjeneste. Om man velger en ‘tilbakelent’ ledelsesstil eller er ‘på’ i styringen er mot en slik bakgrunn av begrenset betydning.²⁹⁶ Günter Frankenberg beskriver det treffende som at organisasjonsformer og relasjoner utenfor hierarkiet, fortsatt eksisterer i hierarkiets skygge.²⁹⁷

Et viktig eksempel på samspillet mellom hierarkiets upersonlige makt og de lavere nivåene, er rollen til fristillingen og desentraliseringen av de lavere forvaltningsnivåene, som jeg kommer tilbake til i både kapittel 5, 6 og 7. Der spør jeg henholdsvis hva som er formålet med delegering, hvilket ansvar statsråder har for delegert virksomhet og hvilket hierarkisk ansvar *departementene* har for sine underordnede etater. En viktig observasjon jeg gjør i disse kapitlene er at det i relativt liten grad finnes noen sterke *motsetningsforhold* mellom sentrale aktører (i departementene o.l.) og de desentraliserte (faglige) nivåene. Snarere blir uavhengighet og fristilling ofte initiert og begrunnet nettopp *på det hierarkiske sentrumets premisser*: Fristilling og uavhengighet skjer mindre ut fra substansielle innholdsmessige begrunnelser, og mer ut fra at det skaper mulighet for å bruke bestemte styringsteknologier og organisatoriske prinsipper.²⁹⁸ Årsakene kan man teoretisk forstå som at de sentrale

²⁹⁵ Se også fremstillingen av offentlig ansatte som profesjonsutøvere i Poulantzas 2014 [1978] s. 244.

²⁹⁶ Se også Harvie og Milburn: «How organizations value and how value organizes», *Organization* 17, nr. 5, 2010, s. 631—36 s. 634, samt Mau 2021 s. 226.

²⁹⁷ Frankenberg 2014 s. 8.

²⁹⁸ Se for eksempel NOU 1989:5 s. 188: «I denne innstillingen framsettes en rekke forslag for å utvide virksomhetenes fullmakter i den hensikt at de skal få større muligheter til å gjennomføre effektive driftsopplegg i forhold til oppgavene som skal løses. En forutsetning fra utvalgets side er at det samtidig med innføring av slike fullmakter, er nødvendig å etablere langt bedre rutiner og ordninger for å følge opp virksomhetenes faktiske resultater.»

aktørenes interesser ivaretas ved at den institusjonelle materialiteten i forvaltningen på lavere nivåer, tilpasser seg deres makt, og med andre ord, innflytelsen deres *innleires i organisatoriske strukturer og styringsteknologier*.²⁹⁹ Diskusjonen om styring og ansvar har ikke tatt tilstrekkelig høyde for denne dimensjonen, (jf. kapittel 6 og 7).

Jeg vil samtidig understreke den *strukturelle* karakteren til det begrepet jeg har utviklet om statens makt, og at enkeltaktører reproducerer makten ved å opptre slik systemet krever.³⁰⁰ Aktørene i staten vil i begrenset grad være *klar over* måten dens egen makt og innflytelse virker på sine lavere nivåer, fordi den direkte dialogen formidles via bestemte faglig-juridiske og økonomisk-administrative styringsstrukturer som ikke behøver å *snakke sammen* (jf. 7.2.3.2). Avhengigheten av styringsstrukturer skaper også strukturelle problemer. For eksempel er det vanlig for jurister å peke på at staten ofte overvurderer det som kan *telles* (se også nedenfor i 2.3.6). Som Poulantzas poengterer er imidlertid avhengigheten av skrift minst like stor: «... nothing exists for the capitalist State unless it is written down ...».³⁰¹ Det oppstår dermed en fare for at statlige styringsteknologier stivner, og reduserer statens sensitivitet til sitt (politiske) miljø.³⁰²

Et slikt teoretisk perspektiv gjør at fenomener som fristilling og formell uavhengighet, eller den dype standardiseringen av masseforvaltningens saksbehandling, kan betraktes som emergente egenskaper ved maktforholdet mellom prinsipaler og agenter.³⁰³ Begrepet om strukturell makt er derfor ikke et begrep om makt utenfor eller ved siden av styringsinstrumenter, lov og rett, organisering, eller økonomien. Den strukturelle makten er *del av* og reproduseres *gjennom* disse strukturene. Makten blir derfor *mer og mer upersonlig* — utøvd mindre av aktører og mennesker, og mer av *midlene mellom* disse.

Denne formen for makt *fremstår* ikke direkte som makt, ettersom den ikke besittes av enkeltaktører, men bare er en emergent egenskap av et maktforhold mellom sosiale aktører.

²⁹⁹ Pedersen 2011 s. 223

³⁰⁰ Se generelt om styringsprofesjonene i Mau 2021 s. 230.

³⁰¹ Poulantzas 2014 [1978] s. 59.

³⁰² Det kan imidlertid diskuteres, både i lys av en analogi til Mau 2021 sin analyse av økonomiske kriser (s. 297) og i lys av Olsen 2017 sitt skille mellom ansvar som middel for å bevare og å transformere, at *politiske kriser* også er en måte for staten til å institusjonalisere midler for politisk kontroll og makt på.

³⁰³ Det betyr, som Postone 1993 fremhever (s. 125) at «... social domination in capitalism cannot be apprehended sufficiently as the domination and control of the many and their labor by the few. In capitalism social labor is not only the object of domination and exploitation but is itself the essential ground of domination.»

Den kan fremstå som *kompleksitet* eller simpelthen som måten man '*gjør ting på*'. Dermed *tilsløres* makten, og det blir vanskeligere å peke på hvordan noe kunne vært gjort annerledes, eller hva som må legitimeres, jf. også 2.5.7. Derfor er materialistisk teori et sentralt supplement til systemteori: Elementer av de organisatoriske strukturene eksisterer fordi *staten* reproduserer sin makt over samfunnet. Også denne makten bør stilles krav til, og legitimeres, som jeg utdyper nedenfor i 2.4. For å oppsummere spiller derfor materialistisk teori en sentral rolle i dette arbeidet, på spesielt to punkter.

For det første nyanseres elementer av det systemteorien forstår som organisasjonens *kommunikative egenlogikk* og den *kompleksiteten* som ifølge systemteori *forhindrer* styring. Materialistisk teori fremhever nemlig at de kommunikative institusjonene *konstitueres av* eller forutsetter bestemte *materielle* forhold som er resultater av historisk *maktkamp og maktforhold* — det Poulantzas kaller *institusjonell materialitet*, eller det Johansen kaller forvaltning *som faktisk virksomhet* med retten som *emergent effekt*. Det begrepet om *organisering* denne oppfatningen gir grunnlag for, spiller særlig en sentral rolle i kapittel 4 og 5.

For det andre og i forlengelsen av det første punktet, så fremheves det at statens strukturelle makt — i utgangspunktet paradoksalt nok — vokser som følge av desentralisering. Forvaltningsorganenes økte grad av autonomi, fristilling og selvstendighet tillater at statens makt innleires i organisatoriske strukturer og styringsteknologier på en måte som gjør at statens samlede makt og innflytelse vokser, samtidig som denne makten blir mindre gjennomsliktig. Særlig gjør kombinasjonen av økt fristilling med indirekte styring det mulig å sørge for at flere sider av forvaltningen orienteres mot og reproduserer en hierarkisk makt. Samtidig vil Regjeringen og departementene selv bli mindre sensitive til sine omgivelser, fordi deres styringsteknologier vil ha en tendens til å *stivne*. Dermed oppstår det en *upersonlig, statlig makt*. Spørsmålet om hvordan den hierarkisk-overordnede styringen (og hierarkisk *ansvar*) interagerer med differensiert kommunikasjon (og differensiert *ansvar*) er sentralt i kapittel 6 og 7.

2.2.10 Oppsummering

Systemteori og materialistisk teori opererer begge med en forståelse av sosial makt som inkluderer emergente egenskaper ved maktforholdet. Det er snakk om en type *strukturell*

makt, som er en emergent egenskap ved individuelle maktutøvelser. Begrepet dannet grunnlag for begrepene om *faglige egenlogikker* og *institusjonell materialitet*. Poenget er i begge tilfeller at de omfattende maktforholdene delegering skaper i forvaltningen blir avhengig av lukkede faglige diskurser, og sosialt-forankrede organisatoriske strukturer. Selv om kompleksitetsteori og systemteori har rett i at det har skjedd en utvikling der horisontale maktrelasjoner får økt betydning innenfor visse rammer, har jeg likevel argumentert for at den *hierarkiske* struktureringen av lavere nivåer i forvaltningen spiller en mer sentral rolle.

Man kan derfor oppsummere denne diskusjonen av maktbegrepet ved å si at delegering skaper makt for fagpersoner, makt for politiske aktører og makt for styringsprofesjoner som fungerer som mellomledd mellom de to første. En emergent egenskap av forholdet mellom disse er *kompleksitet* og *institusjoner*. Men samtidig er kompleksiteten og institusjonene i noen grad betingelser for maktutøvelsen til enkeltpersoner. Da opptrer de som *upersonlige maktstrukturer*. Moderne samfunn preges av det strukturelle nivåets forrang — fordi de upersonlige maktforholdene virker sammen.

Begrepsutviklingen får frem vesentlige sider ved det demokratiske paradokset delegering utgjør, fordi det betyr at organisasjonene delegering skaper, skaper komplekse institusjoner og upersonlige maktforhold, som jeg har forsøkt å fange den kommunikative og materielle dimensjonen av, gjennom begrepene om egenlogikk og institusjonell materialitet. På et teoretisk nivå kan man likevel ikke si mer enn at *statens makt* som konstitutiv for de ulike områdene i samfunnet (retten, politikken, økonomien, etc.) vil være en sentral makt.

For å kunne foreta mer konkrete analyser av maktforhold i den moderne forvaltningen (som blir viktig for å vurdere normative, metodiske og dogmatiske spørsmål i 2.4.3, 3.5.8 og blant annet 5.2 og 7.2), vil jeg derfor foreta en kort og oppsummerende analyse av norsk forvaltningspolitikk på *institusjonelt nivå*.

2.3 Analyse på institusjonelt nivå: Eksempler

2.3.1 Innledning

I forlengelsen av diskusjonen foran, og før jeg diskuterer om noe burde være annerledes i punkt 2.4, er det nødvendig å bevege seg fra et teoretisk til et institusjonelt abstraksjonsnivå,

og å vurdere om og hvordan egenlogikkene og den institusjonelle materialiteten har blitt formet i norsk forvaltning.

De eksemplene som fremstilles her vil også senere være relevante i den nærmere utviklingen av delegeringsbegrepet innenfor norsk rett i kapittel 4 til 7. Eksemplene fungerer derfor både som et sted jeg kan referere tilbake til senere, og som en illustrasjon på verdiene av de teoretiske perspektivene. Det understrekes at jeg ikke foretar noen *historisk* analyse, men bare bruker *mine begreper* på sosiale prosesser som andre har beskrevet. Formålet er ikke å gi noen dekkende beskrivelse av all forvaltningspolitikk av betydning for prosjektet. Det kan videre nevnes at de samme utviklingstrekkene kunne vært sett fra helt andre synsvinkler — poenget her er å illustrere fruktbarheten av mitt.

En annen måte å se saken på er at jeg, som poengtert alt foran i 2.1, mener juridisk uenighet både kan bero på hva som er, og hva som bør være. Hvordan man *forstår sentrale utviklingstrekk i norsk forvaltningspolitisk historie* er blant de forholdene jeg tror spiller en sentral rolle. Av den grunn vil det derfor være sentralt å forsøke å tegne opp noen *hovedtrekk* av hvordan jeg vurderer saken, slik at eventuell uenighet om konkrete juridiske spørsmål eventuelt kan forstås i lys av uenighet om disse nyansene.³⁰⁴

2.3.2 Forvaltningsorganets form og betydningen av retten som styringsteknologi

Norsk forvaltningspolitikk har en lang forhistorie, men jeg begynner i etterkrigstiden. Det spørsmålet jeg er interessert i er hvordan *forvaltningsorganens form* institusjonelle materialitet blir skapt.³⁰⁵ Denne formen beror som jeg drøfte på både *retten* som styringsteknologi, men også på andre organisatoriske grep som *fristilling*. Ut over 1970-tallet skjer det også større endringer der budsjett og etatsstyringen spiller en mer sentral rolle (se nedenfor.)

³⁰⁴ Utviklingstrekkene i norsk forvaltningspolitikk av betydning for problemene her er utførlig beskrevet av Grønlie: *Sentraladministrasjonens historie etter 1945, ekspansjonsbyråkratiets tid 1945-1980, bind 1*, Fagbokforlaget, 2009 og Grønlie 2009, samt Sand 1996. Se også Smith 2022 kapittel 5 og Graver 2019 s. 23—29 og s. 157.

³⁰⁵ Selve begrepet om det å være et forvaltningsorgan vil naturligvis inngå i og være en del av denne sosiale prosessen, men man må begynne med et begrep.

Etterkrigstidens kjerne handler om det man kaller *rettssikkerhetskompromisset*, som særlig berørte fullmaktslovsdebattene — den eksterne delegasjon av Stortingets myndighet.³⁰⁶ Disse prosessene er et bakteppe, og utførlig behandlet av andre.

Min inngang er likevel ikke den eksterne, men den *interne* delegeringen, innenfor forvaltningen og Regjeringen. Den interne delegeringen var også særdeles omstridt.³⁰⁷ Opposisjonen kritiserte at beslutningsprosessene delegering gav grunnlag for ikke «... tålte dagens lys», at det ikke var mulig å «... finne frem til rette vedkommende», og selv da kunne man risikere å møte en byråkrat uten «... tilstrekkelige kvalifikasjoner ...» som sto fritt i sin egen skjønnsutøvelse.³⁰⁸

Etterkrigstiden bar derfor med seg omfattende endringer i hvordan arbeidet i forvaltningen ble strukturert, organisert, og regulert. Tidligere var departementene ensartet og relativt homogene, med et tett forhold mellom alle ledd, der alle hadde den samme praktiske erfaringen og snakket det samme (juridiske) språket.³⁰⁹ Homogeniteten og egenlogikken var i seg selv en institusjonell materialitet, tilpasset bestemte maktforhold. Med ekspansjonen etter krigen og inntreden av nye fagdisipliner, så endret maktforholdene innenfor og utenfor seg. Både de økte krav Arbeiderpartiets ambisjoner stilte til forvaltningen, og arbeidet med gjenreisningen av landet, var sentrale faktorer. Ekspansjonen skapte særlig to utviklingstrekk — stabiliseringen av forvaltningsorganets form, og fristilling innenfor denne formen.

Det første utviklingstrekket er fremveksten av *forvaltningsorganformen*. Forvaltningsorganets institusjonelle materialitet skulle særlig tilpasse seg eksterne maktforhold — særlig Stortinget og næringslivet. Mange slike prosesser bidro samlet sett

³⁰⁶ Dette emnet er utførlig dekket, se både Slagstad: *De nasjonale strateger* Pax, 2015 s. 325 flg., Sejersted: *Demokratisk kapitalisme*, Universitetsforlaget, 1993 s. 285 flg. og Øvreliid: *Rettsikkerhet eller demokrati?*, Universitetsforlaget, 1984 s. 43 flg.

³⁰⁷ Se Innst.S. nr. 297 1955 *Innstilling fra administrasjonskomiteen om tiltak for å lette den administrative arbeidsbyrden for statsrådene m.v.* s. 645, utviste en sterk skepsis basert på konstitusjonelle regler.

³⁰⁸ Grønlie 2009 s. 100—101.

³⁰⁹ Utvalget til å gjennomgå og vurdere gjeldende reglementer og instruksjer for departementskontorene: *Innstilling til reglementer og instruksjer i departementskontorene*, 1966 s. 24: «Tidligere var behovet for reglementer og instruksjer i departementene langt mindre enn nå. Departementene var små og hadde et relativt lite antall saker til behandling. De var bemannet i det alt vesentlige med jurister som hadde hatt dommerfullmektigpraksis. Saksbehandlere og sjefer hadde således en ensartet utdanningsbakgrunn og praktisk erfaring. Saksbehandlingsmetodikken var kjent og akseptert av departementenes embets- og tjenestemenn, og det eksisterte en enhetlig terminologi, slik at den informasjon som passerte gjennom organisasjonen, ble forstått på samme måte av alle.»

til å skape den forvaltningen man tar for gitt i dag. Det var et sammensatt arbeid med å utvikle rent materielle og fysiske strukturer som gjorde det mulig for statsråden selv og opposisjonen, å kunne ha tillit til og kontroll med de beslutningene som ble fattet. Det kunne angå noe enkelt som kontorrekvisita,³¹⁰ å øke utdanningsnivået i forvaltningen,³¹¹ eller opprettelse og endring i avdelings- og kontorinndelingen.³¹² Disse endringene skjedde under, og i lys av, og på måter som samtidig ble tilpasset innføringen av forvaltningsloven, videreutviklingen av den byråkratiske arbeidsform, utviklingen av mer komplekse ‘meldingssystemer’ fra forvaltningen til Stortinget, med mer. Alle disse endringene begynte som *ad-hoc* rettslige instrumenter som forutsatte en bestemt materiell og fysisk oppbygning av forvaltningen, som først etter hvert kunne fungere som modell for forvaltningslovutvalget. Først når organisasjonene allerede var innrettet på en bestemt måte, kunne man tenke om dem med juridiske begreper.³¹³ Samtidig som man ser konturene av en strukturell juridisk makt, ved at organisasjonsformene må tilpasse seg juridiske styringsteknologier, som kompetansebegrepet. Som jeg også utvikler nærmere i kapittel 4 tilpasse forvaltningsorganets form seg også maktfordelingen mellom ulike profesjoner, gjennom å skape distinksjonen mellom «tjenesteytelse» og myndighetsorgan.

Orienteringen rundt kompetansebegrepet og etableringen av saksbehandlingsregler kan derfor i et teoretisk perspektiv forklares som at organisasjonenes institusjonelle materialitet tilpasse seg en bestemt kritikk fra Stortingets opposisjon og næringslivets ‘sterke menn’. Tilpasningen måtte man samtidig gjøre med de strukturene man hadde tilgjengelig — og i 1950 var det primært *rettens* strukturer, som var tilgjengelig.³¹⁴ Juristenes rolle i forvaltningen spiller senere inn i vurderingen av hvordan den juridiske metode utgjør en institusjonell materialitet (se 3.4), og rettsdogmatisk påvirker det om de alminnelige delegeringsreglene skal anses å gjelde andre organisasjonsformer enn forvaltningsorganet (kapittel 4).

³¹⁰ Rasjonaliseringskomiteen: *Innstilling fra R-komiteen*, 1946.

³¹¹ Messel: *Samling og strid: Norsk tjenestemannslag 1947-1997.*, Tiden, 1997 s. 38—39 gir statistikk over de ansatte i staten. Etter krigen var hele 35 prosent uten høyere utdanning.

³¹² Se bl.a. Utvalget til å gjennomgå og vurdere gjeldende reglementer og instruksjoner for departementskontorene 1966 s. 19 for en fremstilling av vanlige organisasjonsmønstre i forvaltningen i denne perioden.

³¹³ Forvaltningsloven var modellert etter tidligere forsøk på å skape saksbehandlingsregler, se f.eks. Se f.eks. St.meld nr. 35 (1952) *Retningslinjer for administrasjonen i prisdirektoratet* s. 1.

³¹⁴ Til uenigheten mellom Slagstad og Sejersted på den ene og Øvrelid på den andre om rettsstatskompromisset, så har begge klart nok rett, selv om Øvrelid nok overvurderer næringslivets rolle.

2.3.3 Skillet mellom teknikk og politikk — fristilling og direktoratspolitikken

Den andre sentrale utviklingstrekket var knyttet til *fristilling*. Fristillingen påvirker (og beror selv på) et dogmatisk spørsmål om delegeringsadgang i kapittel 5, og vurderingen av hvordan delegeringsbegrepet og ansvarsbegrepet henger sammen i kapittel 6.

Delegering tvang seg i noen grad frem fordi arbeidsbyrden for statsrådene simpelthen ble for stor,³¹⁵ samtidig som hver enkel endring utløste omfattende uenighet både innad i Regjeringen og departementet, og fra opposisjonen.³¹⁶ For eksempel skapte det et behov for å utvikle skillet mellom oppgaver av «... teknisk og rutinemessig karakter ...» og «... de prinsipielle spørsmål» som skulle håndteres sentralt.³¹⁷ Skillet ble dermed ikke bare et juridisk, men et *organisatorisk innleiret* skille, som *faktisk* sørget for at lavere organer ikke i overdreven grad tråkket inn på politisk-sensitive områder, gjennom å behandle saker i stigende rekke fra forberedelse til beslutning. Selve arbeidsformen tilpasser seg maktforholdene den inngår i.³¹⁸ Opsahl har derfor naturligvis rett i at et *objektivt* skille mellom prinsipp og rutine, politikk eller teknikk, ikke finnes ut fra et *juridisk* ståsted.³¹⁹ Men Opsahl undervurderer skillet *virkning* i forvaltningen, som en institusjonell materialitet, tilpasset etablerte maktforhold, og en selvstendig strukturell makt i samspillet mellom de ulike aktørene.³²⁰

Et slikt begrep om at det finnes et reelt organisatorisk grunnlag for den økte fristillingen er viktig når jeg i kapittel 5 kommer tilbake til at formålet med delegering ofte har vært uklart, og sjelden overprøvd av juridiske aktører. Avgjørelsene kan fremstå prinsippløse, og har vært omtalt som frirettslige. En slik kritikk undervurderer imidlertid at forvaltningen

³¹⁵ St.prp. nr. 121 (1955) *Tiltak for å lette den administrative arbeidsbyrden for statsrådene m.v.* s. 1. St.meld. nr. 35 (1952) s. 2 omtaler regjeringsinstruksen av 1905 som «... for lengst foreldet som følge av den økning i arbeidsmengden som senere har funnet sted.»

³¹⁶ Se Grønlie 2009 s. 148—149 for en oppsummering.

³¹⁷ St.prp. nr. 121 (1955) s. 5.

³¹⁸ Utvalget til å gjennomgå og vurdere gjeldende reglementer og instruks for departementskontorene 1966 s. 26: «Departementenes *arbeidsform* er i første rekke bestemt av den del av sakene som krever juridisk og politisk behandling.»

³¹⁹ Opsahl 1963 s. 2.25: «Det er en teoretisk illusjon at avgjørelser skal kunne inndeles på denne måten.», og Torstein Eckhoff: *Rationality and responsibility in administrative and judicial decision-making*, København, Munksgaard, 1960 s. 20.

³²⁰ Lignende teoretisk perspektiv i Iancu 2012 s. 201 flg., som også fremhever de underliggende institusjonelle betingelsene som avgjørende for forståelsen av (u)muligheten av å begrense delegering i moderne samfunn.

uavhengig av formelle juridiske grenser, følger relativt faste organisatoriske mønstre som ikke i for stor grad påvirker etablerte maktforhold.

Det teoretisk viktige poenget er at den (juridiske) grensedragningen mellom teknikk og politikk er en *emergent virkning* av maktforhold som forvaltningen inngår i. Man ser maktforholdet blant annet ved at graden av intern delegering og de organisatoriske strukturene man behøvde for å underbygge disse var voldsomt kontroversielle, som introduksjonen av statssekretærer,³²¹ departementsråder som nye stillinger, og generelt økt bemanning.³²² Samtidig skapte endringene et organisatorisk rom for å skille mellom det tekniske og det prinsipielle i praktisk og juridisk forstand.

Disse stillingene og deres organisatoriske roller *begynte som* instrumenter i maktforholdet mellom statsråden og de departementsansatte, men ble senere *egenskaper ved* maktforholdet som statsråden ikke lenger kunne velge å kvitte seg med på noen enkel måte. De organisatoriske strukturene man hadde valgt ble etter hver til en egenskap ved selve maktforholdet man forsøkte å intervensere i.³²³

At statsråden *faktisk* opplevde å ha kontroll med lavere nivåer var derfor også en organisatorisk forutsetning for at man ikke behøvde de (juridiske) begrepsmessige skillene mellom beslutninger truffet på statsrådets vegne, og andre beslutninger, som man finner hos Castberg.³²⁴ Man klarer seg også uten et begrep om institusjonelle beslutninger.³²⁵ Et fungerende skille mellom teknikk og politikk gjorde det mulig for statsråden å *holde på sitt ansvar*, ved å innleire statsrådets makt i en institusjonell materialitet.

³²¹ St.prp. nr. 121 (1955) s. 4, der det uttrykkes at «Regjeringen er innstilt på å delegere myndighet innen departementene i det vesentlige i overensstemmelse med R-komiteens innstilling.» Da saken skulle behandles den 6. desember omtalte Stortingsrepresentant Hambro forslagene — antageligvis med sikte på innføringen av statssekretærer — som «... det mest revolusjonerende forslag Stortinget har hatt til behandling i løpet av de siste 50 år ...», i St.tid. 1955 s. 1955.

³²² Sml. Grønlie 2009 s. 174 flg. om direktoratspolitikken.

³²³ Se generelt fremstillingen i Grønlie 2009. Se også Slagstad 2015 s. 367: «... i det moderne samfunn ble en i stadig høyere grad 'avhengig av riktige avgjørelser på en rekke tekniske fagområder. I denne situasjonen har den rutiniserte forvaltning, juristenes stat, ifølge Evang 'i prinsippet overlevd seg selv': 'Etter sin art fører dette systemet til stadig mer tungrodd byråkrati.»

³²⁴ Illustrerende er inndelingen mellom sonde mellom faglige organer som treffer vedtak på statsrådets vegne, på både statsrådets og sine egne vegne, og bare på sine egne vegne som foretas av Castberg, se Castberg 1955 s. 186.

³²⁵ Motsatt, Meyer: «Om delegation af administrativ kompetence», *UfR B*, 1954, s. 30-39.

Lignende spenninger oppstår i fremveksten av relativt selvstendige og uavhengige direktorater.³²⁶ Skillet mellom teknikk og politikk fortsetter inn i direktoratspolitikken, og utdypes i kapittel 6, men her kan man poengtere at statsrådets *personlige* makt naturligvis var mer begrenset. Den strukturelle makten til staten var imidlertid blitt enda større — stadig mer komplekse organisasjoner var tilpasset hierarkiets makt. Samtidig ser man at *formidlingene* blir stadig flere, og det blir *mindre og mindre gjennomsluktig* hvordan statens innflytelse sikres og ivaretas. Utviklingen i å flytte oppgaver vekk fra statsråden gikk etter hvert så langt og ble så normalisert,³²⁷ at opptil flere var sjokkerte over at noen kunne tenke seg å holde statsråden ansvarlig for ulykken ved King's bay.³²⁸ Måten makten innleires i en institusjonell materialitet fungerer på denne måten samtidig *tilslørende* for makten — statens interesser ivaretas uten at staten kan 'ta ansvar' for denne.

Jeg deler derfor oppfatningen til Grønlie og Flo om at det finnes en *overordnet tendens* til økt fristilling.³²⁹ En forklaring, som bare supplerer deres forklaringer, er at man skaper grunnlag for økt strukturell utøvelse av makt: Avlastning av konkrete oppgaver, for å reelt kunne *styre mer*. Fristillingen vender jeg også tilbake til nedenfor i 2.3.5.³³⁰

2.3.4 Korporatismen

En viktig nyanse i den byråkratiske modellen, som bør nevnes, men som også illustrerer poenget, er *korporatismen*.³³¹ Korporatismen innebar å trekke inn sivilsamfunnet i

³²⁶ NOU 1982:3 s. 59.

³²⁷ Se Modalsli-utvalget: *Innstilling om Den sentrale forvaltnings organisasjon*, 1970 s. 80 flg. som langt på vei foreslo å innføre en forvaltning etter svensk mønster i norsk rett.

³²⁸ St.tid 1965 *Om den administrative ordningen og forvaltningen i Industridepartementet* s. 3956. St.tid 1965 s. 3963. Også statsråd Bratteli hevder at man ønsker å skille ut direktorater osv., men at man ikke ennå har funnet frem til en ordning for dette, s. 3957. Se også statsråd Trastis utførlige sitat fra Ot. prp. nr. 22 (1964—1965) s. 75, der det fremholdes at statsråden «... bare har et ubetinget parlamentarisk ansvar for feil og forsømmelser i *sitt departement*. ... Dette gjelder såleis for selvstendige direktorater eller statsbedrifter under vedkommende departement.», s. 3977. Jeg omtaler noen av disse diskusjonene nedenfor i kapittel 7.

³²⁹ Se f.eks. Grønlie 2009 s. 57 om kontinuitets-spørsmålet. Historisk: Se f.eks. Fabritius & Sønners boktrykkeri: *Innstilling fra desentraliseringskomiteen, Komiteen nedsatt ved kongelig resolusjon av 8. mars 1946*, 1952 s. 10: ««Skal en forsøke å sette opp en hovedregel, må den bli at sentraladministrasjonen overalt hvor det forsvarlig kan skje, innskrenker seg til å fastlegge de alminnelige linjer for forvaltningen og overlater til lokale organer å avgjøre de enkelte, konkrete saker.» Denne holdningen vedvarer fortsatt, se Statskonsult: *Modernisering av den norske departements-direktoratsmodellen: Et forprosjekt*, 2002 s. 4, og Difi: *Styrer for ordinære forvaltningsorganer i staten - en kartlegging*, 2019 s. 5.

³³⁰ For eksempel etablerte man allerede tilbakeholden bruk av instruksjonsmyndighet lenge før det blir vanlig å diskutere dette i forvaltningspolitikken på 1990-tallet, se f.eks. omtalen i NOU 1972:38 *Stortingets kontroll med forvaltningen* s. 16—17.

³³¹ NOU 2002:6 *Lov om samvirkeforetak* s. 128 gir en historisk oversikt.

forvaltningens beslutningsprosesser. Dermed kunne man både *supplere* forvaltningen,³³² og samtidig *kontrollere* den ved å la sivilsamfunnet legge skranker for den.³³³ I forvaltningskomiteens innstilling foreslo man seg også at den korporative kontroll kunne integreres i forvaltningsorganets form. Man skrev at korporative organer kunne gi «... effektive og rasjonelle organer ... som kan erstatte den demokratiske kontroll en statsråd er underkastet gjennom Stortinget.»³³⁴ Man kom aldri langt i å gjøre slike strukturer til noen realitet. Sjaastad-komiteen (som foreslo den epokegjørende prisloven) hadde omtalt korporativ selvregulering som en trussel mot selve «... det politiske demokrati ...».³³⁵ Av juristen Jorolv Moren ble de korporative organer omtalt som «... ikke-konstitusjonelle organer ...» som demonstrerer «... hvordan politiske vurderinger til enhver tid er avgjørende for tillemplingen av de rettslige prinsipper.»³³⁶

Likevel fulgte korporatismen «... ekspansjonsstatens institusjonelle vekst», som Grønlie og Flo fremhever.³³⁷ Morens samtidige analyse viser at man i 1957 hadde et svært omfattende nettverk av råd, utvalg, og mer.³³⁸ Denne tendensen bare fortsatte, og på høydepunktet i 1976 hadde man 1150 korporative organer, bare i statlig sektor.³³⁹ Dermed oppsto bildet Maktutredningen tegnet opp i 1982, av en «forhandlingsøkonomi», der forvaltningspersonalets rolle «... var endret fra styring gjennom ordre og kommando ovenfra og profesjonell ekspertise, til større vekt på forhandling og overtalelse.»³⁴⁰ Korporatismen var derfor i utgangspunktet en måte å tilpasse den institusjonelle

³³² St.tid 1948 11. februar - trontaldebatten s. 212: ««Der ville kunne oppnåes meget hvis staten i større utstrekning enn tilfellet er nå, samarbeidet med næringslivets menn, tok dem på råd og overlot til dem å organisere den samordning av næringslivets forskjellige sektorer som måtte være nødvendig»

³³³ Nordby: *Korporatisme på norsk*, Universitetsforlaget, 1994 s. 36: «Ett motiv har vært å utnytte den ekspertisen som særorganisasjonene besitter, i planlegging og lovforberedelser. Et annet motiv har vært å oppnå kontroll innenfor et område, blant annet for å dempe konfliktene og innkapsle motsetningene i institusjonelle former. Dette gjelder særlig lønnsfastsettelsen. Et tredje motiv har vært å gjøre interessegruppene medansvarlige for offentlige vedtak; hensikten kan ha vært å gjøre nye statsinngrep legitime – og dermed dempe mulige konflikter. For det fjerde er det grunn til å tro at myndighetene har trukket organisasjonene inn i varig samarbeid for å opprettholde et godt forhold generelt.»

³³⁴ NUT 1958:3 s. 117.

³³⁵ Se også Nordby 1994 s. 9. Pris- og rasjonaliseringslovkomiteen: *Innstillinger fra Pris- og rasjonaliseringslovkomiteen, første hefte*, 1952 s. 258.

³³⁶ Moren: *Organisasjonene og forvaltningen*, Bergen, Forlagsaksjeselskapet Bedriftsøkonomen, 1958 s. 104.

³³⁷ Grønlie 2009 s. 40.

³³⁸ Moren 1958 s. 70 flg., med en videre inndeling i forskjellige typer råd på s. 78 flg. De rådene som var administrative (styrerådene) var i mindretall til å begynne med, og det ble (proporsjonalt) stadig færre av dem, fra 4 av 13 i 1930 til 11 av 98 i 1950, se s. 88. Moren mener styrerådene som hadde avgjørelsesmyndighet og lignet forvaltningsorganer i hovedsak behandlet «... relativt partipolitisk nøytrale spørsmål ...», s. 88. Bare et fåtall av rådene var opprettet ved lov, se s. 90.

³³⁹ Grønlie 2009 s. 40.

³⁴⁰ St.meld nr. 44 (1982-1983) s. 7.

materialiteten i forvaltningen til eksterne impulser, men endte samtidig opp med å forme forvaltningsorganene på en slik måte at formell korporatisme delvis ble overflødig — forvaltningspersonalet var allerede trent i å respondere på mektige aktører i deres miljø. Resultatet gav samtidig grunnlag for at staten kunne fjerne de korporative kanalenes innflytelse, uten å selv risikere at de lavere nivåene skapte problemet for de høyere.³⁴¹

Korporatismen illustrerer derfor spesifikt hvordan delegering skaper det systemteoretikeren Teubner omtaler som *polykonteksturalitet*. De mange ulike maktsentrene medførte at byråkratiet ikke bare kunne «.. finne den rette regelen eller den beste faglige løsningen ...». I stedetfor måtte de «... balansere ulike syn og interesser og ... finne kompromiss».³⁴² Som Pedersen fremhever at lignende utviklingstrekk foregikk i Danmark, der man skapte ansvarspulverisering fordi de enkelte særinteresser av korporativ, lokaldemokratisk eller annen art kunne ivareta sine egne særinteresser «... uden ansvar for konsekvensene for fælleskabets interesse i en effektiv administration.»³⁴³ Utdrivningen av de korporative interessene fra forvaltningsorganet ga samtidig rom for at forvaltningsorganet kunne respondere på statens hierarkiske makt på nye måter. Som Pedersen fremhevde skjedde det en *de- og redemokratisering* — en forflytning fra desentralisert til sentralisert demokratisk innflytelse.

Elementer av korporatismen gjenstår for eksempel i trepartssamarbeidet. Langt mindre innflytelse men fortsatt av betydning, er bruken av brukerundersøkelser,³⁴⁴ medvirkningsordninger for brukerne i forvaltningen (som brukere, ikke borgere), og lignende tiltak.³⁴⁵

³⁴¹ Prosessen begynte allerede i 1972, da Ingvaldsen-utvalget mer eller mindre 'kuppet' makten fra de korporative organene, ved å fastslå at ingen av dem hadde formell myndighet. Etter maktutredningen surnet også perspektivet på organisasjonene, og man gikk fra å se dem som direkte-demokratiske til å se dem som særinteresser (som fortsatt er det dominerende i dag). Se, illustrerende St.meld. nr. 44 (1982-1983) s. 23: ««Demokratiske prinsipper tilsier at avgjørelsene treffes av organer som opptrer på vegne av alle velgere, ikke bare det utvalg som er medlemmer av bestemte organisasjoner». Likevel tok det lang tid å bygge ned de korporative strukturene, og først på 1990-tallet gjorde man de virkelig store endringene. Se nærmere i Grønlie 2009 s. 161. I utdanningssektoren, se generelt St.meld. nr. 37 (1990-1991) *Om organisering og styring i utdanningssektoren*. For endringen vekk fra styrer var NOU 1991:26 *Om bruk av styrer i statlige virksomheter* sentral.

³⁴² NOU 1982:3 s. 53.

³⁴³ Pedersen 2011 s. 234.

³⁴⁴ Se bl.a. Forbruker- og administrasjonsdepartementet: *Den nye staten: Program for fornyelse av statsforvaltningen. Særlig vedlegg til St. meld. nr. 4, 1987 s. 19.*

³⁴⁵ Se bl.a. allerede NOU 1989:5 s. 70.

2.3.5 Kritikken av regelstyring og nye former for autonomi

I perioden fra 1970-tallet og fremover skjer det nye utviklinger i forvaltningsorganenes institusjonelle materialitet, som grovt sagt kan ses i sammenheng med omveltningene i verdensøkonomien som følge av flere strukturelle kriser. Disse gav også grunnlag for et nyliberalt hegemoni.³⁴⁶ Sosialdemokratiets rettsstatskompromiss med juristene på slep ble avløst av nyliberalismen, med samfunnsvitere og økonomer på slep. Den bakenforliggende forklaringen var imidlertid upersonlige maktstrukturer på globalt nivå.³⁴⁷ Når man vurderer det demokratiske paradokset ved delegering er et slikt bakteppe nødvendig — det er nemlig grunn til å minne om det strukturelle nivåets forrang, og at det ikke er *aktører* som driver disse utviklingstrekkene (jf. foran i 2.2.7, normativt nedenfor i 2.4.7 og senere i kapittel 7).

Konflikten mellom jurister og økonomer går langt tilbake, og kan illustreres ved en anekdote: I Nordisk Administrativt Tidsskrift av 1949 finnes nemlig et referat fra et møte mellom mange ulike aktører fra den nordiske forvaltningen, samt akademiske miljøer. Her tok ekspedisjonssjef Wold opp spørsmålet om forholdet mellom *statsbudsjettet* og det nylig innførte *nasjonalregnskap*. Han uttrykte til forsamlingens forskrekkelse at Stortingets bevilgende myndighet burde tolkes slik at «... den bare innebærer et pålegg til administrasjonen om å bruke pengene der hvor det anses rimelig ...» og at denne rimeligheten måtte avgjøres «... ut fra den politikken som er fastlagt i Nasjonalbudsjettet ...», fordi denne bedre «... tilfredsstiller målet om størst mulig økonomisk velferdsnivå for hele landet.»³⁴⁸ Poenget var altså: Nasjonalregnskapet som Regjeringen (og dens økonomer) bruker for å planlegge norsk økonomi fem år frem om gangen, bør *gå foran* statsbudsjettet. Logikken var at femårsplanen tross alt var betingelsen for det enkelte budsjettår. Brukes alle dollar Norge har i 1949, så undergraver man muligheten til å bruke dollar i 1950. Som Wold fremhever risikerer da Stortinget å uthule sin egen bevilgningsmyndighet, fordi det ikke er noe mer å bevilge. For Wold var det i så fall likegyldig at statsbudsjettet var vedtatt med beslutnings av grunnlovs rang, og nasjonalbudsjettet bare et vedlegg som ble sendt til Stortinget.

Et resultat av denne utviklingen som flere har pekt på, var en mindre grad av *regelstyring*. Den såkalte «nye» styringen blir i enkelte tilfeller fremstilt som at staten også styrer *mindre*. Reformatorene som formet forvaltningsorganene oppfattet også ofte saken på den måten. Fra et tradisjonelt juridisk ståsted og med et formelt begrep om organisering vil det fort også kunne se slik ut.

³⁴⁶ Se Raa 2011 s. 12 om forholdet mellom nyliberalisme, «New Public Management», og den norske forvaltningspolitikken.

³⁴⁷ Se generelt Innset 2020 for en konsis gjennomgang.

³⁴⁸ Wold: «Nasjonalbudsjettet i administrasjonen», *Nordisk Administrativt Tidsskrift*, 1949, s. 204—42 s. 214—215.

Reduksjonen i direkte juridisk styring via instruksjonsmyndighet kan imidlertid også ses som et *symptom på*, og ikke selv en forklaring, på de historiske prosessene.³⁴⁹ Man behøvde ikke å instruere, fordi forvaltningsorganenes institusjonelle materialitet allerede var tilpasset de nye maktforholdene. Dermed kunne man også gå vekk fra at departementet var involvert i behandling av klager.³⁵⁰ Overordnet skapte det grobunn for en mer generell kritikk av «regelstyring».³⁵¹ Rettslige former for styring var ifølge Haga-utvalget med på «... å underbygge sterk fokusering på hvordan ting gjøres.»³⁵² Den juridiske styringsformen hadde *stivnet* — materialiteten var ikke tilpasset den nye virkeligheten, der man særlig sto overfor strammere økonomiske rammer, svakere organisasjoner (korporatismens fall), og en voksende kritikk av om Stortingets målsetninger med sin pengebruk faktisk ble oppnådd.³⁵³

Ledere i direktoratene «... mener fagdepartementet detaljregulerer og at det er vanskelig å få klare signaler.»³⁵⁴ Man ønsket å «... rette sterkere fokus på effektene av offentlige tiltak og virkemidler ...», og dette oppnådde man gjennom å skape «... etterprøvbare faktiske resultatkrav ...».³⁵⁵ Resultatkravene ble igjen kontrastert til regelstyring, og mer generelt til den «... forvaltningsmessige styringen ...» som var «... rettet inn mot å sikre at forvaltningens aktiviteter utføres i henhold til lover og regler.»³⁵⁶ Særlig var det nødvendig å tilpasse den institusjonelle materialiteten til statens *økonomiske* betingelser. Målet ved såkalt programbudsjettering var å skape en «økonomisk ansvarsbevissthet» lenger ned i

³⁴⁹ Sand 1996 s. 544. Man bruker i større grad retningslinjer eller politiske signaler, som ikke alltid har formelle virkninger. Dette er også en mer generell tendens, se Taggart 2005. Se bl.a. Boe: «Den rettslige betydningen av politiske målsetninger i stortingsmeldinger, komitéinnstillinger osv.», *Jussens Venner*, 1981, s. 235—55.

³⁵⁰ Se Statskonsult: *Klager over alt. Organisering av statlig klagesaksbehandling*, 2003 s. 11. Kun åtte prosent av klager ble behandlet i departementet. Direktoratene sto for 49 prosent, og nemnder for 43.

³⁵¹ Se f.eks. Utvalget til å gjennomgå og vurdere gjeldende reglementer og instruksjoner for departementskontorene 1966 s. 13. Se også Statskonsult: *Veiledning i virksomhetsplanlegging*, 1988 s. 9 som beskriver at man er «... inne i en utvikling der regelstyring og styring i form av detaljerte direktiver om innsatsfaktorer fra overordnet nivå må vike ...».

³⁵² NOU 1984:23 *Produktivitetsfremmende reformer i statens budsjettssystem* s. 12.

³⁵³ Opsahl, 1980 [1969] s. 113 formulerer det morsomt nok slik: «Staten iverksetter en mengde bestemmelser og tiltak, avhengig av Stortingets lover, beslutninger og bevilgninger, som det ofte er stort forarbeid og kanskje strid bak. Men så blir det taust. Det er som i filmen, at det er happy ending når de elskende får hverandre, og når forvaltningen får sin lovhjemmel og sine bevilgninger»

³⁵⁴ NOU 1989:5 s. 17. St.meld. nr. 31 (1975—1976) *Administrativ utvikling- og effektiviseringsarbeid* s. 8, uttrykte også at man manglet «tilstrekkelig «... kapasitet til planlegging ...» som gjorde at man kunne gi «... instruksjoner som gjenspeiler departementets samlede syn på vedkommende fagområde.»

³⁵⁵ Statskonsult: *Tildelingsbrevene som styringsverktøy*, 1994 s. 4.

³⁵⁶ Statskonsult 1994 s. 4.

organisasjonen,³⁵⁷ og det innflytelsesrike Haga-utvalget ville introdusere «et press om produktivitet».³⁵⁸

Å sikre økonomiens strukturelle makt var ikke hele poenget. Det foregikk også skifter i hvordan det *politiske systemets* innflytelse skulle sikres.³⁵⁹ Når styring via lov og rett ble mindre aktuelt, vil en naturlig virkning være at Stortingets innflytelse også minker. Det samme skjedde ved at omfanget av og motsetningene mellom juridiske regler i praksis utvidet forvaltningens handlingsrom.³⁶⁰ En parallell utvikling foregikk i forholdet mellom departement og lavere nivåer.³⁶¹

Orienteringen mot *budsjettet* og endringene i budsjettprosessens informasjonsverdi var derfor en måte å sikre Stortingets makt i en tidsalder der hverken Stortinget eller Regjeringen skulle gi juridiske direktiver.³⁶² Statsbudsjettet ble sett på som å gi «...liten eller ingen systemisert informasjon om reelle kostnader og ønskede og oppnådde resultater.»³⁶³ I kontrast var det fortsatt i 1972 «... meget tilfeldig hvilke forvaltningsorganer som avgir rapport som går til Stortinget.»³⁶⁴ At alle forvaltningsorganer arbeider for å levere *resultater* fungerte derfor som en måte for organene å sikre overordnede strukturelle makt, når både domstolene og administrativ klage, var blitt mindre aktuelt.³⁶⁵

Kombinasjonen av *politiske* krav til resultater, og *økonomiske* krav til budsjett disiplin ble derfor i utgangspunktet lansert som en ny modell for forvaltningsorganene, og denne modellen ble bygget og særlig gjennomført på 1990- og ut over på 2000-tallet.

³⁵⁷ Se NOU 1972:5 *Programbudsjettering* s. 103: «Økonomisk ansvarsbevissthet bør spres langt ned i enhver organisasjon.»

³⁵⁸ NOU 1984:23 s. 12: «Det markedsøkonomiske press som hviler på ledere i næringslivet kan og bør erstattes med et press om produktivitet i offentlig forvaltning.»

³⁵⁹ Se f.eks. St.meld. nr. 37 (1990-1991) s. 18.

³⁶⁰ Se generelt godt om temaet Bernt: «Rettsstat eller forskriftsstat?» i Bugge, Hans Christian, Indreberg, Hilde Syse og Tverberg, Arnulf red.: *Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer*, Universitetsforlaget, 2016, s. 66–86,. Godt skriver også Graver i Graver: «Samordning av forvaltningsvirksomhet, prøveforelesning for den juridiske doktorgrad over selvalgt emne, fredag 9. mai 1986», *Jussens Venner*, 1987, s. 291–312 s. 312.

³⁶¹ Se f.eks. St.meld. 19 (2008-2009) s. 21: «Departementa arbeider i dag i større grad med utgreiing og planlegging knytt til overordna sektorstyring og med fagleg rådgiving for statsråden.»

³⁶² Statsrådets ansvar for «rammene» ble derfor viktig. Se både NOU 1972:38 s. 10 og Innst.S nr. 277 (1976-1977) *Stortingets kontroll med forvaltningen*, med videre analyse av disse kildene nedenfor under kapittel 7.

³⁶³ NOU 1972:5 s. 20. Se generelt Raa 2011 s. 63 for en fremstilling av historikken.

³⁶⁴ NOU 1972:38 s. 29. Det ble også i visse tilfeller krevd at Regjeringen rapporterte fra spesifikke saksområder, men også dette «... dekker en begrenset og nokså tilfeldig utvalgt del av forvaltningens virksomhet ...».

³⁶⁵ Generelt om resultatstyringens formål, i den svært interessante avhandlingen, Raa 2011, bl.a. s. 134.

Styringsstrukturen kalles i dag *etatsstyring* og defineres som «... systematiske aktivitetar av fagleg og administrativ karakter for å påverke og følgje opp oppgåveløysinga og resultatata til underliggjande verksemdar.»³⁶⁶

Avstanden mellom det politiske nivået og byråkratiet kunne derfor fortsette å vokse, samtidig som organene tilpasset seg maktforholdene i sitt miljø.³⁶⁷ Den nye formen til fristillingen av forvaltningsorganene gav samtidig grunnlag for at skillet mellom teknikk og politikk, fag og administrasjon, kunne trekkes på en ny måte. Skillet mellom «rammen» og «detaljane» tok over for det tidligere skillet mellom innblanding i «politiske» men ikke «tekniske» saker.³⁶⁸ Jurister har forsøkt å fange «rammeansvaret» juridisk, som jeg kommer tilbake til i kapittel 6 og 7. Som jeg der utdyper er rammeansvaret noe som må forstås i lys av at 'rammestyring' ved krav til resultater og økonomi aldri ble en organisatorisk virkelighet — men et supplement til de etablerte juridiske organisasjonsstrukturene.³⁶⁹ Dermed blir *konflikten mellom* de økonomisk-administrative, de politiske og de juridiske aktørene noe som skaper grunnlaget for å si hva som ligger innenfor «rammen» av det politikken kan styre.

Etatsstyringen innebærer enkelt sagt en supplering av *juridiske* med *økonomisk-administrative* styringsformer.³⁷⁰ Det forutsatte også, som i etterkrigstiden, mange små og sammensatte endringer. Haga-utvalgets forslag om å slå sammen lønns- og materialbudsjettet til et felles *driftsbudsjett* var for eksempel sentralt.³⁷¹ Mot slutten av 1990-tallet ble også Stortingets kontroll på enkeltorganers stillinger, gjennom det såkalte stillingshjemmelssystemet, avvirket.³⁷² Helt avgjørende var også sammenkoblingen av statsbudsjettet og mål- og resultatstyring. Dermed ble *politikken og økonomiens makt*

³⁶⁶ St.meld 19 (2008-2009) s. 81.

³⁶⁷ Se generelt fremstillingen Grønlie 2009 kapittel 7 med den treffende tittelen: «Direktorater fra rutine til politikk?». Se f.eks. Statskonsult 2002 s. 4.

³⁶⁸ Se bl.a. NOU 1989:5 s. 22: «... utvalgets generelle syn [er] at statsråder og fagdepartementer har ansvar for å sette mål og resultatkrav og å følge opp institusjonens virksomhet og resultatopptjening.»

³⁶⁹ Se også den mer harmoniserende tenkningen i, bl.a. St.meld 19 (2008-2009) s. 78 «... ikkje [er] ein motsetnad mellom regelstyring og målstyring» og at «... man må «... sjå på regelstyring og målstyring ikkje som alternativ, men som supplerande styringsformer.»

³⁷⁰ Sml. Raa 2011 s. 18: «Koordineringsformene i samfunnet flyttes altså i noen grad over fra det juridiske og byråkratiske til bruk av [organisatoriske] standarder».

³⁷¹ Se NOU 1984:23 s. 34.

³⁷² Haga-utvalget turte ikke å foreslå dette avvirket, se NOU 1984:23 s. 34. Stillingshjemmelssystemet ble opphevet i 98, se historikken beskrevet i NOU 2003:34 *Mellom stat og marked, Selvstendige organisasjonsformer i staten* s. 28.

sammenkoblet. Politikerne kunne styre *gjennom* å samtidig reproducere økonomiens innflytelse:

«Gjennom forankringen i statsbudsjettet utvides resultatstyringen fra å være et intern-administrativt styrings-verktøy til å bli et mer direkte instrument for politisk styring.»³⁷³

Kritikken av regelstyringen viser derfor både hvordan gamle strukturer fungerer hemmende for aktørene i en senere historisk kontekst, og hvordan forsøkene på å styre ved hjelp av alternative instrumenter, skaper nye strukturer. Langt på vei har disse strukturene blitt *lagt oppå hverandre*, som medfører at den institusjonelle materialiteten i moderne forvaltningsorganer blir *spaltet* og differensiert *internt*. Et sentralt spørsmål i alle forvaltningsorganer blir *konflikten* mellom ulike styringsprofesjoner (for overordnede) og styringssignaler (for underordnede), jf. også 7.2.3.³⁷⁴ Det betyr delvis at *styringsprofesjonene generelt* blir viktigere.³⁷⁵ Det samme gjelder *lederens* rolle på lokalt nivå.³⁷⁶ Pedersen fremhever i dansk kontekst det han kaller et *ledelsesrom*, som har blitt det mest sentrale stedet der forvaltningsorganet selv har makt og handlingsrom.³⁷⁷ Denne makten vil imidlertid i seg selv være mediert av objektive forhold som kontrakten til lederen, ledernes utdanningsbakgrunn og ansettelsesprosedyrer, med mer.

Den «nye» fristillingen og styringen leder også det til at en del ulike styringsinstrumenter blir sentrale ved siden av budsjettet og retten. Disse omtales nærmere nedenfor.

³⁷³ Statskonsult 1994 s. 1.

³⁷⁴ Konflikt blir altså konflikt *innenfor* og *gjennom* etablerte strukturer. Illustrerende er diskusjonen av forholdet mellom *loven* som styringsverktøy, og *statsbudsjettet* som styringsverktøy i Modalsli-utvalget 1970 s. 63: «Det forhold at man gjennom lov eller stortingsvedtak har stilt opp alminnelige mål for et direktorats virksomhet, vil i regelen ikke gi direktoratet krav på å få alle de midler det mener er nødvendig for å nå målene. Hverken i denne eller andre forbindelser kan en direktør hevde at han gjennom målsettinger er ansvarlig for at målene nås, og at han derfor har krav på å få midlene. Den ofte uttalte setning om at det må være overensstemmelse mellom myndighet og ansvar, synes ikke egnet som kriterium på i hvilken grad en statsråd er pliktig til å følge direktørens råd eller krav. Noe annet kan vel tenkes såfremt de mål det er tale om er formulert konkret og med en så klar uttrykt handleplikt at det ville være et pliktbrudd om statsråden ikke sørget for å foreslå beløp som er åpenbart nødvendige.»

³⁷⁵ Se f.eks. St.meld nr. 35 (1991-1992) *Om statens forvaltnings- og personalpolitikk* s. 21: «I flere av departementene er det nødvendig å utvikle mer profesjonell kompetanse for å styre underliggende etater.»

³⁷⁶ Dette begrenser seg ikke bare til departementene, men også innenfor alle forvaltningsorganer blir ledelsen på generell basis profesjonalisert og gjort lojal 'oppover', sml. f.eks. St.meld nr. 37 (1990-1991) s. 27 flg. om profesjonalisering av ledelsen i skolesektoren, og generelt i Statskonsult 1988 s. 10 som skriver at «[m]ålstyring stiller helt andre krav til ledelse enn det som hittil har vært vanlig i statsforvaltningen.»

³⁷⁷ Pedersen 2011 s. 216.

2.3.6 Mål- og resultatstyring

Mål- og resultatstyring er en særlig viktig del av de aktivitetene som inngår i etatsstyringen. Haga-utvalget uttrykte at statlige virksomheter bør «... først og fremst styres gjennom målfastsetting og fastsettelse av ressursrammer», ved at sentrale instanser er «... tilbakeholdne med å detaljstyre hvorledes virksomhetene skal nå de planlagte målene», og bruker «... press, konkurranse og stimuleringsvirkemidler.»³⁷⁸ I dag er mål- og resultatstyring hovedprinsippet for styring i staten, og det viktigste styringsinstrumentet for departementene.³⁷⁹

Kritikken av denne styringsformen er etter hvert velkjent, og at det er vanskelig å telle mye i offentlig sektor er knapt noen uenig i.³⁸⁰ Akkurat hvor vanskelig og dyrt gode kartlegginger av sammenhengen mellom kostnader og resultater er, har særlig vært på dagsorden i Sverige.³⁸¹ (Sverige illustrerer for øvrig hvor dypt kompatibelt formell juridisk uavhengighet er med «ökad byråkratisering och detaljstyrning»)³⁸²

Måten slik resultatstyring (om)strukturerer forvaltningens arbeid er også velkjent, for eksempel hvordan lærere bruker mye mer tid på å teste elever i dag enn før, ettersom skolen måles på nasjonale prøver,³⁸³ eller hvordan NAV la alle ressurser i å ha rask saksbehandlingstid i førsteinstans fordi denne ble målt, mens andreinstans ikke ble det.³⁸⁴ Mål- og resultatstyring forutsetter og skaper en bestemt oppstyking og normativ evaluering som nedprioriterer visse sider av oppgaven, til fordel for andre.³⁸⁵ I PA-teori omtales slike skjelheter som perverse insentiver, og et eksempel på strategisk opptreden fra de ansatte, der de ansatte ser vekk fra hva som er styringsinstansens 'egentlige' mål med sin styring. Et mer nyansert perspektiv vil imidlertid fremheve at fordelene ved mål- og resultatstyring er at det skaper en institusjonell materialitet hvor sensitivitet til den overordnede nettopp

³⁷⁸ NOU 1984:23 s. 10—11.

³⁷⁹ Se St.meld 19 (2008-2009) s. 78, se intervjuundersøkelsen til PwC: *Etatsstyring i praksis: En kvalitativ studie av departementenes styring av underliggende virksomheter*, 2021 på s. 2.

³⁸⁰ Se f.eks. NOU 2020:13 s. 272: «Det er utfordrende å måle kvalitet som har et mangedimensjonert preg, som velferdstjenester.» Johnsen 2007 s. 74 skriver at «Resultatstyring handler derfor i stor grad om å måtte forholde seg til disse måleproblemene heller enn å kunne fjerne dem.»

³⁸¹ SOU 2007:75 s. 19.

³⁸² SOU 2019:43 s. 32.

³⁸³ NOU 2023:19 *Læring, hvor ble det av deg i alt mylderet?* s. 74: «En viktig pedagogisk utfordring ... handler om risikoen for at læringsanalyse kan bidra til å innskrenke innhold og arbeidsformer i utdanningen».

³⁸⁴ NOU 2023:11 *Raskt og riktig: En helhetlig gjennomgang av klage- og ankesystemet i Arbeids- og velferdsetaten og trygderetten* s. 244.

³⁸⁵ Se her også allerede Aubert: *Rettsens sosiale funksjon*, Universitetsforlaget, 1976 s. 294.

ivaretas *uten* at man behøver å vurdere hva den overordnede ‘egentlig’ ønsker.³⁸⁶ «Perverse virkninger» av mål- og resultatstyring er derfor bare baksiden av det som ellers er fordelene ved en strukturell maktutøvelse ved hjelp av styringsteknologier — akkurat slik byråkratisk-juridisk formalisme, der byråkrater ikke forstår regelens ‘formål’, er baksiden av *rettens* fordeler.³⁸⁷

Måten den strukturelle makten innleires imidlertid ikke bare i den menneskelige dimensjonen og aktørenes insentiver. Det er for eksempel bare visse aspekter som *kan* måles på noen fornuftig måte, slik at styringsteknologien skaper en ytre ramme for hvilket arbeid som *kan verdsettes*.³⁸⁸ Dermed må man skape en institusjonell materialitet som kan måles, og måler det som har en slik materialitet.³⁸⁹ Ikke minst gjør det at politikere må uttrykke sine målsetninger på måter som kan gjøres om til resultatkrav.³⁹⁰

Det er dypt fascinerende hvor langt man har gått i å erkjenne svakhetene ved disse formene for styring — men likevel insistert på nødvendigheten av den.³⁹¹ Utformingen av styringsparameter som effektivt kan måle det som skjer i de lavere nivåene blir omtalt som et like stort problem i 1972,³⁹² 1985³⁹³ og nylig i 2019.³⁹⁴ Hermansen-utvalget er kanskje spesielt tydelig i den spagaten man står i. De skriver at man «... heller ikke her må la de

³⁸⁶ Pitts: *Value*, Polity Press, 2021 s. 106: «This is what institutional standardization allows: the strategic disregarding of certain elements of a thing or kind of thing in order to bring those things into relation with one another under the form of value ...».

³⁸⁷ Dette momentet er også viktig i Heath 2020 sin diskusjon av formalisme, se Heath 2020 s. 258.

³⁸⁸ Som konsultentselskapet McKinseys slagord lyder: «Everything can be measured, and what gets measured gets managed.», se nærmere i både Pitts: «Measuring and managing creative labour: value struggles and billable hours in the creative industries», *Organization*, nr. 1—18, 2020, og David Harvie 2010 om måling som arena for konflikt.

³⁸⁹ Sml. f.eks. Moderniseringsdepartementet 2005 s. 27 om tilpasningen av MRS.

³⁹⁰ Sml. Sundström 2016 s. 150 om at man forutsetter «... att politiker vet vad de vill – att de har intressen och preferenser, och både förmåga och vilja att på förhand, innan processer inleds, uttrycka dessa intressen i detaljerade och stabila mål och resultatkrav.»

³⁹¹ Alt i 1996 svarte kun 30 prosent av de ansatte i departementene og 21 prosent i direktoratene svarer at de er helt eller nokså enig i at MRS har ført til bedre politisk styring, se Christensen mfl.: *Sentralforvaltningen, stabilitet og endring gjennom 40 år*, Universitetsforlaget, 2018 s. 143. Spørsmålene ble ikke stilt på nytt i 2016.

³⁹² NOU 1972:5 s. 41—42 skriver om risikoen for at «... institusjonene overprioriterer mål som har fått et kvantitativt uttrykk.»

³⁹³ Se NOU 1984:23 s. 24, «... legges vekt på at målesystemene ikke fører til at vanskelig registrerbare kvalitetsaspekter, ikke får den nødvendige plass i virksomhetenes planlegging.»

³⁹⁴ PwC 2021 s. 4 som fremhever at det største problemet for departementene var at det var utfordrende å lage gode mål og styringsparameter. Se også Senter for statlig økonomistyring: *Risikostyring i staten: Håndtering av risiko i mål- og resultatstyringen*, 2006 s. 48, DFØ: *Veileder i etatsstyring, digital versjon*, 2021 s. 29 og Statskonsult: *Som man roper i skogen får man svar, departementenes bestilling av resultatinformasjon*, 2001 s. 40, for å nevne fler.

store prinsipielle problemene være til hinder for ... en mer mål- og resultatrettet styringsform.»³⁹⁵

Det illustrerer på grunnleggende måter hvordan maktforholdet mellom ulike aktører blir avhengig av styringsinstrumenter som selv blir en abstrakt og upersonlig makt:

Man har blitt avhengig av å strukturere maktforholdet mellom delegaten og det delegerende organ *gjennom* å forsøke å fastsette (ofte unøyaktige eller tilfeldige) måltall. At man har et tall å forholde seg til *tillater prosessering av uenighet*. De kontinuerlige møtene hvor departementene og direktoratene snakker sammen om hvordan de skal skape en god indikator for å nå et bestemt mål, blir en del av de praktiske og materielle strukturene som sikrer stabiliteten i maktforholdet.³⁹⁶ Mål- og resultatstyring skaper en struktur som hvor makt kan utøves, uten å bli utøvd personlig.³⁹⁷

Poenget er derfor at tallenes funksjon ikke er å «styre» eller «måle» med presisjon, men å *strukturere relasjonen* mellom aktørene på en bestemt måte.³⁹⁸ Hierarkiets makt blir derfor naturligvis ivarettatt personlig ved hjelp av eksplisitt fastsetting av mål- og resultatkrav, budsjett og juridiske rammer. Men det er enda viktigere at denne maktutøvelsen beror på og reproducerer disse *strukturenes* upersonlige makt. Dermed skapes en institusjonell materialitet som reproducerer samfunnsmessige maktforhold uten at reproduksjoenn behøver å bli bestemt.

Mål- og resultatstyring — i likhet med juridisk styring og andre styringsformer — skaper også grunnlag for *at andre aktører* kan øke sin innflytelse. Styringsprofesjonene blir viktige. Mål- og resultatstyringen får for eksempel sitt eget språk, og de aktørene som

³⁹⁵ NOU 1989:5 s. 55, min utheving.

³⁹⁶ Porter: *Trust in Numbers*, Princeton University Press, 1995 s. 149: «That form of economic quantification grew up not as the natural language of a technical elite, but as an attempt to create a basis for mutual accommodation in a context of suspicion and disagreement. The regime of calculation was imposed not by all-powerful experts, but by relatively weak and divided ones.» Se også sitatet fra Statskonsult i Raa 2011 s. 134: «Det kan være vanskelig å fastslå resultater av statlig virksomhet. Dermed kan det også herske usikkerhet om statlige virksomheters resultatansvar. Målkonflikter kan forsterke denne usikkerheten. I slike tilfeller kan dialog mellom departement og underliggende virksomhet om innholdet i resultatbegrepet skape felles oppfatning.»

³⁹⁷ En morsom illustrasjon er at man i NOU 1972:5 s. 104 fremhever at det «... er så mange personer som er ivrige til å understreke denne vanskelighet [med å finne gode indikatorer], at det er lite sannsynlig at man vil overse dette på planleggingsstadiet.»

³⁹⁸ Porter 1995 s. 77: Kvantifisering «... create a unified business and administrative environment. It aims to supplant local cultures with systematic and rational methods.»

kjenner språket blir sentrale, for eksempel Riksrevisjonen og DFØ.³⁹⁹ Heller ikke disse aktørene opptrer imidlertid som konspiratoriske bakmenn — som systemteorien betoner etableres det en differensiert kunnskapsform og en faglig egenlogikk som disse aktørene opptrer innenfor.⁴⁰⁰ I kapittel 7 kommer jeg særlig tilbake til hvordan moderne forvaltningsorganer har en spaltet institusjonell materialitet.

2.3.7 Risikostyring

Mål og resultatstyringen har også blitt supplert med *risikostyring*, som tematiseres mer i detalj i punkt 7.7.8. *Risikostyring* er et annet eksempel på en styringsteknologi som har blitt importert fra privat til offentlig sektor. Risikostyring forutsetter også en oppstyking av organisasjonens mange ulike oppgaver i individualiserte risikoer, som de så kan evaluere risikoen i samsvar med, og som deretter kan rapporteres oppover.⁴⁰¹ Som tidligere byråkrat Eivind Tesaker skriver må etaten

«... formulere hundrevis og tusenvis av risikoer, men hver etat må også diskutere seg fram til om det er ‘svært stor’, ‘stor’, ‘moderat’, ‘liten’ eller ‘meget liten’ sannsynlighet for at hver enkelt risiko blir en realitet. Og for hver enkelt risiko må hver virksomhet diskutere seg frem til om konsekvensene hvis risikoene skulle realiseres, vil være ‘ubetydelige’, ‘lave’, ‘moderate’, ‘alvorlige’ eller ‘svært alvorlige’.»⁴⁰²

I utgangspunktet er risikostyring et middel for at prinsipaler skal få informasjon om hva agentene mener er relevante risikoer, og foreta prioriteringer ut fra vurderingene. I likhet med mål- og resultatstyring kan imidlertid de strukturelle virkningene av å gjøre seg avhengig av et system for risikostyring en bestemt sensitivitet for makt som kan skape økonomiske kostnader, eller på annen måte enkelt-kvantifiserbare virkninger. Risikostyring

³⁹⁹ Se bl.a. omtalen i Raa 2011 s. 77 om Statskonsults rolle i å drive mål- og resultatstyring inn i sentralforvaltningen.

⁴⁰⁰ Selve tildelingsbrevet utformes av embetsverket selv – i forventning til det statsråden ønsker og de politiske mål som er satt. Her er det også variasjoner på tvers av ulike departementer. Noen statsråder involveres direkte, se PwC 2021 s. 23: «... politisk ledelse [involveres først] i tildelingsbrevene når departementene har endelige utkast klare ... Erfaringsmessig er det mange innspill fra politisk ledelse som ikke passer å ta inn direkte.»

⁴⁰¹ Sammenkoblingen av mål- og resultatstyringen og begrepet om risiko er sentralt, se Senter for statlig økonomistyring 2006 s. 7.

⁴⁰² Tesaker: *Departementet: opptegnelser fra et byråkratkantor*, Dreyer forlag, 2015 s. 115.

institusjonalisere en bestemt materialitet. I likhet med mål- og resultatstyring skapes også en egenlogikk som bare *risikoanalytikere* kan håndtere.

2.3.8 Omorganisering

Kontinuerlige organisatoriske prosesser er en annen dimensjon av det moderne fristilte forvaltningsorganet — og det å gjennomføre omorganiseringer blir i seg selv en måte hvor hierarkiet (og andres) strukturelle makt innleires. Å omorganisere har siden 1990-tallet blitt institusjonalisert som en del av måten forvaltningen skal styres på.⁴⁰³ Stadig nye organisasjonsmodeller og styringsverktøy prøves ut og evalueres.⁴⁰⁴ Fleksibilitet og muligheten til å kontinuerlig omorganisere var sentralt alt i Hermansen-utvalget.⁴⁰⁵ Departementet skulle «... ha et evalueringssystem som kontinuerlig følger med på og vurderer den virksomhet som drives ...».⁴⁰⁶ Statskonsult skrev i sin veileder til virksomhetsplanlegging at «... statsinstitusjoner befinner seg eller bør befinne seg i en kontinuerlig eksperimentasjonsprosess.»⁴⁰⁷ I 2021 oppga hele 72 prosent av de statsansatte å ha vært gjennom en endringsprosess av et visst omfang de siste tre årene.⁴⁰⁸ Pedersen omtaler presset som den «... uendelige reform ...».⁴⁰⁹ Maktutredningen fra 2003 omtalte det med henvisning til Trotskys begrep om den *permanente revolusjon* — som jeg omtaler konsekvensene av når jeg diskuterer delegeringsadgang i kapittel 5.

Den uendelige reformen skaper samtidig grunnlag for en særegen kommunikasjonsform og en egenlogikk. Denne blir delvis institusjonalisert i organisasjoner som Statskonsult, DiFi og DFØ, som Slagstad kalte en «... en ideologisk transformatorstasjon ...».⁴¹⁰ Imidlertid er det ikke *aktørene* som er de største driverne, det er strukturene de skaper og er avhengig av. Særlig i senere tid har man for eksempel også gjort seg avhengig av private konsultentselskaper som besitter denne kompetansen. Særlig fremtredende er økningen i

⁴⁰³ Se generelt om det rasjonelle-instrumentelle perspektivet i Raa 2011 s. 20.

⁴⁰⁴ Moderniseringsdepartementet 2005 s. 4: «Generelt sett er det derfor sterke grunner til at det i offentlig sektor bør drives et kontinuerlig og planmessig arbeid med forbedring av produktivitet og tilpasning av ytelsenes kvalitet og funksjonalitet for å motvirke mulig styringssvikt»

⁴⁰⁵ NOU 1989:5 s. 22 om «... økt fornyelses- og omstillingsevne.»

⁴⁰⁶ St.meld nr. 37 (1990-1991) s. 25.

⁴⁰⁷ Statskonsult 1988 s. 48.

⁴⁰⁸ DFØ: *Endring og omstilling, temahefte fra statsansatteundersøkelsen 2021, 2022 s. 2.*

⁴⁰⁹ Pedersen ser dette først og fremst i forlengelsen av internasjonal konkurranse, se Pedersen 2011 s. 206. Se videre s. 208 «... nasjoner konkurrerer på deres staters evne til å finne de oppgaver og den organisationsform, der mest effektivt leverer de ydelser og den service, som de private virksomheder har brug for i konkurransen på de globale eller regionale markeder.»

⁴¹⁰ Slagstad 2015 s. 522.

innleie av konsulenter,⁴¹¹ typisk fra større internasjonale selskaper som Ernst & Young, Pricewaterhouse and Cooper, Deloitte, og KPMG.⁴¹² Disse aktørene har selv sterke egeninteresser i at kontinuerlig reform- og evalueringsarbeid.⁴¹³ De selger organisatoriske konsepter og moter, og de brukes svært aktivt over hele forvaltningen — i noen grad fordi forvaltningsorganet *selv* kan bruke slike arbeidere for å drive frem organisatoriske reformer på tvers av *andre* igjen.⁴¹⁴ Konsulentselskapenes innflytelse er derfor heller ingen *personlig* maktutøvelse, men blir en egenskap ved maktforholdet mellom forvaltningen og dens omgivelser i det politiske systemet, hierarkiet, eller økonomien. Bruken av konsulenter i staten koster nå mer enn å drifte hele departementsorganisasjonen.⁴¹⁵

Elleve av de tolv milliardene handler riktignok om kjøp av IT-tjenester. Bruken i kommunene mangler man oversikt over, men denne er også klart økende og har vært det i minst 15 år.⁴¹⁶ At mye penger brukes på IT gjør det ikke nødvendigvis mindre problematisk. NAV er et tydelig eksempel på at IT-infrastruktur og organisering går hånd i hånd. I Stortingsmeldingen fra Stoltenberg II-regjeringen pekte man på behovet for felles statlig IT-kompetanse, og omtalte IKT-investeringer som «... ei av dei store samordningsutfordringane i statsforvaltninga».⁴¹⁷ Problemene som oppstår kjenner man mange eksempler på.⁴¹⁸ Bruken av IT i forvaltningen er en sentral måte strukturell makt kan innleires i den institusjonelle materialiteten på — og samtidig en av de tydeligste eksemplene på at forvaltningen blir dominert av upersonlige abstrakte strukturer som den har skapt for å kunne reprodusere etablerte maktforhold.

⁴¹¹ Se oversikten i Riksrevisjonen, dokument 3:6: *Riksrevisjonens undersøkelse av konsulentbruk i staten*, 2017 .

⁴¹² Generelt preges historikken til de nye styringssystemene i offentlig sektor av tilstedeværelsen av organisasjonskonsulenter som har tett samarbeid, dialog, og personalutveksling med bl.a. Statskonsult. Se generelt fremstillingen i Raa 2011 s. 74 flg.

⁴¹³ Se Christensen 2021 s. 34.

⁴¹⁴ Sml. Raa 2011 s. 99 om konsulenter og guruer.

⁴¹⁵ Riksrevisjonen, dokument 3:6 2017.

⁴¹⁶ Utviklingen beskrives basert på tall fra KOSTRA og LDB gis i Bråtene: «Bruk av konsulenter i norske kommuner. En studie av utviklingen de siste 15 år», *Master i offentlig styring og ledelse, Høgskolen i Innlandet*, 2019, s. 98—99. Tallgrunnlaget er ikke spesielt godt, men de anslår at kommuner i 2018 gjorde rundt 50 000 individuelle kjøp av konsulenttenester, der flesteparten koster over 2000 kroner.

⁴¹⁷ St.meld 19 (2008-2009) s. 78.

⁴¹⁸ Se f.eks. Direktoratet for E-helse: *Redegjørelse for bruk av konsulenttenester i Direktoratet for e-helse*, 2020

2.3.9 Markeder og privatisering

På samme måte som *fristilling innenfor* offentlig sektor innebærer en måte å innleire bestemte maktforhold og bedrive indirekte styring på, så er markeder, pseudo-markeder og privatisering mulig å forstå i samme perspektiv. Markeder brukes nettopp i PA-teori (og antas i forvaltningspolitikken) å være et *styringsverktøy* for prinsipalen.⁴¹⁹ Som Tore Grønlie og Yngve Flo fremhever gikk man i løpet av 1990-tallet fra å tenke at statens rolle var å forebygge misbruk i eksisterende markeder, til at staten skulle *institusjonalisere velfungerende markeder*, og bruke markedene aktivt i forvaltning.⁴²⁰ Tanken er enkel: Markedets insentiver virker på agenten og sikrer overlapp i preferanser med prinsipalen. På den måten kan man 'styre uten å styre'.⁴²¹ Samtidig ligger det i markedets natur at styring via dem skaper organisasjoner med en materialitet som er svært sensitiv til *økonomisk* makt. Offentlig forvaltnings forsøk på å bruke markedet for sin egen styring, innebærer derfor også en reproduksjon av styrken til den private økonomiske makten, som i seg selv dominerer de ansatte og lederne i private bedrifter. Hvilke maktforhold som den institusjonelle materialiteten tilpasser seg vil variere avhengig av om det offentlige bruker markedene for kjøp og salg gjennom anbudsprosesser, løsning av offentlige oppgaver basert på tilskudd, eller hel- og delprivatisering gjennom offentlig eierskap.⁴²² Noe av de samme mekanismene oppnår man også gjennom mekanismer som bruk av fritt brukervalg i helsetjenestene — disse styringsformene baserer seg i likhet med fristilling på at hierarkiet forsøker å styre ved å la andre styre.⁴²³

Markedet kan derfor være en god måte *for hierarkiet og staten* å styre. Jeg er likevel i større grad enn Sand opptatt av at markedsorganisering introduserer en sensitivitet for økonomisk makt i organisasjonen som går på *bekostning* av — heller enn underbygger, slik Sand

⁴¹⁹ Se f.eks. Hermansen: «Staten som forretningsdrivende og som eier av forretningsdrivende virksomhet», *Nordisk Administrativt Tidsskrift* 3, 2011, s. 189—201 s. 192 og 196, som beskriver det som «... styring gjennom utvikling av reelle konkurransemarkeder.»

⁴²⁰ Grønlie 2009 s. 131 flg., med videre diskusjon av «bukken og havresekken». Samme perspektiv på markeder i Innset 2020.

⁴²¹ St.meld nr. 31 (2000-2001) *Kommune, fylke, stat - en bedre oppgavefordeling* s. 192, hvor Oppgavefordelingsutvalget uttrykker et «... ønske om å avgrense politisk styring og å gi mer makt til individet gjennom bl.a. større innslag av markedsløsninger i offentlig sektor gjennom fritt brukervalg, fristilling og statlig stykkprisfinansiering av tjenesteoppgaver.»

⁴²² Se generelt oversikten over ulike modeller for privatisering i NOU 2020:13 kapittel 5.

⁴²³ Det er vanskelig å presisere når fritt brukervalg blir vanlig terminologi, og derfor også vanskelig å si noe spesifikt om når det ble implementert. Det første eksempelet jeg finner i statlige dokumenter er NOU 1991:28 *Mot bedre vitende? Effektiviseringsmuligheter i offentlig sektor* s. 10.

antyder noen steder — faglig makt eller brukernes makt.⁴²⁴ Det beror særlig på makten det organet som forsøker å styre ved å bruke markedet, *selv* har. Små kommuner kan for eksempel ende opp med å stå i en strukturell avhengighet til markedet.⁴²⁵ Som Donnelly skriver i sin komparative studie av privatisering: «... the chief irony of privatization is that proponents tout it as a cure for bad government, but it takes excellent government to make it work.»⁴²⁶

I tillegg virker markedsorganisering gjerne *sammen med de andre* styringsteknologiene. Markedsbasert organisering reproducerer derfor også den hierarkiske makten til staten, og styringsprofesjonenes rolle i å opprettholde denne. Et arbeid som skal lyses ut på anbud må kunne uttrykkes i en kontrakt, med mål- og resultatkrav, mens et tilskudd må rette seg mot en bestemt del av arbeidet. Markeder skaper mulighet for dannelsen av bestemte kommunikasjonsformer innenfor forvaltningen. Jurister må håndtere kontrakter, kontraktsoppfølging, konkurranserettslige spørsmål, spørsmål om anbud, statsstøtte, og så videre. Økonomer må bruke sin kunnskap til å analysere markeds situasjonen, utforme styringsparameter, og anslå og vurdere effektivitetsgevinster. Den økte bruken av tilsyn som styringsverktøy illustrerer et annet aspekt ved de samme utviklingstrekkene.⁴²⁷ Samlet sett vil derfor markedsorganisering ende opp med å skape den mest upersonlige maktutøvelsen, hvor *både* strukturell økonomisk og strukturell statlig makt ender opp med å forme virksomhetens institusjonelle materialitet.

2.3.10 Diskusjon og oppsummering

Fellestrekket ved alle styringsteknologiene og organisasjonsformene i offentlig forvaltning er at de *i utgangspunktet* er ment å fungere som midler for at prinsipaler (politikere) skal kontrollere agenter (fagpersoner). Utgangspunktet er derfor et simpelt maktforhold mellom

⁴²⁴ Sand 1996 s. 133.

⁴²⁵ Dette kan også gå enda lenger, og påvirke hvilke mål man setter, se resonnementet i Satz: «Some (Largely) Ignored Problems With Privatization.» i Schwartzberg, Jack Knight and Melissa red.: *Privatization*, NOMOS LX, 2019, s. 9—29, s. 13: «The privatization decision itself can lead, either more or less automatically or through unintended byproducts and feedback loops, to changes in public policies.»

⁴²⁶ Sml. Donnelly 2007 s. 76.

⁴²⁷ Grønlie 2009 s. 308, «... nå [var det] ofte et poeng i seg selv at slike oppgaver ble holdt på armlengdes avstand fra statsråden og skilt ut til ytre etater». Se generelt St.meld. nr. 17 (2002-2003) *Om statlige tilsyn* som fremholder at tilsynenes uavhengighet påvirker statsrådets «... sektoransvar ...» på s. 33.

en prinsipal og en agent. Utfordringen består i at maktforholdet selv beror på eller skaper upersonlige maktstrukturer, og at maktstrukturene legger seg ovenpå hverandre.

Jeg illustrerte for eksempel hvordan statsrådets *personlige* makt overfor sine underordnede *formidles av* og *reproduserer* en objektiv sosial struktur, som det organisatorisk-forankrede skillet mellom tekniske og politiske saker i etterkrigstiden. På den måten blir *organiseringen av forvaltningen* et område hvor *sensitiviteten til maktforhold* innleires i organisatoriske strukturer. Disse strukturene ‘overlever’ imidlertid det enkelte maktforhold, og blir en selvstendig upersonlig makt som videre reproduserer de etablerte maktforholdene. I kapittel 4 brukes perspektivet for å forstå hvordan delegeringsbegrepets kobling til kompetansebegrepet reflekterer bestemte sosiale maktforhold, hvilket også pakkes ut nedenfor under 4.2.3.

Organiseringen ender opp med å få et ‘liv i seg selv’ — og som kompleksitetsteori fremhever vanskeliggjør *egenlogikken* direkte politisk styring. I den moderne forvaltningen er det særlig forholdet mellom juridiske- og økonomisk-administrative styringsteknologier som utøves innenfor en egenlogikk, som formidler statsmakten og hierarkiets avgjørende innflytelse. Et godt stykke på vei står imidlertid disse to styringsteknologiene — som begge i utgangspunktet er midler for demokratisk kontroll med forvaltningen — i motsetning til hverandre. De konkrete kampene om definisjonsmakt mellom jurister og økonomer eller samfunnsvitere skaper en strukturell og upersonlig makt som skaper avmakt i lavere nivåer. De normative dilemmaene den upersonlige makten bidrar til pakkes ut i 2.4.6.

Ved hjelp av den institusjonelle analysen blir også mulig å antyde at det går en forbindelse mellom de teoretiske spørsmålene som har vært diskutert her (hva er rettens begrep om makt, organisering og delegering), de juridisk-metodiske spørsmålene om hva som er forholdet mellom juridiske, politiske og samfunnsvitenskapelige spørsmål (som pakkes ut i kapittel 3 punkt 3.4.1), og de juridisk-dogmatiske spørsmålene om hvilket juridisk ansvar et overordnet organ har til å sikre at sine interne styringsstrukturer ikke ukritisk dominerer delegatens virksomhet (jf. f.eks. punkt 7.7). Hvis man anerkjenner at anvendelse av retten ved juridisk kontroll med lavere nivåer er medvirkende til en upersonlig makt som dominerer disse nivåene, så bør medvirkningen ha konsekvenser for hvordan man metodisk

sett tenker om rettsanvendelse, og hvordan man regulerer graden av juridisk kontroll, samt forholdet mellom juridisk- og økonomisk kontroll (jf. også kapittel 3 punkt 3.5.7).

Den institusjonelle analysen har også styrket antakelsen om det strukturelles forrang. Nettverkslitteraturen har altså rett i at det ikke eksisterer en politisk instans som bevisst setter sin vilje gjennom overfor alle andre deler av forvaltningen.⁴²⁸ Som jeg utdyper i kapittel 6 kan man si at forvaltningen heller har et *differensiert ansvar*. Samtidig har man etter min vurdering overdrevet hvor omfattende desentralisering av makt som faktisk har skjedd til autonome sosiale aktører.⁴²⁹ Nettverkslitteraturens diagnose om forvaltningsorganer som er fristilte for å påvirkes av samfunnet utenfor forvaltningen og faglige ekspertise, er kanskje *ønskelig*. Det er grunn til å nyansere denne tanken ganske sterkt. Statens hierarkiske makt er fortsatt dominerende. Som forfatter av tobindsverket *Sentraladministrasjonens historie* Tore Grønlie skriver i replikkveksling med idéhistoriker Rune Slagstad, er det «... neppe tvil om at balansepunktet ... er forskjøvet sterkt i lojalitetens retning.»⁴³⁰ Et morsomt uttrykk for det samme er en departementsråd som uttrykker i PwCs intervjuer at etatsledere må forstå at de er under statsrådets konstitusjonelle ansvar, og at dersom «... etatsleder for eksempel møter egen statsråd i en politisk debatt – da har du en dårlig dag.»⁴³¹ Selv mer fristilte eller samfunnsorienterte organisasjonsformer reproducerer den hierarkiske makten, som både ble illustrert i diskusjonen av markeder og korporatismen så fungerer individet, økonomien eller sivilsamfunnet som et *middel for* forvaltningen, og ikke nødvendigvis som noen motmakt til den.⁴³² De sentrale maktstrukturene i staten er fortsatt hierarkiske. Nettverk er ikke *alternativer til* markeder og hierarkier, men enda en måte hvor økonomisk makt og statens makt kan innleires.

Denne analysen gir særlig grunnlag for en annen vurdering, dels av det *politiske* ansvaret (jf. kapittel 6 punkt 6.2 og 6.3), og dels av det *hierarkiske* ansvaret (kapittel 7), enn det enkelte har tatt til orde for i litteraturen. Det er imidlertid nødvendig å gå nærmere inn på hva som kan rettferdiggjøre denne forvaltningspolitikken, som pakkes ut nedenfor under

⁴²⁸ Sml. også Luhmann 1990 s. 48.

⁴²⁹ Se bl.a. Frankenberg 2014 s. 9 Også Davies 2011 s. 13 flg. for en kritisk gjennomgang.

⁴³⁰ Grønlie: «Slagstads politiserende embetsmenn», *Nordisk Administrativ Tidsskrift* 3, nr. 88, 2011, s. 220–26 s. 224.

⁴³¹ PwC 2021 s. 39.

⁴³² Sml. også Davies 2011 s. 57.

2.4.5. Selv om analysen har vært kritisk til etablerte måter å tenke om forvaltningen og dens organisering på, vil de normative diskusjonene reflektere at det finnes en relativt stor enighet i mye av litteraturen. Det viktigste er derfor å *utdype og presisere* utgangspunkter som det finnes relativt stor enighet om.

Utfordringen består nemlig i at hierarkiets makt *tilsløres* og utøves *strukturelt* via selve organiseringen. Det er ikke den personlige makten til statsråden eller for den del departementsråden som utgjør og reproducerer hierarkiet og den upersonlige statsmakten. Det er heller en *institusjonell materialitet* som *formidler og konstituerer* disse aktørenes individuelle makt. Selv juristene og økonomenes kamp mot hverandre (se over i 2.3.5) kan derfor forstås som en kamp mellom deres respektive institusjonelle materialiteter — en særegen spaltning i moderne forvaltningspolitikk, som samtidig reproducerer upersonlig makt overfor lavere nivåer. Spaltningen blir viktig når man skal vurdere hvilket ansvar styringsprofesjonene i hierarkiet har for å styre og kontrollere, og kanskje til og med sikre autonomien til, disse lavere nivåene, som er et dogmatisk problem i kapittel 7.

2.4 Legitimitet

2.4.1 Innledning til problemstillingen

Den andre delen av den teoretiske problemstillingen, er hvordan den makten delegering produserer, kan legitimeres. Legitimitetsvurderinger er også begrepsmessig forutsetning for hvordan retten har regulert delegering, jf. kapittel 3 punkt 3.5, som jeg også kommer tilbake til. I grove trekk reflekterer de alminnelige delegeringsreglene på den ene siden hvilken makt man har antatt at delegering skaper, og på den andre siden hvordan en slik makt kan legitimeres. Det er det siste jeg ønsker å pakke ut mine teoretiske forutsetninger om i dette punktet.

Legitimitet blir her omtalt som et normativt spørsmål, selv om jeg er innom legitimitetens empiriske dimensjoner nedenfor i punkt 2.5.7. Som et utgangspunkt vil jeg også primært være interessert i hvordan den makten som produseres kan legitimeres *innenfor rammen av det juridiske systemet*. Denne orienteringen har å gjøre med avhandlingens rettsvitenskapelige ambisjoner. Det er for eksempel åpenbart at ulike samfunnsforhold, som internett og økt offentlig diskusjon, internasjonalisering, økt faglig kunnskap og utdanning

i befolkningen, større innflytelse for interesseorganisasjoner (og en hel del annet) motvirker demokratiske utfordringer. Slike spørsmål ligger imidlertid utenfor prosjektets rammer. Spørsmålet jeg vil stille er hvordan man *via delegeringsreglene* som del av den juridiske styringsteknologien, bør regulere delegering, og dermed ivareta sentrale verdier.⁴³³ Opsahl uttrykker det sentrale poenget når han skriver at delegering er en type myndighetstildeling som «... iallfall meget ofte er legitim på betingelser og ikke minst med virkninger som må bli nærmere undersøkt».⁴³⁴ Spørsmålet som skal behandles i kapittel 4 til 7 er da: hvilke betingelser og virkninger må være til stede for at delegeringsadgang skal være legitimt?

Selv om diskusjonen som nevnt er normativ, vil jeg i praksis primært gå inn på spørsmål som ligger innenfor *rammene for det mulige i dagens strukturelle og institusjonelle betingelser*, av grunner som utdypes i kapittel 3 punkt 3.5.7. Diskusjonen ovenfor i punkt 2.3 har samtidig vist hva jeg anser som de sentrale betingelsene.

2.4.2 Hvorfor delegerer? Utgangspunkter

Det prinsipielle utgangspunktet er altså at er en type maktutøvelse som skaper ny makt for *politiske* og *faglige* aktører, samt for *styringsprofesjonene*. Samtidig skaper delegering *strukturell makt* ved at maktforhold i samfunnet innleires i de organisatoriske strukturene delegering forutsetter. Den første og vanligste begrunnelsen for at delegering kan skape makt for alle disse aktørene er den *demokratiske*.

At delegering skaper makt for *politikken* eller for *folkestyret* er ikke vanskelig å begrunne innenfor de moderne institusjonelle rammene, der menneskerettigheter og rettssikkerhetsgaranti sørger for at mindretallsvernet *alt i alt* er relativt godt ivaretatt.⁴³⁵ Et normativt premiss i denne avhandlingen kan sies å være at grensene (i grove trekk). for statsmaktens rolle *oftest er lagt på forsvarlig vis*. Diskusjonen må derfor handle om hvilke

⁴³³ At retten bør forsøke å ivareta bestemte normative verdier er det relativt unison enighet om, selv om dette åpenbart reiser en hel rekke andre spørsmål, se f.eks. Tuori: *Critical Legal Positivism*, Routledge, 2002 s. 263 flg., Mæhle: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*, Gyldendal akademisk, 2005 s. 74 og 157, Sand 1996 s. 62 flg., Doublet: *Rett, vitenskap og fornuft*, Alma Mater forlag, 1994 s. 122 flg., Fischer-Lescano 2012 s. 12, Shoikhedbrod: *Revisiting Marx's Critique of Liberalism*, Palgrave Macmillian, 2019 s. 140 og Johansen 2020 s. 88 sistnevnte med videre referanser.

⁴³⁴ Opsahl 1965 s. 21.

⁴³⁵ Interessant nok har Joseph Raz nylig oppdatert sitt begrep om «rule of law» til å også innebære *demokratiske* krav, og at «The rule of law requires that government action will manifest an intention to protect and advance the interests of the governed.», se Raz: «The Law's Own Virtue», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019, s. 1—15.

utfordringen som gjenstår for delegeringsreglene i en rettsstat, *etter at* fullmaktslovgivningen og dens problemer har blitt håndtert.⁴³⁶

Overordnet sett mener jeg i alle fall at de måtene grensene for det offentliges ansvar og innflytelse er trukket på en måte som kan forsvares, på en slik måte at den *politiske* makten delegering skaper ikke er et stort normativt problem. Som jeg utdyper i kapittel 4 kan offentlig ansvar særlig begrunnes i behovet for offentlig myndighet og tvang for å løse *komplekse* problemer. I tillegg mener jeg demokratisk intervensjon og velferdsstaten kan begrunnes i behovet for å *fordele sosial makt og innflytelse*. Begrunnelsene speiler også epistemiske og deliberative begrunnelser for demokrati.⁴³⁷ Disse to begrunnelsene er i hovedsak en *liberal* og en *sosialdemokratisk* begrunnelse for statlig makt, og jeg tror ikke de volder store utfordringer i dette arbeidet.⁴³⁸ Andre forvaltningsrettsforfattere stiller sjelden nærmere *krav* til hva som kan forsvare og legitimere ekspansjon av forvaltningen, jf. kapittel 5. Behovet for demokratisk regulering anser jeg også som nødvendig for å bevare viktige verdier mot upersonlige former for makt (jf. 2.2.7).

Det som er utfordrende å begrunne er heller delegeringen til *fagpersoner*, og særlig til *styringsprofesjonene*. I tillegg er det utfordrende å begrunne den *strukturelle* makten som også oppstår. Som jeg viser like nedenfor er svaret i hovedsak at disse formene for makt kan begrunnes som å være i *demokratiets tjeneste*.

Det kan samtidig bemerkes allerede her at fordi jurister er en del av disse styringsprofesjonene, så vil de normative kravene som *både metodisk og rettsdogmatisk* i noen grad måtte forstås i lys av denne begrunnelsen (se senere i punkt 2.4.6 og 3.4).

2.4.3 Faglig makt som midler i demokratiets tjeneste

Når det gjelder fagpersoner med ekspertise, jurister eller økonomer som styringsprofesjoner, ledere eller andre høytstående embetspersoner med lang fartstid, er det

⁴³⁶ Se bl.a både Castberg, 1953 [1933] og Andenæs: «Domstolenes stilling til Stortingets delegasjon av myndighet.» i Andenæs, Johs. red.: *Avhandlinger og foredrag*, Universitetsforlaget, 1962 [1953], s. 286—95, som tar opp dette sporet, og legger frem et utkast som mer eller mindre svarer til hovedpunktene i den moderne forvaltningsretten.

⁴³⁷ Se om epistemiske begrunnelser for demokratiet i Christensen 2021 s. 44 flg.

⁴³⁸ Se imidlertid kritikken fra Menke: *Critique of Rights*, Polity Press, 2020 s. 288, som kritiserer begge disse begrunnelsene, og med det, selve rettsformen som grunnlag for både politikken og legitimitet. Jeg kan ikke gå inn i denne kritikken her.

også gode grunner til å delegere til dem. I forvaltningsretten har spørsmålet først og fremst blitt besvart *negativt* ved et behov for avlastning eller desentralisering. Man har imidlertid også fremhevet at det i visse tilfeller kan være aktuelt å delegere til spesialiserte organer for å sikre rettssikker saksbehandling, eller til lokale organer for å sikre desentralisering.⁴³⁹ Formålet ved å delegere kommer jeg tilbake til i kapittel 5.

Joseph Heath utdyper med totalt åtte grunner til at man kan ville delegere til fagpersoner i byråkratiet. Disse er at den forvaltningen er flinkere til «... long-term planning ...» og «... maintaining consistency over time ...», at forvaltningen kan bruke «... better information ...» og foreta «... evidence-based policy analysis.» I tillegg vil byråkratiet fokusere «... on the general interest ...» og motstå «... democratic pandering ...» samt, «... maintaining constitutionality.»⁴⁴⁰ Disse minner i hovedsak om grunnene Ross identifiserer.⁴⁴¹ Fellestrekket for dem er grovt sagt at *fagpersoner* eller *permanente ansatte* har *bedre forutsetninger for å treffe gode beslutninger* enn politikere (i visse kontekster). Det betyr at politiske nivåer kan oppnå sine målsetninger *bedre* ved å overlate avgjørelser eller saksforberedelse til andre ved delegering. Ikke minst er delegering en grunnleggende forutsetning for velferdsstatens tjenesteytelse — politikere kan heldigvis ikke gi helsehjelp. Delegering til *jurister i forvaltningen* er også legitimt fordi *rettens metode* er innrettet for å ivareta legitimitet (med andre ord blir selve metoden jf. 3.4 et implisitt premiss *her*).

Fagpersoner som *forlengelse av demokratiet* er en begrunnelse man allerede finner hos Opsahl, som fremhever at «... alle offentlige organer direkte eller indirekte — gjennom sin oppnevning og kontroll — [er] folkets representanter».⁴⁴² Både politisk- og rettsteori har verdien av politisk representasjon blitt mer sentral de siste tiårene.⁴⁴³ Det er imidlertid først helt nylig at interesse for representasjon *innenfor forvaltningen*, eller for den *utøvende makt*, har blitt større.⁴⁴⁴

⁴³⁹ Se f.eks. Frihagen 1973 s. 14.

⁴⁴⁰ Heath 2020 s. 24—27.

⁴⁴¹ Ross 1959 s. 129: «Tidsnød; Stoffets tekniske karakter; Uforudsæte omstændigheder; Smidighed; Eksperimentering; Nødssituationer»

⁴⁴² Opsahl 1963 s. 1.9. Dette fremhever han også andre steder, se bl.a. Opsahl 1965 s. 125.

⁴⁴³ At det er en sammenheng mellom demokratisk legitimitet, rettsstat og representasjon, har etter hvert blitt en mer vanlig oppfatning i demokratiteori, se bl.a. Christensen 2020, s. 29 flg. Se også Disch, 2019 og Urbinati: «Representative constructivism's conundrum.» ibid. Edinburg University Press, s. 182—202, s. 182.

⁴⁴⁴ Se Heath 2020 s. 19: «Given that the state is constituted largely by the executive, it is surprising how undertheorized this branch of government is.», og Lægreid og Olsen: *Byråkrati og beslutninger: en studie av*

Som diskutert (spesielt i 2.2.8) vil imidlertid ikke de lavere nivåene nødvendigvis opptre i samsvar med demokratiets forutsetninger. Det ble jo allerede i punkt 2.2.3 pekt på at politikeres delegeringer til fagpersoner gir *makt til fagpersonene* også. Det er urealistisk å tro at «... representatives get together and democratically decide all major questions of public policy, which state officials then go off and implement.»⁴⁴⁵ Snarere, som fremheves av Christensen, Holst og Molander, er «the fact of expertise» et sentralt element ved forvaltningen (og moderne samfunn generelt). Forvaltningen er på godt og vondt befolket av en relativt permanent stab personer fra høyeste til laveste nivå, og den politiske ledelsen møter departementsråden slik en dilettant møter eksperten, for å låne Webers uttrykk.⁴⁴⁶ Man må derfor problematisere om forvaltningen har primært *avledet* demokratisk legitimitet, ikke minst fordi dens ‘usynlige’ innflytelse gjennom forberedelser og gjennomføring av avgjørelser, er så stor.⁴⁴⁷

Fagpersonenes selvstendige innflytelse er årsaken til at man introduserer *ulike former for kontroll*, blant annet av *hierarkisk* (i kapittel 6 og 7) og av *vertikal* karakter (se nedenfor i 5.7).

Måten man forstår disse kontrollformene på må imidlertid ta høyde for de teoretiske premissene foran. Selv om det finnes *muligheter for* maktmisbruk og uetisk atferd, så er det strukturelle nivåets forrang (jf. 2.2.7) et viktig argument for at det er upersonlige maktstrukturer som skaper de viktigste utfordringene. Den *institusjonelle materialiteten* og *egenlogikken* gjør at organet ikke direkte gjør som Stortinget ‘vil’. Men organene kan ikke selv noe for at de ikke er ‘lydige’. Demokratiets kontrollbehov beror dermed på upersonlig makt. Samtidig vil selve kontrollen — som er nødvendig på grunn av upersonlig makt jf. 2.2.4 — selv reprodusere den upersonlige makten. Man må dermed diskutere hvordan delegeringer og kontroll kan *begrunnes* i lys av hvordan man forstår de begrepene som ble diskutert i punkt 2. Samtidig peker denne sammenhengen fremover, fordi den *juridiske*

norske departement, Universitetsforlaget, 1978 s. 18. Se samtidig Opsahl: «En moderne forfatning under debatt, annen artikkel», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 75, 1962, s. 369—412 s. 388 om behovet for en statsrett som «... vil sette regjeringen i spissen, for skildringen av statsmaktene, slik kongen sto der før.»

⁴⁴⁵ Heath 2020 s. 32.

⁴⁴⁶ Weber 1978 [1922] s. 991.

⁴⁴⁷ Se omtalen i bl.a. Olsen 1989 s. 119 Olsen 2017 s. 42, Johan Christensen 2021 s. 15 og generelt budskapet til Porter 1995, se bl.a. s. 197.

kontrollen er selv en kontrollform, slik at både reglene for hvordan kontrollen skal skje (jf. kapittel 4 til 7) og metoden for å føre kontroll (jf. kapittel 3) berøres av dette spørsmålet.

2.4.4 Demokratisk legitimitet: Autorisering

Den første måten å føre kontroll på er *forhåndskontroll* i form av hvordan man velger ut de som skal *autoriseres* til å være ‘representanter’ for demokratiet. Hvem som autoriseres beror i noen grad på et konkret dogmatisk spørsmål om hvem som kan *delegeres til* i kapittel 4 og 5.

Rettens begrep om autorisering beror imidlertid vanligvis på begrepet om rettslige posisjoner (kompetanser, rettigheter, plikter, tillatelser, etc.), som allerede diskutert foran i 2.2.1. Den tradisjonelle forestillingen om staten som et representativt demokrati baserer seg på et bilde hvor statsmakten er en pyramide der signaler sendes fra folket i første ned til byråkratiet i siste instans. Gitt en slik modell formulerer egentlig Torkel Opsahl spørsmålet på en simpel men treffende måte. Spørsmålet blir hvordan kan man unngå «... hull i kjeden.»⁴⁴⁸ Det viktigste svaret har i juridiske fremstillinger vært *hierarkiet*.⁴⁴⁹ Formålet med å ha mekanismer for å autorisere og ansvarliggjøre, er at representanten (byråkratiet) skal være *respondere på* det delegerende organets ønsker.⁴⁵⁰ Det sentrale utgangspunktet er at ingen skal kunne opptre på demokratiets vegne som ikke *faktisk er* autorisert til å opptre på en slik måte, og at demokratiet kan skape gode organisasjoner ved å stille krav til hvem som autoriseres, prosedyrene som følges, og så videre.

Den normative verdien av autorisering kan begrunnes på flere måter.⁴⁵¹ Grunnleggende sett vil ‘inngangskriteriene’ til å delta i offentlig sektor spille en sentral *konstituerende rolle* for den institusjonelle materialiteten eller egenlogikken i ethvert organ.⁴⁵² Det sikre utgangspunktet om at *delegeringer* kan *tilbakekalles* er for eksempel et utslag av hensynet

⁴⁴⁸ Opsahl 1963 s. 1.18.

⁴⁴⁹ Se f.eks. også Strøm, 2006, Heath 2020 s. 51, Molander 2016 s. 60:

⁴⁵⁰ Pitkin 1967 sitt kriterium. Hun formulerer det ulikt på ulike steder, se s. 155, 166 og 209.

⁴⁵¹ Derimot er det naturligvis omfattende diskusjoner om hvordan man skal kunne avgjøre hvem som er eksperter, se bl.a. Christensen 2021 s. 61 flg. De argumenterer også (overbevisende) for at ekspertutvalg m.m. bør underlegges bestemte krav om tverrfaglighet, og andre mekanismer for å forbedre den epistemiske autoriteten til ekspertise, se s. 100 flg.

⁴⁵² Se f.eks. allerede Luhmann 1993 s. 188 om «members» og «nonmembers». Dette har også en *juridisk-metodisk dimensjon* i diskusjonen om polykonteksturalitet og spørsmålet om autoriserte mot ikke-autoriserte rettsanvendere, jf. også Doublet 1994.

til autorisering, og selv om det ofte antas å spille en praktisk liten betydning, så fungerer det trolig som en svært viktig måte å underordne forvaltningen hierarkiets makt: *Trusselen om tilbaketrekning* er en upersonlig ris bak speilet som sjelden brukes — men som finnes.

Et moment man historisk sett har tillagt betydelig mye vekt, er at delegering er en særlig form for autorisering hvor den som autoriserer noen til å utøve myndighet *selv besitter* den samme myndigheten (se kapittel 4, punkt 4.2.4).⁴⁵³ I en situasjon hvor forvaltningen i hovedsak traff beslutninger var denne begrepsoppfatningen isolert sett velbegrunnet, fordi den sørget for en *hierarkisk organisering* der første ledd svarte til forrige ledd. Implisitt var dette begrunnet i at det ble ansett som en fordel om A kjenner til hva myndigheten som B autoriseres til å bruke faktisk innebærer, samt at A dermed 'bevarte ansvaret' for B. Men som jeg viser i kapittel 4 og 6 har forvaltningen i dag mer differensierte former å drive forvaltning innenfor, og ansvarsformer å holde hverandre ansvarlig gjennom. Den upersonlige makten til hierarkiet *ivaretas på annet vis* (jf. kapittel 7).

Jeg behandler også andre elementer av hvordan autorisering foregår på fra et juridisk ståsted i både kapittel 4 punkt 4.4 og kapittel 7 punkt 7.5.3.6. Spørsmålet der er hvordan man skal tolke bestemmelser som legger myndighet til bestemte organer. Autorisering kan begrunnes på en *formell* måte, og en *substansiell* måte. Formelt forstått vil hensynet til autorisering av delegater primært bero på at noen som *kan autorisere faktisk har* autorisert i samsvar med de krav som gjelder for slik autorisering. Delegeringsreglene bør derfor sikre at det gjelder slike krav. Utfordringen oppstår først der man *mangler* autorisasjon. Kan denne tildeles *ad hoc* i etterkant? Eller hva med tilfeller der noen autoriserer «alle», for å slippe å foreta individuelle vurderinger? Den formelle siden av kravet om autorisering kan begrunnes i *gjennomsiktighet*: Hvilke aktører som utøver makt på statens vegne bør være noe offentligheten enkelt kan få innsikt i. Tildeling *ad hoc* eller til en ubestemt gruppe, vil derfor være betenkelig.

Et slikt perspektiv kan suppleres med *substansielle* grunner: Hvilke personer mener man er skikket til å opptre som delegat? Generelt i forvaltningen vil autoriseringsprosesser av ulikt slag basere seg på ulike grunnlag. Ansettelsesprosesser følger kvalifikasjonsprinsippet, og avhengig av sektor suppleres det med særskilte krav om kompetanse eller utdanninger.

⁴⁵³ Se f.eks. definisjonen av delegering i kapittel 1 punkt 1.1.5.

Dermed tilpasses offentlig sektor maktforholdene i *utdanningssystemet* som baserer seg dels på *meritokrati*, men som i stor grad derfor også reflekterer maktforhold i samfunnet.⁴⁵⁴ Ved kjøp av varer og tjenester er anbudsprosedyren betingelsen for å bli ‘autorisert’ som leverandør for staten. I så fall skapes sensitivitet for økonomisk makt. Man kan imidlertid også tenke seg korporative ordninger, og her bør man ha prosedyrer for å sikre at de involverte faktisk representerer medlemmer.⁴⁵⁵ Ved bruk av eksperter av ulikt slag kan det også være grunner til å kreve balanse mellom fagprofesjoner, eller lignende. Alle disse autoriseringsprosedyrene er i utgangspunktet normativt lette å forsvare.

Litt vanskeligere kan det være når man trekker inn hvordan man kan unngå å autorisere personer som kan misbruke autoriseringen: Inhabilitetsreglene, regler som sikrer at bukken ikke passer havresekken, og så videre, er eksempler på begrensninger som kan begrunnes på en slik måte. Alle eksemplene handler om å sikre at den som gjør noe på statens vegne har (eller ikke har) særlige egenskaper. Man burde tenke likt om delegater: Den som skal opptre som delegat på et område bør være *skikket til dette ut fra de normative kravene som ellers gjelder for personer som opptre på dette området*.⁴⁵⁶

Autorisering kan også begrunnes ved at det er nødvendig å angi et *formål* med de organisatoriske beslutninger man treffer, og de delegeringer man gjennomfører.⁴⁵⁷ Utvelgelsesprosedyren sikrer demokratisk legitimitet for den organisasjonsformen man har valgt, og vil samtidig kunne fungere som en måte å kritisk vurdere behovet for styring.

Samtidig har autoriseringsprosedyrer mulige baksider — de skaper upersonlig makt. Faglige kvalifikasjoner styrker for eksempel profesjonenes makt, og profesjonen selv definerer jo i stor grad hvem som anses å høre til ‘de kvalifiserte’. Strenge krav til autorisering er viktige grunnlag for profesjonskamp. At staten i stor grad er den som kan kvalifisere gjør samtidig profesjonene avhengig av statsmakten. Dermed styrkes den faglige makten og egenlogikken, sammen med statens egen makt. Et annet eksempel er at bruk av tilbud som prosedyre for utvelgelse av hvilke aktører som skal få løse oppgaven. En slik

⁴⁵⁴ Sml. f.eks. omtalen av utdanningsystemet i Bugge 2004.

⁴⁵⁵ Dette fremheves bl.a. av Backer 1978 s. 162.

⁴⁵⁶ Det er nok noe i denne retning Smith 2022 s. 188 mener med at delegering til organisasjoner forutsetter at denne befinner seg «i forlengelsen av vedkommende forvaltningssektor.»

⁴⁵⁷ Eriksen: «Accountability and the Multidimensional Mandate», *Political Research Quarterly*, 2020, s. 1-13 s. 374.

prosedyre forutsetter at den oppgaven man skal autorisere noen til å gjøre, er stykket opp på en slik måte at man kan føre en fornuftig konkurranse om den. Dermed må man i noen grad redusere vekk elementer av oppgaven, som kan være normativt betenkelig. Generelt sett forutsetter også regler om autorisering at bestemte deler av forvaltningens virksomhet blir markert som det man behøver autorisering *for*, og at visse sider av forvaltningsvirksomheten er viktigere å autorisere enn andre. Her blir man lett fanget i *juridiske* styringsteknologier, for eksempel kompetansebegrepet, som blir sentralt i kapittel 4. Det er derfor behov for ulike avveininger.

Oppsummeringsvis forutsetter hensynet til autorisering at de som faktisk opptrer på vegne av demokratiske organer, blir *autorisert* i samsvar med nærmere angitte prosedyrer. Slik autorisering kan være rent formell, og handler i så fall om å sikre at det politiske nivået har en hånd på rattet. Alternativt kan det handle om substansielle trekk ved de som blir autorisert. Disse spørsmålene kommer tilbake senere i avhandlingen, men de normative begrunnelsene må samtidig ses som nødvendige konsekvenser av behovet for å skape en institusjonell materialitet og egenlogikk i en verden der det strukturelle har forrang (jf. foran i 2.2.8 og 2.2.9).

2.4.5 Demokratisk legitimitet: Ansvarliggjøring

Ansvarliggjøring er nok mer diskutert enn autorisering.⁴⁵⁸ Ansvar kan på det mest abstrakte defineres som en relasjon hvor noen har en sosial forpliktelse til å forklare seg overfor andre.⁴⁵⁹ Den enes ansvarliggjøring av den andre fungerer derfor som en upersonlig makt overfor den tredje, og ansvarsstrukturer er derfor grunnleggende i institusjonsbygningen i moderne samfunn (jf. foran i 2.2.4 og senere belyser dogmatisk i kapittel 6 og 7.) Premisset for alle de ulike ansvarsformene retten gir grunnlag for er imidlertid noenlunde sammenfallende. Det velbegrunnede poenget er det samme som autorisering — nemlig å introdusere *sensitivitet* til de eksterne virkningene av organets virksomhet. Politisk ansvar skaper sensitivitet til politikkenes upersonlige makt, faglig ansvar skaper sensitivitet til

⁴⁵⁸ Olsen 2017 s. 4: «Accountability has become a buzzword and an ‘obsession.’ It has been hailed as a democratic panacea, securing learning, improvement, and progress, and a threat to trust relations, effectiveness, and efficiency.»

⁴⁵⁹ Se f.eks. Bovens, 2007 s. 184: «... a social relationship in which an actor feels an obligation to explain and to justify his or her conduct to some significant other.», med videre henvisninger. Dette gir et svært vidt begrep fordi det er tilstrekkelig å føle seg forpliktet, men det er hensiktsmessig ettersom det er i stand til å fange opp den formen for «ansvar» som man «føler» i kraft av hierarkiets strukturelle makt.

profesjonens normer, og så videre (f.eks. kravene til juridisk metode, jf. nedenfor i 3.4). Som kontrollform er derfor ansvarliggjøring avgjørende for å sikre forvaltningens demokratiske forankring — men også andre formål.

Formålet med ansvarliggjøring som hensyn er å sikre at den ansvarlige (i denne avhandlingen delegaten) gjør som den andre (det delegerende organ) ønsker eller har forutsatt. Behovet for ansvarliggjøring vil derfor variere med kompleksiteten eller skjønnet som agenten har. Ut over slike forhold kan det også eksistere en viss uenighet om ansvarliggjøring bør markere klander og gi offentligheten katarsis ved at noen må gå, eller om ansvarsmekanismer først og fremst bør fungere for å forhindre feil, og bidra til læring.⁴⁶⁰ Ansvar kan deles inn i *hva* ansvaret handler om, *hvordan* man blir ansvarliggjort, og *hvem* som kan stille hvem til ansvar.

Hva man blir stilt til ansvar for, beror på hva delegeringen angår, og hvilke kriterier delegaten skal arbeide etter. Man kan bli stilt til ansvar for å ikke levere forutsatte resultater, bryte lover, regler eller andre formelle forutsetninger, eller for å misbruke sin stilling. Delegeringsreglene bør sikre at målet delegaten skal arbeide etter, er tydelig kommunisert til både offentligheten og delegaten. En sentral utfordring her er at det delegerende nivået ikke er i stand til å utforme et klart formål. Mangelen på et formål kan ha å gjøre med et ønske om å overlate beslutningen (og derfor den politiske risikoen) til ansiktsløse byråkrater,⁴⁶¹ at mandatet er utformet som et kompromiss mellom ulike aktører, eller at det eksisterer flere motstridende mål, for å nevne noe.⁴⁶² Når man først ikke angir formål blir det senere vanskelig å vurdere hvilke feil som har oppstått. Ofte kan imidlertid vagheten være nyttig, fordi det gir rom for tilpasning til ulike maktforhold.

Hvordan man blir ansvarliggjort kan deles i to hovedgrupper. For det første kan man bli stilt til ansvar ved å måtte 'svare for' hva man gjør, det vil si, forklare hva man har gjort, hvorfor man har gjort det, og så videre.⁴⁶³ Krav om rapportering eller begrunnelse for

⁴⁶⁰ Se særlig tydelig om dette poenget Langvatn og Holst: «Expert accountability: what does it mean, why is it challenging - and is it what we need?», *Constellations*, 2022, s. 1—16 s. 8.

⁴⁶¹ Torstein Eckhoff 1960 s. 22: «... politicians may have a tendency to leave it to the administration to «discover» the existence of and take a stand on certain unpopular consequences. An endeavor is made to avoid the political burden that instruction of the administration on these issues may imply.»

⁴⁶² Se Sundström 2016 s. 151.

⁴⁶³ Molander 2016 s. 64 skiller mellom å gi grunner, og å rapportere.

beslutninger man har tatt, er et eksempel. Det er gode grunner til å tro at det har selvstendig verdi at aktører vet at de vil måtte rapportere om sin atferd, og på sitt beste gir slike begrunnelser anledning for utveksling av erfaringer mellom ulike nivåer i forvaltningen. I andre tilfeller vil imidlertid rapporter og begrunnelser standardiseres og ende opp som stivnede styringsteknologier. Det kan på den ene siden ha verdi for å skape standardisering. På den andre siden skapes en strukturell makt og potensial for at virksomheten blir tilpasset de aktuelle rapporteringskravene.

Den andre ansvarsformen er ulike typer *sanksjoner*. Sanksjonene kan strekke seg fra kritikk fra sjefen eller kollegaer, til å miste autorisasjonen til å drive yrket sitt eller å møtes med fengselsstraff. Et forvaltningsorgan kan miste budsjettmidler fordi de ikke leverte fastsatte resultater, bli ilagt bøter på grunn av lovbrudd, eller holdes erstatningsrettslig ansvarlig. Ved sanksjoner overfor enkeltpersoner er proporsjonalitet viktig. Men også overfor organer bør sanksjonene være tilpasset målet, slik at man ikke skaper en overdreven risikoaversjon og handlingslammelse.⁴⁶⁴ Delegeringsreglene bør derfor sikre at delegater rapporterer og kan sanksjoneres ved feil. Flere av styringsstrukturene som ble diskutert ovenfor er forsøk på å skape finjusterte kontroll- og sanksjonssystemer som gir autonomi og kontroll på samme tid.

Hvem som er ansvarets subjekt kan også variere, typisk fordi ulike subjekter har ulike ansvarsområder. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 6 kan man si at forvaltningsorganer i dag har et *differensiert* ansvar. Hvem som kan holde *andre* ansvarlig kan også variere. Både andre forvaltningsorganer, domstoler, og politiske nivåer har ofte en formell rolle. Offentligheten og pressen spiller imidlertid også inn. *Direkte-demokratiske* ansvarliggjøringsmekanismer, eller forsøk på å trekke borgerne inn i forvaltningen blir ofte fremsatt som et alternativ til byråkratiske ansvarliggjøringsmekanismer. Slike løsninger har imidlertid ofte svakheter, både knyttet til borgernes mulighet til å utøve innflytelse, og de intenderte virkningene av slik medvirkning.⁴⁶⁵ «Medvirkning» som organisatorisk prinsipp fungerer ofte som lite mer enn mekanisme for å sikre forvaltningen legitimitet eller

⁴⁶⁴ Se Olsen 1989 s. 34: «In the end, however, any such strategy faces an impossible dilemma: A contract that will adequately control a major political leader will at the same time so circumscribe behaviour in the role as to make effective leadership difficult. The alternative is to build a culture of trust in which trust is extended and honored because that is what is appropriate behaviour by appropriate political figures.»

⁴⁶⁵ Særlig om brukermedvirkning, se Davies 2011 s. 56 med videre referanser.

informasjon, og borgernes demokratiske deltakelse blir dermed et instrument for forvaltningen.

Naturligvis kan man eventuelt se en slik paternalisme som en *fordel*, slik Hegel gjør.⁴⁶⁶ Trepартssamarbeidet gir en viss innflytelse til arbeidsgivere og arbeidstakere, *samtidig som* man sikrer at partene ikke skaper ustabilitet i samfunnet. En mer progressiv tilnærming kunne derfor vært å fremheve at dersom organisasjonene ikke reelt sett fungerer representativt (slik maktutredningen av 1982 vektla), så ville det være *forvaltningens ansvar å gjøre dem representative*.⁴⁶⁷

Vanligvis bør man forsøke å sikre at subjektene som holdes ansvarlig, også er de som har kontroll og innflytelse. Her er det vesentlig at *det delegerende organ* vanligvis vil anses å ha kontroll og innflytelse *over delegaten*. Stortinget har derfor *kontroll over* Regjeringen. At forvaltningen akter seg for det politiske nivået *der dette har en oppfatning*, er et helt sentralt prinsipp i folkestyret.⁴⁶⁸ Parlamentarisk ansvar knesetter prinsippet (jf. kapittel 6 punkt 6.3).

Utfordringen er imidlertid som fremstilt foran, at maktforholdene i den moderne forvaltningen i begrenset grad er personlige maktforhold og enkeltutøvelser av makt. Delegering har skapt større avstand, og avstanden gjør ansvarliggjøring vanskeligere fordi makten utøves gjennom så mange *formidlinger*.⁴⁶⁹ Det normative spørsmålet som diskuteres her må derfor bygge videre på og inneholde diskusjonene foran i 2.2. Det *strukturelle*

⁴⁶⁶ Hegel: *Rettsfilosofien*, Vidarforlaget, 2006 [1821] s. 362 § 302: «... samtidig bidrar de til at de særegne interessene i lokalsamfunnene, i korporasjonene og hos enkeltindividene heller ikke blir isolert. Eller enda viktigere: Den forhindrer at enkeltindivider opptrer som en *masse* eller en *hop* med uorganiserte meninger og viljesytringer, og at de blir en massiv makt i opposisjon til den organiske stat.»

⁴⁶⁷ Sml. kontrasten her St.meld nr. 44 (1982-1983) s. 23, hvor man uttrykker at «[d]emokratiske prinsipper tilsier at avgørelsene treffes av organer som opptrer på vegne av alle velgere, ikke bare det utvalg som er medlemmer av bestemte organisasjoner.», og bruker dette for å argumentere for å bygge ned korporative strukturer. Det var nok en god idé, men normativt kunne man sagt at forvaltningen hadde et ansvar for å gjøre disse strukturene mer demokratisk.

⁴⁶⁸ Heath 2020 s. 33: «... in the event of intractable conflict between the three branches, it is ultimately the legislature that gets to decide».

⁴⁶⁹ Iancu 2012 s. 220 som utdyper forskjell på første- og andreordens beslutninger.

nivåets forrang gjør at det vanligvis vil være lite hensiktsmessig å plassere ansvar på den enkelte.⁴⁷⁰

Formålet med å plassere ansvaret hos den daværende statsråden blir i praksis, slik Luhmann skriver, å bedrive rituell ofring.⁴⁷¹ Både Heath og Sand går på samme måte langt i å antyde at hierarkisk ansvar er problematisk eller av mindre betydning, av denne grunn.⁴⁷² Spørsmålet om konstitusjonelt og politisk ansvar diskuteres mer utførlig i kapittel 6, punkt 6.2, mens hierarkisk ansvar innenfor forvaltningen diskuteres i kapittel 7. To overordnede momenter kan likevel nevnes her. Det første er at virkningen av statsrådets *potensielle* ansvar er en sentral betingelse for forvaltningens underordning under folkestyret. *Poenget* med parlamentarismen er nettopp *folket* sin ansvarliggjøring av *staten*, selv om *formen* er Stortingets ansvarliggjøring av Regjeringen. Det er derfor 'bare' juridiske styringsformers manglende evne til å fange inn strukturell makt, som gjør at man må rette ansvaret mot statsrådets personlig.

Den andre grunnen har å gjøre med at det er i staten og hierarkiets interesse å skape strukturell heller enn intensjonell makt, og at det ofte er fra hierarkiet selv at slike organisasjonsprosesser drives. Som jeg også viste foran i 2.3: Ingen *tvinger* Regjeringen til å akseptere at en virksomhet blir reelt eller formelt uavhengig. Det er helt rett at Regjeringen er bundet på hender og føtter av strukturelle betingelser, som den riktignok ofte selv har sørget for å skape. Samtidig er det åpenbart *ingen andre* enn Regjeringen som er *mindre* bundet av slike strukturelle betingelser, og som har større makt og handlingsrom. En annen holdning enn den man vanligvis finner i dag, er for eksempel regjeringens vurdering av maktutredningen. Man fremhevet der at ekspertisens innflytelse i forvaltningen var problematisk i «... lys av de demokratiske prinsipper ...», men likevel «... nødvendig og uunngåelig.» De formulerte det derfor som «... politikernes oppgave å organisere det politisk-administrative apparat og utøve den politiske vilje og besluttsomhet som er nødvendig ...».⁴⁷³

⁴⁷⁰ Se f.eks. NOU 1982:3 s. 54: «Forestillingen om statsrådsansvarlighet og den politiske ledelsens styringsrett ble utformet i en periode hvor det var færre og enklere beslutninger å treffe.»

⁴⁷¹ Luhmann 1993 s. 195.

⁴⁷² Se videre Heath 2020 s. 54 flg. for en kritikk av den hierarkiske modellen.

⁴⁷³ St.meld. nr. 44 (1982-1983) s. 19.

Som ble vist foran beror imidlertid også spørsmålet om hva som er «politisk» forankret i bestemte organisatoriske strukturer.⁴⁷⁴ Den viktigste måten politikken kan sørge for å politisere er imidlertid nettopp ved å kreve at noe *blir politisert*.⁴⁷⁵ Som Luhmann fremhever gir opposisjonens kritikk «... expression to the power of impotence.»⁴⁷⁶ Med Carl Schmitt kan man si at det «... politiske må ... være å finne i egne endegyldige distinksjoner ...», det vil si, det politiske er et separat sosialt område som selv bestemmer hva det angår.⁴⁷⁷ For Schmitt angår det politiske forholdet mellom *venn og fiende*, mens Luhmanns variant av denne binærkoden angår forholdet mellom *posisjon og opposisjon*.⁴⁷⁸ Ingen kan derfor bestemme på forhånd hva som er politisk.⁴⁷⁹ Fraværet av et klart svar gjør samtidig at embetsverket må ha fingerspissfølelse, og ikke sette sin statsråd eller sitt formannskap i forlegenhet.⁴⁸⁰

En ytterligere grunn til å forsvare ansvarliggjøring er derfor at det kan betraktes som et gode — og som en måte å sikre både legitimitet og stabilitet på. Politiske kriser — nesten på samme måte som kapitalismens økonomiske kriser — gir anledning til å stanse opp og vurdere om valg man har tatt er rett, og til en ny kalibrering av maktforholdene i forvaltningen.⁴⁸¹ Krisenes muligheter understrekes av Olsen, som poengterer at klarheten skaper ansvarliggjøringsprosesser som er *mer åpne*. Olsen fremhever at ansvarliggjøring kan fungere som både «... order-maintaining routines and ... as order-transforming politics».⁴⁸² Nyere utviklingstrekk der statsråder ‘tar ansvar ved å bli sittende’, illustrerer at også politiske kriser kan foregå uten å skape de store sjokkbølgene.

Det parlamentariske ansvaret har klare svakheter for å oppnå disse formålene. Samtidig, som jeg utdyper i kapittel 7, er en mer nyansert juridisk regulering også mulig. I dagens

⁴⁷⁴ Som Sundström 2016 s. 164 fremhever spiller tillit en viktig rolle her, og at man i Sverige har «... tjänstemän [som], för det mesta, förstår och accepterar att frågor som vid en tidpunkt kan uppfattas som små, tekniskt och ‘administrativa’, vid andra tillfällen kan uppfattas som mycket politiska.»

⁴⁷⁵ Se Opsahl 1965 s. 125 som fremhever treffende at hva delegeringsadgang påvirker er «... opposisjonens muligheter for å bli hørt.»

⁴⁷⁶ Luhmann 1990 s. 47.

⁴⁷⁷ Schmitt: *Begrepet om det politiske*, Vidarforlaget, 2007 [1932] s. 41—42.

⁴⁷⁸ Luhmann 1990 s. 47.

⁴⁷⁹ Slik sett er jeg enig med Iancu 2012 s. 273.

⁴⁸⁰ DFØ 2021 s. 40: «En sentral side av departementenes sekretariatsrolle overfor politisk ledelse er å ivareta statsrådets konstitusjonelle og parlamentariske ansvar samt å unngå at statsråden stilles i forlegenhet.»

⁴⁸¹ Sml. Mau 2021 s. 300: «... en krise er en pragtfuld mulighed for at styrke kapitalens greb om livet. Det bør vi andre også notere os.»

⁴⁸² Olsen 2017 s. 21.

institusjonelle kontekst der kontrollen er ganske omfattende med de fleste andre, mener jeg det er grunner til å stille større krav til den *demokratiske* ansvarliggjøringen av styringsprofesjonene og ledere i forvaltningen (som imidlertid forutsetter en nyansering av hvilket handlingsrom *jurister selv har*, som er et teoretisk spørsmål senere i 2.5, og et metodisk spørsmål jf. kapittel 3 punkt 3.1). I likhet med Pedersen mener jeg det er en fare for at den juridiske og økonomisk-administrative styringen av lavere nivåer er på kollisjonskurs med disse nivåenes autonomi.⁴⁸³ En viktig årsak er at jurister og økonomisk-administrative aktører ikke ‘snakker’ sammen (som vist foran i 2.3.5).⁴⁸⁴ Illustrerende nok er både Bernt og Boe svært opptatt av å sikre bedre juridiske kontrollbetingelser *fordi* de er skeptisk til en overdreven *budsjettdisiplin*.⁴⁸⁵ Styringssystemene blir derfor grunnlag for å legitimere ny styring. Selv om Bernt og Boes kritikk er treffende på enkelte punkter (se like nedenfor i 2.4.7), vil en viktig nyanse derfor være mulig å utvikle ved å spørre hvordan man kan komme seg ut av denne kontrollspiralen. Det er delvis et metodisk-juridisk problem (jf. 3.5.8), men også et spørsmål om ansvaret til organene som kontrollerer andre demokratisk (ved juss, budsjett eller andre styringsformer) som er et dogmatisk problem i kapittel 7.

Oppsummeringsvis kan ansvar forstås langs flere dimensjoner, og innrettes på ulike måter. Det prinsipielle utgangspunktet er at ansvar bør skape sensitivitet for bestemte maktforhold, og derfor er det sentralt at ansvarliggjøringen av staten foregår på en måte som skaper sensitivitet for offentligheten og demokratiet. Selv om styring av moderne stater er komplekse, beror til syvende og sist strukturene på maktforhold som er i statens interesse, og derfor er det sentralt å opprettholde ansvarsstrukturene som en mulighet for å *synliggjøre* de strukturelle maktforholdene, og å gi anledning til å utfordre dem.

2.4.6 Ekspertisens faktum og faglig forsvarlighet

Diskusjonen hittil har tatt for gitt at hvordan man skal innrette ansvarsformer og autoriseringsprosedyrer er noe man enten har kunnskap om, eller ikke behøver å vite noe om — ansvaret har blitt sett på som et middel. Imidlertid peker nyere teori ofte på et problem

⁴⁸³ Pedersen 2011 s. 223.

⁴⁸⁴ Se nærmere omtale i Askim: «The Role of Performance Management in the Steering of Executive Agencies: Layered, Imbedded or Disjointed?», *Public Performance and Management Review*, 2015, s. 365—94 s. 384: «... decisions about how to play the performance management instrument are made without much concern for harmony with other instruments.»

⁴⁸⁵ Boe: *Forsvarlig forvaltning*, Universitetsforlaget, 2018 s. 159: om behovet for «... forebyggingstiltak ...» som skal «... hindre at myndighetene lar seg forblinde av tenkelige effektivitetsgevinster».

med slik tenkning: Hvordan kan politikere (eller jurister, økonomer, statsvitere) vite hvem som vet best — hvem som bør autoriseres, eller hvem som bør få holde hverandre til ansvar? Hvilke faglige forutsetninger delegater bør ha blir samtidig et dogmatisk spørsmål i kapittel 4 og 5. Denne litteraturen tydeliggjør da at faglig autonomi og kvalitet ofte tjener demokratiet, men samtidig og i lys av begrepet om institusjonell materialitet og egenlogikk vil det i utgangspunktet være vanskelig å vite *hvordan* noen kan ‘tjene’ demokratiet på en slik enkel måte. Som fremheves av Molander, Christensen og Holst:

«Strikingly, epistemic worries are often underplayed, if at all considered, by those who defend an increasing role for experts in policymaking»⁴⁸⁶

Hvis man må sikre at eksperter faktisk er eksperter, så reiser det et viktig spørsmål: Hvordan kan man sikre at avgjørelser som avgjøres på et faglig grunnlag, avgjøres på *faglig forsvarlig* grunnlag? Utgangspunktet her må imidlertid forstås i lys av de forutgående diskusjonene av fagprofesjoners egenlogikk og institusjonelle materialitet — man kan for eksempel ikke kreve eller forutsette at fagpersoner i forvaltningen skal treffe «sanne» beslutninger, men må forstå deres oppgaver og roller som resultater av kompleksitet og upersonlige maktforhold. Samtidig er det viktig å peke på at de kravene man (som jurist) stiller til *andre fagprofesjoner*, også må gjelde *juristene som profesjon selv*, som blir et metodisk problem i kapittel 3, og et problem for *jurister* som kontrollerende eksperter (i kapittel 6 og 7). Her kan jeg bare skissere noen ganske overordnede utgangspunkter.

Som særlig betones av Molander er faren for at faglige aktører har en viss *hybris* og *tunnelsyn* relativt stor.⁴⁸⁷ Fagpersoner tror ofte de kan mer enn de egentlig kan, og at deres kompetanse om *en del* av saken, for eksempel gjør dem i stand til å håndtere *andre deler* av saken. Langvatn og Holst oppsummerer for eksempel at

«... research in cognitive psychology shows that expert judgments are more exposed to elementary fallacies than we like to think Experts have also a dubious reputation as forecasters ... and tend to be systematically biased in favor of their

⁴⁸⁶ Christensen 2021 s. 60.

⁴⁸⁷ Molander 2016 s. 25 om usikkerhet og s. 40 flg. om heuristikker.

own discipline and frame problems so they fall within their preferred intellectual matrixes ...»⁴⁸⁸

Man bør derfor ha mekanismer som forhindrer denne formen for falsk selvsikkerhet (noe som også omfatter *rettsvitenskapen*, jf. kapittel 3). Et viktig tiltak for å oppnå målet er at fagpersoner blir stilt til ansvar og må rettfærdiggjøre sine beslutninger, altså at de må argumentere overfor andre som ikke er en del av deres faggruppe (jf. foran i 2.2.8). Flerfaglighet, eller at en politiker stiller ‘dumme’ spørsmål, vil være viktige mekanismer her.

Når saken først er overlatt til ‘de rette’ ekspertene, bør det også sikres at disse ekspertene opptrer innenfor *faglig forsvarlige rammer*. Mange av disse rammene finner man i *andre deler av* forvaltningsretten, og diskusjonen av dem hører hjemme der (for eksempel diskusjonen om ulike grader av skjønn, saksbehandlingsregler, osv.). Delegeringsreglenes bidrag er å skape organisatoriske rammer. Slike rammer kan handler om å skape fagmiljøer der man har tilstrekkelig mange kollegaer til at det kan oppstå et sunt fagfellesskap (en egenlogikk), eller de kan være mer omfattende, og forsøke å gjøre et fagfellesskap ansvarlig overfor andre organer (skape institusjonell materialitet). Disse spørsmålene blir særlig aktuelle i kapittel 5 når jeg spør hvilken adgang det bør være til å delegere. I hovedsak vil autoriserings- og ansvarliggjøringsmekanismer som har *faglig grunnlag* spille en sentral rolle.⁴⁸⁹ Delegeringsreglene bør sikre at det skapes og vedlikeholdes slike mekanismer.

Samtidig vil organisering av faggrupper gi opphav til den typen faglig (og upersonlig) makt som ble tatt utgangspunkt i, i punkt 2.2. Dermed oppstår det en *spenning* mellom den faglige forsvarligheten og de formene for hierarkisk styring som delegeringsreglene *også* forutsetter, som man vil vurdere ulikt avhengig av de forutgående diskusjonene om makt.⁴⁹⁰ Ekspertenes epistemiske autoritet hviler på at de deltar i et relativt autonomt fagfellesskap uten sterk politisk innblanding. Dersom overordnede i for stor grad blander seg inn i det som hører under ekspertenes kunnskapsområde, så undergraves fagligheten. Den faglige

⁴⁸⁸ Sml. også Langvatn 2022 s. 9:

⁴⁸⁹ Molander 2016 s. 65–75 gir en rekke forslag til hvordan fagpersoner kan ansvarliggjøres.

⁴⁹⁰ Også forsøk på å gjøre eksperter ansvarlige overfor offentligheten kan skape slike problemer, se bl.a. Castiglione: «Rethinking deocratic representation: eight theoretical issues and a postscript.» i Lisa Disch, Mathijs van de Sande og Nadia Urbinati red.: *The Constructivist Turn in Political Representation*, Edinburg University Press, 2019, s. 21–47, s. 30 og drøftelsene i Christensen 2021 s. 105.

makten beror derfor på at det kan skapes *upersonlige faglige* heller enn *upersonlige juridiske* strukturer. Rettslige og økonomiske styringsinstrumenter da også ofte som en trussel mot en slik faglighet, og den såkalte tillitsreformen er et uttrykk for denne frustrasjonen.⁴⁹¹ Hvordan har man håndtert disse utfordringene?

Som belyst foran i punkt 2.3.6 har man i stor grad forsøkt å kombinere faglig makt med demokratisk styring, ved for eksempel å *ikke* stille krav til faglighetenes *innhold*, men heller til dens *resultat*. Man får derfor noe tilsynelatende «objektivt» å kontrollere, som særlig poengteres av Porter.⁴⁹² Statens veileder om styring skiller for eksempel mellom «innholdsmessig styring og styring av volum (omfang) ...» eller styring av «... aktivitet og effektivitet».⁴⁹³ Disse utfordringene oppstår imidlertid også for *retten* som styringssystem (jf. 2.5.6). Teknikkene som skal minske avstanden mellom politikere og byråkrater skaper derfor en materialitet hvor politikere overbelastes.⁴⁹⁴ Som Heath fremhever skapes samtidig en situasjon der «a manager told to serve two masters has been freed from both and is answerable to neither».⁴⁹⁵

Begrepene om institusjonell materialitet og egenlogikk (jf. foran i 2.2.10) og de strukturelles forrang skaper derfor en situasjon hvor ulike fagprofesjoner kolliderer med hverandre som følge av upersonlig makt (jf. foran i 2.3.10). Samtidig må disse kravene til faglighet inkludere juristene selv. Et problem er samtidig at selve konflikten mellom disse aktørene i noen grad er avhengig av juridiske normer som pålegger de ulike aktørene å kontrollere hverandre (jf. kapittel 7). Disse juridiske normene er imidlertid i seg selv nødvendige fordi alle aktørene ikke underordner seg Stortinget, noe som ikke er aktørenes skyld, men selv en virkning av en lang rekke momenter — herunder retten, konflikten mellom styringsprofesjonene (ovenfor i 2.3.5), og videre og videre. I seg selv er for eksempel spørsmålet om å sikre faglig forsvarlige forvaltningsorganer et spørsmål som påvirker de

⁴⁹¹ Se nærmere Kommunal- og distriktsdepartementet 2022. Lignende trender i Sverige Sundström 2016 s. 146.

⁴⁹² Porter 1995 s. 229.

⁴⁹³ Sml. Moderniseringsdepartementet 2005 s. 26.

⁴⁹⁴ Sml. Sundström 2016 s. 153: «De nuvarande styr- och granskningssystemen, som kräver rapportering om snart sagt varje handling, dess konsekvenser och kostnader, riskerar således inte bara att leda till att förvaltningens tjänstemän spenderar orimligt mycket tid åt att på skakiga grunder analysera händelsekedjor och fylla i formulär om resultat – och detta på bekostnad av sina egentliga uppdrag ... utan systemen riskerar också att överlasta regeringen.»

⁴⁹⁵ Heath 2020 s. 91.

juridiske domstolene, organer som sivilombudet, lovavdelingen og juristers rolle i forvaltningen, som i neste omgang påvirker *den juridiske metode* (jf. kapittel 3.5.7).

2.4.7 Et begrep om demokratisk egenverdi

I lys av diskusjonen hittil er det på den ene siden klart at *upersonlige maktstrukturer er legitime og nødvendige elementer av et moderne samfunn*. Likevel inneholder de dilemmaer, og burde ikke brukes ukritisk. Det åpenbart ønskelige ved rettsreglers evne til å skape standardisering og å fungere som maktstruktur tas kanskje lengst av Boe, med hans begrep om «forsvarlig systeminnretning».⁴⁹⁶ Jurister kan imidlertid også gå for langt. Jan Fridthjof Bernt og Camilla Bernt har forsøkt å motvirke disse tendensene ved sitt begrep om god forvaltningsskikk, eller «Forvaltning med et menneskelig ansikt», som baksiden treffende formulerer saken.⁴⁹⁷

Retten vil imidlertid ikke *i utgangspunktet se* disse forholdene ved sin egen styringsteknologi (fordi den har en egenlogikk jf. foran i 2.2.8, med metodisk forankring jf. senere i 3.5.3). Jurister vil for eksempel anse ‘sin’ styringsteknologi som den samfunnet har fastsatt at er viktigst, eller i alle fall, rettmessig.⁴⁹⁸ På samme måte som alle styringsteknologier håndterer jo den enkelte jurist alltid bare *en* konflikt, og ser ikke den upersonlige makten styringen i det enkelte tilfellet skaper. *Andre fagprofesjoner* og tenkere har også rettet en slik *ekstern* kritikk mot retten. Samtidig vil denne eksterne kritikken ofte undervurdere det jurister ser på som viktige *interne* eller *institusjonelle* dimensjoner ved deres opptreden — for eksempel når økonomer sier ting som at rettsikkerhet kan «koste noe i form av mindre effektivitet».⁴⁹⁹

Denne dynamikken spiller seg imidlertid også ut fra innsiden av juristprofesjonen og til *andre profesjoner*.⁵⁰⁰ Retten frustreres av forutsetningene i økonomers regnestykker, men forstår dem ikke selv, og kan derfor egentlig ikke vite om frustrasjonen er velbegrunnet.⁵⁰¹ Konflikten kommer særlig på spissen i velferdstjenester med begrensede budsjetter, som

⁴⁹⁶ Boe 2018 s. 163.

⁴⁹⁷ Bernt 2018.

⁴⁹⁸ Se også, nyansert om dette: Smith: «Embetsverket i en brytningstid», *Juristkontakt* 7, 1997, s. 2—30 s. 28

⁴⁹⁹ Se ovenfor i 172.

⁵⁰⁰ Christensen 2021 s. 12: «How to judge the trustworthiness of expert judgments when you are not an expert yourself?».

⁵⁰¹ Også den andre veien: Moderniseringsdepartementet 2005 s. 7 om hensynet til «... de regler som gjelder ...».

Bernt fremhever.⁵⁰² Jurister ser samtidig ikke ‘verdien’ i budsjettssystemet, eller den den *institusjonelle materialiteten* som andre fagprofesjoners praksis springer ut av — hvilke maktforhold deres organisasjon bidrar til å opprettholde. Enkelt sagt: De enkelte profesjonene ser ikke det strukturelle nivåets forrang, og forholder seg til hverandre som om det ikke var *grunner bak* de andres opptreden. Som jeg også kommer tilbake til i kapittel 7 beror jo økonomens budsjettdisiplin på et rettsdogmatisk spørsmål om forholdet mellom de *juridiske forpliktelsene* som de ulike styringssystemene hviler på — og som *retten* dermed må ta «skylden» for (og som vist har det juridiske begrepet nettopp ‘overlatt’ saken til økonomer og andre, jf. 2.2.1, som metodisk spørsmål i 3.4.1).

Som allerede poengtert innledningsvis vil man juridisk sett bare ‘se’ organisasjoner som formelle bærere av kompetanse (eller rettsposisjoner). Det juridiske begrepet om organisering *reduserer andres organisasjoner* — som er sammensatte av en egenlogikk og institusjonell materialitet, i et forsøk på å skape autonomi innenfor det strukturelle nivåets forrang — til et «juridisk spørsmål», altså et spørsmål om rettslige posisjoner. For jurister består forvaltningen av organisasjoner i den grad de treffer lovlige eller ulovlige vedtak, eller utøver *tvang*, og dermed foretar *inngrep*. Som Johansen beskriver utførlig må organisasjonens faktiske virksomhet bli forsøkt *fanget inn via omveier*, av kreative jurister (jf. senere i 2.5.7).⁵⁰³ Dermed behøver ikke jurister å gjøre den faktiske virksomhetens *egenart* til et objekt for sin egen tenkning — de kan si at denne faktiske virksomheten hører til politikken, eller økonomien. Systemets press betyr naturligvis ikke at man ikke *faktisk ser* denne egenarten, men at det *juridiske systemet og dets begreper* forsøker å gjøre det unødvendig.

Utfordringen som da oppstår er at man tillater at systemet — i utgangspunktet — *reduserer vekk* måter sentrale juridiske verdier som faglighet, rettssikkerhet, demokratisk legitimitet og respekt for menneskeverd, som har blitt bakt inn i måten organisasjonen håndterer sitt arbeid på.⁵⁰⁴ Fra et økonomisk eller juridisk synspunkt blir slike forhold mindre synlige, fordi de ikke behøver å direkte få utslag innenfor egenlogikken til kontrollorganet. Over tid

⁵⁰² Bernt 2018 s. 221.

⁵⁰³ Sml. også Johansen 2020 s. 2: «Det som inte är ärenden eller som inte leder fram till beslut i gängse mening, har ansetts utgöra en sekundär restkategori som kallats faktisk verksamhet. Den dominerande föreställningen i den offentligrättsliga doktrinen har varit att faktisk verksamhet är en perifer aspekt av den offentliga förvaltningen.

⁵⁰⁴ Se for eksempel diskusjonene nedenfor i 4.4.5, 5.7.3 og 7.2.3.

skapes dermed et strukturelt press for å redusere vekk det systemet egentlig er avhengig av. Samtidig mener jeg denne reduksjonistiske tilnærmingen må ses som et mer generelt problem, og ikke bare en egenskap ved økonomisk tenkning (jf. imidlertid foran i 2.2.2).

Problemet kan illustreres ved en liten kritisk merknad til Bernt, som er skeptisk til overdrevent fokus på budsjettdisiplin, men samtidig klar på behovet for en *målsetningskontroll* med forvaltningen, forstått som «... måloppnåelse ved minst mulig ressursbruk.».⁵⁰⁵ Boe går også langt i å forutsette at man har store behov for målsetningskontroll, og er selv tilhenger av økt grad av standardisering av forvaltningens virksomhet.⁵⁰⁶ Både Bernt og Boes posisjoner deler jeg som utgangspunkt, jf. like ovenfor, fordi politikkenes innflytelse er selve grunnlaget for folkestyret, og standardisering er nødvendig i relativt stor grad.⁵⁰⁷ Likevel er det nødvendig å nyansere bildet litt. Implisitt behandler de nemlig begge lokale etaters autonomi som *ledd i folkestyret* (se også kapittel 5) — som virkemidler for velferdsstaten, og objekter for juridisk målsetningskontroll.

Joseph Heath gir en teoretisk mer utviklet versjon av både Bernt og Boes poeng. Han fremhever nemlig pareto-effektivitet som et *normativt* kriterium. Pareto-kriteriet brukes vanligvis av økonomer eller samfunnsvitere for å diskutere effektivitet.⁵⁰⁸ Pareto-effektivitet er en ideell tilstand hvor ingen kan få det bedre uten at noen andre får det dårligere. Heaths poeng er enkelt nok at det vil være *uetisk* å ikke forsøke å oppnå en pareto-effektiv tilstand, hvis en slik tilstand er mulig. For eksempel vil det være uetisk for en kommune å ikke gi A helsehjelp, når kommunen har helsepersonell tilgjengelig, fordi helsehjelpen som gis til A ikke har kostnader for noen andre. Formålet med målsetningskontroll er nettopp å avdekke denne typen situasjoner, og å *maksimere ressursutnyttelsen*. Samtidig vil bedre ressursutnyttelse, fra et juridisk perspektiv, også 'maksimere' hvordan lover og regler ivaretas, helsehjelp gis, osv.

⁵⁰⁵ Bernt 2018 s. 219 flg.

⁵⁰⁶ Boe 2018 f.eks. s. 160 om 'Pling-juss'.

⁵⁰⁷ Som jeg utdyper nærmere i kapittel 4 og 5 er imidlertid den underliggende forutsetningen om at organisasjoner primært behøver å ivareta juridiske krav (fra et juridisk perspektiv) sentral også hos andre forfattere.

⁵⁰⁸ Heath 2020 s. 159.

Heath er riktignok helt tydelig på at man ikke kan erstatte pareto med Kaldor-Hicks-prinsippet. Det siste prinsippet åpner nemlig for at man kan gjøre slik at A blir dårligere stilt, hvis A *får igjen fordelene på annen måte*. Som Heath peker på er et slikt perspektiv bare ren utilitarisme, og dermed bare et spørsmål om budsjettdisiplin.⁵⁰⁹

Spørsmålet er da om disse kontrollformene er i stand til å fange opp alle sidene ved virksomheten, eller om man underdriver (faktisk) *kompleksitet*, den *institusjonelle materialiteten* eller (normativt) virksomhetens demokratiske *egenverdi*. Som fremgikk foran vil dette bare i begrenset grad være mulig (jf. 2.2.9). Hele problemet er nettopp at en målsettingskontroll forutsetter at en sammensatt og kompleks virkelighet reduseres til en vurdering av om kommunens ressursbruk når brukere på en så effektiv måte som mulig (jf. også de kritiske merknadene i 2.3 og 2.4.5).⁵¹⁰

Målsettingskontrollen forutsetter at hvordan arbeidet *i seg selv* ikke behøver å bli vurdert. «Benchmarking» der ulike enheter utnyttelse av ressursene er den mest abstrakte formen for kontroll av denne typen.⁵¹¹ I utgangspunktet forutsetter da pareto-kriteriet, egentlig at man *ikke* anerkjenner egenverdien til måten arbeidet var organisert på forut for kontrollen. Man 'ser' ikke at *organet selv* blir dårligere stilt. For eksempel vil det som fra styringsstrukturene se ut som effektiviseringspotensial, egentlig handle om å ivareta menneskelig verdighet, rettssikkerhet, brukeres behov, en anerkjennelse for naturens verdi, og så videre. Poulantzas formulerer spenningen som offentlige ansatte i velferdsstaten gjerne står i mesterlig, når han beskriver hvordan de blir «... caught between the hammer of the governmental apex and the anvil of social struggles ...».⁵¹²

Poengteringen av behovet for en viss varsomhet ved bruk av juridisk kontroll, betyr naturligvis ikke at *all* juridisk kontroll er like grovkornet, og jeg drøfter hvor omfattende kontrollen bør være som et rettsdogmatisk spørsmål i kapittel 7. Drøftelsen illustrerer likevel en oppfatning som er felles for både politikere, økonomer og jurister (jf. også foran i 2.2.1, 2.2.3 og 2.4.3). Ekspertene eller andre offentlige ansatte anses som midler for demokratiet, og det er økonomene og juristenes jobb (på systemnivå, jf. 7.3) å sørge for at midlene fungerer godt, *på systemnivå*. Som personer vil folk ha ulike holdninger, som i noen grad selv blir et produkt av det strukturelle nivåets forrang og derfor formet av

⁵⁰⁹ Heath 2020 s. 191 flg.

⁵¹⁰ Se Supiot 2017 s. 181.

⁵¹¹ Se bl.a. nedenfor i note 1925.

⁵¹² Poulantzas 2014 [1978] s. 244.

samfunnet.⁵¹³ Heath fremhever for eksempel at de reflekterer en sosialliberal ideologi.⁵¹⁴ Man har anerkjent «... principles of efficiency, equality, and liberty, which form the normative core of modern liberal theories of justice.»⁵¹⁵ Omfattende organisatoriske reformer har for eksempel vært igangsatt ut fra en oppfatning om at det eksisterer muligheter for å effektivisere, men ikke hvor de finnes.⁵¹⁶ Dermed kan imidlertid disse systemene ikke *selv se* hvilke usynlige funksjoner (for retten, økonomien) som andres arbeid har.

Dermed blir likevel forsøket på å begrunne delegering fra et juridisk perspektiv en selvmotsigelse. Det er ikke mulig å vurdere om en delegat vil løse en oppgave bedre på demokratiets vegne, uten å forstå delegaten, dens egenlogikk og institusjonelle materialitet (jf. foran i 2.3). Høyere nivåers manglende evne til å forstå lavere nivåer blir også et høyst aktuelt rettsdogmatisk problem, som jeg viser i kapittel 5. Retten er nødt til i noen grad å forstå det den kontrollerer som noe mer enn et objekt for juridisk regulering — som en bærer av kompetanse eller pliktsubjekt overfor borgeren. Samtidig er retten i tråd med den juridiske metode (jf. nedenfor i 3.4) i utgangspunktet nødt til å fastsette en grense for hvor langt den vil gå i en slik forståelse, som også vist foran i 2.2.1. Denne grensen blir trukket som del av de juridiske organenes institusjonelle materialitet og egenlogikk. Grensen mellom det juridiske og det økonomisk-administrative blir selv en upersonlig makt (jf. 2.2.6).

Når retten likevel beveger seg ut av disse rammene, så kan det derfor ses som en konsekvens av kritisk refleksjon fra den enkelte juridiske aktør — den juridiske aktøren har valgt å gjøre noe mer enn å tenke gjennom rettens begreper (jf. 3.5.8.)⁵¹⁷ Juristen har sett mer enn retten, og bruker forskjellen som grunnlag for å tilpasse den juridiske kontrollen — noe som er den eneste måten å ivareta rettens formål: god juridisk kontroll. Man kan kanskje si det, med økonomene, at juristen utnytter informasjonsasymmetrien mellom seg selv og retten (se 2.2.2.). Vedkommende gjør det imidlertid til samfunnet, og ikke sitt eget beste. I en verden

⁵¹³ Dette spørsmålet er også empirisk undersøkt av Christensen: «The technocratic tendencies of economists in government bureaucracy», *Governance* 35, 2021, s. 233—57.

⁵¹⁴ Heath 2020 s. 92.

⁵¹⁵ Heath 2020 s. 45.

⁵¹⁶ Sml. også Olsen 1989 s. 75: «Although for many years most analyses of governmental expenditures have indicated that reorganizations cannot result in major savings, the rituals of reorganization seems to require symbols of economy and efficiency to be used.». Se f.eks. NOU 1988:28 *Med viten og vilje*.

⁵¹⁷ Denne kritikken rammer imidlertid også i noen grad Sand 1996, jf. kapittel 14 punkt 5, sitt begrep om refleksiv rett, hvis det forstås som at de lokale nivåene selv bare skal anerkjennes, ikke gjøres til et aktivt objekt.

der det strukturelle nivået har forrang, så er en slik handling kritisk til systemet, og en måte å ta ikke bli fanget av upersonlig makt.⁵¹⁸

Svaret på hvordan man kan begrunne delegeringer fra et juridisk perspektiv er derfor å finne *i en implisitt erkjennelse av noe utenfor retten*. I så fall forutsetter imidlertid det juridiske systemet selv en øvelse der *juristen* er kritisk til den juridiske institusjonen som vedkommende inngår i, og gjør noe *mer* enn det som den er pålagt jf. kapittel 7. Det forutsetter at juristen praktisk eller kognitivt anerkjenner at objektet som kontrolleres er *noe mer enn* det objektet er *for de juridiske styringsteknologiene* (som forutsetter metodisk at en slik erkjennelse er mulig jf. 3.5). Systemet kan derfor bare fungere gjennom et slikt menneskelig element (jf. foran i 2.2.4), samtidig som systemet forsøker å fjerne det (jf. senere i 2.5.4).

Løsningen er å anerkjenne *egenverdien* til det de kontrollerer, som samtidig er nødvendig for å få til å gjøre det man skal. *Juristen* kan samtidig forutsette at alle andre som den kontrollerer (økonomer, stortingspolitikere eller fagpersoner) anerkjenner egenverdien i det *juristen* gjør. Denne gjensidige anerkjennelsen av hverandres arbeid — til tross for det strukturelles forrang — gjør det dermed mulig å treffe beslutninger. Den *normative verdien* i måten en organisasjon har skapt en egenlogikk og en institusjonell materialitet på, som alle i forvaltningen i noen grad er nødt til å forutsette, er derfor *grunnlaget for tilliten* mellom de ulike aktørene, som ble forutsatt foran i 2.2.1.⁵¹⁹

Tillitens normative grunnlag har i noen sammenhenger vært diskutert som et spørsmål om *epistemisk autoritet*, der man antar at det har en egenverdi å overlate oppgaver og avgjørelser til personer som kan mye om saken.⁵²⁰ Det ligger for eksempel mye opparbeidet erfaring og kunnskap som man ikke kan ‘se’, bak en god faglig retningslinje fra direktoratet,

⁵¹⁸ Sml. også Luhmanns (for skarpe) distinksjon mellom operasjonell lukkethet og kognitiv åpenhet, og Foucaults begrep om kritikk som å være «the art of not being governed quite so much», jf. Thomas 2019 s. 364. Naturligvis åpner denne muligheten også for misbruk. Kritikken er lojal *gjennom* systemet.

⁵¹⁹ Dette har også metodiske implikasjoner for *dette* arbeidet, jf. kapittel 3. Gode utgangspunkter skisseres av Langvatn: «Legitimate, but unjust; just, but illegitimate: Rawls on political legitimacy», *Philosophy and Social Criticism* 42, 2015, s. 132—53, bl.a. s. 148: «A political philosophy for a constitutional liberal democracy should start from the central political-moral ideas and concepts we implicitly share in our political culture, and try to work them out, searching for wide and general reflective equilibrium.», sml. også Heath 2020 s. 91: «Liberal principles are privileged in my account, not on philosophical grounds, but because they are actually institutionalized in the basic structure of the modern welfare state, as well as in the prevailing ethos of the executive branch.». Se nærmere generelt omtalen også i Habermas: *Between Facts and Norms*, Polity Press, 1997 s. 415.

⁵²⁰ Sml. Christensen 2021 s. 13 og Langvatn 2022.

eller bak ekspertgruppers utredninger. Disse organene har gjennom mange små og 'smarte' grep, klart å skape seg en egenlogikk (jf. foran) som tillater at de kan treffe effektive beslutninger *samtidig som* man tar høyde for veldig mye vesentlig. Kritisk-systemteori og verdi-form-teori fremhever samtidig et perspektiv som går et skritt lenger, ettersom det generelt kan ha egenverdi å delegere til autonome sosiale aktører, selv om de ikke er kunnskapsprodusenter.⁵²¹ Det ligger en egenverdi i hvordan barnehagene bare rent fysisk er organisert, og hvordan det de ansatte *gjør* til det beste for barna er bygget på praktisk- og diskursiv erfaring og kunnskap.⁵²² Kort sagt bør man respektere måten *alle* sosiale aktører har klart å forme *både* den institusjonelle materialiteten *og* egenlogikken, på en måte som har trosset alle de upersonlige maktstrukturene og det strukturelle nivåets forrang.⁵²³

En slik gjensidig verdsettelse kan alle aktører i forvaltningen ha, ved å se at alle de strukturelle bindingene som *de selv* inngår i, *også* er bindinger for andre, samtidig som alle egentlig forsøker å bidra til fellesskapet.⁵²⁴ Begrepet om demokratisk egenverdi forsøker derfor å forklare hvordan demokratisk kontroll med det noen *gjør*, er mulig i en virkelighet der upersonlige maktstrukturer egentlig krever at ingen tar stilling til det hverandre *gjør* som noe selvstendig.⁵²⁵ Slik materialistisk teori lenge har argumentert for er den grunnleggende utfordringen i moderne samfunn der upersonlige maktforhold tvinger frem en situasjon der den enes arbeid primært opptrer for den andre som et middel eller en utfordring i ens eget arbeid — en *kald respekt*.⁵²⁶ Dermed skapes det et gradvis større skille mellom det som gir fellesskapet velstand, og det som styringsstrukturene kan verdsette.⁵²⁷

⁵²¹ Se generelt om denne litteraturen i Pitts, like nedenfor. Om produktivitetsbegrepet i verdiform-teori, se Postone 1993 154 og nærmere der om kapitalismens skille mellom materiell velstand og verdi.

⁵²² Som Poulantzas 2014 [1978] s. 54 beskriver er en av de sentrale upersonlige maktstrukturene i staten (som samfunnet generelt) selve skillet mellom manuelt og intellektuelt arbeid, som igjen forankres i organisatoriske strukturer, hvor man (for eksempel) skiller ut de 'intellektuelle' delene av arbeidet (f.eks. læreplanene), slik at det som gjenstår bare er å 'gjøre'. Dermed oppstår og underbygges samtidig skillet som et en *politisk* eller *kulturell* skillelinje, som skaper grunnlag for nedlatende holdninger, og lignende (se like nedenfor).

⁵²³ Heinrich 2012 [2004] s. 122.

⁵²⁴ Dette er nettopp grunnlaget også for selve *embetsmannsetikken*, se Fine 1984 s. 63.

⁵²⁵ I seg selv beror muligheten for *min* erkjennelse av denne muligheten dermed også på *at andre har* opptrådt i tråd med en slik etikk, se nærmere i kapittel 3.

⁵²⁶ Shoikhedbrod 2019 s. 113, se også Buckel 2020 [2008] s. 130: «Commodity fetishism and legal fetishism are thus two inseparably related aspects of an inverted 'topsy-turvy' existence under a capitalist mode of production in which humans are first reduced to abstractions, and then dominated by their own creations.»

⁵²⁷ Dermed speiler utviklingen innenfor forvaltningen i noen grad selve distinksjonen mellom nytte- og bytteverdi som kapitalismen generelt er tuffet på, se ovenfor Postones forklaring på skillet.

Begrepet om demokratisk egenverdi handler heller ikke om at ansatte i staten har en legitim rett til å ivareta sine *subjektive* interesser, eller at man ikke skal ha demokratisk kontroll.⁵²⁸ Også andre aktører (særlig politikere og ulike faggrupper) *må* selv anerkjenne den demokratiske egenverdien i de ulike kontrollformene, og inntar en aktiv holdning til disse, og til seg selv.⁵²⁹ Faglig autonomi for noen betyr for eksempel *makt overfor borgeren*, og psykologer eller medisinerer må selv være klar over farene ved deres egen tenkning, slik Foucaults arbeider særlig har illustrert.⁵³⁰ En av de klart mest urovekkende sidene ved styringsteknologienes manglende evne til å fange opp alle dimensjonene ved organisasjoners virksomhet, er ikke bare at de neglisjerer de vesentlige *verdiene* som mennesker ivaretar, men også at de underdriver *farene* som oppstår når organisasjoner og profesjoner blir presset for langt.⁵³¹

Begrepet om demokratisk egenverdi er derfor tuftet på en refleksiv holdning til *eg* arbeid, og en respekt for *andres* arbeid. Den gjensidige forutsetningen om demokratisk egenverdi gjør det i alle fall på et normativt nivå mulig å forklare hvordan det demokratiske paradokset delegering bygger på, kan bli forløst. Samtidig er begrepet bygget på en kritisk holdning til muligheten for en slik løsning, fordi diskusjonene av upersonlig makt og det strukturelles forrang, også er pakket inn i begrepet.

Behovet for å understreke begrepet om demokratisk egenverdi, det strukturelle nivåets forrang, og en holdning om at alle forsøker å gjøre sitt for fellesskapet, bør understrekes i lys av et moment som særlig har vært fremhevet av Pitts. I hans studier peker han på at moderne populisme, fra både høyre- og venstresiden, ofte baserer seg på forsøk på å skille «produktive» fra «uproduktive» arbeidere — og dermed retorisk sett skape et bilde av parasittiske aktører.⁵³²

Begrepet om demokratisk egenverdi er dermed et resultat av alle øvelsene hittil: Man bør *ikke* anta at andre sosiale aktører forsøker å karre til seg makt og innflytelse (jf. 2.2.2) men

⁵²⁸ Sml. Jacobsen 2008 [1960] s. 21.

⁵²⁹ I samme retning, se Heath 2020 s. 39.

⁵³⁰ Se for eksempel Michel Foucault, *Overvåkning og straff*, Gyldendahl, 1999.

⁵³¹ Se for eksempel nærmere i 7.2.3.2.

⁵³² Se Pitts 2021 s. 121: «the politics of productiveness have returned with a vengeance in recent years. A recurring theme of the accounts offered by populists and their followers for industrial and economic decline is the unwanted presence of ‘unproductive’ groups, individuals and practices draining the moral and financial reserves of the nation and its people.»

må se de strukturelle betingelsene de opptrer innenfor (jf. 2.2.3, 2.2.4) og anerkjenne arbeidet disse har lagt ned i å forbedre situasjonen til tross for omkringliggende maktstrukturer og kompleksitet (jf. 2.2.8 og 2.2.9). Samtidig peker begrepet videre til metodiske spørsmål om hvordan juridisk metode kan ta høyde for den demokratiske egenverdien i andres organisering (jf. 3.5.8) og derfra til å forstå hvordan delegeringsreglene kan medvirke til å ivareta en gjensidig anerkjennelse av demokratisk egenverdi mellom ulike organer i forvaltningen (jf. 5.2.3 og 7.2.3.4).

2.4.8 Oppsummering

Utgangspunktet i dette punktet var begrepene om institusjonell materialitet og egenlogikk, det strukturelles forrang, og oppfatningen om at maktforholdene i forvaltningen formidles via upersonlige maktstrukturer (jf. foran i 2.2). Spørsmålet var da: Hvordan kan man begrunne delegering i en slik kontekst? Svaret var i hovedsak av delegering var nødvendig for å håndtere strukturelle maktforhold utenfor forvaltningen, som samtidig forutsatte demokratisk og hierarkisk kontroll med de faglige nivåene i forvaltningen (se 2.4.3). Denne kontrollen forutsatte imidlertid i seg selv *styringsprofesjoner* med dannelse av egenlogikker og institusjonell materialitet, som undergravde selve kontrollens evne til å fungere. Selve begrunnelsen for å delegere endte derfor opp som en selvmotsigelse. Jeg forsøkte å løse denne motsigelsen ved å pakke ut begrepet om *demokratisk egenverdi*. Begrepet om demokratisk egenverdi dannet så grunnlag for å kritisere begrepet om organisering som *retten* hadde operert med, for å være ensidig, og ikke tilstrekkelig ta på alvor den selvstendige verdien i forvaltningens organisasjoner.

For at *retten* skal kunne ivareta sin rolle på en bedre måte innenfor forvaltningen må derfor både selve *begrepet* om delegering (jf. kapittel 3), samt reglene om hvordan og når delegering kan skje (kapittel 4 til 7), innrettes basert på begrepet om demokratisk egenverdi. Sluttpunktet rettferdiggjør derfor utgangspunktet: Retten behøver et mer nyansert begrep om delegering og organisering (jf. kritikken i 2.2.1).

Denne diskusjonen forutsatte imidlertid at retten som demokratisk styringsorgan ikke bare var en *organisasjon* innenfor *staten* (jf. 2.2.9 og 2.3), men også har en egenverdi, eller er noe i seg selv. Det blir derfor nødvendig å pakke ut det begrepet om *retten* som bare har vært implisitt foran. En slik diskusjon er videre nødvendig for å kunne vurdere

forutsetningene som det *interne* perspektivet på retten bygger på, som jeg gjør når jeg senere diskuterer om juridisk metode kan ta høyde for prinsippet om demokratisk egenverdi. Dette må nemlig være mulig for at retten skal kunne ivareta sin rolle i forvaltningen (jf. foran i 2.4.5), og hvis man skal kunne pålegge hierarkiske organer å kontrollere andre på en måte som ivaretar demokratisk egenverdi (som vurderes som et *rettsdogmatisk* spørsmål i kapittel 7).

2.5 Retten

2.5.1 Retten mellom autonomi og selvbestemmelse

Moderne rettsteori er omfattende, og det er nødvendig å gjøre prioriteringer i valget av hvilke emner som fremstilles. Det er imidlertid særlig ett spørsmål som fremstår aktuelt å ta stilling til i forbindelse med de standpunkter som ble inntatt ovenfor. *Juristene* er en viktig del av den styringsprofesjonen som ble omtalt, som bruker bestemte styringsteknologier i sin kontroll og styring av andre. Maktutredningen fra 2000 pekte for eksempel på rettsliggjøringen som et stort demokratisk problem.⁵³³ Spørsmålet jeg ønsker å drøfte er derfor i forlengelsen av den problematikken som har blitt skissert ovenfor, men inntar et mer internt og *rettsteoretisk* perspektiv. Spørsmålet som må stilles er om retten fungerer som en *autonom orden*, eller som et *middel for demokratisk selvbestemmelse*.

Som fremhevet allerede i punkt 2.2.5 vil nemlig retten i noen grad skape upersonlig makt, ha sin egen egenlogikk og institusjonelle materialitet, slik alle organisasjoner i *staten* gjør. Det er imidlertid åpenbart en viktig prinsipiell forskjell på retten som organisasjon(er) innenfor forvaltningen, og retten som sådan. Det er denne forskjellen som pakkes ut her.

2.5.2 Retten som norm. Rettspositivisme og institusjonell positivisme

Hvis man ser vekk fra naturretten, så er rettspositivismen en slags *utgangsposisjon* i moderne rettsvitenskap. I både den kontinentale og anglosaksiske tradisjonen står positivismen helt sentral, slik den henholdsvis ble formulert av Hans Kelsen og H.L.A. Hart.⁵³⁴ Årsaken er delvis teoriens egenverdi, men antakeligvis viktigere er det at positivismen kan betraktes som en artikulering av *praktiserende juristers* egen

⁵³³ NOU 2003:19. Se responsen Kinander, 2005.

⁵³⁴ Tuori 2021 s. 1 omtaler dem som «the masters of legal positivism.»

oppfatning.⁵³⁵ Positivismens sentrale idé at retten er noe *sosialt konstruert*, noe som *har blitt positivert*.⁵³⁶ Denne positive retten kan fortolkes og systematiseres som en *normativ orden*.⁵³⁷ Positivismen gjør det mulig å ‘lukke’ det juridiske perspektivet fra enhver form for politisk, moralsk, eller sosial innflytelse. Man oppnår en *ren* rettsteori.

Det er naturligvis store nyanser i det positivistiske perspektivet, men både Hart og Kelsen har noen sentrale fellestrekk. Det er sentralt for begge at retten er avhengig av et minimum av tvang.⁵³⁸ Videre antar begge at rettssystemet produserer sine egne normer for *produksjonen av nye normer*, såkalte andreordens-normer. Rettssystemet kan derfor forstås som en pyramidestruktur bestående av positive normer. Denne pyramiden munner ut i rettssystemets grunnlag, Kelsen kaller grunnlaget en *Grundnorm* og Hart omtaler det som en *rule of recognition*. Kelsens begrunnelse er nykantiansk og beror på at grunnnormen er en transcendent-epistemologisk forutsetning for tilegnelsen av rettslig viten.⁵³⁹ Harts *rule of recognition* er simpelthen et sosiologisk faktum.⁵⁴⁰ Rettens grunnlag er med andre ord *basert på noe utenfor retten*.

Plasseringen av rettens grunnlag utenfor retten gjør positivismen til en attraktiv teoretisk posisjon, spesielt i et demokratisk samfunn. Årsaken er at retten i et positivistisk perspektiv kan forstås som *både* en autonom orden som lojalt gjennomfører den positive retten, *og* et middel for demokratisk selvbestemmelse, så lenge normprodusenten er en demokratisk institusjon.⁵⁴¹ Ikke minst er den attraktiv for den juridiske profesjonen, som kan begrense sine analyser til den «positive» retten, og bruke skjønn for å avgjøre spørsmål der det mangler svar.⁵⁴²

⁵³⁵ Tuori 2002 s. 7 og 121 omtaler dette som en «spontan positivisme».

⁵³⁶ Se bl.a. Dickson: «Legal Positivism, Contemporary Debates.» i Marmor, Andreai red.: *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York Routledge, 2012, s. 46—64, s. 50.

⁵³⁷ Se Kelsen: *The Pure Theory of Law*, The Lawbook Exchange, LTD2005 [1960] s. 31, Hart: *The Concept of Law*, 2. utgave utg., Oxford University Press, 1994 s. 50.

⁵³⁸ Dette betyr ikke at rettens gyldighet avhenger av at den gjennomføres ved tvang. Retten må ha et ‘minimum’ av effektivitet, se Kelsen 2005 [1960] s. 11, men ellers gjør Kelsen bruk av begrepet *imputasjon*, som er en grunnleggende størrelse for tanken, se s. 103.

⁵³⁹ Kelsen: *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1949 s. 46.

⁵⁴⁰ Hart 1994 s. 105 flg.

⁵⁴¹ Se bl.a. Kelsen 2005 [1960] s. 1, som «... attempts to eliminate ...» andre forhold fra retten. Innenfor positivismen er spørsmålet om lydighet diskutert i relativt stor utstrekning av Hart, se Hart 1994 s. 51 flg., mens det for Kelsen er et mindre relevant spørsmål, ettersom retten kun består av ordre, ikke effekt, eventuelt som Tuori formulerer det, kun om normativitet og ikke sosialitet, se Tuori 2021 (bl.a. på s. 1).

⁵⁴² Se f.eks. Kelsen 2005 [1960] s. 19. Både Kelsen og Hart mener dommeren må utøve skjønn, og at det ikke alltid foreligger tydelige rettslige svar, se bl.a. Kelsen 2005 [1960] s. 352—356.

Det er to utfordringer med rettspositivismen. *Normativt* deler jeg ikke oppfatningen om at retten bør analyseres uten refleksjon rundt dens utside, slik positivismen mener den må. Positivismens normative grunnlag forutsetter nettopp en *aksept* for den passive holdningen til rettens omgivelser som jeg anser betenkelig (foran i 2.4.7). Samtidig kan man her også skille mellom retten som *profesjon* og som *fag*. Rettsvitenskapen som fag både kan og bør åpent reflektere over rettens verdi i en gitt kontekst.⁵⁴³ *Deskriptivt* mener jeg rettspositivismen ikke ser verdien av det maktbegrepet og begrepet om emergens, som ble utviklet tidligere i kapitlet. Positivismens grunnleggende antakelse er at retten er det mennesker har bestemt at den skal være. For noen deler av retten er en slik antakelse uproblematisk. Det ekskluderer imidlertid på et teoretisk nivå muligheten for at 'normproduksjonen' også kan være en emergent virkning av systemets mindre deler. For å låne et uttrykk fra Tuoris kritiske rettspositivisme, så mangler positivismen begrep om prosessen der det sementeres dypere strukturer i retten — hvordan den *enkelte* rettsanvendelsen som forholder seg lojalt til de juridiske strukturene, *samtidig* skaper en upersonlig makt.⁵⁴⁴

En alternativ tilnærming er den *institusjonelle* positivismen til Ota Weinberger og Neil McCormick.⁵⁴⁵ Denne institusjonelle positivismen anser seg selv som en del av rettspositivismen, men ble utviklet for å imøtegå innvendinger som hadde blitt rettet mot den tidligere positivismen. Disse forfatterne bygger på et begrep om retten som *institusjon*, ved hjelp av John S. Searles begrep om institusjonelle fakta.⁵⁴⁶ Begrepet sikter til tilfeller hvor X teller som Y i situasjon Z, og Weinberger og McCormick forstår retten som en serie av slike normer. Dermed må retten alltid tolkes «... in the light of human practices and normative rules ...», og de går lengre i å anerkjenne at rettsvitenskap må ha «... a substantial analytical element.»⁵⁴⁷

⁵⁴³ Se i samme retning Jacobsen: «How can legal doctrine be a scientific discipline», *Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik* 4, 2021, s. 105—28.

⁵⁴⁴ Se omtalen av Tuoris teori like nedenfor i punkt 2.5.5.

⁵⁴⁵ Forfatterne skriver selv at med visse forbehold er deres teori en del av positivismen, se McCormick og Weinberger: «Introduction.» i Neil McCormick, Ota Weinberger red.: *An institutional theory of law: New perspectives on legal positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, s. 1—31, s. 8.

⁵⁴⁶ Se Searle: *The Construction of Social Reality*, The Free Press, 1995 s. 28, som definerer institusjonelle fakta som tilfeller der «X counts as Y in context C.» Om McCormick og Weinbergers bruk, se Neil McCormick, 1986 s. 9 flg.

⁵⁴⁷ Neil McCormick, 1986 hhv. s. 10 og 17.

Den institusjonelle positivismen aksepterer derfor en større grad av åpenhet, men abstraherer fortsatt i noen grad fra det samfunnet den inngår i.⁵⁴⁸ Som Loughlin fremhever så *mangler* den institusjonelle positivismen et begrep om institusjoner, eller et begrep om hvordan menneskelig samhandling produserer noe mer enn det menneskene selv bestemmer over.⁵⁴⁹ Den institusjonelle rettsteorien har derfor et unyansert begrep om varige strukturer, en «normal orden» eller en organisk sammenheng.⁵⁵⁰ Uavhengig av metafor er problemet rett og slett at den institusjonelle positivismen har et for lite sammensatt begrep om institusjoner (sml. begrepene i 2.2.4).

Konklusjonen er derfor at positivismen kan brukes for å forstå retten som både en autonom orden, og som et middel for demokratisk selvbestemmelse, men at dette forutsetter at retten ikke burde forholde seg aktivt til sine omgivelser, og å i alle fall forsøke å forstå disse.

2.5.3 Retten som jurister. Rettsrealismen

Mens rettspositivismen finner rettens autonomi i dens eksistens som normativ orden, finner rettsrealismen denne autonomien i retten *som empirisk observerbar praksis*.⁵⁵¹ Retten er ifølge Alf Ross «... visse sociale realiteter, visse faktisk oplevede og virksomme normative meningsindhold.»⁵⁵² I utgangspunktet definerer imidlertid Ross retten på relativt likt vis som Weinberger og McCormick, når han skriver at et «socialt fænomen», som vil si «... handlinger [som] er relevante eller har mening i forhold til et sæt af fælles regelforestillinger.»⁵⁵³ Disse felles regelforestillingene produseres i et demokratisk samfunn av lovgiver.

⁵⁴⁸ For McCormick, 1986 s. 7 er for eksempel det sentrale forbeholdet mot en «ren» rettsvitenskap at den ikke kan abstraheres fra «... the sociological appreciation of the conditions and consequences of actual legal forms and institutions.», men merk da at det nettopp hører til *sosiologien* som et empirisk fag å si noe om disse spørsmålene.

⁵⁴⁹ Loughlin: *Political Jurisprudence*, Oxford University Press, 2017 s. 120. Se Neil McCormick, 1986 s. 16: «Action, in short, is behaviour determined by a processing of information by a conscious being.» sammenholdt med definisjonen av normer som at de «... involve some element of (a) regular (not invariable) usage or practice and (b) some practical attitude towards the practice revealed both as matter of one's own standing intentions or preferences and as a matter of one's favourable or unfavourable responses to actions of one's own and/or others», jf. McCormick, 1986 s. 15.

⁵⁵⁰ Sml. bl.a. Loughlin 2017 s. 121 som beskriver sin forutsetning som at «... social life is intrinsically relational and that its meaning is embedded in a specific culture conveyed through 'concrete order' thinking». Se for eksempel også Schmitt: *Dictatorship*, Polity Press, 2014 s. 118: «... every legal norm presupposes a normal condition as a homogeneous medium in which it is valid».

⁵⁵¹ Sml. Ross: *Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, Nyt Nordisk Forlag, 1953 s. 22—23.

⁵⁵² Ross 1953 s. 20, note 6. Se også s. 24.

⁵⁵³ Ross 1953 s. 24.

Samtidig går Ross et skritt videre: Retten er et «... oveindividuet socialt fænomen ...», som skaper en «... interpersonal menings- og motivationssammenheng.»⁵⁵⁴ Kunnskap om retten er dermed kunnskap om hvordan denne interpersonale menings- og motivasjonssammenheng motiverer en stor flerhet av individer, som en «... fælles ideologi ...».⁵⁵⁵ Posisjonen nærmer seg kanskje det jeg kritiserte rettspositivismen for, nemlig en forståelse hvor retten er noe mer enn det enkeltindivider tenker om den.⁵⁵⁶ Utsagnene er likevel åpne for tolkning. Man kan forstå Ross som å hevde at rettslige strukturer skaper emergente virkninger, eller man kan forstå Ross som å forfekte en *intersubjektiv* teori om retten.⁵⁵⁷ I likhet med Johansen vil jeg hevde at Ross ender opp med den sistnevnte forståelsen.⁵⁵⁸ Ross forstår derfor retten som *summen av tankene til praktiserende jurister*.

Ross gjør deretter bruk av ‘mistankens hermeneutikk’, og antar at jurister har et bestemt verdi- og interessebasert syn på samfunnet, som former hvordan de fortolker retten. Retten kan derfor bare fungere som et middel for demokratisk selvbestemmelse *så lenge juristene lar den være det*. Selv om det kan diskuteres hva Ross mente, er det grunn til å hevde at Ross ikke tok den upersonlige makten i den juridiske metoden på tilstrekkelig alvor, spesielt *begrepers rolle*, som jeg utdyper nærmere i kapittel 3 punkt 3.2. Som Johansen fremhever er realismen paradoksalt nok ganske virkelighetsfjern, og fortaper seg i tanken om juristenes subjektive oppfatninger og holdninger.⁵⁵⁹ Som blant annet Franz Neumann illustrerer er ikke slike subjektive forhold uten betydning eller engang vitenskapelig uinteressante, men de bør ikke danne grunnlag for en hel rettsteori.⁵⁶⁰

I Norge er imidlertid ikke Alf Ross den eneste sentrale realisten. Torstein Eckhoff er det andre store navnet, men selv om Eckhoffs realistiske metode var innflytelsesrik, var

⁵⁵⁴ Ross 1953 s. 41.

⁵⁵⁵ Ibid.

⁵⁵⁶ Se Ross 1953 s. 41. I note 1 på samme side beskriver også Ross den utviklingen som har skjedd i hans syn på disse spørsmålene — ettersom han før var mer tilbøyelig til å redusere retten til ren rettsanvendelse (sml. også på s. 4).

⁵⁵⁷ Ross forfekter ingen ren individualisme, se bl.a. s. 88 der han avviser å forstå retten som noe som kun eksisterer i den *enkelte* jurists forestilling, og ser det heller som «... en syntese af ideologiske og behavioristiske synsmåder ...».

⁵⁵⁸ Se Johansen 2020 s. 70 flg.

⁵⁵⁹ Johansen 2020 s. 101: «Rättsrealisterna var anhängare av en annan metafysisk idé: att rätten inte fanns någon annanstans än i människors medvetande som föreställningar, idéer, fördomar och rädslor».

⁵⁶⁰ Neumann: *The Rule of Law*, Berg, 1986 s. 229 flg.

Eckhoff ingen teoretiker, og han videreutviklet i liten grad Ross' teoretiske antakelser. Først i samarbeidet med Nils Christian Sundby, kom et substansielt bidrag til den realistiske tradisjonen.⁵⁶¹

Sundby tar realismen flere skritt videre ved å integrere de subjektive forestillingene til juristene som et element i rettssystemet.⁵⁶² Der Ross forfektet en forståelse av disse subjektive forestillingene som noe eksternt for retten, integrerer Sundby dem i selve systemet.⁵⁶³ Forskjellen var særlig at Sundby viste hvordan de subjektive eller kulturmessige forskjellene ble filtrert inn i spesifikke juridiske normer, som igjen fikk uttrykk i den juridiske metoden (og så videre), på en måte som kommer mye nærmere en analyse basert på det strukturelle nivåets forrang (jf. foran i 2.2.7). Spørsmål om metode og spørsmål om juristenes oppfatninger henger sammen som «... metadelen i et totalt normativt system.»⁵⁶⁴ Metadelen svarer dermed til et mer omfattende begrep om juridisk metode, som innebærer at metoden inneholder «... skjulte grunnforutsetninge[r] for juriststanden ...» som har «... noe å gjøre med evnen til innlevelse i de *faktiske makthavernes tenkemåte til enhver tid.*»⁵⁶⁵ En mindre mistenksom formulering er at Sundby vil fremheve den «normative rasjonalitet» som danner grunnlaget for de avveininger jurister foretar.⁵⁶⁶ En mer utviklet forklaring utdyper jeg også nærmere i kapittel 3 punkt 3.5.

Sundbys bidrag til realismen er derfor å vise at juristprofesjonens subjektive oppfatninger ikke utgjør noe eksternt for rettsordenen, men er en del av denne rettsordenen. Dermed kan man si at Sundbys teori skaper en 'realistisk' måte å forstå retten som en lukket orden i systemteoretisk forstand på. Implisitt forutsetter Sundbys teori en oppfatning om at systemet er større enn sine deler: Større enn de positiverte normene i positivismen, og større

⁵⁶¹ Sundby 1974 s. 1 flg. fremhever riktignok at et viktig poeng med hans bok var å gi bidrag til *andre* vitenskapelige disipliners normbegreper. Sundby uttrykker derfor aldri noen realistisk posisjon eksplisitt. Likevel er standpunktene like. Metodisk er han for eksempel tydelig på at all juridisk anvendelse av normer innebærer skjønnsmessige avveininger, se f.eks. Sundby 1974 s. 257 i note 17.

⁵⁶² Se bl.a. Sundby 1974 s. 181 jf. også note 32 og s. 257 flg.

⁵⁶³ Sundby 1974 s. 257 i note 18 og s. 259 flg.

⁵⁶⁴ Sundby 1974 s. 261.

⁵⁶⁵ Sundby 1974 s. 267.

⁵⁶⁶ Sundby 1974 s. 381.

enn enkeltindividenes tanker i realismen. I denne forstand har Kinander rett i at *systemteorien* kan forstås som realismens arving.⁵⁶⁷

Det er imidlertid bare en sped begynnelse: Sundbys rettsrealisme utvikler bare i begrenset grad de teoretiske utgangspunktene han har lansert. Retten går gjennom mange andre og flere momenter enn forholdet til maktøverne i samfunnet, selv om forholdet er en dimensjon (jf. 3.3). Man kan særlig peke på at jurister *også* er en viktig del av forvaltningen, og derfor *også* formes av maktforholdene innenfor denne (se 3.5.8). Men retten kan ikke *reduseres* til dette forholdet, og det er heller spesielt viktig å understreke at det sjelden er snakk om noen *personlig* lojalitet til ‘maktøverne’ (og hvem maktøverne er i et samfunn basert på det strukturelle forrang, er uansett ganske uvesentlig).⁵⁶⁸

2.5.4 Retten som lukket system. Systemteori

Niklas Luhmanns systemteori er generelt omtalt tidligere, og systemteorien blir også behandlet mer senere i metodekapittelet. Her vil jeg bare presentere visse aspekter av Luhmanns teori om *rettssystemet*.

Luhmann argumenterer for at rettens funksjon er å *stabilisere normative forventninger*.⁵⁶⁹ Med uttrykket mener Luhmann at retten gjør det mulig for borgere som har blitt skuffet, å opprettholde sine forventninger til tross for skuffelsen. Jeg *forventer* for eksempel at en bilist ikke kolliderer med meg på vei til jobb, men hvis noen gjør det slipper jeg å nøye meg med skuffelse. Jeg kan hevde at jeg *ikke burde ha blitt* påkjørt, og kreve erstatning for skaden jeg ble påført, eller lignende. Denne erstatningsrettslige normen fungerer da som en sosial struktur som *jeg* kan innrette min handling etter, fordi *andre* bruker normen, og dermed gir ‘forutberegnelighet’ for meg. Ved å stabilisere særdeles mange slike forventninger fungerer retten som ‘samfunnets immunforsvar’.⁵⁷⁰ Ifølge Luhmann er selve muligheten til å si at visse forventninger er berettiget, mens andre ikke er det, rettssystemets

⁵⁶⁷ Men som Buckel 2020 [2008] s. 23—24 begrunner er systemteorien like fullt også en arving til positivismen. Kinander: *The view from within: An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence*, Fagbokforlaget, 2004 s. 331 ser også «... systems theory [as] a natural heir to classical realism.»

⁵⁶⁸ Sml. Johansen 2020 s. 101: «Men denna existens i människorna är inte begränsad till deras föreställningar om rätten. Mer avgörande är att rätten existerar i deras handlingar»

⁵⁶⁹ Luhmann: *Law as a Social System*, Oxford University Press, 2008 [1993] bl.a. s. 71. Se også Luhmann: *A Sociological Theory of Law*, 2. utg., Routledge, 2014 [1972] s. 31 flg. for den grunnleggende gjennomgangen av skillet mellom kognitive og normative forventninger.

⁵⁷⁰ Sand 2008 s. 54,

avgjørende funksjon. At det eksisterer regler, er viktigere enn reglenes innhold, og rettssystemets oppgave er å sørge for at det eksisterer regler.

For å kunne ivareta denne funksjonen er det imidlertid ifølge Luhmann viktig å legge til grunn at det *ikke* er rettens oppgave å sikre at de normative forventningene faktisk blir *innfridd*.⁵⁷¹ Om de innfrir forstår han som systemets *ytelse*, og er på siden av dets primære *funksjon*.⁵⁷² Å se vekk fra om forventningene faktisk innfris er nødvendig for at retten skal kunne lukke seg selv som et autopoetisk system.⁵⁷³ Luhmann forstår derfor retten som en egenlogikk, og teoretiserer rundt hvordan retten oppnår sin lukkethet overfor samfunnet rundt seg.

Systemet har for eksempel innebygde mekanismer som at dommere må avgjøre alle saker de får, at saker som er avgjort ikke kan åpnes igjen, og at det juridiske profesjonsfelleskapet har en klar intern kodeks på et skille mellom det profesjonelle og det private.⁵⁷⁴ Alle disse mekanismene (og Luhmann beskriver flere) sikrer at retten kan skape sin helt egne kommunikasjonsform.⁵⁷⁵ Denne kommunikasjonsformen er orientert rundt en enkel binærkoding mellom *lovlig* og *ulovlig*. Dommeren skal bare ta stilling til akkurat det saken handler om, og forholde seg med kald respekt (jf. foran i 2.4.5) til sakens øvrige dimensjoner. Skillet mellom det lovlige og ulovlige fastlegges ved hjelp av juridisk kommunikasjon: Den juridiske metode, og som jeg kommer til reflekterer for eksempel begreper som *de lege lata* også grenser for kommunikasjonen. Forfatningen, lover, regler, prejudikater, med mer, inngår i denne kommunikasjonsformen.⁵⁷⁶ Disse må imidlertid 'oversettes' fra det politiske til det juridiske språket, slik at retten *er det den selv sier at den skal være*.

⁵⁷¹ Luhmann 2008 [1993] s. 167—171.

⁵⁷² Det er nettopp dette som skiller systemteorien fra en (mer sosiologisk velfundert) rettsrealistisk teori, slik at bl.a. Kinander 2004 s. 340 sin anklage om at systemteorien retter oppmerksomhet vekk fra «the paper rules and procedures» ikke treffer. Det materielle resultatet av rettslige beslutningsprosesser er bare et begrenset utstnitt av rettssystemets virkemåte (og et hendig utgangspunkt for å observere hvilken rett som blir gjort gjeldende).

⁵⁷³ Se imidlertid kritikken i Menke 2020 s. 114.

⁵⁷⁴ Se Luhmann 2008 [1993] s. 284 og spesifikt om den juridiske profesjonen på s. 299—300.

⁵⁷⁵ Luhmann 2008 [1993] s. 85: «Only the law itself can say what law is.»

⁵⁷⁶ Sml. Luhmann 2008 [1993] s. 192: «... there must be further points of view that indicate whether or not and how the values of the code are to be allocated *rightly* or *wrongly*.»

Luhmann forstår derfor retten som en autonom orden i den mest absolutte forstand: Retten fungerer utelukkende på de måtene den selv er i stand til å anerkjenne.⁵⁷⁷ Den operasjonelle lukketheten, som Luhmann kaller det, gjelder både innholdet i de normene retten anvender, og i måten retten fortolker ‘faktum’ i de enkelte saker.⁵⁷⁸ Når retten løser konflikter så løser den altså bare konflikten slik den selv har konstruert denne konflikten. På den måten klarer Luhmann samtidig å gi en svært sofistisert forklaring på interaksjonen mellom retten og dens kontekst. Retten kan fungere som en upersonlig makt som samfunnet kan stabiliseres gjennom — og dermed kan retten gi grunnlaget for alle de *andre* sosiale systemene, gjennom å forholde seg på en passiv måte til dem.

Som allerede ble problematisert foran i 2.2.5 blir imidlertid *maktutøvelsens* grunnleggende rolle nedtonet, og gjort mindre synlig. Retten kan bare fungere som den gjør fordi den fungerer som grunnlag for maktutøvelse, som produserer nye upersonlige maktstrukturer, og som selv dermed bidrar mer upersonlig makt. Dermed lukker Luhmann muligheten for endring i for stor grad. På et teoretisk nivå blir det *utelukket* at retten kan brukes på en bevisst måte for å forme samfunnet. Det er fordi retten er en autonom orden, og det beste man kan gjøre er å forsøke å bevare denne ordenen slik at samfunnet har et ‘immunforsvar’.⁵⁷⁹

Systemteorien går dermed alt for langt i den motsatte retningen: Aktørene som reproduserer de strukturene som oppstår ved emergens, og mulighetene disse aktørene (det juridiske profesjonsfelleskapet) har til å forme disse strukturene blir eliminert fra analysen på et teoretisk nivå.⁵⁸⁰ Den viser kun frem de teoretiske nødvendighetene i systemet, som Buckel fremhever: «*when* operative closedness – *then* the system has to provide its own reproduction – *then* the legal operations have to connect with each other.»⁵⁸¹ Den enkelte deltakeren i rettssystemet har imidlertid nettopp den muligheten som ble fremhevet foran i punkt 2.4.7, og som kan utvikles nærmere metodisk i kapittel 3 punkt 3.1.2.

⁵⁷⁷ Luhmann 2008 [1993] s. 125:

⁵⁷⁸ Sml. Luhmann 2008 [1993] s. 210:

⁵⁷⁹ Luhmann 2008 [1993] s. 119

⁵⁸⁰ Luhmann 2008 [1993] s. 182: «Operatively, the unity of the system is continually being reproduced but one cannot observe it within the system—or, at best, only in the form of simplifying constructions, ...».

⁵⁸¹ Buckel 2020 [2008] s. 29. Se også s. 23.

2.5.5 Lagdelt rett. Kritisk rettspositivisme

Positivismen reduserer retten til de normene (eller tekstene) retten består av, og realismen reduserer retten til de menneskene (juristene) som deltar i retten. Systemteorien går til helt andre enden, og gjør retten til en autonom struktur, og en *ren* upersonlig makt, hvor både normer og mennesker er uten direkte betydning. Det er denne konteksten at en mellomposisjon må utvikles.

Et alternativ er Tuoris kritiske rettspositivisme, som bidrar med en slik mellomposisjon. Tuori forankrer retten i det spesifikke samspillet mellom juridiske aktører som samfunnsborgere med oppfatninger og interesser, og juridiske normer som et produkt av en kommunikativ- og deliberativ prosess.⁵⁸² Samspillet mellom demokratisk produksjon av normer og en juridisk rettsanvendelse som er avhengig av samfunnsoppfatninger, skaper en relativt åpen eller porøs 'positivisme'.⁵⁸³ Oppå den deliberative prosessen legger Tuori en teori om rettens «dypstruktur», som er et resultat av *sedimentering* fra den praktiske normproduksjonen og regelanvendelsen i Tuoris terminologi.⁵⁸⁴ Denne dypstrukturen består av de ulike fagområdenes grunnleggende prinsipper, lærer, begreper, og så videre, og den former fortolkningen og anvendelsen av de konkrete normene.⁵⁸⁵ Tuoris teori møter derfor min innvending til de andre teoriene, og gir en relativt overbevisende forklaring på forholdet mellom rettens deler og dens emergente fenomener.⁵⁸⁶ I motsetning til det Bergo hevder er derfor ikke strukturene «skjulte» og ontologien «dunkel». ⁵⁸⁷ Strukturene er de systemene og prinsippene som utvikles (og må utvikles) for at konkret rettslig praksis skal fungere, som læres gjennom juristenes utdanning, og produseres i rettsvitenskapelige arbeider (med mer). Som Tuori utvikler i *Ratio and Voluntas* er det derfor også en spenning mellom rettens system, og dens positivitet — mellom den upersonlige makten retten skaper *selv* og den upersonlige makten *politikken* eller *samfunnet* skaper.⁵⁸⁸ Man kunne også sett

⁵⁸² Tuori 2002 s. 121 flg. om retten som norm og praksis.

⁵⁸³ Tuori 2002 s. 199 flg.

⁵⁸⁴ Tuori 2002 s. 183.

⁵⁸⁵ Dette nevnes i Tuori 2002 s. 177 flg., men utdypes på en bedre måte i Tuori 2011 kapittel 6.

⁵⁸⁶ Tuori 2002 bl.a. s. 151 henviser også eksplisitt til Foucault og Giddens for å forklare denne ontologien.

⁵⁸⁷ Bergo: «Kaarlo Tuori: Critical Legal Positivism», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 117, nr. 01-02, 2004, s. 241—56 s. 241 og 256. Det har sneket seg inn en trykkfeil i TfRs tittel, korrigert her.

⁵⁸⁸ Tuori 2011 s. 102.

på spenningen som en mellom den institusjonelle materialiteten og egenlogikken (jf. foran i 2.2.8 og 2.2.9).

Tuoris prosjekt kan derfor forstås som et forsøk på å teoretisere hvordan retten produserer reglens system og indre sammenheng, og å fremheve at disse systemene og sammenhengene har normative elementer som rettsvitenskapen bør avdekke og kritisk evaluere.⁵⁸⁹ Den *kritiske* rettspositivismen er nettopp kritisk i kraft av at den anerkjenner den upersonlige makten i retten *indre* strukturer, noe Kelsens positivisme bare tok for gitt.

Bergos kritikk er imidlertid derfor treffende på et annet punkt: Hvorfor skal de interne strukturene i retten fungere som et normativt grunnlag for kritikk av retten selv?⁵⁹⁰ Som Bergo peker på er det vanskelig å forstå *hvorfor* rettens ‘dypstrukturer’ skal ha noen normativ betydning, og hvorfor ikke Tuori kan argumentere på selvstendig grunnlag for sine standpunkter.⁵⁹¹ Rettens dypstrukturer kan derfor ikke i seg selv være grunnlaget for en kritikk av retten — noe jeg også tar høyde for i min egen tilnærming til metodespørsmål, se 3.5.7, ved å forsvare argumentet med forsøksvis rasjonell normativ argumentasjon.

2.5.6 Rett som materialitet. Materialistisk teori

Den siste teorien jeg vil fremheve er derfor materialistisk rettsteori. Materialistisk rettsteori er utviklet av forskjellige forfattere, og bare i begrenset grad av Marx selv.⁵⁹² Med Sonja Buckels *Subjectivation and Cohesion* har imidlertid materialistisk rettsteori fått en god rekonstruksjon, som jeg i hovedsak vil lene meg på i det videre.

Materialistisk rettsteori har hatt begrenset innflytelse, men det sentrale utgangspunktet etter Marx var Evgeny Pashukanis hovedverk *A General Theory of Law and Marxism*.⁵⁹³ Riktignok finnes det en omfattende litteratur på siden av Pashukanis, som tolker Marx som å mene at retten tilhører «overbygningen». Store deler av tradisjonen etter Marx reduserte retten på denne måten. Som Balibar skriver: «Pashukanis is the great exception.»⁵⁹⁴ I tillegg står Nicos Poulantzas’ også sentralt, og hans artikkel fra 1964 er fortsatt en av de mer sofistikerte analysene av

⁵⁸⁹ Dette understrekes også i Tuori 2011 s. 173 flg.

⁵⁹⁰ Se Tuori 2002 s. 320 flg.

⁵⁹¹ Bergo 2004 s. 256.

⁵⁹² Se for en generell oversikt over Marx’ juridiske arbeider, Shoikhebrot 2019.

⁵⁹³ Pashukanis 1978 [1926]. Generelt sett var rettsteoretiske spørsmål viktig i den unge sovjetstaten, se Hunt: *Evgeny Pashukanis, A Critical Reappraisal*, Nomokoi, 2007 for en mer overordnet oversikt og kritikk av Pashukanis’ rolle i Stalins terror.

⁵⁹⁴ Balibar: «Hegel, Marx, Pashukanis and the idea of abstract right as a bourgeois form.» i Cooper Francis, Daniel Gottlieb red.: *Institution: Critical histories of law*, CREMP Books, 2023, s. 74—100, s. 76.

retten fra et materialistisk perspektiv.⁵⁹⁵ Et sentralt spørsmål i den materialistiske retningen er hvordan man kan forstå retten som en bestemt *sosial form*, slik Pashukanis opprinnelig argumenterte for. Senere forfattere som Isaac Balbus og Bob Fine har bidratt til å videreutvikle Pashukanis' resonnement.⁵⁹⁶ Materialistisk teori har hatt betydning for den amerikanske «Critical Legal Studies»-bevegelsen, men er ikke selv en del av den.⁵⁹⁷ I Norden var Lars Eriksson den mest sentrale, men også Sundby var interessert i Marx.⁵⁹⁸ Generelt sett har feltet blomstret opp etter finanskrisen i 2008,⁵⁹⁹ og det ble nylig utgitt en håndbok utelukkende om marxistisk rettsteori.⁶⁰⁰

Materialistisk teori fremhever at retten er en *bestemt sosial form* eller det jeg har valgt å kalle en upersonlig makt. Retten er en 'tinglig' eller abstrakt sosial struktur som er en egenskap ved sosiale maktforhold. Buckel slutter seg derfor til Luhmann ved å omtale forståelsen av retten som et middel for folkestyret som en av 'modernitetens misforståelser'.⁶⁰¹ Buckel argumenterer for at retten i utgangspunktet er en '*kondensering*' av maktforholdene i samfunnet: Bestemte maktforhold stabiliseres innenfor rettslige rammer (jf. også generelt om maktbegrepet foran i 2.2.6).⁶⁰²

Utfordringen er samtidig at det enkelte maktforholdet retten håndterer, har emergente virkninger, fordi den må iverksettes og gjennomføres av den juridiske profesjonen. Retten tar derfor *over* de sosiale konfliktene som den regulerer, og forhindrer på den måten at konflikten blir politisert.⁶⁰³ Denne de-politiseringen fungerer samtidig som grunnlag for maktutøvelse: Det enkelte forvaltningsorgan kan legitimere sin virksomhet med en simpel henvisning til at den er *lovlig* og forankret i et delegeringsvedtak.

Lovligheten av delegeringen er naturligvis *rett* i rent deskriptiv forstand, men det er også bare et aspekt av en bredere samfunnsmessig helhet. Som Buckel (og en lang rekke andre)

⁵⁹⁵ Poulantzas: «Marxist Examination of the Contemporary State and Law and the Question of the 'Alternative'.» i Martin, James red.: *The Poulantzas Reader*, 2008 [1964], s. 25—46..

⁵⁹⁶ Balbus: «Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law», *Law & Society* 11, 1977, s. 215—32 og Fine 1984.

⁵⁹⁷ Se bl.a. Hunter 2021 for en analyse av forholdet mellom de to retningene.

⁵⁹⁸ Eriksson: *Marxistisk teori och rättsvetenskap*, Juridica, 1980 og Sundby: «Innledning.» *Kritisk Juss*, Pax, 1976.

⁵⁹⁹ Se bl.a. Tomlins: «Marxist Legal History.» i Markus D. Dubber og Tomlins, Christopher red.: *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford University Press, 2018, .

⁶⁰⁰ O'Connell: *Research handbook on law and Marxism*, Edward Elgar, 2021.

⁶⁰¹ Buckel 2020 [2008] s. 266.

⁶⁰² Poulantzas, 2008 [1964] s. 27 som videreutvikles i Buckel: «The Juridical Condensation of Relations of Forces: Nicos Poulantzas and Law.» i Stütze, Kannankulam, Gallas og Bretthauer red.: *Reading Poulantzas*, Merlin Press, 2011, s. 154—69..

⁶⁰³ Dette er ikke først og fremst en prosess der retten fungerer som konfliktløsningsmekanisme, men en prosess der retten skaper «... a formal cohesive framework for the individuated monads.», sml. Buckel 2020 [2008] s. 240. I samme retning, se Menke 2020 s. 2: «The puzzle of the bourgeois declaration of equal rights is the puzzle of a self-reversal: it is the political act that authorizes apolitical human beings and thereby politics' deauthorization of itself — the politics of depoliticization.»

har fremhevet tar derfor retten over den sosiale konflikten ved å gjøre den juridisk.⁶⁰⁴ Retten underordner de sosiale aktørene sine *egne* begreper, strukturer og kategorier. Dermed oppstår de problemene som ble poengtert foran i 2.2.6 og 2.4.5. Problemene ved retten som del av den demokratiske kontrollen var derfor ikke særegne problemer, men også en mer generell refleksjon av rettens rolle. Heller enn å fungere som et verktøy for kommunikasjon slik Tuori fremhever, så argumenterer Buckel for at retten er en tvangstrøye:

«... the communicative actors are forced into particular procedures in which their own social relations slip away from them. Not they themselves, but juridical intellectuals argue according to particular techniques.»⁶⁰⁵

Den juridiske profesjonen tildeles dermed en vesentlig innflytelse i samfunnet som følge av deres posisjon som fortolkere av retten. Juristenes relative maktposisjon vis á vis andre blir derfor et viktig moment.⁶⁰⁶ Denne maktposisjonen betyr imidlertid ikke (i kontrast til rettsrealismen) at de enkelte aktørenes subjektive oppfatning spiller en avgjørende rolle.⁶⁰⁷ Rettsrealismens store problem var å rette oppmerksomheten mot *personene*, og hvordan deres holdninger påvirket det kreative elementet i rettsanvendelsen. Disse verdiene, holdningene og forestillingene ble deretter først og fremst sett som et produkt av forhold utenfor retten (klassetilhørighet, lojalitet til visse statsmakter, m.m.).

Det materialistiske perspektivet fremhever i kontrast at det 'kreative' elementet i retten også er et *emergent produkt* av den rettslige praksis.⁶⁰⁸ *Rettsdogmatikken* vokser ut av den juridiske praksis, og forhindrer den enkelte aktøren fra å utøve noen vesentlig innflytelse som aktør. Rettens dogmatikk er en emergent egenskap som oppstår i samspillet mellom aktører og normer, og det er denne dogmatikken som «... provides for relative consistency in the relations of myriad decisions to each other.» Rettsdogmatikken sammen med de strukturelle grensene for refleksivitet som Luhmann fremhever, forhindrer retten fra å være

⁶⁰⁴ Teubner 2021 med videre henvisning til bl.a. Nils Christie. Se også Fine 1984 s. 145. Også Habermas 1997 forfekter noe av det samme standpunktet.

⁶⁰⁵ Buckel 2020 [2008] s. 243. En annen variant av det samme er at retten «... brings ... practices together in a hegemonic order, and formalises them. It thus allows one to define a position that can then be again politically contested.», se Buckel 2020 [2008] s. 257.

⁶⁰⁶ Sml. Mikael Rask Madsen: «The Legal Profession in the Era of Digital Capitalism: Disruption or New Dawn?», *Laws* 8, nr. 1, 2019, s. 1—17 s. 3.

⁶⁰⁷ Buckel 2020 [2008] s. 265 og 270, som skriver om hvordan retten «... slips away from the grasp of those who produce it day-by-day ...».

⁶⁰⁸ Se langs samme linjer, Tuori 2011 s. 186.

noe mer enn en konkret konfliktløser, og dogmatikken «... functions as a ‘rule of limitation for reasoning in [retten] quest for reasons’». ⁶⁰⁹ Dogmatikken blir den interne *egenlogikken* som retten kan basere sine avgjørelser på. ⁶¹⁰

Samtidig beror rettsdogmatikken selv på analyser av juridisk praksis (jf. nedenfor i 3.4.1). Dermed vil rettsdogmatikken i utgangspunktet bli påvirket av institusjonaliseringen til den praktiske juridiske kontrollen i domstoler og forvaltningen (jf. foran i 2.4.3). Denne institusjonaliseringen beror i seg selv på juridiske normer (jf. kapittel 7 punkt 7.2). Den voksende rollen til private advokatfirmaer, kombinert med færre jurister i departementene, vil også påvirke rettsdogmatikken (jf. nedenfor i 7.2.3.6). Rettens institusjonelle materialitet former derfor rettsdogmatikken. I tillegg har rettsdogmatikken *selv* en institusjonell materialitet og egenlogikk i form av *universitetene* som institusjoner (institusjonell legitimitet omtales bl.a. i 3.5.7).

I praksis skaper retten sin egen «institusjonelle materialitet» og utgjør en «egenlogikk» innenfor organisatoriske rammer, på samme måte som de andre kunnskapsprofesjonene i samfunnet. ⁶¹¹ Disse reflekteres *internt* i juristers begrepsmessige forutsetninger, og *materielt* i den institusjonelle arbeidsdelingen mellom jurister og andre profesjoner i forvaltningen eller samfunnet. Noe er et juridisk spørsmål hvis det hører under et juridisk begrep, men hva som hører under juridiske begreper, beror i noen grad på hvor jurister i det praktiske liv har innflytelse. ⁶¹² Selve begrepet om organisering som forutsatte at jurister håndterte noe og økonomer håndterte noe annet, vil derfor i noen grad reflektere en upersonlig maktstruktur som er sementert i organisatoriske rammer innenfor forvaltningen, som i sin tur formidles av stadig nye elementer (jf. foran i 2.2.1). Samtidig er det i seg selv den ‘kalde respekten’ til hva økonomene eller statsviterne faktisk gjør, som skaper disse

⁶⁰⁹ Buckel 2020 [2008] s. 249.

⁶¹⁰ Menke, Christoph: *Critique of Rights*, Polity Press, 2020 s. 123: «Its positivism or empiricism consists in the presupposition of the non- legal as already given– of the immediate as ‘the last word’».

⁶¹¹ Buckel 2020 [2008] s. 256: «For example, as the processes of the legal form reproduce and thus institutionalise themselves permanently through routinised practices, as they develop a differentiated court system, specialised jurists, a plurality of codified legal norms, a specific practice of legal argumentation and of filtering non-judicial ‘reality’, norm projections, legality and illegality etc., a legal world of its own emerges and gives rise to an interest in its own perpetuation, which is then articulated in the social practices of the legal actors, and most notably in bureaucracy.» Dette betyr imidlertid ikke at retten kan reduseres til et aspekt ved staten, se Buckel 2020 [2008] s. 257, og nærmere nedenfor.

⁶¹² Poulantzas, 2008 [1964] s. 30: «... it seems to me essential for a Marxist analysis of the juridical-state level to arrive at a precise conception of the *reality of ideal social phenomena* ... grounded in their division from the base and their historical effectivity.»

gjensidige misforståelsene, og dermed reflekterer retten selv den bredere utbredelsen av upersonlig makt, (jf. foran i 2.4.7 og senere 7.2.3.2).

2.5.7 Særlig om legitimitet og tilsløring av upersonlig makt

En spesifikk konsekvens av at retten selv domineres av en upersonlig makt, som tvinger frem en passiv holdning til rettens omgivelser, er egentlig allerede problematisert gjennom selve analysen av *maktbegrepet*.⁶¹³ Selve problemstillingen som jeg begynte med — hvilke former for makt skaper delegering — har nemlig vist at rettens begrep om organisering *ikke* erkjenner alle de formene for makt som delegering skaper (jf. f.eks. allerede gangen i 2.2.1 til 2.2.9).

Hvordan kan en slik utfordring oppstå? En forklaring er at retten fungerer som en upersonlig maktstruktur, som tvinger frem en *passiv* holdning til rettens omgivelse, fra rettens egne aktører, juristene. Det bør fremheves at denne upersonlige siden *også er nødvendig*, og at det ligger i rettens *egen demokratiske egenverdi* å fungere som samfunnets immunforsvar, slik Luhmann vektlegger (2.5.4). For å vurdere om retten ivaretar sin rolle som immunforsvar må imidlertid retten være noe mer enn rett, og forholde seg mer aktivt til *seg selv*. En slik vurdering følger også av de kravene man *ellers stiller* til eksperter i demokratiske samfunn, som nemlig er at disse skal være spesielt kunnskapsrike, flinke, eller på annen måte vise at de selv *best* kan ivareta den aktuelle funksjonen (se 2.4.6). Rettens rolle i et demokratisk samfunn er nettopp å *legitimere* statens makt. Men om ikke alle maktens dimensjoner erkjennes, så vil retten bare være et dekke for makten.

Hvor oppstår da misforståelsen som gjør at retten ikke forholder seg aktivt til makt i samfunnet? Et viktig svar er en forutsetning som Sundby gir uttrykk for, nemlig at det eksisterer «... latente krav om rettferdiggjøring av makten.»⁶¹⁴ Premisset er avgjørende for rettsvitenskapen, for hvis det finnes latente krav om rettferdiggjøring av makten, så vil jo disse kravene 'stige til overflaten' av seg selv, og noen vil kreve en «... tilfredsstillende

⁶¹³ En viss skepsis til skjulte strukturer (og særlig den realistiske fasade-tesen) er jeg enig med Bergo 2004 s. 241 om. Samtidig mener jeg det er rett å holde fast ved at teoretisk kritikk er nødvendig ut over en simpel og hverdagslig intuitiv oppfatning av virkeligheten, sml. også Buckel 2020 [2008] s. 232—233 som siterer Hirsch: «By guiding the behaviour of individuals and classes in a manner that is not immediately transparent for them, they make it possible to 'process' fundamental social antagonisms, i.e. they ensure that society maintains and reproduces itself despite and because of its contradictions, without, however, abolishing them.»

⁶¹⁴ Sundby 1974 s. 334.

begrunnelse for ulikheten ...» mellom ulike menneskegrupper.⁶¹⁵ Muligheten til å bedrive en (relativt) positivistisk rettsvitenskap, som forholder seg så normativt nøytral som den kan, beror derfor på at makt nærmest av seg selv tenderer til å bli avkrevd begrunnelse for. Rettsvitenskapen er derfor avhengig av *samfunnets motstand* mot upersonlig makt. Det er derfor rett at alle maktforhold til syvende og sist ender opp på rettsvitenskapens bord, så lenge noen andre synliggjør makten. Rettsvitenskapen må da eventuelt forutsette det Tuori omtaler som avdekkende kritikk.⁶¹⁶ Man kan i så fall trygt anta at retten enten legitimerer eller *snart kommer* til å legitimere de formene for makt som retten skaper grunnlaget for.⁶¹⁷

Implisitt har derfor retten operert med et begrep om makt som noe *synlig, eller enkelt tilgjengelig*. Retten har antakeligvis et begrep om makt som svarer til det *instrumentelle* begrepet om jeg kritiserte foran i punkt 2.2.1, selv om *rettsvitenskapen* og jurister har mer nyanserte begreper.

Alternativet er da å fremheve at legitimeringsbehov først i maktens kjølvann. Som sosiologen Geir Rønning fremhever er «... statens legitimitet ... i stor grad betinget av dens faktiske maktposisjon – dens materielle og symbolske ressurser ...», ikke «... primært en intellektuell tilslutning til statlige verdier og institusjoner ...».⁶¹⁸ Lars Bugge, i samme fagtradisjon som Rønning, fremhever treffende at «[b]ehovet for legitimering av makten oppstår som et resultat av et positivt bevisstgjøringsarbeid, og som et resultat av at makten blir utfordret og problematisert av de som erkjenner den som makt, og som reiser motstand mot den.»⁶¹⁹ *Utgangspunktet* er altså ofte at makten *ikke er blitt erkjent som makt*, og følgelig eksisterer bare et legitimeringsbehov for den makten som har blitt *erkjent* som makt.⁶²⁰ Dette har lite å gjøre med *aktiv tilsløring* fra mer eller mindre bevisste aktører, og mer å gjøre med at «... mange maktformer ikke framstår som problematiske, med behov

⁶¹⁵ Sundby 1974 s. 325 skriver at «... i alle situasjoner ...» hvor det eksisterer ulikhet mellom mennesker så vil det være en «... tendens til å kreve en tilfredsstillende begrunnelse for ulikheten», og at det samme kravet om begrunnelse vil oppstå der noen vil hevde en «... mer stabil og varig maktposisjon ...».

⁶¹⁶ Sml. fremstillingen i Tuori 2002 s. 310.

⁶¹⁷ Se for eksempel også Kelsen 2005 [1960] s. 290: «The power of the state is no mystical force concealed behind the state or its law; it is only the effectiveness of the national legal order.»

⁶¹⁸ Rønning 2019 s. 64.

⁶¹⁹ Bugge 2006 s. 161.

⁶²⁰ Bugge 2006 s. 160: «Ut fra det vi har skrevet i dette kapitlet, kan vi enkelt se at denne forutsetningen om 'legitimeringsbehov' hviler på helt urimelige forutsetninger. Dette behovet ville forutsatt at makten alltid allerede var erkjent, og at den var erkjent som makt, at ethvert aspekt og enhver mulighetsbetingelse for makten var gjennomsiktig».

for legitimering ...» blant annet fordi selve makten, dens betingelser og dens virkninger «... er for omfattende til å kunne bli iaktatt i det daglige livet.»⁶²¹ Retten mangler derfor *selv* et tilstrekkelig begrep om makt til å fullt ut ivareta sin demokratiske funksjon (jf. foran i 2.4).

Det er altså bare de formene for makt som *allerede har blitt erkjent* som makt, som følge av et positivt bevisstgjøringsarbeid, som ender på rettsvitenskapens bord. Det er først når grovarbeidet er gjort av andre sosiale aktører, at retten kan håndtere en form for makt og plassere den innenfor sin systematikk.⁶²²

Som Buckel fremhever blir derfor retten en «official code of power», som synliggjør *bestemte* former for makt.⁶²³ Samtidig tilsløres det at retten selv er avhengig av andre former for makt, og den rettslige makten gjøres til det sentrale sosiale objektet som legitimeres.⁶²⁴ Det positive er naturligvis *at* retten synliggjør og krever at bestemte former for makt rettfærdiggjøres. Det blir samtidig et viktig samfunnsoppdrag for rettsvitenskapen å kontekstualisere hvilke *andre* former for makt som faller mellom de rettslige begrepene, og dermed å utvikle en type maktbegrep som jeg også har gjort foran i 2.2, og som jeg senere gjør på metodisk nivå i 3.5.

Som Buckel fremhever må derfor retten alltid også analyseres som *del av* en samlet styring rettet mot et bestemt samfunnsområde, og som en *del av* de maktforholdene som finnes på området.⁶²⁵ Som Johansen fremhever må også de formene for makt som befinner seg innenfor de rettslige rammene analyseres nærmere, og snarere enn å operere med binære angivelser av et områdes rettslige karakter, bør man diskutere ulike *grader av rettsliggjøring*.⁶²⁶

⁶²¹ Bugge 2006 s. 161.

⁶²² Buckel 2020 [2008] s. 258: «The political form thus includes a large pool of governmentalised power technologies, each of which the legal form is specifically coupled with.»

⁶²³ Buckel 2020 [2008] s. 270.

⁶²⁴ Thomas 2019 s. 72—73: «The general juridical form ... was supported by these tiny, everyday, physical mechanisms, by all those systems of micro-power ...». Se også Loughlin 2017 s. 77: «In this sense, law, meaning droit politique is not the instrument of an existing power but rather the medium through which that power maintains its authority.»

⁶²⁵ Buckel 2020 [2008] s. 255: «The totality of social dispositifs forms a historical block, that is, a coherent ensemble of techniques of coercive force and consensus that reproduces itself over a longer period of time.»

⁶²⁶ Johansen 2020 s. 15.

2.5.8 Oppsummering

Den rettsteoretiske posisjonen jeg har tatt til orde for her, baserer seg på en forutsetning om at retten oppstår i et samspill mellom rettslige normer (eller tekster) som fortolkes og praktiseres av juridiske aktører. Samtidig kan ikke retten reduseres til det ene eller det andre, fordi selve sammensetningen av helheten skaper en emergent virkning, nemlig rettens egen institusjonelle materialitet.

Et viktig aspekt av denne materialiteten er som både Luhmann, Tuori og Buckel fremhever, *rettsdogmatikken*. Rettsdogmatikken fungerer som en abstrakt sosial struktur som ingen enkelt aktør kan kontrollere, og som i høyden kan *analyseres og forstås* og gjennom hvordan aktørene påvirkes indirekte. I metodekapittelet operasjonaliserer jeg denne forståelsen av retten ved å betrakte rettslige begreper som en slik emergent effekt, som springer ut av den juridiske praksis, og «fanger tanken» på problematisk og produktivt vis.

2.6 Oppsummering

Dette kapittelet begynte med å poengtere at det juridiske begrepet om delegering og organisering har forholdt seg til andre organisasjoner som begrenset til bærere av kompetanse eller andre rettsposisjoner (jf. 2.2.1). Begrepet viste jeg langt senere at berodde på et bestemt normativt premiss som håndheves ved upersonlig makt (jf. 2.4.7 og 2.5.7): At retten bør innta en passiv holdning til de aktørene den kontrollerer, og bare kan forholde seg passivt til disse (jf. 2.4.3). Den passive eller kalde holdningen er samtidig ikke *fullt mulig* å opprettholde, og juridiske aktører vil i nettopp i noen grad bygge sin juridiske kontroll på den demokratiske egenverdien av kontrollobjektets organisasjon (jf. 2.2.4). Det gjelder også rettens eget forhold til seg selv, sin egen dogmatiske struktur (jf. 2.5.6). I likhet med alle andre organisasjoner og sosiale aktører er derfor den juridiske kontrollen tuftet på en *grad av* motstand til retten som en upersonlig maktstruktur (jf. 2.2.6), og til den egenlogikken og institusjonelle materialiteten som den juridiske kontrollen foregår innenfor (jf. bl.a. 2.3.2). Selve det normative premisset om demokratisk egenverdi beror nettopp på en anerkjennelse av at alle andre, i likhet med retten selv, arbeider innenfor komplekse maktstrukturer og uintenderte konsekvenser (jf. 2.4.6). Derfor kan man også anerkjenne som legitimt og nødvendig at retten (og andre systemer) skaper institusjoner og kompleksitet (jf. 2.4.3), og problematisere der retten gir grunnlag for betenkelig

maktutøvelse. En slik betenkelig maktutøvelse vil særlig kunne oppstå der retten forutsetter at noe som *egentlig kunne* vært et objekt for juridisk kontroll, ikke er det — for eksempel fordi det er et politisk, eller et økonomisk spørsmål (jf. 2.2.1). Dermed vil rettens sosiale funksjon og evne til å fungere som demokratisk styringsinstrument (jf. 2.4.5) best ivaretas hvis den tuftes på begrepet om demokratisk egenverdi (jf. 2.5.7).

Samtidig spiller det strukturelle nivåets forrang inn, og premissene må pakkes ut videre for å kunne vurdere hvordan retten selv kan bygge på et slikt begrep, både generelt, og som del av forvaltningen. Det forutsetter først at det er metodisk rom og i seg selv legitimt for jurister å innta en slik kritisk holdning, som diskuteres i kapittel 3 punkt 3.4. Det forutsetter også at jurister i forvaltningen er har rom innenfor rammen av *gjeldende rett* til å kontrollere andre organer på en måte som samsvarer med begrepet om demokratisk egenverdi (jf. kapittel 7).

3 Metode

3.1 Delegeringsbegrepet og begrepsanalyse som begrunnelse for å velge noen løsninger fremfor andre

3.1.1 Overgang fra kapittel 2

Avhandlingens hovedproblemstilling er hvilke alminnelige regler som gjelder for og ved delegering i norsk rett. Det ble imidlertid presisert innledningsvis at et sentralt underspørsmål er hvordan delegeringsbegrepet har formet disse reglene.⁶²⁷ Denne problemstillingen kan etter kapittel 2 forstås i lys av behovet for en reflektert rettsdogmatikk som synliggjør både sine indre begrepsmessige strukturer, og samtidig 'ser' hvilke premisser den overlater til andre profesjoner eller fag. Da kan man på den ene siden kritisk vurdere om og hvordan begrepet har vært en upersonlig makt, og på den andre siden vurdere kritisk om det er premisser som er 'overlatt' til andre, som egentlig har betydning for det juridiske perspektivet (foran i 2.2 og 2.4).

Samtidig kan ikke disse utgangspunktene importeres direkte inn i den rettsdogmatiske eller juridiske metoden. Det følger av diskusjonen foran at retten har sin egen egenlogikk, og ser det den ser, på en måte som *i seg selv* må anses som å ha egenverdi og bero på komplekse kognitive og materielle betingelser (jf. 2.2.8 og 2.2.9). Den metodiske diskusjonen må derfor foregå på rettsvitenskapelige premisser, og drøfte om diskusjonen i kapittel 2 i det hele tatt kan sies å være relevant. Den metodiske diskusjonen beror på verdien av *begrepsanalyse* som rettsdogmatisk metode.

3.1.2 Muligheten for å begrunne flere løsninger og behovet for presisering av rettsdogmatisk metode

Spørsmålet i dette kapitlet er derfor hva det vil si å bruke begrepsanalyse som grunnlag for analyse av de alminnelige reglene, og hvordan analysen av begrepets innflytelse på

⁶²⁷ Se Johansen 2020 s. 105: «En ny forståelse av förvaltningsrättens objekt, den offentliga förvaltningen, genom ett utvecklat språk som beskriver den kommer ha återverkningar i juristers praktik. Talar vi annorlunda om vad som pågår i den offentliga verksamheten leder det till nya möjligheter för rättslig problemlösning och rättsliga strategier.»

reglens utforming, kan analyseres. Innledningsvis i punkt 3.1 gir jeg et grunnriss av metodisk posisjon, og utdyper deretter ulike dimensjoner i det følgende.

Valget av begrepsanalyse som metode utdypes nærmere i 3.4.3. Det er mange enkeltnormer som etter vanlig oppfatning kunne vært analysert ved juridisk eller rettsdogmatisk metode slik denne fremstilles av ulike juridiske forfattere (et skille jeg kommer tilbake til i 3.4.1.⁶²⁸ Å fremstille ‘alle’ reglene ville imidlertid dels vært en tidsmessig uoverkommelig og antakeligvis uinteressant oppgave.⁶²⁹ Spørsmålet er derfor hvordan en analyse av delegeringsreglene kan foregå uten å fortape seg i det Nilssen treffende omtaler som rettslig defaitisme, der man gir opp i møte med den store kompleksiteten emnet åpenbart rommer.⁶³⁰

Tidligere litteratur har løst utfordringen ved å diskutere om det finnes en «ulovfestet delegeringslære.»⁶³¹ Som Tuori poengterer må imidlertid enhver alminnelig lære bygge på visse teoretiske forutsetninger, begreper og normative verdier.⁶³² Det finnes samtidig begrenset diskusjon av hvilke byggesteiner delegeringslæren har, og selv er jeg skeptisk til selve bruken av ordet «delegeringslære», av grunner jeg kommer tilbake til.

Usikkerheten i den rettslige materien er i alle fall vesentlig, som omtalt foran i kapittel 1 punkt 1.1.5. Det er talende at både Svein Eng og Frede Castberg har omtalt Høyesteretts argumentasjon som frirettslig i spørsmål om delegering, med nærmere seksti års mellomrom.⁶³³ I praksis har også det meste av delegeringsreglene blitt skapt innenfor forvaltningen, slik Eckhoff også har hevdet, og som jeg beskrev innledningsvis.⁶³⁴

⁶²⁸ Se særlig Eckhoff: *Rettskildelære*, Oslo, TANO, 1993 og Nygaard: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Universitetsforlaget, 2004 for standardfremstillingene.

⁶²⁹ Sml. Bernt, 2016 og Jacobsen 2009 s. 72.

⁶³⁰ Nielsen: *Forvaltningskontrakter: Retlige studier over forvaltningens after til varetagelse af myndighedsopgaver over for borgere med særligt henblik på myndighedsudøvelse*, Karnov Group, 2021 s. 50.

⁶³¹ Se om lærens nærmere innhold i kapittel 4 punkt 4.5.3 og kapittel 5 punkt 5.6.2. Ordet delegasjonslære forekommer tidligere. Først var Smith: «Bokanmeldelse: Arvid Frihagen: Forvaltningsrett. Del 2, 3, reviderte utgave. Universitetsforlaget 1975. 248 sider. Kr. 74,50», *Lov og rett*, 1976, s. 140—44. Bernt brukte også uttrykket, se Bernt: «Ansattes medbestemmelse i kommunal virksomhet.» *Rett og humanisme, festskrift til Kristen Andersen*, Tanum-Norli, 1977, s. 370—93. Ordet forekommer også i Eckhoff: *Forvaltningsrett*, 1 utg. Oslo, Tanum-Norli, 1978, men da bare i registeret. Søk gjort hos nasjonalbiblioteket og lovdata på «delegasjonslære» og «delegasjonslæren».

⁶³² Sml. Tuori 2011 s. 177 flg.

⁶³³ Se Castberg 1938 s. 24 og Eng 1992 s. 547.

⁶³⁴ Eckhoff: «Lovavdelingens rettsskapende uttalelser.» *Festskrift Lovavdelingen - 100 år 1885-1985*, Universitetsforlaget, 1986, s. 89—103, generelt om «Lovavdelingens delegasjonsvennlighet ...» s. 98.

Spørsmålet blir da hvordan man skal vurdere ha de *alminnelige* delegeringsreglene er, i møte med en slik usikkerhet.

Helt generelt sett kan man si at hva de alminnelige reglene er kunne vært besvart (og beror i noen grad på) *alminnelig rettsdogmatisk metode*. Som jeg utdyper nedenfor i 3.4 er det imidlertid uklart hva alminnelig rettsdogmatisk metode *er*.

Denne uklarheten spiller spesielt stor rolle når det gjelder et så usikkert spørsmål som delegering. Det er kort sagt *både* mangel på klare reguleringer og en metodisk usikkerhet. Med Synne Sæther Mæhle kan man da anta at det finnes et relativt bredt *legitimitetsintervall* hvor flere løsninger kan begrunnes på forskjellige måter.⁶³⁵ Alternativt kan man med Nils Kristian Sundby si at ofte kan flere løsninger være *begrunnbare*. Dermed må en rettsdogmatisk metode ikke bare gi svar på hva som er *mulige* løsninger, men også hvordan man bør *velge mellom dem*.

I løpet av avhandlingen vil jeg også flere ganger stille meg kritisk til, nyansere og ikke sjelden være *uenig med* Høyesterett eller en (relativt) samlet litteratur i deres løsning på eller beskrivelse av et rettslig problem. Et rimelig spørsmål er da: Hvilken status har mine svar på rettslige problemer, i relasjon til skillene mellom de lege lata, sententia ferenda eller de lege ferenda? Disse skillene vender jeg tilbake til mer detaljert i 3.4.1.

Avhandlingen vil bygge på en presisering av rettsvitenskapelig metodisk tilnærming i en retning i form av begrepsanalyse eller en «konstruktiv metode».⁶³⁶ Begrepsanalyse handler om å pakke ut de implisitte begrepsmessige forutsetningene den juridiske reguleringen hviler på, ved å analysere institusjonaliserte oppfatninger av delegeringsbegrepet. Disse oppfatningene kan deretter kritisk vurderes i lys av en *immanent* kritikk av begrepets forutsetninger, som underbygges og forsvarer i lys av de teoretiske perspektivene som ble utviklet foran i kapittel 2. Begrepsanalysen vil deretter (og samtidig) danne grunnlag for

⁶³⁵ Sml. Sundby 1974 s. 262 flg. og Mæhle 2005 s. 251 flg.

⁶³⁶ Se generelt om valget mellom «den konstruktive» metode og «begrepsjurisprudens» hos Mossberg: «Den konstruktiva riktningen och 'begrepsjurisprudensen'», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 135, nr. 2-3, 2022, s. 289—355. Et annet alternativ kunne vært å drøftet analyse av rettslige *forestillinger*, slik Løvlie tar til orde for, se Løvlie: «Rettslige forestillinger», *Jussens venner*, 2022, s. 169—239.

problemformuleringer og argumentasjon som er bygger på det utviklede begrepet om delegering. Sammenhengene utdypes også nærmere senere, særlig i 3.5.7.

Formålet med begrepsanalysen er derfor både å bidra til videre utvikling av forvaltningsretten som kunnskapsfelt, ved å utvikle et begrep som kan nyansere argumentasjonen og problemformuleringen i drøftelsen av de alminnelige reglene. Begrepsanalyse gir også grunnlag for å utvikle *nye* problemer og argumenter. Begrepsanalyse er derfor spesielt egnet på nettopp områder der mange spørsmålet er uavklarte, problemformuleringene er lite utviklede, og kildene er lite behandlet. Samtidig har begrepsanalysen et sekundært og kritisk formål — spesifikt om retten har legitimert delegering uten samtidig å stille krav til (all) den makten delegering skaper, slik jeg drøftet foran i kapittel 2. Ambisjonen forutsetter samtidig en forskyvning av tyngdepunktet i *vitenskapelig* retning, slik at legitimitetskriteriene til denne avhandlingen bero mindre på hva domstoler mener, og mer på om avhandlingen «... gi[r] en rasjonell begrunnelse og rettferdiggjørelse for sitt standpunkt.»⁶³⁷

3.1.3 Nærmere om hva jeg mener med begrepsanalyse: Institusjonell begrepsanalyse

Som jeg kommer tilbake til nedenfor er begrepsanalyse en noe utskjelt metode i juridiske sammenhenger. Før jeg forklarer kritikken og gir mitt svar på denne, vil jeg begynne med en kort presisering av hva jeg mener med begrepsanalyse. Det er nemlig viktig å ta utgangspunkt i at begrepsanalyse ikke er en type metode som befinner seg på samme abstraksjonsnivå som Eckhoffs «rettskildelære» og den «alminnelige» juridiske eller rettsdogmatiske metoden man i forlengelsen av denne, ofte praktiserer.

Et begrep er en forestilling eller en idé om et fenomen. Et begrep er altså ikke *et uttrykk* eller en *term*, altså selve *ordet*.⁶³⁸ Noen ganger kan det virke som om kritikken av begrepsanalyse overser et slikt grunnleggende skille.⁶³⁹ Begrepsanalyse er ikke analyse av uttrykksmåter eller semantikk. Diskusjoner om hva som er hensiktsmessig terminologi er noe annet enn hva man forsøker å fange med terminologien. Begrepsanalyse handler om

⁶³⁷ Mæhle 2005 s. 252.

⁶³⁸ Se generelt fremstillingen i Kolflaath: *Ordlyd og resonnement: språk og argumentasjonsteori i samspill med juss*, Fagbokforlaget, 2023 s. 37 flg.

⁶³⁹ Se f.eks. Frändberg: «An Essay on Legal Concept Formation.» i Pfordten, Jaap C. Hage og Dietmar Von Der red.: *Concepts in Law*, Springer, 2009, s. 1—16, s. 1—2.

det siste — en analyse av forestillinger, meningsinnhold, og tankestrukturer. Hvordan man oppfatter at forestillinger blir *dannet* og hvordan man kan analysere eller utvikle dem videre, finnes det naturligvis stor uenighet om. Den begrepsanalysen jeg utvikler i punkt 3.5 vektlegger institusjonelle dimensjoner. Begreper har nødvendige og tilstrekkelige betingelser, men betingelsene er bare én av deres dimensjoner. Som jeg utdyper nedenfor i 3.5.7 reflekterer begreper en institusjonalisert praksis, eller en livsform. Juridiske begreper er del av en bredere systematikk (og et maktspråk) som har deskriptive og normative elementer. Tuori hevdet som diskutert foran i kapittel 2 punkt 2.5.5, litt upresist men fortsatt treffende, at begreper er en del av rettens *dypstrukturer*.⁶⁴⁰

Dermed kan begrepsanalysen jeg vil ta til orde for kalles en *institusjonell* begrepsanalyse, i den forstand at objektet som analyseres er begreper *i retten*, men i en litt annen forstand enn den Eng mente.⁶⁴¹ «Delegering» er ikke et begrep som kan defineres av rettssystemet selv, men er likevel det jeg vil kalle *operativt*— et begrep som reproduseres og formes i institusjonene der retten skapes og anvendes, *gjennom* selve rettsanvendelsen. Delegeringsbegrepet danner grunnlaget for visse problemstillinger og visse argumenter.⁶⁴²

Denne måten å beskrive begrepsanalyse på avviker fra vanlige oppfatninger av begrepsanalyse, og er delvis en måte å forsøke å imøtegå noen av innvendingene mot såkalt *begrepsjurisprudens*. Historisk sett har forholdet mellom begreper og reglene blitt forstått som å befinne seg på samme abstraksjonsnivå, hvor begreper er mer abstrakte og generelle former for regler, og at man kan indukere fra rettsstoff til et begrep, som deretter kan brukes for å dedusere til en ny regel. Begreper antas på den måten å være prinsipper, eller lærer som Høyesterett eller lovgiver kan stadfeste eller avvise. Det er imidlertid gode grunner til å tenke at begreper og regler befinner seg på *ulike* abstraksjonsnivåer, som jeg utdyper nedenfor i 3.5.3.

⁶⁴⁰ Se omtalen av Tuoris kritiske rettspositivisme i kapittel 2 punkt 2.5.5.

⁶⁴¹ Eng: *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget, 2007 s. 520: sonderer mellom begreper i og om retten ved å si at det er begreper *i* retten hvis rettsanvendere «... motiveres normativt av begrepet, dvs. oppfatter subsumsjon under begrepet som direkte eller indirekte å lede til visse rettsfølger framfor andre», mens man «... står overfor et begrep 'om' rettsregler, når rettsanvendere bruker begrepet til å omtale (systematisere m.v.) begreper som motiverer normativt». Fordi begreper *i* retten omfatter enhver *indirekte* påvirkning, blir sonderingen vanskelig å bruke. Eng skriver selv på s. 527 at sammenblanding er mulig. Jeg skiller derfor annerledes, se nedenfor i 3.5.3.

⁶⁴² Sml. også Frändberg, 2009 s. 1.

Spørsmålet jeg er interessert i er derfor ikke om tilstrekkelig mange særreguleringer av delegering gir grunnlag for induksjon til en slutning om at (for eksempel) instruksjonsmyndighet for det delegerende organ er et begrepskjennetegn ved delegering. I motsetning til Hagerup og Castbergs konstruktivisme bør ikke begrepsanalysens «... store prinsipp ...» være at «... det som er vesenslikt, skal bedømmes likt.», selv om det selvsagt også er en dimensjon.⁶⁴³

Som diskutert foran i kapittel 2 er det i seg selv ingen grunn til å videreføre begrepsbruken, at en bestemt begrepsoppfatning har vært operativ i de juridiske institusjonene (se bl.a. 2.5.7 og Bergos kritikk av Tuori). Man kunne prinsipielt sett tenkt at et bedre alternativ til en institusjonell begrepsanalyse var en løsrivet og selvstendig utvikling av et nytt begrep. Alternativer drøfter jeg nedenfor i både 3.4 og 3.5.8, og forsøker å imøtegå en slik kritikk ved å foreta *immanent kritikk* av begrepet basert på de teoretiske perspektivene som er utviklet i kapittel 2.

Detaljene skal utdypes i resten av kapittelet. Formålet her har vært å skissere en utgangsposisjon. Valget av begrepsanalyse som metodisk innfallsvinkel må samtidig begrunnes nærmere, som jeg utdyper nedenfor i punkt 3.4.

3.2 Kritikken av begrepsanalyse

I flere fremstillinger oppfattes det direkte kontraproduktivt å reflektere kritisk om begreper rolle i retten,⁶⁴⁴ og man advarer for eksempel i den dogmatiske litteraturen mot at begreper kan «fange tanken»,⁶⁴⁵ eller leder oppmerksomheten vekk fra «... underliggende rettslige problemstillinger ...».⁶⁴⁶ Særlig i den rettsrealistiske tradisjonen har man kritisert begreper for å være «metafysikk», og begrepsanalyse blir ofte fremstilt som problematisk deduksjon

⁶⁴³ Castberg: «Den konstruktive metode», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1923, s. 294—318 s. 305.

⁶⁴⁴ Dette skjer både i forvaltningsretten og på andre rettsområder. Se blant annet Mossberg 2022 for en oversikt, se bl.a. 295 om begrepsjurisprudens som skjellsord og s. 296 om at «...historieskrivningens sensmoral är alltså kort sagt att: Begreppsjurisprudens, det ska man akta sig för. Sådan bör man inte ta något intryck av. Än mindre bedriva.»

⁶⁴⁵ Se for eksempel Boe: *Rettskildelære under debatt*, Vol. 2. utgave, Universitetsforlaget, 2021 s. 282, der om begrepet «prinsipp.»

⁶⁴⁶ Bernt: «Forvaltningsrett underveis - om systematikk, begrepsdannelse og framstillingsform», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1984, s. 132—69 s. 139. Tilsvarende om «ordet» legalitetsprinsippet som argument i Hopsnes og Solberg: «Legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* 40, 2005, s. 77—155 s. 87.

av konkrete rettslige svar på alle spørsmål ut fra en forutbestemt begrepsstruktur.⁶⁴⁷ Rettsrealistene hevdet derfor at begreperes rolle måtte begrenses til å være såkalte *koplingsord*: En semantisk binding av rettslige betingelser med rettslige virkninger.⁶⁴⁸ Dermed kunne man tømme begrepene for selvstendig (materielt) innhold.⁶⁴⁹

Den manglende teoretisering av begrepene som reglene bygger på blir derfor fremstilt som et *gode*, fordi begreper antas å tildekke løsningene som (i fravær av begrepene) har «de beste grunner for seg».⁶⁵⁰ En god jurist er derfor den som er i stand til å se forbi begrepene, mens en dårlig jurist tildekker sine verdifulde vurderinger med begrepsformalisme.⁶⁵¹ Overå skriver for eksempel at «... delegasjonsspørsmålene må avgjøres etter lovreglene, sedvanen og de reelle hensyn, og ikke formelle betraktninger over spørsmålet intern eller ekstern delegasjon.»⁶⁵² Eckhoff skriver at det viktige ikke er selve begrepet delegering, men alle «spørsmål om kompetansetildeling» sett i sammenheng.⁶⁵³ I det rettsrealistiske perspektivet kan derfor begreper anses overflødige fordi løsningen på rettslige spørsmål alltid er tenkt å ligge i den konkrete avveiningen mellom rettslige kilder, supplert med godt skjønn.⁶⁵⁴ I aller verste fall fungerer begreper som et unntak fra den regelbundne metoden, og en tilsnikelse av juridisk makt.⁶⁵⁵

⁶⁴⁷ Ross: «Tû-Tû», *Harvard Law Review* 70, nr. 5, 1957, s. 812—25. Denne oppfatningen er fortsatt aktuell, og legges bl.a. til grunn av Nielsen 2021 på s. 61—62.

⁶⁴⁸ Se f.eks. om delegering som koplingsord i Frihagen 1991 s. 207. Om forvaltningsskjønn som koplingsord, se s. 182.

⁶⁴⁹ Graver kaller dette *avmaterialisering* i sin kritikk av Eckhoff, se Graver: «Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2000, s. 429—76 s. 433 flg.

⁶⁵⁰ Se for eksempel dommer Skoghøy i Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 235: «Det er også metodisk uriktig å trekke rettslige slutninger på grunnlag av mer eller mindre innarbeidede begreper ('begrepsjurisprudens'). Hvis de begreper som blir benyttet, ikke er dekkende for de løsninger som har de beste grunner for seg, er det ikke løsningene som skal tilpasses begrepene, men begrepsbruken som må endres. Statens begrepslogiske argument må etter dette forkastes som klart uholdbart»

⁶⁵¹ Se f.eks. Tande: «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens Venner*, 2011, s. 1—36. Se også Frøberg: *Rettslig prinsippargumentasjon*, Gyldendahl juridisk, 2014 s. 70 om fasadelegitimasjonstesen som innvending mot begrepsbygging.

⁶⁵² Overå: *Nemnder i kommunalforvaltningen, organisasjon og saksbehandling*, Institutt for offentlig rett, 1976 s. 129.

⁶⁵³ Eckhoff 1992 s. 217—218.

⁶⁵⁴ Se om denne 'avveiningsmodellen' Eckhoff: *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget, 2001 s. 22—32. Hvor sterkt man betoner 'avveiningen' som en avveining av *interesser* heller enn rettslige kilder, varierer. Se for eksempel fremstillingen Kinander 2004 s. 321.

⁶⁵⁵ Se eksplisitt kritikk av måten juristene ifølge Seip: «Jus og politikk», *Lov og rett* 4, 1965, innførte prøvingsretten som «... en slags grunnlovsgivning ved tilsnikelse ...», noe han setter i direkte sammenheng med en 'konstruktiv' rettstenkning. Se bl.a. Nygaard 2004 s. 24—25 om metoden som et middel for å gjøre rettsanvendelsen regelstyrt, lignende også Sundby 1974 s. 282—283.

Den rettsrealistiske posisjonen om at Høyesterett bestemmer den juridiske metoden får også betydning her.⁶⁵⁶ Dersom Høyesterett bestemmer metoden og begrepsbruk handler om metode, så er det Høyesterett som bestemmer 'vår' begrepsbruk.⁶⁵⁷ Mer generelt er det en mulig innvending at begreper og begrepsanalyse mangler et autoritativt (rettskildemessig?) grunnlag.

Oppsummeringsvis kan man med kritikken si at begreper (1) leder til unødvendig formalisme, (2) mangler forankring i rettsordenen og/eller Høyesteretts metode, (3) og leder oppmerksomheten vekk fra konkrete interesseavveininger eller rettslige kilder samt (4) innebærer en tilsnikelse av juridisk makt og innflytelse. Hvis disse innvendingene er gyldige for all begrepsanalyse, så er dette åpenbart problematisk.⁶⁵⁸

Når det gjelder flere av innvendingene kan det også nevnes at de ikke er avhengige av å ha et rettsrealistisk metodesyn. Kritikken av begrepsanalyse som virkelighetsfjernt har gjenklang i Blandhols pragmatisme.⁶⁵⁹ Hvis begreper «fanger tanken» kunne man også problematisert deres virkning med Nygaards begrep om primært rettsgrunnlag eller Bergos lovkrav og vektlegging av forutberegnelighet.⁶⁶⁰ En mer generell formulering av den første innvendingen er at begreper skaper et 'unntak' fra normene som rettskildelæren oppstiller.⁶⁶¹

⁶⁵⁶ Se for eksempel Boe: «Fusadommen i forvaltningsrettslig og rettsteoretisk perspektiv», *Lov og Rett*, 1991, s. 323—46 som skriver at Fusadommen er et prejudikat for etterarbeiders relevans, dette understrekes også i Boe 2021 s. 40 flg.

⁶⁵⁷ Morten Kinander: «Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011, s. 15—55 s. 53 som hevder at det «... formelle legalitetsprinsippet slik det utlegges hos Smith/Eckhoff og Eng mangler ... empirisk støtte i norsk rett». Generelt inntar imidlertid disse forfatterne et positivt syn på begrepsanalyse, se s. 42.

⁶⁵⁸ Se bl.a. også fremstillingen hos Frøberg 2014 s. 68—70. Se også Holter: *Hensikt: En studie av hensiktsforsett og omkringliggende begreper i strafferetten*, Universitetet i Bergen, 2020 s. 45 flg. For en mer grundig evaluering av begrepsanalysen og dens kritikere, se Tuori 2011 kapittel 4.

⁶⁵⁹ Se Blandhol: «Rettspragmatismen i perspektiv», *Kritisk juss* 46, 2020, s. 166—78. Han skriver bl.a. på s. 172 at det karakteristiske for pragmatismen er at man ikke «... dyrke[r] dette systemet som et mål i seg selv ...» fordi dette vil være å «... fjerne [retts]vitenskapen fra dens grunnlag.

⁶⁶⁰ Om Bergos tekstorientering, se særlig forordet i Bergo: *Rett praksis: Lærebok i norsk juridisk metode*, Fagbokforlaget, 2022 kapittel 2 og 3, og om Nygaards begrep se Nygaard 2004 s. 35 flg.

⁶⁶¹ Se bl.a. Askeland: «Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999—2018», *Lov og Rett* 57, nr. 09, 2018, s. 519—36 for en oversikt over ulike perspektiver på rettskildelæren og dens utvikling. At rettskildelæren er sentral, fremgår av tittelen til Eckhoff 2001, men se også Nygaard 2004 s. 23 flg., Monsen: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Oslo, Cappelen Damm akademisk, 2012 s. 15 (som ser rettskildelære og juridisk metode som det samme, med noe ulike konnotasjoner), og Bergo 2022 s. 15 som beskriver rettskildelæren som «... faget som beskriver metoden og reglene som skal styre [den juridiske metoden].»

Jeg vil gjennomgå disse innvendingene i tur og orden, men noen av dem forutsetter større diskusjoner enn andre. De første to problemstillingene behandles henholdsvis i punkt 3.3 og 3.4. De to siste kritikkene behandles samlet i 3.5 og oppsummeres særlig i 3.5.7.

3.3 Er begrepsanalyse unødig formalisme?

Den første og enkleste, men samtidig kanskje den viktigste innvendingen, er at begrepsanalyse representerer unødvendig formalisme. Dette er en innvending som forutsetter at begreper ikke har stor praktisk betydning. Imidlertid er all juridisk kommunikasjon avhengig av begreper.⁶⁶² Analyse av delegeringsbegrepet er derfor utpreget praktisk, fordi det berører alle delegeringsreglene.⁶⁶³ Et unntak er kanskje tilfeller der et begreps innhold er kjent blant alle, og man kan slå fast at det eksisterer en svært omforent og ensartet begrepsbruk, slik at nærmere analyse er overflødig. Det er ikke tilfelle for delegeringsbegrepet.⁶⁶⁴

Ved nærmere ettersyn synes da også begreper og diskusjon om dem egentlig å ha en ganske sentral stilling i norsk forvaltningsrett.⁶⁶⁵ Sentrale forfattere er opptatt av systemer, konstruksjoner og begreper, som kan ses som ulike termer for noenlunde samme fenomen.⁶⁶⁶ Den moderne lesningen av Grl. § 3 (se 5.4) bygger for eksempel på Opsahls vurdering av at denne tolkningen ville skape bedre «... sammenheng i teorien ...».⁶⁶⁷ Opsahl bruker også ord og uttrykk som «konstruere» i sin fremstilling.⁶⁶⁸ I det hele tatt er Opsahls doktorgrad bygget på en endring i systematisk perspektiv, som igjen bygger på en ny begrepsdannelse, om at delegering bare var en alminnelig del av Stortingets lovgivende myndighet.⁶⁶⁹ Denne endringen besto av at Opsahl hevdet at det var begrunnelsen for å

⁶⁶² Se Castberg 1923 s. 316.

⁶⁶³ Se også sitatet fra Stang i Bjørne: *Realism och skandinavisk realism, Den nordiska rättsvetenskapens historia del IV*, EO Grafiska, 2007 s. 287: «Det er umulig å gi nogen virkelig definisjon av den konstruktive metode. Den står nemlig ikke i motsetning til andre rettsvidenskapelige metoder, den er bare en overbetoning av en enkelt og nødvendig metode.»

⁶⁶⁴ Eksempler i note 810. Se riktignok 8.2.

⁶⁶⁵ Sml. Mossberg 2022 s. 344 flg. om rettsvitenskapen generelt, og Graver 2000 s. 438 om eksemplene på Eckhoff's 'substansielle' begrepsbruk. Se også generelt Tuori 2011 s. 121 som fremhever at bl.a. realistenes bruk av Hohfeld som et viktig eksempel på deres begrepsorientering.

⁶⁶⁶ Smith 2022 fremhever for eksempel i sitt forord *systematikken* og da særlig forvaltningsrettens konstitusjonelle grunnlag som viktige og sentrale modifikasjoner til verket.

⁶⁶⁷ Opsahl 1963 s. 6.17.

⁶⁶⁸ Opsahl 1963 s. 11.34.

⁶⁶⁹ Opsahl 1965 s. 1—125 angår i hovedsak dette systematisk-teoretiske spørsmål (med referanser til praksis), som så anvendes i kapittel 3 og videreutvikles teoretisk i kapittel 4 til tanken om trinnfølgeprinsippet og en nyansering av grunnleggende juridisk-metodiske begreper og regler som legalitets- og lex-superior-prinsippet.

nekte delegering fra Stortinget som måtte begrunnes, heller enn begrunnelsen for at delegering var lov. Denne 'negative' innfallsvinkelen til delegasjon var ikke en ren funksjonell beskrivelse av gjeldende rett, men en substansiell avvisning av ulike begrensingsforsøk. Flere av de store og bærende diskusjonene innenfor moderne forvaltningsrett har også vært systemdiskusjoner om begrepsmessige forhold — som hva «legalitetsprinsippet» er og omfatter,⁶⁷⁰ hva «forvaltningsskjønn» er, og så videre.⁶⁷¹

Innenfor denne avhandlingens tema finnes det også en rekke eksempler på det som kunne vært kritisert som problematisk begrepsjurisprudens. For eksempel blir hva som oppfattes som et spørsmål om delegering tidvis antatt å sammenfalle med forvaltningslovens begrep om «vedtak» eller myndighetsutøvelse.⁶⁷² Virkeområdet for den ulovfestede delegeringslæren blir slik forutsatt bestemt ut fra et begrepsmessig skille som gjelder noe helt annet, nemlig når særskilte saksbehandlingsregler må følges av forvaltningen. Et annet viktig eksempel er at delegering av oppgaver ikke er et tema i norsk forvaltningsrett, fordi man definerer delegering som delegering av kompetanse. Heller enn at begrepsanalyse er formalistisk, fremstår det mer sannsynlig at man opererer med et ureflektert forhold til begrepene, slik at man ikke er klar over deres betydning — hvilket også ville være i samsvar med forutsetningene om at retten skaper en egenlogikk den ikke selv kan 'se' at den har i kapittel 2 punkt 2.2.8 og 2.5.

Et annet merkelig eksempel, er Alf Ross' definisjon av begrepet delegering. Han mener begrepet må defineres slik at «... maximen delegata potestas non potest delegari [får] en ikke på forhånd uantagelig mening.»⁶⁷³ Utsagnet er latin, og man *trodde* lenge at det betydde at delegert myndighet ikke kunne delegeres videre. Ross' definisjon avgrensar dermed hva som anses som «delegert» myndighet nedover mot mindre betydningsfull lovgivning, slik at man kan holde fast på maksimen, uten at Ross gir noen grunn til hvorfor det er ønskelig å holde fast ved den. Allerede på 1920-tallet påviste imidlertid Patrick W. Duff og Horace E. Whiteside at prinsippet stammet fra en skrivefeil i den mest brukte kommentaren til romerretten fra 1569.⁶⁷⁴ *Non* skulle egentlig vært *nec* og tegnetingen var feil. Når det korrigeres blir meningen noe slikt som at «Kongens makt blir ikke begrenset hvis den delegeres til andre», dvs. tilsvarende forutsetningen om at delegering ikke innebærer at man taper myndigheten, men at det

⁶⁷⁰ Se f.eks. utgangspunktet i Smith: «Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1978, s. 655—91.

⁶⁷¹ Se spesielt Krarup: *Øvrighedsmyndighedens grænser*, Juristforbundets forlag, 1969 s. 66 flg.

⁶⁷² Se kapittel 4 punkt 4.2.2.

⁶⁷³ Ross 1959 s. 140.

⁶⁷⁴ Duff og Whiteside: «Delegata Potestas Non Potest Delegari: A Maxim of American Constitutional Law», *Cornell Law Review* 14, 1929, s. 168—96 s. 172—173.

skapes en ny.⁶⁷⁵ En sentral statsrettslig forutsetning i amerikansk, dansk og norsk rett (og flere land), «... owes its origin to ... the carelessness of a sixteenth century printer.»⁶⁷⁶

Man kan altså ikke klare seg uten begreper, og begrepsanalyse kan bare anses overflødig hvis man karikerer hva begrepsanalyse er.⁶⁷⁷ Behovet for begrepsanalyse betyr naturligvis ikke at all begrepsanalyse må gå inn i like omfattende teoretiske diskusjoner som det jeg har gjort og vil gjøre, men som jeg kommer tilbake til, er begreper operative i rettsanvendelsen (jf. 3.5.3).

Likevel kan man også stille spørsmålet: Hva er problemet ved at begrepsanalyse er upraktisk? Rettsvitenskapens nærhet til det praktiske rettsliv fremheves ofte som en styrke, men bør heller betraktes som et av feltets sentrale utfordringer.⁶⁷⁸ Nærhet til det praktiske rettsliv utgjør nærhet til de mest sentrale maktøverne i samfunnet, og som jurist har man ofte historikk med eller karriereutsikter hos disse maktøverne. Delvis er det snakk om nærhet til de store advokatfirmaene, som i økende grad opptre profittsøkende,⁶⁷⁹ og får mulighet til å utnytte 'praktisk' rettsvitenskap for egen vinning.⁶⁸⁰ Mer problematisk er nærheten *til staten og dens institusjoner*. Sosiologen Geir Rønning fremhever for eksempel at «... forskning om staten alltid stå[r] i fare for ukritisk å innta statens eget perspektiv og reproducere dens egen selvforståelse.»⁶⁸¹ Slike kritiske perspektiver gjelder i særdeleshet for rettsvitenskapen, som i tillegg konstituerer sitt eget forskningsobjekt (retten), og gjennom å forske på den, produserer de statlige institusjonenes rettslige makt.⁶⁸² Se også foran i kapittel 2 punkt 2.2 og 2.3. De nære koblingene mellom mektige institusjoner og juridiske akademikere er et mer håndfast utslag av dette. Som påpekt i teorikapittelets punkt

⁶⁷⁵ Se også omtalen i Iancu 2012 s. 81—82.

⁶⁷⁶ Duff 1929 s. 173.

⁶⁷⁷ Mossberg 2022 s. 309, som skriver at man har «... tagit till sig fiendens nidsbild som vore den reellt representativ och sedan lagt densamma till grund för en lång mottradition med rättsideologiska förtecken – en idétradition [rettsrealismen] som främst utmärks av att den tar avstånd från något.»

⁶⁷⁸ I samme retning Eriksen: *Kritikk: Konfrontasjoner med rett og makt*, Universitetsforlaget, 2016 s. 47, om lojaliteten til myndighetene.

⁶⁷⁹ Sml. også Madsen 2019 s. 3 om tendensen til «... economization and commodification of the practice of law, whereby lawyers are decreasingly disinterested brokers in society and defenders of the public good, but increasingly service firms at the cutting edge of the capitalist economy.»

⁶⁸⁰ Gestel og Micklitz: «Methodology in the New Legal World», *EUI Working Papers 2012/13*, 2012, s. 1—30 s. 13: «The fact that there are today few incentives for law firms and business to sponsor doctrinal research is probably not the result of the poor quality of doctrinal scholarship. It is more likely caused by an oversupply of textbooks, handbooks, commentaries and so on, sponsored with tax payers' money.»

⁶⁸¹ Rønning 2019 s. 19, med videre referanse til Bordieu.

⁶⁸² Som Tuori 2002 s. 30 gjelder dette selv for «kritiske» juridiske prosjekter, i det han omtaler som «the problem of the critical legal scholar», og med referanse til Wilhelmsson beskriver som «... macro legitimation thorough micro criticism.», og Tuori 2011 s. 11: «Legal science is a legal practice ...».

2.5.7 er det for min del sentralt at retten fungerer som en offisiell anerkjennelse av statens makt, på en måte som samtidig tilslører *andre* former for makt. For å rettferdiggjøre rettsvitenskapelig forskning er det derfor nødvendig at man «... i hvert fall et stykke på vei, bryter med tenkemåter og implisitte premisser som gjelder innenfor de statlige institusjonene som undersøkes.»⁶⁸³ Det forutsetter at rettsanvenderen søker utenfor de kildene staten selv produserer i forsøket på å gi begrunnelser for og reflektere rundt sine egne begreper og juridiske vurderinger. Jeg ivaretar et slikt behov for å begrunne blant annet gjennom å foreta en teoretisk forankret begrepsanalyse, se like nedenfor i 3.4.3.

3.4 Hva er begrepsanalysens grunnlag? Om forholdet til skillene mellom *lata*, *sentientia* og *ferenda*

3.4.1 Vitenskapelig eller juridisk begrunnelse for metodiske valg?

Den neste innvendingen er at begrepsanalyse mangler et *grunnlag*. Den juridiske metoden eller rettskildelærens grunnlag er et omdiskutert tema, men i praksis man kunne skrive man bruker «alminnelig juridisk metode», «rettsdogmatisk metode», eller lignende.⁶⁸⁴ Denne «alminnelige juridiske metoden» antas gjerne å ha grunnlag i *rettsystemet selv*, enten ved at Høyesterett bestemmer metodens regler, at metoden må holde seg innenfor forfatningen, eller lignende.

At Høyesterett gir grunnlaget for den juridiske metoden har røtter i rettsrealismen og i de praktiske realitetene for den juridiske profesjonen: Den som ønsker å overbevise en domstol, bør nok argumentere slik en domstol gjør. Den bakenforliggende tanken kunne da vært uttrykt som at på samme måte som Høyesterett er en prejudikatsdomstol i materielle juridiske spørsmål, så er domstolen en prejudikatsdomstol i metodespørsmål. Som Svein Eng har argumentert overbevisende for er imidlertid ikke prejudikatslærens begrunnelser treffende for spørsmål om juridisk metode.⁶⁸⁵ Høyesteretts rolle er først og fremst å ta

⁶⁸³ Rønning 2019 s. 20, se generelt i samme retning Jacobsen 2021.

⁶⁸⁴ Om forholdet mellom juridisk metode og rettskildelære, se Jacobsen: «Om begrepet 'juridisk metode'», *Jussens venner* 38, 2004, s. 360—75. Se en oversikt over avhandlinger ved Det juridiske fakultetet i Bergen som nøyer seg med en slik henvisning i Kjølstad: «Det rettsvitenskapelige kloster: Doktorgradsutdanning- og avhandlinger ved Det juridiske fakultet i Bergen 1969—2018.» i Johan Giertsen, Erling Johannes Husabø, Øystein L. Iversen, Berte-Elen Konow red.: *Rett i vest*, Fagbokforlaget, 2019, s. 41—58, s. 51, som gir en god beskrivelse av avhandlinger som skrives innenfor «... et grunnleggende metodisk rammeverk som forstås så fastlagt at det uten videre kan legges til grunn for avhandlingens analyser.», note 41.

⁶⁸⁵ Eng: «Får prejudikatslæren anvendelse på domsargumenter vedrørende rettskildelæren?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1997, s. 21—44 s. 41—42 konkluderer.

stilling til konkrete enkeltspørsmål, ikke å gi retningslinjer for tolkning av juridiske tekster, relevansen av ulike kilder eller eksistensen av lovkrav. Som alternativ forfekter Eng at *konstitusjonen* danner grunnlaget for rettskildelæren.⁶⁸⁶ Selv tenker jeg både Doublet og Tuori treffer best med sin analyse av det juridiske profesjonsfellelesskaps intersubjektivitet som grunnlaget for metoden, selv om et slikt perspektiv gjør forfatningen (eller legitimitet) som sluttpunktet.⁶⁸⁷

At juridisk metode er regelbundet og forankret i institusjonalisert autoritet er samtidig grunnlaget for skillelinjene mellom *de lege lata*, *sententia ferenda*, og *de lege ferenda*, og impliserer en bestemt forståelse av begrepet om *gjeldende rett*. Skillene mellom disse fremstilles for eksempel slik av Monsen: «*De lege lata* er argumentasjon vedrørende hva som er gjeldende rett, mens argumentasjon *de lege ferenda* er argumentasjon knyttet til hvordan retten burde være.»⁶⁸⁸ Begge disse forutsetter derfor at hva gjeldende rett er, kan forklares på noenlunde klar måte, og at måten man forklarer begrepet er det samme uavhengig av hvem det skjer til.⁶⁸⁹ *Sententia ferenda* er «... anbefalinger til autoriteter — i praksis Høyesterett — om hvordan gjeldende rett bør utlegges og anvendes ...» i tilfeller der man mangler «... klare og autoritative argumenter.»⁶⁹⁰ *Sententia ferenda* kan altså forstås som en anbefaling til andre rettsanvendere der det er for mye *usikkerhet* om løsningen, til at en konkret løsning kan pekes ut som den sikre. I ulike sammenhenger kalles både *sententia ferenda* og *de lege ferenda* for *rettspolitikk*, men også disse grensene er noe uklare.⁶⁹¹

Skillene innebærer samtidig en del forutsetninger som kan pakkes ut og nyanseres. Implisitt brukes et begrep om «gjeldende rett» som en (relativt) enhetlig størrelse, selv om man peker på at det kan være usikkerhet om innholdet av den retten som gjelder.⁶⁹² Som jeg drøftet foran i kapittel punkt 2.5 kan man ha ulike begreper om hva gjeldende rett er. Skillene forutsetter også at det er enkelte statlige institusjoner, som argumentasjon om hva som er

⁶⁸⁶ Eng: *Rettskildelærens grunnlag*, Fagbokforlaget, 2022, tilsvarende videre Berge 2022.

⁶⁸⁷ Se f.eks. Doublet 1994 s. 540. Dette for eksempel for *juridiske studenter*, som må rette sine tekster til ukjente sensorer.

⁶⁸⁸ Monsen 2012 s. 249.

⁶⁸⁹ Se i kontrast om forholdet mellom aksiomatiske eller polysentriske systemer, Sundby 1974 s. 262.

⁶⁹⁰ Monsen 2012 s. 250.

⁶⁹¹ Mer nyanserte begreper om rettspolitikk kan også utvikles. Man kan videre skille mellom rettspolitikk som er *intern* forankret i rettens system, og rent ekstern rettspolitikk, se f.eks. Eriksen 2016 s. 55 flg.

⁶⁹² Om ulike måter retten kan være «gjeldende» på, se generelt Ross 1953 s. 32 flg.

gjeldende rett skal orientere seg mot, og videre, at hva disse institusjonene mener om hva som er gjeldende rett er viktig. Institusjonene er dem som i Monsens fremstilling kan «pakke ut» hva gjeldende rett bør være. Adressaten for *de lege ferenda* er også litt mer uklar: Er det lovgiver, departementsjurister som bedriver lovarbeid, eller Høyesterett denne formen for argumentasjon retter seg til? Som bemerket alt innledningsvis er det mer generelt betenkelig å orientere forvaltningsrettslig forskning mot domstoler, ettersom disse har begrenset praktisk betydning for praktiseringen av forvaltningsrettslige regler.⁶⁹³

Dermed kan man forstå skillene mellom *lata*, *ferenda* og *sentientia* som en måte å beskrive *praktisk rettsanvendelse innenfor juridiske institusjoner*, samtidig som begrepene implisitt forutsetter at det er mot disse institusjonene argumentasjon (vanligvis) bør skje. Bruk av slike begrep i et *vitenskapelig* arbeid, innebærer i så fall en signalisering til leseren av hvordan jeg selv eller rettsforskere *oppfatter at* de institusjonaliserte autoritetene i rettssamfunnet, vil *vurdere rettsforskerens (mine) egne konklusjoner*. Å si at noe er en «vurdering de lege lata» er (for eksempel) å adressere Høyesterett, og samtidig å reflektere over hvordan Høyesterett vil vurdere ens vurdering.

Dermed blir *legitimitetskriteriene* — kriteriene for hva som er et godt argument eller en konklusjon man kan forsvare — implisitt angitt å bero på hva Høyesterett (i den rettsrealistiske tradisjonen) andre rettsanvendere, juridiske profesjonsfelleskapet, eller lignende, vil akseptere.⁶⁹⁴

Begrepene er derfor samtidig grunnlaget for *grensedragningene* mot hva den juridiske argumentasjonen behøver å forholde seg til, og hva den kan overlate til andre fagområder. At bare *visse* argumenter er argumenter «*de lege lata*», gjør at rettsdogmatikken kan si at «noe annet» er politiske, tekniske, faglige, historiske, eller på annen måte *eksterne*, i relasjonen til den juridiske argumentasjon.

Spørsmålet blir da: Kan *rettsvitenskapen* begrunne sine metodiske valg på den samme måten? Og i samme retning: Burde *rettsvitenskapen* være opptatt av å signalisere hvordan ulike statlige institusjoner i samfunnet vurderer dens konklusjoner?

⁶⁹³ Se punkt 1.1.2

⁶⁹⁴ Se for eksempel også definisjonen av intern kritikk hos Eriksen 2016 s. 51.

Spørsmålet kan besvares ved å først peke på at det er forskjell på retten som *praksis* og rettsvitenskapen som *fag*, som man kan utvikle ved hjelp av skillet mellom *rettskildelære* eller *juridisk metode*, og *rettsdogmatisk forskningsmetode*.⁶⁹⁵ «Alminnelig juridisk metode» som skal følges av alle praktiserende jurister er noe annet enn metoden man bruker i rettsdogmatisk forskning, og begrepsanalyse er ikke ment som en metode som praktiserende rettsanvendere skal bedrive i sitt praktiske juridiske arbeid.⁶⁹⁶ Dermed er det også mulig at legitimitetskriteriene for den *juridiske metoden* kan være forskjellige fra legitimitetskriteriene for *rettsdogmatisk metode*.

For *profesjonen* som må forholde seg til de statlige institusjonene, så er det naturligvis nødvendig å forholde seg til legitimitetskriteriene disse institusjonene bruker.⁶⁹⁷ De institusjonelle betingelsene for rettsvitenskapen er imidlertid andre.⁶⁹⁸ Fra vitenskapens ståsted kan en orientering mot institusjonenes oppfatning være problematisk opp mot både institusjonelle krav om vitenskapelig uavhengighet, og normative vurderinger av vitenskapens rolle, jf. like ovenfor i 3.3. Graver skriver for eksempel — ganske riktig — at Høyesterett «... i liten grad overprøver ... [h]vorvidt det bør være adgang til delegering».⁶⁹⁹ Spørsmålet blir da om man skal nøye seg med å konstatere at domstolen forholder seg slik til saken, eller om man som Graver skriver treffende annensteds, behøver et *vitenskapelig* «løft».⁷⁰⁰ I motsatt fall risikerer man å gi et stempel av vitenskapelighet til dårlig juss og dårlig begrepsbruk.⁷⁰¹

⁶⁹⁵ Se om skillene på rettsvitenskapelig og praktisk juridisk metode, i Mæhle: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens venner* 39, nr. 5-6, 2004, s. 329—42 som særlig vektlegger at rettsvitenskapen må være mer årvåken og verdiorientert (s. 340), videre Mæhle: «Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk - i lys av grunnleggende forskningsverdier», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 128, nr. 2, 2015, s. 126—57 s. 128 som forutsetter at det er en forskjell til juridisk metode. Se også Graver: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *ibid.* 121, 2008, s. 149—79, og Jacobsen: «Law, Legal Science and Methodological Pluralism.» i Giertsen, Husabø, Iversen, Konow red.: *Rett i Vest - Festskrift til 50-årsjubileet for juristutdanningen ved Universitetet i Bergen*, Fagbokforlaget, 2019, s. 361—79, særlig s. 365.

⁶⁹⁶ Det finnes mange strukturelle mekanismer som *forhindrer* en slik refleksjon fra å kunne finne sted, jf. bl.a. omtalen hos Luhmann i kapittel 2 punkt 2.5.4.

⁶⁹⁷ Jeg vil imidlertid holde fast ved at også profesjonen har et ansvar for å ikke *ukritisk* reproducere rettens makt jf. foran i kapittel 2 punkt 2.5.7.

⁶⁹⁸ Disse betingelsene kan naturligvis også problematiseres nærmere, se f.eks. Jacobsen: «Rettsvitenskapssosiologi - ei spire.» *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Fagbokforlaget, 2013, s. 267—78., se like nedenfor.

⁶⁹⁹ Graver 2019 s. 200.

⁷⁰⁰ Sml. også Graver 2008 s. 172.

⁷⁰¹ Se bl.a. Jacobsen 2021 s. 117—118: «... legal doctrine may end up attributing an unwarranted scientific status to positive law.»

En slik oppfatning er konsistent med den etter hvert omfattende kritikken mot rettsrealismen, både som praktisk og vitenskapelig metode.⁷⁰² Bergo har kritisert realismens manglende anerkjennelse av tekster, Kinander og Mæhle kritiserer det manglende normative grunnlaget for metoden og Graver fremhever rettskildelære som en mislykket deskriptiv tilnærming.⁷⁰³ Det betyr naturligvis ikke at Høyesterett er lite interessant som studieobjekt og kilde. Castberg beskriver en sunn holdning til saken når han skriver at det er «... nødvendig å øve adskillig kritikk ved anvendelsen av høiesteretts praksis som grunnlag for opbygningen av en juridisk teori», men at man «... samtidig [må] utnytte fullt ut det rettsmateriale man har i de foreliggende dommer.»⁷⁰⁴ Avhandlingens kildebruk utdypes nærmere i punkt 3.6.

Til argumentene over kan man innvende at hvis rettsdogmatikkens oppgave er å gi en vitenskapelig fremstilling av gjeldende rett, så må rettsdogmatikken av rent faktiske årsaker også bruke, eller i alle fall forstå, de legitimitetskriteriene som praktikere bruker. Slik har for eksempel begrepet om organisering vært utviklet, se punkt 2.2.1.

Samtidig kan man nyansere ved å peke på at rettsanvenderes «juridiske metode» er en *praktisk øvelse* som av flere grunner må ta en hel del *for gitt*. Hvorfor og hva som tas for gitt, utdypes nærmere i punkt 3.5. Imidlertid er det særlig snakk om at praktikere på den ene siden er nødt til å forholde seg *passivt* til spørsmål av politisk, faglig, eller på annen måte ikke-juridisk karakter. På den andre må de også vanligvis forholde seg passivt til hvilke begrepsmessige forutsetninger som er bakt inn i den juridiske systematikken, argumentasjonen og problemformuleringen. Praktiske rettsanvendere må enkelt sagt løse kognitive oppgaver raskt og samtidig delta i en løpende diskusjon med andre, som gjerne også bygger på arbeidsdeling mellom aktørene. Slike krav følger videre direkte av de kravene som stilles til jurister som kontrollerende aktører innenfor forvaltningen (jf. kapittel 7 punkt 7.3).

⁷⁰² Se og Kinander: «Forholdet mellom juridisk og rettsvitenskapelig metode innen den nyere rettsrealismen», *Kritisk juss*, 2000, s. 109—27 s. 122.

⁷⁰³ Se henholdsvis Bergo 2004, Kinander 2004, Mæhle 2005 og Graver: «Rettsutvikling - en juridisk prediksjonsteori.» *Festskrift til Gunnar de Capua; Bredde foran kvalitet?*, De Capuas Minnefond, 1992,

⁷⁰⁴ Castberg 1938 s. 25.

Praktikere vil derfor ha begrenset anledning til å pakke ut egne forutsetninger. Alle forutsetningene i rettsanvendelsen behøver ikke å bli tematisert innenfor rammen av «den juridiske metode» — det ligger snarere i saken selv at forutsetningene befinner seg utenfor det aktørene selv tematiserer.⁷⁰⁵ Man kan da spørre om det er mulig for det praktiske eller tradisjonelle rettsdogmatiske perspektivet å ha legitimitetskriterier for forutsetninger som ikke pakkes ut. Hvordan kan man vite hva man aksepterer at er et politisk, faglig, eller ikke-juridisk spørsmål, uten å vite hva dette politiske, faglige eller ikke-juridiske elementet *er*? Spørsmålet er enkelt å besvare: Det finnes ingen eksplisitte legitimitetskriterier for disse forutsetningene — de er nettopp bare *forutsetninger* som legges til grunn uten nærmere vurdering, typisk i lys av arbeidsdelingen innenfor en organisasjon (jf. foran i 2.2.9). *Retten selv* kan ikke tematisere de blindsonene rettens autonomi beror på, for å bruke Luhmanns språk.⁷⁰⁶

Hvis man som rettsforsker er interessert i *selve* forutsetningene, så vil man derfor ikke kunne peke til de institusjonelle kriteriene for akseptabel argumentasjon. Forutsetningene må vurderes *på et annet grunnlag*, eller med en annen *type* rettsdogmatisk metode enn den som eventuelt forsøker å fremstille gjeldende rett i samsvar med den alminnelige juridiske metoden. Det finnes derfor rom for en slik *alternativ* rettsdogmatisk metode, med andre legitimitetskriterier, basert på det *vitenskapelige* systemet.⁷⁰⁷

Imidlertid gjenstår spørsmålet om hvordan jeg forstår de delene som beror på rettsdogmatikk i tradisjonell forstand, og hvordan denne avhandlingens analyser av de alminnelige reglene skal forstås i lys av begreper som *de lege lata*.

Som diskutert ovenfor er imidlertid formålet med disse begrepenes grenser å si noe om hvordan rettsforskeren selv vurderer argumenter eller konklusjoner i lys av legitimitetskriteriene som legges til grunn av *andre* rettsanvendere. Hva disse kriteriene faktisk var er imidlertid *uklart*. Som jeg utvikler nedenfor i punkt 3.5.3 vil også hva andre jurister aksepterer i noen grad bero på de begrepsmessige forutsetningene som de selv

⁷⁰⁵ Se også nærmere kapittel 2 punkt 2.2.8 og 2.2.9 og Buckel 2020 [2008] s. 128.

⁷⁰⁶ Luhmann 2008 [1993] s. 182.

⁷⁰⁷ Dette systemet vil naturligvis *også* ha sine egne blindsoner som følge av alt fra tellekantsystemer, institusjonell historie, undervisningsansvar, og så videre. Disse spørsmålene tas også opp av Buckel 2020 [2008] s. 250, som treffende omtaler rettsvitenskapens funksjon som «hegemonisk deparadoksifikasjon».

legger til grunn. Hele poenget med begrepsanalyse er å *problematisere* de forutsetningene som *tidligere har vært lagt til grunn* i andres rettsanvendelse. Det ville jo i forlengelsen være problematisk om jeg bruker begreper som «de lege lata» eller «ferenda», fordi utfordringen i utgangspunktet var at bruken av disse begrepene forutsetter at de interne legitimitetskriteriene er stabile og klare. Begrepsanalysens funksjon er imidlertid nettopp å vise at *tidligere* rettsanvendelse har bygget på forutsetninger som *senere* rettsanvendelse bør stille seg kritisk til, og at argumenter man har bygget på før, ikke nødvendigvis bør vurderes på samme måte i dag.

Det er, som pakkes ut nedenfor i 3.5.8, en kvalitativ forskjell på å forholde seg *passivt* til de begrepsmessige forutsetningene, og å forholde seg *aktivt* til dem. Forskjellen ligger for eksempel i den viktige forskjellen på å se den institusjonelle materialiteten og egenverdien i en organisasjon, heller enn å bare vurdere organisasjonen i den grad den kommer i kontakt med eller beror på juridiske normer (jf. 2.4.7). Det ville i så fall bli å undergrave noe av poenget og verdien av begrepsanalyse, hvis man re-introduserte de praktiske legitimitetskriteriene via å omtale vurderinger eller argumenter som *de lege lata* eller *ferenda*. Poenget er jo å vise at diskusjonene bør foregå på andre premisser — å forholde seg aktivt til kunnskap man før har ansett som å ligge utenfor det kunnskapsmessige feltet sitt.

Hva er da begrepsanalysens *vitenskapelige* grunnlag? Svaret er grunnleggende sett *teoretiske forutsetninger* og de grunnene man har til å forsvare disse. Alt metodiske valg bør foregå ut fra teoretiske oppfatninger om hva *retten er* (jf. 2.5), som jeg også har illustrert i dette avsnittet, og kommer tilbake til når jeg introduserer det kritiske aspektet nedenfor i 3.5.8. Allerede foran i kapittel 2 har jeg imidlertid fremhevet at rettslige diskusjoner beror på samfunnsteoretiske (empiriske) teoretiske problemer (hva som *er*), og *normative* teoretiske problemer (hva som *bør være*). Begrepsanalysen og fremstillingen av de alminnelige reglene må derfor vurderes på bakgrunn av hvordan de teoretiske utgangspunktene forsvares og gjennomføres — ikke ut fra hvordan konklusjonene hadde stått seg i Høyesterett. Hvordan man skal pakke ut de konkrete forutsetningene utdyper jeg også nærmere nedenfor i 3.5.

Samtidig er det grunn til å nevne at begrepsanalyse jeg vil forfekte er en analyse av *begrepet slik det finnes i de institusjonene som analyseres*. Av den grunn er ambisjonen om å også kunne si noe av interesse til et praktisk publikum — til profesjonen — i behold, slik jeg omtalte innledningsvis i kapittel 1 punkt 1.4.

3.4.2 «Vitenskap» som slør for interesseavveininger?

En presisering som kan gjøres, er at å påberope seg ‘vitenskap’, ikke bør skje på en måte som erstatter et teknisk eller nøytralt ideal (er arbeidet i samsvar med juridisk metode?) med et annet teknisk eller nøytralt ideal (er konklusjonen «vitenskapelig?»). At analysen *pretenderer å være vitenskapelig* forankret innebærer naturligvis ikke at den er upolitisk eller verdinøytral.

Man kunne imidlertid innvendt, som realistene gjorde i sin fasadelegitimasjonstese, at mine vurderinger simpelthen beror på at jeg er enig med visse interesser og uenig med andre.⁷⁰⁸ I så fall ville det klart vær *redeligere* å presentere mine konklusjoner som et utslag av en interesseavveining. Mitt svar til en slik påstand er at jeg mener det ikke er så lett som realistene vil ha det til å vurdere hvilke interesser en løsning tjener. Juridisk argumentasjon basert på interesser er derfor ikke mer legitim eller for den del realistisk, av to årsaker. For det første er det uklart hvordan en juridisk løsning henger sammen med faktiske virkninger i verden og dermed tjener noens interesser.⁷⁰⁹ Ofte ender man trolig opp med løse antakelser om sammenhenger i den faktiske verden som ikke er gode grunnlag å bygge argumenter på.⁷¹⁰

For det andre er det uklart hvordan eller hvorfor jurister vet hva som er i «noens» interesse. Svaret forutsetter enten en kartlegging av hvilke subjektive interesser som finnes ute i samfunnet, eller en teori om hvorfor jurister er egnet til å vurdere folks objektive

⁷⁰⁸ Se om tesen Bergo 2004 s. 28.

⁷⁰⁹ Se generelt Graver: *Den juristskapt virkelighet*, TANO, 1986 s. 60 om juridisk bondevett. Lignende i Bergo: «Tolkning og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider.» i Sunde, Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen red.: *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget, 2019, s. 175—238,. Mer generelt Luhmann 2008 [1993] s. 338, om rettsvitenskapens «... lack of concern for the consequences of being concerned with consequences ...», i samme retning Teubner: «Law and Social Theory, Three Problems», *Asian Journal for Law and Society*, 2014, s. 235—54.

⁷¹⁰ Se tilsvarende også Tuori 2002 s. 300 flg. om rettsvitenskapens ‘hidden social theory’.

interesser.⁷¹¹ Slike teorier og målinger kan gjennomføres i noen grad, men neppe alltid. Hvis jeg visste hvilke delegeringsregler som tjente visse interesser, hadde oppgaven vært enkel. Av disse to grunnene vil interesseargumentasjon ofte være basert på stor usikkerhet og interne juridiske konstruksjoner av hva ulike aktører i samfunnet mener. I fravær av slike refleksjoner kan det også oppstå et nytt problem, som den politisk-teoretiske litteraturen om politisk representasjon fremhever.⁷¹² Det finnes nemlig en risiko for at autoriteter — som det juridiske profesjonsfelleskap selv er — reelt sett viser til andres «interesser» som en måte å legitimere sin egen virksomhet, ved at autoriteten kan fremstille seg som representant for noen andre, uten at de (påstått) representerte kan si ifra hva sine *egentlige* interesser er.⁷¹³

Et eksempel på er Høyesterettsdommen i HR-2017-2352-A, som med rette har blitt utførlig kritisert på annet grunnlag. Det kan imidlertid også illustrere særegenhetene ved juridisk interesseargumentasjon. Spørsmålet i saken var om prostituerte som var blitt utsatt for vold av sine kunder kunne kreve yrkesskadeerstatning. Det presise problemet var om fremtidig arbeid som prostituert not erstatningsrettslig vern. Det er vanskelig å se at det ikke er i sexarbeidernes interesse å motta slik kompensasjon. Allerede det åpenbare faktum at de er saksøkere i en sak for Høyesterett, er tilstrekkelig indikasjon på hva deres interesser var. Høyesterett argumenterer imidlertid for at lovgiver har ønsket å vektlegge «de prostituertes sårbarhet og deres verne- og hjelpebehov» (avsnitt 45). Man tolker imidlertid utsagnet som å først og fremst innebære at man skal gjøre det uattraktivt å bli sexarbeider i utgangspunktet (avsnitt 57). Dermed blir det avgjørende argumentet at fordi «prostisjonsmarkedet synes å dreie mot de steder der rammevilkårene er best» (avsnitt 61), så vil det utgjøre et incitament for at flere skal bli sexarbeidere, dersom disse får yrkesskadeerstatning (avsnitt 62). Høyesterett mener derfor at sexarbeidernes egen interesse tilsier at de ikke får yrkesskadeerstatning.

Oppsummeringsvis mener jeg derfor at begrepsanalyse som metodisk tilnærming kan forankres i *rettsvitenskapen* og generelt *vitenskapelige* kriterier. Forankringen innebærer ikke at analysen er upolitisk eller verdinøytral, men at de vurderingene jeg gjør blir *forsøkt begrunnet og forankret i anerkjent kunnskap, teori eller normativ argumentasjon*.

⁷¹¹ Hayat: «Representation as proposition: democratic representation after the constructivist turn,» i Lisa Disch, Mathijs van de Sande og Nadia Urbinati red.: *The Constructivist Turn in Political Representation*, Edinburg University Press, 2019, s. 121—40, s. 123. Saward: «The Representative Claim», *Contemporary Political Theory* 5, 2006, s. 297—318, og siden har blitt videreført av flere, se generelt Disch, 2019.

⁷¹² Se nærmere i Hayat, 2019 s. 135.

⁷¹³ Se f.eks. Buckel, Sonja 2020 [2008] s. 243. Retten er dermed et klassisk eksempel på det Bordieu 1985 omtaler som «usurpation» s. 60. Det samme poenget er sentralt i Fine 1984 s. 137 flg. sin kritikk av forholdet mellom stats- og rettsformen.

3.4.3 Hvorfor begrepsanalyse, i et vitenskapelig perspektiv?

Ved å forankre metoden i det vitenskapelige systemets krav oppstår et nytt problem. Det finnes en enorm *metodisk pluralisme* i norsk rettsvitenskap, og utvider man blikket til det internasjonale feltet, kommer man ikke utenom å måtte anerkjenne et uoverkommelig mangfold av metodiske og teoretiske tilnærminger.⁷¹⁴

Spørsmålet blir da: Hvorfor akkurat begrepsanalyse? Svaret beror i noen grad på hva begrepsanalyse som metodisk innfallsvinkel *er*, som først utdypes nedenfor i punkt 3.5. Det beror også på den usikkerhet det rettslige feltet er beheftet med, jf. ovenfor i 3.1.2. Et særlig moment er også at begrepsanalyse er en temmelig åpen tilnærming, som kan inkludere innsikter fra organisasjonsteori, politisk teori og rettssosiologi, som jeg kommer tilbake til nedenfor i 3.5.7.

En svakhet ved begrepsanalyse vil samtidig være at den leder til en ensidig tilnærming. Min analyse er for eksempel interessert i rettslig materiale i den utstrekning kildene kan illustrere problemer knyttet til delegering. Det samme materialet kunne vært undersøkt fra andre synsvinkler, men jeg vil ikke være i stand til å 'se' dette. Svakheten må imidlertid ses i sammenheng med alle de fordelene som en begrepsanalyse ellers gir med hensyn til generalitetsnivå på analysene, og ikke minst at senere forskning kan utfylle analysene på eget grunnlag og fra andre partikulære synsvinkler.

Et annet viktig svar er imidlertid at jeg nå mener og i arbeidsprosessen har erfart at selve delegeringsbegrepet faktisk har hatt avgjørende innflytelse på dette rettslige feltet.

Denne erfaringen må også ses i sammenheng med begrepet om det juridiske systemet som ble drøftet foran i kapittel 2 punkt 2.5.6. Valget av begrepsanalyse som metodisk innfallsvinkel er dermed truffet ut fra en interesse for å kunne forstå hvordan norsk rett og rettsvitenskap har kunnet forholde seg så vidt uanfektet til de voldsomme sosiale endringene som skjer og har skjedd på dens dørstokk, ut fra en metodisk forankret arbeidshypotese om at begrepets strukturerende virkning har spilt en avgjørende rolle.

⁷¹⁴ Se generelt Jacobsen, 2019. Sml. bl.a. også Buckel 2020 [2008] s. 7.

Valget av begrepsanalyse som innfallsvinkel er også gjort ut fra en vurdering av at den kritiske tradisjonen i rettsvitenskapen ofte har satt seg selv på *siden*, enten ved å innta et eksternt perspektiv, eller ved å operere på et abstraksjonsnivå som er over eller sideordnet for det interne perspektivet på retten.⁷¹⁵ Den kritiske tradisjonen ikke alltid vært flink nok til å ta det interne perspektivet på alvor. Man har derfor heller ikke vist at kritisk-teoretiske perspektiver kan synliggjøre forutsetninger som er *grunnlaget for* rettsdogmatikken som kunnskapsfelt, og dermed har kritikerne paradoksalt nok endt opp med å gi plass for en ‘tradisjonell’ rettsdogmatikk som kan fortsette som før. Den kritiske tradisjonen reflekterer samtidig en underliggende *frustrasjon over* den upersonlige makten som de tradisjonelle perspektivene innehar. Den kritiske tradisjonen har derfor lett for å underdrive egenverdien i de tradisjonelle perspektivene — å underdrive at også de tradisjonelle perspektivene selv er formidlet av maktforhold utenfor *deres* kontroll.⁷¹⁶ Det er særlig tilfelle for den typen *ekstern* kritikk som «slåss med sitt objekt» (nærmere nedenfor).⁷¹⁷ På den andre siden betyr ikke en slik kritikk av kritikken at kritisk rettsvitenskap må foreslå løsninger — i motsetning til det som er en vanlig kritikk — men at kritikken bør vise hvordan forutsetningene som kritiseres er *nødvendige* forutsetninger for den tradisjonelle dogmatikken.⁷¹⁸ Man har kort sagt ikke gått langt nok i å vise *at* alminnelig rettsdogmatikk også beror på bestemte forutsetninger. Derfor utdyper jeg også nedenfor i punkt 3.5.2 hvilken rolle begreper spiller i juristenes praksis, nemlig i selve rettsanvendelsen, og orienterer meg i utgangspunktet mot et veldig ‘internt’ publikum.

Orienteringen til det interne er samtidig ikke *snever*. Innvendingen forutsetter et for snevert begrep om begreper. Som er poengtert av ulike forfattere som Schmitt og Wittgenstein, så er begreper alltid et resultat av en *livsform*.⁷¹⁹ Livsform forstås her som et svært sammensatt begrep om sosial praksis, og begreper er derfor noe langt mer enn tomme logiske kategorier. Begreper og forutsetninger har en *indre* logikk, men via deres blindsoner forteller de også noe om den sosiale konteksten de springer ut av. Å forstå et begreps blindsoner er samtidig

⁷¹⁵ Se blant annet diskusjonen av rettsrealismen hos Johansen 2020 s. 100 flg.

⁷¹⁶ Se i samme retning «kritikk av kritikken», Sundby: «Kritisk juss: Hva er det?», *Jussens Venner*, 1975, s. 115, se også foran i 1.1.4.

⁷¹⁷ Menke 2022

⁷¹⁸ Se generelt den gode artikkelen, Fischl: «The Question that Killed Critical Legal Studies», *Law and Social Inquiry*, 1992, s. 779—820.

⁷¹⁹ Sml. Wittgenstein: *Filosofiske undersøkelser*, Pax forlag, 2010 [1953] s. 41, Schmitt 2007 [1932] s. 299 om konkret-ordenstenkning, se også generelt Loughlin 2017.

å forstå hva alle aktørene enten ikke kan, eller behøver, å reflektere over. Jo større forståelse for et begrep man får, jo mer innsikt får man i livsformen begrepet springer ut av og reflekterer.⁷²⁰ Innsikt i begrepet gir innsikt i en type institusjonalisert praksis, fordi aktørene selv bedriver «... perpetuation of certain modes of conceptually mediated action».⁷²¹

Som jeg for eksempel illustrerer flere steder senere i avhandlingen, er delegeringsbegrepets forutsetninger blitt tydeligere fordi delegering som en måte å organisere forvaltningen, har fått flere alternativer å sette seg opp mot.⁷²² For å beskrive saken slik Marx gjør i *Grundrisse*: Delegering er den alminnelige formen for tildeling av myndighet som bader alle andre typer tildeling av myndighet i sitt eget lys, og som gjør det mulig for alternativene å ha særegenheter.⁷²³ Delegeringsbegrepet er derfor grunnlaget for å forstå det som ikke er delegering, samtidig som det som ikke er delegering, klargjør hva delegering er.⁷²⁴ Hvilket delegeringsbegrep retten forutsetter, beror derfor i noen grad på den sosiale konteksten som de rettslige aktørene inngår i. Johansen uttrykker det treffende som at den sosiale konteksten utgjør et nivå null — et nivå før man kognitivt kan ha et begrep om noe, som igjen er et nivå forut for selve regelnivået.⁷²⁵ Begrepsanalysen handler derfor om å pakke ut både den rent interne dimensjonen av begrepets indre logikk, og å forsøke å forstå hvordan den interne dimensjonen beror på og reflekterer en *ekstern kontekst*, se under 3.5.8.

Begrepsanalyse er dermed ingen tom lek med ord, men også et kritisk rettsvitenskapelig forsøk på å skape dypere forståelse for både retten og det samfunnet denne finnes i. Forståelsen gir i neste omgang grunnlag for en forbedret juridisk argumentasjon. Samtidig er begrepsanalysen en måte å reflektere rundt selve det *forvaltningsrettslige kunnskapsfeltet*, slik feltet defineres (via begrepet) av rettsdogmatikken. Hvilke samfunnsmessige forandringer *blir* reflektert i begrepet, og hvilke utelates? Begrepsanalyse

⁷²⁰ Marx: *Grundrisse*, Penguin Books, 1973 [1857-61] s. 34 «... the method of rising from the abstract to the concrete is only the way in which thought appropriates the concrete, reproduces it as the concrete in the mind.»

⁷²¹ Hunter 2021 s. 398.

⁷²² Johansen 2020 s. 88: «Det konstituerande är här de praktiska handlingar (som givetvis i sig är så intimt sammanbundna med olika medvetna, men framförallt omedvetna föreställningar att det knappast går att särskilja de två) som konstituerar det Schmitt kallar konstitutionen, Tuori rättskulturen och Anna Christensen normative grundmönster.» Se også Tuori 2011.

⁷²³ Sml. Marx 1973 [1857-61] s. 39.

⁷²⁴ Marx 1973 [1857-61] s. 38: «... even the most abstract categories, despite their validity – precisely because of their abstractness – for all epochs, are nevertheless, in the specific character of this abstraction, themselves likewise a product of historic relations, and possess their full validity only for and within these relations.»

⁷²⁵ Johansen 2020 s. 37, se også Loughlin 2017 s. 134 om Schmitts institusjonelle rettsstenkning.

bereder derfor grunnen for en *immanent kritikk*: en kritikk som forklarer hvilken sosial kontekst begrepet springer ut av, på en måte som viser hvorfor begrepet samtidig gir grunnlag for en kritisk holdning til den samme konteksten.⁷²⁶ En slik kritikk forutsetter at ting er på en bestemt måte, men kunne vært annerledes. Den immanente kritikken er derfor en kritikk som forsøker å opptre i samsvar med begrepet om demokratisk egenverdi.⁷²⁷

Man kan spørre: Hvorfor ikke *ekstern* kritikk? Spørsmålet vender jeg tilbake til nedenfor i 3.5.8. Man kan også spørre hvorfor ikke diskursanalyse, eller en hermeneutisk tilnærming? Det er ingen klar konflikt her, og jeg er blant annet i visse punkter sterkt inspirert av både Tuori og Doublet, som begge i noen grad bedriver en kombinasjon av kommunikasjons- eller diskursteorier, og hermeneutikk, inspirert av henholdsvis materialistisk tenkning og systemteori.⁷²⁸

3.4.4 Oppsummering

Begrepsanalyse som en type rettsdogmatisk metode har ikke grunnlag i rettsanvendelsen til statlige institusjoner, eller i legitimitetskriteriene for retten som sådan. Begrepsanalysens grunnlag er vitenskapelige legitimitetskrav, hvilket innebærer krav til teoretiske og metodiske refleksjoner over de valg som tas. Begrepsanalyse er derfor valgt dels ut fra de teoretiske perspektivene som er omtalt i kapittel 2, og at begrepsanalyse er et grunnlag for immanent kritikk, jf. snart under 3.5.8.

3.5 Hva er begrepsanalyse? Begreps rolle i rettsanvendelsen

3.5.1 Leder begrepsanalyse oppmerksomheten vekk fra underliggende rettslige vurderinger?

De gjenstående to innvendingene — at begrepsanalyse dreier oppmerksomheten vekk fra underliggende rettslige vurderinger, og innebærer en tilsnikelse av juridisk makt — er prinsipielt sett *legitime innvendinger* til *visse former for begrepsanalyse*, blant annet noen

⁷²⁶ Om immanent kritikk, se f.eks. Menke 2022 (etterordet) og Postone 1993 s. 90: «The adequate, negative critique is not undertaken on the basis of what is but of what could be, as a potential immanent to the existent society». Mer kritisk til immanent kritikk er Eriksen, under 3.5.8

⁷²⁷ Se om skillet mellom immanent og intern kritikk i Johansen 2020 s. 279.

⁷²⁸ Se Tuori 2002 s. 149 som eksplisitt baserer seg på Foucault, og s. 187—188 om Tuoris doktorgrad. Doublet 1994 s. 20 viser symptomatisk nok, alt i første note til Luhmann.

elementer av den begrepsanalysen som Hagerup og Castberg forsvarte.⁷²⁹ I deres fremstilling trekkes ikke skillet mellom juridisk metode, rettsdogmatisk metode og begrepsanalyse som en type rettsdogmatisk metode tydelig nok.⁷³⁰

Det vil også være problematisk hvis begrepet forstås som å være en ‘naturrettslig’ overbygning for reglene, hvor man oppfatter det som nødvendig at reglene skal harmonere med i større eller mindre grad. I så fall er det åpenbart en legitim innvending at begrepet kan komme ‘i veien’ for analysen av reglene.⁷³¹ Men man behøver ikke forstå begrepsanalyse på en slik måte.

For å utvikle problemet videre mener jeg det derfor først er nødvendig å lokalisere begreps rolle i selve rettsanvendelsen. Resonnementets overordnede trekk er at jeg skiller mellom positiv og gjeldende rett, som brukes for å presisere begrepet om tolkningsredskaper (jf. 3.5.2.) Disse begrepene brukes for å begrunne et skille mellom det *operative* og det *gyldige* i rettsanvendelsen (jf. 3.5.3). Skillet brukes for å presisere at begreper befinner seg på nivået for det operative, ikke det gyldige. Begreps funksjon kan derfor forstås som å være grunnlag for problemformulering, argumentasjon og systematisk tenkning om retten/det gyldige (3.5.4—3.5.6). Begrepsanalyse er derfor en form for rettsdogmatisk metode som handler om å undersøke institusjonaliserte begreper via å studere problemformuleringer, argumenter og systematikk og å trekke ut begrepsinnholdet disse beror på (jf. 3.5.7). Immanent kritikk handler om å bruke slike undersøkelser, kombinert med teoretiske perspektiver og kontekstualisert historisk analyse, for å videreutvikle rettsvitenskapens begrep (3.5.8).

⁷²⁹ Weber 1978 [1922] gjengir karikaturen av begrepsjurisprudensen på s. 655—657, i sin mest abstrakte og dermed karikerte form, se også Doublet 1994 s. 167 for en drøftelse av den ‘reelt problematiske’ begrepsjurisprudensen. Allerede Hagerup: «Nogle ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1888, s. 1—58 s. 33 avviser denne kritikken av konstruktivismen: «Den anden Vildfarelse, for hvilken den konstruktive Metode har været udsat, er den at ville tillægge de rent formale Begrepsdeduktioner retsproducerende Kraft». Se i samme retning Castberg 1923 s. 296 og 299.

⁷³⁰ Sml. i samme retning Bergos kritikk av Tuori i kapittel 2 punkt 2.5.5.

⁷³¹ Hellner: *Metodproblem i rättsvetenskapen: Studier i förmögenhetsrätt*, Jura, 2001 s. 135: «Medan naturrätten ärledde speciella rättsregler ur allmänna principer härleder begrepsjurisprudensen regler ur begreppen.»

3.5.2 Skillet mellom positiv og gjeldende rett, tolkning og argumentasjon

Spørsmålet her er *hvilken rolle begreper spiller i rettsanvendelsen*. For å svare må jeg først si noe om rettsanvendelsen som prosess.

Jeg vil først skille mellom *positiv* og *gjeldende* rett.⁷³² Den positive retten er *tekster* som er gitt som «... objekt for den menneskelige erfaring», fordi den er ‘gitt’ eller ‘positivert’ av en lovgiver, domstol, eller andre *normprodusenter*.⁷³³ Slike tekster kan være lover, forarbeider, dommer, beskrivelser av praksis, sedvane, kontrakter, eller lignende. Den positive retten er *tolkningsgjenstand* i rettsanvendelsesprosessen. Den *gjeldende* retten er den retten som blir gjort gyldig innenfor rettssystemet gjennom rettsanvendelsen, av konkrete rettsanvendere.⁷³⁴ Denne er *tolkningsresultat*.

Man kan derfor si at det finnes en *avstand* mellom den positive og den gjeldende retten, og det er rettssystemet som gjennom rettsanvendelsen legger bro over denne avstanden (avstanden er derfor i noen grad analog til den mer generelle problemstillingen om makt i forvaltningen, jf. 2.2). I både den materialistiske og systemteoretiske rettsteorien som ble gjennomgått i teorikapitlet er produksjonen av en slik avstand et sentralt premiss,⁷³⁵ men det er som Mæhle fremhever langt flere teoretiske retninger som antar det samme,⁷³⁶ herunder rettsrealismen.⁷³⁷

Det neste spørsmålet blir hvordan rettsanvendelsen går fra positiv til gjeldende rett. Her finnes flere mulige svar. Felles for de fleste er imidlertid at man antar at det er nødvendig med *tolkningsredskaper* som kan brukes for å tolke den positive retten. Tolkingsredskapene kan være juridiske metodenormer, samfunnsmessige eller moralske verdier, funksjonelle sammenhenger mellom retten og samfunnet, eller interesseforhold, avhengig av hvilken teoretiker man ser til. Det sentrale er at de i alle tilfeller utgjør

⁷³² Sondringen omtales flere steder, se bl.a. Doublet 1994 s. 227 flg. og s. 259 flg.

⁷³³ Doublet 1994 s. 260.

⁷³⁴ Både Doublet og Kinander: «Trenger man egentlig 'reelle hensyn'? - To betydninger, noen problemer», *Lov og rett*, 2002, s. 224—41 s. 238 fremhever at sondringene mellom gjenstand, resultat og instrument var noe man hadde i eldre teori, men tapte med rettsrealismen. Jeg er litt usikker på om dette er tilfelle.

⁷³⁵ Sml. Luhmann 2008 [1993] s. 286 om forbudet mot å nekte å treffe en avgjørelse i denne forbindelse.

⁷³⁶ Mæhle 2005 s. 82, sin kritikk av Doublet på dette punkt er god. Kinander kritiserer Doublet for noe lignende, se Kinander 2000 s. 126—127 og Kinander 2004 s. 340 og 341.

⁷³⁷ Eckhoff 2001 s. 29.

argumenter. Den positive retten blir gjort til gjeldende rett gjennom juridisk argumentasjon og problemformulering.

Juridisk argumentasjon og problemformulering utgjør derfor de sentrale tolkningsredskapene som kan benyttes for å legge bro over avstanden mellom positiv og gjeldende rett. Man kan innvende at orienteringen mot rettsanvendelsen vil være å nedprioritere de rettslige tekstene til fordel for den juridiske argumentasjonen (og dermed den juridiske praksis).⁷³⁸ Det er ikke mitt poeng: Juridisk argumentasjon baserer seg vanligvis på en lesning av en tekst, og selve eksistensen av teksten vil kunne utgjøre et argument i noen kontekster (som eksistensen av en lovbestemmelse, eller et parallelt prejudikat.)

Man kan videre innvende at den positive og den gjeldende retten vanligvis er overlappende, og at jeg i overdreven grad betoner rettens *vanskelige saker*.⁷³⁹ En slik vektlegging er ikke hensikten. Det er alltid analytisk mulig å skille den positive fra den gjeldende retten, men normalt er det 'overlapp' mellom de.⁷⁴⁰ Det påhviler samtidig rettsvitenskapen å *forklare* hvorfor forholdet mellom de to er stabilt over tid, det vil si, hvorfor bestemte retts spørsmål løses på relativt ensartet vis, og på en måte som lovgiver eller andre regelprodusenter er i stand til å forutse (eller ikke).⁷⁴¹ En (selv-) kritisk rettsvitenskap bør derfor være opptatt av å spore stabilitet, ikke unntakene.⁷⁴² Den senere kritiske litteraturens forsøk på å vise *enda tydeligere* at juss er noe subjektivt-kreativt har gått på tomgang fordi det kreative er åpenbart, men uinteressant.⁷⁴³ Derfor finnes ytterligere grunn til å forsøke å forklare hvordan *stabilitet* oppnås. Et viktig svar på stabiliteten er rettens evne til å holde fast ved egne begreper, som utdypes i neste avsnitt.

⁷³⁸ Sml. kritikken av Doublet i Kinander 2004 s. 340: «[c]oncentrate not on the formal paper rules and procedures embedded in the constitution or in the rules and norms of enactment, but on the material result of legal decision-making and adjudicative process.»

⁷³⁹ Sml. Dworkin: *Law's Empire*, Hart Publishing, 1986 s. 10, 39.

⁷⁴⁰ Se for eksempel Bergo 2022 s. 95–96, for hvorfor man kan skille tolkninger av språk fra andre aspekter ved rettsanvendelsen.

⁷⁴¹ En viktig forklaring i delegeringsreglens kontekst er standardisert lovgivningspraksis, se Lovavdelingen 2000. Mer generelt vil den juridiske profesjonens sentrale rolle i all normproduksjon sikre tilstrekkelig stabilitet, sml. også Habermas 1997 s. 168.

⁷⁴² Sml. også Bergo 2004 s. 338, som innvender mot Graver at «... 'kjernen' i jussen nettopp er de fastere mønstrene i den tilsynelatende åpne og avveiningsorienterte modellen ...».

⁷⁴³ Som bl.a. fremheves av Gordon: «Critical Legal Histories», *Stanford Law Review* 36, nr. 58, 1984, s. 57–125 s. 103, er det vanskelig å kritisere strukturelle makt- og herredømmeforhold, dersom all juss beror på subjektiv tolkning fra den enkelte dommer.

3.5.3 Begreper funksjon i rettsanvendelsen. Skillet mellom det operative og det gyldige Ved å tydeliggjøre skillet mellom den positive retten og den gjeldende retten og tolkningsredskapenes rolle, blir det mulig å beskrive begreperes rolle. Først nevner jeg at det primært er delegeringsbegrepet og begreper med noenlunde like egenskaper og funksjoner jeg sikter til i denne sammenhengen.⁷⁴⁴ Slike begreper er i alle fall temmelig komplekse, og som gjerne befinner seg i både kategorien *i* og *om* retten, for å bruke Engs veletablerte skille.⁷⁴⁵

Det klare og sentrale utgangspunktet er at begreper ikke kan anses å ha noen «... retsproducerende Kraft ...», slik allerede Hagerup presiserte.⁷⁴⁶ Begrepet er med andre ord ikke et annet aspekt av nivået for *regler*. De befinner seg på et nivå *før* reglene. Tuori drøfter om begrepene og systemene i retten er *del av* retten, og konkluderer med at «... once established, [concepts] form an integral part of the legal-cultural pre-understanding and unfurl their heuristic effects not only in legal science but also in other legal practices.»⁷⁴⁷ Begreper kan altså fungere som *heuristikker*, som tillater forenklinger i den praktisk-juridiske virkeligheten. Heuristikker beskrives slik av Molander:

«Heuristics are fallacious inference rules (they are mainly fallacious in the sense that they overgeneralize) but nevertheless hit the target (i.e., result in correct conclusions) most of the time and are at work subconsciously most of the time. Humans have a limited capacity for information processing and to a large extent use heuristics to bridge the gap between information and conclusions.»⁷⁴⁸

Juridiske begreper virker dermed som del av den praktiske bevisstheten til rettsanvendere. De gjør det mulig å ta snarveier i beslutningsprosessen, som Molander betoner. Samtidig, og minst like viktig, så sikrer de at beslutninger som må tas raskt, trolig vil treffe *ganske godt*. For eksempel vil man komme *ganske langt* i riktig retning ved å anta at delegering er

⁷⁴⁴ Eng 2007 s. 519 flg. Eng er også åpen for at begrepet har noen aspekter 'i' og noen aspekter 'om' retten, eller at tilfeller der «... samme begrep ... fyller[r] begge roller ...», s. 524.

⁷⁴⁵ Sml. også Iancu 2012 s. 4 om begrepet delegering av lovgivende myndighet: «Legislative delegation has an inevitably irreducible conceptual structure, insofar as the term can only be explained by means of related constitutional presuppositions and notions attaching to legislation and law-making, whose meanings are assumed and anticipated by the word 'delegation'».

⁷⁴⁶ Sml. også Hagerup 1888 s. 33, se også s. 19—20. Samme retning Castberg 1923 s. 299.

⁷⁴⁷ Tuori 2011 s. 152.

⁷⁴⁸ Molander 2016 s. 17.

en hierarkisk form for tildeling av myndighet. Samtidig er det åpenbart at når man erkjenner at begreper er slutningsregler bygget på tankefeil («fallacious»), så kan man ikke bygge juridiske avgjørelser *direkte* på dem.

Begreper ikke er *gyldige*, men har en *virkning*. De *former* eller *strukturerer* rettsanvendelsen, men er ikke noe rettsanvendere kan påberope seg til støtte for sin vurdering. Forskjellen forsøker jeg å fange ved å skille mellom det *operative* og *det gyldige* i rettsanvendelsen.⁷⁴⁹ Begreper er operative, mens rettslig argumentasjon (eventuelt) er gyldig. Skillet mellom det operative og gyldige handler om hvorvidt noe kan (og evt. må) påberopes som grunnlag i ens juridiske argumentasjonsrekke.⁷⁵⁰ Den positive retten (rettslige tekster) er for eksempel et gyldig grunnlag for en rettsanvendelsesprosess. Ferdig-tolkede rettsregler er også gyldige, da som grunnlag for subsumsjon. Juridiske argumenter er gyldige. Men som man helt riktig har hevdet er ikke *begreper* gyldige rettslige grunnlag.⁷⁵¹ Begreper er *de underliggende forutsetningene* for hvordan det gyldige etableres.

Et godt eksempel er skillet mellom den offentlige retten og privatretten. Som de fleste er enige om er denne grensegangen ustabil, og det er videre enighet om at skillet ikke kan være avgjørende for tolkningen av reglene i den enkelte sak.⁷⁵² Nielsen har nylig argumentert overbevisende for en integrert tilnærming, og i det enkelte tilfelle er det de særlige hensyn og konkrete regler som må brukes for å besvare det konkrete rettslige spørsmål.⁷⁵³ Det ville imidlertid være lite nyansert å trekke den slutning at skillet mellom offentlig og privat rett av den grunn er uvesentlig, hvilket omfanget av diskusjonen om det også indikerer. Skillet er *operativt* i rettsanvendelsen, ved at det påvirker rettsanvendelsen men ikke kan påberopes

⁷⁴⁹ Det har effekt innenfor rettsanvendelsesprosessen, men utgjør ikke i seg selv et tilstrekkelig grunnlag for å avgjøre innholdet i en norm, sml. distinksjonen hos Menke 2020 s. 105.

⁷⁵⁰ Om noe *må* legges til grunn er et selvstendig spørsmål. Se bl.a. diskusjonen om bundne og tillatte argumenter i Tøssebro: *Omgjøring: En forvaltningsrettslig fremstilling*, Universitetsforlaget, 2021 s. 184 flg.

⁷⁵¹ Luhmann 2008 [1993] s. 342: «Concepts in themselves are not instructions for decisions. They are building blocks for legal constructions, which in turn become part of conditional programmes, and their practical relevance feeds back into the profiles of concepts».

⁷⁵² Se eksempelvis Hopsnes: *Kommunale forhåndstilsagn: adgangen til å forhåndsbinde forvaltningsmyndighet og rettsvirkningen av slik binding*, Fagbokforlaget, 2017 s. 38 for en generell analyse av ulike modeller. Hoel 2011 s. 69 tar et 'enten-eller' utgangspunkt, og Bernt: *Avtaler med stat og kommune: Forhåndstilsagn om utøving av skjønnsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter, kompetansespørsmål og rettsvirkninger*, Universitetsforlaget, 1981 s. 76 som inntar et offentligrettslig utgangspunkt.

⁷⁵³ En formulering av denne metodiske posisjonen innen rettsdogmatikken finner man i Nielsen 2021 s. 33 sin formulering av en «integrasjonstese», der både «... forvaltningsrettlige og kontraktsrettlige normer finder potensielt anvendelse - eventuelt med fornødne tilpasninger – på forvaltningens aftaler.»

som et grunnlag for selve avgjørelsen. Det samme gjelder delegeringsbegrepet, som jeg skal komme tilbake til. *At* noe er delegering er ikke i seg selv et grunnlag for å treffe en bestemt avgjørelse, men at noe anses å være delegering vil normalt påvirke de argumenter rettsanvenderen bruker og de problemer rettsanvenderen ‘ser’.⁷⁵⁴ Luhmann formulerer det slik:

«... concepts store experiences and keep them on call, even though the concept does not formulate these experiences (otherwise it would become a text) but only re-actualizes them in a given instance.»⁷⁵⁵

Det operative og det gyldige er ulike abstraksjonsnivåer å analysere rettsanvendelsen på. Analyse av det gyldige er analyse av det rettsanvenderen påberoper seg som grunnlag for sin rettsanvendelse. Det operative *mangler imidlertid et empirisk uttrykk*, fordi det aldri blir direkte transformert til tekst og dermed gjort til noe man kan undersøke direkte, analogt til hvordan *termer, ord og uttrykk* er empiriske størrelser, men *meningen med dem* ikke er det.⁷⁵⁶ Metodisk sett gjør forskjellen mellom tekst og mening at begrepsanalyse forutsetter overbevisende svar på visse *epistemologiske* problemer, som jeg vender tilbake til i 3.5.7.

I systemteoretiske termer formulerer Luhmann dette som et spørsmål om forholdet mellom overflodighet og variasjon.⁷⁵⁷ Overflodighet betegner forholdet mellom kunnskap om én del av systemet, og kunnskap om andre deler av systemet. Variasjon betegner systemets muligheter til å ta høyde for ny informasjon og nye tilstander utenfor og innenfor systemet. Distinksjonen treffer godt på forholdet mellom begreper og den konkrete saken. Begrepene tillater stor grad av overflodighet, ved at man gjennom å forstå ett tilfelle av delegering godt, kan forstå nesten alle tilfeller av delegering like godt. Kunnskap om et stort antall enkeltdelegeringer er overflodig i kraft av delegeringsbegreps funksjon for rettslig argumentasjon. Som Luhmann poengterer står dermed tilsynelatende variasjon og overflodighet i et motsetningsforhold: Kjenner vi all delegering på bakgrunn av én delegering, har vi ikke rom for variasjon. Dette løses gjennom at variasjon håndteres i første orden mens overflodighet håndteres i andre orden — tilsvarende mitt skille mellom nivået for begreper og nivået for gjeldende rett.⁷⁵⁸ Gjennom å kjenne

⁷⁵⁴ Sml. både Tuori 2011 s. 183 og Luhmann 2008 [1993] s. 306 og 340. Et alternativ kunne vært å snakke om begrepet strukturerende funksjon, slik Høgberg: *I språkets bilde: Elementære logiske emner i juridisk kontekst*, Universitetsforlaget, 2015 s. 51 gjør, men dette blir slik jeg ser det for snevert.

⁷⁵⁵ Luhmann 2008 [1993] s. 341.

⁷⁵⁶ Kunnskapsteoretisk er det nok derfor rimelig å si at begreper er på nivå med ‘evalueringsgrunnlaget’ i Doublets teori. Man kan derfor omskrive Doublets formulering for å si at skillet «... mellom begrepet gjeldende rett og [rettslige begreper] fremstår ... som en avgrensning mellom [noe] som har et konkret uttrykk og [noe] som er en del av en mental prosess og mangler et fullstendig konkret uttrykk.», jf. Doublet 1994 s. 378.

⁷⁵⁷ Se Luhmann 2008 [1993] s. 320 flg.

⁷⁵⁸ Sml. også Moeller 2006 s. 78: «In order to legally observe an incident, legal communication observes how it was or could be observed by other legal observations.»

delegeringsbegrepet kjenner man hvordan delegeringsbegrepet bidrar med argumentasjon i alle relevante tilfeller, men man er samtidig åpen for en prinsipielt uendelig variasjon i konkrete saksforhold som kan gjøre disse argumentene mindre relevante for det endelige utfallet i en enkeltsak.⁷⁵⁹ Begreper er dermed «... a second, meta-textually supplied security net for redundancy in the system.»⁷⁶⁰

Begreper er altså operative, og befinner seg på et annet abstraksjonsnivå enn det gyldige. Det innebærer at begreper *påvirker* rettsanvendelsen.⁷⁶¹ Det neste spørsmålet man må stille er: Hvilken sammenheng er det mellom begreper og rettsanvendelsen? Det var her den eldre konstruktive metode gikk seg vill, i forsøket på å dedusere fra etablert praksis, og å indusere til ny.⁷⁶² Formidlingen mellom nivået for regler og nivået for begreper er mer komplisert enn slik induksjon/deduksjon er i stand til å fange opp.⁷⁶³ Begreper er *grunnlaget for problemformulering og argumentasjon*.

3.5.4 Begreper som grunnlag for problemformulering

Begreper er for det første det sentrale grunnlaget for at rettsanvendere formulerer rettslige problemer. For eksempel er delegerings*begrepet* et viktig grunnlag for delegerings*reglene*. Hvilke problemer disse reglene angår beror imidlertid på hva delegering blir forstått å *være*.⁷⁶⁴ Tidligere har man nedtonet at selve problemformuleringen er avgjørende, ved å redusere saken til et spørsmål om *pedagogikk* og *fremstillingsform*.⁷⁶⁵ Dermed overser man at hva praktiserende jurister er i stand til å huske og fremstille som et problem, også

⁷⁵⁹ Luhmann 2008 [1993] s. 322—323: «Redundancy is not a quality that can be found with the means of logic. According to Hegel it does not belong to the realm of necessity but to the realm of chance, because the definition of one piece of information does not determine the definition of another.» s. 323.

⁷⁶⁰ Luhmann 2008 [1993] s. 343.

⁷⁶¹ Holter 2020 s. 51 bruker i kontrast Engs distinksjon for å hevde at «[b]egreper om rettsregler har ikke (direkte) betydning for løsningen av konkrete rettsspørsmål», og omtaler sitt studieobjekt (hensiktsbegrepet) som et begrep om rettsregler, og dermed at dette ikke har direkte betydning for løsningen av konkrete rettsspørsmål. En bedre strategi ville være å anerkjenne at begrepet *har* betydning for løsningen av rettsspørsmål, og nettopp *derfor* foreta den fruktbare begrepsanalysen Holter tross alt foretar.

⁷⁶² Hagerup, Francis 1888 s. 22 omtaler det som en «syntetisk process».

⁷⁶³ I samme retning også Luhmann 2008 [1993] s. 339: «To say that lawyers deduce from legal notions would be a particularly abbreviated description of this complicated process.»

⁷⁶⁴ Sml. Frändberg, 2009 s. 5: «... the systematising L-concepts do not have only (or even primarily) a purely intellectual function (comprehensibility); their function is very much a normative, problem-solving one. Their prime function is to be used for diagnosing and qualifying problems of law.»

⁷⁶⁵ Hegel: *Andens fenomenologi*, Vidarforlaget, 2022 [1807] s. 47 paragraf 29: «På samme måte må den enkelte gjennomgå innholdet i den allmenne åndens dannelsesstrinn, som stadier på en vei som alt er stukket ut og planert, selv om de er former som ånden allerede har lagt fra seg. Da ser vi at lærdommer som i tidligere tider beskjeftiget menneskenes modne ånd, er blitt redusert til puggstoff, øvelse, ja til og med barneleker; og i den pedagogiske utviklingen gjenkjenner vi verdens dannelseshistorie, men nå som skyggebilder.»

bestemmer hva som *blir* rettslige problemer.⁷⁶⁶ Det er i et slikt perspektiv neppe tilfeldig at *læreboksformatet* står så sentralt i utviklingen av den juridiske forskningsfronten.

Hvis man mener delegering bare handler om tildeling av *kompetanse* er det for eksempel ikke relevant å stille spørsmål ved om lavere organer i hierarkiet kan *forberede* avgjørelser på ens vegne (et spørsmål som analyseres nærmere i kapittel 4). Selv vil jeg for eksempel hevde at slik delegering av saksbehandling gir saksforberederen en viss makt, som må legitimeres. Forskjellen i problemformulering beror derfor på underliggende oppfatninger om *maktbegrepet* eller på visse *normative oppfatninger* om hvordan makt av den typen det er snakk om, skal vurderes. Disse oppfatningene *bestemmer ikke entydig* hva jeg mener er gjeldende rett — for eksempel fordi det finnes rettskilder som regulerer spørsmålet, eller lignende. Men oppfatningene er selve grunnlaget for å *vurdere spørsmålet som relevant å reise*.

Begrepet *virker på* rettsanvenderen ved å hjelpe vedkommende til å se relevante problemstillinger. Virkningen er tilfelle helt uavhengig av om spørsmålet faktisk er regulert av de rettslige kildene, fordi det er begrepet som (blant annet) får en til å lete i kildene i utgangspunktet. Derfor er også begrepsanalyse viktigere hvis man er interessert i juridisk reformarbeid på departementsnivå, enn om man studerer rettspraksis.

Begrepet spiller også en viktig rolle i rettsanvenderens tolkning av *faktum*.⁷⁶⁷ Om man ‘ser’ en kontrakt eller et vedtak, en delegering eller en fullmakt, beror for eksempel på ens underliggende begrep om skillet mellom privat- og offentlig rett. Begreper kobler jus og faktum, som sammen er grunnlaget for rettslige problemer. God kunnskap blir innlært i jurister på en måte som gjør kunnskapen usynlig. De fleste ‘ser’ den rettslige problemstillingen. Men ikke alle ‘ser’ at kommunestyrets vedtak påvirker konkurransen mellom aktører innenfor EØS-området, eller at dagpengemottakeren utøver sin frie bevegelse. Mangelen på gode begreper blir synlig i slike tilfeller, i form av mangel på en ‘ryggmargsrefleks’. At Høyesterett får ‘ferdig-serverte’ rettslige spørsmål, og Høyesterett

⁷⁶⁶ Sml. Tuori 2011 s. 138 om begrepenes heuristiske oppgave.

⁷⁶⁷ Sml. Jacobsen 2021 s. 116.

lenge har vært norsk metodelæres sentrale kilde, er nok en forklaring på hvordan man har kunnet nedtone denne dimensjonen.⁷⁶⁸

Hverken hvilke problemer man ser eller hvordan man vurderer faktum bestemmes fullt ut av begrepet, men begrepet er både utgangspunktet for tankeprosessen og et referansepunkt. Begrepet er grunnlaget for at noe kan bli et 'rettsspørsmål' overhodet.⁷⁶⁹

3.5.5 Argumenter med begrepet som familielikhet

Når problemet er identifisert, fungerer også rettslige begreper som grunnlag for rettslig *argumentasjon*. For eksempel kan man hevde at *ansvar ikke kan delegeres*, slik ulike forfattere har hevdet. Argumentet beror på en oppfatning om at delegering er en type overføring av myndighet som bør ivareta hierarkiske strukturer.

Argumentene beror vanligvis på begrepets *normative grunnlag*. Man kan tenke om den normative koblingen som at begrepet minner rettsanvenderen på relevante hensyn, og at måten begrepet strukturerer rettsanvendelsen på sikrer at hensynene blir ivaretatt.⁷⁷⁰ I perioder vil begrepsbruken kunne være relativt stabil, før den senere blir problematisk. Som Jacobsen formulerer et liknende poeng i annen kontekst utgjør begreper en «... konstitutiv premiss som synleggjer seg når dei rettsdogmatiske praksisane og nytta argumenta vert utfordra.»⁷⁷¹ Det kan også være slik at begrepet brukes av andre fagdisipliner, og får sitt innhold påvirket av disse.⁷⁷²

Argumentene fra det begrepsmessige utgangspunktet kan samtidig konkretiseres på svært ulike måter. Kanskje noen former for ansvar kan delegeres, mens andre ikke kan det. Begreper er *operative* og ikke *gyldige*, slik at det ikke oppstår noen konflikt med lovgiver, slik blant annet Tuori antar.⁷⁷³ Begreper blir snarere mer komplekse og innholdsrike

⁷⁶⁸ At begrepsbruk har en pedagogisk funksjon innenfor akademien har samtidig motvirket denne slagsiden, se f.eks. Boe: «Eckhoff/Smiths framstilling av lovskravet i forvaltningsretten», *Jussens Venner*, 1983, s. 151—73 s. 153 flg. der kompetanseinnfallsvinkelen til legalitetsprinsippet kritiseres for å være upedagogisk.

⁷⁶⁹ Se for eksempel tvangsmakt som svar på hva som er «rettsspørsmål» i Monsen 2012 s. 21.

⁷⁷⁰ Hagerup 1888 s. 38 flg.

⁷⁷¹ Jacobsen 2009 s. 188.

⁷⁷² Det er for eksempel vanlig å oppfatte rettslige standarder som en helt særegen form for rettslige begreper, som forutsetter en egen metodisk tilnærming, sml. kritikken av dette med henvisninger til andre i Høgberg: «Rettslige standarder redefinert.» *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt: Festskrift til Aslak Syse*, Gyldendal juridisk, 2016, s. 285—99, s. 289 flg.

⁷⁷³ Tuori 2011 s. 132.

gjennom å bli brukt i rettslige tekster.⁷⁷⁴ Begrepets begrensning og ensretting av tanken er veldig ofte også særdeles produktiv, og gir muligheter for å pakke ut argumenter i en retning.

3.5.6 Begrepets funksjon for å ivareta systematikk

De eksemplene jeg har forsøkt å gi her har vært ment som illustrasjonsmateriale, og derfor er de relativt simple. Dette bør imidlertid ikke skygge for at begrepenes viktigste funksjon er å skape *systematikk* i rettssystemet.⁷⁷⁵ Systematikken oppstår ved at begreper etablerer systematiske sammenhenger mellom problemformuleringer og argumenter, *på tvers* av flere begreper, regler, argumenter, og lignende. I sin enkleste form handler det om at like problemer skal håndteres likt, og at like argumenter er relevante for disse. Begrep skaper derfor grunnlag for argumentasjon basert på analogi, antitese, nøytrale tolkninger, og så videre.⁷⁷⁶ Ofte fremstilles slik argumentasjon som beroende på «logiske» sammenhenger.⁷⁷⁷ Koblingene er imidlertid normalt langt løsere enn å være logiske.⁷⁷⁸ Hvordan man oppfatter *sammenhengen mellom* ulike begreper er derfor et annet viktig spørsmål som begrepsanalyse må ta opp. Det kan i utgangspunktet finnes flere mulige måter begreper kan henge sammen på.⁷⁷⁹ Hvilke som er fruktbare beror på teoretiske vurderinger.

Over tid oppstår det imidlertid fastere strukturer der begreper differensieres og plasseres i relasjon til hverandre på en noenlunde koherent og konsistent måte.⁷⁸⁰ Begrepet om delegering henger for eksempel sammen med begrepet om personell kompetanse, som må forstås i lys av inndelingen mellom materielle, prosessuelle og personelle hjemmelsspørsmål, og derfra skapes en bestemt relasjon til legalitetsprinsippet. Det man

⁷⁷⁴ Sml. også Pfordten: «About Concepts in Law.» i Hage, Jaap C og Pfordten, Dietmar von der red.: *Concepts in Law*, Springer, 2009, s. 17—33, s. 27—31, som argumenterer for at rettslige begreper står i en særstilling i den forstand at de ofte er relativt abstrakte, og samtidig ikke nødvendigvis må ha et bestemt innhold. Dermed kan rettssystemet i større grad bestemme deres innhold. Som Pfordten poengterer er det særegent for mange av de begreper som bl.a. ble kritisert av rettsrealistene at disse begrepene var juridisk-konstruerte begreper i utgangspunktet, og dermed «open for inner-systematic determination by the legal rules».

⁷⁷⁵ Tuori 2011 s. 181 omtaler dem som *cluster concepts*.

⁷⁷⁶ Se f.eks. Bergo 2022 s. 102 flg. om juridiske lesemåter.

⁷⁷⁷ Se f.eks. Castberg 1923 s. 316 om begrepsanalyse som grunnlag for «... en helt menneskelig trang til logisk erkjennelse av de rettslige fenomener. Trangen til å forstå tingene har vel et like sterkt krav på anerkjennelse» og Eriksen 2016 s. 50 om «... hensyn til blant annet den logiske sammenhengen i rettssystemet.» Se kritisk, og om behovet for valg av premisser i logiske systemer, Luhmann 2008 [1993] s. 309.

⁷⁷⁸ Tuori 2011 s. 133 mener for eksempel at *organiske* sammenhenger er en bedre beskrivelse.

⁷⁷⁹ Sml. Tuori 2011 s. 182.

⁷⁸⁰ Også koherens og konsistens må imidlertid tolkes og kan stå i motstrid til hverandre, som bl.a. fremheves av Tuori 2002 s. 179 flg. og s. 273 flg.

kaller «systematisk» tolkning av retten beror ofte på en relativt komplisert begrepsmessig struktur som inngår i rettsanvenderes praktiske kunnskap.⁷⁸¹

Begrepsanalysens målsetning er i siste instans å vise hvordan et bestemt begrep strukturerer rettsanvendelsen slik at det enkelte tilfelle (potensielt sett) passer inn i en bredere rettslig helhet.⁷⁸² Målet oppnås ved å sortere hvilke problemer og argumenter som hører under hvilke deler av den rettslige begrepsstrukturen. Min analyse av delegeringsreglene viser for eksempel at det er bestemte argumenter og problemer som hører under disse reglene, i kontrast til forvaltningslovens prosessregler eller legalitetsprinsippets krav om hjemmel. En slik orientering er produktiv for å lette arbeidet med å analysere rettslige problemer, men også for å fordype analysen ved å vise sammenhenger og overlapp mellom problemstillinger og argumentasjonsformer.

3.5.7 Begrepsanalyse og å forsvare en konstruksjon

Når begreps rolle i rettsanvendelsen er presisert, lar det seg gjøre å si mer presist hva begrepsanalyse går ut på, og dermed avvise frykten for at begrepsanalyse skal dreie oppmerksomheten vekk fra de underliggende juridiske vurderingene. Snarere tvert om — begrepsanalyse setter søkelyset der de sentrale problemene ligger.

Spørsmålet blir: Hvordan kan man *undersøke* begrepsmessige forutsetninger? Mitt utgangspunkt er at begreper strukturerer rettsanvendelsen. Juridisk begrepsanalyse kan derfor forstås som en rekonstruksjon av hvordan *begrepet har strukturert eller vært operativt i rettsanvendelsen*. Dette skiller analysen fra den begrepsanalysen i den konstruktive tilnærmingen til Hagerup, som Mossberg beskriver som at «... lika fall skulle behandlas lika, men att det gällde att identifiera vari en rättslig relevant likhet bestod — och begreppens roll var att tjäna som hjälpmedel härvidlag.»⁷⁸³

Hagerups måte å tenke om begrepsanalyse er problematisk av flere grunner, som analysen hittil også har signalisert. For det første innebærer Hagerups tilnærming en reduksjon av begrepenes funksjon i rettsanvendelsen til å være grunnlaget for en bestemt type

⁷⁸¹ Bergo 2022 s. 51 om systematisk og teleologisk tolkning.

⁷⁸² Dette behøver ikke å være *hele* det rettslige systemet, men kan være utvalgte deler, se bl.a. Tuori 2011 s. 161.

⁷⁸³ Mossberg 2022 s. 332. Som Mossbergs poeng impliserer er alltid påstanden om å behandle like tilfeller likt, en påstand som forutsetter et bestemt perspektiv under hvilket de to tilfellene er like.

argumentasjon, nemlig analogi.⁷⁸⁴ For det andre skaper hans tilnærming et sirkelresonnement. Hagerup forutsatte at begrepene skulle hente «... Materialerne til sin bygning fra det positive Retsstof ...», samtidig som dette positive stoff var det man skulle fortolke.⁷⁸⁵ Forstått på denne måten er begrepsanalyse sårbar for den realistiske kritikken: Analogisk argumentasjon forutsetter *et rettslig relevant fellestrekk*, som beror på en underliggende (normativ) vurdering, og man kan ikke dedusere *nye regler* fra de etablerte reglene.⁷⁸⁶ Som allerede poengtert foran kan ikke begrepsanalysen hente sine kriterier fra retten, fordi begrepet nettopp ikke tematiseres i rettsanvendelsen (jf. 3.4.1)

Hagerups begrepsanalyse ender tilsynelatende opp med å analysere begrepsmessige forutsetninger *for så å skulle bruke disse forutsetningene* til å legitimere svar på nye spørsmål. Som jeg drøftet foran i punkt 3.4.1 er imidlertid forutsetningene *implisitte*. De faller derfor *utenfor* det rettssystemet vurderer som nødvendig å legitimere. Å løfte frem ureflekterte begreper for så å skulle bruke dem til å legitimere nye løsninger fremstår lite hensiktsmessig. Samtidig har Hagerup i noen grad rett i at juridisk begrepsanalyse i noen grad må forholde seg til det begrepet retten faktisk har.

For å løse denne floken kan man skille mellom ulike problemer for begrepsanalyse som forskningsmetode. Det første problemet er *epistemologisk*: Hvordan kan man vite hva som er forutsetningene bak andre rettsanvenderes rettsanvendelse? Det andre problemet er *normativt*: Hvilken betydning har de forutsetningene som andre rettsanvendere har lagt til grunn for *sin* rettsanvendelse, for rettsanvendelsen i *fremtiden*? Det tredje problemet er *sammensatt*: Hvordan kan man som begrepsanalytiker skille ens *egen* begrepsoppfatning fra den oppfatningen som man henter ut av andres arbeider? Ulike svar på disse spørsmålene er *mulige*.⁷⁸⁷ Foran gir jeg et grunnriss til min posisjon.

⁷⁸⁴ Tuori skriver for eksempel på den ene siden at «... there is no need to attempt obstinately to refute all similarities to the constructive method of conceptual legal dogmatics. It may well be that analytical scholars, in the sound and fury of their criticism have ignored the 'sound core' of this method.» samtidig som han begrenser seg til å ville «... take a fresh look at the constructive method through the lens of the familiar argument from analogy.»; se Tuori 2002 s. 216.

⁷⁸⁵ Se Hagerup 1888 s. 21 som forutsetter at «... selve de gjældende Retsregler ...» må være «Grundlaget for enhver Retsdogmatik ...». Sml. også s. 27, hvor Hagerup hevder konstruksjon av begreper kun kan hente «... Materialerne til sin Bygning fra det positive Retsstof ...».

⁷⁸⁶ Se omtalen av disse innvendingene i Tuori 2011 s. 116 (anti-deduktivisme) og s. 123 om analogi.

⁷⁸⁷ Noen av alternativene er for eksempel Skinner: «Meaning and Understanding in the History of Ideas», *History and Theory* 8, nr. 1, 1969, s. 3-53, inspirert dels av Schmitt: «Om de tre former for rettsstenkning.» i Slagstad, Rune red.: *Carl Schmitt, politikk og rett*, Pax, 2019 [1934], s. 257–306., via Koselleck, eller den kommunikative

Det første spørsmålet besvarer jeg ved noe som er inspirert av rasjonell rekonstruksjon. Analyse av de begrepsmessige forutsetningene for andres rettsanvendelse kan utforskes ved å undersøke deres *problemformuleringer, argumentasjon og systematikk*. Det blir nødvendig å *arbeide bakover*: Hva må en bestemt rettsanvender forutsette med «delegering» eller «organisasjon», for at en bestemt problemformulering, argumentasjon eller systematikk, skal henge i hop på rasjonelt vis? Analyse av slike spørsmål kan suppleres med eksplisitte begrepsformuleringer, dersom slike finnes. Det er imidlertid nødvendig å understreke at analyse av *begreper* ikke er analyse av *ord, uttrykk, eller valg av fraser*. Ord og uttrykk brukes for å kommunisere et begrep, og hvis en tekst bruker et bestemt ord *kan* bruken være et argument for hvilket begrep teksten bruker.⁷⁸⁸ Likevel er ikke valg av ord og uttrykk *avgjørende* argumenter for det ene eller det andre, fordi ordene og uttrykkene bare er forsøk på å si noe om begrepet, ikke begrepet selv.⁷⁸⁹

Analysens *objekt* vil være andres rettsanvendelse (rettslige tekster, rettskilder), men fordi rettsdogmatikken selv opptrer som en form for rettslig praksis basert på interne legitimitetskriterier kan rettsdogmatikken ofte fungere som et særlig godt utgangspunkt for forståelsen av den praktiske juridiske virkeligheten. Derfor begynte jeg kapittel 2 med en diskusjon av rettsdogmatikken (se 2.2.1). Senere orienterer jeg meg mer mot praktisk rettsanvendelse (i kapittel 4 til 7). Fordi begrepsanalysen avdekker at det juridiske perspektivet har forutsatt at *andre fagprofesjoner* skal håndtere politiske eller økonomiske spørsmål må kildetilfanget også være større, og blant annet undersøke hvordan disse profesjonene eller politiske aktørene har tenkt, som beskrevet i blant annet 2.2.3.⁷⁹⁰

Man kan samtidig spørre: Er det interessant å undersøke *enkelte* rettsanvenderes rettsanvendelse? Svaret er klart nok nei. Den enkelte rettsanvendelsen er bare interessant fordi den inngår i å skape, men samtidig er et uttrykk for, *institusjonenes begrep*. Objektet jeg ønsker å analysere er en *emergent virkning* av den enkeltes rettsanvendelse (sml. foran i 2.2.6 og 2.2.7). Man kan spørre om man ikke ontologiserer begrepet og gjør det til en

rekonstruksjonen hos Habermas, se f.eks. Habermas 1997. Dagligspråkanalyse i tradisjonen fra den tidlige Wittgenstein var idealet for Ross, se også Pitkin 1967.

⁷⁸⁸ «Definition er, som Savigny træffende har udtrykt det, et Symptom paa Begrepskonstruktionen, ikke denne selv.», Hagerup 1888 s. 26.

⁷⁸⁹ Sml. note 756.

⁷⁹⁰ Nærmere om kildebruk i 3.6.

metafysisk størrelse. Jeg tror imidlertid en slik 'ontologisering' og metafysikk gir den mest realistiske fremstillingen av saken: Den enkelte rettsanvender styres av visse begrepsmessige forutsetninger i *sin* rettsanvendelse. Disse forutsetningene skaper på den ene siden et eksempel til etterfølgelse for *andre* rettsanvendere. Men samtidig gjør den enkelte rettsanvenderen sine vurderinger ut fra en vurdering av hvordan *andre* vil oppfatte vedkommende sine vurderinger. At den ene ser på den andres syn på seg selv, skaper en *institusjonell* sammenheng, som ofte kan fanges opp ved å tenke at begrepet har en *selvstendig eksistens*. En slik måte å tenke på har også den fordel, som jeg kommer tilbake til nedenfor i 3.5.8, at det blir lettere å forstå begrepet i lys av den sosiale konteksten *institusjonen inngår i*.

Imidlertid er det grunn til å understreke både den praktiske realiteten i og behovet for å foreta en begrepsanalyse som *tar utgangspunkt i analyse av den juridiske praksis*. Det er nemlig den juridiske praksisen som *tar steget ut av* den upersonlige makten til det juridiske begrepet (jf. 2.4.7), og som derfor synliggjør *for rettsdogmatikeren* hvorfor en bestemt begrepsliggjøring er inadekvat. Begrepsanalysen må derfor *også erkjenne* den demokratiske egenverdien som ligger i at praktiske rettsanvendere arbeider innenfor rammen av det strukturelles forrang, men selv ser behovet for en mer åpen rettslig tenkning, og dytter rettens grenser. Det er nettopp *praktisk rettsanvendelse* som har synliggjort behovet for et begrep om demokratisk egenverdi (jf. nedenfor i kapittel 4 til 7). Denne implisitte *kritikken* av retten og statens upersonlige makt blir da grunnlaget for *min* kritikk. Dermed er jeg samtidig nødt på selvstendig grunnlag å forsvare at slike 'vridninger', ikke bare er *misbruk* av de juridiske strukturene.

Man kan imidlertid spørre hvordan andre kan *etterprøve* disse begrepsanalysene. Hvordan sikres *objektivitet*? Svaret er at det ikke kan sikres noen slik form for objektivitet, spesielt ikke hvis man sikter til *mekanisk* objektivitet, der andre kan lese de samme tekstene og forvente å ende opp med de samme oppfatningene av begrepet.⁷⁹¹ Min tolkning av andres forutsetninger er en *subjektiv* tolkning — ikke i den forstand at det er en fri tolkning, tvert

⁷⁹¹ Mossberg 2022 s. 336, som formulerer målet som å «... tar begreppen på allvar, i deras begreppslighet, samt reflekterar öppet och kritiskt över begreppens innehåll, inklusive deras förhållanden till varandra, inom ramen för ett övergripande teoribyge i form av ett system.»

om. Min egen begrepsliggjøring blir i seg selv et resultat av det strukturelle nivåets forrang jf. 2.2.7, med blindsoner som jeg ikke kan se.

Teorikapittelets formål var imidlertid å gi bedre grunnlag for uenighet, og vitenskapsmiljøet mulighet for etterprøving av forutsetningene jeg har operert med (se 2.1). Det kreative elementet (her, som i all rettsvitenskap) gjør at man må ta ansvar for, og forsvare sin egen begrepsmessige konstruksjon.⁷⁹² Min begrepsanalyse beror i seg selv på en lang rekke formidlinger og det strukturelle nivåets forrang, som gjør at man bør forsøke å pakke dem ut, se nedenfor i 3.5.8.

Hvert punkt i avhandlingen vil innledes med en kort metodisk innledning som — fordi tilnærmingen er så vidt utradisjonell — presiserer på hvilken måte begrepsanalysen spiller en rolle i det aktuelle dogmatiske kapittelet. Som omtalt allerede foran i kapittel 1 vil imidlertid alle fremstillingene bygge videre på de foregående.

Det andre spørsmålet blir hvilken *betydning* det skal ha, at visse forutsetninger er lagt til grunn av andre. Her kan man tenke seg en skala, fra at forutsetningene antas å må legges til grunn, til at man stiller seg helt eksternt for disse forutsetningene og vurderer dem uavhengig.⁷⁹³ Her mener jeg den materialistiske tradisjonens begrep om immanent kritikk uttrykker en hensiktsmessig *mellomposisjon*.

3.5.8 Begrepsanalyse som tilsnikelse av juridisk innflytelse og immanent kritikk som løsning

Den siste innvendingen jeg nevnte alt innledningsvis var at begrepsanalyse innebærer en tilsnikelse av juridisk makt og innflytelse. Man er nemlig nødt til å erkjenne at fordi begreper er grunnlag for juridisk problemformulering og argumentasjon, så vil kritikk av disse begrepene påvirke hvordan retten fremstilles. Fra et *vitenskapelig* ståsted er kritikken mulig å begrunne, som jeg har gjort foran.

⁷⁹² Sml. Jacobsen 2021 s. 117: «The lawyer ... do not need to go further than what is needed to establish the content of the legal rule. ... To the legal scholar, however, with one foot in the bounded rationality and one in the open, the matter is more complex.»

⁷⁹³ Se Luhmann 2008 [1993] s. 312 flg., som likevel aksepterer «kognitiv åpenhet» og refleksivitet.

Rettsdogmatikken kan imidlertid også ta *enda et skritt videre*, og vurdere hvordan de forutsetningene retten selv *har hatt*, også har berodd på hva man har kunnet forutsette at *andre* fagfelter og profesjoner håndterer. Hvis ikke risikerer man å trække tilbake inn på politikken eller andre fagpersoners felt — uten å anerkjenne den egenverdien *deres* arbeid har, jf. 2.4.7, og dermed bidra til *unødvendig rettsliggjøring*.⁷⁹⁴ Det som derfor var et teoretisk spørsmål om rettens rolle i forvaltningen (i 2.4.5) og i samfunnet (i 2.5) må derfor her gjøres til et spørsmål om *rettsvitenskapens metode*.⁷⁹⁵ Denne metoden må *selv bero på* begrepet om demokratisk egenverdi, og de forutgående begrepene som dette berodde på.⁷⁹⁶ Retten og rettsvitenskapen også på en institusjonell materialitet og egenlogikk som er formet og tilpasset ut fra bestemte upersonlige maktforhold, som man *i seg selv må ta på alvor* (jf. 2.3).

Rettsvitenskapen bør derfor innta en *mellomposisjon*, slik også Tuori tar til orde for.⁷⁹⁷ Min måte å formulere denne mellomposisjonen er inspirert av Marx' oppfatning av *immanent kritikk*, en type kritikk som er vanskelig å fange, men som likevel har blitt illustrert i teorikapittelet og dette metodekapittelet.⁷⁹⁸

Metodens kjerne handler om å vikle flere ulike dimensjoner fra hverandre: Først må man vurdere rettens *egne* begreper (vanlig begrepsanalyse), og de interne dimensjonene i begrepet, sett fra et internt perspektiv. Det skjer ved å analysere hva begrepet forutsetter at hører til dets utside (for eksempel begrepet om organisering foran i 2.2.1). Ved å undersøke denne utsiden, som organisasjonsvitenskap eller andre begreper (2.2.2 til 2.2.4), så kan man 'se' at det første begrepet egentlig beror på og hadde forutsatt noe, som egentlig hadde betydning innenfor begrepet (slik 2.4.7 viste). Denne interne prosessen kan bli stadig mer komplisert ved å se hvordan ulike begreper skaper en *egenlogikk* som henger sammen på

⁷⁹⁴ Se rettsliggjøring som «framing» i Blichnes og Molander: «Mapping juridification», *European Law Journal* 14, 2007, s. 36—54..

⁷⁹⁵ Menke 2020 s. 11: «In the modern form of rights, law becomes the process of juridification: rights are the mechanisms of an incessant legalization of the natural.», se også s. 73.

⁷⁹⁶ Mæhle 2005 s. 177: «Hvorvidt det er dekkende å si at det har foregått en rettsliggjøring, er med andre ord ikke bare et empirisk spørsmål, men like mye et spørsmål om hvilken forståelsesramme for rettslig legitimitet man baserer seg på.» Se Doublet 1994 s. 363 flg. Mæhle 2005 s. 159.

⁷⁹⁷ Tuori 2002 s. 298 flg.

⁷⁹⁸ Jeg er i hovedsak inspirert av måten emnet behandles blant annet av Mau 2021, Wood: *Democracy Against Capitalism: Renewing Historical Materialism*, Verso, 2016 [1995] og Buckel 2020 [2008].

kryss og tvers. Man forsøker på den måten å forstå begrepet *interne logikk*, gjennom å forstå den interne logikkens utside.

Marx' metode går samtidig et skritt lenger. Som fremhevet allerede i analysens gang foran i 2.2 vil de *rettsdogmatiske begrepene* reflektere en *sosial arbeidsdeling*: Rettsvitenskapen har sett vekk fra bestemte forhold, fordi praktiserende jurister har måttet vekk fra bestemte forhold.⁷⁹⁹ Man kan derfor gjøre et forsøk på å si noe om hvordan de interne begrepsdannelsene også beror på sosiale forhold. Hverken det interne eller eksterne perspektivet er determinerende, men de virker sammen og man kan forsøke å forstå begrepet bedre gjennom dem.

Marx beskriver øvelsen der den sosiale virkeligheten analyseres gjennom begrepsanalyse, den tilsynelatende paradoksale formuleringen: å stige opp til det konkrete.⁸⁰⁰ Ontologisk sett forstås begreper som refleksjoner av en sosial praksis. Å stige opp — altså å gi begrepet et rikere innhold — er derfor samtidig å forstå den sosiale praksisen *mer konkret eller realistisk*. Mau beskriver det som «... den gradvise øgning af analysens begreplige kompleksitet gennem inddragelse af flere og flere begreber, samt spesifikasjonen af deres indbyrdes relationer ...».⁸⁰¹

Hvilke forhold dette er, beror på komplekse strukturelle forutsetninger — hvor er grensen mellom juss og politikk trukket i et forvaltningsorgan, mellom domstoler og lovgiver, eller domstoler og forvaltningen? Disse spørsmålene er som fremhevet foran i 2.3 spørsmål som kan bestemmes på et *strukturelt* nivå. Poenget er uansett at rettsvitenskapen vil reflektere at jurister rent faktisk må trekke grensene mellom den juridiske kunnskapen og *andre jurister eller fagprofesjoners* kunnskap. Den enkelte jurist, som gjør sitt arbeid, vil alltid måtte si at X eller Y er et økonomisk, faglig, teknisk, sosialt, politisk spørsmål.

Samtidig vil fagets interne grenser gjøre seg gjeldende. Den juridiske metodens begreper som *de lege lata* handler nettopp om å tillate en skjelning mellom det juridiske og det ikke-juridiske, uten at man som praktiserende jurist behøver å forholde seg aktivt til hva økonomene driver med. Den upersonlige makten i et begrep som «gjeldende rett» virker da

⁷⁹⁹ Sml. også Buckel 2020 [2008] s. 226.

⁸⁰⁰ Marx 1973 [1857-61] s. 34.

⁸⁰¹ Mau 2021 s. 28.

sammen med de organisatoriske strukturene i arbeidsdelingen i forvaltningen, som igjen virker sammen med andre strukturelle forhold, som samtidig blir grunnlag for rettsvitenskapen (jf. f.eks. 2.3.5).

Å forklare en juridisk begrepsdannelse er derfor *samtidig* å forklare juristers sosiale rolle og de strukturelle betingelsene arbeidet deres inngår i. De eldre konstruktivistene var for eksempel veldig tydelig på *rettsdogmatikken* som premissleverandør for lovgiver. Hagerup fremhever for eksempel at ingen lovgiver er allmechtig, men må bruke begreper rettsvitenskapen har gitt den.⁸⁰² Intet lovarbeide «... betegner et Brud i Udviklingen ...» og skulle et brudd skje måtte det være som følge av en «... Aabenbaring af overmenneskelig Visdom».⁸⁰³ Eckhoff og Ross, på sin side, sto i en sosial situasjon der demokratiet og andre fagprofesjoner begge var på fremmarsj. Denne avhandlingen står i en situasjon der den juridiske profesjonens rolle innenfor forvaltningen har vært utfordret i årevis, men der rettsdogmatikken har fått langt bedre kår og større muligheter for teoretisk orientering enn tilfellet var i tidligere epoker (se bl.a. 7.2.1).

Samtidig kan man koble det rent metodiske perspektivet og formuleringen av immanent kritikk tilbake til hvordan juridiske aktører bør forholde seg til andre fagprofesjoner (jf. 2.4.7). Som jeg fremhevet i kapittel 2 er det en utfordring i den moderne forvaltningen at jurister — i likhet med andre — ikke tar egenverdien av andre profesjoner eller politikeres bidrag til samfunnet, på alvor. Alle begrenser sine vurderinger av andres arbeid, til hvordan den andres arbeid spiller en rolle for ens eget arbeid. Begrensningen er ikke primært et *etisk* problem, men en dimensjon ved det strukturelle nivåets forrang. Likevel er det nødvendig å forsøke å motarbeide en slik tendens.

Rettens begrepsoppfatninger springer dermed ut av en kompleks sosial prosess som har *fastlagt en grense* — en ustabil grense, men likevel en grense — for begrepet og dermed for rettens domene. Å forflytte denne grensen ukritisk er problematisk med mindre man kjenner

⁸⁰² Hagerup 1888 hhv. s. 17 og 11 manglet den moderne troen på lovens positivitet, og så heller lovgiver som en aktør som kunne utrette «... overmaade mye godt og fortjenestefullt ...», men likevel slik at dette var «... betinget af hans Forstaaelse af det givne, der forlenede hans Begreber som hans Maal deres Form.»

⁸⁰³ Hagerup 1888 s. 17.

de sosiale forholdenes egenart.⁸⁰⁴ Problemet til den eksterne kritikken Eriksen snakker om er derfor at den ikke tar *seg selv* — rettens rolle i et demokratisk samfunn — på alvor.⁸⁰⁵ En annen dimensjon av det samme problemet er at ekstern evaluering er *vanskelig*, fordi den eksterne kritikkers normativitet selv er et produkt av samfunnet den forsøker å vurdere.⁸⁰⁶ Som Menke fremhever, så finnes det «... ingen normativitet som ikke er rettsaktig ...».⁸⁰⁷

En *kritisk* rettsvitenskapelig tenkning er derfor samtidig en tenkning som er tuftet på begrepet om demokratisk egenverdi og ser at all annen rettstenkning i utgangspunktet styres av det strukturelle nivåets forrang, *på samme måte som kritikeren*. Det kan som Mæhle formulerer det, ses som et spørsmål om å drive verdipleie, men supplert med et spesifikt maktkritisk element (jf. over i kapittel 2 punkt 2.5.7).⁸⁰⁸ De *teoretiske* problemene jeg har forsøkt å hankses med i kapittel 2 er derfor samtidig et *metodisk* problem for både retten og rettsvitenskapen, og som samtidig senere blir et spørsmål om gjeldende rett i kapittel 4 til 7.

Den immanente kritikken kobler dermed sammen alle prosjektets deler: Den interne begrepsanalysen vurderes kritisk på grunnlag av bredere teoretiske perspektiver på delegering og organisering, og med blick for etablerte teorier om ekspertise og demokratisk tilbakegang.

3.6 Om kildebruk

Så langt jeg har oversikt bygger avhandlingen på alle dommer fra Høyesterett, sivilombudsuttalelser og lovavdelingsuttalelser tilgjengelig på Lovdata som nevner ordene «delegering», «personell kompetanse» og «instruksjonsmyndighet». Videre bygger den på alt ikke-opphevet lovverk som bruker ordet «delegering», supplert med eksempler som har blitt oppdaget løpende. Så langt jeg har oversikt bygger den også på alle alminnelige forvaltningsrettslige utredninger, og rettslige utredninger av organisatoriske spørsmål er

⁸⁰⁴ Teubner 2021 s. 514: «Excessive juridification of society results in new injustices because law seeks to extract its normative surplus from conflicts in various social systems. And it does so without due regard to the danger that human conflicts are torn out of their living context and distorted by being subjected to legal formalization.»

⁸⁰⁵ Sml. Tuori 2011 s. 184—5: «The need for reform arises from anomalies in prevailing doctrine; from social problems of a new type on which established concepts no longer confer a satisfactory legal formulation.»

⁸⁰⁶ Illustrerende nok ender også Heath i sitt arbeid opp med å henvise til etablerte praksiser som grunnlag for sitt *normative* syn, se Heath 2020 s. 48 flg., som også gir en relativt overbevisende begrunnelse for valget.

⁸⁰⁷ Menke 2022 s. 124.

⁸⁰⁸ Om verdipleie, se Doublet 1994 s. 363 flg. Mæhle 2005 s. 159..

undersøkt og lest i den grad de har relevant materiale. Der jeg har hatt eller fått grunn til å tro at lovgivningen foranlediger mer substansielle drøftelser av den rettslige reguleringen av organisatoriske spørsmål, har disse blitt undersøkt, men her vil det sannsynligvis være flere hull. Så langt jeg har oversikt har jeg også tatt utgangspunkt i alle lærebøker i alminnelig forvaltningsrett, og ulike utgaver dersom det angis å ha skjedd endringer, samt artikler som diskuterer delegering. Spesiellitteratur har vært brukt ved behov, men omtale av delegering generelt i spesiellitteraturen er ikke undersøkt på noen systematisk måte. Andre kilder er oppdaget mer tilfeldig gjennom henvisninger videre fra andre tekster. Kildene danner som nevnt tidligere et komplekst nettverk av kryssreferanser som i etterkant er komplekst å gjøre rede for. For analysen av forvaltningspolitikk brukes alle de sentrale forvaltningspolitiske utredningene siden ca. 1920-tallet, og noen utvalgte utredninger som behandler særlig viktige organisatoriske endringer. Det er også gjort utvalgte lesninger av Rasjonaliseringsdirektoratet, Statskonsult, Difi, DFØ og nå Digidir sine rapporter om forvaltningspolitikk, styring, og lignende. Der det har opplevdes nødvendig har det blitt søkt bistand i historisk, administrasjons- og organisasjonsfaglig litteratur.

3.7 Oppsummering

Den metodiske innfallsvinkelen i denne avhandlingen omtaler jeg som en *begrepsanalyse*. Begrepsanalyse handler om å pakke ut de implisitte begrepsmessige forutsetningene den juridiske reguleringen hviler på, ved å analysere institusjonaliserte oppfatninger av delegeringsbegrepet. Disse oppfatningene kan deretter kritisk vurderes i lys av en immanent kritikk av begrepets forutsetninger. Begrepsanalysens legitimitet beror samtidig ikke på det juridiske, men på det vitenskapelige systemet, og derfor på de teoretiske premissene som ble utviklet i kapittel 2 og som videre utvikles i kapittel 4 til 7. På den bakgrunn forsøkte jeg å pakke ut et begrep om rettsdogmatisk metode som er tuftet på forestillingen om den *demokratiske egenverdien* til måten det juridiske stoffet, institusjonene og begrepene er tuftet på, men samtidig kan stille seg kritisk til dem og vise hvordan noe *kunne* og *burde* vært annerledes (jf. foran i kapittel 2 punkt 2.5.7).

4 Begrepet om delegering og organisering av forvaltningsvirksomhet, og kravet til personell hjemmel

4.1 Problemstilling og tidligere litteratur

4.1.1 Metodisk innledning

Opplegget — metodisk sett — begynner i punkt 4.2 med en begrepsanalyse der jeg utvikler et mer generelt og sammensatt begrep om delegering som skal tjene som utgangspunkt for resten av avhandlingen, så vel som drøftelsene i dette kapittelet, men selv beror på diskusjoner foran i kapittel 2, blant annet 2.2, 2.3.2 og 2.4.4. Deretter settes begrepet som utvikles her i sammenheng med forvaltningsrettens *personelle problem*, nemlig spørsmålet om *hvem som kan gjøre hva*, ved hjelp av begrepet om personell hjemmel, i 4.3. Denne begrepsanalysen danner grunnlag for en dogmatisk problemstilling: Gjelder det et personelt hjemmelskrav? Dette dogmatiske problemet besvares blant annet i lys av argumentasjon hentet fra delegeringsbegrepets normative grunnlag, og det mer komplekse begrepet om organisering, som også brukes for å utvikle retningslinjer for tolkningen av personelle hjemler i punkt 4.4. Til slutt diskuteres visse systematiske konsekvenser på regelnivået.

4.1.2 Tidligere litteratur

Delegeringsbegrepets omfang har sjelden vært tematisert eksplisitt, slik at spørsmålet i hovedsak har vært behandlet implisitt.⁸⁰⁹ Det man har uttrykt eksplisitt er at delegering handler om *delegering av kompetanse*. Dermed faller for eksempel mye av offentlig tjenesteytelse — ansvar for skole, helsetjenester, vann- og avløp — utenfor delegeringsbegrepet.⁸¹⁰ I det videre bruker jeg *uttrykket* delegering om forhold som andre har ment at ikke hører inn under *delegeringsbegrepet*. Jeg mener ikke med dette å konkludere alt her på begrepets innhold.

⁸⁰⁹ Se for eksempel NOU 2019:5 s. 219: «Det kan ikke sies å være avklart i gjeldende rett hvor vid adgang det er til å la private stå for saksforberedelsen».

⁸¹⁰ Se for eksempel Prop. 46 L (2017-2018) *Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)* s. 66 der departementet uttrykker at de foreslåtte lovreglene om delegering i kommuneloven (omtales nærmere i kapittel 5 punkt 5.5) «... ikke handler om adgangen til å overlate utførelsen av oppgaver til noen utenfor kommunen. Forslaget handler om adgangen til å delegerer myndighet til å treffe vedtak i saker.» Departementene er imidlertid ikke enig seg imellom. I Prop. 133 L (2020-2021) *Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernsloven* s. 483 omtales dette som en «tradisjonell» bruk av begrepet, og diskuterer selv som delegering at «... oppgaven overlates eller legges til den private tjenesteyteren.»

Det er kanskje grunn til å nevne at skepsis til utvidelser av delegeringsbegrepet ikke er noe nytt. Ross mente delegering burde reserveres for derogatoriske kompetanser,⁸¹¹ mens Hiorthøy uttrykker en generell skepsis mot Opsahls utvidende bruk av delegeringsbegrepet i 1966.⁸¹²

Der det har vært en viss diskusjon, er *delegering av saksbehandlingsoppgaver*. Forvaltningskomiteen nevner at overordnede organer får bistand fra underordnede organer — som kunne vært kalt en delegering av saksforberedelse — men tar ikke opp problemet.⁸¹³ I Backer-utvalget legger man til grunn at denne praksisen er grunnlag for «delegering av saksforberedelse», mer generelt.⁸¹⁴ Noen refleksjon over denne uttrykksmåten gir man ikke. Som jeg kommer tilbake til nedenfor finnes det andre eksempler på både bruk av delegeringsbegrepet og bruk av ordet delegering, men slike bruksmåter er i liten grad reflektert i litteraturen.⁸¹⁵

Graver vært skeptisk til å utvide delegeringsbegrepet til å også omfatte saksbehandlingen, selv om det er litt uklart om han egentlig bare er kritisk til bruk av delegeringsterminologien, se like nedenfor under 4.2.2. Graver antar likevel at saksbehandlingsskritt kan delegeres, *fordi* den ulovfestede delegeringslæren ifølge han bare begrenser adgangen til å delegere kompetanse.⁸¹⁶ I to nylige forarbeider på spesielle forvaltningsområder har departementet både lagt til grunn og avvist et lignende synspunkt som Gravers.⁸¹⁷ En tilsvarende innfallsvinkel som hos Graver antas av Kirsten Sandberg, i hennes analyse av bruk av konsulenter i forberedelsen av barnevernssaker. Selv om hun ikke bruker ordet delegering, legger hun likevel til grunn at de relevante hensynene må trekkes inn, slik at hun heller ikke virker å være uenig om begrepets innhold.⁸¹⁸

⁸¹¹ Ross 1959 s. 140.

⁸¹² Hiorthøy: «Bokmelding: Torkel Opsahl, Delegasjon av Stortingets myndighet», *Lov og rett* 5, nr. 2, 1966, s. 88—94: spør om «... boken som helhet ville ha vunnet ved en beskjæring på grunnlag av et mindre omfattende delegasjonsbegrep. Det virker noe anstrengt når forfatteren iherdig appliserer delegasjonsterminologien på alle tenkelige plenarvedtak av Stortinget.»

⁸¹³ NUT 1958:3 s. 32 flg. Diskusjonen av konsultative råd kunne gitt anledning til å ta opp spørsmålet, men dette gjøres ikke, se s. 93. Jeg drøfter adgangen til å la andre stå for saksbehandlingen i kapittel 5 punkt 5.4.7.

⁸¹⁴ NOU 2019:5 s. 219 flg.

⁸¹⁵ I Smith 2022 s. 178—179 omtales spørsmålet som et om «faktisk delegasjon» og går ikke nærmere inn på spørsmålet.

⁸¹⁶ Graver 2019 s. 193 og 199. Graver nevner at det kan oppstå grensespørsmål der saksforberedelse forutsetter inngripende tiltak (om innhenting av opplysninger, osv.).

⁸¹⁷ Prop. 46 L (2017-2018) s. 66 hevder man at delegeringsreglene ikke angår «... utførelsen av oppgaver ...» men bare «... å treffe vedtak i saker ...». Prop. 133 L (2020-2021) s. 483 omtaler imidlertid dette som en «tradisjonell» bruk av begrepet, og diskuterer selv som delegering at «... oppgaven overlates eller legges til den private tjenesteyteren.»

⁸¹⁸ Sandberg 2004 pkt. 4.2 og 4.3.4.

Det finnes altså liten diskusjon om spørsmålene, og dermed stor usikkerhet om både begrunnelsen for og konsekvensene av dagens tilnærming. Det finnes imidlertid antydninger til en motvilje på nivået for ord og uttrykk, men en viss aksept for at begrepet kan brukes om annet enn kompetansetildeling. Eksempler kommer jeg også tilbake til nedenfor i 4.2.2 og 4.2.5.

Dansk rett har eksplisitt et videre begrep. Delegering av myndighetsutøvelse omfatter ifølge Abkenar både at man treffer beslutninger, og at man utøver myndighet gjennom faktisk virksomhet.⁸¹⁹ Det avgjørende synes å være om det har blitt truffet en beslutning om at «... den pågældende opgave, som den offentlige myndighed overdrager, er blevet tildelt myndigheden ved lov eller i henhold til lov.» skal utføres av noen andre.⁸²⁰ Det samme legges til grunn av Helle Bødker Madsen, i hennes studie av privatisering på helseområdet, som samtidig bekrefter at et videre delegeringsbegrep brukes i dansk rett.⁸²¹ Sondringene handler heller om hvilke krav som stilles til hvilke typer delegeringer.⁸²² I dansk rett finner man derfor et mer omfattende delegeringsbegrep, og som følge av begrepets spennvidde, nærmere problematiseringer av om for eksempel delegering av tjenesteytelse eller saksbehandling kan skje.

Svensk rett har vært vanskeligere å kartlegge, i stor grad fordi spørsmålene er mer positivrettslig regulert og diskusjonen derfor bruker den positive retten som grunnlag for diskusjon.⁸²³ Selve *uttrykket* delegering brukes derfor ikke på den måten dansk rett gjør, eller jeg tenker man burde gjort her i Norge. Det fremgår imidlertid (på nivået for regler) av Regeringsformen kapittel 12 § 4 nr. 2 at «Förvaltningsuppgift kan överlämnas ...» til kommuner eller andre juridiske personer, men dersom oppgaven forutsetter myndighetsutøvelse skal det ha støtte i lov.⁸²⁴ Dermed impliseres et bredere begrep om

⁸¹⁹ Abkenar 2017 s. 18.

⁸²⁰ Abkenar 2017 s. 64, som også på s. 66 kontrasterer dette til norsk teori.

⁸²¹ Madsen: *Privatisering og patientrettigheter*, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2010 s. 36, men se innvendingen i note 6.

⁸²² Abkenar 2017 s. 293 fremhever at det ikke gjelder et absolutt forbud mot delegering av faktisk virksomhet til private, slik som tilfellet er ved delegering av myndighetsutøvelse, men likevel også at «... der i et retssikkerhedsmæssigt perspektiv ikke er så stor forskel mellem delegation af myndighedsudøvelse og faktisk forvaltningsvirksomhed ...».

⁸²³ Se særlig Marcusson 1989 s. 419 som utvikler uttrykket «förvaltning utanför myndighetsområdet» for å skille mellom ulike typer virksomhet avhengig av bestemmelser i RF.

⁸²⁴ Se for eksempler på hva dette innebærer, Hollander og Madell: «Socialtjänst på entreprenad: Kan utredningar inom individ- och familjeomsorg överlämnas till enskilda utan särskilt stöd av lag?», *Institutionen för socialt arbete särtrycksserien*, 2003, s. 15—46 s. 27.

delegering. Nyanseringen skjer på nivået for hvilke krav som gjelder for hvilke typer delegeringer (er det «myndighetsutøvelse» eller bare «oppgift», for eksempel). At svensk rett har et mer sammensatt begrep kan også underbygges ved at forberedelse av saker via private, forutsetter rettslig grunnlag (lagstöd), fordi forberedelsen *regnes som å* innebære myndighetsutøvelse.⁸²⁵ Den svenske Justitieombudsmannen fremhevd særlig det «... helhetssyn och kontinuitet som skall präglade arbetet på detta område ...».⁸²⁶ Her ser man derfor også at svensk rett har et *videre* begrep om organisering som noe mer sammensatt og komplekst, jf. like nedenfor. Adgangen til å sette ut saksforberedelse til private drøftes også av Anna Hollander og Tom Madell, som videre fremhever at det blant annet er gitt eksplisitt hjemmel for kommunene til å bruke private til å levere tjenester på flere punkter i den svenske kommuneloven.⁸²⁷ De fremhever videre at det gjelder en viss usikkerhet knyttet til delegeringsadgangen «... där det särskilt föreskrivits att kommunen skall svara för en viss verksamhet.»⁸²⁸ Også svensk rett opererer derfor med det jeg vil kalle et bredere begrep om delegering, og nyanserer på nivået for hvilke krav som stilles til de ulike formene for (det jeg mener man bør kalle) delegering.

Den norske diskusjonen om adgangen til delegering er derfor *snevert anlagt*, tilsynelatende fordi man har et *snevert begrep*, og spørsmålet blir derfor om diskusjonen burde *utvides*.

4.1.3 Skisse av problemstillingene videre

Behandlingen av problemstillingene videre forutsetter en viss forskuttering og intern sammenheng som er vanskelig å unngå. Jeg drøfter først hva som er *omfanget av og innholdet i delegeringsbegrepet*. Omfanget spiller selvsagt en viktig rolle i alle kapitlene i avhandlingen, men er nødvendig å begynne på her. I dette kapitlet er det særlig begrepets omfang som står i fokus, men innholdet av det underliggende begrepet om organisering blir også nødvendig å gå inn i.

Denne begrepsmessige diskusjonen er deretter grunnlaget for å synliggjøre at det alminnelige forvaltningsrettslige utgangspunktet om personell kompetanse kan diskuteres

⁸²⁵ Justitieombudsmannen: *Fråga om anlåtande av privaträttsliga subjekt som utredare inom socialtjänsten*, 2001 s. 8 flg.

⁸²⁶ Se Justitieombudsmannen 2001 s. 12, samme side: «Det nu anförda visar det nära samband som finns mellan en utredning och det ansvar som socialnämnden har för att den enskildes behov blir tillgodosett i olika hänseenden»

⁸²⁷ Hollander 2003 s. 28—29.

⁸²⁸ Hollander 2003 s. 29.

nærmere. Spørsmålet er om det er grunner til å utvide kravet om personell kompetanse, slik at man mer generelt krever personell hjemmel. Disse spørsmålene henger samtidig sammen: Hvis det gjelder et generelt krav om personell hjemmel, så vil et utvidet delegeringsbegrep sammenkoblet med et begrep om personell hjemmel være en god måte å fange inn, problematisere og resonnerer rundt aktuelle problemer på.

Vanligvis ville juridiske fremstillinger derfor snudd denne drøftelsen på hodet, og begynt med en vurdering av om det gjelder et krav om personell hjemmel for deretter å eventuelt utbrodere begrepsbruk. Det kan argumenteres for en slik løsning, hvis man mener det er viktig at begrepsanalysen har et positivrettslig utgangspunkt eller grunnlag. Som diskutert i metodekapittelet mener jeg imidlertid at begreper både er forut for hvordan man forstår den positive retten, og videre, at begreper ikke primært bør begrunnes i oppfatninger av gjeldende rett. Hvis det kan sies å gjelde et personelt hjemmelskrav, så vil et slikt krav (men bare i noen grad!) være en problemstilling man kan reise fordi man opererer med et utvidet delegeringsbegrep.

4.2 Hva er omfanget av delegeringsbegrepet?

4.2.1 Utgangspunkter og presisering av problemet

Spørsmålet her i punkt 4.2 er *teoretisk* eller *begrepsmessig*. Det må understrekes at det ikke er et spørsmål om *terminologi*. For min del kan man godt reservere *ordet* delegering for «tildeling av kompetanse», selv om jeg personlig mener uttrykksmåten blir kronglete og ikke samsvarer med alminnelig (ikke-juridisk) bruk av uttrykket. Spørsmålets kjerne er: Finnes det fellestrekk mellom tildeling av kompetanse, tildeling av tillatelser og tildeling av ansvar eller oppgaver, som gjør at disse hører inn under det samme begrepet? Reiser de ulike typene tildeling de samme typene problemer, og er de samme typene argumentasjon relevant? Hører de inn under samme begrep?

Svaret beror som jeg skal vise dels på oppfatninger av delegeringsbegrepet, og dels på hvordan man tenker om og forstår organiseringen av forvaltningen. Først drøfter jeg det tradisjonelle delegeringsbegrepet som forutsetter et begrep om organisering som fordeling av *kompetanse*.

4.2.2 Det tradisjonelle forvaltningsrettslige perspektivet på organisering: Vedtaksbegrepet og myndighetsutøvelse

Delegering defineres vanligvis som en tildeling av kompetanse, og noen av de formelle trekkene ved begrepet er omtalt og kritisert innledningsvis og i kapittel 2. Frihagens definisjon på delegering er for eksempel at et organ kan «... beslutte at et annet organ ... også skal ha kompetanse til å treffe ... avgjørelser.»⁸²⁹ Sannsynligvis var begrepet opprinnelig slik fordi det stammer fra statsretten, der delegering av stortingets avgjørelsesmyndighet er det eneste praktisk viktige spørsmålet.⁸³⁰ Med andre ord: Delegeringsbegrepet reflekterer den praksis som statsrettens delegeringsproblem angår. Statsrettens problem er et der man kan løse de fleste spørsmål ved å tenke om dem som organisering av *kompetanser*. Stortinget gjør lite annet enn å treffe avgjørelser.

Begrepet ble deretter overført til forvaltningsretten.⁸³¹ I utgangspunktet er imidlertid forvaltningens praksis *ikke* primært en praksis som består av kompetanse. Organiseringen av forvaltningens virksomhet som kompetanse er et nytt historisk fenomen, som fagets røtter i politiretten også illustrerer.⁸³² I opprettelsen av den moderne *forvaltningsretten* som kunnskapsfelt var det imidlertid forvaltningens *kompetanseutøvelse* som sto i sentrum.⁸³³ Forvaltningen måtte derfor (historisk sett) bedrive kompetanseutøvelse, slik at praksisen passet med begrepet forvaltningsretten hadde om den.⁸³⁴ Her skjer det historisk sett en vekselvirkning, som omtalt i punkt 2.3: På den ene siden formes forvaltningens virksomhet av kompetanse som begrep, i den forstand at forvaltningen blir utviklet i retning av en gradvis mer standardisert og byråkratisk arbeidsform, som munner ut forskrifter eller enkeltvedtak (jf. 2.3.2). På den andre siden ordnes forvaltningsretten som felt seg rundt kompetanseutøvelse, med oppmerksomhet rundt hvilken kompetanseutøvelse forvaltningen hadde *materielt grunnlag for*, og krav til *prosessen ved vedtak*.⁸³⁵ Virkeligheten tilpasset

⁸²⁹ Frihagen 1991 s. 207.

⁸³⁰ Se f.eks. Fliflet: *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave utg., Universitetsforlaget, 2017 s. 286 flg., Opsahl 1965 interesserer seg også bare innledningsvis for «delegasjon av lovgivningsmakt» s. 42.

⁸³¹ Se særlig Eckhoff, 1966. Jeg er derfor ikke helt enig med Backer, 1986, som fremhever at Eckhoff foretok et brudd med den konstitusjonelle historikken.

⁸³² Sml. omtalen i Johansen 2020 s. 269 flg.

⁸³³ Imidlertid er Opsahl 1963, bl.a. s. 12.18 et unntak fra denne tendensen.

⁸³⁴ Sml. omtalen av denne utviklingen i kapittel 2 punkt 2.3.2 og 2.3.3.

⁸³⁵ Eng: «Begrepene 'kompetanse' og 'gyldighet' i juridisk argumentasjon», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1990, s. 625—71 s. 647: «Den offentlige rett som juridisk disiplin har tradisjonelt konsentrert seg om det offentliges pliktpålegg overfor borgerne.»

seg derfor det juridiske (statsrettslige) begrepet: Forvaltningen *ble* organisert som en lang rekke kompetanser, og dermed var også begrepet om organisering som kompetanse et fruktbart begrep.⁸³⁶

Når den forvaltningsrettslig tenkningen generelt sett ble ordnet rundt kompetanseutøvelse, har man også færre anledninger til å problematisere det delegeringsbegrep man har hentet fra statsretten. Både det *materielle* og det *personelle* sporet kan i utgangspunktet ivaretas ved å orientere tenkningen rundt kompetansespørsmål (selv om det er problemer også her).

Det forekommer også at man overfører de personelle og materielle spørsmåls juridiske grensdragninger direkte til organisatoriske spørsmål. Man har for eksempel forsøkt å angi delegeringsreglenes anvendelse i lys av de kategoriene man bruker for å avgrense forvaltningslovens anvendelsesområde, og sagt at delegeringsreglene skal gjelde saker som gjelder «offentlig myndighetsutøvelse», selv om et slikt begrep stammer fra anvendelsen av *prosessreglene*.⁸³⁷ Den underliggende antakelsen i slike tilfeller, må i så fall være at problemer og argumenter knyttet til *organiseringen av forvaltningen* sammenfaller med problemer og argumenter knyttet til hvilke krav som skal stilles til forvaltningens saksbehandling.

Graver målbærer den mest utviklede versjonen av en slik tradisjonell oppfatning, som deles implisitt eller eksplisitt av andre. Han argumenterer for eksempel for at delegering av saksforberedelse til private bare skal vurderes i lys av kravet til organets *saksbehandling*, jf. fvl. § 17. Graver forutsetter dermed at saksbehandlingens kvalitet målt mot § 17 (det prosessuelle spørsmål), er det viktigste problemet som oppstår. Det er nærliggende å si at det personelle og organisatoriske spørsmålet man kunne stilt, ifølge Graver skal *konsumeres av* om resultatet av saksbehandling er godt nok. Hva skjer da med andre dimensjoner forvaltningens organisering enn den som angår kompetanse?

Svaret kan få vidtrekkende konsekvenser, som jeg illustrerer nedenfor i 4.5.3: Både Graver og Backer-utvalget har antatt at kompetansebegrepet i hovedsak angir anvendelsesområdet

⁸³⁶ Noenlunde samme poeng, men med fremhevingen av inngrep i økonomiske posisjoner som utgangspunkt, Bernt 2018 s. 47 flg.

⁸³⁷ Se bl.a. NOU 2019:5 s. 582, Denne løsningen er muligens inspirert av forsøk på å håndtere 'bistand' i saksforberedelsen i barnevernet, se bl.a. Barne- og likestillingsdepartementet, Høringsnotat: *Rammevilkår for private tjenesteytere i barnevernet*, 2020 .

til det man kaller den ulovfestede delegeringslæren. Med dette mener de imidlertid *skrankene* på delegeringsadgang etter norsk rett. Omfanget av ens begrep om delegering og organisering er derfor et kritisk punkt. Uttryksmåtene er riktignok ikke så nøye, slik at man godt kan reservere ordet delegering for kompetansetilfellene.

Uenigheten om begrepet er nok ikke heller så stor. Graver viser nemlig like etterpå til at det jeg vil kalle det delegerende organ (fortsatt) har «... ansvaret for sakens opplysning ...» etter fvl. § 17, og at delegering normalt vil være avskåret «... om organet ikke har full instruksjonsmyndighet overfor dem som utfører saksforberedelsen ...».⁸³⁸ Med andre ord: Graver er egentlig helt enig i at å begrepsliggjøre problemene som problemer om saksbehandling, ikke er tilstrekkelig. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 6 og 7 er forutsetningene Graver legger til grunn for at saksbehandlingen skal aksepteres, slike forutsetninger som man vil generelt vil stille ved delegering.⁸³⁹ Med andre ord er ikke det prosessuelle sporet tilstrekkelig — Graver mener også man må sikre særlige organisatoriske hensyn. Hverken han eller Backer-utvalget har imidlertid *gjennomført konsekvent regulering* på bakgrunn av et slikt begrep, som jeg håper å kunne bidra til å rette opp i.

Hva er da utfordringene (på dette punkt) til det tradisjonelle begrepet? I andre deler av forvaltningsretten er det andre problemer ved å ordne tenkningen rundt kompetanseutøvelse, for eksempel at man nedtoner gjennomføringsfasen,⁸⁴⁰ eller overdriver søkelyset på domstolsprøving.⁸⁴¹ Konkret vil jeg imidlertid peke på at også andre rettslige posisjoner enn kompetanse er nødvendig å organisere (ved å tildele personell kompetanse). Da fremstår det naturlig å man vurdere om de burde tenkes om på noenlunde lik måte som kompetanse. Et slikt begrep har man også i både Sverige og Danmark, samt i forvaltnings- og rettspraksis her i Norge (se 4.2.5). Jeg utdyper begrepet nedenfor 4.2.4.

Selv en utvidet versjon av begrepet er likevel et juridisk begrep (med de svakheter slike begreper jf. foran, blant annet i punkt 2.4.7). Begrepet forteller lite om hva organisering og

⁸³⁸ Graver 2019 s. 196.

⁸³⁹ Også Graver spør om «... oppgaven kan delegeres til private ...» i sammenheng med EU-rettslige drøftelser om adgangen til å unnta virksomhet fra anskaffelsesreglene, se Graver 2005 s. 171.

⁸⁴⁰ Se nedenfor under 4.4.5.

⁸⁴¹ Se f.eks. Bernt 2016.

delegering faktisk gjør. Rettslige posisjoner er ikke hva som helst, de er former for makt, jf. 2.2. Hvilken betydning har det da hvem som besitter dem?

4.2.3 Det instrumentelle begrepet om organisering som det tradisjonelle begreps grunnlag

For igjen å bruke Graver som eksempel kan man si at det *egentlig* er slik at han forutsetter det jeg etterspurte — et begrep om hvilken betydning fordelingen av rettslige posisjoner faktisk har (sml. også foran i 2.2.1). Hans svar er som nevnt å forutsette at kravene til saksbehandling og materielle hjemmelskrav 'konsumerer' betydningen av hvordan forvaltningen er organisert.⁸⁴² Den bakenforliggende tanken er da at *hvem* som gjennomfører saksbehandlingen eller tjenesteytelsen er uvesentlig, så lenge saksbehandlingen er forsvarlig eller tjenesteytelsen blir gitt/borgeren får sin rett.⁸⁴³ Jeg vender også mer tilbake til elementer ved det instrumentelle perspektivet i kapittel 5 punkt 5.2.1.

Den underliggende forutsetningen er *instrumentell*. Et slikt begrep om organisering og delegering forutsetter at organisatoriske valg (alene) handler om å realisere bestemte mål. For retten vil dette fremstå rimelig. Man finner lignende oppfatninger bak regler som fvl. § 41, om at vedtak bare er ugyldig hvis feilen har innvirket. Man kan tenke at man ikke driver med organisering for organiseringens skyld, eller prosess for prosessens skyld. Lovavdelingen skriver for eksempel om at man kan ha større fleksibilitet i «... spørsmål hvor rettsikkerhetssynspunktet ikke kommer inn, f.eks. i spørsmål om forvaltningens organisasjon ...».⁸⁴⁴

Samtidig kan man spørre om man ikke risikerer å tape av syne viktige forhold ved en slik instrumentalisering. Formålet med kravet til sakens opplysning jf. fvl. § 17 er jo ikke *bare* at saken skal bli godt opplyst. En viktig virkning av er jo også at *organet og ofte saksbehandleren selv* gjennomfører eller bidrar til fremskaffing av informasjon. Sammenhengen har gunstige virkninger, som at saksbehandleren blir kjent med saken, setter seg bedre inn i den enn hvis vedkommende bare leste andres rapporter, og så videre.

⁸⁴² Se om det instrumentelle i et slikt perspektiv, 2.4.3.

⁸⁴³ At dette er «likegyldig» også for kompetanseutøvelse hevdes eksplisitt av Opsahl 1963 s. 6.17. Dette hang riktignok for Opsahl sammen med at man hadde klageadgang til Kongen i statsråd.

⁸⁴⁴ Lovavdelingen 1971 s. 8.

Lignende resonnementer er relevante for behandlingen av blant annet begrunnelseskravet, se nedenfor i 5.4.7. Mer generelt kan det ses som et eksempel på den overordnede tendensen hvor retten undervurderer betydningen av organisatoriske løsninger som ligger implisitt og 'bak' bestemte normer (se generelt 2.4.7).

Et mer vesentlig argument er at man ikke kan nøye seg med at borgeren prinsipielt sett kan ta en eventuell mangelfull saksopplysning for domstoler eller et klageorgan. Det er *urealistisk* og lite hensiktsmessig å innrette forvaltningens saksbehandling på en slik måte at riktig opplysning av saken skal sikres ved en konkret prøving av selve saksbehandlingen. Snarere bør forvaltningsretten ordne sin tenkning rundt kvalitet i *førsteinstansen*.⁸⁴⁵

Spørsmålet blir da: Hvordan påvirkes sannsynligheten for en god saksutredning, hvis man stiller krav til hvordan selve utredningsarbeidet skal være organisert? Jeg tror sannsynligheten reduseres vesentlig. I så fall må man erstatte de organisatoriske kravene med å øke '*oppdagelsesrisikoen*'. For å eventuelt oppnå et slikt mål, så forutsetter man i realiteten kostbare og omfattende kontrollrutiner, og som jeg kommer tilbake til i kapittel 5 og 7 er det helt urealistisk å tro at man kan ha noen samlet kontroll med forvaltningen (se generelt 2.2). Man kan sette saken enda mer på spissen: Ville man akseptert at hvem som helst kunne få stilling som kirurg på et sykehus, med lovnad om at helsetilsynet skulle føre kontroll? Ikke jeg, i hvert fall.

Et mer sammensatt begrep om organisering av saksbehandling så vel som andre deler av forvaltningens virksomhet, er *mer generelt* et område hvor det skapes det jeg har kalt en institusjonell materialitet, som omtalt i kapittel 2 punkt 2.2.9. Oppsummeringsvis sikter begrepet til måten man bare 'bare gjør ting' på, som reflekterer bestemte maktforhold innad i organisasjonen, mellom organisasjonen og verden, og hvor konsekvensene av å tro at man bare kan gjøre ting på en annen måte er uoverskuelige.⁸⁴⁶

Slike innsikter er i noen grad *allerede akseptert*. Den er akseptert for så vidt gjelder *organiseringen av kompetanse*. Som Andersen skrev alt på 1920-tallet er personelle krav

⁸⁴⁵ Sml. også Bernt 2018 s. 5—6, forordet om behovet for økt oppmerksomhet rundt førsteinstansen.

⁸⁴⁶ Særlig reflektert var Senterpartiets representant, John Dale, som uttrykte at «... i etater preget av tjenesteytelser og menneskelige relasjoner, for eksempel helse- og undervisningssektorene, står de ansatte overfor motstridende, uklare og ofte ustabile mål som i praksis bare kan møtes med den intuitive kreativitet som ingen målstyring kan fange opp.», sitert i Raa 2011 s. 148.

«... en retlig Garanti for en sagkyndig Administration.»⁸⁴⁷ Historisk sett la man også til grunn en lære om at personelle mangler skaper absolutt ugyldighet. Akkurat den absolutte karakteren av regelen var en unyansert oppfatning, men reflekterte et langt mer sensitivt og komplekst begrep om betydningen av organisatoriske forhold. Det er neppe tilfeldig at regelen særlig sprang ut av *stedlig* organisering. Da gir den nokså absolutte oppfatningen også mer mening: Lensmannen i kommune A kan godt holde seg innenfor materielle hjemler og krav til saksbehandlingen. Men han har ikke den samme lokalkunnskap og lojalitet til miljøet, og kan derfor ikke treffe beslutninger i kommune B. De store konsekvensene av organisatoriske valg erkjennes også av for eksempel Eckhoff, som skriver at

«Når det bestemmes hvor avgjørelsesmyndighet og kontrollmyndigheten skal ligge, bestemmes derfor ofte også hva slags politikk som skal bli ført på vedkommende felt.»⁸⁴⁸

At man innser betydningen av organisering ved organisering av kompetanse skaper imidlertid grobunn for et nytt spørsmål: Hvorfor er det (eventuelt) ikke av betydning hvem som utøver en saksbehandlingsoppgave, eller en annen offentlig ansvarsoppgave? Hvorfor tenker man instrumentelt i det ene tilfellet, men ikke det andre? Et svar er at det — vagt formulert — er en begrepsmessig forskjell i hvordan forvaltningen (og ikke bare jurister) tenker om organiseringen av *tjenesteytelse* eller *faktisk forvaltningsvirksomhet*, sammenlignet med en alminnelig byråkratisk *myndighetsutøvende* form for virksomhet.

Forskjellen er i noen grad helt rimelig. Privat næringsvirksomhet i offentlig regi, offentlige innkjøp fra næringsdrivende (og lignende) bør tenkes om og organiseres forskjellig fra den gruppen som man grovt kan kalle offentlige ansvarsoppgaver — myndighetsutøver, konfliktløser, regulator og så videre.⁸⁴⁹ I praksis ser det imidlertid ut til å skje en sammenblanding, der den typen virksomhet som faller *utenfor* kompetansebegrepet antas å falle inn i den første kategorien, som grovt kan sies å handle om *tjenesteytelse eller andre typer faktisk virksomhet*.

⁸⁴⁷ Andersen 1924 s. 67.

⁸⁴⁸ Eckhoff 1992 s. 94.

⁸⁴⁹ Se nærmere om disse ulike rollene i NOU 1989:5.

Man tenker med andre ord instrumentelt om organisering av den typen virksomhet som litt enkelt sagt er typisk for privat sektor. Også en slik tenkning er i utgangspunktet helt rimelig: Privat sektor håndterer vanligvis slik virksomhet hvor man *aksepterer at virksomheten tar høyde for mindre kompleksitet (enn i offentlig sektor)*.⁸⁵⁰ Lover og regler pålegger for eksempel offentlig sektor å ta høyde for barnets beste, og krever at man har omfattende faglig kunnskap, gode rutiner, kontakt med politikere, brukere, og så videre. Industriell produksjon av varer og tjenester behøver ikke å ta slike hensyn, men kan orientere seg mot innovasjon og profitt. Organiseringen av industriell produksjon kan følgelig også tenkes instrumentelt om, og skje i samsvar med det som gir grobunn for innovasjon og profitt. Denne forskjellen har naturligvis også vesentlig å gjøre med at offentlig sektor *utøver makt* mens privat sektor baserer sin virksomhet på frivillighet.

Utfordringen ligger imidlertid i at graden av kompleksitet en virksomhet er nødt eller bør ta inn over seg, *ikke bestemmes av om den utøver kompetanse eller ikke*. Utvelgelseskriteriet fungerer simpelthen ikke noe godt. Forskjellen på industriell produksjon og myndighetsutøvelse er ikke at myndighetsutøvelse innebærer kompetanseutøvelse. Forskjellen er at barnevernet forsøker å bruke faglig og juridisk *makt* sammen med *borgerens avhengighet og behov for hjelp* for å løse et særdeles sammensatt og komplekst samfunnsproblem med vidtrekkende konsekvenser for alle andre deler av samfunnet.⁸⁵¹

Til et slikt argument kan man spørre: Betyr det at offentlige ansvarsoppgaver bare er svært komplekse oppgaver? Naturligvis *er* noen oppgaver faktisk mer komplekse enn andre. Likevel er måten man håndterer komplekse samfunnsproblemer på noe som varierer mellom nasjoner. Sverige har forsikringer gjennom fagforening istedenfor arbeidsledighetstrygd og USA har private fengsler selv om oppgavene åpenbart er komplekse problem. Forklaringen på må derfor suppleres med flere faktorer. Særlig tror jeg, som poengtert i kapittel 2 punkt 2.5.7, at mye forklaringskraft ligger i de politiske

⁸⁵⁰ I samme retning Heath 2020 s. 68: «... the problems that the state is called upon to fix are typically the most intractable ...».

⁸⁵¹ Bruk av avhengighetsforhold er også maktforhold. Mau 2021 s. 118, se også Fineman: «Vulnerability and Inevitable Inequality», *Oslo Law Review* vol. 4, nr. utg. 3, 2017, s. 133—49. Det kan åpenbart være nyanser i graden av uavhengighet (slik også kompetanseutøvelse kan være mer eller mindre inngripende), problemstillingen ved vilkårs læren i Østenstad: «Vilkårs læra sitt forholdsmessigkrav i lys av misbrukslæra sin kvalifisert-urimeleg-standard — og vice versa.» i Søvig, Karl Harald red.: *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Fagbokforlaget, 2015, s. 111—46, s. 145 med vilkår om antipsykotika som krav for førerkort som eksempel.

kamper og det bevisstgjøringsarbeid som har blitt gjort, og som har resultert i at et problem har blitt *anerkjent* som kompleks, og derfor et offentlig ansvar.

Slikt politisk arbeid kan gå begge retninger: Det kan handle om å synliggjøre maktforhold og kompleksitet, eller å kjempe for en aksept for *mindre kompleksitet* og økt orientering mot bestemte mål på bekostning av andre. Poenget her er dermed todelt. Først er det et viktig *demokratisk* moment, i den forstand at man i organisatoriske spørsmål må vurdere hva som er adekvat kompleksitet for å sikre rimelig oppfyllelse av Stortingets forutsetninger

Det andre momentet er at organiseringen av en virksomhet reflekterer hvor mye og hvilken kompleksitet som anerkjennes, og dermed hvilken politikk som føres. For eksempel så *kan man* drive sykehjem 'som butikk', og organisere det basert på en målsetning om å overholde budsjettets rammer. Det er likevel et *politisk og normativt valg* om å instrumentalisere organiseringen i budsjettets tjeneste, som har store konsekvenser. Man kan ikke påstå at valget av den ene eller den andre organisasjonsformen er et *teknisk* eller *praktisk* spørsmål der man sorterer noen typer virksomhet (som saksbehandling eller tjenesteytelse) som «mer» eller «mindre» kompleks.⁸⁵² Graden av kompleksitet man mener må tas høyde for reflekterer underliggende syn på hva som er en akseptabel grad av reduksjon av kompleksitet i den aktuelle virksomheten, og som også diskutert i kapittel 2 punkt 2.4.7, hvilke antakelser man gjør om egenverdien til virksomheten.

Det er dermed ingen teknisk detalj når det juridiske begrepet om delegering og organisering har begrenset seg til kompetanseutøvelse. Det snevre og formelle delegeringsbegrepet er tuftet på en normativ og politisk oppfatning hvor man *er mer skeptisk* til reduksjonen av kompleksitet i kompetanseutøvende virksomhet, enn i ulike former for faktisk virksomhet. Skepsisen beror ikke på et valg jurister har tatt som enkeltpersoner, men en normativ prioritering som har vært innleiret i de begrepsmessige strukturene, og virket som en upersonlig makt. Selve myndighetsutøvelsen har blitt tildelt en særegen plass, og man har ikke selv sett at man dermed tar et vesentlig normativt valg, hvor det klassiske byråkratiet

⁸⁵² Det motsatte antas derimot vanligvis i økonomisk litteratur, se for eksempel NOU 2020:13.

implisitt tildeles en viktigere plass enn velferdsstatens tjenesteytelse, eller differensierte og komplekse saksbehandlingsprosesser.⁸⁵³

Som påpekes av både Abkenar og Molander er ikke «faktisk» virksomhet noe mindre kompleks eller betydningsfull for borgerens rettssikkerhet, enn kompetanseutøvelse, som jeg videreutvikler nedenfor i 4.4.5.⁸⁵⁴ Det normative valget er dermed et dårlig begrunnet valg som man har endt opp med å ta fordi man har videreført det tradisjonelle begrepet, og oversett selve problemet.

Samtidig bør man ikke stanse her. Jeg begynte med å anta at rettsvitenskapen hadde videreført et tradisjonelt begrep, som var hentet fra statsretten. Antakelsen kan kanskje nyanseres, som sitatene fra blant annet Poul Andersen indikerer.⁸⁵⁵ Jurister har historisk sett hatt begrep om organisering som handler om forvaltning *som faktisk virksomhet*.⁸⁵⁶ Det har derfor skjedd en *innsnevring*, ikke stillstand.⁸⁵⁷ Samtidig som *deler av forvaltningen* ble organisert rundt kompetanse, så skjedde det en utvikling som Sand peker på, der «... tjenesteyting, i vid forstand, har supplert og erstattet rettslig regulering som statlig virkemiddel».⁸⁵⁸ Fordi retten var avhengig av kompetansebegrepet ble imidlertid denne tjenesteytingen noe som i utgangspunktet falt utenfor rettens begrep.⁸⁵⁹

Hvordan kan man forklare denne interne begrepsmessige endringen? Min vurdering er at det juridiske begrep om organisering som kompetanse og det instrumentelle begrepet om organisering som hånd i hanske med arbeidsfordelingen mellom jurister og økonomisk-administrativt personale innenfor forvaltningen i den samme epoken.⁸⁶⁰ Denne

⁸⁵³ Se kapittel 2 punkt 2.2.9 og 2.4.7.

⁸⁵⁴ Sml. også Molander 2016 s. 60: «When it comes to services, the element of discretion is even more difficult to eliminate.»

⁸⁵⁵ Se ovenfor i 1.1.2.

⁸⁵⁶ Se for eksempel Castberg 1938 s. 5—6 om at til «... forvaltningsretten hører også reglene om hvordan skolene er organisert og i det hele skal løse sine oppgaver.»

⁸⁵⁷ NOU 1989:5 s. 34: «Utøvelse av offentlig myndighet i form av fastsetting av lover og regler, håndheving av slike regler og fordeling av økonomiske ytelser og byrder kan vanskelig organiseres ved markedsorienterte organisasjonsformer. Det samme gjelder for produksjon av tjenester som av velferdsgrunner bør være tilgjengelig for alle uavhengig av betalingsevne, f.eks. skole og helsevesen.»

⁸⁵⁸ Sand 1996 s. 119.

⁸⁵⁹ Selv om det naturligvis er fullt *mulig* å regulere tjenesteytelse ved hjelp av andre begreper, noe man også (etter politiske og juridiske kamper) har oppnådd, se f.eks. Østenstad: «Utviklingslinjer i tvangsjussen på helse- og omsorgsfeltet - og Bergensfakultetet si rolle.» i Johan Giertsen, Erling Johannes Husabø, Øystein L. Iversen, Berte-Elen Konow red.: *Rett i vest: Festskrift til 50-årsjubileet for jurist-utdanningen ved Universitetet i Bergen*, Fagbokforlaget, 2019, s. 521—30.

⁸⁶⁰ Jeg antar altså ingen fullstendig funksjonell differensiering, men se omtalen i kapittel 2 punkt 2.3.5.

arbeidsfordelingen baserer seg på de begrepene som ble diskutert foran i 2.2: Jurister har latt være eller ikke hatt anledning til å tenke om organiseringen av forvaltningens faktiske virksomhet (og heller vurdert om lover og regler materielt sett innfris) *fordi* organiseringen av denne virksomheten håndteres av økonomisk-administrativt personell.⁸⁶¹ Samtidig kan økonomisk-administrativt personell forutsette at de kan organisere virksomheten så effektivt som mulig *fordi* juristene sikrer at lover og regler uansett blir ivaretatt.⁸⁶² Begrepene konkurrerer ikke, men forutsetter hverandre gjensidig. En nærliggende hypotese er at begrepene forutsetter hverandre *analogt til* hvordan profesjonene forutsetter hverandre gjensidig i det praktiske arbeidet innenfor forvaltningen.

Oppsummeringsvis er poenget enkelt men helt avgjørende: Hvem som gjør noe og hvordan arbeidet organiseres — det personelle spørsmål — har betydning ut over i hvilken grad arbeidet leverer resultater (av rettslig eller annen art). Årsaken er at det vanligvis er viktige men lite synlige grunner til at noe skal gjøres av noen, innenfor visse organisatoriske rammer, og ikke av andre.⁸⁶³ Det juridiske begrepet om organisering bør anerkjenne denne kompleksiteten og egenverdien (jf. foran i 2.2.10).

Som jeg kommer tilbake like nedenfor (4.4) spiller denne begrepsoppfatningen en helt avgjørende betydning når man skal tolke organisatoriske regler. Det er spesielt problematisk å se vekk fra grunner som har blitt synliggjort og lagt til grunn som vesentlige i demokratiske prosesser. Det er også særlig betenkelig hvis de aktuelle grunnene er en måte å legitimere den maktutøvelsen som foregår på. Disse nyansene må rettsvitenskapens begrep om delegering og organisering være åpen for.

⁸⁶¹ Sml. Askim 2015 s. 381: «... steering late in the value chain is the home turf of performance management ...».

⁸⁶² Den andre siden av dette, altså det økonomisk-administrative begrepet, kan illustreres av Moderniseringsdepartementet 2005 s. 19.

⁸⁶³ En eldre versjon av et tilsvarende argument finner man i Morgenstierne's diskusjon av anledningen til å ansette andre enn embetsmenn i forvaltningen. Han skriver at Grunnlovens regler for utnevning av embetsmenn ville ha «... ringe Betydning ...» dersom det «... stod Statsmyndighetene frit for i hvilkensomhelst Udstrækning at lade Statstjenesten besøge ved andre end Embedsmænd.», jf. Morgenstierne: *Lærebog i den norske Statsforfatningsret*, Steen, 1909 s. 496—497. Se bl.a. også Prop. 57 L (2022-2023) *Lov om grunnskoleopplæringa og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova)* s. 87, der departementet fremhever at «Departementet meiner det ikkje er aktuelt å lovfeste eit forsvarlegkrav i tillegg til den foreslåtte reguleringa. Ein må velje reguleringsmåte, og kan ikkje både gi detaljerte reglar og samtidig innføre eit forsvarlegkrav.» s. 87.

Spørsmålet blir da: Hvordan kan man uttrykke et slikt begrep og fange opp den kompleksitet og de nyanser som finnes?

4.2.4 En alternativ tilnærming: Organisering av det offentliges ansvar og oppgaver som et forvaltningsrettslig spørsmål

Spørsmålet blir da: Hvordan bør forvaltningsretten tenke om — begripe — organiseringen av forvaltningens virksomhet? Spørsmålet vil behandles gjennomgående i avhandlingen ved å trekke inn flere begreper og øke diskusjonens kompleksitet. Her skisserer jeg bare et utgangspunkt. Jeg minner også om at jeg ikke enda har kommet til nivået for regler.

Som nevnt har man hatt et begrep om delegering og organisering som bygger på formalisme og instrumentalisme (jf 2.2.1). Problemene med begrepet skal også utdypes mer senere. Formalismen kommer til uttrykk ved en begrensning av begrepet til *rettslige posisjoner*. Instrumentalismen kommer til uttrykk ved en begrensning av *betydningen av organisatoriske valg* til visse resultater (overholdelse av lover og regler). Delegering gjøres til et spørsmål om å oppnå styringsmål, se kapittel 5 punkt 5.2.4, at hierarkiet reduseres til ansvar (kapittel 6) og instruksjonsmyndighet (kapittel 7).

I dette kapitlet er jeg interessert i å forbedre begge disse svakhetene, dels ved å løsrive begrepet om delegering fra å simpelthen handle om rettslige posisjoner, og dels ved å gjøre begrepet *mer sammensatt*, eller mer sensitivt for de komplekse og uante virkningene av ulike organisasjonsformer.

Begrepet kan nyanseres ved å tenke at delegering handler om *enhver tildeling av offentlig ansvar eller oppgaver fra et organ til et annet*. Bruken av uttrykket ansvar skal presiseres like nedenfor. Det sentrale ved å ta utgangspunkt i uttrykkene ansvar og oppgave, er å få frem at delegater skal gjøre noe på det offentliges vegne. Det vesentlige ved en delegering er derfor ikke de formale juridiske posisjonene som forandres, men heller hva delegeringen sier at delegaten skal gjøre, med andre ord, hvilken oppgave og hvilket ansvar delegaten tildeles, hva som er formålet med delegeringen (som utdypes videre i kapittel 5 punkt 5.2). Hvis nødvendig kan man legge til tildelinger av ansvar også inneholder eller forutsetter juridiske posisjoner av ulikt slag. Et slikt begrepet reflekterer bedre at det normalt vil være

slik at delegeringer av kompetanser eller tillatelser skjer i den hensikt å løse en bestemt oppgave. Dermed rettes tanken i riktigere retning.

Et slikt delegeringsbegrep vil også gi en juridisk tenkning som er mer på linje med andre vitenskaper.⁸⁶⁴ Det vesentlige er at i vurderinger av prosessuelle eller materielle spørsmål, så er begreper som «kompetanse» og «vedtak» nyttige. Som begreper er de styringsteknologier, og man har kanskje hittil vært for fanget i dårlige versjoner av dem.⁸⁶⁵

En mulig innvending til en slik måte å forstå delegering på kan være å peke på at delegeringsbegrepet historisk har vært forstått slik at det delegerende organ *selv har* den kompetansen de tildeler. I lys av et slikt poeng kan man derfor si at kompetansebegrepet bør være avgjørende, fordi det bare er *kompetanse* — typisk generelle eller enkelte vedtak — som treffes av de *politiske nivåene* i den høyere forvaltningen.⁸⁶⁶ Poenget med en slik tilnærming vil i så fall være å fremheve at delegering er en spesifikk type kompetansetildeling som handler om at politikere lar andre treffe beslutninger på sine vegne. Synspunktet reflekteres også i det åpenbart viktige poeng om at Regjeringsmedlemmer eller kommunestyrerepresentanter ikke for eksempel personlig kan utøve den tvang som politiet for eksempel kan (nedenfor i punkt 4.4.5).

Som diskutert foran innebærer imidlertid et slikt perspektiv å legge avgjørende vekt på det offentlige ansvars form — er det et ansvar som ivaretas ved statlige beslutninger og regulering, eller tjenesteytelse? Spørsmålet er imidlertid bare et valg mellom måter å best ivareta et offentlig ansvar på. Valget av den ene formen heller enn den andre beror på sammensatte og komplekse historiske prosesser og maktforhold som nevnt like foran, men er ut fra en *juridisk* synsvinkel i utgangspunktet ikke avgjørende.⁸⁶⁷ Som Johansen poengterer er *all* forvaltningsvirksomhet grunnleggende sett av faktisk karakter.⁸⁶⁸ Poenget kan også underbygges med at ikke all kompetanseutøvelse har sin opprinnelse i politiske

⁸⁶⁴ Se særlig Christensen 2015 s. 21.

⁸⁶⁵ Sml. også Johansen 2020 s. 282: «Mer specifikt är utgångspunkten här att den offentliga förvaltningen primärt är faktisk verksamhet, och att normalfallet för förvaltningen just är denna faktiska verksamhet. Inom denna faktiska verksamhet i vid mening finns vissa åtgärder eller verksamheter som bedrivs i rättsliga former av olika procedurella slag.»

⁸⁶⁶ Se foran i kapittel 2 punkt 2.4.4.

⁸⁶⁷ Se bl.a. ovenfor 854.

⁸⁶⁸ Johansen 2020 s. 16.

nivåer.⁸⁶⁹ Uavhengig av hvilken rettslig form virksomheten utøves innenfor bør den derfor favnes om av forvaltningsrettens begrep om delegering. Hvordan problemet mer teknisk kan fremstilles, utvikler jeg nedenfor i 4.3.1.⁸⁷⁰

Utgangspunktet om at delegering handler om kompetanse kan derfor kritiseres og utvikles ved å basere delegeringsbegrepet på et begrep om *offentlige ansvarsoppgaver*. Den *hierarkiske* dimensjonen som tanken om at hvert ledd besitter de ‘samme’ kompetansene (også) har forsøkt å fange opp, kan bedre ivaretas på andre måter jf. kapittel 6 og 7.

Jeg hevder derfor her og vil utdype videre at delegering primært bør forstås som delegering av ansvar eller oppgaver. Delegering av rettsposisjonene kompetanse eller tillatelse (heretter *myndighet*) skjer fordi man vil at organet skal ivareta et bestemt ansvar. Ansvar kan være juridisk, faglig, politisk, eller definert på annet vis. Begrepet utdypes nærmere i resten av avhandlingen og innebærer *ikke* at det delegerende organ *overlater ansvaret* til sin delegat.⁸⁷¹ En nærmere presisering og relatering til den alminnelige forvaltningsrettslige systematikken skjer imidlertid her via begrepet om personell hjemmel, like nedenfor i 0.

Oppsummeringsvis vil jeg omtale enhver tildeling av ansvaret for å løse en oppgave på det offentliges vegne som en delegering, uavhengig av om oppgaveløsningen forutsetter kompetanser eller tillatelser. Det vesentlige er *tildelingen av et offentlig ansvar fra et organ til et annet*. Kompetansene og tillatelsene blir bare aspekter av selve tildelingen: noe som tildeles fordi organet skal ivareta et ansvar på det delegerende organs vegne.

⁸⁶⁹ Dette forklarer også hvorfor det har vært riktig av litteraturen å gå ut fra at distinksjonen mellom delegering og originær kompetansetildeling er juridisk uvesentlig. Behovet for distinksjonen oppstår fordi maktfordelingen mellom Regjeringen og Stortinget forutsetter at Stortinget ikke i utgangspunktet selv treffer enkeltbeslutninger. Dette bør imidlertid ikke gjøre at delegering av kompetanse til å treffe *enkeltvedtak* sorteres utenfor delegeringsbegrepet (selv om det også *historisk sett* nettopp var forskriftsmyndighet som spilte den mest sentrale rolle). Dette utdypes spesielt i kapittel 4. Se omtalen i Smith 2022 s. 176 «I praksis er terminologien noe vakkende, og det har liten eller ingen praktisk betydning å skille mellom kompetansetildeling som kalles delegasjon, og slik som ikke kalles det. Reell ulikhet kan bare spores i at bare den som overlater en del av sin *egen* kompetanse til andre, kan instruere om hvordan kompetansen (innenfor lov og rett) skal benyttes.» og Graver 2019 s. 193: «Det er som regel ikke nødvendig å trekke noe skarpt skille mellom delegering og originære kompetansetildelinger.»

⁸⁷⁰ Sundby 1974 s. 341 er inne på noe av det samme når han heller ser behov for å nyansere, og uttrykker at delegering kjennetegnes av at «... B får slik myndighet som ellers primært er tillagt A som ett av A's typiske og viktige gjøremål.»

⁸⁷¹ Se omtalen av denne forskjellen i kapittel 1 punkt 1.2.2.

4.2.5 Et utvidet delegeringsbegrep brukes der det passer og får ikke merkelige utslag

Studerer man ulike deler av kildematerialet vil man gjenfinne en slik utvidet begrepsbruk. Mitt inntrykk er at så lenge man oppfatter noe som en offentlig ansvarsoppgave, så stilles det krav som har å gjøre med demokratisk legitimitet (styring, kontroll) og den faglige forsvarligheten av organiseringen. Jeg minner om at kildenes valg av ord og uttrykk ikke er det sentrale, men (hvordan jeg oppfatter) tekstens *begrep*, selv om uttrykksmåte naturligvis kan fortelle noe om begrepet.

I forarbeidene til luftfartsloven uttrykker man for eksempel at «... behov[et] for kontroll med delegert myndighet vil variere med arten av den myndighet som er delegert» og forarbeidene operasjonaliserer skillet ved en sontring mellom «... rent praktisk eller fysisk kontroll- og tilsynsvirksomhet, ... og myndighet til å utforme og vedta forskrifter».⁸⁷²

I forarbeidene om interkommunalt samarbeid i kommuneloven fra 2006 foretar man også en inngående drøftelse av kommunens adgang til å delegerer ulike oppgaver,⁸⁷³ og trekker opp en grense mellom «driftsoppgåver» eller «reint administrative støttetjenester» på den ene siden og offentlige ansvarsoppgaver som antas å ha «... sammenheng ... med myndighetsutøvinga eller tenesteutøvinga.» på den andre.⁸⁷⁴ Den første gruppen oppgaver kan organiseres fritt, mens der det er snakk om «... offentlig myndighet og kommunal tenesteyting retta mot innbyggjarane ...» så forutsetter departementet at kommunen bruker vertskommunemodellen.⁸⁷⁵ Man uttrykker senere at det er et «lovkrav» å organisere sistnevnte type virksomhet i vertskommunesamarbeid, hvis man ønsker å samarbeide — på samme måte som det kreves rettslig grunnlag for å deleger, jf. kapittel 5.⁸⁷⁶ Med andre ord: Man antar at det gjelder begrensninger i delegeringsadgangen uten å knytte begrensningene spesifikt til kompetanser eller tillatelser. Det samme ble også lagt til grunn i forarbeidene til lov om interkommunale selskaper, NOU 1995:17. Der uttrykkes det at

⁸⁷² Ot.prp. nr. 65 (2003-2004) *Om lov om endringer i lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart* s. 9—10.

⁸⁷³ Spørsmålet ble også diskutert i den opprinnelige kommuneloven fra 1992, se bl.a. omtalen nedenfor i kapittel 5 punkt 5.5.

⁸⁷⁴ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) *Om lov om endringar i lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (interkommunalt samarbeid)* s. 67 og særlig på s. 69. Man bruker også uttrykket delegering, og skriver for eksempel på s. 68 at det gjelder et «... generelt høve til overføring og delegasjon av oppgåver og myndighet med mindre det i lova gjeld eit delegasjonsforbod» til verts- og samkommuner.

⁸⁷⁵ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 69.

⁸⁷⁶ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 89.

«I en vurdering av hvilke oppgaver kommunene kan legge til andre enn de tradisjonelle kommunale forvaltningsorganer, vil det være av stor betydning om det er tale om en lovregulert eller ikke lovregulert virksomhet. Der oppgaven er pålagt kommunen eller på annen måte regulert i lov, vil vurderingen av kommunenes frihet til å organisere slike oppgaver, avhenge av en tolkning av det lovmessige grunnlaget»⁸⁷⁷

Her oppstiller man derfor et skille mellom offentlige ansvarsoppgaver, og forutsetter at friheten til å organisere begrenses hvis det er snakk om slike. I praksis, som jeg også utdyper senere, er det snakk om begrensninger som svarer til det man ville oppstilt som grensene for adgangen til å delegere. En slik direkte overføring av problemformuleringen finnes det flere eksempler på. I en sak fra lovavdelingen vurderer man for eksempel om uttalemyndighet etter industrikonsesjonsloven kunne delegeres til et interkommunalt E-verk.⁸⁷⁸

Som disse eksemplene illustrerer bruker man altså et utvidet begrep om hva delegering er. Det ser man ved at *de samme problemene og argumentene* går igjen. Forklaringen på at problemene og argumentene går igjen er at *begrepet* er det samme (selv om terminologien kan variere).

Den nevnte proposisjonen fra kommuneloven er for eksempel opptatt av å sikre at forvaltningen har demokratisk legitimitet, at det finnes muligheter for politisk styring, og antar på den bakgrunn at det kreves rettslig grunnlag for å sette ut lovpålagte oppgaver til andre enn kommunen selv.⁸⁷⁹ Det samme gjelder den siterte proposisjonen om luftfartsloven.⁸⁸⁰

⁸⁷⁷ NOU 1995:17 *Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet* s. 140—141, se videre behandling av nyansene på s. 146—147. I punkt 7.3.5.2. drøfter man dette spørsmålet som et spørsmål om «delegasjon av lovpålagt kompetanse», og uten å reflektere over den litt merkelige uttrykksmåten drøfter man saken som om «lovpålagt kompetanse» svarer til «lovpålagt oppgave», og veksler deretter litt mellom uttrykksmåter. Begrepet de opererer med er derimot klart.

⁸⁷⁸ JDLOV-1987-665: «Den uttalemyndighet som det her er snakk om å delegere, er et ledd i saksforberedelsen av selve konsesjonsvedtaket.»

⁸⁷⁹ Se Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 72 og 90.

⁸⁸⁰ Ot.prp. nr. 65 (2003-2004) s. 10: «Luftfartsforvaltningens behov for kontroll med delegert myndighet ...» er det som vil variere ut fra den arten som ble omtalt ovenfor.

Skåre-utvalget om saksbehandling i nemnder går også inn i tematikken. Utvalget legger blant annet til grunn en generell presumpsjon for at forberedelse av saker kan delegeres, samt beslutninger om hvem innenfor nemnda og dens sekretariat som skal treffe slike beslutninger.⁸⁸¹ Delegering av ikke-realitetsavgjørelser jf. fvl. §§ 17—19, 29 (4), 31 (3) og 34 (1) diskuteres også.⁸⁸² Man drøfter også nærmere hvorvidt det er adgang til å delegere plikten til samtidig begrunnelse.⁸⁸³ Skåre-utvalget bruker altså delegeringsbegrepet om delegering av annet enn kompetanse.

I ny barnevernlov diskuterer man adgangen til å sette ut saksbehandlingsoppgaver til private aktører, som man kaller delegering.⁸⁸⁴ Departementet mener samtidig at det å sette ut saker på denne måten har rettslig grunnlag i en ulovfestet lære om «bistand» (som jeg diskuterer nærmere senere i kapittel 5 punkt 5.4.7), men *fremhever samtidig* at barnevernstjenesten må ha styring og kontroll med den private aktøren.⁸⁸⁵ Slike forutsetninger er vanlige krav til virksomhet som organiseres via delegering. I en nylig utredning der departementene gjennomgår delegeringer til kommuner for å tilpasse særlovgivningen til ny kommunelov, bruker man rett frem et 'utvidet' delegeringsbegrep, og skriver om delegering av oppgaver.⁸⁸⁶ Når man vurderer det offentliges skadegjørende *handlinger* i forbindelse med så vel kompetanseutøvelse, saksbehandling og tjenesteytelse er også delegeringsperspektiver klart til stede.⁸⁸⁷

Det finnes riktignok eksempler på at man (bevisst) ønsker å reservere begrepet delegering for kompetanse. Departementet begrenser for eksempel kommuneloven § 5-4 til delegering av vedtaksmyndighet som en måte å begrunne at man fortsatt kan privatisere

⁸⁸¹ NOU 1974:43 *Nemnder i forvaltningen* s. 31. Bruker primært uttrykkene «overføres» eller «overlates». Også her er det imidlertid klart at man bruker et begrep om delegering som er videre: Det spørres som nevnt om forberedelsen av saker kan «overlates» til sekretariatet og man antar at «saksforberederen» er «underlagt nemnda som kan instruere ham eller endre hans avgjørelser»:

⁸⁸² NOU 1974:43 s. 31—32.

⁸⁸³ NOU 1974:43 s. 47.

⁸⁸⁴ Se Prop. 133 L (2020-2021) s. 483 som reflekterer eksplisitt over denne begrepsbruken og skriver at begrepet «... delegering i praksis blitt benyttet noe videre ...» enn et tradisjonelt begrep, «... ved at det også er blitt anvendt ved spørsmål om tildeling av myndighet til private. ... Delegering innebærer dermed at oppgaven overlates eller legges til den private tjenesteyteren.»

⁸⁸⁵ Se Prop. 133 L (2020-2021) s. 483 flg..

⁸⁸⁶ Se Kommunal- og distriktsdepartementet: *Høringsnotat, Særlovjennomgang for å sikre at oppgaver til kommuner og fylkeskommuner tildeles i lover og forskrifter. Oppfølging av kommuneloven § 2-1.*, 2023 s. 8: «I denne gjennomgangen skiller det mellom begrepene delegering av oppgaver og oppgavetildeling i lov eller forskrift. Ved delegering tildeles oppgaven normalt fra overordnet til underordnet organ, og overordnet organ kan instruere underordnet organ om hvordan oppgaven skal utøves.»

⁸⁸⁷ Se kapittel 6 punkt 6.5.4.

eiendomsforvaltning eller organisere brannvesen i vertskommunesamarbeid.⁸⁸⁸ Den samme konklusjonen kunne imidlertid nås ved å si at eiendomsforvaltning ikke er et offentlig ansvar, og vertskommunesamarbeid om brannvesen er eksplisitt hjemlet. Og motsatt: Det er ikke åpenbart at norske kommuner fritt kan organisere brannvesenet sitt, for eksempel ved å sette det ut til private konsulenter.⁸⁸⁹ Et annet eksempel er at man aksepterer at private aktører kan håndtere introduksjonsprogrammet for asylsøkere *fordi* kommunen treffer det endelige vedtaket.⁸⁹⁰

I begge disse tilfellene vil imidlertid et naturlig spørsmål være: *Hvorfor* er delegeringsperspektivet på de aktuelle spørsmålene lite treffende? Hvilke problemstillinger er uten betydning, og hvorfor er ikke argumentene delegeringsbegrepet gir grunnlag for, relevante?

Interessant nok gjør forfattere som er eksplisitt *kritiske til* et utvidet delegeringsbegrep, substansielle vurderinger som ligner på dem delegeringsbegrepet gir normativt grunnlag for. I forarbeidene til helsepersonelloven ser man dette tydelig, da både NOUen og departementet unngår å kalle oppgaveoverføring til annet helsepersonell for 'delegering'. Likevel vurderes spørsmålet helt analogt til delegering.⁸⁹¹ Ohnstad og Befrings kommentarutgave til helsepersonelloven § 5 er kritiske til å bruke uttrykket delegering, men alle kravene man vanligvis stiller til delegeringer, forutsettes likevel: Forfatterne forutsetter at bruk av medhjelper krever at «... man selv har [de] bestemte kvalifikasjoner ...» og i tråd med det loven uttrykker, at medhjelper er «... underlagt instruksjon og annet overoppsyn ...», samt at helsepersonellet selv blir ansvarlig for feil som begås av medhjelperen.⁸⁹² Alle disse forutsetningene sammenfaller med de krav man vanligvis stiller for en delegering. Et

⁸⁸⁸ Se Prop. 46 L (2017-2018) s. 66—67.

⁸⁸⁹ Forarbeidene åpner for en begrenset bruk av «... konsulenttjenester dersom kommunens brannvesen midlertidig mangler kompetanse eller kapasitet» i det «... forebyggende arbeidet ...», se Ot.prp. nr. 28 (2001-2002) *Om lov om vern mot brann, eksplosjon og ulykker med farlig stoff og om brannvesenets redningsoppgaver (brann- og eksplosjonsvernloven) og om endringer i arbeidsmiljøloven* s. 43.

⁸⁹⁰ Se Arbeids- og inkluderingsdepartementet: *Timeføring i NIR før vedtak om rett og plikt til norsk er fattet, fritaksgrunner og adgang til delegering til private*, ref. 200601261-/HEG, 2006, som hadde konferert med lovavdelingen.

⁸⁹¹ NOU 1993:33 *Helsepersonells rettigheter og plikter* s. 62: «Siden den oppgavefordeling og -tildeling som skjer innen helsetjenesten har en del likhetstrekk med kompetansetildeling, vil prinsippene for oppgaveoverføringer i den videre fremstilling bli vurdert i lys av delegasjonsreglene i forvaltningsretten». Tilsvarende Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) *Om lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)* s. 48 flg. Termen delegering brukes også av flere høringsinstanser, og senest også i Ekspertutvalget for gjennomgang av allmennlegetjenesten: *Gjennomgang av allmennlegetjenesten*, 2023 s. 210.

⁸⁹² Befring og Ohnstad: *Helsepersonelloven, kommentarutgave*, Fagbokforlaget, 2019 s. 64 og 66.

siste eksempel gir NOU 2004:18, som forutsetter at journalføring kan «delegeres til andre».⁸⁹³

Hvorfor bruker man et bredt delegeringsbegrep, til tross for at man pretenderer å ta avstand fra begrepet samtidig? Et plausibelt svar er nok at argumentene som har betydning, er relativt like. Delegeringsbegrepet fungerer derfor godt, selv om det naturligvis må nyanseres, slik jeg også har til hensikt å gjøre senere i avhandlingen.

Andre forfattere har også pekt på at det ikke gir mening å begrense diskusjoner om delegering til avgjørelsesmyndighet.⁸⁹⁴ Opsahl antar også i sine drøftelser av delegering at det ikke er «... mulig å skille prinsipielt mellom avgjørelsesmyndighet og iverksettelse av avgjørelser ...».⁸⁹⁵ Frihagen antar at det er «... en glidende overgang ...» som innebærer at skranker for delegasjon «... ikke bare ...» vil gjelde «... når det treffes enkeltvedtak og gis forskrifter.»⁸⁹⁶ Det samme gjør andre forfattere og kilder.⁸⁹⁷

Som mangfoldet av eksempler viser skaper det i alle fall ikke store problemer å bruke et utvidet delegeringsbegrep. Tvert om gir samtlige eksempler interessante perspektiver på de

⁸⁹³ Et annet eksempel er NOU 2004:18 *Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene: Samordning og samhandling i kommunale sosial- og helsetjenester* s. 79 flg. som skriver følgende om bruk av medhjelpere for å innfri journalføringsplikten: «Selve journalføringen [en plikt til å gjøre noe] kan delegeres til andre, enten til annet helsepersonell eller til andre medhjelpere. Den som delegerer dokumentasjonsoppgaven, har fortsatt ansvaret for at dokumentasjonsplikten overholdes og må sørge for å kontrollere journalen og de nedtegnelser som er gjort hvis dette anses nødvendig»

⁸⁹⁴ Se for øvrig, riktignok i en annen kontekst, NUT 1958:8 *Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar* s. 16: «... sontringen mellom myndighetsakter og faktiske handlinger i det praktiske liv er så vanskelig å operere med at den lett kan lede til resultater, som vil fremtre som vilkårlige og urimelige. Man vil heller ikke unnlate å gjøre oppmerksom på at det under de fellesnordiske drøftelser som har funnet sted på nærværende område, har vært samstemmighet om at sontringen er uhensiktsmessig, og mere skikket til å skape forvirring enn klarhet». Som jeg kommer tilbake til i kapittel 6 punkt 6.5 vil offentlige ansvarsoppgaver utløse særlige retningslinjer for erstatningsansvar som harmonerer med et delegeringsperspektiv.

⁸⁹⁵ Opsahl 1963 s. 11.33. Han forutsetter også at «Tvangsutøvelse er en tredje gruppe av handlinger på det offentliges vegne» som er en del av hans begrep om offentlig myndighet, se Opsahl 1963 s. 1.11.

⁸⁹⁶ Frihagen 1991 s. 28, se generelt også omtalen av ulike typer aspekter ved forvaltningens virksomhet på s. 220 flg.

⁸⁹⁷ Se SOMB-1966-14 om å uttale seg på forvaltningsorganets vegne, JDLOV-1991-70 om tildeling av kontrolloppgaver, JDLOV-1991-1413, om undersøkelser etter barnevernsloven. Frihagen 1991 drøfter grensene for delegering av saksbehandlingsplikter, . Se også Bjella: «Samarbeid mellom kommuner og fylkeskommuner», *Vedlegg 2 til NOU 1990:13*, 1990, s. 454—69 som drøfter spørsmålet om «... kommunelova gjev kommunane ein generell heimel til å organisere arbeidsoppgåvene fritt, eller om det krevst særleg heimel for dei einskilde organisasjonsformane.» på s. 456 flg. Se også Smith 1979 s. 525, om «... delegasjonskompetansen ... ved prosessledende avgjørelser i forbindelse med utøving av forvaltningsmyndighet.» Bjerkan 2019 s. 297: «Grensen mellom utkontraktering av tjenester og delegasjon av myndighetsutøvelse, forstått som normeringskompetanse, kan i praksis være vanskelig å trekke.»

spørsmål som tas opp, og ofte kan det se ut til at delegeringsbegrepet former fruktbare problemstillinger og argumenter for å håndtere dem.

4.2.6 Oppsummering

Jeg innledet kapittelet med en presisering av at det delegeringsbegrepet man har hatt i rettsvitenskapen har forutsatt et begrep om organisering som fordeling av kompetanser. Begrepets blindsoner har i noen grad blitt løst på lite tilfredsstillende vis av et instrumentelt begrep om organisering, som særlig stammer fra økonomisk orientert tenkning. En kritisk vurdering av disse begrepene gjør det nødvendig å utvikle et mer nyansert begrep, som både er bredere og anerkjenner at organisering er et komplekst spørsmål.

Jeg begynte begrepsbygningen ved å argumentere for at delegeringsbegrepet normalt er relevant for *enhver* delegering av *offentlig ansvar*, ikke bare for delegering av kompetanse. Deretter viste jeg at et slikt begrep også brukes i praksis, på måter som ga gode løsninger.

Konklusjonen er derfor at man kan og bør ha et begrep om delegering som tildeling av ansvar eller oppgaver. Delegering er enhver tildeling av ansvar fra et organ til et annet. Delegering av tillatelser eller kompetanser kan være midler for å løse oppgaven eller innfri ansvaret. Begrepet er en teoretisk eller begrepsmessig konklusjon, ikke en påstand om «gjeldende rett». Samtidig har det åpenbart substansielle og vesentlige rettslige konsekvenser å tenke om delegering på denne måten. Det formalistiske og instrumentelle begrepet var for eksempel forutsetningen for fremstillingen av den ulovfestede delegeringslærens omfang, som jeg kommer tilbake til nedenfor i punkt 4.5.3.

Hvis delegeringsbegrepet utvides og også forstås som en tildeling av en *oppgave* eller et *ansvar* oppstår imidlertid nye spørsmål om hva en slik begrepsliggjøring innebærer. Som beskrevet i teorikapittelet har begrepet særlig å gjøre med å opprettholde hierarkiske strukturer gjennom demokratisk forankring og faglig forsvarlighet. Samtidig må viktige nyanser og økt kompleksitet tilføres i resten av kapittelet og senere i avhandlingen. Hvorvidt det delegerende organ kan *overlate ansvar* til andre diskuteres i kapittel 6. I hvilken utstrekning det delegerende organ får et ansvar for å styre og kontrollere delegater diskuteres i kapittel 7. Videre må man ha rettslig grunnlag for å delegere, som diskuteres i kapittel 5. Formålet med å utvide delegeringsbegrepet er å gjøre det mulig å diskutere en

større bredde av problemstillinger under en felles innfallsvinkel. Begrepet kan i sin tur reise spørsmål om det er grunnlag for å endre både problemformuleringer og – som en følge derav – oppfatninger av hvilke argumenter og krav som gjelder på områder som ikke tidligere har vært diskutert under en ‘delegeringsrettsligæ innfallsvinkel. Diskusjonen i det foregående avsnittet indikerer at man i praksis allerede har operert med et utvidet delegeringsbegrep, som det kan være gode grunner til.

4.3 Begrepet personell hjemmel og det personelle hjemmelskravet

4.3.1 Personell hjemmel som svar på det personelle spørsmål

Det første elementet i den videre utviklingen av delegeringsbegrepet, blir å knytte det utvidede delegeringsbegrepet til behandlingen av det personelle spørsmål innenfor forvaltningsretten generelt. Det utvidede delegeringsbegrepet gir grunnlag for å si at de problemstillingene som oppstår for delegering og organisering *av kompetanse*, i noen grad kan *generaliseres*. Konklusjonen ovenfor i 4.2 var blant annet at organiseringen av *kompetanse* har fellestrekk med organiseringen av *andre deler av forvaltningens virksomhet*, i den forstand at organiseringen av offentlige ansvarsoppgaver er et normativt betydningsfullt spørsmål der hensynene til faglig forsvarlighet og demokratisk legitimitet gjør seg gjeldende. Betydningen gjelder i noen grad uavhengig av hvilken av de rettslige posisjonene det er snakk om.

Spørsmålet blir dermed: Hvis delegering av kompetanse skaper personell kompetanse, hva skaper delegering av ansvar, tvangsmyndighet, saksbehandlingsoppgaver (og så videre)? Med andre ord, hvis delegering er enhver tildeling av ansvar fra et organ til et annet, hvordan kan man begrepsliggjøre *virkingen* av denne tildelingen av ansvar?

En av virkningene kan man fange gjennom begrepet *personell hjemmel*.⁸⁹⁸ Personell kompetanse betyr å være den rette personen eller organet til å kunne treffe en beslutning. Å ha personell hjemmel er et mer generelt begrep som beskriver det å være rette person/organ til å kunne utnytte/gjøre bruk av en rettsstilling, enten dette er kompetanse, tillatelse, eller ansvar.⁸⁹⁹ «Personell» er altså en måte å markere at man sikter til *hvem*. *Personell hjemmel*

⁸⁹⁸ Andre virkninger omtales i kapittel 6 og 7.

⁸⁹⁹ Ordet rettsstilling kunne vært erstattet med rettslig posisjon. Rettsstilling er mer utbredt i Norge, så jeg velger dette ordet. Alle rettslige normer, inkludert kompetanse, innebærer å ha en status som kvalifisert av en norm. Se

er derfor det generelle svaret på det personelle problem: «... *hvem* som skal gjøre hva ...».⁹⁰⁰ Forutsetningen er at *det offentlige som sådan* har en rettsposisjon med et *ansvar* og *eventuelt* tilhørende *kompetanser* eller *tillatelser*.⁹⁰¹ Det personelle problemet angår *hvem* innenfor det offentlige som har ansvaret og kan bruke tillatelsene eller kompetansene.⁹⁰²

Forutsetningen er derfor at personell hjemmel generelt forutsetter at *noen opptrer på vegne av det offentlige*. Det må altså være snakk om et *representasjonsforhold*. Jeg vil for eksempel ikke si at jeg har «personell hjemmel» til å binde meg selv til en kontrakt, og en privat utbygger som har en tillatelse (konsesjon) til å bygge vindkraft bruker ikke en tillatelse på det offentlige vegne. Om noen opptrer på det offentlige vegne beror på om det *finnes et offentlig organ som har ansvar for noe*, og det ansvarlige organ har *tildelt dette ansvaret* til den aktuelle delegaten.⁹⁰³ Om det finnes et offentlig ansvar er et tolkningsspørsmål, og om dette har blitt tildelt en bestemt delegat, er et bevis- og et tolkningsspørsmål (finnes det en delegering, og hva inneholder den?). Disse utdyper jeg i noen grad nedenfor. Det er imidlertid et *materielt forvaltningsrettslig (og derfor politisk) spørsmål* hva som er et offentlig ansvar, og slik sett noe som beror på hva Stortinget har fastsatt.⁹⁰⁴

Det er viktig å gjenta at delegering forstått på denne måten *ikke innebærer å overlate ansvar*. Det delegerende organ *bevarer* ansvaret hvis delegaten misligholder ansvaret. Delegatens opptreden er *det delegerende organs ansvar*, som jeg utdyper i kapittel 6 og 7. Poenget er at en annen aktør får mulighet til å *innfri ansvaret på det delegerende organs vegne*. Det er derfor nødvendig å nansere *ansvarsbegrepet*.

definisjonen til Spaak: «Explicating the Concept of Legal Competence.» i Jaap C. Hage, Dietmar von der Pfordten red.: *Concepts in Law*, Springer, 2009, s. 67—80, s. 78: «A person, p, has the competence in regard to a legal position, LP, if, and only if, there is a C-act, a, such that it depends for its legal effect on having been performed with an (actual or imputed) intent to bring about the relevant legal effect, and a situation, S, such that if p in S performs a, and thus goes about it in the right way, p will, through a, change LP.»

⁹⁰⁰ Sitert fra Opsahls definisjon av trinnfølgeprinsippet, Opsahl 1965 s. 25.

⁹⁰¹ Dette 'personelle' spørsmålet — hvem normene angår — er noe man generelt må avgjøre for alle normer, se nærmere Sundby 1974 s. 78, se også note 1041 om omtale av hjemmelsspørsmålets personelle side.

⁹⁰² Prinsipielt sett betyr dette at man også får et personelt spørsmål om *hvem* som kan utnytte immunitet i Hohfelds skjema. Dette er noen ganger men sjelden tvilsomt. Et eksempel på at problemet kan oppstå gir NOU 1993:33 s. 63 om fagpersoners selvstendige autonomi og delegering. Ved bruk av medhjelper blir for eksempel spørsmål om medhjelperens egentlig overordnede (sjef på et sykehus) kan instruere medhjelperen som opptrer, for eksempel på en leges vegne. Dette kan betraktes som en situasjon der man må vurdere delegering av immunitet.

⁹⁰³ Diskusjonen om hvem som har forvaltningsansvar beror på nærmere diskusjoner i kapittel 6 og 7.

⁹⁰⁴ Se nærmere nedenfor i 4.3.4.

Å ha et ansvar, er å ha en *plikt* til å skulle løse en oppgave (forstått som å skulle handle eller unnlate å handle). Enhver plikt forutsetter samtidig et *pliktsubjekt*, som vil si den eller de plikten gjelder for. Man kan imidlertid skille mellom hvem som skal *gjøre* det plikten foreskriver, og hvem som er *ansvarlig og sanksjoneres* hvis det plikten foreskriver *ikke gjøres*. Jeg kaller dette forskjellen på å være aktivt og passivt pliktsubjekt for en plikt.⁹⁰⁵

Vanligvis vil den som må handle eller unnlate å handle være samme personen som den ansvarlige, og som derfor møter sanksjoner eller kritikk hvis plikten ikke innfris. Den skattepliktige og den som betaler skatt vil for eksempel vanligvis være samme person. Aktivt og passivt subjekt sammenfaller i slike tilfeller. Men det aktive og passive subjektet kan også være forskjellige subjekter. Spesielt typisk er dette for upersonlige rettssubjekter som forvaltningen, der forvaltningsorganet er passivt subjekt, mens alle organets ansatte er aktive subjekter. Videre må det også være klart at hvem som er aktivt subjekt i noen tilfeller kan *forandres*, blant annet ved hjelp av delegering.

Å delegere ansvar må dermed bety å *tildele andre en status som aktivt pliktsubjekt* for et ansvar som man *selv er passivt pliktsubjekt for*. Distinksjonen er analog til begrepet om kontraktsmedhjelpere i privatretten.⁹⁰⁶ Virkningen av en slik delegering er altså at delegaten blir gitt muligheten til å innfri plikten til det delegerende organet.

En slik virkning er noe *fordelaktig* (og passer derfor sammen med tildeling av kompetanse og tillatelser) fordi delegaten ikke må være *passivt* pliktsubjekt. Den kan altså prinsipielt sett velge om den vil innfri delegatens plikt eller ikke, på samme måte som man kan velge om man vil bruke en kompetanse eller en tillatelse, uten å risikere noen sanksjon. Denne begrepsliggjøringen skaper slik sett ikke noe brudd med antakelsen om at delegering ikke utgjør et 'inngrep' overfor delegaten.⁹⁰⁷ Delegering gir *makt* eller *økt frihet*. At delegering ikke i seg selv innebærer å tildele det delegerende organ noen instruksjonsmyndighet overfor delegaten, begrunner jeg nærmere i kapittel 7 punkt 7.5.3.3.

⁹⁰⁵ Dette utdypes i kapittel 6 punkt 6.1.3.

⁹⁰⁶ Adgangen til å bruke kontraktsmedhjelper er et spørsmål i privatretten, mens ansvaret for å eventuelt ha gjort det er et annet spørsmål. For det offentlige kommer jeg særlig tilbake til i kapittel 6 punkt 6.5.7.

⁹⁰⁷ Derimot vil det naturligvis ofte være snakk om å delegere *samtidig som* man pålegger plikt. Men pålegget kan da rent formelt (men ikke i praksis), skilles fra delegeringen, se også omtalen i Backer 1978 s. 157.

Oppsummeringsvis bør derfor delegering forstås som en *tildeling av personell hjemmel til å innfri et ansvar på det delegerende organs vegne*. Den personelle hjemmelen kan i tillegg omfatte *myndighet*, altså personell kompetanse eller personell tillatelse. Begrepet om personell hjemmel gir derfor en mer adekvat beskrivelse av hvordan man bør tenke om organisering som fordeling av rettsposisjoner — selv om dette som nevnt ovenfor i punkt 4.2.2 også er for snevert og formalistisk.

4.3.2 Kort om virkningene av mangel på ulike typer personell hjemmel

Formalismen er en konsekvens av at begrepet om personell hjemmel skal passe inn i juridiske styringsstrukturer. Problemet med formalismen må derfor ivaretas på annen måte, som jeg kommer tilbake til. Begrepets formål er å gi uttrykk for de formelle juridiske virkningene av at delegering av ansvar eller myndighet ikke har skjedd i et tilfelle der noen har pretendert å ivareta et offentlig ansvar eller utøvd myndighet.

Hva er disse virkningene? Personell kompetansemangel kan lede til ugyldighet,⁹⁰⁸ og vil normalt ikke oppheves av en særskilt gyldighetsnorm, om man bruker Engs terminologi.⁹⁰⁹ Mangelen grovhet har betydning.⁹¹⁰ Mangel på personell tillatelse vil derimot lede til at personen som bruker tvang eller tar seg inn på en virksomhets eiendom for å føre tilsyn, krenker straffelovens regler uten å være fritatt fra straff.⁹¹¹ Mangelen på personell hjemmel betyr at tillatelsen (som det offentlige som sådan har) *ikke er virksom for akkurat denne personen*.⁹¹² Vedkommende vil dermed ha handlet ulovlig.

Det er i den forbindelse grunn til å merke at det går en grense mellom (for eksempel) en politimann som bruker vold og makt for å holde ro og orden, og en vekter som gjør det samme. Politimannen vil eventuelt gå ut over grensene for sin kompetanse og kan straffes for tjenestefeil jf. strl. § 171. Forutsatt at nødverge er uaktuelt, så kan

⁹⁰⁸ Se f.eks. Smith 2022 s. 484, og Tøssebro 2021 s. 274—275. Av forvaltningslovutvalget ble det forutsatt at saklig eller stedlig inkompetanse (altså fravær av personell kompetanse), «... alltid må føre til opphevelse.», se NUT 1958:3 s. 298.

⁹⁰⁹ Se Eng 1990 s. 653—654.

⁹¹⁰ Dette er et omdiskutert spørsmål. Det er imidlertid klart at ugyldighet ikke må bli følgen, se bl.a. Rt. 2002 s. 683 (*Vassøy-Canning*) s. 690 der Høyesterett konstaterer personell mangel og avviser å gå inn i en innvirkningsvurdering. Motsatt Rt. 1990 s. 1001 (*Ikke forelagt formannsskapet*) s. 1007 om manglende samtykke ved samlet vedtak, der Høyesterett uttrykker at det ikke er «... gitt at bestemmelsen skal legges til grunn på alle områder og uavhengig av hvilke feil som er begått.», selv om følgen ble ugyldighet uten innvirkningsvurdering der, og Rt. 2004 s. 76 (*Rektors oppsigelse*) avsnitt 55 der personell mangel underlegges en innvirkningsvurdering

⁹¹¹ Så lenge ikke personelt-ubegrensede rettsgrunnlag som nødrett kommer til anvendelse.

⁹¹² Dette kan også sies å følge av lex-superior-prinsippet.

derimot vekteren i prinsippet straffes for å «... foreta handlinger som bare kan utøves av offentlige tjenestemenn ...» jf. strl. § 164.

Delegering av oppgaver vil kunne ha ulike konsekvenser, avhengig av hvilken oppgave det er snakk om.⁹¹³ Det er alltid det *passive* subjektet som rammes av eller har ansvar for pliktbruddet. Hvis feil organ forsøker å ivareta ansvaret vil derfor virkningen vanligvis være at ansvaret ikke blir innfridd. Pliktbruddet kan i så fall ha direkte konsekvenser hvis det finnes sanksjonsnormer, og for eksempel få betydning ved vurdering av erstatningsansvar som følge av at pliktbruddet har påført noen skade.⁹¹⁴ Hvis saksbehandlingsplikter ikke er innfridd på grunn av personell hjemmelsmangel, kan konsekvensen være at saksbehandlingsskrittet ikke anses gjennomført.⁹¹⁵ Konsekvensen blir prosessuell feil ved vedtaket, som kan lede til ugyldighet og/eller erstatningsansvar.

Disse begrepene gir muligheten for å skille mellom en *personell hjemmelskjede* på samme måte som man snakker om en *materiell hjemmelskjede*.⁹¹⁶ Den materielle hjemmelskjeden gir svar på om det offentlige som sådan er kvalifisert til å gjøre noe, eller er pålagt å gjøre noe.⁹¹⁷ Den personelle hjemmelskjeden gir svar på *hvem* som spesifikt er kvalifisert til å gjøre noe, eller kan innfri pålegget om at det offentlige skal gjøre noe.⁹¹⁸ Mens materielle hjemmelskjeder typisk vil bestå av Grunnlov, lov, og diverse forskrifter, vil den personelle typisk bestå av Grunnlov, lov og diverse delegeringer. Poenget er at det offentlige som sådan har materiell hjemmel, mens den enkelte tjenesteperson eller virksomhet har personell hjemmel.⁹¹⁹ Det er ulike spørsmål, men begge spørsmål om hjemmel, noe som er viktig fordi de begge handler om tolkning.

⁹¹³ Et godt eksempel er refusjonsordningen i helsetjenesten, hvor bare autorisert helsepersonell kan kreve refusjon. Man foreslår utvidet hvem som kan foreta ulike oppgaver i Ekspertutvalget for gjennomgang av allmennlegetjenesten 2023 s. 14, for å bøte på legemangel.

⁹¹⁴ Se nærmere i kapittel 7.

⁹¹⁵ Se bl.a. rettspraksis på dette punkt, som beskrives nedenfor under 4.4.

⁹¹⁶ Dette innebærer ingen implikasjon av det Christensen: *Forvaltningsret*, Jurist og økonomiforbundets forlag, 1997 s. 299 ønsker å unngå, altså at «... adressaten for loven eller anordningens oppgavetildeling egentlig selv burde utføre oppgaven ...».

⁹¹⁷ Se f.eks. Bernt: «Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett — noen prinsipielle betraktninger», *Jussens Venner*, 1983, s. 119—35 s. 120, og tilsvarende Smith: «'Legalitetsprinsippet' på ny», *ibid.*, 1982, s. 207—31 s. 229.

⁹¹⁸ Relativt få forfattere går inn på hvordan delegeringer bør tolkes (enten i lovs- eller vedtaksform). Se imidlertid Frihagen 1973 s. 57 flg. sin behandling av formkrav, som i alle fall går inn på hvorfor det er behov for å faktisk vedta delegeringer. Noen av spørsmålene, fra en statsrettslig vinkel, behandles av Opsahl 1965 s. 357 flg.

⁹¹⁹ Hjemmelsbegrepet brukes også om samme spørsmål av Eng 1990 s. 655—656, og Graver 2019 s. 553.

4.3.3 Et krav om personell hjemmel?

Utviklingen av begrepet om personell hjemmel gir anledning til å formulere en dogmatisk problemstilling. Jeg går derfor videre fra det begrepsmessige, til spørsmål om hvilke alminnelige regler som gjelder for delegering.

Spørsmålet er: Gjelder det en alminnelig regel om at den som skal ha og innfri et offentlig ansvar, bruke en heteronom kompetanse og/eller handle på bakgrunn av en tillatelse, må være utpekt som rette vedkommende til å opptre som den rette? Med andre ord, må personen ha personell hjemmel? Spørsmålet er ikke stilt før, slik at svaret er uklart (og åpent), men i vurdering av rettskildene kan man hente støtte fra implisitte forutsetninger. Med begrepet *hjemmel* mener jeg ikke å forutsette at det gjelder et krav om hjemmel *i lov*, eller lignende. Det personelle hjemmelskravet er ikke en del av legalitetsprinsippet, se nedenfor i 4.3.4. Samtidig hører det sammen med spørsmål om hjemmel, se 4.5.1.

Med *hjemmel* mener jeg foreløpig bare et rettslig grunnlag i uspesifisert forstand, og uten formkrav. Kravets innhold er et annet spørsmål enn eksistensen av kravet, og siden spørsmålet ikke har blitt stilt før vil spørsmålet måtte besvares med usikkerhet.⁹²⁰ Personell hjemmel kan i utgangspunktet tildeles ved lov, delegering eller annet rettsgrunnlag. Tolkning av personelle hjemler vil dermed være tolkning av lov, delegeringsvedtak, eller annet rettsgrunnlag.⁹²¹ Nedenfor i punkt 4.4 forsøker jeg å oppstille retningslinjer for denne tolkningen. Hva kan da begrunne et krav om personell hjemmel?

Et sentralt argument er at kravet om personell hjemmel innebærer at de organene som skal ivareta et offentlig ansvar (og eventuelt må bruke særskilt tillatelse eller kompetanse til å ivareta et slikt ansvar) bør bli *autorisert* til gjennom et vedtak fra Stortinget, en delegering, eller et annet tilstrekkelig rettslig grunnlag. Slik prosess vil sikre *demokratisk forankring* for de som ivaretar offentlige ansvarsoppgaver. Så lenge autoriseringen må skje ved hjelp av delegering så sikrer de alminnelige delegeringsreglene at viktige hensyn ivaretas, og helt overordnet at utføringen av offentlige ansvarsoppgaver *organiseres forsvarlig, som utgangspunkt innenfor hierarkiske rammer*. Flere av de samme argumentene som kan

⁹²⁰ Sml. Opsahl 1962 s. 378: om legalitetsprinsippet, og at det er «... enighet om at noe må ha hjemmel i et eller annet.»

⁹²¹ Skjer tildelingen direkte i lov omtales det ofte som en originær kompetansetildeling, sml. Graver 2019 s. 199..

anføres til støtte for å begripe organisering som noe mer sammensatt og komplekst er derfor overførbare til diskusjonen her.

Det er også litt vanskelig å se for seg hva som ville være konsekvensene av å anta at det er hvem som *ikke* har personell hjemmel som må begrunnes. For bruk av tillatelser hadde dette ledet til at lovgivningen måtte avgrense alle de som *ikke* ble gitt tillatelsen.⁹²² Ansettelse i staten er heller ingen måte å avgrense på, fordi det er mulig å delegere til private.⁹²³ Og statsansatte er også privatpersoner når de er ferdig på jobb.⁹²⁴ I motsetning til ved det materielle hjemmelskravet er det også mindre behov for å trekke grenser nedover, se like nedenfor i 4.3.4.

Utgangspunktet om at personell hjemmel er et krav, og derfor at det er tildelingen av personell hjemmel som må foretas (og ikke avgrensningen), underbygges også av tunge styringshensyn. Det er langt mer sannsynlig at overordnede organer vil være i stand til å styre og organisere lavere nivåer på en forsvarlig måte, hvis det er tillatelsen til å opptre på de overordnedes vegne som må begrunnes. Som jeg kommer tilbake til nedenfor finnes det av den grunn også en rekke ulike autorisasjonsprosedyrer eller mekanismer for utvelgelse av hvem som kan gjøre hva.

Det motsatte ville bety kaos: at alle i det offentlige kan gjøre alt, alltid, som utgangspunkt. Jeg tror det normalt er et lite hensiktsmessig utgangspunkt å ta. Universitetsansatte er del av staten, men kan ikke bruke tvangsmakt som politi overfor studenter, eller forsøke å få oversendt klager og deretter påta seg ansvaret som klageorgan for vedtak fra et annet offentlig organ. Som jeg kommer tilbake til nedenfor finnes det en rekke ulike måter å peke ut hvem som skal ha et ansvar, en oppgave eller en tillatelse, se 4.4.1. Det finnes derimot færre eksempler på det motsatte.

⁹²² Dette hadde også skapt store problemer i relasjon til straffebudet om ulovhjemlet myndighetsutøvelse, jf. strl. § 164. Bestemmelsen sier at den som «ulovhjemlet utøver offentlig myndighet» eller som foretar handlinger som bare kan utøves av offentlige tjenestemenn» kan straffes. Her menes imidlertid ikke tilfeller der tjenestepersoner går ut over egen (materiell) kompetanse, som rammes av strl. §§ 171—173. Det er altså *personelt* ulovhjemlet utøvelse av offentlig myndighet bestemmelsen spesifikt ønsker å ramme.

⁹²³ Det kan også bemerkes at man i forarbeidene til straffeloven omtaler kravet om tilknytning for *foretaksstraff* som et spørsmål om personer har «positiv hjemmel» for å identifiseres med foretaket (etter inspirasjon fra Matningsdals kommentar til straffeloven), se Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) *Om lov om straff (straffeloven)* s. 431—432. Jeg omtaler forholdet mellom delegering og foretaksstraff kortfattet i kapittel 6 punkt 6.6.

⁹²⁴ Se, illustrerende nok, Rt. 1992 s. 682 (*Kjøre blått*).

Jeg mener også at det er vanskelig å lese lovgivning om organisering uten å forutsette et krav til personell hjemmel.⁹²⁵ Regulering av hvilke organer som har ansvar for noe skjer vanligvis nettopp ved å *fastsette* at noen har et ansvar, heller enn det motsatte.⁹²⁶ Det samme gjelder ved tillatelser.⁹²⁷ Jeg tror Stortinget antar at når de fastsetter en plikt for staten til å levere tjenester, foreta saksbehandling, eller muligheter til å utnytte en tillatelse, så mener de ikke at enhver kan innfri ansvaret eller bruke tillatelsen. I motsatt fall åpner man for en vesentlig *ansvarspulverisering*. At lovgiver oppfatter saken slik tror jeg gjør at det er mindre betenkelig å anerkjenne et krav om personell hjemmel. Konsekvensene reduseres også av at delegeringsadgangen er såpass vid, jf. kapittel 5. Høyesterett har også forutsatt et krav om personell hjemmel i flere enkelttilfeller, se nedenfor i 4.4.

At hvem som er autorisert til å opptre på det offentlige vegne er viktig blir også svært viktig når man er oppmerksom på muligheten for *legitimasjonsvirkninger*. Løse rammer rundt hvem som er autorisert vil skape vanskeligheter for borgerens mulighet til å vurdere hvem som er autorisert til å forplikte det offentlige.⁹²⁸ Det samme gjelder motsatt, hvis forvaltningen bruker samtykke som (materielt) rettslig grunnlag. Borgeren vil ikke i slike tilfeller samtykke til at *hele staten* eller *hele kommunen* for eksempel får anledning til å ta seg inn på vedkommendes eiendom — hvilket jo også ville fulgt av et privatrettslig synspunkt, hvor borgerens samtykke må tolkes.

Også ved erstatningsrettslige vurderinger, som jeg kommer tilbake til i kapittel 6 punkt 6.5 gir det personelle hjemmelskravet mening. Som utdypes der vil det offentlige i stor utstrekning hefte for sine delegater, altså dem som ivaretar et offentlig ansvar på vegne av det offentlige. Å kreve at personer må autoriseres til å ha personell hjemmel er derfor en

⁹²⁵ Se eksempler på tildeling av oppgaver, i politiloven §§ 2, 15 og 17b, konkurranseloven § 9 tolloven § 4-1 (opphevet), lov om handelskikk i dagligvare § 11, bredbåndsutbyggingsloven § 21. I en del tilfeller angis det også at departementet særskilt kan bestemme hvem som har ulike oppgaver etter loven, se f.eks. markaloven § 3, vannressursloven § 64, utlendingsloven § 75, og i andre tilfeller tillegges underordnet etat mulighet til å delegerer sine oppgaver eller sitt ansvar, som i ekomloven §§ 5-3 og 7-1 (3).

⁹²⁶ Et illustrerende eksempel er kulturminneloven § 28 som legger til departementet å fordele myndighet og ansvar etter loven, som er gjort i Forskrift om fastsetting av myndighet mv. etter kulturminneloven. Se f.eks. også brann- og eksplosjonsvernloven § 31, havne- og farvannsloven § 37, tolloven § 1-5, postloven § 33 som gir myndighet til Posten Norge AS til å pålegge andre en tilsvarende oppgave.

⁹²⁷ Se for eksempel tillatelsene til å foreta stedlig tilsyn i naturmangfoldsloven §§ 62 og 63, jernbaneloven § 11, taubaneloven § 12 om tilsynsmyndighet. Et eksempel på særskilt regulering gir også postloven § 42 som angir at myndigheten etter loven skal føre tilsyn og at «myndigheten kan nytte bistand fra andre ved utførelsen av tilsynet ...».

⁹²⁸ Hoel 2011 s. 163. Hoel går på dette punktet for langt når han argumenterer for at «... det normalt må legges til grunn at kommunen blir bundet når representanten disponerer innenfor kompetanse vedkommende kan tildeles.»

måte å begrense et (ellers svært omfattende) ansvar på.⁹²⁹ Argumentet gjelder imidlertid ikke bare erstatningsrettslig ansvar. Forvaltningen er underlagt flere ansvarsformer, som utdypes i kapittel 7. Det ville vært dypt betenkelig hvis organer som har et overordnet ansvar (og er passivt pliktsubjekt for ansvaret), fritt kan bestemme hvem som skal løse ansvaret uten å følge nærmere rettslige krav. Å så fall åpner man for ansvarspulverisering, uklare ansvarsforhold, og at viktige spørsmål faller mellom flere stoler. Disse momentene utdypes særlig i kapittel 6 og 7.

Tydelig organisering spiller også en rolle for borgeren. For eksempel kan personer være pålagt å gi beskjed til NAV om endringer i deres inntekt eller sivilstatus. Her har Trygderetten en «... fast praksis ...» om at «.. melding til feil organ ... ikke likestilles med at melding er gitt til korrekt organ.»⁹³⁰ Dette gjelder neppe som generelt prinsipp, og særlig der det er uklart hvem som er rett organ, må uklarheten i alle tilfeller komme borgeren til gode. Det samme må klart også gjelde straff etter strl. § 164.

Kravet om personell hjemmel reflekterer i større grad alvoret ved organisatoriske spørsmål. Vanligvis legger Stortinget (relativt) bevisst ansvar, oppgaver og tillatelser til *noen* og ikke *til andre*, fordi de som argumentert for er klar over at organisatoriske valg *er politiske valg*.

Oppsummeringsvis mener jeg derfor det er svært gode grunner til å anta at det gjelder en alminnelig regel om at organer som skal opptre på det offentliges vegne må ha personell hjemmel til å opptre på den måten. Jeg skal i de neste par avsnittene utdype noen spørsmål av betydning for hjemmelskravet. Det første spørsmålet handler om hva som kan være *grunnlag for personell hjemmel*. Tolkningen av ulike hjemler behandles nedenfor i 4.4. Først tar jeg imidlertid opp et særlig spørsmål om hva som kan tjene til grunnlag for personell hjemmel.

4.3.4 Grensen til anskaffelsesretten og anskaffelser som grunnlag for personell hjemmel?

Utgangspunktet om at man må ha rettslig et rettslig grunnlag for å kunne motta personell hjemmel kan møtes med en innvending: Finnes ikke rettslige grunnlaget i *kontrakten med det offentlige*? Kan man ikke si at autoriseringen av noen som representant for det offentlige skjer på slikt grunnlag?

⁹²⁹ Sml. særlig diskusjonen kapittel 6 punkt 6.5.5.

⁹³⁰ Se TRR-2010-399 (*Feil organ II*) med videre henvisning til tidligere saker, som selv viser tilbake til tidligere saker.

Som ble skissert i teorikapittelet vil særlig krav om *autorisering, ansvarliggjøring og faglig forsvarlighet* være vesentlige spørsmål ved delegering. Problemene kan enkelt skisseres som *hvem som* kan autoriseres, samt *hvordan* de holdes ansvarlig og man sikrer faglig forsvarlighet i den virksomheten som foretas. Anskaffelsesretten gir egentlig svar på samtlige av disse spørsmålene: Den som vinner en anbudskonkurranse kan autoriseres, og konkurransen i markedet sammen med kontrakten med det offentlige sikrer at aktøren holdes ansvarlig og opptreer faglig forsvarlig. Dette legges i ulike sammenhenger til grunn som *tilstrekkelige* krav til den virksomhet som foretas.⁹³¹ Spørsmålet blir da: Er disse mekanismene tilstrekkelige for å ivareta hensyn som kravet om personell hjemmel skal ivareta?

For å svare på dette må man først si noe om anskaffelsesregulenes anvendelsesområde. Som et grovt utgangspunkt kan man nemlig si at anskaffelsesretten slutter der forvaltningsretten begynner.⁹³² Dette vil jeg bare helt illustrere. Anskaffelsesretten må avgrenses som EØS-samarbeidet generelt mot utøving av offentlig myndighet, men dette begrepet er autonomt.⁹³³ På den ene siden inkluderer anskaffelsesretten dermed også det som i et forvaltningsrettslig perspektiv vil kunne anses som offentlig myndighetsutøvelse.⁹³⁴ Særlig,

⁹³¹ Se for eksempel NOU 2020:13, særlig s. 519 om tilrådingene, retningslinjene for anskaffelser i DiFi: *Veileder i anskaffelser av helse- og sosialtjenester*, 2018, og i til en viss grad for omtalen av delegering av saksforberedelse i NOU 2019:5 s. 221.

⁹³² I KOFA-2010-364 avsnitt 73 antar KOFA at visse barnevernstjenester faller utenfor mens i KOFA-2014-5 avsnitt 47 antas det samme å gjelde for botjenester med forbindelse til hol. kapittel 9, fordi bruk av tvang ikke var sannsynliggjort.

⁹³³ Se bl.a. Mathisen: *EØS-rett*, 4. utgave utg., Fagbokforlaget, 2022 s. 119 og C-160/08 (*Kommissjonen v. Tyskland*) avsnitt 73—74 om anskaffelse av ambulansetjenester. Se også C-436/20 (*ASADE (Opinion of Advocate General Medina)*) avsnitt 47: «... if the social services that are the subject of the contractual action agreements at issue were to be regarded as non-economic activities within the meaning of those Treaty provisions, those agreements would also be excluded from the scope of Directive 2014/24, since the latter may not extend the scope of the fundamental freedoms that it seeks to implement.» Tilsvarende Eriksen og Fredriksen: *Norges europeiske forvaltningsrett: EØS-avtalens krav til norske forvaltningsorganers organisering og saksbehandling*, Oslo, Universitetsforlaget, 2019 s. 24. Unntaket for offentlig myndighetsutøvelse tolkes snevert C-114/97 (*Kommissjonen v. Spania*) avsnitt 34, *Kommissjonen v. Tyskland* avsnitt 76, C-66/85 (*Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*) avsnitt 26. *Kommissjonen v. Tyskland* avsnitt 78—79, sml. *Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg* avsnitt 25.

⁹³⁴ Fra EU-domstolen kan nevnes at tillatelsen til å kjøre utrykningskjøretøy og avvike fra trafikkreglene, var ikke tilstrekkelig, se *Kommissjonen v. Tyskland* avsnitt 82. En lærers karaktersetning eller beslutninger om hvilke klasser elever skal gå i falt ikke innenfor unntaket, selv om det klart var kompetanseutøvelse, se *Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg* avsnitt 24 og 25. Forberedelse og innstilling av avgjørelser er heller ikke tilstrekkelig spesifikt tilknyttet myndighetsutøvelse, se C-42/92 (*Thijssen v. Controledienst voor de verzekering*) avsnitt 22. Det avgjørende for EU-domstolen ser ut til å være om den endelige beslutningen treffes av virksomheten man vurderer art. 51 opp mot, eller et forvaltningsorgan, se f.eks. C-438/08 (*Kommissjonen v. Portugal*) avsnitt 37: «... private bodies carrying out their activities under the active supervision of the competent public authority, responsible, ultimately, for inspections and decisions of those bodies, cannot be considered to be 'connected directly and specifically with the exercise of official authority' ...». Kontakt med offentlige myndigheter er heller ikke nødvendigvis av betydning, se vektere som eksempel i *Kommissjonen v. Spania* avsnitt 37—39 og C-355/98

som Skag poengterer, gjelder reglene *også* slik virksomhet som i utgangspunktet er unntatt fra anskaffelsesreglene, men blir organisert *via det private markedet på det offentliges eget initiativ*.⁹³⁵ På den andre siden vil anskaffelsesrettens bare komme til anvendelse ved kjøp av en vis størrelse (terskelverdier jf. FOA kapittel 5), og hvis det er snakk om økonomisk aktivitet.⁹³⁶ Rent juridisk har man derfor ingen garanti for at det jeg omtaler som delegering av ansvar og oppgaver, faller innenfor en anskaffelsesrettslig struktur.

Ser man vekk fra nyansene, så er det likevel et overlapp mellom oppgaver som utgjør offentlige ansvar og derfor må kunne avkreves personell hjemmel, og anskaffelsesretten. Innkjøp av saksbehandlingstjenester er et typisk eksempel på dette. Likevel er det også klart at de to rettslige feltene ivaretar forskjellige hensyn. Dette kan illustreres ved å vise til at brudd på anskaffelsesreglene *før* inntredelsen i EØS-samarbeidet, måtte håndheves *via den forvaltningsrettslige misbrukslæren*.⁹³⁷ Med andre ord: Et sentralt formål med anskaffelsesretten er å beskytte markedsaktører mot vilkårlighet fra det offentlige, et hensyn som er ganske uvesentlig for delegeringsreglene. For det offentlige selv er formålet med anskaffelser primært å få mer igjen for pengene og høyere kvalitet. Ingen av disse hensynene er lite viktige, men de *dekker ikke* noen av de sentrale hensynene som

(*Komisjonen v. Belgia*) avsnitt 26. Nødrett vil heller ikke gjøre at unntaket kommer til anvendelse fordi enhver kan bruke nødrett *Komisjonen v. Spania* avsnitt 37.

⁹³⁵ I en viss utstrekning vil virksomhet som forutsetter offentlig myndighet av noe slag falle utenfor anskaffelsesreglene, se f.eks. omtalen i Skag: «I hvilken utstrekning kan velferdstjenester unntas fra anskaffelsesregelverket? – Kritiske merknader til EFTA-domstolens tilnærming i sak E-13/19 (Hraðbraut)», *Lov og rett* 61, 2022, s. 301—18. Som Skag fremhever vil imidlertid en offentlig virksomhet som velger å gå til markedet med en offentlig tjeneste naturligvis måtte følge anskaffelsesreglene, selv om denne innebærer utøvelse av offentlig myndighet.

⁹³⁶ Dette følger av anskaffelsesdirektivet (direktiv 2014/24/EU), som gjelder «... acquisitions by means of a public contract ...», jf. art. 1 pkt. 2. Se drøftelsen i Skag 2022 side 303 som peker på direktivets fortale pkt. 6. Men motsatt vil utøvelse av offentlig myndighet innebære at virksomheten anses som ikke-økonomisk aktivitet, se *ASADE (Opinion of Advocate General Medina)* avsnitt 60—62. Hva som regnes som økonomisk aktivitet er komplekst, og ble utredet i 2018 av Hjelmeng-utvalget, Nærings- og fiskeridepartementet: *Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører*, 2018. Begrepet økonomisk aktivitet er autonomt innenfor EU-retten, og det er funksjonelt definert, se utredningen s. 101. Også ikke-kommersiell virksomhet kan defineres som økonomisk aktivitet, dersom det konkurrerer med andre aktører, se s. 102. Begrepet er også relativt til om det faktisk eksisterer et marked. Spørsmålet ble også tatt opp i NOU 2003:34 s. 55 flg., der man i hovedsak antok at norske statselskaper var selskaper av «allmenn økonomisk betydning», og dermed falt utenfor regelverket, se s. 61. Lignende grensdragninger må gjøres ved offentlige innkjøp av varer og tjenester, gjennom det EU-rettslige (autonome) begrepet om *kontrakt*, se fremstillingen i Wiggen: *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor: kontraktsbegrepets grenser*, Universitetsforlaget, 2013.

⁹³⁷ Frihagen: *Offentlige anbudsregler - innkjøp: Statens innkjøpsforskrifter og innkjøpsinstruks for kommune og fylkeskommune med kommentarer*, Forlaget A. Frihagen, 1980 s. 15 flg. og NOU 1997:21 *Offentlige anskaffelser* s. 75 flg. gir en historikk. Man har hatt prosedyrer for innkjøp tilbake til 1800-tallet, og krav om konkurranse. Det var imidlertid først på 90-tallet at dette regelverket dannet *selvstendig grunnlag* for søksmål mot staten, ettersom regelverket historisk bare gjaldt som instruks. Grunnlag for søksmål måtte i så fall være den alminnelige myndighetsmisbrukslæren. Som man antar i NOU 1975:9 *Regelverk for statens anskaffelsesvirksomhet (REFSA)* s. 44 ga dette begrensede muligheter for at private kunne påberope seg reglene.

delegeringsbegrepet bygger på, som er å sikre demokratisk legitimitet, faglig forsvarlighet og også rettssikkerhet.⁹³⁸ Anskaffelsesretten har med andre ord et annet og mer instrumentelt begrep om betydningen av organisering enn det forvaltningsretten bør ha.

Anskaffelsesretten løser derfor bare *visse aspekter* av de samme problemene; i realiteten er dette to rettslige områder som overlapper og interagerer på forskjellig vis. Som Nielsen fremhever kan man her ha en tilnærming bygget på *integrasjon* der man inntar ulike perspektiver for å ivareta de hensyn man må ivareta.⁹³⁹ Avhandlingen vil ikke ta opp dette samspillet nærmere, men det er et interessant spørsmål for videre forskning. Det samme gjelder for øvrig også elementer av tjenestemannsretten.⁹⁴⁰

4.3.5 Er det personelle hjemmelskravet en del av legalitetsprinsippet?

Det neste spørsmålet er om det personelle hjemmelskravet bør konstrueres som et aspekt ved legalitetsprinsippet jf. GrL § 113. Dette blir bl.a. lagt til grunn i dansk rett, men er der kritisert.⁹⁴¹ Det finnes tendenser til å tenke langs disse baner i norsk forvaltningsrett, som jeg utdyper noe videre nedenfor i 4.5.1.⁹⁴² Det sentrale her er bare å poengtere at *hvem* som gjør noe og *hva* de kan gjøre, i utgangspunktet er forskjellige problemer, men også er spørsmål som lett kan ses i sammenheng.⁹⁴³ Forskjellen gjelder uavhengig av om man mener det er forvaltningens inngrep som må ha hjemmel (den tradisjonelle formuleringen) eller at enhver kompetanseutøvelse behøver hjemmel, og visse behøver hjemmel i lov (den negative formuleringen).⁹⁴⁴ Man kunne nemlig i begge tilfeller sagt at «legalitetsprinsippet» krever at beslutninger har hjemmel og at denne hjemmelen er tildelt rett organ. Om man tjener mye på en slik kobling, så ser ikke jeg den. Legalitetsprinsippet begrunnelse ikke er overførbart til personelle spørsmål, som kanskje kan tilbakeføres allerede til distinksjonen

⁹³⁸ Se anskaffelsesloven § 1: «Loven skal fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.»

⁹³⁹ Nielsen 2021 s. 117.

⁹⁴⁰ Se f.eks. diskusjonen av forholdet mellom demokratisk styring og ansattes medbestemmelse i St.meld. nr. 44 (1982-1983) s. 25.

⁹⁴¹ Se Christensen 1997 s. 298 og Abkenar 2017.

⁹⁴² Sml. bl.a. også Eckhoff: «Legalitetsprinsippet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1963, s. 225—85 s. 227.

⁹⁴³ Et eksempel på dette er LG-2019-124962 (*Vektene på bybanen*), omtalt ovenfor i punkt 4.4.2, der Lagmannsretten vurderer om ordlyden «... transportselskapet sine kontrollører ...» også omfatter *innleide* kontrollører, og vurderer om «... en slik tolkning er i tråd med legalitetsprinsippet ...».

⁹⁴⁴ Terminologien benyttes av Hopsnes og Solberg 2005 s. 86 flg. Så vidt jeg kan se formuleres tilnærmingen først hos Smith 1978 s. 656—657, og følges opp i Eckhoff 1978 s. 143 flg.

mellom personlig og upersonlig makt i punkt 2.2, uten at jeg har anledning til å gå nærmere inn på dette her.

Tradisjonen har også en viss selvstendig betydning. Man har som nevnt ikke eksplisitt behandlet personelle hjemmelskrav i norsk forvaltningsrett. Derimot har man alltid skilt den ulovfestede delegeringslæren klart fra legalitetsprinsippet.⁹⁴⁵ Skillet er godt.

En slik systematikk antas også av Lønning-utvalget, som legger til grunn at deres forslag til formulering av legalitetsprinsippet i GrL. § 113 ikke skal «... gripe inn i forholdet mellom ulike forvaltningsorganer ...» og hvordan «... den utøvende makt organiserer sin virksomhet.»⁹⁴⁶ Christensens kritikk i dansk rett handler også om et lignende synspunkt. Han mener at når Folketinget vedtar en lov, så gir denne en ikke-uttømmende definisjon av hvem som kan utøve myndigheten. Hvem som kan utøve en slik myndighet må bero på *organisasjonsmakten* i forvaltningen.⁹⁴⁷ Denne innfallsvinkelen har vært den sentrale siden Opsahl.⁹⁴⁸

Som et utgangspunkt er det derfor mest hensiktsmessig å holde de to spørsmålene separate. Det personelle hjemmelskravet bør derfor ikke konstrueres som en del av legalitetsprinsippet, men som et eget selvstendig hjemmelskrav med egne hensyn og strukturer. Man kan kanskje si at det personelle hjemmelskrav er den personelle siden av å oppfatte forvaltningen som rettsbundet.⁹⁴⁹

⁹⁴⁵ Samme retning, Hopsnes 2005 s. 109: «... det har ikke vært vanlig i norsk rett å behandle disse skrankene som en del av legalitetsprinsippet.»

⁹⁴⁶ Dokument nr. 16 (2011-2012) *Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven* s. 250.

⁹⁴⁷ Christensen 1997 s. 298: «Har loven ... udtømt udøvelsen af organisationsmagten, således at opgaven virkelig skal udføres av netop den, loven eller anordningen peger på? Eller har loven eller anordningen blot udøvet en – oftest lille – del af organisationsmagten ved at pege på den eller dem, der i overensstemmelse med den almindelige regel om organisationsmagt kan udøve resten af organisationsmagten.»

⁹⁴⁸ Se Opsahl 1963 s. 6.14—6.17, som oppsummerer: «... fordelingen av myndighet mellom statens organer ligger innenfor statens eget rettsområde som et organisasjonsspørsmål (og altså ikke krever lovhjemmel), selv om selve myndighetsutøvelsen krever lovhjemmel fordi den berører borgerne.» Uttalelsen kan leses som et argument mot et personelt hjemmelskrav, men Opsahl snakker her om GrL. § 3, som jeg vil mene heller er et relativt omfattende kompetansegrunnlag som kan innfri det personelle hjemmelskravet i mange tilfeller.

⁹⁴⁹ Smith 2022 s. 354.

4.3.6 Må man avgrense det personelle hjemmelskravet nedover?

Problemet som skal drøftes her er om det personelle hjemmelskravet må avgrenses nedover, slik man avgrenser det materielle hjemmelskravet mot ikke-inngripende handlinger.

Materielt må alle beslutninger ha rettslig grunnlag, og inngripende beslutninger må ha rettslig grunnlag i lov jf. GrL. § 113. Videre må inngripende faktisk virksomhet ha hjemmel i lov. Diskusjonene om disse utgangspunktene er omfattende, men det er ikke viktig her. Annen faktisk virksomhet kan gjennomføres med grunnlag i den alminnelige handlefriheten, med mindre den er særskilt forbudt. Det ligger i den *alminnelige* handlefriheten at den nettopp tilkommer alle subjekter (med visse unntak). Hvis virksomheten er særskilt forbudt, må det foreligge et rettslig grunnlag for å gjøre handlingen lovlig.

Det personelle hjemmelskravet er imidlertid per definisjon bare relevant der man *har* en fastsatt at noe er et offentlig ansvar, eller at noen skal ha myndighet av noe slag. Det personelle hjemmelskravet kan derfor sies å være *aksessorisk til* materielle hjemler eller plikter. Handlinger som hverken er forbudte eller medfører inngrep vil derfor ikke omfattes av det personelle hjemmelskravet fordi det ikke er nødvendig med noen materiell hjemmel for å gjøre dem. Alternativt kan man si at den *alminnelige* handlefriheten nettopp er alminnelig.⁹⁵⁰ Det samme gjelder nødrett og nødverge etter straffeloven. Det foreligger derfor ikke noe behov for å trekke en grense oppover eller nedover.⁹⁵¹ Grensen blir avgjort av hvilke rettslige grunnlag det offentlige påberoper seg for sin myndighetsutøvelse. Når det gjelder ansvar eller oppgaver vil forutsetningen på samme måte være at det finnes en plikt eller et ansvar som må innfris. Hvilke plikter eller tillatelser som eksisterer beror på på materielle vurderinger.

⁹⁵⁰ Den litt merkelige saken inntatt i SOMB-1966-14 går derfor for langt. Her hevdet Sivilombudet at sekretariatet ikke kunne svare på spørsmål fra en borger som møtte opp på kontoret til Forbrukerrådet. Mer prinsipielt: Hvem som helst *kan* svare på slike spørsmål, men bare Forbrukerrådet som virksomhet kunne i utgangspunktet gjøre det og dermed gyldig innfri sin veiledningsplikt.

⁹⁵¹ Naturligvis kan forvaltningen fortsatt velge å fastsette særskilte normer for 'hvem som kan gjøre hva' på områder der de ikke behøver rettslig grunnlag for å gjøre dette, som f.eks. Kriminalomsorgsdirektoratet: *KDI-2020-13, Rutiner for mediehåndtering i kriminalomsorgen 2020, 2020* som forutsetter at direktør og assisterende direktør uttaler seg til media, og at det vil «... også være aktuelt at avdelingsdirektører eller andre kan uttale seg om sitt fagområde, avhengig av sak, da etter forutgående delegering».

4.3.7 Må personelle hjemler utformes med en bestemt grad av presisjon?

Legalitetsprinsippet inneholder et krav om tilstrekkelig *klar* hjemmel.⁹⁵² Kravet henger sammen med det statsrettslige delegeringsproblem, som jeg drøfter senere i punkt 4.5.1. Spørsmålet her er om personelle hjemler *også* må angis tilstrekkelig presist. Frihagen tar i sin lærebok til orde for at det må

«... gis bestemmelser i *hjemmelsloven* som mer eller mindre direkte *fastsetter eller forutsetter* hvilke organer – og til dels også hvem innen organene – som skal kunne utøve myndighet etter vedkommende lovbestemmelse.»⁹⁵³

Frihagen gir imidlertid ingen nærmere begrunnelse for standpunktet, eller andre argumenter for hvorfor det bør eksistere en slik regel. Intuitivt kan det imidlertid fremstå betenkelig hvis Stortinget skulle kunne endre politiloven §6 om at «[p]olitiet kan anvende makt ...» som er nødvendig, til å lyde at «offentlig ansatte» generelt sett kan gjøre det samme. Det er i alle fall ingen tvil om at uklar angivelse av hvem som har en personell hjemmel lett kan bidra til ansvarspulverisering, og skape styringsproblemer.

Som jeg senere skal komme tilbake til gjelder det i dag ikke generelt sett formkrav til delegeringer og det gjelder ikke noe krav om å ha et oppdatert 'delegeringsreglement' i sentralforvaltningen. Det finnes heller ikke eksempler på at en angivelse av hvem som har myndighet har vært for upresist til å bli akseptert.

I utgangspunktet er det imidlertid vanskeligere å operere med et presisjonskrav, og mindre betenkelig å ikke gjøre det, ved personelle enn materielle hjemler. Det er imidlertid grunn til å sondre mellom spørsmålet om *lovgivningen* må være presis, og om det *endelige delegeringsvedtak* må være presist. Her er det nemlig en vesentlig forskjell på personelle og materielle hjemler: At *hvem* som kan gjøre noe er vagt angitt og senere presiseres, er lite betenkelig, og langt på vei ordningen allerede i dag, ettersom Regjeringen eller «departementet» vanligvis tildeles myndighet. Det viktigste er vanligvis *at* noen tildeles det

⁹⁵² Sml. Hopsnes 2005 s. 152.

⁹⁵³ Frihagen 1991 s. 206–207.

aktuelle ansvaret, til slutt i rekken. Derimot vil det å overlate til forvaltningen selv å bestemme *hva* den skal gjøre være mye mer betenkelig, se nedenfor i 4.5.1.

En bedre løsning er derfor å stille prosessuelle krav og formkrav til *delegeringer*, som jeg utdyper i kapittel 5.

I prinsippet mener jeg derfor at det endelige eller siste personelle hjemmelsgrunnlaget i kjeden, kan underlegges krav til presisjon, slik at det delegerende organs formål kan fastlegges, se 5.2 og 5.7.2. Hvis loven er det siste grunnlaget i den personelle hjemmelskjeden, må denne være presis nok, eller vagheten må være velbegrunnet. Kravet kan ses i lys av spørsmålet om personelle hjemler kan tolkes innskrenkende eller utvidende, nedenfor i 4.4.

4.3.8 Er formuleringen vid nok?

En innvending til å regulere forvaltningens organisering ved hjelp av en alminnelig regel om å kreve personell hjemmel er at en slik regel er *for snever*. Regelen sentrerer rundt det rettslige begrepet om *rettslige posisjoner*, og kommer seg derfor ikke videre fra et formalistisk-juridisk perspektiv. Var ikke hele poenget ved å utvide delegeringsbegrepet at organisering må forstås som noe mer sammensatt og komplekst enn en serie rettsstillinger?

Et mulig svar er at spørsmålet må ses i lys av de *andre alminnelige reglene* som gjelder ved delegering, og som derfor trekker inn andre aspekter av forvaltningens organisering.

Som allerede diskutert utførlig i kapittel 2 har retten svakheter som styringsinstrument, og er alltid litt fanget av sine egne begrepsmessige strukturer. Beslutningen eller saksforberedelsen kan bli *de facto* tatt andre steder enn i organet som er tildelt rettsstillingen. I forvaltningen finnes uformelle nettverk på tvers av departements- og direktoratsstrukturene.⁹⁵⁴ Lobbyisme og uformelle innflytelseskanaler finnes det også mange av. Et annet eksempel er virksomheter som ikke får tillatelse til å bruke tvang, men

⁹⁵⁴ St.meld 19 (2008-2009) s. 93 gir en del eksempler.

får tildelt en rolle hvor *borgeren* vil anta at de har slik tillatelse, og derfor aksepterer et inngrep som man ikke ellers ville akseptert.⁹⁵⁵

Det er også mye annet som faller utenfor. Offentlig næringsvirksomhet eller aktører som leverer rent administrativt-tekniske tjenester for det offentlige anses for eksempel ikke å behøve personell hjemmel, selv om de kan ha mye innflytelse på den offentlige virksomheten.⁹⁵⁶ Årsaken er at disse ikke strengt tatt ivaretar et offentlig ansvar; de bare leverer tjenester det offentlige selv bruker til løsningen av ansvaret. De *representerer* derfor heller ikke det offentlige på samme måte. I konkrete tilfeller kan slike situasjoner være betenkelige. En leverandør av IT-tjenester som det offentlige skal benytte seg av vil ha stor innflytelse, selv der systemet ikke skal treffe eller forberede noen avgjørelser.⁹⁵⁷

Mer generelt kan man si at det juridiske perspektivet på problematisk vis forutsetter en grad av reduksjon i dets begrep om organisering.⁹⁵⁸ Noe må falle utenfor, selv om perspektivet har blitt utvidet.

Min vurdering er likevel at denne innvendingen til dels overdriver behovet for et enda mer utvidet perspektiv. Nettverksorganiseringen av forvaltningen fritar for eksempel ikke det besluttsende og saksforberedende organ fra å foreta en selvstendig vurdering. Nettverksorganets vurdering vil derfor kunne trekkes inn som relevant i vurderingen av om vurderingen var reelt selvstendig. De materielle- og teknologiske forutsetningene som et forvaltningsorgan har for å løse en bestemt oppgave, kan trekkes inn i vurderingen av om organet er skikket til å bli delegert ansvar. Sagt annerledes: Man forventer for mye av en enkelt regel. Og videre: Så lenge man har et begrep om delegering og organisering som er bredere enn reglene som regulerer disse spørsmålene, vil man kunne se, og trekke inn elementer i den juridiske vurderingen også.

⁹⁵⁵ For eksempel mener Backer-utvalget at private konsulenter kan bruke *samtykke* som grunnlag for å ta seg inn i et hjem de skal vurdere på vegne av barnevernet, se NOU 2019:5 s. 219.

⁹⁵⁶ Se i kontrast begrepsliggjøringen i Donnelly 2007 s. 13 flg.

⁹⁵⁷ Sml. Statskonsult: *Rettslige systemavgjørelser: vilkår for å sette ut IT-oppgaver som omfatter myndighetsutøvelse*, 2000 .

⁹⁵⁸ Sml. kapittel 2 punkt 2.4.7.

4.3.9 Oppsummering

Jeg begynte avsnittet ved å koble delegeringsbegrepet og begrepet om organisering sammen med et begrep om personell hjemmel. Begrepet brukte jeg for å artikulere et nytt juridisk spørsmål: Gjelder det en alminnelig regel om krav til personell hjemmel?

Spørsmålet besvarte jeg bekreftende. Den som på vegne av det offentlige utøver makt overfor borgerne, må bli tildelt personell hjemmel i samsvar med et rettslig grunnlag. Det neste spørsmålet blir samtidig på denne bakgrunn: Hvordan avgjør man hvem som *i utgangspunktet* har personell hjemmel? Hva er tilstrekkelig rettslig grunnlag for å innfri kravet om personell hjemmel?

4.4 Tolkning av personelle hjemler

4.4.1 Eksempler på ulike måter personelle hjemler angis på i lovgivning og delegeringsvedtak

Det finnes ulike lovgivningstekniske tilnærminger til regulering av personelle hjemmelsspørsmål. Her skal jeg gi noen eksempler på hvordan dette gjøres, og hvordan strukturene bør forstås (se også foran i 2.4.4).

Den vanligste typen tildeling av personell hjemmel skjer ved å angi at et organ skal ha en bestemt myndighet, eller et bestemt ansvar. Den vanligste typen tildeling av myndighet er til «departementet». Hvilket departement det er snakk om kan vanligvis avgjøres ved å se på ansvarsfordelingen mellom departementene. Det samme gjelder myndighet som tildeles kommunen, som vanligvis innebærer at kommunestyret må delegere myndigheten videre, se kommunel. § 5-3. Ved omtale av lavere etater brukes vanligvis navnet på den lavere etaten, som «Helsedirektoratet», «Statsforvalteren» eller «Utlendingsdirektoratet». Det er mer uvanlig å nevne ytre etater innenfor en annen virksomhet ved navn, men også dette forekommer, som at HELFO nevnes i pbrl. § 2-2. I interne delegeringsvedtak, stillingsbeskrivelser, organisasjonskart, eller lignende, kan man bruke en tilsvarende reguleringsteknikk, men da ved å utpeke enkeltstående avdelinger, kontorer, eller personer. Denne typen tildelinger er vanligvis klare, og dermed skaper de sjelden tolkningstvil. Når myndighet legges til en virksomhet er presumsjonen at den i utgangspunktet legges til virksomhetens leder. Tvil oppstår først når man spør om lederen kan delegere videre.

Det kan også oppstå spørsmål om stedlig kompetanse der virksomheter har regional inndeling. Dette har vært et viktigere spørsmål historisk sett.⁹⁵⁹ I dag er det vanligere med såkalt funksjonell organisering, som følge av moderne kommunikasjonsteknologi.⁹⁶⁰

Saken kan ofte være regulert forholdsvis klart. Opplæringen i skolen skal ledes av «rektor» som gir rektor kompetanse og plikt til å organisere skolen, samt behandle varsler etter oppl. kapittel 9. «Skoleeigaren» har også ulike kompetanser og plikter, som plikt til å ansette kompetent personell, og kompetanse til å gjøre unntak fra kompetansekravene. Hvem som er «rektor» og hvem som er «skoleeigar» knytter vurderingen til en rolle, som for eksempel gjør at loven gir like god mening for privatskoler. Nøytrale rollebeskrivelser kan slik sett være hensiktsmessig for å forhindre utilsiktede konsekvenser av blant annet delegeringer hvor man skaper institusjonell endring.⁹⁶¹

Tolkningstvil kan oppstå dersom rollen ikke bare er en formell angivelse av personell hjemmel, men også konnoterer visse egenskaper, fordi rollen har et *substansielt innhold*. Tildelingen av kompetanse til å beslutte tvang i barnevernsinstitusjoner til «institusjonens leder ...» etter den tidligere rettighetsforskriften hviler for eksempel på en forutsetning om at denne sjefen vil ha særlig innsikt og mulighet til å følge opp at tvangen skjer på betryggende vis, og dette bekreftes av at samme forskrift krever stedlig ledelse.⁹⁶² Det er imidlertid vanlig med 'ambulerende ledelse', som reiser mellom ulike institusjoner. Spørsmålet er da om en slik ambulerende ledelse kan anses som institusjonens leder.⁹⁶³ Et tilsvarende eksempel gir sikkerhetsloven § 8-9 som fastsetter at «virksomhetens leder» er autorisasjonsansvarlig etter loven, og kan autorisere enkeltansatte for tilgang til graderte dokumenter. Her er også formålet at den stedlige ledelsen skal kunne føre oppsyn med sine ansatte, og om de fortsatt bør ha tilgang til hemmeligstemplede dokumenter. Kan en sjef som ikke har noen kontakt med den ansatte i så fall anses som autorisasjonsansvarlig? Man kan i slike tilfeller vurdere om det er behov for *innskrenkende* tolkning av den personelle hjemmelen.

⁹⁵⁹ Se bl.a. Castberg 1938 s. 226.

⁹⁶⁰ Se omtalen i Meld.St. 30 (2019-2020) s. 30 om overgangen fra regionskontorer.

⁹⁶¹ Se nærmere nedenfor i kapittel 6 punkt 6.7 om derogatoriske virkninger.

⁹⁶² Se Rettighetsforskriften §14.

⁹⁶³ Se behandlingen av spørsmålet i Bufdir: *Spørsmål om tolkning av begrepet «institusjonens leder eller den leder gir fullmakt» i forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon (rettighetsforskriften), ref 25126-2, 2015*.

En annen viktig reguleringsform er bruk av faglige kompetansekrav eller autorisasjonsordninger. Generelt sett kan man si at all forvaltningsvirksomhet forutsetter et kompetansekrav i form av det Castberg og Forvaltningskomiteen omtaler som en «alminnelig habilitet».⁹⁶⁴ Kravet om alminnelig habilitet er i praksis ivaretatt gjennom ansettelses- og innstillingsprosesser. Prinsipielt sett kan man tenke seg at et krav om alminnelig habilitet kom på spissen der man delegerer til private virksomheter som ikke er bundet av kvalifikasjonsprinsippet etter statsansatteloven, men det er nok mer et teoretisk spørsmål.

Man må samtidig skille ansettelsen og delegeringen. Å ansette noen er ikke å delegere. Delegeringen skjer når stillingsbeskrivelsen formuleres, eller lignende. Delegering gjelder «... hvilke organer eller stillinger kompetansen skal legges til.»⁹⁶⁵ Det samme skillet er relevant for regler som *forbyr* bestemte personer fra å være den som treffer en beslutning eller forbereder en sak, slik som inhabilitetsreglene. Disse reglene retter seg mot personen og ikke organet. Det kan imidlertid finnes forbud mot at organer kan ha personelle hjemler, som barnehageloven § 11 sitt forbud mot at kommunen organiserer funksjoner som eier og funksjoner som barnehagemyndighet sammen.⁹⁶⁶

Mer relevant er spesifikke *faglige* kompetansekrav, som for eksempel kan være at man har pedagogisk utdanning fra godkjent institusjon etter opplæringsloven, for å bli ansatt i pedagogisk stilling, og at man har bestått skikkethetsvurdering.⁹⁶⁷ Kommunens ansvar etter opplæringsloven kan bare innfris av personer ansatt i pedagogisk stilling, se bl.a. oppl. § 10-11. Et annet eksempel er at en av to ansatte må ha «... bestått utdanning i helse-, sosial- eller pedagogiske fag på høgskolnivå» for å kunne gjennomføre tvang etter hol. § 9-9.

Etter helsepersonelloven vil man være helsepersonell dersom man har autorisasjon eller lisens etter lovens § 48 og 49. Autorisasjon og lisens gis av helsedirektoratet jf. § 53. Mange ansvarsoppgaver og typer myndighet knyttes eksplisitt eller forutsetningsvis til at noen er helsepersonell.⁹⁶⁸

Samtidig utvides hvem som regnes som helsepersonell i lovens § 3, ved at enhver som «... utfører handlinger ...» som «... har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende, rehabiliterende eller pleie- og

⁹⁶⁴ Se NUT 1958:3 s. 133.

⁹⁶⁵ Eckhoff, 1966 s. 315.

⁹⁶⁶ Se nærmere i kapittel 5 punkt 5.7.4.5.

⁹⁶⁷ Dette presiseres i forskriften se Forskrift til opplæringslova kapittel 14, om skikkethetsvurderinger, se Forskrift om skikkethetsvurdering i høyere utdanning.

⁹⁶⁸ Se f.eks. Forskrift om legemiddelhåndtering for virksomheter og helsepersonell som yter helsehjelp § 7 om at «Helsepersonell» skal sørge for at riktig legemiddel gis til riktig pasient. Se generelt omtalen av faglige kompetansekrav i NOU 2019:14 *Tvangsbegrensingsloven* s. 618 flg.

omsorgsformål ...» også regnes som helsepersonell jf. første ledd nr. 2 og tredje ledd, dersom de gjør dette innenfor «helse- og omsorgstjenesten eller apotek.» Befring og Ohnstad oppsummerer ved å si at hva som regnes som helsetjenester er «... alle tjenestesteder som Helsetilsynet... har tilsynsansvar for.»⁹⁶⁹ Dette kan åpenbart etterlate tvil i en del tilfeller. Ved tolkning av helsepersonelloven vil man vanligvis ønske å tolke loven utvidende, fordi dette da vil stille *flere* til ansvar. En person som er lege, men opptrer som privatperson i en bestemt kontekst, vil for eksempel kunne falle innenfor helsepersonelloven, og sanksjoneres for sin medisinske praksis som privatperson. Presumsjonen vil imidlertid være motsatt når vi spør om den samme legen hadde myndighet til å handle som helsepersonell i en kontekst der vedkommende opptrådte som privatperson, for eksempel ved å tvinge sin gamle mor til å motta helsehjelp.

Faglige kompetansekrav vil ofte være strengt regulert, enten gjennom krav til autorisasjon, eller gjennom krav til ferdig utdanning som må være godkjent etter kriterier fastsatt av NOKUT. Kravene gjør at det sjelden vil være tvilsomt om en person innfrir de faglige kompetansekravene eller ikke. Derimot kan det oppstå tolkningstvil ved om en bestemt lov som vanligvis legger ansvar eller myndighet til en bestemt yrkesgruppe, også skal tolkes slik at andre rettsstillinger bare legges til denne yrkesgruppen.

Et alternativ (eller supplement) til faglige kompetansekrav, er at det kreves at *virksomheten* er godkjent av relevant organ. Dette er tilfelle i en rekke ulike sektorer, som barnehager (bhl. § 6 jf. § 14), barnevernsinstitusjoner (bvl. § 10-15), fosterhjem (bvl. §9-5), private skoler (prskol. § 2-1) og spesialisthelsetjenester (sphl. §4-1). Godkjenningen innebærer at virksomheten får rett til å drive en type virksomhet. Godkjenning vil ofte kunne tolkes som grunnlag for at virksomheten enten har blitt, eller ved delegering kan bli, tildelt personell hjemmel.

Et siste eksempel er reguleringsformen valgt etter ulike lover, typisk reguleringslover med flernivåforvaltning. Eksempler på dette er forurensingsloven, plan- og bygningsloven, konkurranseloven, utlendingsloven, og særskilte organisatoriske lover som NAV-loven. Disse lovene har det fellestrekk at de har en eller flere bestemmelser som angir hvem som er «myndighet» etter loven, for eksempel «forurensningsmyndighet» etter forurensingsloven, eller «NAV-kontoret» etter NAV-loven. Man angir for eksempel i forurensingsloven § 81 at forurensningsmyndigheten er Kongen, departementet og Miljødirektoratet på riksnivå, fylkeskommunen og statsforvalteren eller den departementet

⁹⁶⁹ Anne Kjersti Befring 2019 s. 30.

bestemmer på fylkesnivå og kommunen på kommunalt nivå. Kompetanser, tillatelser og plikter legges så til «forurensningsmyndigheten» i enkelte lovbestemmelser.⁹⁷⁰ Et annet eksempel er utlendingsloven § 75 som angir at loven «... gjennomføres av Kongen, departementet, Utlendingsnemnda, Utlendingsdirektoratet, politiet og andre offentlige myndigheter».

4.4.2 Tolkning av personelle hjemler i lys av muligheten til å delegere

Et nærliggende utgangspunkt når man spør om et organ har personell hjemmel eller ikke, er om organet *kunne blitt tildelt*, men ikke *har* blitt tildelt personell hjemmel ved delegering.

Hvis for eksempel politisk ledelse kan delegere, vil muligheten være et godt argument for at myndigheten (ved tvil) antas å ligge der, heller enn på lavere nivå, i utgangspunktet. I så fall sikres jo demokratisk legitimitet for den (eventuelt faglige) beslutningen som treffes, og man skaper en hierarkisk ansvarsordning basert på delegeringsreglens generelle systematikk.

Hvis overordnet organ *kan* delegere, så er det også langt ryddigere at det skjer en delegering. Delegering er derfor å foretrekke fremfor utvidende tolkning av en personell hjemmel. I motsatt tilfelle kan man skape en situasjon der det er vanskelig for overordnede å ta ansvar, fordi det allerede har etablert seg en praksis på det lavere nivå.

Dommen inntatt i Rt. 2004 s. 76 illustrerer poenget godt. Her hadde rektor ved en skole truffet en beslutning om oppsigelse, en beslutning som skulle treffes av skoledirektøren (avsnitt 54). I et brev til rektor stilte direktøren og etaten seg bak oppsigelsen, som en slags retroaktiv delegering eller utvidende tolkning begrunnet i samtykke fra overordnet. Høyesterett avviser dette, og poengterer at det er en «... forskjell mellom selv å treffe et vedtak og på et senere tidspunkt å forsvare dette vedtaket.» (avsnitt 54). Samtidig ville saken klart nok stilt seg annerledes dersom det faktisk forelå en delegering.

At delegering vanligvis 'konsumerer' tolkning av personell hjemmel kommer også tydelig til uttrykk i rettspraksis. Høyesterett vurderer aldri først om overordnet organ kan delegere, for så å gå over til en vurdering av om den personelle hjemmelen kan tolkes utvidende. Det

⁹⁷⁰ Denne reguleringsformen virker muligens smart på papiret, men fungerer ikke spesielt godt i praksis. Det er blant annet uklart hvor grensen mellom riks, fylkes- og kommunenivået går. Videre kan større eller mindre delegeringer skape større usikkerhet enn det som er nødvendig. Se Miljøverndepartementet: *T-3/12: Statsforvalterens myndighet etter forurensningsloven, oreigningslova og produktkontrollloven*, 2012 for en oversikt over de uoversiktlige ansvarsforholdene.

første spørsmålet konsumerer vanligvis det siste, hvilket forklarer et stykke på vei hvorfor spørsmålet har vært oversett. Distinksjonen er likevel prinsipielt viktig, fordi dersom begge organer har personell hjemmel, så har det ingenting å si om det har skjedd en ugyldig delegering. Overlappende kompetanser er normalt et uproblematisk tolkningsresultat.⁹⁷¹

Som en sidevirkning vil derfor utvidende tolkning av personelle hjemler primært være aktuelt der feilen *allerede er gjort*: Feil organ *har truffet* beslutningen, og spørsmålet blir om man kan redde vedtaket, eller lignende.

I Rt. 1923 s. 723 ble et vedtak underkjent fordi fattigstyrets kontor og ikke fattigstyret selv, traff vedtaket uten noen forutgående delegering. I Rt. 1936 s. 592 ble en tiltalebeslutning kjent ugyldig fordi politimesteren ikke hadde godkjent tiltalen, slik loven foreskrev.⁹⁷² Rt. 1976 s. 920 om delegering av påtale legger opp til den samme løsningen: Man kunne nok ha delegert, men i fravær av slik delegering ble vedtaket underkjent (s. 922). Eksemplene illustrerer alle at retten ikke går inn i tolkninger av de personelle hjemlene der delegering hadde vært et mulig alternativ.⁹⁷³

I slike tilfeller er det liten grunn til å komme forvaltningen til unnsetning med en utvidende tolkning, selv om Høyesterett har gjort det i visse tilfeller. Det er to unntak jeg kan se for meg. Det ene er tilfeller der det først og fremst beror på en inkurie at lovgivningen ikke legger de nødvendige kompetanser til å delegere til virksomheten, og det ellers er klare holdepunkter for at lovgiver har ment at den personelle hjemmelen skal dekke en persongruppe som ikke er dekt av ordlyden. For eksempel vil regler som gir adgang til å dispensere fra faglige kompetansekrav kunne tilsi at den personelle hjemmelen må tolkes utvidende til å også omfatte det personalet som gis dispensasjon. Det andre eksempelet er tilfeller der det er spørsmål om å tolke hjemmelen utvidende for å gi *overordnet* organ hjemmel til tross for en ordlyd som legger myndigheten til lavere nivåer, uten at det fremstår begrunnet ut fra hensynet til faglig spesialisering eller lokal forankring. Her kan sakens viktighet tale for en utvidende tolkning.⁹⁷⁴

⁹⁷¹ Se f.eks. SOMB-1991-81.

⁹⁷² Lignende sak i Rt. 1937 s. 691.

⁹⁷³ Se også SOM-2012-1280-.

⁹⁷⁴ Sml. også Smith 2022 s. 485 som vil legge vekt på dette ved vurderingen av om en personell kompetansemangel fører til ugyldighet.

I hovedsak vil likevel argumentene nevnt først og fremst ha betydning som argumenter for *innskrenkende* tolkning. Utvidende tolkning er normalt unødvendig, fordi det (kan) finnes muligheter til å delegere.

4.4.3 Institusjonell oppbygning som argument i tolkningen

Ved tolkning av personelle hjemler er andre rettskilder ofte tausere enn ved tolkningen av materielle hjemler. Tolkningsgrunnlaget vil derfor ofte bestå av argumentasjon knyttet til rettssikkerhet og/eller sakens viktighet, sett i sammenheng med det samlede institusjonelle rammeverket hjemmelen befinner seg innenfor. Ved tolkningen av personelle hjemler vil forståelse for og kunnskap om disse (bredere) organisatoriske forholdene stå sentralt. Poul Andersens innfallsvinkel til delegering er kanskje best til å illustrere poenget.⁹⁷⁵ For Andersen var formålet at reglene må sørge for at de ulike forvaltningsorganer ikke gjør «inngrep» i *hverandres* sfærer.⁹⁷⁶ «Skomager bliv ved din Læst!», var prinsippet han formulerte.⁹⁷⁷ Spørsmålet blir da: Hva er organets Læst? Organers formål utdypes også nærmere i kapittel 5 punkt 5.2 der jeg drøfter fastleggingen av forvaltningsorganers formål nærmere.

Denne typen argumentasjon forutsetter vanligvis en mer generell forståelse av organets institusjonelle oppbygning. For å illustrere, beskriver jeg en måte å argumentere på bakgrunn av institusjonell oppbygning:

Etter kommuneloven § 5-3 ligger i utgangspunktet all kommunens myndighet til kommunestyret, med nærmere modifikasjoner i loven og særlovgivningen. Dersom kommunestyret ønsker å delegere saker til administrasjonen, må delegering gjøres ved å delegere til kommunedirektøren jf. tredje ledd. Kommunedirektøren kan deretter delegere til de ulike kommunale etatene. Et spørsmål som kan oppstå er imidlertid hvem som har personell hjemmel til å *instruere* de kommunale etatene: Kommunestyret eller kommunedirektøren?

⁹⁷⁵ Andersen 1924 s. 78 som baseres på at det må foreligge samtykke mellom de ulike organene.

⁹⁷⁶ Andersen 1924 s. 76.

⁹⁷⁷ Andersen 1924 s. 67 og 71.

Etter utgangspunktet i § 5-3 skal alle beslutninger i utgangspunktet treffes av kommunestyret.⁹⁷⁸ Instruks er beslutninger, og etter ordlyden er det derfor kommunestyret som har personell hjemmel til å fatte dem.⁹⁷⁹ Kommuneleken § 13-1 (2) løser ikke spørsmålet, da denne bestemmelsen bare sier at kommunedirektøren (også) kan instruere.⁹⁸⁰ Syvende ledd om at kommunedirektøren har personalansvar løser heller ikke spørsmålet eksplisitt: Personalansvar og styringsrett kan ligge (og ligger ofte) forskjellige steder i en virksomhet.⁹⁸¹ Dermed er man henvist til å tolke bestemmelsene i lys av den underliggende forståelsen av hvordan norske kommuner er organisert. Kommunestyret er politisk nivå, og kommunedirektøren er bindeleddet mellom dette nivået og det administrative nivået.⁹⁸² Derfor må den personelle hjemmelen i § 5-3 tolkes innskrenkende: Kommunedirektøren er den eneste som har instruksjonsmyndighet overfor administrasjonen, ikke kommunestyret selv.⁹⁸³

Et annet eksempel er utlendingsloven § 75, som fastsetter at loven «... gjennomføres av ...» Kongen, departementet, UDI, UNE og politiet.⁹⁸⁴ Betyr dette at UDI, UNE og departementet kan bruke tvang under utsendelse? Her er oppgavefordelingen mellom saksbehandlingsorganer og politiet som generell maktutøver sentral i tolkningen. Etter § 127 treffer politiet vedtak om tvangsmidler, og selv om loven ikke uttrykker det eksplisitt, må politiet være rette instans til å gjennomføre tvangen også.⁹⁸⁵ Dette kan også underbygges ved at politiet har fagkompetanse til å gjennomføre disse oppgavene.

Disse sammenhengene fremstår naturligvis ganske selvsagte, men de kan i andre tilfeller være tvilsomme. For eksempel er det mer tvilsomt om den institusjonelle oppbygningen av

⁹⁷⁸ Prop. 46 L (2017-2018) s. 48.

⁹⁷⁹ Og all annen myndighet forvaltes «... på vegne av kommunestyret og under kommunestyrets politiske ansvar ...» jf. Prop. 46 L (2017-2018) s. 48.

⁹⁸⁰ Se Prop. 46 L (2017-2018) s. 60 flg. generelt om kommunedirektøren.

⁹⁸¹ Se Prop. 46 L (2017-2018) s. 61—62 som presiserer at bestemmelsen er ment som en særskilt avgrensning av forholdet mellom kommunestyrets ansvar for arbeidsgiverpolitikken og kommunedirektørens personalansvar.

⁹⁸² Sml. også 1992-loven, se NOU 1990:13 *Ny lov om kommuner og fylkeskommuner* s. 138.

⁹⁸³ Om begrensningen på delegering til administrasjonen, se Hopsnes: *Karnov lovkommentar: Kommuneleken 2018*, Lovdata.no, hentet 9. september 2022, 2022, note 5 til § 5-3.

⁹⁸⁴ Utlendingsloven § 75.

⁹⁸⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket* s. 307.

helsevesenet forutsetter at kommuner har helsetjenester i beredskap, eller om kommunene har et rent sørge-for-ansvar.⁹⁸⁶

Et annet eksempel der et slikt resonnement kunne vært avgjørende er Rt. 1999 s. 593. Her ble barnevernslederen ansett kompetent til å inngå avtale om utgiftsfordeling med en annen kommune fordi avtalene «... var en måte de to kommunene løste den foreliggende saken på, og falt slik sett under barnevernsjefens oppgaver etter loven» (s. 600). En avtale om utgiftsfordeling vil imidlertid være et spørsmål av såpass stor betydning at man kunne argumentert for at saken burde vært politisk behandlet. Det hører ikke klart under barnevernslederens oppgaver å inngå slike avtaler. Man finner også mer rendyrkede eksempler på at faglig kunnskap vektlegges. I mindretallets votum i Rt. 2008 s. 849 var spørsmålet hvem som hadde personell kompetanse til å ta ut søksmål. Her vektla mindretallet at barnevernstjenestens leder, som fagperson med oversikt over området, hadde en langt større innsikt i og forståelse for om det forelå behov for å ta ut søksmål.

4.4.4 Sakens viktighet, prinsipielle eller politiske karakter

Spørsmålet blir deretter hvilke hensyn som skal vektlegges ved tvil. Et annet moment som kan være viktig ved vurdering av hvem som i utgangspunktet er tillagt en personell hjemmel, er sakens *viktighet, prinsipielle eller politiske karakter*. Grovt sagt vil saker av slik karakter normalt høre hjemme i politiske nivåer.

Et lignende problem har vært omtalt i litteraturen, men da som et spørsmål om innholdet og rekkevidden av GrL. § 28, samt kommunelovens grenser i «prinsipielle saker».⁹⁸⁷ Grunnloven § 28 krever for eksempel at «viktige» saker behandles i statsråd, og litteraturen diskuterte i etterkrigstiden hvor denne grensen gikk. Etter hvert gikk man over til å hevde at det måtte være opp til Regjeringen selv å avgjøre hva som var viktig.⁹⁸⁸ Dette ble også

⁹⁸⁶ Svaret er trolig ja. Kravet om beredskapstjenester ble uttrykt i forarbeidene til lovendringen foretatt av Solberg-I-regjeringen, se Prop. 116 L (2020-2021) *Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven (godkjenningsmodell for fritt brukervalg)* s. 22–23. Dette var nærmest en logisk forutsetning for at det skulle kunne foretas et «fritt» brukervalg, men særlig KS mente det grep inn i det kommunale selvstyret. Merkelig nok valgte Støre I-regjeringen, som politisk var motstandere av ordningen med fritt brukervalg å fjerne ordningen, men samtidig også plikten til å ha et tilbud i egenregi, se Prop. 63 L (2021-2022) *Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven mv. (oppheving av lovregel om godkjenningsmodell for fritt brukervalg m.m.)* s. 2.

⁹⁸⁷ Se drøftelsen av kriteriet «prinsipielle» saker hos Bernt og Overå: *Kommuneloven 2018 med kommentarer*, Kommuneforlaget, 2019 s. 48.

⁹⁸⁸ Se for eksempel Fliflet 2017 s. 231 flg., Smith: *Konstitusjonelt demokrati*, Fagbokforlaget, 2021 s. 230.

bekreftet av Høyesterett i Rt. 1992 s. 1401 *Hereema*. Høyesterett la der til grunn at tolkningen av Grl. § 28 normalt vil være et spørsmål Regjeringen selv kan avgjøre.

Etter dette var det stille om Grl. § 28 frem til Covid-19, da Helsedirektoratet vedtok det statsministeren kalte «... de mest inngripende tiltakene Norge har hatt i fredstid» med hjemmel i smittevernloven.⁹⁸⁹ Dette har vakt noe diskusjon i litteraturen, der Holmøyvik argumenterer for at lovgivningen var i strid med Grl. § 28,⁹⁹⁰ mens Smith anser ordningen som i samsvar med de siste tjue årenes omfattende delegering til ytre etat.⁹⁹¹

En bruk av § 28 som kan bli langt viktigere, men har fløyet under radaren, er statsråd Borten Moes instruksjon av Nord universitet om å opprettholde lærerutdanningen på Nesna.⁹⁹² Til mediene uttrykte statsråden at dette ble begrunnet med at Regjeringen etter Grl. § 28 skal kunne treffe avgjørelser i viktige saker.⁹⁹³ I den konkrete saken var en slik henvisning antakeligvis overflødig. I saker om omorganisering av universitetsstrukturen har Regjeringen historisk sett fattet den endelige beslutningen, men dette har bare vært sandpåstroing på institusjonenes innstilling. Dette må ses i sammenheng med universitetenes faglige uavhengighet. I den aktuelle saken kan man på grunn av den historiske praksisen likevel si at statsråden var i sin fulle rett til å instruere, uten å gripe inn i universitetenes autonomi. Henvisningen til Grl. § 28 er imidlertid tankevekkende: Hvis Stortinget velger å gripe inn i stadig større deler av Regjeringens instruksjonsmyndighet, så vil Grl. § 28 igjen kunne bli en viktig paragraf, men da som et virkemiddel for Regjeringen til å sette seg over Stortingets tildelinger av uavhengighet. I så fall får bestemmelsen en helt annen funksjon enn den man historisk sett har diskutert, som har vært å forhindre at *Regjeringen* delegerer for viktige saker ut av statsråd. Dette er viktig av hensyn til Stortinget, som får rett på å se protokollene fra statsråd, men det er ikke et veldig sterkt hensyn ettersom Stortinget har andre kontrollmuligheter. Det er denne begrensningen i Regjeringens delegeringsadgang som Høyesterett ga opp i *Hereema*, som i lys av den omfattende delegeringen i den moderne forvaltningen må anses som relativt forsvarlig. Det er derimot langt mer problematisk hvis det er opp til Regjeringen selv å vurdere hva som er viktige saker, dersom dette betyr at Regjeringen selv kan bestemme hvilke områder den kan instruere underordnede forvaltningsorgan på, til tross for Stortingets avskjæring av denne instruksjonsmyndigheten. I så fall vil Grl. § 28 brukes til å begrense Stortingets innflytelse på forvaltningens organisering på en måte som det er gode grunner til å argumentere mot. Derimot er Høyesteretts uttalelse forsvarlig i den utstrekning man diskuterer Grl. § 28 som et delegeringsforbud.

⁹⁸⁹ NOU 2021:6 *Myndighetenes håndtering av koronapandemien* s. 15.

⁹⁹⁰ Holmøyvik: *Utgreiing av statsrettslege spørsmål i samband med styresmaktens handtering av Covid-19*, 2020

⁹⁹¹ Smith 2022 s. 183.

⁹⁹² Se Statsråd 29. april 2022, pressemelding <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/regjeringen-sikrer-hoyere-utdanning-pa-nesna/id2910810/>.

⁹⁹³ Se bl.a. Dagbladet, Kirsten Karlsen, «Sikrer Campus Nesna: Tar makt fra styrene», 29. april 2022.

Som yttergrenser for delegeringsadgang har disse bestemmelsene relativt begrenset rettslig betydning, slik litteraturen også har lagt til grunn tidligere.⁹⁹⁴ Bestemmelsene bør likevel brukes som *grunnlag for tolkning*.⁹⁹⁵

Kjernetilfellet her er ved tilfeller der et tolkningsalternativ er å legge myndigheten til et *ledende organ*.⁹⁹⁶ Argumentet slår allment inn for å vurdere delegering *internt* i organer, der lederen vanligvis må ta ansvar for organets viktige beslutninger.⁹⁹⁷ Særlig innenfor nemnder har spørsmålet om saker kan behandles av lederen eller sekretariatet stor betydning,⁹⁹⁸ og spørsmålene drøftes godt av Overå.⁹⁹⁹ Det oppstår fortsatt en del tvister i slike saker.¹⁰⁰⁰ Men også ellers har Høyesterett antatt at viktige beslutninger må forankres på et høyere nivå i virksomheten. Den naturlige løsningen her vil ofte være å si at *hjemmelen* i utgangspunktet ligger til det øverste organ, som *eventuelt* kan delegere.

I Rt. 1984 s. 844 uttrykker Høyesterett generelt om delegering av påtalemyndighet at

«Slik straffeloven § 79 er bygget opp, gir den uttrykk for et temmelig restriktivt syn på hvem som skal kunne begjære påtale. Avgjørelsen skal treffes på et relativt høyt nivå. Lovgiveren har her funnet å la de praktiske behov vike for den viktighet man har ment en slik beslutning har.» (s. 845)

I denne saken tolket man «rådmann eller kontorsjef» innskrenkende på bakgrunn av sakens viktighet, slik at kommuner som hadde rådmann og kontorsjef måtte legge myndigheten til rådmannen. Også i Rt. 1972 s. 240 tolket man en kongelig resolusjon innskrenkende. Resolusjonen la påtalemyndighet til direktøren, men man hadde senere omorganisert slik at virksomheten fikk styre. Høyesterett kom derfor til at saken burde vært behandlet av «... det ledende organ ...», altså styret, og den klare ordlyden ble dermed tilsidesatt på grunn av sakens viktighet. Også Rt. 2002 s. 1403 gir et eksempel. Her aksepterte Høyesterett en delegering av påtalemyndighet under tvil,

⁹⁹⁴ Se om hensynet til mindretallet i Opsahl 1965 s. 125.

⁹⁹⁵ Se f.eks. i NOU 1974:53 *Mål og retningslinjer for reformer i lokalforvaltningen* s. 10. Motsatt vil saker som handler om rettsikkerhet vanligvis kunne unntas fra politisk behandling, som jeg kommer tilbake til like nedenfor. Dette har Stortinget generelt lagt til grunn, se særlig Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 9.

⁹⁹⁶ Sml. også Bernt 1989 s. 281 som diskuterer «... kravet om at visse typer avgjørelser skal treffes innenfor rammen av et kollegialt politisk system.»

⁹⁹⁷ Betydningen av interne delegeringsskranker drøftes også særlig i Tøssebro 2021 s. 274—275.

⁹⁹⁸ I fvl. § 11 c) er Regjeringen gitt myndighet til å gi regler om nemnder, herunder «... regler om saksbehandlingen i nemndene og om delegasjon innen nemnda eller til nemndas sekretariat», både generelt og for enkeltnemnder. Denne myndigheten er imidlertid aldri benyttet, så vidt jeg kan se fra lovdatas forskriftsdatabase. Det hadde antakeligvis vært mer hensiktsmessige enn å operere med en ulovfestet adgang til intern delegering i et uklart antall tilfeller, se nærmere i NOU 2019:5 s. 483.

⁹⁹⁹ Se generelt Overå 1976 s. 128 flg.

¹⁰⁰⁰ Se f.eks. LB-2005-79261, anke avvist i HR-2006-923-U og LB-2009-76729, anke avvist HR-2010-611 fra utlendingsnemndas praksis. Se også NOU 2019:5 s. 483 flg. med videre henvisning til praksis og annen litteratur.

men uttrykte obiter dictum at delegering til alminnelige saksbehandlere ville være ulovlig, på grunn av sakens viktighet. Tilsvarende er også lagt til grunn av Sivilombudet.¹⁰⁰¹

Som diskutert i kapittel 2 punkt 2.3.3 vil hva som er en «viktig» eller «prinsipiell» sak er et vanskelig spørsmål å si mye konkret om, og vil åpenbart variere.¹⁰⁰² En antydning kan man få ved å undersøke hvilke tilfeller lovgiver har lagt myndighet til «Kongen i statsråd» eller «Kommunestyret selv», som innebærer en delegeringssperre. En oversikt gis av Holmøyvik.¹⁰⁰³ Ellers vil uttrykte oppfatninger fra politiske organer spille en sentral rolle.

I kommunene må beslutningen treffes av kommunestyret selv ved blant annet utvelgelse av meddommere,¹⁰⁰⁴ for vedtak om plan om forebyggende arbeid etter den eldre barnevernloven,¹⁰⁰⁵ for overordnet ansvar og ekspropriasjonsvedtak etter plan- og bygningsloven,¹⁰⁰⁶ for vedtakelse av forskrift om diverse tiltak etter brann- og eksplosjonsvernloven,¹⁰⁰⁷ for tildeling av vigselfrett etter ekteskapsloven,¹⁰⁰⁸ for inngåelse av samarbeidsavtale med regionalt helseforetak,¹⁰⁰⁹ for påtale etter folkehelseloven,¹⁰¹⁰ for forskrift om forurensing og saksbehandlingsgebyr etter havne- og farvannsloven,¹⁰¹¹ samt til valg av valgstyre etter valgloven.¹⁰¹²

Det er for min del viktig å peke på at *organisatoriske* beslutninger ofte bør anses å være «viktige» eller «prinsipielle».¹⁰¹³ Vanligvis vil for eksempel *kompetansen til å delegere ligge hos virksomhetens ledelse*, fordi det er ledelsen som har ansvar for å organisere arbeidet. Det samme gjelder beslutninger om hvem som skal ha ansvar for kontroll, oppfølging, og lignende.¹⁰¹⁴ Det vil også gjelde en sterk formodning for at ansvaret for å håndtere evalueringer, kontroller, og lignende, normalt påhviler organets øverste instans, som følge av at denne instansen har det endelige ansvaret.¹⁰¹⁵ I forarbeidene til

¹⁰⁰¹ Se SOM-2020-672 der det var usikkerhet om lederen for ansettelsesutvalget var gitt myndighet, eller om utvalget som sådan var tildelt denne myndigheten. Dette var ikke skriftliggjort og dels et bevissspørsmål, men ombudet la til grunn at formodningen måtte være at utvalget som organ var tillagt myndigheten.

¹⁰⁰² Jf. Opsahl 1963 s. 2.25.

¹⁰⁰³ Holmøyvik 2020 s. 40–42

¹⁰⁰⁴ Domstoll. § 66.

¹⁰⁰⁵ Barnevernloven § 3-1 (2).

¹⁰⁰⁶ Plan- og bygningsloven § 3-3 og §§ 16-2 og 16-3.

¹⁰⁰⁷ Brann- og eksplosjonsvernloven, §§ 7, 13 og 28.

¹⁰⁰⁸ Ekteskapsloven § 12.

¹⁰⁰⁹ Hol. § 6-1.

¹⁰¹⁰ Folkehelseloven § 18.

¹⁰¹¹ Havne- og farvannsloven §§ 5 og 33.

¹⁰¹² Valgloven § 4-1.

¹⁰¹³ Se for eksempel NOU 1990:13 s. 138 om adgangen til å delegere årsbudsjett, økonomiplan, kommuneplan.

¹⁰¹⁴ Eksempelvis fastsetter kommuneloven at kommunestyret og fylkestinget har et overordnet kontrollansvar jf. § 22-1, at de velger kontrollutvalg jf. § 23-1, at de planlegger forvaltningsrevisjon jf. § 23-3, eierskapskontroll § 23-4, valg av revisor jf. § 24-1, og så videre. I statlig sektor reguleres spørsmålet mest generelt av Bestemmelser om økonomistyring i staten og FOR-2003-12-12-1938, Reglement for økonomistyring i staten.

¹⁰¹⁵ I samme retning, Opsahl 1965 s. 219. Nærmere om kontroll i kapittel 4.

kommunelovens regler om interkommunalt samarbeid argumenterer for eksempel departementet for «... ein føresetnad om at kommunen alltid skal ha bestillarfunksjonen i forhold til dei konkrete ytingane innbyggjarane i kommunen har krav på (eller kommunen ønskjer å tilby).»¹⁰¹⁶ Uttalelsene henger sammen med forutsetningen om at ansvar ikke kan overlates til delegaten, som er tema i kapittel 6 og 7. Det delegerende organs ansvar for å styre og kontrollere sin delegat kan *ikke vanligvis i seg selv delegeres*, fordi man da nærmer seg en overlating av ansvaret.

Et eksempel gir JDLOV-1981-2889, der spørsmålet var om en kommune kunne delegerer adgangen til å vedta budsjettet for en interkommunal skole, til andre kommuner. Lovavdelingen forutsatte at dette krevde særskilt hjemmel.

Et viktig argument for hvorfor man bør legge myndighet øverst i organisasjonen er at disse nivåene vil ha muligheten til å se beslutningen i en større sammenheng, og vanligvis ha tilgang på andre kompetanser som kan vise seg å være nødvendig, for eksempel fordeling av ressurser. Ansvar følger ikke alltid myndighet, men det *bør* ofte være slik. Som opplæringslovutvalget formulerer det, kan et generelt utgangspunkt være at «... den som rår over virkemidlene som er nødvendige for å etterleve plikten, skal være pliktsubjekt.»¹⁰¹⁷ Mer generelt kan et slikt argument tilsi at myndigheten, ved tvil, antas å ligge til det nivået som er pliktsubjekt. Dette nivået kan i så fall delegerer myndigheten videre, hvis det er ønskelig, og rettssikkerhetsargumenter ikke tilsier en annen løsning.

Overordnede vil også noen ganger kunne ha anledning til å gripe inn dersom saken er tilstrekkelig viktig. Nødsituasjonen begrunnet den utvidende tolkningen av personell hjemmel i Rt. 1934 s. 444. En sildepakkeforening saksøkte Staten og Stor- og Vaasildlaget for tap som følge av at de var tildelt en svært liten kvote av den fisken som skulle eksporteres. Problemstillingen var om eksportrådet, et organ opprettet etter direktiv fra Handelsdepartementet, hadde kompetanse til å treffe et slikt vedtak i førsteinstans. Problemet var at eksportrådet egentlig skulle være ankeinstans. Nøyaktig hva som var formålet med organet og saksbehandlingsreglene for organet, var noe uklart i saken, da de ikke hadde blitt dokumentert og måtte bevises for Høyesterett gjennom avisutdrag. Avgjørende for Høyesterett var likevel at Eksportrådet måtte kunne gripe inn i det konkrete tilfellet, da det hadde oppstått en «... nødstilstand ...» (s. 445). Det er noe uklart hva den konkrete nødstilstanden var. Alt som fremgår av byrettens dom var at det i året 1931 kom svært mange søkere og var store uenigheter innad i

¹⁰¹⁶ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 65 flg. Man bruker ikke en slik avgrensning i lovforslaget, men lovforslaget innfrir en slik avgrensning.

¹⁰¹⁷ NOU 2019:23 *Ny opplæringslov* s. 168.

sildesalgslagene. Dommen indikerer likevel at man kan akseptere at overordnet organ uten kompetanse griper inn i en nødsituasjon.¹⁰¹⁸

4.4.5 Faglighet og rettssikkerhet (utgangspunkt)

Som allerede diskutert ovenfor i punkt 4.2.3 er det nødvendig å ta høyde for organisatoriske forholds betydning for *faglig forsvarlighet* og *rettssikkerhet*. Spørsmålet her er om argumentasjon basert på rettssikkerhet kan tilsi at personelle hjemler tolkes utvidende eller innskrenkende.

Man kan for eksempel tenke seg tilfeller der behandlingen i organ A vil være vesentlig svakere enn i organ B. Der det er et stort avvik mellom de to organenes faglige eller juridiske kompetanse kan forskjellen gi en grunn til å tolke personell kompetanse innskrenkende for det svakere organ. Mer generelt fremstår det relevant å ta hensyn til helheten av de institusjonelle betingelsene organet arbeider innenfor. Et særskilt viktig eksempel er tilfeller hvor spørsmålet er om beslutningen ligger til et *politisk* organ eller et *faglig* organ. Hvis beslutningen angår rettssikkerhetshensyn er det gode grunner til å legge til grunn at beslutningen skal treffes av det *faglige* organet, fordi hensynet til faglig forsvarlighet (ofte) er viktigere enn demokratiske hensyn, i slike tilfeller.¹⁰¹⁹

Et eksempel på er Rt. 2008 s. 849. Her var spørsmålet om det var barnevernstjenesten eller kommunestyret og formannskapet som hadde rettsmiddelkompetanse etter barnevernsloven. Både flertallet og mindretallet konkluderte med at barnevernstjenesten hadde kompetansen. Flertallet løste spørsmålet på bakgrunn av delegeringsreglementet. Resonnementet til mindretallet var imidlertid basert på en tolkning av hvor loven la personell kompetanse. Barnevernloven § 2-1 anga at barnevernstjenesten var ansvarlig for «... den forvaltningsmessige behandling av barnevernssaker ...», slik flertallet uttrykker det (avsnitt 33). Mindretallet argumenterte imidlertid med at den særlige fagkompetanse som barnevernstjenesten hadde tilsa at § 2-1 måtte forstås slik at kompetansen ble tildelt tjenesten (avsnitt 42).

¹⁰¹⁸ Imidlertid er dommen enda mer spesiell ved at det var fiskernes organisasjoner selv som egentlig skulle avgjøre saken i førsteinstans. Selv om grunnlaget for eksportrådets virksomhet var uklart, er det nærliggende å karakterisere det som et konfliktløsningsråd, eller en voldgiftsdomstol på dette spesifikke området, se dommen s. 445: «I første instans skulde fordelingen mellom de enkelte firmaer eller eventuelt mellom distriktene søkes ordnet av vedkommende norske gruppe selv (Hullerringen, pakkerringen osv.). Avgjørelsen i første instans kunde innbringes for Eksportrådet, hvis avgjørelse blir endelig.» I praksis innebærer dette at Høyesterett innfortolker en ex-officio-mulighet for rådet. Den generelle rekkevidden av dommen er dermed ganske begrenset.

¹⁰¹⁹ Dette er også det sentrale grunnlaget for å gjøre forvaltningsorganer uavhengige, se bl.a. St.meld 19 (2008-2009) s. 74: «Avgjerdsmyndighet i enkeltsaker må sikre rettstryggleik og likehandsaming. Det kan, som i dag, i nokre tilfelle tale for at enkeltvedtak vert gjorde med fagleg sjølvstende gitt i lov.»

Rettsikkerhet innebærer at man må se personell hjemmel i sammenheng med de krav til kontroll og styring med delegater som stilles som betingelse for delegering, se kapittel 5 og 6. I et tilfelle der A har kontroll med B, men ikke med C, kan forskjellen for eksempel tilsi at hjemmelen må tolkes slik at B, men ikke C, har personell hjemmel.

Et kuriøst eksempel på dette er Rt. 1966 s. 1081. Helsedirektøren hadde i denne saken avslått en dispensasjonssøknad fra Homeopatforeningen om tilgang på medisiner uten resept. Spørsmålet i saken var om direktøren eller departementet satt på kompetansen, men Høyesterett ser helt vekk fra spørsmålet og tolker dermed den personelle hjemmelen utvidende. De uttrykker at det ikke var «... nødvendig i denne saken å avgjøre om helsedirektøren eller departementet i denne relasjon er den kompetente myndighet ... idet også jeg legger til grunn at Sosialdepartementet og helsedirektøren ... har opptrådt i full forståelse med hverandre.» (s. 1088). Dette er en utvidende tolkning som begrunnes i forutgående og/eller etterfølgende samtykke og kontroll. En bedre tilnærming ville være at departementet eventuelt delegerte sin kompetanse. Avgjørelsen er nok en kuriositet, som kan forklares av at manglende delegering var anført *av staten* som grunnlag for å avvise søksmålet. Man mente altså at fordi direktøren ikke hadde kompetanse, så hadde ikke motparten noen sak. Den utvidende tolkningen skjer dermed *til støtte* for borgeren: «Uten hensyn til hvem som etter forskriftene her er det kompetente organ ... [må] foreningen ... kunne få prøvet om vedtakene om avslag ... er mangelfulle.» (s. 1088).

I noen tilfeller kan også forutsetningen om at de to organene er underlagt samme rettslige krav svikte.¹⁰²⁰

Hensynet til faglig faglig forsvarlighet og rettsikkerhet gjør seg like sterkt gjeldende, noen ganger mer, ved faktisk forvaltningsvirksomhet. Ved å forstå delegering og organisering som å handle om plassering av et *ansvar* i mer sammensatt forstand, vil man også måtte ta høyde for ansvaret for *gjennomføringen av de vedtak som treffes*.¹⁰²¹

Tvangsutøvelse er det mest inngripende forvaltningen kan gjøre, og her er det svært viktig hvem som utøver tvangen. Et stykke på vei kan man si at *hva* man kan gjøre, og *hvem* som gjør det, er så godt som like viktige spørsmål. Faglige kvalifikasjonskrav i forbindelse med bruk av tvang er et viktig tiltak for å ivareta borgerens rettsikkerhet og fysiske trygghet.¹⁰²² Er tvangsutøveren en person med kunnskap og erfaring om hvordan tvang kan brukes, eller er det en som ikke vet at bestemte grep for å legge noen i bakken kan få fatale følger?

¹⁰²⁰ Se nærmere i kapittel 7 punkt X.

¹⁰²¹ Sml. også NOU 2019:14 s. 614 som uttrykker at «For den enkelte er gjennomføringen av tvangstiltaket ofte vel så viktig for rettsikkerheten som at det treffes vedtak av god kvalitet. Økt fokus på gjennomføringsfasen er derfor et hovedtrekk i utvalgets innstilling».

¹⁰²² NOU 2019:14 s. 620, som omtaler kvalifikasjonskravene i hol. kapittel 9 som «... et grep for å etablere en særlig rettsikkerhet ...».

Lovgiver har også tatt tvangselementet på alvor, og det er derfor i hovedsak politiet som har lov å utøve tvang, og gis utdanning, prosedyrer og andre krav til hvordan tvang brukes.¹⁰²³ Satt på spissen innebærer utvidende tolkninger av tvangshjemler en uthuling av politiets voldsmonopol. Kontrasten mellom norsk og dansk rett er her stor, hvor diskusjonen snarere har handlet om det overhodet kan delegeres tvangsmyndighet til private uten å uthule voldsmonopolet.¹⁰²⁴

Et eksempel på dette er yrkestransportloven, hvor man opprinnelig gav kollektivtransportsekskapenes egne ansatte tillatelse til å holde igjen passasjerer som ikke ville betale gebyr for manglende billett eller oppgi personalia.¹⁰²⁵ Selskapene så imidlertid store effektivitetsgevinster i å leie inn private vekterselskaper til å foreta billettkontroller.¹⁰²⁶ Dette var en utvidende tolkning man ikke hadde grunnlag for på grunn av eksplisitte uttalelser i forarbeidene.¹⁰²⁷ Tolkningen støttes og av at delegering av tvangsmyndighet til private burde understøttes av særskilte kontrollordninger eller andre mekanismer for å ivareta borgerens rettsikkerhet. Når dette ikke ble gjort eller vurdert tilsier det at man ikke mente å legge tvangsmyndighet til private. Dette fikk imidlertid først konsekvenser da Høyesterett skulle ta stilling til om disse vekterne var offentlige tjenestepersoner etter straffeloven, og konkluderte med at de ikke var det.¹⁰²⁸

I tillegg kan ansatte i deler av forvaltningens førstelinje, som i helse- og omsorgstjenesten, barnevernsinstitusjoner og kriminalomsorgen, utøve tvang og makt.¹⁰²⁹ I disse tilfellene er det særlig viktig at personene som utøver den aktuelle tvangen har den nødvendige

¹⁰²³ Sml. SOM-2007-2439, uten at det var personelle hjemmelsproblemer her. Det interessante er at ombudet problematiserer om politiet har hatt gode nok rutiner for å sikre at sine ansatte er kjent med færlig bruk av tvang. Dette kobler det personelle hjemmelskravet til kontrollordningene som finnes på området, sml. kapittel 7 pkt. X for nærmere omtale.

¹⁰²⁴ Se generelt Svendsen: «Forfatningsrettlige begrensninger i adgangen til å overlade myndighedsudøvelse til private», *UfR*, 2015, s. 191—200 for en omtale av diskusjonen, og Henrichsen: *Rammebetingelser for udlicitering av myndighedsoppgaver*, Responsum til Udliciteringsrådet, 2004, som tok opp spørsmålet først.

¹⁰²⁵ Se Ot.prp. nr. 74 (2001-2002) *Om lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova)* s. 18 flg. som diskuterer problemene her.

¹⁰²⁶ I *Vektere på bybanen* kommer retten til motsatt konklusjon, på bakgrunn av at det «... har blitt vanligere å sette ut større deler av vakt- og kontrolltjenester til vekterselskapet og lignende. Det er derfor neppe grunn til å ta uttalelsene i lovforarbeidene strengt på ordet. Transportsekskapene gjennomgår også en økende grad av rasjonalisering og mekanisering.» Det er i hovedsak likelydende argumentasjon som Samferdselsdepartementet bruker i sitt forslag til lovendring, se Samferdselsdepartementet: *Høringsnotat om vekteres tilbakeholdsrett på kollektivtransport*, 2022.

¹⁰²⁷ Ot.prp. nr. 74 (2001-2002) s. 35 omtaler problemstillingen eksplisitt, og det er nærliggende å lese disse som å gi en adgang til å delegerer tillatelsen i konkrete situasjoner, slik at «... tilsette i vaktsekskap berre kan halde reisande uten gyldig billett tilbake i samarbeid med tilsette i transportsekskapet som er til stades». Man krever altså at transportsekskapets egne ansatte kontrollerer vekterne, som sin delegat. Dette forutsetter imidlertid åpenbart noe mer enn at sjåføren — som skal passe på kjøretøyet i trafikken — er til stede i kjøretøyet, slik Ruter anfører i HR-2020-2126-A (*Tilbakeholdsrett for vektere*) (avsnitt 28) og lagmannsretten la til grunn i *Vektere på bybanen*.

¹⁰²⁸ *Tilbakeholdsrett for vektere* avsnitt 17—29.

¹⁰²⁹ Se strgf. §§ 28 og 29, hol. kapittel 9 og 10, pbrl. kapittel 4A, og bvl. §§ 10-6 og 10-7 jf. Forskrift om barns rettigheter i barnevernsinstitusjon §§ 5—9.

opplæring og faglige kunnskap til å gjennomføre den på forsvarlig vis, og å vurdere om vilkårene fortsatt er til stede.

En dom som illustrerer problemene ved å underdrive skillet mellom beslutning og gjennomføring er Rt. 1999 s. 1. Her tolket flertallet en personell hjemmel utvidende, slik at den som kunne gjennomføre også kunne beslutte, selv om loven var klar på at dette ikke skulle skje. Spørsmålet i saken var om polititjenestemenn kunne beslaglegge førerkortet ved mistanke om straffbart forhold. I tidligere instanser hadde man skilt mellom *tillatelsen* til å gjennomføre beslag, og *kompetansen* til å inndra førerretten. Det første kunne polititjenestemenn gjøre med hjemmel i lovens regel om beslag, mens det siste forutsatte en beslutning fra overordnede ledere innenfor politiet. I forarbeidene fremgikk det også uttrykkelig at selve inndragningsvedtaket skulle treffes av politimesteren selv, og man ga også føringer for adgangen til å delegere.¹⁰³⁰ Forskjellen på beslag og inndragning kom på spissen fordi tiltalte ikke hadde førerkortet tilgjengelig i møtet med politiet. Det var altså ikke noe å ta beslag i. Høyesteretts flertall mente at skillet mellom adgangen til å ta beslag, og det etterfølgende vedtaket ikke hadde betydning. Den enkelte polititjenestemann kunne dermed fatte vedtak om å inndra førerrett, for så å senere få dette godkjent av politimesteren eller annen kompetent ansatt.¹⁰³¹ At dette hadde vært praktisert over lengre tid, og de trafikksikkerhetsmessige hensyn som gjorde seg gjeldende kan nok forklare dommen.¹⁰³²

Når det gjelder andre tillatelser, som for eksempel å ta seg inn på noens næringseiendom, er ikke rettssikkerhetshensyn like viktige. Det har for eksempel mindre betydning om en saksbehandler fra skatteetaten deltar på et stedlig tilsynsoppdrag sammen med politiet og Arbeidstilsynet for å avdekke arbeidslivskriminalitet. Utgangspunktet er likevel at det bare er «Arbeidstilsynet» sitt «tilsynspersonell» som skal ha «uhindret adgang til ethvert sted» som omfattes av arbeidsmiljøloven. En utvidende tolkning av bestemmelsen vil derfor være problematisk.

Når det gjelder plikter som at kommunen skal sørge for «forsvarlig helsehjelp» eller «grunnskoleopplæring», er det viktig for borgeren hvem det er. At helsepersonell gir helsehjelp de har kompetanse til å gi og lærere gir undervisning i fag de har relevant kompetanse for, vil for pasienten og barna være av avgjørende betydning. Både opplæringsloven og helsepersonelloven inneholder regler som forsøker å ivareta disse hensynene. Man kan samtidig bruke rettssikkerhet som et argument mot at de personelle

¹⁰³⁰ Ot.prp. nr. 23 (1964-1965) *Om vegtrafikklov* s. 80.

¹⁰³¹ Retten uttrykker «Det er her klart forutsatt at den tidligere ordning med at polititjenestemenn kan beslaglegge førerkort på stedet skulle opprettholdes, slik det også har skjedd i praksis, og jeg anser praksis hjemlet i loven. Denne ordningen har særlig bakgrunn i hensynet til trafikksikkerheten. Hvis innehaveren ikke samtykker, må beslagsspørsmålet etterpå forelegges politimesteren eller annen politijurist»

¹⁰³² Praksisen finner egentlig grunnlag tilbake til Rt. 1950 s. 501.

hjemlene tolkes utvidende. Henholdsvis lærere og helsepersonell er da de *aktive* pliktsubjekter, selv om det er kommunen som er *passivt* pliktsubjekt.¹⁰³³ Det vil si at det for eksempel i utgangspunktet bare er personer med «... relevant fagleg og pedagogisk kompetanse» som i utgangspunktet kan innfri elevens rett til opplæring.¹⁰³⁴ I Opplæringslovsutvalgets forslag ble det også foreslått konkretisert til et krav om at læreren er faglig ansvarlig for opplæringen og skal forberede og følge opp opplæringen fysisk, med unntak av i praktisk nødvendige situasjoner.¹⁰³⁵ Departementet avviste å lovfeste utvalgets forslag.¹⁰³⁶

En innvending kunne vært at det avgjørende er hvilke resultater som oppnås, ikke hvem som gir helsehjelp eller grunnskoleopplæring. Et slikt argument kunne tatt form som et krav om «forsvarlig» opplæring eller helsetilbud, ofte omtalt i litteraturen som krav til *minstestandard*.¹⁰³⁷ At det gjelder en slik minstestandard er klart, og om standarden er innfridd må vurderes i lys av hvem som tilbyr opplæringen eller helsehjelpen. Det vil også spille en viktig rolle når man vurderer om det offentlige har gjort nok for å innfri minstekravet i en vurdering av om borgeren kan få erstatning.¹⁰³⁸ Likevel anser jeg det lite hensiktsmessig å bruke eksistensen av et minstekrav som et argument mot å stille andre substansielle krav.

Saksbehandlingsplikter står også i særstilling. Her vil rettssikkerhet stå sentralt. Det enkleste eksempelet er begrunnelsesplikten, som har til formål å sikre at forvaltningen selv skal tenke grundigere gjennom vedtaket sitt.¹⁰³⁹ Dersom de som skriver begrunnelse og utformer vedtaket ikke er samme organ, så oppnås ikke formålet.¹⁰⁴⁰ Den som har ansvar

¹⁰³³ Mer om dette nedenfor i omtalen av det differensierte ansvaret. Departementet presiserer også at kommunen er pliktsubjekt for kompetansekravene, se Prop. 57 L (2022-2023) s. 463.

¹⁰³⁴ Jf. oppl. § 10-1 og § 10-11. Regelen videreføres i ny lov, men departementet skal i samarbeid med partene arbeide videre med regelverket se Prop. 57 L (2022-2023) s. 442.

¹⁰³⁵ Se NOU 2019:23 s. 513 flg. med omtale av bl.a. lærerløse timer.

¹⁰³⁶ Prop. 57 L (2022-2023) s. 446. Innvendingene fremstår i hovedsak reguleringstekniske, som at kravet ikke er utredet og at grensetilfellene var vanskelige å regulere. Man skriver likevel at «... å lovfeste eit krav om at ein lærar som hovudregel må vere til stades saman med elevane i opplærings situasjonen, saman med eit tydelegare krav om at berre lærarar kan førebu og følgje opp opplæringa, kan gi betre føresetnader for at retten elevane har til ei forsvarleg opplæring, og at retten til vurdering blir oppfylte.»

¹⁰³⁷ Sml. Rt. 1990 s. 874 (*Fusa-dommen*) om helse og Rt. 1990 s. 360 (*Malvik I*) og Rt. 1993 s. 811 (*Malvik II*) om opplæring. Se generelt om minstestandard i Boe: «Domstolskontroll med forvaltningen: Åpne lovfullmakter og Høyesteretts svar i 90-årene», *Lov og rett*, 1994, s. 323—48 s. 339 flg.

¹⁰³⁸ Dette omtales mer utfyllende i kapittel 6 punkt X.

¹⁰³⁹ Sml. Rt. 1981 s. 745 (*Isene*) på s. 748.

¹⁰⁴⁰ I ekstreme tilfeller kan det også medføre at begrunnelse og vedtak står i direkte motsetning til hverandre. To saker som illustrerer dette (men da som følge av delegering), er LA-2021-61449 (*Delegering av begrunnelse*) og

for å treffe vedtak bør derfor også måtte ha ansvar for å begrunne vedtaket, noe som ikke bare gjelder for begrunnelsesplikten. Saksbehandlingen fra begynnelse til slutt er i utgangspunktet en samlet prosess der innhenting av fakta, kommunikasjon med borgeren, vurdering av alternativer, og så videre, inngår i en helhet. Å forsøke å stykke opp, går på tvers av relativt velprøvde organisasjonsmønstre.

Et eksempel på at feil person gjennomførte saksbehandlingen er Rt. 1955 s. 755. Her går imidlertid Høyesterett oppsiktsvekkende langt i å legge til grunn at delegering ikke kunne skje. Spørsmålet var om takstfastsettelsen for erstatning etter ekspropriasjon av motorkjøretøy var riktig fastsatt, som var en betingelse for gyldig ekspropriasjonsvedtak. Fastsettelsen skulle skje av Transportutvalget, men ble gjennomført av tidligere formann og nå bilsakkyndig A, uten noen fullmakt fra utvalget (s. 757). Bakgrunnen for dette var at samtlige medlemmer av Transportutvalget i Follo etter krigens slutt var arrestert pga. medlemskap i NS, og departementet hadde i den anledning utpekt A som ny sakkyndig. Høyesterett avviste likevel at disse ekstraordinære forholdene var tilstrekkelig grunn til å akseptere den sakkyndige vurderingen, mente vedtaket led av prosessuell svikt og kjente det ugyldig. Saken er i grenseland mellom en vurdering av delegeringsadgang og en vurdering av personell hjemmel.

4.4.6 Oppsummering

Tolkning av personelle hjemler må foregå ut fra utgangspunktet om en relativt liberal delegeringsadgang: Det skal derfor normalt mye til for å fortolke personelle hjemler utvidende, ettersom overordnet organ ofte kan sikre personell hjemmel ved delegering. Det er derfor lite behov for fleksibilitet. Generelt, men særlig ved vurdering av innskrenkede fortolkning vil imidlertid spørsmålets faglige eller politiske karakter stå sentralt.

4.5 Noen systematiske spørsmål i forlengelsen av det personelle hjemmelskravet

4.5.1 Hva er relasjonen mellom det personelle hjemmelskravet og det materielle hjemmelskravet

Et spørsmål som bør diskuteres er hva som er *relasjonen mellom* det personelle hjemmelskravet og det materielle hjemmelskravet. Fra et abstrakt ståsted er det relativt enkelt å skille mellom *hvem* som kan gjøre, og *hva* de kan gjøre. Svein Eng sorterer begge

NAD-1981-282 (*Begrunnelse med henvisning til annet organs vurdering*). I den første saken hadde administrasjonen innstilt at en søknad skulle godkjennes, mens politikerne avviste søknaden. Dermed manglet vedtaket «... henvisning til aktuelle hjemler og de deler av faktum som vedtaket bygger på, og gir ingen opplysninger om hva som har vært tillagt avgjørende vekt ...». Lagmannsretten kom til at vedtaket var ugyldig. I den siste saken hadde en person blitt avskjediget, og begrunnelsen hadde bare vist til innstilling fra et annet organ uten å foreta en selvstendig vurdering.

deler som hjemmelsspørsmål, og Graver benytter skillet i sin forvaltningsrettslige fremstilling.¹⁰⁴¹

I praksis er det lett å blande sammen de to, og spørre om begge deler samtidig, typisk med vekt på det materielle. Man spør om loven «... gir kommunene hjemmel ...» til det ene eller det andre, eller om «kommunen» har plikt til slik eller slik.¹⁰⁴² Det personelle aspektet bakes inn og tas for gitt i den materielle diskusjonen. Det må imidlertid være klart at enhver hjemmel både må angi *hva* og *hvem*, jf. konklusjonen om at det personelle hjemmelskravet er aksessorisk til materielle normer. Slik sett er det i utgangspunktet forskjellige spørsmål. Deltakerne i diskusjonen om legalitetsprinsippet er vanligvis bevisst dette, og avgrenser gjerne mot de personelle spørsmål.¹⁰⁴³

Det er likevel en risiko for å sammenblande spørsmål om delegering med spørsmål om materielle hjemmelskrav, fordi det historisk og i nåtid ikke er uvanlig å omtale legalitetsprinsippet, særlig presisjonskravet, som et forbud mot å delegere.¹⁰⁴⁴ Høyesterett nærmer seg spørsmålet på denne måten i både *Hvalolje* og *Treforedling*.¹⁰⁴⁵ Etterkrigstiden fløt over av kritikk mot «fullmaktslovgivningen» og vidstrakte delegeringer.¹⁰⁴⁶ Hopsnes og Solberg uttrykker også at

«... hensynene som ligger bak begrensningene i delegasjonskompetansen er i stor grad de samme som gjør seg gjeldende i forhold til inngrepsvurderingen etter legalitetsprinsippet.»¹⁰⁴⁷

Med andre ord: Det materielle hjemmelskravet formuleres som en begrensning på adgangen til å delegere. Hva er sammenhengen?

Legalitetsprinsippet jf. Grl. § 113 forutsetter at forvaltningens inngrep har hjemmel i lov. Dermed skal forvaltningens inngrep være hjemlet i en lov med *tilstrekkelig klarhet*. Det er

¹⁰⁴¹ Se Eng 1990 s. 655—656, se også Graver 2019 s. 553 som omtaler gruppen som hjemmelsnormer.

¹⁰⁴² Jf. HR-2021-2510-A (*El-sparkesykler*) avsnitt 15, min utheving.

¹⁰⁴³ Se f.eks. note 917.

¹⁰⁴⁴ Se generelt Iancu 2012, som bl.a. omtaler det tyske delegeringsforbudet som et forbud mot å gi lover der man ikke angir innhold, formål og omfang ((Inhalt, Zweck und Ausmaß), s. 160.

¹⁰⁴⁵ Se *Hvalolje* s. 1101 og *Treforedling* på s. 960.

¹⁰⁴⁶ Se kapittel 1 punkt X.

¹⁰⁴⁷ Hopsnes 2005 s. 109.

for eksempel klart at Stortinget ikke kan vedta en lov som sier at forvaltningen kan «gjøre hva den vil». Høyesterett har uttrykt at en forvaltningsmyndighet ikke «uten lovhjemmel [kan] definere sin egen forskriftskompetanse ...».¹⁰⁴⁸ Forstått på denne måten er legalitetsprinsippet en skranke for delegering, i den forstand at hvis man *har delegert* lovgivningskompetanse til et annet organ, så gjelder det visse skranke for utøvelsen av denne.

Innholdet i presisjonskravet kan derfor angis å være at den materielle hjemmelen må være tilstrekkelig avgrenset *dersom* den tilhørende personelle myndigheten, er lagt til andre organer enn Stortinget selv.¹⁰⁴⁹ Som særlig poengteres av Krarup: Det statsrettslige delegasjonsproblem *glir over i* det forvaltningsrettslige utfyllings- og presisjonsproblem.¹⁰⁵⁰ Hopsnes/Solberg har slik sett rett, i den forstand at begrensningene bak Stortingets kompetanse til å legge vide hjemler til forvaltningen, er de samme begrensningene som følger fra legalitetsprinsippet, fordi de snakker om ulike aspekter av samme rettslige fenomen.¹⁰⁵¹

Koblingen til delegeringsbegrepet er likevel interessant. For det første er delegering en faktisk betingelse for at problemstillingen skal oppstå. For det andre har delegeringsreglene også til formål at de forsøker å ivareta og skape gode betingelser for skjønnsutøvelse. Det materielle hjemmelskravet setter *ytre grenser* for skjønnet, mens grensene for adgangen til å delegerer handler om å sikre *gode institusjonelle betingelser for* skjønnet ved å avgrense hvem som kan utøve myndighet, at myndighetsutøvere må kontrolleres av andre, og at myndighetsutøvere må kunne stilles til ansvar. Vi har altså å gjøre med to ulike måter å tenke om hvordan forvaltningens skjønnsutøvelse skal rammes inn, begrenses, og legitimeres.¹⁰⁵² Det personelle og det prosessuelle henger sammen, fordi de begge kan

¹⁰⁴⁸ HR-2018-1907-A (*Blom Fiskeoppdrett*) avsnitt 49.

¹⁰⁴⁹ Dette går mer klart fram av Opsahl 1965 s. 346 flg. Det følger av Grunnlovens ordning, der Stortinget tillegges materiell og personell hjemmel til å vedta lover, noe forvaltningen ikke gjør.

¹⁰⁵⁰ Krarup 1969 s. 179 flg.

¹⁰⁵¹ Men da ikke fordi de er analoge: De er det samme kravet. Se mer generelt om betryggende organisering som moment i vurderingen av presisjon etter EMK i Skjerdal: «Hva betyr 'klar lovhjemmel'? Legalitetsprinsippet som grunnprinsipp og nyansert rettsregel», *Jussens Venner*, 2001, s. 337–64, særlig s. 350 flg., der Skjerdal begynner med å skrive at det «... reelle vurderingstemaet er om hele rammeverket om forvaltningens skjønnsmyndighet i tilfredsstillende grad ivaretar enkeltindividets rettssikkerhet, herunder hensynet til forutsigbarhet.»

¹⁰⁵² Sml. Molanders fremstilling av Alexys skille mellom epistemisk og strukturelt skjønn i Molander 2016 s. 62–63: «Structural mechanisms restrict the scope for discretion or put restrictions on the behavior of actors with discretionary authority, whereas epistemic mechanisms place emphasis on improving the conditions for and the quality of discretionary reasoning.»

betraktes som den samme måten å strukturere skjønnsutøvelsen på, mens det materielle handler om skjønnets omfang. Prosess og organisering er uløselig knyttet sammen, slik drøftelsen i 4.2.6 også argumenterte for.

Presiseringen av denne sammenhengen gjør at man også kan formulere de to som gjensidig-avhengige deler av forvaltningens virksomhet. Løse materielle og prosessuelle skranker bør kompenseres med strenge personelle krav, og vice versa.

I noen tilfeller ser man at denne sammenhengen berøres i rettspraksis. I senere tid har Høyesterett modifisert legalitetsprinsippet i lys av hvilke organer som blir tildelt den (vide) materielle hjemmelen. En (ofte glemte) del av Fjordlaks-dommen er at Høyesterett mener det vil gjelde et strengere (materielt) hjemmelskrav hvis det er private virksomheter som har ansvar for å bruke myndigheten.¹⁰⁵³ Uttalelsen blir delvis fulgt opp i HR-2019-2395-A, der Høyesterett kommer til at det materielle hjemmelskravet må tolkes i lys av at den som var tildelt myndighet var et privat organ uten saksbehandlingsrutiner eller andre kjennetegn for betryggende forvaltningsvirksomhet.¹⁰⁵⁴

Hvorvidt materielle vilkår er innfridd kan også påvirkes av personelle forhold. Et eksempel på dette er Borgartings avgjørelse i LB-2004-99692, der spørsmålet var om en person hadde gjennomført «hensiktsmessig behandling» for å motta uføretrygd, blant annet på grunn av psykiske plager. Psykologen som hadde gitt personen oppfølging manglet imidlertid autorisasjon. Lagmannsretten uttrykte at den manglende autorisasjonen var et «... meget tungtveiende argument ...» mot at vilkåret i loven var innfridd.¹⁰⁵⁵ Vice versa kan personelle forhold påvirkes av tolkningen av det materielle innholdet i en kompetanse. Dette kan typisk være tilfelle der et underordnet organ har kompetanse til å avgjøre ikke «vesentlige» saker. Svaret på om virksomheten har personell kompetanse beror i så fall på en tolkning av kompetansens materielle innhold.¹⁰⁵⁶

Konsekvensen av et slikt ståsted er at det i prinsippet kan tenkes at ett organ anses å ha hjemmel, mens et annet organ i et tilsvarende tilfelle *ikke* har (materie)ll hjemmel. Dette kan fremstå noe kontraintuitivt, men kan forstås som et utslag av en mer helhetlig tenkning rundt hjemmelsspørsmål, der organisatoriske aspekter har en naturlig plass.¹⁰⁵⁷ Som jeg

¹⁰⁵³ Rt. 1995 s. 530 (*Fjordlaks*) på s. 537, uttrykker at det vil «... komme inn i ... helhetsvurdering[en] ...» at myndigheten ble utøvd av et privat organ.

¹⁰⁵⁴ Se HR-2019-2395-A (*Reintallsreduksjon II*) avsnitt 82—87.

¹⁰⁵⁵ LB-2004-99692 (*Psykolog uten autorisasjon*)

¹⁰⁵⁶ Sml. f.eks. SOM-2010-2823.

¹⁰⁵⁷ I samme retning Skjerdal 2001 s. 361: «For en som er oppfostret i den norske rettstradisjonen kan det iallfall synes naturlig å skille ut rettssikkerhetsspørsmål som går på hele rammeverket om forvaltningens myndighetsutøvelse, derunder spørsmål som går på kontrollen med forvaltningen. Men antagelig er det bare en

kommer tilbake til i kapittel 7 gir dette også mening motsatt vei, slik at man må tilpasse behovet for hierarkisk styring til graden av skjønnsutøvelse.

4.5.2 Grensetilfellet: Lovgivning via henvisning

Et saksfelt som illustrerer sammenhengen mellom det personelle og materielle aspektet av forvaltningens hjemmelskrav, er de etter hvert mange eksemplene på *lovgivning via henvisning*, gjerne til internasjonale organisasjoner som EU, OECD, ISO, eller lignende. Slik lovgivning forutsetter vanligvis en *vag* norm, som man i forarbeidene eller i forskrift presiserer gjennom å henvide til et annet organs praksis. Forurensingsforskriften angir for eksempel en rekke av sine nærmere krav ved henvisning til diverse ISO-standarder.¹⁰⁵⁸ Argumentet for dette er dels effektivitet, dels behov for internasjonal samordning og standardisering, og dels behov for særlig faglig kompetanse. Utfordringen er om det kan finnes det grenser for hvor langt man kan gå i å henvide på denne måten? Spørsmålet behandles bare helt kortfattet her, og fortjener mer oppmerksomhet.

Svaret beror egentlig *både* på den materielle og den personelle siden av forvaltningsretten, og delvis, på sammenhengen mellom dem.

På den ene siden kan man se slik praksis som eksempler på *delegering*. I forarbeidene til spesialisthelsetjenesteloven la for eksempel departementet til grunn at det i «forskrift etableres vilkår for godkjenning at virksomheten er sertifisert etter ISO-9001 kvalitetsledelse e.l.». Man antok eksplisitt at dette ikke ville være en delegering til privat aktør, fordi et norsk forvaltningsorgan beholdt den formelle godkjenningsmyndigheten, og bare skulle legge til grunn sertifiseringsorganets vurdering. Man antok derfor at fordi «... godkjenningsmyndigheten vil være et underordnet forvaltningsorgan, [så] kan sertifiseringsorganet være en privat aktør.»¹⁰⁵⁹

I et slikt tilfelle kan det se ut som departementet ønsker å unngå den politiske kontroversen (som hadde vært synliggjort i høringen), og av den grunn nøyer seg med å *henvide* til den

smakssak om man vil benytte lovskravet som et stikkord eller overbegrep på de ulike sidene av hjemmelsproblematikken, eller om man foretrekker å tale om et lovskrav pluss noe mer.»

¹⁰⁵⁸ Forurensingsforskriften, f.eks. vedlegg 1 til del 2, Støy.

¹⁰⁵⁹ Prop. 83 L (2017-2018) *Endringer i spesialisthelsetjenesteloven (godkjenning av virksomheter og helsetjenester)* s. 34.

private aktøren. I slike tilfeller kan delegeringssynspunkter være sentrale (også fordi det ikke er snakk om et inngrep, slik at materielle krav uansett vil være svakere). Som jeg kommer tilbake til i kapittel 7 vil spørsmål som hvordan det godkjennende organ kontrollerer og selvstendig vurderer ISO-organets sertifisering, være sentrale. Det kritiske spørsmålet vil være: Hvordan kan den norske godkjenningmyndigheten reelt sett ivareta sitt *eget* ansvar for å godkjenne spesialisthelsetjenester, når den reelt sett overlater oppgaven til et annet organ?

Svaret på dette bør være at det norske godkjenningsorganet i noen utstrekning må ha faglig kunnskap, kapasitet, og informasjon, som gjør at den kan foreta en selvstendig og kritisk vurdering av ISO-organets sertifisering. Forutsetningsvis må også det norske organet gjøre en forhåndskontroll av prosedyrene og kvaliteten på det aktuelle sertifiseringsorganet. Her er det forskjell på organisasjoner som ISO og mer uformelle ordninger. Det ligger altså nær å simpelthen oppstille de samme krav som *om* delegering til ISO-organet hadde foreligget. Jeg stiller meg også tvilende til om en slik praksis kunne vært etablert på ulovfestet grunnlag.

Dette har ikke minst å gjøre med de *demokratiske* betenkeligheter knyttet til å overlate sammensatte reguleringsprosjekt til organer som ikke er underlagt et norsk politisk organ, og selv om det norske organet formelt bevarer ansvar for de beslutninger som treffes, skjer det en ansvarsapulverisering. Hvis man (*de facto*) tildeler omfattende beslutningsmyndighet til private eller internasjonale organer vil dette kunne støte an mot grenser i Stortingets delegeringskompetanse.¹⁰⁶⁰ Hvis Stortinget opphevet avtaleloven og erstattet denne med en henvisning til en europeisk privatrettsstandard som DCFR, ville dette være i strid med Grunnloven.¹⁰⁶¹ Hvor langt Stortinget kan gå i å delegere lovgivende myndighet må være *mindre* ved delegering til organer Stortinget ikke selv har ansvar for, styrer, og kontrollerer, enn delegering til Regjeringen og forvaltningen.

Jeg har ikke gjort fullstendige kildesøk her, men Rt. 1958 s. 48 illustrerer den motsatte løsningen. Her hadde Prisdirektoratet kunngjort priser for rørleggerarbeid i samsvar med

¹⁰⁶⁰ Om delegering til internasjonale organer jf. § 115, se omtalen i Opsahl 1965 s. 163 og innledningsvis punkt 1.1.6.

¹⁰⁶¹ Opsahl 1965 s. 74 flg. om generalfullmakten.

prisloven, og henvist til prisliste utgitt av Norske Rørgrossisters forening. Høyesterett omtaler henvisningen som «... ikke noen ... delegasjon av prisfastsettingsmyndighet ...», men heller som at bestemmelsene var «... trukket inn som et hjelpemiddel ved reguleringen av prisene ...».¹⁰⁶²

På den andre siden, som den nevnte saken illustrerer, kan spørsmålet ses under synsvinkelen av materielle hjemmelsspørsmål. Spørsmålet i slike tilfeller vil da være om henvisninger til andre organer kan fungere rettslig grunnlag for å treffe beslutninger. Dersom beslutningen innebærer et *inngrep* overfor borgeren, vil legalitetsprinsippet jf. Grl. § 113 kreve at beslutningen har hjemmel i lov. Utgangspunktet må da være at det finnes en norsk lovhjemmel. Utvidende tolkning på bakgrunn av henvisning til praksis fra et annet organ ser jeg ikke gode grunner til å akseptere.

Presiserende tolkning står i en annen stilling. Som et utgangspunkt vil presiserende tolkninger være noe forvaltningsorganet selv kan foreta. Spørsmålet blir derfor om det kan foreta presiserende tolkninger som er foretatt av et annet organ. Hvis man for eksempel har en ansvarsnorm som skal fortolkes i lys av soft-law-dokumenter om beste-praksis, kan det anføres gode grunner for å betrakte retningslinjene på samme måte som forvaltningsinterne *instrukser eller retningslinjer*. I så fall blir spørsmålet om presiseringen er betenkelig fordi den innebærer en overdreven standardisering av skjønnsutøvelsen, slik at påbudte hensyn, og behov for individuelle vurderinger, ikke blir ivaretatt. Spørsmålet drøftes nærmere i kapittel 7 punkt 7.5.3.7. I slike tilfeller må imidlertid det forvaltningsorganet som bare følger et annet organ, ha forpliktelser til å foreta selvstendige vurderinger av de overordnede avveiningene til det organet man har henvist til.

Et annet spørsmål som kan oppstå, er om henvisning til annet organs retningslinjer (eller lignende), kan være en *selvstendig grunn til å akseptere* en (mer) upresis lovhjemmel. I noen grad vil en slik henvisning gi økt forutberegnelighet for borgeren, særlig dersom det organet som skal håndheve lovgivningen for norske myndigheters vegne, kommuniserer klart og tydelig hva som er innholdet i de aktuelle retningslinjene. Samtidig støter man også

¹⁰⁶² Rt. 1958 s. 48 (*Norske Rørgrossisters forening*) s. 50.

her på den demokratiske utfordringen: Hvorfor skal ikke norske myndigheter ta ansvar for de beslutninger som treffes om rettsstillingen til norske borgere?

Det sentrale, både fra den personelle og den materielle synsvinkelen, er derfor at norske myndigheter ikke kan *abdisere fra* sitt ansvar for å foreta selvstendige vurderinger. Med andre ord bør disse spørsmålene i utgangspunktet anerkjennes og behandles analogt til spørsmål om å delegerer saksforberedelse eller beslutningsmyndighet til andre organer.

4.5.3 Kravet om personell hjemmel og den ulovfestede delegeringslæren

Et praktisk og systematisk viktig spørsmål er hvordan man bør forstå den ulovfestede delegeringslæren i lys av det personelle hjemmelskravet. Mitt standpunkt tar utgangspunkt i at delegering er en *tildeling* av personell hjemmel til å ivareta et bestemt ansvar. Delegering kan derfor kalles en *materiell kompetanseutøvelse* som innebærer å forandre *personelle* hjemmelsforhold innenfor forvaltningen.¹⁰⁶³ Fordi forvaltningen er en *rettsbundet forvaltning* må den imidlertid ha *rettslig grunnlag* for sin materielle kompetanseutøvelse.¹⁰⁶⁴ Kravet til rettslig grunnlag gjelder også beslutninger som bare endrer personelle hjemmelsforhold. Disse må også ha et rettslig grunnlag, men behøver ikke like *godt* rettslig grunnlag som for eksempel inngripende beslutninger, som reguleres av Grl. § 113.

I diskusjonen om delegering må man dermed holde to hjemmelskrav rett i munnen: Det *personelle* hjemmelskravet som regulerer den primære hjemmelen (den myndigheten, tillatelsen eller oppgaven delegaten har), og det *alminnelige materielle* hjemmelskravet — som i denne sammenheng er hybrid: materielle krav til en beslutning om personelle spørsmål — som krever grunnlag for det delegerende organets *kompetanse til å delegerer*.¹⁰⁶⁵

I neste kapittel blir tema hvilke rettslige grunnlag forvaltningen kan bruke for å innfri dette kravet om (materielt) rettslig grunnlag for adgang til å delegerer. Som jeg argumenterer for

¹⁰⁶³ Denne systematiske plasseringen er bl.a. mer uklart formulert i artikkelen jeg skrev ved begynnelsen av avhandlingsarbeidet Røsvoll: «Delegeringsregler i forvaltningsretten - et spørsmål om styring?», *Jussens Venner* 55, 2020, s. 234–64.

¹⁰⁶⁴ At beslutninger må ha et rettslig grunnlag er sikker rett, se bl.a. Frihagen 1991 s. 107, Graver 2019 s. 75 jf. 79. og særlig Smith: «Rettsbundet forvaltning», *Jussens venner* 57, 2022, s. 442–75.

¹⁰⁶⁵ Dette blir – interessant nok – også erkjent av Forvaltningskomiteen som helt rett peker på at forvaltningens organisering er et materielt spørsmål, se NUT 1958:3 s. 105.

der vil den ulovfestede delegeringslæren, og andre generelle hjemler som Grl. § 3 og kommuneloven §§ 5-3 og 5-4, være rettslig grunnlag for å delegere.¹⁰⁶⁶ Det vil også kunne argumenteres for delegering på ulovfestet grunnlag i visse tilfeller.

Denne systematikken er muligens kontroversiell. I visse tilfeller uttrykker nemlig ulike forfattere seg slik at de antar den ulovfestede delegeringslæren setter grensene for forvaltningens kompetanse til å delegere, altså at den ulovfestede delegeringslæren er selve grunnlaget for kravet om at man må ha kompetanse for å delegere. Man bygger dermed (implisitt) på at det personelle hjemmelskravet ikke gjelder, men at kravet kan utledes (for kompetansetilfellene) av den ulovfestede delegeringslæren.¹⁰⁶⁷ Dermed blandes flere størrelser sammen, som jeg utdyper i neste kapittel.¹⁰⁶⁸ Som jeg der kommer tilbake til er jeg enig i at det rettslige grunnlaget for å delegere i noen grad må ses i lys av de ulovfestede begrensningene på delegeringsadgangen, som krav om styring, ansvar og kontroll.

I min fremstilling vil jeg imidlertid forstå den ulovfestede delegeringslæren som et ulovfestet kompetansegrunnlag, som gir mulighet til å delegere, ikke som oppstiller begrensninger i adgangen til å delegere. Slikt kompetansegrunnlag er nødvendig på grunn av kravet til personell hjemmel. Man må delegere for at delegaten skal kunne å innfri det personelle hjemmelskravet.

4.6 Oppsummering og konklusjon

Problemstillingen i dette kapitlet har vært hvor omfattende delegeringsbegrepet skal være. Jeg begynte med en begrepsanalyse der jeg viste at man i har bygget på et formelt og instrumentelt begrep om delegering og organisering. Jeg nyanserte dette begrepet, og formulerte delegering som enhver tildeling av et offentlig ansvar fra et organ til et annet. Et slikt begrep vil bedre reflektere at organisering er et viktig spørsmål i hele forvaltningen, og ikke bare ved kompetanseutøvelse. De hensyn delegeringsreglene skal ivareta kan dermed også ivaretas så lenge noen utøver makt på vegne av det offentlige, i et offentlig organs interesse.

¹⁰⁶⁶ Privatrettslig autonomi kan gi grunnlag for utøvelse av kompetanse, se bl.a. Hoel 2011 s. 19 flg.

¹⁰⁶⁷ Den første som uttrykker seg i denne retning er så vidt jeg kan se Smith 1979 s. 524.

¹⁰⁶⁸ Se både Graver 2019 s. 196 og NOU 2019:5 s. 220.

Jeg har derfor argumentert for å forstå delegering som tildeling av ansvar, og mer presist tildeling av personell hjemmel til å innfri et ansvar og eventuelt bruke myndighet, fra et organ som bærer det passive ansvaret. Grunnlaget for slike tildelinger blir tema i neste kapittel. Jeg brukte deretter begrepet for å stille spørsmål ved om og deretter konkludere bekreftende på at det gjelder et krav om personell hjemmel.

5 Rettsgrunnlag for delegering

5.1 Innledning

5.1.1 Metodisk innledning

Jeg begynner dette kapittelet med en begrepsanalyse i punkt 5.2. Her bygger jeg særlig videre på diskusjonene om formålet med å delegere foran i 2.4.3 og 2.4.6, samt det mer sammensatte begrepet om organisering i 2.2.10. Spesielt forsøker jeg å nyansere spørsmålet om *hva som er formålet med å delegere*, og hvordan formålet innhold skal avgjøres fra et juridisk ståsted. Deretter presiserer jeg hvordan man vurderer om et organ kan delegere til et annet nedenfor i 5.7. Begrepsanalysen danner dermed grunnlaget for både en presisering av problemet og vurdering av holdbarheten til sentrale argumenter.

5.1.2 Problemstilling og tidligere litteratur

Som drøftet i forrige kapittel innebærer delegering en tildeling av personell hjemmel fra et organ til et annet. Konsekvensen av utgangspunktet er at forvaltningen må treffe en beslutning for å endre hvem som har personell hjemmel. Slike (delegerings)beslutninger må da i samsvar med krav til kompetansegrunnlag for beslutninger, *ha et rettslig grunnlag*: Det er materielle beslutninger om personelle spørsmål, noe tidligere litteratur også har betraktet som en sentral problemstilling — selv om man ikke fullt ut har akseptert at det mer generelt gjelder for delegering av ansvar eller oppgaver, men avgrenset seg til delegering av kompetanse.

Den sentrale problemstillingen i dette kapittelet er derfor i hvilken grad forvaltningen *har* kompetanse til å delegere. Jeg tar utgangspunkt i at det er grunnlaget for denne kompetansen som må begrunnes, jf. kapittel 4.

Som jeg kommer tilbake til nedenfor må nemlig de tilsynelatende vidtrekkende konsekvensene av et slikt utgangspunkt forstås i lys av at norsk rett opererer med en omfattende delegeringsadgang. Normalt vil nemlig overordnede organer innenfor forvaltningen ha en ganske fri delegeringsadgang. Overordnet er jeg pragmatisk innstilt til dagens delegeringspraksis, men i større grad enn tidligere litteratur eller Høyesterett, mener jeg at det som ofte har vært sortert under den «ulovfestede delegeringslæren» bedre kan

begrunnes i grunnlovs- og lovbestemmelser som regulerer hierarkiet. Samtidig finnes det også ulovfestede grunnlag for å delegere. I punkt 5.6 analyserer jeg aspekter av rettspraksis med sikte på å forklare hva den «ulovfestede delegeringslæren» sitt innhold er. Begrunnelsen for og begrensningene i denne ulovfestede adgangen presiseres i punkt 5.7. Til slutt drøfter jeg også om det gjelder særlige form- og saksbehandlingskrav ved delegeringsvedtak.

5.1.3 Om sammenhengen mellom dette kapittelet og senere kapitler

Før jeg går i gang er det imidlertid nødvendig å presisere sammenhengen med de øvrige kapitlene. Tanken er imidlertid bare å si noe om selve gangen i fremstillingen. Man kan i utgangspunktet skille mellom betingelser for delegering (som en type kompetanseutøvelse) og pliktregler eller krav til gjennomføringen av delegering. En slik inndeling gjøres blant annet av Opsahl.¹⁰⁶⁹ Skillet utdypes i 6.1.4. Poenget er at jeg ikke vurderer hvilke krav som gjelder til *gjennomføringen* av delegeringen, i dette kapittelet. Her drøfter jeg primært den situasjon at et organ vurderer om det *kan* delegere (eller en institusjon vurderer om organet kunne delegere). I dette kapittelet behandles med andre ord de mest sentrale dimensjonene av spørsmålet om gyldigheten av en enkelt delegering (men ikke alle dimensjonene). Denne gyldigheten vil sjelden prøves direkte, men vil typisk komme inn i en vurdering av personelle hjemmelsmangler, som for eksempel ved prøving av personell kompetanse. Naturligvis må man se fremover fra beslutningstidspunktet, se f.eks. 5.7.4.6. Poenget er at man rent analytisk kan skille mellom krav til *beslutningen* og krav til *gjennomføringen* av delegeringen, selv om man ofte har regler som berører begge deler.¹⁰⁷⁰

Samtidig er det klart at det finnes sammenhenger på kryss og tvers. Man kan for eksempel si at kravene til styring og kontroll kommer inn på tre ulike steder. Dels kommer de inn som et moment i vurderingen av om man har delegeringsadgang (se 5.7.4.6), dels kommer de inn som et minstekrav før delegering (kapittel 7 punkt 7.6), og dels kommer de inn som et ansvar og krav til det delegerende organ ved gjennomføringen av delegering. Det samme gjelder deler av kapittel 6.

¹⁰⁶⁹ Opsahl 1963 s. 12.18.

¹⁰⁷⁰ Allerede foran i kapittel 4 viste jeg for eksempel til at hvilke faglige kompetansekrav man stilte til beslutningen får betydning for gjennomføringen av delegeringen.

5.2 Begrepene delegering og organisering ved spørsmål om delegeringsadgang: Særlig om formålet med å delegere

5.2.1 Hva er formålet ved å delegere? Dekonstruksjonen av delegeringsbegrepet i den norske diskusjonen

Spørsmålet som drøftes her er altså begrepsmessig, ikke et spørsmål om valg av uttrykksformer, eller vurderinger av gjeldende rett. Diskusjonen blir en videreføring og utdypning av de begrepsmessige utgangspunktene som ble drøftet i kapittel 4, og kan generelt forstås i forlengelsen av særlig kapittel 2 punkt 2.4.2. Det sentrale spørsmålet er hvilke *rettsgrunnlag* som er tilstrekkelig for adgang til å delegere. Svaret beror på et underliggende begrepsmessig spørsmål: Hva er og bør *formålet med* å delegere være?

Spørsmålene er diskutert lite i litteraturen, som primært har fremhevd rent praktisk behov for avlastning, behov for faglig spesialisering, desentralisering eller særlige rettssikkerhetshensyn.¹⁰⁷¹ Disse hensynene og hvordan de spiller inn ved delegering er imidlertid ikke noe man går langt i å presisere. At man kan delegere ved behov omtales som en «tommelfingerregel» av Bernt og Rasmussen, mens praktiske behov blir sett på som «normalt» tilstrekkelig, av Graver.¹⁰⁷² Overå går i 1976 så langt som å si at «... det langt på vei synes akseptert at forvaltningen selv er den nærmeste til å vurdere om disse behov er til stede.»¹⁰⁷³ Forvaltningen kan altså — for å sette saken på spissen — både bestemme om de vil bruke sin kompetanse til å delegere, og bestemme når de har behov for å bruke denne kompetansen.

Man kan imidlertid spørre om litteraturen går litt vel langt i å overlate spørsmålene til forvaltningen, eventuelt, tar litt *lett* på betydningen av organisatoriske spørsmål.

Den mest utviklede forståelsen langs disse linjene brukes av Smith i hans artikkel om delegering til private. Her aksepterer han både den mest kontroversielle formen for delegering og han gjør det på grunnlag av en relativt konkret vurdering, hvor Smiths overordnede budskap virker å være at selve delegeringen ikke spiller så stor rolle, det er hvordan delegeringen gjennomføres som teller. Smith skriver for eksempel at det «... godt

¹⁰⁷¹ Se bl.a. Frihagen 1991 s. 210 flg., og Graver 2019 s. 196—197.

¹⁰⁷² Se Graver 2019 s. 198, Jan Fridthjof Bernt 2010 s. 80.

¹⁰⁷³ Se Overå 1976 s. 140.

[kan] være fornuftig å gi et organ, f.eks. en forening, en kompetanse som kan brukes i den grad organet selv finner det formålstjenlig.»¹⁰⁷⁴ Som diskutert foran i kapittel 2 punkt 2.2.1 har rettsvitenskapen primært orientert seg til den formelle dimensjonen av hva delegeringen innebærer, og ikke mer substansielt hvordan kompetansen faktisk vil brukes. Ved å ha et formalistisk begrep der det kun er snakk om å tildele kompetanse blir spørsmål om *hva som er sannsynlig bruk* av denne kompetansen mulig å se vekk fra. Da er det imidlertid samtidig mulig å problematisere at Smith nettopp mener det bare er selve tildelingen, som burde telle i en vurdering av delegeringsadgangen.

Smith antar videre at eventuelle utfordringer kan kompenseres gjennom kontroll: Selve delegeringen vil ifølge han *gi* en viss instruksjonsmyndighet, eller han mener man ved *avtale* kan skaffe seg muligheten til å styre og kontrollere organet.¹⁰⁷⁵ Smith skriver for eksempel at det selvsagt er slik at «... kontrollen med private myndighetsutøvere [kan] by på problemer», men fremhever likevel at «... noen prinsipiell forskjell mellom offentlige og private organer er det neppe.»¹⁰⁷⁶ Ifølge Smith bør derfor det avgjørende (både ved delegering til private og ellers) være de konkrete omstendighetene i den enkelte sak, og de styrings- og kontrollmulighetene man har.¹⁰⁷⁷

Det andre premisset er derfor at selv om delegeringen har store konsekvenser, så vil man kunne *kompensere* for disse konsekvensene ved hjelp av ulike typer styring og kontroll.¹⁰⁷⁸ Man supplerer dermed også her det formelle utgangspunktet med et *instrumentelt* begrep: Satt på spissen blir delegaten betraktet som et instrument for det delegerende organ, som kan brukes og vil føye seg etter behov (jf. også foran i 2.2.1, og 2.4.5).¹⁰⁷⁹

Både det formelle premisset og det instrumentelle premisset leder til at det blir vanskelig å gjøre antakelser om at delegering har selvstendig betydning, enten fordi det bare er snakk om å delegerer en kompetanse (som delegaten ikke *behøver* å bruke), eller fordi man alltid

¹⁰⁷⁴ Smith 1976 s. 373.

¹⁰⁷⁵ Smith 1976 s. 374.

¹⁰⁷⁶ Smith 1976 s. 376.

¹⁰⁷⁷ Smith 1976 s. 377. Også at når det gjelder borgerens rettssikkerhet, så fremhever han at «Privates måte å utøve forvaltningsmyndighet på avhenger, på samme måte som for andre organer, blant annet av de reglene som gjelder for virksomheten», og han mener de «... antagelig». Dette kan nyanseres, se pkt. 6.7.

¹⁰⁷⁸ Se eksempelvis Overå 1976 .s 136: «... de betenkeligheter en ellers måtte ha mht. delegasjon langt på vei kan elimineres ved etablering av hensiktsmessige kontrollordninger, ...»

¹⁰⁷⁹ Akkurat det samme resonnementet begrunnet departementets adgang til å delegerer for Opsahl 1963 s. 8.12.

antar at det er mulig å styre og kontrollere delegaten. Konsekvensen av disse to premissene kan forstås som å nærme seg en antakelse om at delegering ikke har noen selvstendig betydning.¹⁰⁸⁰ Det forklarer i så fall hvorfor rettsvitenskapen har antatt at delegering primært er et praktisk eller teknisk spørsmål.

I noen grad kan man si at Smiths artikkel *dekonstruerer* delegeringsbegrepet, for derigjennom å berede grunnen for å foreta en konkret vurdering. Dekonstruksjon er selvsagt en mulig tilnærming. Delegering *kan* forstås som å bare innebære en tildeling av kompetanse som ikke er tilsiktet et bestemt bruk, og styring *kan* kompensere enkelte av problemene ved delegering (særlig om den er ekstremt intensiv). Smith bevarer sånn delegeringsbegrepets hierarkiske kjerne, som han også skal ha honnør for å videreutvikle andre steder.¹⁰⁸¹ For min del fremstår det imidlertid rimelig å si at han også gjør spesielle unntakstilfeller til grunnlaget for å skape hovedreglene om delegeringsadgang.¹⁰⁸² Satt på spissen kan man nærmest si at han forutsetter at delegeringen enten ikke skal brukes av delegaten, eller at det delegerende organ må være så 'på' i styringen at de reelt sett ikke delegerer. Som også poengteres av Sundström ender man dermed opp med å undervurdere at det viktigste styringsspørsmålet ikke har å gjøre med den løpende styringen av delegaten,

«... utan vilka egenskaper som behöver byggas in i myndigheten för att garantera dess orienterings- och anpassningsförmåga över tid.»¹⁰⁸³

5.2.2 Hva er formålet med å delegerer? Et behovet for mer sammensatte vurderinger av organisering

Hva er problemet med en slik tilnærming? Dels kunne den vært nyansert i lys av perspektiver jeg allerede har presentert i kapittel 4 og diskusjonene i kapittel 2, som handler om den selvstendige betydningen av hvem som gjør noe, som følge av ulike organers institusjonelle materialitet og egenlogikk. Organisering er komplekst og har ofte virkninger

¹⁰⁸⁰ Opsahl 1963 s. 8.12 tar dette resonnementet lengst, ved at han mener at delegering 'alt i alt' blir beskjedent ved siden av alle de andre beslutninger departementet kan treffe på egenhånd.

¹⁰⁸¹ Sml. kapittel 7 punkt 7.1.3.

¹⁰⁸² Iancu 2012 s. 221: «Deconstruction with a touch of 'no-nonsense' pragmatism and a whiff of relativism is a relatively undemanding endeavor».

¹⁰⁸³ Sundström 2016 s. 155.

som er usynlige for overordnede eller i de styringssystemene som finnes. Man behøver et mer sammensatt begrep om delegering og organisering.

For å ta et eksempel kunne man for eksempel forestilt seg at formålet med delegering var å unngå «dobbelbehandling»: Man forutsetter imidlertid dermed at det som skjedde før var en helt overflødig behandling av samme sak to ganger.¹⁰⁸⁴ Å kalle det en ren dobbeltbehandling er imidlertid symptomatisk for et syn på saksbehandlingens rolle, og forestillingen om at man gjør samme sak to ganger kan skjule en *samordnet* behandling av sakene.¹⁰⁸⁵ En delegering til lavere nivå var i denne konteksten ensbetydende med en *forenklet* og dermed *mindre grundig* saksbehandlingsprosess.¹⁰⁸⁶ Så sent som i NOU 1972: 38 uttrykkes det derfor at «[d]elegasjon medfører vanligvis at man sløyfer trinn i saksgangen».¹⁰⁸⁷ Det kan altså like gjerne kalles en *grundig* eller *mer forsvarlig* behandling.

Man forutsetter også at det er forsvarlig å stykke opp en oppgave slik at den kan delegeres (se nedenfor punkt 5.7.4.5), at delegeringen ikke skaper problemer for andre deler av organisasjonen (se kapittel 7 punkt 7.4.3), og mer generelt at delegaten har faglige, økonomiske og juridiske forutsetninger for å håndtere den (se 5.7). Andre momenter kommer jeg også tilbake til senere.

Det andre problemet handler om den styringsoptimisme en slik tilnærming forutsetter. Også Sand peker på det samme.¹⁰⁸⁸ Det er stor enighet i moderne organisasjonsteori om at delegering i komplekse organisasjoner som forvaltningen, innebærer stor risiko for styringsproblemer, se kapittel 2 punkt 2.2, og nærmere i kapittel 7. Delegering vil derfor ofte ha *omfattende* styringskostnader (i politisk, faglig og økonomisk forstand). Som jeg fremhevet i teorikapittelet, skaper delegering makt for både politikere og fagpersoner. Styringen av fagpersonene kan ikke skje uten å frata dem all makt de er tildelt, og med det, gjøre selve delegeringen meningsløs. Som March og Olsen påpeker:

¹⁰⁸⁴ Se f.eks. Forbruker- og administrasjonsdepartementet 1987 s. 42, 44 og 53.

¹⁰⁸⁵ Se beskrivelsen av saksbehandlingsprosessen hos Tønnesson: *Sentraladministrasjonens historie, Bind 4, 1914-1940*, Universitetsforlaget, 1979 s. 118—120.

¹⁰⁸⁶ Tønnesson 1979 s. 117 om «delegasjon av myndighet som middel til besparelser.»

¹⁰⁸⁷ NOU 1972:38 s. 23.

¹⁰⁸⁸ Sand 1996 s. 486, og alt innledningsvis s. 19.

«A contract that will adequately control a major political leader will at the same time
so circumscribe behaviour in the role as to make effective leadership difficult.»¹⁰⁸⁹

Man må derfor alltid og uansett finne en mellomvei. Poenget med delegering er å styre noe, men overlate mesteparten til delegaten. Da blir det også mulig å mer hensiktsmessig diskutere fordelene og nedsidene ved delegering.

Den første nedsidene ved delegering er at man flytter avgjørelser lenger vekk fra det demokratiske sentrumet (jf. alt 1.1.3). At man har sett vekk fra denne dimensjonen kan kanskje ses som en konsekvens av skillet mellom fag og politikk, men som poengtert foran i kapittel 2 er skillet flytende og selv avhengig av delegeringsreglens innhold. Organisering er det som gjør beslutninger politiske eller faglige, og delegering vil spille en viktig rolle i den forbindelse.¹⁰⁹⁰ For det første endrer det politikernes rolle. Justisminister Jens Chr. Hauge beskrev kulturen i et internt notat fra 1955 slik:

«Det lar seg vel ... ikke nekte at mange statsråder liker å avgjøre enkeltsakene
Det er likesom blitt en del av statsrådgjeringen det å 'ordne saker', små likesom
store ... I noen grad vil statsrådenes popularitet være proporsjonal med det antall
saker han ordner.»¹⁰⁹¹

Hauges notat var kritisk til denne oppfatningen — han ønsket statsråder som overløt mer til embetsverket. Og det fikk han, med den konsekvens at statsråder i den moderne forvaltningen i alle fall ikke avgjør enkeltsaker. Delegering bidrar i sum til at disse grensene dyttes lenger — det er problematisk i både enkeltsaker og generelt (jf. nedenfor bl.a. i 5.7.4.4)..

En annen nedside ved delegering (til faglige nivåer) er at man endrer oppgavens karakter. Noe som *var* politisk, *blir* faglig. Faglighet kan imidlertid bety både en reduksjon i kompleksitet, eller en økning i kompleksitet. Delegerer man saker til NAV eller Statens sivilrettsforvaltning er for eksempel poenget vanligvis å øke standardiseringen, og dermed redusere kompleksiteten. Delegerer man derimot saker til Miljødirektoratet eller FHI vil de

¹⁰⁸⁹ Olsen 1989 s. 34.

¹⁰⁹⁰ I samme retning Sundström 2016 s. 140.

¹⁰⁹¹ Sitert fra Grønlie 2009 s. 174.

sannsynligvis *øke* kompleksiteten i saken, sammenlignet med det politiske systemets behandling. At organisasjoner tilpasser seg miljøet og oppgaven er en *fordel* ved delegering, og som jeg kommer tilbake til, er økt eller redusert kompleksitet vanligvis *selve formålet med* å delegere.

Her vil jeg imidlertid også fremheve at slike endringer skaper en del varige effekter. Når NAV reduserer eller FHI øker kompleksiteten i et spørsmål skaper de nemlig premissene for den politiske vurderingen av om disse spørsmålene hører hjemme på det politiske eller det faglige nivået, og videre, hvordan de kan styres. Hvis NAV reduserer kompleksitet, så *ser* saken enkel ut, fordi NAVs organisasjon *gjør den enkel*. Hvis FHI øker kompleksiteten så *ser* saken kompleks ut, men da fordi FHI har *gjort den* kompleks. I praksis betyr endringen at delegering har en «innlåsende» effekt — det skaper en institusjonell materialitet, og denne blir grunnlaget for både styringen og den politiske vurderingen av delegatens opptreden. Den innlåsende effekten betyr blant annet at å delegere vanligvis er enklere enn å ta delegeringen tilbake.

Når man delegerer, overlater man også mye til organisasjonens autonomi — poenget er å skape en egen institusjonell materialitet, noe som ofte er et viktig selvstendig poeng og åpenbart en klar fordel ved å delegere (jf. foran i 2.4.7).

Et særlig problem er imidlertid at ettersom *maktforholdene i samfunnet ikke er symmetriske*, så vil heller ikke organenes miljø være like godt i stand til å peke på problemer. NAVs klienter står langt svakere enn oljeselskaper på norsk sokkel. Førstnevnte kan derfor bare i begrenset grad kanalisere de politiske eller rettslige ressursene til å få frem at NAVs håndtering av en oppgave ikke bare er en mer standardisert håndtering, men en som grunnleggende endrer hvordan eller hvilken oppgave det er man løser.

For det tredje skaper delegering også et *selvstendig behov for styring*. Behovet for å styre og kontrollere delegater drøftes mer detaljert i kapittel 7. Her vil jeg imidlertid fremheve at en kostnad ved økt delegering vanligvis er å skape flere *mellomledd* fra det politiske til nivået for bakkebyråkratene. Juridiske og økonomisk-administrative aktører får dermed mer makt og innflytelse ved at deres kontroll- og styringsmekanismer blir nødvendige. Man risikerer dermed at både statsråder, Stortinget eller andre politiske aktører *overbelastes* med

kompleks styringsinformasjon, og reelt sett bare stoler på hva departementsråden (eller tilsvarende) mener informasjonen betyr.¹⁰⁹² Et annet problem er at man risikerer å velge organisasjonsformer som er tilpasset at organet skal kunne styres med visse styringsverktøy, heller enn organisering for å løse oppgaver bedre. Styringens påvirkning på organiseringen kommer jeg tilbake til like nedenfor.

Oppsummeringsvis kan man derfor si at delegering i seg selv har stor betydning, at styringsproblemene delegering skaper bør tillegges mer vekt enn man har gjort tidligere. Delegeringsadgang bør altså vurderes i lys av et *mer komplekst begrep* om organisering, som antar at organisering er langt viktigere enn tidligere. Begrepet bør både inneholde en anerkjennelse av at organisering er mer enn formelle kompetanser, som utdypet i kapittel 4, og en anerkjennelse av at delegering skaper styringsproblemer som utdypes i kapittel 6 og 7. Fordi jeg utvikler disse aspektene andre steder, legger jeg dem bare til grunn for mine senere vurderinger her. *Formålet med å delegere* må derfor være tilstrekkelig tungtveiende til å veie opp alle disse baksidene. Spørsmålet blir da: Hva er formålene med å delegere?

5.2.3 Hva er formålet med organisering? Uklarheten i begrepet om organisasjoners formål
Formålene med delegering er som nevnt ikke spesielt tydelige, og noe av årsaken til uklarheten har jeg vist at var konsekvenser av begreper om styring og organisering som burde nyanseres. Spørsmålet her er imidlertid om hva som er selve formålet med å delegere og å organisere.

Av formål som begrunner delegering har man nevnt behov for avlastning, økt rettssikkerhet for borgeren, desentralisering og spesialisering.¹⁰⁹³ I nyere tid snakker man også om behov for kapasitet og kompetanse, se nedenfor i 5.7.3.6. Begrunnelsene er lite presise. Generelt sett går flere forfattere langt i å anta at delegering uansett vil tvinge seg frem, eller være nødvendig. Så vidt jeg kan se begynner samtlige forfattere i forvaltningsretten med omtale av at delegering er noe man nærmest er nødt til å gjøre i den moderne forvaltningen.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹² Se samme poeng utdypet i Sundström 2016 s. 153.

¹⁰⁹³ Se ovenfor i note 1071.

¹⁰⁹⁴ Se Bernt 2010 s. 78, «... delegering er et helt nødvendig virkemiddel i organiseringen av den offentlige forvaltningen.», Frihagen 1991 s. 210—211: «... er det derfor etter de gjeldende regler et sterkt behov for delegasjon.», Graver 2019 s. 196: «... de sentrale organer skal kunne løse en stadig større mengde med oppgaver på en forsvarlig måte ... [som tilsier] at avgjørelsesmyndighet i vid utstrekning legges til underordnede organer.». Smith 2022 er den eneste som stiller seg mer kritisk her, og uttrykker på s. 177 (petit) at «[d]essuten er det jo ikke gitt at rettsreglene stemmer eller bør stemme med de 'praktiske behov'».

Allerede på 1960-tallet gis en lang liste over forhold som skaper en «... utviklingstakt ...» som fører til at «... den enkelte organisasjons behov for nyorganisering og tilpasning til utviklingen vokser», og «... fleksibiliteten eller tilpasningsevnen i organisasjonen om helhet og i dens enkelte ledd ...» blir betegnet som en av de fire sentrale faktorene for organisasjonens vellykkethet.¹⁰⁹⁵ Selv Sand skriver at «[o]rganisatorisk differensiering av statlig forvaltning ...», via «... delegasjoner og desentralisering ...», er «... skapt andre steder enn i den statlige forvaltningen.»¹⁰⁹⁶

Man ender derfor lett i en slags fatalisme: Uansett hvilke krav man skulle stilt til formålet med å delegere, så ville det vært meningsløst (jf. også om det strukturelle nivåets forrang i 2.2.7). Utviklingen vil tvinge frem delegering uansett. Som jeg kommer tilbake til nedenfor i punkt 5.6.2 gir Høyesterettspraksis også inntrykk av en tilsvarende holdning.

Realistisk sett innser jeg også at delegeringer tvinger seg frem. Samtidig er det betenkelig nøyaktig hvor sterkt presset er. Illustrerende er praksis knyttet til at ulovlige delegeringer ofte blir praktisert over lang tid, for så å bli gjort lovlig når problemet kommer opp. Kollektivtransportsselskaper brukte for eksempel innleide vekterselskaper til å håndheve den privatrettslige avtalen med sine kunder med tvang, mellom (senest) 2002 og frem til i dag.¹⁰⁹⁷ Vekternes tilbakeholding var ulovlig tvangsbruk,¹⁰⁹⁸ og Stortinget hadde eksplisitt tatt stilling til at en slik delegering ikke skulle være tillatt.¹⁰⁹⁹ Det ble også tilfeldigvis oppdaget i 2015 at helseforetak med avtale med private aktører hadde tildelt kompetanse til å vurdere og tildele pasientrettigheter til de private aktørene, uten hjemmel.¹¹⁰⁰ Stortinget reagerte ikke på ulovlighetene i behandlingen, og det ble betraktet som en bagatell.¹¹⁰¹ De to endringsforslagene la i hovedsak vekt på at siden virksomhetene allerede var innrettet

¹⁰⁹⁵ Utvalget til å gjennomgå og vurdere gjeldende reglementer og instruksjoner for departementskontorene 1966 s. 10—11.

¹⁰⁹⁶ Sand 1996 s. 198.

¹⁰⁹⁷ Oversikt over historikken gir Samferdselsdepartementet 2022, som er lydhøre overfor næringsens ønske om å få en slik hjemmel, s. 20.

¹⁰⁹⁸ Se nærmere i Wegner: «Vekteres bruk av fysisk makt mot person», *Lov og rett*, 2009, s. 84—103 s. 95 flg..

¹⁰⁹⁹ Ot.prp. nr. 74 (2001-2002) s. 22.

¹¹⁰⁰ Eller, slik departementet diplomatisk formulerer seg: «Høringen viser imidlertid at de regionale helseforetakene har tolket gjeldende rett annerledes.», Prop. 56 L (2014-2015) *Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven (fritt behandlingsvalg)* s. 40.

¹¹⁰¹ Innst. 224 L (2014-2015) *Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven (fritt behandlingsvalg)* s. 17 jf. uttalelsene til regjerings- og opposisjonspartiene om spørsmålet på s. 24.

etter en slik tolkning av gjeldende rett, ville det være unødvendig byrdefullt å gjøre endringer.¹¹⁰²

En annen grunn til å innta en slik holdning kan være at organisering er et komplekst spørsmål der forvaltningen selv ofte har bedre forutsetninger enn andre for å vurdere om en bestemt delegering er hensiktsmessig eller ikke. Generelt sett er det klart at man mangler god empiri om hvilke organisasjonsformer som er hensiktsmessige, jf. kapittel 2.¹¹⁰³ Prinsipielt vil også det juridiske systemet mangle forutsetningene for å kunne ta organisasjonen på sine egne premisser, og primært se de juridiske dimensjonene av organet (jf. 2.4.5 også 2.4.6.)

Til sist kan man peke på at organiseringen av forvaltningen er selve kjernen i Regjeringens oppgaver og derfor står i en rettslig særstilling som et område der Regjeringen bør stå friere. Eckhoff drøfter for eksempel hvilke organer som i «... kraft av sin forfatningsmessige stilling har generell kompetanse til å organisere den offentlige virksomhet eller bestemte grener av denne.»¹¹⁰⁴ I Backer-utvalget antar man også at Regjeringen og departementene har delegeringsadgang, fordi det bør være «... opp til regjeringen og departementene å prioritere hvilke oppgaver de selv vil løse ...», og at de i større grad kan ta et bredere perspektiv på organiseringen av forvaltningen enn lavere organer.¹¹⁰⁵ Behovet for fleksibilitet kan imøtegås ved særlig regulering, se nedenfor i 5.4.1.

Min vurdering er at fatalismen er overdrevet, og at å stille visse elementære krav til delegering ikke behøver å gå på tvers av behovet for fleksibilitet. Snarere vil en tydeliggjøring av de juridiske kravene til delegeringer gi grunnlag for bedre beslutninger om å delegere.

Mitt utgangspunkt er derfor å spørre: Hvorfor delegerer man fra et organ til et annet organ? Fordi delegaten vil løse den aktuelle oppgaven *bedre* enn det delegerende organet.

¹¹⁰² Se f.eks. Innst. 224 L (2014-2015) s. 17, som legger vekt på forenkling, og for vekterne, Samferdselsdepartementet 2022 s. 10–11.

¹¹⁰³ Se bl.a. Sand 1996 s. 506: «Det kan neppe gis generelle og entydige anbefalinger om valg av styrings- og organisasjonsformer».

¹¹⁰⁴ Eckhoff, 1966 s. 129.

¹¹⁰⁵ NOU 2019:5 s. 212.

Utfordringen med denne tilsynelatende enkle løsningen er å si hvilke organer som er bedre enn andre, som er et *empirisk* spørsmål. Problemstillingen må derfor besvares *via en omvei*.

Her er den øvre forvaltningsretten til inspirasjon. Ellers i forvaltningsretten vurderer man ikke om en beslutning er god eller dårlig — man forsøker ikke å gå rett inn i organets indre liv. Man vurderer heller ulike måter og i ulike sammenhenger om beslutningen fremmer *lovens formål*, eller via myndighetsmisbrukslæren, *et saklig formål*.¹¹⁰⁶ Man unngår dermed et substansielt spørsmål om beslutningens (og her *organets*) godhet, ved å *proseduralisere* problemet: Er beslutningen i samsvar med tidligere beslutninger fra organer med større autoritet (som Stortinget)? En tilsvarende tilnærming kan være fruktbar her, og som jeg viser nedenfor er det i noen grad slik man har tenkt i rettspraksis (5.6.2).

Jeg vil derfor mene utgangspunktet må være at *formålet med forvaltningens etablerte organisering må være styrende for adgangen til å delegerer*. Man behøver med andre ord et begrep om *organers formål*, og et begrep om *formålet med å delegerer*.¹¹⁰⁷ Delegeringer som har til formål å bedre løse en bestemt oppgave, bør skje til organer som *selv er organisert* med formål om å løse denne typen oppgaver.

5.2.4 Hvorfor er det vanskelig å ha et mer sammensatt begrep om organers formål?

Utgangspunktet leder videre til *neste* utfordring, som er at forvaltningsorganer ofte har ulike og sammenvevde formål, selv fra et juridisk ståsted. Det kan derfor være vanskelig å sortere både formålet med organiseringen av et organ og formålet med en enkelt delegering. Spørsmålet man kan stille seg er: Hvorfor har man ikke utpenslet formålet med delegering nærmere, og heller vektlagt styring og kontroll?

To momenter kan i alle fall bidra til en forklaring — selv om saken åpenbart er mer kompleks enn det er rom for å gå inn i her, og det finnes unntak fra tendensene jeg nevner. *Den første forklaringen* har å gjøre med de generelle tendensene til demokratisk tilbaketrekning, som ble bemerket alt innledningsvis. Man har lenge vært kjent med at organisering innebærer kryssende formål og hensyn.¹¹⁰⁸ Det er vanlig å peke på at å ha

¹¹⁰⁶ Om formålsvurderingers generelle betydning, se for eksempel Rt. 1978 s. 1430 (*Sira-Kvina*) på side 1441.

¹¹⁰⁷ Dette erkjennes også, men presiseres lite, se f.eks. Frihagen 1991 s. 210.

¹¹⁰⁸ Sml. bl.a. NOU 1989:5 s. 34.

motstridende formål er et generelt trekk ved offentlig sektor.¹¹⁰⁹ Likevel kan det være grunner til å tro at det politiske systemet har *blitt vagere*. At retten mangler et presist begrep om organers formål, er derfor naturlig å se i forlengelsen av en generell politisk motvilje til å *angi* organenes formål. Maktutredningen pekte på at offentlig sektor levde i en «permanent revolusjon» av konstante omorganiseringer, fordi organisering var en måte å fremstå handlekraftig samtidig som man slapp å stå for et konkret politisk program.¹¹¹⁰ I en slik kontekst blir selve formålet med å organisere å *unngå* å ta direkte politisk stilling. Resultatet er økt vaghet.

I tillegg blir handlefrihet og organisatorisk autonomi et mål i seg selv. Sand pekte alt i 1996 på at økonomisk effektivitet har vært paradigmet for forvaltningspolitiske reformer. Som Sand fremhever, har «... betydelig utvidet lokal handlefrihet ...» blitt innført uten «... en mer innholdsmessig normativ begrunnelse for desentraliseringen.»¹¹¹¹ Poenget er at det hierarkiske sentrum skaper organer som *finner sine egne formål*, innenfor *rammene av hva det hierarkiske sentrumet kan akseptere*. Som diskutert i kapittel 2 skaper derfor delegering grunnlaget for at makt kan utøves *strukturelt*, og det blir et selvstendig poeng å delegere *for å gi grunnlag for* at de øvre ledd kan holde en «armlegdes avstand».¹¹¹² Uklare angivelser av formål er derfor en konsekvens av at hierarkiet forsøker å utøve makt *strukturelt* heller enn *intensjonelt*. Poenget er derfor ikke å styre *mindre*, men å styre *på andre måter*, og å utøve makt uten å skape samme kontrovers.¹¹¹³

Her er de teoretiske vurderingene i kapittel 2 åpenbart avgjørende: Hvis man bare ser den organisatoriske autonomien, går man glipp av at statsråden og departementet legger rammene, og på den måten kan sikre at autonomien brukes innenfor grensene av det akseptable. Som alt Eckhoff pekte på har hverken lederen for etaten eller departementet noen interesse av å klarlegge hvem som bestemmer hva — kompromisset gjør seg best bak lukkede dører.¹¹¹⁴ Men dermed står også retten uten et begrep om formålet med å organisere oppgaveløsningen på en bestemt måte, fordi målet ikke primært er å løse oppgaven på en

¹¹⁰⁹ Se f.eks. Sundström 2016 og Tom Christensen 2015 s. 18–19.

¹¹¹⁰ NOU 2003:19 s. 20, i samme retning Pedersen 2011 s. 206.

¹¹¹¹ Sand 1996 s. 324.

¹¹¹² Sml. også Grønlie 2009 s. 306.

¹¹¹³ Sml. også f.eks. Grønlie 2009 s. 114: «Styringssignalene fra departementet var i stor grad rettet mot å gi etatsledelsen ryggdekning for et reformarbeid som ikke alltid var like populært i etaten, og departementet ga etatsledelsen rom til å påvirke utformingen av for eksempel tildelingsbrevene.»

¹¹¹⁴ Eckhoff 1992 s. 210. Se generelt også om «ledelsesrummet» i Pedersen 2011.

bedre måte. Poenget blir heller å organisere oppgaven slik at man kan styre oppgaveløsningen på nyttige måter.

I forlengelsen har den andre forklaringen å gjøre med innflytelsen til styringsprofesjonene i forvaltningen. Som kjent er det i økende grad slik at departementene fungerer som sekretariat for politisk ledelse, med ansvar for etatsstyring ut i de ulike sektorer.¹¹¹⁵ Særlig sentrale står samfunnsvitere og økonomer, som har overtatt eller supplert sentrale deler av juristenes rolle.¹¹¹⁶ Disse aktørene vil selv ha en egenlogikk der de primært ser organisering som et spørsmål om å sikre at styring kan skje ved hjelp av deres eget styringsverktøy. Pedersen går så langt som å si at den moderne staten i sin helhet er en konkurransestat som «... er karakterisert ved at bli betraktet fra en økonomisk vinkel ...».¹¹¹⁷ Når departementene i økende grad blir organer som (kun) skal styre på vegne av politikerne, skapes en selvforsterkende tendens, der valg av organisasjonsform primært vurderes ut fra hvordan organisasjonen kan styres.¹¹¹⁸ Og etter hvert som stadig mer arbeid delegeres ut, skapes en selvforsterkende tendens der styringsperspektivet blir stadig viktigere.

Særlig siden 1980-tallet har man foretatt omfattende reformer med formål om å skape desentralisert autonomi innenfor faste økonomiske rammer.¹¹¹⁹ Alt programbudsjetteringsprosjektet fra 1970-tallet skulle legge til rette for mer delegering, kombinert med et ønske om å spre «[ø]konomisk ansvarsbevissthet» helt ned i enhver organisasjon.¹¹²⁰ Det samme synet fremmes av Finansdepartementet som noen år senere uttrykker at økt delegering vil være nødvendig for å «... gi de enkelte enheter økte insentiver og muligheter for effektiv ressursutnyttelse.»¹¹²¹ Disse tendensene fortsetter inn på 1980-tallet med fremveksten av *indirekte* styring via mål- og resultater, og Haga-utvalget forutsetter at statlige virksomheter ikke skal detaljstyres, men styres indirekte.¹¹²² I samme

¹¹¹⁵ Se kapittel 7 punkt 7.1 for en nærmere beskrivelse.

¹¹¹⁶ Se Christensen mfl. 2018 s. 56. Utviklingen har gått fra 38 prosent til 21 prosent jurister og 4 prosent til 30 prosent samfunnsvitere mellom 1976 og 2016. Gruppen økonomer ligger stabilt på 19 prosent. Men som Grønlie 2009 s. 294 flg. peker på har økonomer særlig dominert lederstillingene.

¹¹¹⁷ Pedersen 2011 s. 208.

¹¹¹⁸ Sml. Grønlie 2009 s. 306: «I stedet for å legge til grunn at oppgaver med et politisk tilsnitt måtte holdes igjen i departementene, var det nå ofte et poeng i seg selv at slike oppgaver ble holdt på armlengdes avstand fra statsråden og skilt ut til ytre etater.»

¹¹¹⁹ Sml. Pedersen 2011 s. 211.

¹¹²⁰ NOU 1972:5 s. 48. Se også vedlegg seks om organisatoriske endringer som er nødvendige for å skape grunnlag for god programbudsjettering på s. 125 flg.

¹¹²¹ St.meld. nr. 37 (1973—1974) *Om den videre utvikling av statens budsjettssystem* s. 15.

¹¹²² NOU 1984:23 s. 10—11.

epoke blir tanken om den tilbakeholdne styringen felles politisk tankegods, og uttrykkes i både Høyre- og Arbeiderpartiets forvaltningspolitiske stortingsmeldinger.¹¹²³ Også på kommunalt hold utvikles de samme oppfatninger om delegeringens økonomiske fordeler.¹¹²⁴ Stortingsmeldingen om tilsyn fra 2003 beskriver Regjeringens ambisjon om «... forenkling og avregulering ... parallelt med større delegering og desentralisering av offentlig myndighetsutøvelse og tjenesteproduksjon.»¹¹²⁵ I noen grad kan man si at hele forvaltningen gjennomgår en tilpasning til økonomisk-administrative styringsteknologier, slik den i etterkrigstiden gjennomgikk en tilpasning til juridiske.

Fellestrekket i alle disse tilfellene er at det blir et mål i seg selv å delegere, *fordi* delegeringen gir økte muligheter til å styre virksomheten basert på bestemte styringsteknologier og rom for fristilling. Konsekvensen er imidlertid at man ender med forvaltningsorganer som primært organiseres ut fra at de skal passe inn i etablerte styringsstrukturer, ikke av *selvstendige, innholdsmessige grunner*, slik også Sand poengterer og kritiserer (jf. også foran i 2.3.10).

Begrensningene i begrepet om formålet med organisering begynte derfor som en (helt selvstendig) konsekvens av den generelle rettsrealistiske tendensen til å dekonstruere juridiske begreper. Deretter viklet saken seg sammen med andre overordnede utviklingstrekk i den moderne forvaltningspolitikken, herunder tendensen til demokratisk tilbaketrekning, som gjør at man i dag fortsatt står uten en klar rettslig begrepsliggjøring av organisasjoner eller delegeringers formål. Enkelte delegeringer har primært til formål å legge til rette for en bestemt type styring av virksomheten, og organisasjoner er sammensatt på den måten de er, fordi de skal kunne styres på ulike måter. Å søke etter det *egentlige* formålet med delegeringen kan derfor ende opp med å bli meningsløst, eller i alle fall en vurdering som vil tungt preges av styringsperspektivet.¹¹²⁶ Som også Sand beskriver og konkluderer i hennes studier av omorganiseringer:

«Beslutningsprosessene formidler konkrete uttrykk fra ulike aktører i samfunnet.

Det vil si at de ulike strategiske beskrivelsene og vurderingene formidles videre til

¹¹²³ Forbruker- og administrasjonsdepartementet 1987 s. 5.

¹¹²⁴ Norske Kommuners Sentralforbund: *Delegasjonsreglement for kommunene*, 1986 s. 8 flg.

¹¹²⁵ St.meld. nr. 17 (2002-2003) s. 8—10.

¹¹²⁶ Se generelt også foran i kapittel 2.2, blant annet 2.2.8, og 2.4.

de mer systematiserte kommunikasjonsformene. Beskrivelsene og vurderingene vil inneholde konkrete interesser, motsetninger og konflikter i samfunnet. Det foregår så seleksjonsprosesser bl.a. med hensyn til hvilke argumenter og interesser som vil bli de avgjørende. Disse prosessene vil de mer systematiserte diskursene og strukturene legge viktige føringer på.»¹¹²⁷

I fravær av politisk ledelse (jf. ovenfor) ender man opp med organisatoriske prosesser der, som sitatet beskriver, *formålet medieres* av ulike aktører og upersonlig makt. Resultatet blir uklarthet. Alternativet er dermed å studere hvordan organisasjonen *har organisert seg selv*, og trekke slutninger derfra.¹¹²⁸

Som Eriksen poengterer blir det derfor viktig at organer forsøker å *selv artikulere* sitt eget formål. Argumentet underbygger behovet for et krav om å begrunne delegeringer, jf. 5.8.1, men det stiller også prinsipielt sett andre krav til den juridiske diskusjonen: Dagens diskusjon om delegering må være mer opptatt av de selvstendige grunnene *til å delegere* og til de baksidene ved delegering man *ikke kan* kompensere for. Poenget må snarere være, som omtalt foran i kapittel 2 punkt 2.4.7, å *understreke* og å vurdere *egenverdien* ved delegering. Begrepet om delegering kan da utvides til å inkludere et substansielt begrep om hva formålet med delegering er.

Presisjon med hensyn til formålet med en delegering er også viktig for å kunne ta stilling til om det delegerende organ har ivaretatt *sitt eget* ansvar for å styre og kontrollere delegaten (som omtales i kapittel 6 og 7). Det delegerende organs ansvar vil være et ansvar for å sikre at delegaten løser oppgaven i samsvar med det formål som begrunnet delegeringen.

5.2.5 Oppsummering

Jeg har ovenfor kritisk vurdert begrepene om organisering og delegering som har begrunnet tenkningen om delegeringsadgang i tidligere litteratur. Særlig har jeg fremhevet at man har sett vekk fra *formålet med* organisering og delegering. Det finnes derfor lite diskusjon om hvordan man kan vurdere hvorvidt delegeringen vil gjøre det mulig å løse et samfunnsproblem på en bedre måte, som normalt vil være det legitime formålet med å

¹¹²⁷ Sand 1996 s. 532.

¹¹²⁸ Sml. diskusjonen om utydelige mandater i Eriksen 2020, se videre kapittel 6 punkt 6.1.

delegere. Problemet er samtidig en refleksjon av at de politiske nivåene har stor interesse i å kunne utøve sin makt strukturelt, og dermed slippe å ta ansvar for å fastlegge det konkrete formålet med ulike organer, kombinert med de mulighetene friheten gir for økonomisk orientert organisering, som styringsprofesjonene selv fremmer behovet for. Problemene ved et begrep om formålet med organisering reflekterer dermed det strukturelles forrang, og at de ulike sosiale aktørene ikke får mulighet til å vurdere egenverdien i hverandres arbeid, som pakket ut foran i kapittel 2. På samme tid undergraver man dermed muligheten for å vurdere når det skal finnes et rettslig grunnlag for å delegere — fordi ‘ingen ser’ noe mer enn organisasjonens juridiske eller økonomisk-administrative verdi, heller ikke politikerne.

For å utforme et begrep om formålet med å delegere er man derfor nødt å gå et skritt ut av det juridiske (eller økonomisk-administrative) perspektivet og vurdere den enkelte virksomhets egenverdi. Det vil innebære å vurdere hvordan man har valgt å gjøre ting *i seg selv*, og ikke bare for å spørre hvordan det man har valgt å gjøre kan ivareta kravene i ens eget styringssystem. Dermed blir det nødvendig å kritisk vurdere om juridiske eller økonomisk-administrative styringsformer, eller delegeringen i seg selv, risikerer å ødelegge noe av organisasjonens egenverdi.

Disse vurderingene utvikles til mer presise oppfatninger om når man bør ha delegeringsadgang i punkt 5.7. Først er det nødvendig å sette en slik bredspektret vurdering i sammenheng med de generelle kompetansegrunnlag som allerede eksisterer i norsk forvaltning, som gjøres i det videre.

5.3 Strukturering av de alminnelige reglene

Man må ha et rettslig grunnlag for å delegere, men det finnes allerede i dag svært vide og omfattende grunnlag for å delegere. Som alt ble pekt på av Backer må man supplere grunnlov- og lovfestede rettsgrunnlag med vurderinger og tolkningspresumsjoner fra den alminnelige forvaltningsretten.

Hvordan man tenker om og strukturerer sammenhengen mellom de alminnelige reglene og rettsgrunnlagene som finnes i lov og grunnlov, kan være en viss uenighet om. Som jeg illustrerer nedenfor har man i en del sammenhenger antatt at den såkalte ulovfestede

delegeringslæren har fungert som rettslig grunnlag for å delegere. Denne læren har samtidig fungert som tolkningsgrunnlag for lovhjemler som er tause eller på annen måte uklare.¹¹²⁹

Dermed ender mange diskusjoner opp i det man har kalt den «ulovfestede delegeringslæren». Dette gjelder i både positiv og negativ forstand: Hjemmelsgrunnlag som tilsynelatende gir *helt generell* delegeringsadgang må beskjæres i lys av visse krav om faglig forsvarlighet og demokratisk legitimitet. Og motsatt kan man i noen tilfeller tenke at en delegering gir en så åpenbart god løsning at den likevel bør aksepteres.

Måten man bør strukturere vurderingen er derfor ved å *først* vurdere om et organ *normalt* eller *i utgangspunktet* har delegeringsadgang eller ikke. Deretter må man vurdere hvor langt rettsgrunnlaget i utgangspunktet rekker (eller ikke rekker). Som jeg kommer tilbake til nedenfor er det ofte ganske uklart hvor langt en generell delegeringsadgang skal antas å rekke.

Likevel kan ikke helt generelle kompetansegrunnlag brukes for å delegere på måter som strider med etablerte organisatoriske strukturer (eller lignende). Man må derfor oppstille visse minstekrav som må være på plass for at delegeringen skal kunne aksepteres. Ut over disse minstekravene mener jeg det er mer nærliggende å se hen til en mer sammensatt vurdering av fordelene og ulempene ved å delegere. En slik vurdering kan da brukes for å tolke en delegeringsadgang innskrenkende eller utvidende. Poenget blir i praksis at dersom et organ normalt har delegeringsadgang så behøver man mindre fordeler og kan akseptere større ulemper. Motsatt vil organer som ikke normalt har delegeringsadgang stort sett ikke ha adgang til å delegere, men det kan tenkes unntak.

Man kan stille kritiske spørsmål til denne måten å strukturere vurderingen på, men her beskriver jeg den bare med formål om å forklare kapittelets struktur. Jeg vil nemlig først vurdere hvilke organer som normalt eller i utgangspunktet har adgang til å delegere i punkt 5.4 (staten) og 5.5 (kommunene). Deretter utdyper jeg den mer sammensatte vurderingen av delegeringsadgang ved tvilstilfeller i punkt 5.6 og 5.7. Til slutt tar jeg opp prosessuelle spørsmål ved delegering i 5.8.

¹¹²⁹ Se i samme retning Backer, 1986.

5.4 Hvem har normalt delegeringsadgang? Delegering nedover i sentralforvaltningen

5.4.1 Regjeringens kompetanse til å delegere: Grl. § 3

Det er sikker rett at Regjeringen som utgangspunkt kan delegere, så lenge Stortinget ikke har begrenset denne adgangen ved lov. Det er imidlertid ikke entydig hva som er grunnlaget for standpunktet.

I nyere kilder er det vanlig å forankre standpunktet i Grunnloven § 3.¹¹³⁰ Smith skriver for eksempel at Regjeringen har «... kompetanse til å bestemme hvordan forvaltningen skal være organisert.»¹¹³¹ Selve Grl. § 3 sier ikke mer enn at den *utøvende makt* ligger hos Kongen.¹¹³² Oppfatningen om Grl. § 3 som grunnlaget for Regjeringens kompetanse til å organisere forvaltningen stammer fra Eckhoff og Opsahls arbeider.¹¹³³ Opsahl selv la til grunn at tolkningen gav «... den beste harmoni med praksis ...» og «... sammenheng i teorien.»¹¹³⁴ Hvor omfattende delegeringsadgang man kan tilskrive Grl. § 3, «... byr imidlertid på en viss tvil ...», som Eckhoff skriver.¹¹³⁵ Historisk sett har man valgt en del andre løsninger, som å vise til at regjeringen må kunne delegere saker som *ikke* er viktig jf. Grl. § 28, eller lovgivers forutsetninger.¹¹³⁶

Å forankre poenget i Grl. § 3 er også mest nærliggende. Regjeringen er lederen for den utøvende makt, og det ligger i denne øverste lederrollen et ansvar for og en mulighet til å organisere forvaltningen. Regjeringens *forfatningsmessige stilling* setter den i stand til å delegere og organisere resten av forvaltningsapparatet. Denne stillingen var imidlertid *bare et utgangspunkt*, og det er uklart hvor «... langt § 3 rekker.»¹¹³⁷

¹¹³⁰ NOU 2019:5 s. 510, St.meld. nr. 35 (1991-1992) s. 5, NOU 1989:5 s. 45.

¹¹³¹ Smith 2022 s. 177, Graver 2019 s. 197.

¹¹³² Se generelt om § 3, Holmøyvik: «§ 3.» i Dag Michalsen, Ola Mestad red.: *Grunnloven, historisk kommentarutgave 1814–2020*, Universitetsforlaget, 2021, s. 132–52., som ikke nevner Grl. § 3 som grunnlag for å delegere, men heller som skranke.

¹¹³³ Eckhoff, 1966 s. 133 og Opsahl 1963 s. 6.17.

¹¹³⁴ Opsahl 1963 s. 6.17.

¹¹³⁵ Eckhoff 1992 s. 141.

¹¹³⁶ Se både Rasjonaliseringskomiteen 1946 s. 24. Se Fabritius & Sønners boktrykkeri 1952 s. 11. Castberg 1938 s. 62, samt Castberg: *Norges statsforfatning I*, Universitetsforlaget, 1964 s. 232. Ingen nevner Grl. § 3. Se f.eks. også NUT 1958:3 s. 108 flg.

¹¹³⁷ Frihagen 1991 s. 148–149.

Hvor langt rekker da Grl. § 3? Spørsmålet har flere dimensjoner. Nedenfor (punkt 5.4.2—5.4.7) drøfter jeg om Grl. § 3 kan brukes som grunnlag for å delegere *ut av* den institusjonelle eller hierarkisk-organiserte forvaltningen. Deretter drøfter jeg om Regjeringen kan *delegere sin egen delegeringskompetanse* til andre forvaltningsorganer i punkt 5.4.4.

5.4.2 Innholdet i Grl. § 3 og det institusjonelle perspektivet på Grl. § 3

Hvis man aksepterer at Regjeringen med hjemmel i Grl. § 3 kan delegere, så blir det neste spørsmålet hvilke organer denne kompetansen omfatter og kan brukes for å delegere til. De enkle tilfellene er der man delegerer til det riktige faglige organet innenfor hierarkiske linjer i forvaltningen, selv om det kan finnes grenser også her, som jeg kommer tilbake til i punkt 5.7.

Det vanskelige spørsmålet oppstår hvis man ønsker å bruke Grl. § 3 som grunnlag for å delegere *eksternt*, altså til private, (fylkes)kommuner eller andre statlig-eide rettssubjekter. Spørsmålet kan formuleres som om Grl. § 3 gir en *generell* adgang til å delegere, eller om Grl. § 3 forutsetter at delegeringen skjer *innenfor samme rettssubjekt*.

Det sentrale utgangspunktet i diskusjonen om delegering ut av staten som rettslig subjekt, er Eivind Smiths artikkel fra 1976.¹¹³⁸ Smiths utgangspunkt er at «... Kongen og departementene kan delegere sin kompetanse til andre (lavere) organer ...», slik at læren om at «... myndighet ikke kan legges til private får karakter av en begrensning i denne presumsjonen.»¹¹³⁹ Smith går altså ut fra at Kongen og departementene har en «... generell kompetanse til å delegere sin myndighet ...» slik at det er unntaket fra denne generelle kompetansen som må begrunnes.¹¹⁴⁰ Han fremhever at poenget både gjelder til private, uavhengige og kommuner.

Smith forutsetter imidlertid bare at Kongen har en *generell* adgang til å delegere, uten å gi noen nærmere begrunnelse.¹¹⁴¹ Denne svakheten i resonnementet poengteres også av

¹¹³⁸ Se mer forbeholdent om delegering til private i Smith 2022 s. 188.

¹¹³⁹ Smith 1976 s. 361.

¹¹⁴⁰ Smith 1976 s. 361 og se videre 389—390.

¹¹⁴¹ Den samme antakelsen legges til grunn i Smith 2022 s. 182, men Smith skriver samtidig på s. 152 at organisasjonsmyndigheten gir kompetanse til å gi «... organisatoriske bestemmelser for forvaltningsapparatet», og at Kongen har alminnelig kompetanse til å «... organisere statsforvaltningen ...».

Backer.¹¹⁴² Man må derfor drøfte om det er en riktig oppfatning at Grl. § 3 gir kompetanse til å delegere *helt generelt*.

Tolkningsalternativene er at Grl. § 3 kan gi en generell kompetanse, eller at den bare kan hjemle delegeringskompetanse *innenfor forvaltningen*. Andre bestemmelser i Grunnloven, som §§ 12 og 28, tilfører ikke noe til tolkningen. Generelt sett er det bare Regjeringen (Kongen), Stortinget, domstolene og kommunene, som nevnes i Grunnloven (i bestemmelser som er relevante i denne sammenhengen).

Grunnlovens forutsetning i § 3 er at det skal finnes en utøvende makt, et forvaltningsapparat, og at det er Regjeringen som skal lede apparatet.¹¹⁴³ Allerede at bestemmelsen handler om «den utøvende makt» vil tale for at delegeringskompetansen begrenses til staten som rettssubjekt.¹¹⁴⁴

Spørsmålet om delegeringskompetanse er avgrenset/skal avgrenses til staten må også ses i sammenheng med Stortingets rolle. Gjennom budsjettprosessen har Stortinget stor innflytelse på hva den utøvende makt består av. Regjeringens ledelse av forvaltningen er begrenset av behovet for å opprette organer og tildele dem penger, noe som kun kan skje med Stortingets samtykke og medvirkning.¹¹⁴⁵ Hvis Regjeringen ønsker å delegere til et *nytt* offentlig organ, så vil derfor Stortinget måtte involveres.

Aksepterer man delegering *ut* av staten som rettssubjekt, forsvinner kontrollmekanismen mellom Stortinget og Regjeringen. Stortinget må fortsatt bevilge penger for driftsutgifter, men de kan overføres fra det delegerende organets budsjetter. Dermed åpner man prinsipielt sett for langt flere muligheter.¹¹⁴⁶ Man kan kanskje synes at Regjeringen bør kunne delegere til fiskerlagene eller Advokatforeningen, men hva med delegering til en enkeltperson

¹¹⁴² Backer 1978 s. 156.

¹¹⁴³ Sml. også Stavang: *Storting og regjering: om instruksar frå Stortinget til regjeringa*, Alma Mater, 1999 s. 207.

¹¹⁴⁴ Se også NUT 1958:3 s. 106 som antar at «... Kongen eller departementet *ikke* i henhold til en alminnelig delegasjonsbestemmelse i loven har adgang til å delegere sin myndighet til private organisasjoner ...».

¹¹⁴⁵ Se f.eks. Stavang 1999 s. 383 flg.

¹¹⁴⁶ At mulighetene var så vidt begrenset er også en helt sentral begrunnelse for Opsahls utvidende tolkning av Grl. § 3, se Opsahl 1963 s. 8.12. Se samme argument, Backer 1978 s. 162: «Situasjonen er annerledes når det gjelder delegasjon til private, hvor man bokstavelig talt åpner slusene ...».

(‘Peder Ås’) eller et multinasjonalt holdingselskap? Hvis man i alminnelighet kan delegerer ut av staten, er implikasjonene uoversiktlige.

Det mest sentrale argumentet mot at Grl. § 3 gir adgang til ekstern delegering, er at *bestemmelsen for øvrig ikke gir kompetanser som gjelder overfor andre enn forvaltningsorganer innenfor hierarkiet*. Den «organisatoriske myndigheten» som hjemles av Grl. § 3 består av muligheten til å lede, instruere og organisere *forvaltningsapparatet*.¹¹⁴⁷ Det er klart at Regjeringen ikke kan instruere kommuner, statlig-eide rettssubjekter eller private subjekter med hjemmel i Grl. § 3.¹¹⁴⁸ Dermed kan heller ikke Regjeringen *kontrollere og styre* slike private rettssubjekter, som gjør at man må skaffe seg slike kompetanser særskilt. Å begrense delegering til innenfor staten som rettssubjekt, bevarer også det passive ansvaret *innenfor staten*, som *ikke* er tilfelle ved delegering ut av staten.¹¹⁴⁹

Smiths alternative tolkning av Grl. § 3 baserer seg i hovedsak på ulike grunner til at delegering ut av staten kan være hensiktsmessig (eller i alle fall ikke svært betenkelig). Disse argumentene blir relevant i en mer sammensatt vurdering av delegering på ulovfestet grunnlag. Som tolkningsargumenter for Grl. § 3 passer de derimot dårlig — og Smith har vel heller aldri ment dem som argumenter i den retningen, selv om de kan hevdes å implisitt være det.

Min konklusjon er derfor at Regjeringen ikke har *generell* kompetanse til å delegerer eksternt, men en kompetanse som er *begrenset til* delegering innenfor *sentralforvaltningen*. Skal Regjeringen delegerer myndighet til andre rettssubjekter behøves altså et annet rettslig grunnlag enn Grl. § 3, som også samsvarer med systemet rundt bestemmelsen. Et lignende utgangspunkt vil gjelde der lovgivningen legger en ubestemt delegeringsmyndighet til

¹¹⁴⁷ Begrepet «organisasjonsmyndighet» blitt viktigere de senere årene fordi det gir en forklaring på hvordan bl.a. interne beslutninger i staten går klar av legalitetsprinsippet, når dette blir negativt formulert, kort omtalt i 4.3.5. Begrepet stammer fra Eckhoff, 1966 s. 129, som antar at visse organer har en slik kompetanse, og kan bruke denne for å delegerer. «Organisasjonsmyndighet» består av instruksjonsmyndigheten (som kan brukes for å bestemme den interne organiseringen i et organ) og delegeringsmyndigheten (som kan brukes for å bestemme forholdet mellom ulike organer). Noen ‘rest’ som man kaller ‘organisasjonsmyndighet’ er det ikke behov for, men begrepet lever sitt eget liv. Organisatoriske reglement er for eksempel fortsatt bare et reglement, eller en instruks. Historisk sett var det vanlig at slike reglementer ble vedtatt i statsråd. Se f.eks. Innst. O.IV 1964—1965 *Innstilling fra protokollkomiteen* s. 5 om at det i «... statsråd 30. april ble fastsatt nye bestemmelser for Forsvarets kantiner og instruks for styret og for direktøren for Forsvarets kantiner.»

¹¹⁴⁸ Jf. kommunel. § 2-1 og Grl. § 49. Styring av statlig-eide rettssubjekter må foregå som eierstyring eller styring via kontrakt. Det samme gjelder overfor private subjekter, se nærmere i kapittel 7 punkt 7.5.3.5 og 7.5.3.6.

¹¹⁴⁹ Nærmere om dette i kapittel 6 punkt 6.4 og 6.5.

Regjeringen. Spørsmålet i forlengelsen blir i så fall om Regjeringen kan delegerere til andre rettssubjekter på *ulovfestet* grunnlag.

5.4.3 Delegering til andre rettssubjekter i forvaltningspraksis

For å supplere den foregående drøftelsen er det grunn til å nevne at forvaltningen selv i hovedsak, men ikke unntaksfritt, antar at Regjeringen behøver rettslig grunnlag i *lov* for å kunne delegerere eksternt.¹¹⁵⁰ I rundskrivene fra lovavdelingen hevder man spørsmålet er usikkert, men anbefaler å gi særskilt lovhjemmel dersom delegering skal skje til andre rettssubjekter.¹¹⁵¹

I JDLOV-1985-328 konkluderer lovavdelingen med at Handelsdepartementet ikke hadde kompetanse til å la Garantiinstituttet for eksportkreditt (GIEK) delegerere deres myndighet videre til private finansinstitusjoner.¹¹⁵² Man antar også at dette er det «alminnelige utgangspunktet», men fraviker det i en sak fra noen år senere.

I JDLOV-1991-70 var spørsmålet om delegering kunne skje fra Samferdselsdepartementet til Det norske Veritas Classifications AS. Beslutningen baseres på «... reelle hensyn ...» særlig at «... det er et stort behov for å legge kontrollmyndigheten til et privat rettssubjekt.»¹¹⁵³ Dette er ett av to eksempler på at man aksepterer delegering av beslutningsmyndighet til private. Avgjørelsen er ikke spesielt godt begrunnet. Et bedre argument som ikke ble brukt er (i tråd med et institusjonelt perspektiv) at Veritas over lengre tid hadde vært delegert myndighet på andre områder, men med hjemmel i lov.

Det andre eksempelet handler om delegering *fra kommuner*, men avgjørelsen kom før kommuneloven av 1992, slik at spørsmålet prinsipielt sto i samme stilling som for lavere forvaltningsorganer. Saken handler om delegering av saksforberedelse til private aktører innenfor barnevernsområdet, i JDLOV-1991-1413. Her avviser lovavdelingen at private kan tildeles beslutningsmyndighet, påkalle bistand fra politiet, og pålegge utlevering av taushetsbelagte opplysninger fra andre offentlige myndigheter. Man aksepterer imidlertid under tvil at konsultantselskapet kan «... kreve å gjennomføre hjemmebesøk o.l.» og «... utførelse ...» av undersøkelser og andre oppgaver som er pålagt barnevernstjenesten.¹¹⁵⁴ Avgjørelsen understreker at arbeidet «... må skje under ledelse av helse- og sosialstyret.», det vil si, under styring og kontroll. I tillegg mener man de private konsulentfirmaene ikke kan påkalle politiet til å få bistand for å gjennomføre tvang. Man er samtidig uklar på om man mener dette gjelder som en generell regel, eller om man mener det har hjemmel i daværende barnevernlov § 17. Denne bestemmelsen uttrykker at helse- og sosialstyret skal foreta nærmere undersøkelser om de blir kjent med at barn er utsatt for omsorgssvikt eller lignende. Samtidig uttrykker den at «[h]else- og sosialstyret bør

¹¹⁵⁰ At slik delegering er akseptabelt er uproblematisk, se f.eks. *Fjordlaks*.

¹¹⁵¹ Se Lovavdelingen 1971 og Lovavdelingen 2000.

¹¹⁵² JDLOV-1985-328.

¹¹⁵³ JDLOV-1991-70 pkt. 3. Avdelingen begrenser også sin egen uttalelse tydelig: «Hvorvidt delegasjon også kan skje til andre private institusjoner, har vi derimot ikke grunnlag for å uttale oss om.»

¹¹⁵⁴ JDLOV-1991-1413 punkt 2 og 6.

herunder så vidt mulig betjene seg av personer som har særlige forutsetninger for dette arbeid (sosialkuratorer e.l.)».¹¹⁵⁵ Avgjørelsen kan dermed egentlig leses som forankret i lovteksten. Alternativt kan den leses som å operere med ulike krav til rettslig grunnlag for å delegere, avhengig av hvilken rettsstilling som delegeres. Dette fortjener nærmere drøfting, og blir gjort nedenfor, se 5.4.7.

Noe grunnlag for en generell regel gir ingen av disse avgjørelsene. I nyere praksis fra lovavdelingen fastholdes utgangspunktet om at delegering av myndighet til private bør ha hjemmel i lov.¹¹⁵⁶ Opsahl nevner et eksempel på at delegering til Vinmonopolet AS krevde særskilt hjemmel.¹¹⁵⁷ Også Backer-utvalget legger til grunn et særlig krav om hjemmel for delegering til andre rettssubjekter.¹¹⁵⁸ Andre gode argumenter støtter også et slikt utgangspunkt, som jeg kommer tilbake til blant annet i 5.7.3.5.

Konklusjonen blir derfor at Regjeringen heller ikke på *ulovfestet* grunnlag generelt kan delegere myndighet til andre rettssubjekter. Begrunnelsen vil være den samme som begrunnelsen for tolkningen av Grl. § 3. Det er hevdet at et unntak er delegering av *saksbehandlingsoppgaver*, som skal drøftes i senere, men først vil gå jeg videre nedover i forvaltningshierarkiet.

5.4.4 Om andre statlige forvaltningsorganers kompetanse til å delegere *eller* delegering av Regjeringen og andres kompetanse til å delegere

Hva er så grunnlaget for andre organers kompetanse til å delegere, slik som departementer og direktorater? Etablert oppfatning er at departementene kan delegere nedover i hierarkiet i like stor utstrekning som Regjeringen, mens direktorater ikke kan delegere, bortsett fra i særlige tilfeller, og der det er snakk om mindre utfylling.¹¹⁵⁹

Spørsmålet blir da i hvilken utstrekning departementene og direktoratene kan delegere. De grenser man har på området må «forklares ved praksis», som Opsahl skriver.¹¹⁶⁰ Det finnes

¹¹⁵⁵ Se bvl. § 17.

¹¹⁵⁶ Se f.eks. JDLOV-2014-8080: «Vi nevner avslutningsvis at delegering av myndighet til private bør ha hjemmel i lov.» Ordlyden «bør» tilsier at man kanskje er usikker på konklusjonen, eventuelt ønsker å holde den åpen.

¹¹⁵⁷ Opsahl 1963 s. 8.16.

¹¹⁵⁸ NOU 2019:5 s. 26.

¹¹⁵⁹ Se nedenfor og bl.a. Rt. 1973 s. 486 (*SSB*) og Rt. 1986 s. 46 (*Delegering til fylkesmann I*).

¹¹⁶⁰ Opsahl 1963 s. 8.7, og bl.a. på s. 8.9—10 utdyper hvordan praksisen ikke kan forklares med forvaltningens egen praksis og oppfatning, og heller ikke at dette «... er noe lovgiverne vet, og litt fordringsfullt å hevde at det er noe de burde vite.» Interessant nok peker han særlig på Rasjonaliseringsdirektoratet som en drivkraft.

nemlig ingen forfatningsmessige eller lovfestede grunnlag for departementets delegeringsadgang, og enda mindre direktoratenes.

Et mulig svar er at Regjeringen *kan delegere sin egen delegeringskompetanse*. Det er klart akseptert at slik delegering er mulig. Modalsli-utvalget antar generelt at «den utøvende makt» kan delegeres, og Opsahl mener også at myndigheten etter Grl. § 3 kan delegeres.¹¹⁶¹ Eckhoff går imidlertid så langt som å hevde at det *generelt sett* skjer en *stilltiende* delegasjon til departementet når de tildeles myndighet.¹¹⁶² Opsahl er enig.¹¹⁶³

At Regjeringen kan delegere sin delegeringskompetanse er velbegrunnet av de samme grunnene som delegering generelt sett er velbegrunnet: Å tildele et departement en kompetanse til å delegere vil innebære å gi departementet en avgrenset rolle som organisator på Regjeringens vegne. Ofte kan delegering av delegeringskompetanse være en *bedre* løsning enn at Regjeringen delegerer *direkte* til etaten under departementsnivå, eller til fylkesmannen. *I forbifarten* nevner jeg at delegeringer som ‘hopper over’ et nivå normalt vil være ment å opprettholde hierarkiet, og ikke at f.eks. fylkesmannen blir direkte underordnet Regjeringen etter delegeringen.

Det andre spørsmålet er om man derfra kan anta at Regjeringen alltid *stilltiende* delegerer på denne måten. I så fall er det snakk om en ren konstruksjon, og etterlater en del uklarerheter om *hvor omfattende* kompetanse til å delegere departementet faktisk (stilltiende) tildeles. Jeg har vanskelig for å se hvorfor en slik konstruksjon bør legges til grunn.

En mer systematisk tilnærming vil være å legge til grunn at Regjeringen delegerer en begrenset del av sin delegasjonskompetanse til visse departementer når det vedtar hvilke departementer som *har forvaltningsansvar*. Hvis forskriftene om fordeling av forvaltningsansvar ikke er oppdatert, kan *statsbudsjettets postinndeling* være et viktig supplement.¹¹⁶⁴ Ansvar som målestokk er mer velbegrunnet fordi delegeringskompetanse

¹¹⁶¹ Opsahl 1963 s. 6.17, og Modalsli-utvalget 1970 s. 60—61.

¹¹⁶² Sml. Eckhoff, 1966 s. 139: «Når Kongen delegerer myndighet til et departement, er det ofte uttrykkelig eller stilltiende forutsatt at subdelegasjon kan finne sted.»

¹¹⁶³ Opsahl 1963 s. 8.12: «En adgang til delegasjon etter departementets skjønn under vanlig ansvar og med vanlige virkninger, blir som regel et beskjedent trekk når hele dette bilde ses i perspektiv.»

¹¹⁶⁴ Et forvaltningsorgans budsjettbevilgning bestemmer de samlede ressurser forvaltningsorganet har til rådighet. Statsbudsjettet deles inn i kapitler og poster. Poster betegner hva pengene brukes til, der post 1-29 angår forvaltningsorganenes driftsutgifter. Overføring til andre organer (ikke-statlige rettssubjekter) som kommunene hører inn under post 50-89. Som Sand fremhever innebærer dette at ulike forvaltningsorganers rettslige status

og ansvar i så fall henger direkte sammen. Samtidig forklarer det også bedre *direktoratenes* delegeringsadgang: Direktoratene har *ikke* (normalt) delegeringsadgang fordi de normalt ikke har forvaltningsansvar for andre organer, men må utpekes eksplisitt.

Man får derfor følgende regel: Departementer har vanligvis delegeringsadgang til organer de også har forvaltningsansvar for. Et lignende synspunkt uttrykkes også av Smith, som fremhever at selv der direktorater får generell kompetanse til å delegere i lov, så vil det «... som regel [ligge] nær å tolke hjemmelen slik at det bare skal kunne delegeres til underordnede organer.»¹¹⁶⁵ Antakelsen samsvarer også i stor grad med litteraturens fremstilling av delegeringsadgangen, og med forslaget i Backer-utvalget, nemlig at departementer normalt kan delegere innenfor eget ministerium, mens direktorater og lavere forvaltningsorganer ikke kan delegere.¹¹⁶⁶

5.4.5 Videredelegering

Spørsmålet om videredelegering bør prinsipielt sett løses på samme måte som delegering av kompetanse man er tildelt i utgangspunktet. Ved videredelegering vil dermed de sentrale problemene være de samme: Hvilket rettslig grunnlag bygger kompetansen til å delegere på, og tillater denne delegering videre?¹¹⁶⁷ Videredelegering må dermed normalt må ha grunnlag i den opprinnelige delegeringen, som selv må ha et selvstendig grunnlag, og så videre. Samtidig må det opprinnelige delegerende organet ha grunnlag for å delegere sin delegeringskompetanse. Dermed ender man i komplekse vurderinger, og trolig vil man måtte beskjære eller utfylle adgangen til å delegere i lys av vurderinger langs de linjene som skisseres nedenfor i 5.7.

Et særtilfelle som kan oppstå er delegering innenfor samme konsernstruktur, eller delegering fra hoved- til underleverandør. Departementet behandlet denne problemstillingen i forbindelse med delegering til Avinor AS etter luftfartsloven av 2004. Avinor eide alle aksjene i Oslo lufthavn, men departementet mente at siden «... delegasjon til private rettssubjekter i utgangspunktet er noe ekstraordinært, må svaret på dette være nei.»¹¹⁶⁸ De

praktisk sett følger av statsbudsjettets plassering av organet. For underordnede organer vil også deres overordnede departement fremgå av statsbudsjettets kapitteinndeling. Dette innebærer at statsbudsjettet er et sentralt grunnlag for å forstå relasjonene mellom ulike forvaltningsorganer, fordi statsbudsjettet normalt uttrykker hvilke linjer ulike organer står i, om organet er en del av staten/kommunen som rettslig subjekt, og lignende forhold.

¹¹⁶⁵ Smith 2022 s. 188.

¹¹⁶⁶ Se NOU 2019:5 s. 23.

¹¹⁶⁷ Samme konklusjon, men annet systematisk utgangspunkt i Smith 1979 s. 524.

¹¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 65 (2003-2004) s. 12

forutsatte imidlertid at dersom det forelå et praktisk behov kunne delegering direkte til Oslo lufthavn være aktuelt.¹¹⁶⁹

5.4.6 Intern delegering, kollegiale organer og hva er samme organ

Det neste spørsmålet er hva som er grunnlaget for intern delegering. I dag må spørsmålet for departementene anses avklart, jf. GrL. §§ 3, 12 og Regjeringsinstruksen. For Regjeringen selv er spørsmålet uten aktualitet fordi det er et kollegialt organ og delegering til den enkelte statsråd vil innebære delegering *til departementet*.

I Forvaltningskomiteens innstilling ble det antatt at intern delegering, den «uegentlige delegasjon» eller «arbeidsfordeling», var relativt uproblematisk. Begrunnelsen var at «... betryggende saksbehandling oppnår man bare gjennom en rasjonell arbeidsfordeling».¹¹⁷⁰ Disse oppfatningene ble også raskt delt i litteraturen,¹¹⁷¹ og i all hovedsak er intern delegering også i dag antatt å være noe forvaltningen kan gjøre ganske fritt.¹¹⁷² Utgangspunktet fremstår altså som om intern delegering er relativt uproblematisk, og lovgivningen gir i dag relativt få eksempler på at en sjef for et organ må treffe avgjørelsen selv.¹¹⁷³

Samtidig er skillet intern/ekstern ikke avgjørende.¹¹⁷⁴ For det første er skillet egnet til å skape misforståelser. Ekstern delegering kan oppfattes å sikte til delegering *ut av* rettssubjektet (stat/kommune). Man bruker imidlertid uttrykket ekstern delegering også om delegering fra departementer til direktorater. Intern delegering reserveres for den interne arbeidsfordeling i samme organ. Egentlig er det derfor snakk om *tre* typer delegering, ikke to: Delegering innen samme organ, fra organ til organ, og fra rettssubjekt til rettssubjekt.

For det andre finnes det ingen klar grense mellom hva som er ett og hva som er flere organer.¹¹⁷⁵ Riktignok er en del spørsmål avklarte, som at departementer er egne organer.¹¹⁷⁶ I tvilstilfeller vil imidlertid grensen kunne variere avhengig av hvilket spørsmål man stiller.

¹¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 65 (2003-2004) samme sted.

¹¹⁷⁰ NUT 1958:3 s. 110—111.

¹¹⁷¹ Se f.eks. Frihagen 1973 s. 43.

¹¹⁷² Se bl.a. Smith 2022 s. 190, Graver 2019 s. 199—200.

¹¹⁷³ Sml. omtalen i Frihagen 1973 s. 44 flg.

¹¹⁷⁴ Sml. også Overå 1976 s. 129.

¹¹⁷⁵ Se også Backer, 1986 s. 58.

¹¹⁷⁶ Sml. NOU 2019:5 s. 200 gir en viss oversikt.

Hva som er internt dokument etter offentlighetsloven § 15 kan ha ett svar, mens hva som er et selvstendig «overordnet organ» etter fvl. § 28 kan ha et annet.¹¹⁷⁷ Man vil derfor i praksis måtte trekke en særegen grense i delegeringstilfellene, og om man uansett skal vektlegge særegne forhold ved delegering, kan man vel like godt hoppe rett til de særegne forholdene, og ikke først vurdere hva som er ett og hva som er flere organer.¹¹⁷⁸

Skillet mellom intern/ekstern delegering som en måte å beskrive alminnelige regler om delegeringsadgang er derfor ofte uhensiktsmessig. Man kan godt bruke ordet intern/ekstern deskriptivt, og det er riktig at det man kaller intern delegering ofte er mer akseptabelt enn ekstern delegering mellom organer eller rettssubjekter.

Det særegne ved intern delegering er at lederen for et forvaltningsorgan vil kunne bruke *arbeidsgivers styringsrett* internt i organet, med grunnlag i arbeidsavtalen, som grunnlag for å styre og organisere virksomheten.¹¹⁷⁹ Man kan i forlengelsen anta at tildelingen av denne styringsretten (i offentlig sektor) normalt vil inneholde en kompetanse til å delegere internt. Delegeringskompetanse er dermed et aspekt ved arbeidsgivers styringsrett. Styringsretten som forankring gir også systematisk sett langt bedre mening i lys av at intern delegering ikke er noe *enhver i organet* står fritt til å gjøre. Den enkelte saksbehandler kan neppe antas å stå fritt til å delegere internt.

En annen grunn til at intern delegering normalt er akseptert, er at det i mindre grad risikerer å påvirke det delegerende organs ansvar jf. kapittel 6, og styringsproblemene normalt er mindre jf. kapittel 7.

Samtidig må styringsretten generelt sett brukes saklig, og den kan bli beskjært av offentligrettslige hensyn. Rt. 2002 s. 1403 er et eksempel på at Høyesterett aksepterer intern delegering av vedtak om påtale. I dommen antydes imidlertid en grense for hvor viktig en beslutning kan være, før den kan treffes av lavere (interne) nivåer i organisasjonen. Retten

¹¹⁷⁷ Overå 1976 s. 19, og Frihagen 1991 s. 240.

¹¹⁷⁸ Sml. også Frihagen 1991 s. 240: «... vil det likevel ikke på dette punkt være grunnlag for noe skarpt skille.»

¹¹⁷⁹ Se videre kapittel 7 punkt 7.5.3.6 om de generelle mulighetene for å etablere styring- og kontroll på kontraktsmessig grunnlag.

uttrykker nemlig obiter dictum at den ikke ville akseptert «... delegasjon til en underordnet saksbehandler».¹¹⁸⁰

Overraskende nok er det faktisk på området for intern delegering at Høyesterett har underkjent delegering i flest tilfeller. Rt. 1936 s. 592 handlet om hvorvidt politiinspektøren eller politimesteren måtte skrive ut en tiltalebeslutning. Ifølge retten trengtes det «positiv lovhjæmmel» for slik intern delegering, og da det ikke ble funnet bevist at beslutningen var forelagt politimesteren, ble beslutningen kjent ugyldig. Disse generelle utgangspunktene gjaldt også i en periode helt opp på departementsnivå. Rt. 1956 s. 1124 uttrykker Høyesterett at ekspropriasjonen var akseptabel fordi den «... er fattet i full forståelse med departementets sjef.»¹¹⁸¹ De ville med andre ord neppe akseptert en ren delegering.

Det er også grunn til å bemerke at Høyesterett er relativt streng med hensyn til om myndigheten *faktisk har blitt* delegert. Etterfølgende godkjenning av en beslutning uten grunnlag i delegering blir ikke akseptert. Både i Rt. 2001 s. 428 og Rt. 2004 s. 76 hadde lavere nivåer i organisasjonen truffet beslutninger uten at dette var hjemlet i organisasjonens reglement. Høyesterett kjente begge beslutningene ugyldige.¹¹⁸²

Ved intern delegering blir demokratiske hensyn mindre viktige, fordi spørsmålet normalt allerede ligger utenfor de politiske nivåene. Derimot blir hensynet til faglig forsvarlighet desto mer sentralt. Innenfor et sykehus kan helsepersonell bare delegere til andre innenfor organisasjonen i medhold av helsepersonelloven § 4, som åpner for en begrenset bruk av medhjelpere der bruken er faglig forsvarlig, og virksomheten foregår under tilsyn av helsepersonellet.¹¹⁸³ Innenfor politi- og påtalemyndigheten er systemet for intern delegering også utpreget detaljert utformet.¹¹⁸⁴

Mer generelt mener jeg også det kan være grunn til å respektere *institusjonaliserte beslutningsmønstre*, i tverrfaglige organisasjoner. Dersom det for eksempel vanligvis er slik at en bestemt faggruppe høres eller blir trukket med før vedtak fattes, så kan det i visse situasjoner tenkes at en delegering som ekskluderer denne gruppen må anses som usaklig.

En sak som illustrerer slik betenkelig bruk av organisasjonsmyndigheten godt er HR-2022-2172-A, som handlet om antallsbegrensninger på private sammenkomster i Bergen. Under

¹¹⁸⁰ Se Rt. 2002 s. 1403 (*Intern delegering av påtalevedtak*) s. 1406.

¹¹⁸¹ Se Rt. 1956 s. 1124 (*Intern delegering pga. praktiske behov*), på s. 1126.

¹¹⁸² I Rt. 2001 s. 428 (*Politiavdelingen*) hadde man imidlertid ikke truffet noe vedtak, slik at HR ikke gikk inn på konsekvensene, se s. 441, hvor man likevel antar at et vedtak måtte «... være hjemlet i departementets regler for intern delegasjon.» I *Rektors oppsigelse* fant retten det heller ikke bevist (avsnitt 54 og 55) at rett person godkjente vedtaket.

¹¹⁸³ Bestemmelsen er omtalt tidligere i kapittel 4 punkt 4.2.5.

¹¹⁸⁴ Se straffeprosesslovens femte del, og Påtaleinstruksen.

Covid-pandemien hadde Bergen kommune vedtatt at det skulle være ulovlig sammenkomster med mer enn fem personer, hvis de ikke allerede bodde sammen. Man gikk dermed lenger enn nasjonale anbefalinger. Smittevernoverlegen i Bergen hadde imidlertid anbefalt å lytte til de nasjonale anbefalingene. Disse synspunktene ble imidlertid ikke tatt med i den senere saksfremstillingen for den politiske ledelsen.¹¹⁸⁵ Høyesterett stiller på den bakgrunn spørsmålet om kravet om at den smittevernfaglige beslutningen må være «basert på» en «klar medisinskfaglig begrunnelse» tilsier at det gjelder visse saksbehandlingskrav (avsnitt 62). I den konkrete vurderingen kommer de derimot til at beslutningsorganet var «... kjent med ... en viss uenighet ...» mellom de ulike fagpersonene (avsnitt 71), for deretter å gå over i en materiell vurdering av om det forelå godt nok medisinskfaglig grunnlag etter smittevernloven.

Dermed ser man vekk fra at man ved å omorganisere, ekskluderer faglige perspektiver fra personer som er kritisk til den politiske ledelsen. Aksepten for eksklusjonen av den ene fagpersonen er særdeles viktig når domstolen også utviser *tilbakeholdenhet i prøvingen* av de konkrete faglige synspunktene.¹¹⁸⁶ Selv om det i den aktuelle saken ikke var spørsmål om delegering, illustrerer den en situasjon som man ved vurdering av delegeringsadgang må unngå: Delegeringsadgangen må ikke brukes på en slik måte at den uthuler en faglig forsvarlig beslutningsprosess. Snarere vil det øverst ansvarlige organ ha ansvar for at alle relevante faglige synspunkter innen organisasjonen blir hørt, som jeg utdyper nærmere i kapittel 7.¹¹⁸⁷

Oppsummeringsvis handler spørsmål om såkalt «intern» delegering, handler om fordelingen av myndighet fra et *organ* ved en *leder* til denne lederens *ansatte*. Dette betyr samtidig at delegering normalt ikke kan skje til personer som er selvstendig næringsdrivende eller konsulenter (med grunnlag i arbeidsgivers styringsrett).¹¹⁸⁸

¹¹⁸⁵ Se HR-2022-2172-A (*Antallsbegrensning på private sammenkomster*) avsnitt 44.

¹¹⁸⁶ Sml. kritikken i Marthinussen: «Kommunal forbudsiver og rettsstatens utilstrekkelighet.» i Eirik Holmøyvik, Christoffer Conrad Eriksen og Benedikte Moltumyr Høgberg red.: *Kriseregulering: lovgivning under koronakrisen*, Fagbokforlaget, 2023, s. 441—82, s. 476.

¹¹⁸⁷ I samme retning Marthinussen, 2023 s. 475 som stiller seg kritisk til delegeringsadgang i det aktuelle tilfellet.

¹¹⁸⁸ Sml. også diskusjonen i kapittel 7 punkt 7.5.3.2.

5.4.7 Hvor langt rekker de hierarkiske utgangspunktene? Særlig om delegering av saksbehandlingsoppgaver

Spørsmålet i dette avsnittet er om det finnes et generelt kompetansegrunnlag som gjør det mulig for forvaltningsorganer å normalt delegere ansvaret for saksbehandlingen eller enkelte saksbehandlingsoppgaver til andre.

Backer-utvalget går nemlig ut fra at et «... forvaltningsorgan som skal treffe vedtak i en sak ...» som «... utgangspunkt ...» står fritt til å la seg bistå av underordnede organer. Delegeringen kan skje «... uformelt ...» i «... kraft av instruksjonsmyndigheten.» Samtidig hevder riktignok utvalget at spørsmålet «... ikke er avklart i gjeldende rett ...».¹¹⁸⁹ Denne vurderingen av saksbehandlingen kan oppfattes som en annen variant av Gravers posisjon (omtalt foran i pkt. 4.2.2), som var mer avvisende til kravet om et rettslig grunnlag i utgangspunktet. Effektivt sett ender man imidlertid opp på samme sted. I nytt lovutkast vil man også i praksis foreslå en generell hjemmel for å delegere på denne måten, uten at konsekvensene av en slik regel drøftes.¹¹⁹⁰

Det er imidlertid nødvendig å nyansere disse utgangspunktene, blant annet ut fra diskusjonen i kapittel 4. En innvending er at instruksjonsmyndighet (til å gi pålegg) ikke i seg selv er rettslig grunnlag for delegering, så man behøver en forklaring på selve delegeringsadgangen. Videre må man presisere utgangspunktet nærmere: Det er akseptert at overordnede kan få underordnede til å saksbehandle. Spørsmålet er imidlertid om man kan generalisere på den måten Backer-utvalget gjør.

Det kan kort presiseres at selv om utgangspunktet er at delegering forutsetter rettslig grunnlag, så forhindrer ikke dette at *flere organer* er involvert. I den grad et ansvar *allerede er* tildelt et annet organ behøver man rettslig grunnlag for dette. Grensen bør derfor ikke trekkes liberalt. Avgrensningen skal sortere ut de enkle tilfellene som at å sende en forskrift på høring ikke er å 'delegere' utredningsarbeidet til allmennheten, fordi å sende saken på høring handler om å bruke andre for å ivareta et *særskilt ansvar man har til* å involvere andre. Det er heller ikke en delegering av saksforberedelsen at forvaltningsorganer oppfyller sin plikt til å involvere berørte departementer i planleggingen av et tiltak etter utredningsinstruksen punkt 3-1.¹¹⁹¹ Man må dermed sondre mellom den uformelle og uregulerte

¹¹⁸⁹ NOU 2019:5 s. 219.

¹¹⁹⁰ NOU 2019:5 s. 26.

¹¹⁹¹ Utredningsinstruksen.

suppleringen av et isolert sett forsvarlig vedtak, og at andre virksomheter trer inn på vegne av det opprinnelige organ.¹¹⁹² I dansk rett er det avgjørende en vurdering av om delegeringen kan ha virket inn på avgjørelsen eller ikke.¹¹⁹³ En slik tenkning blir for vidtgående. Poenget er at man ikke behøver å kalle noe en delegering dersom saksbehandlingsreglene særskilt krever at andre skal involveres i beslutningsprosessen.

Spørsmålet blir da om saksbehandlingen kan delegeres. Backer-utvalget går langt i å anta at man kan delegere, og de begrunner adgangen med at det er vanlig for høyere forvaltningsorganer å få bistand fra lavere. At slik bruk av underordnede er lovlig, vanlig og «... betryggende nok ...» uttrykkes også i Forvaltningskomiteens innstilling.¹¹⁹⁴ Det er høyere forvaltningsorganers kjerneoppgave å bruke faglige vurderinger fra lavere organer til å treffe beslutninger; selve organiseringen legger opp til en slik ordning. En slik oppfatning kan også strekkes til å inkludere særskilt-opprettede råd eller utvalg, slik Forvaltningskomiteen implisitt utgår fra.¹¹⁹⁵ Særlig hvis rådene er sammensatt ved lov eller forskrift, på en gjennomtenkt måte, fungerer stående og må stå til ansvar for sin praksis over tid, har en institusjonalisert relasjon til det delegerende organ (med mer), så kan det åpenbart være gode grunner til å akseptere at organet kan delta i beslutninger som det overordnede organ fatter.

Man vil altså normalt kunne delegere deler av saksbehandlingen til underordnede forvaltningsorganer eller særskilt opprettede organer. Utgangspunktet må imidlertid modifieres i lys av punkt 5.7, for eksempel slik at man ikke kan delegere til et organ som ikke har faglige forutsetninger for å håndtere saksbehandlingen.

Backer-utvalget går imidlertid flere skritt, når de legger til grunn og foreslår kodifisert, at forvaltningsorganer normalt skal kunne delegere saksbehandlingsoppgaver, uten nærmere avgrensninger. Utvalget uttrykker innledningsvis at spørsmålet ikke er «... avklart i gjeldende rett ...», men går så videre til å drøfte (og foreslå lovtekst) under forutsetning av at slik delegering generelt er lovlig.¹¹⁹⁶

¹¹⁹² Sml. også fremstillingen av «nettverksforvaltning» i NOU 2019:5 s. 202 flg.

¹¹⁹³ Abkenar 2017 s. 295, som fremhever at det etter gjeldende dansk rett nå gjelder en mer nyansert vurdering av om rettssikkerheten er tilstrekkelig ivaretatt, og se omtalen av kravene på s. 298.

¹¹⁹⁴ NUT 1958:3 s. 213.

¹¹⁹⁵ NUT 1958:3 s. 93.

¹¹⁹⁶ NOU 2019:5 s. 219.

Problemet er altså at man gjør den samme slutningen som ble diskutert i punkt 5.4.2: Man antar at delegering til *noen* betyr adgang til å delegere til *alle*. Realiteten er likevel at spennet i hvilken type delegering det er snakk om å akseptere er helt uklart.

Den *vanlige* situasjonen er at et underordnet forvaltningsorgan eller særskilt organ som et departement styrer og kontrollerer, har løpende dialog med, mottar faglige råd av, og på andre måter står i et *veletablert institusjonelt forhold til*, kan overta hele eller deler av saksbehandlingen. I slike tilfeller ville man også lovlig kunne delegert den endelige beslutningen til det underordnede organet.¹¹⁹⁷ I disse tilfellene er jeg også enig i at man (ofte) bør kunne delegere hele eller deler av saksbehandlingen, som nevnt. Det er denne situasjonen Backer-utvalget bruker for å begrunne sin oppfatning om delegering av saksbehandling til *alle andre*.

Det er imidlertid et *svært langt hopp* fra en slik regel, til å akseptere at man kan sette saksbehandlingen ut til hvem som helst, herunder private, men også sideordnede organer og kommuner. Det sentrale utgangspunktet er at delegering av saksbehandlingsoppgaver står i samme stilling som delegering i sin alminnelighet.¹¹⁹⁸ Utgangspunktet er at avgjørelser blir «... truffet av ett forvaltningsorgan som har ansvar for å forberede og behandle saken.»¹¹⁹⁹ Det gjelder ingen generell adgang til å la andre forberede og behandle saken på egne vegne. I dansk rett har en viss adgang til slik (ekstern) delegering nylig blitt akseptert, men da under vilkår av at det er et stort praktisk behov, og med en rekke begrensninger.¹²⁰⁰ Backer-utvalgets oppfatning og forslag til kodifisering vil gi et frislipp, tilsynelatende også uten begrensninger.

Den etablerte praksis med utveksling av saker mellom departements-direktoratsnivået er derfor et særdeles tynt grunnlag for en generell oppfatning om at saksbehandling normalt kan delegeres.

Er Backer-utvalgets synspunkt velbegrunnet på annet grunnlag? Utvalget nevner i hovedsak de ulike praktiske behov forvaltningen har for slik delegering. Jeg er generelt skeptisk til

¹¹⁹⁷ Det hører også med til historien at en rekke av det som i dag er selvstendige direktorater, tidligere utgjorde departementsinterne direktorater med egen direktør, innenfor departementets strukturer.

¹¹⁹⁸ Slik vurderes også spørsmålet i Frihagen 1991 s. 221.

¹¹⁹⁹ NOU 2019:5 s. 201.

¹²⁰⁰ Se nærmere i FOU-2013-9, se Abkenar 2017.

verdien av et slikt argument, se nedenfor i 5.7.3.5. I denne sammenhengen er uansett et vesentlig motargument at organiseringen av saksbehandling innenfor samme organ har en funksjon for det samlede arbeidet til organet. Kort sagt er problemet her at Backer-utvalget har et for instrumentelt begrep om organisering. Man kan ikke dele opp hvem som gjør hva, uten konsekvenser. Å gi begrunnelse er det enkleste eksempelet: En viktig del av formålet med denne plikten er å forbedre saksbehandlingen.¹²⁰¹ Å ta stilling til noens behov for sosialstønad er og bør være en kontinuerlig vekselvirkning mellom faktumsundersøkelser, kontradiksjon, dialog med parten, skriving av utkast til vedtak og begrunnelse.¹²⁰² Hvis man setter ut én eller flere av disse skrittene til et helt annet organ, taper man mange positive virkninger som kan være vanskelige å se i et styringssystem, men som er svært reelle for borgeren. Det er bare å tenke på forskjellen på å forholde seg til *én* saksbehandler, og å måtte forholde seg til forskjellige.

Backer-utvalget antar at det delegerende organ *uansett* må foreta en selvstendig vurdering. Man antar altså at kontroll kan løse problemet. Imidlertid er det tvert om store utfordringer med en reell og løpende kontroll av andre organers saksbehandling, særlig faktumsundersøkelser, ettersom disse gir store rom for fortolkning, seleksjon, med mer. Slike undersøkelser forutsetter at man sorterer relevante og irrelevante forhold på måter som gjør at det gir stor innflytelse til delegaten som det delegerende organet vanskelig kan bli klar over.

Et eksempel gir SOM-2012-2040, der kommunestyret hadde overlatt til et konsulentselskap å bistå i ansettelsen av en kommunedirektør. Her hadde konsulentselskapet avvist noen av søkerne til stillingen, og ikke informert kommunestyret om avvisningen. Sivilombudet kritiserte praksisen, fordi kommunestyret dermed ikke foretok en fullstendig vurdering av alle søkerne i samsvar med kravene etter fv1. § 17. Ombudet gikk også lenger: Saksbehandlingen kunne «... vanskelig sees å være i samsvar med kravet om at det kun er

¹²⁰¹ Delegering av begrunnelse risikerer også å undergrave at formålet er å rettferdiggjøre avgjørelsen overfor borgeren. Se til illustrasjon LA-2021-61449 der begrunnelsen for vedtaket antok avgjørelse i motsatt retning.

¹²⁰² Prinsipielt sett kan man også ha plikt til å vurdere muligheten for å gå inn i forhandlinger med parten, dersom dette er mulig, se nærmere i Bernt 2018, bl.a. s. 215.

kommunestyret som kan tilsette rådmann».¹²⁰³ Ombudet kunne også gått enda lenger, og vurdert om man hadde grunnlag for delegeringen, men problemet tas ikke opp.

Generelt sett vil imidlertid *agensproblemene* være store, fordi det delegerende organ ikke selv har fått innsikt i hva en saksbehandlingsprosess har kastet av seg av informasjon. Hva delegaten presenterer av informasjon og hvordan kan få omfattende konsekvenser. Ved delegering etter helse- og omsorgstjenesteloven vil for eksempel omsorgsboligen bistå i skrivningen og vurderingen av tvangsvedtak overfor brukere.¹²⁰⁴ Det gir her en falsk trygghet å tenke at kommunen må foreta en selvstendig vurdering. Kommunen vil i slike tilfeller stort sett måtte stole på det omsorgsboligen — som forutsetningsvis drives av en privat tilbyder — sier om brukers atferd og risikofaktorer. Samtidig kan det private selskapet ha insentiver til å bruke større tvang enn nødvendig for å redusere kostnader eller lette arbeidsbyrden for sine ansatte. Noen reell kontroll med deres beskrivelse av faktum er relativt vanskelig å foreta i etterkant.

Ser man på de eksemplene Backer-utvalget går de også temmelig langt i å akseptere en mer eller mindre ekstern saksbehandling. De nevner først at «... mottak av søknader, innsamling av relevante dokumenter, samt vurdering og skrivning av utkast til vedtak i opplagte saker» er «... rutineoppgaver ...» som (fordi de er rutine?) kan settes ut.¹²⁰⁵ Allerede her åpner man for å gi omfattende innflytelse til de man delegerer til. Utvalget går imidlertid også enda lenger og mener man kan delegere saksbehandlingen *utenfor* slike 'rutineoppgaver', som «... vurderingspregede deler av saksforberedelsen, som undersøkelser av faktiske forhold ...» og synes også å mene at forvaltningsorganer har kompetanse til å overlate «... saksforberedelsen i hovedsak — med klarlegging av fakta, kontakt med partene og vurdering av sakens utfall ...», til andre.¹²⁰⁶ Her går utvalget etter mitt syn alt for langt, uten å begrunne sine vurderinger nærmere. Når man går så langt kan man nærmest spørre seg

¹²⁰³ Se SOM-2012-2040, ombudet uttrykker at «Selve tilsetningsvedtak ble rent faktisk truffet av kommunestyret. Imidlertid kan, på bakgrunn av det ovennevnte, en slik saksbehandling som kommunen har gjennomført, vanskelig sees å være i samsvar med kravet om at det kun er kommunestyret som kan tilsette rådmann. At prosessen var godkjent i forkant av kommunestyret, endrer ikke dette». I den aktuelle saken hadde konsultentselskapet ekskludert flere av søkerne fra prosessen, uten å informere kommunestyret om dette.

¹²⁰⁴ Se hol. kapittel 9, omtalt i neste kapittel punkt 7.4.4.

¹²⁰⁵ NOU 2019:5 s. 220.

¹²⁰⁶ NOU 2019:5 s. 221.

hva som er poenget med regler om delegering av kompetanse, om man effektivt sett skal kunne overlate det meste av saksbehandlingen til andre.

Backer-utvalget bemerker at spørsmålet har vært drøftet i barnevernssektoren. De lar det imidlertid være usagt om denne praksisen *i seg selv* har rettslig grunnlag. Innenfor barnevernet blir det antatt i forarbeidene fra 2021 at det eksisterer en *ulovfestet* regel som tillater såkalt «bistand» til barnevernstjenesten, inkludert bistand fra eksterne.¹²⁰⁷ I praksis hadde man over lengre tid brukt private konsultentselskaper til å gjennomføre hele eller deler av saksbehandlingen, særlig i små kommuner.¹²⁰⁸ Praksisen inkluderte å få konsulenter fra de «fire store» konsultentselskapene til å bistå i barnevernssaker.¹²⁰⁹ Det ble forsøkt begrenset i 2017, gjennom et brev fra departementet til samtlige fylkesmenn.¹²¹⁰ I løpet av arbeidet med barnevernsloven, fikk imidlertid KS gjennomslag for en kursendring.¹²¹¹ I barnevernloven er det derfor nå inntatt en særregel i § 15-7, som åpner for bruk av private aktører til bistand i saksbehandlingen. Departementet forutsetter i forarbeidene at de generelle utgangspunkter om kontroll og styring med delegert myndighet, skal få anvendelse.¹²¹²

Grunnlaget for denne rettsdannelsen er en uttalelse fra lovavdelingen i 1991.¹²¹³ Her gir heller ikke lovavdelingen noen begrunnelse for hvilket kompetansegrunnlag delegeringen hviler på, og de fremfører heller ingen argumentasjon *for* at det skal være lov å delegere. I praksis var denne regeldannelsen en slags privatisering av barnevernet uten Stortingets involvering, før man fikk kodifisert ordningen med ny lov i 2021. Regeldannelsen viser nettopp de strukturelle og institusjonelle konsekvensene av å akseptere denne typen delegering: Over tid supplerte man kommunale barnevernstjenester med private aktører,

¹²⁰⁷ Se Prop. 133 L (2020-2021) s. 597 omtaler det som en «kodifisering av gjeldende rett».

¹²⁰⁸ Se bl.a. Sandberg 2004.

¹²⁰⁹ Som Sandberg 2004 påpeker hadde de heller ikke barnevernsfaglig oppdatert kompetanse.

¹²¹⁰ Barne- og likestillingsdepartementet: *Bruk av private aktører i barnevernet, dokument 17/468, 2017*.

¹²¹¹ Barne- og likestillingsdepartementet, Høringsnotat 2020

¹²¹² Prop. 133 L (2020-2021) s. 598: «Det er en klar forutsetning for å kunne la seg bistå av private tjenesteytere, at kommunen har nødvendig kontroll med at oppdraget utføres i samsvar med lov- og forskrift. Dette innebærer blant annet at barnevernstjenestens leder må utøve aktiv styring og ledelse, slik at kommunen ivaretar sitt ansvar etter barnevernsloven fullt ut, og at rettsikkerheten til barn og familier blir ivaretatt. Hvordan styringen utøves i praksis må vurderes konkret blant annet med utgangspunkt i hvilken oppgave det dreier seg om og hvilken rolle den private aktøren er tiltenkt. Det er også en grunnleggende forutsetning at all bistand fra private skjer innenfor faglig forsvarlige rammer, jf. § 1-7»

¹²¹³ JDLOV-1991-1413.

som over tid har medført at både mindre og større kommuner blir avhengig av å kjøpe tjenester fra disse private aktørene.¹²¹⁴

Heller enn å representere et eksempel på en generell lære som bør generaliseres er derfor praksisen med å overlate oppgaver til private aktører i barnevernssektoren et (av flere) eksempler på at forvaltningen har praktisert ulovlige delegeringer, uten konsekvenser, for så å bli kodifisert av lovgiver.¹²¹⁵

Min klare oppfatning er derfor at delegering av saksforberedelse ikke normalt kan skje utenfor de hierarkiske linjene. Delegeringsadgangen for saksforberedelse vil derfor i hovedsak svare til delegeringsadgangen ellers.

Det kan avslutningsvis nevnes at et alternativ til å engasjere private sakkyndige, er å ansette dem i vikariatstillinger. Alternativet er drøftet og antatt lovlig i dansk rett.¹²¹⁶ Det blir også anbefalt som tilnærming av Modalsli-utvalget fra 1970.¹²¹⁷ Innenfor samme rettssubjekt, men mellom sideordnede ledd er hospiteringsordninger eller nettverksforvaltning et annet alternativ. Å skaffe rettslig grunnlag for å delegere er naturligvis et siste.

Lovgivningen kan også gi særlige *unntak*. Det vil for eksempel være tilstrekkelig hvis lovgivningen åpner for bruk av sakkyndige, krever konsekvensutredning etter en bestemt prosedyre, eller lovgivningen forutsetter at organ A skal be organ B om en vurdering før beslutningen treffes, eller lignende, slik plan- og bygningsloven krever.¹²¹⁸ For eksempel hjemler utlendingsloven § 88 at utlendinger kan pålegges å «... la seg undersøke for å klargjøre alderen». Det er åpenbart at UNE og politiet ikke kan foreta radiologiske- og odontologiske undersøkelser av denne art. I praksis brukes flere instanser, inkludert private

¹²¹⁴ Se for eksempel, Vista Analyse: *Bruken av private aktører i barnevernet - ansvar på avveie?*, 2016 s. 57 flg.: «Det er langt enklere for en kommune å bruke private aktører på en god måte, dersom det skjer mer av lyst enn av nød. Med dette mener vi at kjøpene bør skje som følge av veloverveide vurderinger av hva som er tjenlig for barnevernet, og ikke som følge av kapasitetsproblemer og dårlig planlegging.»

¹²¹⁵ Se flere eksempler i 5.2.

¹²¹⁶ Abkenar 2017 s. 158, som antar at dette vil være en «... lovlig omgåelse af delegationsforbudet.»

¹²¹⁷ Se Modalsli-utvalget 1970 s. 82. Arbeidsrettslig setter aml. §14-9 grenser for bruk av vikarer, som innebærer at der «... en virksomhet av noe størrelse har et fast og noenlunde jevnt og forutsigbart vikarbehov, skal dette ikke dekkes ved vikariater, men med en større grunnbemanning med fast ansatte.», se Engelsrud: *Styring og vern: arbeidsrett i offentlig sektor*, Cappelen Damm Akademisk, 2022 s. 117. Forskningsarbeid, som noe konsulentvirksomhet vil være, kan særreguleres i tariffavtale jf. bestemmelsens fjerde ledd.

¹²¹⁸ Til sammenligning drøfter forvaltningskomiteen spørsmålet om bruk av sakkyndig bistand med blant annet henvisning til rettergangsreglene jf. NUT 1958:3 s. 164 flg. om krav til sakkyndig granskning, og 177 flg. om bruk av sakkyndig bistand. Andre eksempler på bruk av sakkyndige gis bl.a. på s. 53, 70 og 96.

aktører.¹²¹⁹ Man kan stille spørsmål ved bruk av private, men at loven gir et unntak for å kunne be en offentlig tannlege gjøre undersøkelsen, er klart. Eksempelet illustrerer for øvrig et annet problem (eller en fordel) ved private: De offentlige aktørene nektet å gjennomføre denne typen undersøkelser av fagetiske årsaker, men enkelte private sa seg villige.¹²²⁰

5.4.8 Oppsummering

Oppsummeringsvis kan Regjeringen delegere fritt innenfor statsforvaltningen, mens departementer kan delegere innenfor rammen av deres forvaltningsansvar. Andre forvaltningsorganer må som utgangspunkt være særskilt tildelt delegeringsadgang, unntatt ved intern delegering der arbeidsgivers styringsrett gir en viss delegeringsadgang internt. Delegering av saksforberedelse bør normalt antas å stå i samme stilling.

Reglene skissert foran er imidlertid *utgangspunktene* og det som *normalt* kan skje. I særstilling står kommunal sektor, som ved å ha sin delegeringsadgang lovregulert, generelt må antas å ha en særskilt stilling som gjør dem i stand til å delegere. Kommunenes adgang til å delegere skal drøftes i neste avsnitt.

5.5 Hvem har normalt delegeringsadgang? Kommunalforvaltningen: Kommuneloven §§ 5-3 og 5-4

5.5.1 Utgangspunkter

Historisk sett var kommunene forvaltningsorgan på lavere nivå, og derfor regulert av de samme kompetansenormene som alle lavere organer.¹²²¹ Reelt sett var bildet mer nyansert, som allerede Opsahls arbeider illustrerer.¹²²² Før kommuneloven av 1992 var kommunene

¹²¹⁹ Se f.eks. TOSLO-2018-44040 (*Alderstest*): «Skjelettmodning er blitt vurdert av røntgeninstituttet Unilabs på grunnlag av røntgenundersøkelser av hånd og håndrot. Den odontologiske aldersvurderingen er basert på en undersøkelse av tennene og tannrøntgen. To uavhengige tannleger ved Institutt for klinisk odontologi ved Universitetet i Oslo har deretter vurdert alder.» I nyere tid har flere aktører og alle offentlige aktører, motsatt seg å gjennomføre slike undersøkelser på vegne av utlendingsmyndighetene.

¹²²⁰ Se Eline Johnsen Helledal og Silje Rognsvåg: «Staten har jaktet på slike bilder i fire år – men ingen vil ta dem», nrk.no, <https://www.nrk.no/vestland/unilabs-og-evidia-vil-ikke-ta-rontgen-av-asylsokere-til-aldersundersokelse-1.16176655>, lest 11/28/23.

¹²²¹ Se f.eks. Smith 1976 s. 388 flg. og NUT 1958:3 s. 109.

¹²²² Opsahl 1963 skriver for eksempel på s. 11.1: «Selv om den i noen grad kan og bør behandles som en disiplin for seg, er likevel forbindelsene med statsorganene så mange, og praksis i rettsanvendelsen felles i så mangt, at framstillingen her bør omtale den. Delegasjonsspørsmålene er så aktuelle at de gir et rikt erfaringsmateriale. Og alminnelige offentligrettslige siktepunkter har i praksis vært gjennomført så konsekvent at det er all grunn til å holde på dette prinsipielle utgangspunkt: Kommuneorganene er lokale statsorganer konstituert etter statlig lovgivning og undergitt dens herredømme, og deres rettsforhold er både gjennomsyret av og må virke tilbake på løsningene av alminnelige ulovfestede, offentligrettslige spørsmål»

det forvaltningsorganet med det bredeste ansvarsområdet, som innebar at fordelingen av kommunens kompetanser blant ulike råd, styrer, utvalg, og så videre, var mer detaljert regulert i lovverket enn noe annet forvaltningsorgan.¹²²³ Detaljrikdommen var så stor at KS endte opp med å utgi et utkast til såkalt «maksimalreglement», som illustrerte hvor langt det var mulig å gå.¹²²⁴ Med kommuneloven av 1992 fikk kommunene en særregulert generell delegeringsadgang, og denne ble videreført og liberalisert i den gjeldende kommuneloven fra 2019. Det nærmere omfanget av denne kompetansen skal derfor behandles her.

5.5.2 Bakteppe: liberaliseringen av kommunenes adgang til å delegere i 1992

NOU 1990:13 foreslo ny kommunelov, som ble vedtatt med mindre endringer i 1992.¹²²⁵ Bakgrunnen var blant annet et behov for å gjøre kommunens organisasjon mer fleksibel, i lys av blant annet kommunenes voksende rolle som myndighetsutøver og ansvarlig for gjennomføring av velferdspolitikken.¹²²⁶ Liberaliseringen kan også ses i lys av den generelle tendensen til å oppfatte organisatoriske spørsmål som noe som bør løses av lavere forvaltningsnivåer, innenfor fastsatte krav til resultater.¹²²⁷ For kommunene sto resonnetet særlig sterkt, ettersom organisatorisk frihet var en måte å utvide lokaldemokratiets innflytelse.¹²²⁸

Først og fremst medførte kommuneloven at kommunene sto friere til å organisere seg selv *internt*.¹²²⁹ Slik delegering kunne skje til formannskap eller kommune/byrådet, til politiske utvalg, og til administrasjonen. Samtidig ble kommunen tildelt kompetanse til å selv opprette eller nedlegge faste utvalg. Kommunen kunne delegere til alle de nevnte i hastesaker.¹²³⁰ I prinsipielle saker var delegering begrenset til formannskap/kommuneråd

¹²²³ Se bakgrunnen i NOU 1990:13 s. 43—44.

¹²²⁴ Se Norske Kommuners Sentralforbund 1986.

¹²²⁵ Lov 25. september 1992 nr.nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).

¹²²⁶ NOU 1990:13 s. 7.

¹²²⁷ Se bl.a. ovenfor under X, og tilsvarende Stokstad: *Kommunalt selvstyre*, Oslo, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2012 s. 156: «... mål- og resultatstyringsmodellen var en viktig premis for kommunelovutvalget.»

¹²²⁸ Om koblingen mellom organisatorisk frihet og kommunenes selvstyre, se bl.a. Stokstad 2012 s. 157 og 314. Kommunelovutvalget ser også økt adgang til intern delegering som et utslag av «... en nyansering av begrepet om det kommunale selvstyret ...» NOU 1990:13 s. 85..

¹²²⁹ Se bl.a. retningslinjene for endringer i særlovgivningen som foreslås NOU 1990:13 på s. 319, og s. 85: «En utvidet og mer fleksibel *intern* [min uthv.] delegasjonsadgang, med bibehold av politisk og administrativ kontroll.»

¹²³⁰ Jf. kommunel. §§ 8 (3) og 20 (3), 10 (2), se også tilsvarende regler om kommunedelsutvalg i § 12, videre §§ 23 (4), og 10 (6) som åpner for at kommunen kan «... når som helst omorganisere eller nedlegge faste utvalg og komiteer.», og til slutt § 13.

eller til faste utvalg. Generelt kunne også delegering begrenses ved lov, da gjennom å tildele myndighet til «kommunestyret selv».

Kompetansene var imidlertid bundet opp fordi lovgivningen i en rekke tilfeller krevde at kommunen opprettet faste (særlovs)utvalg, og i andre tilfeller var myndighet direkte tildelt disse utvalgene, eller til administrasjonen.¹²³¹ I forbindelse med den nye loven gjennomførte man derfor en omfattende revisjon av lovgivningen som både fjernet kravene om faste utvalg og endret loven slik at myndighet normalt ble lagt til kommunestyret.¹²³² Kommuneloven av 1992 sammen med den påfølgende lovgivningspraksisen medførte dermed en omfattende liberalisering av kommunens organisatoriske frihet.¹²³³ Begrensninger i den organisatoriske friheten var forbeholdt tilfeller der «... helt spesielle tungtveiende hensyn ...» gjaldt, både etter kommuneloven og særlovgivningen.¹²³⁴

5.5.3 Delegeringsadgang etter kommunel. § 5-3

Kommunal delegeringsadgang er regulert flere steder. Jeg vil først skissere visse generelle trekk ved reguleringen, og så komme tilbake til de spesielle reglene og problemene nedenfor.

Kommuneloven § 5-3 (3) angir at kommunen kan delegerer «... myndighet til å treffe vedtak til andre folkevalgte organer, ordføreren eller kommunedirektøren innenfor rammene av denne loven eller annen lov.» Bestemmelsen omhandler *intern delegering* i kommunen, og forutsetter at kommunen innenfor lovens rammer bestemmer egen organisering. Selve bestemmelsen regulerer etter sin ordlyd bare delegering av myndighet til å treffe vedtak. Likevel er det klart at bestemmelsen vil kunne brukes som grunnlag for å fordele ansvarsoppgaver i kommunen. Intern delegering er i hovedsak lov, såfremt man følger de hierarkiske strukturene i kommunen på riktig måte, og delegerer til organer, ikke enkeltpersoner.¹²³⁵ Man har med andre ord en alminnelig intern delegeringskompetanse som eventuelt må beskjæres på samme måte som i statsforvaltningen.

¹²³¹ En god oversikt over de mange begrensningene finner man i Norske Kommuners Sentralforbund 1986.

¹²³² Ot.prp. nr. 59 (1992-1993) *Om tilpasning av særlovgivningen til ny kommunelov*.

¹²³³ Se bl.a. Hoel 2011 som s. 283 flg. stiller seg kritisk til om man gikk for langt.

¹²³⁴ NOU 1990:13 s. 316.

¹²³⁵ Sml. NOU 2016:4 *Ny kommunelov* s. 97 og Prop. 46 L (2017-2018) s. 67.

Et unntak fra kravet om at delegering skjer innenfor hierarkiet er at ordføreren, som både har status som rettslig representant for kommunen etter § 6-1 (2) og kan tildeles myndighet i ikke-prinsipielle saker og hastesaker.¹²³⁶

Unntaket er dersom kommuneloven eller annen lov fastsetter at kommunestyret «selv» må treffe en avgjørelse.¹²³⁷ Lovgivningen kan også stille andre krav til organiseringen av kommunens ulike ansvarsområder. Man må for eksempel (selv) ha en kommunedirektør. Etter særlovgivningen må også kommuner ha en kommunelege, en leder for barnevernstjenesten, og en brannsjef, for å nevne noen eksempler.¹²³⁸

Etter lovens § 5-14 skal det vedtas et delegeringsreglement som samlet gir overblikk over hvor kommunens myndighet ligger. I utgangspunktet vil all delegering internt i kommunen skje fra kommunestyret, til ordfører, kommunedirektør, eller til folkevalgte organer, herunder kommunedelsutvalg. Ordfører, kommunedirektør (med administrasjon) og folkevalgte organer (med underutvalg) er dermed sideordnede organer (formelt sett), selv om det ellers vil være så store forskjeller i (reelle) arbeidsoppgaver at en slik karakteristik ikke behøver å være treffende. Kommunelovens hierarki skiller seg fra det statlige hierarkiet, ved at bare kommunedirektøren kan delegere til administrasjonen. Alle delegeringer må dermed normalt gå *via* kommunedirektøren, jf. § 13-1. Unntak kan tenkes der det følger krav fra lovgivningen. Det tilsvarende er ikke tilfelle i staten, der delegeringer til organer under direktoratsnivå, normalt må skje fra departementet.

Lovgiver har imidlertid valgt en spesiell løsning for kommunedelsutvalg, som er en spesifikk type folkevalgte organer som kan opprettes for å dele inn større kommuner i regioner, jf. § 5-7. Disse organene kan etter § 5-7 (4) gi «lederen av administrasjonen i kommunedelen» tilsvarende myndighet som de selv har. Kommunedelsutvalg kan dermed delegere til administrasjonen, noe kommunestyret ikke selv kan gjøre.¹²³⁹

Kommunenes frie adgang til å delegere har hovedsakelig sammenheng med kommunenes «... handlingsrom og styringsevne.»¹²⁴⁰ Betenkeligheter knyttet til demokratisk legitimitet er imidlertid generelt sett bedre ivaretatt i kommunene enn i sentralforvaltningen. Delegeringsreglement sikrer en total oversikt over delegeringer, og krever kontinuerlig

¹²³⁶ Se Prop. 46 L (2017-2018) s. 89—90.

¹²³⁷ Se for eksempel *Vassøy-Canning*.

¹²³⁸ Bvl. § 15-3, brann- og eksplosjonsvernsl. § 9 jf. 12, hol. § 5-5.

¹²³⁹ Departementet tar ikke opp at dette prinsipielt sett skaper visse problemer, bl.a. knyttet til hvilket organ som har ansvar for å kontrollere bruken av denne delegerte myndigheten, ettersom den ikke blir delegert fra kommunedirektøren, se Prop. 46 L (2017-2018) s. 360.

¹²⁴⁰ NOU 2016:4 s. 97.

reevaluering hver valgperiode.¹²⁴¹ I tillegg stilles det fortsatt ganske mange organisatoriske krav i særlovgivningen.

I praksis har ikke den liberale delegeringsadgangen voldt problemer, men det er uklarerheter. Kommunen er for eksempel «... lokal barnehagemyndighet ...» og har «... rett til ... adgang til barnehagelokaler ...».¹²⁴² Spørsmålet som da oppstår, er om en kommune fritt kan bestemme hvilken etat eller virksomhet i kommunen som er «barnehagemyndighet» med «adgang til barnehagelokaler». Kan for eksempel folkevalgte organer være barnehagemyndighet? Hva med ordføreren? Spørsmålet er ubesvart, og selv om sunn fornuft og særlovgivningens system vanligvis gjør at spørsmålene er uproblematisk, så har ikke kommuneloven av 2016 noen løsning hvis de skulle bli det. Som eksempelet illustrerer, behøver man derfor også å beskjære kommunens alminnelige delegeringsadgang med synspunkter fra et alminnelig forvaltningsrettslig ståsted jf. nedenfor i 5.7.

5.5.4 Delegering ut av kommunen: Kommuneloven § 5-4

Det neste spørsmålet er om kommuner kan delegerer *ut av kommunen*. Spørsmålet reguleres i kommuneloven § 5-4, og særreguleres for delegering til andre kommuner i kapitlene om kommunale samarbeidsformer. Disse samarbeidsformene behandles ikke nærmere her, men reguleringen er forholdsvis presis.

Kommuneloven § 5-4 om ekstern delegering trekker et skille mellom «... saker som gjelder lovpålagte oppgaver ...» i første ledd, og «... andre saker ...» i andre ledd. For lovpålagte oppgaver kan kommunen delegerer myndighet til å treffe vedtak til andre rettssubjekter «... så langt lovgivningen åpner for det».

Begrepet «lovpålagte oppgaver» oppfattes av departementet som relativt selvforklarende, og utdypes eller problematiseres ikke nærmere.¹²⁴³ Heller ikke Bernt og Overå tar opp spørsmålet nærmere.¹²⁴⁴ Det sentrale spørsmålet er om begrepet skal tolkes utvidende, slik at også oppgaver fastsatt i forskrift, ved delegering fra statlig myndighet, og eventuelt på

¹²⁴¹ St.meld nr. 33 (2007-2008) *Eit sterkt lokaldemokrati* s. 101 uttrykker at formålet er å skape større bevissthet rundt bruk av delegering som virkemiddel, se nærmere nedenfor i pkt. 5.8.1.

¹²⁴² Bhil. §10 (5).

¹²⁴³ Prop. 46 L (2017-2018) s. 67—68.

¹²⁴⁴ Bernt 2019 s. 53—54.

ulovfestet grunnlag, omfattes. Av forarbeidene fra 2006 fremgår det at departementet legger til grunn en slik utvidet forståelse, og det er vanskelig å se argumenter mot løsningen.¹²⁴⁵ Der kommunen på ulovfestet grunnlag eller på grunnlag av forskrift utøver høyhetsrett vil derfor § 5-4 (1) gjelde. Grensen må trekkes mot «andre saker», det vil si, typisk saker der kommunen opptrer i kraft av den kommunale råderetten over eiendom, som reguleres av § 5-4 (2).

Uttrykket «... så langt lovgivningen åpner for det ...» er imidlertid flertydig. I praksis volder bestemmelsen store problemer, og jeg drøfter den nedenfor.

For «andre saker» som ikke er lovpålagt kan slik myndighet delegeres hvis saken «ikke har prinsipiell betydning». Hva som er av prinsipiell betydning beror i stor grad på den aktuelle konteksten.¹²⁴⁶ Administrasjonen må her ha en fingerspissfølelse for hva som vil være politisk sensitivt, som omtalt i kapittel 2 og 4. Domstolene må ta utgangspunkt i listen av momenter som følger fra kommuneloven av 1992, der det uttrykkes at vurderingen foregår ut fra

«vedtakets karakter og konsekvenser, ... kommunens eller fylkeskommunens størrelse, ... [og] hvilken utstrekning de viktige skjønsmessige sider av den aktuelle avgjørelsen må anses klarlagt gjennom politiske vedtak, instruksjer eller tidligere praksis.»¹²⁴⁷

Regelen danner grunnlag for en relativt bredspektret argumentasjon, og kan ses i forbindelse med vurderingene i kapittel 4 punkt 4.4.4. Dersom saken *ikke* har prinsipiell betydning og den *ikke* gjelder lovpålagte oppgaver, kan den delegeres til andre rettssubjekter. Annet ledd derfor en snever delegeringsadgang, som typisk vil kunne brukes for å delegere tilskuddsforvaltning for en kommunal tilskuddsordning, eller myndighet til å treffe beslutninger om kommunale eiendommer.

Det viktige spørsmålet er hvordan § 5-4 første ledd skal tolkes, som er tema i neste avsnitt.

¹²⁴⁵ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 78.

¹²⁴⁶ Prop. 46 L (2017-2018) s. 86 uttrykker at «Hva som er av 'prinsipiell betydning', er i stor grad opp til kommunestyret selv å vurdere»

¹²⁴⁷ Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) *Kommunelov* s. 277—278.

5.5.5 Tolkningen av kommuneloven § 5-4 annet ledd: Kan kommunen i utgangspunktet delegere eksternt?

I saker om handler om «lovpålagte oppgaver» — spørsmål som er politisk vedtatt å skal være offentlige ansvarsoppgaver — er saken annerledes regulert, og prinsipielt sett mer betydningsfullt. Denne handler altså om alle kommunens oppgaver etter særlovgivningen. Etter denne bestemmelsen kan *selv saker av prinsipiell betydning* delegeres til eksterne rettssubjekter, «... så langt lovgivningen åpner for det».

Spørsmålet er da: Hva ligger i formuleringen «så langt lovgivningen åpner for det»? Oppsiktsvekkende nok uttrykker departementet eksplisitt at de ikke tar stilling til om ordlyden skal tolkes som å bety et utgangspunkt for eller mot ekstern delegeringsadgang. Departementet sier heller at i «... hvilken grad det er en realitetsforskjell...» mellom en presumsjon for og en presumsjon mot delegeringsadgang, «... trenger departementet ikke å ta stilling til.»¹²⁴⁸ Til departementet kan man jo innvende at det er *hele* realitetsforskjellen.

Hvordan endte man der? En forklaring er at det hevdes i høringen at rettstilstanden forut for 2018-loven var uklar. Den vurderingen deler jeg ikke. Det var *ikke tvilsomt* at delegering fra kommuner til andre rettssubjekter som *utgangspunkt* var ulovlig etter kommuneloven av 1992.¹²⁴⁹ At det hadde blitt *praktisert* på (eller over) grensen til det lovlige, er en annen sak.

En slik rettstilstand for kommunene bør heller ikke overraske, ettersom selv ikke Regjeringen kan (eller kunne før) delegere eksternt uten særlig grunnlag. Utgangspunktet omfattet *både* delegering av ansvar og myndighet, som jeg kommer tilbake til nedenfor i 5.5.6. Særlovgivningen var også tilpasset denne situasjonen, og inneholder derfor ikke mange delegeringsforbud av denne art, noe som ville vært naturlig om det var ekstern delegering som måtte *begrenses* og ikke *begrundes*. Konsekvensen av å snu om på utgangspunktet i 2018-loven er derfor temmelig stor, fordi den innebærer en *stor*

¹²⁴⁸ Prop. 46 L (2017-2018) s. 67.

¹²⁴⁹ Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 120: «Det anses ikke aktuelt å tildele deleide selskaper eller rent private foretak offentlig myndighet.» med videre begrunnelse. Se ellers både NOU 1995:17 under punkt 7.3.5.2 og NOU 1990:13 s. 218 («... ikke bør komme på tale å la selskaper utøve offentlig myndighet ...») Usikkerheten i rettstilstanden handlet heller ikke om *utgangspunktet* når saken ble omtalt i NOU 2016:4 s. 96—97. Se også diskusjonen av delegering av oppgaver nedenfor i 5.5.6. Unntaksvis ble det akseptert for saksbehandling, som omtalt ovenfor i bl.a. 5.4.3.

liberalisering av adgangen til å delegere eksternt, siden lovgivningen forutsetter det motsatte utgangspunktet.

Det opprinnelige forslaget fra kommunelovutvalget av 2016 var at delegering kunne skje hvis «... annen lov gir *adgang til det*». Utvalget betraktet ordlyden som en begrensning som gjaldt også ved kommuneloven av 1992.¹²⁵⁰ Denne formuleringen møtte sterk motstand fra flere kommuner, og særlig fra KS. Disse høringsuttalelsene bygget imidlertid på en unøyaktig oppfatning av hva utvalget søkte å regulere.

Formuleringen «lovpålagte oppgaver» ledet oppmerksomheten i retning av delegering av kommunens *oppgavefordeling*. Som jeg kommer tilbake til like nedenfor gjaldt det ingen frihet til å organisere alle slike oppgaver, men bare de som angikk forretningslignende virksomhet, se 5.5.6.

I praksis er det likevel klart at høringsinstansene hadde en annen oppfatning av saken enn den jeg viser at det er grunnlag for like nedenfor. KS uttrykker at man ser det som viktig å «... opprettholde *gjeldende rett* der kommunen kan overlate lovpålagte oppgaver ...» til private, så lenge dette ikke «... strider mot lov».¹²⁵¹ KS mener altså at delegering av oppgaver er lovlig, og tar til orde for å opprettholde denne rettstilstanden. Man oppfatter utvalgets forslag som å handle om å snevre inn adgangen til å privatisere tjenesteytelse, når utvalget egentlig bare ville begrense *delegering av myndighet*.

Departementet begynner med å slå fast at forslaget «... ikke regulerer hvilke oppgaver man kan overlate til andre å utføre», som var det høringsinstansene reagerte på.

Departementet går imidlertid videre til å si at uenigheten handler om valg av formulering bør være «... så langt dette ikke strider mot lov ...» eller «... denne loven eller en annen lov gir adgang til det.»¹²⁵² Dermed ser ikke departementet høringsinstansenes innspill. Disse ønsket adgang til å delegere *oppgaver* til private aktører/andre rettssubjekter, og gikk inn for å regulere *dette* spørsmålet med formuleringen «... så langt dette ikke strider mot lov.»

¹²⁵⁰ NOU 2016:4 s. 97.

¹²⁵¹ Prop. 46 L (2017-2018) s. 65. Se også uttalelsene fra bl.a. Bodø og Askøy kommune. Min utheving.

¹²⁵² Prop. 46 L (2017-2018) s. 68.

Departementet går imidlertid inn for en løsning som ingen ønsket. Man *regulerer eksplisitt ikke* delegering av oppgaver, *men* man bruker formuleringen «... så langt dette ikke strider mot lov» for å begrense delegering av *myndighet*. Dermed var kaoset komplett.

Hva legger departementet i formuleringen «... så langt dette ikke strider mot lov»? Ordlyden indikerer en presumsjon om at loven må forby delegering dersom det skal være avskåret. Motsatt vil utvalgets formulering, «... gir adgang til det», indikere en motsatt presumsjon. Departementet uttaler imidlertid at de er «... usikker på om det egentlig er noen realitetsforskjell», fordi uenigheten

«... synes å gå på om det (mer eller mindre) eksplisitt må framgå av lov at den aktuelle delegeringen er lovlig ... eller om det er tilstrekkelig at det å delegere myndigheten ikke er (mer eller mindre) eksplisitt forbudt.»¹²⁵³

Det er på den bakgrunn de konkluderer med at i «... hvilken grad det er en realitetsforskjell her, trenger departementet ikke å ta stilling til.» Til utsagnet kan man innvende at det er *hele* realitetsforskjellen, og at departementet burde tatt stilling til spørsmålet.¹²⁵⁴ Konsekvensen av at de ikke gjør det, og forutsetter at det ikke har noen funksjon å gjøre det, er at loven ikke gir noen klar presumsjon. Man presterer dermed å gjøre rettstilstanden uklar på alle punkter: Det er uklart om og hvordan loven regulerer delegering av oppgaver, og det er uklart hvilken presumsjon man skal legge til grunn for delegering av myndighet.

Spørsmålet blir da hvordan loven bør tolkes. Her kan man skille mellom delegering av oppgaver og delegering av myndighet. Delegering av myndighet blir i praksis et åpent spørsmål som følge av lovtekstens tvetydighet. Derfor fremstår det naturlig å falle tilbake på rettstilstanden før 2018-loven. Bernt og Overå argumenterer for samme løsning.

Det kan her legges til at om man tolker ordlyden liberalt, så ender man opp med at adgangen til å delegere til helt eksterne aktører er større enn adgangen til å foreta vertskommunesamarbeid. Her har man brukt ordlyden «... hvis ikke noe annet følger av

¹²⁵³ Ibid.

¹²⁵⁴ Sml. også Bernt 2019 s. 53, som siterer departementets uttalelse, om «... det er adgang til delegering i en gitt sak, vil måtte bero på en tolkning av det aktuelle hjemmelsgrunnlaget. ... Resultatet av en slik lovtolkning vil være avgjørende for om vilkåret 'så langt lovgivningen åpner for det' er oppfylt.» Bernt og Overå bemerker så at dette «... er ganske selvsinnende.»

lov», se kommunel. § 20-3. Sammenhengen innebærer at kommunen har større adgang til å delegere til *andre kommuner*, som jo også er «annet rettssubjekt» etter § 5-4, enn den har til å delegere til disse kommunene gjennom ordningen for vertskommunesamarbeid. I det hele tatt ville kapitlene om interkommunalt samarbeid vært overflødig, hvis departementets synspunkt ble tatt på ordet.

Som et utgangspunkt mener jeg derfor kommuner ikke kan delegere eksternt uten særskilt grunnlag. Det underbygges av at slike delegeringer er betenkelige i lys av en del av de generelle argumentene som nevnes mot delegering nedenfor, se 5.7. Kommuner er selvstendige og demokratiske subjekter som bør kunne organisere sin virksomhet relativt fritt. Imidlertid er bruk av private aktører eller delegering til andre kommuner noe som lett skaper strukturelle avhengighetsforhold og andre utilsiktede konsekvenser som særlig er problematisk for små kommuner.¹²⁵⁵ Spesielt betenkelig er spørsmålet om kommuner generelt sett har tilstrekkelig innkjøper- og bestillerkompetanse til å kunne styre og kontrollere, samt å vurdere den faglige kompetansen til andre aktører, som er minstekrav for delegering jf. kapittel 6 og 7. Det er også substansielle krav til gjennomføringen, og viktig i et demokratisk og faglig perspektiv, som drøftet i kapittel 2. Svaret er nok derfor ofte nei.¹²⁵⁶

For eksempel er det nødvendig at delegering til en privatskoles rektor at privatskoleloven tilføres en hjemmel for dette, i kontrast til hva Udir antar i en tolkningsuttalelse.¹²⁵⁷ Det er heller ikke kurant å delegere fylkeskommunens opplæringsansvar med tilhørende myndighet for barn og unge på barnevernsinstitusjoner til en kommunal eller statlig barnevernsinstitusjon.¹²⁵⁸ Her må altså lovgiver rydde opp. Det samme gjelder visse kommuners bruk av private konsulenter for å forberede vedtak etter sosialtjenesteloven. Som Arbeids- og velferdsdirektoratet

¹²⁵⁵ Se f.eks. omtalen i punkt 2.2.2 og 7.4.2. Eksempel på god praksis i 7.4.4.

¹²⁵⁶ Sml. NOU 2020:13 s. 520 om behovet for økt bestillerkompetanse.

¹²⁵⁷ Udir: *Kommunens/fylkeskommunens adgang til å delegere myndighet til private skoler*, 2014. Myndigheten det er snakk om å delegere er kompetanse etter privatskoleloven § 3-6 om spesialundervisning. Når loven eksplisitt og utelukkende handler om private skoler med rett til statsstøtte så ville det vært riktig å vedta en delegeringsadgang for kommunen i loven. Når dette ikke er gjort, må løsningen være klar.

¹²⁵⁸ Udir: *Tolkningsuttalelse: Kommunens/fylkeskommunens adgang til å delegere myndighet til private skoler*, 2008 s. 3: «Et eksempel på tilfeller hvor Utdanningsdirektoratet som utgangspunkt anser delegasjon som kurant er fylkeskommunens opplæringsansvar for barn/unge på barneverminstitusjoner, jf. opplæringsloven § 13-2. Fylkeskommunen kan delegere denne oppgaven med tilhørende myndighetsfunksjoner (ikke ansvaret) til en kommune. Andre tilsvarende tilfeller som her nevnes er fylkeskommunens myndighet til å fastsette standpunkt karakterer (se Rundskriv F-06-01) og kommunens vedtaksmyndighet vedrørende spesialpedagogisk hjelp før opplæringspliktig alder, jf. opplæringsloven § 5-7. I disse tilfellene anses det som utgangspunkt å være adgang til å delegere myndigheten.»

forutsetter må dette være hjemlet i sosialtjenesteloven, hvilket det ikke er, og løsningen må da være at delegering av saksbehandlingen er avskåret.¹²⁵⁹

5.5.6 Organisering av oppgaver og delegering ut av kommunen etter kommuneloven av 1992

I tillegg uttrykker departementet seg om det KS var opptatt av i høringen, nemlig spørsmålet om kommunens adgang til å delegerer oppgaver eksternt. Imidlertid uttrykker de ingenting om spørsmålet, og sier bare at lovforslaget i § 5-4 ikke omhandler spørsmålet. Problemet må derfor løses i lys av kommuneloven av 1992.

De bestemmelsene som omhandler kommunens delegeringsadgang, gjaldt etter kommuneloven av 1992 vanligvis «... myndighet til å treffe vedtak ...», som i § 10 fjerde ledd. Andre lovbestemmelser regulerte imidlertid særskilt kommunens mulighet til å organisere «... utførelsen av lovpålagte oppgaver ...», som § 27 og § 28-1 a om henholdsvis interkommunalt samarbeid og vertskommunesamarbeid.¹²⁶⁰ Bakgrunnen for disse lovbestemmelsene var en utredning av Kristin Bjella, som stilte spørsmål ved «... korleis kommunane kan organisere arbeidet med dei oppgåver dei engasjerer seg i, og om dei kan organisere arbeidet i *andre former* enn kommunelova nemner.»¹²⁶¹ Bjellas utgangspunkt var at kommunene sto fritt til å delegerer oppgaver internt, men at de på samme måte som for ved delegering av kompetanse behøvde særlig hjemmel for å delegerer oppgaver eksternt.¹²⁶²

Kommunelovutvalget av 1990 nøyer seg derimot med å peke på at samhandling med private er lite regulert, og at i den utstrekning det gjelder det de kaller *driftsoppgaver* kan man «... bygge på kommunenes/fylkeskommunenes autonomi».¹²⁶³ Utvalget nevner at frivillige

¹²⁵⁹ Arbeids- og velferdsdirektoratet: *Svar på henvendelse - adgangen til å delegerer saksforberedelse og vedtaksmyndighet til private etter lov om sosiale tjenester*, 2022 .

¹²⁶⁰ I tillegg hadde kommuner mulighet til å opprette såkalte «samkommuner». Denne ordningen ble avvirket raskt i 2016, og inngikk opprinnelig i mandatet til kommunelovutvalget av 2016, men ble tatt ut i 2015, se omtalen i NOU 2016:4 s. 16.

¹²⁶¹ Bjella 1990 s. 455.

¹²⁶² Bjella 1990 s. 456 formulerer problemstillingen som om «... kommunelova gjev kommunane ein generell heimel til å organisere arbeidsoppgåvene fritt, eller om det krevst særlig heimer for dei einskilde organisasjonsformane.» Hun konkluderer på s. 468 med at daværende lov ikke regulerer «... kva former kommunen kan organisere oppgåvene i ...» og fortsetter med å si at «[e]kstern delegasjon krev som hovudregel særleg heimel. Dette, i tillegg til at kommunelova i stor grad elles regulerer høvet til å delegerer, gjev inntrykk av at lova er meint å vere uttømmande.»

¹²⁶³ NOU 1990:13 s. 210.

organisasjoner har en «... utstrakt og meget viktig samhandlende funksjon ...» med henvisning til NOU 1988:17 *Frivillige organisasjoner*, men sier ingenting om delegeringsadangen. Man skriver også at «... driftsoppgaver [kan] overlates til private næringsdrivende, f.eks. renovasjon.»¹²⁶⁴ Konklusjonen som utformes er derfor at «... virksomhet som er aktuell for de deleide selskapene og for private vil være regulære driftsoppgaver på de områder hvor kommunene/fylkeskommunene har autonomi.»¹²⁶⁵ Man mener imidlertid at spørsmålet bør utredes videre. Departementet plukker ikke opp tråden i proposisjonen.¹²⁶⁶

Kommunelovutvalgets forslag og det implisitte utgangspunktet i kommuneloven av 1992 var derfor at offentlige ansvarsoppgaver *ikke* kunne delegeres til private. Forslaget vil være i samsvar med utgangspunktet for den øvre forvaltningen, og i samsvar med skillet man trekker mot rene driftsoppgaver, som kunne settes ut.¹²⁶⁷

I 2006 blir de samme spørsmålene igjen plukket opp av departementet, da i forbindelse med utkast til lovbestemmelser om *interkommunalt* samarbeid. Spørsmålet man tok opp var hvor langt kommuner bør kunne gå i å legge myndighet eller oppgaver til *andre kommuner*. Man uttrykker at ordningen man tidligere hadde forutsatte hjemmel i lov: «... det er høvet til å overlate [den lovpålagte] oppgåva til andre som krev heimel i den aktuelle lova.»¹²⁶⁸ Utgangspunktet er altså at (også) delegering av oppgaver forutsetter særlig grunnlag.

Man fremhever særlig kravet om hjemmel for de tilfeller der disse oppgavene «... innebær ... større eller mindre grad av utøving av offentlig myndighet ...», og antar at kravet vil være noe som «... avgrensar ... høva til val av organisasjonsform.»¹²⁶⁹ Departementet er derfor ganske tydelig på at utgangspunktet er at ekstern delegering (her til andre kommuner) forutsetter et rettslig grunnlag.

Uttalelsene omhandler kun interkommunalt samarbeid, men man forutsetter samtidig at utgangspunktet er et krav om hjemmel for å kunne sette ut oppgaver til andre, og uttrykker

¹²⁶⁴ NOU 1990:13 s. 209.

¹²⁶⁵ NOU 1990:13 s. 222.

¹²⁶⁶ Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 40—41 omtaler spørsmålet med henvisning til Hovedkomiteen, men går ikke selv inn i det.

¹²⁶⁷ Lignende vurderinger i NOU 1995:17 som omtalt tidligere.

¹²⁶⁸ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 76.

¹²⁶⁹ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 76.

derfor eksplisitt at lovforslaget ikke åpner for delegering til «'privatrettslege' organisasjonsformer».¹²⁷⁰ Det ville også vært en rar løsning om man fritt kunne organisere lovpålagte oppgaver som private rettssubjekt, men ikke fritt organisere dem i samarbeid med andre kommuner.¹²⁷¹

Denne ordningen er også i samsvar med et *institusjonelt* perspektiv på delegering: Kommunene gis frihet til å organisere *seg selv*, og kan unntaksvis inngå samarbeid med andre kommuner. Unntakene er de typer oppgaver som ikke berører borgerne, der det ikke finnes noe stort behov for politisk styring, og som har rent økonomiske konsekvenser, altså oppgaver som ikke er et offentlig ansvar.

Min konklusjon er derfor at kommuner i utgangspunktet ikke kan delegere offentlige ansvarsoppgaver til eksterne virksomheter med mindre de har særlig grunnlag for det.

5.5.7 Oppsummering

Hovedtrekkene i den kommunale delegeringsadgangen kan oppsummeres som at delegering kan skje innenfor hierarkiet via kommunedirektøren, ut av kommunen ved særlig hjemmel, og til andre kommuner via ulike former for kommunalt samarbeid. Adgangen må imidlertid diskuteres i lys av kravene i 5.7.

5.6 Den ulovfestede delegeringslæren

5.6.1 Innledning

Grunnloven § 3 og kommuneloven gir relativt vide rammer for delegeringsadgangen. Litteratur og rettspraksis har imidlertid oppstilt en ulovfestet delegeringslære som fungerer som kompetansegrunnlag for å delegere og som tolkningsgrunnlag for lover som legger myndighet til ulike forvaltningsorganer.¹²⁷² Det er ikke alltid klart om man har å gjøre med en «lære» og hva den eventuelt inneholder.¹²⁷³

¹²⁷⁰ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 78.

¹²⁷¹ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 89 omtaler også dette som et *lovskrav*: «Slik verksemd [ikke-lovpålagt] vil dermed falle utanfor eit lovkrav om å organisere samarbeidet etter ein vertskommunemodell ...».

¹²⁷² Denne systematikken antas også av Backer, 1986 s. 56—57.

¹²⁷³ Se punkt 3.3 og 4.5.3.

Som omtalt alt innledningsvis mener jeg delegering forutsetter et rettslig grunnlag, men det vil være naturlig å tolke de rettslige grunnlagene i lys av visse alminnelige synspunkter. Disse utvikler jeg nedenfor i punkt 5.6. I dette avsnittet vil jeg imidlertid drøfte den ulovfestede delegeringslæren i snever forstand, forstått som Høyesteretts egen praksis i delegerings spørsmål.

5.6.2 Utviklingstrekk: Høyesterett om delegeringsadgang og drivkraft bak den ulovfestede delegeringslæren

Problemstillingen her er hva som er innholdet i den ulovfestede delegeringslæren, slik den har blitt praktisert av Høyesterett. Spørsmålet jeg mer spesielt er interessert i er: Når har Høyesterett akseptert delegering på ulovfestet grunnlag, og hvordan har de begrunnet aksepten?

Alt i 1918 antok Høyesterett at Regjeringen kunne delegere myndighet til departementer eller lavere forvaltningsorganer. Spørsmålet var om det var lov å delegere til Rasjonaliseringsdirektoratet. Lovteksten la myndigheten til Kongen. Høyesterett antok imidlertid at delegering til Rasjonaliseringsdirektoratet var lovlig og at «... det saaledes egentlig er til overflod, at i forskjellige lov visse avgjørelser er henlagt til ‘Kongen eller den han dertil bemyndiger’.»¹²⁷⁴ Stortingets velvalgte ord, som var ment å indikere en spesifikk adgang til å delegere, ble dermed tolket vekk av Høyesterett i 1918. Begrunnelsen var at dette hadde «... av vore statsrettlige forfattere været lært ...», og Høyesterett vil ikke gå «... nærmere ind paa spørsmålet om det begrunnende ...» fordi løsningen uansett «... har de bedste grunde for sig.»¹²⁷⁵ Hva som eventuelt var begrensninger i delegeringsadgangen omtales ikke nærmere.

I 1939 ble spørsmålet også satt på spissen.¹²⁷⁶ Spørsmålet var om departementet kunne vedta en forskrift om transport av ulike farlige stoffer, i sakens tilfelle, cyanamid. Den aktuelle

¹²⁷⁴ *Rasjoneringsdirektoratet* på s. 287. Samme konklusjon i Rt. 1930 s. 241 (*Delegering til fylkesveistyret*), s. 243 (dissens) og Rt. 1933 s. 1041 (*Omsetningsrådet for melk*). Se også Rt. 1952 s. 932 (*Suspensjon av politimenn I*) om delegering til politiet.

¹²⁷⁵ *Rasjoneringsdirektoratet* s. 287.

¹²⁷⁶ Se *Cyanidtransport*.

loven sondret mellom bestemmelser som la myndighet til «Kongen» og «Kongen eller den han bemyndiger». Høyesterett uttrykte likevel på denne bakgrunn at

«delegasjon av myndigheten til den underordnede faginstans synes av praktiske grunner å ligge nær. Skulde adgangen hertil være stengt, måtte det være gitt utvetydig uttrykk i loven. Men noen sådan slutning kan ikke trekkes derav at lovparagrafen – i motsetning til andre av lovens paragrafer – ikke har brukt uttrykket «Kongen eller den han bemyndiger», men bare «Kongen». I lovsproget brukes disse former om hverandre uten at man derav kan slutte noe om Kongens delegasjonsmyndighet for det enkelte tilfelle»¹²⁷⁷

I to avgjørelser setter dermed Høyesterett til side det som på daværende tidspunkt var relativt bevisste forutsetninger fra lovgivers side. At lovgiver ikke var klar over Høyesteretts tolkninger av deres forutsetninger indikeres av at Justisdepartementet først i 1955 plukker opp at Høyesterett har snudd presumsjonen, og at Regjeringen kan delegere i utgangspunktet.¹²⁷⁸ Ingen av avgjørelsene bygger i streng forstand på noen ulovfestet regel, men de bygger på direkte avvikende tolkning, forankret i «... praktiske grunner ...». Høyesterett har derfor helt siden spørsmålet kom opp for første gang antatt at Regjeringen skal kunne delegere fritt, uten å stille opp noen nærmere begrensninger, eller å kreve særskilt rettslig grunnlag da spørsmålet fortsatt var omstridt.

Det er i den forbindelse grunn til å merke at Stortinget på 60-tallet ble overrasket over at å legge myndighet til «Kongen» innebar at Regjeringen kunne delegere.¹²⁷⁹ De trodde fortsatt at ordlyden forutsatte bruk av uttrykket «Kongen eller den han bemyndiger». Hvis Høyesterett bygget på en hypotetisk lovgivervilje, så var den virkelige lovgiverviljen en annen.

Den neste skansen gjaldt departementets delegeringsadgang. Heller ikke her har Høyesterett tvilt.¹²⁸⁰ Høyesterett aksepterte delegering av forskriftsmyndighet til å regulere

¹²⁷⁷ *Cyanidtransport* s. 450.

¹²⁷⁸ Justisdepartementet, jrn. 1228/55 CS/RL 1955.

¹²⁷⁹ Opsahl 1963 s. 6.22.

¹²⁸⁰ Se f.eks. Rt. 1953 s. 1124 (*Delegering til prisdirektoratet*), se også Omsetningsrådet for melk, like ovenfor.

gjennomføring av en folketelling fra Finansdepartementet til SSB, med den begrunnelse at dette «nærmest gir seg selv».¹²⁸¹

I en — riktignok unik — sak hvor departementet *ikke engang hadde delegert* til helsedirektøren, finner Høyesterett det likevel akseptabelt at helsedirektøren utøvde myndighet. De uttalte at de ikke finner det

«... nødvendig i denne saken å avgjøre om helsedirektøren eller departementet i denne relasjon er den kompetente myndighet idet også jeg legger til grunn at Sosialdepartementet og helsedirektøren under behandlingen av Homøopatforeningens ansøkninger har opptrådt i full forståelse med hverandre»¹²⁸²

Man aksepterer dermed personell kompetanse for direktoratet uten at det formelt sett hadde forekommet en delegering, fordi organene opptrådte i forståelse med hverandre. En mulig forklaring er imidlertid at virkningen i det konkrete tilfellet var at foreningen fikk klage på vedtaket. Med andre ord var det *staten selv* som anførte personell mangel.

Tidligere hadde rasjonaliserings- og desentraliseringskomiteen antatt at lovendring var nødvendig for å åpne for delegering fra departementsnivå. Først i Forvaltningskomiteens innstilling legges det til grunn at departementer kan delegere.¹²⁸³ Når lovavdelingen formaliserte 'lovgivers vilje' i rundskriv fra 1955, 1971 og 2000, kan man derfor omtale det som rettsskapende virksomhet, slik Eckhoff gjør.¹²⁸⁴

Delegering til private og uavhengige organer er problemstillinger som ikke har kommet opp i høyesterettspraksis.¹²⁸⁵ Derimot har delegering fra Regjeringen til kommuner blitt akseptert i Rt. 1962 s. 46. Her la loven opp til at Regjeringen skulle vedta trafikkregler etter forslag fra bystyret, og Høyesterett aksepterte at Regjeringen delegerte myndigheten sin direkte til bystyret.¹²⁸⁶ Høyesterett har også akseptert sideordnet delegering.¹²⁸⁷ Heller ikke i disse tilfellene gir Høyesterett noen annen begrunnelse enn at det fremstår naturlig.

¹²⁸¹ SSB.

¹²⁸² Rt. 1966 s. 1081 (*Homøopatforeningen*) s. 1088 (dissens 3-2).

¹²⁸³ NUT 1958:3 s. 107.

¹²⁸⁴ Se generelt Eckhoff, 1986 s. 95 som bl.a. skriver at lovavdelingen kan si «Do not gloss the statute, for we know better than you; we made it.»

¹²⁸⁵ Se imidlertid eksemplene i Opsahl 1963 s. 8.14—16, samt lovavdelingens uttalelser i JDLOV-1985-328 og JDLOV-1991-70.

¹²⁸⁶ Rt. 1962 s. 46 (*Delegering av lokale trafikkregler*), hvor Høyesterett legger til at det ikke er grunn til å anta at delegeringsadgangen «spesielt skulle være avskåret når det gjelder forvaltningsorganer som i veilovens § 68 annet ledd er tillagt innstillende og rådgivende myndighet; delegasjon er her foretatt til organer som det under de foreliggende omstendigheter nettopp var naturlig å overføre myndighet til».

¹²⁸⁷ Rt. 1965 s. 466 (*Prøveskilt*). Saken er imidlertid særegen fordi overordnet organ (Veidirektoratet) hadde overprøvd og godkjent vedtaket.

Det som under diskusjonene på 1960- og 70-tallet var problematisk, var delegering *fra* direktoratene/andre forvaltningsorganer.¹²⁸⁸ Opsahl antok i 1963 at også motstanden her måtte vike, bl.a. som følge av at man hadde akseptert delegering fra tolldirektoratet over lengre tid.¹²⁸⁹ Opsahl fikk rett også her, selv om han nok må sies å stå på egne bein.¹²⁹⁰ I to saker aksepterte Høyesterett at direktoratet delegerte forskriftsmyndighet (med straffetrussel) til fylkesmannen.¹²⁹¹ Begrunnelsen var at det var «særlig naturlig» å delegere til «det høyeste forvaltningsorgan på fylkesplanet» fordi dette kunne skaffe «langt bedre lokalkjennskap» og ordningen hadde dessuten «sitt administrative grunnlag i oppbygningen av miljøvernavdelinger ved fylkesmannskontorene».¹²⁹²

I nyere teori antas, med bakgrunn i disse sakene, at også direktoratenes delegeringsadgang vil være fri så lenge det er «... praktisk behov for det».¹²⁹³ Mer kritisk er Svein Eng som karakteriserer Høyesterett sin argumentasjon i *Fylkesmann I* fra 86 som «... frirettlig ...», og nevner at avgjørelsen manglet «... lovhjemmel ...» var «... i strid med tidligere teori ...» og baserte seg på «... reelle hensyn ...».¹²⁹⁴ Som omtalt allerede innledningsvis bruker Castberg delegering som det sentrale eksempelet på at Høyesterett har vært mer liberal enn det de burde.¹²⁹⁵ Samtidig kan man kritisere både Castberg og Eng for ikke å selv presisere noen mer stringent vurdering.

Problemet, slik jeg ser det, er at Høyesterett ikke oppstiller eller antyder grenser for delegeringsadgang. Man uttrykker seg bare helt kortfattet, selv om uttalelsene gir en indikasjon på begrunnelsen *for* å delegere, som kan skape visse rammer (se nedenfor under 5.7). Den prinsipielle og alminnelige verdien av avgjørelsene er derfor begrenset. De er ofte helt konkret utformet, og tar sjelden opp motargumenter.

Det er samtidig klart at Høyesterett *kunne* begrunnet de fleste av avgjørelsene på andre måter enn det de faktisk gjør. Sakene om Regjeringens delegeringsadgang kunne vært

¹²⁸⁸ Se f.eks. Frihagen 1973 s. 40—41.

¹²⁸⁹ Opsahl 1963 s. 9.3.

¹²⁹⁰ Se bl.a. Backer, 1986 på s 58—59.

¹²⁹¹ *Delegering til fylkesmann I* og Rt. 1993 s. 808 (*Delegering til fylkesmann II*).

¹²⁹² *Delegering til fylkesmann I* s. 48. Delegering til fylkesmannen er teknisk sett en sideordnet delegering, men siden Statsforvalteren og politiet regnes som (faglige) generalistorganer er det vanligvis antatt å være akseptabelt, se bl.a. Opsahl 1963 s. 8.28 og Backer, 1986 s. 60.

¹²⁹³ Se bl.a. Graver 2019 s. 198.

¹²⁹⁴ Eng 1992 s. 547.

¹²⁹⁵ Castberg 1938 s. 24.

forankret i Grl. § 3. Sakene om departementets delegeringsadgang kunne vært forankret i videredelegering av Grl. § 3 og uttalelsene fra Forvaltningskomiteen. I så fall er det kun avgjørelsene om direktoratets delegeringsadgang som bygger på pragmatiske vurderinger og reelle hensyn, og der var det i hovedsak snakk om å delegerer gjennomføring av en ordning for naturforvaltning. Kjennelsene forholder seg også til kontrollkravet på relativt alminnelig vis, som jeg kommer tilbake til i kapittel 7.

Konklusjonen er altså at Høyesterett ikke gir prinsipielle svar på hvilken adgang man har til å delegerer på ulovfestet grunnlag, men viser en generell pragmatisk holdning som ikke blir begrunnet nærmere. Naturligvis kan man på denne bakgrunnen argumentere for at delegeringsadgang er så godt som åpent og styrt av pragmatikk, men dette vil være en dårligere begrunnet løsning.

5.6.3 Oppsummering

Den ulovfestede delegeringslæren er en uklar størrelse og ved nærmere ettersyn blir den ikke spesielt klarere. Min konklusjon er at læren i sin tradisjonelle form, slik beskrives av Høyesterett, bør ha begrenset betydning. Dette betyr ikke at man bør avvise enhver ulovfestet delegering, men at spørsmålet bør vurderes grundigere og med større omtanke for de demokratiske problemene, enn det Høyesterett gjør. Spørsmålet bør være: Hva er formålet med å delegerer?

5.7 Utgangspunkter til en substansiell vurdering av delegeringsadgang

5.7.1 Oppsummering og veien videre: Hvordan tenke om begrensningene på den tilsynelatende omfattende adgangen til å delegerer?

Som analysen hittil har vist, har den norske forvaltningen en omfattende adgang til å delegerer sine oppgaver til andre organer, særlig *innenfor* kommunal- eller statsforvaltningen, der delegeringsadgangen har utviklet seg i retning av stadig større liberalisering. Denne rettstilstanden har vokst frem gradvis og uten eksplisitte endringer, men ved omtolkning av de samme bestemmelsene, økt orientering mot reelle hensyn og forvaltningens behov.

Hvor stor innflytelse har denne oppfatningen om at delegering kan skje hvis det er praktiske behov for det? En tolkningsuttalelse fra Utdanningsdirektoratet kan illustrere. Den går så langt som å hevde at utgangspunktet i norsk

rett er at «... det er begrensninger i ... delegasjonsadgangen som må begrunnes ...» og at dette er en «... sikker oppfatning ...». Man går også videre til å si at det er «... få eller ingen holdepunkter for noe absolutt vilkår om eksplisitt lovhjemmel for delegasjon ... til private.»¹²⁹⁶ Det avgjørende er ifølge Udir en vurdering av hva som er praktisk, og i det aktuelle tilfellet ville rektor ved en privat skole ha «... bedre forutsetninger for å vurdere sine elevers behov ...». Man mente at det var positivt om den som skal «... gjennomføre vedtaket også har vært involvert i vedtakets utforming», og at delegering ville være «... hensiktsmessig av hensyn til kommuneadministrasjonens administrative kapasitet.»¹²⁹⁷

Denne rettstilstanden åpner i praksis for en omfattende delegering *fra* politiske nivåer, *til* faglige eller byråkratiske nivåer, både på lovfestet og ulovfestet grunnlag. Muligheten for Regjeringen til å delegere egen delegeringskompetanse til departementet (og tilsvarende for kommunedirektøren i kommunal sektor), slår dørene på vidt gap.¹²⁹⁸

Mot denne bakgrunnen mener jeg den rettsvitenskapelige behandlingen må forsøke å fremstille reglene på en slik måte at man samtidig løser to utfordringer. På den ene siden må man forklare nærmere hva som er grunnlaget for de *stort sett rimelige* delegeringene man ofte foretar, men som mangler formaliserte grunnlag av mer eller mindre tilfeldige årsaker. Som antydnet ovenfor kunne for eksempel Høyesterett begrunnet sine avgjørelser mer presist, og dermed unngått å skape et inntrykk om at delegering kan skje så lenge det er «praktiske behov».¹²⁹⁹

På den andre siden behøver man som omtalt foran å stille visse *krav* til hvordan delegering kan skje, og være tydeligere om *grensene* for delegeringsadgangen. Rettsvitenskapen bør forsøke å presisere visse retningslinjer for hvordan forvaltningens delegeringsadgang kan beskjæres, og å stille visse krav til *klarhet* omkring delegeringers *formål*. Dette er naturligvis svært sammensatte og vanskelige problemer som jeg bare kan si noe om på et svært generelt nivå.

Et sentralt premiss i denne vurderingen er at *Stortinget* kan gi eksplisitt delegeringsadgang. Det er altså ikke slik at de alminnelige grensene for delegeringsadgang er absolutte grenser. Som allerede påpekt av Eckhoff er det altså fullt mulig å mene at «... den primære

¹²⁹⁶ Udir: *Tolkningsuttalelse, Kommunens/fylkeskommunens adgang til å delegere myndighet til private skoler*, 2008 s. 2.

¹²⁹⁷ 2008 s. 1.

¹²⁹⁸ Dette foreslås også videreført i NOU 2019:5 s. 221.

¹²⁹⁹ Akkurat denne kritikken retter også Eckhoff mot Castberg, se Eckhoff, 1966

kompetanse bør desentraliseres sterkt, men at dette bør skje i henhold til faste regler for kompetansetildeling som fastsettes av de høyeste sentrale myndigheter.»¹³⁰⁰ Likevel mener jeg Stortinget nødvendigvis er nødt til å operere med en grad av respekt eller tillit til egenverdien de lavere aktørenes praksis (jf. foran i kapittel 2 punkt 2.4.3). Jeg er derfor enig med Eckhoffs utgangspunkt, men at Stortinget i sin fastsettelse av disse faste reglene for kompetansetildeling, samt bruk av dem, bør forholde seg aktivt til egenverdien i etablerte organisatoriske strukturer. En slik holdning er nemlig egentlig nødvendig for å kunne foreta en vurdering av hvilken delegering som er ønskelig.

Vurderingen jeg drøfter nedenfor kan både brukes for å tolke og nyansere utgangspunktene for de organer som normalt har delegeringsadgang, og for å tolke lovbestemmelser som sier at et organ «kan delegere», eller lignende. I noen grad vil man også kunne bruke det for å utfylle tause lovbestemmelser. Man kan innvende at dette er en problematisk rettsliggjøring. Til innvendingen vil jeg svare at det snarere er en refleksvirkning av lovgivers manglende presisjon. Stortinget vedtar stort sett lovhjemler som sier at den eller den «kan delegere», og har ellers veket tilbake for å si noe i grunnloven om Regjeringen og departementenes delegeringsadgang.¹³⁰¹ Som Opsahl treffende skrev (om materielle hjemler): «Hvor vide fullmaktene skal være, bør lovgiveren avgjøre, men hvor vage de kan være, bør domstolene avgjøre.»¹³⁰² Tar man organisatoriske spørsmål på alvor som vesentlige sider av den politiske styringen av forvaltningen er det klart at man i alle fall i noen utstrekning må kunne sette krav til både Stortinget og Regjeringens presisjon om formål med å organisere. Kravene til presisjon vil være en måte å *tvinge frem en bevissthet rundt* hvilke formål organiseringen skal fremme.

5.7.2 Formålet med å delegere må være å løse en oppgave bedre enn det delegerende organet selv ville ha gjort

Et trolig ukontroversielt utgangspunkt er at delegeringer må gjøre at den oppgaven som delegeres vil bli løst *bedre* av organet som delegeres til. En mer presis måte å si det samme på er at *formålet med delegatens organisering* i noen grad må være å *løse den typen*

¹³⁰⁰ Eckhoff, 1966 s. 168.

¹³⁰¹ Stortinget kunne åpenbart gått vesentlig lenger i å styre organseringen av forvaltningen, men har latt være, sml. også omtalen i Stavang 1999 s. 207 flg.

¹³⁰² Opsahl 1965 s. 81.

oppgaver som det er aktuelt å tildele denne. Den ideelle delegeringen skjer derfor til et organ som anser det som sitt oppdrag å løse akkurat den typen oppgaver, noe som samtidig erkjennes så langt som mulig, av det delegerende organ — slik at egenverdien av organets autonome organisering, blir ivaretatt. Det vanskelige ved vurderingen er ofte at det finnes vesentlige nyanser og potensielle motsetninger mellom et perspektiv som vektlegger organets egenverdi og et som vurderer det delegerende organs interesser.

Høyesteretts vurderinger av delegeringen fra direktoratet for naturforvaltning til fylkesmannen i Rt. 1986 s. 46, er et godt eksempel på en slik vurdering. Her fremhever Høyesterett at direktoratet kan delegerer fordi man over lengre tid hadde foretatt bevisste organisatoriske valg om å tilpasse fylkesmannens organisasjon til denne typen oppgaver. Retten uttrykker at den

«... nye ordning [delegeringen] har ... sitt administrative grunnlag i oppbygningen av miljøvernavdelinger ved fylkesmannskontorene med blant annet overføring av fiskerikonsulenter fra Direktoratet for naturforvaltning.»¹³⁰³

Delegeringsadgangen begrunnes her ved at den har et «administrativt grunnlag» i tidligere organisatoriske beslutninger. Et annet eksempel gir Rt. 1973 s. 486. Delegering av beslutningskompetanse om folketellingen av 1970 til SSB var ifølge Høyesterett en delegering som «... etter omstendighetene nærmest gir seg selv ...».¹³⁰⁴ Med andre ord: Organets formål og formålet med delegeringen sammenfalt. Høyesterett selv formulerte ikke poenget på denne måten, men det ville gitt god mening.

Mer eksplisitt er mindretallet Platou og Løvenskiold i en avgjørelse fra 1873, der spørsmålet var om sundhetsvesenet kunne vedta en generell forskrift, eller bare treffe beslutning i en enkelt sak, etter at en berge med avføring var satt like ved akerselven. Sundhetsvesenet hadde gitt en generell forskrift om at slik plassering av avfallsberge ikke var lovlig. Spørsmålet var om kommunen kunne og hadde delegert slik forskriftskompetanse. Flertallet svarte nei. Mindretallet var derimot særdeles tydelig på at spørsmålet måtte vurderes i lys av *formålet med å skape en organisasjon som Sundhetsvesenet*, og at

¹³⁰³ *Delegering til fylkesmann I* på s. 47.

¹³⁰⁴ *SSB* på s. 487.

«det vilde ikke være Umagen værd at oprette en Korporation bestaaende af sagkyndige Mænd for ikke at have Andet at gjøre, end at iværksætte de af Kommunebestyrelsen givne almindelige og udtømmende Forskrifter; dertil behøvede man ikke et saa stort Apparat. Hvad Sundhedsloven har villet, er at indføre en kraftig Bestyrkelse af Sundhedsvæsenet, og derfor har den søgt med Omhu at sammensætte en Korporation, i hvis Hænder den kunde lægge en stærk Myndighed»¹³⁰⁵

Rettens poeng er enkelt men godt: Delegering må kunne skje til et organ som (ut fra deres vurdering) åpenbart hadde til formål å løse akkurat den typen spørsmål det var snakk om. Det hovedsynspunkt og minstekrav jeg mener man bør kunne stille opp i forlengelsen, er at delegering kun kan og bør skje til organer som *er faglig, juridisk og økonomisk* egnet til å ivareta den aktuelle ansvarsoppgaven på en *bedre måte* enn det delegerende organ.¹³⁰⁶

Hvilke organisasjoner som er *bedre* enn andre, kan man imidlertid ikke gi sikre svar på. Derfor er man henvist til en *institusjonell* vurdering: Hvilke organisasjoner er det som allerede i dag er organisert for å håndtere lignende typer oppgaver? Er *formålet* med (den mulige) delegatens *nåværende organisering* å løse den typen oppgaver som det er aktuelt å delegerer til organet? I noen grad beror derfor saken på en vurdering av hva som eventuelt er organets egen oppfatning av sin oppgave, og dermed impliserer man samtidig et behov for å vektlegge egenverdien til organet. Organets indre strukturer kan undersøkes ved å studere de ulike sidene av organets organisering, for eksempel dets faglige profil, dimensjonene på organets økonomiske ressurser, eller juridiske posisjon. Det kan imidlertid også undersøkes ved å se på hvilke brukere organet interagerer med, og lignende — den institusjonelle materialiteten.

Samtidig gir sjelden lovgivningen eller andre faktorer sikre svar. Man er i praksis ofte henvist til å substansielt vurdere hvilke typer organisasjoner man tror at vil håndtere den aktuelle oppgaven best. Hvilke organisasjonsformer som er best er imidlertid ikke bare et usikkert *teknisk* spørsmål, men som diskutert foran i punkt 5.2.3, det er i praksis et *politisk spørsmål* om hvilke hensyn man mener organiseringen må ta. Politisk behandling vil for

¹³⁰⁵ Rt. 1873 s. 605 (*Sundhedsvæsenet*) s. 612.

¹³⁰⁶ Sml. også diskusjonen av delegering i Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 121.

eksempel øke sensitiviteten for eksterne samfunnsmessige impulser, mens faglig behandling kan gjøre det mulig å se nye eller se vekk fra sider ved saken, avhengig av hvilken type faglighet det er snakk om. Sammensatte underliggende vurderinger av grunnleggende spørsmål om grensene mellom fag og politikk, implisitte vurderinger av ulike organisasjonsformer, med mer, vil derfor spille en rolle i vurderingen. Samtidig mener jeg at en klar artikulering av selve problemet kan gi grunnlag for en tydeligere uenighet om disse spørsmålene, og fremheve *hvorfor* jurister er uenige om disse spørsmålene, og bidra til kritisk drøftelse av premissene.

Nedenfor sier jeg helt kort noe om hvordan organets formål kan vurderes der formålet er uklart eller upresist angitt. Man må i disse tilfellene se hen til hvordan organet er organisert. Her vurderer jeg også minstekrav til faglige, økonomiske og juridiske aspekter ved delegering. I praksis kan ikke en vurdering av organets formål isoleres fra en vurdering av hvilke organisatoriske forutsetninger som er nødvendig å ha for å løse en bestemt oppgave. Deretter vurderer jeg noen av de sentrale betenkelighetene ved å delegere 5.7.3.5.

5.7.3 Fordeler ved å delegere: Delegationen er organisert med sikte på å løse denne typen oppgaver, «praktiske behov» og «kapasitet og kompetanse»

5.7.3.1 *Faglig skikkethet: har organet den riktige kompetansen?*

Det første og vanligvis viktigste man må vurdere er om delegatens faglige kompetanse er organisert med sikte på å løse den typen utfordringer det er aktuelt å delegere til dem. Hva er organets institusjonelle materialitet tilpasset? Hvilke maktforhold reproduseres ved å delegere til organet? Relevant er også hva organet selv kan presentere og argumentere for. Delegeringer til organer som mangler relevant faglig kompetanse vil normalt ikke være akseptabelt. Relevant faglig kompetanse er derfor et minstekrav. Organiseringen av forvaltningens faglige kompetanse skjer blant annet ved krav om faglige kompetansekrav, godkjenningsordninger, med mer. De synspunktene som ble diskutert i kapittel 4 punkt 4.4 vil i hovedsak være overførbare, så jeg gjentar dem ikke her.

Det viktige her er å få frem at den faglige organiseringen må *være innrettet med formål* om å løse den typen oppgaver det er aktuelt å delegere, for at delegeringen skal være lov. Da er ikke alltid de formelle organisatoriske strukturene til hjelp. For eksempel, selv om HELFO

er en underordnet etat for Helsedirektoratet, gir det liten mening å overlate helsefaglige vurderinger til dem. HELFO har nemlig kun faglig kompetanse innen økonomi.¹³⁰⁷ Den faglige profilen til etaten gjør at å delegere helsefaglige oppgaver til dem ikke bør aksepteres (jf. også foran i 2.4.6).

For svært komplekse og sammensatte beslutninger med store konsekvenser (konesjonsbehandling, spørsmål om regulering av teknologi, infrastruktur, etc.) vil *flerfaglighet* ofte være en viktig betingelse for at organet skal kunne treffe en god beslutning.¹³⁰⁸ En del spørsmål er samtidig *så komplekse* at det ikke gir mening å besvare dem på rent faglig grunnlag, se 5.7.4.7. Da kan formelle korporative organisasjonsformer være et alternativ, hvor man setter sammen nemnder basert på tverrfaglig ekspertise og brukerinteresser, eller lignende. Tverrfaglig forberedelse og politisk avgjørelse er et annet alternativ.

Skal organet behandle enkeltsaker etter standardisert forvaltningsprosedyre kan også vurderinger av om de har erfaring og «byråkratikkultur» som Eng uttrykker, være relevant.¹³⁰⁹ Særlig ved delegering til private aktører som er svært komplekse organisasjoner kan aspektet være særlig vanskelig. Man har få forutsetninger for å vite hvilken faglig kompetanse og erfaring organet faktisk har, og man har begrensede muligheter til å skape endring, med mindre kontrakten regulerer saken svært nøye, som jeg kommer tilbake til i kapittel 7 punkt 7.5.3.6 og 7.7.4. Om organet har riktig «kultur» — institusjonell materialitet — bør særlig være viktig ved delegering av oppgaver med store krav til rettssikkerhet.¹³¹⁰

Man bør ikke bare vurdere *hvilken* faglig kompetanse organet har, men også *kapasiteten*. I anledning NAV-skandalen kom det for eksempel frem at man over lengre tid hadde flyttet juridisk kompetanse fra Arbeids- og velferdsdirektoratet og ut til førstelinjen. Utfordringen som da oppsto, var at direktoratets ansvar som overordnet faglig ansvarlig ikke hadde

¹³⁰⁷ Dette legges også til grunn eksplisitt av Helsedirektoratet selv, se kapittel 7 punkt 7.4.3.

¹³⁰⁸ Se også om betydningen av flerfaglighet i Christensen 2021 s. 100 flg. om de positive virkningene av mangfold innenfor ekspertgrupperinger.

¹³⁰⁹ Eng 1992.

¹³¹⁰ Se særlig Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 9.

kapasitet til å håndtere de mange juridiske problemene.¹³¹¹ I en slik situasjon burde direktoratet ikke vært tildelt de aktuelle oppgavene.

Hvis organet skal treffe beslutninger kan det være vesentlig at det eksisterer mekanismer for å formidle *felles retningslinjer* eller å på annen måte å sikre faglige kvalitetsvurderinger på tvers av tjenestesteder. Slike mekanismer vil særlig være nødvendig hvis man planlegger å delegere et ansvar fra sentralt til lokalt nivå. Som Østenstad treffende har poengtert vil det samtidig være mindre grunn til å kreve likebehandling når formålet med en delegering er å gi grunnlag for lokale beslutninger.¹³¹² Man kan og bør derfor heller ikke forvente fullstendig standardisering, se også kapittel 7 punkt 7.5.3.7.

Visse organer har faglige forutsetninger som er helt unike for dem, på måter som gjør at det gir mening å delegere på tvers av det som er vanlige organisatoriske linjer. Både politiet og statsforvalteren er for eksempel organisert nettopp med sikte på å fungere som generalister, den ene som generell maktutøver, den andre som generell forvalter av statens forhold til kommunene. Det som vanligvis ville vært sideordnet delegering til dem er derfor mindre kontroversielt, som å delegere fra et departement i sideordnet linje fra Justisdepartementet til politiet, for eksempel.¹³¹³ Tilsvarende betraktninger gjelder for eksempel mattilsynet, som får oppgaver fra flere departementer vedrørende matsikkerhet.¹³¹⁴ Generalistmerkelappen må samtidig ikke misbrukes. Politiet er *generell maktutøver*, og det er ikke uproblematisk å overlate saksbehandling i førsteinstans på utlendingsfeltet til dem, slik UDI har gjort i stor utstrekning.¹³¹⁵

I noen tilfeller kan man fatte mistanke om at delegering *misbrukes*, for eksempel der organisasjonen egentlig er innrettet slik at man skal ha faglig forberedelse av vedtak, men man lar være å følge disse institusjonaliserte beslutningsmønstrene. I den ovenfor nevnte saken om Covid-håndteringen fra Bergen var det nettopp tilfelle at man *ad-hoc* organiserte seg vekk fra en bestemt fagperson, som var uenig i den aktuelle beslutningen, se 5.4.6. I

¹³¹¹ Dette omtales også i kapittel 7 punkt 7.4.3.

¹³¹² Østenstad: «Likskapsprinsippet og delegasjon til kommunedelsutvalg», *Lov og rett*, 1996, s. 693—714.

¹³¹³ Sml. også Backer, 1986 s. 59—60 og Opsahl 1963 s. 8.28: «Det kan ikke være meningen å ville avskjære de temmelig alminnelige ordninger innenfor 'hovedstammen' i statsforvaltningen, departement – fylkesmann – politimester og lensmann.».

¹³¹⁴ Se Delegering av myndighet til Mattilsynet etter matloven.

¹³¹⁵ Se nærmere i kapittel 7 punkt 7.4.3 og 7.4.3.

slike tilfeller burde man vektlegge det organisatoriske inn i vurderingen av saksbehandlingen.

5.7.3.2 Økonomisk kapasitet: har organet de materielle og personelle forutsetningene for å løse oppgaven?

Et annet minstekrav og viktig moment, er om delegaten økonomisk sett har forutsetningene for å løse oppgavene. NAVs budsjetter er massive, og de er derfor innrettet med tanke på å løse de massive oppgavene man har blitt tildelt. Budsjettet *reflekterer* noe av NAVs formål, som igjen forteller noe om hvilke oppgaver som hører hjemme der. Oppgaver som krever de materielle og infrastrukturmessige forutsetningene NAV har, bør legges hos NAV.

Man bør som nevnt være interessert i *formålet* med organets budsjettmessige kapasitet, ikke selve kapasiteten, selv om kapasiteten isolert sett naturligvis også er viktig. Rent økonomisk kan et delegerende organ overføre midler fra sin budsjettpost til delegaten, i den utstrekning overføring er mulig. Det er imidlertid ikke *tilstrekkelig* at det delegerende organ overfører midler på denne måten, ettersom oppbygning av materielle og personelle ressurser kan ta tid. Poenget er at organisasjonen må ha *tilgjengelige ressurser* som kan brukes for å løse den oppgaven man skal delegere til dem. Dersom tilgjengelig personale og infrastruktur kan oppnås ved en ren pengeoverføring er saken enkel, men ofte er ikke pengeoverføring nok. Da risikerer delegeringen å vri prioriteringer innad i organisasjonen på en måte som er problematisk.

Forutsetningen vil altså normalt være at delegaten har de nødvendige personer ansatt, og at disse har tilstrekkelig med tid til å håndtere de aktuelle ansvarsoppgavene. Videre må eventuelt utstyr, teknologi, bygningsmasser eller lignende, allerede være tilgjengelig. Investeringsplaner for å starte opp et sykehjem bør åpenbart ikke være tilstrekkelig for å få tildelegert ansvar for å levere forsvarlig helsehjelp. Formålet med organets tilgjengelige ressurser må allerede ved delegeringen være å løse den typen oppgaver det er snakk om å delegere.

5.7.3.3 *Juridisk stilling: har organet de nødvendige rettslige tillatelser, kompetanser, og kan disse eventuelt delegeres?*

Om delegaten har de nødvendige tillatelsene og kompetansene som trengs for å bli tildelt et ansvar spiller en viktig rolle i vurderingen av om delegeringen kan skje. *Hvis ikke* må man gå inn i en selvstendig vurdering av om disse tillatelsene eller kompetansene kan delegeres til organet. Et organ som mangler tillatelse til å ta seg inn på et område man skal føre tilsyn kan for eksempel åpenbart ikke tildeles ansvaret for å føre slik tilsyn.

Backers synspunkt om at visse kompetanser kan sies å være *aksessoriske* er en treffende tanke i noen tilfeller.¹³¹⁶ Et organ som får anledning til å behandle visse saker, vil for eksempel kunne tenkes å få kompetanse til å be om utlevert informasjon fra andre forvaltningsorganer. Men her finnes også kompliserte reguleringer, og det er vanskelig å generalisere. Om en kompetanse eller tillatelse er aksessorisk kan også bero på om den er «mindre» til delegeringens «mer». For eksempel kan det å delegere saksforhold som forutsetter omfattende tilgang på personopplysninger til et organ som mangler erfaring med behandling av personopplysninger være problematisk.

Samtidig må man her være oppmerksom på at formålet med å legge kompetanser til noen organer, og andre kompetanser til andre organer, nettopp kan være å skape en sektoriell maktfordeling, som jeg også kommer tilbake til like nedenfor 5.7.3.3. Man kan også problematisere at et organ kan løse oppgaven 'bedre' fordi det har en juridisk posisjon som egentlig bare gjør det enklere for dem å løse oppgaven, se blant annet også kapittel 6 punkt 6.7, der jeg drøfter hvordan delegering påvirker lover og reglers anvendelse.

Som argumentert for tidligere i kapittel 4 er det samtidig behov for å se ansvar, kompetanser og tillatelser som del av en større helhet. Hvis man for eksempel ønsker å bare delegere saksbehandlingsskritt og ikke det endelige vedtaket, kan det tale mot delegeringsadgang at det skaper en kunstig oppdeling av oppgaven. Et annet typisk eksempel er at det forutsetter særlig lovendring å overføre oppgaver som vanligvis ligger til politiet til et annet organ, fordi det bare er politiet som er organisert rundt formålet om å fungere som

¹³¹⁶ Backer, 1986 s. 60—61 om det han kaller aksessorisk kompetanse.

maktmonopolist.¹³¹⁷ Og omvendt bør man være varsom med å legge andre oppgaver til politiet, som for eksempel å delta på tilsyn.¹³¹⁸

Det sentrale spørsmålet er uansett om organets rettslige stilling reflekterer at organet er egnet til å løse den typen oppgaver som det er aktuelt å tildele det. Statsforvalterens tilsynskompetanse overfor kommunene på ett område er en mer generell indikasjon på statsforvalterens formål i forvaltningen.

5.7.3.4 Oppsummering av minstekrav

Oppsummeringsvis vil man minimum måtte delegere til organer som har faglige forutsetninger, økonomisk kapasitet og juridisk stilling som gjør organet i stand til å løse den aktuelle oppgaven. Jeg tror det er rimelig å si at minstekravet ikke kan tilsidesettes uten gjennom eksplisitt lovhjemmel, hvor Stortinget er klar over problemene med den aktuelle delegeringen. Imidlertid må nok også hvilke minstekrav man kan stille, tolkes i lys av nedsidene ved delegering i det aktuelle tilfellet.

Minstekravene vil stort sett bare være relevant ved åpenbare tilsidesettelser av krav til forsvarlig organisering. Ellers spiller de samme kravene rollen som retningslinjer for vurderingen av om fordelene er større enn ulemper ved delegering. Jeg går nå over til å vurdere visse andre fordeler man kan oppnå ved delegering.

5.7.3.5 Praktiske behov eller avlastning som begrunnelse for å delegere

Det første og vanligste formålet med delegering er *avlastning* eller det man kaller rent *praktiske behov*. Selv Castberg, som var kritisk til delegering, aksepterte «... en begrenset adgang til delegasjon i den grad påkrevet ut fra praktiske hensyn ...».¹³¹⁹ Frihagen skrev at teorien har «... gått langt i å vurdere delegasjonsadgangen i lys av hva som ansees som

¹³¹⁷ Det måtte derfor særskilt lovendring til for å gi tollere myndighet til å stanse og teste ruspåvirkede bilførere, se Prop. 59 L (2022-2023) *Endringer i vegtrafikkloven (Tolletatens testing av om fører av motorvogn er ruspåvirket)* s. 15.

¹³¹⁸ Se for eksempel hjemmelen i aml. § 18-1, som klart forutsetter at det er departementet som må beslutte en annen ordning av arbeidstilsynets virksomhet. Dette bekreftes også i kildematerialet, se Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø* s. 80. Se videre om samarbeidet med politiet, Økokrim: *Politiets hjemmelsgrunnlag i A-krimisamarbeidet: En utredning om hjemmelsgrunnlaget for politiets forvaltningsmessige myndighetsutøvelse i a-krimisamarbeidet*, 2020, der spørsmålet om delegering fra andre etater til politiet ikke tas opp, noe som også ville vært overflødig fordi svaret klart må være at delegering ikke kunne skjedd.

¹³¹⁹ Castberg 1938 s. 63.

forsvarlig ut fra de praktiske behov.»¹³²⁰ Praktiske behov står også sentralt hos både Graver og Bernt/Rasmussen.¹³²¹ At «praktiske behov» kan begrunne delegering er enkelt å være enig i, fordi det kan bety hva som helst. Det ligger jo egentlig i sakens natur at et organ som ønsker å delegerer har et praktisk behov for det. Det forteller derfor ikke noe særlig å si at delegering skjer av praktiske behov. Dersom det skal være snakk om en tungtveiende fordel ved delegering må det derfor være noe mer enn bare et løsrevet praktisk behov.

Høyesterett gir et par eksempler på hva som åpenbart bør aksepteres som et praktisk behov. I Rt. 1952 s. 932 og Rt. 1953 s. 24 aksepterte Høyesterett delegering på bakgrunn av «tvingende behov», ettersom Regjeringen var i London etter krigen.¹³²² Det fremstår rimelig, om enn litt lite aktuelt. Situasjoner der man har et mer forbigående men akutt behov for å ta stilling til et spørsmål, men rette organ av ulike grunner er forhindret, kan imidlertid begrunne delegering, langs linjene for ordførerens hastekompetanse jf. kommunel. §§ 6-1 og 11-8.

I nødsituasjoner kan *samtykke* kanskje kompensere for delegering. Poul Andersen begrunnet all delegering på samtykke fra det 'delegerende' organ. I Rt. 1956 s. 1124 uttrykker for eksempel Høyesterett at ekspropriasjonen var akseptabel fordi den «... er fattet i full forståelse med departementets sjef.»¹³²³ Forutgående samtykke kan derfor i noen grad tillegges vekt, men da kan man likegodt spørre hvorfor man ikke bare kunne foretatt en muntlig delegering.¹³²⁴ I den aktuelle saken kunne man sett det som en muntlig delegering, og akseptert den som (eventuelt) praktisk nødvendig.

Etterfølgende samtykke uten stort behov aksepteres derimot ikke. Høyesterett behandlet i Rt. 1936 s. 592 en sak der en underordnet politimann hadde nektet en person å drive en type ervervsvirksomhet, og deretter hadde politimesteren utferdiget en tiltalebeslutning når personen ikke overholdt forbudet.¹³²⁵ Utferdigelsen av selve forbudet kunne ikke delegeres, og Høyesterett fastholdt også at politimesterens etterfølgende 'samtykke' til beslutningen som kom når han underskrev tiltalen, ikke kunne ratihabitere den personelle mangelen i utgangspunktet. Både i Rt. 2001 s. 428 og Rt. 2004 s. 76 hadde lavere nivåer i organisasjonen truffet beslutninger uten at dette var hjemlet i organisasjonens reglement. Høyesterett kjente begge beslutningene ugyldige.¹³²⁶

¹³²⁰ Frihagen 1991 s. 219.

¹³²¹ Bernt 2010 s. 80, Graver 2019 s. 198.

¹³²² Uttalelsen i annenvoterendes votum i førstnevnte sak, som så følges opp av flertallet i sistnevnte. I førstnevnte sak tok flertallet spørsmålet på et annet grunnlag.

¹³²³ Se *Intern delegering pga. praktiske behov*, på s. 1126.

¹³²⁴ Jf. nedenfor om formkrav 5.8.2, så er dette mulig.

¹³²⁵ Rt. 1936 s. 592 (*Ratihabisjon via tiltalebeslutning*)

¹³²⁶ I *Politiavdelingen* hadde man imidlertid ikke truffet noe vedtak, slik at HR ikke gikk inn på konsekvensene, se s. 441, hvor man likevel antar at et vedtak måtte «... være hjemlet i departementets regler for intern delegasjon.» I *Rektors oppsigelse* fant retten det heller ikke bevist (avsnitt 54 og 55) at rett person godkjente vedtaket.

Begrunnelsen var i begge tilfeller at man bør unngå situasjoner hvor det lavere nivået treffer en beslutning, fordi når den først er truffet kan det være vanskelig for det overordnede å gå tilbake på den.

Praktisk viktigere er Rt. 2002 s. 1403, der *intern* delegering av påtalevedtak i Arbeidsdirektoratet ble akseptert. Høyesterett fremhevd i den aktuelle saken at uten slik delegering ville «... arbeidsdirektøren ... bli nødt til i gjennomsnitt å avgjøre fire til fem saker hver arbeidsdag.»¹³²⁷ I en del andre saker tar man det praktiske behovet for gitt, som i Rt. 1968 s. 1019 der man uttaler at det «... er helt på det rene at slik delegasjon er en praktisk nødvendighet».¹³²⁸ I andre saker der det praktiske behovet fremheves, er det også en svært konkret og beviselig overdreven *arbeidsbyrde* på enkeltpersoner som er den praktiske utfordringen.¹³²⁹ Det finnes også klare eksempler på at man *ikke* aksepterer selv svært sterke praktiske behov.¹³³⁰

Høyesteretts praksis gir dermed grunnlag for et mer presist utgangspunkt. Delegering kan skje dersom alternativet til å delegere er at ledere eller andre må bruke tilnærmet all sin tid på oppgaven, med mindre den delegeres. Men selv da bør den ikke delegeres lenger ned enn nødvendig, som omtalt i forbindelse med Rt. 2002 s. 1403 under 5.4.6. Dommen er i samsvar med utgangspunktet om at delegering ikke kan skje med mindre fordelene er tilstrekkelig store: I alle de nevnte sakene ville alternativet til delegering være en relativt stor grad av handlingslammelse- eller unnlattelse av å treffe en beslutning.

Et annet eksempel på at praktiske behov burde vektlegges er der et organ står i fare for å bli handlingslammet på grunn av inhabilitet. Det kan være at lederen av organet er inhabil, at organet som sådan har interesser i saken (for eksempel utøver både tilsynsoppgaver og eierskap), eller at et overordnet organ har instruert førsteinstansen og blir inhabil til å behandle klagen.¹³³¹ I disse tilfellene er behandling innenfor organet utelukket. Etter fvl. § 9 (1) kan det oppnevnes stedfortreder for den enkelte tjenestepersonen, og dette gir forutsetningsvis kompetanse til å delegere på grunn av praktiske behov. Annet ledd tillegger Kongen myndighet til å overføre saken til sideordnet

¹³²⁷ *Intern delegering av påtalevedtak* på s. 1406.

¹³²⁸ Rt. 1968 s. 1019 (*Delegering fra bygningsrådet*) på side 1022: «Selv om det ville vært mer korrekt at administrasjonsordningen og delegasjonen av myndighet var blitt formelt vedtatt, finner jeg at det ikke kan være tvilsomt at det foreligger en delegasjon av bygningsrådets myndighet. Dette er bekreftet ved sikker praksis i mange år. Det er helt på det rene at slik delegasjon er en praktisk nødvendighet.»

¹³²⁹ Rt. 1998 s. 152, se tilsvarende vurderinger i både Rt. 2002 s. 1403 og Rt. 1950 s. 501.

¹³³⁰ Se omtale av Rt. 1955 s. 755 (*Forberedelse av ekspropriasjonssak*) der man ikke aksepterte delegering av saksforberedelse til tross for at omstendighetene hadde gjort at alle kompetente personer var arrestert for deltakelse i NS i kapittel 4 punkt 4.4.

¹³³¹ Se bl.a. eksempelet i SOMB-2004-31 med videre henvisning til flere saker (s. 143—145.)

eller overordnet organ, men dette forutsetter «særlig ulempe», og innebærer en høy terskel.¹³³² Denne myndigheten kan selv delegeres.¹³³³

Samtidig kan det diskuteres om det har skjedd en *utglidning*. Det forekommer flere eksempler på at Høyesterett gir vage henvisninger til «praktiske behov» som ikke er like konkrete.¹³³⁴ Castbergs oppfatning var at behovet måtte være «åpenbart påkrevet» og da bare «... en begrenset adgang til delegasjon ...» i «... visse tilfelle ...».¹³³⁵ Eckhoff mente til og med at Castberg var for liberal når han aksepterte et slikt unntak.¹³³⁶ Forvaltningskomiteen sluttet seg til Castberg. Delegering kunne i «... alminnelighet ikke skje uten særskilt hjemmel.»¹³³⁷ Opsahl skriver derimot i 1963 at et «... krav om ... *påtrengende* praktiske behov, synes [forvaltnings]praksis helt å ha forlatt ...».¹³³⁸

At praksis har gått så vidt langt i å akseptere «praktiske behov» uten å være presis på hvorfor disse behovene gjør seg gjeldende er betenkelig. Jeg har vanskelig for å se at man ikke heller burde kunne begrunne delegeringen med noe mer presist, som forbedret faglig håndtering eller lignende.

5.7.3.6 *Arbeidsdeling i forvaltningen: Delegering med formål om å hente inn kapasitet og kompetanse som det delegerende organ mangler*

Fordelen med de «praktiske behov» har et beslektet argument i at man bør kunne delegerer for å skaffe seg «kapasitet og kompetanse».¹³³⁹ Backer-utvalget begrunner for eksempel sitt forslag om å tillate delegering av saksforberedelse generelt til private, med at slik delegering kan dekke opp kapasitet og kompetanse som forvaltningsorganet mangler.¹³⁴⁰ I ny

¹³³² NUT 1958:3 s. 434: «Annet ledd gir departementet myndighet til å fravike de vanlige kompetanseregler; bestemmelsen kan under enkelte, særlige omstendigheter vise seg påkrevet og praktisk, men det er klart den må nyttes med stor forsiktighet.»

¹³³³ Se Ot.prp. nr. 27. (1968-1969) *Om lov om ikraftsettelse av forvaltningsloven og om endringer av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og andre lover* s. 41.

¹³³⁴ Se f.eks. *Cyanidtransport* der delegering av «... praktiske grunner ...» aksepteres, og ofte ved intern delegering, se bl.a. *Intern delegering pga. praktiske behov* og Rt. 1957 s. 915 (*Ratihabisjon ved klage*), Rt. 1964 s. 936 (*Refusjonssaker delegert til formann*), Rt. 1998 s. 152 (*Lovlig stedfortreder*).

¹³³⁵ Castberg 1938 s. 63.

¹³³⁶ Eckhoff, 1966 s. 131 i note 7.

¹³³⁷ NUT 1958:3 s. 109.

¹³³⁸ Opsahl 1963 s. 8.16, min uthv.

¹³³⁹ Se for eksempel allerede Ot.prp. nr. 28 (2001-2002) s. 43: «Kommunene kan også overlate oppgaver til andre virksomheter. Dette er mest aktuelt i det forebyggende arbeidet, hvor kommunene må kjøpe inn konsulent tjenester dersom kommunens brannvesen midlertidig mangler kompetanse eller kapasitet. Når det gjelder beredskapssiden vil det være aktuelt at kommunene får bistand fra forsvaret, flyplasser eller større industrianlegg.»

¹³⁴⁰ NOU 2019:5 s. 219—220.

barnevernlov blir det samme argumentet brukt for å begrunne utvidelsen av adgangen til å delegere til private.¹³⁴¹ Generelt sett er det imidlertid utslag av et mer generelt poeng: Arbeidsdeling mellom ulike organer (og mellom offentlig og privat sektor) kan være hensiktsmessig, og der den allerede er etablert må den åpenbart også kunne utnyttes.

Argumentet er i utgangspunktet helt uproblematisk, og i kjernen av formålet med organiseringen av offentlig sektor: Å legge en beslutning til et organ som har (på tidspunktet for delegeringen) kapasitet eller kompetanse som er bedre tilpasset den aktuelle oppgaven, er selve kjernen i den vurderingen jeg mener man må legge opp til, i den forstand at å skape en hensiktsmessig arbeidsdeling ofte er et sentralt formål med måten man bygger opp forvaltningen på. Departementsnivået må for eksempel åpenbart kunne delegere faglige saksforberedelser til et relevant direktorat, jf. også ovenfor under 5.4.7.

Innenfor offentlig sektor er delegering til statsforvalteren eller politiet et annet typisk eksempel på delegeringer som er tuftet på relativt klare arbeidsdelinger, som den enkelte beslutningen følger opp, jf. også punkt 5.7.3.1. Som diskutert i kapittel 4 punkt 4.2.3 er det også klart at det finnes en arbeidsdeling mellom privat og offentlig sektor, der privat sektor håndterer mindre komplekse typer virksomhet, hvor problemløsningen kan foregå basert på frivillighet eller kontrakter. Veldig lite komplekse forvaltningssaker (som tilskuddsforvaltning) blir derfor også ofte overlatt til private, uten at slik delegering behøver å være noe problem.

Man kan imidlertid fremheve at det er mer grunn til å stille seg kritisk til om delegering i seg selv bør *kunne etablere en ny arbeidsdeling*, fordi en slik arbeidsdeling bør være reservert for større reformer og forankres i lov. Man kunne muligens uttrykt denne forskjellen ved å si at delegering for å hente inn kompetanse og kapasitet bare er en fordel *i den utstrekning det ikke angår egen kjernevirksomhet*. I den grad det delegerende organ delegerer egen kjernevirksomhet risikerer man å skape en ny arbeidsdeling, som burde vært forankret høyere opp og i politiske prosesser.

¹³⁴¹ Prop. 133 L (2020-2021) s. 486 flg., med henvisning til NOU 2019:5.

5.7.4 Ulemper ved delegering: Demokratiske underskudd, styringsproblemer og andre uintenderte konsekvenser som vil oppstå

5.7.4.1 *Overføring av politiske beslutninger til faglige nivåer kan skape demokratiske underskudd*

Det viktigste motargumentet mot enhver delegering er at delegeringen vil flytte beslutningen vekk fra eller enda lenger vekk fra de relevante politiske nivåene i stat eller kommune, og vanligvis øke styringsproblemene. I relasjon til spørsmålet jeg drøfter her står motargumentet enda sterkere, fordi det egentlige spørsmålet ikke er om delegering kan skje. Spørsmålet er om det kan skje *uten særskilt lovendring*.

Min vurdering er at det demokratiske momentet bør tas på større alvor, dels ved at terskelen for delegering bør være høyere enn det som har vært lagt til grunn, som jeg har argumentert for i det foregående og ovenfor i punkt 5.1.

Det bør samtidig vurderes å *kompensere for det demokratiske underskuddet på andre måter*. Nedenfor anbefaler jeg at delegeringer må *begrunnes og holdes oversikt over*. I tillegg taler det for et mer omfattende styrings- og kontrollansvar, som omtales i kapittel 6 og 7.

Hvor stor denne ulempen er, beror på det nærmere innholdet i og karakteren til den oppgaven det er snakk om å delegere. Som jeg kommer tilbake til i kapittel 7 er for eksempel styring og kontroll et typisk politisk ansvar. Delegering av det hierarkiske ansvaret vil derfor vanligvis være langt mer betenkelig enn delegering av (for eksempel) individuell saksbehandling på et område som utlendingsforvaltning, der krav til faglighet står mer sentralt.

Som omtalt i kapittel 2 punkt 2.3.3 vil spørsmål om hva som er «politiske»-saker i noen grad bero på det politiske systemet selv, og i noen grad bero på hva som er legitime saksområder for forvaltningen å forfølge på egenhånd. Se også kriteriene for vurderingen som brukes i kommunalretten ovenfor under 5.5.4. Et sentralt krav vil imidlertid være at delegering ikke må skje *fordi* man ønsker å unngå politisk behandling av saker, som jeg utdyper i neste avsnitt og 5.7.4.4.

5.7.4.2 Forsøker delegeringen å løse (strukturelle) problemer som egentlig burde vært underlagt politisk behandling?

Logikken i delegeringsbegrepet er basert på at adgangen til å delegere blir større jo høyere opp i forvaltningshierarkiet man kommer, *fordi* delegeringen dermed får demokratisk forankring. Omvendt må man forholde seg kritisk til forsøk på å løse problemer som egentlig hører hjemme hos høyere nivåer, ved hjelp av delegering. En slik forflytting av problemene vil særlig kunne problematiseres for å ikke ta egenverdien av delegatens organisering på alvor, som et forsøk på å ‘dytte problemer’ over i andre organisasjoner. Hvilke tilfeller det er som hører hjemme høyere oppe er imidlertid vanskelig å si generelt. Jeg begrenser meg her til å fremheve at *dersom* et problem har kunne vært løst *politisk*, så kan det ses som en nedside ved delegeringen at man velger å unngå at det politiske nivået får ta stilling til saken.

Et klassisk eksempel er delegering som følge av ressursmangel. Som diskutert foran fungerer ressursmangel noen ganger som et argument *for* delegering: Det ene organet burde kunne delegere, fordi det mangler personell, eller lignende. I en situasjon der Stortinget bestemte antallet stillinger innenfor stillingshjemmelssystemet (avviklet i 1997), gav muligheten et slikt resonnement mening. Som Opsahl poengterer, vil man imidlertid i dag ha et valg mellom *større departementer eller mer delegering*.¹³⁴² Hvis det underliggende problemet egentlig er en strukturell mangel på ressurser hos departementet, burde ikke departementet kunne løse problemet ved å dytte saken nedover til et direktorat som har akkurat det samme ressursproblemet, jf. også eksempelet med nemndsorganisering nedenfor i punkt 5.7.4.5. Hvis departementet på den andre siden står fritt til å velge mellom å delegere til direktoratet, eller å flytte midler fra direktoratet til sitt eget budsjett, står saken i en annen stilling.

Et tilsvarende poeng kan man gi om situasjoner der forvaltningen påberoper seg å behøve å delegere for å utnytte et annet organ (eller en privat aktørs) kapasitet og kompetanse jf. ovenfor under 5.7.3.6. Slike argumenter forutsetter ofte at kapasitet og kompetanse egentlig er frittflytende ressurser som bare enkelt kan flyttes rundt.¹³⁴³ Realiteten er imidlertid at

¹³⁴² Opsahl 1963 s. 8.5—6.

¹³⁴³ Se bl.a. NOU 2020:13 s. 70—71.

både kapasitet og kompetanse bygges opp og ned avhengig av hvor ressurser kanaliseres. Med andre ord kan derfor et argument om at delegering skal skje med formål om å tilpasse seg en etablert arbeidsdeling egentlig forstås som et argument om at man ønsker å *skape en ny arbeidsdeling*. I så fall bør overordnede involveres.

Prinsipielt sett er imidlertid poenget at dersom et delegerende organ er overbelastet og ute av stand til å håndtere sine arbeidsoppgaver, burde organets egne overordnede organ bli gjort oppmerksom på problemet slik at man kan iverksette tiltak.¹³⁴⁴ Med andre ord bør ikke delegering fortrenge påpekning av et problem som burde vært politisk håndtert. Innenfor områder som det offentlige må håndtere, men ikke har bygget opp intern kompetanse for, ser man at manglende politisk innsats har ledet til en situasjon der man er avhengig av å kjøpe tjenester eksternt. Innenfor IKT, revisjon og juridiske tjenester er avhengigheten særlig påfallende.¹³⁴⁵ Poenget er beslektet med Backer-utvalgets poeng om at man bør unngå situasjoner (ved delegering av kompetanse) der underordnede etablerer en praksis som det er vanskelig for et overordnet organ å snu om på — et argument Høyesterett også bruker i Rt. 2004 s. 76.¹³⁴⁶

Lignende utfordringer ser man innenfor helsesektoren på kommunalt nivå. Situasjonen der er ofte at det offentlige ikke har gjort de nødvendige tiltak for å selv ha infrastruktur til å håndtere de mest alvorlige sakene (som innenfor barnevern og omsorg for utviklingshemmede). For å dekke opp midlertidige behov må de derfor bruke store summer på å innhente midlertidige hasteplasser.¹³⁴⁷ Konsekvensen er at pengene ikke kan gå til å bygge opp offentlige barnevernsinstitusjoner, eller faste kommunale bo- og avlastningstjenester. Dermed øker behovet for å kjøpe plasser hos de private aktørene. Gradvis bygges kompetansen og kapasiteten ned i det offentlige, og opp hos aktørene man kjøper fra, som også blir en mer attraktiv arbeidsgiver enn det offentlige.¹³⁴⁸ Disse

¹³⁴⁴ Sml. bl.a. SOM-2022-3856, der Sivilombudet fremhever at UDI har en plikt til å orientere Justisdepartementet om at politiet (som forberedte saker for UDI) sin saksbehandling systematisk var for langsom.

¹³⁴⁵ Se for eksempel bruken av konsulenter i direktoratet for e-helse i Direktoratet for E-helse 2020, og Riksrevisjonen, dokument 3:6 2017 om konsulentbruken i statlig sektor.

¹³⁴⁶ Se NOU 2019:5 s. 539 og *Rektors oppsigelse* avsnitt 54: «Det er en forskjell mellom selv å treffe et vedtak og på et senere tidspunkt å forsvare dette vedtaket.»

¹³⁴⁷ Ifølge saken «Anbudsbarna» i Aftenposten 10/14/2022, av Anne Marte Moland, Trond J Strøm, Torstein Ringnes og Monica Strømdahl, er summene i 2021 på 2.6 milliarder på barnevernsinstitusjonsplasseringer, med en økning på 40 prosent siden 2016.

¹³⁴⁸ Se bl.a. Vista Analyse 2016 s. 58, som argumenterer for at konkurransetilsynet må inn i markedene. «Gjennom våre undersøkelser er det fremkommet tallrike eksempler på uheldige bindinger: Leverandørene henviser til seg

tendensene er spesielt betenkelig i lys av at det delegerende organ alltid har ansvar for å kunne styre og kontrollere sin delegat, jf. punkt 5.7.4.6, hvilket det offentlige i slike tilfeller gjerne vil mangle.

Dynamikken kan også utnyttes av private aktører. Den private gir et billig bud i første runde, slik at det offentliges kapasitet og kompetanse bygges ned, noe som gir den private større markedsrett. ¹³⁴⁹ Over tid kan de også bygge seg opp som det eneste reelle alternativet. ¹³⁵⁰ I kommunelovutvalgets utredning nevner man denne risikoen for at private kan bli «... en egen 'sektor', som hindrer eller vanskeliggjør politisk styring og en samordnet forvaltning av kommunenes og fylkeskommunenes virksomhet.» ¹³⁵¹ Forvaltningen risikerer å sette seg selv i slike situasjoner gjennom mange kortsiktige enkeltbeslutninger hvor man har forsøker å etterleve årets budsjetter, men ikke har anledning til å tenke frem til året etter. Privatiseringer av denne typen kan man naturligvis foreta og ofte kan de være helt nødvendige av strukturelle årsaker innenfor den enkelte sektor, men de bør være basert på grundige politiske prosesser og overveielser av hvordan man skal tilpasse seg til de aktuelle omstendighetene.

5.7.4.3 Samordningsproblemer

Et annet velkjent problem er at delegering skaper *samordningsproblemer*. Samordningsproblemer oppstår fordi delegering skaper (eller forutsetter) en institusjonell materialitet og en egenlogikk som 'lukker' og gjør mulighetene for å drøfte saker på kryss og tvers av departementslinjer vanskeligere. Smith beskriver godt hvordan «... de som arbeider innenfor én av boksene, lett [vil] regne saker som hører hjemme der, som 'sine' – dels i den forstand at det er de som sitter med det primære ansvaret, men også slik at andre bør holde seg unna». ¹³⁵² Med fremveksten av moderne IT-teknologi løses noen, men på ingen måte alle problemer. IT gjør det for eksempel enklere med samordning i forbindelse med politiske saker, lovarbeid eller vedtakelse av nye forskrifter. Men i disse tilfellene har

selv eller samarbeidende leverandører for videre tiltak og tjenester, og en del private leverandører er samtidig ansatt i Bufetat eller BUP. I tillegg er det grunn til å stille spørsmål ved om de leverandørene som har markedsrett, utnytter denne for å opprettholde sin stilling»

¹³⁴⁹ Departementet drøfter nettopp dette i Prop. 133 L (2020-2021) s. 62—63 med sikte på institusjonsbarnevernet.

¹³⁵⁰ Sml. Donnelly 2007 s. 79 med henvisning til Arrowsmith: «... private firms sometimes submit extremely low bids initially, precisely with the purpose of eliminating in-house capacity.»

¹³⁵¹ NOU 1990:13 s. 217.

¹³⁵² Smith: ««Ministerstyre» – et hinder for samordning?», *Nytt Norsk Tidsskrift* 32, 2015, s. 258—66 s. 259.

sirkulering av forslag på tvers av ulike ministerium, herunder krav i utredningsinstruksen, lenge fungert som en måte å involvere relevante aktører uten svært store problemer. Om dette faktisk blir gjort er en annen sak — og en viktig betenkelighet ved delegering er nettopp at man lett bidrar til å sementere etablerte organisatoriske skillelinjer.

Størrelsen på slike problemer kan ofte variere, men det er mange ulike faktorer som forklarer samordningsproblemer. Geografisk plassering, ulik ressurstilgang mellom organene som bør samordne sin virksomhet, ulike kontaktflater til samfunnet, ulik grad av politisk interesse for organets virksomhet, og så videre. Et særlig vesentlig moment er antakeligvis *homo- eller heterogenitet* i sammensetningen av personalets faglige bakgrunn. To organer som har noenlunde samme faglige sammensetning vil ha langt lettere for å «snakke sammen» enn andre organer, simpelthen fordi organer må snakke sammen via mennesker.

Når saker flyttes lenger ned til mer spesialiserte nivåer — som klart nok er en fordel — oppstår og forsterkes denne typen differensieringer. Flyttingen kan være problematisk i tilfeller hvor en bestemt oppgave ender med å deles opp på ulike enheter, som snakker dårlig sammen. Grenseganger mellom barnevern, politi, utlendingsmyndigheter, helsevesen og psykiatri, gir mange eksempler på slike utfordringer, som for eksempel at mindreårige som forsvinner fra asylmottak i liten grad følges opp.¹³⁵³

Den organisatoriske oppdelingen *skaper nødvendig kompleksitet* — sett fra borgerens side. Åpenbart må man ha en del slike organisatoriske skillelinjer. Man er imidlertid nødt til å holde fast ved at det ikke bare er *selve problemet* som er komplekst og sammensatt. Det er også de organisatoriske strukturene som i en del tilfeller, bare ikke er tilpasset problemet. Ansvar for kompleksiteten ligger derfor på de politiske nivåene, som må *samordne*, jf. kapittel 7 punkt 7.2.3.2. Blant annet kan hensynet ivaretas ved at delegeringer stiller krav til samordning mellom ulike etasjer. Ulike former for *nettverksforvaltning* forsøker også å løse samordningsproblemet ved å danne særskilte eller midlertidige organisasjonsformer.¹³⁵⁴ Ved slik organisering er man imidlertid nødt til å stille

¹³⁵³ Dokument 8:117 S (2022-2023) *Representantforslag om gransking av hvordan enslige mindreårige asylsøkere har forsvunnet fra asylmottak og omsorgssentre*. Et annet ofte nevnt eksempel er organiseringen av beredskap, se særlig NOU 2012:14 *Rapport fra 22. juli-kommisjonen*.

¹³⁵⁴ Se generelt Graver 1987 som tar opp flere sider ved dette spørsmålet, og generelt Sand 1996.

spørsmål ved om organiseringen forutsetter en ny delegering. Et eksempel er måten arbeidslivskriminalitet har blitt håndtert i A-krimssenter. Her har politiet endt opp med å opptre uten hjemmel, i den tro at de kunne «bli med» arbeidstilsynet på tilsynsoppdrag.¹³⁵⁵

En delegering som isolert sett kan se ut til å la forvaltningen løse en oppgave bedre, vil derfor likevel kunne avvises dersom samordningsproblemene kan antas å være store.

5.7.4.4 *Bli berørte eller på andre måter relevante parter fortsatt hørt etter delegeringen?*

Kort om forholdet til fvl. § 37

En annen måte politisk innflytelse kan bli påvirket av delegering, er gjennom å påvirke kontaktflaten til aktører som er eksterne for forvaltningen. Dersom delegeringen risikerer å gi redusert innflytelse til en berørt part vil man klart kunne bruke det som et vesentlig argument mot delegeringen.

Høyesterett har riktignok nærmest lagt til grunn det motsatte. I Rt. 1986 s. 46 (*Fylkesmann I*) var ikke spørsmålet bare om direktoratet kunne delegerere til fylkesmannen. Spørsmålet var også om de samiske interessene som hadde rett til å bli hørt i det underliggende materielle spørsmålet, faktisk ble hørt, og hvilken betydning dette hadde. Høyesterett løste saken som et *prosessuelt* spørsmål, isolert fra spørsmålet om delegeringsadgang. Man viste til at fvl. § 37 var «... elastisk utformet, og overlater adskillig til vedkommende forvaltningsorgans skjønn». Videre viste man (symptomatisk nok) til at de samiske interessene uansett ikke ville blitt hørt, slik at spørsmålet uansett ville falt på innvirkningsvurderingen.¹³⁵⁶

Kan fvl. § 37 spille en rolle i vurderingen av et forvaltningsorgans delegeringsadgang? Som *prosessuell* skranke har § 37 knapt praktisk betydning.¹³⁵⁷ Den praksisen som følges er omtalt av Bernt. Høyesterett har allerede fra dens opprinnelse uthult fvl. § 37 som en prosessuell rettighet til å bli hørt for borgerne.¹³⁵⁸

¹³⁵⁵ Se foran i kapittel 4 punkt 4.4.1, se også like nedenfor om Økokrims utredning.

¹³⁵⁶ *Delegering til fylkesmann I* s. 48.

¹³⁵⁷ Hvorvidt det er snakk om en prosessuell eller personell kompetansemangel diskuteres av Graver 2019 s. 555 flg. Begge perspektiver har en del for seg.

¹³⁵⁸ Bernt, 2016 s. 70 flg. I tillegg til Bernts eksempler kan nevnes Rt. 1979 s. 1179 (*Konsesjonssak ikke forelagt for kommunestyret*) på side 1183 flg.

Derimot er det gode grunner til å tenke at bestemmelsen også burde spille en rolle i vurderingen av det *personelle spørsmål*. Høyesteretts avvisning av § 37 sin betydning er tilsynelatende tuftet på at de aktørene som ikke fikk komme med innspill i den konkrete saken *uansett ikke kunne hatt (bestemmende) innvirkning på avgjørelsen* jf. fvl. § 41. Dette er muligens relevant når man vurderer det enkelte vedtak, fordi man i det konkrete tilfellet gjerne vil ha klare holdepunkter for at vedtaksorganet allerede hadde bestemt seg om en utforming av forskriften. Derimot kan man i et *organisatorisk perspektiv* ikke se vekk fra den innflytelse *over tid* som jevnlig kontakt med utenforstående vil ha på et organs virksomhet. En viktig konsekvens av delegering kan nettopp være at kontaktflater- eller personer endrer seg. Hva man har bestemt seg for på forhånd (og hva man tør å gå ut med) blir jo *formet* av de forventninger man har til hvordan andre vil respondere.

Det organisatoriske perspektivet skaper grunnlag for å fremheve at Høyesterett i denne saken nærmest forutsetter som normativt akseptabelt det motsatte av det bestemmelsen i forvaltningsloven § 37 forsøker å oppnå. Formålet med § 37 *at* forvaltningen skal være sensitiv til utenforstående interesser.¹³⁵⁹ Høyesteretts løsning kan fremstå som å si at samiske interesser ikke var viktig å høre, fordi departementet uansett ikke bryr seg om hva samene mener.

Samtidig er ikke argumentets verdi begrenset til delegering av forskriftskompetanse. Ved enkeltvedtak vil naturligvis *parten* ha rett til å bli involvert jf. kravene til kontradiksjon m.m. i forvaltningsloven. Ved innretning av helsetjenester er også pasientmedvirkning jf. pbrl. kapittel 3, et sentralt hensyn. Denne typen prosessuelle rettigheter vil naturligvis være i behold ved delegering. Noen unntak finnes det, som at delegering til private vanligvis avskjærer offentlighetens innsynsrett, jf. kapittel 6 punkt 6.7.4.3. Dette taler mot delegering.

I et organisatorisk perspektiv er imidlertid disse prosessuelle kravene ikke hele bildet. Man bør også vurdere om brukergrupper, politiske medlemsorganisasjoner, fagforeninger, interessegrupper, berørte offentlige organer (o.l.) blir tatt med i beslutningsprosessene på samme måte etter som før delegeringen. Delegering bør kort sagt ikke kunne brukes for å stilne politisk eller faglig oppmerksomhet rundt en sak, enten det gjelder forskrifter, tjenester eller myndighetsutøvelse. Som diskutert ovenfor i forbindelse med intern

¹³⁵⁹ Sml. f.eks. også NOU 1989:5 s. 70—71.

delegering (pkt. 5.4.6) er det også et helt avgjørende moment at relevante fagpersoner ikke ekskluderes fra beslutningene.

En innvending er at dette argumentet kan trekkes for langt, og misbrukes av lobbygrupper eller andre mektige aktører.¹³⁶⁰ Som blant annet begrunnes nærmere av Heath har uformelle innflytelseskkanaler og brukermedvirkning en tendens til å bli dominert av de som allerede har mye makt.¹³⁶¹ Man kunne imidlertid til innvendt at forvaltningen har et ansvar for å forhindre en slik dreining og å sikre aktive medlemsorganisasjoner, slik man i alle fall historisk har hatt langt flere av.¹³⁶²

5.7.4.5 Kollisjon mellom ulike formål

En bakside ved å delegere et ansvar til en organisasjon kan være at organisasjonen har *motstridende* formål. ‘Prinsippet’ om å unngå at «bukken passer havresekken» er blant annet motivert ut fra en kritisk holdning til kollisjon mellom et organs selvstendige interesse i en oppgave, og organets (ofte svært betydelige) faglige kunnskap og erfaring innenfor det aktuelle feltet. Det er i denne forstand ofte mer av et *dilemma* enn et *prinsipp*: Fordelen ved å la bukken passe havresekken er jo at bukken har sterke interesser i at ingen andre tar havresekken.

Dilemmaet kunne vært diskutert av Høyesterett i Rt. 2009 s. 1319, selv om partene ikke anførte spørsmålet. Saken handlet om at driftstilskudd til fysioterapeut ble innstilt av et privat institutt med seks fysioterapeuter, hvor kommunen i «det alt vesentlige av saksbehandlingen» overlot prosessen til instituttet.¹³⁶³ Høyesterett felte kommunen på inhabilitet. Loven ga imidlertid ingen adgang til å la andre enn kommunen stå for saksforberedelsen, og forarbeidene uttrykker at kommunen ikke kan «... overlate til andre fritt å bestemme over hvem og hvor mange som skal arbeide ...» innenfor fysioterapitjenesten.¹³⁶⁴ Her kunne Høyesterett diskutert delegeringsadgang i lys av fordelene med å dra nytte av instituttets kunnskap, holdt opp mot risikoen for inhabilitet. I

¹³⁶⁰ Sml. problematikken som diskuteres under merkelappen «forhandlingsøkonomi» i NOU 1982:3 s. 185.

¹³⁶¹ Heath 2020 s. 78.

¹³⁶² Sml. NOU 1982:3 s. 129.

¹³⁶³ Rt. 2009 s. 1319 (*Tildeling av driftshjemmel*) avsnitt 48—49.

¹³⁶⁴ Se Ot.prp. nr. 36 (1980—1981) *Om lov om helsetjenesten i kommunene. 2. Om lov om endringer i lov av 5. juni 1964 nr. 2 om sosial omsorg. 3. Om lov om planlegging av og forsøksvirksomhet i sosialtjenesten og helsetjenesten i kommunene* s. 165—166.

den aktuelle saken ville nok konklusjonen uansett være at delegering ikke burde kunne skje, nettopp fordi inhabilitet var et så sannsynlig utfall.

Balansegangen var derimot vanskeligere i SOM-2020-5288, der spørsmålet var om en professor som hadde skrevet lærebok, selv kunne bidra til forberedelsene av innstillingen av hvilken hovedlitteratur et fag skulle ha.¹³⁶⁵ I det tilfellet hadde professoren en (relativt marginal) selvstendig økonomisk interesse i sakens utfall. På den andre siden står professorens innsikt i kvaliteten på de ulike lærebøkene, som har stor verdi. Man kan også tenke seg at emneansvarlig *selv skriver* litteraturen, og legger opp emnet rundt denne.

Saksbehandlingen kan samtidig lide hvis samme person deltar i ulike ledd. SOMB-2002-26 er et eksempel. Her var en lokal ordning at rektor ved en skole både var *søker* på elevens vegne etter opplæringslovens regler om spesialundervisning, samtidig som samme rektor var *vedtaksmyndighet*. Dermed oppsto den åpenbart uheldige situasjon at rektor anbefalte og hjalp foreldre å søke om en viss mengde spesialundervisning, for så å vanligvis gi vedtak «vesentlig lavere» timetall enn det omsøkte.¹³⁶⁶

Et annet typetilfelle, er at delegering forutsetter at det delegerende organet fører kontroll og styring med lavere nivåer. Dermed skaper delegering i en del tilfeller motsetninger mellom selve delegeringen og det *delegerende organs* formål. Det delegerende organ må bygge opp kompetanse innenfor (for eksempel) kontraktsforvaltning, mål- og resultatstyring, risikostyring, tilsyn, eller juridiske kontrollformer (alt etter hva som er nødvendig). Hvis organet allerede har slike kontrollfunksjoner er saken grei, men mange organer i førsteinstans mangler disse funksjonene. I så fall vil konfliktene mellom organets ulike formål tale tungt mot delegering (se også nedenfor i 5.7.4.6)

Et annet typetilfelle som kan være viktig ved vurdering av om påtrengende praktiske behov taler for delegering, er kollegiale organisasjonsformer. Formålet med en slik organisering kan ofte både være å ta unna saker for domstolene eller departementet, men det kan også være å sikre borgeren en forsvarlig saksbehandling. Ofte er det begge deler, og ofte står de to i motsetning til hverandre. Et vanlig problem er at nemnda har restanseproblemer og

¹³⁶⁵ SOM-2020-5288.

¹³⁶⁶ SOMB-2002-26.

ønsker å tildele sekretariatet eller lederen oppgaver. Historisk sett har man imidlertid vært klar på at formålet med den kollegiale organiseringen bør få avgjørende betydning i slike avveininger.¹³⁶⁷ Kollegialiteten er selve poenget med ordningen, og kan ikke endres på ulovfestet grunnlag. Dersom organet er for lite, bør man søke endringer i lovverk eller reglement hos overordnet organ. Overå fanger poenget godt når han skriver at intern delegering fra nemnd til enkeltperson «... fullstendig kaster vrak på den beslutningsprosedyre som forutsettes som den normale ...».¹³⁶⁸ Med andre ord: Man har lagt oppgaven til nemnda fordi nemnda antas å ha de beste forutsetninger for å løse den aktuelle oppgaven. Hvis nemnda ikke klarer oppgavene er det ingen reell løsning å droppe kollegialiteten og la lederen eller sekretariatet ta over stadig større deler av nemndas oppgaver. I så fall må lovgrunnlag på plass eller nemndas institusjonelle betingelser forbedres.

5.7.4.6 Hvilke muligheter for styring har det delegerende organ?

Ved en vurdering av om delegering bør kunne skje, må man ta høyde for hvor store styringsproblemer som eksisterer, noe som er et allment akseptert og et vesentlig moment.¹³⁶⁹ Betydningen vil blant annet bero på hvor mye informasjon som finnes og er tilgjengelig om det organet man vurderer å delegere til. Styringsproblemene vil av denne grunn ofte være større ved delegering til private aktører, på toppen av de utfordringene jeg kommer tilbake til blant annet i kapittel 7, som handler om problemene med styring av private.¹³⁷⁰

Det vil også gjelde et minstekrav om at det delegerende organ skal kunne instruere, innhente vesentlig informasjon om og evaluere delegatens virksomhet, se nærmere i kapittel 7 punkt 7.6. Det vil aldri kunne delegeres dersom det delegerende organ selv ikke har faglige,

¹³⁶⁷ Som utgangspunkt antas dette også av Skåre-utvalget, se NOU 1974:43 s. 31.

¹³⁶⁸ Overå 1976 s. 130.

¹³⁶⁹ Se f.eks. Graver 2019 s. 198 som skriver at den klare hovedregel er at delegering bare kan «... skje til organer som er underordnet faglig eller administrativt.», eller Smith 2022 s. 185, som er tilbakeholden til delegering til private eller uavhengige organer på bakgrunn av at Regjeringen og departementene mangler «... den alminnelige organisasjonsmyndighet».

¹³⁷⁰ Ekstern delegering skaper det man i økonomisk teori omtaler som «adverse selection» eller ugunstig utvalg, fordi man ikke har kunnskap om egenskapen til dem man velger å inngå kontrakter med. I NOU 2020:13 kapittel 24 redegjøres det for utvalgets forslag for å øke transparensen i de private velferdsaktørenes økonomi, og i Kunnskapsdepartementet: *Du er henta! - Finansiering av private barnehager*, 2021 foreslås det at alle barnehager må organiseres som enkelte rettssubjekter.

juridiske eller økonomiske forutsetninger for å ivareta sitt ansvar til å styre og kontrollere delegaten. Begrunnelsen er særlig behovet for demokratisk legitimitet.¹³⁷¹

Minstekravet skaper noen ganger en mulig selvmotsigelse i begrunnelsen for å delegere. En sentral *begrensning* på kompetansen til å delegere, er at det delegerende organ selv må ha kompetanse og kapasitet til å føre kontroll, foreta selvstendige vurderinger, som jeg utdyper i kapittel 7.¹³⁷² Det ligger jo ofte i situasjonens at et organ har bygget *ned* intern kompetanse eller kapasitet og derfor er nødt til å leie inn utenifra.¹³⁷³ I kommune-Norge er det for eksempel vanlig å bruke selvstendig-næringsdrivende helsepersonell. Denne mer fleksible løsningen forutsetter samtidig at den næringsdrivende er unntatt fra kommunens styringsrett, som strider med kravene til kontroll.¹³⁷⁴ Noen ganger går man så langt at man antar at private aktører antas å være mer effektive enn offentlige *fordi* det «... letter styringen ...» og de ikke er «... underlagt de folkevalgtes styring og kontroll.»¹³⁷⁵ Det vil klart ikke være legitime begrunnelser for å delegere.

Et ytterligere problem er at kontroll, spesielt kontroll med private aktører som deltar i markeder, forutsetter omfattende markedskunnskap og kompetanse innen kontraktsforvaltning, med mer. I praksis vil derfor delegering til slike aktører i noen grad forutsette oppbygning av denne typen kompetanse. Hvis organet ikke allerede har kompetansen skaper man muligheten for en formålsforskyvning, der organet gjør seg selv til et annet organ enn det opprinnelig var ment å være, jf. også ovenfor i 5.7.4.5. En slik situasjon er betenkelig hvis det underliggende problemet egentlig kunne vært løst ved å bygge opp egen kompetanse og kapasitet på noe lengre sikt.

¹³⁷¹ Se f.eks. JDLOV-1999-6661 der man uttrykker at «Dersom kommunekassererens myndighet ved innkreving av ubetalt avfallsgebyr skulle kunne overføres til et eget rettssubjekt, ville det offentlige kunne få svekket eller bli fratatt sin mulighet for styring og kontroll.»

¹³⁷² NOU 2019:5 s. 221: «Hvis dette gjøres, må det sikres at forvaltningsorganet har tilstrekkelige forutsetninger for å kunne treffe og faktisk treffer en selvstendig avgjørelse i saken.», og tilsvarende i Prop. 133 L (2020-2021) s. 488: «Departementet viser også til kommunens plikt til å ha internkontroll, jf. lovforslaget § 15-2 fjerde ledd. Plikten innebærer at kommunen må ha rutiner for systematisk oppfølging av den private tjenesteyteren. Barnevernstjenesten må til enhver tid ha oppdatert og tilgjengelig dokumentasjon som viser hvordan det sikres at oppgavene er i samsvar med lov eller krav i medhold av lov.»

¹³⁷³ Dette er et høyaktuelt og praktisk problem, se for eksempel Prop. 133 L (2020-2021) s. 485: «Departementet er kjent med at det i praksis har oppstått utfordringer når det gjelder skillet mellom lovlig bistand og ulovlig delegering. Dette omfatter tilfeller hvor kommuner i praksis har overlatt oppgaver som innebærer utøvelse av offentlig myndighet til private tjenesteytere, uten at kommunen har hatt den nødvendige styring og kontroll med den private.»

¹³⁷⁴ Se kapittel 7 punkt 7.3.1 og 7.6.

¹³⁷⁵ NOU 1990:13 s. 217 og NOU 2020:13 s. 71. Begge kildene fremhever naturligvis *også* styringsproblemer.

Styringen bør samtidig ikke fungere styrende for hvordan man organiserer den aktuelle oppgaven. Det tydeligste eksempelet på at det skjer er likevel delegering til organer som forutsetter kontraktbasert styring. I så fall må det være mulig å skape en kontrakt som inneholder tilstrekkelig presise forutsetninger om hvordan oppgaven skal utøves, se bl.a. kapittel 7 punkt 7.5.3.6.

En relatert risiko er at man forsøker å unngå å skape en presis kontrakt (som kan være kostbart eller konfliktskapende), og heller velger kontrollformer som skal skape gode insentiver eller lignende. Også en slik effektivisering kan være problematisk, hvis man reelt sett ender opp med å forandre den oppgaven eller organiseringen som velges mer ut fra hvordan man kan styre virksomheten, enn hva som vil tjene løsningen av den aktuelle oppgaven, jf. også den kritiske vurderingen ovenfor i punkt 5.2.4.

Et annet problem med styring som må tas høyde for, er at styringskjedene ikke bør bli for lange eller komplekse. Det delegerende organ As ansvar kommer i en særstilling tilfeller av videredelegering, fordi det ene organet (A) må kontrollere det andre organets (B) kontroll (og så videre i en mulig uendelig kjede) med en tredje delegat (C). Allerede i dag finnes det svært lange kjeder av denne typen, for eksempel lovhjemler som åpner for at staten ved DSB (A) kan delegerer til eiere av el-nett (B) å føre tilsyn, og at disse eierne av el-nettet (B) kan delegerer denne myndigheten *videre* til «... andre offentlige eller private sakkyndige.» (C).¹³⁷⁶ I et slikt tilfelle må da DSB (A) føre kontroll med at en privat netteier kontrollerer de offentlige eller private sakkyndige på en tilstrekkelig god måte.¹³⁷⁷ Det er et selvstendig argument mot delegering hvis man forlenger en allerede svært lang kjede, ettersom kjeden skaper stor kompleksitet for systemet som helhet. Et annet og mer typisk eksempel er delegering fra direktoratsnivået (B) til fylkesmannen (C), som påvirker styringsmulighetene

¹³⁷⁶ Se eltilsynsloven § 9.

¹³⁷⁷ Dette er også ordningen etter forskriften, se Forskrift om det lokale elektrisitetstilsyn og sakkyndige som utfører oppgaver for netteier § 14 som fastsetter at «Dersom netteier benytter sakkyndige til å utføre kontrolltjenester, skal netteier ha et system og en kapasitet som sikrer at netteier får de tjenester som er bestilt fra sakkyndige som oppfyller kravene i forskriften.». Forarbeidene fremhever også at «Avveiningen av hvilke oppgaver som skal utføres av [Det Lokale Elektrisitetstilsyn] selv, og hvilke som netteier kan velge å sette ut til eksterne aktører, vil måtte bero på en totalvurdering av ulike momenter. Sentralt ved denne vurderingen vil være hvorvidt det foreligger vektige hensyn som tilsier at oppgaven forbeholdes DLE, for eksempel hensynet til enhetlig praksis, kompetanseoppbygging, kontrollhensyn med mer. Samtidig må det vektlegges at de løsninger som velges, ivaretar hensynet til fleksibilitet og god ressursutnyttelse på en forsvarlig måte» jf. Ot.prp. nr. 51 (2006-2007) *Om lov om endringer i lov 24. mai 1929 nr. 4 om tilsyn med elektriske anlegg og elektrisk utstyr* s. 8.

for departementet (A), se nærmere i kapittel 7 punkt 7.5.2.3. Slike ulemper ved delegering kan være avgjørende.

5.7.4.7 Andre momenter, kompleksitet, omfang, inngrep

Kravene vil opplagt kunne tilpasses størrelsen og kompleksiteten på det ansvaret det er snakk om å delegere. En lite kompleks type delegering er det man kan kalle oppdragsdelegering, dvs. delegering til å avgjøre en konkret eller noen få konkrete saker. Delegering av myndighet innenfor en enkelt anskaffelsesprosess til et advokatfirma er et praktisk eksempel på slik oppdragsdelegering, både i enkelttilfeller ved felles anskaffelser, og til anskaffessentraler.¹³⁷⁸ Miljødirektoratet praktiserer også ofte slik oppdragsdelegering i vid utstrekning etter forurensingsloven.¹³⁷⁹ Her delegeres det til Statsforvalteren, ofte fordi vedkommende har hatt befatning med en sak.¹³⁸⁰ Betydningen i enkelttilfeller er så liten at det taler for delegeringsadgang, men hvis det utvikler seg til en fast praksis bør det foretas en bredere vurdering.

Også hvilket ansvar det er snakk om å delegere bør spille en viktig rolle. Høyesterett nevner overraskende nok ikke at det var snakk om delegering til å vedta forskrifter med straffetrussel i Rt. 1986 s. 46 og 1993 s. 808. Det er imidlertid klart et moment man kan vektlegge.¹³⁸¹ I NOU 2011:10 foreslo man at UDI kunne delegere kompetanse til å vurdere innkvarteringsbehov for utledninger til private aktører. Man forbeholdt imidlertid for forvaltningen å treffe vedtak om *innskrenkninger* i innkvarteringstilbudet, ettersom slike beslutninger ville medføre et inngrep i borgerens rett.¹³⁸²

5.7.5 Oppsummering

Når man vurderer hvilke organer som kan delegere til hvilke organer må man gå inn i en vurdering av hvilke organer som er *organisert med formål om å løse den typen oppgaver det er aktuelt å tildele organet*. Den ideelle delegeringen skjer derfor til et organ som anser

¹³⁷⁸ Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) §4-3 om samordnede innkjøp.

¹³⁷⁹ Det er mange slike saker, og jeg har ikke bedt om innsyn i flere enn noen få. Et annet eksempel er imidlertid Miljødirektoratet: *Delegering av myndighet for behandling av farlig avfall hos Kystavfall AS, ref 2022/832, 2022*

¹³⁸⁰ Se Miljøverndepartementet: *Rundskriv - Statsforvalterens myndighet etter forurensingsloven, oreigningslova og produktkontrollloven, oppdatert 2020, 2012 s. 2—3* for en oversikt over adgangen med videre henvisning.

¹³⁸¹ Se f.eks. Smith 2022 s. 188.

¹³⁸² NOU 2011:10 *I velferdsstatens venterom: Mottakstilbudet for asylsøkere* s. 292.

det som sitt oppdrag å løse akkurat den typen oppgaver — slik at *egenverdien* av organets autonome organisering, blir ivaretatt.

Det finnes imidlertid sjelden klare svar, både på hva selve delegeringens formål er, eller hva organisasjonens formål er. Spørsmålet må derfor være et *selvstendig tolkningsspørsmål*, hvor man tar utgangspunkt i ulike sider ved organisasjonen og vurderer om disse er innrettet for å håndtere den aktuelle oppgaven. I noen grad vil man måtte gjøre vurderinger av hva som er egnede former for organisering, gitt den aktuelle oppgaven. Delegaten må i det minste ha faglig kompetanse, økonomiske ressurser og juridiske posisjoner som gjør dem i stand til å håndtere det aktuelle ansvaret.

Samtidig må saken vurderes opp mot de eventuelle nedsidene av å delegere. Her er demokratiske og styringsmessige nedsider relevante, samt ulike målkonflikter.

På samme måte som formålsvurderinger er sentrale i andre deler av forvaltningsretten — og man med gode grunner krever at vilkårlighet unngås — kan man imidlertid stille krav til at organiseringen av forvaltningen ikke foretas vilkårlig.

5.8 Selve beslutningen om å delegere

5.8.1 Saksbehandlingskrav til delegering

Spørsmålet ovenfor har vært når forvaltningen har kompetanse til å delegere. I dette avsnittet tar jeg opp visse spørsmål knyttet til *hvordan* delegeringer skal skje. Som drøftet innledningsvis mener jeg delegeringer i for liten grad har vært begrunnet i en oppfatning om at delegeringen vil skape bedre resultater. Saksbehandlingskrav til delegeringer vil derfor være en måte å gjøre vurderinger av formålet enklere. Spørsmålet her blir derfor om det gjelder saksbehandlingsregler før en delegering vedtas.

Jeg drøfter først *lov- og instruksfestede* krav til slike beslutninger. Delegering er en materiell kompetanseutøvelse, men fordi beslutningen ikke direkte vedrører «... rettigheter eller plikter til private personer ...» jf. fvl. § 2, vil det ikke regnes som forskrift eller enkeltvedtak.¹³⁸³ De generelle saksbehandlingsreglene i fvl. kapittel 3 gjelder, men disse

¹³⁸³ Strengt tatt gjelder jo delegering rettigheter til private personer i form av forvaltningens egne ansatte, sml. også Smith 1978, s. 678. Man kan eventuelt konstruere dette som at det ikke er den private personen, men selve

har ikke direkte betydning for vedtak om å delegere. Delegeringer vil også kunne anses som interne prosesser, eller prosesser mellom organer, og avslås med hjemmel i offl. §§ 14 og 15, i en del tilfeller.

Betenkelig nok er det faktisk slik at Regjeringen v/ Kongen i statsråd både begrunner og publiserer sine delegeringer offentlig, selv om disse representerer et fåtall av delegeringene som vedtas. Kommuneleken gir også gode regler, som jeg kommer tilbake til. Samtidig skaper dagens situasjon en dynamikk der det er færre begrunnelser og mindre oversikt over delegeringer jo lavere i forvaltningen man går, som gjør det enda vanskeligere å vite hvilke organer man skal vurdere om har blitt delegert myndighet.

I utgangspunktet gjelder heller ingen særlige krav til delegeringsbeslutninger. Staten har ikke noe generelt eller sektorielt organisasjonskart,¹³⁸⁴ og det gjelder ikke engang et krav om publisering av delegeringsvedtak.¹³⁸⁵ Det betyr at ingen egentlig har en samlet oversikt over hvem som har ansvar for hva, og med hvilke midler de kan ivareta ansvaret, i norsk forvaltning. For forvaltningen selv oppstår det i alle fall enkelttilfeller der man simpelthen har 'glemt' å delegere, og mer generelt skaper det liten bevissthet om de formelle organisatoriske rammene for ens egen virksomhet.¹³⁸⁶

Derimot kan *utredningsinstruksen* innebære visse krav. Alle statlige «tiltak» skal utredes etter utredningsinstruksen. Spørsmålet blir da om delegeringer er et «... statlig tiltak ...» jf. instruksens punkt 1-2. Veilederen angir at statlige tiltak sikter til «alle statlige tiltak som har virkninger utover egen virksomhet». Vilkåret er direkte oppfylt, fordi en delegering vil påvirke delegatens virksomhet. I et institusjonelt perspektiv er også delegeringer relativt viktige avgjørelser, som underbygger at kravet er oppfylt. Samtidig er muligheten for å gjøre unntak fra instruksen så vid at den reelt sett ikke krever så mye av forvaltningen.¹³⁸⁷

stillingen, som delegeres til. Mer substansielt er vel poenget at den ansatte ikke har noe behov for vern etter forvaltningsloven, men blir regulert av statsansatteloven.

¹³⁸⁴ Det eksisterer enkelte unntak, som Finansdepartementet og Samferdselsdepartementet.

¹³⁸⁵ Dette er spesielt relevant for delegeringer fra lavere nivå i forvaltningen. Disse publiseres noen ganger på lovdata, andre ikke. Dette har gjort arbeidet med å undersøke slik praksis vanskelig.

¹³⁸⁶ Se bl.a. Delt ikraftsetting av lov om endringer i straffegjennomføringsloven mv. (gjennomføringstiden for straffegjennomføring med elektronisk kontroll mv.) og delegering av kongens myndighet Kongelig resolusjon. Statsråd Monica Mæland punkt 3 om «erstatning av delegeringsvedtak som følge av tidligere tekniske endringer.»

¹³⁸⁷ Se generelt om instruksen og forberedelse av forskrifter i Bernt, 2016.

Muligheten for unntak taler dermed for at delegeringer i utgangspunktet også omfattes av utredningsinstruksen.

Utredningsinstruksen kan videre tolkes i lys av den spesifikke veilederen *Organisering av statlig virksomhet* fra 2012. Veilederen uttrykker at det gjelder et «krav til helhetlig og konkret vurdering» ved organisering.¹³⁸⁸ Veilederen lister opp flere «... vurderingsmomenter som må gjennomgås og utredes for å sikre en best mulig måloppnåing i forbindelse med organisering og omstilling.»¹³⁸⁹ Instruksens anvendelse er upresist angitt, og det er uansett ikke så nøye om den gjelder som instruks eller ikke.¹³⁹⁰ Årsaken er at også etter utredningsinstruksen, så vil utredningen måtte være «... så omfattende og grundig som nødvendig ...», jf. punkt 2.2. Det gjelder altså, på grunnlag av instruks, et krav om å begrunne delegeringer internt i forvaltningen. Instruksens krav kan imidlertid fravikes i stor grad, og statusen overfor borgerne vil være uklar.

Spørsmålet derfor videre om det kan oppstilles *ulovfestede* krav til å begrunne delegeringer.

Det vil særlig følge av kravene til god forvaltningsskikk og forsvarlig saksbehandling at forvaltningsorganet må gjøre en vurdering av om delegering er nødvendig, og eventuelt hvorfor.¹³⁹¹ Frihagen antar, og jeg er enig, at det vil gjelde et krav om å «... sørge for at saksbehandlingen er forsvarlig også ut over det som angis ved uttrykkelige saksbehandlingsregler ...».¹³⁹² Det vil også lett slå tilbake på forvaltningen selv dersom den mister oversikt over hvem som har hvilken myndighet.¹³⁹³ Det gir som blant annet fremheves av Eriksen også organet større legitimitet at dets formål er klagtjort for det selv og offentligheten.¹³⁹⁴

¹³⁸⁸ Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet: *Organisering av statlig virksomhet*, 2012 s. 10.

¹³⁸⁹ Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 2012 s. 11.

¹³⁹⁰ Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 2012 s. 2: «Veilederen er orientert mot spørsmål om organisering som forutsetter utredning og beslutning i departement, regjering og Stortinget. Vi ser derfor primært på organisering i betydningen større reorganisering, herunder også endret regional inndeling og endret oppgavefordeling mellom forvaltningsnivåene sammenslåing, oppdeling eller avvikling av eksisterende virksomheter etablering av nye virksomheter, bl.a. ved utskilling av oppgaveområder fra departementene.»

¹³⁹¹ Se alminnelig om forsvarlighetskravet bl.a. Eckhoff 1963 s. 264 og Tøssebro 2021 s. 196.

¹³⁹² Frihagen: *Forvaltningsrett, 2: saksbehandling*, Forlaget A. Frihagen, 1992 s. 15.

¹³⁹³ En illustrasjon gir SOM-2020-672 hvor ombudet konkluderte med brudd på god forvaltningsskikk som følge av det jeg best kan oppsummere som en rotete ansettelse..

¹³⁹⁴ Eriksen 2020 s. 369-

Man kan vurdere om det her er behov for reform i forbindelse med vedtakelse av ny forvaltningslov. Backer-utvalget drøfter om delegeringer burde forberedes og fastsettes som forskrift. Selv om man anerkjente at «... delegering i en del tilfeller kan ha interesse utover forvaltningen selv ...» så ville det «... føre for langt å kreve at delegeringsvedtak skal forberedes og fastsettes som forskrift.»¹³⁹⁵ Hvem som har ansvar for ulike deler av forvaltningens virksomhet er imidlertid ofte noe som har stor interesse ut over forvaltningen selv. I den grad anbudsreglene krever det, vil det også gjelde et visst krav om offentlighet og publisitet, men mange offentlige ansvarsområder faller utenfor anbudsretten.¹³⁹⁶

Et særlig spørsmål er om det bør kreves at staten holder *oversikt* over delegeringer, i form av et slags organisasjonskart. Spørsmålet må ses i lys av reglene for kommuner. Kommunestyret må utarbeide et samlet delegeringsreglement som skal gjelde for hele perioden kommunestyret sitter, jf. kommunel. § 5-14. Videre må kommunens organisering dokumenteres som et ledd i internkontrollen jf. kommunel. § 25-1, og det enkelte folkevalgte organ må ha et eget grunnlagsdokument jf. § 5-13. Det kreves ikke noen begrunnelse direkte, men vil forutsetningsvis være en del av innstillingen og diskusjonen i saken. I tillegg skal alle folkevalgte organer ha et eget reglement som fastsetter deres virkeområde og vedtaksmyndighet, samt andre sentrale bestemmelser jf. § 5-13. Dermed avgrenses deres kompetanse vis á vis hverandre. Det retoriske spørsmålet er: Hvis kommunene klarer det, hvorfor skal ikke staten klare det samme?

Reglene stammer fra at Stortinget tilføyde § 39 (2) i kommuneloven av 1992 i 2012.¹³⁹⁷ Bakgrunnen var at Stoltenberg-II regjeringen så det som et problem dersom «... det skjer ei utvikling der lokalpolitikaren fjernar seg frå inngbyggjarane ...».¹³⁹⁸ Større bevissthet om hvor mye myndighet og hvilke saker som var delegert skulle forbedre bruken av kommunenes delegeringskompetanse. Kommunen skulle gis «... en plikt til å vurdere rolla si overfor administrasjonen og kva oppgåver kommunestyret skal ha.»¹³⁹⁹ Om en slik bevisstgjøring faktisk skjedde er usikkert, men fremstår som en rimelig antakelse.¹⁴⁰⁰

¹³⁹⁵ NOU 2019:5 s. 217.

¹³⁹⁶ Se omtalen i kapittel 4 punkt 4.3.4.

¹³⁹⁷ Prop. 49 L (2011-2012) *Endringar i kommunelova m.m. (samkommune mv.)* kapittel 10.

¹³⁹⁸ St.meld nr. 33 (2007-2008) s. 101.

¹³⁹⁹ St.meld nr. 33 (2007-2008) s. 101.

¹⁴⁰⁰ Funn som underbygger behovet i Winsvold: «Short and long-term delegation: What are the effects on politicians sense of control?», *Public Management Review*, 2021, s. 1—17.

Departementet viste også til at mange hadde et slikt delegeringsreglement fra før.¹⁴⁰¹ I ettertid har også KS bidratt til å opprette en svært nyttig database hvor kommunenes delegeringsreglementer lastes opp.¹⁴⁰² Det gir offentligheten svært nyttig informasjon. At denne tjenesten er bak betalingsmur er imidlertid problematisk i et demokratisk perspektiv.

Et krav om å holde oversikt over hvem som utøver myndighet kan altså antas å skjerpe de folkevalgte, og det bidrar til større åpenhet og transparens om fordelingen av oppgaver. Som jeg viser i kapittel 7 omtaler også Stortinget delegering som et «demokratisk problem», og man ønsker seg «... økt bevissthet både i departementene og i de ytre etater ...», fordi det mangler rutiner og oversikt over hvem som utøver forskriftsmyndighet.¹⁴⁰³ Hvis man i lov vedtok at delegeringer måtte føres inn i et samlet organisasjonskart og at delegeringer ble begrunnet, ville man kommet langt for å skape økt bevissthet. Kravet ville ivaretatt det sentrale demokratiske hensynet til *autorisering* langt bedre, og videre gjøre utglidningen av stadig flere oppgaver til byråkratiet synligere, og dermed også lettere å adressere politisk.

Backer-utvalgets avgjørende argument mot er at en slik ordning ville vært for byrdefull for staten. Jeg tror man overdriver byrden. Rent teknisk kunne man som i kommunene gjort en engangsinvestering i en statlig organisasjonsdatabase, og oppdatert denne med nåværende delegeringer. Deretter ville kontinuerlig oppdatering ikke vært mer komplisert enn at man sampliserer delegeringer hos Lovdata (som vanligvis skjer) og i denne databasen.

Overordnet mener jeg dermed at man med henvisning til utredningsinstruksen kan argumentere for en viss plikt til å grunnlegge delegeringer, som suppleres ved det alminnelige forsvarlighetskravet, men at denne plikten er av usikkert omfang. Denne plikten bør presiseres og lovfestes, og suppleres med en særlig plikt til å føre et oppdatert organisasjonskart.¹⁴⁰⁴

¹⁴⁰¹ Prop. 49 L (2011-2012) pkt. 10.5.

¹⁴⁰² Se delegering.kf.no.

¹⁴⁰³ Se kapittel 7 punkt 7.3.3.

¹⁴⁰⁴ Samme standpunkt inntas av Frihagen 1991 s. 242, som også, motvillig, uttrykker at «[d]irekte kommer riktignok neppe disse regler [om forskrifter etter fvl.] til anvendelse på delegasjonsbeslutninger», men at dette «... ville ... være ønskelig ...».

5.8.2 Formkrav til delegeringer

Til slutt nevner jeg spørsmålet om *formkrav* til delegeringer. Som et utgangspunkt gjelder ingen formkrav, og delegeringer kan vedtas både skriftlig og muntlig.¹⁴⁰⁵ At de *bør* skrives ned, og at det er i samsvar med praksis å skrive dem ned, er like klart.¹⁴⁰⁶ Dersom man ikke skriver delegeringen ned, blir spørsmålet om bevis for delegeringen satt på spissen. Bevissspørsmål har vært aktuelt i overraskende mange saker for Høyesterett.¹⁴⁰⁷ Her er det grunn til å stille strenge beviskrav. Det offentlige selv har all foranledning og oppfordring til å dokumentere sine delegeringer.

Smith skriver at det for intern delegering må være tilstrekkelig at den som har truffet vedtaket underskriver, fordi arbeidsordningen vil «... følge av hvordan arbeidet til enhver tid blir organisert ...».¹⁴⁰⁸ Smith har nok de mer uproblematisk tilfellene i tanken. Det kan imidlertid tenkes unntak, særlig der saken har islett av å være av den viktigere typen.¹⁴⁰⁹ Spørsmålet har stor praktisk betydning ved kompetanse til å binde kommunen privatrettslig, der legitimasjonsvirkninger er aktuelle. Videre er det klart at de offentlig *ansatte selv* ikke bør holdes ansvarlig for eventuelle uklarheter, og at en uklar fullmakt er lederens ansvar.¹⁴¹⁰

Ved *uklarhet* i selve delegeringen vil spørsmålet bero på tolkning. Uklarhet i hvilken myndighet som er delegert vil kunne komme borgeren til gode. I en sak fra Sivilombudet om Kriminalomsorgsdirektoratet, var uklarheten klart relevant. Direktoratet påsto at «... rundskrivene *forutsetter* slik delegasjon ...», men det fantes ingen uttrykkelig delegering i rundskrivet.¹⁴¹¹ Sivilombudet stilte derfor spørsmål ved om kompetansen var delegert. Også i Rt. 1950 s. 1064 var det anført at myndigheten var delegert til rette person, men Høyesterett avviser argumentet fordi det ikke kunne bevises at så var skjedd, og føyde til at det uansett var av «... særlig betydning at det iallfall bringes klart på det rene til hvem myndigheten er delegert, og at bestemmelser som utferdiges, er utstedt av kompetent

¹⁴⁰⁵ Et eksempel på muntlig delegering som først senere ble skriftliggjort fikk man under covid-19-pandemien, se Delegering etter Nasjonal helseberedskapsplan - koronavirus.

¹⁴⁰⁶ Se NOU 2019:5, forslag til § 25, og bl.a. Smith 2022 s. 178.

¹⁴⁰⁷ Se f.eks. Rt. 1999 s. 1273 (*Bevis for delegering*) hvor delegering ble ansett bevist på bakgrunn av vitneforklaringer.

¹⁴⁰⁸ Smith 2022 s. 178.

¹⁴⁰⁹ Se ovenfor 5.4.6.

¹⁴¹⁰ Se LA-2018-88714 (*Tinn kommune*).

¹⁴¹¹ Se SOMB-2002-39 pkt. 3.

myndighet» når loven åpnet for vidtgående delegering av myndighet.¹⁴¹² Et siste eksempel er Rt. 1997 s. 608 der Høyesterett uttrykker, obiter dictum, at delegering av kompetansen til å foreta anmeldelser på kommunens vegne var «... ubetryggende ...» fordi «... kommunestyrets vedtak ikke bygger på noen bevisst oppfatning om innholdet i den kompetanse som delegeres.»¹⁴¹³

Formkrav gjelder imidlertid ved delegeringer fra stat til kommuner. Formkravene kan delvis begrunnes i det kommunale selvstyret, men også i at delegeringer til kommuner vil innebære en større endring i organisasjonsstrukturen som normalt bør utredes og sendes på høring. Det følger også av kommuneloven § 2-1.¹⁴¹⁴

Disse begrunnelsene gjør seg imidlertid også gjeldende ved delegering ut av stat eller kommune *generelt sett*, og ikke bare ved delegering fra stat til kommune. I et institusjonelt perspektiv på organisering vil nemlig de fleste eksterne delegeringer innebære større organisatoriske endringer og fortjene den oppmerksomhet en utredning og høring kan gi. Det er imidlertid neppe aktuelt å si at det gjelder tilsvarende *formkrav*. Jeg drøfter derfor disse aspektene som del av *saksbehandlingskravene* til delegering.

5.9 Oppsummering

En sentral konklusjon i dette kapittelet er at delegering behøver et rettslig grunnlag, og at de enkelte rettslige grunnlagene ofte kan utledes fra organers institusjonelle plassering innenfor den bredere forvaltningens organisering. Overordnede organer i denne strukturen har større delegeringsadgang, noe som kan begrunnes dels i Grunnloven eller lovgivningen, og dels i at disse organene har en stilling som gjør dem *egnet til å vurdere* om en bestemt delegering vil skape forsvarlig organisering, eller ikke. Disse generelle utgangspunktene må både beskjæres (og i visse tilfeller suppleres) av det som har vært kalt den ulovfestede delegeringslæren, men som jeg her har drøftet som et krav om at delegering må gjøre at oppgaven løses bedre enn den ville gjort om delegeringen ikke ble gjennomført.

¹⁴¹² Rt. 1950 s. 1064 (*Klarhet av en delegering*) på s. 1067.

¹⁴¹³ Rt. 1997 s. 608 (*Uklar delegering*) på s. 609.

¹⁴¹⁴ Se Kommunal- og distriktsdepartementet 2023 s. 11.

En annen viktig konklusjon er imidlertid at delegeringsreglene i relativt stor utstrekning tillater at de politiske nivåene i både stat og kommune tildeler det meste av ansvaret for virksomhet til faglige nivåer. Dermed oppstår grunnlaget for en svekkelse av hensynet til demokratisk legitimitet, og man har i rettsvitenskapen inntatt en litt for ukritisk holdning til denne legitimiteten, som også har skapt grobunn for de samme problemene som ble skissert foran i kapittel 2, og som i utgangspunktet skapte problemer for de rettsvitenskapelige begrepene (jf. bl.a. 2.2. og 2.4.). Høyesterett har også gått svært langt i å liberalisere delegeringsadgangen uten å stille spesielt presise krav til at delegeringen må fremme et bestemt formål, eller, som fremgår av de neste kapitlene, krav til å sikre delegatens demokratiske forankring.

Muligheten forvaltningen på denne bakgrunnen får til å øke avstanden mellom de faglige og de politiske nivåene, uten å behøve å holde oversikt og å behøve å begrunne delegeringene, vurderer jeg som et demokratisk problem, selv tatt i betraktning de omfattende krav som følger av det strukturelle nivåets forrang (jf. 2.2.7). Dels vil spørsmålet i de neste to kapitlene være om problemet kan kompenseres for på andre måter.

6 Virkningene av delegering innenfor ulike ansvarsformer

6.1 Innledning og problemstilling

6.1.1 Metodisk innledning

Dette kapittelet bruker jeg det innledende kapittelet på å foreta en begrepsanalyse av ansvarsbegrepet, og drøfter nærmere begrepet om differensiert ansvar (jf. 2.4.5). Målet er å presisere og bringe tydeligere klarhet i hva litteraturen mener med formuleringer som at det delegerende organ bevarer ansvar. Maktbegrepet spiller en viktig rolle her, se 2.2. Deretter formuleres to sentrale problemstillinger som besvares med henvisning til ulike eksempler nedenfor i punkt 6.2 til 6.7. Delegeringsbegrepets hierarkiske element danner imidlertid et element også i argumentasjonen, se bl.a. nedenfor i 6.1.5. I tillegg operasjonaliserer kapittelet diskusjonen av *maktbegrepet* som ble påbegynt i kapittel 2, til de konkrete analysene, jf. 6.1.5 og særlig 6.3.1.

6.1.2 Delegering og ansvarsbegrepet: Tidligere litteratur og et normativt utgangspunkt

En vanlig oppfatning er at delegering ikke kan innebære det (jeg har kalt å) *overlate* ansvar. Delegering kan bare *overføre* ansvaret, slik at B gjør noe på vegne av A, men slik at A fortsatt bærer ansvaret hvis B trår feil. Den første problemstillingen jeg vil drøfte er imidlertid hva som *ligger i denne oppfatningen*. Er det en begrensning på delegeringsadgangen, eller en retningslinje for delegering, og har det noen virkninger at man eventuelt overlater ansvar?

Forholdet mellom ansvarsbegrepet og delegeringsbegrepet blir adressert i litteraturen på ulike måter. En vanlig forutsetning er at dersom et organ delegerer, så vil det likevel «... ha et visst ansvar for hvordan oppgavene løses.»¹⁴¹⁵ Forutsetningen kommer også til uttrykk i vendinger som at det delegerende organet «... beholder også ansvaret for hvordan det tildelte organet anvender den tildelegerte myndigheten».¹⁴¹⁶ Smith skriver for eksempel at «... den som tildeler kompetanse gjennom delegasjon, verken gir fra seg sin egen kompetanse ... eller *ansvaret* for utøvelsen av den delegerte kompetansen».¹⁴¹⁷ I dansk rett peker Abkenar på at «... ulovbestemt delegation ikke vedrører delegation af ansvar, men

¹⁴¹⁵ Eckhoff 1992 s. 204.

¹⁴¹⁶ Sitat fra Hoel 2011 s. 147. Lignende i Jan Fridthjof Bernt 2010 s. 79—80, Opsahl 1963 s. 8.11.

¹⁴¹⁷ Smith 2022 s. 177.

derimod delegation af opgaveudførslen.»¹⁴¹⁸ I litteraturen omtaler man det også tidvis som et krav at «styring følger ansvar», som jeg kommer tilbake til.¹⁴¹⁹ Smith skriver for eksempel at utgangspunktet om det parlamentariske ansvaret for statsrådets forvaltningssektor

«... gir imidlertid ikke mening hvis statsråden ikke har rettslig adgang til å påvirke den virksomhet han eller hun bærer ansvaret for. Derav følger at ansvaret rekker så langt som statsrådets myndighet til å instruere. Ansvaret tar slutt ved styringsrettens grense.»¹⁴²⁰

Det blir altså forutsatt en sammenheng mellom delegeringsbegrepet og begrepet om ansvar. Graver skriver at en «... omfattende delegering [kan] tåkelegge ansvarsforholdene i forvaltningen ...»¹⁴²¹. Også Smith skriver at et delt ansvar gir en prosent til hver, og at «[a]nsvarsforholdene utviskes» kan bli resultatet ved delegering.¹⁴²²

Det er ikke uten videre klart hva som ligger i de nevnte formuleringene, og de utdypes i begrenset grad i de siterte tekstene. Alle bygger på *begrepet ansvar*. Meningen ser også ut til å være noe i retning av at ansvaret *ikke kan delegeres*, eller kanskje man mener at det ikke *bør kunne* delegeres, men at en slik overlating av ansvaret faktisk er mulig, som i de siste sitatene fra Graver og Smith. En utfordring er imidlertid at «ansvar» ikke er et entydig begrep. Å klargjøre hva som er den underliggende problemstillingen er derfor viktig.

Særlig uklart er *hvilken ansvarsform* man har i tankene. Med «ansvarsformer» mener jeg å si at det finnes ulike grupperinger av plikt- og sanksjonsnormer som henger sammen i grupper som kalles «erstatningsansvar» eller «straffansvar». Hvilke av disse forvaltningsrettslitteraturen sikter til er ofte uklart. Er det parlamentarisk, konstitusjonelt, sivilprosessuelt, erstatningsrettslig, strafferettslig eller andre ansvarsformer? Eller er tenker man mer begrenset på det som kortfattet behandles som overordnede organers tilsynsansvar for underordnede, som jeg drøfter mer generelt som en *hierarkisk ansvarsform* i kapittel 7?

¹⁴¹⁸ Abkenar 2017 s. 257, generelt s. 255 flg.

¹⁴¹⁹ Sml. kapittel 7 punkt 7.1.3.

¹⁴²⁰ Smith 1999 s. 50.

¹⁴²¹ Graver 2019 s. 197.

¹⁴²² Se bl.a. Smith: «Litt om Stortingets kontroll med forvaltningen», *Jussens Venner*, 1973, s. 137—63 s. 147.

Først kan det imidlertid være grunn til å spørre *hvorfor* ansvar er viktig. Svaret kan naturligvis variere avhengig av hvilken ansvarsform man diskuterer, som jeg kommer tilbake til. Det er imidlertid som diskutert i kapittel 2 punkt 2.4.5 både faglige og demokratiske grunner til å ha ansvarsformer av ulikt slag. Som jeg diskuterte foran i kapittel 5 finnes det en generell forvaltningspolitisk oppfatning om at omfattende delegering kombinert med hensiktsmessige ansvarsformer gir det beste av begge verdener. Litteraturen og forvaltningens insistering på betydningen av ansvarliggjøringsmekanismer (og dermed styring og kontroll med underordnet forvaltning) reflekterer en erkjennelse av de *demokratiske* utfordringene som omfattende delegering skaper.

Samtidig reflekterer de en underliggende forutsetning om at delegering handler om å skape *hierarkiske* relasjoner. Som diskutert i det foregående kapitlet har man i noen grad akseptert omfattende delegering *under forutsetning* av at forvaltningsorganene kan styres og kontrolleres av de demokratiske organene. Dermed får man i alle fall tilsynelatende pose og sekk — *både* demokratisk legitimitet og faglig behandling, stabilitet, forutsigbarhet, eller andre fordeler ved byråkratiet, ved å kombinere hierarki og relativt selvstendig faglighet. Johan P. Olsen har treffende beskrevet ansvar og ansvarliggjøring («accountability») som

«... a buzzword and an ‘obsession’. It has been hailed as a democratic panacea, securing learning, improvement and progress, and a threat to trust relations, effectiveness and efficiency.»¹⁴²³

Ansvar og ansvarliggjøring er dermed en måte å løse de normative betenkelighetene ved å tildele stadig større ansvar til forvaltningen, som ble omtalt i forrige kapittel. Samtidig skaper ansvar nye problemer, som Olsen antyder. Som jeg har pekt på i en tidligere artikkel er det også et helt sentralt poeng at *alternativene* til ansvarliggjøring har blitt mindre attraktive eller aktuelle.¹⁴²⁴ Korporativ organisering av forvaltningen der interessegrupper og Stortinget velger representanter til styrer for ulike forvaltningsorganer er simpelthen ikke politisk aktuelt lenger (jf. kapittel 2 punkt 2.3.4). I en slik kontekst blir *faglige og tekniske*

¹⁴²³ Olsen 2017 s. 4.

¹⁴²⁴ Se Røsvoll 2020 s. 259.

ansvarsformer, kombinert med *hierarkisk styring* viktigere alternativer, slik Sand også beskrev med begrepet om nettverksstaten.¹⁴²⁵

6.1.3 Ansvarsbegrepet: Differensierte ansvarsformer

Ansvar i sin mest generelle form ble i teorikapittelet forklart som å beskrive en relasjon hvor noen har en forpliktelse til å forklare seg, eller rettferdiggjøre sin opptreden, overfor andre.¹⁴²⁶ Begrepet er vidt, og spenner fra uformell kritikk til strafferettslige sanksjoner. Ansvar er derfor et mer generelt begrep som (også) inkluderer det *juridiske* begrepet om ansvar. *Rettslig* ansvar kan man snakke om der forpliktelsen har et *rettslig* grunnlag. Den rettslige regelen spesifiserer (vanligvis) hvordan man kan *bli ansvarliggjort*, hvilket beror på hvilke rettsvirkninger som (kan) utløses.¹⁴²⁷ Den 'ansvarlige' i en debitor-kreditor-relasjon har for eksempel et *ansvar* for å betale, og kan bli *ansvarliggjort* ved tvangsinndrivelse av namsmannen.

Ansvar og ansvarliggjøring er altså ikke det samme, men henger sammen. I et forsøk på å trenge dypere ned i ansvarsbegrepet, deler jeg diskusjonen inn i spørsmål om *hva*, *hvordan*, og potensielt tre forskjellige spørsmål om *hvem*.

Diskusjoner om ansvar fokuserer vanligvis på *hva* forpliktelsen går ut på, altså hva man har ansvar for. Her er det viktig å poengtere at hva forpliktelsen går ut på kan være mer eller mindre tydelig formulert. Noen typer plikter er enkle: Taushetsplikten, ansvaret for å arkivere dokumenter, ansvaret for skade. I andre tilfeller er derimot ansvaret svært sammensatt. Man snakker for eksempel om statsrådets «ansvarsområde», og sikter med det i praksis til alt alle forvaltningsorgan under statsråden kan gjøre i vid forstand. Ofte kan ansvaret også være *implisitt*: Den som tildeles kompetanse til å foreta tilsyn overfor en bestemt bransje, vil vi normalt kunne presumere at også *har ansvar* for å føre slikt tilsyn, i en viss utstrekning.

¹⁴²⁵ Se allerede 1.1.3.

¹⁴²⁶ Se kapittel 2 punkt 2.4.5.

¹⁴²⁷ I dansk rett har Henning Skovgaard fremstilt dette som et skille mellom primære og sekundære normer, hvor de primære normene angår selve forpliktelsen og de sekundære angår sanksjonsnormene, se Skovgaard: *Offentlige myndigheters erstatningsansvar: En studie i statens og kommunernes almindelige erstatningsansvar for retmæssig/rettsstridig skadeforvoldelse i professionelle forhold*, G.E.C Gads Forlag, 1983 s. 19.

Hvem som er ansvarets *subjekt* er også et sentralt spørsmål. Som poengtert tilbake i kapittel 4, er det mulig å skille mellom pliktens *aktive* og *passive* subjekt. Den plikten er rettet mot, og altså har ansvaret, og som derfor kan holdes ansvarlig ved manglende oppfyllelse, er det *passive* subjektet. Den som innfrir plikten på *vegne av* den ansvarlige, er ansvarets aktive subjekt. I kommunal sektor er det for eksempel vanlig å snakke om kommunens «sørgefor»-ansvar. Med et slikt uttrykk mener man at kommunens har ansvar for å *sørge for* at noen andre tilbyr innbyggerne forsvarlig helsehjelp, eller lignende. Kommunen har det passive ansvaret, tjenesteleverandøren det aktive. Denne delingen utelukker ikke at det aktive subjektet kan ha *selvstendig* ansvar, men da i en *annen* ansvarsrelasjon.

Hvordan man blir ansvarliggjort refererer dels til rettsvirkningssiden, og vil avhenge av hvilke reaksjoner den rettslige forpliktelsen kan gi grunnlag for. Sanksjoner om straff eller erstatning, tap av autorisasjon, avgang fra politisk embete, er eksempler på ulike måter å bli ansvarliggjort på.

Imidlertid er det viktig å poengtere at man kan ansvarliggjøres på andre måter enn ved hjelp av rettsvirkninger. Det viktigste er at man ofte må *svare for*, altså *begrunne* ens (problematisk) opptreden i relasjon til plikten. Sivilombudets rolle begrenser seg for eksempel til å synliggjøre og kreve begrunnelser for forvaltningens pliktbrudd. Det har ingen rettsvirkning, men det er en viktig måte å ansvarliggjøre forvaltningen på. Det samme gjelder Stortingets spørsmål til og kritikk av statsråder, eller profesjonsutøvere som kritiserer hverandres faglige vurderinger. Slike former for ansvarliggjøring har en sentral plass i den moderne forvaltningen, og ofte er *rettsvirkningene* sin funksjon å gi tyngde til de uformelle typene ansvar.

I forvaltningsretten generelt er det de senere år en tendens til å legge økt vekt på betydningen av uformelle måter å ansvarliggjøre på. Det tidligere domstolsorienterte perspektivet blir mindre relevant i lys av at domstolskontrollen fremtrer «... mer marginal som rettssikkerhetsgaranti for borgerne.»¹⁴²⁸ Forvaltningsorganer har *ansvar* for at forvaltningsvedtak er lovlige, uavhengig av muligheten for å sanksjonere dem direkte, og

¹⁴²⁸ Se for eksempel Bernt 2016 s. 338 flg.

det er den *interne* sanksjoneringen og ansvarliggjøringen som spiller den sentrale rollen i håndhevingen av ansvaret.¹⁴²⁹

Hvem man er ansvarlig *overfor*, og hvem som *kan ansvarliggjøre* er de siste spørsmålene, og vil noen ganger være samme person: Den man er erstatningsansvarlig overfor er normalt den samme som kan ta ut søksmål mot en. Det kan imidlertid også være forskjellige aktører. Helseforetakene er ansvarlig for å tilby borgeren forsvarlig helsehjelp, men vanligvis er det helsetilsynet som må ansvarliggjøre.

Ansvarsbegrepet reiser altså ulike spørsmål: *hva* ansvaret går ut på (innholdet i pliktene), *hvordan* den ansvarlige kan ansvarliggjøres (formellt og uformellt), *hvem* som kan bli ansvarliggjort (passivt subjekt), *hvem* som kan innfri ansvaret (aktivt subjekt) og *hvem* som kan ansvarliggjøre dersom ansvaret ikke blir innfridd (hvem som sanksjonerer). *Hva* og *hvordan* kan beskrives som ansvarets materielle dimensjoner, mens de tre ulike *hvem-spørsmålene* er ansvarets personelle dimensjon.

6.1.4 Første problemstilling: Kan man overlate eget ansvar til delegaten? Skillet mellom kravet til gjennomføring og kravet til beslutningen

Med disse begrepsmessige utgangspunktene kan man muligens presisere noen alternativer til forståelsen av hva litteraturen har ment.

Utsagn som at «ansvar ikke kan delegeres» har en kjerne i at delegering ikke bør påvirke hvem som er *passivt* subjekt for ansvaret. Tanken er at man ikke bør kunne unngå *kritikk* eller *sanksjoner* ved å delegere. Skillet mellom *formell* og *reell* overlating av ansvaret går ved om muligheten *avskjæres* eller om den bare *gjøres mindre sannsynlig*.

Utsagn som at organet som delegerer «... beholder ansvaret for utøvingen av myndigheten» gir mening i denne konteksten her: Man kan *tildele* oppgaver og kompetanser til andre (aktivt ansvar), men ikke være fri for sanksjonsrisiko eller uformell kritikk (*passivt*

¹⁴²⁹ Sml. også generelt sett Heath 2020 s. 79.

ansvar).¹⁴³⁰ Innledningsvis (kapittel 1 punkt 1.2.2) omtalte jeg sontringen terminologisk som forskjellen på at man kan *tildede*, men ikke *overlate* ansvar.

Riktignok kan man samtidig anerkjenne en mulighet til å «delegere passivt ansvar», fordi dette bare innebærer å *utvide kretsen av hvem som er ansvarlig*. I privatrettslig forstand betyr dette i praksis bare at A delegerer til B å ha økonomisk solidaransvar.¹⁴³¹ I offentlig sektor er saken mer sammensatt. Delegering vil, som jeg kommer tilbake til, skape *differensiert ansvar*. Kretsen av ansvarlige personer utvides dermed, men hvordan de holdes ansvarlig varierer. En politiker holdes parlamentarisk ansvarlig, mens en lege holdes ansvarlig på profesjonsmessig grunnlag.

Det betenkelige er først og fremst hvis man kan *overlate eget ansvar* til en delegat, ved å delegerer. Den som *delegerer* en oppgave, bør normalt kunne holdes ansvarlig *også for hvordan delegaten løser oppgaven, ikke fullstendig overlate ansvaret*.

Den *første* problemstillingen i dette kapitlet er derfor om det er riktig at man ikke kan overlate eget ansvar på denne måten. Spørsmålet er mer presist om det gjelder et forbud mot å delegerer på en slik måte at det delegerende organ endrer, overlater eller reduserer sitt *passive ansvar*.

Så vidt jeg har kunnet se er ikke spørsmålet nærmere drøftet i litteraturen om delegering. At man ikke kan overlate ansvar har derfor karakter av et *postulat*.¹⁴³² Postulatet fremstår riktignok normativt velbegrunnet. Som presisert tidligere vil nemlig delegaten opptre i det delegerende organets *tjeneste*. Det delegerende organs ansvar og oppgaver løses av en annen. Prinsippet bør være at makt følger ansvar, også hvis denne makten utøves av en delegat på det delegerende organs vegne.¹⁴³³ Et like vesentlig og viktig argument vil være

¹⁴³⁰ NOU 2019:5 s. 208. Se også s. 213: «Det er uheldig hvis det delegerende organet skal være avskåret fra å gi instruksjoner om den delegerte myndigheten, siden det vil beholde et ansvar for hvordan den blir utøvd, og derfor kan ha behov for å gi visse føringer for det.»

¹⁴³¹ For eksempel kan to kommuner avtale å dele den økonomiske forpliktelsen overfor barnevernsbarn som flytter mellom kommunegrensene. Dette er en «delegering» av det passive ansvaret, men det betyr i praksis bare at kommunene skaper et solidaransvar seg imellom, se f.eks. Rt. 1999 s. 593 (*Ansvarsfordeling mellom kommuner*), fordi en delegering jo ikke er en overføring, men en duplikasjon av en personell hjemmel. I Statskonsult 2002 s. 14 skriver Smith (se vedlegget) at «I den offentlige rett er det ikke adgang til å 'gi bort' den myndighet som følger av grunnlov og lov.»

¹⁴³² Et alternativ er å oppfatte at ansvar ikke kan overlates som en påstand om at delegering forutsetter styrings- og kontrollmuligheter overfor delegaten. Dette drøfter jeg i neste kapittel. Sammenblandingen av de to problemene er nok en av årsakene til uklarheten i stoffet. Men det er jo samtidig klart at å kreve styring og kontroll ikke i seg selv er et svar på problemstillingen — da må man også introdusere et selvstendig ansvar for delegerende organer, som jeg drøfter i kapittel 7.

¹⁴³³ Sml. Smith, 1997 s. 13: «... et grunnkrav at ansvar skal følge makt.», se også Christensen: *Ministeransvar*, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 1997, allerede s. 5.

at risikoen for at ulike nivåer i forvaltningen utnytter mulighetene til å delegere saker vekk fra seg selv for å dekke egen rygg, blir vesentlig mindre dersom de uansett bevarer det samme ansvaret for saken. Som omtalt foran i kapittel 5 punkt 5.2.1 er det også langt på vei denne forutsetningen om at det delegerende organ bevarer ansvaret som har begrunnet den relativt liberale adgangen til å delegere.

Spørsmålet blir da: Gjelder det da et delegeringsforbud hvis delegeringen reduserer det delegerende organs ansvar? Praktisering av et slikt delegeringsforbud har jeg ikke kunnet finne noen eksempler på. Tvert om mener jeg å kunne påvise at det finnes mange ulike måter ansvaret til det delegerende organ både *formelt og reelt* påvirkes når det delegerer. Hvordan og hvorfor dette skjer varierer for de ulike formene for ansvar, og jeg skal diskutere alle eksemplene langt mer utførlig nedenfor. Her nevner jeg bare kort noen helt sentrale utgangspunkter.

Erstatningsansvarets utgangspunkt er at den som påfører andre skade, svarer for denne skaden. Det erstatningsrettslige utgangspunktet ved delegering vil derfor være at dersom delegaten påfører noen skade, så er skaden *delegatens* ansvar. Å delegere kompetanse vil derfor i utgangspunktet medføre at ansvaret for utøvelsen av denne kompetansen *overlates* til delegaten.¹⁴³⁴

En annen type ansvar er det *prosessuelle ansvaret for gyldigheten av vedtak*. Hvem som er rett saksøkt, beror nemlig etter tvl. § 1-5 på hvem som treffer vedtaket i «siste instans». Delegering kan forårsake situasjoner der det delegerende organet ikke treffer vedtak i siste instans. I så fall *overlates* ansvaret (og status som rett saksøkt) til delegaten.¹⁴³⁵

Det finnes også eksempler på at delegering skjer på en slik måte at klage på delegatens vedtak ikke behandles av det delegerende organ, fordi det gjelder særskilte klageordninger.¹⁴³⁶ Også i denne forstand er det derfor mulig å overlate ansvar til andre ved å delegere.

¹⁴³⁴ Se nærmere nedenfor i 6.5.3. Dette utgangspunktet har svært sterke modifikasjoner, se forklaringen like nedenfor om behovet for å snu problemstillingen.

¹⁴³⁵ Se bl.a. 6.4.3. Konsekvensene av dette utgangspunktet reduseres også betydelig, blant annet av at staten er ett rettssubjekt.

¹⁴³⁶ Se kapittel 7 punkt Y.

Det *konstitusjonelle* ansvaret for en statsråd beror også på at statsråden bryter sine egne konstitusjonelle plikter. Som et utgangspunkt kan ikke andre bryte statsrådets egne konstitusjonelle plikter.

Det eneste unntaket fra muligheten til å overlate ansvaret jeg har funnet er det *parlamentariske* ansvaret. Omfanget av det parlamentariske ansvaret beror fullt og helt på Stortingets eget skjønn. Delegering påvirker derfor ikke det parlamentariske ansvaret, men det er fordi rettslige normer er irrelevant for ansvarsformen i utgangspunktet.

Et siste, men litt mer komplekst eksempel er det jeg i neste kapittel omtaler som *det hierarkiske ansvaret i forvaltningen*. Ansvarsformen behandles utførlig i kapittel 7, og her er det riktig, med modifikasjoner, at ansvar ikke kan overlates. I forvaltningsrettslitteraturen har man likevel i hovedsak diskutert at det delegerende organ normalt må sikre seg instruksjonsmyndighet, se punkt 7.2.3.1. I tillegg har man drøftet et «rammeansvar», som skal fange departementene og statsrådets rolle vis á vis sine underordnede.¹⁴³⁷ Departementet antas for eksempel å ha et begrenset ansvar for *rammene* til utdanningssektoren.¹⁴³⁸ Både Smith, Graver og Sand har tatt til orde for en slik forståelse av ansvaret for «rammene» i virksomheten.¹⁴³⁹ Begrepet «rammeansvar» forutsetter derfor muligens en aksept for at *deler av* et ansvar bør kunne overlates til lavere nivåer.

Uenigheten om begrepet rammeansvar beror på en underliggende begrepsmessig uenighet, som synliggjør seg på ulike punkter. Forutsetningen om at makt følger ansvar er naturligvis en måte å *ansvarliggjøre* på. Imidlertid er den også en måte å *beskytte seg mot* å bli ansvarliggjort. Den som ikke har makt, har ikke ansvar. Konsekvensen er at begrepet om

¹⁴³⁷ Et annet eksempel gir NOU 1993:33 s. 70, som fremhever (skjønnsomt.), at «Dersom prinsipalen har vist den nødvendige aktpågivenhet med hensyn til forhånds og/eller løpende kontroll, vil vedkommende som utgangspunkt ikke bli rettslig ansvarlig for de feil som måtte begås under utførelsen av oppgavene. Den som har fått tildelt oppgavene hefter m.a.o. for forsvarlig utførelse av disse. Den som overlates oppgavene har dessuten plikt til å si fra dersom man mener at oppgavene forutsetter kyndighet som ligger utenfor de kvalifikasjoner man har. Det er bare i tilfelle prinsipalen kan lastes for mangelfull instruksjon, tilsyn e.l. at vedkommende kan gjøres ansvarlig for den som utfører oppgavene.»

¹⁴³⁸ St.meld. nr. 37 (1990-1991) s. 19 om «systemansvar», og at staten ikke skal «... ta ansvar for, eller stilles til ansvar for, løpende enkeltavgjørelser ...».

¹⁴³⁹ Sand 1996 s. 197 om rammestyring, Smith 1994 s. s. 107—108, om at statsråden har ansvar for «... forsvarlig oppnevning, forsvarlige rettslige og økonomiske rammer og forsvarlig oppfølging av styrets virksomhet er honorert. ... Hvis dette «ramme»-ansvar ... er tilfredsstillende fulgt opp, er det grunn til å anta at statsråden vil kunne bli hørt med at den administrative ordning på vedkommende område nettopp tar sikte på å gi styret en viss handlefrihet i dets daglige virksomhet». Mer i retning av å anta rettslige begrensninger, se Graver: «Krav til kvalitetssikring og internkontroll - konsekvenser for Regjeringens og Stortingets ansvar», *Lov og rett*, 2000, s. 195—208 s. 207.

makt blir helt avgjørende (jf. foran i 2.2). Særlig kommer spørsmålet om staten og aktørene i toppen av hierarkiet skal anses å ha makt over de relativt selvstendige enhetene lenger nede i forvaltningen på spissen, også når de ikke utøver denne makten intensjonalt, jf. kapittel 2 punkt 2.2.8 og 2.2.9. Mitt overordnede perspektiv er at delegering skaper økt grunnlag for *strukturell makt* som er like vesentlig som den intensjonale makten.

Videre knytter disse forfatterne (jf. både punkt 6.3.1 og punkt 7.1.3) begrepet rammeansvar til *statsrådets politiske ansvar*. Som jeg kommer tilbake til mener jeg det er en forskjell på statsrådets politiske ansvar og det hierarkiske. Det er derfor fordelene med å knytte tanken om rammeansvaret til det *hierarkiske* ansvaret i forvaltningen, jf. punkt 7.2.3.

Uavhengig av disse spørsmålene mener jeg imidlertid å kunne vise at litteraturens postulat om at ansvar ikke kan overlates til andre bør nyanseres. Litteraturens utsagn om at ansvar ikke kan delegeres eller overlates kan bedre forstås som resultater av en underliggende forskjell mellom kravene til beslutningen om å delegere, og kravene til *selve gjennomføringen* av delegeringen. Poenget om at ansvar ikke skal kunne overlates handler om å forsøke å sikre at det ikke «lønner seg» å delegere for et overordnet organ, som er et klart relevant og godt argument. Det må man imidlertid gjøre ved å kreve at selve delegeringen *gjennomføres* på en måte hvor relevante rettslige hensyn, rettsikkerhetsgarantier, demokratiske prosesser (osv.) ivaretas på samme måte som forut for delegeringen. Alternativt kan man formulere det som at alle de aktørene eller institusjonene som kan holde organet ansvarlig, burde kunne holde det 'like mye' ansvarlig som før delegeringen, fordi delegaten opptre i det delegerende organs tjeneste.¹⁴⁴⁰ Men skal det skje må man stille krav til hvordan delegaten gjennomfører selve delegeringen, ikke bare selve beslutningen.

Skillet mellom gjennomføring og betingelser henger naturligvis sammen, slik vurderinger av om man kan delegere i utgangspunktet bør ta høyde for hvordan delegaten kan styres, kontrolleres, og så videre. Og som jeg kommer tilbake til kan det også stilles visse minstekrav til styringsmulighetene (jf. 7.6). Imidlertid er det nødvendig å *supplere* kravene

¹⁴⁴⁰ Langvatn 2022 s. 5—6.

til beslutningen, ved krav som følger til selve gjennomføringen, slik at delegeringer som *formelt* bare handler om å tildele ansvar til andre, *reelt* også innebærer å overlate ansvaret.

Mitt utgangspunkt er derfor at gjeldende rett åpner for å overlate ansvar til andre. Muligheten til en slik forflytning og utglidning av ansvarsformenes konturer, blir muliggjort av den omfattende delegeringen i moderne samfunn, og skaper viktige normative og tekniske vanskeligheter fordi hvert forvaltningsorgan har differensierte og sammensatte funksjoner som blir forsøkt ivare tatt innenfor ulike ansvarsformer (jf. foran i kapittel 2 punkt 2.2.9, og senere i 7.2.3.2).¹⁴⁴¹ Konsekvensene av denne konklusjonen må imidlertid ikke overdrives, men heller ses i sammenheng med kapittelets *andre* problemstilling. Det er nemlig ofte *gode grunner* til at ansvar bør kunne overlates.

6.1.5 Annen problemstilling: Hvordan kompenserer de ulike ansvarsformene for at ansvar kan overlates?

Den andre problemstillingen forsøker å undersøke den kjernen av sannhet jeg mener finnes i litteraturens postulat, men fra en annen vinkel. Denne problemstillingen forskutterer drøftelsen nedenfor, og forutsetter at det ikke gjelder noe direkte forbud mot å overlate ansvar til andre. Jeg antar istedenfor at delegering i relativt stor utstrekning kan påvirke ansvaret til det delegerende organ. Utgangspunktet kan fremstå som en radikal omveltning. Poenget er imidlertid bare å fremheve at kravene forflyttes fra et spørsmål om betingelsene for, til et spørsmål om gjennomføringen av delegering. Dermed blir det lettere å ta hensyn til de særegne hensyn som hver enkelt ansvarsform forsøker å ivareta (jf. foran i 2.4.5).

Den andre problemstillingen forsøker å få arbeide frem en slik nyanse. Problemstillingen er hvordan de ulike ansvarsformene i norsk rett *komponerer for at ansvar formelt kan overlates til andre*. Med andre ord: Hvis delegering i utgangspunktet fjerner muligheten til å bli sanksjonert, så kan *andre regler* gjøre at sanksjon likevel blir en mulighet på annet grunnlag.

Det mest kjente eksempelet er arbeidsgiveransvaret: Det offentlige, som arbeidsgiver, volder ikke selv skade. Arbeidstakeren overlates *i utgangspunktet* ansvaret. Men arbeidsgiveransvaret kompenserer ved den særlige regelen om arbeidsgivers ansvar for

¹⁴⁴¹ Se også Eriksen 2020 s. 4 flg.

skadevoldende handlinger utført under arbeid, jf. 6.5.3. Det formelle utgangspunktet om at en arbeideren *selv* er den som gjør skaden, blir nyansert i lys av at betingelsene for arbeiderens arbeid settes av arbeidsgiveren. Arbeidsgiveransvaret forsøker derfor å pålegge arbeidsgiveren et *ansvar for å sikre forsvarlig gjennomføring av arbeidet*. Fordi man aksepterer delegeringen av ansvaret i utgangspunktet, så stiller man dermed (implisitte) krav til gjennomføringen. Da kan man samtidig skape en god balanse mellom arbeidstakerens *selvstendige* ansvar for f.eks. pyromani, og arbeidsgiverens ansvar for å ha tilstrekkelige sikringstiltak ved gjennomføringen av arbeidet til at brannfare unngås.

I resten av kapittelet vil jeg vise at det finnes flere lignende kompenserende mekanismer, som gjør at ansvar *kan* overlates, men at overlatingen blir kompensert.

Fremstillingsmessig kan det spørres om jeg ikke først burde ha drøftet ferdig og dokumentert konklusjonene under den første problemstillingen før jeg går videre til den andre problemstillingen. En slik fremgangsmåte har imidlertid vært vanskelig fordi det samme materialet er relevant i begge sammenhenger. Jeg har derfor måtte velge et oppsett som kan oppfattes som noe uvanlig. Imidlertid er det heller ingen som har argumentert for at delegering for eksempel er betinget av at det delegerende organ har erstatningsansvar, at offentlighetslovens regler skal ivaretas, eller at det konstitusjonelle ansvaret ikke kan avskjæres ved delegering.¹⁴⁴² Man har *forsøkt å kompensere*.

Problemstillingen må ses i sammenheng med et annet premiss, nemlig at forvaltningsorganer ikke har 'et' ansvar, men det jeg kaller et *differensiert ansvar*. Det differensierte ansvaret i forvaltningen reflekterer differensieringen av forvaltningen: Man har ikke (lenger) bare embetsverk i opp- og nedadstigende hierarkiske linjer, men også *vertikale* linjer mellom ulike fagprofesjoner og fagmiljøer, med relativ selvstendighet *vis á vis* hverandre.

Forvaltningen er underlagt *ulike ansvarsformer*. De har ansvar for skade de påfører andre (erstatningsrett), for forbrytelser de begår som organ (foretaksstraffansvar), ansvar for gyldigheten av sine egne vedtak (prosessuelt ansvar). I tillegg består forvaltningsorganer av personer med særskilte typer ansvar, som statsråder (parlamentarisk og konstitusjonelt

¹⁴⁴² Se like nedenfor i 6.2, 6.5, 6.7

ansvar), alle offentlige tjenestepersoner (straffansvar for tjenestefeil m.m.) og særlige yrkesutøveres særskilte ansvarsordninger (som autorisasjonsordningen for leger). Ansvar til et forvaltningsorgan er derfor *sammensatt og differensiert*.

Det er videre klart at disse ansvarsformene eksisterer parallelt med hverandre. Den samme (problematiske) hendelsen kan skape ansvar for organet eller personer langs alle disse linjene. Samtidig er det ingen automatikk, som at et ugyldig vedtak ikke automatisk leder til erstatningsansvar, og vice versa.¹⁴⁴³ At en politiker må gå, gjør ikke at departementsråden må gå.

Ansvar er altså *differensiert* og parallelt (uavhengig), og noe av forklaringen er at ansvarsformenes *formål* skiller seg fra hverandre.¹⁴⁴⁴ Disse forskjellene gjør at å overlate ansvar kan være mer eller mindre problematisk, avhengig av hva som er formålet med ansvaret. Videre kan mekanismene de ulike ansvarsformene bruker for å sikre at overlattelse av ansvar ikke er mulig for en delegat, særskilt tilpasses slik at formålene ved den aktuelle ansvarsformen ivaretas. Å snu problemstillingen på hodet slik jeg har gjort, er derfor hensiktsmessig, fordi det øker mulighetene for å nyansere det delegerende organs ansvar for delegaten.

Differensieringen av ansvaret er en konsekvens av *maktens differensiering* den moderne forvaltningen. Sand har særlig pekt på skillet mellom *faglig* og *politisk* makt, og de vanskelighetene som oppstår som følge av at disse sammenblandes.¹⁴⁴⁵ Imidlertid mener jeg som diskutert foran at det differensierte ansvaret også er nyttig for å fange at det eksisterer både intensjonale og strukturelle former for makt, se foran i 2.2.

¹⁴⁴³ Sml. Skovgaard 1983 s. 20: «På det prinsipielle plan må der advares mod den forvaltningsretlige doktrins tendenser til sammenkobling af ugyldighed og ansvar.» I den norske diskusjonen var spørsmålet mindre teoretisk formulert, og ble et spørsmål om det gjaldt objektivt ansvar for ugyldige forvaltningsvedtak, se Hagstrøm: *Offentligrettslig erstatningsansvar: Studier i spesiell og alminnelig erstatningsrett*, TANO, 1987 s. 43 flg. for en omtale av diskusjonen slik den sto, og drøftelsen nedenfor i punkt 6.5.

¹⁴⁴⁴ Langvatn 2022 s. 7 diskuterer særskilt ansvarliggjøring av eksperter, men det grunnleggende poenget om at «[p]olitical and societal actors tend moreover to disagree on what the main normative problem is ...» gjelder generelt. Erstatningsretten ser for eksempel restitusjon og tapsfordeling som sine sentrale formål, men man kunne også mene at erstatningsretten bør sikre offentlighet og anledning til demokratisk evaluering av skader forvaltningen påfører andre.

¹⁴⁴⁵ Sand 1996 s. 538 flg.

Imidlertid har også Sand tilsynelatende et begrep om makt som noe enkeltaktører er nødt til å utøve, og at ansvar forutsetter skyld. Hun avviser for eksempel mulighetene for et «foretaksansvar» innenfor forvaltningen, og forutsetter at en effektiv styring med de lavere nivåene i forvaltningen forutsetter «... løpende ordinære kommunikasjons- og rapporteringsformer mellom de over- og underordnede nivåene ...».¹⁴⁴⁶ Spørsmålet er imidlertid: Hvorfor må statsråden eller andre være orientert og få informasjon? Kommunikasjon er ingen betingelse for styring — styring kan skje ved *objektive* midler, midler som er uavhengig de subjektive forestillingene til aktørene. Jeg vil derfor særlig fremheve at makten i den moderne forvaltningen utøves strukturelt — nettopp ved å skape organisatoriske og institusjonelle betingelser som ikke behøver kontinuerlig diktering, men som er innenfor en akseptabel ramme.¹⁴⁴⁷

På et teoretisk nivå er det differensierte ansvaret en direkte konsekvens av delegering: Etableringen av (relativt) selvstendige enheter som arbeider innenfor visse rammer, som leger, lærere eller andre byråkrater, skaper behov for nye ansvarsformer som kan fange disse aktørenes handlinger. På denne måten innebærer egentlig delegering samlet sett en *utvidelse* av ansvarsformene som finnes i forvaltningen — flere blir ansvarlig for det samme, men på forskjellige måter. Som mange andre allerede har påpekt risikerer man samtidig å skape en situasjon der alle og ingen er ansvarlig.

En annen side av denne problematikken, som likevel hører hjemme i dette kapittelet, er det jeg omtaler som *derogatoriske virkninger av delegering*. Et eksempel på en slik derogasjon vil være dersom offentlighetsloven av ulike grunner ikke skulle komme til anvendelse for et bestemt organ. En delegering til et slikt organ vil i så fall *reelt sett* redusere offentlighetens innsynsrett, fordi virksomhet som før var bundet av loven, ikke lenger er bundet. Derogasjonen er dermed *relativ*: Den skjer vis á vis en tredjemann.

Jeg mener slike derogative virkninger egentlig også kan forstås som et eksempel på at ansvar overlates: Det delegerende organ frir seg fra sitt eget ansvar for å følge loven, ved å få en delegat som ikke er bundet av loven til å opptre i sin egen tjeneste. Alternativt kan man se det som en delegering av *mer myndighet enn man selv har*, fordi den *samme*

¹⁴⁴⁶ Sitat fra Sand 1996 s. 507, s. 517 om foretaksansvar.

¹⁴⁴⁷ Det er nok mest snakk om ulik vektlegging. Se f.eks. også utsagnet på Sand 1996 s. 523.

myndigheten utøvd under *slakkere regulering*, i noen tilfeller kan beskrives som *mer myndighet*.

Det er også den samme samfunnsutviklingen som gir opphav til problemet: Den økende kompleksiteten og differensieringen av hvem som varetar offentlige ansvarsoppgaver skaper økende risiko for at lovgivning ikke er tilpasset en slik differensiering, slik at det oppstår «hull» i reguleringen. De normative problemene er også de samme: Man ønsker å unngå «hull» som følge av organisatoriske valg. Jeg kommer derfor tilbake til disse problemene i punkt 6.7.

6.1.6 Avgrensninger

Det er altså ikke *ett* problem, men *flere* som kan oppstå ved delegering. Ulike ansvarsformer kan bli påvirket av delegering på ulike måter, og ha ulike mekanismer for å håndtere denne påvirkningen.

Samtidig er problemstillingen altfor *vid*, fordi det eksisterer svært mange ansvarsformer, og enda flere konkrete regler som tildeler ansvar. Jeg har derfor gjort det jeg mener er et utvalg av de mest sentrale, som har betydning helt generelt og for alle typer forvaltningsvirksomhet. Hver for seg kan de muligens fremstå som ekskurser eller digresjoner, der jeg bruker en del plass på å fremstille sentrale elementer i de ulike formene for ansvar. Poenget er imidlertid å fremheve noen grunnleggende fellestrekk ved problemene og hvordan man har løst dem, som er nødvendig for å besvare problemstillingene jeg har oppstilt foran.

Først drøfter jeg statsrådets *parlamentariske* og *konstitusjonelle* ansvar. Deretter drøfter jeg forvaltningens ansvar for *gyldigheten av egne vedtak*. Denne ansvarsformen henger imidlertid sammen med den *hierarkiske ansvarsformen*, som utpenses nærmere i kapittel 7 og bygger på blant annet instruksjonsmyndighet og klageordningen.

Deretter drøfter jeg *erstatningsansvaret*, altså forvaltningens ansvar for skader borgerne påføres. Erstatningsansvaret står i en særstilling fordi det i praksis er her de fleste saker som ender hos domstolen vil bli håndtert. Både svikt i saksbehandling, myndighetsmisbruk, manglende levering av tjenester eller andre velferdsstatlige goder kan danne grunnlag for

erstatning. Det fjerde er *foretaksstraff*, som er forvaltningsorganers ansvar for visse straffbare handlinger. I tillegg vil jeg gi noen eksempler på *derogative virkninger* av delegering.

Samtidig eksisterer det ansvarsformer som jeg ikke har anledning til å gå detaljert inn i, som tjenestepersoners ansvar for tjenestefeil jf. straffeloven § 171, eller reglene for ordensstraff etter tjenestepersonsloven. I neste kapittel belyser jeg også flere av de intern-hierarkiske ansvarsformene, som krav om resultater og reduksjon av risiko, med mer.

Ved siden av disse generelle ansvarsformene finnes det også en lang rekke *særlige* ansvarsformer som gjelder på bestemte samfunnsområder. Ansvaret til særlige yrkesgrupper som helsepersonell, håndheves ved hjelp av tildeling og tilbaketrekning av autorisasjon, forvaltet av Helsetilsynet. Andre yrkesgrupper som lærere og sosialarbeidere, er underlagt en særlig skikkethetsvurdering.¹⁴⁴⁸ Disse ansvarsformene vil jeg ikke behandle direkte. Det samme gjelder eventuelle sammenhenger med arbeidsretten for øvrig, som om offentlige virksomheter kan sies å ha et «ansvar» for sine ansatte som de «overdrar» ved virksomhetsoverdragelse.

6.2 Konstitusjonelt ansvar

6.2.1 Om riksrettens rolle

Problemstillingen her er først hvordan statsrådets konstitusjonelle ansvar påvirkes (eventuelt reduseres) av delegering, og deretter hvordan man kompenserer for en slik reduksjon.

For å gi et dekkende svar er det imidlertid nødvendig å redegjøre for riksretten på et bredere grunnlag, som følge av at man vedtok en reform i 2007 med implikasjoner for begge problemstillingene. I nyere litteratur er derimot riksretten etter reformen i 2007 svært lite diskutert, og det hersker derfor stor usikkerhet.¹⁴⁴⁹

¹⁴⁴⁸ Se .

¹⁴⁴⁹ En som derimot diskuterer problemene nærmere er Smith 2021 s. 258 flg. Se generelt også Smith, 1997.

Det konstitusjonelle ansvaret omtales av Castberg som et «... vern for stortingets forfatningsmessige stilling.»¹⁴⁵⁰ I en situasjon der staten trues 'innenfra' ved en Regjering eller Høyesterett som har løsrevet seg fra flertallet på Stortinget, så skal riksretten være middelet Stortinget har til å sette folkeviljen gjennom. Historisk sett har derfor riksrettens viktigste funksjon vært som middel for *politisk kamp*.¹⁴⁵¹ Etter parlamentarismen har deler av denne funksjonen blitt overtatt av det parlamentariske ansvaret, men det konstitusjonelle ansvaret er fortsatt risen bak det parlamentariske ansvaret, og som habilitetssakene i Regjeringen Støre, samt for Erna Solberg, i 2023 viste, blir plutselig Riksretten en relevant institusjon igjen.¹⁴⁵²

I hvilken grad Riksretten er en *politisk* eller *juridisk/strafferettslig* domstol er det en viss uenighet om.¹⁴⁵³ Reformen i 2007, som jeg kommer tilbake til, dyttet klart institusjonen over i et mer juridisk spor. Om den «... langt på vei har mistet sin politiske dimensjon ...» slik noen hevder, antar jeg imidlertid at er et spørsmål man ikke kan si noe sikkert om enda.¹⁴⁵⁴ Spørsmålet beror i stor grad på hvordan Stortinget velger å gjøre bruk av institusjonen, og som jeg viser nedenfor er det et stort rom til å gå begge retninger. Hvilken rolle man mener riksretten har spiller en sentral rolle i tolkningen av reglene.

Det sentrale er i alle fall at Riksretten idømmer straffansvar for brudd på konstitusjonelle plikter. Hva som er konstitusjonelle plikter, kommer jeg tilbake til senere.

For å gjenta, det første spørsmålet er om statsråden kan overlate ansvar ved å delegere. Svaret er egentlig uproblematisk. Man har egentlig lenge vært av den oppfatning at *delegering kan og vil avskjære konstitusjonelt ansvar* riksrett (mer detaljert nedenfor i

¹⁴⁵⁰ Castberg: *Norges statsforfatning 2*, Oslo, O. Christiansens Boktrykkeri, 1935 s. 341.

¹⁴⁵¹ Sml. også Ruus: «§§ 86 og 87.» i Dag Michalsen, Ola Mestad red.: *Grunnloven: Historisk kommentarutgave 1814—2020*, Universitetsforlaget, 2020, s. 803—34, s. 803: «Hovedformålet med domstolen var å håndheve statsrådenes konstitusjonelle ansvar, og slik beskytte den lovgivende makt mot at den utøvende makt skulle bevege seg inn på dennes enemerker.»

¹⁴⁵² Opsahl, 1980 [1969] s. 112 antar at det parlamentariske har overtatt det konstitusjonelle ansvaret. Opsahl har åpenbart rett i at det parlamentariske ansvaret har tatt store deler av det konstitusjonelles plass. Om riksretten på 80- og 90-tallet, se Ruus, 2020 s. 830 flg. I visse fremstillinger betones riksrettens juridiske karakter, i kontrast til dens politiske. Se for eksempel Smith 2021 s. 257, som betoner domstolens juridiske karakter. Dette er naturligvis riktig, i den forstand at noen riksrettssak av før-parlamentarisk karakter neppe vil bli aktuelt i moderne tid. Derimot har jeg vanskelig for å være enig i at riksretten ikke fortsatt er aktuell for å «... tvinge statsråder til å søke avskjed.», eller mer generelt, å gi rettslig form til politiske konflikter, som de danske riksrettssakene også illustrerer.

¹⁴⁵³ Se Fliflet 2017 s. 641, Ruus, 2020 s. 818 beskriver også hvordan spørsmålet har måttet bli håndtert av Riksretten selv.

¹⁴⁵⁴ Ruus, 2020 s. 833, se også note 1452.

6.2.2). Utgangspunktet er derfor det motsatte av hva antakelsen har vært i forvaltningsrettslitteraturen.¹⁴⁵⁵ En forklaring er åpenbart også at man har sammenblandet parlamentarisk og konstitusjonelt ansvar.

Det merkelige er ikke konklusjonen, men at forvaltningsretten har antatt noe annet. Konklusjonen er simpelthen en konsekvens av at konstitusjonelt ansvar er et straffansvar og forutsetter *skyld*. En statsråd som mangler forsett om å begå et konstitusjonelt pliktbrudd vil derfor ikke i utgangspunktet kunne stilles til ansvar ved riksrett. Dermed kan en statsråd som ønsker å unngå konstitusjonelt ansvar delegere avgjørelser, holde seg selv uvitende om innholdet, og unngå ansvar.

Til argumentet kan man naturligvis si at statsråden *formelt* sett fortsatt *er* ansvarlig, men bare ikke risikerer å gjøre noe straffbart så lenge vedkommende lar være å blande seg. Det er i så fall bare *reelt* ansvaret påvirkes, som nevnt allerede innledningsvis. Jeg oppfatter imidlertid litteraturen eller praksis som å ha ment at den reelle siden er uten betydning, og det bør den heller ikke anses å være. Uansett, som jeg kommer tilbake til, har også reformen i 2007 gjort endringer som gjør at delegering (eller strengt tatt delegeringsadgang) påvirker ansvaret formelt, se 6.2.5.

Konklusjonen er imidlertid i utgangspunktet at konstitusjonelt ansvar begrenses av at statsråden ikke selv utøver en bestemt oppgave eller myndighet. Delegering kan derfor ofte overlate statsrådets ansvar til andre. Historisk sett har man derfor sett det som et sentralt poeng å sikre at statsråden ikke i for stor grad får lov å delegere på måter som begrenser eget ansvar, men heller *bevarer* noe makt.

6.2.2 Utviklingslinjer: Forsøkene på å kompensere for at statsråden delegerer

Problemstillingen blir dermed hvordan man har forsøkt å kompensere for at statsråden kan ende opp uten konstitusjonelt ansvar hvis vedkommende delegerer. Historisk sett har man valgt den enkleste løsningen: Å begrense delegeringsadgangen.

¹⁴⁵⁵ For eksempel NOU 2019:5 s. 510, som kategorisk skriver at «Når regjeringen har delegert myndighet, kan den instruere organet som den har delegert til, og den vil kunne *holdes konstitusjonelt ansvarlig for avgjørelser* som blir truffet i kraft av den delegerte myndigheten.», min utheving.

I etterkrigstiden mente R-komiteen at statsrådets ansvar var den sentrale skranken på delegeringsadgangen.¹⁴⁵⁶ Også i Forvaltningskomiteens innstilling fra 1958 påstås det at delegering avskjærer statsrådets konstitusjonelle ansvar, og man vektlegger denne virkningen som et moment som må tas høyde for.¹⁴⁵⁷

Etter hvert som man delegerte likevel, oppsto det usikkerhet. Like i etterkant av King's bay, uttrykte utenriks- og konstitusjonskomiteen at fantes «... atskillig usikkerhet og tvil ...» rundt hvordan delegering og desentralisering påvirket det konstitusjonelle ansvar.¹⁴⁵⁸ Under de senere debattene uttrykte også flere stortingsrepresentanter at situasjonen måtte aksepteres: Statsråden hverken kunne eller burde kunne holdes konstitusjonelt (eller parlamentarisk!) ansvarlig.¹⁴⁵⁹ Statsråd Trasti støttet også denne oppfatningen, og lente seg på Justisdepartementet, som i forarbeidene til statsbedriftsloven tok til orde for et avgrenset konstitusjonelt ansvar som følge av delegering.¹⁴⁶⁰

Pendelen svingte tilbake med Ingvaldsen-utvalgets innstilling, i 1972 — også denne i forlengelsen av sakskomplekset rundt King's bay.¹⁴⁶¹

Det er grunn på dette punkt til å gjøre noen merknader om akkurat denne innstillingen, herunder behandlingen i Utenriks- og konstitusjonskomiteen. Disse to tekstene er nemlig noen av de mest sentrale kildene i arbeid med delegering og organisering, hvilket også er forklaringen på at de blir så utførlig omtalt av mange andre forfattere på feltet.¹⁴⁶² Dette er velbegrunnet, om enn på tvers av rettskildelæren i streng forstand, da en NOU knapt har «vekt» i et tradisjonelt perspektiv. Det er flere årsaker til at kilden fortjener mer oppmerksomhet. Rent personlig mener jeg den dypest sett er *interessant* for jurister (og andre), fordi den ble skrevet med tilbakeblikk på King's bay og den sosialdemokratiske styringsoptimismens tidsalder. Samtidig har den nødvendigvis et blikk fremover, mot nye forsøk på å *løse* disse styringsproblemene — løsninger som i stor grad bærer preg av de nyliberalismens

¹⁴⁵⁶ Rasjonaliseringskomiteen 1946 s. 24, som antyder at grensen for delegeringsadgangen beror på om det «... ligger innenfor mulighetens grenser at en avgjørelse skal trekke riksrettsansvar etter seg ...». Dette ble også hevdet av justisminister Oscar C. Gundersen i sammenheng med delegering til fylkesmennene i 1947, jf. Flo: *Staten ut til folket: desentralisering som styrings- og forvaltningspolitisk strategi 1945 til 1975*, LOS-senteret, 1999 s. 58 med videre henvisninger.

¹⁴⁵⁷ NUT 1958:3 s. 110 «Gir han underordnet tjenestemann i departementet fullmakt til å avgjøre en sak eller en gruppe saker på sine vegne, så er bemyndigelsen gyldig og statsråden har ikke konstitusjonelt ansvar for den avgjørelse tjenestemannen treffer; en statsråd har bare konstitusjonelt ansvar for sine egne handlinger.»

¹⁴⁵⁸ Innst.S nr. 291 (1964—1965) *Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om administrasjonsordningen og forvaltningen i Industridepartementet (St.meld. nr. 36)* s. 740—741.

¹⁴⁵⁹ Se for eksempel representanten Braadland St.tid 1965 s. 3953.

¹⁴⁶⁰ Ot.prp. nr. 22 (1964-1965) *Om lov om visse statsbedrifter m.m.* s. 75. Trastis uttalelse på St.tid 1965 s. 3975.

¹⁴⁶¹ Imidlertid motsatt, tiltredelseserklæringen St.prp. nr. 121 (1955) s. 1: «Statsråden er konstitusjonelt ansvarlig for alle avgjørelser som departementet treffer og Stortinget kan til enhver tid holde man ansvarlig for det som foregår i forvaltningen».

¹⁴⁶² Se Smith 1973, Andenæs: «Stortingets kontroll med regjering og forvaltning: Stortingets eget syn», *Jussens venner*, 1978, s. 1—18 og senest Graver 2019 s. 180.

perspektiver, som særlig underbygges av de eksplisitte henvisningene til NOU 1972: *Programbudsjettering*. Samtidig var Ingvaldsen-utvalget fylt av tunge personligheter som Einar Gerhardsen, Erik Braadland, Ingvaldsen selv, og det tok hele fem år før Stortingets utenriks- og konstitusjonskomité klarte å hamre ut et kompromiss på bakgrunn av innstillingen. Av den grunn fortjener kilden mer oppmerksomhet enn andre NOU-er, hvilket jeg naturligvis også gir den.

Ingvaldsen-utvalget kom nemlig frem til at statsråden kunne bli ansvarlig for *medvirkning*, selv der det hadde skjedd delegering.¹⁴⁶³ Utvalget mente for eksempel at ansvar kunne ramme «... det forhold at en statsråd medvirker til at en beslutning av Stortinget ikke blir gjennomført eller at en handling blir gjennomført i strid med en stortingsbeslutning.», herunder hvis «... det rettsstridige forhold kan føres tilbake til en uriktig eller på annen måte mangelfull instruks fra statsrådets side.» Man presiserte at ansvaret også omfattet potensielt straffbare unnlater. En statsråd kunne stilles til ansvar for å ikke «... har benyttet seg av den instruksjons- eller kontrollmyndighet han har ... dersom dette kan sies å representere uforstand eller forsømmelighet.»¹⁴⁶⁴ Det er et stort brudd mellom disse oppfatningene, og det som blir lagt til grunn i dag, se like nedenfor.

Medvirkeransvar forutsatte samtidig at statsråden hadde innflytelse på virksomheten. Man forsøkte derfor å løse problemet som delegering skapte — at statsråden ikke kunne bli stilt til ansvar — ved å kreve at alle delegeringer måtte skje på en slik måte at statsrådets styringsmuligheter ble ivaretatt, slik at statsråden i alle fall *prinsipielt sett* kunne bli holdt ansvarlig som (eventuelt unnlattende) medvirker. På den måten kompenserte man for utgangspunktet.

En slik måte å kompensere for tapet av ansvar på, ble fulgt opp i den juridiske litteraturen, som omfavnet kontrollkravet som betingelse for delegering. Smith skrev alt i 1973 at statsrådene er «... ansvarlige også for underordnede organers virksomhet, så langt de rettslig sett *er* underlagt dem.»¹⁴⁶⁵ Denne oppfatningen lever videre frem til i dag. Backer-utvalget skriver for eksempel at Regjeringen ikke kan begrense sin egen

¹⁴⁶³ NOU 1972:38 s. 16 og 72.

¹⁴⁶⁴ NOU 1972:38 s. 16.

¹⁴⁶⁵ Smith 1973 s. 147. Se tilsvarende Smith 1999 s. 50, og i enda mer klartekst går det frem av utredningen Smith gjorde for Statskonsult i 2002, se Statskonsult 2002, vedlegg 1, s. 13: «På denne bakgrunn kan vi legge til grunn at statsrådets ansvar henger nøye sammen med hans eller hennes kompetanse: Ansvar kan bare gjøres gjeldende for forhold som statsråden har kompetanse (rettslig adgang) til å gjøre noe med. Dermed blir spørsmålet når kompetansen kan sies å være begrenset på en slik måte at ansvaret blir tilsvarende begrenset.»

instruksjonsmyndighet, fordi den kan (eller rettere sagt, burde kunne?) «... holdes konstitusjonelt ansvarlig for avgjørelser som blir truffet i kraft av den delegerte myndigheten.»¹⁴⁶⁶ Regjeringen uttrykte selv i 1992 at «[s]tatsråden er konstitusjonelt og parlamentarisk ansvarlig for oppgaveløsninger både i departementet og i de underliggende sentraladministrative etatene.»¹⁴⁶⁷ Man har altså historisk sett begrunnet begrensningen i adgangen til å delegere uten kontrollmuligheter (som jeg omtaler i neste kapittel) med at man ønsker å opprettholde statsrådets potensielle konstitusjonelle ansvar for medvirkning. Man kompenserer derfor for et problem delegering skaper ved å stille andre krav til delegeringen, som sikrer at ansvaret kan delegeres.

6.2.3 Kosmo-utvalgets reform i 2007

Det neste spørsmålet er imidlertid: Hva er situasjonen i dag?¹⁴⁶⁸ Er Ingvaldsen-utvalgets vurderinger (med den tilhørende Stortingsbehandlingen) fortsatt gjeldende? I 2007 ble riksretten reformert, etter en relativt omfattende debatt som strekker seg tilbake til 1990-tallet.¹⁴⁶⁹ Grunnlovens regler er de samme jf. §§ 30, 86 og 87, men disse spesifiserer at spørsmålet må reguleres ved lov. Det er derfor bestemmelsene lest i lys av ansvarlighetsloven med endringene fra 2007 som må danne utgangspunktet for diskusjonen i dag.¹⁴⁷⁰ Spørsmålet blir da: Kan statsråden i dag overlate sitt konstitusjonelle ansvar, og hvis ja, kompenserer dagens regler for at statsråden kan overlate ansvar til andre? I utgangspunktet er svaret på disse spørsmålene de samme, som jeg kommer tilbake til nedenfor i 6.2.5. Ansvarlighetsloven av 2007 er fortsatt en spesiell straffelov, med forsett som normalkrav og adgang til å straffe uaktsomhet. Medvirkning er kriminalisert gjennom straffelovens § 15.¹⁴⁷¹ Handlingene definert i ansvarlighetsloven påtales av Stortinget etter innstilling fra Kontroll- og konstitusjonskomiteen, og Riksretten dømmer.¹⁴⁷²

¹⁴⁶⁶ NOU 2019:5 s. 510. Se også s. 521 om «... hensynet til å bevare et konstitusjonelt ansvar ...».

¹⁴⁶⁷ St.meld nr. 35 (1991-1992) s. 14.

¹⁴⁶⁸ Stortingets kontroll med Regjeringen ble vurdert i Dokument 21 (2020-2021) *Rapport fra utvalget til å utrede Stortingets kontrollfunksjon*, men riksrettsordningen ble holdt utenfor, se s. 6.

¹⁴⁶⁹ Dokument nr. 19 (2003-2004) *Rapport til Stortingets presidentskap fra utvalget til å utrede alternativer til riksrettsordningen* s. 6–7 gir en oversikt over historikken.

¹⁴⁷⁰ Se ansvarlighetsloven og endringsloven i 2007.

¹⁴⁷¹ Prop. 64 L (2014–2015) *Lov om ikraftsetting av straffeloven 2005* s. 147, som nevnes at medvirkningstillegget i ansvarlighetsloven er overflødig.

¹⁴⁷² En oppsummering av prosesskrittene gis av Konstitusjonell avdeling: *Svar til kontrollkomiteen om utredning av habilitet, ref 2023/3001, 2023* s. 3 flg.

Imidlertid forutsetter straff at *riksretten har jurisdiksjon i tilfeller hvor statsråden har delegert*. Om det er tilfelle er det første spørsmålet som må drøftes.

2007-reformens baktanke var å endre at riksretten praktisk talt var et privilegium, som skapte en særlig strafferettslig-politisk prosedyre for de øverste statsmakter, der de politiske vinder kunne avgjøre om et straffbart forhold ble påtalt eller ikke.¹⁴⁷³ Frøiland-utvalget foreslo i 2003 å avskaffe riksretten, noe Smith med flere hadde argumentert for noen år tidligere.¹⁴⁷⁴ Det ville i så fall innebære at alle straffbare handlinger begått av statsråder skulle påtales av den alminnelige påtalemyndighet, og avgjøres av alminnelige domstoler.

Stortinget mente man gikk for langt med forslaget, og fremhevd blant annet at den alminnelige påtalemyndigheten lå under Regjeringen.¹⁴⁷⁵ Med rette var man bekymret for at det ville være urealistisk for påtalemyndigheten å håndtere saker med sterkt politisk tilsnitt.¹⁴⁷⁶ I realiteten ville man i så fall lagt ansvaret for å gripe inn mot en 'utro' Regjering (og avgjøre om den var utro) til den alminnelige påtalemyndighet. Stortinget fryktet det ville skape en situasjon hvor påtalemyndigheten ville måtte gått direkte inn i pågående politiske konflikter i Norge. Det ble derfor nedsatt et nytt utvalg som skulle vurdere flere alternativer, ledet av Jørgen Kosmo, med både justitiarius Carsten Smith og professor Arne Fliflet med i arbeidet.

Utvalget gikk inn for å bevare både Riksretten og Stortingets påtaleansvar. Samtidig gikk utvalget langt i å snevre inn riksrettens jurisdiksjon, som jeg kommer tilbake til nedenfor.¹⁴⁷⁷ Samtidig endret man noen av de materielle straffebedene i ansvarlighetsloven. Man

¹⁴⁷³ Se en oppsummering av diskusjonen i Ruus, 2020 s. 832.

¹⁴⁷⁴ Se Smith, 1997 s. 24 og Frøiland-utvalget Dokument nr. 14 (2002-2003) *Rapport til Stortinget fra utvalget til å utrede Stortingets kontrollfunksjon* s. 101—102 som mente at «... praktisk talt alle de ordinære straffbare forhold en statsråd måtte gjøre seg skyldig i vil være en sak for vanlig påtale og dom.»

¹⁴⁷⁵ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 7, Innst.S nr. 210 (2002-2003) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortinget fra utvalget til å utrede Stortingets kontrollfunksjon. Stortingets kontroll med regjering og forvaltning*, s. 38.

¹⁴⁷⁶ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 39 flg.

¹⁴⁷⁷ Dokument nr. 19 (2003-2004) beskriver i sin oppfølging av mandatet og bakgrunnen for sin egen nedsettelse at «Utvalget er også enig i at ved en revisjon av riksrettsordningen bør det legges vekt på å bygge ned de sider ved dagens riksrettsordning som åpner for en utpreget politisk skjønnsutøvelse, og styrke den rettslige dimensjonen. Forslaget om å avvikle hele riksrettsordningen og oppheve ansvarlighetsloven har imidlertid enkelte konsekvenser som utvalget mener ikke er heldige, og som kan unngås dersom en velger å videreføre særreguleringen.» s. 7.

opphevet spesielt den svært vidtfavnende plikten for statsrådene til å protestere på beslutninger som er «øyensynlig skadelig for riket.»¹⁴⁷⁸

I tillegg gjorde man større prosessuelle endringer, og innførte en særskilt ansvarskommisjon som skulle bistå Stortinget i undersøkelse og forberedelse av saker.¹⁴⁷⁹ Samlet sett gjorde disse endringene Riksrettens betydning mindre, og ordningen fikk et mer juridisk preg.

Avgjørende er imidlertid endringene i tolkningen av ordene «... konstitusjonelle plikter» fordi disse avgjør om Riksretten i det hele tatt har jurisdiksjon.¹⁴⁸⁰ Som jeg skal vise henger spørsmålet om riksrettens jurisdiksjon tett sammen med delegeringsspørsmålet.

6.2.4 Riksrettens jurisdiksjon: «Konstitusjonelle plikter»

Jurisdiksjonsproblemets sentrale dilemma er å trekke en grense mellom de handlinger som en statsråd kan foreta i egenskap av å *være statsråd*, og det som enhver kan. Denne grensedragningen er imidlertid bare viktig som middel til å *sortere* saker som henholdsvis hører hjemme hos *riksretten* og *de alminnelige domstoler*, med andre ord, å sortere mellom *politiske* saker og andre saker. Bare det første er saker man vil påtale i riksretten.¹⁴⁸¹ Hva som hører til selve statsrådsgjerningen er imidlertid uklart, og enda mer uklart er det hvilke sider ved denne som skal anses å høre hjemme i en politisk domstol.

Prinsipielt sett er jurisdiksjonsproblemet det viktige spørsmålet. For det første vil riksrettens jurisdiksjon avgrense den alminnelige påtalemyndighetens jurisdiksjon. Det er også slik at riksretten har forrang foran andres jurisdiksjon for sammensatte forbrytelser.¹⁴⁸² Hvis *noe* i en sak hører inn under riksretten, vil derfor hele saken gå for riksrett.

Samtidig har spørsmålet om jurisdiksjonen direkte materiell betydning, fordi det avgjør om ansvarlighetsloven er anvendelig. Om loven er anvendelig, har *enorm* praktisk betydning, fordi ansvarlighetsloven er ikke harmonisert med hva som er «konstitusjonelle plikter». Lovgivningsteknikken er nemlig helt spesiell. *Ansvarlighetsloven* inneholder de materielle

¹⁴⁷⁸ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 22.

¹⁴⁷⁹ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 42 flg.

¹⁴⁸⁰ Se ansvarlighetsloven § 1 jf. også Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 12. Dette modifiserte den tidligere ordlyden og presiserte denne (se nedenfor), som var «... som saadanne ...».

¹⁴⁸¹ Andre eksempler er ministeransvaret, se Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 10.

¹⁴⁸² Der det er sammensatte forbrytelser, har riksretten fortrinn, se Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 23.

straffebudene, og disse er i praksis altomfattende (selv etter man fjerner forbudet mot å gjøre noe som er «øyensynlig skadelig for riket»). I dagens ansvarlighetslov § 11 har man for eksempel straffebud for statsråder som ved «... handling eller undlatelse bevirker noget som er stridende mot Grunnloven eller rikets lover», og spesielt § 10 som åpner for å straffe «... det medlem av Statsrådet som «...viser uforstand eller forsømmelighet i sin virksomhet.»

Utvalget legger også til grunn at ansvarlighetsloven heller ikke «... uttømmende regulerer hvilke straffbare forhold som kan pådømmes ved riksrett ...», og at Riksretten kan bruke straffehjemler fra hele særlovgivningen.¹⁴⁸³ Riksretten kan også illegge erstatningsansvar.

Samtidig snevres disse straffebudenes praktiske virkning vesentlig inn, ved hjelp av inngangsvilkåret (både materielt og juridiksjonært) om at handlingen må angå et brudd på konstitusjonelle plikter. I praksis skaper man derfor et nåløyve for å komme *inn*, men når man først er gjennom, er det lett å holde en statsråd ansvarlig for *noe*.¹⁴⁸⁴ Den materielle strafferetten i ansvarlighetsloven er dermed et viktig bakteppe, og en viktig årsak — særlig i lys av krav til presisjon ved straffebud — til at man er nødt til å tolke juridiksjonen relativt snevert. Hvor snevert beror på en tolkning av både Grl. § 96 og EMK, som jeg ikke har anledning til å gå inn i her.

Den første utfordringen er da: Hva er en «konstitusjonell plikt»? Det naturlige svaret er enhver plikt av Grunnlovs rang.¹⁴⁸⁵ Kosmo-utvalget nevner brudd på opplysningsplikten, avskjedsplikten, plikten til å fremføre motforestillinger mot ulovlige beslutninger i statsråd, og å ikke innhente Stortingets samtykke i utenrikssaker.¹⁴⁸⁶

Grunnloven inneholder imidlertid langt flere plikter enn disse, som statsråder kan bryte. Statsråden kan forvalte eiendom i strid med «... den av Stortinget og for samfunnet nyttigste måte ...» jf. Grl. § 19 og forvaltning av eiendom er særlig nevnt i ansvarlighetsloven § 10. Vedkommende kan la, eller unnlate å gripe inn mot, underordnet tjenstepersons behandling av en «viktig» sak jf. Grl. § 28. En statsråd som utsteder en ulovlig instruks om å drepe alle

¹⁴⁸³ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 24.

¹⁴⁸⁴ Reelt sett tror jeg tanken har vært at ansvarlighetsloven skal inneholde materielle straffebud som *favner om* alle brudd på konstitusjonelle plikter, men av grunner som fremgår nedenfor har man ikke lykket med dette.

¹⁴⁸⁵ Dokument nr. 14 (2002-2003) s. 13: «Fellesnevneren ... er at de alle gjelder *brudd på Grunnloven*.», uthv. i original.

¹⁴⁸⁶ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 13.

mink i Norge ville kanskje kunne sies å ha virket med til et tiltak som ikke har lovhjemmel, slik GrL § 113 krever. «Konstitusjonell plikt», tatt på ordet, gir altså en relativt vid jurisdiksjon for riksretten.

Samtidig er det ikke åpenbart hvorfor pliktbruddet nødvendigvis burde være av Grunnlovs rang. Det er ikke slik at Grunnloven inneholder de viktigste eller mest politiske pliktene for en statsråd. Reglene om forbud mot spionasje, habilitet, innsidehandel, korrupsjon og påvirkningshandel er alle forbud av lovs rang, men ikke desto mindre viktige. Her er det naturligvis også en utfordring at rollen som departementssjef i liten grad er regulert i Grunnloven. Og prinsipielt: At en plikt følger av Grunnloven forteller ikke nødvendigvis noe om hvor tungt det politiske innslaget er.

Kritikken til side, så er det likevel klart at det gjelder et supplerende vilkår. Før var nemlig jurisdiksjonen angitt å være der det foregår et pliktbrudd som de statsråder begår «... som saadanne».¹⁴⁸⁷ Uttrykket «konstitusjonelle plikter» skal derfor tolkes svært innskrenkende, herunder enda snevrere enn det tidligere vilkåret, eventuelt suppleres med et selvstendig vilkår om at det *alene* må være statsråden «sine» plikter.¹⁴⁸⁸ Riksretten bør dømme de «... straffbare handlinger som alene statsråder ... kan begå ...».¹⁴⁸⁹ Stortinget formulerer det i sin behandling som at «... det bare er straffbare handlinger som alene statsråder ... kan begå og som innebærer et brudd på en konstitusjonell plikt, som kan påtales ved riksrett.»¹⁴⁹⁰ Hvordan avgjør man da hvilke konstitusjonelle plikter som *bare* retter seg til statsråden? Kosmo-utvalget mener man må legge større vekt på *de handlinger* det er snakk om, heller enn den *sammenhengen* lovbruddet begås i. Derfor bruker de det de kaller en «likebehandlingstanke».¹⁴⁹¹

¹⁴⁸⁷ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 8—9. Dette ble tolket restriktivt.

¹⁴⁸⁸ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 12.

¹⁴⁸⁹ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 23 omtaler dette som et «hovedsynspunkt.»

¹⁴⁹⁰ Innst.O nr. 38 (2006-2007) *nstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen angående representantlovforslag fra stortingsrepresentantene Carl I. Hagen, Berit Brørby og Ågot Valle om lov om endringer i lov 5. februar 1932 nr. 1 om straff for handlinger som påtales ved riksrett og lov 5. februar 1932 nr. 2 om rettergangsmåten i riksrettssaker* s. 4.

¹⁴⁹¹ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 13.

Likebehandlingstanken sier at bare hvis andre ikke kan dømmes for det samme ved alminnelig påtale og dom, så skal tilfellet pådømmes av riksretten.¹⁴⁹² En statsråd som råkjører straffes på vanlig måte, fordi råkjøring kan enhver straffes for.¹⁴⁹³ I et slikt tilfelle gir likebehandlingstanken mening, nettopp fordi saken ikke på noen måte henger sammen med statsrådets makt *som statsråd*.

Der likebehandlingstanken volder problemer er imidlertid i de tilfellene hvor statsråden opptrer *som departementssjef*. Disse problemene oppstår fordi statsrådets rolle som departementssjef i liten grad er regulert i Grunnloven, og fordi svært mye av det som hører til statsrådets rolle ofte også eller like gjerne kunne hørt under departementsrådets rolle.¹⁴⁹⁴ Som jeg kommer tilbake nedenfor kan jo statsråden ofte *delegere* deler av sin rolle til andre, og det finnes (som vist) få skranker på denne delegeringsadgangen.¹⁴⁹⁵ I praksis medfører derfor likebehandlingstanken at det må *gjelde et delegeringsforbud* for at statsråden skal kunne stilles konstitusjonelt ansvarlig, se like nedenfor. For hvis statsråden kan delegere, finnes det jo en alminnelig tjenesteperson som kan gjøre den samme straffbare handlingen. Da må tilfellene 'likebehandles'. Man kan for eksempel se for seg en statsråd som lar seg bestikke, utnevner nærstående og begår ulike former for tjenestefeil, jf. strl. §§ 171—173.¹⁴⁹⁶ Hører ikke slik misbruk av statsrådets rolle hjemme i riksretten? Hva med saken der Berge Furre og Finn Gustavsen ble stilt for riksrett for brudd på taushetsplikt?¹⁴⁹⁷ Etter «likebehandlingstanken» skal slike saker plasseres utenfor riksretten, fordi man kunne tenkt seg at alminnelige tjenestepersoner kunne blitt straffet for samme handling.

Utvalget peker riktignok på at en korrumpert statsråd kanskje *også* «... vil ... kunne si at han fører Stortinget bak lyset og således ikke overholder opplysningsplikten.»¹⁴⁹⁸ Man ser

¹⁴⁹² Se bl.a. også Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 12: «Avgjørende for om handlingen hører under Riksretten er etter dette om handlingen er begått som 'et ledd i' myndighetsutøvelse eller andre av de særlige gjøremål som er tillagt de gruppene av konstitusjonelt ansvarlige.»

¹⁴⁹³ Ambisjonen ble også formulert som at «[f]or enkelte av de straffbare forhold som i dag pådømmes ved riksrett, vil prinsippet om likebehandling medføre at strafforfølgning mot disse personene, må *normaliseres*.», jf. Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 10.

¹⁴⁹⁴ Sml. Fliflet 2017 s. 646: «Grunnloven inneholder ingen regler om ansvaret for ... virksomheten [som departementssjef].»

¹⁴⁹⁵ Jf. kapittel 4 punkt 4.4.4 om Grl. § 28 og beslutninger om viktige saker.

¹⁴⁹⁶ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 23 skriver om «... korrupsjonshandlinger og brudd på taushetsplikt ...» som eksempler på noe som vil «... falle utenfor riksretten.», men legger så til at «... Riksretten bør kunne pådømme også brudd på alminnelige straffebestemmelser.» dersom det er snakk om «... 'sammensatte forbrytelser' ...». Det avgjørende blir da om «... slike brudd begås i sammenheng med brudd på konstitusjonelle plikter.»

¹⁴⁹⁷ Se omtalen i Ruus, 2020 s. 829.

¹⁴⁹⁸ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 24.

derfor ut til å satse på at noen typer pliktbrudd *fanges opp* av andre pliktbrudd, gjennom regelen om at sammensatte forbrytelser skal håndteres av riksretten dersom et av elementene er konstitusjonelt. Det fremstår som en halvferdig løsning.

Utvalget virker også å ha innsett at deres avgrensninger er for strenge. De skriver at man kan

«... ikke se bort fra at en korrupsjonshandling eller et annet straffbart forhold som reguleres i straffeloven er av *et slikt omfang eller foretas i en slik sammenheng* at handlingen i seg selv *fremstår som et konstitusjonelt pliktbrudd*. Et eksempel kan være om en statsråd mottar bestikkelse for å fremme et bestemt bevilgningsforslag på statsbudsjettet.»¹⁴⁹⁹

Kosmo-utvalget foreslår derfor først en innstramning av uttrykket konstitusjonelle plikter, men foretar deretter en utvidelse til å inkludere det som *fremstår som* et konstitusjonelt pliktbrudd.¹⁵⁰⁰ I praksis ender man opp med å forlate de snevre vilkårene man har oppstilt, og med det, selve likebehandlingstanken.¹⁵⁰¹ Et eksempel gir omtalen av GrL § 30, som beskriver Statsrådets adgang til å holde saker tilbake fra de alminnelige Stortingsprotokollene. Denne bestemmelsen inneholder ingen plikt for statsråden. Her uttrykker imidlertid utvalget at bestemmelsen «... forutsetter klart en fortrolig behandling av visse typer saker.» som betyr at «[e]t brudd på taushetsplikt knyttet til et slikt forhold vil kunne fremstå som brudd på en konstitusjonell plikt.»¹⁵⁰²

Et annet aspekt som Kosmo-utvalget undervurderer er at mange av de straffbare handlinger en statsråd kan begå forutsetter kompetanser som kan brukes av andre, men at denne formale likheten vanligvis er helt uvesentlig. Både statsråden og departementsråden kan

¹⁴⁹⁹ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 23, min uthv. Uttalelsen skaper ganske mange problemer. Terskelspørsmålet er særlig problematisk. Når er noe en tilstrekkelig grov alminnelig straffbar handling at det «... fremstår som et konstitusjonelt pliktbrudd ...»? En tidvis aktuell problemstilling er for eksempel om en statsråd som bruker sin maktposisjon for å oppnå seksuelle tjenester skal kunne straffes ved riksretten. Vedkommende gjør dette åpenbart i egenskap og på grunn av at vedkommende er statsråd. Eksempelet åpner også for et annet spørsmål: Å legge frem bevilgningsforslag er ikke en konstitusjonell plikt.

¹⁵⁰⁰ Smith: *Konstitusjonelt demokrati*, 4. utgave utg., Fagbokforlaget, 2017 s. 259 kritiserer også utvalget for å ha tatt munnen for full. Fliflet 2017 s. 642 går ikke inn i problematikken.

¹⁵⁰¹ Et annet eksempel på dette er omtalen av Høyesterettsdommeres ansvar. Åpenbart gjør jo disse det samme som tingrettsdommere. Utvalget gir derfor opp å avgrense «I det hele ser *utvalget* det slik at alle anklager mot høyesterettsdommere som gjelder utøvelsen av den dømmende funksjon må omfattes av riksrettsansvaret.», s. 14.

¹⁵⁰² Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 36.

utnevne noen til et styre, eller utferdige en instruks. Imidlertid er det *kun* statsråden som kan gjøre om en instruks skal utferdiges (eller lignende) *som øverste leder*, og på tvers av oppfatningene til sine underordnede.¹⁵⁰³ Kosmo-utvalget ser ut til å glemme selve kjernen i statsråds gjerningen: At statsråden *leder* departementet.¹⁵⁰⁴ En «likebehandlingstanke» blir helt malplassert i denne sammenhengen, også fordi statsrådets ledelse av departementet åpenbart ofte har et langt klarere politisk tilsnitt enn den jevne tjenesteperson.

Et bedre uttrykk for den vurderingen man skal gjøre er at «konstitusjonelle plikter» refererer til plikter av Grunnlovs rang som brytes på en måte og i en sammenheng som samtidig innebærer et grovt brudd på statsrådets tjenesteplikter. Riktignok er det også uklart hvorfor pliktbruddet må være av Grunnlovs rang, men kravet er klart og kan ikke tolkes bort. Formuleringen samsvarer i større grad med svensk og dansk statsrett, og har ikke de uheldige virkningene som likebehandlingstanken gir.

I svensk statsrett reguleres spørsmålet av regeringsformen 13:3, som sier at statsråder kan dømmes dersom statsråden «... genom brottet grovt har åsidosatt sin tjänsteplikt.»¹⁵⁰⁵ I dansk statsrett reguleres spørsmålet av ministeransvarlighetsloven, der man har ansvar for en ministers «embedsførelse».¹⁵⁰⁶

Ethvert grovt brudd på tjenesteplikter vil imidlertid ikke omfattes. Hva som regnes som «grovt» vil antakeligvis måtte fortolkes i lys av statsrådets *politiske* rolle. Et flertall av Riksrettens medlemmer er også *valgt* av Stortinget, som er begrunnet i at disse skal ha kompetanse, erfaring og skjønn til å vurdere de underliggende politiske spørsmål riksrettssaker handler om.¹⁵⁰⁷ Ruus kaller domstolen en «... juridisk domstol med spesialkompetanse om det politiske liv.»¹⁵⁰⁸ Statsråden har to roller: leder for departementet

¹⁵⁰³ Stortinget uttrykker, litt naivt kanskje, at «... handlemåter som eksempelvis grov uforstand i tjenesten må kunne antas å være dekket av andre bestemmelser (tjenestemannsloven).» I så fall måtte Kongen i statsråd vedtatt ordensstraff mot en statsråd, se Innst.S nr. 210 (2002-2003) s. 38. Statsansatte-loven gjelder imidlertid ikke statsråder eller politiske sekretærer.

¹⁵⁰⁴ Det ble slått fast i riksrettssaken mot Wedel-Jarlsberg at riksrettens kompetanse ikke begrenser seg til kongens rådgivere som departementssjefer, se omtalen i Ruus, 2020 s. 808.

¹⁵⁰⁵ Se Nergelius: *Svensk statsrätt*, Studentlitteratur, 2022 s. 431–432 med eksempler som «narkotikahandel på tjänsterummet» som faller utenfor, mens spionasje faller innenfor.

¹⁵⁰⁶ Jens Peter Christensen: *Dansk statsret*, 3. udgave utg., Jurist- og økonomforbundets forlag, 2020 s. 90–91, som trekker frem at ministeren ikke vil bli ansvarlig for å gi sin sjåfør instruks om å kjøre for fort, men derimot ikke hvis vedkommende minister «... giver sin departementschef ordre til at udstede en retsstridig begunstigende forvaltningsakt ...».

¹⁵⁰⁷ Også Smith 2021 s. 257 ser disse som å representere «politisk innsikt». Se også Jens Peter Christensen 2020 s. 88: «... i en række af de tilfælde, hvor en ministers embedsførelse kan komme til at foreligge til pådømmelse, vil kunne være behov for politisk innsigt i de vilkår, hvorunder en minister i praksis virker som øverste administrative chef for sit ministerium ...».

¹⁵⁰⁸ Ruus, 2020 s. 833.

og bindeledd mellom departementet og Stortinget. Begge disse rollene er dypt politiske, ikke bare den siste. Naturligvis er det vanskelig å si presist hva som er politiske saker og hva som er administrative eller tekniske saker, som diskutert i kapittel 2 punkt 2.3.3. Det er imidlertid fordi denne grensen til syvende og sist er en *politisk grense* som må trekkes i *det rettslige systemet*, at den rettslige kompetansen legges til en delvis politisk domstol.¹⁵⁰⁹

En retningslinje om at riksretten dømmer ved «grovt brudd på tjenesteplikter», hvor grovheten også må tolkes i lys av sakens politiske karakter, gir et bedre uttrykk for den vurdering «konstitusjonelle plikter» legger opp til.

Spørsmålets kjerne bør være: Behøver man en politisk domstol for å pådømme den aktuelle saken? Dette er tilfellet der det er vanskelig for påtalemyndigheten og de alminnelige domstolene, å gå inn i saken.¹⁵¹⁰ Som Stortinget skriver vil «... det være heftet med politisk følsomhet ...» hvis tiltale mot statsråder også i politiske saker skulle ligge under påtalemyndigheten, selv om man avskjærer instruksjonsmyndigheten ved lov.¹⁵¹¹ Til slutt er det i politiske saker det er viktig for Stortinget å på lovlig vis kunne sette sin rettsoppfatning gjennom. I siste instans er Riksretten «... midlet til i legale former å sette det folkevalgte statsorgans rettsoppfatning igjennom mot kongens og statsrådets, i tilfelle av en konstitusjonell konflikt mellom statsmaktene.»¹⁵¹²

Man kan derfor bruke likebehandlingstanken som et moment ved vurderingen, men ikke som noen generell retningslinje for tolkningen.¹⁵¹³ I stedet bør man beskrive riksrettens jurisdiksjon som å være begrenset til å påtale brudd på konstitusjonelle plikter som foretas i forbindelse med grovt brudd på statsrådets tjenesteplikter, hvor et avgjørende moment i vurderingen av om handlingen var tilstrekkelig grovt, er sakens politiske karakter.

¹⁵⁰⁹ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 39: «... skjønnset som utøves i forhold til påtale for brudd på konstitusjonelle plikter vil ha en politisk komponent – og bør derfor også ha en demokratisk eller politisk forankring»

¹⁵¹⁰ Sml. også Castberg 1935 s. 313.

¹⁵¹¹ Innst.S nr. 210 (2002-2003) s. 38.

¹⁵¹² Castberg: *Norges statsforfatning 1*, Oslo, O. Christiansens Boktrykkeri, 1935 s. 336–337.

¹⁵¹³ Dette blir også gjort av Konstitusjonell avdeling 2023 s. 12: «Et ytterligere moment som trekker i samme retning er at det dreier seg om handlinger som også andre kan gjøre seg skyldige i.»

6.2.5 Konstitusjonelt ansvar og delegering

Spørsmålet blir da hvordan det konstitusjonelle ansvaret påvirkes av statsrådet og statsrådenes adgang til å delegerer, gitt den reguleringen av riksrettens jurisdiksjon som her er omtalt. Kan statsråden overlate sitt ansvar, og kompenseres overlatingen for?

Følger man likebehandlingstanken strengt er svaret egentlig at statsråden *aldri* kan bli ansvarlig for virksomhet som det *er mulig å delegerer*. Selve muligheten til å delegerer oppgaven *til embetsverket* gjør at saken burde 'likebehandles', og at statsråden regnes som embetsperson, og straffes etter strl. § 171 eller lignende. Hvis man har fokus på *selve handlingen* og at statsråden kan *delegerer muligheten til å foreta handlingen*, så vil alt statsråden kan delegerer, være noe andre kan gjøre. Man kan derfor si det slik: Eksistensen av et *delegeringsforbud* er betingelsen for at *ansvaret kan høre til statsråden eksklusivt*. Bare for noen få områder har statsråden et slikt *eksklusivt* konstitusjonelt ansvar. Ansvar for delegert virksomhet er derfor tilsynelatende *direkte utelukket*. Rettstilstanden er stikk i strid med tidligere forsøk på å kombinere delegeringsadgang med konstitusjonelt ansvar, og gir lite mening i lys av at *medvirkning* også skal være straffbart i dagens ansvarlighetslov.

En annen slutning utvalget trekker fra likebehandlingstanken, er at når statsråden «... som departementssjef treffer en avgjørelse i henhold til delegasjon, vil det være en forvaltningsavgjørelse.»¹⁵¹⁴ Departementsrådsrollens eksklusjon fra riksretten har også en rekke problematiske konsekvenser. For det første betyr det at Regjeringskollegiet kan fri seg selv fra muligheten for ansvar ved Riksrett ved å delegerer avgjørelsen til en av kollegiets statsråder. For det andre er alle *instruksjer* tuftet på delegering, som jeg forklarer i kapittel 7 punkt 7.5.3, jf. Grl. § 3 og § 12. Tatt på ordet vil altså ikke bruk av instruksjonsmyndigheten høre hjemme i den norske riksretten. I den moderne forvaltningen er imidlertid instruksjonsmyndigheten statsrådets sentrale (direkte) styringsredskap.¹⁵¹⁵ Hvis riksretten skal være en primært strafferettslig og konstitusjonell domstol, i motsetning til den mer politiske domstolen den var før, så må den i alle fall være i stand til å håndtere alle *forsettlige forbrytelser* som begås på grunn av en statsråds *misbruk av statsrådspostens (personlige) makt*, se distinksjonen mellom personlig makt og strukturell makt i 2.2..

¹⁵¹⁴ Dokument nr. 19 (2003-2004) s. 13.

¹⁵¹⁵ Om statsrådets øvrige styring se 7.2.2.

Man kan bruke den danske riksrettssaken mot Inger Støjberg som eksempel.¹⁵¹⁶ Hun instruerte den danske Udlændingestyrelsen om å adskille alle asylpar hvor den ene var under 18 år. Flere utredninger konkluderte med at instruksjonen var ulovlig, og hun ble på den bakgrunn felt i riksrett.¹⁵¹⁷ Følger man Kosmo-utvalget skulle en slik sak ikke endt i riksrett.

Konklusjonen er derfor ikke bare at statsråden kan fjerne seg fra sitt eget konstitusjonelle ansvar: Statsrådets konstitusjonelle ansvar avskjæres i utgangspunktet hvis statsråden kan delegere. Man ender heller ikke opp med noen måte å kompensere for overlatingen på. Problemet har simpelthen blitt oversett i reformen. Hva er alternativet?

En viktig del av svaret er at statsrådets ansvar for den virksomheten som foregår på bakgrunn av delegering fra han eller henne, realiseres gjennom det *parlamentariske* ansvaret, som jeg diskuterer like nedenfor. Parlamentarisk ansvar fungerer nettopp fordi det ikke forholder seg til individene, men begrenser seg til rollen, og på mange måter kan det ses som et personlig ansvar for måten rolle innehaveren reproducerer rollens upersonlige makt, se like nedenfor. Derfor blir spørsmål om skyld og muligheten til å ha innflytelse (i utgangspunktet) irrelevante.

En annen del av svaret er å angi Riksrettens jurisdiksjon slik jeg gjorde ovenfor, og fremheve at grove brudd på tjenesteplikter er Riksrettens jurisdiksjon *og ansvar*. Fordi riksrettens jurisdiksjon er eksklusiv, vil vage svar som Kosmo-utvalget sine, i praksis gi statsråder immunitet.¹⁵¹⁸ Man bør derfor tenke mer over hvordan det konstitusjonelle ansvaret kan opprettholdes i en tid hvor statsrådets *personlige* rolle er stadig minskende.¹⁵¹⁹

En måte å gjøre dette på er å fremheve at et avgjørende element i rollen til en statsråd bør være å (forsøke å) *styre sin underordnede forvaltning*, for på den måten å sikre at denne har *demokratisk forankring*. Statsrådets ansvar er nettopp å forsøke å overvinne

¹⁵¹⁶ Se Nicolas S. Nielsen, «Her er rigsrets-anklagen mod Inger Støjberg», Danmarks Radio, 27. jan 2021, URL: <https://www.dr.dk/nyheder/politik/her-er-rigsrets-anklagen-mod-inger-stoeyberg-tiltales-ulovlige-adskillelser-og>.

¹⁵¹⁷ Lignende sak er Tamilsaken, og Mink-saken, hvor selve instruksjonen ville falt utenfor norsk riksrett. Se omtalen i Christensen 1997 kapittel 19.

¹⁵¹⁸ Sml. Smith, 1997 s. 22: «Den som lar temaet ligge, bidrar i praksis til å holde ved like et privilegium – en slags strafferettslig immunitet – for medlemmene av våre tre øverste statsorganer. Dette er en situasjon som vi etter mitt skjønn ikke kan – eller iallfall ikke burde kunne – leve med». Denne påstanden er like sann i dag.

¹⁵¹⁹ Se for eksempel dette synet hos Heath 2020 s. 61: «Similarly, it does not require a normative assessment to see that, to the extent that this ‘huge machine in motion’ forms the context in which civil servants are currently working, it reveals quite clearly the limitations of the hierarchical model of accountability.»

styringsproblemer, og' forhindre at politisk kontroversielle beslutninger i for stor grad treffes uten politisk forankring. Man må derfor kreve at statsråden gjør tiltak for å forsøke å overvinne de styringsproblemer som finnes. Som Regjeringen fremhevet i respons til Maktutredningen fra 1982:

«Det må til enhver tid være politikernes oppgave å organisere det politisk-administrative apparat og utøve den politiske vilje og besluttsomhet som er nødvendig for å sikre den folkevalgte styring og herunder dra nytte av den verdifulle innsikt embetsverket har».¹⁵²⁰

Slik Ingvaldsen-utvalget fremhevet vil en statsråd kunne holdes ansvarlig for unnlatelsen av å instruere, eller medvirkningen ved å delegere.¹⁵²¹ Terskelen vil naturligvis være skyhøy, men en statsråd som er klar over at det begås grove forbrytelser i forvaltningen og ikke gjør noe for å stanse ulovlighetene (eller forsøker å holde seg bevisst uvitende om problemene) burde i siste instans kunne stilles for riksrett. Med andre ord: Man kan løse problemet ved å tolke inn at statsråden har et *eksklusivt og overordnet ansvar for å løse styringsproblemer*. En statsråd som ikke har forsøkt bør kunne holdes ansvarlig på samme måte som en statsråd som *selv* har truffet en politisk kontroversiell beslutning.

Jeg stiller meg tvilende til realismen i at Stortinget skal gå inn for en slik tolkning, også fordi den går på tvers av reformen 2007 (men har noe støtte i historikken). Man treger derfor en ny reform av riksretten. I den anledning kan det også være aktuelt å diskutere nærmere noen av de spørsmål som oppstår når statsrådets (og andre høytstående embetspersoners) innflytelse primært utøves som strukturell makt (jf. foran i 2.3 og 2.2.10).

Den tredje delen av svaret er, i forlengelsen, at man bør forsøke å bøte på problemene ved å redusere avstanden mellom statsråden og de laverestående tjenestepersonene, slik man også historisk har forsøkt. Det konstitusjonelle ansvaret vil slik sett være *en del av* begrunnelsen for kravet om kontroll- og styring, som drøftes i neste kapittel.¹⁵²²

¹⁵²⁰ Sml. også St.meld. nr. 44 (1982-1983) s. 19.

¹⁵²¹ NOU 1972:38 s. 16—17.

¹⁵²² Litteraturen har imidlertid stort sett bare *antatt* at statsråden har ansvar, til tross for reformen i 2007. Se for eksempel NOU 2019:5 s. 510: «Når regjeringen har delegert myndighet, kan den instruere organet som den har

6.2.6 Oppsummering

Det konstitusjonelle ansvaret har historisk sett kunne avskjæres ved at statsråden delegerer, men dette har vært forsøkt kompensert ved å kreve styring. Med reformen i 2007 glemte man imidlertid hensynet i reguleringen av riksrettens jurisdiksjon, som kan kritiseres for å undergrave formålet med det konstitusjonelle ansvaret.

6.3 Parlamentarisk ansvar

6.3.1 Påvirker delegering anledningen til å bruke det parlamentariske ansvaret?

Den andre siden av det politiske ansvarssystemet er imidlertid det *parlamentariske* ansvaret. Som nevnt ovenfor vil statsråden (og Regjeringen som kollegium) sitt parlamentariske ansvar i noen grad løse problemene med det konstitusjonelle ansvaret. Spørsmålet blir derfor først: Vil delegering påvirke det parlamentariske ansvaret?

Det parlamentariske ansvaret følger av Grl. § 15, som uttrykker at Stortinget kan vedta mistillit mot en statsråd eller Regjeringen samlet.¹⁵²³ Konsekvensen er formelt at statsråden eller Regjeringen må gå av, og reelt at man har en politisk skandale for hånden. Hvis statsråden nekter vil saken kunne ende i riksretten. Spørsmålet blir derfor om statsråden kan avskjære Stortingets kompetanse til å vedta slik mistillit, ved å delegere på en slik måte at vedkommende ikke har styringsmuligheter.

Antakelser om at statsråden ikke alltid er ansvarlig, er ikke noe nytt. Castberg skilte for eksempel mellom direktorater som statsråden er ansvarlig for, og dem vedkommende ikke er ansvarlig for.¹⁵²⁴ Poul Meyer drøfter i 1954 skillet mellom beslutninger under og utenfor statsrådets ansvar som et viktig punkt for dansk rett.¹⁵²⁵ Under King's bay-debattene forutsatte flere at statsråden ikke hadde ansvar for statsbedriftene eller frittstående direktorater.¹⁵²⁶ Statsråd Trasti spurte retorisk om han skulle være «... objektivt ansvarlig

delegert til, og den vil kunne holdes konstitusjonelt ansvarlig for avgjørelser som blir truffet i kraft av den delegerte myndigheten.»

¹⁵²³ Se Smith 2021 s. 225.

¹⁵²⁴ Se for eksempel Castbergs skille mellom tre typer forvaltningsorganer i Castberg 1955 s. 186—187 som deler dem inn etter forvaltningsorganer med avgjørelsesmyndighet på statsrådets ansvar, direktoratets ansvar og på begges ansvar.

¹⁵²⁵ Meyer 1954 s. 39.

¹⁵²⁶ Se bl.a. sitatene fra Hauge og Gundersen i Sejersted: *Kontroll og konstitusjon: Statsrettslige studier av Stortingets kontrollvirksomhet*, Oslo, Cappelen akademisk, 2002 s. 1082—1083.

...» for alt som skjer på direktoratsnivå, som om et slikt ansvar ville vært latterlig.¹⁵²⁷ Modalsli-utvalget fra 1970 la også utvetydig til grunn at direktorater lå utenfor statsrådets instruksjonsmyndighet.¹⁵²⁸ Med støtte fra Justisdepartementet mente de at statsråden i en del spørsmål ikke kunne holdes ansvarlig.¹⁵²⁹ Bygger en på disse vil derfor statsråden kunne avskjære sine egne styringsmuligheter, formelt, men særlig reelt, og man trekker — som Trasti — konklusjonen om at styringsmulighetene må påvirke ansvaret. Og følger en logikken om at styring er en betingelse for ansvar, er det vanskelig å komme unna en slik konklusjon.

I litteraturen har man særlig hevdet at ansvaret kan avskjæres *av Stortinget selv*, dersom Stortinget delegerer myndighet til uavhengige forvaltningsorganer.¹⁵³⁰ Mange kan ha interesse av en slik løsning: Politikere slipper å ta ansvar for hva fagpersonene i lavere nivåer gjør, og fagpersonene får (formodentlig) økt frihet.¹⁵³¹ En slik ordning reflekterer at man gjør forskjell på intensjonell makt og strukturell makt. Det er også en intuitivt appellerende tanke at når Stortinget skaper uavhengighet, så kan de ikke senere holde statsråden ansvarlig for det virksomheten gjør.¹⁵³² Smith skriver som nevnt at «[a]nsvaret tar slutt ved styringsrettens grense», selv om han andre steder presiserer at prinsippet ikke gjelder det parlamentariske ansvaret.¹⁵³³ Stavang skriver derimot mer utvetydig at «... statsråden som hovedregel ikkje kan gjerast parlamentarisk ansvarlig for det arbeid som vert gjort eller ikkje gjort av slike statsorgan, endå om dei høyrer under hans saksområde.»¹⁵³⁴

Spørsmålet er imidlertid om denne oppfatningen stemmer. Ut fra lex-superior-prinsippet er svaret klart nok og enkelt nei. Stortinget kan ikke ved lov avskjære sin egen grunnlovsumiddelbare kompetanse til å rette mistillit mot Regjeringen. I Ingvaldsen-utvalget heter det for eksempel at det «... finnes ikke noen rettslige regler som begrenser

¹⁵²⁷ St.tid 1965 s. 3977.

¹⁵²⁸ Modalsli-utvalget 1970

¹⁵²⁹ Modalsli-utvalget 1970 s. 62, 2.sp.

¹⁵³⁰ At Stortinget kan delegere til uavhengige organer ved lov er sikker rett, se bl.a. NOU 2019:5 s. 513.

¹⁵³¹ Det omfavnes derfor i flere forvaltningsinterne kilder. Se f.eks. Moderniseringsdepartementet 2005 s. 11, og St.meld nr. 17 (2002-2003) s. 33, hvor det antas at Stortinget kan begrense statsrådets myndighet ved lov.

¹⁵³² Se f.eks. også Sand 1996 s. 196—197 som antar at ved «... omfattende delegasjoner og avgrensning på instruksjonsmyndigheten må det vurderes om ikke det også bør gi utslag ved ansvarsvurderingen.»

¹⁵³³ Smith 1999 s. 50.

¹⁵³⁴ Stavang 1999 s. 266.

Stortingets adgang til å treffe vedtak om mistillit. Spørsmålet om Stortinget skal gå til en slik reaksjon vil bero på Stortingets eget skjønn». ¹⁵³⁵ Tilsvarende stadfestes i det nylige Harberg-utvalget. ¹⁵³⁶ Statsråden kan felles for sin hårfarge, for å bruke Sejersteds eksempel. ¹⁵³⁷ Også Smith uttaler seg i denne retning, ¹⁵³⁸ men er noe mer uklar. ¹⁵³⁹ Oppfatningen om at uavhengighet avskjærer parlamentarisk ansvar, er derfor ikke holdbar juridisk sett. ¹⁵⁴⁰ Det ville heller ikke vært velbegrunnet. Skal Stortinget binde fremtidige Storting så bør og må begrensningen skje ved grunnlovsendring. Slik er også tilstanden etter dansk rett. ¹⁵⁴¹

Konklusjonen er derfor klar: statsrådets formelle parlamentariske ansvar er upåvirket av delegering. At en statsråd har delegert til underordnede tjenestepersoner, og dermed har valgt å la andre gjøre noe på statsrådets egne vegne, taler for en slik konklusjon. Statsråden *akseptert* at en grad av styringsproblemer vil oppstå, hvor selv det upåregnelige kan skje. ¹⁵⁴² Situasjonen vil i de fleste tilfeller være svært nyttig for statsråden — ved å skape organisatoriske strukturer som opptrer relativt selvstendig blir statens makt strukturelt forankret, og de gangene det går galt bør man ta konsekvensene, ikke minst fordi man da får oppfordring til å forandre på de institusjonelle betingelsene.

6.3.2 Det parlamentariske ansvaret som ansvar for statens strukturelle makt

De konklusjonene jeg har gjengitt ovenfor innebærer at det parlamentariske ansvaret i stor grad kan anses frikoblet den *enkelte statsråd*. Statsråden kan holdes ansvarlig for feil gjort

¹⁵³⁵ NOU 1972:38 s. 16.

¹⁵³⁶ Dokument 21 (2020-2021) s. 35: «Mistillitsvedtak er et parlamentarisk sanksjonsmiddel, som ikke krever noe rettsbrudd fra regjeringens side.»

¹⁵³⁷ Se Sejersted 2002 1082—1083.

¹⁵³⁸ Se Smith: *Stat og rett: Artikler i utvalg 1980—2001*, Universitetsforlaget, 2002 s. 443—444 [opprinnelig trykt 1987] og 490, «[f]or at ansvaret skal være begrenset, er det altså et minstekrav at statsrådets kompetanse er avskåret ved vedtak i en form som også binder statsråden selv. *Formen* blir altså av stor betydning.»

¹⁵³⁹ Blant annet skriver Smith i Statskonsult 2002 vedlegg 1 s. 13 at «Det er også grunn til å huske på at det ikke er rettslige grenser for hvilke argumenter som kan påberopes til støtte for kritikk eller mistillit i Stortinget; parlamentarisk ansvar kan altså utløses når stortingsflertallet finner det for godt.», for så å i neste avsnitt konkludere med at «Ansvaret kan bare gjøres gjeldende for forhold som statsråden har kompetanse (rettslig adgang) til å gjøre noe med. Dermed blir spørsmålet når kompetansen kan sies å være begrenset på en slik måte at ansvaret blir tilsvarende begrenset.» Se også de påfølgende sidene, og bla. særlig s. 15.

¹⁵⁴⁰ Se note 1526, og bl.a. JDLOV-2004-2274 under pkt. 4 som uttrykker at «... det parlamentariske ansvaret ikke er rettslig regulert ...» slik at «... ansvar[et] [kan] gjøres gjeldende i enhver situasjon der stortingsflertallet mener det er på sin plass.»

¹⁵⁴¹ Se Jens Peter Christensen 2020 s. 82 som bruker de like treffende eksemplene at statsråden kan holdes ansvarlig for å komme «... fra Nordjylland og går med brune sko.»

¹⁵⁴² Se motsatt drøftelsen i Stavang 1999 s. 264, som antyder at en utro departementsansatt ikke kan utløse ansvar for statsråden.

av organer vedkommende ikke kan instruere, fordi statsråden, eller Regjeringen som kollegium, kan holdes ansvarlig for hva som helst.¹⁵⁴³ Ansvarer inkluderer prinsipielt sett også at statsråden kan holdes ansvarlig for det som skjer i en kommune, i et statlig-eid aksjeselskap, eller selv i særskilte EU-organer. Stortinget vil også kunne gjøre alle 'mindre' tiltak, som å rette spørsmål til eller kritikk mot statsråden for forhold statsråden på ingen måte har ansvar for.¹⁵⁴⁴

Man kan stille spørsmålet, slik Sand, Graver og Smith gjør (jf. ovenfor under 6.1.5) *burde ikke* statsrådets ansvar være begrenset? Som signalisert tidligere er jeg skeptisk til en slik begrensning.

Poenget må ses i sammenheng med at *Regjeringen og statsråden utgår fra Stortingets flertall*.¹⁵⁴⁵ Det er meg bekjent ingen tilfeller der Stortingets flertall 'tvinger' Regjeringen til å akseptere en beskåret instruksjonsmyndighet. Snarere er det *Regjeringen og embetsverket* selv som over lengre tid har argumentert for å skape uavhengige forvaltningsorganer. Det er derfor både problematisk når lovavdelingen skriver at det «ikke ... [er] politisk legitimt å trekke statsråden til ansvar for forhold som vedkommende ikke har hatt noen formell mulighet til å påvirke.»¹⁵⁴⁶ Statsråden eller dens politiske kollegaer har jo vanligvis *sørget for* å avskjære sin egen påvirkningsmulighet.¹⁵⁴⁷

Til oppfatningen om at Regjeringen og Stortinget vanligvis er på samme lag, kommer også at Regjeringen selv har *et mottiltak* til Stortingets uavhengighet, i Grl. § 28.¹⁵⁴⁸ Regjeringen kan nemlig hevde at det gjelder et delegeringsforbud for en viktig sak. Hvis Regjeringen ikke bruker en slik mulighet, kan den ikke senere høres med at dens instruksjonsmyndighet var avskåret — selv om det naturligvis kan diskuteres hvor langt § 28 rekker. Denne

¹⁵⁴³ Se bl.a. motsatt men uten nærmere begrunnelse, Stub: *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Universitetsforlaget, 2011 s. 67, som avviser «... noe politisk ansvar for de vedtak som er truffet så langt uavhengigheten rekker. ... [og man] kan tale om 'the rise of the unelected'.» og Stavang 1999 s. 266: «Ymse statlige institusjonar – og då framfor alt næringsdrivande verksemdar – er med vilje gjevne ei organisasjonsform som skal gjere dei mest mogeleg sjølvstendige og ubundne av politiske direktiv frå regjeringa og statsrådene si side. Av dette følgjer det at statsråden som hovudregel ikkje kan gjerast parlamentarisk ansvarlig for det arbeid som vert gjort eller ikkje gjort av slike statsorgan, endå om dei høyrer under hans saksområde.»

¹⁵⁴⁴ NOU 1991:26 s. 12—13: uttrykker at statsråden er «... parlamentarisk ... ansvarlig for alle kostnader, ytelser, konsekvenser og avgjørelser enhver underliggende statlig virksomhet produserer. Dette gjelder uansett hvilken form virksomheten er organisert i.»

¹⁵⁴⁵ Sml. også Opsahl 1962 s. 385 flg.

¹⁵⁴⁶ JDLOV-2004-2274 punkt 4.

¹⁵⁴⁷ Se for eksempel tilsynsmeldingen om uavhengige tilsyn, St.meld. nr. 17 (2002-2003).

¹⁵⁴⁸ Se nærmere i kapittel 4 punkt 4.4.4.

diskusjonen går jeg ikke inn i, men skal Regjeringen høres med at den har fått sin styringsrett avskjært av Stortinget, må den i alle fall ha vurdert om styringsretten egentlig er i behold (selv om det neppe uansett ville være av betydning).

At uavhengige organer også ligger innenfor Regjeringens ansvar sies også uttrykkelig i Utenrikskomiteens innstilling til Ingvaldsen-utvalget, der de skriver at

«... regjering og departement må ha et visst ansvar også for den forvaltningsmyndighet som utøves av frittstående organer i henhold til myndighet som de er tillagt ved lov eller stortingsvedtak.»¹⁵⁴⁹

Dermed *har man* egentlig et slags rettslig «foretaksansvar», som Sand antok at man ikke hadde, eller kunne ha.¹⁵⁵⁰ «Rammeansvaret» er et ansvar som *også omfatter hva som skjer innenfor rammene*. Ansvaret gjelder formelt sett helt uavhengig av om det er snakk om en lavere etat, en uavhengig etat, eller lignende.

I praksis er det parlamentariske ansvarets altomfattende karakter, ikke bare en måte å ansvarliggjøre politikere på. Skal man forstå ansvarets funksjon, må man se det som et forsøk på å stille *strukturell makt* til ansvar, *via* å stille den enkelte statsråd til ansvar.¹⁵⁵¹ Statsråden har sterke interesser i at denne makten skal reproduseres, og at det eksisterer andre viktige dimensjoner som det parlamentariske ansvaret ikke fanger opp, kan løses andre steder (jf. kapittel 7).

Fordelene for og makten til statsråden blir abstrahert vekk, når man snur seg rundt og påstår at statsråden ikke burde kunne stilles til ansvar, fordi vedkommende ikke *direkte og med viten og vilje* har utøvet makt.

Det parlamentariske ansvarets funksjon er i denne forbindelsen å skape en struktur som også stiller selve maskineriet til ansvar. Departementer og direktorater blir, på grunn av trusselen om parlamentarisk ansvar, oppdratt til å arbeide iherdig for å *skjerme* statsråden, også fordi

¹⁵⁴⁹ Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 9.

¹⁵⁵⁰ Se ovenfor i 6.1.5.

¹⁵⁵¹ Dette poenget er naturligvis ikke noe nytt, se f.eks. Smith 2021 s. 253.

statsrådets omfattende ansvar blir en brekkstang for *mediene* til å rette kritiske spørsmål til statsråden. Som veilederen i etatsstyring uttrykker det:

«En sentral side av departementenes sekretariatsrolle overfor politisk ledelse er å ivareta statsrådets konstitusjonelle og parlamentariske ansvar samt å unngå at statsråden stilles i forlegenhet.»¹⁵⁵²

Departementet må (på grunn av ansvarets omfattende karakter) holde seg oppdatert på hva Stortinget er interessert i, hvilke interessegrupper som har makt til å skape skandale, eller andre eksterne forhold som gjør at statsråden risikerer å ryke.¹⁵⁵³ Det parlamentariske ansvarets funksjon er på denne måten å sende et sjokk nedover og ansvarliggjøre alle de aktørene som gjennom å utøve sine enkelte funksjoner, reproducerer strukturelle maktforhold.

Naturligvis skaper ansvaret vanskelige situasjoner for den enkelte statsråd, ettersom den strukturelle makten nettopp ikke er intensjonell eller utøves personlig.¹⁵⁵⁴ Som flere fremhever ligger det derfor noe rituelt over det parlamentariske ansvaret.¹⁵⁵⁵ Man kan også fremheve at særlig at departementsråder, etatssjefer, direktører og etatsledere i forvaltningen, må ta sin del av ansvaret. Deres involvering er nok riktig, i den forstand at det ofte (også) er disse aktørene som driver frem endringer. Men på den ene siden kan man ikke overdrive hvor selvstendige disse aktørene er fra de politiske miljøene.¹⁵⁵⁶ Og på den andre siden bør ikke løsningen være å avskjære det politiske ansvaret. Man kan heller utvide og differensiere ansvaret i den politiske ledelsen, og eventuelt skape en særlig ansvarsform for styringsprofesjonene eller høytstående byråkrater, jf. også like nedenfor.¹⁵⁵⁷ Særlig vil jeg i neste kapittel synlig- og tydeliggjøre *departementet* sitt ansvar som *delegerende organ* for det som foregår i de lavere nivåer av forvaltningen. Dette kommer jeg tilbake til i neste

¹⁵⁵² DFØ 2021 s. 40.

¹⁵⁵³ Christensen 1997 s. 28: «... ministeransvarets politisk funktion er at sikre folkerepresentationens indflydelse på regeringens sammensætning og politik.»

¹⁵⁵⁴ Og som Christensen påpeker har man i økende grad brukt det parlamentariske ansvaret *også* for å sanksjonere individuelle normbrudd, Christensen 1997 s. 29.

¹⁵⁵⁵ Luhmann 1993 s. 195: «Probably the most harmless is ritual sacrifice. A person responsible is sought and found and laden with all the guilt. The ritual goes so far that someone who, in the official understanding, is personally entirely innocent, 'assumes responsibility' and leaves».

¹⁵⁵⁶ Sml. også Grønlie 2011 s. 220: «... en sterk integrasjon mellom politikk og embetsverk – men på politikernes premisser.»

¹⁵⁵⁷ I dagens situasjon har de ofte gode fallskjermavtaler og store muligheter for omplassering.

kapittel. Imidlertid er disse ansvarsformene *også byråkratiske og basert på faglige kriterier*. Det parlamentariske ansvaret er særegent fordi det kobler sammen det politiske system og forvaltningen.

Drøftelsen ovenfor synliggjør en underliggende utfordring: Det juridiske systemet legger til rette (ved å åpne for delegering) for utøvelse av strukturell makt, men er ikke samtidig i stand til å ramme inn og ansvarliggjøre denne strukturelle makten, uten å bruke enkeltpersoner som representanter for selve strukturen. Men nettopp derfor er også det koblingen til det politiske systemet (og mediene) en så viktig løsning — sterke partiorganisasjoner og årvåkne medier kan bruke det parlamentariske ansvaret som brekkstang. Den manglende troen på det parlamentariske ansvaret reflekterer ikke først og fremst et problem ved denne ansvarsformen, men heller at den organiserte massepolitikken med sterke organisasjoner har blitt svekket.¹⁵⁵⁸

Det er heller ikke lett å se hva som skulle vært alternativet: Et økt fokus på hva statsråden faktisk visste, og hadde innflytelse over, vil jo skape oppfordringer for både statsråden og embetsverket til å *unngå å holde statsråden orientert*. Hvis man orienterer det parlamentariske ansvaret mot påviselig personlig normbrudd fra statsråden, så vil statsråden få oppfordring til å *delegere*, samt å *fremheve eller skape styringsproblemer*, og dermed å øke avstanden på 'armlengden' vedkommende styrer med.¹⁵⁵⁹

Prinsipielt sett mener jeg i lys av diskusjonen foran, at det er problematisk å anta at staten skal kunne få både pose og sekk, slik andre har gjort.¹⁵⁶⁰ Forestillingen om at statsråden ikke skal stå til ansvar for det som skjer innenfor «forsvarlige rammer», innebærer at man *både* aksepterer en omfattende og selvstendig forvaltning som ikke står til valg, og at det ikke skal eksistere politiske ansvarliggjøringsmekanismer for denne selvstendige forvaltningen. I så fall frikobles forvaltningen i noen grad fra det politiske systemet.

¹⁵⁵⁸ Sml kapittel 1 punkt 1.1.3, 2.3, og bl.a. også Strøm, 2005 s. 731 som påviser sammenheng mellom reduksjon av farer ved delegering, og styrken og konkurransen mellom politiske partier.

¹⁵⁵⁹ Se også Eckhoff 1992 s. 210 om at Regjeringen og forvaltningen ikke har «... noe særlig sterkt behov for å få klarlagt hvor grensene for instruksjonsmyndigheten går. Spesielt for Regjeringen kan en viss uklarhet om dette være direkte fordelaktig, fordi den da har mulighet for å øve innflytelse når det anses nødvendig, mens den i andre situasjoner kan gardere seg mot kritikk ved å hevde at den ikke har instruksjonsmyndighet og derfor heller ikke noe ansvar for det vedkommende organ har foretatt seg.»

¹⁵⁶⁰ For eksempel: Difi 2019 s. 5 som fremhever at det er «... blitt vanskeligere for en sittende statsråd å vise til faglig uavhengighet når en kontroversiell sak tas opp i Stortinget.»

6.3.3 Oppsummering

De to politiske ansvarsformene — parlamentarisk og konstitusjonelt ansvar — har begge vært sett i direkte sammenheng med delegering. Historisk sett har man forsøkt å gjøre endringer enten i ansvarsinstitusjonene, eller i de omkringliggende strukturene, for å kompensere for delegering. Særlig det konstitusjonelle ansvaret ble forsøkt ivaretatt ved hjelp av styrings- og kontrollkrav.

Slik sett illustrerer disse to formene for ansvar noe av den begrepsmessige intuisjonen som ble omtalt tidligere: Ansvar *bør ikke* kunne delegeres, og den som har makt bør kunne stilles til ansvar *også* dersom makten utøves av en delegat.

En for sterk betoning av sammenhengen mellom ansvar og personlig skyld gir en unyansert forståelse for det parlamentariske ansvaret, som har gitt opphav til oppfatninger om at det eksisterer rettslige grenser for dette. Man snur argumentet om at makt må følges av ansvar, til at ansvar også må forutsette makt. Dette er problematisk når man ikke samtidig tar høyde for *strukturell* maktutøvelse. Et altomfattende parlamentarisk ansvar er imidlertid nettopp den eneste måten å stille den strukturelle makten til ansvar.

6.4 Ansvar for gyldigheten av forvaltningsvedtak

6.4.1 Prosessretten som ramme for forvaltningens ansvar for gyldigheten av egne vedtak

Det neste temaet er hvem som kan stilles til ansvar for gyldigheten av forvaltningsvedtak. Jeg antar at offentlige organer har en plikt til å (forsøke å) treffe gyldige vedtak, jf. prinsippet om regelbundet forvaltning. Det første spørsmålet er da om delegering fra organ A til organ B medfører at dette ansvaret forskyves.

Spørsmålet har en materiell offentligrettslig side, og en sivilprosessuell side. Materielt sett vil alle som treffer vedtak være ansvarlige for at disse er gyldige. Dette innebærer at krav om korrekt saksbehandling, forvaltningsrettens alminnelige regler, og spesiallovgivningen får mye av sin effektivitet realisert gjennom trusselen om et søksmål om gyldighet, herunder prejudisielt i en erstatningssak, se nedenfor. Som jeg kommer tilbake til i neste kapittel 7 vil også det delegerende organet være ansvarlig for at vedtak som treffes av sin delegat er gyldige.

Først nevner jeg at plikten til å treffe gyldige vedtak i utgangspunktet også sanksjoneres på andre måter enn ved søksmål, som av Sivilombudet, ved lovlighetskontroll, eller andre former for forvaltningsintern sanksjonering. Det skal kort bemerkes at det kan oppstå situasjoner der slike sanksjonsmuligheter er forskjellig som følge av delegering. Et eksempel er at lovlighetskontrollen etter kommuneloven § 27-2 ikke omfatter beslutninger som er truffet av private (som kommunens IKS), fordi disse ikke er «... folkevalgt organ eller den kommunale eller fylkeskommunale administrasjonen.» Ved statlig tilsyn kan tilsvarende problemer oppstå, fordi tilsynene bare har kompetanse til å rette pålegg mot det offentlige, ikke private aktører.¹⁵⁶¹ I lys av den første problemstillingen kan dermed ansvaret i en lovlighetskontroll delegeres. I lys av den andre problemstillingen bør man derfor rette lovlighetskontrollen eller tilsynet mot det delegerende organet, ikke delegaten, for å opprettholde ansvaret til begge.

Det er imidlertid ikke gitt at man kan forandre hvem som treffer vedtaket, uten at endringen påvirker hvem som kan saksøkes. Spørsmålet beror på de prosessuelle reglene. Problemstillingen i dette avsnittet er derfor om et organ som delegerer, kan overlate sitt ansvar som saksøkt for gyldigheten av et vedtak, til delegaten som treffer vedtaket på organets vegne.¹⁵⁶²

Hvem som er rett saksøkt reguleres i tvisteloven § 1-3, men er særregulert for søksmål om gyldigheten av forvaltningsvedtak i tvl. § 1-5. Bestemmelsen regulerer kun «... tilfeller hvor gyldighetsspørsmålet danner tvistegenstanden i saken.»¹⁵⁶³ Den regulerer altså ikke erstatningssøksmål eller andre søksmål hvor gyldigheten bare er et prejudisielt spørsmål.¹⁵⁶⁴ I disse tilfellene sier bestemmelsen at det er den som har truffet avgjørelsen i «siste instans», som skal saksøkes. Siden stat og kommune er ulike, selvstendige rettssubjekt, vil det ofte ha liten betydning hvem som treffer vedtak i siste instans *innenfor* disse, ettersom man da uansett retter søksmålet mot rettssubjektet som sådan, ikke det enkelte organ. Det finnes

¹⁵⁶¹ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 85: «Ein slik modell, der pålegg blir gitt til den som har fått delegert oppgåva, vil berre vere aktuell der samarbeidskommunen har overlate utøvinga av ei oppgåve til ein vertskommune. Ei tilsvarende løysing vil ikkje vere mogleg der ein kommune har overlate drifta til ein privat aktør.»

¹⁵⁶² Man kan kanskje i seg selv si at å være rett saksøkt er et ansvar, sml. også Schei: «Kommune, fylkeskommune eller stat som saksøkt?», *Lov og Rett*, 1981, s. 339—53 s. 341.

¹⁵⁶³ Rt. 2007 s. 538 (*Presisering av tvl. § 1-5*) avsnitt 30.

¹⁵⁶⁴ Et særlig tilfelle er søksmål som rettes mot vedtak om gjennomføring av vedtak, f.eks. at man saksøker kommunen for å ha krevd inn tvangsmulkt, og ikke staten for å ha stadfestet vedtaket som gir grunnlaget for tvangsmulkten, se saksforholdet i LF-2013-84810 (*Øysand camping*).

enkelte unntak fra dette, som jeg ikke går inn på her.¹⁵⁶⁵ Problemstillingen som diskuteres i det videre har derfor primært interesse for delegering på tvers av rettssubjekter (typisk mellom stat, kommune og/eller private).

Man kan slik sett 'omgå' § 1-5 ved å kreve fastsettelsesdom for kompetansen til organet som traff vedtak i førsteinstans, som var tilfelle i Rt. 2007 s. 538, der søksmål mot Fylkesmannens vedtak i klagesak ble kombinert med fastsettelsessøksmål om at kommunen ikke kunne bruke Fylkesmannens vedtak som grunnlag for sin videre saksbehandling.¹⁵⁶⁶

Tvisteloven § 1-5 er klar i de tilfeller hvor det delegerende organet tilhører samme rettssubjekt. For min problemstilling er det interessante imidlertid hva som skjer når man delegerer mellom rettssubjekter. Problemer oppstår først der det er snakk om delegering fra ett rettssubjekt til et annet. Dette kan enten skje ved delegering fra stat til kommune, fra kommune til en annen kommune, eller fra det offentlige til private aktører av ulikt slag.

6.4.2 Skal man saksøke «siste instans» eller «klageorganet»?

Hvem som er rette saksøkt, herunder hvem som er rett saksøkt ved delegering, reguleres av tvl. § 1-5. Etter § 1-5 skal det organet som har «... truffet avgjørelsen i siste instans» være den man saksøker. Ordlyden tilsier at det organet som traff det siste vedtaket før søksmål ble tatt ut, skal saksøkes. Etter ordlyden kan førsteinstansen være «siste instans»— ved delegering er dette *delegaten*. Dermed er delegaten rett saksøkt, dersom borgeren velger å ikke påklage vedtaket, klagefristen har gått ut, eller lignende.¹⁵⁶⁷

Forutsetningen er i så fall at det delegerende organ ikke har krevd at klagemulighetene er uttømt jf. fvl. § 27 b, før det tas ut søksmål. Hvis man krever at klagemulighetene uttømmes vil jo det delegerende organ bli «siste instans», altså klageorganet. Dette gjelder imidlertid *heller* ikke unntaksfritt, ettersom det delegerende organ ikke alltid er klageorganet. Bestemmelsen i § 27 b kan derfor ikke løse problemet i alle tilfeller.

¹⁵⁶⁵ Det følger implisitt av tvl. § 2-1 at det er stat eller kommune som skal saksøkes og selv kan saksøke. Enkelte statlige organer kan være rett saksøkt, f.eks. utlendingsloven § 79 om søksmål mot UNE, men dette må enten følge av loven eller langvarig praksis.

¹⁵⁶⁶ Mindretallet i kjæremålsutvalget kom imidlertid til den motsatte konklusjonen og «... kan ikke se at det er noen grunn til å åpne for at også kommunen skal kunne saksøkes i disse tilfellene, bare ved at sak reises i form av et kompetansesøksmål.», *Presisering av tvl. § 1-5* avsnitt 44.

¹⁵⁶⁷ Det ble vurdert om man skulle ha en regel om at administrative klagemuligheter må uttømmes før man går til søksmål, men dette ble ikke inntatt i loven, se NOU 2001:32 A *Rett på sak* s. 499.

Utgangspunktet i sivilprosessen ser derfor ut til å være det motsatte av det forvaltningsrettslige utgangspunktet: Delegaten blir rett saksøkt for vedtaket den treffer på det delegerende organs vegne.

Forarbeidene skaper imidlertid usikkerhet om dette er rett. Her skriver man at regelen vil «... innebære at søksmål om gyldigheten av et forvaltningsvedtak i alle tilfeller måtte rettes *mot klageorganet*.» Formålet omtales også som å sørge for at «... søksmålet må rettes mot klageorganet.»¹⁵⁶⁸ Det samme uttrykkes av departementet, men deres uttalelse er mer tvetydig.¹⁵⁶⁹ Utvalgets begrunnelse er at

«Et ansvar for staten der hvor statlige organer har kontrollmyndighet, vil oppfordre til bruk av de kontrollmuligheter som foreligger og derved medvirke til å sikre en best mulig forvaltning på det lokale plan. Plasseringen av ansvaret hos staten vil dermed kunne ha en preventiv funksjon.»¹⁵⁷⁰

Resonnementet gir gjenklang det overordnede argumentet om at ansvar ikke bør kunne delegeres. Dette kan man oppnå ved å si at det delegerende organet *uansett* er den som skal bli saksøkt. Samtidig virker det ikke som om forarbeidene har hatt en slik regel i mente. Snarere finnes det indikasjoner på at man har glemt at det delegerende organet og klageorganet ikke behøver å være samme organ.

Bestemmelsen tar særlig sikte på å regulere tvilsspørsmålet som oppstår der statlige instanser (statsforvalteren) er klageinstans for vedtak truffet av kommuner. Dette hadde lenge vært omdiskutert før tvisteloven, og man ønsket en enkel regel. Dersom staten har behandlet klagen er det også uproblematisk at staten er rett saksøkt. I en del andre tilfeller kan man imidlertid tenke seg at utvalgets løsning skaper merkelige resultater. For eksempel kan en kommune treffe et vedtak etter naturmangfoldsloven § 18 om uttak av hjortevilt og bever for å avverge skade. Da er *statsforvalteren klageinstans*. Problemet oppstår hvis ingen

¹⁵⁶⁸ NOU 2001:32 A s. 196—197.

¹⁵⁶⁹ Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) *Om lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven)* s. 148, som skriver at «... det er klageinstansen – den instans som har fattet vedtak i siste instans – som blir bestemmende for hvem søksmålet må rettes mot.»

¹⁵⁷⁰ NOU 2001:32 A s. 196.

klager på vedtaket. *Klageorganet*, slik forarbeidene legger til grunn, er Statsforvalteren. Rett saksøkt blir derfor staten, selv om den ikke har vært involvert i saken.¹⁵⁷¹

Som eksempelet illustrerer er det heller ikke alltid sammenfall mellom hvem som delegerer og hvem som er klageorgan. Statsforvalteren har ikke *delegert* til kommunen. Et søksmål mot staten v/Statsforvalteren uten forutgående klage på kommunens vedtak, vil skape den merkelige situasjonen at dommens rettsvirkning er at staten blir forpliktet til å omgjøre kommunens vedtak, noe *staten ikke har kompetanse til å gjøre*.¹⁵⁷²

Motstriden mellom lovteksten og forarbeidene er så vidt jeg kan se ikke tematisert andre steder, men lovteksten gir den ryddigste løsningen. Normalt vil ikke spørsmålet bli satt på spissen, ettersom borgeren vil bruke sine klagemuligheter. Dersom borgeren velger å ikke klage, er det imidlertid vanligvis liten grunn til å la borgeren trekke inn klageinstansen i et søksmål, når klageinstansen ikke har vært involvert.

Dette betyr at delegering til et eksternt organ kan medføre at delegaten blir rett saksøkt, og at det delegerende organ ikke får ansvar for vedtakene som treffes, med mindre vedtaket påklages. Dette kan man imidlertid enkelt kompensere for ved å kreve at man ved ekstern delegering alltid må kreve at delegaten stiller som vilkår at klagemuligheten må brukes jf. fvl. § 27, bokstav b).

6.4.3 Kan man noen gang saksøke det delegerende organ hvis dette ikke er direkte involvert i saken?

Det vil likevel finnes tilfeller der klagemulighetene ikke brukes, eller det delegerende organ og klageorganet er forskjellige organer. Utgangspunktet blir i så fall det motsatte av hva forvaltningsretten forutsetter: Delegering innebærer normalt at delegaten (eller det særlige klageorganet) blir «siste instans», ikke det delegerende organ. Spørsmålet blir da: Kan man likevel trekke inn det delegerende organ i et slikt søksmål?

¹⁵⁷¹ Etter fvl. § 35 fjerde ledd gjelder heller ikke klageinstansens omgjøringsadgang ved statlig klagebehandling av kommunalt vedtak, med mindre vedtaket kan anses ugyldig.

¹⁵⁷² Det kan diskuteres om man får en situasjon som i *Presisering av tvl. § 1-5* avsnitt 32, der man ut fra synspunkter om avledet rettskraft antar at gyldigheten av Statsforvalterens vedtak får avledet rettskraft for kommunen. Men dette er ikke like åpenbart i et tilfelle hvor Statsforvalteren ikke har behandlet noen klagesak.

Utgangspunktet er at dersom det delegerende organet skal kunne saksøkes (der dette ikke er klageorgan som treffer vedtak i siste instans), så må man påvise et «reelt behov» for å inkludere dette organet også.¹⁵⁷³ Hvis det delegerende organ har en delegat i sin tjeneste, kan det klart nok være ønskelig å ansvarliggjøre dette delegerende organet. I en viss utstrekning kan man si at rettssaker har en demokratisk funksjon, og å delegere gjør at stat eller kommune kan unngå de kritiske søkelys fra offentligheten som en rettssak fører med seg. Det er likevel neppe et reelt behov i tvistelovens forstand. Normalt er derfor løsningen klar: Der det delegerende organet og klageorganet er forskjellige organer, kan søksmål bare rettes mot førsteinstansen eller klageorganet.¹⁵⁷⁴

Det som likevel kan drøftes er om det i noen tilfeller er en så nær sammenheng mellom det delegerende organet, delegaten og klageorganet, at det finnes et «reelt behov» for å saksøke det delegerende organet. Man kan for eksempel forestille seg at det delegerende organet driver styring med delegaten på en måte som gjør at de effektivt sett er den som har fått organet til å treffe vedtaket som pretenderes å være ugyldig. Dette kan være aktuelt der det delegerende organet har lagt myndighet eller oppgaver til en delegat som åpenbart er fullstendig ute av stand til å bedrive virksomheten forsvarlig.¹⁵⁷⁵

Man kan for eksempel se for seg en kommune som delegerer til et interkommunalt selskap å treffe beslutning om å vedta en svært inngripende og upopulær forskrift om avfallshåndtering etter forurensingsloven § 30, samtidig som kommunens ledelse reelt sett bestemmer forskriftens innhold.¹⁵⁷⁶ Kan man da sies å ha et «reelt behov» for å trekke inn kommunen også? I en *demokratisk* forstand, har man åpenbart det. Det er kommunestyret som bør ta ansvar for forskriften overfor befolkningen. En rettssak mot kommunen vil bidra til å skape offentlig diskusjon, og gir en arena for å inkludere innbyggerne i en vurdering

¹⁵⁷³ At § 1-5 ikke uttømmende regulerer hvem som kan inkluderes i et søksmål om gyldigheten av vedtak er klart, se *Presisering av tvl. § 1-5* avsnitt 29: «Den omstendighet at søksmål om gyldigheten av et kommunalt vedtak som er blitt overprøvd av et statlig organ, må rettes mot staten, er for det første ikke til hinder for at andre kan bli saksøkt sammen med staten». At dette må være klart følger implisitt, som retten påpeker i samme avsnitt, av § 1-5 annet ledd.

¹⁵⁷⁴ Dette beror på om borgeren har påklaget vedtaket, eventuelt om det kan påvises et reelt behov for å inkludere førsteinstansen også.

¹⁵⁷⁵ I så fall kan man imidlertid også pretendere at selve delegeringen er ugyldig.

¹⁵⁷⁶ Kommunen har slik delegeringsadgang etter forurl. § 83.

av kommunens forskrifter. I et prosessuelt perspektiv er det derimot et mindre akutt behov for å faktisk få rettsvirkningen ugyldighet stadfestet overfor *kommunestyret*.

I forarbeidene til vertskommunemodellen er det prinsipielle spørsmålet omtalt. Her settes spørsmålet på spissen fordi klageinstansen normalt er en nemnd i vertskommunen, ikke i hjemkommunen. Departementet uttrykker at «[g]ode grunner kan såleis tale for at heimkommunen er rett saksøkt, sjølv om vertskommunen reint formelt har teke avgjerda også i klageomgangen.»¹⁵⁷⁷ Denne løsningen er nærliggende der heimkommunen har tett tilknytning til saken, for eksempel dersom man har brukt instruksjonsmyndigheten overfor vertskommunen.¹⁵⁷⁸ Dette kan også tenkes å være relevant i lignende tilfeller. Det kan også være aktuelt i tilfeller der det delegerende organet har vurdert å omgjøre delegatens vedtak, men latt være. I så fall kan man riktignok pretendere at omgjøringsvurderingen er en selvstendig beslutning eller en unnlåtelse og kreve erstatning, se like nedenfor. Pretensjonslæren gir generelt greit rom for å *trekke inn* et overordnet organ, og det samme gjør reglene om provokasjon av bevis, jf. tvl. § 21-5.

Likevel skal det nok mye til for å kunne påvise et reelt behov innenfor rammen av et gyldighetssspørsmål. Justisdepartementet uttrykte i høringen at «... en i det videre arbeid tar sikte på å trekke opp retningslinjer som kan bidra til avklaring på dette punktet», men dessverre ble ikke dette fulgt opp.¹⁵⁷⁹ Det er uansett grunn til å understreke at en eventuell supplering av § 1-5 med et reelt behov etter § 1-3 som skissert her, er noe borgeren står fritt til å *velge å gjøre*. Det er ikke snakk om noe tvungent prosessfellesskap, eller lignende.

Mer overordnet til spørsmålet om det delegerende organ kan saksøkes hvis dette ikke er direkte involvert i saken er det grunn til å poengtere at det delegerende organ ikke er tett innblandet i de fleste saker. Det vil (og bør) ofte overlate det meste til delegaten. De sivilprosessuelle uklarhetene skaper imidlertid et insentiv til å ikke føre kontroll og å instruere delegaten, fordi dette øker risikoen for at det delegerende organet kan bli holdt ansvarlig. Dette går på tvers av utgangspunktet om at delegering ikke skal kunne svekke det

¹⁵⁷⁷ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 121.

¹⁵⁷⁸ Sml. Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 121: «Dersom instruksjonen er så detaljert og omfattande at heimkommunen i realiteten har overteke avgjerda, vil mykje tale for å sjå på heimkommunen som rett saksøkt. Departementet går ut frå at spørsmålet om kven som er rett saksøkt i slike tilfelle, bør avgjerast ut frå ei konkret vurdering, der det vil vere avgjerande kor sterkt inngrep instruksjonen til heimkommunen inneber.»

¹⁵⁷⁹ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 120.

delegerende organets ansvar, og underbygger behovet for et særskilt kontrollkrav, som omtales i neste kapittel. Konklusjonen er likevel at det delegerende organ normalt bare vil være rett saksøkt for vedtak dersom det er dette organet som har truffet vedtaket (herunder klaget).

Avslutningsvis kan det imidlertid nevnes at uavhengig av hvem som er rett saksøkt i gyldighets søksmål, så kan delegerende organer *søkes for erstatning* i større utstrekning, som jeg kommer til like nedenfor. Videre kan delegerende organer tre inn som partshjelper jf. tvl. § 15-7. Et delegerende organ vil normalt anses å ha «... oppgave å fremme særskilte interesser ...» i «... sak som ligger innenfor deres formål og naturlige virkeområde ...», dersom det er deres delegat eller delegatens vedtak i klageinstansen, som er ført for domstolene. Det kan også nevnes at en viss mulighet til å ansvarliggjøre et delegerende organ vil følge av adgangen til å be dette organet vitne, levere ut dokumentasjon, med mer. I praksis er derfor det demokratiske momentet jeg nevnte tidligere relativt godt ivaretatt, og jeg vil si at denne rettstilstanden ikke er problematisk.

6.4.4 Oppsummering

Oppsummeringsvis kan man i et sivilprosessuelt perspektiv overlate ansvar. Ansvaret for gyldigheten av vedtak tar slik sett bare i begrenset grad høyde for postulatet om at man ikke kan overlate ansvar, og det gjør få tilpasninger for å sikre at det delegerende organets ansvar ikke reduseres. Som fremhevet avslutningsvis er det imidlertid ikke åpenbart at dette er et problem i seg selv, ettersom andre ansvarsmekanismer kan fange opp det delegerende organs ansvar. I tillegg unngås problemet så lenge saken holdes innenfor samme organ.

6.5 Erstatningsansvar

6.5.1 Innledning og omtale av forholdet mellom de erstatningsrettslige og forvaltningsrettslige hensynene

Temaet her er erstatningsansvaret ved delegering, og i hvilken utstrekning erstatningsretten gir grunnlag for å holde et delegerende organ ansvarlig for sin delegats opptreden. Til å

begynne med er det grunn til å gjenta at sivilprosessuelt sett er det delegerende organs ansvar sammenfallende med den man pretenderer å ha et erstatningskrav mot.¹⁵⁸⁰

Det jeg er interessert i å belyse er om og i så fall hvordan de erstatningsrettslige ansvarsformene ivaretar det delegerende organets ansvar, eller om man kan overlate dette ansvaret til andre. Dette vil skje gjennom en relativt omfattende analyse av det offentlige erstatningsansvar, som forutsetter en del substansielle erstatningsrettslige drøftelser. Enkelte av disse er ekskurser i relasjon til hovedproblemstillingen (riktignok på en måte som i seg selv gir nye funn om det offentlige erstatningsansvar). Erstatningsretten demonstrerer kompleksiteten i et differensiert ansvarsbegrep på en måte som har stor betydning for analysen og forståelsen av koblingen mellom delegering og ansvar. Som vil bli klart er også erstatningsrettens åpnere systematikk i større grad egnet for å ta høyde for mange av de spørsmålene jeg har drøftet i kapittel 4 og 5 og vil drøfte i neste kapittel, sammenlignet med forvaltningsrettens ugyldighetslære.

Temaet befinner seg i en interessant mellomposisjon mellom forvaltningsretten og privatretten. Fra et forvaltningsrettslig perspektiv er det grunnleggende sett et spørsmål om delegerende organer ikke bør kunne overlate ansvar til delegater. Antakelsen litteraturen har bygget på er imidlertid heller ikke begrunnet nærmere innenfor det erstatningsrettslige ansvaret.¹⁵⁸¹ At den som delegerer bør være erstatningsansvarlig kan videre begrunnes i at det har en demokratisk egenverdi å synliggjøre og prøve forvaltningsevne gjennom søksmål. Erstatningsansvar for det delegerende organ vil skape en internalisering av *politisk risiko*, og underbygge den hierarkiske strukturen i forvaltningen. Det vil gjøre det mindre lønnsomt å delegerer for å unnslipe ansvar. Det vil også oppfordre det offentlige til å føre kontroll i samsvar med kravene som omtales i neste kapittel, og å vurdere grundig hvilke virksomheter de delegerer til, i samsvar med forutsetningene i kapittel 5.

Fra et privatrettslig ståsted er spørsmålet heller et om *søkbarhet* og plassering av økonomisk *risiko*. Det vanlige er at den som har voldt skaden (delegaten) skal holdes ansvarlig, og det privatrettslige utgangspunktet er at man ikke er ansvarlig for andres handlinger. Ansvaret bør derfor plasseres hos delegaten. Imidlertid kan det oppstå tilfeller (som ved delegering)

¹⁵⁸⁰ Se tilsvarende bl.a. LB-2022-189531 (*Dartride AS*).

¹⁵⁸¹ Generelt behandles erstatningsansvaret til det offentlige i Smith 2022 s. 506 flg. og Graver 2019 s. 576 flg.

der man kanskje burde holdes ansvarlig for en annens skadeforvoldelse. Dette gjelder særlig dersom den som voldte skaden ikke er søkbar (insolvent, ute av landet, eller lignende). Om ansvar kan overlates vil derfor fra et privatrettslig perspektiv handle om hvordan hensynet til den skadde (borgeren) kan ivaretas best mulig.

Særlig ved delegering til private rettssubjekter, kan det være ønskelig å ha det offentlige som motpart. Det finnes ingen risiko for at det offentlige er insolvent, og i mange tilfeller vil det offentlige også være en bedre motpart, fordi de ikke kan slå seg selv konkurs som forhandlingskort. Borgeren har også mulighet til å bruke den offentlige opinionen til å påvirke det offentlige til å inngå forlik, eller lignende. Skadelidte stilles derfor normalt bedre om vedkommende kan gå på det offentlige.¹⁵⁸²

Samtidig er det et selvstendig erstatningsrettslig formål at man har effektive rettsmidler mot den som gjorde feilen, altså delegaten.¹⁵⁸³ Borgeren kan bare få erstatning for samme skade én gang. Ansvarliggjøringen av delegaten kan løses gjennom regler om regress, eventuelt avtale mellom det delegerende organet og delegaten om regress. Gjennom regressregler kan det offentlige i siste instans velte sine kostnader over på delegaten, og dermed internalisere disse hos denne.¹⁵⁸⁴ I så fall skapes en gjensidig oppfordring for både det delegerende organet og delegaten til å opptre riktig overfor borgeren. Regressspørsmålet håndteres nedenfor i 6.5.10.

Den sentrale problemstillingen blir her i hvilken utstrekning et delegerende organ er erstatningsansvarlig for opptreden til sin delegat.

6.5.2 Kort om grunnvilkårene skade og årsakssammenheng

Grunnvilkårene for erstatning er at det foreligger en *skade* av økonomisk eller ikke-økonomisk art, og at det er *årsakssammenheng* mellom skaden og et *ansvarsgrunnlag*. Den

¹⁵⁸² At skadelidte ikke skal ha redusert vern, vektlegges også spesifikt i vurderingen av oppdragsgiveransvaret hos Nygaard, som skriver at «Skadelidne må ha krav på at overføringa representerer 'en forsvarlig ordning' i den forstand at den ikkje reduserer det skadebotrettslege vern eller den skadebotrettslege stilling skadelidne hadde før overføringa.», men han poengterer videre at dette ikke får betydning dersom «.. oppdragstakaren er minst like kvalifisert både fagleg og økonomisk som oppdragsgjevaren ...», Nygaard: *Skade og ansvar*, Universitetsforlaget, 2007 s. 251.

¹⁵⁸³ Nygaard 2007 s. 19—20.

¹⁵⁸⁴ Se generelt om internalisering av kostnader («transfer of risk») som et element i en PA-relasjon, Eisenhardt 1989 s. 63. Det rettsøkonomiske argumentet er imidlertid et utilstrekkelig argument og må suppleres med de offentligrettslige og institusjonelle perspektivene, sml. kapittel 2.

problemstillingen jeg drøfter forutsetter at vilkårene om skade og årsakssammenheng er innfridd. Mitt spørsmål er nemlig begrenset til at det er *problematiske forhold ved en delegering* som er årsak til en skade. Hvordan dette kan skje avhenger av hvilken type delegering det er snakk om.

Som omtalt i kapittel 4 kan man delegere kompetanser og tillatelser. Ved misbruk av den delegerte myndigheten kan det oppstå skade. Manglende bruk av instruksjonsmyndighet for å hindre et annet forvaltningsorgans ulovlige myndighetsutøvelse er et eksempel på dette. Andre eksempler er manglende tiltak overfor et barn som så blir utsatt for mishandling.¹⁵⁸⁵ Det prinsipielle spørsmålet er om det delegerende organ må hefte for måten delegaten har brukt den tildelte kompetansen eller tillatelsen.

Plikter som ikke innfris kan også påføre skader. En eldre person som ikke mottar hjemmehjelp og sulter som følge, blir påført skade fordi plikten ikke ble innfridd. En elev som får mangelfull undervisning over tid og må gjenta skoleår taper fremtidig økonomisk inntekt.¹⁵⁸⁶ En kommune som ikke vedlikeholder vann- og avløpssystemet godt nok, kan holdes ansvarlig når rør sprekker eller går tett.¹⁵⁸⁷ Det prinsipielle spørsmålet her er om det delegerende organet bør hefte for at sine egne plikter ikke innfris av en de selv har utpekt til å innfri disse.

Jeg begrenser altså min drøftelse til tilfeller der delegaten har gjort eller ikke gjort noe som var en del av virksomhetens formål å gjøre, eller å ikke gjøre. Det er altså ikke snakk om tilfeller som i Hjemmehjelpdommen, der en hjemmehjelp stjal fra brukeren under sitt besøk.¹⁵⁸⁸ Generelt sett er det mindre grunn for det delegerende organet å være erstatningsansvarlig for upåregnelig atferd som ligger utenfor oppdraget et annet rettssubjekt ble gitt, men dette kan hverken utelukkes etter skl. § 2-1, oppdragsgiveransvaret eller kontraktsmedhjelperansvaret.

¹⁵⁸⁵ Se eksempelvis Rt. 2003 s. 1468 (*Unnlatt omsorgsovertakelse*). Det motsatte — at kommunen griper inn — kan også være ansvarsbetingende, se LB-2021-85519 (*Omsorgsovertakelse*). I begge sakene tapte saksøkeren.

¹⁵⁸⁶ Ansvar for manglende opplæring omtales i Runde: «Skoleeiers erstatningsansvar for mangelfull opplæring i offentlige skoler», *Lov og rett*, 2013, s. 428—47.

¹⁵⁸⁷ Se for eksempel Rt. 2012 s. 820 (*Vannavløp fra fylkesvei*).

¹⁵⁸⁸ Rt. 2008 s. 755 (*Hjemmehjelp*).

Forutsetningen videre er altså at det foreligger en skade, og at det kan konstateres årsakssammenheng. Spørsmålet blir da hva som er ansvarsgrunnlaget for at et delegerende organ kan holdes ansvarlig for skade påført av en delegat. Jeg vil begrense analysen til de generelle erstatningsrettslige ansvarsgrunnlagene som følger skadeserstatningsloven og alminnelig erstatningsrett. Ansvarsgrunnlag som følger av særlovgivningen eller særskilte erstatningsrettslige ansvarsinstitusjoner som pasientskadeerstatningsordningen kommer jeg ikke inn på.

6.5.3 Skadeserstatningsloven § 2-1, arbeidsgiveransvaret eller ansvar for virksomhet

Skadeserstatningsloven § 2-1 fastsetter arbeidsgiveransvaret etter norsk rett. Bestemmelsen gir grunnlag for å *identifisere* arbeidsgiver med en uaktsom ansatts skadende handling. Samtidig er bestemmelsen grunnlag for ansvar for *selve virksomheten*, uavhengig av om konkrete ansatte har opptrådt med subjektiv skyld.¹⁵⁸⁹ Det sentrale vurderingstemaet er hvilke «... krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten ...».¹⁵⁹⁰ Dette må ses i lys av at skl. § 2-1 åpner for anonyme og kumulative feil. Anonyme feil åpner for ansvar selv der det er uklart hvem som begikk feilen. Kumulative feil er feil der hver enkelt ansatts handling ikke kvalifiserer til uaktsomhet, men at de samlet sett er i strid med de krav som er rimelig å stille til virksomheten.¹⁵⁹¹ Mobbedommen er det tydeligste eksempelet på dette, der alle fra «... skolens ledelse og PPT, klassestyreren ...» til «skolens øvrige ansatte» ble trukket inn i en samlet vurdering av om kravene som kunne stilles til virksomheten var tilsidesatt.¹⁵⁹² Konsekvensen er at § 2-1 et godt stykke på vei kan fungere som et objektivt ansvar, der elementer av skyld kommer i bakgrunnen, og selve forsvarligheten av virksomheten blir det sentrale.¹⁵⁹³

Det kan i forbifarten poengteres at det erstatningsrettslige ansvar for virksomhet uavhengig av skyld kan sies å reflektere et bredere og strukturelt forankret maktbegrep: Den

¹⁵⁸⁹ Nygaard 2007 s. 220.

¹⁵⁹⁰ Dette innebærer samtidig en avgrensning av ansvaret mot arbeidstakerens skadevoldende handlinger som ikke var «... rimelig å regne med ...» basert på «... karakteren av arbeidet ...».

¹⁵⁹¹ Se Rt. 2012 s. 146 (*Mobbedommen*) avsnitt 38: «Avgjørende er om kommunens ansatte – lærere, rektorer og PP-tjeneste – kan bebreides at omsorgsplikten overfor A ikke ble tilfredsstillende ivaretatt. Det som er aktuelt i saken er – som lagmannsretten la til grunn – et ansvar for kumulative feil, der det ikke er nødvendig å påvise at hver enkelts feil eller forsømmelse er tilstrekkelig til at vedkommende kan gjøres ansvarlig.»

¹⁵⁹² *Mobbedommen* avsnitt 63.

¹⁵⁹³ Nygaard 2007 s. 248: «Reglane om kumulative og anonyme feil kan overlappa og utfylla kvarandre ... I slike tilfelle er ansvaret unekteleg kome relativt langt i retning av *objektivt ansvar*.»

økonomiske risikoen kanaliseres gjennom et slikt ansvar dit man mener påvirkningsmulighetene (makten) reelt sett ligger. Det som skal drøftes videre er hvilke argumenter som er sentrale ved vurderingen.

Det klare utgangspunktet er at skl. § 2-1 er tilstrekkelig rettslig grunnlag for å konstatere at det delegerende organet er erstatningsansvarlig for delegaten, når delegaten og det delegerende organet hører til samme rettssubjekt. «Staten» er arbeidsgiver for alle ansatte i staten. Dette er normalt uproblematisk. Det er imidlertid nødvendig å huske på at alle statens ansatte prinsipielt kan trekkes inn i en vurdering av om kravene man kan stille til virksomheten var tilsidesatt. I Rt. 2009 s. 1237 *Nordsjødykker* foretar for eksempel Høyesterett en *samlet* vurdering av hvordan staten hadde organisert sitt tilsyn med dykkevirksomheten i Nordsjøen, men konkluderer med at ordningen var forsvarlig.¹⁵⁹⁴ Avgjørelsen viser at selv der de enkelte tilfellene ikke i seg selv ga grunnlag for klander, kunne departementets manglende tilrettelegging og kontroll av virksomheten vært tilstrekkelig. De momentene jeg kommer tilbake til like nedenfor, vil ha betydning også i en slik vurdering. I slike saker blir det imidlertid et rent spørsmål om statens ansatte har handlet uaktsomt (kumulativt og/eller anonymt).

Vanskelighetene oppstår først der det delegeres på tvers av rettslige subjekter. Her vil det klare utgangspunktet være at skl. § 2-1 *ikke* gir grunnlag for å konstatere ansvar, fordi det ikke er snakk om «ansatte».

Dette utgangspunktet kan nyanseres ved å fremheve at arbeidstakerbegrepet etter både arbeidsmiljøloven og skadeserstatningsloven må tolkes i samsvar med formålet til reglene på området.¹⁵⁹⁵ Arbeidsrettslig vil for eksempel mange såkalte selvstendige oppdragstakere innenfor blant annet helsevirksomhet, regnes for å være arbeidstakere.¹⁵⁹⁶ Sett i sammenheng med forutsetningen om at man ikke kan delegere til noen man ikke kan instruere, mener jeg at man normalt kan gå ut fra at *delegater* som er selvstendige

¹⁵⁹⁴ Se Rt. 2009 s. 1237 (*Nordsjødykkerne*) bl.a. avsnitt 99, «... kan jeg heller ikke se at selve organiseringen av kontrollen var uforsvarlig ...», og 109 «... ut fra en samlet vurdering kan jeg ikke se at ordningen generelt sett var uforsvarlig.»

¹⁵⁹⁵ Se f.eks. nærmere i NOU 2021:9 *Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv* s. 164 for en oppdatert fremstilling, hvor man bl.a. s. 165 fremhever at «... begrepet skal gis en vid tolkning og at de som har behov for vern skal bli vernet.»

¹⁵⁹⁶ Se i kapittel 7 punkt 7.5.3.2 med videre referanse til Hotvedt.

næringsdrivende, må anses som arbeidstakere, som omtales i kapittel 7. En utvidende tolkning av arbeidstakerbegrepet gjør at man slipper problemet, fordi skl. § 2-1 kan anvendes direkte, og kan underbygges av hensynet til at man ikke bør kunne delegere seg vekk fra ansvar.

I tillegg er arbeidstakerbegrepet blitt tolket enda videre etter skl. § 2-1,¹⁵⁹⁷ og det er en tendens at det personelle området for arbeidsgiveransvaret utvides.¹⁵⁹⁸ Særlig sentral er Rt. 2015 s. 475, *Partnerdommen*, der en partner i et advokatfirma ble ansett å være arbeidstaker. Dette ble blant annet begrunnet med at det vis á vis den skadelidte like godt kunne være en vanlig advokat som en partner, som tok oppdraget og begikk feilen.¹⁵⁹⁹ Retten vektla at det var snakk om selskapets kjernevirksomhet. Dette momentet kan være relevant ved delegering. Det fremstår for eksempel som urimelig dersom borgeren ikke skal kunne holde kommunen ansvarlig for skade vedkommende ble påført, bare fordi en andel av turnuslisten ble fylt med selvstendige oppdragstakere. Man kan kanskje si at ved ‘sammenblanding’ av arbeids- og oppdragstakere, så blir det ansvar for *virksomheten* som kommer i forgrunnen.¹⁶⁰⁰ I slike tilfeller vil man kumulere feilene til alle involverte, uavhengig av tilknytningsform.¹⁶⁰¹

Bortsett fra i det sistnevnte eksempelet, typisk ved bruk av bemanningsbyråer, vil imidlertid arbeidsgiveransvar for det delegerende organ være uaktuelt der den delegaten som har voldt skaden har en *annen arbeidsgiver* enn det delegerende organ. Dette er også den typiske situasjonen ved privatisering, bruk av interkommunale selskaper, og lignende, og det er dette jeg forutsetter i den videre drøftelsen. Den vanligste situasjonen er med andre ord at skl. § 2-1 ikke kan danne grunnlag for identifikasjon mellom det delegerende organ og

¹⁵⁹⁷ Rt. 2015 s. 475 (*Partnerdommen*) avsnitt 64 fremhever at utgangspunktet er sammenfall mellom begrepet på tvers av lovverket, men mer «... enn et utgangspunkt er det likevel ikke.»

¹⁵⁹⁸ Dette er en generell tendens i erstatningsretten se Strandberg: «Erstatning for feil gjort i selskapets ledelse - utviklingstrekk, tilnærming og systematikk», *Tidsskrift for forretningsjus* 23, 2017, s. 135–66 s. 152 flg. om utvidelsen av det personelle området for arbeidsgiveransvaret.

¹⁵⁹⁹ *Partnerdommen* avsnitt 69.

¹⁶⁰⁰ Se generelt nedenfor om argumentene som gjør seg gjeldende ved kontraktsmedhjelperansvaret knyttet til klarhet om det er arbeids- eller oppdragstakere som har voldt skaden, som også kan forankres i forarbeidene til skl. jf. note 1671.

¹⁶⁰¹ Sml. også Selvig: *Det såkalte husbondsansvar: studier i ulike typer av ansvar for hjelpere, herunder rederansvaret etter sjøl. § 8*, Universitetsforlaget, 1968 s. 51: «Det er rimelig at denne usikkerhet går ut over virksomhetslederen, slik at oppdragskontrakten bare kan tillegges ansvars-overførende virkning i tilfelle hvor den medfører en *utvetydig* overføring til oppdragstakeren av de arbeidsoppgaver det gjelder.»

delegat. Derimot kan det finnes andre grunnlag for identifikasjon, som jeg kommer til like nedenfor.

6.5.4 Arbeidsgiveransvar for manglende kontroll med delegater

Spørsmålet som skal drøftes her, er om skl. § 2-1 likevel kan være aktuell ved delegering til en annen arbeidsgiver. Det vil nemlig være en del av de «krav» man kan «stille til» et delegerende organ, at disse følger opp og kontrollerer sine delegater (se også neste kapittel). Spørsmålet som må vurderes er derfor i hvilken utstrekning det kan være uaktsomt av et delegerende organ å delegerer til og eventuelt ikke følge opp en delegat med tilstrekkelig kontroll og styring.¹⁶⁰²

Normen for hvilke «krav skadelidte med rimelighet kan stille til» et delegerende organ sin kontroll med delegater, må ses i lys av det generelle kontrollkravet som utførlig omtales i neste kapittel.

Prinsipielt sett kan ansvar gjøres gjeldende mot det delegerende organet på grunn av selve delegeringen.¹⁶⁰³ Dette vil spesielt være aktuelt i de tilfeller hvor man delegerer til rettssubjekter som åpenbart ikke er kvalifiserte til å håndtere delegeringen. Et viktig moment i slike tilfeller vil være om virksomheten har personell hjemmel eller ikke. Det vil de mangle om de ikke innfrir faglige kompetansekrav, typisk fordi de bruker ufaglært arbeidskraft der loven forutsetter bruk av faglært, som omtalt i kapittel 4.¹⁶⁰⁴ Også dersom det delegerende organ ikke har ivaretatt sitt forvaltningsrettslige ansvar for å styre og kontrollere delegaten, vil dette vektlegges ved om delegeringen i seg selv er uaktsom.¹⁶⁰⁵

Det som er relevant for å vurdere aktsomheten av å delegerer vil også være relevant å vektlegge når man vurderer om oppfølgingen har vært god nok. Dette innebærer at det må

¹⁶⁰² Bjerkan 2019 s. 295: «Det offentlige vil uavhengig av et oppdragsgiveransvar, hefte på uaktsomhetsgrunnlag for sin egen utvelgelse, kontroll og oppfølging av oppdragstakeren.»

¹⁶⁰³ Sml. også Askeland: *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Cappelen akademisk, 2002 s. 95—96, som fremhever prinsipalen har ansvar for utvelgelsen av den som skal gjøre oppdraget.

¹⁶⁰⁴ Se Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) *Om lov om skadeserstatning i visse forhold* s. 42: «En annen sak er at staten kan bli ansvarlig på culpa-grunnlag dersom den har gått med på en uforvarlig ordning, f.eks. satt bort vegvedlikehold til en entreprenør som åpenbart ikke hadde tilstrekkelig kapasitet til å utføre arbeidet tilfredsstillende.»

¹⁶⁰⁵ Akkurat dette blir også drøftet i Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 59 som omtaler ordningene med at private klassifikasjonsselskaper godkjenner skip. Man avviser et oppdragsgiveransvar i slike tilfeller, men konstaterer at staten «... kan bli ansvarlig dersom selve den kontrollordningen staten har godkjent, ikke holder mål».

vektlegges om det delegerende organet har hentet inn tilstrekkelig informasjon, og iverksatt riktige tiltak basert på denne informasjonen for å forhindre skade. Det må også vurderes hvordan man har vurdert informasjonen, om man har hatt kompetanse til å vurdere informasjonen, og om man hadde grunner til å tro at informasjonen var mangelfull.

Det er klart at manglende kontroll i seg selv kan være ansvarsbetingende. Nygaard viser til to saker der det offentlige får erstatningsansvar for å kontrollere oppdragstakere som løser oppgaver på deres vegne.¹⁶⁰⁶ I både Rt. 1967 s. 597 *Asfaltklump* og Rt. 1967 s. 697 *Lier* hadde kommunens arbeidstakere ført manglende kontroll med en privat selvstendig oppdragstaker, og Høyesterett holdt kommunen erstatningsansvarlig for dette.¹⁶⁰⁷ I begge tilfeller ble det vektlagt at kommunen hadde oppfordring til å kontrollere og sørge for at virksomheten ble gjennomført på forsvarlig vis.¹⁶⁰⁸ Spørsmålet har også sammenheng med problemstillingen i Rt. 1999 s. 1903, der en hjelpeverge hadde begått tyveri. Hjelpevergen opptrer på kommunens vegne, og kommunen ble holdt ansvarlig for ikke å ha ført tilstrekkelig kontroll med denne.¹⁶⁰⁹

Spørsmålet kan også ses i sammenheng med saker som behandler det offentlige kontroll med private aktører (som ikke er delegater) på vanlig måte. Saker som *Knærten barnehage* (Rt. 2002 s. 654) er illustrerende: Her hadde kommunen ikke rettet pålegg (iverksatt tiltak) mot barnehagen slik at de sperret av en bekk med gjerde, til tross for at de visste om hullet i gjerdet. Kommunen begrenset seg til å oppfordre om at dette skulle skje. Deretter falt en liten jente i bekken og ble sterkt hjerneskadet. Flertallet på tre dommere kom til at kommunen hadde gjort nok ved å oppfordre til å sette opp gjerdet, mens mindretallet holdt kommunen ansvarlig for 50 prosent av tapet.

Fellestrekket med kontrollvirksomhet overfor private, aktualiserer spørsmålet om den «milde culpanorm for servicevirksomhet», som har en lang historie som ikke skal gjentas

¹⁶⁰⁶ Se Nygaard 2007 s. 250, merk også Nygaard 2007 s. 248 om offentlig ansvar for «... mangelfull administrasjonsordning ...» eller «... uheldig rutine ...» med henvisning til flere eksempler.

¹⁶⁰⁷ Rt. 1967 s. 597 (*Asfaltklump*) på s. 600 og Rt. 1967 s. 697 (*Lier*) s. 701.

¹⁶⁰⁸ *Lier*: «Etter mitt syn hadde han, da han sluttet avtalen med Pedersen, sterk oppfordring til, ikke bare å gjøre ham kjent med helseforskriftene, men også å presisere at de måtte følges, og til så langt det var praktisk mulig å sikre seg at de ble fulgt. Det var etter avtalen et vilkår for å utbetale godtgjørelsen at det ble legitimert at privetene var tømt. Det var like nærliggende å sette som vilkår for betalingen at Pedersen legitimerte at massen var anbrakt på en måte som kunne godtas etter forskriftene.»

¹⁶⁰⁹ Rt. 1999 s. 1903 (Hjelpeverge) s. 1911:

her.¹⁶¹⁰ Man kunne sett for seg et argument om at å kontrollere private aktører (herunder delegater) er en form for service det offentlige gjør, og at de ikke bør risikere et omfattende ansvar på grunn av dette. Dette argumentet er imidlertid lite tungtveiende.¹⁶¹¹ Den såkalte milde normen er forlatt i stor utstrekning.¹⁶¹² Den er eksplisitt avvist for kontrolltilfellene i flere avgjørelser,¹⁶¹³ og det må være klart at kontroll med delegater ikke er noen «service» det offentlige gjør av altruistiske grunner.¹⁶¹⁴ Snarere er delegering i det offentliges egeninteresse, og det forvaltningsrettslige perspektivet taler heller for en strengere vurdering av aktsomheten.¹⁶¹⁵ Kontrollen med delegater vil i alle fall være mer intensiv enn den alminnelige kontrollen med private virksomheter, slik *Lier* og *Asfaltklump* indikerer.¹⁶¹⁶ Unntaket vil være tilfeller der det offentlige engasjerer delegater for å løse en oppgave som *i seg selv* må anses å falle inn under den milde servicenormen.¹⁶¹⁷

Vurderingen bør legge mindre vekt på om delegaten har en beskjeden stab, mange oppgaver, eller lignende, som har vært vektlagt i flere av kontrollsakene overfor private.¹⁶¹⁸ Vurderinger av kapasitet bør inngå i vurderingen av om man bør delegerer i utgangspunktet, som omtalt i kapittel 5 og utdypes i kapittel 7.

Alvoret i inngrepet eller virksomheten som foretas, vil også ha betydning. Dersom man er tett opp til tilfeller der det offentlige hefter på objektivt grunnlag, kan dette være veiledende.

¹⁶¹⁰ Utgangspunktet var Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 79.

¹⁶¹¹ Generelt er det få av de argumenter som eventuelt skulle talt for et mildt ansvar i kontroll- og servicetilfellene (se generelt omtalen i Stenvik: *Erstatningsrett*, 2. utgave utg., Universitetsforlaget, 2019 s. 257 flg.), som gjør seg gjeldende ved kontroll av *forvaltningen selv*. Som Stenvik 2019 s. 260 fremhever, er kjerneområdet «... unnlattelser av å avverge skader fra risikoer som truer utenfra eller som er skapt av andre.», uthevd i original.

¹⁶¹² Se særlig kritikken i Liisberg: *Erstatningsansvaret for offentlig servicevirksomhet, Kritikk av en juridisk vranglære*, Fagbokforlaget, 2005.

¹⁶¹³ Se Rt. 1999 s. 1903 (*Hjelpeverge*) s. 1912, «Det ville etter min mening ikke være i samsvar med lovens formål om det skulle gjelde en særlig – mild – aktsomhetsnorm for denne virksomheten.», Rt. 2002 s. 654 (*Knerten barnehage*) s. 662, der partene var enige om dette.

¹⁶¹⁴ Se bl.a. Rt. 1992 s. 453 (*Furunkulose*) s. 478: «Veterinærmyndighetenes oppgaver etter fiskesykdomsloven, er det etter min mening ikke naturlig å se under synsvinkelen service- eller bistand. Avgjørelser om import av levende fisk med de mulige skadevirkninger det innebærer, vil kunne ha virkninger av nasjonal betydning. En vesentlig del av den totale offentlige virksomhet i vid forstand går forøvrig ut på å beskytte og tilrettelegge forhold for næringsutøvere og privatpersoner»

¹⁶¹⁵ Se også Nygaard 2007 s. 244–245, som sammenfatter rettspraksis på en del ulike felter. Som han fremhever gjelder det ofte et «... ganske strengt krav om kontroll ...» i noen tilfeller.

¹⁶¹⁶ Sml. også vurderingen til Nygaard 2007 s. 250: «... forsvarlegkravet ser her ut til å vera ganske strengt.»

¹⁶¹⁷ Et eksempel på dette kan kanskje være kommunens ansvar for matrikkelen jf. matrikkellova § 5 a. Kommunens monopolstilling kan samtidig tale mot en mild norm.

¹⁶¹⁸ Dette var særlig viktig i Rt. 1991 s. 954 (*Reisegaranti*) s. 959: «Forbrukerombudet hadde mange oppgaver og en relativt beskjeden stab. Han kunne ikke overkomme alt. Kontrollen med reisearrangørenes markedsføring var en av hans mange oppgaver.»

Dette er aktuelt ved uforsvarlig ordning som i Rt. 2000 s. 388,¹⁶¹⁹ eller ved «... ugyldige, men ikke klanderverdige vedtak» som går ut på sterke inngrep og rimelighetsgrunner taler for det.¹⁶²⁰ Det gjelder ingen generell regel om objektivt erstatningsansvar for ulovlig myndighetsutøvelse, men objektivt ansvar er aktuelt der det er snakk om store inngrep og rimelighetsgrunner taler for det.¹⁶²¹ I tilfeller der forholdet er såpass alvorlig at det for delegaten vil være et objektivt erstatningsansvar, så kan det også vektlegges i vurderingen av ansvar for det delegerende organ. Blant annet fremhever Høyesterett i *Vangen-eiendom* at objektivt ansvar støttes av at «... de organer som er satt til å håndheve loven, bør være nærmest å vurdere hvor langt lovhjemmelen rekker ...», og at man kan snakke om feil lovtolkning som «... ‘driftsomkostninger’ ved myndighetsutøvelsen ...».¹⁶²² Til dette er det å si at det i tilfeller med delegering egentlig er det *delegerende organ* som er «... nærmest å vurdere hvor langt lovhjemmelen rekker ...».

Konklusjonen er altså at det i mange tilfeller vil være aktuelt å bruke skl. § 2-1 for å konstatere at det delegerende organ har direkte ansvar for å ikke ha forhindre skade foretatt av delegater. Dette ansvarsgrunnlaget kan et stykke på vei gjøre det delegerende organ erstatningsansvarlig for skader voldt av delegat, i samsvar med postulatet om at ansvar ikke kan delegeres.

Prinsipielt sett er det imidlertid viktig å fremheve at det delegerende organ da hefter for *sin egen* uaktsomhet. Dette er noe annet enn at det delegerende organ er direkte ansvarlig for det delegaten gjør. Dette forutsetter nemlig *identifikasjon*, som skal drøftes nedenfor i 6.5.5.

¹⁶¹⁹ Se Rt. 2000 s. 388 (*Knusesikre glass*) der Høyesterett konkluderer med at Fylkeskommunen som sykehuseier var objektivt erstatningsansvarlig for ikke å ha knusesikrede glass på en psykiatrisk avdeling.

¹⁶²⁰ Dette antydes i Rt. 1986 s. 1326 (*Reitgjerdet I*) på s. 1344, og slås fast i Rt. 1987 s. 1495 (*Reitgjerdet II*) på s. 1507: «Tvangsmessig tilbakeholdelse i psykiatrisk sykehus er et særdeles vidtgående inngrep i den enkeltes mest vesentlige rettsgoder. Etter min mening må iallfall utgangspunktet og hovedregelen være at når et slikt inngrep er blitt iverksatt uten at lovens vilkår forelå, må det medføre et objektivt erstatningsansvar overfor den som ble utsatt for inngrepet. Om en slik regel kan oppstilles helt uten reservasjoner, tar jeg ikke standpunkt til.» Vesentlig lenger går Høyesterett i Rt. 2005 s. 416 (*Advokatbevilling*) avsnitt 65, der det ble konstatert objektivt ansvar for ugyldig avslag på advokatbevilling. Riktignok hadde avslaget «... et pønalte preg», men det er et langt skritt fra innleggelse på Reitgjerdet til avslag på advokatbevilling.

¹⁶²¹ Se Rt. 2010 s. 291 (*Vangen*) avsnitt 33, der Høyesterett uttrykker at «Ut fra den rettspraksis som foreligger, må det legges til grunn at det ikke gjelder noen generell regel om objektivt ansvar for ulovhjemlet myndighetsutøvelse.»

¹⁶²² *Vangen* avsnitt 34.

6.5.5 Identifikasjonsbegrepet og ulike grunnlag for identifikasjon

Drøftelsen i det foregående punktet forutsetter at det delegerende organet blir ansvarliggjort for sine *egne* arbeidstakers uaktsomhet, eventuelt at de krav som kan stilles til *det delegerende organets* virksomhet er tilsidesatt. Det er i disse tilfellene ikke slik at det delegerende organet beholder ansvaret for *delegatens* virksomhet. Dersom et slikt ansvar skal gjelde, er det nødvendig å *identifisere* det delegerende organ med delegaten.¹⁶²³ Identifikasjon har primært vært drøftet i privatretten, og selv om (visse varianter av) læresetningen om at delegater ikke skal kunne frasi seg ansvar egentlig forutsetter identifikasjon, finner jeg ingen drøftelser av spørsmålet i forvaltningsrettslitteraturen. Grovt sagt innebærer identifikasjon at A, som har en tilknytning til B, blir holdt ansvarlig for det B gjør.¹⁶²⁴ Spørsmålet man kan stille er da: Når kan et delegerende organ identifiseres med sin delegat?

Derimot har *legitimasjon* vært drøftet i offentligrettslig sammenheng, særlig av Opsahl og Markus Hoel Lie.¹⁶²⁵ Legitimasjonsproblemet er om det offentlige er bundet overfor tredjemann, som følge av tredjemanns gode tro om at en offentlig ansatt (eller lignende) kunne binde det offentlige. Dette kan også betraktes som et spørsmål om ansvar: Har det offentlige ansvar for at dens egne ansatte pretenderer å kunne binde det offentlige til en bestemt disposisjon? Man kunne kanskje sett på dette som en form for identifikasjon. Der er imidlertid problemet omvendt fra her. Tredjemanns gode tro er den primære begrunnelsen for en slik identifikasjonsvirkning. Det handler om det offentlige bør få et *større ansvar* enn de ville hatt i utgangspunktet, som følge av representantens opptreden (lovnaden overfor tredjemann). Dette har klart forbindelse med delegeringsspørsmål, fordi som Hoel fremhever, vil hvilken anledning man har til å delegere spille en viktig rolle i god-tro-vurderingen (se omtalen i kapittel 4 punkt 4.3.3.) Det faller imidlertid på siden av problemstillingen i dette kapitlet.

Grunnbetingelsen for identifikasjon formuleres av Askeland som å være «... en form for *personell* tilknytning ...» og en «... *saklig* tilknytning mellom aktørs skadevoldende

¹⁶²³ I visse tilfeller kan en alternativ løsning være å la brudd på offentligrettslige regler få konsekvenser mellom partene. I hvilken utstrekning dette kan gjøres er tema i Rt. 2015 s. 276 (*Bori-dommen*) med påfølgende rettsutvikling i flere saker fra Høyesterett, se om utviklingen i Skjefstad: «Rettsutvikling og rettsavklaring i erstatningsretten - illustrert gjennom de såkalte Bori-dommene», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 17, 2020, s. 129—41.

¹⁶²⁴ Falkanger: *God tro, en studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, Universitetsforlaget, 1999 s. 364. Se imidlertid Askeland 2002 s. 179 om nyansene som oppstår i begrepet ved kontraktshjelperansvaret. Da vil det være Bs unnlattelse som er ansvarsbetingende, kombinert med As forpliktelse.

¹⁶²⁵ Hoel 2011, Opsahl 1963 kapittel 12, se særlig s. 12.23: «Overfor tredjemann foreligger en bemyndigelseslegitimasjon som fjerner en forvaltningsakts angripelighet (tross ugyldig bemyndigelse) når bemyndigelsen kommer fra det primærkompetente organ (som altså ikke er delegasjonskompetent), når tredjemann er i god tro (hva han normalt vil være) og når tredjemanns 'erhvervede rett' ville ha vært til hinder for administrativ omgjøring dersom avgjørelsen var fattet på vanlig måte.»

handling og tilknytningen mellom prinsipal og aktør.», eller der culpa mangler, at «... prinsipalen ... gjøres ansvarlig for hjelperens brudd på prinsipalens plikter overfor skadelidte.»¹⁶²⁶ Disse utgangspunktene passer for delegeringstilfellene. Alle delegater har en personell tilknytning, og den saklige tilknytningen følger av at det er bruken av den delegerte myndigheten eller mangelen på å innfri den delegerte plikten, som har forårsaket skaden.

Identifikasjon er et generelt begrep som betegner en konklusjon man kan nå på ulike måter. Det er grunn til å fremheve at det alminnelige arbeidsgiveransvaret jf. skl. § 2-1 er grunnlaget for at staten som rettssubjekt identifiseres med sine egne ansatte. Problemet oppstår derfor først der man delegerer til andre rettssubjekter. Fra privatrettslige forfattere er det særlige oppdragsgiveransvaret og analogi fra kontraktshjelperansvaret, som har vært nevnt som grunnlag for å identifisere i de tilfellene som er aktuelle ved delegering, typisk i form av privatisert offentlig tjenesteytelse.¹⁶²⁷

Poenget her er dels å undersøke om oppdragsgiveransvaret i seg selv kan danne grunnlag for identifikasjon, og dels om det kan danne slikt grunnlag hvis det ses i sammenheng med en analogi fra kontraktshjelperansvaret. Det er ikke noen motsetning mellom disse to ansvarsformene. Det sentrale spørsmålet er om man kan konstatere et ansvarsgrunnlag for det delegerende organet når delegaten opptrer på bestemte måter. I det videre vil jeg derfor drøfte om de argumentene som begrunner oppdragsgiver- og kontraktsmedhjelperansvaret, gjør seg gjeldende ved delegering. Til slutt er det nødvendig å supplere drøftelsen med ansvar for ikke-økonomisk skade, som forutsetter identifikasjon via *organansvaret*.

6.5.6 Oppdragsgiveransvar for delegaters skadegjørende handlinger

Oppdragsgiveransvaret er et selvstendig ansvarsgrunnlag som ble vurdert vedtatt på siden av skl. § 2-1, som et supplement til arbeidsgiveransvaret.¹⁶²⁸ Et slikt ansvar vil gjøre at den

¹⁶²⁶ Askeland 2002 s. 19—20.

¹⁶²⁷ Drøftelsene deres er imidlertid lite inngående. Kontraktshjelperansvaret nevnes av Strandberg: «Arbeidsgivers erstatningsansvar for skader hans arbeidstaker volder med forset», *Jussens Venner* 47, nr. 1, 2012, s. 33—68 s. 67: «I slike tilfeller kan det hende man heller burde anvende analogier til kontraktsretten, noe som også ville løse tilfellene der kommunen hyrer inn et bemanningsselskap for å oppfylle sine plikter» og Hagstrøm: «Utstrekningen av arbeidsgiveransvaret ved straffbar skadeforvoldelse - Høyesteretts dom 28. mai 2008 (HR-2008-00937-A)», nr. 4, 2008, s. 5—7 s. 7. Bjerkan 2019 nevner også oppdragsgiveransvaret. At de begge er former for identifikasjon er åpenbart, se Askeland 2002.

¹⁶²⁸ Se forslaget til lovtekst i NUT 1958:8 s. 50.

som bruker oppdragstakere heller enn arbeidstakere, identifiseres med oppdragstakeren på samme måte som om oppdragstakeren var arbeidstaker. Det ble foreslått et slikt ansvar for både det offentlige og private ved vedtakelsen av skadeserstatningsloven, men dette ble avvist, primært ut fra retts tekniske vanskeligheter.¹⁶²⁹ Hovedregelen eller utgangspunktet er derfor at oppdragsgiver *ikke er* ansvarlig for skade forvoldt av oppdragstakere.¹⁶³⁰ Departementet uttrykte imidlertid at domstolene kunne fastsette et oppdragsgiveransvar i særlige tilfeller,¹⁶³¹ og det er fortsatt sikkert at dette er mulig, selv om det er gjort i få tilfeller.¹⁶³² Som jeg kommer tilbake til nedenfor, er det mange av argumentene som er relevante ved vurderingen av dette ansvaret, som gjør seg spesielt sterkt gjeldende ved delegering.

Oppdragsgiveransvaret ved delegering til andre rettssubjekter har en enkel begrunnelse. Som det uttrykkes i forarbeidene til skadeserstatningsloven fremstår det «... anstrengt og urealistisk å fastslå ...» at en offentlig oppgave «... opphører å være det offentliges anliggende, utelukkende fordi man av hensiktsmessighetsgrunner ... lar private entreprenører stå for det.»¹⁶³³ Nygaard skriver treffende at «[s]å lenge dei nemnde oppgåver eller gjeremål blir overlatt og utført av ein *arbeidstakar*, må utføringa som nemnt innfri 'de krav skadelidte med rimelighet kan stille til virksomheten eller tjenesten'» og da må det «... være fullt på det reine at den som har dei nemnde oppgåver ... ikke kan kome unna desse krava ved å overlata arbeidet til ein sjølvstendig *oppdragstakar*.»¹⁶³⁴

Dette resonnementet er langt på vei sammenfallende med de offentligrettslige utgangspunktene om at det delegerende organet bør være ansvarlig for sin delegat. I

¹⁶²⁹ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 42 flg., høringsuttalelsene på s. 39 flg.

¹⁶³⁰ Sml. Askeland 2002 s. 144. Grensen mellom oppdragstaker og arbeidstaker er imidlertid et selvstendig og viktig spørsmål i denne sammenheng, se bl.a. ovenfor i punkt 6.5.3.

¹⁶³¹ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 42: «Hvorvidt det kan tenkes særlige tilfelle hvor forholdene ligger slik an at domstolene på annet grunnlag vil holde det offentlige/arbeidsgiveren ansvarlig for slik skade, finner man ikke grunn til å gå nærmere inn på i denne sammenheng».

¹⁶³² Bjerkan 2019 s. 294, og Askeland 2002 s. 144, som skriver at det er «... rom for å gjøre unntak fra denne hovedregelen på ulovfestet grunnlag. En slutning om at det pålegges oppdragsgiveransvar må dermed bygges på en relativt fri argumentasjon knyttet til synsmåter som generelt er anvendelige i forhold til identifikasjonsspørsmål.» Stenvik 2019 s. 272 er noe mer tilbakeholden, og uttrykker på s. 274 at om «... det er grunnlag for å ... la det offentlige hefte ved bortsetting av virksomhet som har karakter av myndighetsutøvelse eller offentlig servicevirksomhet, er mer usikkert».

¹⁶³³ Sml. også Askeland 2002 s. 59: «Den prinsippal som har delegert en oppgave som i utgangspunktet ligger under ham, skal ikke stilles bedre enn det rettssubjekt som velger selv å utføre den aktivitet som har ført til skade.» Sitat fra NUT 1958:8 s. 36.

¹⁶³⁴ Nygaard 2007 s. 251.

privatretten snakker man også om «non-delegable duties».¹⁶³⁵ Organansvaret er derfor en måte å håndtere den ansvarsforskyvning delegering ellers ville blitt skadet, og et grunnlag for tesen om at ansvar ikke kan delegeres. Utgangspunktet er likevel at oppdragsgiveransvar forutsetter særskilt begrunnelse.

Hagstrøm og Stenvik er mer skeptisk til oppdragsgiveransvar, og peker særlig på en uttalelse som gjaldt erstatningsansvaret for skipsgodkjenning i proposisjonen til skadeserstatningsloven.¹⁶³⁶ Departementet tok der spørsmålet om staten var ansvarlig for private klassifikasjonsselskaper (som Veritas AS) sin kontroll av skips kvalitet, opp til diskusjon. Man uttrykker at

«Statens oppgave må først og fremst være å sørge for at det blir gjennomført en betryggende ordning når det gjelder sjødyktighetskontrollen. Er det etablert en forsvarlig ordning med kontroll gjennom private klassifikasjonsselskaper, foreligger det neppe legislativt grunnlag for å holde staten ansvarlig om det i enkelttilfelle skulle påvises svikt i den kontroll som de private selskaper utøver.»¹⁶³⁷

Denne uttalelsen taler for å ikke identifisere delegat og delegerende organ basert på oppdragsgiveransvaret. Det er imidlertid visse forhold som taler mot å vektlegge uttalelsen. Det sentrale er at departementet ikke egentlig begrunner *hvorfor* staten ikke bør være ansvarlig. Man uttaler seg bare på generelt grunnlag om hva som bør være «statens oppgave», uten å drøfte hva oppgaven er og uten å si noe om forholdet til lovgivningen som regulerer godkjenning av skip. Man nevner heller ikke noen av de andre viktige argumentene jeg kommer tilbake til like nedenfor. I tillegg er det visse kontekstuelle forhold som har betydning.

Særlig viktig er det at uttalelsen kommer like før de nå velkjente uttalelsene om statens begrensede ansvar for kontroll- og servicevirksomhet, som omtalt ovenfor. Den mer

¹⁶³⁵ Selvig 1968 s. 48. Jeg er enig i en slik formulering om den tilpasses som omtalt innledningsvis. Selvig stiller seg kritisk til delegasjonsterminologien fordi den ikke bidrar til å fremheve «... hvilke momenter som er avgjørende ...» for ansvars plasseringen. Dette er jeg som fremgår av drøftelsen, i og for seg enig i.

¹⁶³⁶ Stenvik 2019 s. 273. Man uttrykker at Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) på side 59 taler «... mot å anse plikter som ikke-delegerbare, utover i helt spesielle tilfelle.» Det er vanskelig å se at uttalelsene gir støtte for et slikt standpunkt, om man tolker ikke-delegerbar bokstavelig. Tolket man det i betydningen at uttalelsen taler mot oppdragsgiveransvar der staten privatiserer, så omtaler jeg dette like nedenfor.

¹⁶³⁷ Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 59.

generelle holdningen til denne kontroll- og servicevirksomheten kan kanskje antas å ha 'smittet over' på spørsmålet om ansvar for oppdragstakere, som omtalt tidligere i punkt 6.5.3. Og videre: Når den milde normen for servicevirksomhet er forlatt, er det rimelig å tenke at det smitter over på dette problemet. Man vil derfor ikke kunne legge noe særlig vekt på uttalelsen.¹⁶³⁸

Uttalelsen peker uansett også på at staten vil kunne ha ansvar for å etablere en «... forsvarlig ordning ...». Hva som er grensen mellom en rent individuell feil fra delegatens ansatte og hva som er problemer med «ordningen» det delegerende organ har etablert, er imidlertid uklart.¹⁶³⁹ Uttalelsen er slik sett vanskelig å operasjonalisere. Derimot kan poenget lettere operasjonaliseres som et moment ved vurderingen av oppdragsgiveransvar. En lite forsvarlig ordning taler i så fall for oppdragsgiveransvar. Uttalelsen i forarbeidene er derfor ikke noen avgjørende innvending mot å konstatere oppdragsgiveransvar, men bør heller ses som et uttrykk for utgangspunktet, nemlig at oppdragsgiveransvar må begrunnes særskilt.¹⁶⁴⁰ Jeg vender derfor tilbake til spørsmålet om ansvaret kan begrunnes særskilt ved delegeringstilfellene.

Askeland fremhever flere argumenter for når oppdragsgiveransvar er særlig aktuelt. Det første er at oppdragstaker har tilknytning til oppdragsgivers gjøremål, for eksempel som når gjøremålet blir gjort i det delegerende organs interesse. Dette vil normalt være tilfelle ved delegering.¹⁶⁴¹ I tillegg blir delegatens virksomhet foretatt under kontroll og instruksjon fra det delegerende organ. Oppdragstakeren vil derfor være et *lite selvstendig* rettssubjekt, som taler for oppdragsgiveransvar.¹⁶⁴²

¹⁶³⁸ Hagstrøm 1987 s. 435 legger derimot stor vekt på at dersom det offentlige direkte hadde lagt godkjenningsmyndighet til private institusjoner *ved lov*, så ville det ikke blitt aktuelt med ansvar. Han skriver derfor at det kan «... vanskelig skjønnes at saken skal komme i en helt annen stilling når loven i stedet gir hjemmel til å delegere til private». Imidlertid er jo dette *hele forskjellen*. Å gi det offentlige delegeringsadgang, heller enn å legge ansvaret til en privat instans, er jo nettopp å si at ansvaret i utgangspunktet ligger hos det offentlige.

¹⁶³⁹ Se også Nygaard 2007 s. 251: «... her må ein vera merksam på at grensa mellom subjektivt og objektivt ansvar er ganske flytande når det gjeld tryggingstiltak og kontroll i mange tilfelle.»

¹⁶⁴⁰ Se også Hagstrøm 1987 s. 435: «... fra disse relativt sikre tilfelle kan det vanskelig slutes noe om ansvaret for selvstendige oppdragstakere som har blitt tildelt oppgaver, uten at dette har hjemmel i lov.»

¹⁶⁴¹ Askeland 2002 s. 151. Se også Falkanger 1999 s. 383, som vektlegger graden av interessefellesskap.

¹⁶⁴² Dette er også eksplisitt lagt til grunn i forarbeidene til skl., se NUT 1958:8 s. 19, der man vil «... advare mot ... at spørsmålet om hvem som har ansvar ...» legges utslagsgivende vekt på at man formelt, rettslig har med et selvstendig rettssubjekt å gjøre.» fordi «... rettssubjektet f.eks. er undergitt instruksjon eller kontroll fra Statens eller vedkommendes kommunes side.»

Det andre argumentet er om middelet delegaten brukte for å skade, har en særlig tilknytning til oppdragsgiveren, det delegerende organ.¹⁶⁴³ Typisk er det snakk om å bruke eiendommen eller verktøyene til oppdragsgiveren.¹⁶⁴⁴ Dette argumentet gjør seg særdeles sterkt gjeldende ved delegering av en kompetanse eller tillatelse. Det delegerende organet har i slike tilfeller stilt et middel til rådighet som kun kan 'mottas' ved delegering, nemlig offentlig myndighet. Skademiddelet er en eiendom eller et verktøy som står i særstilling.

Det tredje argumentet handler om hvorvidt oppdragsgiveren har tilknytning til det skadde rettsgodets eksponering for skaderisiko, og mer generelt om oppdragsforholdet skaper en viss risiko.¹⁶⁴⁵ Også dette argumentet vil ofte gjøre seg særlig sterkt gjeldende for det offentlige. Viktige eksempler er tilfeller der personer blir tvunget til å oppholde seg på institusjoner eller steder som det offentlige har bestemt, som psykisk helsevern, fengsler, barnehager, eller lignende. Man kan for eksempel se for seg fengselsinnsatte som blir skadet under fangetransport gjennomført av en privat aktør. I mange andre tilfeller vil det offentlige enten ha monopol, eller ha påtatt seg et forsyningsansvar for den aktuelle virksomheten.¹⁶⁴⁶ Det er dermed ofte det offentlige som eksponerer rettsgodet for skaderisiko i utgangspunktet.

Et mindre ekstremt eksempel gir sivilombudets årsmelding fra 1983.¹⁶⁴⁷ Her hadde en kommune truffet vedtak om inntauing av bil med hjemmel i veitrafikkloven, og brukt private inntauingsfirmaer for gjennomføringen av vedtaket. Det oppsto en skade under inntauingen, og spørsmålet var om kommunen var ansvarlig.¹⁶⁴⁸ Ombudet svarte nei, men svaret burde etter min mening klart være ja.¹⁶⁴⁹

Argumentene nevnt ovenfor er de mest sentrale. I vanskeligere tilfeller kan et støtteargument være det Falkanger fremhever som et moment for identifikasjon ved god

¹⁶⁴³ Askeland 2002 s. 155.

¹⁶⁴⁴ Sml. også Stenvik 2019 s. 271.

¹⁶⁴⁵ Askeland 2002 s. 159.

¹⁶⁴⁶ Et eksempel på at Høyesterett har konstatert oppdragsgiveransvar er Rt. 2000 s. 253 (*Motorsyklist*) der staten ble holdt ansvarlig for en privat entreprenør uten at dette ble problematisert av Høyesterett. Som Stenvik 2019 s. 272 bemerker var partene enige om at staten heftet for den private entreprenøren, men Høyesterett kunne prøvd spørsmålet, om de ville.

¹⁶⁴⁷ Se omtalen i Hagstrøm 1987 s. 436, hvor jeg kom over eksempelet.

¹⁶⁴⁸ Stortingets ombudsmann for forvaltningen: *Dokument nr. 4: Årsmelding for 1983*, 1983 s. 76.

¹⁶⁴⁹ Se også Hagstrøm 1987 s. 436—437: «... det virker ikke urimelig at arbeidsgivers ansvar omfatter arbeid som må ansees som et naturlig ledd i virksomheten.»

tro-vurderinger. Han nevner at det bør vektlegges om den som har satt ut oppgaven til noen andre, selv ville blitt i ond tro om vedkommende gjorde oppgaven selv.¹⁶⁵⁰ Dette kan være et relevant motargument mot identifikasjon i visse tilfeller. Man kan nemlig tenke seg at det offentlige må bruke oppdragstakeren fordi de selv mangler faglig kompetanse. I så fall ville ikke det offentlige selv hatt forutsetninger for å oppdage risikoen og handle for å unngå skaden, i motsetning til den selvstendige eksperten (som i dette tenkte eksempelet ikke handlet aktsomt).¹⁶⁵¹ Argumentet må imidlertid nyanseres i lys av den generelle forutsetningen om at det offentlige ikke bør delegerer til noen de mangler faglig kunnskap og kompetanse til å kontrollere jf. kapittel 7 punkt 7.4.3. I forarbeidene til skadeserstatningsloven uttrykkes det også at man bør se vekk fra slik manglende mulighet til å føre reell kontroll.¹⁶⁵² Tvert om kan man også snu på argumentet: Om det offentlige har gitt offentlig myndighet eller ansvar for offentlige oppgaver til en oppdragstaker som de ikke reelt sett vet hva gjør, bør de ha ansvar for den risikoen dette skaper.¹⁶⁵³

Et eksempel på dette fikk man i 2023, da det viste seg at Visma AS sin løsning for kommunikasjon av bekymringsmeldinger ikke fungerte etter hensikten. Løsningen var utviklet på vegne av norske kommuner (via KS). Kommunene har neppe digital kompetanse til å oppdage en slik feil. Når sentral infrastruktur for bekymringsmeldinger ikke fungerer bør imidlertid kommunene, som har valgt en slik løsning, åpenbart kunne identifiseres med Visma AS.

En annen måte å vinkle dette poenget på, er å fremheve at delegering ikke er ment å gi grunnlag for stor selvstendighet, men nettopp utgjør en form for myndighetstildeling som er ment å opprettholde hierarkiske rammer så langt det lar seg gjøre. Forarbeidene uttrykker også at det ofte er «... i alt vesentlig ... rent praktiske, administrative hensyn som har bevirket at man har henlagt en bestemt virksomhetsgren til et selvstendig rettssubjekt, uten at man har ofret spørsmålet om erstatningsansvaret en tanke.»¹⁶⁵⁴ Og i de tilfellene er det større grunner til å la det offentlige selv bære ansvaret.

¹⁶⁵⁰ Falkanger 1999 s. 380.

¹⁶⁵¹ Askeland 2002 s. 59.

¹⁶⁵² NUT 1964:3 *Innstilling II fra komiteen til å utrede spørsmålet om barns og foreldres og arbeidsgiveres erstatningsansvar m.m.* s. 24.

¹⁶⁵³ Sml. også Askeland 2002 s. 189 om betydningen av hvem som har valgt oppdragstakeren.

¹⁶⁵⁴ NUT 1958:8 s. 19.

Andre argumenter som fremstår relevante, er varigheten på oppdraget,¹⁶⁵⁵ og om det finnes et behov for at det offentlige er søkbart.¹⁶⁵⁶ Ved delegering til private (herunder offentlig-eide private) er søkbarhetspoenget åpenbart, fordi de kan gå konkurs.¹⁶⁵⁷ I slike tilfeller vil skadelidtes stilling med tyngde tale for oppdragsgiveransvar, for som Nygaard fremhever: «... sjølve *oppdraget* – eller overføringa av arbeidet til ein oppdragsmottakar – [skal ikkje] kunne medføre svekking av skadelidnes rettslege stilling.»¹⁶⁵⁸ Ved delegering innad i offentlig sektor, vil det derimot være irrelevant for borgeren.

Imidlertid har det regnskapsmessig betydning, og det er for eksempel ikke åpenbart hvorfor vertskommunen skal være den borgeren må gå på.¹⁶⁵⁹ Dette vil i alle fall svekke oppfordringen for kommuner til å påta seg ansvaret som vertskommuner, selv om dette kan løses ved å avtale regressmuligheter og lignende.

Bjerkan fremhever at et motargument til oppdragsgiveransvar er at det kan motvirke bruken av utkontraktering i det offentlige, som hun antar er positivt fordi det blir «... et verktøy for å redusere offentlig sektors størrelse og innflytelse i samfunnet.»¹⁶⁶⁰ Bjerkan påpeker selv at det hjelper lite om det offentlige uansett finansierer, inngår kontrakter med, instruerer og kontrollerer en pseudo-privat-sektor.¹⁶⁶¹ Det offentlige bevarer i så fall kontroll, se også 2.3.9. Generelt sett hviler også innvendingen på en for sterk dikotomi mellom privat- og offentlig sektor. Som Taggart fremhever: «... one of the several paradoxes of privatization [is that in] many countries, the privatization agenda has been implemented by a strong state under the ideological guise of limiting state power and influence. [But the] state is not really doing less; it is doing it differently and often less visibly.»¹⁶⁶²

6.5.7 Argument fra analogi til kontraktsmedhjelperansvar

I tillegg til oppdragsgiveransvar kan man argumentere på bakgrunn av analogi fra kontraktsmedhjelperansvaret.¹⁶⁶³ Det alminnelige ansvaret for kontraktsmedhjelpere går ut på at den som i et kontraktsforhold misligholder på grunn av medhjelperens handlinger, i utgangspunktet anses å ha misligholdt selv (identifikasjon).¹⁶⁶⁴ Det er nødvendig med analogi, fordi det offentlige typisk ikke vil ha noen kontrakt med borgeren. Derimot vil det

¹⁶⁵⁵ Sml. NUT 1958:3 s. 36.

¹⁶⁵⁶ Askeland 2002 s. 176.

¹⁶⁵⁷ Dette blir vektlagt av Selvig 1968 s. 49–50, som fremhever at det har mye å si om oppdragstakeren er økonomisk solid.

¹⁶⁵⁸ Nygaard 2007 s. 251.

¹⁶⁵⁹ Se Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) kapittel 7.

¹⁶⁶⁰ Bjerkan 2019 s. 295.

¹⁶⁶¹ Bjerkan 2019 s. 296, som skriver at argumentet «... tilsier egentlig at det offentlige trekker seg helt ut av enkelte områder og overlater ansvaret til privatsfæren og markedet.»

¹⁶⁶² Taggart 2005 s. 615.

¹⁶⁶³ Kontraktsmedhjelperansvaret er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp og hovedregel, se bl.a. HR-2020-1120-A (*Underleverandør skader molo*) avsnitt 62 og opprinnelig Rt. 1986 s. 1386 (*Block Watne*), generelt Nygaard 2007 s. 251–253.

¹⁶⁶⁴ Sml. Askeland 2002 s. 179.

offentlige vanligvis ha kontrakt med det andre rettssubjektet, og dermed blant annet anledning til å avtale ansvarsforholdet partene imellom. Delegering skaper en analog situasjon, fordi plikten det offentlige har overfor borgeren, kan analogiseres til en plikt i kontraktsforhold. På samme måte som i et kontraktsforhold kan man da si at det er likegyldig om det er det delegerende organet selv eller delegaten som ikke innfrir borgerens rett til forsvarlig helsehjelp, opplæring, eller et godt kloakksystem.¹⁶⁶⁵

Det er særlig i plikt-tilfellene at analogien til kontraktsmedhjelperansvaret passer, for eksempel ved privat levering av «nødvendig helsehjelp». Imidlertid kan det offentlige også delegerer myndighet eller tillatelse med sikte på å la en privat aktør ivareta bestemte plikter. For eksempel kan det offentlige overlate tillatelse til å bruke tvang til et privat sykehjem. I slike tilfeller er det gode grunner til å se det hele under ett. Likheten er i disse tilfellene at det både for borgeren og en kontraktsmotpart er helt irrelevant *hvem* som ikke overholdt plikten sin.¹⁶⁶⁶ Poenget er at så lenge plikten ikke overholdes, så bør eventuelle skader erstattes. Dette er også hovedregelen i helsesektoren, der pasientskadeerstatning for både offentlige og private sørger for at den som ikke får nødvendig helsehjelp kan kreve erstatning for dette.¹⁶⁶⁷

Fordi det ikke foreligger noen kontrakt, er kontraktsmedhjelperansvaret utelukkende et støtteargument (via analogi) til en mer overordnet vurdering av om det skal foretas identifikasjon.¹⁶⁶⁸ At det offentlige har påtatt seg den aktuelle plikten er det sentrale argumentet for identifikasjon. Dersom en eldre person blir liggende etter fall fordi hjemmehjelpen ikke møter opp, er det kommunen som har brutt sin plikt, og de bør kunne

¹⁶⁶⁵ Se. Strandberg 2012 s. 67:.

¹⁶⁶⁶ Strandberg 2012 s. 57: «Mens deliktsrettens utgangspunkt er at man bare har ansvar for egne handlinger, er kontraktsrettens utgangspunkt at kravene etter kontrakten er de samme uansett hvem som oppfyller den.»

¹⁶⁶⁷ Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) *Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven)* s. 90 flg. der anvendelsesområdet til loven omtales. Det fremgår av drøftelsene at det er et viktig poeng at all helsevirksomhet, uavhengig av tilknytningsform, skal omfattes. Imidlertid omfatter ikke loven alle skader helsevesenet volder, for eksempel ulovlige tvangsinleggelse, s. 91.

¹⁶⁶⁸ Sml. Bjerkan 2019 s. 295 om grensedragningen mot andre enn den som har rettigheten: «De hensyn som ligger bak kontraktsrettslige omsorgsforpliktelser taler da for at det offentlige hefter for resultatet av virksomheten overfor borgeren som er vernet av virksomhetens formål (medkontrahent)».

saksøkes for de skader personen lider som følge.¹⁶⁶⁹ Det er i utgangspunktet vanskelig å se hvorfor valget av å bruke en selvstendig oppdragstaker, skal endre på dette.¹⁶⁷⁰

Dette resonnementet støttes også av at det noen ganger kan være uklart om oppdragstakere eller arbeidstakere er årsaken til skaden.¹⁶⁷¹ Kommunen supplerer for eksempel egne vaktlister med innleide konsulenter. Dette er nyttig for kommunen, men borgeren bør ikke lide dersom det oppstår usikkerhet knyttet til om oppdrags- eller arbeidstakere var ansvarlig.

Prinsipielt sett står kontraktsmedhjelper-resonnementet sterkest der en oppdragstaker bistår det offentlige til løsning av 'kjerneoppgaver', som i det skisserte eksempelet med hjemmehjelp. Man kan her trekke en analogi fra den arbeidsrettslige utviklingen av arbeidstakerbegrepet, der skillet mellom en arbeidstaker og en oppdragstaker i nyere tid blir forsøkt trukket ved å undersøke om en påstått oppdragstaker reelt sett ivaretar kjerneoppgaver i virksomheten.¹⁶⁷² Man kan nemlig hevde at å innfri det offentliges plikter nødvendigvis er kjernevirksomhet, og det vil derfor være rimelig at det offentlige hefter for denne kjernevirksomheten uavhengig av hvordan man rent praktisk har organisert løsningen av den.

Et særlig tilfelle av kjerneoppgaver er plikter som er en betingelse for lovlig kompetanseutøvelse eller bruk av tillatelse (prosessuelle plikter). Fordi det offentlige i slike tilfeller treffer den endelige avgjørelsen, har de et selvstendig ansvar for at plikten er innfridd. Dette gjør at de i utgangspunktet vil kunne holdes ansvarlig som skadevolder. Man vil neppe bli hørt med at den reelle årsaken til skaden ligger hos en privat aktør som utredet de faktiske forhold eller lignende, ettersom en selvstendig vurdering ville gitt fullstendig hindringssammenheng.

Spørsmålet kan imidlertid også være særregulert. Ansvarsfordelingen mellom kommunen og byggherrer etter plan- og bygningsloven er et eksempel på dette. Her plasseres ansvaret for at plan- og bygningslovens krav overholdes på byggherren, mens det offentlige har

¹⁶⁶⁹ I samme retning Strandberg 2012 s. 67. Hjemmetjenester omfattes ikke av pasientskadeordningen med mindre det er snakk om hjemmesykepleie, se Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) s. 90 og Prop. 91 L (2010-2011) *Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)* s. 79.

¹⁶⁷⁰ Akkurat innenfor disse tilfellene er imidlertid en løsning via arbeidsgiveransvaret fortolket utvidende til fordel for skadelidte aktuell, se omtalen ovenfor i 6.5.3.

¹⁶⁷¹ Se NUT 1964:3 s. 24—25.

¹⁶⁷² Se NOU 2021:9 s. 248. Skillet foreslås også brukt for å avgjøre forskjellen på innleie og entrepriser, se s. 20.

ansvar for å eventuelt utferdige pålegg om retting.¹⁶⁷³ Det offentlige ansvar begrenses i så fall til mangelfull/uaktsom kontroll i særlige tilfeller.¹⁶⁷⁴

6.5.8 Sammenfatning, vurderinger og konklusjon

Problemstillingen har vært om man kan foreta identifikasjon av det delegerende organ og delegaten. Dette har blitt besvart bekreftende, fra ulike retninger. Forfattere fra forvaltningsretten har (stilltiende?) forutsatt at delegaten kan holdes erstatningsrettslig ansvarlig, mens man fra erstatnings- og kontraktsrettslig hold har pekt på former for identifikasjon. Det sentrale er at pilene peker i samme retning: Det er gode grunner til å identifisere det delegerende organet med sin delegat. Mer eller mindre det samme resonnementet fremføres av Nielsen i dansk rett, og som han fremhever fremstår det på «... tværs af disse perspektiver ... uacceptabelt, hvis slutbrugerne skal bære den økonomiske risiko for leverandørens potentielt manglende evne eller vilje, når det egenhendigt er myndigheden der har besluttet at udlicitere opgaven.»¹⁶⁷⁵ Til dette kan man også legge til at det er problematisk dersom den offentlige oppmerksomhet rundt en retts sak, skal rettes til en privat aktør, heller enn det offentlige.

Konklusjonen er derfor at oppdragsgiveransvaret kombinert med analogi fra kontraktsmedhjelperansvaret, lagt ovenpå ansvar for manglende kontroll jf. skl. § 2-1, normalt vil gjøre at det delegerende organ kan holdes erstatningsansvarlig for delegater. Den erstatningsrettslige ansvarsinstitusjonen *gir* derfor grunnlag for å forhindre at ansvar overlates.

Avslutningsvis er det nødvendig å ta et forbehold, nemlig erstatning av ikke-økonomiske skader. Dette drøftes nedenfor i punkt 6.5.9. I tillegg vil det som omtalt tidligere være problematisk dersom delegater som uaktsomt påfører andre skade ikke må bære økonomiske kostnader av dette. Regresspørsmålet drøftes derfor nedenfor i 6.5.10. Dette er

¹⁶⁷³ Se Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) *Om lov om endringer i Plan- og bygningsloven* s. 39 flg.

¹⁶⁷⁴ Se f.eks. LB-2009-6346 (*Byggesak Oslo*): «Situasjonen i vår sak er at det ble gitt brukstillatelse til en seksjon uten noen kontroll i form av besiktigelse eller innhenting og kontroll av dokumentasjon, i et prosjekt hvor det ikke var noen ansvarshavende, og hvor tillatelsen ble gitt etter at en som ikke hadde noen formell rolle i forhold til bygningsmyndighetene, hadde gjort oppmerksom på at entreprenøren hadde økonomiske problemer og var avhengig av sluttoppgjør fra seksjonseieren».

¹⁶⁷⁵ Se også Nielsen 2021 s. 648.

i seg selv interessant med tanke på hovedproblemstillingen, fordi at ansvar ikke kan overlates, bør jo ikke lede til ansvarsfrihet for delegaten.

6.5.9 Særskilt om oppreisningserstatning og organansvar

En skadelidt kan etter skl. §§ 3-5 og 3-6 få oppreisningserstatning for personskade på grunn av forsettlig eller grovt uaktsom skadeforvoldelse, samt uaktsom krenking av privatlivets fred. Forvaltningsorganet som sådan kan imidlertid ikke ha skyld, og hefter i utgangspunktet bare for sine ansattes økonomiske skader jf. § 2-1. Forvaltningsorganer hefter derfor som utgangspunkt ikke for krav om oppreisningserstatning.¹⁶⁷⁶

Grunnlaget for et slikt ansvar er derfor *organansvaret*.¹⁶⁷⁷ Det er klart at det offentlige hefter etter §§ 3-5 og 3-6 på dette grunnlaget.¹⁶⁷⁸ Det tvilsomme er hvilke deler av det offentlige som regnes som deres 'organ'.¹⁶⁷⁹ Historisk sett har det vært vektlagt at *ledende personer* må ha utvist uaktsomhet. Forarbeidene avgrensner for eksempel mot tilfeller der «... vedtaket/handlingen er foretatt av et departement uten statsrådets medvirkning eller kjennskap», eller utenfor departementene. For kommunene mener man at et viktig moment er om de som foretok krenkelsen «... utøver den øverste myndighet innen kommunen på sitt felt, eller om det er underordnet kommunestyret/formannskapet»¹⁶⁸⁰ Skoghøy mener man bør kunne gå så langt som å si at man hefter for grov uaktsomhet fra statssekretærer, politiske rådgivere, departementsråd og ekspedisjonssjefer.¹⁶⁸¹ Det kan også være variasjoner mellom stat og kommune.¹⁶⁸²

Dette 'personfokuserete' organansvaret er kritisert i nyere erstatningsrettslitteratur, av grunner som ligner på argumenter knyttet til delegering. Man ser det nemlig som et problem

¹⁶⁷⁶ Se også Lødrup: «Oppreisning - et praktisk rettsinstitutt», *Tidsskrift for erstatningsrett*, 2006, s. 211—37 s. 234 med videre henvisning til rettspraksis og Skoghøy: «Det offentliges erstatningsansvar - noen grunnleggende problemstillinger.» *Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer*, Universitetsforlaget, 2016, s. 476—90, s. 482: «For oppreisning for ikke-økonomisk skade vil imidlertid rekkevidden av organansvaret ha praktisk betydning, da det offentlige bare kan gjøres ansvarlig for oppreisning på grunnlag av reglene om organansvar.»

¹⁶⁷⁷ Se fremstillingen i Stenvik 2019 s. 274—275. Generelt om historikken til organansvaret fremgår av Strandberg 2017 s. 143 flg.

¹⁶⁷⁸ Se Rt. 1995 s. 209 (*Incestanklage*) s. 216.

¹⁶⁷⁹ Hvem som er noens organ fra et selskapsrettslig perspektiv er ikke relevant, se Strandberg 2017 s. 155.

¹⁶⁸⁰ Begge sitat i Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) s. 64.

¹⁶⁸¹ Skoghøy, 2016 s. 482—483.

¹⁶⁸² Det er neppe behov for å sonde så skarpt mellom det statlige og det kommunale organansvaret, se Eldøy: «Oppreisningskrav mot det offentlige - organansvaret i lys av Rt. 1995 s. 209», *Lov og rett*, 1997, s. 377—84 s. 384.

dersom det å velge bestemte organisasjonsformer i både offentlige og private virksomheter blir en erstatningsrettslig fordel.¹⁶⁸³ Å ha en liten ledelse med sterk desentralisering ville for eksempel vært gunstig opp mot det personorienterte organansvaret. I nyere litteratur og praksis legges det derfor større vekt på *funksjonene*, og i Rt. 1995 s. 209 kom Høyesterett til at kommunen hadde organansvar for barnevernssjefens handlinger.¹⁶⁸⁴ Fra privat sektor gir også *Tripp-trapp* et eksempel. Høyesterett aksepterte organansvar i et tilfelle der en mellomleder var «... delegert myndighet til å treffe beslutninger innenfor et av selskapets hovedområder ...». Man gikk altså et stykke på vei i retning av et mer funksjonelt bestemt organansvar. Det ble samtidig uttrykt at man ikke kunne gå så langt som å si at «... organansvaret også aktualiseres ved feil av ‘overordnede underordnede’». ¹⁶⁸⁵

Strandberg og Skjefstad går langt i å konkludere med at *Tripp-trapp* gir grunnlag for en mer generell funksjonell tilnærming, der det avgjørende er om «... den skadevoldende handlingen skjedde under utførelse av en tildelegert kompetanse som normalt ligger hos toppledelsen ...». ¹⁶⁸⁶ I lys av Rt. 1995 s. 209 og at hensynet til likestilling uavhengig av organisasjonsform gjør seg sterkt gjeldende også i offentlig sektor, er jeg enig i denne konklusjonen.

Dette ‘løser’ uansett ikke alle problemer, fordi spørsmålet blir hva som er ledelsesoppgaver/funksjoner. Hvor grensen går er ikke avgjørende for min del. Organansvaret vil være rettslig grunnlag i en del tilfeller, men der et forvaltningsorgan for eksempel bruker ulovlig tvang og blir saksøkt for oppreisning, så vil neppe organansvaret være aktuelt. Det er hverken en typisk ledelsesoppgave, eller noe ledelsen faktisk gjør selv. Konklusjonen blir derfor at delegering til lavere tjenesteledd normalt *kan* redusere det offentliges ansvar for søksmål som baserer seg på krav om oppreisning.¹⁶⁸⁷ Personer i

¹⁶⁸³ Selve begrunnelsen for organansvaret er «... likestillingen mellom personlige og upersonlige rettssubjekters ansvar ...», Strandberg 2017 s. 144, og begrunnelsen for å utvide kretsen er «... at en juridisk person ikke skal kunne organisere seg bort fra organansvaret», s. 155.

¹⁶⁸⁴ *Incestanklage* s. 216—218.

¹⁶⁸⁵ Begge sitat fra Rt. 2012 s. 1062 (*Tripp Trapp*) avsnitt 122.

¹⁶⁸⁶ Strandberg 2017 s. 164.

¹⁶⁸⁷ Dette kan være direkte problematisk etter EMK, se Søvig: «Statens ansvar for unnlatte barnevernstiltak», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2005, s. 59—71 s. 71: «Organansvaret rekker kortere enn arbeidsgiveransvaret, slik at kommunen har et begrenset ansvar for personer som ikke utøver den øverste myndigheten innen kommunen på sitt felt. E-dommen [E mfl. mot Storbritannia, 1996] tilsier at rekkevidden av oppreisningsansvaret må utvides til også å gjelde arbeidstakere, for eksempel en ansatt innen barneverntjenesten som har unnlatt å bringe videre til sine overordnede mistanke om seksuelle overgrep.»

lederroller kunne skapt organansvar, mens personer i lavere stillinger ikke kan det.¹⁶⁸⁸ Dette er et hull i borgerens rettssikkerhet.

Det kan imidlertid være gode grunner til å utvide organansvaret for å forhindre at omfattende delegering gjør borgeren uten rett til å kreve erstatning. Dette fremstår også mer som en forlengelse av allerede-etablerte prinsipper for regulering av delegering, enn et politisk spørsmål eller en lovgiveroppgave. Et mer *systemorientert* organansvar der man spør om ledelsen har gjort nok for å forhindre den ikke-økonomiske skaden, kunne vært et mulig ansvarsgrunnlag i slike tilfeller. Kildematerialet er ganske taust om dette. Et slikt resonnement kunne tatt utgangspunkt i de offentligrettslige kravene om kontroll med delegater, men da anvendt *internt* i forvaltningsorganer. Intern delegering er normalt lov, men i likhet med annen delegering beror lovligheten av dette på etter hvert omfattende krav til internkontroll. Dersom internkontroll svikter på grunn av uaktsomhet fra ledelsen, er det gode grunner til at *organet* hefter for dette, og ikke (bare) den enkelte tjenestepersonen. I så fall vil det offentlige i en god del tilfeller ha organansvar som følge av ledelsens kontrollansvar.

Et særlig spørsmål er om private aktører som handler på vegne av det offentlige og dermed forårsaker et brudd på EMK er ansvarlig for ikke-økonomisk skade bruddet innebærer. Fastsettelsessøksmål for brudd på menneskerettigheter skal i alle tilfeller reises mot staten, jf. *Vestre-viken* og *Vangen Eiendom*.¹⁶⁸⁹ Spørsmålet er mer uklart der det er erstatning for ikke-økonomisk skade. Her er i alle fall både stat og kommune mulige å saksøke.¹⁶⁹⁰ NIM skriver i sin rapport om kommunalt ansvar for menneskerettigheter at «[s]om hovedregel vil det heller ikke frita myndighetene for menneskerettslige forpliktelser at oppgaver er overlatt til private rettssubjekter.»¹⁶⁹¹ Det er to veier til mål i slike tilfeller. Man kan enten

¹⁶⁸⁸ Se til illustrasjon eksempelet som nevnes i Eldøy 1997, s. 382: «Som eksempel på hvor langt organansvaret har vært forsøkt trukket, kan nevnes Oslo byretts dom av 8. november 1995. I denne saken hadde en legestudent vikariert som assistentlege ved Legevakta. På grunnlag av en 'bekymringsmelding' han sendte til barnevernet vedrørende en pasient han hadde behandlet, ble kommunen saksøkt med krav om oppreisning. Som grunnlag ble det vist til organansvaret. Byretten hadde naturlig nok visse problemer med å se at en ikke ferdigutdannet vikar i en assistentlegestilling utøvde den høyeste myndighet i kommunen på vedkommende felt, og kommunen ble frifunnet.»

¹⁶⁸⁹ Se *Vangen* avsnitt 38 og Rt. 2011 s. 1666 (*Vestre Viken*) avsnitt 39.

¹⁶⁹⁰ Sml. HR-2022-401-A (*Tolga*) avsnitt 46: «Både Stortinget, regjeringen, kommunale og fylkeskommunale myndigheter, andre forvaltningsorganer og domstolene omfattes, jf. NOU 1993:18 punkt 11.3.3.1 på side 159 og Ot.prp.nr.3 (1998–1999) punkt 3.2.2»

¹⁶⁹¹ Norges institusjon for menneskerettigheter: *Kommuner og menneskerettigheter*, 2021 s. 20.

argumentere for at det offentlige hefter for den private delegaten som om delegaten var deres eget organ.¹⁶⁹² Alternativt man kan argumentere for at det offentlige hefter for den private delegaten, via brudd på sikreplikten jf. EMK artikkel 1.¹⁶⁹³ Så vidt jeg kan se er EMD ganske uklar på hvilken av tilnærmingene de bruker.¹⁶⁹⁴ Jeg går ikke dypt inn i denne problemstillingen her, og fordi man uansett kan saksøke det offentlige for ikke-økonomisk skade som følge av brudd på menneskerettighetene, har problemstilling først og fremst betydning for regressomgangen mellom det offentlige og den private delegaten.

6.5.10 Regress mellom delegerende organ og delegat

Det vil i en del tilfeller være problematisk dersom det offentlige tar hele risikoen for feil begått av et annet rettssubjekt. Det sentrale er at borgeren *kan* få dekning av det delegerende organet, slik at dette har oppfordring til å styre og kontrollere delegaten. Som Nygaard skriver er likevel «[s]kadelidne si hovudinteresse ... å få dekt tapet, ikkje å avgjera kven av skadevaldarane som til slutt skal bera tapet.»¹⁶⁹⁵ Spørsmålet om fordelingen av tapet er et spørsmål om *regress*. Det sentrale formålet med disse reglene er å plassere det økonomiske tapet der det hører hjemme, fordi skadevoldere i utgangspunktet er solidarisk ansvarlige overfor borgeren.

Spørsmålet reguleres generelt i skl. § 5-3 annet ledd, som uttrykker at i «... hvilken utstrekning den som har betalt erstatning eller oppreisning kan gjøre krav gjeldende mot andre ansvarlige, avgjøres under hensyn til ansvarsgrunnlaget og forholdene ellers.». Det er klart at skl. § 5-3 nr. 2 gir hjemmel for regress i forholdet mellom det delegerende organet og delegaten.

¹⁶⁹² Se 39483/05 og 40527/10 (*Liseytseva og Maslov v. Russland*) avsnitt 188: «As regards the company's legal status under the domestic law, it has been the Court's constant approach that that status, however important, is not decisive for the determination of the State's responsibility for the company's acts or omissions under the Convention.» Hvorvidt virksomheten regnes som et offentlig organ blir ansett å bero på flere forhold, se avsnitt 189 flg. EMD foretar en inngående prøving av hvor likt organet er et offentlig organ, konteksten, med mer.

¹⁶⁹³ Dette legges innledningsvis til grunn i 13134/87 (*Costello-Roberts v. Storbritannia*), avsnitt 26: «The Court has consistently held that the responsibility of a State is engaged if a violation of one of the rights and freedoms defined in the Convention is the result of non-observance by that State of its obligation under Article 1 (art. 1) to secure those rights and freedoms ...».

¹⁶⁹⁴ Se henholdsvis *Costello-Roberts v. Storbritannia* avsnitt 28: «Accordingly, in the present case, which relates to the particular domain of school discipline, the treatment complained of although it was the act of a headmaster of an independent school, is none the less such as may engage the responsibility of the United Kingdom under the Convention if it proves to be incompatible with Article 3 or Article 8 or both (art. 3, art. 8).» og 61603/00 (*Storck v. Tyskland*), *Storck v. Tyskland* avsnitt 102 flg.

¹⁶⁹⁵ Nygaard 2007 s. 416.

Spørsmålet blir da regressens omfang. Lovteksten åpner for å vektlegge både «ansvarsgrunnlaget» og «forholdene ellers». I tilfeller der det delegerende organet opptrer i samsvar med kontrollkravet, sikrer at rammene til delegaten er forsvarlige (og lignende), så vil de fortsatt kunne *identifiseres* med delegaten. Men i slike tilfeller vil ansvarsgrunnlaget og fordelingen av skyld mellom de to partene med tyngde tale for fullstendig eller nesten fullstendig regress.¹⁶⁹⁶ Dette kan direkte underbygges med forarbeidene til straffelovens ikrafttredelseslov hvor bestemmelsen stammer fra. Her uttrykkes det at «... den, der uden egen Skyld hefter for andens feil, har Regres mot denne, er en Sætning, som vistnok ikke her behøver at udtales.»¹⁶⁹⁷

Dette stiller seg annerledes i tilfeller hvor man er i grenseland mellom å holde det offentlige ansvarlig basert på identifikasjon, og å holde det offentlige ansvarlig for manglende kontroll, uaktsom delegering, eller lignende, etter skl. § 2-1. Særlig dersom det offentlige har tildelt offentlig myndighet til private rettssubjekter uten å ha forsikret seg om at rammene for denne virksomheten er betryggende, vil man kunne tilpasse regressen deretter.

Behovet for å tilpasse regressen er særlig stort ved tilfeller som ligner på der det offentlige går til regressøksmål mot egne ansatte (for eksempel en vernepleier med enkeltmannsforetak). Slike tilfeller bør vurderes i lys av skl. § 2-3 nr. 1, som uttrykker at en arbeidstakers ansvar overfor sin arbeidsgiver tilpasses det som er «... rimelig under hensyn til utvist adferd, økonomisk evne, arbeidstakerens stilling og forholdene for øvrig.» Denne bestemmelsen er viktig for å verne ressursvake skadevoldere, og for offentlig sektor er den en helt sentral garanti. Offentlige tjenstepersoner kan potensielt påføre store skader, men det er åpenbart at dette er skader som normalt skal pulveriseres. Dette kan videre begrunnes med at offentlige tjenstepersoner også møter sanksjoner i form av tap av autorisasjon eller tilbakekall av skikkethetsvurderinger. Denne bestemmelsen bør imidlertid også brukes analogt i de tilfeller der en *oppdragstaker* som er enkeltperson blir forsøkt holdt ansvarlig.

¹⁶⁹⁶ Sml. også Askeland: *Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør*, Fagbokforlaget, 2006 s. 293: «... den aksessorisk ansvarlige, skal ha ensidig og full regress mot aktive skadevolder ...», og viser til enkelte eksempler på dette.

¹⁶⁹⁷ Udarbejdet af den ved klg. Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission: *Udkast til Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden med Motiver*, 1896 s. 62.

Utgangspunktet for regress er at det finnes «andre ansvarlige», og fordi det jeg her har drøftet er et identifikasjonsansvar, så vil delegaten normalt også være ansvarlig. Det kan finnes unntak fra dette. Et viktig et er tilfellene der det ikke er snakk om ansvar basert på identifikasjon. Det offentlige kan for eksempel selv være ansvarlig for å ha delegert til en virksomhet som åpenbart ikke hadde evne til å utføre tjenestene, uten at denne virksomheten *selv*, og i alle fall ikke dennes ansatte, er ansvarlig. Det kan også være at det delegerende organet er ansvarlig for anonyme og kumulative feil, som fordi de er anonyme og kumulative, ikke vil innebære ansvar for de enkelte arbeidstakere. Ved tilfeller der delegaten er enkeltpersoner må det videre vurderes om ansvaret skal lempes, som jeg kommer tilbake til like nedenfor, jf. skl. § 2-3 nr. 1.

Jeg nevner videre at disse spørsmålene også kan være regulert mellom det delegerende organet og delegaten i kontrakt, som i så fall går foran, fordi borgeren uansett er sikret dekning. Delegaten kan for eksempel innta en ansvarsfraskrivelse mot lavere vederlag for tjenesten. En løsning som vil sikre det offentlige godt, er at det offentlige avtaler mulighet til regress for feil begått av delegaten, og samtidig forplikter delegaten til å tegne ansvarsforsikring.¹⁶⁹⁸

Dersom det finnes andre ansvarlige, noe det vanligvis vil gjøre både ved identifikasjonsansvar og ved culpaansvar for manglende kontroll, er spørsmålet om man har regressadgang og i så fall i hvilken utstrekning.

6.5.11 Oppsummering

Det erstatningsrettslige ansvaret som forvaltningen har for sine skadegjørende handlinger blir i utgangspunktet overlatt til delegater, men både arbeidsgiveransvaret jf. skl. § 2-1 og det selvstendige organansvaret kan benyttes for å modifisere dette. Langt på vei vil dermed det delegerende organ hefte for delegatens skadegjørende handlinger. Unntaket fra dette er erstatningsansvaret for ikke-økonomisk tap.

¹⁶⁹⁸ Dette er bl.a. gjort i Oslo kommune: «Kontraktbestemmelser, rammeavtale, kjøp av avlastningstjenester utenfor hjemmet til barn og voksne med utviklingshemming», 2017, , s. 17.

6.6 Foretaksstraff

Foretaksstraff er en særlig type straffansvar som kan ilegges «foretak» etter en helhetsvurdering jf. strl. kapittel 4.¹⁶⁹⁹ Det følger av bestemmelsens andre ledd at «offentlig virksomhet» faller innenfor denne formen for straff. Dersom det offentlige opptrer gjennom selskaper eller andre selvstendige rettssubjekter som eier vil det også kunne straffes.¹⁷⁰⁰ Det finnes flere eksempler på at det offentlige blir straffet,¹⁷⁰¹ og den sentrale begrunnelsen er likebehandling av offentlige og private rettssubjekter.¹⁷⁰² Det omfatter også tilfeller der det offentlige utfører offentlige oppgaver, selv om forarbeidene antyder at det bare der det offentlige opptrer på typisk 'private' områder (nærings- og servicevirksomhet), som skal omfattes.¹⁷⁰³ Senere praksis har ikke fulgt opp dette. Illustrerende er Rt. 2010 s. 454 der en person døde i varetekt og politidistriktet ble straffet for dette.¹⁷⁰⁴ Jeg går ikke nærmere inn på hensiktsmessigheten av foretaksstraffen som ansvarsform for offentlig sektor.

Problemstillingen i sammenheng med delegering, blir da om staten (eller annet offentlig organ) ikke kan straffes dersom ansvar delegeres til andre. Svaret på dette følger direkte av ordlyden og forarbeidene til straffeloven. Foretaksstraff forutsetter bare at noen «... har handlet på vegne av et foretak ...». Forarbeidene presiserer at dette medfører at «... straffansvaret omfatter en større personkrets ...» enn det erstatningsrettslige ansvar, og nevner at «[l]ovbryteren kan for eksempel ... arbeide som selvstendig oppdragstaker.»¹⁷⁰⁵ Samme sted uttrykkes det at «[l]ovbryteren må ha positiv hjemmel for å handle på vegne av foretaket ...». Dersom lovbryteren bruker den delegerede myndigheten må det være klart

¹⁶⁹⁹ Horn: «Når skal staten straffes?», *Jussens Venner* 50, 2015, s. 346—52 gir en oversikt over reglene.

¹⁷⁰⁰ Se f.eks. Rt. 2009 s. 1079 (*Helikopterlanding*) der NRK ble frifunnet.

¹⁷⁰¹ Se for eksempel Rt. 2008 s. 668 (*Utenlandsk arbeidskraft*).

¹⁷⁰² NOU 1989:11 *Straffansvar for foretak* s. 24: «Kommissjonen mener at det er prinsipielt riktig å likestille offentlig og privat virksomhet. Det er en verdi i seg selv at loven markerer en slik likestilling. Likestillingen understreker at det offentlige er underlagt vanlig lovgivning, og ikke behandles strafferettslig mildere enn det private næringsliv.»

¹⁷⁰³ Departementet uttrykte imidlertid at «... feil foretatt i regulære forvaltningsorganer vil ... etter forslaget i prinsippet kunne idømmes foretaksstraff. Men departementet antar at dette er lite aktuelt i praksis, i hvert fall når det gjelder feil under utøvelse av forvaltningsmyndighet. Derimot finnes det andre typer offentlig virksomhet som etter sin art atskiller seg lite fra privat virksomhet, og hvor det kan være mer aktuelt å ilegge foretaksstraff. Som eksempler kan nevnes brudd på forskriftene om brannvern og om søppelbehandling.», se Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) *Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak)* s. 31. Uttalelsen er tvetydig med hensyn til om departementet mener det er mindre aktuelt i normativ eller empirisk forstand. Som Horn 2015 s. 349 flg. fremhever er det derfor neppe grunn til å ta departementet på ordet i normativ forstand.

¹⁷⁰⁴ Rt. 2010 s. 454 (*Dødsfall i arrest*), spørsmålet i denne saken var imidlertid om politidistriktet var beskyttet mot dobbeltforfølgning.

¹⁷⁰⁵ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 239 og sitat fra s. 430.

at tilknytningen er sterk nok.¹⁷⁰⁶ Det er altså klart grunnlag for å ilegge det offentlige foretaksstraff dersom en delegat begår lovbrudd. Strafferetten ser på denne måten i noen grad vekk fra organisasjonsform.

Hvorvidt det skal ilegges straff beror samtidig på en hensiktsmessighetsvurdering basert på momenter som listes opp i § 28. Jeg nøyer meg her med å kort nevne noen momenter som er spesielle ved delegering. Momentet i § 28 bokstav c) om at foretakets «... retningslinjer, instruksjons, opplæring, kontroll eller andre tiltak ...» skal vektlegges i vurderingen av om straff skal ilegges, bør ses i lys av de generelle krav til kontroll som ble tatt opp i kapittel 6.

Et særlig spørsmål er om det offentlige eller delegatens arbeidsgiver (det private selskapet for eksempel), er den som bør straffes. Prinsipielt sett stenger ikke ordlyden for at begge straffes, men etter § 28 skal det vektlegges om «... andre reaksjoner ...» blir ilagt «... foretaket eller noen som har handlet på vegne av det ...». Dersom enkeltpersonen eller dennes arbeidsgiver straffes, vil det derfor tale mot at det offentlige *også* straffes. At man ikke skal oppnå en fordel/reduksjon av ansvar ved å delegere, taler imidlertid mot å vektlegge dette for mye.

6.7 Derogative virkninger av delegering

6.7.1 Problemet: Delegaten kan få ansvar uten å måtte respektere de samme kravene som det delegerende organ

Et annet typetilfelle enn det som hittil har vært omtalt, er tilfeller der delegering skaper *derogative virkninger*.¹⁷⁰⁷ Problemet her er litt annerledes enn de tidligere omtalte situasjonene, fordi det sentrale poenget er at noe som er en forpliktelse for *det delegerende organ*, ikke er en forpliktelse for *delegaten*. Det er altså ikke snakk om en formell derogasjon i den forstand at forpliktelsen oppheves, men en derogasjon sett fra perspektivet til tredjemann. Det er også en mulighet for det delegerende organ til å *omgå* forpliktelser gjennom å delegere ansvaret for oppgaven til andre. Både omgåelses- og vernebetragtninger

¹⁷⁰⁶ Forarbeidene gir også flere eksempler som passer med typetilfeller av delegering. Man fremhever at en dørvakt på et utested som skader en gjest kan skape foretaksstraff for foretaket. Dette fremstår også rimelig dersom en privat hjemmehjelp skader en person vedkommende hjelper på kommunens vegne. Man nevner også at morselskaper kan holdes ansvarlig på grunn av datterselskapers opptreden, som videre underbygger at ulik rettslig tilhørighet ikke er avgjørende.

¹⁷⁰⁷ Dette omtales kortfattet hos Graver, 2002 s. 239, med omtale av Markushjemmet-saken. Ellers er det bare Smith 1979 som år inn i spørsmålene.

er derfor sentrale, som jeg kommer tilbake til nedenfor. Av den grunn har imidlertid problemstillingen mange fellestrekk med det som tidligere er diskutert. Man kan formulere problemene helt analogt. Spørsmålet er (1) gjelder *loven* (som gjelder for delegerende organ A) på samme måte etter delegeringen (delegaten B), og (2) hvis nei, kompenseres dette på annen måte?

Forutsetningen for at problemet oppstår, er at man har en *institusjonell* heller enn en *funksjonell angivelse* av en regels anvendelsesområde.¹⁷⁰⁸ Det tydeligste eksempelet er naturligvis forvaltningsloven, som anvendes for alle som treffer vedtak jf. § 1. Knytter regelen seg til aktøren eller til *handlingen, oppgaven, eller myndigheten* som blir delegert? Problemet oppstår fordi delegering kan *endre* hvilke aktører som har ansvar for en oppgave, slik at en regulering av *aktøren* kan skape omgåelsesmuligheter.¹⁷⁰⁹

En annen måte å tenke om det samme problemet, er at det delegerende organ har ansvar for at *sin egen* virksomhet etterlever relevante lover og regler. Spørsmålet blir da: Bør det delegerende organ ha et ansvar for å sikre at de delegater som ivaretar det delegerende organs ansvar, også etterlever de samme reglene som det delegerende organ selv hadde måttet følge?

Offentlighetsloven er illustrerende: *Private* sykehjem er ikke underlagt offentlighetsloven, men det er *offentlige* sykehjem. Kommuner som vil unngå å synliggjøre konsekvensene av lav bemanning vil derfor gjøre lurt i å tildele ansvaret til en privat aktør (som de ikke har eierskap i). Bør da kommuner kreve at private sykehjem svarer på innsynsforespørsler fra offentligheten (også når de ikke treffer vedtak)? Dette er en problemstilling jeg ikke kan gå dypt inn i, men hvor jeg skal nøye meg med å peke på noen prinsipielle muligheter, og heller overlate til senere forskning å undersøke flere typetilfeller og regelsett.

¹⁷⁰⁸ Se om skillet i både Nielsen: «Gælder forvaltningsretten for private?», *Juristen* 1, 2023, s. 20—33 s. 21 og Frihagen 1991 s. 27.

¹⁷⁰⁹ Dette fordyper også problemet Johansen 2020 s. 182 peker på med en strengt domstolsorientert forvaltningsrett: «En annan aspekt av detta är att det hela tiden finns ett växelspel, eller cirkelresonemang, där (de offentliga) subjekten bestäms av (den offentliga) verksamheten, som bestäms av vilka subjekt som utövar den, etcetera... Det verkar ibland ogörligt för förvaltningsrätten att komma ur denne självrefererande rörelse, där förvaltningens subjekt och objekt inte blir möjliga att särskilja.»

6.7.2 Hvorfor kreve at derogatoriske virkninger unngås?

Spørsmålet blir da: Bør man, og i så fall hvorfor, unngå derogative virkninger? Det er flere grunner til å tenke at de *bør* kreve dette. I den institusjonelle EU-rettens ‘delegasjonslære’, den såkalte *Meroni-doktrinen*, utgjør forbudet mot å delegere mer myndighet enn man selv har, den viktigste skranken for delegering.¹⁷¹⁰ I *Meroni*-saken var det spørsmål om delegering kunne skje til et (privat) organ som ikke var underlagt de samme forpliktelser til å begrunne og publisere sine avgjørelser.¹⁷¹¹ Donnelly fremhever i sin komparative studie av delegering til private at prinsippet om at «... one should not delegate more power than one has oneself ...[is]... the most compelling idea ...» hun fant i sine undersøkelser.¹⁷¹² Den bakenforliggende begrunnelsen er simpel: Et organ som har et visst ansvar bør ikke kunne innfri dette ansvaret *ved hjelp av andre*, på en måte hvor det slipper å respektere begrensninger i hvordan ansvaret skal innfris, eller myndigheten skal brukes.

Meroni bygger på sak C-9/56 fra 1958, dvs. den ble avsagt under kull- og stålunionen.¹⁷¹³ Som Chamon peker på inneholdt ikke traktaten noen adgang til å delegere til selvstendige administrative organer, og det gjør heller ikke TEU eller TFEU. *Meroni* ble derfor hentet frem som et grunnlag for å regulere (og legitimere) den institusjonelle posisjonen til de nye selvstendige forvaltningsorganene.¹⁷¹⁴ Dette forutsatte to sentrale rettslige skritt. For det første måtte *Meroni* være overførbar fra kull- og stålunionen, til dagens grunnlag for EU, altså TFEU. For det andre måtte *Meroni* være overførbar fra delegering til private,¹⁷¹⁵ til delegering til uavhengige forvaltningsorganer innenfor EU-systemet. At begge deler var mulig og ønskelig var antatt i litteraturen, og ble fulgt opp i saker fra EU-domstolen.¹⁷¹⁶ Særlig sentral er C-270/12 *ESMA-shortselling*, som av enkelte blir omtalt som å fastsette en ny EU-rettslig delegeringslære.¹⁷¹⁷ Her oppstilles i praksis tre nye kriterier: Delegeringen må være presist avgrenset,¹⁷¹⁸ være betinget av tilstrekkelig begrensende grenser for utøvelsen av skjønn,¹⁷¹⁹ og være underlagt

¹⁷¹⁰ C 9/56 (*Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*) s. 150.

¹⁷¹¹ Jf. Donnelly 2007 s. 145.

¹⁷¹² Donnelly 2007 s. 398.

¹⁷¹³ *Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community*.

¹⁷¹⁴ Chamon: «EU agencies: Does the Meroni Doctrine make sense?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 17, 2010, s. 281—305 s. 282.

¹⁷¹⁵ Delegering til private var vanlig i EU før ca. 1990-tallet, da flere større skandaler ledet til en kraftig innstramming i 1999. Se nærmere i Donnelly 2007 s. 16—17 og s. 69—72.

¹⁷¹⁶ Se Chamon 2010 s. 290 og 295, se også Chamon: «The Empowerment of Agencies Under the Meroni Doctrine and Article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v. Parliament and Council (Short-Selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism», *European Law Review* 39, 2014, s. 380—403.

¹⁷¹⁷ Rijsbergen: «The limits of agencification in the European Union», *German Law Journal* 15, nr. 7, 2014, s. 1223—55 s. 1249.

¹⁷¹⁸ C-270/12 (*Parlamentet og Rådet v. Storbritannia*) avsn. 53.

¹⁷¹⁹ *Parlamentet og Rådet v. Storbritannia* avsn. 46—48. Hva som er tilstrekkelig, er imidlertid ikke åpenbart. ESMA måtte ifølge domstolen ta høyde for i hvilken utstrekning beslutningen «... significantly addresses the threat to the orderly functioning and integrity of financial markets or to the stability of the whole or part of the financial system in the Union or significantly improves the ability of the competent national authorities to monitor the threat in question, does not create a risk of regulatory arbitrage and does not have a detrimental effect on the

domstolsprøving.¹⁷²⁰ Dommen bygger på et nytt rettslig grunnlag for delegeringen, nemlig en (etter alt å dømme merkelig) lesning av TFEU artikkel 114, som omhandler lovgivningsprosedyrer. Domstolen fremhevd at dersom parlamentet skulle kunne gi lover,¹⁷²¹ så måtte de også kunne opprette organer for å implementere denne lovgivningen innenfor kriteriene stilt opp ovenfor.¹⁷²² Flere forfattere stiller seg kritisk til EU-domstolens løsning.¹⁷²³ I min sammenheng illustrerer den at «behov mot betenkeligheter» ikke er et særnorsk fenomen.

Også i Danmark finner man en variant av dette resonnementet, nemlig at borgerens *rettsikkerhet* svekkes hvis delegering gjør det mulig å ‘omgå’ regelverk. I Abkernars arbeider er dette en av de viktigste skrankene på delegering. Dette bør imidlertid blant annet ses i lys av at den danske forvaltningslov *ikke inneholder en tilsvarende bestemmelse* som den norske, der alle organer som treffer vedtak, omfattes av deres forvaltningslov.¹⁷²⁴ Som Abkenar skriver vil dermed «... samtlige rettlige forudsætninger, som er knyttet til udøvelse af offentlig myndighed» svikte ved delegering til private.¹⁷²⁵ Det bør også ses i lys av at Helle Bødker Madsen i sin doktoravhandling avdekte en rekke tilfeller innenfor helse- og omsorgslovgivningen der delegering til private medførte en svekket rettsstilling for borgeren.¹⁷²⁶ Det eksisterer også tilfeller i norsk rett der delegering innebærer at rettsikkerhetsgarantier (i utgangspunktet) lempes på. Det synes klart at dette i utgangspunktet er uheldig, da delegeringer vil få uintenderte konsekvenser, og potensielt gjøre det mulig å svekke borgerens vern mot myndighetene.¹⁷²⁷

Et motargument kan være at borgeren oppnår et vern gjennom *andre* mekanismer, som markedet, der forbrukere kan velge mellom ulike aktører. Dette forutsetter imidlertid et reelt og velfungerende marked og reell valgfrihet for borgeren, hvilket sjelden er tilfelle ved delegering til private aktører. Man risikerer i en del tilfeller å få det verste fra både privat og offentlig sektor: Markedssvikt og fraværende rettsikkerhetsgarantier. Ofte vil jo også

efficiency of financial markets, including by reducing liquidity in those markets or creating uncertainty for market participants, which is disproportionate to the benefits of the measure.» Dette er en så kompleks vurdering med så mange ulike faktorer og ikke minst, *prognoser*, at den reelle muligheten for å utøve skjønn åpenbart er tilstede. Sml. også poenget til Chamon 2014 ovenfor.

¹⁷²⁰ *Parlamentet og Rådet v. Storbritannia* avsn. 83—86.

¹⁷²¹ *Parlamentet og Rådet v. Storbritannia* avsn. 103 og 105.

¹⁷²² *Parlamentet og Rådet v. Storbritannia* avs. 117.

¹⁷²³ Se både Rijsbergen 2014 s. 1249 og Chamon 2014 s. 402.

¹⁷²⁴ Det er imidlertid en diskusjon gående i Danmark om dette spørsmål, se Ole Terkelsen: «Hvornår gælder de forvaltningsrettlige regler?», *Juristen* nr. 3, 2022, s. 128—39 med svar fra Nielsen 2023.

¹⁷²⁵ Abkenar 2017 s. 161.

¹⁷²⁶ Madsen 2010 s. 187.

¹⁷²⁷ Se dette synspunktet anlagt for eksempel i NOU 1985:18 *Lov om sosiale tjenester m.v.* s. 55: «I mange tilfeller driver private organisasjoner virksomhet som faller inn under det offentlige ansvaret for sosiale tjenester. I disse tilfellene må rettsikkerhetsgarantiene være de samme som ved offentlig virksomhet ...».

den private være tildelt en *de facto* monopolsituasjon via en offentlig konkurranse. Der 'borgeren' er ressurssterke kapitaleiere stiller saken seg annerledes. Her kan imidlertid *demokratiske* bekymringer komme inn. Overordnet sett mener jeg derfor det er få grunner til å akseptere derogatoriske virkninger: De er i all hovedsak uønskede og uintenderte konsekvenser av bestemte lovgivningspolitiske valg.

6.7.3 Legislativ håndtering av derogatoriske virkninger

Det finnes ulike måter å løse problemet på. *Legislativt* kan man unngå problemet ved å regulere normens anvendelsesområde *funksjonelt* heller enn institusjonelt. Dette gjør at man unngår problemet: Uavhengig av hvem som gjør virksomheten, så gjelder de aktuelle normene identisk for delegerende organ og delegat.

Dette er løsningen som er valgt i forvaltningsloven § 1.¹⁷²⁸ Utgangspunktet er sikkert og uproblematisk.¹⁷²⁹ Det problematiske er selve begrepet om enkeltvedtak.¹⁷³⁰ For virksomhet som gjennomføres på vegne av et forvaltningsorgan, men som ikke er enkeltvedtak gjelder også inhabilitetsreglene jf. § 10 og taushetspliktsreglene jf. § 13. Der en privat aktør utfører saksbehandling på vegne av det offentlige, må dokumentene fortsatt anses som en del av «sakens dokumenter» etter fvl. § 18.

Det finnes også flere eksempler på at Høyesterett anvender *alminnelige forvaltningsrettslige* krav, som legalitetsprinsippet overfor private aktører når de utøver offentlig myndighet.¹⁷³¹ Også private parter må ha kompetanse for å endre borgernes rettsstilling.¹⁷³²

Denne løsningen skaper visse behov for å trekke grenser der funksjonen og institusjonen av ulike årsaker bør antas å henge sammen. For eksempel kan det spørres om private aktører som treffer vedtak i *en del av* sin virksomhet, bør anses å ha *veiledningsplikt* i deler av virksomheten som ikke har noe med vedtakene å gjøre. Dette kan drøftes i lys av den vurderte ordlyden til § 1 fra Forvaltningskomiteen, som var at forvaltningsloven skal gjelde de

¹⁷²⁸ Smith 1976 s. 376—377. At situasjonen i Danmark og Sverige er at deres forvaltningslover mangler en slik utvidelse, forklarer at det har vært flere diskusjoner om temaet der, se Marcusson 1989 s. 392 og dagens Förvaltningslag (2017:900) § 1, og note 1724.

¹⁷²⁹ Se f.eks. Frihagen 1991 s. 19 og Graver 2019 s. 307.

¹⁷³⁰ Sml. kritikken i Marcusson 1989 s. 396—397, men som også fremhever den klare fordel: «Behovet av spesialreglering minskar.»

¹⁷³¹ Om legalitetsprinsippet, se bl.a. *Fjordlaks* og HR-2021-2275-A (*Inndragning av fangstoppgjør*).

¹⁷³² Sml. generelt fremstillingen i Smith 1978.

virksomheter som «*har myndighet til å treffe vedtak*».¹⁷³³ Kontrasten til dagens ordlyd ligger i at de private virksomheter som utøver myndighet bare regnes som forvaltningsorganer i saker hvor de treffer vedtak jf. fvl. § 1. Dette gir rom for en mer begrenset anvendelse. I forarbeidene fremheves det klart at intensjonen er at avgrensningen av loven skal skje ut fra det behov borgeren har for vern.

Andre eksempler på funksjonelle angivelser gir *helsepersonelloven*, som regulerer helsepersonell forstått som personer som *yter helsehjelp*, eller *helsetjenester* forstått som organisasjoner som organiserer helsehjelp.¹⁷³⁴ Denne lovgivingsteknikken gjør ingen forskjell på om helsepersonellet yter sine tjenester på vegne av det offentlige, eller på vegne av en privat aktør.

6.7.4 Håndtering av derogatoriske virkninger i rettsanvendelsen

6.7.4.1 *Alternativene*

Problemstillingen settes imidlertid på spissen der det er foretatt en *institusjonell* avgrensning av reglers anvendelsesområde som ikke dekker alle det er lovlig å delegere til. Både offentlighetsloven og flere alminnelige forvaltningsrettslige regler gir eksempler på dette (se like nedenfor), og senere studier bør undersøke om det finnes flere.

Den andre måten å løse problemet på blir derfor via ulike *kompenserende mekanismer*. Man har tre alternativer.

Det første alternativet er å *tolke* en regel med institusjonelt anvendelsesområde i *et funksjonelt perspektiv*. Det funksjonelle perspektivet som anlegges kan enten være at den samme typen virksomhet bør være regulert av den samme regelen, eller at den samme typen virksomhet bør gi samme vern for borgeren. For eksempel argumenterer Smith for at myndighetsmisbrukslæren kan anvendes direkte for beslutninger truffet av private fiskesalgslag.¹⁷³⁵ Tilsvarende vil en privat aktør som treffer vedtak trolig måtte respektere vilkårslærens grenser, og forholde seg til de krav som gjelder for og ved (videre)delegering av ansvar og oppgaver, uten at jeg vil nekte for at det kan tenkes unntak.

¹⁷³³ Min utheving. Se Ot.prp. nr. 38 (1964—1965) *Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker* s. 31. Man valgte en annen ordlyd uten de samme konnotasjonene.

¹⁷³⁴ Se omtalen i kapittel 4 punkt 4.2.5.

¹⁷³⁵ Smith 1979 s. 529 flg.

Det andre alternativet er å kreve at det delegerende organ via avtale eller kontrakt må sikre at delegaten etterlever de samme reglene som det selv ville gjort. Hvis forvaltningsorganet åpenbart forsøker å omgå regler ved å delegere, kan både den første og andre løsningen være aktuell.

Sivilombudets avgjørelse i er illustrerende. Et forvaltningsorgan hadde brukt et privat konsultentselskap for å innhente en evaluering av sine helsetjenester. Selskapet presenterte sine funn i en Power Point-presentasjon, men da en journalist ba om innsyn fra kommunen, hadde selskapet bare oversendt en sladdet versjon av presentasjonen til kommunen. Selskapet hadde også foretatt en habilitetsvurdering for kommunen, som de også nektet å overlevere til kommunen. Dermed fikk ikke journalisten innsyn, fordi dokumentene ikke befant seg hos kommunen. Ifølge ombudet kunne det se ut som et «... forsøk fra kommunens side på å omgå offentleglovas innsynsregler ...» og at dette var særlig problematisk fordi «... kommunen i dette tilfellet hadde fått opplysningene muntlig i et møte.»

Når det gjaldt habilitetsvurderingene, bygger ombudet i prinsippet på de samme betraktninger om delegering av plikter som jeg har tatt til orde for. Ombudet uttrykte at fordi kommunen ikke fikk tilgang til vurderingene, kunne de «... vanskelig ... bruke disse ... til å foreta en selvstendig vurdering av habiliteten.»

Ombudet uttalte også prinsipielt at det var «... uheldig dersom bruk av eksterne konsulentfirmaer åpner for at forvaltningen kan unndra opplysninger fra offentligheten», og at det er «... viktig at forvaltningsorganet sikrer seg tilgang til de dokumenter firmaet har utarbeidet på grunnlag av oppdraget.» Ombudet forutsetter altså at kommunen i samsvar med den andre løsningen, plikter å (effektivt) sørge for at borgerne får innsyn i arbeid som gjennomføres på kommunens vegne.

illustrerer noe av den samme problematikken. Oslo kommunes saksbehandlingssystem var levert av private leverandører, hvilket innebar at sentrale opplysninger ikke var lagret hos Oslo kommune selv. Ombudet la likevel til grunn at opplysningene var lagret i «organets», altså Oslo kommunes databaser. Resultatet virker muligens åpenbart, men er verdt å nevne.

Det tredje alternativet er å akseptere den derogatoriske virkningen i lys av at det organet man tildeler myndighet til *uansett er underlagt tilsvarende strenge regler*. Som både Hopsnes og Nielsen påpeker kan for eksempel regler som gjelder for private aktører generelt sett ivareta mange av de formålene offentligrettslige regler regulerer, og å direkte anvende de offentligrettslige reglene kan skape uheldige virkninger.¹⁷³⁶

Markushjemmet illustrerer en variant av det tredje alternativet. Saksforholdet var at Oslo kommune besluttet å stoppe utbetalingene til det offentlig-finansierte Markushjemmet, som var drevet av Markus menighet. Konsekvensen var at flere beboere måtte flytte på kort varsel. Formelt sett var det imidlertid bare truffet et vedtak om å strupe budsjettet. Spørsmålets kjerne var om Oslo kommune kunne forbyes fra å treffe et slikt budsjettvedtak og legge ned hjemmet. Lagmannsretten ga saksøkerne medhold med en åpenbart kreativ, men god løsning. Forvaltningslovens § 17 gjaldt ikke direkte, fordi det kun var truffet et budsjettvedtak. Kommunen skulle imidlertid uansett ha gitt beboerne forhåndsvarsel som følge av en forskrift «... sammenholdt med alminnelige prinsipper som kan utledes av kommunchelsetjenesteloven formål og system og behovet for rettsikkerhet i institusjoner ...».¹⁷³⁷ Med andre ord: Det forhold at en beslutning om å i realiteten flytte beboerne ble truffet *via* eller *som* et vedtak om tilføring av midler til ideell virksomhet, bør ikke spille noen rolle for borgerens rettssikkerhet. Lagmannsretten kunne også tolket fvl. § 17 utvidende, i lys av beboernes behov for vern.

Man kan for eksempel spørre om private aktører som opptrer i samsvar med anskaffelsesreglene når de skal løse en offentlig oppgave, fordi den private aktøren i utgangspunktet kan antas å ville maksimere egen vinning, og dermed velge den mest økonomisk effektive løsningen. Som jeg viser i neste avsnitt, er imidlertid ikke løsningen så enkel.

6.7.4.2 *Anskaffelsesreglene som eksempel på derogatoriske virkninger ved delegering*

Etter anskaffelsesdirektivet er pliktsubjekter etter anskaffelsesdirektivet en «contracting authority», som defineres i artikkel 2 første ledd nr. 1 som enten stat, fylkeskommune eller

¹⁷³⁶ Se nærmere i Hopsnes: «Myndighetsmisbrukslæren som rettslig skranke for forvaltningsorgans avtaleinngåelser?» *Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe*, Universitetsforlaget, 2013, s. 173—202, og Nielsen 2023 s. 24, samt Smith 1979 s. 689 om overlapp mellom foreningsretten og forvaltningsretten.

¹⁷³⁷ LE-1991-1489 (*Markushjemmet*).

kommuner, samt «... bodies governed by public law or associations formed by one or more such authorities ...». Definisjonen av «bodies governed by public law» er at de må (a) være etablert for å innfri en offentlig interesse, (b) ha rettslig personlighet og at ett alternativ vilkår må være innfridd etter bokstav (c). Disse er at virksomheten må være finansiert av det offentlige, underlagt kontroll og tilsyn av det offentlige eller ha et styre hvor flertallet av medlemmene er valgt av det offentlige jf. art. 2 nr. 1 (4). Formålet er dermed å likestille statlige virksomheter med virksomheter som er utskilt fra staten som selvstendig rettssubjekt.¹⁷³⁸

Som utgangspunkt vil derfor ikke rent private virksomheter være pliktsubjekt etter anskaffelsesdirektivet. Disse vil alltid være rettssubjekter etter bokstav b, og kan i noen tilfeller, særlig der det har forekommet en delegering, være finansiert og/eller kontrollert av det offentlige, etter bokstav c). Det sentrale punktet vil dermed være om virksomheten «... er [spesifikt] opprettet for å tjene allmennhetens behov og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter.»¹⁷³⁹

Ordlyden «opprettet» tillegges ingen selvstendig betydning i vurderingen. Det avgjørende er om virksomheten på nåværende tidspunkt ivaretar allmennhetens behov.¹⁷⁴⁰ Det er dermed både mulig og praktisk at et organ som følge av delegering *blir* et offentligrettslig organ i direktivets forstand. Det er heller ikke avgjørende for vurderingen om deler av en virksomhet drives på rent kommersielt grunnlag.¹⁷⁴¹ Det skal også generelt lite til for at en virksomhet anses å være opprettet for å ivareta allmennhetens behov.¹⁷⁴²

Samtidig må organet ikke være av industriell eller forretningsmessig karakter. KOFA uttrykker med henvisning til C-567/15 *LitSpecMet* at hensynet med regelen er at organer som ikke er «... utsatt for den samme økonomiske risikoen som private bedrifter, og dermed lettere kan ta andre hensyn ved anskaffelser enn de rent forretningsmessige, skal omfattes av regelverket.»¹⁷⁴³ Det beror derfor på en konkret vurdering om en virksomhet opererer i

¹⁷³⁸ Eksempler fra KOFAs praksis gis i Finn Arnesen: *Oversikt over EØS-retten*, Universitetsforlaget, 2022 s. 305—306.

¹⁷³⁹ FOA § 1-2. Forskriftens ordlyd inkluderer ikke «spesifikt», slik direktivet gjør, men dette antas ikke å utgjøre en forskjell, se omtalen i KOFA-2017-131 avsnitt 16.

¹⁷⁴⁰ C-470/99 (*Universale-Bau v. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*) avsnitt 57—63.

¹⁷⁴¹ C-567/15 (*LitSpecMet v. UAB Vilniaus lokomotyvy remonto depas*) avsnitt 40.

¹⁷⁴² *LitSpecMet v. UAB Vilniaus lokomotyvy remonto depas* avsnitt 31, sml. også KOFA-2017-131 avsnitt 24.

¹⁷⁴³ Jf. KOFA-2020-733 avsnitt 49.

konkurransmessige betingelser, og på grunn av dette ikke kan styres av annet enn økonomiske vurderinger.¹⁷⁴⁴

I prinsippet er det derfor et spørsmål som må vurderes konkret om en privat virksomhet som blir delegert oppgave må anses som et offentligrettslig organ etter anskaffelsesdirektivet. Generelt kan det nevnes at mange av de tilfellene der delegering er aktuelt, vil være tilfeller der markedssituasjonen ikke er ideell.¹⁷⁴⁵ Videre vil det offentlige, på grunn av kravene til delegering, normalt måtte sikre seg en avgjørende innflytelse på virksomheten. Dette inkluderer også at det offentlige vil måtte finne måter å gardere seg mot at virksomheten går konkurs. Til dette hører at når private aktører blir tildelt en særlig rettslig status og enten utøver myndighet, bruker tillatelser, eller innfrir plikter, så vil det kunne oppstå insentiver til å ta hensyn som ikke er rent økonomiske.

Konklusjonen er dermed at det kan tenkes tilfeller der private aktører som får ansvar som delegat må forpliktes til eller direkte anses som et offentligrettslig organ og følgelig være underlagt anskaffelsesforskriften.

6.7.4.3 Offentlighetsloven som eksempel på derogatoriske virkninger ved delegering

Hvilken løsning man bør foretrekke er ikke alltid åpenbart, og lovgiver kan ha tatt et bevisst valg. Lovgiver tok for eksempel eksplisitt standpunkt til hvorvidt private leverandører av helsetjenester skulle være underlagt offentlighetsloven ved innføringen av loven tilbake i 2006. I så fall er utvidende tolkning vanskeligere å argumentere for.

Offentleglovutvalget hadde foreslått to ulike modeller for en slik utvidelse av offentlighetsloven, men lovgiver og departementet gikk mot forslaget og ville bevare loven som å kun gjelde for den institusjonelle forvaltningen. Justiskomiteen gikk dermed med 'åpne øyne' inn for at privatisering av tjenesteytelse skulle medføre inngrep i allmennhetens innsynsrett. Man anså offentlighetens mulighet til å få innsyn i kontrakter, forhandlingsdokumenter og eventuelle opplysninger som innhentes ved det offentliges kontroll som tilstrekkelig. Utvalget la til grunn (og dette er selvsagt riktig) at innsyn i

¹⁷⁴⁴ Parafraisert fra *LitSpecMet v. UAB Vilniaus lokomotyvy remonto depas* avsnitt 46.

¹⁷⁴⁵ Enkelte slike generelle trekk for velferdstjenester beskrives bl.a. i NOU 2020:13 s. 454—455 og s. 486. Et godt eksempel vil være tilfeller der enkeltaktører har en de facto monopolstilling som følge av at tjenester må ytes i et geografisk bestemt område.

kontrakter ikke «... fullt ut kan kompensere for manglende offentlighet etter offentlighetsloven.»¹⁷⁴⁶ Da får man en uheldig situasjon der man får mindre innsyn i virksomheten jo mindre den er kontrollert av det offentlige. Som Justiskomiteen peker på vil man ikke kunne få innsyn i «... de mer detaljerte og konkrete opplysningene som bare finnes hos den private aktøren.»¹⁷⁴⁷

Generelt sett vil derfor privatisering av tjenesteytelse innebære en 'omgåelse' av offentlighetens innsynsrett.¹⁷⁴⁸ Den praktiske betydningen av dette vil antakeligvis variere fra sektor til sektor. Taushetsplikten vil for eksempel uansett legge bånd på en del «detaljerte og konkrete» opplysninger innenfor helse- og sosialområdet. I en del tilfeller vil det likevel kunne argumenteres for at den private aktøren enten er direkte underlagt offentlighetsloven, eller at det offentlige har ansvar for å hente denne informasjonen fra den private slik at den kan søkes innsyn i. For eksempel skal private helsetjenester som tjenesteleverandør ofte ha ansvar for å utforme eller bistå i utformingen av tvangsvedtak etter helse- og omsorgstjenesteloven kapittel 9 og 10. De dokumentene som utarbeides i den forbindelse må i så fall både omfattes av partsinnsynet (jf. fvl. § 18) og offentlighetsloven. I tillegg til innsyn i kontrakten og kontraktsoppfølgingen, så har kommuner etter kommunel. § 25-1 plikt til å ha internkontroll, som også må omfatte private aktører kommunen har avtale med.¹⁷⁴⁹ Kontrollutvalget har også myndighet til å kontrollere og få innsyn hos alle organer kommunen har eierinteresser i jf. kommunel. § 23-2 og § 23-6. Likevel er den andre løsningen mest aktuell her: Forvaltningen bør for eksempel legge til rette for at avviksrapporteringen fra private sykehjem kan bli søkt innsyn i.

6.7.4.4 Andre eksempler på derogatoriske virkninger ved delegering

Et annet viktig område der delegering kan få derogatoriske virkninger, er delegering av *privatretslig* kompetanse fra det offentlige til private aktører. En privat aktør får for eksempel ansvar for å foreta et salg av eiendom på kommunes vegne. Forvaltningen selv vil i så fall være underlagt alminnelige forvaltningsrettslige regler, som

¹⁷⁴⁶ NOU 2003:30 *Ny offentlighetslov* s. 56.

¹⁷⁴⁷ Innst.O nr. 41 (2005-2006) *Innstilling frå justiskomiteen om lov om rett til innsyn i dokument i offentleg verksemd (offentleglova)* s. 6.

¹⁷⁴⁸ Se problematiseringen i Marcussen 1989 s. 419.

¹⁷⁴⁹ Imidlertid gjelder ikke kommunelovens bestemmelser om internkontroll direkte for private som utfører oppgaver på vegne av kommunen.

myndighetsmisbrukslæren.¹⁷⁵⁰ Dette vil forhindre usaklig bruk av den aktuelle privatrettslige kompetansen. Spørsmålet blir i så fall om den private aktøren kan bruke den privatrettslige kompetansen på usaklig vis på kommunens vegne. Smith antar i alle fall at det ikke kan gjøres.¹⁷⁵¹

I andre tilfeller kan det være mer naturlig å anse løsningen som innfridd i kraft av andre mekanismer. Arkivloven gjelder for eksempel bare offentlige organer jf. arkivloven § 5. Likevel vil private aktører som utfører tjenester for det offentlige normalt ha en plikt til å ha internkontrollsystem med bl.a. lagring av sentral informasjon. Dette kan ofte anses tilstrekkelig. Ofte vil man også møte private aktører med de samme kravene til forholdsmessighet, saklighet, god forvaltningsskikk, med mer, som offentlige.¹⁷⁵²

På hvilke måter delegeringen kan ha derogatoriske virkninger vil for det første være et viktig spørsmål som bør underlegges mer diskusjon enn det er anledning til her, og for det andre være et spørsmål som vil ha betydning ved vurdering av hvilket ansvar det delegerende organ har for å styre og kontrollere sin delegat. På et overordnet nivå er det grunn til å konkludere med at en av de tre løsningene skissert ovenfor skal velges, slik at det enten foretas en utvidende tolkning, anses som en plikt for det delegerende organ å sikre ved avtale eller instruks at reglene praktiseres, eller at det eksisterer tilstrekkelig betryggende kompenserende regler (typisk privatrettslige regler).

6.7.5 Oppsummering

Delegering vil i mange tilfeller medføre at regler som gjelder for det delegerende organ, ikke gjelder for delegaten, fordi delegaten ikke har de samme institusjonelle karaktertrekkene som det delegerende organ. Vis á vis tredjemann vil det bety at delegeringen har derogatoriske virkninger, eventuelt at det delegerende organ får muligheten til å løse sitt ansvar uten å være bundet av skranker det selv ville vært bundet av. Dette vil ofte være uheldig, og må derfor kompenseres for via tolkning eller avtale og

¹⁷⁵⁰ Se Rt. 2009 s. 1356 (*Nordea*).

¹⁷⁵¹ Smith 1979 generelt om anvendelsen av ulovfestet alminnelig forvaltningsrett på private med delegert myndighet, s. 516 flg. Hans vurderinger er overordnet sett de samme som mine, og baserer seg på at «Det kan iallfall ikke være noen grunn til å anta at [fiskesalgs]lagene står friere i sin skjønnsutøving enn den institusjonelle forvaltning ...», på s. 530.

¹⁷⁵² Sml. Marcusson 1989 s. 406.

kontrakt. Alternativt kan man konstatere at andre rettslige regler kompenserer for derogasjonen slik at tredjemann stilles relativt sett like godt.

6.8 Oppsummering

Kapittelet har dreid seg om to problemstillinger. Den første er om ansvar kan overlates til andre ved å delegere. Den andre er hvordan de ulike ansvarsformene forvaltningen er underlagt kompenserer for muligheten forvaltningen har til å overlate ansvar til andre ved å delegere, og på den måten stiller krav til gjennomføringen av delegeringen.

Den første problemstillingen kan besvares bekreftende. Det finnes ikke en regel som forbyr delegeringer, der virkningen av delegeringen ville vært å overlate ansvar til andre. Det er heller ikke normer som særskilt er forankret i de ulike ansvarsformene som generelt sett skaper et slikt forbud. Snarere har kapittelet vist eksempler på hvordan ansvar kan overlates til andre — og ser man til sakens reelle side må det være spesielt klart at ansvaret påvirkes.

Den andre problemstillingen har samtidig vist at det finnes ulike måter å *kompensere for* forvaltningens mulighet til å overlate ansvar til andre på. Erstatningsretten gir den mest sofistikerte løsningen, og kombinerer både særskilte krav til kontroll med delegater, og identifikasjonsregler. Dermed blir det både mulig å ansvarliggjøre konkrete aktører, men også å ansvarliggjøre de som organiserer betingelsene for andre i sin egen tjeneste, enten disse er arbeidstakere eller selvstendige oppdragstakere. Gjennomføringen delegeringen blir da også noe det delegerende organ må ta høyde for, hvis det ikke skal bli erstatningsansvarlig.

Statsretten har løst problemet ved å på den ene siden gjøre det parlamentariske ansvaret rent politisk. På den andre siden blir det konstitusjonelle ansvaret forsøkt ivaretatt ved å kreve at statsråden har instruksjonsmyndighet, slik at vedkommende kan stilles til ansvar for medvirkning eller unnlater. Reformen i 2007 fjernet imidlertid denne muligheten, og jeg mener svakheten er noe man må rette på så raskt som mulig. I praksis ender reformen med å gjøre det mulig for statsråden å la være å forsøke å løse styringsproblemer.

Analysen har også avdekt andre svakheter, dels ved at ansvar kan overlates uten noen kompenserende mekanismer i visse tilfeller, som at delegering kan ha derogatoriske

virksomheter, og at delegering både påvirker konstitusjonelt (formelt) og parlamentarisk ansvar (reelt).

Ingen av de ansvarsformene som har vært diskutert ivaretar imidlertid nødvendigvis det delegerende organets ansvar som *overordnet organ*. Drøftelsen har derfor synliggjort et behov for en særegen *forvaltningsrettslig* kompenserende mekanisme — forvaltningsrettslige krav til gjennomføring av delegeringen. Et stykke på vei har også litteraturen antatt en slik, nemlig kravet om at det delegerende organ må ha instruksjonsmyndighet, og bruke denne aktivt. Dette drøftes i neste kapittel.

7 Det delegerende organs hierarkiske ansvar for sin delegat

7.1 Innledning: Ansvar, styring og kontroll

7.1.1 Metodisk innledning

Begrepsanalysen i dette kapittelet bygger videre på de generelle perspektivene som har vært bygget opp så langt: Den selvstendige betydningen av forvaltningens organisering (jf. kapittel 5), også utenfor kompetanseutøvelse (jf. kapittel 4), og faren for at overstyring gjør organenes egenverdi til en måte å håndtere motsetninger i styringssystemene (jf. kapittel 6). Disse diskusjonene beror i seg selv på forutgående teoretiske analyser i kapittel 2. I dette kapittelet vurderer jeg om løsningen på noen av utfordringene kan ligge i det hierarkiske og overordnede organets *eget* ansvar, og dermed dets lojalitet *nedover* . Et slikt krav vil reflektere en mer substansiell oppfatning om kravene til *gjennomføring* av delegeringer, som er bygget på en oppfatning om demokratisk egenverdi, der det hierarkiske organets ansvar er å sikre at delegaten både opptrer innenfor demokratiske rammer, men samtidig sikres rom og autonomi (jf. foran i kapittel 2 punkt 2.4.7). Begrepsanalysen brukes deretter for å stille spørsmål ved om det etter gjeldende rett gjelder et ansvar for å styre og kontrollere delegaten, samtidig som man skal ivareta delegatens autonomi. De teoretiske diskusjonene av vanskelighetene med å skape gode styrings- og kontrollsystemer som ble gjennomført i kapittel 2 blir også sentrale som grunnlag for en slik regel (jf. blant annet 2.2, 2.2.7, 2.2.8, 2.2.9, 2.4, 2.4.3, 2.4.5 og 2.4.7).

7.1.2 Krav om styring og kontroll som mekanisme for å forhindre at ansvar overlates

I forlengelsen av kapittel 6 er det grunn til å sondre begrepsmessig mellom slike krav til delegering som handler om *gjennomføringen* av delegeringen, og de som handler om selve beslutningen. Diskusjonen om styring og kontroll beror også på denne sondringen. Man har antatt at det gjelder et minstekrav om at det delegerende organet må ha *kompetanse til* å styre og kontrollere sine organer (jf. 2.2.1). Samtidig har man antatt at det delegerende organ har et ansvar for å bruke disse styringsmulighetene, som jeg pakker ut nærmere nedenfor.¹⁷⁵³

¹⁷⁵³ Som jeg pakker ut like nedenfor har man i noen grad sett dette hierarkiske som et spørsmål om *statsrådens* ansvar, som ble omtalt foran i 6.3.

Begge disse sidene av saken vil samtidig kunne spille en rolle som del av den mer substansielle vurderingen av nedsidene ved delegering (jf. 5.7.4). De begrepsmessige skillene reflekterer derfor primært en måte å beskrive ulike problemer på, men ikke å avskjære relevansen av *argumenter* fra de ulike sidene av saken. For eksempel må man også vurdere formålet med delegeringen i en vurdering av kravene til styring (jf. kapittel 5).

Det er derfor to spørsmål i kapittelet. Et spørsmål er hvilke minstekrav som kan stilles til kompetansene det delegerende organ må ha for å kunne delegere (jf. 7.6). Minstekravet er egentlig avledet et større spørsmål om hvilke krav som kan stilles til selve gjennomføringen av delegeringen, og om det delegerende organ kan sies å ha et ansvar for å aktivt styre og kontrollere delegaten. I lys av diskusjonen foran i kapittel 2 punkt 2.4, og begrunnelsene for å delegere i kapittel 5 og 6, mener jeg imidlertid det er behov for å også vurdere det delegerende organs ansvar for å sikre delegatens *autonomi*.

Problemstillingen i kapittelet er derfor: Har det delegerende organ ansvar for styring og kontroll med sine delegater, hva er ansvarets innhold, og hvilke minstekrav til beslutningen om å delegere forutsetter et slikt ansvar?

7.1.3 Tidligere behandling i juridisk litteratur

Som delvis ble indikert av kapittel 5 og forrige kapittel (jf. pkt 6.1.2), og som delvis fremgår av den senere drøftelsen her, har det vanligvis blitt lagt til grunn at det delegerende organ har et visst ansvar for å styre og kontrollere organet *det delegerer til*.

Man har imidlertid ikke alltid vært helt eksplisitt rundt denne oppfatningen, og man har i liten grad gått inn i hva ansvaret inneholder. Riktignok skriver flere forfattere om det man kaller forvaltningens interne tilsynsansvar, eller ansvaret som overordnede har for underordnede i forvaltningen.¹⁷⁵⁴ Et slikt tilsynsansvar kan kanskje kaste lys over ansvaret for gjennomføringen av delegering. Ansvarets innhold er likevel sparsomt behandlet, og behandlet med stor grad av usikkerhet.¹⁷⁵⁵ Hovedtrekkene kan likevel oppsummeres langs

¹⁷⁵⁴ Se Bernt 2010 s. 345, Smith 2022 s. 521—522, og, Frihagen: *Forvaltningsrett, 3: Omgjøring, kontroll og ugylldighet*, Forlaget A. Frihagen, 1992 s. 84 flg. Graver 2019 s. 596.

¹⁷⁵⁵ Se for eksempel i bl.a. Prop. 64 L (2017-2018) *Endringer i universitets- og høyskoleloven (NOKUTs oppgaver, eksamen og personvern mv.)* om NOKUT, s. 19: «Departementet mener derfor at loven bør endres slik at det tydeligere kommer frem hvilke deler av NOKUTs virksomhet som er omfattet av departementets styringsmyndighet og konstitusjonelle ansvar, og hvilke deler som ikke er omfattet av dette ansvaret» [min uthv.].

de samme linjene jeg senere tematiserer, og tenkning rundt internkontroll (herunder overordnedes kontroll med underordnedes internkontroll) kunne vært trukket mer inn i fremstillingen enn jeg har hatt anledning til å gjøre.

I tillegg til det generelle tilsynsansvaret til overordnede, er det vanlig å peke på at delegering også påvirker styring og kontroll. Som man vil se sitatene nedenfor, veksler litteraturen mellom å kalle det et krav om kontroll- og instruksjonsmyndighet, og å diskutere det delegerende organs ansvar. På et begrepsnivå er det en forskjell her, fordi det har å gjøre med om man bare står overfor formelle krav til å ha visse kompetanser (beslutningsstadiet), eller (også) et selvstendig ansvar (gjennomføringsstadiet).

Bernt og Rasmussen omtaler for eksempel «... kravet om kontroll- og instruksjonsmyndighet ...».¹⁷⁵⁶ Her diskuteres da krav til (eller forut for) *beslutningen*. Smith fremhever derimot at «... den hierarkiske organisering [henger] sammen med prinsippet om ansvar for den politiske ledelse», og at «[a]nsvaret tar slutt ved styringsrettens grense.»¹⁷⁵⁷ Man kan kanskje forstå Smith som å stille krav til beslutningen som et middel for ansvaret, som deretter er ment å påvirke gjennomføringen. Graver skriver også, i de samme banene, at «[m]ulighet til å instruere om enkeltsaker betyr at departementet må følge med på det underordnede organets praksis og kan gripe inn overfor vedtak ...».¹⁷⁵⁸

Frihagen hevder også det delegerende organ har plikt til å utføre kontroll med sin underordnede.¹⁷⁵⁹ Opsahl slår også fast at den som delegerer må ha kontrollmyndighet overfor sin delegat, og *faktisk bruke* denne myndigheten.¹⁷⁶⁰ Eckhoff skriver at «Regjeringen skal ha et visst ansvar for hvordan oppgavene [den er tillagt] løses. Den kan nok delegere myndigheten, men må sørge for å ha mulighet til å instruere den det delegeres til.»¹⁷⁶¹ Eckhoff uttrykker derfor, slik Smith gjør, at det gjelder krav til beslutningen *fordi*

Departementet har jo åpenbart ikke noe *konstitusjonelt* ansvar. Se også Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 2012 om hensynet til «styrbarhet», flere steder, se s. 4 og 9.

¹⁷⁵⁶ Bernt 2010 s. 80.

¹⁷⁵⁷ Smith 1999 s. 49—50. Se også vedlegg til Statskonsult 2002 av Smith, s. 14

¹⁷⁵⁸ Se Graver 2019 s. 181—182.

¹⁷⁵⁹ Frihagen 1973 s. 10.

¹⁷⁶⁰ Opsahl 1965 s. 218.

¹⁷⁶¹ Eckhoff 1992 s. 204.

det delegerende organ skal ha ansvar, og dermed fordi man er ute etter å påvirke selve gjennomføringen. Backer-utvalget uttrykker seg i samme retning.

«Regjeringen kan ikke selv begrense sin instruksjonsmyndighet. Når regjeringen har delegert myndighet, kan den instruere organet som den har delegert til, og den vil kunne holdes konstitusjonelt ansvarlig for avgjørelser som blir truffet i kraft av den delegerte myndigheten. Regjeringen kan med andre ord ikke fraskrive seg ansvaret for myndighet som den har delegert.»¹⁷⁶²

Også her ser man et eksempel på at *minstekravet* til beslutningen, ses i sammenheng med eller er begrunnet i at man ønsker å kunne gjøre ansvar gjeldende, som et middel for å påvirke *gjennomføringen*. Man har derfor veldig langt på vei operert med den distinksjonen jeg ønsker å utvikle videre her.

Det er som et utgangspunkt uomstridt at det delegerende organet må ha anledning til å styre og kontrollere sin delegat, som utgjør et minstekrav til beslutningen. Kravet ble slått fast av Ingvaldsen-utvalget og fulgt opp av Stortingets utenrikskomité, som jeg siterer nærmere fra nedenfor.¹⁷⁶³ Det er derimot en viss uklarhet med hensyn til hvor store krav minstekravet stiller til selve beslutningen. Spørsmålet må også ses i lys av diskusjonen i kapittel 5. Jeg drøfter spørsmålet nærmere løpende og oppsummerer i punkt 7.6.

Minstekravet er imidlertid bare en dimensjon— den som handler om selve beslutningen om å delegere, og det som må være på plass før selve delegeringen kan besluttes.¹⁷⁶⁴ At man primært har orientert tenkningen rundt minstekravet er nok i stor grad en konsekvens av kompetansebegrepet og ugyldighetslærens betydning (jf. også foran i kapittel 4 punkt 4.2). Et mer sammensatt begrep om organisering tilsier derfor en økt orientering rundt gjennomføringen (jf. 2.2.10).

Samtidig er reiser spørsmålet om hvilke krav som kan stilles til gjennomføringen av en delegering, alle de gjennomgående dilemmaene i hele avhandlingen. Spørsmålet er nemlig

¹⁷⁶² NOU 2019:5 s. 510.

¹⁷⁶³ Se også Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 12, hvor Komiteen uttrykker at «Utvalget slår videre fast at regjeringen ikke kan delegere myndighet uten at den beholder instruksjons- og kontrollmyndighet.», og senere slår dette fast, se s. 25.

¹⁷⁶⁴ Se imidlertid nyansen nedenfor i 7.5.3.5.

hvordan hierarkiske organer kan tilpasse sin styring til alle de makt- og avhengighetsforholdet organet allerede står overfor — det jeg foran omtalte som det strukturelle nivåets forrang i 2.2.7.

På den ene siden kan man spørre hvordan det er mulig å ivareta de selvstendige og politiske og faglige kravene til denne styringen. Styringen av de juridiske sidene ved delegatens virksomhet må for eksempel gi rimelig sikkerhet for juridiske krav blir ivaretatt, samtidig som politiske mål nås og budsjettet overholdes (jf. f.eks. omtalen av konflikten mellom juss og budsjettstyring i 2.3.5). På den andre siden skal kontrollen ikke være så omfattende at den undergraver delegatens autonomi og mulighet til å løse de oppgavene den opprinnelig skulle ivareta (jf. 2.4.3 og kapittel 5). I så fall må samtidig det delegerende organs *egen* styring ta høyde for omgivelsene til delegatens virksomhet — og som jeg forsøkte å formulere i kapittel 2, ta hensyn til at organets egenlogikk og institusjonelle materialitet hadde en egenverdi (jf. 2.4.7).

7.2 Begrepet om hierarkisk ansvar i en moderne forvaltningsstruktur

7.2.1 Utgangspunkt: Differensieringen av den hierarkiske styringsformen

For å komme nærmere en forståelse av hvordan det hierarkiske ansvaret kan forstås, er det nødvendig å pakke ut måten ansvaret har utviklet seg mer presist enn det som ble gjort foran i kapittel 2 punkt 2.3.

Hvis man ser på Eckhoff og Opsahls vurderinger av delegering på begynnelsen av 1960-tallet, kunne de forutsette at alle statens vesentlige gjøremål var å treffe beslutninger, og at disse kunne påklages helt til siste instans.¹⁷⁶⁵ Dermed kunne spørsmål om hierarkisk ansvar for lavere ledd i linjen løses relativt enkelt: Overordnede hadde ansvar for å behandle klager, eventuelt å sikre at særlige klageorganer var på plass. Denne situasjonen var *enklere* enn i dagens situasjon. I det videre viser jeg generelt til Sands fremstilling og Tore Grønlie og Yngve Flos beskrivelser av utviklingstrekkene.¹⁷⁶⁶

Den første sentrale utviklingen er den omfattende delegeringen av det meste som har å gjøre med både enkeltsaker og klagesaker, ut av departementsnivået. Styringen blir også mindre

¹⁷⁶⁵ Se bl.a. Opsahl 1963 s. 6.17.

¹⁷⁶⁶ Se særlig Sand 1996 kapittel 8, Grønlie 2009.

direkte ved at instruksjonsmyndigheten begrenses, anbefales å bli brukt på tilbakeholdent vis, eller blir erstattet med at departementet får ansvar for å gi retningslinjer eller anbefalinger (en oppgave som ofte også delegeres til lavere nivåer).¹⁷⁶⁷ Også klagebehandling flyttes ut. Det fantes 51 særskilte klagenemnder i 2017, og flere av disse er formelt sett helt uavhengige.¹⁷⁶⁸ I andre tilfeller foregår klagebehandlingen bare innenfor ett organ, ved at sentralt nivå er klageinstans for lokalt nivå.¹⁷⁶⁹ I 2003 kom Statskonsult frem til at forvaltningslovens hovedregel bare gjaldt i litt over halvparten av tilfellene, og departementet behandlet bare åtte prosent av alle klager.¹⁷⁷⁰ Man har dermed i hovedsak sluttet å bruke klagebehandling som en måte for departementsnivået til å kontrollere rettslig praksis i lavere nivåer.¹⁷⁷¹ I stedet har man ulike tilsyn, særskilte nemnder, eller andre spesialiserte organer som direktorater, som står sentralt i den faglige- og juridiske styringen og kontrollen. Man kan et stykke på vei si at den juridiske kontrollen har blitt delegert ut av departementene (jf. også foran i 2.3.3).

Departementet og statsrådets direkte innflytelse på de lavere nivåer foregår derfor på andre måter. Departementene har trukket seg tilbake i den juridiske styringen, og lagt vesentlig mer vekt på rollen som sekretariat for politisk ledelse gjennom det man kaller etatsstyring.¹⁷⁷²

Etatsstyringen fungerer etter et årshjul med statsbudsjettet som utgangspunkt, kontinuerlig styringsdialog og utforming av tildelingsbrev.¹⁷⁷³ Tildelingsbrevet inneholder en tildeling av ressurser, økonomiske fullmakter, og styringsindikatorer. Disse rapporteres i årsrapporten. Departementet kan også inngå særskilte avtaler med etatslederen.¹⁷⁷⁴ Etatsstyringen skaper dermed en formalisert forhandlingssituasjon, hvor departementet sitter på 'siste ord'.¹⁷⁷⁵ Departementet sier noen ganger selv at etatsstyringen skal handle

¹⁷⁶⁷ Se f.eks. Difi: «Organisasjonsformer i offentlig sektor - en kartlegging», 2018, s. 44 flg.

¹⁷⁶⁸ Difi 2018 s. 17.

¹⁷⁶⁹ Se omtalen i NOU 2019:5 s. 363 flg.: «I dag er klagesakene i stor grad løftet ut av departementene og lagt til direktorater eller andre underordnede organer ved delegering, eller til særskilte klagenemnder ved lovendring».

¹⁷⁷⁰ Difi 2018 s. 17 med videre henvisninger.

¹⁷⁷¹ St.meld. nr. 37 (1990-1991) s. 18.

¹⁷⁷² Statskonsult 2002 s. 4.

¹⁷⁷³ DFØ 2021 s. 4.

¹⁷⁷⁴ Kommunal- og moderniseringsdepartementet: *Retningslinjer: Statens lederlønnssystem med kontrakter*, 2017 s. 6 gjør en inndeling i kontrakter med eller uten resultatkrav, se også s. 16.

¹⁷⁷⁵ Sml. også Grønlie 2011 s. 224: «Det er neppe tvil om at balansepunktet på Dahl Jacobsens lojalitet – nøytralitet-dimensjon siden den gang er forskjøvet sterkt i lojalitetens retning.»

om å sikre læring, men underordnede er sjelden enig.¹⁷⁷⁶ Etatsstyringen formaliserer i noen grad det veileder i styring omtaler som et «strategisk spill», og blir da samtidig selv en upersonlig struktur med egne mekanismer og prosesser.¹⁷⁷⁷

Etatsstyringen skjer basert på *prinsippene for mål- og resultatstyring*, som er det sentrale styringsprinsippet i offentlig sektor med forankring i Bestemmelser om økonomistyring i staten (BØS).¹⁷⁷⁸ Det store flertallet av spurte sjefer i departementene svarte i 2019 at tildelingsbrev og oppdragsbrev var tilstrekkelig for å dekke deres styringsbehov. Bare to mente instruks og regelverk var nødvendige.¹⁷⁷⁹

Etatsstyringen baserer seg på å legge relativt åpne rammer for den laverestående etaten. Rammene fastlegges blant annet ved å presisere ulike styringsindikatorer. Disse forklares som «... i mange tilfeller indikatorer på det som ønskes oppnådd.»¹⁷⁸⁰ De defineres av SSØ, som nå er DFØ, slik:

«Styringsparametere beskriver direkte eller indirekte i hvilken grad virksomheten når sine mål i en gitt periode (eksempelvis et budsjettår). Styringsparametere kan være en kvantitativ størrelse eller resultatet av en kvalitativ vurdering. For hver styringsparameter må det velges en målemetode.»¹⁷⁸¹

Noen styringsparameter blir normativt ønsket mer enn andre, og man ønsker å skyve dem «til høyre» i den såkalte resultatkjeden.¹⁷⁸² Denne kjeden går stegvis fra venstre til høyre med henholdsvis innsatsfaktorer, aktiviteter, produkter, tjenester, effekter overfor brukere og effekter overfor samfunnet. Den normative evalueringen reflekterer styringsmodellens legitimitet, ettersom man må kunne vurdere resultater, dersom politikerne (kun) skal vedta mål og administrasjonen skal skape resultater. Man uttrykker også ofte at mål bør være

¹⁷⁷⁶ PwC 2021 s. 51–54.

¹⁷⁷⁷ Moderniseringsdepartementet 2005 s. 9.

¹⁷⁷⁸ Se St.meld 19 (2008-2009) s. 78.

¹⁷⁷⁹ PwC 2021 s. 28.

¹⁷⁸⁰ DFØ 2021 s. 18.

¹⁷⁸¹ Senter for statlig økonomistyring: *Resultatmåling: Mål- og resultatstyring i staten*, 2010 s. 22.

¹⁷⁸² Sitat fra en departementsråd i PwC 2021 s. 45.

«SMARTE». Denne forkortelsen står for «... Spesifikke, Målbare, Aksepterte, Realistiske og Tidfestede.»¹⁷⁸³

Den sentrale kontaktflaten mellom høyere og lavere nivåer i forvaltningen derfor møter hvor man utformer og vurderer ulike styringsindikatorer. Denne kontaktflaten er helt eller delvis differensiert fra de *juridiske* styrings- og kontrollmekanismene organet er underlagt, og gjør at organet underlegges en *politisk* og *økonomisk* logikk (jf. allerede logikken fra 2.2.1 til 2.2.3).

Denne økonomiske og politiske logikken uttrykker seg tydelig i en departementsråd som sier til PwC at etatsstyringen prioriterer å «... skyve målene bort til høyre fordi ellers vet vi ikke om vi får effekter ut av pengene».¹⁷⁸⁴ Med «til høyre» sikter den siterte departementsråden til en skala fra kontroll av innsatsfaktorer (venstre) til samfunnsresultater (høyre). En viktig del av begrunnelsen for endringen i styringen av den moderne forvaltningen var at man manglet «... incitamenter og ... press for effektivisering ...», og innførte slike.¹⁷⁸⁵ På den måten skulle de lavere organene mer effektivt oppnå politiske målsetninger. Som diskutert foran i kapittel 2 punkt 2.4.7 har også juridiske krav vært krav om å nå et instrumentelt formål.

Samtidig blir de juridiske dimensjonene og potensialet for skadevirkninger forsøkt ivaretatt gjennom krav til internkontroll, kombinert med differensiering av juridiske kontrollformer som tilsynsmyndigheter med mer. Det samme gjelder overordnede kontroll, som skal være basert på prinsipper for *risikobasert styring*.¹⁷⁸⁶ Det vil si at «[o]mfang og innretning på rapporteringskrav må tilpasses risiko, vesentlighet og egenart i den enkelte virksomhet», at Riksrevisjonens kontroll baserer seg på «risikovurderinger» når den evaluerer virksomheten,¹⁷⁸⁷ og at alle virksomheter har «... ansvar for håndtering av risiko i mål- og resultatstyringen ...».¹⁷⁸⁸

¹⁷⁸³ Statskonsult 2001 s. 28 flg.

¹⁷⁸⁴ PwC 2021 s. 45.

¹⁷⁸⁵ Moderniseringsdepartementet 2005 s. 4.

¹⁷⁸⁶ Senter for statlig økonomistyring 2006 s. 13 omtaler internkontroll og risikostyring som nesten-synonymer. De skriver at i dokumentet «... benyttes 'risikostyring og intern kontroll' som betegnelse på den prosessen som omfatter å identifisere, vurdere, håndtere og følge opp risiko som en del av mål- og resultatstyringen i staten.»

¹⁷⁸⁷ Riksrevisjonen: *Faglige retningslinjer for forvaltningsrevisjon*, 2022 s. 9.

¹⁷⁸⁸ Senter for statlig økonomistyring 2006 s. 15.

Utviklingstrekkene er heller ikke unik for departementsnivået, og det skjer en utvikling visse steder der direktoratsnivået distanserer seg fra de konkrete gjennomføringsoppgavene.¹⁷⁸⁹ Samtidig er mål- og resultatstyring styringsprinsippet for hele forvaltningen, og departementets målstyring fungerer som en hierarkisk ramme for målstyringen innenfor lavere enheter, som for eksempel konkretiseres i at hver NAV-ansatt utfyller et månedlig «målekort».¹⁷⁹⁰

Når det gjelder kommunal sektor er det langt større variasjoner. I kommunal sektor brukes også lignende styringsformer, men i uklart omfang.¹⁷⁹¹ Kommunal sektor styres delvis via KOSTRA-systemet, som sikrer at alle kommuner sammenlignes med hensyn til ressursbruk.¹⁷⁹² Krav om internkontroll med mer, er også sentrale i kommunal sektor.¹⁷⁹³ De to viktigste trekkene ved kommunal sektor er nok likevel for den statlige kontrollen ved Statsforvalteren eller særskilte nemnder, og den voksende bruken av markeder og private aktører, som forutsetter kontrakt som styringsinstrument.

Oppsummeringsvis har tilbaketrekingen av juridiske styringsformer på den ene siden vært kombinert med en differensiering av den juridiske styringen fra den politiske styringen på den andre siden. Dreiningen foregår vanligvis uten at man direkte endrer formelle juridiske krav.¹⁷⁹⁴ Samtidig endres juristenes rolle innenfor forvaltningen, der de i større grad blir spesialister på lavere nivå heller enn styringsprofesjoner på høyere nivå. Dermed blir den overordnede hierarkiske styringen i mindre grad et press for at lavere nivåer opptrer innenfor juridiske krav, selv om andre institusjoner naturligvis kan skape et slikt press.

¹⁷⁸⁹ Se blant annet DFØ: *Rapport 02, Direktoratsrollen i utvikling: En gjennomgang av Politidirektoratet*, 2023 s. 7, som generelt anbefaler å flytte mer av ansvaret for fagutvikling ut av Politidirektoratet.

¹⁷⁹⁰ Se et eksempel i Roaldsnes: «Mål og resultatstyring i Nav - kan det bidra til å få flere med nedsatt arbeidsevne i arbeid?», *Arbeids og velferd* 1, 2018, s. 57—80 på s. 60.

¹⁷⁹¹ Kunnskapen er mer begrenset her. Tonivåmodell er vanligvis en indikasjon på bruk av mål- og resultatstyring. Antallet kommuner som bruker tonivåmodell er redegjort for i Ideas2evidence: *KMDs organisasjonsdatabase, sluttrapport 2021*, 2020 s. 50. Statistikken viser at det er bare én prosent av kommunene som ikke har noen etater organisert som tonivåmodell, og at flest (44.6 prosent) har 4-6 enheter som er organisert slik. Som rapporten peker på har derfor tonivåmodellen falt i popularitet.

¹⁷⁹² Ideas2evidence 2020 s. 93—94.

¹⁷⁹³ Se bl.a. NOU 2016:4 s. 296 flg.

¹⁷⁹⁴ Særlig om kommunenes rolle: Bernt: «Kan kommunalt selvstyre og rettssikkerhet forenes?», *Lov og rett*, 1994, s. 67—92 s. 89: «Kommunene oppdager nå i stigende grad at de er brikker i et politisk spill, ikke om kommunalt selvstyre, men om vesentlige trekk ved vår velferdsstat – et spill som litt kynisk kan beskrives som kunsten å skjære ned på velferdsstatlige ytelser uten å bli sittende med ansvaret for konsekvensene.»

Samtidig har den politiske styringen blitt sammenfiltret med den økonomiske styringen.¹⁷⁹⁵ Etatsstyringen blir grunnlaget for den samlede dialogen med lavere nivåer, og dermed området hvor de politiske og økonomiske systemenes makt filtreres inn i lavere etater. Det fremstår også sannsynlig at utviklingen og endringene kan forklare elementer av hvorfor begrepene om styring, organisering og hierarkisk ansvar ikke har vært pakket ut videre (jf. foran i 2.2.1 og metodisk 3.5.8). Spørsmålene *ble* økonomisk-politiske spørsmål og håndtert innenfor rammene av disse styringsformene, og dermed ble det også disse kunnskapsformene som utviklet begrepene (jf. 2.2.3). Dermed setter de statsvitenskapelige eller økonomiske tenkemåtene sine særpreg på hvordan styringen foregår, selv om tenkemåtene samtidig vil tilpasses sosiale behov og maktforhold.¹⁷⁹⁶

Denne beskrivelsen av de faktiske forholdene i den interne styringen av forvaltningen er naturligvis abstrakt og det finnes unntak fra de generelle tendensene som her er synliggjort. Imidlertid skaper disse utviklingstrekkene to sentrale endringer i hvordan man må tenke om det interne hierarkiske ansvaret i forvaltningen.

For det første involverer departementsnivået seg i *begrenset grad direkte i den konkrete virksomheten i lokale etater*. Den hierarkiske styringen blir i voksende grad en *strategisk og indirekte styring*. For det andre har det skjedd en sterk *differensiering* av ansvaret i den moderne forvaltningen. Man skiller ofte mellom en faglig-juridisk og en økonomisk-administrativ styring, og dermed underordning. Begge disse utviklingstrekkene skal drøftes på et begrepsnivå i neste punkt.

7.2.2 Begrepene om styring, kontroll og styringsteknologier

Det neste problemet er hva man mener med at det delegerende organ har ansvar for å styre og kontrollere sin delegat. Å «styre» noen og å «kontrollere» noen, er ulike måter å ansvarliggjøre noen på. Man har altså ansvar for å ansvarliggjøre. Poenget med både styring og kontroll er å utøve makt på ulike måter, enten ved å påvirke eller ved å skaffe grunnlag for påvirkning (jf. også foran i 2.2.9). Om målet er *konkret* styring eller styring ved å skape

¹⁷⁹⁵ Se foran i 2.3.5.

¹⁷⁹⁶ Sml. også Sand 1996 s. 529 flg. Sml. også foran i punkt 2.2.

institusjoner og upersonlige maktstrukturer, å bygge systemer, egenlogikker og en institusjonell materialitet, vil variere (jf. foran i 2.2.10).

Begrepet *styring* handler om å påvirke og å øve innflytelse på den andre, for å oppnå visse mål. Moderniseringsdepartementets veileder om styring forklarer ordet som alle de samlede sett av tiltak som overordnede organer bruker.¹⁷⁹⁷ Man kan deretter også skille mellom direkte og indirekte styring. Direkte styring er tiltak som direkte foreskriver det som skal skje, for eksempel en instruks om å treffe et bestemt vedtak. Den direkte styringen er *personlig*, utøves av en klart definert aktør, og den økende delegeringen innebærer nettopp at hvilke personer som til syvende og sist utøver den konkrete makten overfor den enkelte borger, flyttes lenger vekk fra politiske aktører eller styringsprofesjonene i forvaltningen. Av den grunn skapes også den typen ansvarspulverisering som oppstår fordi den enkeltes maktutøvelse beror på flere forutgående maktutøvelser (jf. foran i 2.4.5).

Styring foregår dermed også i økende grad *indirekte*. Slik maktutøvelse foregår ved at overordnede påvirker omgivelsene til de man styrer, for derigjennom å begrense, men ikke bestemme handlingsalternativene. Det er viktig å understreke at også denne typen styring beror på enkeltstående maktutøvelser, for eksempel slik bevilgningsreglementets autoritet bekreftes når forskningsrådets styre kastes, eller juridiske krav til saksforberedelsene ender i domstolene. De upersonlige strukturene oppstår også ved å gi belønning, ros eller lignende, for visse typer handlinger, men ikke andre. Det kan også skje ved å kreve at alle vedtak skal begrunnes, hvilket utelukker å treffe vedtak man ikke er i stand til å begrunne. Man kan si at den *indirekte styringens forrang* reflekterer mer generelt det *strukturelle nivåets forrang* (jf. foran i 2.2.7).

Indirekte styring omtales av Sand som «rammestyring». Begrepet «rammestyring» som Sand bruker handler i forlengelsen om å skape en styring som etterlater «... styringsrom for andre ...».¹⁷⁹⁸ En type rammestyring er refleksiv styring, som forutsetter en genuin erkjennelse av at «... de lokale nivåene *kan* noe mer og noe annet enn de overordnede myndighetene».¹⁷⁹⁹ En særlig type indirekte styring har blitt kalt *styring av nettverk* av

¹⁷⁹⁷ Moderniseringsdepartementet 2005 s. 7.

¹⁷⁹⁸ Sand 1996 s. 197.

¹⁷⁹⁹ Sand 1996 s. 504, min uthv.

Sand,¹⁸⁰⁰ eller *governance* i den engelskspråklige litteraturen.¹⁸⁰¹ Her styrer man ved å koble aktører sammen og påvirke hvordan de interagerer. Som diskutert i teorikapittelet er det sentrale for min del at denne typen styring (også) brukes i *hierarkiet*, altså slik at det delegerende organ kan *bruke* andre aktører instrumentelt, for å styre sin delegat.¹⁸⁰² Forvaltningens kompliserte strukturer tuftes på 'kald respekt'. Nettverksbaserte styringsformer bør derfor ikke utelukkende forstås som *alternativer til* byråkratiet eller markedet, men like ofte som et *middel for* byråkratiet.

Som diskutert i kapittel 2 punkt 2.3.5 blir ofte juridiske styringsinstrumenter betraktet som «direkte» styringsinstrumenter, mens den «nye» styringen til økonomer og samfunnsvitere, blir betraktet som indirekte.¹⁸⁰³ Et slikt skille reflekterer mer ideologiske uenigheter mellom økonomer og jurister enn en underliggende forskjell i styringen. Om styringen er direkte eller indirekte beror egentlig bare på hvor mange handlingsalternativer som finnes, og hvor mange styringen utelukker. Markedsbasert styring (som ofte beskrives som indirekte styring) kan for eksempel ofte være svært direkte og utelukke alle alternativer som ikke er markedsøkonomisk lønnsomme.¹⁸⁰⁴ Og motsatt kan man fremheve at juridisk styring ved lov vanligvis gir den som styres stort skjønnsrom til å utforme sine beslutninger.¹⁸⁰⁵

Mitt utgangspunkt er at den typen styring som handler om rammer, har den største innflytelsen og er derfor en langt mer vesentlig form for maktutøvelse, enn den direkte styringen i form av direkte instruksjoner eller befalinger. *Begrepet om styring* må også omfatte de formene for styring som er sentrale i den moderne forvaltningen.

Begrepet *kontroll* handler derimot i utgangspunktet om å innhente *informasjon*, og jeg vil bruke det i snever forstand, mer i retning av begreper som rapportering og overvåkning.

¹⁸⁰⁰ Se f.eks. Sand 1996 s. 493.

¹⁸⁰¹ «Samstyring» er forslaget til oversettelse i Asbjørn Røiseland 2008. Som disse forfatterne også bemerker er begrepet omringet av en del uklarhet, se. s. 89. Se også Fukuyama: «What Is Governance?», *Center for Global Development Working Paper* 314, 2013, s. 1 om «... the confused state of current discussions.»

¹⁸⁰² Sml. Davies 2011 s. 153, «... network analysis could reveal as much about the 'relational' dimensions of a dictatorship as any fluid, self-coordinating social movement, showing how the dictator's position in a network enables him to exercise command power.»

¹⁸⁰³ Se f.eks. Johnsen 2007 s. 88.

¹⁸⁰⁴ Sml. Mau 2021 s. 216: «'Fri' konkurranse er en *herredømmeform*, et 'tvangsmiddel', et sæt sociale relationer, igjennom hvilke markedsaktører påtvinger hinanden 'kapitalens herredømme' gjennom 'gensidig tvang'.», se også Rønning 2019 s. 89, om den liberale tradisjonens skille mellom stat og marked som antas å svare til hhv. makt og frihet.

¹⁸⁰⁵ Se samtidig diskusjonen om tildeling av skjønn som «skinnargument», altså som *egentlig en måte å styre på*, i Bernt 1994 s. 87.

Kontroll er den samlede informasjonen som det delegerende organ ber sin delegat om å levere, eller som det delegerende organ selv henter inn ved hjelp av overvåkning. Samtidig vil enhver kontroll på samme tid være en form for styring, som ble utviklet i teorikapittelet, punkt 2.4.5: *Begrepet om kontroll* må derfor også inkludere de styringsvirkninger kontrollen har.

Både styring og kontroll er ledd i *ulike styringsteknologier*, som omtalt foran i kapittel 2 punkt 2.2.9. Dermed inngår styringen og kontrollen i bredere strukturer som er tilpasset bestemte organisatoriske kontekster, virkelighetsoppfatninger og verddivurderinger. Juridisk kontroll ivaretar andre formål enn økonomisk budsjettkontroll, mens mål- og resultatstyring og risikostyring har andre slagsider. Samtidig vil de skape andre varige strukturer, gi makt til andre aktører, og overlate rom til andre på forskjellige måter. Valget av styringsteknologi *innleirer* visse maktforhold i forvaltningen heller enn andre. Det ligger en *vesentlig uenighet* mellom ulike aktører i forvaltningen om hvilke styringsteknologier som best egner seg for å oppnå bestemte formål, men denne uenigheten spiller seg sjelden ut fordi ulike styringssystemer er differensierte jf. foran i kapittel 6 punkt 6.1. Det er derfor også behov for en større tverrfaglig diskusjon om interaksjonen mellom ulike styringsinstrumenter som ledd i styring og kontroll med lavere etater.¹⁸⁰⁶

7.2.3 Det hierarkiske ansvaret

7.2.3.1 Første problem: Styring som brekkstang for statsrådsansvar

Spørsmålet blir da hvordan man kan utforme et begrep om det hierarkiske ansvaret i lys av begrepene om styring og kontroll, og den underliggende uenigheten om ulike styringsinstrumenters virkemåte. Som jeg skal vise nedenfor og som allerede ble omtalt foran, har begrepet vært forstått på en instrumentell og formell måte, som har resultert i to problemer. Det første problemet er at styring primært har vært forstått som en *brekkstang for ansvar*. Det andre problemet er at man ikke har sett behovet for å se deler av styringen i sammenheng med alle de *andre* styringsformene forvaltningen bruker. For å løse disse problemene argumenterer jeg for at ansvaret må ha to aspekter. Det første aspektet er et

¹⁸⁰⁶ Det samme poenget fremheves av Nordrum: *Bedre regulering: årsak-virkningsanalyser i norsk reguleringsprosess*, Gyldendahl, 2019 s. 343 i forbindelse med årsak-virkningsanalyse og reguleringsteori, som speiler den samme arbeidsfordelingen innenfor forvaltningen.

ansvar for å sikre delegeringens formål (og kobler diskusjonen tilbake til kapittel 5). Det andre aspektet er et ansvar for å sikre delegatens autonomi mot sin egen og omgivelsenes (overdrevne) innflytelse.

Det første problemet henger som nevnt sammen med at man har lagt stor vekt på *betingelsene for* heller *gjennomføringen av* styring. Man sier at «[u]brutt ansvarslinje krever at det også må være en ubrutt instrukslinje.»¹⁸⁰⁷ Spesifikt har man vanligvis siktet til statsrådets konstitusjonelle eller parlamentariske ansvar som følge av Ingvaldsen-utvalget og Utenrikskomiteens innstilling, som diskutert foran i kapittel 6 punkt 6.2.2, i petit. Backer-utvalget skriver at «Et konstitusjonelt ansvar for regjeringen og de enkelte statsrådene forutsetter at de har instruksjons- og kontrollmyndighet overfor underordnede organer i samsvar med stortingsvedtaket i 1977.»¹⁸⁰⁸ Tanken er da formodentlig at statsrådets ansvar overfor det politiske systemet vil gjøre at statsråden stiller krav til sine underordnede, som igjen skaper bedre gjennomføring av delegeringen (jf. kapittel 6). Utfordringen er imidlertid at man ikke pakker ut *hva det er* statsråden skal sørge for at de lavere organene gjør, ut over å forhindre politiske skandaler.

Problemet er nemlig at den moderne forvaltningen *uansett* ikke kan styres gjennom instruks fra en statsråd. Statsråden vil hverken ha tid til å utferdige instruks, eller kunnskap om de sakene han eller hun kan instruere om. Det sikrer bare en svært formalistisk demokratisk forankring at statsråden har en *prinsipiell mulighet* til å instruere.¹⁸⁰⁹ Både Smith, Sand og Graver diskuterer derfor hvordan statsråden gjennom å være «tilbakeholden» og bedrive «rammestyring» kan begrense sitt ansvar.¹⁸¹⁰ Samtidig vil en

¹⁸⁰⁷ Moderniseringsdepartementet 2005 s. 11.

¹⁸⁰⁸ NOU 2019:5 s. 520. Se tilsvarende St.meld nr. 17 (2002-2003) s. 32—33: «Det konstitusjonelle utgangspunktet er at statsråden overfor Stortinget (og eventuelt Riksretten) har det endelige ansvaret for virksomheten i departementene og underliggende forvaltningsapparat. Statsrådenes ansvar går imidlertid ikke lengre enn myndigheten rekker. Den eneste måten statsrådets ansvar kan begrenses på er gjennom vedtak i Stortinget i form av lov eller plenarvedtak som begrenser statsrådets myndighet». Se også senest Difi 2018 s. 44 som antar at dersom Stortinget gjør et forvaltningsorgan uavhengig så «... er statsrådets ansvar tilsvarende begrenset.»

¹⁸⁰⁹ Se f.eks. Bovens, 2007 s. 191: «This means that in political practice, the hierarchical strategy has only limited power of control and preventive effects.»

¹⁸¹⁰ Sand 1996 s. 197 om rammestyring, Smith 1994 s. s. 108, om at statsråden har ansvar for «... forsvarlig oppnevning, forsvarlige rettslige og økonomiske rammer og forsvarlig oppfølging av styrets virksomhet er honorert. ... Hvis dette «ramme»-ansvar ... er tilfredsstillende fulgt opp, er det grunn til å anta at statsråden vil kunne bli hørt med at den administrative ordning på vedkommende område nettopp tar sikte på å gi styret en viss handlefrihet i dets daglige virksomhet», trolig ment som å beskrive en politisk norm. Mer i retning av å anta rettslige begrensninger, se Graver 2000 s. 207. Dette håndteres mer prinsipielt nedenfor i punkt 7.2.3.

statsråd er *alltid være* tilbakeholden i noen grad. Poenget — som jeg utvikler nedenfor — er at statsråden *både* bør ha ansvar for å sikre forsvarlig styring *og* for å sikre organets autonomi.

Kort sagt inngår statsrådets styring nødvendigvis som en mange formidlinger basert på upersonlig makt. Opsahl var den første som forsøkte å peke på noen av disse problemene i 1969, da han beskrev «... det representative systems avmakt overfor fullbyrdede kjensgjerninger fra byråkratiet, teknokratiet, meritokratiet og fra interesseorganisasjonenes forhandlingsresultater»¹⁸¹¹ Opsahl argumenterte på denne bakgrunn for å forfatningsmessig anerkjenne ansvarsformer og representasjonsforhold «... også i andre plan, og i andre dimensjoner enn partienes.»¹⁸¹² Statsrådets styring inngår bare som et element blant mange andre, som gjør at selve *styringsmuligheten* — som er det man har vært opptatt av — mister betydning, fordi alle underordnede uansett vet at denne er av begrenset betydning. Statsrådets *upersonlige* makt reduseres.

Noen tiår senere var de samme argumentene kjernen i Sands kritikk, men der langt mer utviklet. Hun skriver treffende at

«Mer omfattende delegasjoner og en mer markert organisatorisk inndeling i statsforvaltningen innebærer også nye utfordringer til styrings-, koordinerings-, ansvars- og kontrollrelasjonene mellom over- og underordnede organer. Organer som er en del av statsforvaltningen i rettslig forstand, har regjeringen et konstitusjonelt og politisk ansvar for selv om det er gitt omfattende delegasjoner. Likevel er det åpenbart at alle styrings- og kontrollspørsmålene ikke kan løses ved å henvise til dette ansvaret»¹⁸¹³

Det er åpenbart urealistisk at statsråden skal bære alt ansvar, slik både Opsahl og Sand begrunner. Det er også klart, som Sand skriver, at ikke alle problemer kan løses ved det hierarkiske ansvaret. Man har på sett og vis historisk sett gjennomgått de samme prosessene som jeg skisserte i teorikapittelet, med en orientering av det juridiske begrepet fra instrumentell makt (jf. 2.2.3) til interesseorganisasjonene og institusjonenes makt (jf. 2.2.3)

¹⁸¹¹ Opsahl, 1980 [1969] s. 101

¹⁸¹² Opsahl, 1980 [1969] s. 108.

¹⁸¹³ Sand 1996 s. 506. Se også tilsvarende poeng på s. 548—549.

og derfra videre til kompleksitet i Sands kritikk (jf. 2.2.8). Men samtidig kan både Sand og Opsahl kritiseres for å ikke peke på at den *enkelte delegering* utgjør en konkret beslutning og maktutøvelse for den enkelte aktør, som kunne vært stilt krav til.¹⁸¹⁴ Sand drøfter imidlertid ikke denne løsningen, og nøyer seg med å legge til grunn at delegering *kan* skje, uten å stille spørsmål ved under *hvilke betingelser* det må skje.¹⁸¹⁵ Dermed blir valgmulighetene og maktutøvelsen som ligger i selve delegeringen, herunder det ansvaret som burde følge med, mindre synlig.

Nærmere presisering av *det juridiske innholdet* i de hierarkiske krav til styringen med lavere nivåer er derfor fraværende, fordi styring primært har fungert som brekkstang for ansvar i den mer tradisjonelle litteraturen, mens kritiske forfattere ikke har utpenslet et alternativ innenfor rammen av den klassiske forvaltningsretten — som er det verktøyet vi har.¹⁸¹⁶ Utfordringen ligger derfor i å utpensle en ansvarsnorm som *tar høyde for og bøter på* at «... den hierarkiske styringen slår sprekker fordi den ikke lenger makter å utføre styring og kontroll på kvalitativt gode nok måter».¹⁸¹⁷

Det første aspektet av en immanent kritikk som gir grunnlag for et mer nyansert begrep om det hierarkiske ansvaret, er derfor å problematisere en spesifikk kombinasjon av tradisjonelle og kritiske perspektiver på delegering: Fra tradisjonelt hold reduseres delegering til et formelt spørsmål om styringsmuligheter, basert på et formelt begrep om organisering (jf. foran i 2.2.1). Fra kritisk hold fremheves derimot betydningen av gjennomføringen, gjennom et langt mer sofistikert begrep om organisering, men uten at man peker på hvordan de formelle utgangspunktene fortsatt kan tjene til å *institusjonalisere* et slikt begrep (jf. også foran i 3.4.3).

7.2.3.2 *Annet problem: Spaltningen mellom faglig-juridisk og økonomisk-administrativ styring*

Diskusjonen foran er samtidig langt på vei mulig å forstå som en konsekvens av at de organisatoriske spørsmål som før var «juridiske», i nyere tid har blitt økonomisk-

¹⁸¹⁴ Sand 1996 s. 517.

¹⁸¹⁵ Sand 1996 s. 189.

¹⁸¹⁶ Se imidlertid alt NOU 1989:5 s. 64: «Kravet om politisk styrbarhet er primært et krav til at det skal foreligge styringsmuligheter ...»

¹⁸¹⁷ Sand 1996 s. 178.

administrative, i *praktisk* forstand. Ettersom jurister har skygget banen, har den vært inntatt av andre aktører og systemer.¹⁸¹⁸ Formelt sett eksisterer det for eksempel en presisering av overordnede ansvar for å styre underordnede i Bestemmelser om økonomistyring i staten (BØS), et regelverk som vedtas og håndheves av Finansdepartementet, og dels Riksrevisjonen. Regelverket er lite diskutert av jurister, i noen grad fordi det bare i form er et juridisk regelverk.¹⁸¹⁹ Det har dermed oppstått en spaltning: Det hierarkiske ansvaret blir definert i separate juridisk-faglige og økonomisk-administrative spor.¹⁸²⁰ Spaltningen skaper en uheldig risiko for *overstyring*, og *systemfeil*, slik Pedersen forklarer begrepet:

«... uventede konsekvenser af en bestemt organisationsmåde, som systematisk gentages, uden at en enkelt person eller organisation er ansvarlig for det eller har mulighed for at ændre på det.»¹⁸²¹

En viktig årsak til systemfeil er også at de to sporene i stor grad oppfatter hverandre som å handle om separate spørsmål. Som blant annet dokumenteres av Askim brukes de sentrale styringsformene (mål- og resultatstyring, budsjettstyring, rettslig styring, faglig styring) relativt uavhengig av hverandre.¹⁸²² Differensieringen av den hierarkiske styringen blir også anerkjent i statens egen veileder om styring.¹⁸²³ Disse sontringene reflekteres i seg selv i den begrepsmessige skillelinjen som ble presentert foran i kapittel 2 punkt 2.2 og 2.3. Politisk mål- og resultatstyring kombinert med økonomistyring antas å handle om noe annet enn det faglige og juridiske innholdet i virksomheten.¹⁸²⁴ Dermed tar man ikke høyde for hvordan krav til effektivitet eller levering av resultater virker sammen med (og risikerer å undergrave) de faglige eller juridiske kravene til virksomheten (og vice versa).¹⁸²⁵ Samtidig

¹⁸¹⁸ Se for eksempel også NOU 2015:14 *Bedre beslutningsgrunnlag, bedre styring.*, som ikke egentlig handler om juridiske elementer av styringen overhodet.

¹⁸¹⁹ Sml. også på dette punkt Sand 1996 s. 540 om bevilgningsreglementet.

¹⁸²⁰ Det sentrale unntaket jeg har funnet er faktisk Modalsli-utvalgets omtale av spørsmålet, i note 374, hvor de antar at det gjelder et hierarkisk ansvar for samsvar mellom myndighet og ansvar (men presiserer at en direktors tolkning av forpliktelsene åpenbart ikke kan være avgjørende, som jo er riktig.)

¹⁸²¹ Pedersen 2011 s. 210.

¹⁸²² Askim 2015 s. 384, Sand 1996 s. 323.

¹⁸²³ Moderniseringsdepartementet 2005 s. 23: «Rent styringsmessig vil det imidlertid som regel skje en differensiering i den forstand at oppfølgingen av innhold og innholdskvalitet skjer i ett system, og av aktivitet, ressursforbruk og effektivitet gjennom et annet system.»

¹⁸²⁴ I Moderniseringsdepartementet 2005 omtales MRS som «... en side ved budsjettstyringen ...» (s. 27), og mener med dette spesielt at MRS brukes for å styre *volum*.

¹⁸²⁵ I samme retning Graver: «Rett og rettsikkerhet ved offentlig effektivisering og nedskjæring», *Kritisk juss*, 1984, s. 7—13 s. 11: «De detaljerte direktiver eller om man vil instruksjoner for kontorenes virksomhet, blir den planen av målsettinger, prioriteringer og virkemidler som de selv har satt opp. I nedskjæringstider betyr dette bl.a.

har jurister også akseptert at juridiske instrumenter brukes for å bygge disse maktstrukturene, og i begrenset grad kritisert den økonomisk-administrative bruken av dem (jf. 2.4.7).

Den manglende interne sammenhengen innenfor den hierarkiske styringen leder ofte til overflod av kontrollmekanismer.¹⁸²⁶ Økonomene Guy Peters og Jon Pierre skriver at «[i]t is no exaggeration to argue that public servants today are more closely monitored today than perhaps ever before.»¹⁸²⁷ Man risikerer dermed også at kontrollen undergraver seg selv.¹⁸²⁸ Det andre aspektet av en immanent kritikk av begrepet om det hierarkiske ansvaret er derfor å problematisere spaltningen av ansvaret i en juridisk-faglig og en økonomisk-administrativ del.

Spaltningen reflekterer den arbeidsdelingen som også ble pekt på foran i kapittel 4 punkt 4.2.3. I praksis har juridiske krav til styringen blitt redusert (av økonomisk-administrative aktører) til det veilederen om styring omtaler som et konstitusjonelt «styrbarhetskrav».¹⁸²⁹ Og som jeg alt har problematisert ender man raskt opp med å se vekk, selv fra disse kravene.¹⁸³⁰ De økonomiske rammene blir også — fra et økonomisk perspektiv — sett på som viktigere enn de juridiske rammene. Når «... omfanget av pålagte oppgaver skal tolkes og presiseres ...» så må det «... understrekes at gitte bevilgninger må være et avgjørende tolkningsmoment ...».¹⁸³¹ Oppfatningen om budsjettets gyldighet som grunnlag for tolkning av pålagte oppgaver er naturligvis galt, fra et juridisk perspektiv.¹⁸³² Utfordringene reflekterer samtidig maktforholdet til økonomisk-administrative aktører over juridiske. Retten har samtidig ikke noe prinsipielt problem ved målkontroll og lignende. Retten selv begår dermed den samme feilen: Rettens kritikk av økonomisk-administrativt personell har vært at økonomisk-administrative styringsstrukturer undergraver *rettslige* krav. Den

at overordnede organer kan stå for bevilgningene uten å ta stilling til hvilke normer som skal gjelde for fordelingen av dem.»

¹⁸²⁶ Se oppsummeringen av kritikken mot New Public Management og den økende kontrollbehovet som oppstår, i SOU 2019:43 s. 30—31.

¹⁸²⁷ Pierre 2017 s. 157—158.

¹⁸²⁸ Lignende tematikk beskrives av Torstein Eckhoff 1960 s. 33, som fremhever at man kan vise til regler for å begrunne manglende resultater, og til resultater for å begrunne manglende etterlevelse av regler.

¹⁸²⁹ Moderniseringsdepartementet 2005 s. 11.

¹⁸³⁰ Se kapittel 5 punkt 5.7.3.6.

¹⁸³¹ NOU 1984:23 s. 19. Det er bare tilfellene der «... uttellingene er bestemt ved lov ...», som for deler av trygdelovgivningen, at det «... eventuelt [er] nødvendig med lovtilpasninger ...».

¹⁸³² Se også Bernt 2018 s. 221. Derimot vil budsjettet kunne regnes som *instruks* om regeloppfatning.

selvstendige demokratiske egenverdien til de lavere nivåene *som kontrolleres* blir dermed undergravd (jf. også foran i 3.5.8).

Poenget er derfor å forsøke å komme forbi en ren dragkamp, og heller utforme juridiske krav til styring som forsøker å ta høyde for den økonomisk-administrative styringens og de lavere faglige nivåene, politikken og sivilsamfunnets rolle.¹⁸³³ Alternativet er en videreføring av alles kamp mot alle, der upersonlige maktstrukturer og oversettelsesproblemer mellom ulike nivåer blir en uunngåelig konsekvens, som igjen gir opphav til nye kamper og motsetninger mellom ulike aktører.¹⁸³⁴

Det hierarkiske ansvaret til delegerende organer må derfor pakkes ut på bakgrunn av alle de forutgående begrepene, (jf. kapittel 2) herunder selve det metodesyn som ble utviklet på bakgrunn av teoretiske oppfatninger om rettens rolle i moderne samfunn (jf. 2.5 og punkt 3.5.8), der juridiske aktører må anstrenge seg for å utvide rettens perspektiv ved å ha en aktiv holdning til de organene som blir kontrollert, og overordnet forsøke å bidra til en demokratisering av retten. Som jeg kommer tilbake til straks kan dermed prosjektets overordnede linjer også *konkret* manifesteres som reform av gjeldende rett for å skape mer offentlighet om de ulike sidene av den overordnede styringen (jf. 7.3.2).

7.2.3.3 Første aspekt: Delegeringen som ramme

Spørsmålet blir da hvordan et begrep om hierarkisk ansvar som tar høyde for begge disse problemene kan se ut. Løsningen på min første innvending finnes allerede ved å ta utgangspunkt i de sentrale perspektivene som har vært utviklet tidligere i avhandlingen: Styring og kontroll med lavere nivåer er jo ikke enkle og mekaniske øvelser, men innebærer i seg selv en omfattende kompleksitet som følge av kryssende formål (jf. kapittel 5), differensiering av ansvar (jf. kapittel 6) og eksistensen av både kompleksitet som skaper egenlogikker og maktrelasjoner som skaper en institusjonell materialitet.

Utgangspunktet for det hierarkiske ansvaret kan forstås i forlengelsen av perspektivene i kapittel 5. Det hierarkiske ansvaret for å styre og kontrollere delegater må tilpasses hva som

¹⁸³³ Hvilket forutsetter nyansering av juridisk og rettsdogmatisk metode jf. kapittel 3.

¹⁸³⁴ Jf. foran i 2.3.5. Se i samme retning Clarke 1991 s. 40: «It is only through struggle that structures are imposed and reproduced.» Se også kritikken av «lawyers socialism» hos Buckel 2020 [2008] s. 276.

er *formålet med delegeringen*. Styringen og kontrollen må enkelt sagt være så omfattende at man sikrer at formålet med delegeringen realiseres. Utgangspunktet bygger på delegeringsbegrepets underliggende logikk, der et organ får et annet til å opptre i sin tjeneste. Det hierarkiske ansvarets kjerne må derfor være å *sikre at delegaten løser oppgaver bedre enn en selv*, avhengig av de formål man har ment å ivareta. Målet må være å bruke overordnet styring, retningslinjer, saksbehandlingsregler (med mer) for å skape *faglig forsvarlighet*.

En slik tanke ivaretar både demokratiske og faglige hensyn gjennom en gjensidig kobling av forpliktelser mellom det delegerende organ og delegaten, jf. kapittel 2 punkt 2.4.3. Det sentrale spørsmålet blir da, som Sundström treffende uttrykker det, «... vilka egenskaper som behöver byggas in i myndigheten för att garantera dess orienterings- och anpassningsförmåga över tid.»¹⁸³⁵ Svaret er at det delegerende organ, for å ivareta sitt hierarkiske ansvar, er nødt til å bygge inn slike egenskaper som gjør at fordelene man ønsket å oppnå ved delegeringen, blir oppnådd, som igjen forutsetter en viss tillit og anerkjennelse av den demokratiske egenverdien til delegatens organisasjon (jf. også foran i 2.2.4.)

7.2.3.4 Annet aspekt: Et ansvar for å sikre friheten til delegaten

Det andre problemet — som er mer komplekst — er at man må ta høyde for spaltingen av den faglig-juridiske og den økonomisk-administrative styringen. Det delegerende organ må kort sagt styre så mye som er nødvendig, men heller ikke mer. I praksis vil dette bero på *tilliten* mellom det delegerende organ og delegaten. En departementsråd uttrykker til PwC at nivået på styringen «... handler mye om hva slags tillit man har til etaten. Er tilliten tynnslitt, er du kanskje mer ‘på’ i styringen.»¹⁸³⁶ Kontroll og styring forutsetter alltid en grad av tillit — en aksept for usikkerhet.¹⁸³⁷ Andre har diskutert tillit som et spørsmål om *refleksivitet*: Styring som er basert på en implisitt respekt for den delegaten man har

¹⁸³⁵ Sundström 2016 s. 155.

¹⁸³⁶ PwC 2021 s. 39. Se også oppsummeringene fra konsulentene på s. 38: «Flere departementer har uttrykt at i styringsrelasjoner der de har høy tillit til etatsleder, kan departementet styre mer overordnet, mens ved lav tillit må departementet være langt ‘tettere på’ i styringen».

¹⁸³⁷ Se f.eks. definisjonen i Pierre 2017 som at «Trust ... refers to the relative absence of performance control or measurement.» s. 163.

valgt.¹⁸³⁸ Man kan uttrykke disse holdningene (som finnes på et praktisk nivå) i begrepet om demokratisk egenverdi, slik jeg har forsøkt (jf. 2.4.7).

Det hierarkiske ansvaret vil derfor være et ansvar som også forutsetter at det delegerende organ begrenser sin styring.¹⁸³⁹ I den nåværende historiske situasjonen er det jf. 7.2.1 mulig mest aktuelt å begrense den økonomisk-administrative styringen. Som diskutert foran i kapittel 2 punkt 2.5 har juridiske styringsformer også større potensiale for refleksivitet.¹⁸⁴⁰ Særlig er det grunn til å fremheve at en juridisk ansvarliggjøring ofte kan handle om å kritisk vurdere de argumenter den lavere etaten har frembragt til støtte for sin praksis. Den juridiske styringen går dermed i dialog med den lavere etaten, mens økonomisk-administrativ styring forsøker å omgå selve problemet ved å stille krav til resultatene av virksomheten.¹⁸⁴¹

Samtidig er det jf. kapittel 6 også nødvendig å ta høyde for hvordan organet interagerer med andre enn det delegerende organet, og differensieringen av ansvaret i den moderne forvaltningen. For eksempel vil helsevirksomheter innenfor kommunal sektor måtte styres i linjen fra kommunestyret og via kommunedirektøren, men også bli kontrollert av både statsforvalteren og helsetilsynet. Det delegerende organ må for eksempel også sikre at delegaten ikke påvirkes for mye av konkurranse i markeder, eller av involverte brukerinteresser.¹⁸⁴² Forvaltningens differensierte ansvar gjør at det hierarkiske ansvaret kan kalles et primært ansvar: Et ansvar som skal utfylle og avpasse andre ansvarsformer mot hverandre. Det hierarkiske ansvaret er et ansvar som også innebærer å måtte beskytte delegatens frihet mot ansvarliggjøring fra andre.¹⁸⁴³

Det samme gjelder prinsipielt ved samordning. I forvaltningspolitikken fremheves det ofte at «... statsrådsansvaret som følger departementsstrukturen ... kan være til *hinder for samordning* ...».¹⁸⁴⁴ Stoltenberg II-regjeringens

¹⁸³⁸ Generelt er det naturligvis et prinsipielt spørsmål om refleksivitet, se Sand 1996 s. 91—92. Andersen og Born 2000 s. 313.

¹⁸³⁹ Mer generelt om uenighet om ulike formål med ansvarliggjøring, se Langvatn 2022 s. 7.

¹⁸⁴⁰ Her er jeg dermed uenig med Kommunal- og distriktsdepartementet 2022 s. 7, som fremhever at mål- og resultatstyring er den mest tillitsbaserte styringsformen. Lignende utsagn i både Meld.St. 30 (2019-2020) s. 26, og Utvalget til å gjennomgå og vurdere gjeldende reglementer og instruksjer for departementskontorene 1966 s. 13.

¹⁸⁴¹ Se nærmere nedenfor i punkt 7.4.5.

¹⁸⁴² Johan Christensen 2021 s. 105, se videre Heath 2020 s. 65 flg.

¹⁸⁴³ Olsen 2017 s. 35: «All the same, those calling others to account face a dilemma. They have to reconcile the need for autonomy and discretion on the part of agents, so that they can do their work well, with the desire to keep them accountable and maintain democratic control ...»

¹⁸⁴⁴ PwC 2021 s. 5, min utheving.

forvaltningsmelding omtaler også dette problemet.¹⁸⁴⁵ Også Smith beskriver og dokumenterer at «... forestillinger om ministerstyre eller sektorprinsipp har utviklet seg langt i retning av status som normativ målestokk for departementenes virksomhet.»¹⁸⁴⁶ Man kan på et overordnet nivå si, som Smith gjør, at Regjeringens hierarkiske ansvar innebærer et ansvar for å samordne all forvaltningsvirksomhet.

Begrepet om hierarkisk ansvar bør derfor bygge videre på en forståelse av den *interne* spaltningen i det delegerende organet selv, og en forpliktelse til å sikre at andre ansvarsformer ikke overbelaster delegaten. Det delegerende organs hierarkiske ansvar handler om å forhindre uoverensstemmelse mellom ulike styringssignaler, og at det enkelte organs virksomhet blir *overbelastet av den samlede ansvarliggjøringen av dette organet*. Det hierarkiske ansvaret er et ansvar for å skape rom for autonomi i en verden der det strukturelle nivået og upersonlige maktstrukturer har forrang (jf. foran i 2.2.7). Dermed er det hierarkiske ansvaret også et ansvar som handler om å sikre autonomi for delegaten — og grunnlaget for forsvarlig virksomhet.¹⁸⁴⁷

Å forhindre samlet overbelastning innebærer imidlertid — fordi alle ansvarsformer og styringsteknologier ivaretar ulike formål — i praksis å prioritere, og å bestemme hvilke aktører som skal ha makt og innflytelse. Styringsprofesjonene og statsråden har derfor makt.¹⁸⁴⁸ I praksis vil derfor det hierarkiske ansvaret måtte ivaretas i kontinuerlige forhandlingssituasjoner og konflikter. Disse konfliktene er både interne — mellom statsråden, faglig-juridisk styring og økonomisk-administrativ styring — og eksterne — mellom tilsynsorganer og fagmyndigheter, politiske aktører, interessegrupper eller markeder. Det overordnede organets rolle er å sikre forsvarlig handlingsrom for delegaten i møte med disse omgivelsene, på en måte som i praksis også innebærer konflikt med omgivelsene. Begrepet om hierarkisk ansvar har derfor prinsipielt til formål å forhindre misbruk av den makten styringsprofesjonene kan utøve. Hva som representerer misbruk i en situasjon der det strukturelle nivået har forrang vil imidlertid i utpreget grad være et

¹⁸⁴⁵ St.meld 19 (2008-2009) s. 91.

¹⁸⁴⁶ Smith 2015 s. 263.

¹⁸⁴⁷ Olsen 1989 s. 149. De forutsetter at tillit er sentralt for forvaltningen som moderne institusjon, se s. 38: «... we see the network of rules and rule-bound relations as sustained by trust, a confidence that appropriate behaviour can be expected most of the time.»

¹⁸⁴⁸ Se derfor diskusjonen foran i 2.2.6 og 2.3.10.

genuint politisk spørsmål, i den forstand at det blir et spørsmål om maktkamp mellom ulike sosiale aktører, herunder juristene.¹⁸⁴⁹ Dermed blir, som Pedersen skriver:

«Selve spørsmålet om definition af selvstændighed (fristilling) og gradbøjninger heraf er i dag et af de mest giftige, mest konfliktfyldte og mest uafklarede inden for den offentlige sektor.»¹⁸⁵⁰

Det hierarkiske ansvaret er derfor et *paternalistisk* ansvar: et ansvar det overordnede organ har til å beskytte sin delegat mot alle de upersonlige maktstrukturene organet må balansere mellom, men samtidig forsøke å refleksivt håndtere de upersonlige maktstrukturene som det selv skaper og utøver overfor sin delegat (jf. 2.2.9).

7.2.3.5 Foreløpig oppsummering

En foreløpig oppsummering er derfor at det hierarkiske ansvaret må balansere mellom to ulike aspekter. Det første aspektet er et ansvar for å sikre at delegeringen man har vedtatt, faktisk realiserer de fordelene man mener delegeringen vil gi (og naturligvis heller ikke har andre vesentlige negative virkninger, går på bekostning av lov og rett, etc.) Dette forutsetter en *grad av kontroll og styring*. Det andre aspektet vil være et ansvar for å sikre at delegaten har tilstrekkelig autonomi innenfor rammen av både styringen fra det delegerende organ selv, og eventuelle andre omstendigheter og ansvarliggjøringsmekanismer, slik at delegaten ikke overbelastes. Dette forutsetter en grad av *beskyttelse*

7.2.3.6 Styringsprofesjonenes rolle og politiske aktører

På dette stadiet i analysen blir selve begrepet «det delegerende organ» nødvendig å nyansere. Analysen må gå inn i det enkelte organ, og forestille seg de ulike aktørene innenfor det delegerende organ. Da ser man at «organet» ikke kan tøyse *aktørene* som organet består av. Dermed er det to alternativer: Organet kan tøyse seg selv ved at de to styringslinjene tøyler *hverandre*, eller ved å introdusere en *tredjepart*. Tredjeparten er i dagens situasjon *politiske aktører*, enten det er statsråder eller kommunestyret, som sørger for at organet begrenser sin egen styring. Man kan derfor problematisere om rettsliggjøring av et hierarkisk ansvar i praksis innebærer en begrensning i det politiske feltets innflytelse

¹⁸⁴⁹ Av den grunn er det også nødvendig med den refleksivitet jeg forsøker på i kapittel 3 punkt 3.5.

¹⁸⁵⁰ Pedersen 2011 s. 215.

(jf. også foran i kapittel 3 punkt 3.5.8). Imidlertid er det grunner til å tro at en juridisk regulering som legger til rette for mer åpenhet og tydeligere rammer, også kan bidra til å styrke den politiske diskusjonen rundt forvaltningspolitiske spørsmål.

Utgangspunktet er nemlig at de politiske aktørene vanligvis vil mangle erfaring, oversikt og kunnskap om de (i utgangspunktet) tekniske styringsinstrumentene som embetsverket bruker i sin styring av lavere nivåer. Som Stoltenberg-II-regjeringens forvaltningspolitiske melding uttrykte det stilles det *store krav* til den politiske ledelsen, jf. også foran i kapittel 6 punkt 6.2.5.¹⁸⁵¹ I statens veileder om styring i staten uttrykker man at «... styringsdialogen normalt vil innebære et element av strategisk spill de to aktørene imellom ...», altså mellom departement og direktorat. Man skriver videre at «... spillet leder fram til et visst omfang av 'capture' ...» fra forvaltningen (lavere etats) side.¹⁸⁵²

Imidlertid tar man ikke opp at *akkurat det samme problemet* oppstår i den konkrete relasjonen mellom en statsråd og departementsråden, ekspedisjonssjefen, eller andre som står sentralt i etatsstyringen. Man introduserer styringsinstrumenter for å styre faglige aktører i bakkebyråkratiet, men ender samtidig opp med å gi makt til *nye* faglige aktører. I praksis er det klart at statsråder normalt involveres *lite* eller som politisk supplement, i styringsprosessen.¹⁸⁵³ Selve gjennomføringen — med den makt som ligger i denne — ligger hovedsakelig til embetsverket, og etatsstyringen blir fortsatt den dag i dag fremstilt som en hovedsakelig teknisk øvelse.¹⁸⁵⁴

¹⁸⁵¹ Sml. St.meld. 19 (2008-2009) s. 8: «Mange av endringane og utfordringane set store krav til den politiske styringa og til at avgjerder som vert tekne lågare ned i forvaltninga, har klar politisk og demokratisk forankring.»

¹⁸⁵² Moderniseringsdepartementet 2005 s. 9.

¹⁸⁵³ Se f.eks. PwC 2021 s. 23: «Intervjuene med departementsrådene viser at politisk ledelse i hovedsak først involveres i tildelingsbrevene når departementene har endelige utkast klare. ... Erfaringsmessig er det mange innspill fra politisk ledelse som ikke passer å ta inn direkte.» og s. 24: «Både fagavdelinger og virksomheter ble spurt om hvilken grad av reell innflytelse virksomhetene har på tildelingsbrevet. Svarene fra fagavdelingene viser at dette varierer stort. En fagavdeling som styrer et stort direktorat, svarer at virksomheten ikke har særlig stor innflytelse på innholdet i brevet: 'Dette er vårt dokument. Det er vi som stiller kravene. De har forslagsrett og kan komme med innspill men vi bestemmer om vi vil ta de med. Har de gode argumenter, lytter vi selvfølgelig til det.'» En annen avdeling uttrykte imidlertid at «Vi har en åpen dialog om det meste. Om de har behov for å få inn et tema i tildelingsbrevet, så er det fullt mulig. Vi bestemmer, men vi kan beskrive deres innflytelse som relativt stor.»

¹⁸⁵⁴ Sml. også generelt begrepet om organisering foran i 2.2.10.

Det hierarkiske ansvarets viktigste betydning er derfor at det uttrykker normative krav til *styringsprofesjonenes* maktutøvelse — en type makt som bare i begrenset grad har blitt tematisert i rettslige fremstillinger hittil.

Problemet kan i forlengelsen og med Doublet skildres som et spørsmål om hvordan man unngår at styringen i forvaltningen «... flerfoldiggjør autoritære kommandolinjer ...» og heller «... produserer flere selvstendige dialogpartnere i samfunnet ...».¹⁸⁵⁵ Svaret er naturligvis ved at styringsprofesjonene i forvaltningen i økende grad bør avkrevs å *gå i dialog med* sine underordnede, ideelt sett også på måter som er åpen for en bredere offentlighet. Det er ikke i seg selv et problem at styringsprofesjonene utøver makt, men at problemet primært har å gjøre med at deres maktutøvelse ofte fremstilles som *teknisk*, jf. nedenfor i både 7.4.5, 7.5.5 og 7.7.8. Dermed blir deres maktutøvelse også *ugjennomsiktig*, og *upersonlig makt* som man ikke tar ansvar for.

Et særlig betenkelig problem i denne forbindelsen er den omfattende bruken av private advokat-, revisjons og konsultentselskaper som *leies midlertidig inn* for å gjennomføre oppdrag på forvaltningens vegne. Disse aktørene har ingen varig tilknytning til forvaltningen og behøver ikke som styringsprofesjonene flest, å svare til den politiske ledelsen *over tid* og for hvordan deres foreslåtte løsninger på styringsproblemer faktisk virker. I tillegg og mest vesentlig er deres arbeid *ugjennomsiktig* for den bredere offentligheten. Her er statens voksende avhengighet av juridiske akademikere naturligvis et kompenserende mekanisme, men prinsipielt er det en utfordring med mangel på juridisk kompetanse i både departementene og kommunene (jf. 3.4).

7.3 Rettslige utgangspunkter

7.3.1 En alminnelig regel om at delegering skaper et hierarkisk ansvar?

Foran har jeg diskutert på et begrepsmessig nivå hvordan man kan tenke om det delegerende organs hierarkiske ansvar. Etter min vurdering er det særlig to sentrale komponenter et slikt ansvar kan inneholde: Det første aspektet er et ansvar for å sikre at delegeringen man har vedtatt, faktisk realiserer de fordelene man mener delegeringen vil gi (og naturligvis heller ikke har andre vesentlige negative virkninger, går på bekostning av lov og rett, etc.). Det

¹⁸⁵⁵ Doublet 1994 s. 28.

andre aspektet vil være et ansvar for å sikre at delegaten har tilstrekkelig autonomi innenfor rammen av både styringen fra det delegerende organ selv, og eventuelle andre omstendigheter og ansvarliggjøringsmekanismer, slik at delegaten ikke overbelastes.

Videre kan man også tenke seg at det hierarkiske ansvaret kommer inn som grunnlag for *minstekrav*, allerede *forut for* delegeringen (som gyldighetsbetingelse), mens ansvaret og den aktive forpliktelsen er en selvstendig pliktnorm som oppstår for *gjennomføringen* av delegeringen. Problemstillingen blir om et slikt ansvar kan antas å være en alminnelig regel — på den måten at delegering *skaper* et slikt ansvar for det delegerende organ. Deretter vil spørsmålet i så fall være hva ansvarets innhold er.

Det sentrale utgangspunktet har lenge vært argumentet om at styring må skje for å sikre *statsrådets* ansvar. Man har nemlig som nevnt foran lagt mye vekt på Ingvaldsen-utvalget og den påfølgende komitébehandlingen, (jf. kapittel 6 punkt 6.2.2). Jeg deler vurderingen om at denne kilden er helt sentral.¹⁸⁵⁶ Man har der pekt på uttalelser som at Regjeringen ikke skal kunne delegere uten å bevare instruksjonsmyndighet, og lignende. Dette blir så begrunnet i å ivareta det konstitusjonelle eller parlamentariske ansvaret. Ingvaldsen-utvalget slår også fast at det gjelder krav til gjennomføringen, og at man har «... plikt til å bruke denne [instruksjonsmyndighet] når forholdene tilsier det.»¹⁸⁵⁷

Man har imidlertid ikke alltid vært like tydelig om andre sider ved utvalget og komiteens innstilling.¹⁸⁵⁸ Komiteen uttrykker nemlig også at «... det konstitusjonelle ansvarets utstrekning ... ikke [vil] være eneste kriterium» på i «... hvilket omfang det kan gjennomføres delegasjon av myndighet eller desentralisering av forvaltningen ...». Det «[a]vgjørende vil ... være om det kan sikres en tilstrekkelig effektiv kontrolladgang fra Stortingets side.»¹⁸⁵⁹ Med andre ord: Utenrikskomiteen bygger på oppfatninger som er mer konsistent med de begrepsmessige utgangspunktene jeg har forsvart ovenfor. Det hierarkiske ansvaret bør også forstås som grunnlag for at Stortinget kan følge løpende med på at dets egne forutsetninger blir ivaretatt. Det delegerende organs ansvar for å styre og

¹⁸⁵⁶ Også NOU 1989:5 er også sentral, men da denne i liten grad går inn i de juridiske spørsmålene, spiller den en mindre rolle. Generelt sett støtter den imidlertid opp under en generell antakelse om et hierarkisk ansvar.

¹⁸⁵⁷ NOU 1972:38 s. 7

¹⁸⁵⁸ Det finnes unntak fra innstillingens samtid. Se bl.a. Andenæs 1978 og Smith 1973.

¹⁸⁵⁹ Hele sitatet fra Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 5. Det utdypes i forlengelsen at det ikke bare er parlamentarisk kontrolladgang man sikter til, men også målsettingskontroll, og en del lignende forhold.

kontrollere sine delegater kan derfor begrunnes i at dette vil være en nødvendig forutsetning for — i sin tur — Stortingets kontroll med forvaltningen.¹⁸⁶⁰ Som jeg kommer tilbake til er riktignok den klare vektleggingen av andre argumenter en konsekvens av at Stortinget *selv* har vært lite engasjert i en slik kontroll (jf. 7.3.3).

Opsahl pekte på et annet aspekt ved momentet, nemlig at heller ikke *Stortinget* kan overlate sitt ansvar for å kontrollere forvaltningen *til forvaltningen selv*: «Man kan altså vanligvis ikke delegere primærkompetanse uten at det oppstår en kontrollkompetanse for den som delegerer. Og da kan man heller ikke delegere en kontrollkompetanse uten at det oppstår en kompetanse til å kontrollere kontrollmyndigheten.»¹⁸⁶¹ *Stortingets* ansvar begrunner altså *forvaltningens ansvar*.

Stortinget kan overlate skjønnsmessig myndighet til forvaltningen, tildele denne kompetanse til å (videre)delegere, *fordi* forvaltningen må organiseres slik at det finnes tilstrekkelig gode systemer for styring og kontroll. Som uttrykkes av Opsahl: «... bemyndigelser under parlamentarisk kontroll kan være like betryggende som om Stortinget skulle forsøke å treffe alle avgjørelser i første instans selv. *Bak denne tanke ligger forutsetningen om at Stortinget beholder sin kontrollmyndighet når det delegerer, og at det praktiserer den.*»¹⁸⁶² Det finnes derfor en sammenheng mellom det materielle og det personelle hjemmelsspørsmål, som pekt på alt foran i kapittel 4 punkt 4.5.1. Enkelt sagt kan lavere forvaltningsorganer tildeles vid skjønnsmessig myndighet *fordi det* delegerende organ har ansvar for å kontrollere dem i en kjede som går hele veien tilbake til Stortinget.¹⁸⁶³ Kontrollen har en egenverdi og henger sammen med de materielle spørsmål. Den hierarkiske logikken i lex-superior-synspunktet kan dermed begrunne et analogt synspunkt med organisatoriske begreper: Det delegerende organet bør sørge for at delegaten opptrer

¹⁸⁶⁰ Se også Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 9: «Det vil være ganske ugjennomførlig for Stortinget å holde seg løpende underrettet om virkningen av myndighetstildelinger av denne art dersom regjering og departementer ikke kan medvirke på denne måte.»

¹⁸⁶¹ Se bl.a. Opsahl 1965 s. 218.

¹⁸⁶² Se Opsahl 1965 s. 218, se også konklusjonen på s. 382, hvor han spør seg hvordan Stortingets kontroll kan ivaretas godt nok. Min utheving.

¹⁸⁶³ Sml. *Hvalolje* s. 1099: «Ved bedømmelsen av om det er konstitusjonelt forsvarlig å gi administrasjonen en så vidtgående fullmakt som det her gjelder, legger jeg også vekt på at Stortinget under vår parlamentariske statsskikk har full adgang til å føre kontroll med administrasjonens anvendelse av fullmakten: at den blir brukt i samsvar med de økonomiske retningslinjer som Stortinget trekker opp og at myndigheten ikke blir utøvet på en måte som fører til urettferdighet og urimelighet.»

innenfor de samme rammene som det selv ville gjort.¹⁸⁶⁴ Når et organ tildeles et ansvar vil det normalt ses i forlengelsen av en lov som legger myndighet til et departement, en særskilt faginstans, eller et kommunestyre, og vanligvis også forutsetter at organet skal sørge for at ansvaret ivaretas — på samme måte som ‘loven’ ikke kan tillate at ‘forskriften’ opptrer i strid med seg selv.¹⁸⁶⁵

Også erstatningsansvar (jf. 6.5) kan begrunne at det delegerende organ tar ansvar for delegatens virksomhet.

I tillegg kan man fremheve at selve *formålet med* å delegerer, er å trekke inn andre i sin egen *tjeneste*. Dette formålet (og dermed begrunnelsen for å delegerer) blir ikke ivaretatt hvis det delegerende organ mangler anledning til og ansvar for styring og kontroll med delegaten. Det er derfor egentlig i det delegerende organs interesse — som gjennom god styring får sitt ansvar ivaretatt — å styre og kontrollere delegaten. Selve begrunnelsen for å delegerer vil derfor også begrunne et ansvar overfor delegaten, jf. også foran i 5.7.2.

I den første fylkesmannssaken uttrykte for eksempel også Høyesterett at de anså delegeringen betryggende som følge av at forskriftene (bruken av den delegerte myndighet) hadde vært vedtatt i dialog mellom de to organene.¹⁸⁶⁶ Implisitt la dermed retten til grunn at god *gjennomføring* kunne forsvare selve delegeringen (beslutningen, minstekravet). Det er imidlertid vanskelig å se hvorfor retten ikke også skulle kunne vurdert gjennomføringen *isolert sett*. I forlengelsen er det også jf. kapittel 5 punkt 5.8 viktig at delegeringer ledsages av en begrunnelse, slik at kravene om kontroll kan tilpasses formålet.

Det er også klart at et slikt ansvar *praktiseres i dag*. Delvis følger det allerede av utgangspunktet om hierarkisk organisering.¹⁸⁶⁷ I Bestemmelser om økonomistyring i staten pkt. 1.6.2. forutsettes det for eksempel at «[d]epartementet skal sikre seg at alle virksomheter har tilfredsstillende internkontroll slik at fastsatte mål og resultatkrav følges

¹⁸⁶⁴ Sml. her Castberg 1938 s. 62: «Når grunnlov eller lov tillegger et offentlig myndighetsorgan en kompetanse, er det meningen at dette organ selv skal sette sig inn i de saker det har å avgjøre, og ta ansvaret for avgjørelsen.»

¹⁸⁶⁵ Om antropomorfering av upersonlige maktstrukturer, se 2.2.6.

¹⁸⁶⁶ *Delegering til fylkesmann I*.

¹⁸⁶⁷ Se f.eks. St.meld 19 (2008-2009) s. 61, «Den norske statsforvaltninga er hierarkisk oppbygd. Departementa er underordna Kongen, og direktorat o.a. er i sin tur underordna departementa.»

opp, ressursbruken er effektiv og virksomheten drives i samsvar med gjeldende lover og regler».¹⁸⁶⁸

Ansvar vil også omfatte kommunene. Kommunelovutvalget skriver for eksempel at ved delegering innenfor og utenfor kommunen skal «[b]ehovet for tilfredsstillende styring og kontroll ... søkes ivare tatt gjennom de avtaler som inngås».¹⁸⁶⁹ Også etter dagens lov følger dette. I kapittel 22 forutsettes det at kommunestyret skal «... kontrollere kommunens ... virksomhet.», og med denne reguleringen skapes en hierarkisk styrings- og ansvarsstruktur. Gjennomgangen ovenfor, herunder argumentene som er overførbare fra foran i 7.2, taler derfor med tyngde for at det gjelder en alminnelig regel om at delegering skaper et selvstendig hierarkisk ansvar for det delegerende organ. Jeg antar heller ikke at et slikt ansvar er kontroversielt, og at uenighet primært handler om hvordan ansvaret skal utpensles nærmere.

Det finnes altså en tydelig forutsetning fra Stortingets side og sterke argumenter for å hevde at det delegerende organ har ansvar for å styre og kontrollere sin delegat. Dette vil da være et krav til gjennomføringen av en delegering. Samtidig vil det være naturlig å se visse minstekrav til styringen i sammenheng med disse kravene til gjennomføring.

7.3.2 Hvordan skal det delegerende organs hierarkiske ansvar håndheves? Institusjonelle spørsmål

Som diskutert foran og vist i diskusjonen av litteraturens oppfatninger er det støtte til en alminnelig regel om at delegering skaper et hierarkisk ansvar for å styre og kontrollere delegater. Spørsmålet her er imidlertid hvordan ansvaret *kan håndheves*.

At det delegerende organ har visse styringsmuligheter vil være et minstekrav og en betingelse *for* et lovlig delegeringsvedtak. Som fremhevet i kapittel 5 vil samtidig et viktig spørsmål i vurderingen av om en konkret delegering kan vedtas også være hvilke mer substansielle muligheter for styring det delegerende organ har. Beslutningen om å delegere beror derfor i utgangspunktet *også* på en vurdering av gjennomføringen.

¹⁸⁶⁸ Bestemmelsene pkt. 1.6.2.

¹⁸⁶⁹ Se Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) s. 120.

Dette skaper en unormal situasjon for prøving, ettersom betingelsen for et gyldig delegeringsvedtak, er forhold som nødvendigvis vil inntre *i etterkant av* vedtaket, nemlig det delegerende organs styring og kontroll med dets delegat. Dette er unormalt i relasjon til tilbakeskuende forvaltningsvedtak, men også forvaltningsvedtak som bygger på prognoser. Årsaken er at hvorvidt forvaltningen gjennomfører kontroll, blir en 'prognose' om *dets egen oppførsel*. Spørsmålet blir da om det alminnelige utgangspunktet om at vedtakstidspunktet er avgjørende for vurdering av om forvaltningen har ført tilstrekkelig kontroll med sin delegat, kan legges til grunn.¹⁸⁷⁰ Høyesterett har ikke drøftet dette problemet i sammenheng med delegering, men løst det ved å legge *prøvingstidspunktet* til grunn. I både Rt. 1986 s. 46 og Rt. 1993 s. 808, aksepterte man delegeringen på bakgrunn av *etterfølgende dialog* mellom fylkesmannen og miljødirektoratet. Hvordan det delegerende organ hadde ivaretatt sitt ansvar ble derfor indirekte brukt som en måte å begrunne delegeringen. Den alminnelige begrunnelsen for å kreve at etterfølgende omstendigheter ikke kan tillegges vekt, er maktfordelingen mellom domstolen og forvaltningen. Å vurdere nye omstendigheter bør normalt ligge til forvaltningen selv, ikke domstolene. Når disse «nye omstendighetene» er forvaltningsorganets *egne handlinger*, står dette argumentet åpenbart også svakere. Minstekravene til styring, herunder utsiktene til styring som moment i vurderingen av om delegering kan skje, er imidlertid på et begrepsmessig nivå selvstendige spørsmål.

Det praktisk viktigere spørsmålet for utformingen av kravene til gjennomføringen av delegering er hvordan selve vurderingen av gjennomføringen kan håndheves. Svaret på dette er at det i utgangspunktet ikke eksisterer egne institusjoner for en slik håndheving, fordi å bryte ansvaret ikke inngår i noen selvstendig ansvarsform, eller på annen måte har en *direkte* rettsvirkning. Ansvarsnormen må derfor enten inngå som moment i *andre* juridiske vurderinger, eller som ledd i *ikke-juridiske* ansvarsformer. Den klare nedsiden ved denne situasjonen er imidlertid at ansvarsnormen ikke blir vurdert *i sin helhet*, men bare ensidig fra et partikulært perspektiv.

Først kan organisering generelt være relevant ved vurderinger av *andre* spørsmål innenfor forvaltningsretten. Høyesterett har i flere saker lagt vekt på organiseringen av en virksomhet ved vurderingen av om virksomhetens vedtak er lovlig. Både i Fjordlaks- og i

¹⁸⁷⁰ Se f.eks. Rt. 2012 s. 1985 avsnitt 79.

Reintallsreduksjon II-dommen, la Høyesterett vekt på at de manglende kontroll- og saksbehandlingsrutinene tilsa at virksomheten hadde en snevrere *materiell* kompetanse til å treffe vedtak (se omtalen i kapittel 4 pkt. 4.5.1). Det samme kan nok antakeligvis gjøres på bakgrunn av det hierarkiske ansvaret forstanden det er omtalt her, slik at manglende kontroll tilsier strengere krav til *materiell* hjemmel.

I tillegg vil det delegerende organs ansvar for å kontrollere og styre sin delegat være et helt sentralt grunnlag i vurderingen av det delegerende organs erstatningsansvar etter både det alminnelige arbeidsgiveransvaret jf. skl. § 2-1, og organansvaret, som diskutert i kapittel 6 punkt 6.5.8.

Likevel er domstolskontroll en kontrollform med relativt begrenset rekkevidde. Slik sett er departementets lovlighetskontroll og Statsforvalterens lovlighetstilsyn med (fylkes)kommunal sektor av større betydning jf. kommunel. kapittel 27 og § 30-2. Denne kontrollen kan både omfatte beslutnings- og gjennomføringsfasen på samme tid. Innenfor statsforvaltningen vil Lovavdelingen og jurister i embetsverket ha en tilsvarende og mer uformell rolle i å sikre at det delegerende organ ivaretar sitt hierarkiske ansvar.

Selv om det hierarkiske ansvaret som omtalt foran er spaltet, har *riksrevisjonens forvaltningsrevisjon* også en sentral rolle i å vurdere om det delegerende organ har varetatt sitt ansvar. Riksrevisjonen kritiserer ofte departementet for å mangle styringsinformasjon, og kan i andre tilfeller kritisere departementet for å være for tett på i sin styring.¹⁸⁷¹ Riksrevisjonen går altså konkret inn og vurderer om balansen mellom styring og autonomi er akseptabel.¹⁸⁷²

Riktignok er Riksrevisjonens mandat primært orientert til å foreta kontroll med de *økonomiske* styringsformene. Dette underbygger trolig den generelle vridningen mot økonomisk-administrativ styring, og er betenkelig, jf. over i pkt. 7.2.3.2. Revisjonens

¹⁸⁷¹ Se f.eks. Riksrevisjonen: *Dokument 3:7: Riksrevisjonens undersøkelse av politi- og lensmannsetatens måloppnåelse på sentrale oppgaver, (2021-2022)* s. 24.

¹⁸⁷² Sml. også PwC 2021 s. 19: «I et intervju med en fagavdeling, kom det frem at en forvaltningsrevisjon i regi av Riksrevisjonen hadde skapt usikkerhet i departementet omkring de formelle kravene til tildelingsbrev. Fagavdelingen trodde at de hadde utformet tildelingsbrevet innenfor det handlingsrommet som økonomireglementet gir, med hensyn til kravene om tilpasning til virksomhetens risiko, egenart og vesentlighet. Men kritikken fra Riksrevisjonen handlet om at departementet ikke hadde definert tydelige nok styringsparametere med tilhørende målemetoder.».

orientering mot spørsmål om økonomi eller realisering av Stortingets forutsetninger er imidlertid ikke uten unntak.¹⁸⁷³ Riksrevisjonen trår over i en mer inngående kontroll med forvaltningens lovlighet. Blant annet kritiserer Riksrevisjonen departementet for å ikke ha sikret felles retningslinjer for tverrfaglig spesialisert behandling av ruspasienter,¹⁸⁷⁴ og oppfordrer departementet til sikre at ikke bare «... det formelle er på plass, men at selve innholdet i [aktivitetsplanen] er tilpasset den enkelte bruker, og at vedtak er godt begrunnet» i en revisjon av NAVs oppfølging av brukere,¹⁸⁷⁵ og kritiserer Statens sivilrettsforvaltning for ikke å sikre likebehandling, forhindre feil og mer, i Fylkesmannens oppfølging av vergemålsloven.¹⁸⁷⁶ Som disse eksemplene illustrerer foretar altså Riksrevisjonen jevnlig undersøkelser av om kontrollen med laverestående forvaltningsorganer er tilstrekkelige også langs et rettslig spor. Dette er imidlertid *unntak* heller enn regelen, og Riksrevisjonen bør nok gjennomgå visse institusjonelle endringer, herunder inkludere flere jurister, dersom den generelt sett skal følge opp ivaretagelsen av det hierarkiske ansvaret. Som jeg kommer tilbake til er jeg også skeptisk til om man bør gjøre ansvaret til et faglig spørsmål, som en slik reform ville ha gjort.

Sivilombudet har også full anledning til å ta opp noen av de samme spørsmålene. Realistisk mangler imidlertid ombudet ressurser til å gjøre dette i noe annet enn enkeltsaker.

Det kan også nevnes at *formelle og uformelle granskningsutvalg* ofte vil ha anledning og oppfordring til å gå inn i vurderinger av om det hierarkiske ansvaret er ivaretatt. Dette illustreres i granskningen av UDI og NAV, som inneholder utførlige redegjørelser for mange av de spørsmålene jeg viser at et hierarkisk ansvar må vurdere.¹⁸⁷⁷

Samtidig er det klart at det i dag *ikke* egentlig foregår noen systematisk kontroll med det delegerende organs ansvar for å kontrollere og styre dets delegat (gjennomføringen av

¹⁸⁷³ For NAV er det imidlertid klart at riksrevisjonen først og fremst fører effektivitetskontroll, sml. Ikdahl og Eriksen: «Navs kontrollsystem og trygdeskandalen», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 19, 2023, s. 186—230 s. 213.

¹⁸⁷⁴ Riksrevisjonen: *Dokument 3:7, Riksrevisjonens undersøkelse om oppfølging av kvalitet i private institusjoner innen tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengige*, (2009-2010) s. 8.

¹⁸⁷⁵ Riksrevisjonen: *Dokument 3:1: Riksrevisjonens oppfølging av forvaltningsrevisjoner som er behandlet av Stortinget*, (2021-2022) s. 84.

¹⁸⁷⁶ Riksrevisjonen: «Dokument 3:6, Riksrevisjonens undersøkelse av korleis verjemålsreforma er sett i verk», (2017-2018), s. 11.

¹⁸⁷⁷ NOU 2006:14 *Gransking av Utlendingsdirektoratet* s. 69 flg. og NOU 2020:9 *Blindsonen - Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området* s. 88 flg.

delegeringen). Som poengtert i forrige kapittel finnes det mange differensierte ansvarsformer, men ingen selvstendig ansvarliggjøring av de aktørene som styrer andre aktører. Det bør imidlertid også kunne fremheves at *delegaten selv* kan påberope seg i styringsdialogen at det delegerende organ opptrer i strid med sitt ansvar.

7.3.3 Stortingets håndheving av det delegerende organs hierarkiske ansvar

Som nevnt mener jeg imidlertid at det hierarkiske ansvaret prinsipielt sett må begrunnes i demokratiske hensyn, og skal *fremme* demokratiske verdier. Da kan ikke saken bli et teknisk-juridisk spørsmål, men bør også håndteres innenfor rammen av Stortingets kontroll med Regjeringen. Det er grunn til å drøfte om Stortinget er enig.

Stortinget har helt siden man begynte med omfattende delegering og bruk av fullmaktslovgivning, ønsket seg bedre former for kontroll med forvaltningens rettslige handlingsrom. Denne historiske linjen går tilbake til prislovgivningens omfattende varslingssystem til Stortinget, som etter hvert ble lagt i skuffen. Den ble imidlertid plukket opp av Ingvaldsen-utvalget i 1972,¹⁸⁷⁸ og i 1977 uttrykte Stortinget at man ønsket å komme i gang med arbeidet mot å etablere «... en stortingskomité med slike saker som spesialfelt ...», og med «slike saker» mener man en systematisk kontroll av forvaltning som baserte seg på delegert myndighet eller forskrift.¹⁸⁷⁹ Kort tid etter kontroll- og konstitusjonskomiteen var etablert, uttrykte denne at komiteen tok sikte på å innfri en slik funksjon i årene fremover. Man gjennomgikk derfor i 1996 forskrifter vedtatt av Kongen i Statsråd, med sikte på

«... i hvilken grad de gitte forskriftene holder seg innenfor rammen av de fullmaktene som er gitt i lovs form, samt i hvilken grad Regjeringen har fulgt opp klare retningslinjer fra Stortinget i premissene for delegasjonshjemlene.»¹⁸⁸⁰

Allerede året etterpå var imidlertid det selvbestemte mandatet begrenset til en ren legalitetskontroll som ellers fortsetter frem til i dag, men mangler praktisk betydning.¹⁸⁸¹

¹⁸⁷⁸ NOU 1972:38 s. 42—44.

¹⁸⁷⁹ Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 23.

¹⁸⁸⁰ Innst.S nr. 296 (1996-1997) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om statsrådets protokoller for tidsrommet 1. juli - 31. desember 1995* punkt 4.

¹⁸⁸¹ Se kortfattet omtale i Dokument nr. 14 (2002-2003) s. 86 flg.

Det var også på den bakgrunn at Frøyland-utvalget gikk langt i å hevde at kontroll- og konstitusjonskomiteen burde holde seg til kontroll *i enkeltsaker*.¹⁸⁸² Frøyland-utvalgets anbefaling var derfor at man skroter ambisjonen om en demokratisk kontroll med delegert myndighet. I sin behandling av Frøyland-utvalget holdt imidlertid komiteen fast på sine ambisjoner:

«Komiteen viser til at kontrollen med forskrifter, eller hvordan regjeringen utøver den lovgivningskompetanse som Stortinget har delegert, er et viktig tema. Komiteen deler ikke utvalgets skepsis til rutinemessig etterprøving av forskrifter, men erkjenner at dette arbeidet pr. i dag ikke er gitt tilstrekkelig prioritet. Komiteen slutter seg til utvalgets vurdering av at etterprøving av forskrifter også bør omfatte en vurdering av om forskriftens materielle innhold er i samsvar med Stortingets forutsetninger. Videre er det viktig at også forskrifter vedtatt på lavere nivå i forvaltningen undergis slik kontroll. Komiteen mener at dette arbeidet kan skje i form av stikkprøver og oppfølging innen særlig viktige områder. Komiteen vil understreke at fastlagte kontrollrutiner, som for eksempel forskriftskontroll, kan bidra til økt bevissthet både i departementene og i de ytre etater som delegeres myndighet til å utforme forskrifter på egne områder.»¹⁸⁸³

Så vidt jeg er kjent med, er ikke disse ambisjonene lagt til side siden den gang. I 2020 uttrykte komiteen i forbindelse med et grunnlovsforslag om å regulere delegering at

«*Flertallet* har forståelse for forslagsstillernes bekymring for den økende tendensen til delegering av fullmakter til å utarbeide forskrifter mv. til regjeringen og til lavere nivåer i forvaltningen. Dette er et *demokratisk problem*. *Flertallet* vil understreke viktigheten av det det etableres gode kontrollrutiner for å fange opp eventuelle avvik mellom lov og forskrift.»¹⁸⁸⁴

¹⁸⁸² Dokument nr. 14 (2002-2003) s. 87: «For det første tyder praksis på at det verken er noe stort praktisk behov, eller noen særlig politisk interesse for dette. For det andre ville en slik kontrollordning måtte være meget arbeidskrevende, dersom den først skulle være reell.»

¹⁸⁸³ Innst.S nr. 210 (2002-2003) s. 31.

¹⁸⁸⁴ Innst. 123 S (2019-2020) *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Per Olaf Lundteigen og Kjersti Toppe om endring i § 49 (delegering) s. 2*, min utheving av ordene «demokratisk problem».

Når komiteen går så langt som å kalle det et demokratisk problem, så det vanskelig å forstå hvorfor komiteen ikke gjør mer med saken, og tar *sitt eget ansvar* på alvor. Samtidig kan det bemerkes at problemet også stikker dypere. Skal man ha en politisk håndtering av de problemene delegering skaper, så er man nødt til å se at det moderne delegeringsproblem er mer sammensatt enn et spørsmål om kontroll med forskrifter. Distinksjonen mellom delegeringsproblemet og utfyllingsproblemet er nemlig ikke skarp, men en glidende overgang.¹⁸⁸⁵ Med fremveksten av moderne *soft-law*-forvaltningskilder blir det vel så viktig å kontrollere retningslinjer og instruksjoner om hvordan vage materielle kompetanser skal fortolkes.¹⁸⁸⁶ Kort sagt: Hvis komiteen skal forsøke å kontrollere bruken av delegert myndighet er det nødvendig at den mer samlet vurderer hvordan ulike forvaltningsorganer ivaretar sitt hierarkiske ansvar for å styre sine delegater. Det er i den forbindelse man på en mer meningsfull måte kan vurdere om delegert myndighet brukes i samsvar med Stortingets forutsetninger — og det er nettopp som grunnlag for Stortingets kontroll at det hierarkiske ansvar er viktigst.

7.4 Kontroll

7.4.1 Problemstillingen

For å føre effektiv kontroll og styring med delegater er det nødvendig å bøte på den informasjonsasymmetrien delegeringen skaper i favør av delegaten. Som Frihagen fremhever, vil det være nødvendig å «... passe på hvorledes den delegerte myndighet brukes og eventuelt å gi nærmere retningslinjer.»¹⁸⁸⁷ Spørsmålet i dette avsnittet er derfor hvilken informasjon, og hvilke mekanismer for innhenting av informasjon, som det delegerende organ må ha. Her er som diskutert foran det sentrale utgangspunktet at styringen må tilpasses formålet med delegeringen.

¹⁸⁸⁵ Se kapittel 4 punkt 4.5.1.

¹⁸⁸⁶ Se i samme retning også Taggart 2005 s. 603: «No sooner had the lawyers waved the white flag of surrender in the hiterto pitched battle over the legitimacy of delegated legislation than a new enemy emerged. R.E. Megarry gave it the name 'administrative quasi-legislation' ...», også Luhmann 1993 s. 167.

¹⁸⁸⁷ Frihagen 1973 s. 10.

7.4.2 Hvilken informasjon må innhentes?

Formålet med det delegerende organs ansvar er som diskutert ovenfor å sikre *forsvarlig organisering*, forstått som samsvar mellom rettslige rammer, faglige krav og tildelte ressurser.

Som et sikkert utgangspunkt og rettslig minstekrav, må det delegerende organet ha informasjon om hvordan den hjemmelen delegeringen har tildelt delegaten praktiseres og brukes. Forvaltningsmeldingen fra 2008 uttrykker for eksempel som en generell del av departementenes oppgave at «... departementet [skal] overvake at arbeidet i verksemda er i samsvar med lover og reglar og med krava til god sakshandsaming m.m.»¹⁸⁸⁸

Et annet spørsmål som delegerende organer bør ha oversikt over, er at det lavere organet både internt og sammenlignet med andre organer med samme myndighet, følger en relativt enhetlig praksis.¹⁸⁸⁹ Kunnskap om hvordan lover tolkes og skjønn utøves er dermed det mest sentrale.¹⁸⁹⁰ I praksis vil *behandling av klager* på vedtak gi mye av denne informasjonen, hvis det delegerende organ driver med dette.

Ved delegering av tjenesteytelse er det særlig spørsmål om kvalitet og volum på tjenestene som delegaten leverer, og i tilfeller hvor det gjelder krav til godkjenning for å levere tjenestene må man følge opp om godkjenningskriteriene fortsatt er innfridd (jf. kapittel 4 punkt 4.4). Man må også ha informasjon om myndighet som har blitt delegert brukes i samsvar med det overordnede organets forutsetninger, og de lover og regler som regulerer delegatens virksomhet.¹⁸⁹¹

Et annet sikkert utgangspunkt er at det delegerende organ normalt bør ha kunnskap som svarer til kravene til årsrapportens innhold etter bestemmelser om økonomistyring i staten,

¹⁸⁸⁸ St.meld 19 (2008-2009) s. 82.

¹⁸⁸⁹ Se bl.a. Utvalget til å gjennomgå og vurdere gjeldende reglementer og instruksjer for departementskontorene 1966 s. 27: «Dette forutsetter at det foruten vedtak om delegasjon av avgjørelsesmyndighet også gis retningslinjer for hvordan avgjørelsesmyndigheten skal utøves, og at det etableres kontrollsystemer som sikrer at retningslinjene følges.»

¹⁸⁹⁰ Se Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 10: «... komiteen mener det er avgjørende for hvorvidt disse interesser er underlagt reell folkevalgt ledelse, at disse virksomheter er organisert slik at Stortinget har mulighet for å trekke opp retningslinjene og føre løpende kontroll med at linjene blir fulgt»

¹⁸⁹¹ Derfor uttrykker også Moderniseringsdepartementet 2005 s. 23 at «I tradisjonelle forvaltningsorganer som i hovedsak driver med myndighetsutøving, vil søkelyset ofte være satt på en kombinasjon av innhold/innholdskvalitet og ressursforbruk, og i noen grad aktivitet.»

altså informasjon om de aktiviteter og resultater delegaten arbeider mot, hvordan styring og kontroll i virksomheten er organisert, og virksomhetens hovedtall.¹⁸⁹² Hvilke lover og regler virksomheten følger og hvordan disse følges opp vil også stå sentralt.

Ut over disse utgangspunktene må vurderingen videre nyanseres i lys av formålet med delegeringen og det som i det konkrete tilfellet ble ansett som sentrale begrunnelser for oppfatningen om at delegeringen ville bidra til (mer) forsvarlig virksomhet jf. kapittel 5 punkt 5.7.3. Hvis en delegering var ønskelig på grunn av at delegaten besitter stor institusjonell kapasitet, høy faglig kompetanse, eller lignende, så må det delegerende organ som et rettslig minstekrav, regelmessig sikre seg kunnskap om at disse betingelsene er til stede. Det samme gjelder eventuelle nedsider som samordningsproblemer, eller usikkerhet knyttet til involvering av interesserte parter og brukere.

Et eksempel på det motsatte fikk man i NAV-skandalen, der det kom frem at alle involverte aktører i forvaltningen pekte på at «... det er en utfordring at [arbeids- og velferdsdirektoratet] har det faglige ansvaret for etatens virksomhet, men ikke har tilstrekkelig fagkompetanse til å forvalte dette ansvaret.»¹⁸⁹³ Dette er åpenbart informasjon departementet burde hatt (og handlet på bakgrunn av jf. 7.7.)

Et annet eksempel som illustrerer dette er Bufdirs styring av statlige og private barnevernsinstitusjoner, regulert gjennom Kvalitets- og godkjenningsforskriften.¹⁸⁹⁴ Kontrollen går i noen grad på aktivitetene i institusjonen, samt hvilke hjemler barna er plassert der med.¹⁸⁹⁵ Man kartlegger også om kravene til bemanning og de ansattes kompetanse er innfridd, og 'etterprøver' denne kontrollen gjennom undersøkelser av om de har arbeidsavtaler, grunnturnusen, bruk av innleid arbeidskraft, tilkallingsvikarer, samt institusjonens sykefravær og bemanningstetthet generelt.¹⁸⁹⁶ Bufdirs 'systemkontroll' suppleres også av at både Statsforvalteren og kommunen har ansvar for å føre tilsyn med det enkelte barn.

Et annet eksempel gir Riksrevisjonens kritikk av NAVs manglende kontroll med godkjente arbeidsmarkedstiltaksbedrifter etter tiltaksforskriften.¹⁸⁹⁷ Disse arbeidsmarkedstiltaksbedriftene er godkjent for å

¹⁸⁹² Se BØS punkt 1.6.1.

¹⁸⁹³ NOU 2020:9 s. 98.

¹⁸⁹⁴ Forskrift om krav til kvalitet og godkjenning av barnevernsinstitusjoner (kvalitets- og godkjenningsforskriften).

¹⁸⁹⁵ Bufdir: *Kontrollskjema for årlig kontroll av statlige, private og kommunale barnevernsinstitusjoner og omsorgssentre*, 2014 s. 2—3.

¹⁸⁹⁶ Bufdir 2014 s. 5—9.

¹⁸⁹⁷ FOR-2015-12-11-1598, Tiltaksforskriften.

motta vanskeligstilte arbeidstakere mot at NAV betaler lønnskostnader. Dette kan få konkurransevridende effekter i et marked, og det gjelder krav til bedriftenes bruk av overskudd, eierskapsbegrensning, og uttak av utbytte.¹⁸⁹⁸ Som Riksrevisjonen bemerket i 2022, hadde NAV «... i liten grad dokumentert begrunnelser og vurderinger knyttet til sentrale krav i forskriften ...», og heller ikke kontrollert virksomhetene der «... tiltaksbedrifter ... eier annen forretningsvirksomhet, for eksempel en Europrisbutikk og et bemanningsbyrå.»¹⁸⁹⁹ Lignende problematikk er velkjent fra barnehageområdet, og har ledet til et forslag om krav til at barnehager må være organisert i selvstendig rettssubjekt.¹⁹⁰⁰ Manglende kommunal kontroll er også årsaken til at ansvaret for finansiell kontroll med barnehager ble flyttet fra kommunene selv til Udir i 2022.

Det kan oppstå situasjoner der det er formelle hindre i veien for at det delegerende organ kan kontrollere visse opplysninger som følge av taushetsplikt eller lignende. Dersom muligheten til slikt innsyn mangler helt, kan det skape problemer for informasjonsutvekslingen. I så fall kan særhjemmel for å innhente informasjonen være nødvendig, som f.eks. HELFOs begrensede myndighet til å «... kreve innsyn i fullstendig pasientjournal» for å avdekke «urettmessige utbetalinger» til private helseleverandører.¹⁹⁰¹

Et annet typetilfelle er at det delegerende organ allerede har kunnskap om at noe er feil. I slike tilfeller må man hente inn mer informasjon enn vanlig. I flere saker for sivilombudet, SOM-2022-3856, SOM-2022-1160 og SOM-2020-326, hadde UDI delegert saksforberedelsene sine til Politiet. De var imidlertid klar over at politiet hadde store restanser. Ombudet konkluderte, riktig, med at

«Dersom vedtaksorganet er klar over at delegering av en saksforberedende oppgave til et annet organ sannsynligvis vil medføre brudd på forvaltningslovens bestemmelser om forsvarlig fremdrift og saksbehandlingstid, kan ikke vedtaksorganet etter ombudets syn uten videre delegere oppgaven, i alle fall ikke uten å foreta seg noe ytterligere for å forhindre at dette skjer.»¹⁹⁰²

Ombudets resonnement illustrerer det som på sett og vis er selvsagt: Et organ som har dårlig erfaring med å delegere, må innhente informasjon og forsikre seg om at feilene rettes opp,

¹⁸⁹⁸ Se § 1-6.

¹⁸⁹⁹ Riksrevisjonen: *Dokument 1: Undersøkelse av anskaffelser av arbeidsmarkedstiltak i NAV, (2019-2020)* s. 36.

¹⁹⁰⁰ Kunnskapsdepartementet 2021 s. 118 flg, bhl. § 7 a.

¹⁹⁰¹ Forskrift om private virksomheters adgang til å yte spesialisthelsetjenester mot betaling fra staten [opphøvet] § 9 (opphøvet).

¹⁹⁰² SOM-2022-3856, tilsvarende SOM-2022-5454 avsnitt 28.

før delegeringen videreføres. Tilsvarende, hvis man for eksempel har holdepunkter for at ulike lokale enheter praktiserer lovpålagte plikter eller skjønnsutøvelse ulikt, kan dette gi sterk oppfordring til å hente inn mer informasjon.¹⁹⁰³

7.4.3 Det delegerende organs evne til å evaluere informasjonen

I tillegg til at delegering i seg selv skaper informasjonsasymmetri, så kan delegering også skje på en slik måte at det delegerende organ enten mangler eller bygger ned sin egen evne til å vurdere det delegaten gjør.¹⁹⁰⁴ Generelt sett kan man anta at dette vil være en uintendert virkning av delegering, som må hensyntas for at det delegerende organ skal kunne ivareta sitt hierarkiske ansvar.¹⁹⁰⁵ Man må, sagt enkelt, ikke *overdrive* arbeidsdelingen, hvis hierarkiet skal opprettholdes, jf. kapittel 5 punkt 5.7.4. Det er derfor ikke tilstrekkelig å *hente inn* informasjon. Det delegerende organ ivaretar bare sitt ansvar hvis de faktisk er i stand til å bruke og evaluere denne informasjonen til å vurdere om det eksisterer konflikter mellom rettslige rammer og ressursituasjonen.¹⁹⁰⁶ Departementet fremhever for eksempel i ny barnevernlov at

«I tilfeller hvor barnevernstjenesten benytter bistand fra private til undersøkelse, på grunn av manglende kompetanse eller ressurser, kan det være krevende for barnevernstjenesten å ha nødvendig styring og kontroll med bistanden og dermed også reelt treffe beslutningene i saken»¹⁹⁰⁷

Departementet beskriver her en situasjon hvor man *ønsker å delegere*, men *ikke kan ivareta sitt hierarkiske ansvar*. Et annet eksempel er Riksrevisjonens undersøkelse av NAVs kontroll med tiltaksbedrifter. Her fremhevede revisjonen at

¹⁹⁰³ Se f.eks. Riksrevisjonen: «Dokument 3:8, Riksrevisjonens undersøkelse av myndighetenes innsats mot vold i nære relasjoner», (2021-2022), s. 8 flg. om at varslingsplikten praktiseres ulikt og s. 21 flg. om problemer med sentrale myndigheters samordning og styring av enhetene.

¹⁹⁰⁴ Se i samme retning, Graver 2019 s. 196—197.

¹⁹⁰⁵ Se f.eks. Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) *Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler)* s. 43: «Kommunen må ha tilstrekkelig fagkompetanse og organisering til å håndtere avtaleverktøyet på en skikkelig måte.»

¹⁹⁰⁶ Sml. også diskusjonen i kapittel 5 punkt 5.7.3.2 og punkt 7.2.3.2.

¹⁹⁰⁷ Prop. 133 L (2020-2021) s. 491. Man kan imidlertid stusse på uttalelsen like etter på s. 492 om at dersom man forbyr bruk av private kan «... kvaliteten på undersøkelsesarbeidet svekkes, på grunn av manglende spesialisert kompetanse i barnevernstjenesten.»

«Samtlige av fylkesenhetene som revisjonen har intervjuet, opplyser at godkjenningen av tiltaksarrangører er et utfordrende område som krever en spesialistkompetanse de ikke besitter. ... noen av enhetene har innhentet ekstern kompetanse fra for eksempel revisor eller jurister for å kunne foreta vurderinger knyttet til godkjenning av tiltaksbedrifter»¹⁹⁰⁸

Her manglet altså NAV tilstrekkelig juridisk kompetanse til å *selv* foreta godkjenningene. Dermed kan de ikke ivareta sitt ansvar med å kontrollere arbeidet til de aktørene de leide inn. Det delegerende organs ansvar er viktig for å forhindre at denne typen situasjoner oppstår i utgangspunktet — noe riksrevisjonen ikke gikk inn på, men kunne ha problematisert.

Det finnes også eksempler på at lovgiver har forsøkt å forhindre slike situasjoner fra å oppstå. Etter plan- og bygningsloven har mye kompetanse blitt flyttet ut av kommunen og over til private entreprenører, byggherrer og så videre. Loven oppstiller imidlertid et krav om at «Kommunestyret skal sikre at kommunen har tilgang til nødvendig planfaglig kompetanse.»¹⁹⁰⁹

Ved delegering av plikten til å tilby nødvendig helsehjelp eller å foreta tildelinger av pasientrettigheter må også det delegerende organ ha mulighet til å vurdere medisinskfaglige spørsmål, fordi det rettslige innholdet i normen bestemmes ut fra profesjonsfaglige forhold. Kravet til forsvarlig helsehjelp er for eksempel en rettslig standard basert på legeetikk og skikk og bruk blant leger.¹⁹¹⁰ Det delegerende organ må derfor ha kompetanse til å vurdere disse faglige spørsmålene.

Et merkelig eksempel på dette er helsedirektoratets vedtak i sak 22/1037-3. Her hadde HELFO truffet vedtak om tilbakekreving av refunderte beløp fordi de mente det hadde skjedd en feilutbetaling. Den private aktøren hadde blant annet etter HELFOs vurdering ikke gitt tverrfaglig spesialisert behandling for ruslidelser, men andre tjenester. Helsehjelpen de krevde godtgjørelse for var dermed ikke ytt, ifølge HELFO. Helsedirektoratet behandlet klage på vedtaket, og kom til at så lenge pasienten rent faktisk hadde vært på institusjonen og virksomheten var godkjent, så måtte det «... være en konkret helse- og sosialfaglig vurdering hvilke behandlingstiltak pasienten har

¹⁹⁰⁸ Riksrevisjonen (2019-2020) s. 36—37.

¹⁹⁰⁹ Se pbl. § 3-3.

¹⁹¹⁰ Forslaget om en forsvarlighetsstandard blir først omtalt som en begrensning på å bruke medhjelpere, og utvides til en mer generell plikt i NOU 1976:1 *Leger og tannlegers rettigheter og plikter* jf. s. 45 og 56. Det ble innført med Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) *Om lov om leger og om lov om tannleger*, se bl.a. s. 98 og s. 235.

behov for og kan nyttiggjøre seg under oppholdet.» HELFO har ikke faglig kompetanse til å vurdere dette, og måtte heller, ifølge direktoratet, orientere tilsynsmyndigheten.¹⁹¹¹

Uavhengig av slike mer spesifikke forhold, er det å føre kontroll med et annet organ en kompleks og sammensatt oppgave. Som eksempel vil jeg fremheve Oslo kommunes kontroll med omsorgsboliger for psykisk utviklingshemmede der det er aktuelt å bruke tvang etter hol. kapittel 9.

7.4.4 Eksempel: Oslo kommunes tilsyn med tjenester etter hol. kapittel 9

Oslo kommunens tilsyn med slike tjenester illustrerer antakeligvis en av de bedre ordningene i landet, og dermed 'ideell forvaltningsskikk' på området for kontroll med velferdstjenester til utsatte grupper.

Bakgrunnen for dette er at området har mottatt vesentlig politisk oppmerksomhet, som følge av relativt omfattende privatisering. Ifølge en undersøkelse fra 2015 er mangel på egnede boliger og mangel på fagkompetanse i kommunen/bydelen henholdsvis forklaringen på 72 og 45 prosent av privatiseringene av disse tjenestene i Oslo og Akershus.¹⁹¹² Det blir videre fremhevet at alvorlige og dypere grader av utviklingshemming er overrepresentert som mottakere av tjenester fra private aktører.¹⁹¹³ De mest sårbare gruppene blir dermed normalt plassert hos private aktører, og mindre kompetansetilgjenger enn Oslo er trolig også mer sårbare på dette punkt.¹⁹¹⁴

Tjenestene må anskaffes, som forutsetter anskaffelseskompetanse. Konkurranses grunnlaget stiller både krav til tjenesten, og til nærmere kriterier for kvalitet. Et sentralt økonomisk krav er at virksomheter skal ha «økonomisk og finansiell kapasitet til å gjennomføre oppdraget/kontrakten.»¹⁹¹⁵ Virksomheten skal videre sørge for «forebygging og forsvarlig håndtering av utfordrende atferd», og ha systemer og rutiner for «... opplæring, gjennomføring og oppfølging av bruk av tvang ... samt delta i utarbeidelsen av/skriver

¹⁹¹¹ Helsedirektoratet: 22/1037-3, *Klagesak fra Helfo - Fritt behandlingsvalg - Care Service AS (dets konkursbo) - Avgjørelse fra Helsedirektoratet, 2022*

¹⁹¹² Se Jan Erik Østvik: «Fra offentlige til private omsorgstjenester? Private omsorgstjenester for mennesker med utviklingshemming, autisme og/eller asperger syndrom i Oslo og Akershus», *Fontene Forskning*, 2015, s. 17—33 s. 27.

¹⁹¹³ Se Jan Erik Østvik 2015 s. 29.

¹⁹¹⁴ En større kunnskapsgjennomgang gis også i , FAFO-rapport: *Når velferd er til salgs*, 2019 , som viser at den kommersielle andelen er voksende, men at i underkant av 90 prosent av tilbudet fortsatt gis av kommunene selv, s. 93.

¹⁹¹⁵ Oslo kommune, velferdsetaten: *Konkurranses grunnlag for kjøp av avlastningstjenester utenfor hjemmet til barn og voksne med utviklingshemming*, 2018 s. 13.

vedtak etter hol. kap. 9.»¹⁹¹⁶ Konkurransesgrunnlaget fastsetter også nærmere krav til bemanning, og at virksomheten kan yte tjenester til brukere etter graderte bemanningsnormer. Personalet samt ledelsen skal også ha tilstrekkelig helsefaglig kompetanse, som følger av lov men også blir kontraktsfestet.¹⁹¹⁷ Generelt forplikter leverandørene seg til å gjennomføre jevnlige brukerundersøkelser, og kommunen krever at minst 60 prosent av brukerne skal være «fornøyde med tjenestene.»¹⁹¹⁸ I tillegg skal leverandøren halvårlig eller ved forespørsel utarbeide skriftlige rapporter om enkeltbrukere, ha rutiner for journalføring, risikovurderinger, med mer.¹⁹¹⁹

Helt sentralt er det også at man sikrer seg anledning til å komme på tilsyn, og leverandørene forpliktes til samordning og til å «... tilrettelegge for representantene fra organer som fører tilsyn og kontroll med driften ...», og her nevnes Fylkesmannen/Statens helsetilsyn, Branntilsynet og arbeidstilsynet.¹⁹²⁰ Oppfølgingen skjer gjennom kontroll av dokumentasjon og løpende rapportering, samt stedlig tilsyn og intervjuer med ledelse og ansatte. Her har man detaljerte rutiner for å avdekke svikt, manglende informasjon, og lignende.¹⁹²¹ Det er for eksempel vanlig å forsøke å få kontakt med *vikarer*, som har svakere lojalitet til arbeidsplassen, eller å sammenligne arbeidernes turnuslister med ledelsens påstander om bemanningen.¹⁹²²

Som eksempelet illustrerer er det derfor mulig å stille svært store krav til hvilken informasjon det delegerende organet må innhente, og den kompetansen de må besitte for å bruke denne informasjonen aktivt. Ved delegering av komplekse tjenester blir det i seg selv et komplekst faglig spørsmål om og hvordan kontrollen og tilsynet kan og skal foregå.

¹⁹¹⁶ Oslo kommune, velferdsetaten 2018 s. 17.

¹⁹¹⁷ Oslo kommune 2017 s. 12, jf. Oslo kommune, velferdsetaten 2018 s. 21-22 som krever at minst 40 % av 'brukerrettet' personale har helse- og sosialfaglig utdanning på bachelornivå, og at leder eller stedfortreder har helse- og sosialfaglig eller tilsvarende relevant utdanning på bachelornivå.

¹⁹¹⁸ Oslo kommune 2017 s. 12.

¹⁹¹⁹ Oslo kommune 2017 s. 16.

¹⁹²⁰ Listen omtales som ikke-uttømmende, Oslo kommune 2017 s. 9.

¹⁹²¹ Jeg baserer disse antakelsene og observasjonene på Oslo kommunes maler for invitasjon til kontraktsoppfølgingsmøte, og de respektive manusene for intervjuer med hhv. ledelse og ansatte.

¹⁹²² Lignende begrunnelser ligger bak kompetansen Arbeidstilsynet har til å foreta tilsyn og samtaler med ansatte uten ledelsens tilstedeværelse, se omtalen i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven)* s. 281—282.

7.4.5 Effektivisering av kontrollen?

Som eksempelet illustrerer, kan man altså operere med særdeles stor mistillit til delegaten. Det kan det være svært gode grunner til. En kontroll som gir *god sikkerhet* for at virksomheten drives i samsvar med lover og regler må i utgangspunktet basere seg på en såpass inngående kontroll som Oslo kommunes praksis illustrerer, og der rettssikkerhetshensynene er sterke vil dette også kunne være et juridisk krav jf. nedenfor.

Slik kontroll er samtidig ressurskrevende.¹⁹²³ På et overordnet nivå bruker det offentlige svært mye ressurser på kontroll, særlig målsetnings- og effektivitetskontroll.¹⁹²⁴ Dette gjør at det blir nødvendig å drøfte om innhenting av informasjon *kan effektiviseres*. Spørsmålet blir da om man heller kan *kontrollere noe annet* som man antar at kan gi informasjon om det man *egentlig* er interessert i.

I departementenes styring av sine underordnede etater foregår for eksempel lite inngående etterkontroll av virksomhetenes praksis. Heller enn å studere hvordan alle enheter i en forvaltningsgren løser sine oppgaver og så gi forslag til hvordan de kan effektivisere, sammenligner man for eksempel ressursbruken og hvor mange saker de behandler. Dette kalles «benchmarking».¹⁹²⁵ Et annet eksempel er brukerundersøkelser. Heller enn å foreta en kvalitativ vurdering av om virksomheten lever god kvalitet, så spør man brukerne om de er fornøyde.¹⁹²⁶ Et annet alternativ er å erstatte brukerundersøkelser med målbare resultater, som at NAV måles på andelen som går over til fast arbeid fra stønad.¹⁹²⁷ Måler man antallet klagesaker så antar man å ha (noe) kunnskap om kvaliteten på saksbehandlingen samlet sett. Virksomheter med juridiske oppgaver vil ofte bli målt på andel seier/tap i rettslige instanser.

Å bruke indikatorer er som et utgangspunkt åpenbart nødvendig, simpelthen fordi de ofte kan gi en viss grad av informasjon om et større område. Særlig vesentlig er det at slik

¹⁹²³ Sml. også SOU 2019:43 s. 49: «Allt större ressurser ägnas åt styrning och kontroll, medan utrymmet för professionellt omdöme minskar.»

¹⁹²⁴ Sml. SOU 2019:43 s. 30—31:

¹⁹²⁵ Se generelt omtalen i Anbefaling fra prosjektgruppe der Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Direktoratet for forvaltning og IKT, Direktoratet for økonomistyring samt Finansdepartementet har deltatt.: *Benchmarking i staten, Anbefaling av parametere, nøkkeltall og løsning*, 2017 .

¹⁹²⁶ Se f.eks. Barne- og likestillingsdepartementet: *Tildelingsbrev til Bufdir*, 2023 s. 21, som stiller opp at «Barn opplever trygghet i institusjonstilbudet» som styringsparameter og «Det er dokumentert i hvilken grad barna opplever at det er trygt på institusjonen de bor på» som resultatkrav.

¹⁹²⁷ Se f.eks. Arbeids- og inkluderingsdepartementet: *Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2022*, 2022 s. 10.

mangelfull styringsinformasjon — selv om den er unøyaktig — gir et *beslutningsgrunnlag* og dermed at man overvinnet byråkratisk beslutningsvegring. Benchmarking eller måling av antall klagesaker kan for eksempel brukes for å avdekke store avvik mellom ulike enheter, og dermed å overføre god praksis fra den ene til den andre. Det er også ofte nødvendig å vurdere resultater for å vurdere om forvaltningen opptrer i samsvar med lovens intensjon. Samtidig er det svært mange feilkilder som kan påvirke slike evalueringer.¹⁹²⁸ I denne forstand er kontroll basert på indikatorer en kraft i forvaltningens styring, som gjør det mulig å treffe beslutninger der man ellers ville tvilt, og resignert til usikkerhet.

Når fordelene ved indikatorer så tydelig fremheves, ligger det samtidig i sakens natur at nedsidene er store, hvilket man jo også går langt i å erkjenne, jf. fremstillingen i kapittel 2 punkt 2.2.9. Indikatorer reduserer kompleksitet og gir grunnlag for beslutninger. Men dermed er det også sagt at beslutningsgrunnlaget kan være feilaktig, misvisende, eller vridd på måter som får store utslag. Hensynet til at forvaltningen skal treffe riktige avgjørelser taler derfor mot bruk av indikatorer. Generelt sett vil indikatorer typisk forutsette kvantifisering.¹⁹²⁹ Dermed skaper denne formen for kontroll en vridning mot det som kan måles, på bekostning av alt som ikke kan det. Et relatert problem kan være at indikatorer gir ledelse en ubegrunnet tro på at man har mer kunnskap enn man faktisk har, slik at man lar være å igangsette kunnskapsinnhenting. Til slutt nevner jeg også at slike former for kontroll vil ofte også ha uintenderte *styringsvirkninger*, jf. nedenfor i 7.5.5.

Hvor langt man kan gå i å effektivisere kontrollen blir i prinsippet et (faglig) spørsmål om *hvor god kunnskap* man faktisk har, og hvilke former for kunnskap som er egnet for å si noe om delegatens virksomhet. Dette kan åpenbart variere. Noen indikatorer er gode, andre er mindre gode. Fra et juridisk ståsted blir det i alle fall noen ganger nødvendig å kritisk

¹⁹²⁸ Se bl.a. NOU 2020:13 s. 62: «Det er videre vanskelig å måle kvalitet på mange velferdstjenester. Fordi tjenesten oppstår i møtet mellom tilbyder (agent) og bruker, er også mye av relevant informasjon ikke tilgjengelig for den offentlige oppdragsgiver (prinsipal). Dersom deler av barnevernstjenesten utføres av private aktører, kan vurderingen av barnets beste bli avhengig av den private barnevernsleverandørens fremstilling av de faktiske forhold, med mindre det settes inn tiltak som kan bidra til å motvirke informasjonsskjevheter, for eksempel tredjepartsvurderinger og innsyn i dokumentasjon. En annen form for kompleksitet er der tjenesten ikke kan forventes å virke isolert, men i samspill med en rekke andre tiltak og hendelser (som medisinsk behandling, skolebytte og foreldrenes skilsmisse), og der det kan være reelt umulig å skille effektene fra hverandre slik at den aktuelle tjenesten kan evalueres for seg. I tillegg kommer at en del velferdstjenester vil vise sin effekt først etter lang tid, for eksempel ved at et gunstig opphold i barnevernsinstitusjon først i etterkant kan ses som avgjørende for en vellykket skolegang.»

¹⁹²⁹ Se også PwC 2021 s. 68 som merker seg at «... mange tolker begrepet [styringsparameter] til å utelukkende bety 'en kvantitativ måling'.»

etterprøve om den eller de indikatorene som et delegerende organ har valgt, egentlig er i stand til å gi informasjon om det man behøver. Hvis et delegerende organ tror at det sitter på styringsinformasjon om kvaliteten på vedtak mens indikatoren man styrer etter er saksbehandlingstid, så ivaretar man ikke det hierarkiske ansvaret sitt.

Spørsmålet om hvor god kunnskap man har (og må ha) berører store spørsmål i *bevisteorien* og generell vitenskapsteori, som jeg ikke tar opp til videre behandling her, men som jeg er innom nærmere nedenfor i diskusjonen av risikobasert styring.¹⁹³⁰ Imidlertid er det grunn til å merke en sentral konklusjon fra diskusjonen av risikostyring: Bruk av kvantitative måleenheter innebærer en normativ prioritering, en verdsetting av noen aspekter, på bekostning av andre. Ulike måter å effektivisere kontrollen på må derfor *kunne forsvares normativt*, ikke alene som mer effektivt, men også som faglig forsvarlig kontroll. Særlig må ikke kravene om å rapportere informasjon overbelaste virksomheten jf. foran i punkt 7.2.3.4. Det hierarkiske ansvaret er derfor *også* et ansvar for å beskytte *mot* en overdreven effektivisering av kontrollen.

Et alternativ jeg mener i større grad bør brukes er derfor kvalitativ egenrapportering, der delegaten simpelthen blir bedt om å argumentere overfor sin delegat for hvorfor virksomheten drives forsvarlig. En *offentlig styringsdialog*, med vekt på *dialog*, vil kunne kritisk etterprøves av andre aktører, brukere, og mediene. Dette skjer i praksis på enkelte punkter der kvantifisering er vanskelig eller har negative sidevirkninger.¹⁹³¹ Kvalitative rapporteringer er åpenbart sårbare for at rapporten gir misvisende eller i noen tilfeller løgnaktig informasjon. Samtidig kan en sannferdig og velargumentert rapport være langt mer verdifull for det delegerende organs styring, enn dårlige data.

7.4.6 Oppsummering

I dette avsnittet har jeg argumentert for et krav til å innhente informasjon av vesentlig betydning for bruken av delegert myndighet. Dette bør fortrinnsvis være informasjon som er tilpasset allerede kjent kunnskap, og det delegerende organs evne til å evaluere informasjonen. Kontrollen vil imidlertid i mange tilfeller måtte effektiviseres.

¹⁹³⁰ Se 7.7.8.

¹⁹³¹ Se f.eks. Barne- og likestillingsdepartementet 2023 s. 7. Disse kombineres imidlertid med andre parameter som gir en viss informasjon, se f.eks. s. 13.

Effektiviseringen kan imidlertid ikke gå så langt at man ikke egentlig har kunnskap om det man må ha kunnskap om. I den juridiske vurderingen av om ansvaret er innfridd må juridiske aktører ta stilling til hvor god kunnskapen er.

7.5 Styring

7.5.1 Problemstilling

Det neste spørsmålet er hvilke muligheter det delegerende organ må ha til å kunne iverksette tiltak overfor sin delegat. Dette er et sammensatt spørsmål, som kommer i kontakt med andre spørsmål om styring- og instruksjonsmyndighet i forvaltningen, som er usikre. Derfor vil jeg måtte gå inn i en del ulike diskusjoner i det som følger.

7.5.2 Klagebehandling og omgjøring

7.5.2.1 Innledning

Klagebehandling og omgjøringsmyndighet er sentrale styringsstrukturer i den tradisjonelle hierarkiske forvaltningen og vil vanligvis utgjøre et grunnelement i det hierarkiske ansvaret. I det videre diskuterer jeg noen av unntakene der klage- og omgjøring av ulike grunner ikke brukes, og derfor ikke kan tale for at det hierarkiske ansvaret ivaretas ved hjelp av dem.

7.5.2.2 Klage- og omgjøring som styringsinstrument

Det delegerende organ vil normalt være klageinstans etter regelen i fvl. § 28, og oftest anses som overordnet organ etter omgjøringsregelen i fvl. § 35. Behandling av klager og bruk av omgjøringsmyndigheten er viktige måter det delegerende organ kan påvirke delegaten. De er samtidig begrenset til å gjelde den typen forvaltningsvirksomhet hvor det treffes enkeltvedtak. Dette betyr at de har begrenset betydning ut over slik forvaltningsvirksomhet.

Det organet som er klageinstans, vil få omfattende informasjon og muligheten til å kontinuerlig korrigere praksis i de lavere organer. Det delegerende organ vil normalt være klageinstans jf. fvl. § 28, men som jeg kommer tilbake til nedenfor er det unntak fra dette. Dette kan enten skje fordi man etablerer særskilte klageordninger, eller fordi man foretar toinstansbehandlingen innenfor *samme organ*. En slik intern klagebehandling har blitt vanligere med årene, og som nevnt foran i punkt 7.2.1, så styrer departementsnivået i liten grad ved hjelp av klage. Dette er betenkelig i den grad borgeren fratras en reell

toinstansbehandling av sin klage, men også på grunn av tapet av styringsmuligheter og informasjon.¹⁹³²

Det er derimot færre unntak fra utgangspunktet i fvl. § 35, slik at det delegerende organ normalt vil kunne omgjøre delegatens vedtak som «overordnet organ». Omgjøringsspørsmålet behandles generelt av Tøssebro, og som hun poengterer er styringshensynet klart til stede i fvl. § 35 (3).¹⁹³³ Omgjøring vil gi styringsmuligheter, og muligheter for borgerne til å anmode om omgjøring. Men noen vesentlig moment i vurderingen av hierarkisk ansvar kan det ikke bli snakk om, da overordnet organ som ikke behandler klager, sjelden vil få anledning til å vurdere omgjøring.

Videredelegering kan i seg selv bidra til endringer i klagestrukturen. Hvis man har organene A, B og C, hvor A er overordnet B, så vil en delegering fra B til C innebære at A ikke lenger er klageinstans for vedtak jf. fvl. § 28. Det innebærer dermed som Tøssebro sier, en «... institusjonell forrykning av klage- og omgjøringskompetansen.»¹⁹³⁴ Delegering fra B til C påvirker dermed kontrollen mellom A og B. Dersom klagebehandling var en viktig del av As kontroll med B, kan videredelegeringen tilsi at denne kontrollrelasjonen ikke er tilstrekkelig betryggende. Omgjøringsmuligheten vil imidlertid være intakt, ettersom det delegerende organ fortsatt vil anses å være overordnet organ etter fvl. § 35, men igjen, dette har begrenset betydning.¹⁹³⁵

For eksempel fungerer miljødepartementet som klageinstans for miljødirektoratet etter forurensingsloven. Når direktoratet (regelmessig) delegerer til statsforvalterne, vil imidlertid departementet ikke være klageinstans lenger.¹⁹³⁶ Direktoratets delegeringer bør i slike tilfeller klareres med det opprinnelige klageorganet, og samtidig må endringen i

¹⁹³² Sml. også NOU 2019:5 s. 371 flg., som fremhever begge argumentene.

¹⁹³³ Tøssebro 2021 s. 127.

¹⁹³⁴ Tøssebro 2021 s. 82. Jeg er litt usikker på hvorfor Tøssebro mener det også skjer en forrykning av omgjøringskompetansen, ettersom denne etter fvl. § 35 tilligger «klageinstansen eller av annet overordnet organ». Omgjøringskompetansen blir derfor *utvidet* eller *duplisert*, mens klagekompetansen forandres.

¹⁹³⁵ Sml. f.eks. SOMB-1983-22, omtalt av Tøssebro.

¹⁹³⁶ Loven regulerer dette i § 85, ved å slå fast at «Departementet er klageinstans over vedtak truffet av Miljødirektoratet. Miljødirektoratet er klageinstans over vedtak truffet av statsforvalteren». Det er imidlertid en relevant forskjell på de oppgaver som ligger til statsforvalteren i utgangspunktet, og de som blir delegert dit på oppdragsbasis fra direktoratet.

kontrollmuligheten til det opprinnelige klageorganet, trekkes inn i vurderingen av dette (klageorganets) kontroll med sin delegat.

I noen tilfeller kan en slik 'institusjonell forrykning' sette særskilte klageorganer ut av spill. Husbanken tildeler for eksempel lån basert på søknad, og klager behandles av klagenemnden for Husbanken.¹⁹³⁷ Nemndas kompetanse gjelder enkeltvedtak «Husbanken gjør om lån, tilskot og bustøtte» jf. § 1, og vil derfor ikke komme til anvendelse hvis Husbanken delegerte denne myndigheten.¹⁹³⁸

Imidlertid kan delegering generelt sett også påvirke hvem som behandler klager der utgangspunktet er et annet enn hovedregelen i fvl. § 28. Det er tema i neste punkt.

7.5.2.3 Forskyvning av organet som behandler klager

Problemstillingen her er hvem som er klageinstans når myndighet er delegert eller delegeres utenfor hovedregelen i § 28.

Det er grunn til å merke seg den spesielle regelen i § 28 (2) tredje setning, som fastlegger at dersom enkeltvedtak treffes av «... egne rettssubjekter som har fått overført myndighet ...» fra kommuner eller fylkeskommuner så skal det øverste organet i rettssubjektet opprette en særskilt klagenemnd. Dette innebærer altså at der kommunen flytter vedtaksmyndighet ut av kommunen, så flyttes også klagebehandlingen ut av kommunen. Det innebærer også at man plasserer klagebehandlingen i ett og samme organ. Prinsipielt sett skal altså private aktører som utøver delegert myndighet opprette et særskilt organ innenfor seg selv som rettssubjekt, som håndterer klager. Forarbeidene vurderinger handler i første rekke om klagebehandlingen ved delegering til interkommunale samarbeid, men ordlyden i loven (og særmerkadene) dekker alle rettssubjekter.¹⁹³⁹ Her går departementet også på tvers av forutsetningene i forarbeidene fra 2006 som opprinnelig foreslo regler om interkommunale samarbeid.¹⁹⁴⁰ Rekkevidden av denne regelen er begrenset som følge av at særlovgivningen ofte legger klagekompetansen til statlig organ.¹⁹⁴¹ Likevel er det mildt sagt en underlig ordning, som innebærer en vesentlig svekkelse både i kommunestyrets tiltaksmuligheter overfor delegaten, og forhindrer informasjonsflyt mellom de to. I likhet med Bernt og Overå mener jeg derfor også at bestemmelsen normalt må tolkes innskrenkende.¹⁹⁴² Henvisningen i forarbeidene til «... representantskapet i et interkommunalt samarbeid eller generalforsamlingen i

¹⁹³⁷ Se Forskrift om klagenemnd for Husbanken §1 jf. Forskrift om lån fra Husbanken.

¹⁹³⁸ Så vidt jeg forstår er denne praksisen nå avviklet, men i SOMB-1989-19 var myndigheten delegert fra husbanken til kommunene. Nå er kommunenes egen behandling av bostøtte og startlån regulert av kommunene selv, og kommunene søker penger fra Husbanken for sine egne tildelinger.

¹⁹³⁹ Prop. 46 L (2017-2018) s. 180 jf. merknadene på s. 423.

¹⁹⁴⁰ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 123 som bl.a. fremhever at mangler ved kommunestyrets faglige kompetanse avbøtes av at «... vertskommunen forebur sakene for klageinstansen ...».

¹⁹⁴¹ Se Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 123

¹⁹⁴² Bernt 2019 s. 550.

et aksjeselskap» bør fortolkes i lys av at interkommunale *aksjeselskap* er en minst like vanlig samarbeidsform som vanlige kommunale samarbeid.

Et problem oppstår ved delegering til selvstendige rettssubjekter. Selvstendige rettssubjekter vil jo ikke ha noe «overordnet organ». Lovavdelingen konkluderte på den bakgrunn at delegering til stiftelse medfører at «... enkeltvedtak truffet av en stiftelse i utgangspunktet ikke kan påklages, fordi det ikke finnes noe overordnet organ.»¹⁹⁴³ Spørsmålet omtales kortfattet i Backer-utvalget. De antar at det ligger nær å «... tolke forvaltningsloven analogisk ...» slik at ved delegering utenfor forvaltningens linjer, vil det delegerende organ behandle klager.¹⁹⁴⁴ Dette er rett. Delegering *må skape* et overordningsforhold, dersom den skal være lovlig uten særlig hjemmel, som jeg også utdyper nedenfor i punkt 7.5.3.3. At borgeren ikke skal miste muligheten til å motta toinstansbehandling ved delegering til selvstendige organer fremstår helt selvsagt, også i lys av drøftelsen i kapittel 6 punkt 6.7.¹⁹⁴⁵

Problemet kan også løses via særlovgivning. Backer-utvalget nevner eksempler på at dette er særregulert i forurensingsloven, fjelloven og pasient- og brukerrettighetsloven,¹⁹⁴⁶ mens det ikke er særregulert i skipssikkerhetsloven.¹⁹⁴⁷ Man kan legge til at det også finnes andre særregler, som at kontrollkommisjoner behandler klage på vedtak etter phvl. selv om virksomheten er privat,¹⁹⁴⁸ at mattilsynet behandler klager på Debio AS' vedtak,¹⁹⁴⁹ og selv om pbrl. § 7-2 løser noen problemer med behandling av enkeltvedtak fra helseforetak, så reguleres alle andre vedtak av helseforetaksloven § 5 som angir departementet som klageinstans for foretakene.¹⁹⁵⁰

I de tilfeller der loven regulerer spørsmålet er løsningen klar, men bortsett fra dette må det sterke holdepunkter til for å anta at klageretten skal *avskjæres*. Hvis ikke står man reelt sett

¹⁹⁴³ JDLOV-1998-11302.

¹⁹⁴⁴ NOU 2019:5 s. 370.

¹⁹⁴⁵ Det underbygges også av NUT 1958:3 s. 271, som legger til grunn at en alminnelig klagerett bør gjennomføres for vedtak som treffes av private sammenslutninger, men at «... regler om dette bør gis i særlovgivningen.». Hvis dette ikke er gjort bør løsningen være klar.

¹⁹⁴⁶ Fjellova § 10, som fastsetter at vedtak fra fjellstyret kan klages til departementet, forurensingsl. §85 forutsetter at klageinstans fastsettes av departementet, pbrl. §7-2 legger klagemyndighet til statsforvalteren.

¹⁹⁴⁷ Skipssikkerhetsl. § 71a som innebærer at man legger tilsynsmyndighet til private, uten noen mulighet for klage.

¹⁹⁴⁸ Sml. Psykisk helsevernforordningen § 51. Merk også at kontrollkommisjonene har en tilsynsfunksjon for pasientens opphold ved institusjonen etter forskriftens kapittel 7 punkt IV.

¹⁹⁴⁹ Se Delegering av myndighet fra Mattilsynet til debio etter økologiforskriften pkt. I, 4 jf. matloven. § 23.

¹⁹⁵⁰ Helseforetaksloven § 5.

overfor tilfeller der delegeringen skaper derogatoriske virkninger, som må løses basert på én av de tre tilnærmingene jeg skisserte i kapittel 6 punkt 6.7.4.

Slike derogatoriske virkninger behøver ikke bare oppstå ved delegering til selvstendige rettssubjekter. Ved delegering der det foreligger en *særskilt klageordning* vil delegering innebære at klagen må «hoppe over» det delegerende organ. Vedtak etter pbrl. kapittel 2, 3 og 4 kan påklages til statsforvalteren, og klagen sendes til «... den som har truffet enkeltvedtaket eller avgjørelsen.»¹⁹⁵¹ Da man åpnet for delegering av myndighet etter pbrl. § 2-1b til private virksomheter med avtale med spesialisthelsetjenesten,¹⁹⁵² var man ikke oppmerksom på at dette ville medføre at klagebehandlingen etter loven 'hoppet over' det delegerende organ (regionalt helseforetak).¹⁹⁵³ Det er imidlertid riktig å fastholde lovens ordning, slik at statsforvalteren behandler saken. Dette vil imidlertid gjøre det vanskelig å opprettholde informasjonsflyt mellom de to virksomhetene, slik at dette bør kompenseres.

Et særlig tilfelle kan oppstå der loven regulerer det særskilte klageorganets kompetanse ved å si at organet behandler klager på X organs vedtak. I så fall vil klageorganet som utgangspunkt ikke ha kompetanse til å behandle klage på X sin delegats vedtak, organ Y. Husbanken tildeler for eksempel lån basert på søknad, og klager behandles av klagenemnden for Husbanken. Nemndas kompetanse gjelder enkeltvedtak «Husbanken gjer om lån, tilskot og bustøtte» jf. § 1, og vil derfor ikke komme til anvendelse hvis Husbanken delegerte denne myndigheten.¹⁹⁵⁴ Lignende reguleringsform er også valgt for konkurranseklagenemnda jf. konkurranseloven § 35. Delegering fra konkurransetilsynet er imidlertid lite aktuelt. Spørsmålet måtte antakeligvis vært løst gjennom utvidende tolkning, slik at ordlyden leses som «X organ eller den som opptrer på X organs vegne».

Som et utgangspunkt vil dermed klageadgang enten forskyves slik at det organet som opprinnelig behandlet klage skyves ut av prosessen, eller slik at det organet som delegerer skyves ut av prosessen der klagemyndigheten er lagt til særskilt organ. For å ivareta borgeren vil det normalt være mest betryggende at klageretten er i behold, og skal sendes

¹⁹⁵¹ Forarbeidene drøfter ikke spørsmålet nærmere.

¹⁹⁵² Se omtalen i kapittel 5 punkt 5.2.3.

¹⁹⁵³ Se diskusjonen i Innst. 224 L (2014-2015).

¹⁹⁵⁴ Så vidt jeg forstår er denne praksisen nå avviklet, men i SOMB-1989-19 var myndigheten delegert fra husbanken til kommunene. Nå er kommunenes egen behandling av bostøtte og startlån regulert av kommunene selv, og kommunene søker penger fra Husbanken for sine egne tildelinger.

til det særskilte klageorganet, som forutsetningsvis har best forutsetninger for å vurdere saken korrekt. Slik vurderer også Skåre-utvalget saken.¹⁹⁵⁵

I det hele tatt må man her kunne vinkle saken slik: Det *riktige* klageorganet C, kan ikke bli hørt med å ha akseptert at førsteinstansen A *overtar klageorganet C sitt ansvar* ved å delegere sin førsteinstansbehandling til en delegat B. Det innebærer jo reelt at A, ved å delegere til B, også samtidig skaper en delegering fra C til A. I så fall burde man anse saken som en delegering fra det riktige klageorganet C til det delegerende organ A, selv om det er A som har 'initiert' delegeringen.

Fordi *klagebehandling* i seg selv kan delegeres, bør man også forsøke å unngå situasjoner der et organ som er uegnet til å kontrollere et annet organ, blir tildelt kompetanse til å behandle klager. I SOMB-2002-39 ble blant annet klagebehandlingen på søknad om overføring til annet fengsel, lagt til sideordnet fengsel på regionnivå i kriminalomsorgen, som manglet instruksjonsmyndighet overfor førsteinstansen. Som Sivilombudet påpeker, fikk man da en situasjon hvor klageorganet

«... anså det som problematisk å overprøve den mottakende anstaltens (Ullersmos) vurdering av overføringsspørsmålet. Det kan spørres om man da i praksis fikk en full overprøving av det påklagede vedtak slik forvaltningsloven § 34 annet ledd og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper krever.»¹⁹⁵⁶

Det prinsipielle her vil være at man må unngå at klagemyndigheten ender opp hos organer som ikke reelt føler seg i stand til å overprøve vedtaksorganets beslutninger.

7.5.2.4 Oppsummering

Samlet sett vil klagebehandling være et viktig utgangspunkt for måten man ivaretar det hierarkiske ansvaret på i hierarkisk-organisert forvaltning. Imidlertid skaper kombinasjonene av særregulering, mulighetene for intern behandling av klagesaker i lavere

¹⁹⁵⁵ NOU 1974:43 s. 33: «Dersom det blir klaget over et vedtak truffet av formannen, sekretariatet eller et arbeidsutvalg, oppstår spørsmålet om hvilke betydning arbeidsdelingen eller delegasjonen får for instansfølgen og anvendelsen av forvaltningslovens begrep 'underinstansen'. Generelt må det være riktig at klageinstansen blir den samme som om vedtaket var truffet av den samlede nemnd.»

¹⁹⁵⁶ SOMB-2002-39.

forvaltningsnivåer og spesielle typer delegering som delegering til selvstendige organer, enkelte vanskeligheter. I så fall vil det hierarkiske ansvaret måtte ivaretas på annen måte.

7.5.3 Instruksjonsmyndighet

7.5.3.1 Innledning

Enkelte kilder går så langt som å hevde at instruksjonsmyndighet per definisjon er en forutsetning for delegering.¹⁹⁵⁷ I det videre følger en lengre drøftelse av flere spørsmål som oppstår i forlengelsen av denne forutsetningen. Det er nemlig klart at instruksjonsmyndighet spiller en sentral rolle, men det er uklart hvordan denne rollen spilles.

Innenfor hierarkiet er instruksjonsmyndigheten nærmest per definisjon uproblematisk. Grunnlaget for Regjeringens instruksjonsmyndigheten er Grl. § 3 (som altså er noe annet enn Grl. § 3 som grunnlag for kompetanse til å delegere, jf. foran i kapittel 5 punkt 5.4.2.). Denne tolkes som å si at Regjeringen er forvaltningens *leder*, som følgelig kan styre sine underordnede.¹⁹⁵⁸ Som Eckhoff skriver sier ikke bestemmelsen egentlig noe om instruksjonsmyndighet. Uansett er den «... forankret i praksis som for Regjeringens vedkommende går tilbake til enevoldstiden.»¹⁹⁵⁹ Holmøyvik skriver for eksempel at § 3 er en bestemmelse som er mer symbolsk enn at den har et materielt innhold. Den sier «... ikkje noko om innhaldet i den utøvande makta, berre at denne skal liggje til eit bestemt organ ...».¹⁹⁶⁰ Smiths tolkning går noe lenger, og handler om at Grl. § 3 forankrer det hierarkiske system, der Regjeringen kan styre og samtidig har ansvar.¹⁹⁶¹ Backer-utvalget formulerer nesten den samme strukturen, men legger så til at det er «[e]n følge av det konstitusjonelle ansvaret ... at regjeringen kan instruere andre organer i statsforvaltningen ...».¹⁹⁶² Lovavdelingen legger vekt på begge aspekter: «... Kongen ... er forvaltningens øverste leder. Regjeringen har dermed både rett til styring av statsforvaltningen og ansvar for forvaltningens handlinger og unnlatelser.»¹⁹⁶³ Jeg har visse innvendinger til et slikt perspektiv, jf. foran i kapittel 6 punkt 5.4 og ovenfor i punkt 7.2.3.1. Men i utgangspunktet

¹⁹⁵⁷ Se ovenfor under 7.1.3.

¹⁹⁵⁸ Smith 2021 s. 231, Graver 2019 s. 178, Frihagen 1991 s. 149.

¹⁹⁵⁹ Eckhoff 1992 s. 132.

¹⁹⁶⁰ Holmøyvik, 2021 s. 132.

¹⁹⁶¹ Smith 2022 s. 150.

¹⁹⁶² NOU 2019:5 s. 510.

¹⁹⁶³ JDLOV-2004-2274.

er jeg også enig i at Grl. § 3 er grunnlaget for den hierarkiske strukturen i norsk forvaltning, og at instruksjonsmyndigheten må forstås som ledd i å etablere en slik struktur.

Jeg er riktignok skeptisk til formuleringer som at Grl. § 3 inneholder den *organisatoriske* myndigheten til Regjeringen.¹⁹⁶⁴ Den organisatoriske myndigheten består spesifikt av kompetansene til å *delegere* og til å *vedta instruksjer og reglementer*. Jeg synes man fanger dette fint uten en tredje *rest-term* for å fange *annen* organisering. Men dette er et spørsmål om terminologi og ikke begreper. Begrepsmessig impliserer «organisasjonsmyndigheten» at Regjeringen kan gjøre noe mer enn å organisere *hierarkisk* ved hjelp av delegering og instruks.

Disse utgangspunktene er vanskeligere for andre organer. Jeg antar foreløpig at Regjeringens instruksjonsmyndighet i utgangspunktet delegeres samtidig med at kompetanse til å delegere tildeles lavere organer,¹⁹⁶⁵ slik at for eksempel et departement som kan delegere til et direktorat, også kan instruere dette direktoratet.¹⁹⁶⁶ Ved delegering vil også en viss instruksjonsmyndighet gis til virksomhetens leder, som også gjennom arbeidsgivers styringsrett vil ha visse kompetanser.

Instruksjonsmyndighet må også generelt sett vurderes i lys av rettsgrunnlaget (eller rettsgrunnlagene) som regulerer forholdet mellom den som instruerer og den som blir instruert, med legalitetsprinsippet som yttergrense. Instruksjonsmyndighet må ha rettslig grunnlag, og jeg argumenterer senere for at delegering ikke i seg selv *er* et slikt rettslig grunnlag.¹⁹⁶⁷

Jeg vil videre anta at grunnlaget for instruksjonsmyndigheten *sammenfaller med* grunnlaget for overordnede mulighet til å vedta rundskriv, veiledninger, anbefalinger, og lignende, ut fra et «fra det mer til det mindre»-synspunkt. Det kan kanskje tenkes unntak fra dette.

På et begrepsmessig nivå mener jeg også instruksjoner ikke bør anses å være «rettskildedefaktorer», slik blant annet Boe tar til orde for.¹⁹⁶⁸ En instruks om å tolke en regel på en bestemt måte er innenfor skjønnets grenser *bindende for tjenstepersonen*, på samme

¹⁹⁶⁴ Se f.eks. St.meld. nr. 35 (1991-1992) s. 5 som mener Grl. § 3 oppstiller Regjeringens *organisatoriske* kompetanse.

¹⁹⁶⁵ Se diskusjonen av delegering av delegeringskompetanse i kapittel 5 punkt 5.4.4.

¹⁹⁶⁶ Sml. allerede Eckhoff, 1966 s. 137, som skriver at det «... vil ... skje en viss delegasjon av instruksjonsmyndighet i og med at det gis organisatoriske bestemmelser, f.eks. når det opprettes et nytt organ og bestemmes hvilket overordnet organ det skal 'høre under'.»

¹⁹⁶⁷ Dette kommer jeg tilbake til i de nevnte avsnittene, men problemet er aktuelt. Se f.eks. Ot.prp. nr. 11 (1979-1980) *Om lov om vern mot forurensing og om avfall (Forurensingsloven)* s. 177.

¹⁹⁶⁸ Boe 1991.

måte som en politimanns ordre er *bindende* for meg. Instruksen er imidlertid i utgangspunktet ingen *rettskilde* som tjenstepersonen bør *vektlegge* ut fra et juridisk-metodisk ståsted. Så lenge tolkningen regelen krever er juridisk forsvarlig har tjenstepersonen/delegaten plikt til å legge den til grunn (eller fratse sin stilling), selv om den mener et annet tolkningsalternativ er *riktigere*.¹⁹⁶⁹ Man kan forstå dette som at instruks om regelforståelse innebærer et krav om å ta en bestemt prosessrisiko på den instruerende sin vegne. Det kan tenkes unntak fra dette i form av instruks som etablerer *sedvane*, eller at instruks blir indirekte relevant som følge av et argument om likebehandling eller lignende. Men en instruks er ikke et gyldig rettslig grunnlag for en avgjørelse, jf. også kapittel 3 punkt 3.5.3.

I det videre diskuterer jeg flere spørsmål som må vurderes for å avgjøre i hvilken utstrekning det delegerende organ må ha instruksjonsmyndighet, for å kunne styre sin delegat. Det første spørsmålet er hvor mye eller omfattende instruksjonsmyndighet delegaten må ha. Det andre spørsmålet er hvem som *har* instruksjonsmyndighet overfor hvem i forvaltningen i dag. Dette er viktig for å ta stilling til det tredje spørsmålet: Hvis noen *ikke* har instruksjonsmyndighet, *hvordan kan de skaffe det?* Deretter vurderer jeg også om det gjelder grenser for det delegerende organs anledning til å instruere på en måte som standardiserer skjønnsutøvelsen til det delegerende organ i for stor grad.

7.5.3.2 *Hvor mye instruksjonsmyndighet må delegaten ha?*

Spørsmålet i dette avsnittet er hvilket omfang instruksjonsmyndigheten bør ha for å innfri det delegerende organs hierarkiske ansvar. Som nevnt forutsetter noen ganger litteraturen at myndigheten må være eller er «absolutt» eller ‘total’,¹⁹⁷⁰ mens man andre steder forutsetter at den bare behøver å omfatte den myndigheten man har delegert.¹⁹⁷¹ Den sentrale problemstillingen er dermed om det er tilstrekkelig at det delegerende organ kan instruere om den delegerte myndigheten, og i så fall hva dette innebærer.¹⁹⁷²

¹⁹⁶⁹ Terskelspørsmålet for hva som er juridisk forsvarlig vil naturligvis være kontroversielt, og åpenbart svært vanskelig. Mæhle 2005 er et sentralt bidrag her.

¹⁹⁷⁰ Sml. Graver i note 1992.

¹⁹⁷¹ For eksempel skriver NOU 2019:5 s. 208 at «... det delegerende organ har instruksjonsmyndighet når det gjelder hvordan den delegerte myndigheten skal utøves.» Omtale av grader av instruksjonsmyndighet i f.eks. Fliflet 2017 s. 342, Jan Fridthjof Bernt 2010 s. 336—337, Smith 2021 s. 231.

¹⁹⁷² Se f.eks. Opsahl 1963 s. 8.7: «Det at et organ er opprettet ved lov og ved lov er tillagt noen funksjoner uavhengig av departementet, hindrer imidlertid ikke ubetinget delegasjon også av andre funksjoner fra

De svakeste kravene stiller Smith og Opsahl, som har hevdet at det kan være nyttig å delegere til noen man ikke kan instruere i det hele tatt. Dette tar de begge til orde for i respons til Eckhoff, som mente det motsatte, og uttrykte at det ikke ville gi «praktisk mening» å delegere til noen man ikke kunne instruere.¹⁹⁷³ Eckhoff bygde her på Forvaltningskomiteen, som antok med samme begrunnelse at delegering til private eller andre uavhengige, ikke var lov.¹⁹⁷⁴ Opsahl pekte på sin side på at det *kunne* være aktuelt å delegere, selv om det delegerende organ ikke kunne pålegge delegaten å utøve myndigheten.¹⁹⁷⁵ Smith brukte det samme argumentet for å argumentere for at delegering til private kunne være aktuelt, selv der man manglet kontrollmuligheter.¹⁹⁷⁶

Opsahl utdyper ikke hans antydning nærmere, men Smith gjør det.¹⁹⁷⁷ Smith mener det kan være «fornuftig å gi et organ, f.eks. en forening, en kompetanse som kan brukes i den grad organet selv finner det formålstjenlig». Han peker videre på at å tildele kompetanse ikke generelt sett medfører en plikt til å utøve kompetansen, selv innenfor sentralforvaltningen, og han mener det må «... holdes en margin åpen for vurderinger av det hensiktsmessige e.l. ved å bruke kompetansen i konkrete tilfelle.»¹⁹⁷⁸ Alt dette er rett, men fremstår i utgangspunktet som lite mer enn en påstand om at delegering av *skjønnsmessig myndighet* er lovlig, noe som selvsagt er rett, men som ikke er noe argument *mot* at det delegerende organ bør kunne instruere delegaten *om* skjønnsutøvelsen.

Smith presiserer så et annet aspekt ved argumentet, nemlig at «... det er vanskelig å se at det kan være aktuelt å delegere myndighet til private organer som uttrykker motstand mot eller mangler interesse for å bli tildelt den kompetanse som er aktuell», og i tilfeller der organet er mindre villig mener Smith man heller kan gi «... økonomiske bidrag til å administrere ordningen», enn å pålegge dem en plikt.¹⁹⁷⁹ Det bør has for øye at Smith trolig primært har *korporative medlemsorganisasjoner* for øye, og ikke det som i dag er mer

departementet til dette organ. Og nettopp her må da linjene holdes fra hverandre: Den delegerte myndighet utøves ikke uavhengig: Selve delegasjonen skaper, hvis den er gyldig, et subordinasjonsforhold, bestemt ved instruks fra, og med rekurs til departementet. [sic!]

¹⁹⁷³ Eckhoff, 1966 s. 138.

¹⁹⁷⁴ NUT 1958:3 s. 106.

¹⁹⁷⁵ Opsahl 1963 s. 7.3. Se i samme retning Smith 1976.

¹⁹⁷⁶ Smith 1976 s. 372 flg.

¹⁹⁷⁷ Han går også i noen grad tilbake på standpunktet, hvis man trekker ut konsekvensene av standpunktet han inntar til Stortingets ansvar for å kontrollere forvaltningen. se bl.a. Opsahl 1965 s. 218.

¹⁹⁷⁸ Samtlige sitater på Smith 1976 s. 373.

¹⁹⁷⁹ Smith 1976 s. 374.

realistisk, nemlig kommersielle aktører i den moderne velferdsstaten, eller internasjonale konsultentselskaper. For disse er jo selve det økonomiske bidraget ikke en mellomløsning, men selve poenget. Det er samtidig problemer med argumentasjonen. Det vesentligste hullet er at risikoen for misbruk av forvaltningsmyndighet ikke tas med på dette skrittet i resonnementet. Det dukker imidlertid opp senere i artikkelen, fordi Smith legger til grunn at delegaten må opptre i samsvar med forvaltningsloven (med mer), og at det delegerende organ kan regulere forholdene i kontrakt eller gjennom eierstyring. Dermed undergraver Smith noe av sitt eget resonnement, ettersom kontrakten jo er en måte å vedta plikter på — og dermed reelt gi det delegerende organ instruksjonsmyndighet — som jeg også senere skal diskutere (se 7.5.3.5.).¹⁹⁸⁰

Som et utgangspunkt antar jeg derfor at instruksjonsmyndigheten må være tilpasset det hierarkiske ansvaret, som igjen er tilpasset formålet med delegeringen. Det sentrale er at det delegerende organ alltid delegerer fordi det vil ivareta *sitt eget ansvar*. Hvis man delegerer ansvaret for å saksbehandle saker om sosialstønad må man ha instruksjonsmyndighet i et slikt omfang at man kan sikre at saksbehandlingen foregår på lovlig og forsvarlig vis.

Vanligvis vil dette omfatte muligheten til å presisere *om og når* delegaten skal bruke myndigheten, fordi dette er et av de sentrale skjønnsspørsmål som det delegerende organ må ta stilling til.¹⁹⁸¹ Man vil også vanligvis kunne kreve at det delegerende organ har anledning til å gi nærmere saksbehandlingsregler, prioritere mellom ulike deler av delegatens virksomhet, treffe beslutninger om organisering og omorganisering, og mer. Et delegerende organ kan for eksempel ha behov for å kreve at delegaten prioriterer annerledes for å ta unna restanser.¹⁹⁸² Delegatens vilkårsstilling vil også vanligvis det delegerende organ måtte kunne stille krav til.

Man kan også ha behov for å gå lenger: Endringer i saksbehandlingsprosessen kan nødvendiggjøre at delegaten ansetter nytt personell som kan foreta en bestemt type faglig vurdering. Det kan også være aktuelt å kreve ansettelse av personer med kvalifikasjonskrav, eventuelt å kreve at personalet hos delegaten gjennomgår ulike typer kurs, seminar, eller

¹⁹⁸⁰ Han legger også til grunn at det er «sikker rett» at delegeringen gir en viss instruksjonsmyndighet og mulighet til å gi formelle retningslinjer og å foreta kontroll, se Smith 1976 s. 375.

¹⁹⁸¹ Sml. også Molander 2016 s. 11: «... rules do not determine their own application ...», med videre henvisninger.

¹⁹⁸² Se nærmere i omtalen av SOM-2022-3856 under pkt. 7.4.3.

andre kompetansehevingstiltak. Man vil også kunne ha behov for å instruere om ulike sider av delegatens 'service' mot borgerne, praktisering av delegatens veiledningsplikt, skrivestil, inntak av saker. I forbindelse med tjenesteytelse kan instruksjoner om enkelte sider ved driften bli aktuelt, for eksempel kvalitet på eller type mat, klær, bygg, infrastruktur, med mer.

Om det delegerende organ har *plikt til* å instruere om alle disse sidene ved delegatens virksomhet er et eget spørsmål. Men prinsipielt sett tror jeg man må gå langt i å hevde at en relativt omfattende instruksjonsmyndighet normalt vil være nødvendig for å sikre at delegeringen oppnår sitt tiltenkte formål (og at ulempene minimeres). Som diskutert foran i kapittel 5 punkt 5.7.2 kan dette berøre ulike sider ved organisasjonens virksomhet.

At instruksjonsmyndigheten normalt bør rekke ut over det som strengt angår den delegerte rettsstillingen, settes særlig på spissen hvis man spør om det delegerende organ bør kunne pålegge delegaten å ha systemer for rapportering, informasjonsflyt eller egevaluering. Dette angår bare i begrenset grad selve bruken av den delegerte rettsstillingen, men er en avgjørende betingelse for effektiv kontroll og styring. For å kunne ivareta de krav til informasjon som ble diskutert i punkt 7.4, vil en slik instruksjonsmyndighet vanligvis være nødvendig. Generelt sett kan man begrunne et krav om omfattende instruksjonsmyndighet med at dette vil utgjøre en prinsipielt viktig motvekt til de demokratiske nedsidene ved delegeringen. Derfor er jeg også kritisk til forslaget til regulering i Backer-utvalget, se like nedenfor.

Delegering til private er typetilfellet som setter spørsmålet mest på spissen.¹⁹⁸³ Ved delegering til private har det offentlige i utgangspunktet ingen instruksjonsmyndighet, og selv der man avtaler en viss instruksjonsmyndighet vil den private kunne motsette seg forsøk fra et delegerende organ som krever for kostbare endringer.¹⁹⁸⁴ Dermed oppstår

¹⁹⁸³ Se i barnevernet Prop. 73 L (2016-2017) *Endringer i barnevernloven (barnevernreform)*, som uttrykker på s. 88 at «Det er imidlertid et spørsmål om i hvilken grad det faktisk lar seg gjøre for kommunene å utøve tilstrekkelig og nødvendig kontroll og instruksjonsmyndighet overfor de private aktørene og hvor ressurskrevende denne typen kontrollarbeid i så fall vil være. Jo mer ressurser som må brukes på kontroll, jo dyrere blir bruken av private aktører.» Man fremholder videre at man ikke har oversikt over rollekonflikter og i note 158 nevnes at Fylkesmennene «... i svært liten grad møter problematikken, og at de av den grunn heller ikke har kjennskap til hvordan eventuelle utfordringer med dobbeltproblematikk blir løst»

¹⁹⁸⁴ I motsetning til delegering innenfor sentralforvaltningen, der det er mindre problematisk å fortolke instruksjonsmyndigheten utvidende. Se f.eks. JDLOV-2006-6391B og JDLOV-2006-6391A.

muligheten for prosess, som tar tid, koster penger, og skaper langt flere problemer enn man hadde i utgangspunktet. At de ikke er underlagt instruksjon, blir oppsiktsvekkende nok omtalt som en særskilt *fordel* ved å bruke private aktører, senest i NOU 2020:13.¹⁹⁸⁵ Jeg drøfter særlige forhold ved kontrollen av private aktører senere i punkt 7.7.4. Imidlertid er det klart at delegering til private uten å avtale en relativt omfattende instruksjonsmyndighet vil være i strid med minstekravene til styring. I hvilken grad man kan løse slike problemer ved avtaletolkning drøfter jeg i neste avsnitt.

Et annet, men relatert problem er at instruksjonsmyndigheten har vesentlig betydning i vurderingen av om noen er å anse som arbeidstaker.¹⁹⁸⁶ Dermed kan det offentlige selv ha sterke (økonomiske) insentiver til å begrense sin egen instruksjonsmyndighet. For eksempel er det i helse- og omsorgssektoren vanlig at kommunale helsetjenester leveres av enkeltpersonforetak, eller «konsulenter», se for eksempel SOM-2011-3397. Dette vil normalt være lønnsomt fordi sentrale deler av arbeidsrettens vernelovgivning ikke gjelder for slike selvstendige næringsdrivende. Som Hotvedt formulerer det «... underordningsforhold er et grunnleggende element i arbeidstakerbegrepet i arbeidsrettslig sammenheng.»¹⁹⁸⁷ Dette bekreftes av tre nylige dommer fra Høyesterett, *Avlaster I og II*, samt *Beredskapshjem*.¹⁹⁸⁸ Man kan da risikere å ende i situasjoner hvor kommunen ansetter 'selvstendige' konsulenter ut fra økonomiske hensyn, og ikke har instruksjonsmyndighet over sine ansatte i annet enn helt overordnede spørsmål. Akkurat dette var også tilfelle i LA-2017-147343, hvor spørsmålet for Agder lagmannsrett var om en kvinne ansatt som familiehjem var arbeidstaker eller freelancer. Staten anførte at kvinnen ikke var arbeidstaker fordi «[b]arnevernmyndighetens lovbestemte tilsyns- og kontrollansvar er delegert til private aktører. Dette innebærer ikke et organisatorisk avhengighets- og underordningsforhold.», og følgelig var ikke kvinnen (ifølge staten) arbeidstaker.¹⁹⁸⁹ Man kan i et sånt tilfelle spørre hvordan kommunen ivaretok sitt ansvar.

7.5.3.3 Skaper delegering instruksjonsmyndighet?

Når instruksjonsmyndighet er et så viktig grunnlag for å innfri det delegerende organs ansvar, blir det neste spørsmålet hvem som har instruksjonsmyndighet over hvem og hvordan instruksjonsmyndighet blir til.

¹⁹⁸⁵ NOU 2020:13 s. 74 flg.

¹⁹⁸⁶ Hotvedt: «Arbeidstaker — quo vadis? Den nyere utviklingen av arbeidstakerbegrepet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 131, nr. 01, 2018, s. 42—103 gir en grundig gjennomgang av arbeidstakerbegrepet i norsk rett, se også Hotvedt: *Arbeidsgiverbegrepet, En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter*, Gyldendahl, 2016.

¹⁹⁸⁷ Hotvedt 2018 s. 65.

¹⁹⁸⁸ Se Rt. 2013 s. 354 (*Avlaster I*), HR-2016-1366-A (*Avlaster II*) og Rt. 2013 s. 342 (*Beredskapshjem*).

¹⁹⁸⁹ LA-2017-147343 (*Delegering av tilsyn*), statens anførsler.

Her hersker det stor uklarhet. Noen ganger hevdes det at delegering *skaper* nødvendig instruksjonsmyndighet.¹⁹⁹⁰ Opsahl og Frihagen tar for eksempel til ordet for at delegering «... skaper det nødvendige underordningsforhold (instruks og rekurs).»¹⁹⁹¹ Graver skriver også at der «... det underordnede organets myndighet bygger på delegering, er instruksjonsretten absolutt og utvilsom», som kan antyde at selve delegeringen gjør instruksjonsretten (mer) absolutt, eller gir en slik.¹⁹⁹² Backer-utvalget foreslår en lovbestemmelse om at delegering innebærer at det organet som delegerer «... kan gi instrukser om hvordan den delegerte myndigheten skal utøves» og at «... beslutning om delegering kan når som helst trekkes tilbake.»¹⁹⁹³ I så fall har delegering *som rettsvirkning* å skape instruksjonsmyndighet.

Spørsmålet er da: Gir delegering grunnlag for å instruere delegaten? Det er neppe uenighet om at delegering ikke kan gi en spesielt *omfattende* instruksjonsmyndighet.¹⁹⁹⁴ Det man har i øyne er en helt *minimal* instruksjonsmyndighet. Forstått på denne snevre måten tror jeg i stor utstrekning dette spørsmålet er et spørsmål om hva som er hensiktsmessig terminologi.

Årsaken til dette er imidlertid sammensatt, og det er grunn til å forsøke å oppklare de terminologiske uenighetene. Det er for det første klart at delegering vanligvis vil gjøre at det delegerende organ anses som «overordnet» delegaten jf. forvaltningsloven §§ 28 og 35. Jeg mener det er riktigere å si at det er *forvaltningsloven* som skaper rettsvirkningen i et slikt tilfelle. Uansett er det i alle fall slik at delegering (normalt) vil gi omgjørings- og klagemyndighet. Delegeringer kan også *trekkes tilbake* ved å oppheve eget vedtak, og delegaten har selv *kompetansen* som har blitt delegert, fordi delegering ikke påvirker dette.

Derimot gir ikke de samme resonnementene mening ved instruksjonsmyndighet. Instruksjonsmyndighet gir muligheter til å utferdige *pålegg*, og dermed vil bruk av denne

¹⁹⁹⁰ Se f.eks. Ot.prp. nr. 74 (1987-1988) *Om lov om endring i lov av 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven)* og i lov av 31. mai 1974 nr. 17 om kommunale vass- og kloakkavgifter s. 3.

¹⁹⁹¹ Frihagen 1991 s. 232, mer tilbakeholden på s. 243, og Opsahl 1963 s. 7.3. Begge er også uklare på hvor omfangsrik instruksjonsmyndigheten er. Frihagen skriver for eksempel at «Delegasjonen gir nok det delegerende organ en viss instruksjonsmyndighet ...», med enkelte eksempler.

¹⁹⁹² Graver 2019 s. 178.

¹⁹⁹³ NOU 2019:5, forslag til § 23 på s. 23.

¹⁹⁹⁴ Se Smith 1979 s. 195, som aksepterer en lite omfattende instruksjonsmyndighet overfor fiskesalgslagene.

overfor private måtte anses som et *inngrep*.¹⁹⁹⁵ Hvis delegering (i seg selv) skaper instruksjonsmyndighet vil altså delegering måtte anses *som* et implisitt inngrep.¹⁹⁹⁶ Dette er lite hensiktsmessig, fordi man da systematisk sett ender opp med å måtte påvise en *materiell hjemmel* for dette inngrepet. Da blir begrepet om personell og materiell hjemmel (enda mer) sammenblandet i delegeringsbegrepet, jf. kapittel 4. I praksis henger de naturligvis sammen jf. like nedenfor, men rent begrepsmessig blir ting klarere om man holder de fraskilt rent terminologisk.

Det delegerende organ har et ansvar for å kontrollere og styre delegaten, slik at det *ikke i praksis* vil være lovlig å delegerer uten å sikre at man kan instruere delegaten i større utstrekning enn det som eventuelt kan konstrueres som en virkning av delegeringen. I denne forstand vil også alle delegeringer i *praksis* forutsette et inngrep.¹⁹⁹⁷ Problemene blir tydeligere hvis man ser spørsmålet om hva som er inngrepets hjemmel som et *separat spørsmål* fra selve delegeringen. Å anta at delegering ikke skaper instruksjonsmyndighet gjør det derfor mulig å få tydeligere frem at det delegerende organ må *skaffe rettslig grunnlag for styring*.

Hvis det delegerende organ *først ikke har* skaffet et slikt rettslig grunnlag, skaper heller ikke min foretrukne løsning problemer. Her er det flere veier til Rom. En viss pseudo-instruksjonsmyndighet kan utøves ved å delegerer en *begrenset myndighet*. For eksempel kan man delegerer myndighet som bare kan brukes hvis man også følger visse retningslinjer for saksbehandlingen. Her setter imidlertid autonom/heteronom-skilllet grenser: «... det delegerende organ kan stille *skranker*, men ikke uten særskilt avtale eller annet grunnlag gi pålegg om *aktive tiltak*»¹⁹⁹⁸ En instruksjon via å delegerer en begrenset myndighet løser heller ikke slike situasjoner hvor man allerede har delegert en ikke-begrenset myndighet.

¹⁹⁹⁵ Sml. også Smith: «Landbrukssamvirket og forvaltningsretten», *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. nr. 4, 1983, s. 110: «Instrukser er rettslig bindende disposisjoner. Etter legalitetsprinsippet må derfor den som vil instruere ha kompetanse til dette.»

¹⁹⁹⁶ Dette har man gjerne ønsket å unngå, se Smith 1976 s. 374 og neste note.

¹⁹⁹⁷ Hopsnes 2005 s. 109: «Det kan reises spørsmål om tildeling av kompetanse til å treffe rettslige beslutninger – det å etablere en kompetansenorm – i seg selv kan representere et inngrep i legalitetsprinsippet forstand. For den som får tildelt kompetanse vil selve tildelingen i utgangspunktet ikke medføre noen plikter. Kompetansetildelingen gir normalt bare rettssubjektet evne – en mulighet – til å treffe rettslig bindende beslutninger, og dette representerer ikke et inngrep i legalitetsprinsippet forstand. I mange tilfeller vil den som tildeler et annet rettssubjekt kompetanse samtidig pålegge personen visse plikter. Slike plikter kan aktualisere legalitetsprinsippet, men da fordi det sammen med kompetansetildelingen også er gitt (eller forsøkt å gi) en pliktnorm.»

¹⁹⁹⁸ Frihagen 1991 s. 243.

Man kan i visse tilfeller anta at der en delegering bygger på lov, så skal loven *tolkes slik* at den gir instruksjonsmyndighet overfor de loven åpner for å delegerer til.¹⁹⁹⁹ Jeg tror imidlertid ikke man kan legge til grunn dette som en generell antakelse, slik Backer-utvalget antyder.²⁰⁰⁰ Man kan i slike tilfeller løse problemet ved å legge til grunn at samtykke ved konkludent atferd til å bruke delegeringen skaper grunnlag for en kontrakt, som må tolkes i samsvar med de krav som stilles til en delegering, se nedenfor under 7.5.3.5.

Oppsummeringsvis vil jeg derfor hevde at delegering *ikke skaper* instruksjonsmyndighet. Instruksjonsmyndighet er derimot en viktig betingelse for å ivareta det delegerende organs ansvar, og noe man *er nødt til å sikre*. Litteraturens diskusjoner om det kan finnes grunnlag for *litt* instruksjonsmyndighet er derfor mindre interessante.

7.5.3.4 *Hvordan avgjøre hvem som har instruksjonsmyndighet?*

Et relatert spørsmål er *hvordan man avgjør hvem som kan instruere hvem* i forvaltningen. Jeg presiserer at jeg ikke her sikter til *om* et organ er underordnet et annet. Spørsmålet beror på grader av uavhengighet, og diskuteres nedenfor i punkt 7.7.2. Spørsmålet her begrenser seg til de tilfellene hvor det er klart at *noen* må være overordnet, og spørsmålet er *hvem*.

I forvaltningsretten er det vanlig å legge til grunn at instruksjonsmyndigheten følger av at noen organer er «overordnet» andre.²⁰⁰¹ Her er det lett å ende i sirkulære resonnementer. Graver skriver for eksempel først at utgangspunktet er at «... overordnede organer kan instruere underordnede ...», uten å eksplisitt redegjøre noe for hvem som er overordnet. Han skriver like under at noen ganger kan et organ ha flere overordnede, og da må man skille mellom «... administrative overordningsforhold og instruksjonsadgang. I dette ligger at et organ har én overordnet i tjenstlige og administrative forhold, og en annen overordnet i faglige spørsmål.»²⁰⁰² Med andre ord er den overordnede den som har instruksjonsmyndighet, samtidig som instruksjonsmyndigheten bygger på å være overordnet, og formuleringene kaster ikke lys over 'utvelgelsen' av hvem som er overordnet der dette ikke er fastsatt i lov eller forutsatt andre steder. Lignende argumenter finner man

¹⁹⁹⁹ Se f.eks. forutsetningsvis Økologiforskriften § 25.

²⁰⁰⁰ NOU 2019:5 s. 208, som antar dette

²⁰⁰¹ Se f.eks. Tøssebro 2021 s. 80, petit.

²⁰⁰² Graver 2019 s. 178.

hos Frihagen, Bernt og Rasmussen.²⁰⁰³ De forankrer instruksjonsmyndigheten i en vurdering av hvem som er «overordnet», hvor hvem som er overordnet beror på ulike faktorer, som om noen er klageorgan, har omgjøringsmyndighet eller om de har instruksjonsmyndighet.²⁰⁰⁴ Dette utgjør bare tilsynelatende en måte å bryte sirkelen på, ettersom hver av de enkelte faktorene alle avhenger av spørsmålet som skal avgjøres, nemlig om organet er overordnet.²⁰⁰⁵

Det kan nevnes at etter offentlighetsloven så er det «... tilstrekkelig for å anse et organ som underordnet et annet, at det kan bli pålagt arbeidsoppgaver av det andre organet. De organisatoriske forholdene ellers er dermed ikke nødvendigvis avgjørende.» Offentlighetslovens hensyn og formål med bruken av underordnet organ er imidlertid vesensforskjellig for de spørsmål som tas opp her.²⁰⁰⁶ Man kan altså regnes som «overordnet» i noen sammenhenger, og ikke i andre.

Sirkelen må derfor brytes ved å referere til forhold utenfor instruks, klage og omgjøring. Da får spørsmålet mer karakter av å være en helhetsvurdering der ulike faktorer spiller inn. Frihagen henviser til «... hvilke sider ved forvaltningsvirksomheten det er tale om å regulere ...».²⁰⁰⁷ Overå legger vekt på hvilke saksområder de ulike organene har oppgaver innenfor.²⁰⁰⁸ Tilsynsfunksjoner eller særskilte klageorganer kan være et annet eksempel. Om organet er kollegialt eller hierarkisk organisert har også betydning.²⁰⁰⁹ Også disse kriteriene er imidlertid vanskelig å operasjonalisere. Som flere av de nevnte forfatterne peker på, er det ingen *nødvendig* sammenheng mellom ulike sider av organets organisering.²⁰¹⁰ Man må også, som Smith gjør, nyansere kvalitativt og kvantitativt: Noen organer er mer eller mindre overordnet, og noen organer er overordnet i én sammenheng,

²⁰⁰³ Frihagen 1991 s. 254 flg. og Jan Fridthjof Bernt 2010 s. 336—337.

²⁰⁰⁴ Et annet eksempel er Modalsli-utvalget, Utvalget til å gjennomgå og vurdere gjeldende reglementer og instruks for departementskontorene 1966 s. 66.

²⁰⁰⁵ Både klage- og omgjøringsregelen i forvaltningsloven bruker termen «... overordnet ...», jf. §§ 28 og 35. NUT 1958:3 s. 445 forutsetter at problemene løses gjennom særskilte forskrifter. Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) *Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)* s. 101 forutsetter at Regjeringen kan fastsette hvem som er overordnet med grunnlag i GrL § 3, eller at dette gjøres med unntak i særlovgivningen.

²⁰⁰⁶ Se SOM-2017-2960. I den siterte saken legges det for eksempel til grunn at Kommuneadvokaten var underordnet Bymiljøetaten, som åpenbart ikke kan ha noen konsekvenser for sistnevntes klage-, omgjørings- eller instruksjonsmyndighet overfor førstnevnte.

²⁰⁰⁷ Frihagen 1991 s. 254.

²⁰⁰⁸ Overå 1976 s. 24 flg.

²⁰⁰⁹ Sml. Difi: *Uavhengig eller bare uavklart?*, 2012 s. 55 (Eivind Smiths utredning).

²⁰¹⁰ Tøssebro 2021 s. 80 nevner bl.a. Statsforvalteren, som kan omgjøre kommunale vedtak, men ikke instruere kommunen i deres saksbehandling.

men ikke i andre.²⁰¹¹ Grader av uavhengighet i *en* sammenheng kan spille inn i en *annen* sammenheng.

Eckhoff har naturligvis rett i at over- og underordningsforholdet «... fremgår som regel nokså klart av de organisatoriske bestemmelser som er gitt ...», og at et organ kan være organisatorisk underordnet et annet ved at det «... hører under ett departement i dets budsjettforslag.»²⁰¹² Heller ikke dette er alltid en løsning. De organisatoriske bestemmelser i loven er sjelden til hjelp. Myndighet legges vanligvis til «departementet», og ikke til bestemte departementer.²⁰¹³ Loven fastsetter med andre ord bare at *et eller annet departement* er overordnet, ikke hvilket av dem. Hverken Regjeringen eller departementene besitter en samlet oversikt over hvilke organer som utøver myndighet på sine områder.²⁰¹⁴

Presiseringer av hvilket departement som er ansvarlig vedtas derfor ved jevne mellomrom, typisk med navnet «Endringer i departementsstrukturen og ansvarsfordelingen mellom departementene».²⁰¹⁵ Her skjer det ofte endringer, fordi omorganiseringer av hensyn til ‘statsrådskaalen’, eller ønsker om å symbolisere at Regjeringen tar en oppgave på alvor ble vanlig på 1990-tallet og vedvarer til i dag.²⁰¹⁶ Som Grønlie og Flo poengterer, er det praktisk viktigere hvordan avdelingene er organisert.²⁰¹⁷ Konsekvensen er at ansvarsfordelingen sjelden er fullstendig eller dekkende for det som faktisk praktiseres.

Også *Statsbudsjettet* (Prop. 1 S) som fastslår gjennom sin inndeling av poster og kapitler både hvilken tilknytningsform ulike organer har (om de hører til post 1-30 eller 50-89), og hvilke departementer de ulike hører under basert på kapitelinndelingen, er relevant. Kapitteinndelingen systematiserer hvilke departementer ulike virksomheter hører under, ved at hvert departement har ansvar for et begrenset antall kapitler, som også kommer til

²⁰¹¹ Smith 2022 s. 150.

²⁰¹² Eckhoff 1992 s. 199.

²⁰¹³ Her er jeg imidlertid enig med Backer: «Hvordan bør lover utformes?», *Lov og rett*, 1981, s. 209—23 s. 217—218 om at de pedagogiske hensyn burde tilsi at myndighet legges til spesifikke departementer. Her kan man også bruke formuleringer som «departementet for grunnskoleutdanning» for å ta høyde for navneskiftene. Naturligvis kan ikke Stortinget *binde* plasseringen av myndighet jf. Grl. § 12. Skulle man ønske å flytte myndigheten kan man fortsatt gjøre dette.

²⁰¹⁴ Se tilsvarende i kommunal sektor, Hoel 2011 s. 155. Jeg har funnet ut dette ved å sende e-post til samtlige departementer, hvor bare Samferdselsdepartementet hadde et noenlunde dekkende organisasjonskart. De fleste departementer henviste til sine egne tildelingsbrev.

²⁰¹⁵ Se f.eks. den seneste Endringer i departementsstrukturen og i ansvarsdelingen mellom departementene Kongelig resolusjon. Statsminister Jonas Gahr Støre.

²⁰¹⁶ Grønlie 2009 s. 209.

²⁰¹⁷ De identifiserer på 1990-tallet fem «klynger» med avdelinger, Grønlie 2009 s. 211.

uttrykk i de enkelte departementers fagproposisjoner.²⁰¹⁸ Innenfor kapittelinnstillingen vil også enkeltvirksomheter regnes som et eget kapittel, og deres ordinære driftsutgifter, post 01, vil (i det minste) inngå i dette kapitlet.²⁰¹⁹ På siden av dette kan departementene foreslå egne kapitler som dekker generelle formål heller enn virksomheter, og slik få større frihet til å disponere midlene gjennom året.²⁰²⁰ Likevel vil kapittelinnstillingen for den enkelte virksomhet fortsatt angi dem som en egen administrativ enhet, og plassere dem i et over- og underordningsforhold til departementet. Ikke alle kapitler svarer til en virksomhet, men alle virksomheter svarer til et kapittel. Ansvarsfordeling i statsbudsjettet eller organisatoriske reglement vil derfor gi den beste oversikten over hierarkiet i sentralforvaltningen.²⁰²¹

Ofte mener jeg spørsmålet er uklart av de samme grunnene som det er uklart hva som er formålet med å delegere jf. kapittel 5 punkt 5.2.3. Om et organ skal være underordnet det ene eller andre organet beror på hva formålet til organet er, og hva formålet til de eventuelt ulike overordnede er. Men slike formål er tvetydige og kryssende. Derfor oppstår det uklarheter og diskusjoner som *egentlig er normative diskusjoner*. Det underliggende spørsmålet man må stille for å avgjøre hvem som er «overordnet» et annet organ er: *Hvilket organ har hierarkisk ansvar for dette organet?* Dette beror primært på om et slikt ansvar har vært etablert via delegering, eller hvilket overordnet organ som det aktuelle organet ivaretar ansvarsoppgavene til. Selv om spørsmålet normalt ikke skaper særlig tvil, vil det springende punkt vanligvis ved slike tilfeller være hvilket overordnet organ som er *nærmest å bære ansvaret* for den virksomhet som foregår. Det «overordnede» organ er *det organ man mener vil ha best forutsetninger for å ta ansvar for den virksomhet som foregår på det lavere nivå*.

²⁰¹⁸ Finansdepartementet: *Veileder, statlig budsjettarbeid*, 2014 s. 54 standardiserer kapittelinnstillingen slik at utgifts- og inntektssiden hører under hhv. 1-2999 og 3001-5999, og slik at hvert departement har sin egen serie på hundre kapitler. Utenriksdepartementet har for eksempel i 2014 utgiftskapittel 100-199 og inntektskapittel 3100-3199.

²⁰¹⁹ Se bl.a. også NOU 2015:14 s. 52.

²⁰²⁰ Kapittelinnstillingen skal etter bevilgningsreglementet § 4 omfatte «... utgifts- eller inntektsposter som gjelder samme formål.»

²⁰²¹ *Enhetsregisteret* er et annet alternativt, men heller ikke dette er helt presist.

7.5.3.5 Hvordan kan delegerende organ skaffe nødvendige kompetanser til å innfri sitt ansvar?

Det delegerende organs ansvar for å styre og kontrollere sin delegat, innebærer at man som utgangspunkt bare kan delegere *innenfor hierarkiske relasjoner*, der man allerede besitter styringsmidlene til å ivareta dette ansvaret. Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid hvis det delegerende organ kan *skaffe seg* instruksjonsmyndighet overfor organet som det skal delegeres til.²⁰²² Spørsmålet her er i hvilken utstrekning dette kan skje.

For uavhengige forvaltningsorganer så kan man i prinsippet forestille seg at det overordnede organet får instruksjonsmyndighet gjennom *samtykke fra* det uavhengige organet. Spørsmålet blir da om et slikt samtykke bør kunne aksepteres.

I noen tilfeller vil det åpenbart følge av selve lovgrunnlaget og formålet med dette, at uavhengigheten skal være så godt som absolutt. På denne ytterkanten finner man Reguleringsmyndigheten for energi (RME) som etter energiloven § 2-3 ikke kan instrueres om utøvelsen av tillagt myndighet, eller engang i disponeringen av tildelte budsjettmidler.²⁰²³ Å etablere instruksjonsmyndighet via samtykke vil i så fall være et problem, fordi lovens intensjon åpenbart er å kreve fullstendig uavhengighet.²⁰²⁴ Allerede et grep som etablerer en kommunikasjonskanal kan i praksis være betenkelig i et slikt tilfelle.

I andre tilfeller har det vært hevdet at spørsmålet er mer tvilsomt. Lovavdelingen aksepterte for eksempel delegering fra departementet til tidligere Norges Byggforskningsintitutt, som var et uavhengig organ.²⁰²⁵ Som omtales i 7.7.2 finnes det også en rekke eksempler på at for eksempel leger eller lærere skal være uavhengige i sin faglige virksomhet, og ikke kan instrueres om denne siden av deres virksomhet. Disse *gradene av uavhengighet* gjør

²⁰²² Samme retning, Smith 1976 s. 374.

²⁰²³ Dette følger av direktiv 2009/72/EF, elmarkedsdirektivet, artikkel 35 som forutsetter at RME er «... juridisk atskilt og funksjonelt uavhengig av ethvert annet offentlig eller privat organ ...», at de ansatte ikke «... søker eller direkte mottar direkte instruksjoner fra noen regjering eller noe offentlig eller privat organ ...» jf. 4 ledd, og har «... selvstendig ansvar for å gjennomføre det tildelte budsjettet med tilstrekkelige menneskelige og finansielle ressurser til å ivareta sine oppgaver ...» etter 5. ledd. RME er imidlertid en del av NVEs organisasjon og budsjett i Prop. 1 S (2021-2022) *For budsjettåret 2022 under Olje- og energidepartementet Utgiftskapitler: 1800–1840 Inntektskapitler: 4800–4820, 5582 og 5680, se s. 75. Det forutsettes også i forarbeidene at RME er en «... egen enhet i NVE ...», se {Prop., (2017-2018) #1357 s. 66.*

²⁰²⁴ NOU 2019:5 s. 214.

²⁰²⁵ JDLOV-1981-423.

spørsmålet vanskeligere. For eksempel vil det å *avtale* instruksjonsmyndighet over særlige elementer av læreryrket (som i utgangspunktet tilhører fagets autonomi) være betenkelig, fordi den enkelte lærer kan stå i en pressituasjon overfor sin arbeidsgiver. Det kan tenkes å stille seg annerledes hvis samtykket skjer i lokale forhandlinger med fagforeningen.

Det underliggende premisset i de foregående eksemplene er at det er *formålet med uavhengigheten* som er styrende. Man kan også vektlegge forhistorien og maktforholdene: Er uavhengigheten begrunnet ut fra departementets ønske om fristilling for å unnsnippe politisk kontrovers, en uavhengighet som skal verne rettssikkerhet, eller resultater av profesjonskamp? Vekten av henholdsvis styring og kontroll på den ene, og autonomi på den andre, kan også være regulert av lovgiver.

Jernbanetilsynet er for eksempel uavhengig i egenskap av å være markedsovervåkingsorgan, men er ellers alminnelig underlagt departementet.²⁰²⁶ Det samme må gjelde organer som på relativt uklart grunnlag forutsettes å være «faglig» uavhengige, bortsett fra der dette har med rettssikkerhet å gjøre.²⁰²⁷

Lovavdelingen har bl.a. i flere saker behandlet spørsmålet om departementet kan instruere uavhengige organer etter ‘aksessoriske’ lover til organets virksomhet, som lov om fri rettshjelp og offentlighetsloven. I disse tilfellene har departementet generelt sett gått inn i en relativt konkret vurdering av grunnlaget for uavhengigheten.²⁰²⁸ Man må imidlertid være varsom med å tolke uavhengighetens formål for innskrenkende.²⁰²⁹

Sideordnet delegering forutsetter også etablering av instruksjonsmyndighet. En sideordnet delegering skjer innenfor sentral- eller kommunalforvaltningen, og problemet er i disse tilfellene at det er et annet organ enn det delegerende organ som i utgangspunktet har instruksjonsmyndighet. Det delegerende organ kan her *skaffe seg* instruksjonsmyndighet, ved at organet som har slik myndighet, *delegerer* denne instruksjonsmyndigheten til det delegerende organ (denne delegeringen vil ofte i seg selv være en sideordnet delegering). Det må i så fall *også* påvises et rettslig grunnlag for at man kan foreta slik delegering. I

²⁰²⁶ Se jernbaneloven § 11 og § 11 a.

²⁰²⁷ Se omtalen i Smiths utredning, Difi 2012 s. 64.

²⁰²⁸ Se både JDLOV-2001-7310A og JDLOV-2001-8387.

²⁰²⁹ I samme retning NOU 2019:5 s. 213.

fravær slikt rettsgrunnlag må beslutningen løftes til det nivået som står overfor disse organene, typisk Kongen i statsråd eller kommunestyret.²⁰³⁰

Lovavdelingen løste spørsmålet om Miljødepartementet kunne delegere sin kompetanse til Fiskeridirektøren uten å gå via Kongen i statsråd basert på et resonnement om at instruksjonsmyndigheten burde kunne delegeres (sideordnet) så lenge rette overordnede samtykket.²⁰³¹ Det sentrale argumentet for en slik løsning er effektivitet. Det sentrale argumentet mot er lojaliteten oppover, samt behovet for et overordnet blikk på samordningen. Hva som er formålet med den opprinnelige sideordnede delegeringen vil åpenbart også være relevant. Videre er det klart at dersom instruksjonsmyndigheten skaper problemer, vil spørsmålet *uansett* bli løftet opp til Kongen i statsråd, som generelt vil ha overordnet ansvar for samordningen av de ulike etatene *uansett*. Jeg har derfor vanskelig for å se for meg de situasjoner hvor departementene ikke har anledning til å bringe saken opp til Kongen i statsråd.

Sideordnet delegering er nok ganske vanlig, særlig *internt* i samme organ. En saksbehandler vil for eksempel overlate en oppgave til sin kollega. Så lenge kollegaen har rette forutsetninger og man ikke opptrår illojalt overfor ledelsen, er delegeringen neppe problematisk, og kollegaen kan samtykke til å lytte til instruksjoner. Også sideordnet delegering mellom ulike nemnder eller virksomheter i kommunal sektor er trolig ikke uvanlig. Vurderingen må i så fall både vurdere muligheter for å styre, og delegeringsadgangen i utgangspunktet, jf. kapittel 5.

En alternativ mulighet er også å sette ned en prosjektgruppe hos det rette overordnede organ, hvor ansatte fra det delegerende overordnede organ deltar.²⁰³² Hospitering eller vikariater er et annet alternativ.

Ved delegering til private eller andre selvstendige virksomheter utenfor hierarkiet er derimot avtale og lov de eneste grunnlagene for det offentliges instruksjonsmyndighet. Lovhjemler finnes. For eksempel delegerer Mattilsynet myndighet til å sertifisere produkter til Debio AS, og her forutsetter loven at Mattilsynet kan føre tilsyn med og behandle klager

²⁰³⁰ Sml. også Prop. 46 L (2017-2018) s. 65—66.

²⁰³¹ Se JDLOV-1989-1509.

²⁰³² Se blant annet forsøket på å samordne mellom fire ulike departementer, som omtales av Graver 1987 s. 306.

på Debios vedtak.²⁰³³ Lignende reguleringsformer finnes innenfor deler av helselovgivningen, hvor Statsforvalteren og Barnevern- og helsenemnda tildeles kompetanser ved lov. Også barnevernloven gir Bufdir, kommunen og Statsforvalteren adgang til å kontrollere og føre tilsyn med private institusjoner, se henholdsvis bvl. §§ 10-17, 10-19 og 17-3. Tilgang til informasjon og muligheten til å sanksjonere svikt reguleres for kommunen i oppfølgingsforskriften § 5, og for Bufdir i Kvalitets- og godkjenningforskriften jf. § 6.

I noen tilfeller kan det også argumenteres for at de lovfestede kompetansene er utilstrekkelige. For eksempel er Bufdirs eneste tiltaksmekanisme overfor private barnevernsinstitusjoner å trekke tilbake institusjonens godkjenning. Dette vil være lite effektivt hvis man bare ønsker å rette *mindre* problemer, og ikke legge ned hele driften. Kommunens oppfølging av det enkelte barn i barnevernsinstitusjoner sikrer dem også tilgang på informasjon, men kommunen selv har ikke anledning til å iverksette tiltak for å gjøre noe med denne informasjonen overfor den private barnevernsinstitusjonen. Det innebærer at dersom det er nødvendig å iverksette tiltak så må kommunen eller Bufdir gi beskjed til Statsforvalteren, som så må iverksette pålegget etter bvl. § 17-5. Dette forutsetter imidlertid at det foreligger et forhold som er i strid med loven. Hvis man bare ønsker endring fordi man tror det vil komme til å stride med loven på et senere tidspunkt, det vil gi bedre kvalitet, eller større samsvar med en politisk målsetning, er Statsforvalterens myndighet begrenset. Dette kan tilsi at Bufdir (som hierarkisk ansvarlig for private barnevernsinstitusjoner) sikrer styringsmuligheter. Generelt sett er det neppe heldig om tilsynsorganer som Statsforvalteren eller Helsetilsynet (effektivt sett) får ansvar for å følge opp større eller mindre behov for retting på vegne av andre offentlige instanser, se nærmere også nedenfor i punkt 7.7.5.

7.5.3.6 Kontraktbasert styring og tolkning av kontrakter i lys av det delegerende organs ansvar

Særlige hjemler vil ikke alltid dekke de samlede styringsbehov.²⁰³⁴ Det praktisk viktigste rettslige grunnlag for styring og kontroll er derfor *avtale*. Dette er viktigst ved delegering

²⁰³³ Jf. , Instruks til Debio og det regionale Mattilsynet om utøvelse av delegert myndighet etter økologiforskriften.

²⁰³⁴ Sml. også Abkenar 2017 s. 214 flg.

til private, men tilsvarende problemer kan i prinsippet oppstå ved delegering til (for eksempel) kommunalt oppgavefellesskap, selv om § 19-4 forhindrer de fleste problemene.²⁰³⁵ Bruk av avtale gjør at man kan 'likestille' selvstendige virksomheter utenfor hierarkiet med offentlige virksomheter innenfor hierarkiet. Der kontrakten er klar og tydelig oppstår ikke noe problem.

Imidlertid er det ikke gitt at alle organer har den nødvendige kunnskap, kompetanse eller forhandlingsmuligheter til å sikre seg gode kontraktsbetingelser. Spørsmålet som da oppstår er om det gjelder en tolkningspresumsjon for at avtaler som handler om levering av et offentlig ansvar eller utøvelse av offentlig myndighet, tolkes i samsvar med det ansvaret det delegerende organ har. I så fall blir spørsmålet om man også kan gå så langt som å innfortolke nødvendige styrings- og kontrollverktøy i kontrakten. Utgangspunktet for et slikt resonnement, vil være at den offentligrettslige reguleringen fungerer som bakgrunnsrett for avtaletolkningen

Som et utgangspunkt behøver man ikke å kontraktsfeste plikter som *uansett* gjelder for den private aktøren. Enhver utøver av helsetjeneste må for eksempel gjøre dette «forsvarlig» jf. helsepersonell. § 16. Dette omtales ofte som aktørplikter.²⁰³⁶ Borgarting behandlet for eksempel i LB-2017-5583 spørsmålet om sykepleiere ansatt i privat foretak var omfattet av sykepleierpensjonsloven, slik at virksomhetene måtte melde sine ansatte inn i Pensjonsordningen for sykepleiere. Loven formulerer sitt virkeområde som at «[o]ffentlig godkjente sykepleiere ansatt i stilling knyttet til helse- og omsorgstjenesten i henhold til helse- og omsorgstjenesteloven ...» skal meldes. Lagmannsretten kom til at lovens sentrale krav var om virksomheten var «knyttet til» helse- og omsorgstjenester etter hol., og ikke «... måten private helseleverandører finansieres på ...».²⁰³⁷ Det var derfor snakk om en aktørplikt.

Det finnes lite diskusjon om dette spørsmålet, så vidt jeg har kunnet finne. I utgangspunktet er dette et spørsmål som burde underlegges bredere diskusjon, og diskusjon basert på en kombinasjon av forvaltningsrettslig, anskaffelsesrettslig og kontraktsrettslig kompetanse, hvorav jeg primært har førstnevnte. I dansk rett argumenterer Abkenar for at delegering til private blant annet forutsetter at borgeren ikke påføres «... tab af rettigheder ...», hvilket minimum innebærer at kontrakten med leverandøren forplikter denne til å etterleve den til

²⁰³⁵ Når det gjelder vertskommunesamarbeid er utgangspunktet at vertskommunen er underlagt instruksjonsmyndighet jf. kommunel. §§ 20-2 og 20-3, se generelt omtalen i Ot.prp. nr. 95 (2005-2006).

²⁰³⁶ Prop. 46 L (2017-2018) s. 264 flg.

²⁰³⁷ LB-2017-5583 (*Pensjonsordningen for sykepleiere*). Se dommens pkt. 2.

enhver-tid gjeldende rett, prinsippene for god forvaltningsskikk, og mulighet for å påklage vedtakene til eller saksøke den private aktøren.²⁰³⁸ Abkenar vurderer om disse kravene kan innfortolkes, og går langt i å hevde dette. Men han konkluderer med at styringsmulighetene også bør tas inn i avtalen fordi det etter dansk rett ikke er «... forbundet med den fornødne sikkerhet ...», at de kan innfortolkes.²⁰³⁹ Dette kan ses i forbindelse med drøftelsen av derogatoriske virkninger, omtalt i kapittel 6 punkt 6.7. Også etter norsk rett vil det naturligvis være en fordel at det delegerende organ sikrer seg styringsmuligheter i kontrakten, og å sikre dette vil i seg selv kunne anses som en betingelse for delegering.

Spørsmålet blir likevel hva man gjør der dette *ikke* gjøres, eller uklarhet oppstår ellers. Det sentrale utgangspunktet er at avtalen må tolkes, eller utfylles med innhold, der den er uklar. Det finnes noe diskusjon om det er forskjell på tolkning av avtaler mellom private, og avtaler med det offentlige.²⁰⁴⁰ Særlig har man diskutert spørsmålet i forbindelse med forhåndstilsagn. Det ser ut til å være enighet om at saken beror på hvorvidt avtalen har preg av eller sammenheng med myndighetsutøvelse. Avtaler om kontroll med delegering har klart nok preg av å handle om offentlig myndighet. Ut over dette halter parallellene noe, men vurderingstemaene «berettiget forventning» og tolkningstemaet «subjektiv enighet», slik Hopsnes formulerer det, fremstår også relevante avtaler om delegering.²⁰⁴¹

Tolkning kan skje gjennom ulike tolkningsstiler. Forutsetningen er altså at partene ikke har forhandlet eller på annen måte gjort sine forutsetninger synlige. Da kan det være relevant å foreta det Høgberg omtaler som en harmoniserende tolkning. Dette kan både bygges på at å falle tilbake på bakgrunnsretten vil være den rimelige løsningen av avtalen der den er uklar, ettersom denne er et «... nullpunkt eller normaltilstand ...».²⁰⁴² Dette gjør seg gjeldende ved preseptoriske regler, selv om disse bare gjelder for den ene parten. I forlengelsen er det også mulig å anta at begge parter vil ha interesse i å innfri kravene bakgrunnsretten stiller til dem. Den private kan (og burde normalt) regne disse kravene, herunder kontrollkravet, inn i sitt pristilbud. Flere av de private virksomhetene det er

²⁰³⁸ Abkenar 2017 s. 298.

²⁰³⁹ Abkenar 2017 s. 233.

²⁰⁴⁰ Se bl.a. Brækhus, Sjur: *Rettslig vurdering av hittil meddelte tillatelser til utvinning av petroleum på den norske del av kontinentalsokkelen*, 1975 s. 19 flg. med henvisninger til tidligere litteratur, Bernt 1981 s. 194 flg. for en analyse av rettspraksis, og Hopsnes 2017 s. 286 flg. for en omtale og kritikk av Bernts tilnærming.

²⁰⁴¹ Sml. Hopsnes 2017 s. 305 flg.

²⁰⁴² Høgberg: *Kontraktstolkning: Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*, Universitetsforlaget, 2006 s. 164 flg., sitat på s. 166.

relevant å delegere til vil også drive virksomhet på landsdekkende basis. Det er derfor rimelig å tenke seg at en virksomhet som samarbeider med Oslo kommune (og derfor vet hvilke krav til kontroll som disse stiller) også bør anta at mindre ressurssterke kommuner vil kreve det samme. Dette beror imidlertid på mindre sikre empiriske antakelser.

Det kan samtidig argumenteres for at selve kontrollkravet ikke omfattes av en slik antakelse, ettersom kravet til å føre kontroll bare er en plikt det offentlige har. Her slår heller ikke forutsetningen om at partene vanligvis «... ønsker lovens normalordning med mindre noe annet fremgår på en tilstrekkelig klar måte ...» til.²⁰⁴³ Private (eller for den del andre underordnede) vil jo ha interesse i egen autonomi. Til dette kan det innvendes at en privat aktørs interesse i å unndra seg kontroll er illegitim, spesielt på et område som handler om offentlige ansvarsoppgaver.

Det viktigste momentet er likevel at tredjepart (borgeren) sine rettigheter kan stå på spill. Utfyllende tolkning for å sikre slike rettigheter er også akseptert av Høyesterett i en sak som på enkelte punkter er analog til det jeg vurderer her, se Rt. 2008 s. 1187. Her ble en avtale omtolket i lys av offentligrettslig bakgrunnsrett. Saksforholdet var at en gutt var plassert i institusjon hos spesialisthelsetjenesten, BUP Tøyen etter lov om psykisk helsevern. Barneverntjenesten ved Ullevål skulle ta det økonomiske ansvaret. Ullevål var imidlertid gitt en (klart formulert) ubetinget oppsigelsesrett som de benyttet, med den konsekvens at gutten sto uten behandlingstilbud. Høyesterett fremhevd imidlertid at «... en ubetinget oppsigelsesrett etter plasseringsavtalen for den ansvarlige psykiatriske institusjonen, er helt uegnet og dermed ikke kan aksepteres, dersom den skulle innebære at også institusjonens ansvar for Ds behandling dermed uten videre bortfalt.»²⁰⁴⁴ Høyesterett konkluderte på bakgrunn av det store behov for videre behandling at

«... Ullevål var uberettiget til å si opp plasseringsavtalen så lenge det ikke samtidig ble truffet adekvat beslutning om Ds eventuelle fortsatte behandling. Så lenge dette ikke skjedde og behandlingen i Små Enheter fortsatte, kan oppsigelsen ikke gis effekt, og Ullevål er forpliktet til å betale for den fortsatte plassering.»²⁰⁴⁵

²⁰⁴³ Høgberg 2006 s. 166.

²⁰⁴⁴ Rt. 2008 s. 1187 (*Ubetinget oppsigelsesrett BUP*) avsnitt 32.

²⁰⁴⁵ *Ubetinget oppsigelsesrett BUP* avsnitt 41.

Høyesterett setter her til side en klar ordlyd i avtalen på bakgrunn av hensynet til tredjepart, da den aktuelle handlingen «... representere[r] et klart brudd på Ds rettigheter som pasient, jf. pasientrettighetsloven».²⁰⁴⁶

Saken er ikke helt analog til mitt spørsmål. Det var snakk om materielle plikter som ble tilsidesatt, ikke kommunens plikter til å føre kontroll. På den andre siden var det snakk om å tilsidesette en klar ordlyd, mens det aktuelle (ved spørsmålet jeg drøfter her) ofte vil være at man har en generisk forpliktelse til å følge lover og regler, og begrenset eller ingen spesifisering av det offentliges kompetanser til å kontrollere. Særlig der utsatte samfunnsgruppers rettigheter står på spill mener jeg styringsbehovet til et hierarkisk overordnet organ vil slå gjennom overfor den private aktørens forventninger, ettersom disse bare i begrenset grad kan anses å være berettigede, i lys av at politisk styring og kontroll vil være nødvendige elementer ved delegering. Jeg vil derfor konkludere med at man kan gå relativt langt i å innfortolke nødvendige styringsmuligheter i en delegeringskontrakt.

Usikkerheten tilsier likevel at man kan argumentere på forvaltningsrettslig grunnlag for at det delegerende organet må forutsette utvetydig i avtalen at de skal ha kontroll- og styringskompetanser. Dette blir altså som nevnt ovenfor en selvstendig plikt. Det er problematisk å ta prosessrisiko på et slikt punkt, og vurderingene i NOU 2020:13 er illustrerende. Utvalget fremhever for det første at vage styrings- og kontrollmekanismer kan medføre at det offentlige må «... 'bevise' rettslig at det foreligger svikt ...», som kan være problematisk. De fremhever også at dersom «... den private leverandøren er uenig i at det foreligger svikt i leveransen ...» så «... får det offentlige et problem ved at forholdet ikke blir rettet.» Dette får direkte konsekvenser i form av kostnadene ved å forfølge saken rettslig, men som utvalget fremhever vil den private «... ofte ha mer ressurser og derfor bedre tilgang til kompetent rettshjelp enn det offentlige selv ...». Dette gjelder særlig for små kommuner mot private aktører med bransjeorganisasjoner i ryggen. Man bør derfor forsøke å unngå å aktualisere de «... betydelige økonomiske interesser som står på spill ...» i en slik tvist, ved å på forhånd «... øke bestillerkompetansen når det gjelder utformingen

²⁰⁴⁶ Ubetinget oppsigelsesrett BUP avsnitt 36.

av bestemmelser i kontrakt ...».²⁰⁴⁷ Det er da en plikt at det offentlige sikrer seg slike styrings- og kontrollmekanismer (jf. også 7.6 om minstekrav).

Oppsummeringsvis er det knyttet så stor usikkerhet til den kontraktsrettslige reguleringen at det offentlige bør ta inn kontraktsbestemmelser om omfanget av deres kontroll- og styringskompetanser i avtalen. Offentlig-eide foretak står langt på vei i samme stilling som private. Også her bør kontrakt benyttes, og det samme kravet til klarhet bør gjelde. Styring via eierskap vil ikke være praktisk anvendelig, da instruksen må gå via generalforsamling til styret, og så til daglig leder. I interkommunale selskaper vil de enkelte kommunene ofte være i en minoritetsposisjon. Avtale med det interkommunale selskapet er derfor også her den ryddigste løsningen.²⁰⁴⁸

7.5.3.7 *Standardisering av skjønn som styringsteknologi: Instruksjer og forvaltningsrettslig 'soft law'*

Styring og kontroll gjennom instruksjonsmyndighet er en sentral måte å ivareta det delegerende organs hierarkiske ansvar. Man må for eksempel skape faglig forsvarlighet (og ensartethet) på tvers av lokale forvaltningsenheter, og vil være en viktig måte endringer i politiske oppfatninger kan filtreres ned til laveste nivå i forvaltningen. Ofte vil det å skape gode faglige og rettslige retningslinjer være et minstekrav til det delegerende organ, og en hovedoppgave for blant annet departementene. Som allerede omtalt innledningsvis må det delegerende organs ansvar for å styre og kontrollere sin delegat *samtidig gi* tilstrekkelig autonomi for delegaten til at denne kan løse sine oppgaver på en hensiktsmessig måte. Derfor oppstår spørsmålet: Hvor langt kan det delegerende organ innfri sitt ansvar for å styre og kontrollere, ved å simpelthen begrense skjønnet til sin delegat?

En slik hjemmesnekret standardisering (og mekanisering av saksbehandlingen), vil kunne legge til rette for mer delegering, og mindre behov for kontroll.²⁰⁴⁹ Smith spør om forvaltningen kan lage en «hjemmesnekret» regel.²⁰⁵⁰ Dette spørsmålet kan også ses i sammenheng med digitalisering av forvaltningsvirksomhet, men dette gjøres ikke her.²⁰⁵¹

²⁰⁴⁷ NOU 2020:13 s. 450.

²⁰⁴⁸ IKS-loven 4 jf. § 7.

²⁰⁴⁹ Sml. også Bernt 2018 s. 223.

²⁰⁵⁰ Smith 2022 s. 169. Tøssebro 2021 s. 196 diskuterer det som i dansk rett, som et spørsmål om plikt til å subsumere.

²⁰⁵¹ Se omtalen i NOU 2019:5 kapittel 18, særlig pkt. 18.3.3.

Samtidig er det betenkelig, fordi det gjør at forvaltningen ikke får mulighet til å utøve skjønn i den enkelte sak. Typiske eksempler kan være standardiserte satser for sosialhjelp, som egentlig skal tildeles slik at man «... tar sikte på å gjøre vedkommende selvhjulpen».²⁰⁵²

Dansk rett går langt på dette punkt, som illustreres av at daværende statsråd Inger Støjberg ble dømt til ubetinget fengsel for å ha utferdiget en instruks om at man alltid skulle innkvartere mindreårige (vanligvis kvinnelige) asylsøkere separat fra vedkommende sin (vanligvis voksne) partner.²⁰⁵³ Instruksen var ulovlig fordi den stred med plikten til å subsumere. I Norsk rett er utgangspunktet mer uklart, og det sentrale spørsmålet er om det er en presumsjon for at tildeling av skjønn også innebærer plikt til å utøve skjønn. Backer er skeptisk til en slik presumsjon,²⁰⁵⁴ mens andre har vært positive, som Castberg.²⁰⁵⁵ Andre er mer avholdende, og uttrykker seg ikke klart om hva som vil være presumsjonen.²⁰⁵⁶ Bernt fremhever at det kan være et «... betydelig rettssikkerhetsproblem ...» og gir flere gode eksempler på dette.²⁰⁵⁷ Alle er enige om at man aldri kan avskjære hensyn som lovgivningen krever at skal vektlegges, og den mest skeptiske, Backer, er enig i at standardiseringen av skjønnet må bygge på en vurdering av alle relevante hensyn.²⁰⁵⁸

Etter norsk rett må man altså *i det minste* erstatte den individuelle skjønnsutøvelsen med en generell skjønnsutøvelse. Det vil ellers bero på en tolkning av det relevante rettslige materialet hva som er lov. En mellomløsning som åpner for en viss fleksibilitet, men også ivaretar sentrale hensyn, er foreslått av Innjord. Han mener man kan akseptere standardisering av skjønnet hvis det overordnede organ forbereder, begrunner og offentliggjør sine instruksjer tydeligere og bedre.²⁰⁵⁹ Slike forhold er klart relevante å vektlegge i vurderingen.

²⁰⁵² Se sotjl. § 18. Denne bestemmelsen særregulerer også at departementet kan gi veiledende retningslinjer om stønadsnivået.

²⁰⁵³ Se Smith 2022 s. 169 med videre henvisning til dansk litteratur.

²⁰⁵⁴ Backer: *Naturvern og naturinngrep*, Universitetsforlaget, 1986 s. 426, som går ut fra at hvis loven «... ikke gir noen holdepunkter, må regelen etter min mening normalt være at standardisering kan skje.»

²⁰⁵⁵ Se Castberg 1938 s. 215 flg.: «Det overordnede forvaltningsorgan kan ... neppe gå lenger enn til å opstille slike almindelige retningslinjer for utøvelsen av skjønnet.»

²⁰⁵⁶ Smith 2022 s. 170, Eckhoff 1992 s. 274, Frihagen 1991 s. 260 samt Tøssebro 2021 s. 199.

²⁰⁵⁷ Bernt 2018 s. 227—229.

²⁰⁵⁸ Backer 1986 s. 428.

²⁰⁵⁹ Innjord: «Almene råd og vejledninger - styring og skøn», *Det 38. nordiske Juristmøte*, 2008, s. 207—19 s. 213 flg.

Høyesterett har vurdert spørsmålet relativt konkret, så vidt jeg kan se. I HR-2016-1982-A aksepterte man automatisert tilleggsatt som følge av behovet for standardisering på det aktuelle forvaltningsområdet.²⁰⁶⁰ I Rt. 1964 s. 502 var spørsmålet om Kongen i statsråd kunne praktisere en aldersgrense på 60 år for avansement i Marinen. Fordi den aktuelle avansemenskategorien var ny, kunne man praktisere en slik grense i de konkrete sakene, men retten uttrykte at en generell regel om slik aldersgrense måtte vedtas av Kongen i statsråd.²⁰⁶¹ Disse sakene illustrerer altså at Høyesterett aksepterer standardisering av skjønnet, men det finnes også eksempel på det motsatte.

I Rt. 1990 s. 874 (*Fusa*) fremhevdde man imidlertid at det var en saksbehandlingsfeil av forvaltningsorganet at det «... anså seg bundet i sin kompetanse på grunn av påtrykk fra formannskapet og rådmannens side ...» og derfor ikke «... vurderte A [sitt] samlede behov etter sosialomsorgsloven ...».²⁰⁶² Saken illustrerer at der et forvaltningsorgan opplever uformelt press eller på andre måter tror at de ikke har mulighet til å skjønne, når det egentlig har det, så er dette problematisk. Dette er både fordi den motsatte konklusjonen ville gjort det mulig for overordnede å utøve uformelt press uten å selv ta ansvaret ved å vedta en formell instruks, og fordi det vil være reelt usikkert om den overordnede ønsket en slik løsning. Også Rt. 2010 s. 376 om tilbakekall av drosjeløyve, krevde under spesielle omstendigheter, at man vurderte om det var nødvendig å bruke kompetansen i det enkelte tilfellet.²⁰⁶³ Saken illustrerer også sammenhengen med plikten til å gi begrunnelse, ettersom Høyesterett fremhever at begrunnelsen til nemnda var svært kort.²⁰⁶⁴ Det vil derfor måtte bero på en konkret vurdering om forvaltningen kan lene seg på «hjemmesnekrede» regler, eventuelt instruks fra overordnede. Se også HR-2014-630-A, hvor retten uttrykker at man kan søke en «viss standardisering» der man står overfor «massevedtak», og aksepterte at kommunen standardiserte sitt tilsynsskjønn, dvs. «bare vurderte tilbakekall av løyvene til de som hadde foretatt de beløpsmessig sett groveste overtredelsene».²⁰⁶⁵

Problemstillingen er spesielt relevant for overordnede organer som styrer delegater. I Rt. 1980 s. 556 var spørsmålet om en drosjesjåfør skulle innvilges rett til å ansette bestyrer for sin virksomhet. Dette berodde på om sjåføren var «rimelig forsørget». Høyesterett

²⁰⁶⁰ HR-2016-1982-A (*Automatisert skatteforvaltning*) avsnitt 53: «I mange tilfelle kan slike omstendigheter [som ikke var tatt i betraktning] føre til mildere sanksjoner. Men merverdiavgiftsloven bygger på prinsippet om selvrappoterer. Da er det behov for sanksjoner som er tilstrekkelig strenge til at de fremmer lovlydighet, også i de tilfellene den avgiftspliktige ikke oppnår noen fordel.»

²⁰⁶¹ Rt. 1964 s. 502 (*Avansement Marinen*) s. 508. Mindretallet, Gaarder og Thrap, fremhevdde på sin side (s. 511) at «... så langt det bare er spørsmål om å tre inn i et ledig nummer med høyere lønn og grad, uten forandring i arbeidsoppgaver, forekommer det meg at aldersgrensen 60 år overhodet ikke kan ha synderlig med skikkethet eller særlig skikkethet å gjøre. Slik reglene lyder er det imidlertid klart at skikketheten må prøves. Men dette må gjelde en individuell prøvning, uten at det kan være adgang til generelt å stille en hel gruppe offiserer i en prinsipielt annen stilling ved prøvningen enn de andre.»

²⁰⁶² *Fusa-dommen* på s. 886.

²⁰⁶³ Rt. 2010 s. 376 (*Automatisk tilbakekall av drosjeløyve*) avsnitt 45: «Domstolene kan i utgangspunktet ikke prøve selve skjønnet, men det vil være en saksbehandlingsfeil om løyvemyndigheten ikke har foretatt et slikt skjønn, og dette kan domstolen prøve.»

²⁰⁶⁴ Det er ellers antatt at begrunnelsesplikten kan innfris ved å henvise for skjønnsutøvelsen til overordnedes rundskriv.

²⁰⁶⁵ Rt. 2014 s. 310 (*Drosjeløyve II*) avsnitt 52 og 61.

konstaterte da at det lå innenfor departementets instruksjonsmyndighet å bestemme hva som kunne anses å representere «rimelig forsørgelse». De drøfter likevel «... ugyldighet på grunnlag av at vedtaket skulle være truffet på et helt skjematisk grunnlag». Dette var ikke tilfelle fordi «[r]undskrivet må anses å ta sikte på normaltilfelle ...» som lavere forvaltningsnivåer måtte ta utgangspunkt i. Likevel kritiserer Høyesterett rundskrivets «kategorisk[e] uttrykksmåte».²⁰⁶⁶ Høyesterett antyder med andre ord at et helt skjematisk rundskriv *kunne vært* problematisk.

Oppsummeringsvis er det altså kildemessig grunnlag for en viss sensur av overdreven begrensning i det lavere forvaltningsorgans skjønn.²⁰⁶⁷ I forlengelsen av Innjords forslag mener jeg også man bør gå lenger i å kreve at denne typen bruk av instruksjonsmyndigheten underlegges *prosedurale* krav. Standardiseringen bør skje på måter som ivaretar kravene til refleksivitet, jf. ovenfor i 7.2.3.4.

Et særlig spørsmål er hva man bør vurdere *uformelle* instruksjoner. I nyere forvaltning er det også vanlig å utforme (formelt ikke-bindende) «rundskriv» eller «veiledninger». Disse er gjerne pedagogisk utformet, men har reelt en standardiserende effekt. Innenfor masseforvaltningen der tjenestepersonene som treffer vedtak vanligvis ikke er jurister, vil de stort sett ha få forutsetninger for å gå lenger i sin rettsanvendelse enn det rundskrivet eller veilederen legger opp til. I disse tilfellene er det kanskje nærliggende å argumentere for at rundskrivet og veilederen *bør tolkes som* en standardisering av skjønnsutøvelsen, og vurderes som instruks, ettersom man da plasserer ansvaret for avgjørelsene der det reelt sett hører hjemme. Sivilombudet legger seg på en slik linje når det kritiserer departementet for å (uformelt) oppfordre til utsatt offentlighet i et rundskriv, som reelt sett innebar en standardisering av meroffentlighetsskjønnet, en vurdering man åpenbart har plikt til å gjøre konkret, allerede ut fra lovtekstens ordlyd og formål.²⁰⁶⁸

Et siste punkt som er verdt å nevne, er at en veiledning, rundskriv, eller praksis, sjelden vil kunne danne grunnlag for å regulere *bevisvurderingen*. Det er ikke uvanlig at forvaltningen

²⁰⁶⁶ Rt. 1980 s. 556 (*Skjematisk rundskriv*) s. 562—563.

²⁰⁶⁷ Det er likevel neppe riktig i alle tilfeller, som Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 72 skriver, at «Delegasjon av myndighet bygger generelt på ein føresetnad om at den som får myndigheita gjennom delegasjon, også kan handtere dei skjønsmessige sidene av saka.»

²⁰⁶⁸ SOMBU-2002-17.

forsøker.²⁰⁶⁹ Spørsmålet om forvaltningens bevisvurderinger «... har vært lite problematisert i praksis og teori.»²⁰⁷⁰ Likevel er det klart at forvaltningen i likhet med domstolene har kompetanse og i utgangspunktet plikt til å foreta en *fri bevisvurdering*. Dette innebærer at forvaltningen må ta høyde for alle de faktiske forhold som er av relevans i den aktuelle saken, og ikke uten særskilt hjemmel kan oppstille *krav om bestemte bevismidler*, såkalte formalbevis.²⁰⁷¹ Et bevismiddel er et faktisk forhold som brukes for å bevise (øke sannsynligheten for) et bestemt bevistema (det som skal bevises).²⁰⁷² Å kreve at et bestemt bevismiddel fremlegges innebærer at forvaltningen gjør unntak fra sin plikt til å vurdere bevisene samlet, og vil i utgangspunktet være ulovlig, også ved instruks fra overordnet organ.²⁰⁷³ Det innebærer i praksis at borgeren pålegges bestemte dokumentasjonskrav som ikke følger av lovens vilkår. Forvaltningen kan heller ikke avskjære borgerens mulighet til å komme med dokumentasjon som ikke passer med hva forvaltningen vanligvis bruker som grunnlag for sine avgjørelser. Standardisering på denne måten forutsetter derfor at loven er formulert slik at et slikt krav kan oppstilles, eventuelt at bevistemaet er slik at kun noen typer bevismiddel er gode nok bevis.²⁰⁷⁴ I slike tilfeller kan det derfor være forsvarlig å lage enkelte ‘hjemmesnekrede’ regler for bevisvurderingen. Generelt vil også forvaltningen ha både veiledningsplikt til å informere borgeren om hvilken dokumentasjon som kan brukes, og plikt til selv å fremskaffe bevismidler i rimelig grad jf. fvl. §§ 11 og 17.

Jeg vender hermed tilbake til selve hovedproblemet: Prinsipielt sett er spørsmålet i denne sammenhengen om det delegerende organ kan innfri sitt ansvar for å styre og kontrollere delegaten, ved å standardisere skjønnet. Argumentene for dette er åpenbart: Ved å eliminere skjønn, så elimineres (mye) agensrisiko, informasjonsasymmetri, effektiviteten og

²⁰⁶⁹ Se bl.a. NOU 2023:11, på s. 20, som uttrykker at NAV «... synes i en del saker å praktisere nærmest absolutte dokumentasjonskrav, som er i strid med alminnelige bevisregler. I stedet for å vurdere om beviskravet (sannsynlighetsovervekt) er oppfylt, avslås søknader fordi bestemte dokumenter (for eksempel arbeidsavtale) ikke er fremlagt.»

²⁰⁷⁰ Graver: «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004, s. 465—98, s 466 om dette, som generelt gir en gjennomgang av reglene for bevisbyrde og beviskrav. Dette går jeg ikke nærmere inn på her. Generelt er det grunn til å fremheve, som også Graver gjør bl.a. på s. 480, at «overvektsprinsippet» ikke er et like sikkert utgangspunkt i forvaltningsretten som i sivilprosessen generelt.

²⁰⁷¹ Se Strandberg: *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget, 2012 s. 59 flg.

²⁰⁷² Se om terminologien i Strandberg 2012 s. 49 flg.

²⁰⁷³ Graver 2004 omtaler dette (se f.eks. s. 466 og 480), og skriver at en slik avskjæring ikke «tilbys» av reglene, som jeg tolker som at han mener dette ikke er lov.

²⁰⁷⁴ Et eksempel er ftrl. § 8-4 bokstav b. hvor loven krever at «... legen erklærer at behandlingen gjør det nødvendig at vedkommende ikke arbeider ...». Vilkåret for å få sykepenger er dermed at det finnes et bevismiddel (en legeerklæring).

besluttsomheten øker, og likebehandlingshensyn blir godt ivaretatt. Utgangspunktet er altså at en standardisering av skjønn kan være *svært hensiktsmessig*.

Behovet for nyanser oppstår først og fremst der selve delegeringens formål i utgangspunktet beror på at delegaten skal opptre med en grad av autonomi, for eksempel foreta komplekse faglige vurderinger av individuelle tilfeller.²⁰⁷⁵ I slike tilfeller kan overdreven standardisering undergrave formålet med delegeringen, for eksempel på grunn av kostnader eller effektivitet. I så fall ivaretas *ikke* det hierarkiske ansvaret.

Nyansen er spesielt relevant hvis man har holdepunkter for at det opprinnelige delegerende organet skulle ivareta ansvaret ved (selv) å utøve skjønn. Da kan de heller ikke standardisere *andres* skjønnsutøvelse.²⁰⁷⁶ I forlengelsen av det prosedurale perspektivet til Innjord ovenfor, kan man si at forsvarlig standardisering likevel kan skje dersom det delegerende organ forholder seg til *delegatens faglige argumentasjon*, og gjør begrunnelsene for standardiseringene (og de grunnene man har valgt vekk, ved å standardisere), kjent for offentligheten.²⁰⁷⁷

Det hierarkiske ansvaret må som nevnt foran i punkt 7.2.3.5 både være en plikt til å styre så langt det er forsvarlig og til å etterlate autonomi slik at formålet med delegeringen realiseres. Dersom man går langt i å standardisere på bekostning av rettssikkerhet, og formålet med delegeringen var å skape bedre grunnlag for rettssikkerhet, så kan man mistenke at delegeringen har til siktemål å effektivisere eller andre mindre legitime begrunnelser. Men fordi fordelene ved standardisering er så store, vil dette være et nyansert spørsmål.

7.5.3.8 Oppsummering

At delegering normalt må forutsette at det delegerende organ har instruksjonsmyndighet reiser flere kompliserte spørsmål. Jeg har konkludert med at det delegerende organ normalt må ha en relativt omfattende instruksjonsmyndighet, som strekker seg til muligheten til å

²⁰⁷⁵ Sand 1996 s. 513 om refleksiv styring: «Det har vært behov for organisatoriske trekk som har kunnet fange opp og bruke de lokale prosessene i virksomhetene.»

²⁰⁷⁶ Sml. også Castberg 1938 s. 215: «... lovens tanke, som må forutsettes å være at det underordnede organ som skal treffe avgjørelsen, skal utøve et visst skjønn angående hvert individuelt tilfelle som oppstår.»

²⁰⁷⁷ Sml. Molander 2016, s. 72: «Deliberative epistemic mechanisms target the arguments put forth by persons with discretionary powers. The point is to test the validity of arguments, either before or after decisions have been made.»

instruere det delegerende organ om det meste som kan tenkes å påvirke hvordan den delegerte rettsstillingen utøves, herunder spørsmål som ansettelse av bestemte fagpersoner og prioritering mellom ulike arbeidsoppgaver.

Videre har jeg drøftet hva som er grunnlaget for instruksjonsmyndigheten i forvaltningen, og har fremhevet at i fravær av autoritative holdepunkter er slik at man må gå inn i en substansiell vurdering av hvem som bør ha *ansvar for* å styre et bestemt organ.

Samtidig vil organer ofte mangle instruksjonsmyndighet. Denne kan i så fall erverves ved hjelp av delegering fra organ *med* instruksjonsmyndighet, eller ved kontrakt. Her er det rom for betraktninger om konkludent atferd, særlig dersom borgerens rettssikkerhet står på spill.

Til slutt vurderte jeg standardisering av skjønnsutøvelse (eller andre måter å standardisere praksis på) som en mekanisme for å ivareta det delegerende organs ansvar, og viste at dette i noen utstrekning vil være akseptabelt etter norsk rett. Det kan imidlertid være grunn til å vurdere dette som en betenkelig måte å ivareta ansvaret på, ettersom det kan undergrave et behov for å foreta individuelle vurderinger, og dermed den faglige forsvarligheten til virksomheten.

7.5.4 Styring via økonomiske tiltak

Det hierarkiske ansvaret innebærer vanligvis også en forpliktelse til å sikre at delegaten har tilstrekkelig *budsjett* til å håndtere de oppgavene som det blir tillagt. Muligheten til å enten foreta kontantoverføringer eller på annen måte finansiere nødvendige endringer i praksisen til det delegerende organ er noe som vil utgjøre et minstekrav, og som mer substansielt kan påvirke vurderingen av om det delegerende organ har ivaretatt sitt hierarkiske ansvar.

Isolert sett kan også budsjettstyringen supplere instruksjonsmyndigheten, fordi norsk statsrett bygger på en forutsetning om at budsjettet er «... en fullmakt eller ordre til administrasjonen om å gjennomføre visse tiltak ut fra bestemte forutsetninger.»²⁰⁷⁸ Budsjettet er dermed både gulrot og pisk.²⁰⁷⁹ Det følger ellers relativt omfattende krav til

²⁰⁷⁸ Rettere sagt er det *både* en fullmakt *og* en ordre. NOU 1972:5 s. 32. Se også NOU 1984:23 s. 19, som kaller det «... fullmakt til og undertiden også et pålegg om, å bruke penger til de formål som er angitt.»

²⁰⁷⁹ Sml. Stavang 1999 s. 195: «... regjeringa er bunden av budsjettet slik det er vedteke med inndeling i kapittel og postar. Utan særlig fullmakt kan regjeringa såleis ikkje nytte det som er løyvt under eit kapittel eller ein post til å dekkje overskriddingar på andre kapittel eller postar.»

den økonomiske styringen i BØS. Budsjettstyring gir også grunnlag for *styring via insentiver*, som diskuteres i neste avsnitt.

7.5.5 Styring via insentiver

Spørsmålet her er om det som vanligvis kalles mål- og resultatstyring kan brukes for å erstatte typiske rettslige styringsmekanismer. I realiteten står man egentlig her overfor det samme poenget som diskusjonen om informasjon, like ovenfor: Det er mer effektivt å styre basert på insentiver, enn ved (mer eller mindre) aktive inngrep med grunnlag i instruksjonsmyndighet. I stor grad er for eksempel departementets styring via å ha rollen som klagemyndighet erstattet med et departement som bestiller informasjon og stiller resultatkrav.²⁰⁸⁰ Spørsmålet som må drøftes er derfor om styring basert på insentiver kan erstatte de mer tradisjonelle formene for styring.²⁰⁸¹

Dette beror som diskutert flere steder, på hvordan man vurderer selve styringsinstrumentet, og naturligvis, hvordan det brukes. Nøyaktig hvordan insentiver skapes og innrettes kan for eksempel variere. Insentivene kan være skarpe, eller myke.²⁰⁸² I dette ligger at insentivet kan være motiverende i større eller mindre grad, for eksempel slik individuell økonomisk bonus vil være et langt skarpere insentiv enn muligheten for ros fra sjefen.²⁰⁸³ I praksis vil de fleste strukturer av denne typen være forankret innenfor rammen av budsjettarbeidet og styringsdialogen, se omtalen foran i kapittel 2 punkt 2.3.6, og sammenkoblingen av etatsstyringen med økonomistyringen som skjedde på 90-tallet, har skjerpet insentivene i den statlige styringen.²⁰⁸⁴

Indirekte styring via insentiver er åpenbart hensiktsmessig (og utbredt) av flere grunner. For overordnede letter det beslutningssituasjonen, og gjør det mulig å utøve deres makt på strukturelt vis jf. også foran i punkt 7.2.2. På mange måter kan insentivbasert styring også gi bedre effektivitet, mer motivasjon for de ansatte, faglig autonomi, i motsetning til

²⁰⁸⁰ Sml. Statskonsult 2002.

²⁰⁸¹ Dette diskuteres helt kortfattet angående kjøp av saksbehandlingsoppgaver i NOU 2019:5 s. 221 hvor man oppfordrer mot å bruke skarpe insentiver.

²⁰⁸² Evt. Johnsen 2007 s. 193 flg. som skiller mellom tett og løs kopling.

²⁰⁸³ Man vurderte individuell prestasjonslønn i NOU 1984:23, men la dette vekk, se videre St.meld 19 (2008-2009) s. 21.

²⁰⁸⁴ Se også diskusjonen av «styringsstyrken» i Grønlie 2009 s. 116—117.

detaljerte former for direkte styring basert på regler.²⁰⁸⁵ Som diskutert ovenfor kan man imidlertid også skape insentivstrukturer gjennom juridiske styringsinstrumenter. Insentivene i norsk forvaltning skapes imidlertid vanligvis ved mål- og resultatstyring, der visse typer virksomhet verdsettes og måles, mens andre typer virksomhet ikke måles og verdsettes. Hvordan virksomheten eller organet leverer på disse mål- og resultatkravene blir deretter trukket med i budsjettprosessen, i lederlønnsforhandlinger og -bonuser, eller for private aktører, i anbuds- og kontraktsmøter. Dette åpner for økt besluttosomhet, men har også to sentrale nedsider.

Begge problemene handler om at man aldri helt kan forutse hvordan et insentiv vil virke. Litteraturen om denne typen styring er klar: *Skarpe insentiver som bommer* er langt verre enn ingen insentiver.²⁰⁸⁶ Hvis ikke skaper man det som kalles *perverse* insentiver, altså insentiver som oppfordrer til å opptre på en annen måte enn man har ønsket. Et eksempel er NOU 2023:11, om saksbehandlingen i NAV:

«Utvalget mener departementet i styringen av Nav har vektlagt effektivitet og saksbehandlingstid frem til første vedtak i for stor grad. Nav har latt seg styre på effektivitet, og har stort sett oppfylt de kravene til saksbehandlingstid som har vært oppstilt. Hensynet til rask saksbehandling har imidlertid gått utover kvaliteten i vedtakene. Utvalget anbefaler at departementet og Nav bør vektlegge kvalitet i saksbehandlingen og finne en bedre balanse mellom kvalitet og effektivitet.»²⁰⁸⁷

Lignende funn er dokumentert av Ikdahl og Eriksen, da i konflikten mellom måloppnåelse og rettslige rammer.²⁰⁸⁸ Etter innføringen av DRG-systemet i helsesektoren kunne man relativt raskt konstatere at legers bruk av diagnoser gjennomgikk en stor endring.²⁰⁸⁹ Visse diagnoser ble brukt mer, fordi disse gav bedre uttelling i finansieringssystemet.²⁰⁹⁰ I skolesektoren finnes det også eksempler på strategisk tilpasning til omfattende bruk av

²⁰⁸⁵ Sml. f.eks. Utvalget til å gjennomgå og vurdere gjeldende reglementer og instruksjoner for departementskontorene 1966 s. 13.

²⁰⁸⁶ Heath 2020 s. 68: «The theoretical literature on principal-agent theory articulates the basic problem succinctly: sharp incentives based on bad information are generally worse than dull incentives.» Se også foran 2.2.2.

²⁰⁸⁷ NOU 2023:11 s. 21.

²⁰⁸⁸ Se Ikdahl 2023 s. 226 flg. som konkluderer med at «... regjeringen og departementet [har] styrt direktoratet til å intensivere arbeidet med å avdekke trygdemisbruk, men bare i begrenset grad bidratt til å sikre vurderinger og avklaringer av de rettslige grensene for dette arbeidet.»

²⁰⁸⁹ Se for eksempel Helsedirektoratet: *Innsatsstyrt finansiering, ISF-regelverk*, 2023 .

²⁰⁹⁰ Se bl.a. Hansen: «Changes in the utilization of diagnostic codes in neonatology following the introduction of activity-based financing», *Health Policy* 74, 2005, s. 218–23, fra sammendraget: «There were significant changes in the use of diagnostic categories during the 1994–2000 time period. Some diagnoses which previously have been only rarely used, became more frequent. The use of other diagnoses varied in ways that could only be understood

nasjonale prøver, og en generell tendens til å vri undervisning i retning av å øve på tester.²⁰⁹¹ I sektor for høyere utdanning kjenner de fleste godt til hvordan tellekanter påvirker både studieløp og forskerens hverdag. Det mest urovekkende eksempelet er likevel NAV, der man har hatt omfattende styringskrav til NAVs vedtak i førsteinstans. Disse kravene har resultert i svært lange saksbehandlingstider i andreinstans, samtidig som over 40 prosent av vedtak omgjøres i andreinstans.²⁰⁹² Uten «målekort» og krav til antall saker hver saksbehandler skal behandle, kunne slike tall neppe vært mulig å oppnå. Man kan knapt klandre tjenestepersonene, men man kan heller ikke ha tillit til dem.

Risikoen for perverse insentiver er alltid til stede, og at insentiver kan skape slike perverse insentiver er en klar nedside ved styring basert på dem. Perverse insentiver skaper kort sagt risiko for at det delegerende organets forsøk på å styre delegaten ikke *virker etter intensjonen*.

Forutsetningen for at insentivene skal treffe er *god informasjon*. Utfordringen er naturligvis at produksjon av god informasjon i seg selv er kostbart og underlagt et eget effektivitetspress, som diskutert foran i punkt 7.4.5. I praksis forutsetter dette at virksomheten man forsøker å styre er *relativt lite komplisert og ikke åpner for stort skjønn*, se også videre i punkt 7.7.5. Det finnes unntak, men der virksomheten forutsetter delegering vil den vanligvis være ganske komplisert, nettopp fordi den hører innenfor offentlig sektor, jf. også foran i kapittel 4 punkt 4.2.3.²⁰⁹³ Et riktigere utgangspunkt får man ved å fremheve at det vanligvis er slik at «... moderna stater har en kompleksitet som saknar motstykke i någon annan organisation ...», jf også 2.2.10.²⁰⁹⁴

Behovet for å produsere god informasjon for å *innrette og evaluere* de insentivene man har skapt, kan også ende opp med å undergrave hele poenget med å velge slike indirekte styringsformer i utgangspunktet, og at ansvaret for å beskytte autonomien til delegaten, ikke blir ivaretatt. Bli kravene for store kan det også lede til at man må gjøre nye og kanskje betenkelige organisatoriske valg. I intervjuer med PwC uttrykker en virksomhet at de «... på årlig basis bruker et konsultentselskap til å analysere effektene av virksomhetens arbeid.

in terms of tactical usage. It is concluded that the use of DRGs as a basis for activity-based financing may result in changes in the use of certain diagnostic categories which are not related to biological changes in the patient population.»

²⁰⁹¹ Se NOU 2023:19.

²⁰⁹² NOU 2023:11 s. 15 og 18.

²⁰⁹³ Sml. også vurderingene i NOU 2020:13 s. 62: «Mange velferdstjenester, som rusomsorg, barnevern, omsorgstjenester til eldre og psykiatri er imidlertid tjenester med høy grad av kompleksitet der det er mer utfordrende både å fastsette, måle og etterprøve kvalitet.»

²⁰⁹⁴ Sundström 2016 s. 152.

En annen ... [vil] opprette en egen analyseavdeling ... for å håndtere kravene til årsrapportering.»²⁰⁹⁵

Den andre nedsiden ved at insentiver virker indirekte og derfor uforutsigbart, er at *politiske ansvarslinjer* blir uklare. En politiker A som instruerer organ B om å gjøre X, kan stilles til ansvar for konsekvensene av X. Det er langt vanskeligere om A bare gir en svak oppfordring for B til å gjøre Y, som man håper at *indirekte* vil få B til også å gjøre X. Hvis man for eksempel fastsetter at et organ vil få bedre økonomisk uttelling hvis de produserer flere vedtak, så vil konsekvensene av dette ofte kunne forutses — vedtakenes kvalitet faller. Men det kan i prinsippet være vanskelig å klarlegge nøyaktig i hvilken grad den økonomiske belønningen har skapt den lavere kvaliteten. Det blir derfor et uklart spørsmål som må undersøkes, men hvor ansvaret ikke tilbakeføres til den politisk-ansvarlige instansen, og det blir usikkert hvordan det delegerende organ har ivaretatt sitt hierarkiske ansvar.²⁰⁹⁶

En mulig løsning på dette ansvarsproblemet, er å betone at valg av insentiver innebærer en politisk eller normativ *prioritering*, og ikke simpelthen et teknisk valg av det beste instrumentet, slik jeg også har illustrert i kapittel 2.3 Illustrerende fant PwC i diskusjoner med etatsledere uenighet knyttet til om målene man fastsatte i styringen overfor underordnede burde «... dekke helheten i det virksomheten har ansvaret for ...» eller om de skulle «... være et uttrykk for det viktigste virksomheten skal oppnå ...».²⁰⁹⁷

Insentivbasert styring vil egne seg bedre til noen former for virksomhet enn andre. Mål- og resultatstyring oppfattes vanligvis som særlig egnet til å kontrollere tjenesteytende deler av forvaltningen. Ifølge styringslitteraturen er det «... mulig å måle tjenesteproduksjonen og registrere hvem som mottar tjenesten ... hvor mye den enkelte mottar ...» og dermed vil det «... være mulig å styre og følge opp virksomheten fra ‘output’ siden.»²⁰⁹⁸ Dette reflekteres for eksempel i at veilederen til anskaffelse av helse- og sosialtjenester, som i grove trekk omfatter alle anskaffelser der borgeren står i et avhengighets- eller tvangsforhold til staten, kun diskuterer styring gjennom mål og resultater forankret i

²⁰⁹⁵ PwC 2021 s. 50.

²⁰⁹⁶ Dette vil generelt være kostbart og vanskelig, se f.eks. SOU 2007:75 s. 19: «Kompleksa kartläggningar av olika samband mellan kostnader och resultat måste ske ad hoc och med accepterande av stor osäkerhet.»

²⁰⁹⁷ PwC 2021 s. 47.

²⁰⁹⁸ Se f.eks. Moderniseringsdepartementet 2005 s. 24.

kontrakt.²⁰⁹⁹ Her forutsetter man at mål- og resultatstyring (med økonomiske insentiver) er tilstrekkelig for styring og kontroll med disse tjenestene. Denne typen komplekse velferdstjenester med sammensatte avhengighetsforhold mellom borger og stat er der usikkerheten er aller størst, som diskutert i kapittel 4 punkt 4.4.5. Det er derfor ikke (i nærheten av) tilstrekkelig å skape kontraktsfestede insentiver.

Hvor langt man kan gå i å styre ved hjelp av insentiver må vurderes konkret, men man må vurdere om styringen er basert på tilstrekkelig god kunnskap om både innretningen og virkningen av insentivene, og at kravene man stiller ikke undergraver autonomien til delegaten.

7.5.6 Oppsummering

Redegjørelsen ovenfor har vist at instruksjonsmyndighet er den sentrale mekanismen som et overordnet organ kan bruke for å styre et underordnet. Å ha instruksjonsmyndighet vil alltid være et minstekrav. Denne konklusjonen er i hovedsak også i samsvar med det litteraturen har hevdet. Samtidig vil ikke det å ha instruksjonsmyndighet være tilstrekkelig: Instruksjonsmyndigheten må brukes for å skape gode rutiner for utveksling av informasjon og styring mot faglig forsvarlig og enhetlig praksis, samt suppleres med klage og omgjøring der dette er relevant. I likhet med kontroll må derfor det delegerende organ ha kompetanse til å *bruke* styringsinstrumentene sine.

7.6 Oppsummering: Minstekrav

Basert på denne diskusjonen kan det oppstilles enkelte *minstekrav* ved delegering, slik deler av litteraturen har antatt.²¹⁰⁰ Denne vil i praksis utgjøre en *betingelse for* adgangen til å delegerer, basert på en tanke om at ansvaret uansett vanskelig kan ivaretas med mindre disse styringsmulighetene er til stede. Lovgiver kan naturligvis åpnet for å delegerer på tvers av dette minstekravet. Fordi minstekravet trolig brytes oftest ved delegering til private i kommunal sektor, kan man for eksempel vurdere å gjøre endringer i kommuneloven, hvor man presiserer mildere krav til når kommuner kan delegerer til private. Minstekravet er likevel *velbegrunnet*, slik at en hjemmel av den karakter vil være lite hensiktsmessig.

²⁰⁹⁹ DiFi 2018.

²¹⁰⁰ Se bl.a. Bernt 2010 s. 80, Smith 2022 s. 185, Frihagen 1991 s. 232, og 242, og NOU 2019:5 s. 214 flg.

Minstekravet innebærer at det delegerende organ må ha mulighet til å innhente, og ordninger for regelmessig innhenting av, informasjon om hvordan den delegerte rettsstillingen blir benyttet, herunder informasjon som er nødvendig for å kunne vurdere om formålet med delegeringen blir oppnådd. Det delegerende organ må også selv ha tilstrekkelige forutsetninger til å kunne kritisk evaluere denne informasjonen.

Videre må organet ha instruksjonsmyndighet over delegatens bruk av den delegerte myndigheten, herunder instruksjonsmyndighet til å pålegge en bestemt type bruk av denne myndigheten. Organet må også ha instruksjonsmyndighet til å organisere og innrette de kontrollordningene som er nødvendig, samt å pålegge kanalisering av faglige eller økonomiske ressurser til delegatens praktisering av den delegerte rettsstillingen.

Innenfor rammen av de hierarkiske forvaltningsstrukturene er det neppe mange brudd på disse minstekravene, mens delegeringer som går på tvers av eller ut av hierarkiet nok i større grad vil kunne problematiseres i lys av disse minstekravene. Men noen samlet oversikt har jeg ikke, og fraværet av problematisering i praksis kan i noen grad indikere at problemet ikke er så stort. Samtidig kan det riktignok også indikere en mangel på kunnskap om de krav som stilles, blant juridiske aktører og andre. De eksemplene som finnes indikerer dette — problemer oppstår vanligvis fordi man ikke har tenkt på å for eksempel innta kontraktsbestemmelser som sikrer mulighet for etterprøving av delegatens saksbehandling.²¹⁰¹ I tillegg vil mange av de *forvaltningsrettslige* krav allerede bli ivaretatt på grunn av krav som følger av alminnelige krav til *anskaffelser* og *god kontraktsforvaltning*, slik Oslo-kommune-eksempelet viste.

7.7 Retningslinjer for vurderingen av om det delegerende organs ansvar er ivaretatt

7.7.1 Problemstillingen

Dersom man har konstatert at det delegerende organ har samlet inn og har kompetanse til å vurdere relevant informasjon, samt har instruksjonsmyndighet overfor delegaten, vil de rettslige minstekravene til ansvaret være innfridd.

²¹⁰¹ Se SOMB-2018-1246.

Å samle inn den aktuelle informasjonen og å ha instruksjonsmyndighet vil imidlertid ikke være tilstrekkelig for å innfri ansvaret i alle tilfeller. Det vil gjelde ytterligere krav til å følge opp delegaten, og å sikre at formålet med delegeringen blir ivaretatt. Spørsmålet blir da *hvilken terskel* som skal legges til grunn for å ta stilling til om det delegerende organ har innfridd sitt ansvar, og hvor mye styring og kontroll som *skal til*. Det videre spørsmålet blir da hvilke *retningslinjer* som skal brukes for å drøfte denne terskelen.

Som jeg har diskutert foran må det delegerende organs ansvar beskrives på en slik måte at man både sikrer nødvendig styring, og ikke overdriver styringen eller undergraver delegatens autonomi. Typen organ man har delegert til (jf. 7.7.4), allerede-eksisterende kontrollordninger (jf. 7.7.5), formålet med og omfanget av delegeringen vil være sentrale momenter (jf. 7.7.6). Jeg vil videre vurdere om «risikobasert styring» kan fungere som modell (jf. 7.7.8). Først er det imidlertid nødvendig å ta utgangspunkt i at det hierarkiske ansvaret kan modifiseres ved lovgivning, (jf. 7.7.2 og 7.7.3).

7.7.2 Politisk fastsetting av ansvaret: Uavhengighet og grader av slik — en kort begrepsmessig diskusjon

Et sentralt moment i vurderingen av det hierarkiske ansvaret, er i hvilken grad spørsmålet *allerede er regulert*. Slik særregulering finnes det mange eksempler på, og de diskuteres som spørsmål om organers *uavhengighet*. I en undersøkelse fra 2012 slår DiFi fast at over halvparten av forvaltningsorganer som gjennomfører myndighetsutøvelse har en form for *formell* uavhengighet, og enda flere har det de kaller *reell* uavhengighet.²¹⁰² I 2017 var det fortsatt en svak vekst i slike organer.²¹⁰³

Diskusjonen om uavhengige organer har imidlertid ikke tatt høyde for at det eksisterer et selvstendig forvaltningsrettslig ansvar. Derfor har uavhengighet ofte blitt forstått som et spørsmål om å *avskjære instruksjonsmyndighet*. Smith har særlig belyst spørsmålene, og nyansert problemstillingen ved å peke på at uavhengighet er et gradsspørsmål, i den forstand

²¹⁰² DiFi 2012 s. 2, se oppsummeringen av tallene på s. 48. Som Eivind Smith bemerker er tallgrunlaget ganske ufullstendig (s. 49), bl.a. er ikke Patentstyret eller Norsk forskningsråd tatt med.

²¹⁰³ DiFi: *Fortsatt uavhengig? En kartlegging av uavhengige myndighetsorganer*, 2017 s. 39.

at uavhengighet aldri gjelder alle sider ved et organs virksomhet. Uavhengigheten er også vanligvis «relativ» til et *formål*.

Samtidig legger Smith som andre til grunn at gradene angår grader av *avskåret instruksjonsmyndighet*, eller «... særskilte grenser for kompetansen til å instruere bestemte forvaltningsorganer ...».²¹⁰⁴ Dette er en viktig side av organers uavhengighet. Man kan som Smith gjør også snakke om uavhengighet der man begrenser bruken av *andre* styringsverktøy, som kan være vel så innflytelsesrike, som mål- og resultatstyring eller budsjettstyring.²¹⁰⁵ Forvaltningsorganer med «særskilte fullmakter» er jo for eksempel bare organer med uavhengighet fra *økonomiske* styringsmidler.²¹⁰⁶

For mitt formål er det imidlertid nødvendig å skille mellom to ulike sider ved et organs uavhengighet: Uavhengighet i form av avskjærte styringsmuligheter, og uavhengighet i form av begrensninger i det hierarkiske ansvaret. Det siste har ofte blitt omtalt i mindre tydelige ordelag, som «faglig uavhengighet» eller «uformell uavhengighet».²¹⁰⁷ Ettersom man ikke har hatt et begrep om et selvstendig hierarkisk ansvar, og heller vurdert instruksjonsmyndighet i lys av parlamentarisk eller konstitusjonelt ansvar, så har behovet for disse uttrykkene oppstått. De uttrykker imidlertid det samme poenget: Uavhengighet må også forstås i lys av de *krav* som stilles til det ‘uavhengige’ organets *overordnede*.

Uavhengighet i form av begrenset hierarkisk ansvar vil formelt bety at det gjelder en *høyere terskel* for at det delegerende organ skal anses å ha misligholdt sitt ansvar for å styre og kontrollere sin delegat. I denne betydning finnes det heller ingen uavhengige organer i streng forstand i norsk forvaltning, jf. også foran i kapittel 6 punkt 6.3.1. Stortinget har også uttrykt ved behandlingen av Ingvaldsen-utvalget, at:

«... regjering og departement må ha et visst ansvar også for den forvaltningsmyndighet som utøves av frittstående organer i henhold til myndighet som de er tillagt ved lov eller stortingsvedtak.»²¹⁰⁸

²¹⁰⁴ Smith 2022 s. 158 flg.

²¹⁰⁵ Se for eksempel omtalen av budsjettstyring i Frihagen 1992 s. 88.

²¹⁰⁶ Man reserverer derimot ordet uavhengighet for det første tilfellet i NOU 2019:5 s. 510.

²¹⁰⁷ Se f.eks. PwC 2021 s. 37.

²¹⁰⁸ Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 9. Se nærmere i kapittel 6 punkt 6.2.

Delegerende organer vil derfor alltid ha *et visst ansvar* for deres delegat.²¹⁰⁹ Grader av uavhengighet som tildeles et forvaltningsorgan ved lov, vil motsvares i et redusert hierarkisk ansvar for det organ som delegerer til organet med denne uavhengigheten. Dette vil rekke så langt formålet med uavhengigheten og delegeringen overlapper. Naturligvis vil en begrensning i ansvaret forutsette adgang til å delegere. Men ettersom jeg utvider begrepet om uavhengighet behøver det ikke å være slik at delegering til et «uavhengig organ» betyr delegering til et organ man mangler instruksjonsmyndighet overfor.

Jeg minner også om at *statsrådets* parlamentariske ansvar ikke kan reduseres. Poenget er bare at visse organer kan bli (og blir i dag) styrt mindre detaljert enn andre, innenfor rammen av de hierarkiske linjene.²¹¹⁰

Med presiseringen av at uavhengighet også kan forstås som en særregulering av det delegerende organs ansvar, så er det samtidig mulig for Stortinget å regulere disse spørsmålene på en mer detaljert måte. Det gjør for eksempel også at man kan presisere at et organ har et redusert *ansvar*, men at *styringsmulighetene* likevel ikke begrenses, hvis mer ekstreme tilfeller skulle oppstå.

Den nye barnevernlovens kapittel 15 og 16 gir faktisk et relativt utførlig eksempel på hvordan spørsmålet kan særreguleres mer presist: Her oppstilles departementets, Bufdir og Statsforvalterens ansvarsområder og oppgaver på en relativt presis måte.²¹¹¹ En slik fordeling av ansvar er ikke vanlig, men kan være hensiktsmessig.

Ettersom man ikke har tenkt om uavhengighet som et spørsmål med to sider (en side til styringsmulighetene og en side til ansvar), så har man først og fremst regulert uavhengighet gjennom begrensninger gjennom den første siden — styringen. Reguleringsteknikken blir derfor også litt uhensiktsmessig. Vanligvis er det nemlig *styringsmulighetene* som avskjæres i en eller annen grad, og dette blir så ansett som å *implisere* en grad av uavhengighet. Alternativt blir forutsetninger om faglig autonomi eller lignende nevnt i forarbeider eller på annen måte uklart uttrykt. Slike forutsetninger kan trekkes inn i en

²¹⁰⁹ I NOU 2019:5 s. 214—215 diskuterer man delegering til uavhengige organer, og viser en annen uheldig side ved dagens begrepsliggjøring. Utvalget mener nemlig det er betenkelig hvis det delegerende organ har 'litt' instruksjonsmyndighet overfor et uavhengig organ. Det reelle problemet er heller at det delegerende organ får et ansvar for delegaten, som Stortinget hadde intensjon om å avskjære.

²¹¹⁰ Se omtalen av den ulike praksisen i PwC 2021 s. 24 og 37 flg.

²¹¹¹ Se nærmere omtale i Prop. 133 L (2020-2021) s. 514 flg.

fastlegging av det hierarkiske ansvaret til overordnede organers ansvar for deres underordnede (og delegater).

Praktisk sett er man nødt til å se på hvordan Stortinget har regulert instruksjonsmyndigheten (eller andre styringsmuligheter) for å avgjøre om terskelen for det delegerende organs ansvar, er modifisert. Dette skaper en vanskelig tolkningssituasjon. Utgangspunktene kan likevel skisseres.

7.7.3 Tolkning av rettslig grunnlag for uavhengighet

Spørsmålet her blir derfor først hvordan tolkningen av lover som avskjærer organers instruksjonsmyndighet skal foregå. I Forvaltningskomiteens innstilling fra 1957 vegrer man seg for å gi «... noen alminnelig regel som kan dekke alle tilfelle ...» av hvordan instruksjonsmyndigheten er regulert i norsk forvaltning.²¹¹² Lovavdelingens påstand i 1998 om at det var at det er «... delte meninger ...» om instruksjonsmyndighet i sentralforvaltningen, er også treffende den dag i dag, som illustrert i diskusjonen under 7.5.3.²¹¹³

Det sentrale prinsippene ble trukket opp av Ingvaldsen-utvalget og den påfølgende komitébehandlingen. Utvalget forutsatte et utgangspunkt om at dersom «... forvaltningsmyndighet blir lagt til organer utenfor departementet ...» så er det «... sterke grunner som taler for at Regjeringen og departementene generelt har instruksjons- og kontrollmyndighet.» De mente at denne hierarkiske oppbygning burde være «... hovedregelen ...». Eksempler på hva som kunne begrunne unntak, var det kommunale selvstyret, og sterke rettssikkerhetsgrunner.²¹¹⁴ Korporative ordninger ble begrenset.²¹¹⁵

Stortingets utenrikskomité sluttet seg i hovedsak til utvalgets vurderinger, men bemerker at «... skjønt man her er ved et av hovedpunktene i Utvalgets mandat, så har ikke Utvalget 'kunnet ta opp spørsmålene i sin fulle bredde'». Komiteen inntar imidlertid heller ikke et klart standpunkt til hvor mye kontroll som må føres med delegater. Den støtter at det er

²¹¹² NUT 1958:3 s. 28.

²¹¹³ JDLOV-1998-11302.

²¹¹⁴ NOU 1972:38 s. 23—24.

²¹¹⁵ NOU 1972:38 s. 24 gjennomførte et aldri så lite kupp ved å slå fast at Regjeringen kunne instruere alle styrer, råd og utvalg, og uttalte at «jo mer representativt underorganet er, desto mer kan tale for at Regjeringen og departementet faktisk legger vekt på organets mening.»

ønskelig med delegasjon av avgjørelsesmyndighet, men at det er viktig «... at det for å sikre landsomfattende generelle målsettinger er nødvendig med rammer og ankeadgang til sentrale myndigheter.»²¹¹⁶ De utformer også et endelig vedtak om instruksjonsmyndighet. Vedtaket lyder:

«Som en hovedregel skal legges til grunn at Kongen og eventuelt også departementene skal ha instruksjons- og kontrollmyndighet over andre offentlige organer. Blir det i et forslag til lov eller stortingsvedtak foreslått at instruksjons- og kontrollmyndigheten skal være begrenset i forholdet til det som er hovedregelen må dette begrunnes i særlige hensyn.»²¹¹⁷

Komiteen uttrykker her en tolkningspresumsjon for instruksjonsmyndigheten.²¹¹⁸ De oppstiller en presumsjon om ikke-avskåret instruksjonsmyndighet.²¹¹⁹ De uttrykker seg imidlertid også om «kontrollmyndighet», og lest i lys av de forutgående diskusjonene fremstår det rimelig å tenke seg at komiteen her hadde det hierarkiske ansvaret i tankene.

Utgangspunktet er derfor at Stortinget må være tydelig når det avskjærer instruksjonsmyndighet, men også tydelig når det avskjærer det delegerende organs ansvar. Dette har vært fulgt opp senere.²¹²⁰ Det skal derfor klare holdepunkter til i lovtekst for at instruksjonsmyndigheten skal være avskjært. Det samme perspektivet vil være relevant for vurderinger av begrensninger i det hierarkiske ansvaret. Bare ved hjelp av lov eller — fordi spørsmålet har vært lite tematisert — klare forutsetninger i forarbeider, kan det hierarkiske ansvaret begrenses. Reguleringen av rammene vil samtidig bare være et utgangspunkt, og man vil alltid ha et visst hierarkisk ansvar.

²¹¹⁶ Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 12.

²¹¹⁷ Innst.S nr. 277 (1976-1977) s. 25.

²¹¹⁸ Graver 2019 s. 180—181 fremstiller også innstillingen på denne måten.

²¹¹⁹ Sml. også Andenæs 1978 s. 13: «Når bestemmelsene ikke sier noe om instruksjons- og kontrollmyndighet, mener Utenrikskomitéen at det som regel vil være korrekt – i mangel av holdepunkter i motsatt retning – å tolke bestemmelsene slik at den sentrale forvaltnings instruksjons- og kontrollmyndighet er i behold. Der hvor vanlige tolkningsprinsipper leder til en motsatt konklusjon, mener komitéen det må undersøkes om det er grunn til å foreta endringer.»

²¹²⁰ Dette følges også opp i St.meld 19 (2008-2009) s. 73: «Med klare rettsreglar der omsynet til likehandsaming står sterkt, kan utøving av avgjerdsrett leggjast til underliggjande organ der instruksjonsretten til statsråden er avskoren. Det same gjeld klagehandsaming ...». Se bl.a. St.meld nr. 17 (2002-2003).

Den relativt strenge tolkningen av uavhengighet har vært fulgt opp i praksis, så vidt jeg har kunnet se.²¹²¹ Tendensen hos lovavdelingen synes å være at det skal ganske mye til før et organ anses som uavhengig et annet. Utlendingsnemnda er et domstollignende organ med stor rettssikkerhetsmessig betydning, men prioritering av saker antok man likevel at departementet kunne instruere om.²¹²² Grensen gikk imidlertid ved instruksjon om vedtak om utsatt gjennomføring.²¹²³ I saker som handler om klageorgan for uavhengige organer (for eksempel konkurranseklagenemnda), har man i noen tilfeller avskåret departementets instruksjonsmyndighet,²¹²⁴ men opprettholdt den i andre.²¹²⁵ Et analogt spørsmål er hvorvidt et organ skal anses å ligge under staten eller kommunen (som har konsekvenser for hvem man skal rette søksmålet mot), og her har også Høyesterett lagt seg på en tilsvarende pragmatisk linje. I Rt. 1971 s. 907 legger man for eksempel vekt på at staten har instruksjonsmyndighet, kontroll og tilsyn med lærlingenemndene, mens kommunens ansvar for å dekke nemndas utgifter og utnevne medlemmer ikke var avgjørende.²¹²⁶ At instruksjonsmyndighet ofte vil være avgjørende i en vurdering av uavhengighet fremgår også av lovavdelingens praksis.²¹²⁷

Det kan bemerkes at en viktig årsak til at organisering av forvaltningsorganer med styre er blitt mindre vanlig,²¹²⁸ er at man i utredningen var tydelig på at slik organisering *ikke* kunne avgrense statsrådets ansvar.²¹²⁹ Derimot vil bruk av styrer åpenbart kunne påvirke *forvaltningens* ansvar. En presis bruk av styrer kan være en måte å kombinere faglig autonomi med overordnet styring på.

I andre tilfeller kan uavhengighet være et vanskelig spørsmål å vurdere, fordi det kan bero på sammensatte historiske maktforhold. Graden av uavhengighet må ofte vurderes i lys av at forholdet mellom ulike aktører i en styringsdialog er en konflikt der etablerte organisatoriske strukturer er et kompromiss. Et typisk eksempel på dette er krav om at *ledelsen* i virksomheten skal tilhøre samme faggruppe som bakkebyråkratene, som i skole og barnehage.²¹³⁰ I barnevernloven er det (motsatt) innført eksplisitt hjemmel for at «... kommunens politiske og administrative ledelse vil kunne instruere og overprøve barnevernstjenestens leder ...», herunder å «... fastsette retningslinjer som begrenser barnevernslederens faglige ansvar ...».²¹³¹ Disse reguleringene uttrykker et *kompromiss* mellom styringsprofesjonene i sentrale etater, og bakkebyråkratiet lokalt, og kan i noen grad

²¹²¹ Se videre diskusjonen i Smith 2022 s. 162 flg.

²¹²² JDLOV-2006-6391B.

²¹²³ JDLOV-2006-6391A.

²¹²⁴ JDLOV-2001-7310A.

²¹²⁵ JDLOV-2001-8387 og JDLOV-2007-2119.

²¹²⁶ Rt. 1971 s. 907 (*Lærlingenemnda*) på s. 909.

²¹²⁷ JDLOV-1994-1537.

²¹²⁸ Difi 2019 gir en oversikt over virksomheter med styre.

²¹²⁹ Se NOU 1991:26 s. 13: «Bruken av styrer endrer ikke Regjeringens og statsrådenes konstitusjonelle og politiske ansvar for virksomheten.»

²¹³⁰ Se generelt sett om 'ledelsesrommet' i Pedersen 2011.

²¹³¹ Se bvl. § 15-3 og Prop. 133 L (2020-2021) s. 595.

tale for at det delegerende organ har et begrenset hierarkisk ansvar for noen av elementene som faller inn under profesjonens virke.

Men ofte kan «fristilling» av virksomheter *skje i hierarkiets interesse*, og på en måte som bare er ment å formalisere etablerte tillitsforhold mellom lokal og sentral *ledelse*. Om man skal generalisere vil uavhengighet (i form av avskjært instruks) til *organer* være i hierarkiets interesse, mens uavhengighet for *ansatte* vil handle om å beskytte virksomheten fra juridisk eller økonomisk-administrativ innblanding.²¹³² I ny opplæringslov anerkjennes for eksempel lærere å ha et profesjonelt skjønn som legger visse rammer for den politiske styringen av dem, fordi «...tillit til at lærere og rektorer utfører arbeidet sitt på en hensiktsmessig måte og kan redegjøre for sine vurderinger og beslutninger.»²¹³³ Lærere kan derfor ikke instrueres i sin pedagogiske virksomhet av skoleeier.²¹³⁴ Hvor langt dette går er naturligvis uklart; poenget her er at denne typen beskyttelse av autonomi er en beskyttelse *fra hierarkisk overstyring* og dermed en *modifisering* av det hierarkiske ansvaret. Lignende vurderinger ligger til grunn for helsepersonelloven: En viktig del av begrunnelsen for forsvarlighetskravet jf. § 4, og kravet om forsvarlig organisering jf. § 16, var frykten for administrativ overstyring.²¹³⁵ Leger kan derfor ikke instrueres av ledelsen om utøvelsen av legeyrket.²¹³⁶

Generelt sett vil også embetsverket alltid ha en viss yrkesetisk grense for sin lojalitet — og denne kan de bruke for å motsette seg styring. Regjeringen kan for eksempel ikke pålegge ansatte å flytte arbeidssted — de ansatte må i så fall kunne fri seg fra arbeidsavtalen.²¹³⁷ Embetsverket vil også kunne motsette seg det de oppfatter som ulovlig eller faglig uforsvarlig.²¹³⁸

²¹³² Se f.eks. NOU 1993:33 s. 111.

²¹³³ NOU 2019:23 s. 147.

²¹³⁴ Jf. oppl § 9-1 og bhl. § 24.

²¹³⁵ Se NOU 1993:33 s. 112: om tolkningen av tidligere lov som «... rettslig skranke mot at lederskapet på sykehusavdelingsnivå ivaretas av andre enn leger ...», og Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 46: «Hovedbegrunnelsen for å innta bestemmelsen [i legeloven § 16] var å demme opp for at profittsyn skulle gå foran hensynet til faglig forsvarlighet ved kommersiell virksomhet.»

²¹³⁶ Jf. hpl. § 4, se også NOU 1993:33.

²¹³⁷ Sml. også statsansatteloven § 16 som lovfester plikt til å «... finne seg i omorganiseringer og endringer i arbeidsoppgaver og ansvar.»

²¹³⁸ Se Smith 1997 s. 30: «Embetsmannen har plikt til å yte den motstand som er nødvendig for å oppnå et visst minstemål av saklighet e.l. – vi kan tale om en slags motvektsfunksjon. Det vil være illojalt å opptre som jammeske uten vett eller mot til å yte motstand der motstand saklig sett er på sin plass.»

Oppsummeringsvis skal det imidlertid relativt klare holdepunkter til for å kunne anse instruksjonsmyndigheten som avskjært, og det samme vil gjelde for begrensning i det hierarkiske ansvaret. Terskelen for det hierarkiske ansvaret må derfor presiseres relativt tydelig i den rettslige materien hvis den skal være endret. Dette er også i samsvar med utgangspunktet om at det hierarkiske ansvarets begrunnelse er *Stortingets* kontrollbehov, slik at Stortinget bør involveres hvis omfanget av kontrollen skal reduseres.

Jeg går deretter over til å vurdere ulike generelle retningslinjer for tolkningen av det hierarkiske ansvaret.

7.7.4 Typen organ som moment ved vurderingen av ansvarets omfang

Særtrekk ved organet man delegerer til vil normalt ha betydning for ansvaret til det delegerende organ. Ansvaret kan justeres avhengig av om organet har «... den nødvendige ekspertise og som både myndighetene og de berørte parter har tillit til.»²¹³⁹ Hvilke organer er dette? Generalisering er åpenbart vanskelig, jf. også diskusjonen foran i kapittel 5 punkt 5.7. Generelt vil imidlertid *det delegerende organs relasjon* til delegaten være et vesentlig moment, og *delegatens behov for autonomi* være et annet. Det er særlig *ekstern* delegering av ulike typer som setter problemene på spissen. I det videre drøfter jeg noen typetilfeller, herunder særlig nedenfor om delegering til private. Denne diskusjonen illustrerer imidlertid problemer som settes spesielt på spissen ved delegering til private, men som også er relevant ved delegering generelt.

Først kan det nevnes at hensynet til å beskytte delegatens autonomi generelt sett kan *tale mot delegering* i utgangspunktet. Kommunesektoren kan for eksempel formelt sett bare bli pålagt oppgaver ved lov, jf. kommuneloven § 2-1. Det innebærer også at ad-hoc kontrollordninger (via avtale) overfor kommunal sektor er lite lojalt til et slikt utgangspunkt. Veilederen om statlig styring av kommunene fremhever som et prinsipp for utforming av lover at det ikke bør «... utformes lovbestemmelser som åpner for at nasjonale myndigheter kan tildele oppgaver til kommuner på andre måter enn gjennom lover og forskrifter, slik som gjennom delegeringsvedtak.» Det fremheves også at kommunene ikke bør styres

²¹³⁹ Eckhoff 1992 s. 234.

gjennom mer uformelle kanaler som «... forventninger eller dialogmøter ...».²¹⁴⁰ Generelt sett vil også særskilte tilsyns- og klageordninger være etablert for å regulere relasjonen mellom stat og kommune, og i andre tilfeller foregår statlig styring av kommunene gjennom statsforvalteren.²¹⁴¹ Alle disse forholdene taler for at statlig kontroll med delegering til kommunal sektor forutsetter særskilt lovhjemmel, og ikke kan bygge på avtale. Dette kan også støttes av generalistkommuneprinsippet.

Delegering fra det offentlige til offentlig-eid næringsvirksomhet er også problematisk fordi den nære kontrollen som delegering normalt vil forutsette og vanligvis uthule deler av formålet med å etablere en offentlig-eid virksomhet i utgangspunktet. Aksjeselskaper det offentlige eier vil også rammes av flere av innvendingene mot kontroll ved delegering til private, som skal drøftes nå.

Det vanligste og viktigste unntaket fra den alminnelige delegeringen mellom forvaltingsorganer har i nyere tid blitt delegering til private aktører. I kapittel 5 argumenterte jeg for at kompetanse til å delegerer vanligvis ikke inkluderer delegering til private.²¹⁴² En viktig årsak til dette utgangspunktet er at det er langt vanskeligere å skape et *hierarki* og dermed ivareta det *hierarkiske ansvaret* ved delegering til private.²¹⁴³ Samtidig kan man i noen grad oppnå det samme ved hjelp av *kontrakt*, som behandlet foran i punkt 7.5.3.6. Spørsmålet her er imidlertid om det er grunner til å mene at delegering til private forutsetter *sterkere kontroll* enn delegering innenfor offentlig sektor.

I Smiths artikkel fra 1976 svarer — implisitt — nei, og går ut fra at kontrollbehovene kan løses ved kontrakt. Det første spørsmålet som kan drøftes er derfor: Bør man forutsette at kontrollmulighetene er like gode for offentlige som private aktører?

²¹⁴⁰ Kommunal- og moderniseringsdepartementet: *Statlig styring av kommuner og fylkeskommuner. Med prinsipper og retningslinjer*, 2020 s. 19.

²¹⁴¹ Sml. Kommunal- og moderniseringsdepartementet 2020 s. 40.

²¹⁴² Se Eng 1992 i norsk kontekst. Eng stiller imidlertid spørsmålet mer generelt, ikke særskilt knyttet til kontrollkravet.

²¹⁴³ Se f.eks. departementet i, Ot.prp. nr. 83 (2008-2009) *Om lov om endringer i helsepersonelloven (opphevelse av adgangen til å delegerer spesialistgodkjenningmyndighet til private yrkesorganisasjoner*, som uttrykker s. 30 flg. at «... departementet vurderer det prinsipielt uehdig å delegerer offentlig myndighetsutøvelse til private yrkesorganisasjoner».

Smith erkjenner riktignok at den «... praktiske side, kontrollens effektivitet ...» ikke er identisk med den formelle.²¹⁴⁴ Dette nok riktig, delvis fordi kontrollsystemene som kan etableres ved hjelp av kontrakter er mer begrensede enn den mer fullstendige instruksjonsmyndigheten et offentlig organ vil ha overfor en alminnelig underordnet. NOU 2001:21 skriver for eksempel at konkurranseutsetting forutsetter en overgang fra «... forvaltningsstyring til kontraktsstyring, dvs. at myndighetenes krav og forventninger til tjenesteprodusentene må nedfelles i skriftlige avtaler» *på forhånd*.²¹⁴⁵ Man får det som i PA-teori omtales som problemet med «fullstendige kontrakter», nemlig at det styrende organets behov for styring ikke er lett å *forutse*.

Ikke minst oppstår det som diskutert foran i punkt 7.5.3.6 muligheter for *prosessrisiko* hvis den private er uenig i det offentlige krav ved kontrakten. Donnelly peker også på at privatiseringer sjelden medregner transaksjonskostnader i studier av privatisering.²¹⁴⁶

Egentlig kan man problematisere hele forutsetningen om at private kan (eller bør) kontrolleres like tett som offentlige. NOU 2020:13, som skriver for eksempel at selve fordelene ved privatisering er at private «... ikke er underlagt de folkevalgtes styring og kontroll ...» og derfor kan ha en «... mer fleksibel organisasjon med arbeidere med løsere tilknytning til virksomheten ...».²¹⁴⁷ Selve *poenget* med delegering til private blir jo vanligvis sagt å være at de i mindre grad er bundet av politiske og demokratiske kanaler — de befinner er *utenfor hierarkiet*. Dette er den prinsipielt viktigste grunnen til å kreve særskilt hjemmel for delegering til private, slik litteraturen også ellers legger til grunn.²¹⁴⁸ Det blir samtidig selvmotsigende hvis man skal gå ut fra at delegering til private forutsetter en fullstendig integrering av den private i offentlige kontroll- og styringsstrukturer. Satt på spissen får man hverken pose eller sekk — bare masse styringsproblemer.

For de tilfeller hvor man aksepterer delegering til private er det derfor nødvendig å vurdere spørsmålet under en implisitt forutsetning av en *begrenset men ikke fullstendig* integrasjon

²¹⁴⁴ Smith 1976 s. 376.

²¹⁴⁵ NOU 2000:21 *Strategi for sysselsetting og verdiskaping* kapittel 13.3.4.

²¹⁴⁶ Sml. også Donnelly 2007 s. 93..

²¹⁴⁷ Hele sitatet: «... private aktører kan respondere raskere på offentlig behov, enn det offentlige selv, på grunn av en mer fleksibel organisasjon med arbeidere med løsere tilknytning til virksomheten og et enklere styrings- og beslutningssystemer enn i det offentlige. Et privat rettssubjekt er ikke underlagt de folkevalgtes styring og kontroll.», NOU 2020:13 s. 71.

²¹⁴⁸ Se ovenfor kapittel 5 punkt 5.4.3.

mellom det offentlige delegerende organ og den private delegaten. Når dette utgangspunktet legges til grunn kan det neste spørsmålet da bli om det hierarkiske ansvaret kan nyanseres for å forhindre de *vanligste* problemene som kan oppstå som følge av at private aktører ikke er underlagt politiske og demokratiske kanaler, eller er integrert i hierarkiet. Da kan man også gjøre visse antakelser om hvordan private aktører opptrer — og det er disse som eventuelt må begrunne strengere krav til det hierarkiske ansvaret for både å ha tilstrekkelig styring og kontroll, og å verne delegatens autonomi.

Svein Eng fremhever at private mangler byråkratikkultur, som nok ofte er rett.²¹⁴⁹ Prinsipielt kan man imidlertid også peke på at offentlige og private virksomheter er vesensforskjellige i et juridisk perspektiv. Offentlige aktører ivaretar (normativt sett) et allmennyttig formål. Det gjør ikke (kommersielle) private aktører, som er juridisk forpliktet til å arbeide for sine aksjonærer. Som Donnelly skriver:

«... private actors are not even expected to serve the public interest, nor are they subject to institutional norms of professionalism and public service that might militate against the pursuit of mere self interest or capitulation to narrow private interests.»²¹⁵⁰

Risikoen for at snevre privatinteresser får gjennomslag er altså større i private virksomheter, enn i offentlige. Dette betyr ikke at privatinteressene *må* få gjennomslag. At de *kan det* er imidlertid klart. Dette har også å gjøre med at private aktører ikke behøver å ha det overordnede ansvaret for virksomheten. De risikerer et økonomisk tap, en svak posisjon i fremtidige konkurranser, og tapt omdømme. Slike virkninger kan samtidig begrenses ved å endre navn, slå seg selv konkurs, med mer. Det offentlige må på sin side bære konsekvensene av at det ble begått feil, og løse problemet. Et forvaltningsorgan slipper aldri unna et ansvar det ikke har klart å ivareta på den måten private aktører vil gjøre. Man kan ikke simpelthen trekke seg ut fra situasjonen, slik private kan.

Fordi private aktører generelt sett har et svakere insentiv til å opptre i det offentliges interesse, og vanligvis har et insentiv til å opptre i sin egen, fremstår det rimelig å anta at kontroll med private aktører er nødt til å være mer omfattende enn kontrollen med offentlige

²¹⁴⁹ Eng 1992 s. 550.

²¹⁵⁰ Donnelly 2007 s. 92.

aktører.²¹⁵¹ Samtidig er det grunn til å fremheve at «byråkratikulturen» kan bygges opp over tid, også hos private, og at insentivene *kan* men ikke *må* være vesensforskjellige. For eksempel vil ideelle aktører også vanligvis ha et allmenntytlig formål.

Et annet viktig argument for et strengere krav ved delegering til private er at private aktører utsettes for relativt sterke styringssignaler *fra markedet*. Det delegerende organ må derfor i sin egen styring *også* forsøke å ta høyde for markedets styringssignal, hvilket er en kompleks oppgave, og stiller store krav til det delegerende organet. Problemet er vanskeligheten for et delegerende organ ved å opptre som paternalistisk overordnet organ (jf. diskusjonen foran i punkt 7.2.3.4), og å sikre at autonomien til den private aktøren ivaretas når det 'stormer' i verdensøkonomien, eller ledelsen til den private delegaten tar avgjørelser på konsernnivå med virkninger for datterselskaper. De interne pengestrømmene i virksomheten ligger utenfor det offentliges kontroll, og den manglende innsikten i disse gjør det vanskelig for det delegerende organ å vurdere om den private ber om rimelig prisregulering eller overdriver sitt behov. Samtidig kan ikke det offentlige bare *la være* å overføre midler dersom dette faktisk er nødvendig for at delegaten skal ivareta sin oppgave på en måte som er i samsvaret med formålet med delegeringen.

Både insentivproblemet og markedets styringssignaler kan settes spesielt på spissen i konkrete tilfeller der man har konkrete holdepunkter for at den private aktøren har direkte egeninteresser i den enkelte sak. Private aktører kan ha direkte egeninteresse i å praktisere delegert virksomhet på en bestemt måte.²¹⁵² Private leverandører av helsetjenester vil for eksempel få en økonomisk gevinst av å tildele større pasientrettigheter enn offentlige virksomheter.²¹⁵³ Det samme finner man eksempler på i barnevernet. Som departementet fremhever i forarbeidene til ny barnevernlov finnes det tilfeller

²¹⁵¹ I samme retning Svendsen 2015 s. 194.

²¹⁵² Noen av de mest ekstreme eksemplene finner man i USA, der privatisering av fengsler, som Satz fremhever, får aktører som har interesse i å holde så mange som mulig i fengsel, se Satz, 2019 s. 21.

²¹⁵³ Bl.a. påpeker NOU 2020:13 s. 177 at «[s]tatistikk referert i kapittel 10.4.4 ... viser at gjennomsnittlig liggetid i fritt behandlingsvalg-ordningen er høyere i private enn i offentlige institusjoner enn gjennomsnittlig antall oppholdsdøgn for disse fagområdene for landet samlet ...» noe som «... kan indikere ... overbehandling». De fremhever at «[d]ette kan være et uttrykk for insentivproblem som kan oppstå når en delegerer vurderingskompetanse til private som i samme virksomhet tilbyr behandling i henhold til sin egen vurdering.» Slik delegering er lovlig etter pbrl. § 2-1, bokstav b syvende ledd.

«... der private tjenesteytere tilbyr utleie av personell med kompetanse i undersøkelsessaker, samtidig som selskapet selger ulike former for hjelpetiltak, oppfølging eller fosterhjem til den samme kommunen.»²¹⁵⁴

En slik form for direkte rolleblending vil være svært problematisk, og vesentlig skjerpe det hierarkiske ansvaret.²¹⁵⁵

Et annet eksempel på at slik rolleblending aksepteres finnes i energiloven, som gir departementet myndighet til å delegere vedtaksmyndighet «... i forbindelse med beredskap ...» til Kraftforsyningens beredskapsorganisasjon (KBO) jf. § 9-4. KBO består av de enheter som «... eier eller driver anlegg som har vesentlig betydning ...» for drift med mer, av elektrisk energi, altså private rettssubjekter (men ofte eid av det offentlige). Beslutninger i beredskapssituasjoner skal altså treffes av aktører med direkte økonomiske interesser i disse beslutningene. Samme bestemmelse slår derfor fast at forvaltningslovens kapittel om inhabilitet ikke gjelder for vedtak KBO treffer.²¹⁵⁶

For min egen del er imidlertid et annet argument avgjørende: Ved delegering til private forutsettes en oppbygning av omfattende kompetanse til å styre og kontrollere den private, hos det delegerende organ, som er av en *helt annen karakter* enn den alminnelige hierarkiske styringen og kontrollen. Effektiv bruk av private forutsetter for eksempel som nevnt kunnskap om det markedet man *kjøper i*, hvordan markedssituasjonen *påvirker den private*, og hvordan ulike måter å bedrive *kontraktoppfølging* på, kan foregå. Ved delegering til private må derfor det delegerende organ *bygge opp* en helt annen form for kompetanse.

²¹⁵⁴ Prop. 133 L (2020-2021) s. 491.

²¹⁵⁵ Forestillinger om rolleblending var både implisitt og eksplisitt en viktig begrunnelse for å trekke godkjenningsmyndigheten for spesialistutdanning tilbake fra fagforeningene. Et eksplisitt eksempel er Troms fylkeskommune som fremhever at innenfor «... tannhelsetjenesten er det i alle fall en teoretisk mulighet for at delegert myndighet til private yrkesorganisasjoner kan brukes til å begrense antall spesialister for å styrke egne næringsinteresser.», se Ot.prp. nr. 83 (2008-2009) s. 24.

²¹⁵⁶ Se forsvarsdepartementets hørings svar: Prop. 112 L (2010-2011) *Endringer i energiloven og i enkelte andre lover* pkt. 2, under overskriften delegering av vedtaksmyndighet, hvor de uttrykker at «... det å legge vedtaksmyndighet til næringslivet kunne ha en negativ beredskapsmessig effekt, fordi det kan oppstå situasjoner der bransjen er lite villig til å treffe beslutninger som virker negativt inn på deres inntjening eller markedsmessige omdømme.» Departementets argumenter for denne løsningen er naturligvis gode de også. KBO er ifølge dem en sentral organisatorisk struktur for kriseberedskap, og reglene om myndighetsmisbruk vil uansett gjelde vedtakene til KBO.

Og samtidig vil den andre siden vil kjøpet av tjenesten fra den private kreve ressurser som ikke (lenger) kan gå til oppbygningen av *intern* fagkompetanse. Man risikerer dermed å gå på tvers av de store kravene som stilles til å kunne *evaluere* arbeidet til den private på faglige punkter. Det er også risiko for at det offentlige gjør seg selv avhengig av den private aktøren, for eksempel ved at den private 'kaprer' tilgjengelig personell med fagkompetanse.²¹⁵⁷ I så fall skifter rollene: Den private blir utfører, det offentlige en bestiller. En slik overordnet endring i organisasjonsmodell kan naturligvis være hensiktsmessig. Men det er gode grunner til å tenke at endringen må foregå på en mer *planlagt* måte, og ikke som følge av enkeltstående delegeringer som får uintenderte virkninger.

I tillegg kan det også nevnes at et mer fullstendig skifte til bestiller-utfører-modell vanligvis ikke kan gjennomføres uten lovhjælp, fordi det offentlige i en del tilfeller ha beredskap i tilfelle den private aktøren går konkurs.²¹⁵⁸ Borgerne vil jo fortsatt ha sine rettigheter i behold.

I tillegg vil ulike lover og regler kunne gjelde forskjellig for private og offentlige aktører. Offentlighetsloven eller anbudsreglene gjelder for eksempel i utgangspunktet ikke for private aktører, bortsett fra når de treffer vedtak, som diskutert foran i kapittel 6 punkt 6.7.4.3. Når det gjelder offentlighetsloven er det derfor et sterkt argument for et skjerpet *hierarkisk ansvar*, at offentligheten ikke kan få innsyn i virksomheten med mindre den private treffer enkeltvedtak. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor 7.7.5.

Oppsummeringsvis vil det være nødvendig å vektlegge hvilken type organ det delegeres til. Både delegering til uavhengige organer, fra stat til kommune og delegering til private aktører forutsetter normalt særlig betryggende ordninger for kontroll. Mens de to første forutsetter tydelige og klare grenser for kontrollen, så må kontrollen være mer omfattende med den private aktøren, som følge av styringsproblemene dette skaper, og (den implisitte)

²¹⁵⁷ Se bl.a. også Prop. 5 L (2022-2023) *Endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven (avvikling av godkjeningsordningen i fritt behandlingsvalg)* s. 26 som omtaler problemer med at private og offentlige konkurrerer de samme fagpersonene. Dette problemet styrkes av at private kan levere svært lukrative tilbud *første gang*, for så å skru opp prisen de påfølgende gangene, når de har sikret seg fagkompetansen. Se Donnelly 2007 s. 79 med videre referanse til Arrowsmith.

²¹⁵⁸ Sml. om spørsmålet særlig i helsesektoren, Prop. 63 L (2021-2022) s. 2 og Prop. 116 L (2020-2021) s. 22: «Departementet viser også til at kommunen må ha en beredskap dersom en leverandør trekker seg eller går konkurs. Ved å ha en tjeneste i kommunal egenregi som standardvalg for de som ikke kan eller vil velge, vil kommunen samtidig styrke dette sikkerhetsnettet ved at den aktuelle tjenesten holdes oppdatert på kompetanse og har personell tilgjengelig.»

forutsetningen om at private aktører ikke kan fullstendig integreres i offentlige kontrollregimer.

7.7.5 Eksisterende kontrollordninger som grunnlag for modifikasjon av det delegerende organs ansvar. Det delegerende organs ansvar som et ansvar i siste instans.

Som diskutert ovenfor må det delegerende organs ansvar for å styre og kontrollere delegaten *tilpasses etablerte kontroll- og styringsformer*. Dette begrunnes med både at fordobling av kontrollen er *overflødig* for å sikre rettssikkerhet og faglig forsvarlighet, og at fordobling av kontrollen kan undergrave delegatens *autonomi* til å håndtere oppgaven på forsvarlig vis selv.

De alternative kontrollordningene man kan vektlegge kan både være formelle ansvarsmekanismer som inngår i det jeg foran kalte det differensierte ansvaret for forvaltningsorganer, eller mer uformelle ansvarliggjøringsmekanismer jf. kapittel 2 punkt 2.4.5. De fleste organer som leverer velferdstjenester vil for eksempel svare til både tilsynsmyndigheter, statsforvalter, klagenemnder, og lignende.

Der man har et sterkt differensiert ansvar får det hierarkiske ansvaret preg av å være et *restansvar* og et *primæransvar*. Restansvaret innebærer at de må kontrollere det *ikke kontrolleres av andre*. Et eksempel gir NAVs (ulovlige) bruk av instruksjonsmyndighet til å utvise brysomme personer, som ble kritisert i SOM-2022-1416. En slik praksis ligger utenfor kompetanseområdet til NAV Klage og Trygderetten. Ansvaret for denne praksisen faller derfor mellom ulike stoler, slik at departementet og direktoratet vil være organet som har ansvar for å fange opp problemet.

Det hierarkiske ansvaret blir også et *primæransvar*. Selv der det foreligger alternative kontrollmyndigheter, så må nemlig det hierarkisk-overordnede organ fortsatt sikre et minimum av kontroll og oversikt. Dette kan begrunnes med at slik kontroll normalt vil være en viktig betingelse for tilsynsmyndighetenes kontroll. De fleste tilsynsordninger baserer seg på at relevante aktører gir varsler ved mistanke om problematiske forhold, som så kan avdekkes gjennom mer detaljerte tilsynsformer fra tilsynsorganene.

Et eksempel gir HELFOs ansvar for den såkalte fristbruddordningen i helsevesenet, som skal sikre pasienter tilbud der det offentlige ikke kan levere. HELFOs ansvar for fristbruddordningen er et særlig ansvar, som avviker fra den generelle regelen i sphl. § 2-1 a) om at de regionale helseforetakene har ansvar for spesialisthelsetjenester og kan levere disse selv eller i avtale med andre. Etter prioriteringsforskriften § 6 med hjemmel i pbrl. § 2-1 bokstav b, sjette ledd, har HELFO i disse sakene ansvar for å «uten opphold skaffe pasienten et tilbud fra offentlig tjenesteyter eller om nødvendig fra privat tjenesteyter i riket».²¹⁵⁹ HELFO er dermed ansvarlig for å velge hvilken privat virksomhet som skal innfri det offentliges ansvar. Samtidig er HELFO ute av stand til å føre noen faglig kontroll med disse tjenesteyterne, jf. ovenfor i kapittel 5 punkt 5.7.3.1. Tanken bak dette er at HELFO skal være et rent *økonomisk* organ. Problemet er imidlertid at både Statsforvalteren og Helsetilsynet ikke kan ivareta *sine* oppgaver dersom HELFO ikke fører noen form for kontroll for å avdekke problematiske forhold som så kan etterforskes nærmere av tilsynsmyndighetene. HELFO har derfor et *primæransvar* som de ikke kan fraskrive seg.

Et annet eksempel gir *internkontroll*. Plikten til å sørge for at delegaten har internkontroll hviler for eksempel etter forskrift styring i helsetjenesten på den som har det «... overordnede ansvaret for virksomheten ...».²¹⁶⁰ I noen grad blir da det delegerende organs ansvar et ansvar for å kontrollere internkontrollen.

Både rest- og primæransvaret illustrerer samtidig at det hierarkiske ansvaret kan begrenses i relativt stor utstrekning som følge av andre *formaliserte* kontrollordninger som inngår i det jeg har kalt det differensierte ansvaret. Baksiden av dette er samtidig at det delegerende organ får et særlig ansvar for å påse at delegaten ikke *overbelastes* av de samlede kontrollkravene som stilles til virksomheten. Denne siden av saken er nok forsømt oftere enn kontrollen.

Ansvaret kan også modifiseres, men i mer begrenset grad, ved ulike uformelle kontrollmekanismer. I forarbeidene til kommunelovens regler om vertskommunesamarbeid

²¹⁵⁹ Prioriteringsforskriften § 6 tredje ledd.

²¹⁶⁰ Se nærmere i Helse- og omsorgsdepartementet, *Høringsnotat: Forskrift om styringssystem i helse- og omsorgstjenesten*, 2015 s. 13 og 17—18 omtaler dette som et krav om «forholdsmessighet», som «... vil variere og må tilpasses den enkelte virksomhet», men som «... skal ... oppfylle noen minstekrav ...» uten at disse spesifiseres.

vurderte departementet styringsbehovene ved vertskommunesamarbeid som mindre, og aksepterte derfor at samarbeidskommunens kontroll og styring med vertskommunen var mindre. Dette ble begrunnet med at

«Vertskommunen er til skilnad frå andre sjølvstendige offentlege eller private rettssubjekt underlagd ulike former for demokratisk kontroll, innbyggjarkontroll og brukarkontroll.»²¹⁶¹

En slik begrensning i ansvaret fremstår også forsvarlig mer generelt sett. Et motsatt eksempel gir delegering av tjenesteytelse til private aktører. Som diskutert i kapittel 6 punkt 6.7.4.3 gjelder ikke offentlighetsloven for slik virksomhet. En rekke former for offentlig tjenesteytelse vil dermed i utgangspunktet falle utenfor lovens anvendelsesområde.²¹⁶² Ved delegering til private vil man derfor redusere offentlighetens innsynsrett, noe som må skjerpe kravene til det hierarkiske ansvaret.²¹⁶³

Mindretallet fra Høyre og Fremskrittspartiet var interessant nok kritisk til SV og Aps ønske om å begrense lovens anvendelsesområde. H og Frp uttrykker at utvalgets forslag om å utvide innsynsretten til virksomheter som ivaretok offentlige oppgaver ville «... forenkle debatten om konkurranseutsetting da man faktisk vil beholde en demokratisk kontroll gjennom innsyn i forhold til samfunnets bruk av midler til lovpålagte offentlige oppgaver ...».²¹⁶⁴

Det kan innvendes at offentligheten vil kunne få innsyn i den private *via* det offentlige.²¹⁶⁵ Slikt innsyn vil kunne fås for alle dokumenter som ender opp hos det offentlige, som kontrakten, referat fra møter mellom partene, rapporter fra gjennomførte kontroller, eller den privates rapportering til den offentlige. Utvalget bak offentlighetsloven drøftet imidlertid selv i hvilken utstrekning slikt innsyn kunne gjøre opp for mangelen på direkte innsyn, og konkluderte med at det vanskelig kunne sies noe generelt om dette, men la likevel til grunn at det ikke «... fullt ut kan kompensere for manglende offentlighet etter offentlighetsloven.»²¹⁶⁶ Variasjonen vil i praksis avhenge av hvor spesifikk kontrakten

²¹⁶¹ Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) s. 85.

²¹⁶² NOU 2003:30 kapittel 6, se også mandatet på s. 29, som ber utvalget drøfte bl.a. de nye formene for organisering av offentlig virksomhet, konkurranseutsettelse, m.m.

²¹⁶³ Se bl.a. også i Prop. 116 L (2020-2021) s. 25: «Kommunene bør ... sørge for at kontrakten regulerer innsyn både for kommunen som avtalepart, og evt. innsyn for offentligheten.»

²¹⁶⁴ Innst.O nr. 41 (2005-2006) s. 7.

²¹⁶⁵ Innst.O nr. 41 (2005-2006) s. 6., flertallet fra Ap og SV, NOU 2003:30 s. 57, og Ot.prp. 102 (2004-2005) *Om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)* s. 36.

²¹⁶⁶ NOU 2003:30 s. 57—58.

mellom partene er, hvor ofte og grundig kontroller gjennomføres, og mer generelt hvilke dokumenter som ender opp hos den offentlige instansen.²¹⁶⁷ Mangelen på offentlig innsyn taler med tyngde for omfattende hierarkisk kontroll, fordi man ellers risikerer å ende i en situasjon hvor lite kontroll fra det offentlige skaper en spiral med lite dokumentasjon som overføres til det offentlige, og dermed mer begrensede muligheter for innsyn — som jo nettopp er påkrevd i situasjonene hvor det offentliges kontroll er mer begrenset.

Et annet vesentlig moment vil være i hvilke grad borgerne i det aktuelle tilfellet har forutsetninger for å selv gi beskjed om problematiske forhold. Det hierarkiske ansvaret må altså tilpasses hvor sannsynlig det er at *de som forvaltes* kan gi beskjed om problematiske forhold ved delegatens praksis. Borgeren som har kognitive utfordringer vil være i en særstilling her, som barn og eldre, eller personer med ulike typer sykdom eller funksjonsnedsettelse. Men også økonomisk makt og politisk innflytelse til de aktuelle gruppene vil også være relevant. Hvor realistisk det er for aktørene å gå til domstolene eller å klage på vedtak beror også på tilgangen til advokathjelp, og vil være relevant å trekke inn i en vurdering.

På den motsatte enden av samfunnslivet vil det hierarkiske ansvaret i andre tilfeller være et ansvar for å verne delegaten mot det som kan omtales som regulatorisk kaping, der sterke aktører i nærings- og lobbyvirksomhet får for sterk innflytelse over den offentlige aktøren.²¹⁶⁸ Særlig den første maktutredningen fra 1982 pekte på dette problemet med begrepet om «forhandlingsøkonomi».²¹⁶⁹ Dette vil typisk være tilfelle ved organer som ikke selv besitter et robust fagmiljø og er i stand til å kritisk vurdere påstander eller argumenter fra eksterne aktører. Utbredelsen av private planer i kommunale planprosesser er et område med rikt av eksempler på praksis som kan problematiseres.²¹⁷⁰

Oppsummeringsvis er det sentrale poenget at det delegerende organs ansvar må justeres i lys av andre ansvarsforhold og kontrollordninger. Man må her ha i mente at ansvaret både må sikre forsvarlig kontroll og forsvar av delegatens autonomi. Spørsmålet rommer mye

²¹⁶⁷ Det vil også bero på hvilke unntak fra offentlighet som uansett ville gjort seg gjeldende.

²¹⁶⁸ Se generelt omtalen i Heath 2020 s. 74 flg. og om såkalt «responsive regulation» som en forsvarlig mellomform på s. 283 flg.

²¹⁶⁹ NOU 1982:3 s. 185.

²¹⁷⁰ Se bl.a. reguleringen som omtales i note 1905.

kompleksitet og er et tema som fortjener å belyses nærmere i senere forskning gjennom studier av konkrete kontrollsystemer.

7.7.6 Omfanget og formålet med delegeringen

Omfanget av delegeringen vil åpenbart være et tungtveiende moment i vurderingen av hvor stort ansvar det delegerende organ har. Man behøver ingen omfattende kontroll med enkeltstående oppdragsdelegeringer — det kan kanskje strekke til å behandle klagen på et eventuelt vedtak. Motsatt vil delegering av drift av en hel institusjon som utøver tvang, treffer eller forbereder vedtak, og ivaretar lovpålagte plikter til å yte forsvarlig helsehjelp, vanligvis tilsi omfattende og helhetlig kontroll.

Som et utgangspunkt vil kravet til kontroll være direkte proporsjonalt til virksomhetens *kompleksitet*. Jo mer kompleks oppgaven er, jo mer informasjon vil gå tapt med delegeringen. Kompleksitet medfører som NOU 2020:13 fremhever at det er langt vanskeligere å vite om tjenesten drives forsvarlig, med god kvalitet, og lignende.²¹⁷¹ En tildeling av myndighet kan for eksempel utformes slik at utøvelsen av den er helt mekanisk, hvilket gjør kontroll enkelt, og i noen tilfeller overflødig.²¹⁷² Motsatt vil mer skjønn innebære større avstand mellom de to aktørene, og større risiko for at forutsetninger ved delegeringen brytes.²¹⁷³ Dette poenget er også løftet frem i litteraturen.²¹⁷⁴

Som Abkenar fremhever knytter skjønnet seg til de fleste skrittene i saksbehandlingsprosessen. Hvilke fakta man undersøker, hvordan de undersøkes, hvordan relevante fakta velges ut, hvilke saker som regnes som 'åpenbare' og hvilke som regnes som kompliserte, og lignende spørsmål, er alle spørsmål hvor utførerens eget skjønn har stor betydning.²¹⁷⁵ Abkenar fremhever at der slik delegering foretas, må «[s]amtligte inhentede opplysninger af betydning ... videregives til myndigheden ...».²¹⁷⁶ Prinsipielt sett

²¹⁷¹ NOU 2020:13 s. 62. På s. 65 fremstilles dette grafisk. Kort sagt antar man at kompleksitet gjør markeder mindre egnet, og byråkratier mer egnet.

²¹⁷² Dette vil noen ganger være tilfelle ved delegering til private aktører som leverer automatiserte saksbehandlingssystemer, se bl.a. Statskonsult 2000.

²¹⁷³ Man kan imidlertid ikke gå så langt som Statskonsult 2000 s. 13, som forutsetter at det delegerende organ må «... reelt avgjøre alle spørsmål om skjønnsutøvelse» for å ha «... avgjørelsesmyndigheten i behold ...». Delegering innebærer nettopp en tildeling av selvstendig ansvar for delegaten. Schartum skriver naturligvis i en særskilt kontekst der mekanisk digitalisering er tema, men det er uansett verdt å presisere.

²¹⁷⁴ Se f.eks. Smith 2022 s. 189 og Smith 1976 s. 379.

²¹⁷⁵ Abkenar 2017 s. 114 flg.

²¹⁷⁶ Abkenar 2017 s. 116.

beror kompleksiteten på formålet med delegeringen: Hvor omfattende kompleksitet er det ment at delegaten skal ta inn?

Hvilken rettsstilling som delegeres vil også ha betydning for det delegerende organs ansvar. Flere variabler fremstår relevante. Graden av inngrep i borgerens rettsstilling eller omfanget av tvang, vil stå sentralt, som ellers i forvaltningsretten. Den (antakeligvis) begrensede kontrollen som føres med de lokale el-tilsyn, som drives av private elektrisitetsnetteiere, er for eksempel mindre problematisk enn om begrenset kontroll ble ført med barnevernsinstitusjoner.²¹⁷⁷ Lovavdelingen antar at delegering av innkreving av renovasjonsavgift til privat rettssubjekt er problematisk fordi «[t]vangsmessig innkreving av skatter og avgifter forutsetter en høy grad av offentlig styring og kontroll.»²¹⁷⁸

Et særtilfelle er delegering av forvaltningsansvar for tilskuddsordninger. Dette reguleres særskilt i BØS kapittel 6 og 7. Disse kapitlene angir spesifikke regler for kontroll- og styringsordningene som gjelder. Det er grunn til å merke seg at reglene angir at søknad om stønad skal behandles «... normalt ...» og «...som hovedregel ...» som enkeltvedtak, i kontrast til det lovavdelingen legger til grunn i JDLOV-2004-1452, og omtalen av spørsmålet i NOU 2019:5.²¹⁷⁹

7.7.7 Foreløpig oppsummering

Jeg har hevdet at det delegerende organs ansvar må justeres i lys av hvilken type organ det delegeres til, omfanget av den delegeringen man har foretatt, hvilken rettsstilling man har delegert, og allerede-eksisterende kontroll- og styringsordninger. Det hierarkiske ansvaret må tilpasses formålet med delegeringen, og derfor både sikre at styringen og kontrollen er tilstrekkelig, og at delegaten ikke overbelastes. I neste avsnitt drøfter jeg imidlertid et særlig organisatorisk rammeverk for styring og kontroll, nemlig *risikobasert* styring.

²¹⁷⁷ Se om tilsyn med elektriske anlegg og elektrisk utstyr (el-tilsynsloven) § 8, som delegerer til lokale netteiere, og presiserer at det skal føres statlig tilsyn med disses tilsyn.

²¹⁷⁸ JDLOV-1996-6661.

²¹⁷⁹ JDLOV-2004-1452, se pkt. 3 og 4.

7.7.8 Om «risikobasert styring» som grunnlag for å ivareta det delegerende organs ansvar

7.7.8.1 Vil risikobasert styring være tilstrekkelig til å ivareta det delegerende organs ansvar?

Allerede i dag gjelder det flere krav om at den hierarkiske styringen i staten må være *basert på risiko*. Krav om risikobasert styring fremgår av BØS, kommuneloven og inngår vanligvis i særreguleringer av internkontroll. I det videre bruker jeg BØS som utgangspunkt, men det er ingen vesentlige forskjeller mellom innholdet i begrepene BØS bruker og andre regelverk.²¹⁸⁰ Derimot er det en forskjell at BØS kun gjelder som instruks, ikke som lov eller forskrift. Det blir imidlertid likevel lagt til grunn av ulike granskningsutvalg og riksrevisjonen i deres evalueringer av forvaltningens styring.²¹⁸¹

At styringen skal være «basert på risiko» betyr egentlig at det delegerende organ skal kontrollere og styre delegaten i den grad de oppfatter *en risiko*. Risikostyring forutsetter derfor en kontinuerlig prognostisering av hvilke farer som lurar i delegatens virksomhet. I etterkant av NAV-skandalen mente for eksempel granskningsutvalget at departementet ikke hadde vært tilstrekkelig oppmerksom på *risikoen for* at NAVs praksis ikke var i samsvar med EØS-retten. Man brukte med andre ord kravene til risikobasert styring som en måte å fastlegge det hierarkiske organets ansvar.²¹⁸²

Spørsmålet blir da: Hva vil det innebære å basere styring på risiko, og er dette en hensiktsmessig tilnærming? Vil et delegerende organ som følger prinsippene for risikobasert styring innfri kravene til styring og kontroll med sin delegat?

Dette spørsmålet beror primært på hvordan man forstår risiko og risikobasert styring. Lindøe beskriver risiko som et mangefasettert og komplekst begrep med ulike bruksmåter i ulike kontekster, der de fleste fagprofesjoner vil ha sine egne måter å tenke om risiko

²¹⁸⁰ Jf. pkt. 1.3, 1.4, 1.6.2. og 1.6.3. samt 2.2., 2.4, 2.5.5 og 2.7.

²¹⁸¹ Se note 1877.

²¹⁸² NOU 2020:9 s. 110.

på.²¹⁸³ BØS inneholder ingen definisjon av risiko, men *Veiledning i etatsstyring* henviser til en eldre rapport om risikostyring fra SSØ (nå DFØ) 2005.²¹⁸⁴ Her defineres risiko som

«[d]et at forhold eller hendelser kan inntreffe og påvirke oppnåelse av målsettinger negativt. En risiko skal vurderes i forhold til *sannsynligheten* for at den inntreffer, og den forventede *konsekvensen* den vil medføre dersom den inntreffer.»²¹⁸⁵

Veiledningen omtaler denne forståelsen av risiko som kombinasjon av sannsynlighet og konsekvens som en «anerkjent metode».²¹⁸⁶ Den samme definisjonen finner man igjen hos Riksrevisjonens faglige retningslinjer for Forvaltningsrevisjon,²¹⁸⁷ og noe annerledes i *Kontrollutvalgsboka*, en veileder til kontrollutvalget i kommunene.²¹⁸⁸ Som jeg kommer til like nedenfor er denne definisjonen problematisk i et risikoteoretisk perspektiv.

En «risiko» kan være hva som helst, og den omtalte veilederen fra SSØ gir eksempler som «[r]isiko for at våre saksbehandlere ikke har tilstrekkelig kunnskap om brukernes lovfestede rettigheter», og «[r]isiko for at våre søknadsskjemaer er for kompliserte og vanskelig tilgjengelig for brukeren».²¹⁸⁹ Hver risiko skal så evalueres ut fra sannsynligheten for at den vil inntreffe (fra lite til svært sannsynlig) og alvorligheten av konsekvensen hvis den inntreffer (ubetydelig til alvorlig).

En høy risiko vil altså i forvaltningens begrepsbruk være en *svært sannsynlig alvorlig konsekvens*. Det delegerende organ må i så fall tilpasse sin styring slik at man *unngår* svært sannsynlige alvorlige konsekvenser (og motsatt, være tilbakeholden i styringen hvis det er lite sannsynlig eller lite alvorlige konsekvenser). Dette fremstår i utgangspunktet som

²¹⁸³ Lindøe: «Risikoforståelse og myndighetskontroll.» i Jacob Kringen, Preben Hempel Lindøe og Geir Sverre Braut red.: *Risiko og tilsyn*, Universitetsforlaget, 2012, s. 54—77, s. 59—62. Bl.a. gis en oversikt på s. 61 om hvordan risikobegrepet benyttes i ulike fagdisipliner som skiller mellom ulike basisenheter, metoder, fokusområder, anvendelsesområder, samt instrumentell og sosial funksjon.

²¹⁸⁴ DFØ 2021, Senter for statlig økonomistyring 2006.

²¹⁸⁵ Senter for statlig økonomistyring 2006 s. 7.

²¹⁸⁶ Senter for statlig økonomistyring 2006 s. 31.

²¹⁸⁷ Riksrevisjonen 2022 s. 8.

²¹⁸⁸ Kommunal- og distriktsdepartementet: *Kontrollutvalgsboka, Om rolla og oppgåvene til kontrollutvalet*, 3. utgåve, 2022 s. 42 bruker «... faren for avvik frå til dømes regelverk, mål, vedtak og andre føringar som kommunen har sett for verksemda», uten å definere fare.

²¹⁸⁹ Senter for statlig økonomistyring 2006 s. 44.

rimelige utgangspunkter som gir rom for refleksjoner rundt om styringen er tilpasset behovet for å kontrollere *nok*, og å etterlate tilstrekkelig frihet for delegaten.

Formålet med risikostyring er imidlertid mer ambisiøst: Man beskriver et veloljet maskineri der organisasjonen med presisjon kan «... identifisere, vurdere, håndtere og følge opp risiko slik at risikoen er innenfor akseptert nivå» til enhver tid, og dermed gi «... rimelig grad av sikkerhet for virksomhetens oppnåelse av sine målsettinger.»²¹⁹⁰ Risikobasert styring er ikke bare en måte å tenke om styring av underordnede på, men et teknisk-organisatorisk konsept med sine egne særegenheter.

Om man kan følge prinsippene for risikobasert styring og dermed ivareta det hierarkiske ansvaret beror derfor på hvordan dette organisatoriske konseptet fungerer. Dette beror på en rekke premisser og reiser komplekse teoretiske diskusjoner som jeg ikke kan vie full oppmerksomhet her. Fordi risikostyring er en så veletablert praksis, er det imidlertid nødvendig å gå inn i diskusjonene i noen grad.²¹⁹¹

7.7.8.2 *Risikobegrepet*

Først er det grunn til å nyansere risikobegrepet. En risiko bør i samsvar med aksepterte risikovitenskapelige perspektiver ikke begrenses til å forstås som ‘sannsynlighet pluss konsekvens’ slik statens veiledere gjør. Et slikt begrep nedtoner slike konsekvenser man har *lite eller ingen kunnskap om*. Sannsynlighet handler om hvilken kunnskap vi har, men det er *også* problematisk dersom forvaltningen mangler kunnskap. Risiko bør derfor forstås som *usikkerhet om en fare*.²¹⁹² Usikkerhet er altså det sentrale, og sannsynlighetsvurderinger er (bare) én blant flere måter å tenke om usikkerhet på, som jeg kommer tilbake til nedenfor.

Denne presiseringen er avgjørende i denne konteksten: Et delegerende organ har plikt til å forhindre en sannsynlig konsekvens, men også å forsøke å skaffe informasjon om nye farer

²¹⁹⁰ Senter for statlig økonomistyring 2006 s. 7.

²¹⁹¹ Jeg takker her Martin Mindestrømmen for både tips til litteratur og kvalitetssikring, selv om vurderingene naturligvis foretas for egen regning.

²¹⁹² Aven: *Risiko og risikovitenskap, fortellinger og refleksjoner*, Universitetsforlaget, 2022 s. 58: risiko er «... både uønskede og ønskelige konsekvenser av aktiviteten, og usikkerhet om hva disse konsekvensene vil være.»

man ikke kjenner til fra før.²¹⁹³ For virksomheter i offentlig sektor som håndterer komplekse oppgaver er dette særlig viktig.

7.7.8.3 Fare for negative konsekvenser

Det neste spørsmålet er hva det vil si at forvaltningen må reagere på risiko, altså hvor stor usikkerhet om hvor store farer, som er akseptabelt.

En fare er enhver mulig negativ virkning. Dette er i utgangspunktet enkelt, som at det kan være en fare for brann i fengsler. I praksis er det imidlertid problematisk, fordi risikoanalyse (som brukes i risikostyring) vanligvis forutsetter en *kvantifisering av* den negative virkningen. Dette er ikke problematisk i forbindelse med risikoanalyser som skal avgjøre risiko ved investeringer i bestemte aksjeporteføljer, som er der risikoanalyse stammer fra.²¹⁹⁴ Det er derimot veldig vanskelig å gjøre i offentlig sektor. Hvordan kvantifisere den negative virkningen av myndighetsmisbruk, at en pasient ikke får forsvarlig helsehjelp, eller at et barn ikke blir beskyttet fra voldelige foreldre? Man kan i det hele tatt argumentere for at offentlige goder har *verdighet*, ikke *en pris*.²¹⁹⁵

Som følger av diskusjonen i kapittel 2 punkt 2.2.8 og 2.3 er det imidlertid fullt mulig å konstruere et sammenligningsgrunnlag. Dette innebærer en reduksjon av kompleksiteten og de særegne verdiene som står på spill: Man reduserer for eksempel både myndighetsmisbruk og mangel på forsvarlig helsehjelp til *kostnaden* av å reparere skaden misbruket og mangelen medførte. Dermed kan man treffe beslutninger *som om* det sosiale godet hadde en pris. Dette er naturligvis et normativt og politisk valg, og ikke et teknisk spørsmål. Det er betenkelig hvis man later som noe annet. Risikoanalyse kan derfor bare gi «sikkerhet», ved å begynne med en normativ vurdering av hva man mener er viktige og mindre viktige farer å unngå.²¹⁹⁶ Det må med andre ord slås fast i hvilke tilfeller en negativ

²¹⁹³ Sml. Porter 1995 s. 229: «We find there a pervasive dread of ‘the prejudice of the investigator,’ often a willingness to leave untouched the most important issues in order to deal objectively with those that can be.»

²¹⁹⁴ Se oversikt i Dionne: «Risk Management: History, Definition and Critique», *Cirrelt* 56, 2013, og generelt i Aven 2022.

²¹⁹⁵ Sml. Supiot 2017 s. 135, med sitatet fra Kant: «In the realm of ends everything has either a price or dignity. Anything with a price can be replaced by something else as its equivalent, whereas anything that is above all price and therefore admits of no equivalent has dignity.»

²¹⁹⁶ Riksrevisjonen benytter kriteriene økonomisk betydning, prinsipiell betydning og samfunnsmessig betydning, se Riksrevisjonen 2022 s. 7–8.

konsekvens er *uakseptabel*, noe som drøftes i veilederne både som et spørsmål om «vesentlighet», og et spørsmål om «risikotoleranse».²¹⁹⁷

Dette er *politisk kontroversielle spørsmål*. Noe av poenget og fordelene ved risikostyring og kvantifiseringen denne beror på er derfor å *unngå* de potensielle normative uenighetene, skape stabilitet og dermed mulighet for fremdrift. Ved at organet kan kvantifisere potensielle skader, kan man skape standardiserte prosedyrer for styring og kontroll som har effektivitets- og likebehandlingsgevinster. I en slik forstand kan andre gode grunner tale for å sette en pris på at borgeren blir utsatt for myndighetsmisbruk.

Samtidig skaper risikostyring man en mulighet for at man (normativt) overvurderer risikoer som er 'synlige' i et kvantitativt skjema, slik som risikoer med store økonomiske konsekvenser, alene fordi disse har en høyere kvantitativ verdi. Dermed kan man også ende opp med å forsterke strukturelle ulikheter i samfunnet, ved at enkelte samfunnsgrupper har større økonomiske og politiske ressurser til å drive opp 'kostnaden' av problematisk forvaltning, og vice versa.

En annen utfordring ved fastsettingen av konsekvensens kvantitet, er at man kan overvurdere *politisk* risiko. Veileder i statsstyring uttrykker for eksempel at en «... sentral side av departementenes sekretariatsrolle er å ... unngå at statsråden stilles i forlegenhet.»²¹⁹⁸ Dette bidrar til å styrke tendensen til *risikoaversjon*, eller *overstyring*. Politisk sett vil jo avsløring av problemer være uheldig, og byråkratiets tendens til hemmelighold er betenkelig.²¹⁹⁹ Imidlertid er det ut fra demokratiske prinsipper klart at åpenhet og politiske skandaler *bør frem i lyset*. Risikostyring mangler begrep om hva som er *legitime måter* å håndtere risiko på. Styring kan ikke bare handle om å redusere risiko for

²¹⁹⁷ Senter for statlig økonomistyring 2006 s. 7.

²¹⁹⁸ DFØ 2021 s. 40.

²¹⁹⁹ Luhmann 1993 s. 190: «There are numerous strategies for reducing risk ... They include strictly respecting the distribution of powers and responsibilities, imposing or avoiding the written form; deliberately revealing or concealing the decision making process to facilitate or prevent later reconstruction; and above all involving others to engender privity and, as the case may be, complicity.», Heath 2020 s. 56: «... one of the reasons that "transparency" or "openness" in government is so difficult to achieve is that it runs headlong into one of the oldest and most prized virtues of the civil service, which is secrecy. Secrecy and discretion have historically been regarded as important moral obligations of the civil servant, because they are seen as a way of preserving both neutrality and loyalty of service to the minister.»

negative konsekvenser, men må også være *faglig funderte, demokratiske og rettssikre måter* å håndtere denne risikoen på.

7.7.8.4 Usikkerhet og sannsynlighet

Selv hvis man er i stand til å komme til enighet om et måltall for de konsekvensene man mener det kan være fare for, blir det neste spørsmålet hvordan man kan vurdere hvilke farer man bør forsøke å avverge, hvilke man kan la være å bry seg med, og hvilke man er usikker på om eksisterer overhodet.

Som et utgangspunkt er det, med Søvig, viktig å skille mellom spørsmål om *bevis*, og spørsmål om *prognoser*.²²⁰⁰ Prognoser bygger på et *prognosetema* og en *prognosevurdering*. Prognosetemaet er det man forsøker å prognostisere om vil inntreffe i fremtiden, *prognosevurderingen* er graden av sikkerhet for at prognosetemaet vil inntreffe. *Prognosesterskelen* angir hvor stor grad av sikkerhet man må ha.²²⁰¹ Dette svarer i hovedsak til bevisteoriens skjelninger mellom henholdsvis bevisetema, bevisvurdering og beviskrav, med den forskjell at bevis handler om *fortidige* mens prognoser handler om *fremtidige* forhold.²²⁰²

Prognosevurderingen og terskelen blir av Søvig presisert til å være henholdsvis en beskrivelse av sannsynlighetsgrad, og et krav om en viss sannsynlighet.²²⁰³ Imidlertid kan andre begreper enn sannsynlighet også brukes i prognoser, og videre, det er viktig å presisere hvilket sannsynlighetsbegrep man bruker. Dette har nemlig stor betydning for å vurdere om det er mulig å gi gode prognoser.²²⁰⁴

Sannsynlighet er også et komplekst begrep.²²⁰⁵ For å *måle risiko*, som DFØ forutsetter at man skal, må man ha et *kvantitativt* sannsynlighetsbegrep.

²²⁰⁰ Søvig: *Tvang overfor rusmiddelavhengige: sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Fagbokforlaget, 2007 s. 234.

²²⁰¹ Søvig 2007 s. 270 flg.

²²⁰² Søvig 2007 s. 235: «Den prinsipielle forskjellen mellom bevis og prognose ligger i tidshorisonten.»

²²⁰³ Søvig 2007 s. 277. Søvig nevner også at terskelen kan forstås *som en risikovurdering*.

²²⁰⁴ Søvig 2007 s. 276 drøfter relativt kortfattet at det kan stilles store spørsmål ved «... hvilken treffsikkerhet slike prognoser har.»

²²⁰⁵ I norsk rett er sannsynlighetsbegrepet mest utførlig behandlet, med sikte på bevisreglene, hos Strandberg 2012 s. 345 flg.

I de ovenfor omtalte kildene, virker det videre som om man tenker på et sannsynlighetsbegrep som er *objektivt* og *aletisk*. Dette vil si at begrepet pretenderer å si noe om hvordan virkeligheten *egentlig er* (aletisk) og det vil gjøre dette *uavhengig av* avsenderens oppfatning (objektivt).²²⁰⁶ Det vanligste eksempelet på et slikt sannsynlighetsbegrep er det frekventistiske. Dette begrepet forutsetter at sannsynlighet er lik frekvensen av at en hendelse vil inntreffe gitt et stort (prinsipielt uendelig) antall tilfeller.

Et slikt sannsynlighetsbegrep vil altså innebære at forvaltningens påstand om «stor sannsynlighet» for en bestemt konsekvens, skal forstås som en påstand om hvordan virkeligheten faktisk er, uavhengig av forvaltningens vurdering. Spørsmålet blir da: Er det mulig for forvaltningen å si noe relativt sikkert om hvordan virkeligheten vil bli i fremtiden?

Noen ting er naturligvis ganske sikre, som at det regner i Bergen og Bybanen ikke blir bygd. Det man er ute etter å si noe om er imidlertid mer spesifikke forhold knyttet til negative konsekvenser av forvaltningens virksomhet. Her er det grunn til å være atskillig mer skeptisk til hvor gode prognoser man kan gjøre. Som omtalt (se f.eks. 2.2.10) er forvaltningen *kompleks*. I dette ligger blant annet at prediksjoner om fremtidig utvikling er vanskelig å gjøre. Forvaltningen gjentar ikke den samme virksomheten om igjen og om igjen på en simpel måte som enkelt lar seg predikere.²²⁰⁷ Selv om forvaltningens virksomhet kan standardiseres i noen grad, må den også ta høyde for risikoer som ikke har forekommet før, såkalte «black swans»²²⁰⁸ Sagt annerledes: Skandaler i forvaltningen handler ofte om at noe *uventet* inntraff, og ikke ble håndtert på riktig måte.

Naturligvis må det hierarkiske ansvaret nyanseres i lys av erfaring og historiske data. Men det er problematisk om man forutsetter at styring bare skal foregå i samsvar med historisk data som skal fortelle noe objektivt om verden — ikke minst fordi man lett ender i en spiral der man vet veldig mye om de problemene man allerede kjenner til, men ikke oppdager de nye.

²²⁰⁶ Se Strandberg 2012 s. 348 flg.

²²⁰⁷ Se både Strandberg 2012 s. 355 om unike hendelser, og Aven 2022 s. 26—27. Forvaltningen lar seg heller ikke på en god måte dele opp i en klasse, f.eks. «alle saksbehandlere».

²²⁰⁸ Se generelt den innflytelsesrike boken Taleb: *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, Random House, 2007.

Man må derfor i det minste supplere med *subjektive* sannsynlighetsbegreper. Subjektiv sannsynlighet betyr at sannsynlighet er et begrep om hvor overbevist en person er om at noe vil skje.²²⁰⁹ Beviskravet i sivile saker krever for eksempel at dommeren er mer overbevist om at As versjon er bevist enn at Bs versjon er bevist. En utfordring med subjektiv sannsynlighet er at den nødvendigvis må avklares via introspeksjon (eventuelt intersubjektiv introspeksjon blant et kollegium). Hvordan man eventuelt *tallfester* et slikt introspektivt faktum, er ganske uklart og omdiskutert.²²¹⁰ Hvordan personer oppfatter sikkerhet og usikkerhet varierer sterkt.

Et bedre alternativ er epistemisk eller kunnskapsmessig sannsynlighet, som er en versjon av subjektiv sannsynlighet. Dette begrepet forstår sannsynlighet som en relasjon mellom informasjon og en aktørs vurdering av sannsynligheten.²²¹¹ I sammenheng med risikostyring bruker Aven begrepet for å betegne sammenhengen mellom en persons tro på noe, og den informasjonen denne troen bygger på.²²¹² Stor sannsynlighet betyr derfor en *kunnskapsmessig velfundert* tro på at noe vil skje. Det avgjørende blir dermed kvaliteten på, omfanget av, og forutsetningene som ble lagt til grunn ved innhenting av informasjonen. Hva som er god og dårlig kvalitet på kunnskap, er naturligvis også i vesentlig grad et skjønsspørsmål, men i ideelle situasjoner kan det sikres en intersubjektiv vurdering basert på felles standarder innenfor et kollegium.²²¹³ Et utsagn om at jeg tror X er sannsynlig, beskriver i så fall at jeg *tror* det er sannsynlig at X vil inntreffe, og at jeg mener å ha *godt kunnskapsmessig grunnlag* for dette.

En prognose om at X-konsekvens sannsynligvis vil inntreffe, bør altså forstås som en påstand om at et organ selv har kunnskapsmessig velfundert tro på at faren vil eller ikke vil inntreffe. Prinsipielt sett betyr dette at risikovurderinger bør synliggjøre hvilken kunnskap de bygger på, og redegjøre for hvorfor man mener denne kunnskapen er god eller dårlig. Dette er *kompliserte*, men ikke *tekniske* spørsmål.

²²⁰⁹ Strandberg 2012 s. 355—359.

²²¹⁰ Sml. Strandberg 2012 s. 359—360.

²²¹¹ Se drøftelsen av begrepet i en bevissteoretisk kontekst i Strandberg 2012 s. 363 flg.

²²¹² Aven 2022 s. 116.

²²¹³ Aven 2022 s. 97, se bl.a. også Porter 1995 s. 72 flg. om kvantifisering av kunnskap som en utpreget politisk prosess, se også s. 149: «... economic quantification grew up not as the natural language of a technical elite, but as an attempt to create a basis for mutual accommodation in a context of suspicion and disagreement. The regime of calculation was imposed not by all-powerful experts, but by relatively weak and divided ones.»

Samtidig blir det med dette klart at risikoanalyse i forvaltningen *ikke egentlig handler om å gi prognoser*, forstått som fremtidsspådommer om hvordan verden vil utvikle seg.²²¹⁴ I den grad aktørene selv mener de driver med slike prognoser, så er det en unyansert forståelse av sin egen praksis.²²¹⁵ Risikostyring kan derfor også gi en *falsk trygghet*, særlig dersom man glemmer at risiko ikke egentlig handler om sannsynlighet, men om usikkerhet. Sannsynlighet er bare ett av flere mål på slik usikkerhet.

Dette betyr ikke at forvaltningen ikke skal forsøke å prognostisere og fastlegge sannsynligheter. Poenget er bare at prognosene ikke er *tilstrekkelige* for å rettferdiggjøre en bestemt vurdering. De må derfor suppleres med normative begrunnelser for hvorfor noe er *god nok sikkerhet for* at beslutningen er korrekt.

7.7.8.5 Risikoanalyse som struktur for å foreta prioriteringer

Med alle disse presiseringene mener jeg egentlig likevel at risikostyring gir en god struktur for å prioritere mellom hvor omfattende styringen med en delegat bør være, hvis det forstås som en prosess som skal *forbedre organets normative valg og vurderinger*, og ikke anses som en teknisk øvelse. Prosessen vil da se noenlunde slik ut, og kan foretas av det delegerende organ alene, eller i samarbeid med delegaten.²²¹⁶

- (1) Første steg er å vurdere *mulige farer*. Samtidig må man angi en vurdering av hvilke farer man *normativt sett mener er viktige å rette oppmerksomhet mot*, og synliggjøre dette kvalitativt eller kvantitativt. Poenget er at man *sammenligner* ulike farer, og rangerer hvor normativt viktig man mener det er å unngå slike farer. En skoleeier vil for eksempel rangere faren for mobbing på skolene som større enn faren for manglende moro i friminuttet. Som eksempelet illustrerer, er det nødvendig i slike vurderinger å ta hensyn til *positive virkninger* av å akseptere risiko.
- (2) Andre steg er å vurdere *usikkerhet om faren*. Dette innebærer en vurdering av hvilke farer man har kunnskap om, og hvilke farer man ikke har kunnskap om. Avhengig av om man har kunnskap eller ikke blir neste skritt forskjellig.

²²¹⁴ Aven 2022 s. 60: «En risikobeskrivelse er noens (risikoanalytikerens) vurdering av risiko. Det er ikke sannheten om risiko, men noens vurderinger av sannheten, altså hva som vil skje.»

²²¹⁵ Aven 2022 s. 26: «Risikovitenskapen forklarer imidlertid at dette tallet ikke uttrykker sannheten, hva som vil skje i framtiden, men er en vurdering basert på modeller og analyser, støttet av mer eller mindre sterk kunnskap.»

²²¹⁶ I DFØ 2021 s. 20 forutsettes det at overordnet organ skal fastsette risikotoleransen/normativt vurdere de ulike farene.

- (3) Hvis man mangler kunnskap, blir spørsmålet om man *bør hente inn kunnskap*. Dette beror delvis på den normative evalueringen i (1), og delvis på om det er hensiktsmessig eller mulig for organet å hente inn kunnskap om faren, eller gjøre noe med den. Det kan tenkes en fare for at en meteoritt treffer jordkloden, men Finansdepartementet er hverken riktig organ til å forsøke å gjøre noe med en slik fare, eller til å samle inn kunnskap om den.
- (4) Hvis man *har kunnskap*, kan man gå over til en vurdering av *sannsynlighet*. Dette beror på en vurdering i to skritt.
- a. Først må man vurdere *hvor god* kunnskapen man bygger vurderingene på er. Denne vurderingen beror egentlig på en underliggende vurdering av hvilken type kunnskap man mener er god kunnskap. Ideelt sett bør man derfor begrunne og ta stilling til hvilken type kunnskap man mener er god kunnskap. Følger man den vanlige hierarkiseringen med dobbeltblinde eksperimentstudier som gullstandard, eller opererer organet i en postnormal vitenskapstradisjon? Måten man angir dette på er ved å *angi usikkerhet*. Dårlig eller manglende kunnskap gir høy usikkerhet, og vice versa.
 - b. Deretter må man vurdere og redegjøre for hva man mener den (gode eller dårlige) kunnskapen tilsier, og angi en sannsynlighet. Høy sannsynlighet svarer da til god kunnskap om at noe vil skje, lav sannsynlighet svarer til god kunnskap om at noe vil skje. Dårlig eller manglende kunnskap handler om usikkerhet, ikke sannsynlighet.
- (5) Når man til slutt angir «høy risiko» angir man dermed *tro, basert på god kunnskap om at en normativt viktig negativ konsekvens vil inntreffe*.²²¹⁷
- (6) Til slutt må man bruke denne vurderingen som grunnlag for å styre. Det vil innebære å velge mellom alternativer: Å iverksette tiltak for å forhindre at fare oppstår, å skaffe mer kunnskap, eller å akseptere risikoen.

Risikostyring som prosess, forstått på *denne* måten, handler om å *foreta og klargjøre grunnlaget for normative vurderinger* av hvilke sider av det delegerende organs virksomhet som bør underlegges tettere styring. Et organ som styrer basert på slike velbegrunnede vurderinger vil være godt på vei i retning av å innfri sitt hierarkiske ansvar. I praksis er det

²²¹⁷ Det kan også diskuteres om mangel på kunnskap (usikkerhet) i visse tilfeller i seg selv kan lede til en konklusjon om høy risiko.

snakk om en deliberativ- og prosessuell organisering av arbeidet med å ivareta det hierarkiske ansvaret som tar høyde for både usikkerhet og betydningen av politiske og normative vurderinger. Spesielt effektivt vil det riktignok neppe være, som Tesaker fremhever.²²¹⁸

Det er samtidig grunn til å være skeptisk til om virkeligheten er den samme som et slikt ideal som her ble beskrevet. Risikostyringens faktiske funksjon er å *løse* kollektive handlingsproblemer, ikke gjøre dem større. Diskusjonene risikostyring legger opp til i dagens veiledere er derfor i liten grad normative diskusjoner. De er tekniske diskusjoner der bestemte profesjoner har definisjonsmakt, hvor visse aspekter av styringen blir viktigere enn andre, og hvor risikoen for strukturelle skjevheter i styringen oppstår.

Kanskje den viktigste utfordringen er at risikostyring, med sitt fokus på kvantifiserbare størrelser, fortrenger *rommet for tverrfaglig diskusjon om hvordan styringen bør foregå*. Nordrum fremhever at noe av det samme skjer når lovutvalg blir bedt om å begrunne sine tiltak med årsak-virkningsanalyser, nemlig at de kvantitative analyseformene «... fortrenger møtesteder og arbeidsmåter som har vist seg å gi helhetlige forslag ...»²²¹⁹ Å kvantifisere konsekvenser kan derfor heller bli et *hinder for* å legitimere det delegerende organs skjønnsutøvelse.²²²⁰

7.7.8.6 Oppsummering

Risikobasert styring vil kunne fungere som en måte å strukturere styringen av delegaten, men slik dette organisatoriske konseptet beskrives på i dagens veiledere har det svakheter. Den ideelle versjonen jeg har skissert forutsetter en synliggjøring av de normative prioriteringene som det delegerende organ gjør i sin styring, og forhold det er knyttet usikkerhet til i styringen. Derimot er det betenkelig hvis man overdriver mulighetene som finnes for å oppnå sikkerhet om styringen og kontrollen med delegaten.

²²¹⁸ Se imidlertid Tesaker 2015 s. 115: «Over hundre slike risikoevalueringer tar tid, i et grundig organ som departementet er.»

²²¹⁹ Nordrum 2019 s. 521.

²²²⁰ Sml. Supiot 2017 s. 170.

7.7.9 Oppsummering

Vurderingene hittil leder frem til at det delegerende organs ansvar er komplekst og må fastsettes på bakgrunn av en bred vurdering. Kjernen i ansvaret er likevel at delegerende organer ikke skal kunne overlate ansvar til delegater, og de må derfor sikre at formålet med delegeringen faktisk blir realisert ved hjelp av styrings- og kontrollmekanismer som er tilpasset den bredere konteksten delegaten inngår i.

7.8 Oppsummering

Dette kapittelet har drøftet et begrep om delegerende organers *hierarkiske ansvar*, jf. 7.2. Begrepet om det hierarkiske ansvaret ble utviklet på bakgrunn av en immanent kritikk av tidligere oppfatninger, som særlig hadde orientert spørsmål om styring og kontroll rundt *statsrådens* ansvar og formelle instruksjonsmyndighet på den ene siden. På den andre siden opererte man med en *spalting* i de forvaltningsorganene som skulle bedrive hierarkisk styring, som i lys av det differensierte ansvaret særlig kunne skape risiko for overstyring. Disse diskusjonene hadde røtter helt tilbake til det juridiske begrepet om organisering (jf. 2.2.1). Svaret på det rettslige spørsmålet burde kunne uttrykkes som at det delegerende organ har et ansvar for å sikre at delegaten kan realisere sin demokratiske egenverdi. Dette forutsetter at det delegerende organ inntar en aktiv holdning til delegaten, anerkjenner at delegaten står overfor upersonlige maktstrukturer den ikke rår over, men likevel har etablert en egenlogikk og institusjonell materialitet for å bidra til fellesskapet, og styrer delegaten på den bakgrunn (jf. 2.4.7). Dermed må det delegerende organ sikre både kontroll, og autonomi.

Jeg konkluderte med at det fantes klare holdepunkter for en alminnelig regel om et slikt ansvar, herunder et minstekrav om visse styringsmuligheter som betingelse for selve delegeringen, se 7.3. Jeg forsøkte deretter å utvikle denne alminnelige regelen i lys av det begrepet som ble utviklet innledningsvis.

Jeg argumenterte først for et krav til å innhente informasjon av vesentlig betydning for bruken av delegert myndighet, jf. 7.4. Dette bør fortrinnsvis være informasjon som er tilpasset allerede kjent kunnskap, og det delegerende organs evne til å evaluere informasjonen. I lys av diskusjonen av *risikostyring* kan man si at informasjon må innhentes dersom det foreligger usikkerhet om delegeringens formål ivaretas. Dersom det delegerende

organ oppdager problematiske forhold må de vanligvis bruke *instruksjonsmyndigheten* eller klage- og omgjøringsmyndighet for å forhindre fremtidige problemer, jf. 7.5.

Omfanget av ansvaret det delegerende organ har til å styre og kontrollere må samtidig tilpasses regulering av organets uavhengighet, typen organ det er delegert til, formålet med delegeringen, om andre organer eller institusjoner kontrollerer delegatens virksomhet, og kompleksiteten i den virksomheten som har blitt delegert jf. punkt 7.7. Samtidig må ansvaret innebære en forpliktelse til å sikre at delegaten har nok autonomi til å løse den ansvarsoppgaven som ble tildelt. Innenfor offentlige virksomheter er det nok dette aspektet av ansvaret som er minst ivaretatt.

I løpet av kapittelet har jeg også løpende forsøkt å poengtere at det eksisterer visse problemer knyttet til *gjennomskiktigheten* i styringsdialogen mellom ulike organer, og den innflytelsen som styringsprofesjonene utøver som ledd i det hierarkiske ansvaret.²²²¹ En økt ansvarliggjøring av disse aktørene kan muligens bidra til både å redusere den samlede styringen, og å bidra til økt demokratisk legitimitet for styringen av lavere nivåer i forvaltningen.

Begrepet om det hierarkiske ansvaret er på denne bakgrunn et sentralt element ved delegeringsbegrepet. Begrepet inneholder og kobler sammen og bygger på de tidligere begrepene om personell hjemmel, delegeringens formål, og det differensierte ansvaret. Samlet sett forklarer og presiserer begrepet om det hierarkiske ansvaret derfor at delegering er en *form for tildeling av ansvar* som begrenser seg til å kunne gjøre organisatoriske endringer *innenfor hierarkiske rammer* (jf. også 8.2).

²²²¹ Se 7.2.3.6, 7.4.5, 7.5.3.7 og 7.5.5.

8 Konklusjon

8.1 Oppsummering

8.1.1 Problemstillingene, og sammenhengen mellom dem

Hovedproblemstillingen er: Hvilke alminnelige regler gjelder for og ved delegering etter norsk rett? Spørsmålet har som underproblemstillingen lød, blitt forsøkt drøftet i lys av hvilken innvirkning selve delegeringsbegrepet har på utformingen av disse reglene og de institusjonelle analysene av de begrepsmessige forutsetningene som reglene hviler på. Samtidig har spørsmålet blitt drøftet i lys av hvilken makt delegering skaper i moderne samfunn, en diskusjon som samtidig viste at retten selv er del av den makten delegering skaper. Samtidig ble det da også klart at retten ikke hadde fanget opp all makten delegering skaper, i noen grad på grunn av selve organiseringen av juristers rolle i forvaltningen. Dermed har avhandlingen forsøkt å synliggjøre at hva de alminnelige delegeringsreglene er, beror på en kompleks veksling mellom rettens interne begrepsmessige strukturer og forholdet til upersonlige maktstrukturer utenfor retten (jf. 3.5.8).

Avhandlingen har spesielt forsøkt å vise at det juridiske perspektivets *begrepsmessige* svakheter, også reflekterer *rettens* sosiale situasjon. Fraværet av dypere sammenhenger i det juridiske begrepet om organisering reflekterer at jurister sjeldnere tildeles ansvar for å organisere, og å skape styringssystemer. Denne situasjonen beror imidlertid også på maktforhold retten bidrar til å skape og reproducere. Spesielt har jeg problematisert at styringsprofesjonene i forvaltningen i begrenset grad er i stand til å integrere den demokratiske egenverdien i lavere nivåers organisasjoner, i sin styring av disse nivåene. Den upersonlige makten som demokratiske kontrollformer skaper beror på atter andre momenter, men jeg har vist at det eksisterer et rom, og forsøkt å synliggjøre måten det strukturelle nivåets forrang snevrer det inn.²²²² Fraværet av et mer utviklet begrep om den demokratiske egenverdien i forvaltningens organisering, er derfor en refleksjon av at det moderne samfunnet reduserer rettens rolle til et instrument for upersonlig makt.

²²²² Jf. 2.2.7 og 2.3.10 og 2.4.7., se bl.a. ellers diskusjonen i 4.2, 5.2, 6.1.5 og 7.2

8.1.2 Delegeringsbegrepets omfang og personelle hjemler

Kapittel 4 begynte med en begrepsanalyse der jeg viste at man i har bygget på et formelt og instrumentelt begrep om delegering og organisering. Begrepene ble vist å bero på en bestemt arbeidsdeling mellom juridiske og økonomisk-administrative aktører innenfor forvaltningen. De juridiske begrepene hadde ikke fanget opp vesentlige sider ved velferdsstaten og nettverksstaten (jf. også 2.3). Jeg argumenterte på den bakgrunn for et begrep om delegering som enhver tildeling av et offentlig ansvar fra et organ til et annet. Begrepet reflekterer at organisering burde være et viktig spørsmål i hele forvaltningen, og ikke bare de som tar form som det klassiske byråkratiet. Delegeringsbegrepet kunne på den bakgrunnen utvides, og gjøres til en inngang til den rettslige tenkningen om organisering i hele forvaltningen.

Utvidelsen av begrepets betydning ble videre satt i sammenheng med begrepet om personell hjemmel. Å delegerer kan da forstås som en måte å tildele personell hjemmel på. Praktikere har også anerkjent en likhet mellom situasjonene, og dermed gitt grunnlag for den kritikken jeg gjennomførte tidligere jf. kapittel 4 punkt 4.2.5. Dermed kunne jeg også utvikle analysen på nivået for alminnelige regler.

Avhandlingen har videre pekt på at kravet om personell hjemmel, forutsetter normer for tolkningen av slike hjemler. Jeg har derfor utviklet flere retningslinjer for en slik tolkning, men den prinsipielt viktigste er avveiningen av faglig autonomi og rettssikkerhet mot behovet for politisk ansvar og styring. Det skal samtidig klare holdepunkter til for å *innfortolke* en slik hjemmel, ettersom den normalt kan *tildeles ved delegering* (og altså ikke behøver å bli ervervet ved tolking), jf. kapittel 4 punkt 4.4.

8.1.3 Rettslige grunnlag for delegering

Kapittel 5 videreførte den kritiske holdningen til et instrumentelt og formelt begrep om delegering og organisering — og fremhevet særlig verdien av et mer sammensatt begrep om formålet med å delegerer og å organisere, jf. punkt 2.2.10 og 5.2. Man har vurdert hvordan delegering påvirker juridiske relasjoner, og om man eventuelt kan (juridisk) styre. Utfordringen er at man ikke delegerer av juridiske grunner. For å kunne vurdere når man skal delegerer må derfor retten bevege seg ut av sine egne rammer, og vurdere de

demokratiske og faglige fordelene og ulempene ved å delegere, så langt som mulig på disse demokratiske og faglige perspektivenes egne premisser.

De interne utfordringene i rettens begrep kan samtidig forstås i lys av en bestemt sosial kontekst, hvor man på den ene siden har politikere som bruker organisatoriske reformer som en måte å handle politisk uten å forplikte seg til et bestemt eller tydelig politisk program. På den andre siden er det styringsprofesjonene i departementet som får innflytelse og makt over de organisatoriske reformene, og disse aktørenes systemer vil ikke kunne angi hva organisasjonenes formål skal være. I noen tilfeller ender man derfor med forvaltningsorganer som reformeres ut fra at de skal passe inn i etablerte styringsstrukturer, heller enn selvstendige innholdsmessige grunner. Dermed forsterkes problemet på nytt, fordi det i et juridisk perspektiv blir enda vanskeligere å avgjøre hva som er formålene med å delegere, når formålet ikke angis. Også denne kritikken var grunnlagt på praktiseres rettsanvendelse, som fra et juridisk perspektiv har opptrådt overdrevent pragmatisk, men samtidig viser pragmatismens fordeler.

Jeg formulerte derfor en alminnelig norm for å vurdere delegeringer, på bakgrunn av om oppgaven vil *løses bedre*, enn dersom delegeringen ikke ble foretatt., jf. 5.7. Fra et juridisk perspektiv vil en slik vurdering ta utgangspunkt i både politisk-fastsatte formål med å organisere et organ på en bestemt måte, og de selvstendige faglige grunnene man har til å velge en slik organisering for å nå et bestemt mål (jf. også foran i 2.4.3).

Denne vurderingen kan antakeligvis ses som en presisering av det som tidligere var den ulovfestede delegeringslæren. Likevel pekte jeg også på at denne læren burde ses i lys av generelle og etablerte, lovfestede, delegeringsgrunnlag. Jeg stilte meg samtidig kritisk til visse tolkninger av disse rettslige grunnlagene, særlig den utvidende tolkningen av Grl. § 3, og endringene av kommuneloven i 2016, jf. punkt 5.4.2 og 5.5 som jeg var kritisk til fordi de ikke tolket bestemmelsene i lys av at de var uttrykk for *hierarkiske* utgangspunkter.

I lys av behovet for et klarere begrep om formålet med å delegere, så argumenterte jeg også for en forståelse av både utredningsinstruksen og alminnelig forvaltningsskikk som i noen grad ga grunnlag for å kreve at delegeringer burde begrunnes. Imidlertid pekte jeg også på at man behøvde reform som stiller nærmere krav til delegeringenes begrunnelser, med mer.

8.1.4 Forvaltningens differensierte ansvar

Kapittel 6 begynte med å analysere antakelsen om at ansvar ikke kunne delegeres. En måte å forstå antakelsen på ble kritisert, fordi delegering er lovlig selv om man skaper situasjoner der det delegerende organs ansvar påvirkes av delegeringen, som ble vist i analysen av nesten samtlige ansvarsformer jf. kapittel 6 punkt 6.1.4.

Jeg fremhevd derfor at fremveksten av nye styringsteknologier og ansvarsformer har gjort at denne antakelsen burde nyanseres (jf. også 2.2.9 og 2.4.5). Jeg viste at det ikke fantes holdepunkter for å si at det var et krav til beslutningen om å delegere, at ansvar ikke ble påvirket. Derimot argumenterte jeg for at den enkelte ansvarsformen, som det konstitusjonelle eller erstatningsrettslige ansvaret, kunne forsøke å kompensere på ulike måter for at ansvar i utgangspunktet ble påvirket ved delegering. Dermed viste jeg at antakelsen om at delegering ikke kan påvirke ansvaret berodde på et snevert begrep om ansvar, som ikke tok høyde for at forvaltningen har et *differensiert ansvar*, og at forvaltningsretten ikke kunne håndtere alle disse ansvarsformene. Derimot kunne den enkelte ansvarsform innebære krav til delegeringene.

Det gav samtidig rom for å fremheve at en slik ordning kunne være hensiktsmessig, fordi de ulike ansvarsformene forvaltningen er underlagt, kan være begrunnet på ulike måter jf. kapittel 6 punkt 6.1.5. Dermed kan ulike ansvarsformer skape ulike press i forvaltningen (jf. 2.2.9).

Først viste jeg at det *konstitusjonelle* ansvaret kan avskjæres ved delegering, og at man historisk sett har forsøkt å bøte på avskjæringen ved å sikre statsrådets instruksjonsmyndighet og styringsmuligheter. Kravene var begrunnet i at statsråden i så fall kunne stilles for riksrett, prinsipielt og i siste instans som unnlattende medvirker. Ved reformen i 2007 tapte man forsøkene på å kompensere av syne, og regulerte riksretten på en uhenktsmessig måte som jeg kritiserte, jf. kapittel 6 punkt 6.2.4.

Videre viste jeg at det *parlamentariske* ansvaret ikke kan avskjæres ved delegering, fordi ansvaret beror på politiske vurderinger. En rendyrking av det politiske elementet har vært omdiskutert, men jeg synliggjorde særlig i lys av diskusjonene om maktbegrepet at statsrådets direkte styringsmuligheter både er og burde være uten betydning for den

juridiske forståelsen av ansvaret (jf. 2.2, 2.4.5 og 2.5.7). Statsrådets personlige makt beror på upersonlige maktstrukturer, og det påhviler staten et ansvar i måten vedkommende enten bruker disse aktivt og deltar i reproduksjonen av dem. Samtidig er det politiske systemets innflytelse på forvaltningen avhengig av å kunne bruke det parlamentariske ansvaret på en slik måte. Man kan derfor si at politikkenes upersonlige makt beror på å kunne stille statsråden til ansvar for hierarkiets upersonlige makt (jf. også 7.2.3).

Diskusjonene om *rammeansvar* i forvaltningsrettslitteraturen kunne derfor ses som å bero på en underliggende sammenblanding av den politiske og hierarkiske makten, og fraværet av en ansvarsform for sistnevnte. I kapittel 7 blir denne ansvarsformen utviklet (jf. 7.2).

Erstatningsansvaret vil som utgangspunkt også avskjæres ved at delegaten foretar den skadegjørende og ansvarsbetingende handlingen (jf. 6.5). Erstatningsretten har imidlertid kompensert for denne nedsiden ved det erstatningsrettslige arbeidsgiveransvar og organansvaret, og et langt på vei mer sammensatt begrep om virksomhet. Jeg viste særlig at arbeidsgiveransvaret stiller krav til det delegerende organ *som virksomhet*, og et aspekt av de forventningene man kan ha til organet vil være at det må kontrollere og styre sin delegat, jf. kapittel 6 punkt 6.5.4. I tillegg vil det delegerende organ hefte på grunnlag av *oppdragsgiveransvar*, som kan gjøres gjeldende overfor delegerende organer på grunnlag av den særlig nære tilknytningen mellom delegerende organ og delegat, jf. kapittel 6 punkt 6.5.6. Helt kortfattet gikk jeg også inn på det strafferettslige foretaksansvar, og viste at lignende kompenserende mekanismer finnes der, jf. kapittel 6 punkt 6.6. Det prosessrettslige ansvaret ble derimot avskjært i noen grad, ved delegering, jf. kapittel 6 punkt 6.4.

Delegering kan også ha *derogatoriske virkninger*, i form av at regler som gjelder for det delegerende organ, ikke gjaldt for delegaten, jf. kapittel 6 punkt 6.7. I tillegg til å endre reguleringsteknikk fra institusjonell til funksjonell angivelse av normers virkeområde, pekte jeg på tre mulige løsninger. Den første var tolkning av regelen, den andre var avtale om at delegaten følger regelen, og den tredje var aksept for derogasjonen fordi det eksisterer andre kompenserende regler.

Den alminnelige regelen er derfor at delegering *kan* medføre at man overlater ansvar (*når* man *tildeler*, jf. 4.2.4). Poenget er likevel at delegering ikke burde skje uten at avskjæringen av ansvar eller ansvarspulveriseringen *kompenseres for* på en måte som er tilpasset den spesifikke ansvarsformen.

8.1.5 Det delegerende organs ansvar for å styre og kontrollere sin delegat

I kapittel 7 diskuterte jeg det hierarkiske ansvaret til delegerende organer. Som andre forfattere ser jeg det som nødvendig at det delegerende organ skal ha et særlig ansvar for å styre og kontrollere sin delegat. I så fall må det delegerende organ ha styringsmuligheter, og styringsmulighetene kan man regulere som minstekrav til beslutningen. Imidlertid viste jeg at formålet egentlig har vært å sikre krav til *gjennomføringen* av delegeringen, og det delegerende organs substansielle styring og kontroll med delegaten. Formålet har vært forsøkt ivaretatt ved å kreve at statsråden skal kunne styre (jf. også 6.2.2), men som både Opsahl og Sand peker på sikrer slike minstekrav bare en svært begrenset innflytelse. Derfor argumenterte jeg for et begrep om en selvstendig hierarkisk ansvarsform, som skaper krav til hvordan delegeringen gjennomføres.

I lys av at den moderne forvaltningens styringsstrukturer har blitt supplert med ulike styringsteknologier, har jeg samtidig argumentert for at begrepet om hierarkisk ansvar må ta høyde for at det enkelte forvaltningsorgan ikke blir underlagt for store krav. Det hierarkiske ansvaret bør derfor også forstås som et ansvar for å sikre autonomien til delegaten (jf. også foran i 2.4.7).

Min kritikk av begrepet om hierarkisk styring fremhevet derfor at begrepet er nødt til å romme to dimensjoner: Det delegerende organ må sikre tilstrekkelig styring og kontroll med delegaten til at formålet med delegeringen blir oppnådd. Samtidig må det delegerende organet beskytte delegatens autonomi mot trusselen om overstyring fra både det delegerende organet selv, og fra aktører i delegatens miljø som risikerer å undergrave delegatens autonomi.

Disse begrepsmessige utfordringene reflekterer på den ene siden at styringsprofesjonenes innflytelse og makt som mellomledd mellom politiske aktører og de lavere nivåene ikke har blitt institusjonalisert. Disse aktørenes betydning har vokst, samtidig som konsekvensene

av deres beslutninger bæres av fagpersoner i første, og politikere i siste instans. Retten har derfor ikke klart å fange inn den makten disse aktørene utøver og den upersonlige som de reproduserer. Fraværet av et eget hierarkisk ansvar kan derfor ses i sammenheng med rettens begrep om makt, jf. foran i 2.2.1.

Makten og innflytelsen som disse aktørene utøver, utøves samtidig relativt *ugjennomsiktig*. Samtidig beror den på arbeidsdelingen mellom juridiske og samfunnsvitenskapelige eller økonomiske aktører innenfor sentralforvaltningen jf. punkt 4.2.3 og 7.2.3.2. Begrepet har bare vært utviklet av jurister, fordi jurister i begrenset grad selv *har* et slikt ansvar. Retten har begrenset seg til å peke på formelle sidene av saken, og overlatt de substansielle til andre styringsprofesjoner (jf. også rekkefølgen i 2.2). Samtidig bidrar styringsteknologienes egenskaper til å fremstille bestemte beslutningsprosedyrer med slagsider og implisitte verdivurderinger som et spørsmål om teknikk. Av den grunn blir styringsprofesjonenes makt enda mindre gjennomsiktig — hvilket også forklarer at retten ikke har fanget opp og stilt klare legitimitetskrav til denne makten.

Likevel vil ikke en ren konflikt mellom den juridiske og de økonomisk-administrative perspektivene løse noen av utfordringene — denne konflikten er kanskje like ofte opphavet til problemene i utgangspunktet. I stedet for dragkamp er det nødvendig med en nærmere refleksjon rundt dilemmaene som den upersonlige makten til den hierarkiske kontrollen skaper, og særlig hvordan den hierarkiske styringen kan ta høyde for de lavere organenes organisatoriske særtrekk og egenverdi (jf. 2.4.7).

I kapittel 7 er derfor selve det rettsdogmatiske problemet et spørsmål om å plassere den juridiske og demokratiske kontrollen med lavere nivåer i moderne samfunn, som i sin tur beror på alle de forutgående diskusjonene i avhandlingens teori- og metodekapittel, sammen med de forutgående diskusjonene i avhandlingens dogmatiske deler.

Spørsmålet ble deretter hvilket ansvar det delegerende organ etter gjeldende norsk forvaltningsrett har for å kontrollere og styre delegater. Basert på begrepsanalysen argumenterte jeg deretter for at det i utgangspunktet gjelder en alminnelig regel om at delegering skaper et selvstendig hierarkisk ansvar for det delegerende organet, til å følge opp selve gjennomføringen av delegeringen. Et slikt hierarkisk ansvar forutsetter også at

visse *minstekrav* er innfridd, jf. kapittel 7 punkt 7.6, forut for delegeringen. Ansvarets kjerne består av et krav om å sikre demokratisk forankring, herunder at juridiske krav overholdes, på den ene siden. På den andre siden må delegatens virksomhet også beskyttes mot sine omgivelser, og mot det delegerende organets egen overstyring. Det mangler i dag en selvstendig institusjon som kan håndheve et slikt ansvar, men andre institusjoner kan håndheve ansvaret indirekte, eller ansvaret kan håndheves uformelt. Likevel er det ønskelig med reform, slik at man særlig kan ta styringsprofesjonenes rolle på større alvor.

I den nærmere utpenslingen presiserte jeg først at det gjelder visse minstekrav til styringen, som må være på plass forut for selve beslutningen om å delegerere. Det delegerende organ må ha muligheten til å instruere og ha mulighet til å samle inn informasjon om delegaten, i relativt stor utstrekning. Det delegerende organ må videre være skikket til å vurdere informasjonen og å bruke styringsmulighetene sine, jf. kapittel 7 punkt 7.4.3. En viktig konsekvens av minstekravet er at man i større grad må sikre at delegering til private eller foregår innenfor tydeligere *kontraktsrettslige* rammer, jf. kapittel 7 punkt 7.5.3.6. Disse spørsmålene kan også ses i sammenheng med kapittel 5.

Det hierarkiske ansvarets kjerne er et krav til gjennomføringen av delegeringen, og bør ses i forbindelse med begrunnelsen om å delegerere jf. kapittel 5 punkt 5.7.3. Prinsipielt skal det delegerende organ sikre at formålet med delegeringen blir oppnådd, og at nedsidene motvirkes. Det delegerende organ må sikre at delegaten opptrer på lovlig måte, i samsvar med faglig forsvarlig praksis, samtidig som det har tilstrekkelige ressurser til å håndtere de tildelte oppgavene sine.

Det delegerende organs hierarkiske ansvar er komplekst, fordi den overordnede styringen må ta utgangspunkt i det komplekse miljøet som det lavere nivået inngår i. Hovedpunkter i vurderingen er imidlertid noe som foregår på bakgrunn av grad av uavhengighet, typen organ det delegeres til, etablerte kontroll- og styringsordninger og vurderinger av risiko vil spille en rolle. Kjernen i ansvaret er likevel at delegerende organer ikke skal kunne *overlate* ansvar til delegater og pulverisere det ved hjelp av organisatorisk autonomi, jf. kapittel 6. Det delegerende organ må derfor sikre at formålet med delegeringen faktisk blir realisert ved hjelp av styrings- og kontrollmekanismer som er tilpasset den bredere konteksten delegaten inngår i.

Begrepet om det hierarkiske ansvaret inneholder og kobler sammen de tidligere begrepene om personell hjemmel, delegeringens formål, og det differensierte ansvaret, som igjen bygger videre på avhandlingens teoretiske perspektiver. Samlet sett forklarer og presiserer begrepet om det hierarkiske ansvaret derfor at delegering er en form for tildeling av ansvar som begrenser handler om å kunne gjøre organisatoriske endringer som opprettholder en tydelig demokratisk forankring, men samtidig gjør det mulig for delegaten å gjøre sin egen innsats for fellesskapet.

Som diskusjonen foran har illustrert kan ikke de alminnelige reglene forstås uten å samtidig ta høyde for rettens egne begrepsmessige strukturer, eller den makten som retten bidrar til å skape. Jeg oppsummerer derfor disse strukturene nedenfor.

8.2 Delegeringsbegrepet: Et begrep om å organisere langs hierarkiske linjer

Hvordan har de alminnelige reglene vært formet av selve delegeringsbegrepet? Svaret er klart nok: Alle de grunnleggende trekkene ved de alminnelige reglene springer ut av en bestemt måte å forstå delegeringsbegrepet på. De alminnelige reglene har fulgt og vært formet av visse institusjonaliserte begrepsoppfatninger, som har vært pakket ut og satt i sammenheng med andre forvaltningsrettslige og samfunnsvitenskapelige begreper.

Delegeringsbegrepet rommer det jeg helt innledningsvis omtalte som et demokratisk paradoks, der delegering både fungerer i politikkenes tjeneste, men samtidig flytter avgjørelser lenger vekk fra det politiske systemet. Måten delegeringsbegrepet historisk sett har forløst paradokset er ved å være en spesifikk form for tildeling av ansvar som skaper *hierarkiske organisasjonsstrukturer*. Selv om jeg kvier meg for å lansere en enkel formulering eller definisjon, kan begrepets hovedpunkter oppsummeres slik:²²²³

Å delegerer er å tildele et offentlig ansvar og/eller myndighet fra et organ til et annet organ. Virkningen av delegeringen er å skape personell hjemmel for delegaten, slik at delegaten kan opptre på det offentliges vegne. Formålet med delegering er å legge ansvar eller myndighet til et organ som vil håndtere ansvaret eller myndigheten bedre enn det

²²²³ Definisjoner «... kan have sine Farer ved at blive Kilden til vildfarende Slutninger fra en ufuldkommen Formulering, og som i ethvert Fald ligeoverfor selve Begrebsbestemmelsen kun har underordnet Værd og Betydning» Hagerup 1888 s. 26.

delegerende organ ville gjort. Samtidig må tildelingen skje på en slik måte at delegaten blir hierarkisk underordnet det delegerende organ, og opptrer i dets tjeneste, for å ivareta et det delegerende organs ansvar. Delegering vil derfor normalt, men avhengig av den aktuelle ansvarsformens kompenserende mekanismer, skje på en slik måte at det delegerende organ bevarer de ansvarsformene som gjelder for det selv. Delegeringen skaper samtidig et selvstendig og nytt ansvar for det delegerende organ, som både må styre og kontrollere delegaten slik at denne opptrer hvordan delegaten ivaretar dets eget ansvar, og sikre at delegaten kan opptre med tilstrekkelig autonomi til å ivareta ansvaret på forsvarlig vis.

Denne oppfatningen av begrepet gir innsikt i de problemstillinger og argumenter som delegeringsreglene åpner for å diskutere. Delegering er, sagt helt enkelt, normativt ønskelig fordi folkestyret kan øke sitt ambisjonsnivå — løse ansvar det har påtatt seg bedre. Delegering er samtidig normativt problematisk fordi folkestyret dermed mister kontroll over de lavere nivåene. Man løser derfor samtidig denne utfordringen ved å kreve at organet integreres i hierarkiske strukturer. Delegeringsbegrepet er derfor et implisitt normativt begrep som forutsetter at hierarkisk organisering er en normal orden. Samtidig er det er *rikt og sammensatt* begrep, som reflekterer alle nyansene i hva hierarkisk organisering kan være, og hvordan hierarkiet har tilpasset seg den omfattende differensieringen av organisasjonsformer.

Avhandlingens immanente kritikk av begrepet, og dermed også sider ved rettsvitenskapens tenkning om organisering, beror prinsipielt sett på at begrepet forutsetter at innordning av organer i demokratiets tjeneste er en tilstrekkelig måte å tenke om delegatene på. Begrepet reflekterer derfor også rettens sosiale rolle. Denne reduksjonen av delegatens egenverdi er problematisk fordi begrepet implisitt beror på og behøver forutsetninger om disse organenes selvstendige egenverdi.

I kapittel 4 nyanserte jeg delegeringsbegrepet ved å utvikle et begrepet om personell hjemmel, og å særlig fremheve de substansielle demokratiske og rettsikkerhetsmessige konsekvensene av organisering, som man bare kan fange elementer av ved å vurdere om materielle og prosessuelle krav innfris. I kapittel 5 fremhevd jeg problemer ved begrepet om hva som er *formålet med* å delegerer (og å organisere), og rettens avhengighet av å se organene som noe mer enn formelle bærere av kompetanse, for å rettferdiggjøre en enkelt

delegering. I kapittel 6 pekte jeg på at de formelle sidene ved et organs ansvar reelt sett ble påvirket av delegeringen. Derfor måtte man også kompensere ansvarspulveriseringen, ved å ha et mer substansielt begrep om konsekvensene av delegeringens gjennomføring derfor var nødvendig. I kapittel 7 forklarte jeg til slutt at det hierarkiske ansvaret bare kan forstås ved å understreke hvordan det hierarkiske ansvaret selv beror på, og samtidig påvirker, mange andre ansvarsformer.

Selv om delegeringsbegrepet dermed er en *intern* juridisk begrepsstruktur, som har formet delegeringsreglene, så reflekterer begrepet rettens rolle som hierarkisk styringsinstrument på demokratiets vegne, og maktforholdene som former retten som del av forvaltningens organisasjon. På samme tid peker begrepet ut over sine egne grenser, og dermed reflekterer begrepet samtidig systemenes avhengighet av innsatsen til menneskene som konstituerer dem. *Rettsvitenskapens* oppgave, bør derfor være å peke på og reflektere rundt slik innsats, og forsøke å bidra til en kritisk refleksjon rundt systemenes upersonlige makt.

8.3 Faglig makt, politisk makt, styringsprofesjonenes makt og den strukturelle makten i innretningen av forvaltningens organisering

Den andre hovedproblemstillingen er hvilken makt delegering skaper, og hvordan denne kan legitimeres.

Først skaper delegering *faglig* makt for de delegatene som tildeles makt. Denne makten går ut over den enkelte fagperson. Prinsipielt bør den forstås som å skape bestemte faglige egenlogikker som virker innenfor en institusjonell materialitet. En slik faglig makt er både uunngåelig og legitim, særlig så lenge fagprofesjonene tar behovet for demokratisk refleksjon og kontroll på alvor. Faren i dag er nok ofte også at den faglige makten, på et organisatorisk plan, er rammet inn i omfattende mekanismer for både autorisering- og ansvarliggjøring (jf. kapittel 4 punkt 4.2.3 og 6 punkt 7.2.3.2). Jeg har også pekt på problemene ved å bruke mer grovkornede kontroll- og styringsformer, fordi disse risikerer å undergrave den faglige forsvarligheten av fagpersonenes virksomhet (jf. kapittel 7 punkt 7.4.5). Avhandlingen har synliggjort praktiske problemer, men ikke kunnet gå i dybden på disse utfordringene.

Delegering skaper også en politisk-hierarkisk makt for de organer som delegerer, og konkrete politiske aktørene som styrer disse. Det politiske nivået spiller dermed en avgjørende rolle i å fastlegge rammene for og målet til den virksomhet som fagpersonene i så vel direktorater, som på bakkenivået skal foreta. Denne makten blir legitimert gjennom mekanismer for ansvarliggjøring (jf. 2.4.5), slik som det parlamentariske- og konstitusjonelle ansvaret. Jeg har argumentert for at disse ansvarsformene er nødvendige, og kan nyanseres på måter som gjør at de fortsatt kan tjene en viktig funksjon. Prosessene for 'autorisering' — valg — av politikere vil imidlertid være langt viktigere. Partisystemet og pressen spiller også sentrale roller i å legitimere makten. I et juridisk perspektiv er et av de viktigste spørsmålene hvordan man kan beholde demokratiske kanaler til forvaltningen jf. kapittel 5 punkt 5.7.4.4, og eventuelt institusjonalisere nye.

Det eksisterer samtidig et *avhengighetsforhold* mellom det faglige og det politiske nivået. Dette avhengighetsforholdet medieres av rettslige, økonomiske og administrative styringsstrukturer. Man kan derfor si at det er i jurister, økonomer og samfunnsviters og andre aktører i styringsprofesjonene sine egne interesser at delegering skjer (jf. 2.2.6 og 2.2.7). Disse interessene er generelle, men sterkest ved ulike former for privatisering, der behovet for komplekse styringsstrukturer er aller størst (se f.eks. 5.7.4.5, 7.5.3.6 og 7.7.4). Teoretisk sett er interessefelleskapet en viktig erkjennelse, fordi det begrunner at disse profesjonene selv har økt oppfordring til refleksjon rundt sin egen innflytelse og rolle (jf. 3.3 og 3.5.8). Det betyr ikke at disse profesjonene skal mistenkeliggjøres på et personlig nivå, like lite som andre profesjoner eller politikere skal mistenkeliggjøres, men at det er nødvendig å forsøke å skape andre strukturer som motarbeider interessene.

Motsetningene mellom de øvre og de lavere nivåene i forvaltningen prosesseres og formidles gjennom det jeg har forstått i denne avhandlingen som kommunikativ differensiering (egenlogikker) og institusjonell materialitet, jf. kapittel 2 punkt 2.2.10. Disse er resultater av organiseringen av forvaltningen, og måten organisering legger til rette for (og selv utgjør) en styringsteknologi som formidler, strukturerer og stabiliserer maktforholdet mellom politikerne og bakkebyråkratiet. I utgangspunktet er disse organisatoriske valgene og styringsteknologiene nødvendige og normativt sett helt legitime måter å sikre faglig forsvarlighet, demokratisk legitimitet på. De gir også økt stabilitet og handlingskapasitet for forvaltningen, og i en verden der det strukturelle nivået har forrang

kan ikke denne funksjonen underdrives (jf. 2.2.9). I motsetning til det Maktutredningen fra 2003 antok er det derfor være nødvendig å diskutere de *enkelte styringsstrukturenes legitimitet*.

Ulike styringsteknologier har samtidig en åpenbar nedside ved at statens makt blir en upersonlig makt. Delegering skaper derfor direkte makt for faglige og politiske aktører, men bidrar også til å skape en selvstendig og upersonlig makt. Delegering er både selv en organisatorisk makt til å styre forvaltningen ved å organisere den, og gir samtidig grunnlag for at denne organisatoriske formen for makt, spiller en større rolle. Delegering øker betydningen av å forme egenlogikker og institusjonelle materialiteter, slik at politipatruiljer kan erstattes med mål- og resultatkrav. Delegering skaper ikke en politistat, men en stor stat som kan styres indirekte ved hjelp av organisering — en stat hvor makten kan «uddelegeres til tingene», slik Mau skriver.²²²⁴

Nedsidene er ikke uunngåelige. Makt er ikke et onde i seg selv, og organisering må skje. Farene oppstår først når sider ved det som skal organiseres neglisjeres, og alt hellig vanhelliges, fordi det skal underordnes en upersonlig makt og kontrolleres (jf. 2.2.6). Problemene vil bare bli flere en fremtid der styringen i staten blir mer og mer teknologisk forankret, særlig gjennom former for det man kaller kunstig intelligens.

Selv om avhandlingen har forsøkt å gi svar på noen få av disse utfordringene, så har den primært forsøkt å presisere et rom for en kritikk av forvaltningsrettens tenkning om organisering. Fra et juridisk perspektiv er problemet at de begrepene forvaltningsretten bygger på ikke fanger opp de nye formene for makt. Retten er likevel selv grunnlaget for makten. Disse formene for makt skaper — i sin tur — problemer for forvaltningsrettens begreper. Rettsvitenskapens rolle bør derfor være å aktivt søke etter ulike former for makt, jf. 2.5.7.

Som jeg fremhevet i kapittel 4 og 5 har man for eksempel ikke diskutert nærmere hvordan forvaltningens begreper kan tilpasses velferdstjenester og komplekse saksbehandlingsprosesser, og undervurdert behovet for å diskutere de rettslige kravene til organiseringen av disse. Man har også noen ganger gått for langt i å antyde at statsrådets

²²²⁴ Se note 285.

parlamentariske ansvar burde kunne avskjæres som i kapittel 6, og ikke gått langt nok i å presisere kravene til hierarkiets maktutøvelse, se kapittel 7. Disse elementene henger også sammen: Den hierarkiske overstyringen med lavere nivåer i forvaltningen skaper, ikke overraskende, flest konflikter i de velferdsstatlige virksomhetene, eller i virksomheter hvor man ønsker store grader av standardisering. Slike forskjeller reflekterer i neste omgang sosiale maktforhold.

Jeg begynte denne avhandlingen med å gjengi det aksepterte synet om at organisatoriske spørsmål befant seg i et annet normativt landskap enn de materielle og prosessuelle (1.1.2). Man har for eksempel ofte sagt at rettsikkerhet var av mindre betydning i det organisatoriske aspektet av forvaltningen. Forvaltningsrettens orientering rundt prosessuelle og materielle krav, reflekterer i seg selv denne oppfatningen. Særlig på grunn av kompetansebegrepet ble det personelle spørsmål et tema av begrenset eller primært teknisk juridisk interesse, som diskutert foran i 4.2.2. I lys av de foregående diskusjonene kan man imidlertid spørre seg om ikke saken heller bør fremstilles motsatt: Veksten i og differensieringen av forvaltningen som delegering gir grunnlag for, gjør organisatoriske og personelle spørsmål til et langt mer sentralt spørsmål, fordi det simpelthen blir langt mer *forvaltning som må organiseres*. Jo mer som kan organiseres, jo mer strukturell makt kan innleires i organisasjonene. Forvaltningsrettens tenkning må i så fall tilpasse seg denne virkeligheten, og søke etter makten uavhengig av hvordan den ser ut i juridiske styringsstrukturer, eller hvordan den berører oppfatninger om hva som er gjeldende rett (se også 3.4.3). Først når man har forstått det sosiale feltet, så kan man vurdere om saken er et juridisk spørsmål eller ei.

At delegering skaper grunnlaget for en slik strukturell eller upersonlig makt er en dimensjon som ikke alltid fanges opp. I den grad rettens formål er å sikre maktens legitimitet er det derfor viktig at kravene til organiseringen av forvaltningen følges opp. Samtidig må forvaltningsrettens begreper videreutvikles og nyanseres for en fremtid der de sentrale ledd i forvaltningen primært utøver makt og innflytelse gjennom organisering. Det forutsetter en kritisk rettsvitenskapelig tenkning som engasjerer seg aktivt med andre faglige, politiske og sosiale perspektiver, uavhengig av hvordan det fremstår som de berører ens eget fag.

Kilder

Norske lover

- Lov 24. mai 1929 nr. 4 om tilsyn med elektriske anlegg og elektrisk utstyr (el-tilsynsloven)
- Lov 5. februar 1932 nr 1 om ansvar for handlinger som påtales ved Riksrett (ansvarlighetsloven)
- Lov 6. juni 1975 nr. 31 om utnyttning av rettar og lunnende m.m. i statsallmenningane (fjellova)
- Lov 9. juni 1978 nr. 50 om kulturminner (kulturminneloven)
- Lov 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensingsloven)
- Lov 4. juli 1991 nr. 47 om ekteskap (ekteskapsloven)
- Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester (barnevernloven)
- Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)
[opphevet]
- Lov 11. juni 1993 nr. 100 om anlegg og drift av jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (jernbaneloven)
- Lov 4. august 1995 nr. 53 om politiet (politiloven)
- Lov 29. januar 1999 nr. 6 om interkommunale selskaper (IKS-loven).
- Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven)
- Lov 24. november 2000 nr. 82 om vassdrag og grunnvann (vannressursloven)
- Lov 15. juni 2001 nr. 93 om helseforetak m.m. (helseforetaksloven)
- Lov 14. juni 2002 nr. 20 om vern mot brann, eksplosjon og ulykker med farlig stoff og om brannvesenets redningsoppgaver (brann- og eksplosjonsvernloven)
- Lov 28. juni 2002 nr. 57 om valg til Stortinget, fylkesting og kommunestyre (valgloven)
- Lov 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven)
- Lov 19. desember 2003 nr. 124 om matproduksjon og mattrygghet mv. (matloven)
- Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)
- Lov 17. juni 2005 nr. 64 om barnehager (barnehageloven)
- Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til syn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)
- Lov 16. februar 2007 nr. 9 om skipssikkerhet (skipssikkerhetsloven)
- Lov 30. mars 2007 nr. 13 om endringer i lov 5. februar 1932 nr. 1 om straff for handlinger som påtales ved riksrett og lov 5. februar 1932 nr. 2 om rettergangsmåten i riksrettssaker
- Lov 21. desember 2007 nr. 119 om toll og vareførsel (tolloven) [opphevet]
- Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- Lov 27. juni 2008 nr. 71 om planlegging og byggesaksbehandling (plan- og bygningsloven)
- Lov 17. april 2009 nr. 19 om havner og farvann (havne- og farvannsloven) [opphevet]
- Lov 5. juni 2009 nr. 35 om naturområder i Oslo og nærliggende kommuner (markaloven)
- Lov 19. juni 2009 nr. 100 om forvaltning av naturens mangfold (naturmangfoldloven)

- Lov 24. juni 2011 nr. 29 om folkehelsearbeid (folkehelseloven)
- Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester (helse- og omsorgstjenesteloven)
- Lov 4. september 2015 nr. 91 om posttjenester (postloven)
- Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
- Lov 22. mai 2017 nr. 29 om taubaner (taubaneloven)
- Lov 21. juni 2019 nr. 70 om havner og farvann (havne- og farvannsloven)
- Lov 17. april 2020 nr. 29 om god handelsskikk i dagligvarekjeden om god handelsskikk i dagligvarekjeden
- Lov 7. mai 2020 nr. 40 om tilrettelegging for utbygging av høyhastighetsnett for elektronisk kommunikasjon (bredbåndsutbyggingsloven)
- Lov 18. juni 2021 nr. 97 om barnevern (barnevernsloven)

Norske forskrifter

- FOR-1985-06-28-1679 (Påtaleinstruksen)
- FOR-1996-01-19-1480 (Delegering av myndighet og overføring av oppgaver etter lov om laksefisk og innlandsfisk m.v. til kommunene)
- FOR-2000-12-01-1208 (Prioriteringsforskriften)
- FOR-2003-12-12-1938 (Reglement for økonomistyring i staten)
- FOR-2003-12-12-1939 (Bestemmelser om økonomistyring i staten)
- FOR-2004-05-05-884 (Delegering av myndighet til Mattilsynet etter matloven)
- FOR-2004-06-01-931 (Forurensingsforskriften)
- FOR-2006-06-23-724 (Forskrift til opplæringslova)
- FOR-2006-06-30-859 (Forskrift om skikkethetsvurdering i høyere utdanning)
- FOR-2007-06-29-830 (Forskrift om det lokale elektrisitetstilsyn og sakkyndige som utfører oppgaver for netteier)
- FOR-2008-04-03-320 (Forskrift om legemiddelhåndtering for virksomheter og helsepersonell som yter helsehjelp)
- FOR-2011-11-15-1103 (Rettighetsforskriften) [opphevet]
- FOR-2011-12-16-1258 (Psykisk helsevernforskriften)
- FOR-2012-10-31-1182 (Forskrift om klagenemnd for Husbanken)
- FOR-2015-10-29-1232 (Forskrift om private virksomheters adgang til å yte spesialisthelsetjenester mot betaling fra staten) [opphevet]
- FOR-2015-12-11-1598 (Tiltaksforskriften)
- FOR-2016-02-19-184 (Utredningsinstruksen)
- FOR-2016-08-12-974 (Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften))

- FOR-2016-10-28-1250 (Forskrift om ledelse og kvalitetsforbedring i helse- og omsorgstjenesten)
- FOR-2017-06-21-854 (Forskrift om konsekvensutredninger)
- FOR-2017-12-19-2286 (Forskrift om utfyllende tekniske og arkivfaglige bestemmelser om behandling av offentlige arkiver (riksarkivarens forskrift))
- FOR-2019-02-15-127 (Forskrift om fastsetting av myndighet mv. etter kulturminneloven)
- FOR-2019-11-18-1546 (Forskrift om lån fra Husbanken)
- FOR-2020-01-31-299 (Delegering etter Nasjonal helseberedskapsplan - koronavirus)
- FOR-2022-06-11-1171 (Økologiforskriften)
- FOR-2022-06-29-1242 (Delegering av myndighet fra Mattilsynet til debio etter økologiforskriften)
- FOR-2022-07-05-1292 (Instruks til Debio og det regionale Mattilsynet om utøvelse av delegert myndighet etter økologiforskriften)
- FOR-2022-12-20-2358 (Forskrift om barns rettigheter i barnevernsinstitusjon)
- FOR-2022-12-22-2474 (Forskrift om krav til kvalitet og godkjenning av barnevernsinstitusjoner (kvalitets- og godkjenningsforskriften))

Statsrådsforedrag

- PRE-2020-06-19-1245, PRE-2020-06-19-1246 (Delt ikraftsetting av lov om endringer i straffegjennomføringsloven mv. (gjennomføringstiden for straffegjennomføring med elektronisk kontroll mv.) og delegering av kongens myndighet Kongelig resolusjon. Statsråd Monica Mæland)
- PRE-2021-12-22-3828 (Endringer i departementsstrukturen og i ansvarsdelingen mellom departementene Kongelig resolusjon. Statsminister Jonas Gahr Støre)

Norske lovforarbeider, stortingsmeldinger og forhandlinger i Stortinget

NOU-er

- NUT 1958:3 Spørsmålet om mer betryggende former for den offentlige forvaltning.
- NUT 1958:8 Utkast med motiver til lov om Statens og kommunenes erstatningsansvar.
- NUT 1964:3 Innstilling II fra komiteen til å utrede spørsmålet om barns og foreldres og arbeidsgiveres erstatningsansvar m.m.
- NOU 1972:5 Programbudsjettering.
- NOU 1972:38 Stortingets kontroll med forvaltningen.
- NOU 1974:43 Nemnder i forvaltningen.
- NOU 1974:53 Mål og retningslinjer for reformer i lokalforvaltningen.
- NOU 1975:9 Regelverk for statens anskaffelsesvirksomhet (REFSA).
- NOU 1976:1 Leger og tannlegers rettigheter og plikter.

NOU 1982:3 Maktutredningen sluttrapport.

NOU 1984:23 Produktivitetsfremmende reformer i statens budsjettssystem.

NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester m.v.

NOU 1988:28 Med viten og vilje.

NOU 1989:5 En bedre organisert stat?

NOU 1989:11 Straffansvar for foretak.

NOU 1990:13 Ny lov om kommuner og fylkeskommuner.

NOU 1991:26 Om bruk av styrer i statlige virksomheter.

NOU 1991:28 Mot bedre vitende? Effektiviseringsmuligheter i offentlig sektor.

NOU 1993:33 Helsepersonells rettigheter og plikter.

NOU 1995:17 Om organisering av kommunal og fylkeskommunal virksomhet.

NOU 1997:19 Et bedre personvern.

NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser.

NOU 2000:21 Strategi for sysselsetting og verdiskaping.

NOU 2001:32 A Rett på sak.

NOU 2002:6 Lov om samvirkeforetak.

NOU 2003:19 Makt- og demokrati, sluttrapport fra Makt- og demokratiutredningen.

NOU 2003:30 Ny offentlighetslov.

NOU 2003:34 Mellom stat og marked, Selvstendige organisasjonsformer i staten.

NOU 2004:13 En ny arbeids- og velferdsforvaltning, om samordning av Aetats, trygdeetatens og sosialtjenestens oppgaver.

NOU 2004:18 Helhet og plan i sosial- og helsetjenestene: Samordning og samhandling i kommunale sosial- og helsetjenester.

NOU 2006:14 Gransking av Utlendingsdirektoratet.

NOU 2011:10 I velferdsstatens venterom: Mottakstilbudet for asylsøkere.

NOU 2012:14 Rapport fra 22. juli-kommisjonen.

NOU 2015:14 Bedre beslutningsgrunnlag, bedre styring.

NOU 2016:4 Ny kommunelov.

NOU 2019:5 Ny forvaltningslov.

NOU 2019:14 Tvangsbegrensningsloven.

NOU 2019:23 Ny opplæringslov.

NOU 2020:9 Blindsonen - Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdsmkrav ved reiser i EØS-området.

NOU 2020:13 Private aktører i velferdsstaten.

NOU 2021:6 Myndighetenes håndtering av koronapandemien.

NOU 2021:9 Den norske modellen og fremtidens arbeidsliv.

NOU 2023:11 Raskt og riktig: En helhetlig gjennomgang av klage- og ankesystemet i Arbeids- og velferdsetaten og trygderetten.

NOU 2023:19 Læring, hvor ble det av deg i alt mylderet?

Proposisjoner

Ot.prp. nr. 22 (1964-1965) Om lov om visse statsbedrifter m.m.

Ot.prp. nr. 23 (1964-1965) Om vegtrafikklov.

Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).

Ot.prp. nr. 38 (1964—1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) Om lov om skadeserstatning i visse forhold.

Ot.prp. nr. 27. (1968-1969) Om lov om ikraftsettelse av forvaltningsloven og om endringer av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og andre lover.

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.

Ot.prp. nr. 1 (1979-1980) Om lov om leger og om lov om tannleger.

Ot.prp. nr. 11 (1979-1980) Om lov om vern mot forurensing og om avfall (Forurensingsloven).

Ot.prp. nr. 36 (1980—1981) 1. Om lov om helsetjenesten i kommunene. 2. Om lov om endringer i lov av 5. juni 1964 nr. 2 om sosial omsorg. 3. Om lov om planlegging av og forsøksvirksomhet i sosialtjenesten og helsetjenesten i kommunene.

Ot.prp. nr. 66 (1981-1982) Om lov om helsetjenesten i kommunene.

Ot.prp. nr. 74 (1987-1988) Om lov om endring i lov av 13. mars 1981 nr. 6 om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) og i lov av 31. mai 1974 nr. 17 om kommunale vass- og kloakkavgifter.

Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) Om lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak).

Ot.prp. nr. 42 (1991-1992) Om lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).

Ot.prp. nr. 59 (1992-1993) Om tilpasning av særlovgivningen til ny kommunelov.

Ot.prp. nr. 39 (1993-1994) Om lov om endringer i Plan- og bygningsloven.

Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).

Ot.prp. nr. 31 (1998-1999) Om lov om erstatning ved pasientskader (pasientskadeloven).

Ot.prp. nr. 99 (1998-1999) Om lov om endringer i lov 19. november 1982 nr. 66 om helsetjenesten i kommunene og i visse andre lover (fastlegeordningen).

Ot.prp. nr. 66 (2000-2001) Om lov om helseforetak.

Ot.prp. nr. 28 (2001-2002): Om lov om vern mot brann, eksplosjon og ulykker med farlig stoff og om brannvesenets redningsoppgaver (brann- og eksplosjonsvernloven) og om endringer i arbeidsmiljøloven.

Ot.prp. nr. 74 (2001-2002) Om lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova).

- Ot.prp. nr. 65 (2003-2004) Om lov om endringer i lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart.
- Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven).
- Ot.prp. nr. 22 (2004-2005) Om lov om endringer i plan- og bygningsloven (utbyggingsavtaler).
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven).
- Ot.prp. nr. 51 (2004-2005) Om lov om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).
- Ot.prp. 102 (2004-2005) Om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).
- Ot.prp. nr. 64 (2005-2006) Om lov om endringer i pasientrettslova og biobanklova (helsehjelp og forskning – personar utan samtykkekompetanse).
- Ot.prp. nr. 95 (2005-2006) Om lov om endringer i lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (interkommunalt samarbeid).
- Ot.prp. nr. 51 (2006-2007) Om lov om endringer i lov 24. mai 1929 nr. 4 om tilsyn med elektriske anlegg og elektrisk utstyr).
- Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket.
- Ot.prp. nr. 83 (2008-2009) Om lov om endringer i helsepersonelloven (opphøvelse av adgangen til å delegera spesialistgodkjenningsmyndighet til private yrkesorganisasjoner).
- Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).
- Prop. 112 L (2010-2011) Endringer i energiloven og i enkelte andre lover.
- Prop. 49 L (2011-2012) Endringer i kommunelova m.m. (samkommune mv.).
- Prop. 56 L (2014-2015) Endringer i pasient- og brukerretektighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven (fritt behandlingsvalg).
- Prop. 64 L (2014—2015) Lov om ikraftsetting av straffeloven 2005.
- Prop. 73 L (2016-2017) Endringer i barnevernloven (barnevernreform).
- Prop. 46 L (2017-2018) Lov om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven).
- Prop. 64 L (2017-2018) Endringer i universitets- og høyskoleloven (NOKUTs oppgaver, eksamen og personvern mv.).
- Prop. 83 L (2017-2018) Endringer i spesialisthelsetjenesteloven (godkjenning av virksomheter og helsetjenester).
- Prop. 133 L (2020-2021) Lov om barnevern (barnevernsloven) og lov om endringer i barnevernloven.
- Prop. 116 L (2020-2021) Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven (godkjenningsmodell for fritt brukervalg).
- Prop. 1 S (2021-2022) For budsjettåret 2022 under Olje- og energidepartementet
Utgiftskapitler: 1800–1840 Inntektskapitler: 4800–4820, 5582 og 5680.
- Prop. 63 L (2021-2022) Endringer i helse- og omsorgstjenesteloven mv. (opphøving av lovregel om godkjenningsmodell for fritt brukervalg m.m.).
- Prop. 5 L (2022-2023) Endringer i pasient- og brukerretektighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven (avvikling av godkjenningsordningen i fritt behandlingsvalg).

Prop. 57 L (2022-2023) Lov om grunnskoleopplæringa og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova).

Prop. 59 L (2022-2023) Endringer i vegtrafikkloven (Tolletatens testing av om fører av motorvogn er ruspåvirket).

Andre utredninger

Udarbeidet af den ved klg. Resolution af 14de November 1885 nedsatte Kommission: *Udkast til Lov om den almindelige borgerlige Straffelovs Ikrafttræden med Motiver*, 1896.

Utvalget til å gjennomgå og vurdere gjeldende reglementer og instruksjer for departementskontorene: *Innstilling til reglementer og instruksjer i departementskontorene*, 1966.

Modalsli-utvalget: *Innstilling om Den sentrale forvaltnings organisasjon*, 1970.

FAFO-rapport: *Når velferd er til salgs*, 2019.

Ekspertutvalget for gjennomgang av allmennlegetjenesten: *Gjennomgang av allmennlegetjenesten*, 2023.

Innstillinger

Innstilling fra desentraliseringskomiteen, Komitéen nedsatt ved kongelig resolusjon av 8. mars. 1946, Fabritius & Sønners boktrykkeri, 1952

Innst. O.IV (1964—1965).

Innst.O nr. 14 (1992-1993) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), m.v.

Innst.O nr. 41 (2005-2006) Innstilling frå justiskomiteen om lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova).

Innst.O nr. 38 (2006-2007) nnstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen angående representantlovforslag fra stortingsrepresentantene Carl I. Hagen, Berit Brørby og Ågot Valle om lov om endringer i lov 5. februar 1932 nr. 1 om straff for handlinger som påtales ved riksrett og lov 5. februar 1932 nr. 2 om rettergangsmåten i riksrettssaker.

Innst. 224 L (2014-2015) Innstilling fra helse- og omsorgskomiteen om endringer i pasient- og brukerrettighetsloven og spesialisthelsetjenesteloven (fritt behandlingsvalg).

Innst.S. nr. 297 (1955) Innstilling fra administrasjonskomiteen om tiltak for å lette den administrative arbeidsbyrden for statsrådene m.v.

Innst.S nr. 100 (1961-1962) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomitéen om forslag til ny § 93 i grunnloven.

Innst.S nr. 291 (1964—1965) Innstilling fra utenriks- og konstitusjonskomiteen om administrasjonsordningen og forvaltningen i Industridepartementet (St.meld. nr. 36).

- Innst.S nr. 277 (1976-1977) Stortingets kontroll med forvaltningen.
- Innst.S nr. 296 (1996-1997) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om statsrådets protokoller for tidsrommet 1. juli - 31. desember 1995.
- Innst.S nr. 210 (2002-2003) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om rapport til Stortinget fra utvalget til å utrede Stortingets kontrollfunksjon. Stortingets kontroll med regjering og forvaltning.
- Innst. 182 S (2015-2016) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Per-Willy Amundsen, Bent Høie, Trond Helleland, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om tillegg i Grunnloven § 49 om grunnlovsfesting av lokaldemokratiet, Grunnlovsforslag fra Anders Anundsen, Ulf Erik Knudsen, Øyvind Vaksdal og Ib Thomsen om endringer i Grunnloven § 49 (lokalt selvstyre/lokaldemokrati) og Grunnlovsforslag fra Per Olaf Lundteigen, Lars Peder Brekk, Jenny Klinge, Hallgeir H Langeland og Aksel Hagen om endringer i §§ 49 og 75 i Grunnlova (grunnlovsfesting av kommunalt sjølstyre).
- Innst. 123 S (2019-2020) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om Grunnlovsforslag fra Per Olaf Lundteigen og Kjersti Toppe om endring i § 49 (delegering).

Rapporter til Stortinget

- Dokument nr. 3 (1961—1962) Utredninger m.v. om Det europeiske økonomiske fellesskap i forhold til den norske Grunnlov.
- Dokument nr. 14 (2002-2003) Rapport til Stortinget fra utvalget til å utrede Stortingets kontrollfunksjon.
- Dokument nr. 19 (2003-2004) Rapport til Stortingets presidentskap fra utvalget til å utrede alternativer til riksrettsordningen.
- Dokument nr. 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.
- Dokument 21 (2020-2021) Rapport fra utvalget til å utrede Stortingets kontrollfunksjon
- Dokument 8:117 S (2022-2023) Representantforslag om gransking av hvordan enslige mindreårige asylsøkere har forsvunnet fra asylmottak og omsorgssentre.
- St.prp. nr. 121 (1955) Tiltak for å lette den administrative arbeidsbyrden for statsrådene m.v.
- St.prp. nr. 100 (1991-1992) Om samtykke til ratifikasjon av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS).

St.tid 1948 11. februar - trontaldebatten.

St.tid 1965 Om den administrative ordningen og forvaltningen i Industridepartementet.

Stortingsmeldinger

St.meld nr. 35 (1952) Retningslinjer for administrasjonen i prisdirektoratet.
St.meld nr. 37 (1973—1974) Om den videre utvikling av statens budsjettssystem.
St.meld nr. 31 (1975—1976) Administrativt utvikling- og effektiviseringsarbeid.
St.meld nr. 44 (1982-1983) Om Maktutredningen.
St.meld nr. 37 (1990-1991) Om organisering og styring i utdanningssektoren.
St.meld nr. 35 (1991-1992) Om statens forvaltnings- og personalpolitikk.
St.meld nr. 31 (2000-2001) Kommune, fylke, stat - en bedre oppgavefordeling.
St.meld nr. 17 (2002-2003) Om statlige tilsyn.
St.meld nr. 33 (2007-2008) Eit sterkt lokaldemokrati.
St.meld 19 (2008-2009) Ei forvaltning for demokrati og fellesskap.
Meld.St. 30 (2019-2020) En innovativ offentlig sektor. Kultur, ledelse og kompetanse.
Meld.St. 16 (2022-2023) Nordisk samarbeid.

Norske rettsavgjørelser

Høyesterett

Rt. 1873 s. 605 (*Sundhedsvesenet*)
Rt. 1918 II s. 287 (*Rasjoneringsdirektoratet*)
Rt. 1930 s. 241 (*Delegering til fylkesveistyret*)
Rt. 1933 s. 1041 (*Omsetningsrådet for melk*)
Rt. 1936 s. 592 (*Ratihabisjon via tiltalebeslutning*)
Rt. 1939 s. 449 (*Cyanidtransport*)
Rt. 1950 s. 1064 (*Klarhet av en delegering*)
Rt. 1952 s. 932 (*Suspensjon av politimenn I*)
Rt. 1952 s. 1089 (*Hvalolje*)
Rt. 1953 s. 1124 (*Delegering til prisdirektoratet*)
Rt. 1955 s. 755 (*Forberedelse av ekspropriasjonssak*)
Rt. 1956 s. 952 (*Treforedling*)
Rt. 1956 s. 1124 (*Intern delegering pga. praktiske behov*)
Rt. 1957 s. 915 (*Ratihabisjon ved klage*)
Rt. 1958 s. 48 (*Norske Rørgrossisters forening*)
Rt. 1961 s. 1012 (*Privat regnskapsføring*)
Rt. 1962 s. 46 (*Delegering av lokale trafikkregler*)
Rt. 1964 s. 502 (*Avansement Marinen*)

Rt. 1964 s. 936 (*Refusjonssaker delegert til formann*)
Rt. 1965 s. 466 (*Prøveskilt*)
Rt. 1966 s. 1081 (*Homøopatforeningen*)
Rt. 1967 s. 597 (*Asfaltklump*)
Rt. 1967 s. 697 (*Lier*)
Rt. 1968 s. 1019 (*Delegering fra bygningsrådet*)
Rt. 1971 s. 907 (*Lærlingenemnda*)
Rt. 1973 s. 486 (*SSB*)
Rt. 1978 s. 1430 (*Sira-Kvina*)
Rt. 1979 s. 1179 (*Konsesjonssak ikke forelagt for kommunestyret*)
Rt. 1980 s. 556 (*Skjematisk rundskriv*)
Rt. 1981 s. 745 (*Isene*)
Rt. 1986 s. 46 (*Delegering til fylkesmann*)
Rt. 1986 s. 1326 (*Reitgjerdet I*)
Rt. 1986 s. 1386 (*Block Watne*)
Rt. 1987 s. 1495 (*Reitgjerdet II*)
Rt. 1990 s. 360 (*Malvik I*)
Rt. 1990 s. 874 (*Fusa-dommen*)
Rt. 1990 s. 1001 (*Ikke forelagt formannskapet*)
Rt. 1991 s. 858 (*Barnehagen stengt*)
Rt. 1991 s. 954 (*Reisegaranti*)
Rt. 1992 s. 453 (*Furunkulose*)
Rt. 1992 s. 682 (*Kjøre blått*)
Rt. 1993 s. 808 (*Delegering til fylkesmann*)
Rt. 1993 s. 811 (*Malvik II*)
Rt. 1995 s. 209 (*Incestanklage*)
Rt. 1995 s. 530 (*Fjordlaks*)
Rt. 1997 s. 608 (*Uklar delegering*)
Rt. 1998 s. 152 (*Lovlig stedfortreder*)
Rt. 1998 s. 787 (*Delegering fra Høyesterett til barnevernstjenesten*)
Rt. 1999 s. 593 (*Ansvarsfordeling mellom kommuner*)
Rt. 1999 s. 1903 (*Hjelpeverge*)
Rt. 1999 s. 1273 (*Bevis for delegering*)
Rt. 2000 s. 253 (*Motorsyklist*)
Rt. 2000 s. 388 (*Knusesikre glass*)

Rt. 2001 s. 428 (*Politiavdelingen*)
Rt. 2002 s. 654 (*Knærten barnehage*)
Rt. 2002 s. 683 (*Vassøy-Canning*)
Rt. 2002 s. 1403 (*Intern delegering av påtalevedtak*)
Rt. 2003 s. 1468 (*Unnlatt omsorgsovertakelse*)
Rt. 2004 s. 76 (*Rektors oppsigelse*)
Rt. 2005 s. 416 (*Advokatbevilling*)
Rt. 2007 s. 538 (*Presisering av tvl. § 1-5*)
Rt. 2008 s. 668 (*Utenlandsk arbeidskraft*)
Rt. 2008 s. 755 (*Hjemmehjelp*)
Rt. 2008 s. 1187 (*Ubetinget oppsigelsesrett BUP*)
Rt. 2009 s. 1079 (*Helikopterlanding*)
Rt. 2009 s. 1237 (*Nordsjødykkerne*)
Rt. 2009 s. 1319 (*Tildeling av driftshjelm*)
Rt. 2009 s. 1356 (*Nordea*)
Rt. 2010 s. 291 (*Vangen*)
Rt. 2010 s. 376 (*Automatisk tilbakekall av drosjeløyve*)
Rt. 2010 s. 454 (*Dødsfall i arrest*)
Rt. 2011 s. 1666 (*Vestre Viken*)
Rt. 2012 s. 146 (*Mobbedommen*)
Rt. 2012 s. 820 (*Vannavløp fra fylkesvei*)
Rt. 2012 s. 1062 (*Tripp Trapp*)
Rt. 2013 s. 342 (*Beredskapshjem*)
Rt. 2013 s. 354 (*Avlaster I*)
Rt. 2014 s. 310 (*Drosjeløyve II*)
Rt. 2015 s. 276 (*Bori-dommen*)
Rt. 2015 s. 475 (*Partnerdommen*)
HR-2016-1366-A (*Avlaster II*)
HR-2016-1982-A (*Automatisert skatteforvaltning*)
HR-2018-1907-A (*Blom Fiskeoppdrett*)
HR-2019-2395-A (*Reintallsreduksjon II*)
HR-2020-1120-A (*Underleverandør skader molo*)
HR-2020-2126-A (*Tilbakeholdsrett for vektere*)
HR-2021-655-P (*Jernbanebetenkingen*)
HR-2021-2275-A (*Inndragning av fangstoppgjør*)

HR-2021-2510-A (*El-sparkesykler*)

HR-2022-401-A (*Tolga*)

Lagmannsrettene

LE-1991-1489 (*Markushjemmet*)

LB-2004-99692 (*Psykolog uten autorisasjon*)

LB-2009-6346 (*Byggesak Oslo*)

LF-2013-84810 (*Øysand camping*)

LB-2017-5583 (*Pensjonsordningen for sykepleiere*)

LA-2017-147343 (*Delegering av tilsyn*)

LA-2018-88714 (*Tinn kommune*)

LG-2019-124962 (*Vektene på bybanen*)

LA-2021-61449 (*Delegering av begrunnelse*)

LB-2021-85519 (*Omsorgsovertakelse*)

LB-2022-189531 (*Dartride AS*)

Tingrettene

TOSLO-2018-44040 (*Alderstest*)

NAD-1981-282 (Begrunnelse med henvisning til annet organs vurdering)

TRR-2010-399 (Feil organ II)

Rapporter og uttalelser fra andre norske og europeiske organer og institusjoner

Uttalelser fra forvaltningsorganer

JDLOV-1981-423, NBI.

JDLOV-1985-328, GIEK delegere til private.

JDLOV-1987-665, Industrikonsesjon.

JDLOV-1989-1509, Sideordnet delegasjon og delegasjon av instruksjonsmyndighet.

JDLOV-1991-70, Kontroll til Veritas.

JDLOV-1991-1413, Barnevern konsulenter.

JDLOV-1994-1537, Klageinstans for riksantikvaren.

JDLOV-1996-6661, Avfallsgebyr.

JDLOV-1998-11302, Instruksjonsmyndighet over stiftelse.

JDLOV-2001-7310A, KRD som klageinstans for UNEs avgjørelser om sakskostnader.
JDLOV-2001-8387, Klage etter offentleglova.
JDLOV-2004-1452, Privat tilskuddsforvalter.
JDLOV-2004-2274, Grl. § 3 og uavhengige organer.
JDLOV-2006-6391A, Instruksjon om iverksettelse UNE.
JDLOV-2006-6391B, Instruksjon av UNE, prioritering av saker.
JDLOV-2007-2119, Voldsoffererstatningsnemnda sakskostnader klage.
JDLOV-2014-8080, Delegering til grunneiere, nasjonalparker.
JDLOV-2016-1023, § 26 annet ledd - Salg av klimavoter - norsk tilslutning til Joint Procurement Agreement (JPA) - konstitusjonelle spørsmål
JDLOV-2016-6395, Diskrimineringsnemndas kompetanse overfor Kongen og departementene.
Lovavdelingen: *Lovteknikk: Vegledning om utforming av lovtekster*, 1971.
Lovavdelingen: *Lovteknikk og lovforberedelse: Veiledning om lov- og forskriftsarbeid*, 2000, 21.11.2019.

SOMB-1966-14, Forbrukerrådets sekretariat.
SOMB-1983-22, Advokats innvilgelse av fritt rettsråd.
SOMB-1989-19, Husbanken.
SOMB-1991-81, Kompetanseoverlapp.
SOMBU-2002-17, Instruks om utøving av meroffentlighet.
SOMB-2002-26, Rektor spesialundervisning.
SOMB-2002-39, Klagebehandling uten instruksjonsmyndighet.
SOMB-2002-39, Forutsetningsvis delegert.
SOMB-2004-31, Inhabilitet som følge av instruks.
SOM-2007-2439, Obiora-saken.
SOM-2012-1280-Rett klagemyndighet.
SOM-2012-2040, Skagerak Consulting.
SOM-2017-2960, Kommuneadvokat underordnet Bymiljøetaten.
SOMB-2018-1246, Power-point konsulenter.
SOMB-2019-2154, Sammenstilling av saksbehandlingssystemer.
SOM-2020-672, Rotete ansettelse.
SOM-2020-5288, Hovedlitteratur
SOM-2022-3856, Delegering av saksforberedelse fra UDI til politiet.
SOM-2022-5454, Delegering til UDI.
Stortingets ombudsmann for forvaltningen: *Dokument nr. 4: Årsmelding for 1983*, 1983.

KOFA-2010-364, Barnevernsinstitusjoner.

KOFA-2014-5, Botjenester.

KOFA-2017-131, Norges idrettsforbund.

KOFA-2020-733, BKK AS.

TUDEP-2014-8426-2, Barnevernsinstitusjoner.

Anbefaling fra prosjektgruppe der Kommunal- og moderniseringsdepartementet, Direktoratet for forvaltning og IKT, Direktoratet for økonomistyring samt Finansdepartementet har deltatt.: *Benchmarking i staten, Anbefaling av parametere, nøkkeltall og løsning*, 2017.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet: *Timeføring i NIR før vedtak om rett og plikt til norsk er fattet, fritaksgrunner og adgang til delegering til private*, ref. 200601261-/HEG, 2006.

Arbeids- og inkluderingsdepartementet: *Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2022*, 2022.

Arbeids- og velferdsdirektoratet: *Svar på henvendelse - adgangen til å delegere saksforberedelse og vedtaksmyndighet til private etter lov om sosiale tjenester*, 2022.

Barne- og likestillingsdepartementet: *Bruk av private aktører i barnevernet*, dokument 17/468, 2017.

Barne- og likestillingsdepartementet, Høringsnotat: *Rammevilkår for private tjenesteytere i barnevernet*, 2020.

Barne- og likestillingsdepartementet: *Tildelingsbrev til Bufdir*, 2023.

Bufdir: *Kontrollskjema for årlig kontroll av statlige, private og kommunale barnevernsinstitusjoner og omsorgssentre*, 2014.

Bufdir: *Spørsmål om tolkning av begrepet «institusjonens leder eller den leder gir fullmakt» i forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon (rettighetsforskriften)*, ref 25126-2, 2015.

Direktoratet for E-helse: *Redegjørelse for bruk av konsulenttenester i Direktoratet for e-helse*, 2020.

ESA: *3/17/COL Retningslinjer til støttebegrepet*, 2017.

Finansdepartementet: *Veileder, statlig budsjettarbeid*, 2014.

Forbruker- og administrasjonsdepartementet: *Den nye staten: Program for fornyelse av statsforvaltningen. Særlig vedlegg til St. meld. nr. 4*, 1987.

Fornying-, administrasjons- og kirkedepartementet: *Organisering av statlig virksomhet*, 2012.

Helsedirektoratet: *Pasient- og brukerrettighetsloven med kommentarer [nettdokument]*, 2015.

Helsedirektoratet: *Rapport IS-2687: Kontroll av tvangsbruk i psykisk helsevern 2016*, 2016.

Helsedirektoratet: *22/1037-3, Klagesak fra Helfo - Fritt behandlingsvalg - Care Service AS (dets konkursbo) - Avgjørelse fra Helsedirektoratet*, 2022.

Helsedirektoratet: *Spørsmål om delegering av oppgaver fra tannlegge til tannpleier. Delegering av oppgave som tannlege.*, 2022.

Helsedirektoratet: *Innsatsstyrt finansiering, ISF-regelverk*, 2023.

Helse- og omsorgsdepartementet: *Høringsnotat: Forskrift om styringssystem i helse- og omsorgstjenesten*, 2015.

Ideas2evidence: *KMDs organisasjonsdatabase, sluttrapport 2021*, 2020.

Internrevisjonen, Helse Vest: *Tvangsbruk i psykisk helsevern*, 2021.

Justisdepartementet, jrn. 1228/55 CS/RL: *Delegasjon av myndighet som ved lov er lagt til Kongen eller et annet offentlig organ*, 1955.

Justitieombudsmannen: *Fråga om anlitande av privaträttsliga subjekt som utredare inom socialtjänsten*, 2001.

Kommunal- og distriktsdepartementet: *Kontrollutvalsboka, Om rolla og oppgåvene til kontrollutvalet, 3. utgåve*, 2022.

Kommunal- og distriktsdepartementet: *Om tillitsreformen, inspirasjonsnotat*, 2022.

Kommunal- og distriktsdepartementet: *Tolkningsuttalelse om egedomsskattelova § 7, sak 22/1112-5*, 2022.

Kommunal- og distriktsdepartementet: *Høringsnotat, Særlovjennomgang for å sikre at oppgaver til kommuner og fylkeskommuner tildeles i lover og forskrifter. Oppfølging av kommuneloven § 2-1.*, 2023.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet: *Retningslinjer: Statens lederlønnssystem med kontrakter*, 2017.

Kommunal- og moderniseringsdepartementet: *Statlig styring av kommuner og fylkeskommuner. Med prinsipper og retningslinjer*, 2020.

Konstitusjonell avdeling: *Svar til kontrollkomiteen om utredning av habilitet, ref 2023/3001*, 2023.

Kriminalomsorgsdirektoratet: *KDI-2020-13, Rutiner for mediehandtering i kriminalomsorgen 2020*, 2020.

Kunnskapsdepartementet: *Du er henta! - Finansering av private barnehager*, 2021.

Miljødirektoratet: *Tilbaketrekking av delegert myndighet, ref. 2019/3959*, 2019.

Miljødirektoratet: *Delegering av myndighet for behandling av farlig avfall hos Kystavfall AS, ref 2022/832*, 2022.

Miljødirektoratet: *Delegering av myndighet for behandling av farlig avfall hos Miljø Norge AS - behandling av brannslukkingsapparat, ref 2022/832*, 2022.

Miljøverndepartementet: *Rundskriv - Statsforvalterens myndighet etter forurensingsloven, oreigningslova og produktkontrollloven, oppdatert 2020*, 2012.

Miljøverndepartementet: *T-3/12: Statsforvalterens myndighet etter forurensingsloven, oreigningslova og produktkontrollloven*, 2012.

Moderniseringsdepartementet: *Bedre statlig styring: Styring og styringsreformer i offentlig virksomhet*, 2005.

Norges institusjon for menneskerettigheter: *Kommuner og menneskerettigheter*, 2021.

Norsk Tjenestemannslag: *Markedsstyring i staten: Utfordringer - og NTLs forslag til tiltak*, 2012.

- Norske Kommuners Sentralforbund: *Delegasjonsreglement for kommunene*, 1986.
- Nærings- og fiskeridepartementet: *Like konkurransevilkår for offentlige og private aktører*, 2018.
- Oslo kommune, velferdsetaten: «Kontraktsbestemmelser, rammeavtale, kjøp av avlastningstjenester utenfor hjemmet til barn og voksne med utviklingshemming», 2017.
- Oslo kommune, velferdsetaten: *Konkurransegrunnlag for kjøp av avlastningstjenester utenfor hjemmet til barn og voksne med utviklingshemming*, 2018.
- Oslo kommune, velferdsetaten: *Oversender opplysninger i tilsynssak, ref. 19/7116-42*, 2020.
- Pris- og rasjonaliseringskomiteen: *Innstilling fra R-komiteén*, 1946.
- Pris- og rasjonaliseringslovkomiteen: *Innstillinger fra Pris- og rasjonaliseringslovkomiteen Første hefte*, 1952.
- Pris- og rasjonaliseringslovkomiteen: *Innstillinger fra Pris- og rasjonaliseringslovkomiteen: Tredje hefte*, 1952.
- PwC: *Etatsstyring i praksis: En kvalitativ studie av departementenes styring av underliggende virksomheter*, 2021.
- Riksrevisjonen: *Dokument 3:7, Riksrevisjonens undersøkelse om oppfølging av kvalitet i private institusjoner innen tverrfaglig spesialisert behandling for rusmiddelavhengige*, (2009-2010).
- Riksrevisjonen, dokument 3:6: *Riksrevisjonens undersøkelse av konsulentbruk i staten*, 2017.
- Riksrevisjonen: «Dokument 3:6, Riksrevisjonens undersøkelse av korleis verjemålsreforma er sett i verk», (2017-2018).
- Riksrevisjonen: *Dokument 1: Undersøkelse av anskaffelser av arbeidsmarkedstiltak i NAV*, (2019-2020).
- Riksrevisjonen: *Dokument 3:1: Riksrevisjonens oppfølging av forvaltningsrevisjoner som er behandlet av Stortinget*, (2021-2022).
- Riksrevisjonen: *Dokument 3:7: Riksrevisjonens undersøkelse av politi- og lensmannsetatens måloppnåelse på sentrale oppgaver*, (2021-2022).
- Riksrevisjonen: «Dokument 3:8, Riksrevisjonens undersøkelse av myndighetenes innsats mot vold i nære relasjoner», (2021-2022).
- Riksrevisjonen: *Faglige retningslinjer for forvaltningsrevisjon*, 2022.
- Samferdselsdepartementet: *Høringsnotat om vekteres tilbakeholdsrett på kollektivtransport*, 2022.
- Senter for statlig økonomistyring: *Risikostyring i staten: Håndtering av risiko i mål- og resultatstyringen*, 2006.
- Senter for statlig økonomistyring: *Resultatmåling: Mål- og resultatsstyring i staten*, 2010.
- Statskonsult: *Veiledning i virksomhetsplanlegging*, 1988.
- Statskonsult: *Tildelingsbrevene som styringsverktøy*, 1994.
- Statskonsult: *Rettslige systemavgjørelser: vilkår for å sette ut IT-oppgaver som omfatter myndighetsutøvelse*, 2000.

Statskonsult: *Som man roper i skogen får man svar, departementenes bestilling av resultatinformasjon*, 2001.

Statskonsult: *Modernisering av den norske departements-direktoratsmodellen: Et forprosjekt*, 2002.

Statskonsult: *Klager over alt. Organisering av statlig klagesaksbehandling*, 2003.

Udir: *Tolkningsuttalelse, Kommunens/fylkeskommunens adgang til å delegere myndighet til private skoler*, 2008.

Udir: *Tolkningsuttalelse, UDIR, Kommunens/fylkeskommunens adgang til å delegere myndighet til private skoler*, 2008.

Udir: *Kommunens/fylkeskommunens adgang til å delegere myndighet til private skoler*, 2014.

Vista Analyse: *Bruken av private aktører i barnevernet - ansvar på avveie?*, 2016.

Økokrim: *Politiets hjemmelsgrunnlag i A-krimssamarbeidet: En utredning om hjemmelsgrunnlaget for politiets forvaltningsmessige myndighetsutøvelse i a-krimssamarbeidet*, 2020.

Rapporter fra forvaltningsorganer

DFØ: *Veileder i etatsstyring, digital versjon*, 2021.

DFØ: *Endring og omstilling, temahefte fra statsansatteundersøkelsen 2021*, 2022.

DFØ: *Rapport 02, Direktorsrollen i utvikling: En gjennomgang av Politidirektoratet*, 2023.

Difi: *Uavhengig eller bare uavklart?*, 2012.

DiFi: *Fortsatt uavhengig? En kartlegging av uavhengige myndighetsorganer*, 2017.

Difi: «Organisasjonsformer i offentlig sektor - en kartlegging», 2018.

DiFi: *Veileder i anskaffelser av helse- og sosialtjenester*, 2018.

Difi: *Styrer for ordinære forvaltningsorganer i staten - en kartlegging*, 2019.

Andre internasjonale kilder

FOU-2013-9, Lovlig delegation af sagsforberedelse til advokatfirma.

SOU 2007:75, Att styra staten - regeringens styrning av sin förvaltning.

SOU 2019:43, Med tillitt följer bättre resultat.

Internasjonale rettsavgjørelser

EU-domstolen

- C-9/56 (*Meroni & Co., Industrie Metallurgiche SpA v. High Authority of the European Coal and Steel Community*)
- C-96/81 (*Kommisjonen v. Nederland*)
- C-123/83 (*BNIC v. Clair*)
- C-66/85 (*Lawrie-Blum v. Land Baden-Württemberg*)
- C-42/92 (*Thijssen v. Controledienst voor de verzekeringen*)
- C-114/97 (*Kommisjonen v. Spania*)
- C-355/98 (*Komisjonen v. Belgia*)
- C-417/99 (*Kommisjonen v. Spania*)
- C-470/99 (*Universale-Bau v. Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*)
- C-160/08 (*Kommisjonen v. Tyskland*)
- C-438/08 (*Kommisjonen v. Portugal*)
- C-270/12 (*Parlamentet og Rådet v. Storbritannia*)
- C-567/15 (*LitSpecMet v. UAB Vilniaus lokomotyvu remonto depas*)
- C-436/20 (*ASADE (Opinion of Advocate General Medina)*)

Den europeiske menneskerettsdomstolen

- 13134/87 (*Costello-Roberts v. Storbritannia*)
- 61603/00 (*Storck v. Tyskland*)
- 39483/05 og 40527/10 (*Liseytseva og Maslov v. Russland*)

Litteratur

- Abkenar, Azad Taheri: *Delegation af myndighedsudøvelse til private aktører*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2017.
- Adler, Max: *The Marxist Conception of the State: A Contribution to the Differentiation of the Sociological and Juristic Method*, Brill, 2019 [1922].
- Andenæs, Johs.: «Domstolene og administrasjonen.» i Andenæs, Johs. red.: *Avhandlinger og foredrag*, Universitetsforlaget, 1962, s. 273—85.
- Andenæs, Johs.: «Domstolenes stilling til Stortingets delegasjon av myndighet.» i Andenæs, Johs. red.: *Avhandlinger og foredrag*, Universitetsforlaget, 1962 [1953], s. 286—95.
- Andenæs, Johs.: «Stortingets kontroll med regjering og forvaltning: Stortingets eget syn», *Jussens venner*, 1978, s. 1—18.
- Andenæs, Kristian: «Om maktens rettsliggjøring og rettsliggjøringens maktpotensial», *Tidsskrift for samfunnsforskning* 47, 2006, s. 587—99.

- Andersen, Niels Å. og Born, Asmund W.: «Complexity and Change: Two “Semantic Tricks” in the Triumphant Oscillating Organization», *Systemic Practice and Action Research* 13, 2000, s. 297—328.
- Andersen, Poul: *Om Ugyldige Forvaltningsakter*, Arnold Busck, 1924.
- Arnesen, Finn, Hammersvik, Simen, Hjelmeng, Erling, Kolstad, Olav og Rognstad, Ole-Andreas: *Oversikt over EØS-retten*, Universitetsforlaget, 2022.
- Askeland, Bjarte: *Erstatningsrettslig identifikasjon*, Cappelen akademisk, 2002.
- Askeland, Bjarte: *Tapsfordeling og regress ved erstatningsoppgjør*, Fagbokforlaget, 2006.
- Askeland, Bjarte: «Nyere utviklingslinjer i norsk rettskildelære 1999—2018», *Lov og Rett* 57, nr. 09, 2018, s. 519—36.
- Askim, Jostein: «The Role of Performance Management in the Steering of Executive Agencies: Layered, Imbedded or Disjointed?», *Public Performance and Management Review*, 2015, s. 365—94.
- Aubert, Vilhelm: *Retten sosiale funksjon*, Universitetsforlaget, 1976.
- Aven, Terje: *Risiko og risikovitenskap, fortellinger og refleksjoner*, Universitetsforlaget, 2022.
- Backer, Inge Lorange: «Noen flere synspunkter på delegasjon til private og til kommuner», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1978, s. 151—78.
- Backer, Inge Lorange: «Hvordan bør lover utformes?», *Lov og rett*, 1981, s. 209—23.
- Backer, Inge Lorange: «En utvikling i delegasjonslæren?» i Bratholm, Anders, Opsahl, Torkel og Aarbakke, Magnus red.: *Samfunn, rett, rettferdighet: festskrift til Torstein Eckhoffs 70 årsdag*, Oslo TANO, 1986, s. 55—67.
- Backer, Inge Lorange: *Naturvern og naturinngrep*, Universitetsforlaget, 1986.
- Backer, Inge Lorange: «Juristenes rolle i lovforberedelsen», *Lov og rett*, 2011, s. 63—77.
- Backhaus, Hans Georg: «On the Dialectics of the Value-Form», *Thesis Eleven* 1, 1980, s. 99—120.
- Balbus, Isaac: «Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law», *Law & Society* 11, 1977, s. 215—32.
- Balibar, Etienne: «Hegel, Marx, Pashukanis and the idea of abstract right as a bourgeois form.» i Francis, Cooper og Gottlieb, Daniel red.: *Institution: Critical histories of law*, CREMP Books, 2023, s. 74—100.
- Barrow, Clyde W.: «The Miliband-Poulantzas Debate: An Intellectual History.» i Aronowitz, Stanley og Bratsis, Peter red.: *Paradigm Lost: State Theory Reconsidered*, University of Minnesota Press, 2001, s. 3—52.
- Befring, Anne Kjersti og Ohnstad, Bente: *Helsepersonelloven, kommentarutgave*, Fagbokforlaget, 2019.
- Bekkedal, Tarjei: «Suverenitet og samarbeid — Grunnlovens skranker for delegasjon av statsmakt», *Kritisk juss* 42, nr. 01, 2016, s. 3—37.
- Bergo, Knut: «Kaarlo Tuori: Critical Legal Positivism», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 117, nr. 01-02, 2004, s. 241—56.
- Bergo, Knut: *Tekst og virkelighet i rettskildelæren*, Cappelen Akademisk forlag, 2004.

- Bergo, Knut: «Tolkning og anvendelse av lov, forskrift og forarbeider.» i Sunde, Jørn Øyrehagen og Høgberg, Alf Petter red.: *Juridisk metode og tenkemåte*, Oslo Universitetsforlaget, 2019, s. 175—238.
- Bergo, Knut: *Rett praksis: Lærebok i norsk juridisk metode*, Fagbokforlaget, 2022.
- Bernt, Camilla og Bernt, Jan Fridthjof: *God forvaltningsskikk*, Gyldendahl, 2018.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Ansattes medbestemmelse i kommunal virksomhet.» *Rett og humanisme, festskrift til Kristen Andersen*, Tanum-Norli, 1977, s. 370—93.
- Bernt, Jan Fridthjof: *Avtaler med stat og kommune: Forhåndstilsagn om utøving av skjønnsmessig forvaltningsmyndighet og av myndighet til å pålegge skatter og avgifter, kompetansespørsmål og rettsvirkninger*, Universitetsforlaget, 1981.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett — noen prinsipielle betraktninger», *Jussens Venner*, 1983, s. 119—35.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Forvaltningsrett underveis - om systematikk, begrepsdannelse og framstillingsform», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1984, s. 132—69.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Rettskildebruk for forskeren - en sammenligning med domstolenes og forvaltningens rettskildebruk», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1989, s. 265—94.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Kan kommunalt selvstyre og rettssikkerhet forenes?», *Lov og rett*, 1994, s. 67—92.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Rammene for rettslig prøving av forvaltningens avgjørelser - Fra fritt skjønn til pragmatiske vurderinger?», *Jussens Venner* 51, nr. 06, 2016, s. 324—42.
- Bernt, Jan Fridthjof: «Rettsstat eller forskriftsstat?» i Bugge, Hans Christian, Indreberg, Hilde Syse og Tverberg, Arnulf red.: *Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer*, Universitetsforlaget, 2016, s. 66—86.
- Bernt, Jan Fridthjof og Doublet, David: *Vitenskapsfilosofi for jurister*, Fagbokforlaget, 1998.
- Bernt, Jan Fridthjof og Overå, Oddvar: *Kommuneloven 2018 med kommentarer*, Kommuneforlaget, 2019.
- Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf: *Frihagens forvaltningsrett, bind 1, 2. utg.* Bergen, Fagbokforlaget, 2010.
- Bjella, Kristin: «Samarbeid mellom kommuner og fylkeskommuner», *Vedlegg 2 til NOU 1990:13*, 1990, s. 454—69.
- Bjerkan, Gøril: *Det offentligrettslige erstatningsansvar: virkeområde og ansvarsnorm*, Doktorgrad, Universitetet i Oslo, 2019.
- Bjørne, Lars: *Realism och skandinavisk realism, Den nordiska rättsvetenskapens historia del IV*, EO Grafiska, 2007.
- Blandhol, Sverre: «Rettspragmatismen i perspektiv», *Kritisk juss* 46, 2020, s. 166—78.
- Blichnes, Lars Chr. og Molander, Anders: «Mapping juridification», *European Law Journal* 14, 2007, s. 36—54.
- Boe, Erik: «Fusadommen i forvaltningsrettslig og rettsteoretisk perspektiv», *Lov og Rett*, 1991, s. 323—46.
- Boe, Erik Magnus: «Den rettslige betydningen av politiske målsettinger i stortingsmeldinger, komiteinnstillinger osv.», *Jussens Venner*, 1981, s. 235—55.

- Boe, Erik Magnus: «Eckhoff/Smiths framstilling av lovskravet i forvaltningsretten», *Jussens Venner*, 1983, s. 151—73.
- Boe, Erik Magnus: «Utviklingslinjer i forvaltningsretten», *Lov og Rett*, 1989, s. 51—72.
- Boe, Erik Magnus: «Domstolskontroll med forvaltningen: Åpne lovfullmakter og Høyesteretts svar i 90-årene», *Lov og rett*, 1994, s. 323—48.
- Boe, Erik Magnus: *Forsvarlig forvaltning*, Universitetsforlaget, 2018.
- Boe, Erik Magnus: «Forsvarlig systeminnretning i forvaltningen», *Lov og Rett* 80, nr. 03, 2020, s. 129-40.
- Boe, Erik Magnus: *Rettskildelære under debatt*, Vol. 2. utgave, Universitetsforlaget, 2021.
- Bogetoft, Rasmus Arler: «Er en dom et bedre præjudikat, hvis den har flere citationer?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 133, nr. 2-3, 2020, s. 117—60.
- Bordieu, Pierre: «Delegation and Political Fetishism», *Thesis Eleven* 10-11, nr. 1, 1985, s. 56—70.
- Bovens, Mark: «The Concept of Public Accountability.» i Ferlie, Ewan, Lynn Jr., Laurence E. og Politt, Christopher red.: *The Oxford Handbook of Public Management*, Oxford University Press, 2007, s. 182—204.
- Brækhus, Sjur: *Rettslig vurdering av hittil meddelte tillatelser til utvinning av petroleum på den norske del av kontinentalsokkelen*, 1975.
- Bråtene, Malin Ek og Vethe, Jørgen: «Bruk av konsulenter i norske kommuner. En studie av utviklingen de siste 15 år», *Master i offentlig styring og ledelse, Høgskolen i Innlandet*, 2019.
- Buckel, Sonja: «The Juridical Condensation of Relations of Forces: Nicos Poulantzas and Law.» i Gallas, Alexander, Bretthauer, Lars, Kannankulam, John og Stütze, Ingo red.: *Reading Poulantzas*, Merlin Press, 2011, s. 154-69.
- Buckel, Sonja: *Subjectivation and Cohesion: Towards the Reconstruction of a Materialist Theory of Law*, Brill, 2020 [2008].
- Bugge, Lars: *Struktur, relasjon, formidling: Noen momenter i en materialistisk sosiologi*, Dr. philos-avhandling, Universitetet i Oslo, 2006.
- Bugge, Lars: «Verden sett fra Den annen front: Anmeldelse av Rune Slagstad, *Mine dannelsesagenter. En politisk idéhistorie*», *Agora* 40, nr. 2-3, 2022, s. 397—421.
- Bugge, Lars, Eriksen, Stein Sundstøl og Rønning, Geir O.: «Makten som vilje og forestilling», *Tidsskrift for samfunnsforskning* 45, 2004.
- Castberg, Frede: «Den konstruktive metode», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1923, s. 294—318.
- Castberg, Frede: *Norges statsforfatning 1*, Oslo, O. Christiansens Boktrykkeri, 1935.
- Castberg, Frede: *Norges statsforfatning 2*, Oslo, O. Christiansens Boktrykkeri, 1935.
- Castberg, Frede: *Innledning til forvaltningsretten*, Oslo, O. Christiansens boktrykkeri, 1938.
- Castberg, Frede: *Den utøvende makt*, Grieg forlag, 1945.
- Castberg, Frede: «Rettsstat — Forvaltningsstat.» i Bugge, Jens og Smith, Carsten red.: *Fra statlivets rettsproblemer*, Oslo Akademisk forlag, 1953 [1933], s. 31—42.
- Castberg, Frede: *Innledning til forvaltningsretten*, 3. utg., Akademisk forlag, 1955.

- Castberg, Frede: *Norges statsforfatning 1*, Universitetsforlaget, 1964.
- Chamon, Merijn: «EU agencies: Does the Meroni Doctrine make sense?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 17, 2010, s. 281—305.
- Chamon, Merijn: «The Empowerment of Agencies Under the Meroni Doctrine and Article 114 TFEU: Comment on United Kingdom v. Parliament and Council (Short-Selling) and the Proposed Single Resolution Mechanism», *European Law Review* 39, 2014, s. 380—403.
- Christensen, Bent: *Forvaltningsret*, Jurist og økonomiforbundets forlag, 1997.
- Christensen, Jens Peter: *Ministeransvar*, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 1997.
- Christensen, Jens Peter, Jensen, Jørgen Albæk og Jensen, Michael Hansen: *Dansk statsret*, 3. udgave utg., Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2020.
- Christensen, Johan og Holst, Cathrine: *Ekspertenes inntog*, Universitetsforlaget, 2020.
- Christensen, Johan, Holst, Cathrine og Molander, Anders: *Expertise, Policy-making and Democracy*, Routledge, 2021.
- Christensen, Tom, Egeberg, Morten, Læg Reid, Per, Roness, Paul G. og Røvik, Kjell Arne: *Organisasjonsteori for offentlig sektor*, 3. utg., Universitetsforlaget, 2015.
- Christensen, Tom, Egeberg, Morten, Læg Reid, Per og Trondal, Jarle: *Sentralforvaltningen, stabilitet og endring gjennom 40 år*, Universitetsforlaget, 2018.
- Christensen, Tom og Læg Reid, Per: «A Transformative Perspective on Administrative Reforms.» i Christensen, Tom og Læg Reid, Per red.: *New Public Management: The transformation of ideas and practice*, Ashgate, 2001, s. 13—39.
- Clarke, Simon: *The State Debate*, Macmillian, 1991.
- Coase, Ronald Harry: «The Nature of the Firm», *Economica* 4, nr. 16, 1937, s. 386—405.
- Davies, Jonathan: *Challenging governance theory: From networks to hegemony*, Policy Press, 2011.
- Dickinson, Laura: «In Defense of Accountability as a Lens to Perceive Privatization's Problems, Some Examples from Military and Security Privatization.» i Knight, Jack og Schwartzberg, Melissa red.: *Privatization*, Nomos LX, 2018, s. 30.
- Dickson, Julie: «Legal Positivism, Contemporary Debates.» i Marmor, Andreai red.: *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, New York Routledge, 2012, s. 46—64.
- Dionne, Georges: «Risk Management: History, Definition and Critique», *Cirrelt* 56, 2013.
- Disch, Lisa: «Introduction: The End of Representative Politics?» i Disch, Lisa, Sande, Mathijs van de og Urbinati, Nadia red.: *The Constructivist Turn in Political Representation*, Edinburg University Press, 2019, s. 1—20.
- Donnelly, Catherine M: *Delegation of Governmental Power to Private Parties: A Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2007.
- Doublet, David: *Rett, vitenskap og fornuft*, Alma Mater forlag, 1994.
- Duff, Patrick W. og Whiteside, Horace E.: «Delegata Potestas Non Potest Delegari: A Maxim of American Constitutional Law», *Cornell Law Review* 14, 1929, s. 168—96.
- Dworkin, Ronald: *Law's Empire*, Hart Publishing, 1986.
- Eckhoff, Torstein: «Legalitetsprinsippet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1963, s. 225—85.

- Eckhoff, Torstein: «Delegasjon av avgjørelsesmyndighet i forvaltningen.» i Eckhoff, Torstein og Smørgrav, Bjørn red.: *Statsrettslige emner*, Tanumast, 1966, s. 125—68.
- Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*, 1 utg. Oslo, Tanum-Norli, 1978.
- Eckhoff, Torstein: «Lovavdelingens rettskapinge uttalelser.» *Festskrift Lovavdelingen - 100 år 1885-1985*, Universitetsforlaget, 1986, s. 89—103.
- Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*, 4 utg., Tano, 1992.
- Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, Oslo, TANO, 1993.
- Eckhoff, Torstein: *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget, 2001.
- Eckhoff, Torstein og Jacobsen, Knut Dahl: *Rationality and responsibility in administrative and judicial decision-making*, København, Munksgaard, 1960.
- Eisenhardt, Kathleen M.: «Agency Theory: An Assessment and Review», *The Academy of Management Review* 14, nr. 1, 1989, s. 57—74.
- Eldøy, Ragnar: «Oppreisningskrav mot det offentlige - organansvaret i lys av Rt. 1995 s. 209», *Lov og rett*, 1997, s. 377—84.
- Eng, Svein: «Begrepene 'kompetanse' og 'gyldighet' i juridisk argumentasjon», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 1990, s. 625—71.
- Eng, Svein: «Plassering av offentlig kompetanse hos private: noen hensyn for og imot», *Lov og rett*, 1992, s. 544—51.
- Eng, Svein: «Får prejukatslæren anvendelse på domsargumenter vedrørende rettskildelæren?», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1997, s. 21—44.
- Eng, Svein: *Rettsfilosofi*, Universitetsforlaget, 2007.
- Eng, Svein: *Rettskildelærens grunnlag*, Fagbokforlaget, 2022.
- Engelsrud, Gerd: *Styring og vern: arbeidsrett i offentlig sektor*, Cappelen Damm Akademisk, 2022.
- Eriksen, Andreas: «Accountability and the Multidimensional Mandate», *Political Research Quarterly*, 2020, s. 1-13.
- Eriksen, Christoffer Konrad: *Kritikk: Konfrontasjoner med rett og makt*, Universitetsforlaget, 2016.
- Eriksen, Christoffer Conrad: *Den unge marx*, Cappelen Damm akademisk, 2019.
- Eriksen, Christoffer Conrad og Fredriksen, Halvard Haukeland: *Norges europeiske forvaltningsrett: EØS-avtalens krav til norske forvaltningsorganers organisering og saksbehandling*, Oslo, Universitetsforlaget, 2019.
- Eriksen, Christoffer Conrad og Ikdahl, Ingunn: «Navs kontrollsystem og trygdeskandalen», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 19, 2023, s. 186—230.
- Eriksson, Lars D.: *Marxistisk teori och rättsvetenskap*, Juridica, 1980.
- Falkanger, Aage Thor: *God tro, en studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter*, Universitetsforlaget, 1999.
- Farstad, Daniel Morken: *Delegasjon av lovgivningsmyndighet i Norge under første verdenskrig*, Masteroppgave ved UiO, Det juridiske fakultet, 2021.

- Fine, Bob: *Democracy and the Rule of Law: Liberal ideals and Marxist critiques*, Pluto Press, 1984.
- Fineman, Martha Albertson: «Vulnerability and Inevitable Inequality», *Oslo Law Review* vol. 4, nr. utg. 3, 2017, s. 133—49.
- Fischer-Lescano, Andreas: «Critical systems theory», *Philosophy and Social Criticism* 38, 2012, s. 3—23.
- Fliflet, Arne: *Statsforfatningen i Norge*, 11. utgave utg., Universitetsforlaget, 2017.
- Flo, Yngve: *Staten ut til folket: desentralisering som styrings- og forvaltningspolitisk strategi 1945 til 1975*, LOS-senteret, 1999.
- Foucault, Michel: *Overvåkning og straff*, Gyldendahl, 1999.
- Frändberg, Åke: «An Essay on Legal Concept Formation.» I Hage, Jaap C. og Pfordten, Dietmar von der red.: *Concepts in Law*, Springer, 2009, s. 1—16.
- Frankenberg, Günther: *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law.*, Edward Elgar, 2014.
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Mathisen, Gjermund: *EØS-rett*, 4. utgave utg., Fagbokforlaget, 2022.
- Frihagen, Arvid: *Delegasjon av forvaltningsmyndighet*, Oslo, Norges Juristforbund, 1973.
- Frihagen, Arvid: *Offentlige anbudsregler - innkjøp: Statens innkjøpsforskrifter og innkjøpsinstruks for kommune og fylkeskommune med kommentarer*, Forlaget A. Frihagen, 1980.
- Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett*, Oslo, Forlaget A. Frihagen, 1991.
- Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett, 2: saksbehandling*, Forlaget A. Frihagen, 1992.
- Frihagen, Arvid: *Forvaltningsrett, 3: Omgjøring, kontroll og ugyldighet*, Forlaget A. Frihagen, 1992.
- Frøberg, Thomas: *Rettslig prinsippargumentasjon*, Gyldendahl juridisk, 2014.
- Fukuyama, Francis: «What Is Governance?», *Center for Global Development Working Paper* 314, 2013.
- Gailmard, Sean: «Accountability and Principal-Agent Theory.» i Bovens, Mark, Goodin, Robert E. og Schillemans, Thomas red.: *The Oxford Handbook of Public Accountability*, Oxford University Press, 2014, s. 90—106.
- Gestel, Rob van, Michklitz, Hans W. og Maduro, Miguel Poiaras: «Methodology in the New Legal World», *EUI Working Papers 2012/13*, 2012, s. 1—30.
- Giddens, Anthony: *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*, Polity Press, 1986.
- Gordon, Robert W.: «Critical Legal Histories», *Stanford Law Review* 36, nr. 58, 1984, s. 57—125.
- Graver, Hans Petter: «Rett og rettssikkerhet ved offentlig effektivisering og nedskjæring», *Kritisk juss*, 1984, s. 7—13.
- Graver, Hans Petter: *Den juristskapte virkelighet*, TANO, 1986.

- Graver, Hans Petter: «Samordning av forvaltningsvirksomhet, prøveforelesning for den juridiske doktorgrad over selvalgt emne, fredag 9. mai 1986», *Jussens Venner*, 1987, s. 291—312.
- Graver, Hans Petter: «Rettsutvikling - en juridisk prediksjonsteori.» *Festskrift til Gunnar de Capua; Bredde foran kvalitet?*, De Capuas Minnefond, 1992.
- Graver, Hans Petter: «Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2000, s. 429—76.
- Graver, Hans Petter: «Krav til kvalitetssikring og internkontroll - konsekvenser for Regjeringens og Stortingets ansvar», *Lov og rett*, 2000, s. 195—208.
- Graver, Hans Petter: «Formålstjenlige privatrettslige former for offentlig virksomhet.» i Graver, Hans Petter red.: *Forvaltningsrett i markedsstaten: Studier i europeisering av forvaltningsretten*, Fagbokforlaget, 2002, s. 213—40.
- Graver, Hans Petter: «Bevisbyrde og beviskrav i forvaltningsretten», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2004, s. 465—98.
- Graver, Hans Petter: «Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 2005, s. 153—87.
- Graver, Hans Petter: «Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 121, nr. 2, 2008, s. 149—79.
- Graver, Hans Petter: *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg. Oslo, Universitetsforlaget, 2019.
- Grønlie, Tore: *Sentraladministrasjonens historie etter 1945, ekspansjonsbyråkratiet tid 1945-1980, bind 1*, Fagbokforlaget, 2009.
- Grønlie, Tore: «Slagstads politiserende embetsmenn», *Nordisk Administrativ Tidsskrift* 3, nr. 88, 2011, s. 220—26.
- Grønlie, Tore og Flo, Yngve: *Sentraladministrasjonens historie etter 1945: Den nye staten? Tiden etter 1985*, Bergen, Fagbokforlaget, 2009.
- Habermas, Jürgen: *Between Facts and Norms*, Polity Press, 1997.
- Hagerup, Francis: «Nogle ord om den nyere Retsvidenskabs Karakter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1888, s. 1—58.
- Hagstrøm, Viggo: *Offentligrettslig erstatningsansvar: Studier i spesiell og alminnelig erstatningsrett*, TANO, 1987.
- Hagstrøm, Viggo: «Utstrekningen av arbeidsgiveransvaret ved straffbar skadeforvoldelse - Høyesteretts dom 28. mai 2008 (HR-2008-00937-A)», nr. 4, 2008, s. 5—7.
- Hagstrøm, Viggo og Stenvik, Are: *Erstatningsrett*, 2. utgave utg., Universitetsforlaget, 2019.
- Hammer, Svein: *Sosialdemokrati versus nyliberalisme: Norsk styringskunst og samfunnsforming 1814-2020*, Solum Bokvennen, 2020.
- Hammerslev, Ole og Mathiesen, Thomas: «Marxistisk rettssociologi.» i Madsen, Mikael Rask og Hammerslev, Ole red.: *Rettssociologi, klassiske og moderne perspektiver*, Hans Reitzels Forlag, 2013, s. 181—98.
- Hansen, Thor Willy Ruud: «Changes in the utilization of diagnostic codes in neonatology following the introduction of activity-based financing», *Health Policy* 74, 2005, s. 218—23.
- Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*, 2. utgave utg., Oxford University Press, 1994.

- Harvie, David og Milburn, Keir: «How organizations value and how value organizes», *Organization* 17, nr. 5, 2010, s. 631—36.
- Hayat, Samuel: «Representation as proposition: democratic representation after the constructivist turn,» i Disch, Lisa, Sande, Mathijs van de og Urbinati, Nadia red.: *The Constructivist Turn in Political Representation*, Edinburg University Press, 2019, s. 121—40.
- Hayek, Friedrich: «The Use of Knowledge in Society,» *The American Economic Review*, Vol. 35, No. 4. 1945, side 519—530.
- Heath, Joseph: *The Machinery of Government: Public Administration and the Liberal State*, Oxford University Press, 2020.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: *Rettsfilosofien*, Vidarforlaget, 2006 [1821].
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: *Åndens fenomenologi*, Vidarforlaget, 2022 [1807].
- Heinrich, Michael: *An Introduction to the Three Volumes of Karl Marx's Capital*, Monthly Review Press, 2012 [2004].
- Hellner, Jan: *Metodproblem i rettsvetenskapen: Studier i förmögensrätt*, Jura, 2001.
- Henrichsen, Carsten: *Rammebetingelser for udlicitering av myndighedsopgaver*, Responsum til Udliciteringsrådet, 2004.
- Hermansen, Tormod: «Staten som forretningsdrivende og som eier av forretningsdrivende virksomhet», *Nordisk Administrativt Tidsskrift* 3, 2011, s. 189—201.
- Hiorthøy, Finn: «Bokmelding: Torkel Opsahl, Delegasjon av Stortingets myndighet», *Lov og rett* 5, nr. 2, 1966, s. 88—94.
- Hoel, Markus: *Kommunalrettslig representasjon: binding og erstatning*, Oslo, Universitetsforlaget, 2011.
- Hollander, Anna og Madell, Tom: «Socialtjänst på entreprenad: Kan utredningar inom individ- och familjeomsorg överlämnas till enskilda utan särskilt stöd av lag?», *Institutionen för socialt arbete särtrycks-serien*, 2003, s. 15—46.
- Holmøyvik, Eirik: «Sikker konstitusjonell praksis? Grunnlova og Noregs avtaler om suverenitetsoverføring», *Nytt Norsk Tidsskrift* nr. 2, 2013, s. 117—25.
- Holmøyvik, Eirik: *Utgreiing av statsrettslege spørsmål i samband med styresmaktenes handtering av Covid-19*, 2020.
- Holmøyvik, Eirik: «§ 3.» i Michalsen, Dag og Mestad, Ola red.: *Grunnloven, historisk kommentarutgave 1814—2020*, Universitetsforlaget, 2021, s. 132—52.
- Holmøyvik, Eirik og Eriksen, Christoffer Conrad: «Høyesteretts jernbanebetenkning: en statsrettslig avsporing», *Lov og rett* 61, 2022, s. 28—52.
- Holter, Katrine: *Hensikt: En studie av hensiktsforsett og omkringliggende begreper i strafferetten*, Universitetet i Bergen, 2020.
- Hopsnes, Roald: «Myndighetsmisbrukslæren som rettslig skranke for forvaltningsorgans avtaleinngåelser?», *Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe*, Universitetsforlaget, 2013, s. 173—202.
- Hopsnes, Roald: *Kommunale forhåndstilsagn: adgangen til å forhåndsbinde forvaltningsmyndighet og rettsvirkningen av slik binding*, Fagbokforlaget, 2017.

- Hopsnes, Roald: *Karnov lovkommentar: Kommuneloven 2018*, Lovdata.no, hentet 9. september 2022, 2022
- Hopsnes, Roald og Solberg, Raymond: «Legalitetsprismippet», *Jussens Venner* 40, 2005, s. 77—155.
- Horn, Henrik: «Når skal staten straffes?», *Jussens Venner* 50, 2015, s. 346—52.
- Hotvedt, Marianne Jenum: *Arbeidsgiverbegrepet, En analyse av grunnlaget for arbeidsgiverplikter*, Gyldendahl, 2016.
- Hotvedt, Marianne Jenum: «Arbeidstaker — quo vadis? Den nyere utviklingen av arbeidstakerbegrepet», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 131, nr. 01, 2018, s. 42—103.
- Hunt, Michael: *Evgeny Pashukanis, A Critical Reappraisal*, Nomokoi, 2007.
- Hunter, Rob: «Critical Legal Studies and Marx's Critique», *Yale Journal of Law & the Humanities* 31, 2021, s. 389—412.
- Høgberg, Alf Petter: *Kontraktstolkning: Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*, Universitetsforlaget, 2006.
- Høgberg, Alf Petter: *I språkets bilde: Elementære logiske emner i juridisk kontekst*, Universitetsforlaget, 2015.
- Høgberg, Alf Petter: «Rettslige standarder redefinert.» *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt: Festskrift til Aslak Syse*, Gyldendal juridisk, 2016, s. 285—99.
- Iancu, Bogdan: *Legislative Delegation. The Erosion of Normative Limits in Modern Constitutionalism*, Springer, 2012.
- Innjord, Frode: «Almene råd og veiledninger - styring og skøn», *Det 38. nordiske Juristmøte*, 2008, s. 207—19.
- Innset, Ola: *Markeds vendingen: Nyliberalismens historie i Norge*, Fagbokforlaget, 2020.
- Jacobsen, Jørn: «Om begrepet 'juridisk metode'», *Jussens venner* 38, 2004, s. 360—75.
- Jacobsen, Jørn: *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*, Fagbokforlaget, 2009.
- Jacobsen, Jørn: «Rettsvitenskapssosiologi - ei spire.» *Undring og erkjennelse: Festskrift til Jan Fridthjof Bernt*, Fagbokforlaget, 2013, s. 267—78.
- Jacobsen, Jørn: «Law, Legal Science and Methodological Pluralism.» i Giertsen, Johan, Husabø, Erling Johannes, Iversen, Øystein L. og Konow, Berte-Elen red.: *Rett i Vest - Festskrift til 50-årsjubileet for juristutdanningen ved Universitetet i Bergen*, Fagbokforlaget, 2019, s. 361—79.
- Jacobsen, Jørn: «How can legal doctrine be a scientific discipline», *Studien zur Strafrechtstheorie und Strafrechtsethik* 4, 2021, s. 105—28.
- Jacobsen, Knut Dahl: «Lojalitet, nøytralitet og faglig uavhengighet i sentraladministrasjonen», *Pacem* 11, nr. 2, 2008 [1960], s. 19—34.
- Johansen, Tormod Otter: *Forvaltning som verksamhet: Bidrag til offentligrettens allmänna läror*, Doktoravhandling, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2020.
- Johnsen, Åge: *Resultatstyring i offentlig sektor*, Fagbokforlaget, 2007.
- Kelsen, Hans: *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1949.
- Kelsen, Hans: *The Pure Theory of Law*, The Lawbook Exchange, LTD2005 [1960].

- Kinander, Morten: «Forholdet mellom juridisk og rettsvitenskapelig metode innen den nyere rettsrealismen», *Kritisk juss*, 2000, s. 109—27.
- Kinander, Morten: «Trenger man egentlig 'reelle hensyn'? - To betydninger, noen problemer», *Lov og rett*, 2002, s. 224—41.
- Kinander, Morten: *The view from within: An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence*, Fagbokforlaget, 2004.
- Kinander, Morten: «Makt, rett og politikk.» i Kinander, Morten red.: *Makt og Rett: Om Makt- og Demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*, Universitetsforlaget, 2005, s. 19—47.
- Kinander, Morten og Høgberg, Alf Petter: «Det formelle legalitetsprinsippet og rettskildelæren», *Tidsskrift for rettsvitenskap*, 2011, s. 15—55.
- Kjølstad, Marius Mikkel: «Det rettsvitenskapelige kloster: Doktorgradsutdanning- og avhandlinger ved Det juridiske fakultet i Bergen 1969—2018.» i Giertsen, Johan, Husabø, Erling Johannes, Iversen, Øystein L. og Konow, Berte-Elen red.: *Rett i vest*, Fagbokforlaget, 2019, s. 41—58.
- Kolflaath, Eivind: *Ordlyd og resonnement: språk og argumentasjonsteori i samspill med juss*, Fagbokforlaget, 2023.
- Krarp, Ole: *Øvrighedsmyndighedens grænser*, Juristforbundets forlag, 1969.
- Lange, Elena Louisa: «Form Analysis and Critique: Marx's Social Labour Theory of Value.» i Osborne, Peter, Alliez, Eric og Russel, Eric-John red.: *Capitalism: concept, idea, image, Aspects of Marx's Capital today*, CRMEP Books, 2019, s. 21-35
- Langvatn, Silje A.: «Legitimate, but unjust; just, but illegitimate: Rawls on political legitimacy», *Philosophy and Social Criticism* 42, 2015, s. 132—53.
- Langvatn, Silje A. og Holst, Cathrine: «Expert accountability: what does it mean, why is it challenging - and is it what we need?», *Constellations*, 2022, s. 1—16.
- Lemke, Thomas: *A Critique of Political Reason: Foucault's Analysis of Modern Governmentality*, Verso, 2019.
- Liisberg, Bent: *Erstatningsansvaret for offentlig servicevirksomhet, Kritikk av en juridisk vranglære*, Fagbokforlaget, 2005.
- Lindseth, Peter L.: «Agents Without Principals?: Delegation in an Age of Diffuse and Fragmented Governance.» i Cafaggi, Fabrizio red.: *Reframing Self-Regulation in European Private Law*, Kluwer Law International, 2006.
- Lindø, Preben H.: «Risikoforståelse og myndighetskontroll.» i Kringen, Jacob, Lindø, Preben H. og Braut, Geir Sverre red.: *Risiko og tilsyn*, Universitetsforlaget, 2012, s. 54—77.
- Loughlin, Martin: *Political Jurisprudence*, Oxford University Press, 2017.
- Luhmann, Niklas: «The future of democracy», *Thesis eleven* 26, nr. 1, 1990, s. 46—53.
- Luhmann, Niklas: *Risk: A Sociological Theory*, Walter de Gruyter, 1993.
- Luhmann, Niklas: *Law as a Social System*, Oxford University Press, 2008 [1993].
- Luhmann, Niklas: *A Sociological Theory of Law*, 2. utg., Routledge, 2014 [1972].
- Læg Reid, Per og Olsen, Johan P.: *Byråkrati og beslutninger: en studie av norske departement*, Universitetsforlaget, 1978.

- Lødrup, Peter: «Oppreisning - et praktisk rettsinstitutt», *Tidsskrift for erstatningsrett*, 2006, s. 211—37.
- MacCormick, Neil og Weinberger, Ota: «Introduction.» i MacCormick, Neil og Weinberger, Ota red.: *An institutional theory of law: New perspectives on legal positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, s. 1—31.
- Madsen, Helle Bødker: *Privatisering og patientrettigheter*, Jurist- og økonomiforbundets forlag, 2010.
- Madsen, Mikael Rask og Caserta, Salvatore: «The Legal Profession in the Era of Digital Capitalism: Disruption or New Dawn?», *Laws* 8, nr. 1, 2019, s. 1—17.
- Mair, Peter: *Ruling the Void: The Hollowing of Western Democracy*, Verso, 2013
- Majone, Giandomenico: «The regulatory state and its legitimacy problems», *West European Politics* 22, nr. 1, 1999, s. 1—24.
- Majone, Giandomenico: «Nonmajoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction Cost Approach», *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 157, 2001, s. 57—78.
- Malm, Andreas: *The Progress of this Storm*, Verso, 2018.
- Marcusson, Lena: *Förvaltning utanför myndighetsområdet*, Iustus Förlag, 1989.
- Marthinussen, Hans Fredrik: «Kommunal forbudsiver og rettsstatens utilstrekkelighet.» i Holmøyvik, Eirik, Eriksen, Christoffer Conrad og Høgberg, Benedikte Moltumyr red.: *Kriseregulering: lovgivning under koronakrisen*, Fagbokforlaget, 2023, s. 441—82.
- Marx, Karl: *Grundrisse*, Penguin Books, 1973 [1857—61]
- Marx, Karl: *Capital, A Critique of Political Economy*, Penguin Books, 1976 [1867].
- Mau, Søren: *Stum tvang: En marxistisk undersøgelse af kapitalismens økonomiske tvang*, KLIM, 2021.
- Menke, Christoph: *Critique of Rights*, Polity Press, 2020.
- Messel, Jan: *Samling og strid: Norsk tjenestemannslag 1947-1997.*, Tiden, 1997.
- Mestad, Ola og Stokstad, Sigrid: «§ 49.» i Michalsen, Dag og Mestad, Ola red.: *Grunnloven : Historisk kommentarutgave 1814-2020*, Universitetsforlaget, 2021, s. 484—95.
- Meyer, Poul: «Om delegation af administrativ kompetence», *UfR B*, 1954, s. 30-39.
- Miliband, Ralph: *The State in Capitalist Society*, Weidenfeld & Nicolson, 1969.
- Moeller, Hans Georg: *Luhmann Explained: From Souls to Systems*, Open Court Publishing, 2006.
- Mohn, Klaus og Kvaløy, Ola: «Produktivitet og insentiver i offentlig sektor», *Beta* 32, nr. 2, 2018, s. 148—64.
- Molander, Anders: *Discretion in the Welfare State: Social rights and professional judgement*, Routledge, 2016.
- Monsen, Erik: *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Oslo, Cappelen Damm akademisk, 2012.
- Moren, Jorolv: *Organisasjonene og forvaltningen*, Bergen, Forlagsaksjeselskapet Bedriftsøkonomen, 1958.

- Morgenstjerne, Bredo: *Lærebog i den norske Statsforfatningsret*, Steen, 1909.
- Morgenstjerne, Bredo: *Den norske forvaltnings- og næringsret: Et grundris*, Kristiania, Aschehoug, 1912.
- Mossberg, Oskar: «Den konstruktiva riktningen och 'begrepssjurisprudensen'», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 135, nr. 2-3, 2022, s. 289—355.
- Mæhle, Synne Sæther: «Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?», *Jussens venner* 39, nr. 5-6, 2004, s. 329—42.
- Mæhle, Synne Sæther: *Grenser for rettsanvendelsesskjønn: om rettslig legitimitet i et spenningsfelt mellom flertallsmakt og rettighetsvern*, Gyldendal akademisk, 2005.
- Mæhle, Synne Sæther: «Rettsvitenskapelig forskningsmetodikk - i lys av grunnleggende forskningsverdier», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 128, nr. 2, 2015, s. 126—57.
- Nergelius, Joakim: *Svensk statsrätt*, Studentlitteratur, 2022.
- Neumann, Franz: *The Rule of Law*, Berg, 1986.
- Nielsen, Rasmus Grønved: *Forvaltningskontrakter: Retlige studier over forvaltningens after til varetagelse af myndighedsopgaver over for borgere med særligt henblik på myndighetsudøvelse*, Karnov Group, 2021.
- Nielsen, Rasmus Grønved: «Gælder forvaltningsretten for private?», *Juristen* 1, 2023, s. 20—33.
- Niskanen, William: *Bureaucracy & Representative Government*, Routledge, 1971.
- Nordby, Trond: *Korporatisme på norsk*, Universitetsforlaget, 1994.
- Nordrum, Jon Christian: *Bedre regulering: årsak-virkningsanalyser i norsk reguleringsprosess*, Gyldendahl, 2019.
- Nygaard, Nils: *Rettsgrunnlag og standpunkt*, Universitetsforlaget, 2004.
- Nygaard, Nils: *Skade og ansvar*, Universitetsforlaget, 2007.
- O'Connell, Paul og Özsu, Umut: *Research handbook on law and Marxism*, Edward Elgar, 2021.
- Olsen, Johan P.: *Democratic Accountability, political order, and change: Exploring accountability processes in an era of European transformation*, Oxford University Press, 2017.
- Olsen, Johan P. og March, James: *Rediscovering Institutions*, The Free Press, 1989.
- Opsahl, Torkel: «En moderne forfatning under debatt, annen artikkel», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 75, 1962, s. 369—412.
- Opsahl, Torkel: *Fullmakter og folkestyre: Studier i offentlig myndighetstildeling, især ved såkalt delegasjon, i norsk rett*, Manuskript, 1963.
- Opsahl, Torkel: *Delegasjon av Stortingets myndighet*, Oslo, Tanum, 1965.
- Opsahl, Torkel: «Reform av statsrettslige grunnprinsipper.» *Pensumartikler i Statsforfatningsrett*, Universitetsforlaget, Opprinnelig TfR 1969 nr. 2/3, 1980 [1969], s. 83—121.
- Overman, Sjors: «Great Expectations of Public Service Delegation: A systematic review», *Public Management Review* 18, 2016, s. 1238—62.

- Overå, Oddvar: *Nemnder i kommunalforvaltningen, organisasjon og saksbehandling*, Institutt for offentlig rett, 1976.
- Pashukanis, Evgeny B.: *A General Theory of Law and Marxism*, Pluto Press 1978 [1926].
- Pedersen, Ove Kaj: *Konkurrencestaten*, Hans Rietzels Forlag, 2011.
- Pfordten, Dietmar von der: «About Concepts in Law.» i Hage, Jaap C. og Pfordten, Dietmar von der red.: *Concepts in Law*, Springer, 2009, s. 17—33.
- Picard, Pierre: «On the design of incentive schemes under moral hazard and adverse selection», *Journal of Public Economics* 33, 1987, s. 305—31.
- Pierre, Jon og Peters, Guy: «The shirking bureaucrat: a theory in search of evidence?», *Policy and politics* 45, 2017, s. 157—72.
- Pitkin, Hanna Fenichel: *The Concept of Representation*, University of California Press, 1967.
- Pitts, Frederick Harry: «Measuring and managing creative labour: value struggles and billable hours in the creative industries», *Organization*, nr. 1—18, 2020.
- Pitts, Frederic Harry: *Value*, Polity Press, 2021.
- Porter, Theodore: *Trust in Numbers*, Princeton University Press, 1995.
- Postone, Moishe: *Time, Labor and Social Domination*, Cambridge University Press, 1993.
- Poulantzas, Nicos: «Marxist Examination of the Contemporary State and Law and the Question of the 'Alternative'.» i Martin, James red.: *The Poulantzas Reader*, 2008 [1964], s. 25—46.
- Poulantzas, Nicos: *State, Power, Socialism*, Verso, 2014 [1978].
- Raa, Atle: *Fra instrumentell rasjonalitet til tvetydighet: en analyse av utviklingen av Statskonsults tilnærming til standarden Mål- og resultatstyring (MRS) 1987—2004*, Avhandling, Handelshøyskolen BI, 2011.
- Raz, Joseph: «The Law's Own Virtue», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019, s. 1—15.
- Reichelt, Helmut: «From the Frankfurt School to Value-Form Analysis», *Thesis Eleven* 4, 1982, s. 166—69.
- Rijsbergen, Marloes van og Scholten, Miroslava: «The limits of agencification in the European Union», *German Law Journal* 15, nr. 7, 2014, s. 1223—55.
- Roaldsnes, Andreas: «Mål og resultatstyring i Nav - kan det bidra til å få flere med nedsatt arbeidsevne i arbeid?», *Arbeids og velferd* 1, 2018, s. 57—80.
- Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, Nyt Nordisk Forlag, 1953.
- Ross, Alf: «Tû-Tû», *Harvard Law Review* 70, nr. 5, 1957, s. 812—25.
- Ross, Alf: *Statsretlige studier*, Nyt Nordisk Forlag, 1959.
- Runde, Aslak: «Skoleeiers erstatningsansvar for mangelfull opplæring i offentlige skoler», *Lov og rett*, 2013, s. 428—47.
- Ruus, Hilde: «§§ 86 og 87.» i Michalsen, Dag og Mestad, Ola red.: *Grunnloven: Historisk kommentarutgave 1814—2020*, Universitetsforlaget, 2020, s. 803—34.
- Røiseland, Asbjørn og Vabo, Signy Irene: «Governance på norsk. Samstyring som empirisk og analytisk fenomen», *Norsk statsvitenskapelig tidsskrift* 24, 2008, s. 86—107.

- Rønning, Geir O.: *Staten og bankene, En komparativ analyse av to norske bankkriser i det 20. århundret, med fokus på statens krisehåndtering*, Doktoravhandling ved UiO, 2019.
- Røsvoll, Tarjei Ellingsen: «Delegeringsregler i forvaltningsretten - et spørsmål om styring?», *Jussens Venner* 55, 2020, s. 234–64.
- Sand, Inger-Johanne: *Styring av kompleksitet. Rettslige former for statlig rammestyring og desentralisert statsforvaltning*, Fagbokforlaget, 1996.
- Sand, Inger Johanne: «The Interaction of Society, Politics and Law: The Legal and Communicative Theories of Habermas, Luhmann and Teubner», *Scandinavian Studies of Law* 53, 2008, s. 45–75.
- Sandberg, Kirsten: «Privatisering av førstelinjetjenesten i barnevernet», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2004, s. 83–99.
- Satz, Debra: «Some (Largely) Ignored Problems With Privatization.» i Schwartzberg, Jack Knight and Melissa red.: *Privatization*, NOMOS LX, 2019, s. 9–29.
- Saward, Michael: «The Representative Claim», *Contemporary Political Theory* 5, 2006, s. 297–318.
- Schei, Tore: «Kommune, fylkeskommune eller stat som saksøkt?», *Lov og Rett*, 1981, s. 339–53.
- Schmitt, Carl: *Begrepet om det politiske*, Vidarforlaget, 2007 [1932].
- Schmitt, Carl: *Dictatorship*, Polity Press, 2014.
- Schmitt, Carl: «Parlamentarismens svanesang.» i Slagstad, Rune og Skar, Øystein red.: *Carl Schmitt, Politikk og rett, et antiliberal tema med variasjoner*, 2019 [1926], s. 79–156.
- Searle, John R.: *The Construction of Social Reality*, The Free Press, 1995.
- Seip, Jens Arup: «Jus og politikk», *Lov og rett* 4, 1965.
- Sejersted, Francis: *Demokratisk kapitalisme*, Universitetsforlaget, 1993.
- Sejersted, Fredrik: *Kontroll og konstitusjon: Statsrettslige studier av Stortingets kontrollvirksomhet*, Oslo, Cappelen akademisk, 2002.
- Selvig, Erling: *Det såkalte husbondsansvar: studier i ulike typer av ansvar for hjelpere, herunder rederansvaret etter sjøl. § 8*, Universitetsforlaget, 1968.
- Shoikhedbrod, Igor: *Revisiting Marx's Critique of Liberalism*, Palgrave Macmillan, 2019.
- Skag, Miriam: «I hvilken utstrekning kan velferdstjenester unntas fra anskaffelsesregelverket? – Kritiske merknader til EFTA-domstolens tilnærming i sak E-13/19 (Hraðbraut)», *Lov og rett* 61, 2022, s. 301–18.
- Skinner, Quentin: «Meaning and Understanding in the History of Ideas», *History and Theory* 8, nr. 1, 1969, s. 3-53.
- Skjefstad, Arnt og Tørum, Amund Bjøranger: «Rettsutvikling og rettsavklaring i erstatningsretten - illustrert gjennom de såkalte Bori-dommene», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 17, 2020, s. 129–41.
- Skjerdal, Nikolai: «Hva betyr 'klar lovhjemmel'? Legalitetsprinsippet som grunnprinsipp og nyansert rettsregel», *Jussens Venner*, 2001, s. 337–64.

- Skoghøy, Jens Edvin A.: «Det offentliges erstatningsansvar - noen grunnleggende problemstillinger.» *Liv, lov og lære – Festskrift til Inge Lorange Backer*, Universitetsforlaget, 2016, s. 476—90.
- Skovgaard, Henning: *Offentlige myndigheters erstatningsansvar: En studie i statens og kommunernes almindelige erstatningsansvar for retmæssig/rettsstridig skadeforvoldelse i professionelle forhold*, G.E.C Gads Forlag, 1983.
- Slagstad, Rune: «Norsk rettsrealisme etter 1945», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1987, s. 385—403.
- Slagstad, Rune: *Retstens ironi*, Pax Forlag, 2001.
- Slagstad, Rune: *De nasjonale strateger* Pax, 2015.
- Smith, Eivind: «Litt om Stortingets kontroll med forvaltningen», *Jussens Venner*, 1973, s. 137—63.
- Smith, Eivind: «Bokanmeldelse: Arvid Frihagen: Forvaltningsrett. Del 2, 3. reviderte utgave. Universitetsforlaget 1975. 248 sider. Kr. 74,50», *Lov og rett*, 1976, s. 140—44.
- Smith, Eivind: «Delegasjon av forvaltningsmyndighet til private og uavhengige organer», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1976, s. 360—90.
- Smith, Eivind: «Legalitetsprinsippets hjemmelskrav og subjekter», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 1978, s. 655—91.
- Smith, Eivind: *Organisasjoner i fiskeriforvaltningen*, Oslo, Tanum Norli, 1979.
- Smith, Eivind: «'Legalitetsprinsippet' på ny», *Jussens Venner*, 1982, s. 207—31.
- Smith, Eivind: «Statsrådenes politiske og konstitusjonelle ansvar for statlige virksomheter med styre», *NAT 75*, 1994, s. 91—110.
- Smith, Eivind: «Embetsverket i en brytningstid», *Juristkontakt 7*, 1997, s. 2—30.
- Smith, Eivind: «Makt uten ansvar?» i Smith, Eivind red.: *Makt uten ansvar? Om Riksretten i vår tid*, Oslo Tano Aschehoug, 1997, s. 13-26.
- Smith, Eivind: «Instruksjonsmyndighet i den offentlige forvaltning og i ligningsforvaltningen», *Jussens venner*, 1999, s. 48—60.
- Smith, Eivind: *Stat og rett: Artikler i utvalg 1980—2001*, Universitetsforlaget, 2002.
- Smith, Eivind: ««Ministerstyre» – et hinder for samordning?», *Nytt Norsk Tidsskrift 32*, 2015, s. 258—66.
- Smith, Eivind: *Konstitusjonelt demokrati*, 4. utgave utg., Fagbokforlaget, 2017.
- Smith, Eivind: *Konstitusjonelt demokrati*, Fagbokforlaget, 2021.
- Smith, Eivind: «Rettsbundet forvaltning», *Jussens venner 57*, 2022, s. 442—75.
- Smith, Eivind og Eckhoff, Torstein: *Forvaltningsrett*, 12. utg., Universitetsforlaget, 2022.
- Spaak, Torben: «Norms that Confer Competence», *Ratio Juris Vol. 16*, nr. 1, 2003, s. 89—104.
- Spaak, Torben: «Explicating the Concept of Legal Competence.» i Jaap C. Hage, Dietmar von der Pfordten red.: *Concepts in Law*, Springer, 2009, s. 67—80.
- Stavang, Per: *Storting og regjering: om instruksar frå Stortinget til regjeringa*, Alma Mater, 1999.
- Stokstad, Sigrid: *Kommunalt selvstyre*, Oslo, Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, 2012.

- Strandberg, Magne: «Arbeidsgivers erstatningsansvar for skader hans arbeidstaker volder med forset», *Jussens Venner* 47, nr. 1, 2012, s. 33—68.
- Strandberg, Magne: *Beviskrav i sivile saker*, Fagbokforlaget, 2012.
- Strandberg, Magne og Skjefstad, Arnt: «Erstatning for feil gjort i selskapets ledelse - utviklingstrekk, tilnærming og systematikk», *Tidsskrift for forretningsjus* 23, 2017, s. 135—66.
- Strøm, Kåre: «Parliamentary Democracy and Delegation.» i Strøm, Kåre, Muller, Wolfgang C. og Bergban, Torbjörn red.: *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2006, s. 55—106.
- Strøm, Kåre, Müller, Wolfgang C. og Bergman, Torbjörn: «Challenges to Parliamentary Democracy.» i Strøm, Kaare, Müller, Wolfgang C. og Bergman, Torbjörn red.: *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*, Oxford University Press, 2005.
- Stub, Marius: *Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet*, Universitetsforlaget, 2011.
- Sundby, Nils Christian: *Om Normer*, Universitetsforlaget, 1974.
- Sundby, Nils Christian; Bratholm, Anders: «Innledning.» *Kritisk Juss*, Pax, 1976.
- Sundström, Göran: «Strategisk styrning bortom NPM», 2016, s. 145—72.
- Supiot, Alain: *Governance by Numbers, The Making of a Legal Model of Allegiance*, Hart Publishing, 2017.
- Supiot, Alain: *Homo Juridicus*, Verso, 2017 [2007].
- Svendsen, Mathias Rose: «Forfatningsretlige begrænsninger i adgangen til at overlade myndighedsudøvelse til private», *UfR*, 2015, s. 191—200.
- Sørensen, Rune: «Ustyrlige statselskaper?», *Beta* 24., nr. 1, 2010, s. 38—56.
- Søvig, Karl Harald: «Statens ansvar for unnlatte barnevernstiltak», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2005, s. 59—71.
- Søvig, Karl Harald: *Tvang overfor rusmiddelavhengige: sosialtjenesteloven §§ 6-2 til 6-3*, Fagbokforlaget, 2007.
- Søvik, Morten og Smith, Eivind: «Landbrukssamvirket og forvaltningsretten», *Institutt for offentlig retts skriftserie*, nr. nr. 4, 1983.
- Taggart, Michael: «From Parliamentary Powers to Privatization: The Chequered History of Delegated Legislation in the Twentieth Century», *University of Toronto Law Journal*, 2005, s. 575—627.
- Taleb, Nassim Nicholas: *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, Random House, 2007.
- Tande, Knut Martin: «Individuelle valg og vurderinger i rettsanvendelsesprosessen», *Jussens Venner*, 2011, s. 1—36.
- Terkelsen, Ole og Mørup, Søren Højgaard: «Hvornår gjelder de forvaltningsretlige regler?», *Juristen* nr. 3, 2022, s. 128—39.
- Tesaker, Eivind: *Departementet: optegnelser fra et byråkratkantor*, Dreyer forlag, 2015.
- Teubner, Gunther: «The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by 'Private' Transnational Actors», *Modern Law Review* 69, 2006, s. 327—46.

- Teubner, Gunther: «Law and Social Theory, Three Problems», *Asian Journal for Law and Society*, 2014, s. 235—54.
- Teubner, Gunther: *Critical Theory and Legal Autopoiesis: The Case for Social Constitutionalism*, Manchester University Press, 2017.
- Teubner, Gunther: «The Constitution of Non-Monetary Surplus Values», *Social & Legal Studies* 30, nr. 4, 2021, s. 501—21.
- Tomlins, Christopher: «Marxist Legal History.» i Dubber, Markus D. og Tomlins, Christopher red.: *The Oxford Handbook of Legal History*, Oxford University Press, 2018.
- Tuori, Kaarlo: *Critical Legal Positivism*, Routledge, 2002.
- Tuori, Kaarlo: *Ratio and Voluntas*, Routledge, 2011.
- Tuori, Kaarlo: *Properties of Law: Modern Law and After*, Cambridge University Press, 2021.
- Tønnesson, Kåre D.: *Sentraladministrasjonens historie, Bind 4, 1914-1940*, Universitetsforlaget, 1979.
- Tøssebro, Henriette Nilsson: *Omgjøring: En forvaltningsrettslig fremstilling*, Universitetsforlaget, 2021.
- Urbinati, Nadia: «Representative constructivism's conundrum.» i Disch, Lisa, Sande, Mathijs van de og Urbinati, Nadia red.: *The Constructivist Turn in Political Representation*, Edinburg University Press 2019, s. 182—202.
- Vibert, Frank: *The Rise of the Unelected*, Cambridge University Press, 2007.
- Warren, Mark E. og Castiglione, Dario: «Rethinking deocratic representation: eight theoretical issues and a postscript.» i Disch, Lisa, Sande, Mathijs van de og Urbinati, Nadia red.: *The Constructivist Turn in Political Representation*, Edinburg University Press, 2019, s. 21—47.
- Weber, Max: *Economy and Society*, ved Roth, Guenther og Wittich, Claus, Vol. vol. 2, University of California Press, 1978 [1922].
- Wegner, Rolf B.: «Vekteres bruk av fysisk makt mot person», *Lov og rett*, 2009, s. 84—103.
- Wiggen, Janicke: *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor: kontraktsbegrepets grenser*, Universitetsforlaget, 2013.
- Williamson, Oliver E.: «The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach», *American Journal of Sociology* 87, 1981, s. 548—77.
- Winsvold, Marte, Zeiner, Hilde og Stokstad, Sigrid: «Short and long-term delegation: What are the effects on politicians sense of control?», *Public Management Review*, 2021, s. 1—17.
- Wittgenstein, Ludwig: *Filosofiske undersøkelser*, Pax forlag, 2010 [1953].
- Wold, Knut Getz: «Nasjonalbudsjettet i administrasjonen», *Nordisk Administrativt Tidsskrift*, 1949, s. 204—42.
- Zahle, Henrik: *Omsorg for retfærdighed*, Gyldendal, 2003.
- Østenstad, Bjørn Henning: «Vilkårslæra sitt forholdsmessigkrav i lys av misbrukslæra sin kvalifisert-urimeleg-standard — og vice versa.» i Søvig, Karl Harald red.: *Forholdsmessighetsvurderinger i forvaltningsretten*, Fagbokforlaget, 2015, s. 111—46.

Østvik, Jan Erik og Israel, Pravin: «Fra offentlige til private omsorgstjenester? Private omsorgstjenester for mennesker med utviklingshemming, autisme og/eller asperger syndrom i Oslo og Akershus», *Fontene Forskning*, 2015, s. 17—33.

Øvrelid, Ragnhild: *Rettsikkerhet eller demokrati?*, Universitetsforlaget, 1984.



Graphic design: Kommunikasjonsevidlingen, UIB / Trykk: Skjerve Kommunikasjon AS



uib.no

9788230847459 (print)

9788230851739 (PDF)