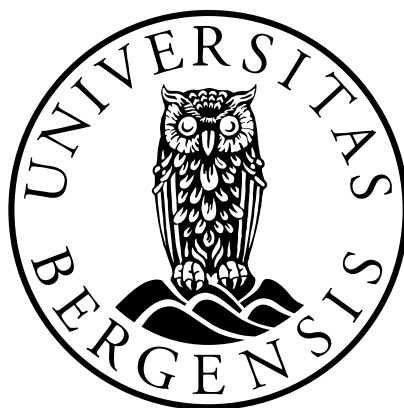


# **Privatisering av saksbehandlingen i barnevernsektoren**

*Hensiktsmessig effektivisering eller utfordring  
for rettsikkerheten?*

Kandidatnummer: 24

Antall ord: 14 952



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

**UNIVERSITETET I BERGEN**

10. mai 2019

# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>Avhandlingens tema og rammer</b> .....	<b>3</b>
1.1	Presisering og avgrensning .....	3
1.2	Disposisjon.....	5
<b>2</b>	<b>Delegasjon og legalitet</b> .....	<b>5</b>
2.1	Grunnloven § 113 og ulovfestet delegasjon .....	6
2.2	Delegasjonslæren som legalitetsgaranti? .....	7
<b>3</b>	<b>Foreløpige konklusjoner om delegasjonsadgangen i barnevernsektoren</b> .....	<b>9</b>
3.1	Delegering av vedtakskompetanse .....	9
3.2	Bruken av private tjenesteytere under saksforberedelsene.....	10
<b>4</b>	<b>Delegasjonslærens regler om ulovfestet kompetansetildeling til private</b> .....	<b>12</b>
4.1	Utviklingen av en ulovfestet delegasjonsadgang.....	13
4.1.1	Den tidlige statsrettslige diskusjonen .....	14
4.1.2	Delegasjon som et forvaltningsrettslig spørsmål om avveining av hensyn .	16
4.2	Utviklingen langs den aktivt personelle dimensjonen – særlig om Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1986 s. 46.....	16
4.2.1	Rettsoppfatningen i kjølvannet av Rt. 1986 s. 46 .....	19
4.2.2	Oppsummering: delegasjon langs den aktivt personelle dimensjonen .....	21
4.3	Utviklingen langs den passivt personelle dimensjonen .....	22
4.3.1	Oppsummering: delegasjon langs den passivt personelle dimensjonen.....	24
4.4	Prinsipper for delegasjon: ansvarsfordeling og krav til saksbehandlingen .....	25
<b>5</b>	<b>Adgangen til å benytte private under saksforberedelsen i barnevernsektoren</b> .....	<b>27</b>
5.2.1	Hensyn som taler for delegasjon til private .....	27
5.2.2	Hensyn som taler mot delegasjon til private.....	28
5.2.3	Oppsummering: reell delegasjon .....	29
5.3	Ugyldighetsvirkninger .....	30
<b>6</b>	<b>Utviklingen i delegasjonsadgangen i fremtiden: Backer-utvalgets forslag til regulering av delegasjonsadgangen</b> .....	<b>30</b>
6.1	Adgangen til å delegerer vedtakskompetanse til private.....	31
6.2	Adgangen til å benytte private tjenesteytere i saksbehandlingen .....	32
6.3	Fremtidig rettsutvikling: adgang og behov .....	33
<b>7</b>	<b>Litteraturliste</b> .....	<b>33</b>

# 1 Avhandlingens tema og rammer

Temaet for denne avhandlingen er bruken av private tjenesteytere i forbindelse med saksbehandlingen i barnevernsektoren. Barneverntjenestenes bruk av private institusjonsplasser har fått en del medieoppmerksomhet i senere tid,<sup>1</sup> men tilsvarende oppmerksomhet har ikke vært viet til bruken av private saksbehandlere. Dette er likevel en problemstilling som er vel så rettslig interessant, selv om den i mindre grad kommer frem i mediernes dekning av barnevernet. Problematikken blir ikke mindre interessant av at barnevernsansatte over lengre tid har meldt fra om kritikkverdige arbeidsforhold,<sup>2</sup> og at barnevernet sett opp mot sammenliknbare offentlige etater nyter relativt lav tillit i befolkningen.<sup>3</sup> Arbeidspresset,<sup>4</sup> det emosjonelle presset for å hjelpe vanskeligstilte barn og presset fra befolkningen<sup>5</sup> setter barnevernets saksbehandlere i en svært krevende situasjon. Under slike forhold er det naturlig at det oppstår et behov for å leie inn private for å bistå de barnevernsansatte i ulike deler av saksbehandlingen og oppfølgingen. De rettslige sidene av slik delegasjon fortjener imidlertid mer oppmerksomhet – ikke minst fordi barnevernet selv ikke nødvendigvis er fullstendig bevisst de rettslige rammene for denne virksomheten.<sup>6</sup>

## 1.1 Presisering og avgrensning

Bruken av private tjenesteytere i barnevernets virksomhet er rettslig sett uproblematisk så lenge den skjer med hjemmel i lov. Dette kan være tilfellet der loven etter sin ordlyd tydelig tillater slik delegasjon (for eksempel barnevernloven § 5-8 som tillater bruken av private institusjoner der disse er godkjent av Bufetat regionalt), eller der loven etter alminnelig juridisk metodebruk må anses å åpne for dette, via presiserende eller utvidende tolkning (eksempelvis er de fleste grunnlovsbestemmelsene som legger myndighet til «Kongen» alminnelig antatt å gi regjeringen adgang til å delegerer denne myndigheten til departementene etter eget skjønn<sup>7</sup>). Motsatt er også tilfellene der loven uttrykkelig eller etter fortolkning *stenger for* delegasjon (eksempelvis må bvl. § 6-8, som uttrykkelig legger ansvaret for å innhente politiets bistand til «barnevernadministrasjonens leder», forstås slik) rettslig sett mindre interessante. Det interessante i denne sammenhengen er tilfellene der loven, ferdig tolket, ikke gir klare svar på spørsmålet om, eller i hvilken utstrekning, en gitt kompetanse kan delegeres. I slike tilfeller

---

<sup>1</sup> Se eksempelvis NRKs poddkast «Barnevernsbanden», tilgjengelig fra: <https://radio.nrk.no/podkast/barnevernsbanden/nrkno-poddkast-26612-142183-04102018030000>. Her retter rikskringkasteren fokus mot ungdomskriminelle som fikk operere fra en privat barnevernsinstitusjon på Sørlandet. Institusjonen, og barneverntjenestenes manglende kontroll med den, ble i ettertid sterkt kritisert.

<sup>2</sup> Gjennom kampanjen «#HeiErna» på sosiale medier, se: <https://www.nrk.no/rogaland/ansatte-i-barnevernet-gjor-oppror-mot-erna-pa-sosiale-medier-1.14401929>.

<sup>3</sup> 28 prosent av befolkningen har «liten eller ingen tillitt» til barnevernet ifølge Sentio Research Norge 2017.

<sup>4</sup> Her bør det nevnes at tremånedersfristen for gjennomføring av undersøkelsessaker etter barnevernloven § 6-9 jf. § 4-3, som er en viktig rettssikkerhetsgaranti for borgerne, bidrar til et særlig tidspress for barnevernets saksbehandlere: se Sandberg 2004 pkt. 4.3.2.

<sup>5</sup> Barnevernsansatte opplever stadig hets og trusler, se: <https://www.nrk.no/nordland/barnevernstudenter-frykter-trusler - -jeg-har-ikke-sa-lyst-a-jobbe-i-barnevernet-1.14022403>.

<sup>6</sup> Jeg vil utdype denne påstanden nærmere i pkt. 6.

<sup>7</sup> Allerede Eckhoff 1961 (s. 151) henviste til dette, og det er fulgt opp av bl.a. Castberg 1964 (s. 48) og Frihagen 1973 (s. 36). For de fleste slike grunnlovsbestemmelser må dette i dag anses som sikker rett.

oppstår spørsmål om barnevernet i det hele tatt *behøver* en særlig hjemmel for å delegere (deler av) sin myndighet, og *om* tilstrekkelig hjemmel eventuelt foreligger. Svaret på disse spørsmålene er, som avhandlingen vil vise, til dels uavklart, og vil kunne variere fra tilfelle til tilfelle.

I teorien har spørsmålet om ulovfestet delegasjon tradisjonelt vært analysert langs tre hovedspørsmål, eller dimensjoner: *hvem* delegerer *hvilken kompetanse* til *hvem*. I denne oppgaven vil jeg for enkelhets skyld henviser til disse spørsmålene som henholdsvis den *aktivt personelle*, den *materielle* og den *passivt personelle* dimensjonen.<sup>8</sup> For avhandlingens tematikk er både den aktivt og den passivt personelle dimensjonen gitt: det er tale om delegasjon fra barneverntjenestene til private tjenesteytere. For den materielle dimensjonen er det i vår sammenheng to typer kompetanse som er interessant: kompetanse til å fatte vedtak, og kompetanse til å utrede saker. Oppgavens tema kan på denne bakgrunn presiseres til følgende problemformulering:

*Hvilken adgang har barnevernet til å delegere sin kompetanse under saksbehandlingen til private uten hjemmel i lov?*

I relasjon til barnevernets bruk av private saksbehandlere kan det oppstå flere interessante spørsmål. Av hensyn til stringens, og ut fra et ønske om å begrense avhandlingens omfang til en håndterbar størrelse, kan ikke alle disse spørsmålene tas opp. Avhandlingens tema har blant annet en klar side til EØS-avtalens regler om offentlige anskaffelser, som barnevernet må ta stilling til der omfanget av delegeringen har en samlet verdi på 100 000 kroner eller mer (eksl. mva.), jf. anskaffelsesloven § 2.<sup>9</sup> Denne tematikken vil jeg ikke gå videre inn på. Jeg vil heller ikke gå nærmere inn på hva jeg legger i termen «private tjenesteytere», selv om dette som Smith (1976) påpeker tidvis kan være uklart.<sup>10</sup> Jeg legger til grunn at dette spørsmålet er lite problematisk for denne problemstillingens vedkommende gitt de nevnte kravene til anbud m.m. som følger av anskaffelsesloven med forskrifter, og at spørsmålet om hvem som kan være mottaker av delegert kompetanse må løses etter dette regelverket. For denne oppgavens vedkommende er det sentrale at det er tale om tjenesteytere som ikke er underlagt barnevernets kontroll som overordnet forvaltningsorgan etter organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, og som ikke ellers løser forvaltningsoppgaver i sitt daglige virke. De nærmere barnevernrettslige spørsmål som vil oppstå i forbindelse med de ulike vedtak der det kan være aktuelt å involvere private vil jeg heller ikke drøfte: formålet med avhandlingen er primært å belyse de forvaltningsrettslige rammene for delegering, med utgangspunkt i barneverntjenestenes virksomhet.

---

<sup>8</sup> Begrunnelsen for denne terminologien er at dette er spørsmål om hvem som er den *aktive avsenderen*, hvilken *materiell kompetanse* som søkes delegert, og hvem som er den *passive mottakeren*. Skillet er relevant fordi hensynene som taler for eller mot delegasjon gjør seg gjeldende med ulik styrke i de ulike typetilfellene innenfor disse dimensjonene. Skillet er kun ment som et pedagogisk hjelpemiddel, og det er ikke meningen å etablere begreper med et reelt rettslig innhold.

<sup>9</sup> Se ellers Sandberg 2004, pkt. 7 om dette.

<sup>10</sup> S. 362–364.

## 1.2 Disposisjon

Videre i avhandlingen vil jeg avklare det prinsipielle spørsmålet om hvordan ulovfestet delegasjon står seg opp mot det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet som nå er nedfelt i Grunnloven § 113 (pkt. 2). På den bakgrunn vil jeg forsøke å trekke noen foreløpige konklusjoner om barnevernets adgang til å delegerer sin myndighet til private uten lovhjemmel, i punkt 3. Deretter, i punkt 4, vil jeg behandle den historiske utviklingen i underordnede organers adgang til å delegerer sin myndighet uten hjemmel i lov, for så å se nærmere på spørsmålet om slik delegasjon også kan skje til private. I den forbindelse vil jeg stille opp noen viktige prinsipper og utgangspunkter om ansvarsfordelingen mellom det delegerende organ og de private tjenesteyterne, og krav til de privates saksbehandling. Videre vil jeg vurdere spørsmålet om delegasjonsadgang konkret opp mot delegasjon av saksforberedende oppgaver i barnevernsektoren (pkt. 5). Til sist vil jeg forsøke å si noe om en mulig rettsutvikling i fremtiden, med utgangspunkt i Backer-utvalgets forslag til ny regulering på området (pkt. 6). Siktemålet med denne avsluttende øvelsen er å vurdere om gjeldende rett i tilstrekkelig grad ivaretar borgernes rettssikkerhet, og om Backer-utvalgets forslag kan innebære en positiv endring i eller presisering av rammene for forvaltningens bruk av private tjenesteytere under saksbehandlingen generelt, med utgangspunkt i barneverntjenestene.

## 2 Delegasjon og legalitet

Før spørsmålet om barnevernet kan delegerer sin kompetanse uten lovhjemmel kan besvares, er det viktig å undersøke prinsipielle sider av de overordnede rammene for myndighetsutøvelse. Dette er rammer som kan sette grenser for hvor langt forvaltningen kan gå i å påberope seg delegasjonslæren som hjemmel for delegasjon. Spesifikt er det det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet som påkaller oppmerksomhet. Legalitetsprinsippet, som nå er nedfelt i Grunnloven § 113, stiller krav om at myndighetsinngrep overfor den enkelte må ha hjemmel i lov. Ulovfestet delegasjon av vedtakskompetanse reiser i denne sammenheng et viktig prinsipielt spørsmål: *dersom et privat organ<sup>11</sup> på ulovfestet grunnlag utøver myndighet til å gripe inn i borgernes rettigheter, er det da treffende å si at inngrepet har hjemmel i lov?*

For å besvare dette spørsmålet er det i prinsippet nødvendig å ta stilling til legalitetsprinsippet rekkevidde. Krever legalitetsprinsippet kun at selve det materielle inngrepet har hjemmel i lov, eller kan vi også snakke om et *personelt* legalitetsprinsipp? Det er neppe klart at det for borgeren er fullstendig likegyldig *hvem* som fatter et inngripende vedtak, selv om det er rimelig å anta at det aller viktigste for å ivareta den enkeltes rettssikkerhet er at selve inngrepet, og måten det utføres på (et *materielt* og *prosessuelt* legalitetsprinsipp om man vil) er foreskrevet i lov.

---

<sup>11</sup> Ulovfestet delegasjon til private er hovedfokus for denne avhandlingen, men disse synspunktene må også gjelde der det er uavhengige, offentlige organer som får delegert vedtakskompetanse uten lovhjemmel.

## 2.1 Grunnloven § 113 og ulovfestet delegasjon

Det forvaltningsrettslige legalitetsprinsippet har en lang historie i norsk rett, som et ulovfestet prinsipp med Grunnlovs rang,<sup>12</sup> og ble først formelt grunnlovfestet i 2014. Av den grunn vil de fleste kildene som er egnet til å kaste lys over prinsippet innhold og utstrekning være å finne i eldre litteratur, forarbeider og praksis. Grunnloven har imidlertid en autoritet i det norske rettssystemet som krever rettsanvenderens oppmerksomhet, og det må derfor være metodisk riktig å ta utgangspunkt i den vedtatte grunnlovsteksten ved løsningen av spørsmålet.

Grunnloven § 113 har fått følgende utforming i bokmålsversjonen:

Myndighetenes inngrep overfor den enkelte må ha grunnlag i lov.

Denne versjonen av Grunnloven ser ut til å fokusere først og fremst på selve inngrepet, jf. subjektet «myndighetenes inngrep», noe som tilsynelatende kan indikere at lovskravet vil være oppfylt så lenge det foreligger en materiell kompetansenorm i lovs form. Under en slik synsvinkel vil privates myndighetsutøvelse, i og med at den gjøres på myndighetenes vegne, kunne anses som «myndighetenes inngrep», slik at det ikke er noe ytterligere krav til personell lovhjemmel.

I nynorsk språkdrakt fokuserer imidlertid ikke bestemmelsen i samme grad på *inngrepet*, men har en tydeligere adresse mot myndighetene:

Styresmaktene må ha grunnlag i lov for å gripe inn overfor einskildmennesket.

Her er det «styresmaktene», altså de som *utfører* inngrepet, som er subjektet, og som må påvise grunnlag i lov for å gjøre inngrep overfor borgerne. Dette leder lettere tankene i retning av et personelt legalitetsprinsipp.<sup>13</sup>

Ingen av versjonene gir helt klare svar på spørsmålet vårt, men det virker tilsynelatende som de i noen grad trekker i hver sin retning. Dette reiser et prinsipielt viktig metodisk spørsmål: hvordan skal man løse motstrid mellom de to språkversjonene av Grunnloven?<sup>14</sup> Det var en klar forutsetning for grunnlovsrevisjonen i 2014 at de språklige oppdateringene som ble vedtatt ikke skulle innebære en realitetsendring fra de opprinnelig vedtatte grunnlovsbestemmelsene.<sup>15</sup> Grunnloven skal altså tolkes likt før og etter revisjonen i 2014, hvilket i praksis må innebære at

---

<sup>12</sup> Denne avhandlingen foranlediger ikke en diskusjon om eksistensen av konstitusjonell sedvanerett (slik Smith 2009 s. 124 flg.). For denne avhandlingens vedkommende må det kunne antas at legalitetsprinsippet historisk har hatt en posisjon som, i hvert fall for alle praktiske formål, må antas å ha vært (mer eller mindre) konstitusjonell. Se i den retning også forslaget til kodifisering av legalitetsprinsippet i Grunnloven: Innst. 186 S (2013–2014) s. 32.

<sup>13</sup> Men det at «styresmaktene» er nevnt særskilt kan ikke forstås som en absolutt konstitusjonell skranke mot delegering til private: slik delegering har i en viss utstrekning vært godtatt i både teori og praksis lenge før legalitetsprinsippet ble grunnlovfestet (se nærmere pkt. 4.3). Kodifisering i 2014 var ikke ment å innebære en materiell endring i prinsippet, se Innst. 186 S (2013–2014) s. 32 som nærmere omtalt under.

<sup>14</sup> Dette spørsmålet fikk en del omtale fra juridisk hold i debatten som ledet frem til at Grunnloven ble vedtatt i to likestilte målformer i 2014, og ble trukket frem som et argument mot en løsning med to målformer. Se bl.a. daværende assisterende fylkesmann i Sogn og Fjordane, Gunnar O. Hæreids debattinnlegg i Bergens Tidende 23. februar 2014: <https://www.bt.no/btmeninger/debatt/i/z45P5/Ei-uforstaeleg-Grunnlov>.

<sup>15</sup> Jf. kontroll- og konstitusjonskomiteens innstilling 177 S (2013–2014) s. 51.

sikker grunnlovstolkning fra før 2014, der den eksisterer, vil være styrende.<sup>16</sup> Dette gir imidlertid ingen veiledning hva angår § 113, fordi denne bestemmelsen først ble tilføyd i 2014, på begge målformer samtidig. Men også her gir forarbeidene til grunnlovsendingene veiledning: Grunnloven § 113 er kun ment å være en kodifisering av det allerede gjeldende legalitetsprinsippet, og skulle «i utgangspunktet ikke ... endre dagens rettsstilstand».<sup>17</sup> Det er altså rettsstilstanden slik den var før kodifiseringen som fremdeles er avgjørende for legalitetsprinsippet utforming og rekkevidde. Dette er ikke nødvendigvis helt heldig for borgernes forutberegnelighet: verken bokmåls- eller nynorskbrukere kan lese helt presist ut fra Grunnloven § 113 hvilket vern de nyter mot myndighetsinngrep. For Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser, som § 113 er, må nettopp forutberegneligheten for en ordinær borger (fremfor forutberegnelighet innad i det juridiske fagfellesskapet) være viktig: dette er bestemmelser ment til vern av nettopp borgerne. Imidlertid vil nok borgerne neppe dykke så dypt ned i krevende problemstillinger knyttet til grunnlovstolkning og legalitetsprinsippet rekkevidde som dette, og de fordelene knyttet til forutberegnelighet som en synliggjøring av legalitetsprinsippet i Grunnloven medfører, må nok antas å veie opp for slike ulemper.

## 2.2 Delegasjonslæren som legalitetsgaranti?

Når Grunnloven ikke gir svar på spørsmålet vårt, er det først og fremst juridisk teori og reelle hensyn som gir veiledning om forholdet mellom delegasjonslæren og legalitetsprinsippet. For spørsmålet om hvordan ulovfestet delegasjon ivaretar legalitetsprinsippet peker Bernt (1983) på et helt grunnleggende trekk ved det norske forfatnings- og forvaltningssystemet:

«Hvor kommer så denne kompetansen [til å gi enkeltvedtak og forskrifter] fra? I praksis kommer den nesten alltid fra en lov, eventuelt kombinert med ett eller flere delegasjonsvedtak. Vi har da en sammenhengende hjemmelskjede med utgangspunkt i Grunnlovens bestemmelser om Stortingets lovgivende kompetanse. Om vi ikke kommer i konflikt med statsrettslige eller forvaltningsrettslige skranker for slik delegasjon, er kompetansespørsmålet her uproblematisk.»<sup>18</sup>

Maktbruk overfor borgerne er altså kun legitim etter norsk rett der den er et resultat av en sammenhengende hjemmelskjede helt fra Grunnloven. Ved å peke på dette antyder Bernt at delegasjonslæren inngår som en slags del av legalitetsvurderingen, som en måte å ivareta kravet til slike ubrutte hjemmelskjeder. Der et delegasjonsvedtak er i strid med gjeldende delegasjonsadgang, vil ikke lovhjemmelen for vedtaket holde – og om man da slår fast ugyldighet som følge av brudd på delegasjonslæren, eller som følge av manglende legalitet, er uvesentlig. Dette er verken mer eller mindre enn to ulike måter å ivareta de nødvendige hjemmelskjedene på. Og så lenge drøftelsen av delegasjonsadgangen i realiteten ivaretar de samme hensynene som legalitetsprinsippet, er det gode grunner til ikke å stille opp ytterligere, absolutte skranker for delegasjon. Som Hopsnes og Solberg (2005) uttrykker det:

---

<sup>16</sup> Det er imidlertid ikke slik at det er den opprinnelig vedtatte *teksten* (oftest utformet på 1903-bokmål) som fremdeles reelt sett er autoritativ. Se i denne retning Grunnlovsspråkutvalgets leder, Hans Petter Gravers uttalelser under høringen i Stortinget 19. februar, som referert i Innst. 177 S (2013–2014) s. 51.

<sup>17</sup> Innst. 186 S (2013–2014) s. 32.

<sup>18</sup> S. 120, min kursivering.

legalitetsprinsippet «verken kan eller bør ... hindre overføring av valgfrihet og dermed makt ved delegasjon.»<sup>19</sup> Dette er for øvrig i tråd med Castberg (1964), som fremholder at delegasjon av lovgivningskompetanse ofte vil være «nødvendig av praktiske grunner», og at dette «sterke behov» må være avgjørende for fortolkningen av Grunnloven når man avgjør denne delegasjonsadgangen.<sup>20</sup> En slik holdning er også langt på vei legitimert gjennom Høyesteretts tilnærming til delegasjonsproblematikken, som fremstår svært pragmatisk.<sup>21</sup>

Dersom man ser nøyere på delegasjonslærens historiske utvikling (som jeg kommer tilbake til i pkt. 4.1.1), blir dette samspillet med legalitetsprinsippet tydelig. Delegasjonslæren har et statsrettslig utgangspunkt, og kan meget godt analyseres som et utslag av nettopp tanker om et hjemmelskrav eller en legalitetsbetraktning: delegasjonslæren er utviklet for å sikre at hjemmelskjeden helt fra Grunnlovens regler om kompetansefordelingen mellom statsmaktene (og mellom statsmaktene og borgerne), og ned til det aktuelle inngrepet. Når delegasjonslæren forstås i denne konteksten, og ikke kun som et rent forvaltningsrettslig fenomen, blir det klart at det ikke er nødvendig å anvende legalitetsprinsippet strengt i «konkurrens» med delegasjonslæren. Nettopp gitt det «sterke behov» Castberg pekte på allerede i 1964 (og som bare har vokst ettersom forvaltningen tillegges flere oppgaver) vil delegasjon uten lovhjemmel nødvendigvis forekomme, og læren er utviklet for å sikre at slik delegasjon ikke i for stor grad utfordrer hjemmelskjedene. Disse hjemmelskjedene sikres ved at delegasjonslæren skal ivareta de samme hensynene som også motiverer legalitetsprinsippet: særlig handler det om å sikre forutberegnelighet og rettssikkerhet.

Når forholdet mellom delegasjonslæren og legalitetsprinsippet nå er nærmere kartlagt, leder dette oss til noen viktige erkjennelser. Når man vet at delegasjonslæren er utviklet for å ivareta legalitetsbetraktninger, er det viktig at man er bevisst på dette når man anvender prinsippet. Hensynene som begrunner legalitetsprinsippet, og som ligger innbakt i delegasjonslæren, må tillegges nødvendig vekt, og terskelen for å tillate ulovfestet delegasjon må være tilstrekkelig høy. Gitt det nære forholdet mellom de to rettslige konstruksjonene er det all mulig grunn til å relativisere delegasjonslæren på samme måte som også legalitetsprinsippet er relativt, avhengig av styrken i det aktuelle inngrepet.<sup>22</sup> I ytterste konsekvens kan dette bety at ulovfestet delegasjon i enkelte tilfeller må være forbudt, fordi det aktuelle inngrepet er så sterkt at det krever «klar og uomtvistelig hjemmel»<sup>23</sup> etter legalitetsprinsippet, slik at ulovfestet delegasjon ikke i tilstrekkelig grad vil ivareta inngrepets legalitet. Men om man i slike tilfeller kaller legalitetsprinsippet en skranke mot delegasjon (og altså opererer med en personell dimensjon i legalitetsprinsippets øvre sjikt) eller slår fast at delegasjonslæren ikke hjemler det aktuelle delegasjonsvedtaket, er i og for seg mindre interessant – så lenge de nødvendige rettssikkerhetsgarantiene i norsk rett reelt sett er ivaretatt. Et siste punkt man må ta med seg, som også kan ses på som et utslag av legalitetsprinsippet (og dermed delegasjonslærens) relativitet, er dette: hvorvidt den myndigheten som delegeres formelt er å regne som vedtakskompetanse eller ikke, bør ikke være avgjørende for om man krever hjemmel i

---

<sup>19</sup> Pkt. 9.3.5.1.

<sup>20</sup> S. 48.

<sup>21</sup> Se de såkalte innlandsfiskedommene, Rt. 1986 s. 46 og Rt. 1993 s. 808, nærmere omtalt i pkt. 4.2.

<sup>22</sup> Jf. Rt. 1995 s. 530 *Fjordlaks*, s. 537.

<sup>23</sup> *Ibid.*



delegasjonslæren. Dersom man skal sikre inngrepets legalitet på en tilstrekkelig tilfredsstillende måte er det snarere nødvendig å se på realiteten i det konkrete tilfellet: hvor sterkt berøres egentlig den enkelte gjennom delegasjonsvedtaket.<sup>24</sup> På denne bakgrunnen er det allerede på dette punktet i avhandlingen grunnlag for å trekke noen konklusjoner med tanke på adgangen til å delegerer kompetanse til private i barnevernsektoren.

## 3 Foreløpige konklusjoner om delegasjonsadgangen i barnevernsektoren

Som nevnt innledningsvis kan loven selv gi hjemmel til, eller stenge for, delegasjon, slik at det er tilfellene der loven ikke gir veiledning som er interessante for vår del. Utgangspunktet for en vurdering av delegasjonsadgang må i alle tilfeller være tolkning av primærkompetans hjemmelen. I «normaltilfellene» er kompetansen til å treffe vedtak etter barnevernloven gjennomgående lagt til «barneverntjenesten», som for eksempel i § 4-6 første avsnitt om midlertidige vedtak i akutsituasjoner. Ordlyden gir her liten veiledning for spørsmålet om det kan være adgang til delegasjon<sup>25</sup>. Heller ikke forarbeidene er oppklarende på dette punktet, jf. Sandberg (2004), som følger opp med at «Hele tankegangen bak loven tyder på at beslutningsmyndigheten er ment å ligge hos et offentlig organ», og at dette må veie tungt i vurderingen (*avviksargumentet* i Smiths terminologi, se pkt. 4.3 under).<sup>26</sup> Likevel er det ikke grunnlag for å forstå loven slik at den i disse tilfellene stenger for delegasjon. I tråd med det som er sagt over, blir det da nødvendig å vurdere om *legalitetsbetraktninger* kan stenge for delegasjon, ved at det må kreves kvalitativt annen hjemmel enn den ulovfestede delegasjonslæren. Som vist over varierer styrken i disse legalitetsbetraktningene med hvor inngripende myndighet det er aktuelt å overføre. Det blir da nødvendig å analysere dette spørsmålet med bakgrunn i skillet mellom vedtakskompetanse og saksforberedelseskompetanse langs den materielle dimensjonen.

### 3.1 Delegering av vedtakskompetanse

Den langt sterkeste innvendingen mot bruken av private tjenesteytere i barnevernet er rettssikkerhetshensynet. De vedtak som kan treffes med hjemmel i barnevernloven er jevnt over svært inngripende: omsorgsovertakelse etter § 4-12 er et av de sterkeste inngrepene staten kan foreta overfor enkeltpersoner (i hvert fall utenfor strafferettens område). At inngrepsgraden i barnevernsektoren generelt er så høy aktualiserer legalitetsprinsippet. Delegasjonslæren må da anvendes med en tilstrekkelig høy terskel. Dette må ikke minst gjelde ved delegering til private, som i utgangspunktet er ansett mer rettslig tvilsomt, og som beveger seg enda et steg bort fra den ordningen som faktisk *har* lovhjemmel. Og selv om delegering fra underordnede organer

---

<sup>24</sup> Dette vil jeg behandle i mer detalj i pkt. 3.2.

<sup>25</sup> Særlig sammenliknet med tilfellene der kompetansen uttrykkelig er lagt til «barnevernadministrasjonens leder», sml. § 4-6 andre avsnitt.

<sup>26</sup> Sandberg 2004, pkt. 3.2.

ikke nødvendigvis krever hjemmel i lov etter dagens rettsoppfatning, er delegering fra de kommunale barneverntjenestene klart utenfor kjerneområdet for delegasjonslæren.<sup>27</sup> I møte med såpass kvalifisert usikkerhet rundt delegasjonsadgangen, må legalitetsbetraktninger få særlig gjennomslag som skranke mot ulovfestet delegasjon. Det er på denne bakgrunn rimelig klart at vedtakskompetanse innenfor barnevernsektoren representerer et for stort inngrep overfor borgerne til at delegering til private kan skje i medhold av delegasjonslæren, under hensyn til legalitetsprinsippet. Med andre ord kan delegasjon av vedtakskompetanse til private på barnevernområdet kun skje med hjemmel i lov, og konklusjonen er da selvsagt: barneverntjenestene kan ikke delegere vedtakskompetanse til private uten hjemmel i lov.

Spørsmålet er så hvilke virkninger det får dersom private fatter vedtak på vegne av barneverntjenestene, uten hjemmel i lov. Situasjonen vil da være at vedtaket er truffet av et organ som ikke er kompetent – de private hadde ikke *hjemmel* til å treffe vedtaket. Denne formen for personell mangel vil etter tradisjonell oppfatning måtte lede til at vedtaket kjennes ugyldig.<sup>28</sup> Ikke minst må dette gjelde siden den aktuelle mangelen, som vist, faktisk også innebærer at vedtaket mangler legalitet.

### 3.2 Bruken av private tjenesteytere under saksforberedelsene

Bruken av eksterne i forbindelse med saksforberedelser i forvaltningen står i en særstilling i henhold til delegasjonslæren. Det klare utgangspunktet er at dette *ikke* regnes som delegasjon,<sup>29</sup> eventuelt som *faktisk* eller *reell* delegasjon,<sup>30</sup> og at slik «delegasjon» ikke er avhengig av et særlig rettsgrunnlag.<sup>31</sup> Dette ses heller på som et spørsmål om utøvelse av forvaltningens frie skjønn under ansvaret for sakens opplysning etter forvaltningsloven § 17.<sup>32</sup> Legalitetsprinsippet, og dermed også de legalitetsbetraktningene som kommer inn som en del av delegasjonslæren, representerer imidlertid en yttergrense for forvaltningens frie skjønn.<sup>33</sup> Læren kan dermed likevel kan tenkes å ha relevans for disse tilfellene: ikke som et spørsmål om å innskrenke den adgangen som ellers følger av delegasjonslæren, men som et spørsmål om en i utgangspunktet «fri» delegasjon *likevel trenger* hjemmel i delegasjonslæren.

Bruken av private under saksforberedelsene kan gjerne sammenliknes med bruken av sakkyndige (som det er gitt eksplisitt adgang til i barnevernloven § 4-3 fjerde avsnitt): utenforstående leies inn for på en eller annen måte å lette arbeidet for forvaltningen, og deres arbeid brukes som en del av avgjørelsesgrunnlaget når den offentlige tjenestemannen eventuelt

---

<sup>27</sup> Ibid. (med videre henvisninger), som hevder at det for barneverntjenestene er «temmelig klart at beslutningsmyndighet ikke kan legges ut til andre».

<sup>28</sup> Jf. Graver 2015, s. 526 med videre henvisninger.

<sup>29</sup> Ibid., s. 181.

<sup>30</sup> Jf. Eckhoff og Smith 2014, s. 167, petitavsnittet. Terminologien skyldes at dette i realiteten *er* en form for delegasjon, altså tildeling av offentligrettslig kompetanse. Saksforberedelse er ikke noe private uten videre kan ta seg til, det er altså tale om, nettopp, offentligrettslig kompetanse.

<sup>31</sup> Men kan som nevnt aktualisere anbudsreglene.

<sup>32</sup> Jf. Graver 2015, s. 181.

<sup>33</sup> Se mer om delegasjonslærens betydning som begrensning i forvaltningsskjønnet i pkt. 4.2.2 under.

skal fatte et vedtak. Begge disse situasjonene er i alminnelighet lite kontroversielle, og ligger langt unna de tilfellene av myndighetsmisbruk som de øvrige forvaltningsrettslige grensene for forvaltningsskjønnet er ment å fange opp. Det er normalt liten grunn til å sette strenge rettslige hindre i veien for slik reell delegasjon. Likevel er det, som nevnt, nødvendig ut fra legalitetsbetraktninger å anlegge et realistisk, snarere enn et formalistisk, perspektiv på delegasjonsproblematikken. Det avgjørende for hvor sterkt behov det er for legalitetskontroll og rettssikkerhetsgarantier er hvor inngripende den overførte kompetansen *reelt* sett er overfor borgerne. Dette synspunktet får avgjørende betydning for spørsmålet om delegasjonslæren kan eller skal anvendes overfor reell delegasjon.

Generelt vil det i realiteten tidvis kunne forekomme at den offentlige tjenestemannen som skal fatte det endelige vedtaket i en sak av ulike grunner, ikke fullt ut foretar en reell og selvstendig prøving av saken, utover det den private tjenesteyteren har bidratt med i saksforberedelsesfasen.<sup>34</sup> Den private tjenesteyterens saksforberedelse blir da *reelt sett* fullstendig styrende for vedtakets innhold. I ekstreme tilfeller, der den offentlige tjenestemannen ikke vurderer saken selvstendig i det hele tatt, er det liten forskjell på dette og situasjoner der private selv fatter vedtak. Særlig i tilfeller der det aktuelle vedtaket er inngripende overfor borgeren vil dette klart aktualisere delegasjonslæren, med sine rettssikkerhets- og legalitetsgarantier. Under dette nivået finnes det selvsagt ulike grader av (manglende) selvstendighet i de offentlige tjenestemennenes tilnærming til saken, som i varierende utstrekning vil aktualisere delegasjonsproblematikken.<sup>35</sup> Både grunnet den sterke graden av inngrep myndighetene kan utøve etter barnevernloven, og det sterke tidspresset de barnevernansatte er under, er det grunn til å være særlig oppmerksom på dette i barnevernsektoren. Det kan altså være god grunn til å kreve en nærmere vurdering av rettssikkerheten i forbindelse med bruken av private i rene saksforberedende oppgaver i barneverntjenestene.<sup>36</sup>

Et annet forhold som særlig aktualiserer delegasjonslæren i forbindelse med saksbehandlingen i barnevernsektoren, er det faktum at den som forbereder saken ofte vil være nødt til å foreta inngripende faktiske handlinger – uten at borgeren kan motsette seg dette. Særlig relevant er i denne sammenhengen § 4-3 tredje avsnitt om undersøkelser i hjemmet. Det må være riktig som Backer-utvalget peker på at *pålegg* om å stille sitt private hjem til disposisjon formelt må fattes av barneverntjenesten selv,<sup>37</sup> men det vil kunne være private tjenesteytere som foretar de faktiske undersøkelsene i hjemmet. Dette kan oppleves svært inngripende for en borger (og i praksis bør man nok uansett la barnevernets egne ansatte stå for denne delen av saksforberedelsene, ikke minst dersom borgeren har innvendinger), og aktualiserer ikke minst vernet av privatlivet etter EMK artikkel 8. Sandberg peker også på en rekke andre faktiske handlinger av inngripende karakter det vil være aktuelt for private

---

<sup>34</sup> Problematikken er omtalt i NOU 2019: 5, s. 220.

<sup>35</sup> At også det som skjer under saksforberedelsene kan være av betydning for borgernes rettssikkerhet er også anerkjent av lovgiver: habilitetsreglene i forvaltningsloven (og barnevernloven) er uttrykkelig gitt anvendelse for den som «tilrettelegge[r] grunnlaget for en avgjørelse», jf. fvl § 6 første avsnitt.

<sup>36</sup> De praktiske problemene det uten tvil medfører at behovet for å anvende delegasjonslæren er såpass usikkert, og i ytterste konsekvens kan oppstå først i *ettertid* av selve delegasjonen, avhengig av den offentlige tjenestemannens tilnærming, vil behandles noe nærmere i pkt. 6.

<sup>37</sup> NOU 2019: 5, s. 219. Sandberg 2004, pkt. 4.2, kommer til samme konklusjon.

tjenesteytere å foreta under saksforberedelsene: «samtaler med barn, foreldre og andre, (...) observasjon av hvordan barn og foreldre forholder seg til hverandre, eventuelle tester av barnet osv.»<sup>38</sup>

Det er altså mange særtrekk ved saksbehandlingen i barnevernsektoren som tilsier at delegasjonslæren bør vurderes brukt også ved tilfeller av reell delegasjon. Det må samtidig være klart at enkelte saksforberedelsesoppgaver også i barnevernet er så lite problematiske at de vanlige utgangspunktene for reell delegasjon må gjelde fullt ut. Hvor denne grensen går kan nok by på problemer, men det er ikke rom for å gå nærmere inn på denne problematikken som ledd i denne avhandlingen. Konklusjonen må uansett være at vesentlige deler av den saksbehandlingen det kan være aktuelt å overlate til private medfører såpass reelle konsekvenser for borgernes rettssikkerhet at det vil være nødvendig å vurdere delegasjonslæren ut fra delegasjonslæren – og dermed også legalitetsprinsippet.<sup>39</sup> Terskelen for å tillate slik delegasjon vil imidlertid variere kraftig avhengig av hvor stort inngrep mot borgerne delegasjonen reelt sett medfører, og det vil av denne grunn være svært vanskelig å komme med noen konkrete svar i en slik avhandling. Hovedformålet med den følgende analysen må derfor være å peke på noen utfordringer og hovedlinjer i de juridiske vurderingene som må tas i slike saker.

Videre vil jeg vurdere om barnevernet som underordnet forvaltningsorgan i det hele tatt har *adgang* til å delegere sin myndighet uten hjemmel i lov (aktivt personelt), og deretter om, og eventuelt på hvilke vilkår, delegasjonslæren også hjemler ulovfestet delegasjon til *private* (passivt personelt). Som vi skal se er svaret på disse spørsmålene ikke gitt, og til dels omstridt i litteraturen. Denne usikkerheten nødvendiggjør en grundig analyse av delegasjonslærens utvikling og utgangspunkter. For å forstå hvilket innhold delegasjonslæren har i dag, er det nødvendig å kjenne til den historiske bakgrunnen for den, og ikke minst hvilken utvikling det har vært i synet på adgangen til ulovfestet delegasjon langs både den aktivt og den passivt personelle dimensjonen.

## 4 Delegasjonslærens regler om ulovfestet kompetansetildeling til private

Ut fra grunntanken om at maktbruk overfor borgerne må ha hjemmel i lov for å være legitim, jf. Grunnloven § 113, har lovgiver i samspill med den utøvende myndighet utviklet et stadig mer omfattende system for løsning av forvaltningsoppgaver. Offentlige organer opprettes, og pålegges arbeidsoppgaver, med hjemmel i lov. For barnevernsektorens vedkommende gir barnevernloven § 2-1 et godt eksempel på dette: her pålegges kommunen å løse «oppgaver etter loven» (første avsnitt), og å opprette en intern barnevernadministrasjon med disse oppgavene som ansvarsområde (fjerde avsnitt). Det er altså i norsk rett som utgangspunkt en lovgiveroppgave å bestemme hvilke oppgaver som skal løses av offentlig

---

<sup>38</sup> Sandberg 2004, pkt. 4.2.

<sup>39</sup> Ibid., som konkluderer med at reell delegasjon kan kreve grunnlag i delegasjonslæren.

forvaltning – og å peke på hvilke organer som skal ha ansvaret for de ulike oppgavene. På denne bakgrunn er det ingen overraskelse at det historiske utgangspunktet har vært at videredelegasjon av slik myndighet krever grunnlag i loven: delegasjon innebærer jo utøvelse av en kompetanse som i utgangspunktet er ment å tilligge lovgiver. Dette historiske utgangspunktet har imidlertid vært under press. Videre vil jeg skissere den utviklingen som har skjedd i synet på adgangen til å delegere myndighet uten lovhjemmel, som har ledet frem til den ulovfestede delegasjonslæren. Det er en utvikling som i all hovedsak har vært drevet frem gjennom en teoretisk diskurs, med utgangspunkt særlig i de hensynene som gjør seg gjeldende på området.

## 4.1 Utviklingen av en ulovfestet delegasjonsadgang

I den eldre teorien er særlig den aktivt personelle dimensjonen fremtredende: spørsmålet om delegasjon av underordnede forvaltningsorganers myndighet ble holdt adskilt fra spørsmålet om lovgivers og Kongens delegasjonsadgang, som i samtiden ble analysert på statsrettslig nivå. Det er nok rimelig å anta at dette til dels skyldes fokuset på å kartlegge hvorvidt lovgivningskompetanse i det hele tatt kunne delegeres uten å krenke Grunnloven, men ikke minst også at det praktiske behovet for delegasjon på lavere nivå i denne perioden var mindre enn i dag.

Utgangspunktet for delegasjon av «andre forvaltningsorganers myndighet» utformet Eckhoff slik: «En må fortolke kompetansetildelingen på vanlig måte, og det har da formodningen mot seg at et organ som etter kompetansetildelingens ordlyd bare har fått myndighet til å treffe en bestemt type avgjørelser, dermed også skulle ha fått myndighet til å tildele andre organer kompetanse til å treffe slike avgjørelser.»<sup>40</sup> Spørsmålet ble deretter behandlet utelukkende som et spørsmål om lovtolkning. Dette etterlater et inntrykk av at loven alltid enten åpner, eller stenger, for delegasjon. Dette fremstår i dag som problematisk: dersom svaret på delegasjonsspørsmålet alltid må finne sin løsning i loven, vil dette kunne medføre at hensyn som ikke nødvendigvis er tilgodesett i loven – typisk hensynet til en effektiv arbeidsfordeling innad i forvaltningen – blir avgjørende som begrunnelse for en sterkt utvidende tolkning. Ved å forankre en slik løsning i loven skapes et villedende inntrykk av at delegasjonsadgangen har klarere forankring i autoritative rettskilder enn det som er tilfellet. Grunnen til at Eckhoff behandler spørsmålet på denne måten er nok antakeligvis fordi spørsmålet om underordnede organers delegasjonsadgang ble sett på som «subdelegasjon»: delegasjon av kompetanse som allerede var plassert hos organet gjennom delegasjon av lovgivers eller Kongens konstitusjonelle myndighet.

Eckhoffs drøftelse viser at man i 1961 opererte med et sterkt positivistisk utgangspunkt for denne delegasjonsformen: lovhjemmel var en absolutt forutsetning, fordi det kun var de øverste statsmaktene som ble ansett å ha alminnelig kompetansetildelingskompetanse.<sup>41</sup> Dette utgangspunktet gjorde at til dels ganske kreativ lovtolkning måtte til for å forklare de tilfellene

---

<sup>40</sup> Eckhoff 1961, s. 159–160.

<sup>41</sup> Ibid., s. 129–130.

der Høyesterett hadde godtatt delegasjon fra underordnede organer.<sup>42</sup> Skillet mellom «ordinær» delegasjon og «subdelegasjon» er uten relevans i dag: dagens lære om delegasjon fra underordnede forvaltningsorganer, herunder barnevernet, har utviklet seg fra den statsrettslige læren om delegasjon av myndighet fra de sentrale statsmaktene.<sup>43</sup> For å forstå hvilken adgang barnevernet har i dag til å delegere sin myndighet til private, må da også utviklingen i synet på de sentrale myndighetenes adgang til å delegere sin kompetanse tas i betraktning.

#### 4.1.1 Den tidlige statsrettslige diskusjonen

Også utgangspunktet for de øverste myndighetenes delegasjon har vært preget av en sterkt positivistisk holdning. Castberg (1964) problematiserer selv adgangen for Stortinget til å delegere lovgivningsmyndighet gjennom formelle lovvedtak (særlig ved å gi forskriftshjemler). Resultatet er imidlertid at det klart foreligger en slik adgang: «Det kan m.a.o. ikke antas at grunnloven er slik å forstå at det ikke ved formell lov skal kunne treffes bestemmelse om slik delegasjon.»<sup>44</sup> Både denne adgangen, og Kongens adgang til «innen visse grenser å delegere sin myndighet til regjeringsdepartementene eller andre forvaltningsorganer», har vært «nødvendig å anerkjenne» grunnet praktiske behov, og er «forlengst (sic.) slått fast i den konstitusjonelle praksis.»<sup>45</sup> Delegasjonsadgangen i slike tilfeller er altså klar, men gjennom måten tematikken behandles på avslører Castberg et ganske restriktivt grunnsyn: «Ganske visst ville grunnlovens bestemmelse om at stortinget har den lovgivende makt være til hinder for at store og sentrale områder av rettslivet ble overlatt til regulering ved bestemmelser, truffet av lokale myndighetsorganer.»<sup>46</sup> Det er altså ikke prinsipielt ubetenkelig at kompetanse Grunnloven eksplisitt legger til de sentrale statsmaktene delegeres til underordnede, men slik delegasjon må likevel aksepteres ut fra de praktiske behov – og er drevet frem gjennom statsmaktens egen praksis.

I Castbergs tilnærming (som karakteriseres som typisk for perioden av Opsahl<sup>47</sup>) er det adgangen til å delegere myndighet som søkes begrunnet. Dette reflekteres i argumentasjonen, som først og fremst handler om å utdype de praktiske behovene som har ledet til at man aksepterer delegasjon.<sup>48</sup> Hensynene som taler mot delegasjon vies derimot mindre plass. Det er under en slik tilnærming Grunnlovens kompetansenormer, som legger myndighet til Stortinget (eller Kongen), som er den egentlige motstanden mot delegasjon. Delegasjon representerer et avvik fra den maktfordelingen konstitusjonen forutsetter, og det er dette som å begrunnes.<sup>49</sup> Det er etter en slik tilnærming ikke naturlig å behandle reelle hensyn som taler mot delegasjon: begrensninger i adgangen til delegasjon skyldes at det positive grunnlaget ikke strekker til for

---

<sup>42</sup> Ibid., s. 159 flg., og særlig s. 161–162 der Eckhoff selv påpeker vanskene med å forene enkelte av avgjørelsene fra Høyesterett med det rådende utgangspunktet.

<sup>43</sup> Se Backer 1986, s. 56, som legger til grunn at de ulovfestede reglene for delegasjon som opprinnelig ble utformet med tanke på det øverste nivået av forvaltningen, nå må gjelde fullt ut også for «subdelegasjon».

<sup>44</sup> S. 48.

<sup>45</sup> Ibid.

<sup>46</sup> S. 50.

<sup>47</sup> Opsahl 1965, s. 47 flg.

<sup>48</sup> Se særlig Castberg 1964 s. 48.

<sup>49</sup> Som vi skal se går dette synet, men på lovsnivå, igjen som et motargument mot delegasjon under dagens lære.

det aktuelle tilfellet.<sup>50</sup> Opsahl (1965) kritiserer imidlertid denne tilnærmingen. Grensene for delegasjon blir under et slikt regime for vage, og vanskelige å angi på forhånd – ikke minst fordi grensedragningen i stor grad blir overlatt til statsmaktene selv, som et rettspolitisk spørsmål snarere enn rettsdogmatisk.<sup>51</sup> Opsahl oppsummerer den gjeldende delegasjonslæren som «læren om at adgang er lik behov», hvilket innebærer at grensene for delegasjon endres ettersom det praktiske behovet for delegasjon endres.<sup>52</sup> Under henvisning til den fremtredende danske teoretikeren Alf Ross, hevder Opsahl det motsatte av tidligere lære: delegasjon av lovgivningsmyndighet må som utgangspunkt være tillat, og det er *begrensningene* i adgangen som må begrunnes.<sup>53</sup> Når grensedragningen i praksis var såpass uklar, og adgangen til delegasjon så vid, kunne gjeldende praksis «i realiteten antakelig like gjerne tas til inntekt for dette syn som alternativet».<sup>54</sup> Det fremgår av Opsahls argumentasjon for sin tilnærming at det ikke egentlig var snakk om å utvide lovgivers delegasjonsadgang i praksis, men heller å anlegge en synsvinkel som bedre forklarte eksisterende praksis, og som kunne gi grunnlag for å trekke sikrere slutninger om delegasjonsadgangens grenser.<sup>55</sup> Som vi skal se er dette behov som like gjerne oppstår slik dagens delegasjonslære er utformet: grensedragningene er på mange områder usikre, og det kan argumenteres for et behov om nye løsninger som bedre sikrer forutberegnelighet.<sup>56</sup>

Utgangspunktet Opsahl hevdet, at lovgivers delegasjonsadgang var *negativt* avgrenset, ga opphav til et nytt fokus på hvilke *hensyn* som kunne begrense delegasjonsadgangen. Sammenliknet med Castberg, som fokuserte på å begrunne *adgangen* til delegasjon, er dette en ny måte å analysere problemstillingen på – som også preger dagens diskusjon. Opsahl identifiserer noen hovedtyper av begrensninger i delegasjonsadgangen. Dette dreier seg, i tråd med at delegasjonsadgangen behandles på statsrettslig nivå, om hvilke grenser *Grunnloven* oppstiller: enten eksplisitt, forutsetningsvis, gjennom konstitusjonell sedvanerett, eller etter tolkning særlig av «ved lov»-regler og regler som legger kompetanse uttrykkelig til Stortinget.<sup>57</sup> Opsahl peker på et hensyn som skal bli viktig i debatten fremover: «Systemet i forfatningen bygger også på forutsetningen om at myndighet avledet fra Stortinget skal utøves under dets overledelse. Derfor kan det ikke uten særskilt grunnlovshjemmel «delegeres» myndighet til organer som står i et annet lojalitetsforhold, slik at denne overledelse ikke kan gjennomføres».<sup>58</sup> Vi ser altså en sterk skepsis mot delegasjon ut fra det delegerende organets kontrollsfære.

---

<sup>50</sup> Oppsummert av Opsahl 1965, s. 47–48.

<sup>51</sup> Ibid., s. 48, samt Castberg 1964 s. 51.

<sup>52</sup> Opsahl 1965, s. 61.

<sup>53</sup> Ibid., s. 64 flg, med videre henvisninger.

<sup>54</sup> Dette synspunktet kan også ha relevans når dagens praksis skal analyseres, se pkt. 4.2.

<sup>55</sup> Opsahl 1965, s. 64–65.

<sup>56</sup> Se pkt. 6 om dette.

<sup>57</sup> Ibid., s. 70.

<sup>58</sup> Ibid., s. 76.

### 4.1.2 Delegasjon som et forvaltningsrettslig spørsmål om avveining av hensyn

Delegasjonsadgangen har så langt i teorien vært knyttet særlig til spørsmål om lov- og grunnlovstolkning. Noen viktige hensyn både for og mot delegasjonsadgang har vært trukket frem, men disse hensynene har i liten grad vært sett på som mer selvstendige begrunnelser for delegasjonsadgangen og dens grenser. Læren om at «adgang er lik behov» er imidlertid fleksibel nok til å karakteriseres som et unntak. Frihagen (1973) fremhever at det i teori og praksis «i noen grad ved bedømmelsen trukket inn hvilket behov det er for delegasjon og hvor nærliggende og ubetenkelig det måtte være i det enkelte tilfelle».<sup>59</sup> Dette antyder at delegasjonsadgang kan antas å foreligge etter en vurdering av de motstående hensyn i den konkrete saken, men enn så lenge er ikke dette synspunktet særlig fremtredende ved siden av det positivistiske utgangspunktet (jf. formuleringen «i noen grad»). Smith (1976) henviser også til «læresetninger fra alminnelig forvaltningsrett» som grunnlag for delegasjon der kompetansegrunnlaget ikke selv regulerer spørsmålet.<sup>60</sup> Dette må forstås som en henvisning til læren om at «adgang er lik behov», som Frihagen (1975) karakteriserer som et sedvanerettslig grunnlag for delegasjon.<sup>61</sup> Den opprinnelig statsrettslige læren har altså over tid fått mer karakter av et alminnelig forvaltningsrettslig prinsipp. Som vi skal se vil hensynene som kan motivere, eller begrense, delegasjonsadgangen få en langt viktigere plass den videre utviklingen av denne læren.

## 4.2 Utviklingen langs den aktivt personelle dimensjonen – særlig om Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1986 s. 46

Det klare utgangspunktet om at det kun er Stortinget og Kongen (herunder departementene) som kan delegere sin kompetanse uten særlig lovhjemmel, fastholdes lenge i teorien. Dette kan forklares med at Opsahls tilnærming, at Stortinget og Kongen som utgangspunkt må antas å ha alminnelig kompetansetildelingskompetanse, får fotfeste<sup>62</sup> – samtidig som det motsatte utgangspunktet fastholdes for underordnede organer. Smith opererer med et klart utgangspunkt om at underordnede organer *ikke* har adgang til å delegere sin myndighet uten hjemmel i lov,<sup>63</sup> og Frihagen holder fast ved at ulovfestet delegasjon på lavere nivå kun kan godtas med grunnlag i «særlig fast og langvarig praksis».<sup>64</sup> Også Backer holder fast ved dette.<sup>65</sup>

Den første oppmykningen i dette synet kom som en følge av Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1986 s. 46 *Innlandsfiske I*. Her godkjente Høyesterett delegasjon fra et underordnet organ, i Engs ord: «Uten lovhjemmel, i strid med tidligere teori som hevdet at lovhjemmel var

---

<sup>59</sup> S. 37 med henvisninger.

<sup>60</sup> S. 361.

<sup>61</sup> S. 50.

<sup>62</sup> Se bl.a. Backer 1986, s. 56; Frihagen 1975 s. 50 og, noe mer forsiktig, s. 55 flg.; Smith 1976, s. 361 og, mer implisitt, Eng 1992, s. 38.

<sup>63</sup> Smith 1976, s. 369–370.

<sup>64</sup> Frihagen 1975, s. 58.

<sup>65</sup> Backer 1986, s. 56.



nødvendig, og på grunnlag av reelle hensyn». En fisker hadde blitt domfelt for å ha fisket med garn i strid med et forbud fastsatt av fylkesmannen i Finnmark. Fylkesmannen hadde fastsatt forbudet på bakgrunn av delegasjon av forskriftsmyndighet etter lov om laksefisket og innlandsfisket av 6. mars 1964, fra Direktoratet for vilt og ferskvannsfiske. Direktoratet hadde selv fått delegert forskriftskompetanse etter loven fra Landbruksdepartementet. Fiskeren hevdet seg frifunnet blant annet fordi forbudet måtte være ugyldig fordi det ikke var adgang for Direktoratet til å delegere kompetansen til fylkesmannen. Høyesterett forkastet anførselen. Etter først å henvise til forvaltningskomiteens innstilling fra 1958, og å ha skissert rådende rettsoppfatning i teorien under henvisning til Frihagens og Ekchoffs lærebøker i forvaltningsrett, uttalte førstvoterende kort om denne oppfatningen: «Jeg bemerker at uttalelsene ikke er helt entydige, og det har blant annet vært pekt på behovet for å delegere til lokale organer å gi utfyllende forskrifter».<sup>66</sup> Dette må forstås som en henvisning til en variant av læren om at «adgang er lik behov», som Frihagen for underordnede organers del altså konkluderte med at kun kunne motivere delegasjon dersom det forelå «særlig fast og langvarig praksis». Høyesterett satte deretter dette utgangspunktet til side i den konkrete saken, med følgende begrunnelse:

«Etter min oppfatning foreligger det i denne saken et tilfelle der det er særlig naturlig med delegasjon til det høyeste forvaltningsorgan på fylkesplanet, som må antas å kunne skaffe seg et langt bedre lokalkjennskap enn et direktorat med hele landet som virkefelt. Man må ha for øye at det dreier seg om å vurdere behovet for vern av det enkelte vassdrag og fiskevann i lokalmiljøet. Den nye ordning har også sitt administrative grunnlag i oppbygningen av miljøvernavdelinger ved fylkesmannskontorene med blant annet overføring av fiskerikonsulenter fra Direktoratet for naturforvaltning. Når det gjelder de bestemmelser som her er overtrådt, har for øvrig fylkesmannen ikke gjort noe annet enn å sette ut i livet på det lokale plan de retningslinjer som på forhånd var fastsatt av direktoratet, og hvis detaljerte anvendelse i dette tilfelle var drøftet med direktoratet i samband med forberedelse av dettes forskrifter av 20. april 1983.»<sup>67</sup>

Det er neppe særlig oppsiktsvekkende at Eng karakteriserte denne begrunnelsen som frirettslig:<sup>68</sup> Høyesterett tilbyr ikke en særlig klar rettskildemessig forklaring for hvorfor det ganske klare og samstemte utgangspunktet i teorien tilsidesettes. Jeg vil likevel prøve å peke på noen mulige årsaker til Høyesteretts argumentasjon.

Teoriens rolle i delegasjonslæren har i stor grad handlet om å forstå de konstitusjonelle, og senere forvaltningsrettslige, rammene for delegasjon på bakgrunn av *praksis*. Teoriens oppgave har særlig vært, gjennom induksjon, å forstå og systematisere bakteppet for en eksisterende praksis.<sup>69</sup> Det dreier seg altså om å forstå hvilke rammer aktørene (særlig lovgiver og Kongen) *selv* ser for seg eksisterer. Dette reflekterer den særlige rollen konstitusjonell praksis har ved tolkningen av grunnlovsbestemmelser som regulerer kompetansefordelingen mellom statsmaktene.<sup>70</sup> Slik sett har juridisk teori på dette området i mindre grad bidratt selvstendig til å utvikle rammene for delegasjon, og det kan argumenteres for at

---

<sup>66</sup> Rt. 1986 s. 46, s. 47.

<sup>67</sup> Ibid.

<sup>68</sup> Eng 1992 s. 38.

<sup>69</sup> Særlig tydelig er dette når Opsahl delvis begrunner sin tese i at den er like egnet som alternativet til å forklare den praksisen som foreligger på feltet.

<sup>70</sup> Se om dette Rt. 1952 s. 1089 *Hvalfangst* på s. 1098, og Rt. 1976 s. 1 *Kløfta* på s. 5.

rettsoppfatninger i teorien på dette punktet ikke nødvendigvis må gis gjennomslag overfor praksis, som har vært den primære drivkraften i rettsutviklingen. Likevel må det her påpekes at praksis fra underordnede organer, som Direktoratet i innlandsfiskedom I, ikke har samme rettskildemessige gjennomslag i forvaltningsretten som konstitusjonell praksis fra de sentrale statsmaktene har i forfatningsretten. Overfor slik praksis må juridisk teori som et utgangspunkt kunne gis større gjennomslag. Et annet viktig poeng er at rettsoppfatningen i teorien i liten grad gis noen begrunnelse. Det hevdede utgangspunktet om lovhjemmel er i liten grad forsøkt nærmere begrunnet, og, som Høyesterett påpeker, der er også åpnet for behovsbaserte unntak etter «særlig fast og langvarig praksis». En viktig grunn til at rettsoppfatninger i juridisk teori tillegges rettskildemessig vekt er nettopp at de ofte er velbegrunnede, og blir utviklet gjennom en platonisk dialektikk mellom flere ulike forfattere (og praksis).<sup>71</sup> Rettsoppfatninger uten noen nærmere begrunnelse er det da mindre grunn til å legge vekt på.<sup>72</sup>

Høyesteretts begrunnelse er interessant. Som Eng påpeker er dette en argumentasjon man bør merke seg, særlig med tanke på løsningen av delegasjonsspørsmål i fremtiden.<sup>73</sup> På et overordnet nivå er rettens tilnærming interessant fordi den er så pragmatisk: et relativt klart positivistisk utgangspunkt settes til side fordi det i det konkrete tilfellet fremstår «særlig naturlig» med delegasjon. Delegasjonsadgangen på statsrettslig nivå har, som vi har sett, utviklet seg primært gjennom praksis, drevet av et reelt behov for delegasjon. Høyesteretts tilnærming går langt i å indikere at et tilsvarende behov for avlastning på lavere nivåer av forvaltningen kan være tilstrekkelig til å begrunne delegasjonsadgang også her – dersom (som vi straks skal se nærmere på) visse rettssikkerhetsgarantier ivaretas. Dette er særlig interessant med tanke på dommens overføringsverdi til andre tilfeller lengre nedover i forvaltningshierarkiet (i den aktivt personelle dimensjonen), eksempelvis på kommunalt nivå, og kanskje også for delegering til private (i den passivt personelle dimensjonen). Dommen gjelder direkte kun for delegasjon fra et statlig direktorat til fylkesmannen, og gir ikke automatisk adgang til delegasjon utover disse tilfellene – men Høyesterett legitimerer en pragmatisk tilnærming til delegasjonsspørsmålet, som utvilsomt kan tenkes overført også til andre situasjoner.

Et interessant spørsmål er om ikke en såpass pragmatisk tilnærming som Høyesterett legger opp til like gjerne kan forklares ut fra en oppfatning av at det i utgangspunktet *er* adgang til delegasjon på dette nivået, slik Opsahl argumenterte for Stortingets delegasjonsadgang. Dersom spørsmålet om delegasjonsadgang må løses gjennom en vurdering av hensyn, som Høyesterett legger opp til, er det i hvert fall mindre realitet i det motsatte utgangspunktet enn det som har vært antatt. Førstvoterendes argumentasjon viser tydelig at delegasjonsadgangen som innrømmes i den konkrete saken regnes som et unntak fra et restriktivt utgangspunkt, men som likevel tillates fordi det er «særlig naturlig». Men på bakgrunn av den pragmatiske tilnærmingen er det ikke utenkelig at utviklingen kan gå i retning av at det positivistiske utgangspunktet forlates over flere nivåer innenfor den aktivt personelle dimensjonen.

---

<sup>71</sup> Monsen 2012, s. 41.

<sup>72</sup> En god illustrasjon gir Rt. 2011 s. 556 *Spellsund*, avsnitt 36–40.

<sup>73</sup> Eng 1992, s. 38.

Også Høyesteretts konkrete argumentasjon i innlandsfiskedom I er interessant. Førstvoterende henviser til fylkesmannens særlige «lokalkjennskap», den «overføring av fiskerikonsulenter» fra Direktoratet for naturforvaltning til fylkesmannen (og dermed overføring av fagkunnskap) som har funnet sted, og at retningslinjene fylkesmannen baserte seg på «på forhånd var fastsatt av direktoratet».<sup>74</sup> Det ble altså avgjørende for Høyesterett at fylkesmannen hadde en særlig lokalkjennskap som Direktoratet manglet, en tilstrekkelig faglig kompetanse til å utforme en faglig forsvarlig forskrift, og at Direktoratet reelt sett beholdt kontrollen med myndighetsutøvelsen gjennom å ha fastsatt retningslinjer som fylkesmannen holdt seg til. Med andre ord sikrer delegasjonen effektivitet ved at lokalkunnskap og faglig kompetanse umiddelbart kan spille inn på utformingen av forskriften. Samtidig er rettssikkerheten tilstrekkelig ivaretatt gjennom kompetanse og kontroll. Det at Direktoratet beholder kontrollen med myndighetsutøvelsen gjør også at delegeringen ikke representerer et for klart brudd med det som må ha vært forutsetningen da Direktoratet ble tildelt kompetansen fra Landbruksdepartementet i utgangspunktet. Dette er hensyn vi kjenner igjen fra den teoretiske diskusjonen frem til dommen, og som fremdeles preger delegasjonslæren i dag. Vi ser helt tydelig at delegasjonsadgangen i denne saken ble tillatt nettopp fordi delegasjon sikret effektivitet uten å gå særlig sterkt utover rettssikkerheten. Kjernen i delegasjonslæren slik Høyesterett utviklet den i innlandsfiskedom I, er altså en avveining av de grunnleggende forvaltningsrettslige hensynene effektivitet kontra rettssikkerhet.

På dette punktet i avhandlingen passer det å slå fast et viktig poeng når det kommer til effektivitetshensyn i forvaltningsretten. Terminologien kan lett virke misvisende, i at «effektivitet» svært gjerne kan oppfattes som en gruppe hensyn som tar sikte på å verne om *forvaltningen* – slik som å avlaste både tids- og arbeidspress for tjenestemennene. Det er imidlertid viktig å påpeke at det også her, som ellers på forvaltningsrettens område, er *borgerne* som er tilgodesett. Effektivitetshensyn kan vektlegges fordi det bidrar til å sikre at *flest mulig* får behandlet sine saker i forvaltningssystemet *så fort* som mulig. Med andre ord handler det om å sikre tilgang til forvaltningen, så billig, enkelt og effektivt som mulig. En mer treffende terminologi kunne vært *kollektiv rettssikkerhet*, som holdt opp mot *individuell* rettssikkerhet. En slik terminologi får kanskje bedre frem at det er den enkelte, i sin sak for forvaltningen, som i noen grad må avfinne seg med en behandling som ikke er fullt ut gjennomgripende og grundig, for å sikre den mer allmenne tilgangen til behandling i forvaltningen. Det er ikke med dette sagt at vektlegging av effektivitetshensyn *ikke* vil ha betydning for den enkelte tjenestemann, men det er ikke dette som er det primære siktemålet (her finnes det snarere arbeidsrettslige mekanismer og hensyn som forvaltningen må ta hensyn til i sin organisasjon, i kraft av å være arbeidsgiver). Jeg vil uansett holde meg til den terminologien som er innarbeidet i norsk rett i denne avhandlingen.

#### 4.2.1 Rettsoppfatningen i kjølvannet av Rt. 1986 s. 46

Høyesteretts tilnærming i innlandsfiskedom I ble senere stadfestet av Høyesterett i den nær identiske innlandsfiskedom II fra 1993.<sup>75</sup> Også her var en fisker dømt for å ha fisket i strid med et forskriftsfestet forbud utstedt av fylkesmannen, i medhold av kompetanse delegert fra Direktoratet. Høyesterett valgte en nær identisk løsning som i den første dommen, og vektla de

---

<sup>74</sup> Rt. 1986 s. 46, s. 47.

<sup>75</sup> Rt. 1993 s. 808.

samme hensynene i sin løsning av spørsmålet. Dommen er først og fremst interessant fordi den uttrykkelig stadfestet at Høyesteretts egen tilnærming i den første saken måtte være et uttrykk for gjeldende rett.

Skepsisen mot delegasjon fra andre forvaltningsorganer i teorien ble imidlertid ikke fullstendig frafalt etter innlandsfiskedommene. Fortsatt hevder Eckhoff/Smith et klart utgangspunkt om lovhjemmel, men åpner for en noe utvidet delegasjonsadgang langs den passivt personelle dimensjonen, der det er tale om delegering til underordnede organer.<sup>76</sup> Dette skyldes tilsynelatende en oppfatning av at dette «like gjerne [kan] betraktes som intern delegasjon», som er relativt uproblematisk.<sup>77</sup> En alternativ begrunnelse kan imidlertid være minst like hensiktsmessig: delegasjonen skjer i slike tilfeller innenfor den ordinære organisasjons- og instruksjonsmyndigheten som ligger i forvaltningens hierarkiske organisering, slik at det delegerende organ da beholder *kontrollen* med myndighetsutøvelsen, samtidig som de fleste underordnede organ besitter både faglig kompetanse på sitt område, og god kunnskap om forvaltningsrettslige krav til saksbehandlingen. Reelt sett kan standpunktet altså begrunnes ut fra de samme hensynene som Høyesterett bygget på i innlandsfiskedommene. I stedet velger forfatterne gjennom parallelltolking å begrense dommenes rekkevidde til kun å ha interesse innenfor den *materielle* dimensjonen: dommene forstås som prejudikater kun for delegering av kompetanse til å gi utfyllende forskrifter.<sup>78</sup>

Også lovgiver selv har vist noe skepsis mot delegering fra underordnede organer:

«Den modifiseringen som har funnet sted i den tradisjonelle delegasjonslæren har nok i større grad gjort seg gjeldende for delegasjonsadgangen i statsforvaltningen enn i kommunalforvaltningen (sic.). Den sterke tradisjon for å lovregulere delegasjonsadgang og delegasjonsforbud både i kommuneloven og i særlovene taler for at det fortsatt kreves en rimelig klar hjemmel for å kunne delegerer oppgaver og myndighet.»<sup>79</sup>

Motsatt inntar Graver et mer liberalt syn på adgangen til delegasjon fra slike organer. Han slår fast at «tendensen gjennom årene har gått i retning av en mer liberal holdning til delegering og å tillate det i alle tilfelle hvor det ikke er uttrykkelig forbudt i vedkommende lov eller i andre regler».<sup>80</sup> Deretter slår han fast at det tradisjonelle synspunktet at underordnede organer ikke kan delegerer sin kompetanse uten særlig hjemmel «neppe [kan] opprettholdes», etter innlandsfiskedommene, og konkluderer med at utgangspunktet heller må være at slike organer «kan delegerer sin myndighet dersom det er praktisk behov for det».<sup>81</sup> Graver uttaler ikke eksplisitt at de begrensningene Høyesterett opererer med i dommene, i form av at delegering ikke kan godtas dersom det går for sterkt utover rettssikkerheten, må gjelde – men han må likevel forstås i denne retning, særlig på bakgrunn av den grundige analysen han gjør av hensynene som taler for og mot delegering.<sup>82</sup> Gravers syn representerer en tolkning av

---

<sup>76</sup> Eckhoff og Smith 2014, s. 176–178.

<sup>77</sup> Ibid., s. 177.

<sup>78</sup> Ibid., s. 177–178, særlig petitavsnittet. Jeg har imidlertid ikke funnet andre eksempler i teorien på at dommens virkeområde er forsøkt innskrenket på denne måten, og ut fra de synspunktene om dommens overføringsverdi jeg har fremført over synes det uklart om en slik avgrensning er fullstendig treffende.

<sup>79</sup> Kommunal- og regionaldepartementet 2005, s. 24–25.

<sup>80</sup> Graver 2015, s. 182.

<sup>81</sup> Ibid., s. 184.

<sup>82</sup> På s. 181–182.

innlandsfiskedommene som er i tråd med det som er presentert over: den pragmatiske tilnærmingen fra dommene må være styrende for delegasjonsspørsmålet. Det avgjørende i en slik tilnærming er om det er et reelt behov for å delegere kompetansen, jf. læren om at «adgang er lik behov», og om rettssikkerheten ivaretas tilstrekkelig i det konkrete tilfellet. Gravers syn er et naturlig punktum for Opsahls tese om at det er *begrensninger* i delegasjonsadgangen som må begrunnes, i at dette «omvendte» utgangspunktet i ganske stor grad må gjelde langs hele den aktivt personelle dimensjonen – ikke kun for lovgiver og regjeringsmakten.

Eckhoff og Smith stiller et prinsipielt interessant spørsmål om det er slik at rettsreglene *bør* avpasses etter praktiske behov.<sup>83</sup> Selv om det som vist er en viss tradisjon for dette i litteraturen tilknyttet delegasjonslæren, særlig i den tidlige fasen, og Høyesteretts tilnærming kan tyde på det samme, er det klart at dette skaper visse utfordringer for forutberegneligheten på området i møtet med en praksis som endres over tid i takt med nye behov. Det er i hvert fall klart at Høyesteretts pragmatiske tilnærming ikke er hevet over enhver kritikk. Mangelen på ytterligere autoritative kilder gjør det imidlertid nærliggende å lese dommen som en mer overordnet «rettesnor» for tilnærmingen til delegasjonsproblematikken i sin alminnelighet.

#### 4.2.2 Oppsummering: delegasjon langs den aktivt personelle dimensjonen

Det har, som vi har sett, skjedd en utvikling i synet på underordnede organers delegasjonsadgang, i mer liberal retning. Særlig peker rettspraksis i retning av en pragmatisk tilnærming til problematikken. Det er også klart at delegasjonslæren har utviklet seg fra en statsrettslig analyse av Grunnlovens rammer for de øverste statsmaktens virke, til i dag å fremstå som en forvaltningsrettslig lære basert på en avveining av hensynene til effektivitet og rettssikkerhet. Det er likevel fremdeles uenighet i teorien om hvor stor adgang underordnede organer har til å delegere sin myndighet uten særskilt hjemmel. Særlig representerer Eckhoff/Smith og Graver ytterpunkter. Spørsmålet om hvor langt underordnede organers delegasjonsadgang rekker må derfor anses som uavklart. Høyesterett har heller ikke gjort noe forsøk på å oppklare spørsmålet siden 1993. Det er talende for den usikkerheten som preger tematikken at det seneste bidraget fra lovgivningshold, Backer-utvalgets utredning i NOU 2019: 5, ikke en gang tar opp spørsmålet om gjeldende rett. I stedet går utvalget rett til sin innstilling: at «direktorater og andre organer under departementsnivå ikke bør ha en alminnelig adgang til å delegere sin myndighet til organer som er underordnet dem, hvis de ikke har fått uttrykkelig adgang til det i lov eller av Kongen eller departementet.»<sup>84</sup>

Høyesteretts *taushet* på området siden innlandsfiskedom II i 1993 kan være like interessant å analysere som selve den foreliggende praksisen. Denne «tausheten» kan leses som et utslag av den betraktning som ble gjort i juridisk teori i delegasjonslærens tidlige fase: grensene for delegasjon er først og fremst et *rettspolitisk* spørsmål, som det primært er opp til lovgiver og regjeringsmakten å ta stilling til.<sup>85</sup> Også en slik synsmåte må i praksis lede til at delegasjonsadgangen i norsk rett generelt er videre enn det tradisjonelle teoretiske

---

<sup>83</sup> Eckhoff og Smith 2014, s. 166.

<sup>84</sup> NOU 2019: 5, s. 212. Se nærmere om forslaget i pkt. 6.

<sup>85</sup> Graver 2015, s. 185.

utgangspunktet skulle tilsi. Dette er en oppfatning som fremdeles hevdes i moderne litteratur, slik Graver (2015): «Hvorvidt det bør være adgang til delegering, er i første rekke et spørsmål om hva som er en hensiktsmessig fordeling av oppgavene i forvaltningen, som domstolene i liten grad overprøver.»<sup>86</sup> Etter en slik tilnærming kan delegasjonsvedtak gjerne oppfattes som et utslag av forvaltningens «frie skjønn». Dette kan fortelle oss noe om hvilken prøvingsintensitet domstolene bør anvende i slike tilfeller – og det er da nærliggende å akseptere Høyesteretts relativt pragmatiske holdning i innlandsfiskedom I. Utviklingen av delegasjonslæren blir da, som antydnet i punkt 3.2 over, en øvelse i å finne de ytre rammene for denne formen for forvaltningsskjønn. Delegasjonslæren kan da analytisk sett plasseres sammen med myndighetsmisbrukslæren som en ytre skranke for forvaltningsskjønnet. Under en slik synsmåte kan neppe det restriktive utgangspunktet opprettholdes.

Ut fra disse betraktningene er det nærliggende å si at barnevernet kan antas å ha kompetansetildelingskompetanse i medhold av delegasjonslæren. Det avgjørende er i mindre grad det formelle i at barnevernet er et underordnet organ, men snarere hvorvidt den aktuelle delegasjonen gir en effektivitetsgevinst, og kan gjennomføres uten at det i for stor grad går på bekostning av rettssikkerheten. Spørsmålet om slik delegasjon kan skje til *private* gjenstår derimot fortsatt å besvare.

### 4.3 Utviklingen langs den passivt personelle dimensjonen

I den passivt personelle dimensjonen møter delegasjon til private motstand fra lovgiver selv allerede i NUT 1958: 3, der det tas til orde for at slik delegasjon er avhengig av særskilt lovhjemmel. Eckhoff følger opp dette synet: «både hensynet til den som pålegges plikt til å utøve myndigheten, og hensynet til dem som er undergitt den, [tilsier] at det bør foreligge klar hjemmel for at man kan fravike den vanlige ordning at myndighet utøves av *offentlige* organer».<sup>87</sup> I noen grad er Opsahl mer åpen for slik delegasjon. Han presenterer en alminnelig oppfatning om at «myndighet bare kan tildeles offentlige organer», slik Eckhoff tar til orde for, før han demonstrerer hvordan en slik tese likevel ikke kan være til hinder for at private utøver myndighet: dette gjennom en funksjonell forståelse av begrepet «offentlig».<sup>88</sup> Særlig videre går han derimot ikke. Castberg følger imidlertid kort opp utgangspunktet med følgende forbehold: «At det her er grunn for lovgiveren til å vise en særlig forsiktighet, sier seg selv».<sup>89</sup> Eckhoff er på sin side enda tydeligere, og begrunner sitt standpunkt om at Kongen ikke kan delegere til private uten lovhjemmel i et viktig hensyn: «det [har] vanligvis ikke (...) noen fornuftig mening å tildele et organ kompetanse, uten at det samtidig kan pålegges plikt til å utføre de gjøremål det dreier seg om.»<sup>90</sup>

Utgangspunktet om lovhjemmel fastholdes av Frihagen (1975), som gir følgende prinsipielle begrunnelse: «særlig betenkelig er det å delegere offentlig myndighet til et privat organ fordi en ikke her har samme sikkerhet for at organet vil utøve virksomheten på en saklig

---

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> Eckhoff 1961, s. 148.

<sup>88</sup> Opsahl 1965, s. 76–77.

<sup>89</sup> Castberg 1964, s. 50.

<sup>90</sup> Eckhoff 1961, s. 138, og nærmere på s. 144.

og objektiv måte, og fordi det vil være særlig vanskelig å øve kontroll med dets virksomhet.»<sup>91</sup> Den adgangen til ulovfestet delegasjon etter en vurdering av behov og «hvor nærliggende og ubetenkelig» det vil være gjelder etter Frihagens oppfatning ikke ved delegasjon til private – underforstått fordi dette ikke vil være «nærliggende og ubetenkelig». Delegasjonsadgangen er fremdeles «låst» innenfor den passivt personelle dimensjonen.

Det klare utgangspunktet om at delegering til private krever hjemmel i lov blir imidlertid utfordret av Smith (1976). Han hevder at denne begrensningen i delegasjonsadgangen verken er «rettslig eller reelt tilstrekkelig velgrunnet», og tar til orde for at «i de tilfellene hvor et organ har generell kompetanse til å delegerer sin myndighet, [må] kompetansen også [omfatte] tildeling av myndighet til private, hvis ikke forholdsvis klare holdepunkter i de konkrete hjemmelsgrunnlag taler imot».<sup>92</sup> Med andre ord søker han å oppløse det skarpe skillet innenfor den passivt personelle dimensjonen. Dette arbeidet inneholder den så langt grundigste gjennomgangen av de hensynene som taler for og imot å delegerer myndighet til private, og er det første reelle forsøket på å prøve delegeringsforbudets holdbarhet på selvstendig grunnlag. Smith går grundig inn i hensynene som kan underbygge et slikt forbud, og argumenterer grundig for at disse hensynene ikke kan ha så sterk vekt som det har vært vanlig å tillegge dem. Han presenterer følgende oversikt over de ulike hensynene som har vært trukket frem som argumenter for et delegasjonsforbud:

«(A) Det er regelmessig nødvendig at kompetanse kombineres med *plikt* til å utøve kompetansen. Men private kan bare pålegges plikter med hjemmel i lov, altså kan delegasjon i disse tilfellene bare skje med slik hjemmel («pliktagumentet»).

(B) Det organ som sitter med primærkompetansen kan ikke gi fra seg *kontrollen* med hvordan kompetansen utøves. Dette vil skje hvis kompetansen delegeres til private («kontrollargumentet»).

(C) Delegasjon til private gir ikke «samme sikkerhet for at slike organer vil *utøve* virksomheten på en saklig og objektiv måte» («rettssikkerhetsargumentet»).

(D) Delegasjon til private vil representere *for store avvik* fra den vanlige ordning, den ordning lovgiverne har tenkt seg da de ga kompetansen («avviksargumentet».)<sup>93</sup>

Smith gjennomgår disse argumentene, og kommer til at ingen av dem kan begrunne et absolutt forbud mot delegasjon til private. Videre presenterer han noen hensyn som taler *for* en slik adgang, særlig hensynet til «lokalkunnskap og lokal tilknytning, og spesialisert ekspertise ellers»,<sup>94</sup> samt hensynet til «tillit blant de berørte, og den effektivitet som kan grunnes på slik tillit».<sup>95</sup> Smith konkluderer med at adgangen til å delegerer myndighet fra Kongen og departementene til private må være større enn den tradisjonelle oppfatningen tilsier, og at spørsmålet om dette er «forsvarlig og ønskelig» må overlates til de delegerende organenes skjønn. Hensynene for og mot delegasjon til private, som har vært gjennomgått, kan komme inn som tolkningsbidrag der delegasjonsadgangen er «overlatt til regulering i lov».<sup>96</sup> Smiths

---

<sup>91</sup> S. 57.

<sup>92</sup> Smith 1976, s. 361.

<sup>93</sup> Ibid., 371–372.

<sup>94</sup> Ibid., s. 382.

<sup>95</sup> Ibid., s. 383.

<sup>96</sup> Ibid., s. 386–387.

bidrag har vært svært viktig for utviklingen av delegasjonslæren, og han har til dels fått gjennomslag. Eng oppsummerer situasjonen i 1992 slik: «bl.a. på grunnlag av Smiths drøftelse har nok andre teoretikere til en viss grad nyansert sine standpunkter. Men fremdeles hevder Backer (...) og Frihagen (...) et utgangspunkt om lovhjemmel; og Eckhoff (...) finner det tvilsomt om man kan gå så langt i å godta delegasjon til private som Smith hevder».<sup>97</sup>

Også på dette punktet er det altså uenighet i teorien. Det som imidlertid er klart, er at diskusjonen i etterkant av Smiths bidrag i langt større grad enn tidligere har handlet om å veie hensynene for og mot delegering til private. Og Eng ser Høyesteretts tilnærming i den overnevnte innlandsfiskedom I som et mulig varsel om at delegasjonsadgangen også langs den passivt personelle dimensjonen vil kunne oppmykes: «på bakgrunn av muligheten for slik frirettslig argumentasjon som i Rt. 1986/46, også i spørsmål om delegasjon til private (...)».<sup>98</sup> Eng går videre til å se på de hensynene dommen bygger på (samt egne hensyn), for å sikre «et best mulig grunnlag ved løsning av eventuelle framtidige konflikter», og uttaler at disse hensynene også kan være relevante for spørsmålet om adgangen til å delegerer til private.<sup>99</sup> Han trekker frem hensynet til økonomisk effektivitet, herunder stordriftsfordeler og fleksibilitet ved omstillinger, lokal eller faglig ekspertise, tillit hos berørte parter, og nærdemokrati, som motiverende for bruk av private aktører. Mothensyn som trekkes frem er mangel på byråkratikkultur/kjennskap til forvaltningsrettslige saksbehandlingsregler og gode rutiner, den psykologiske umuligheten det er å skifte mellom et rent privatrettslig og et rent forvaltningsrettslig utsyn hos den enkelte «private saksbehandler» dersom vedkommende må gjøre begge deler, og særlig forhold langs den materielle dimensjon: om kompetansen som delegeres består i tildeling av goder eller påleggelse av plikter, og graden av skjønn som inngår i vurderingene som må gjøres. Disse hensynene vil jeg gjøre nærmere rede for i drøftelsen om barnevernets adgang til delegasjon under saksforberedelsene, i pkt. 5 under.

#### **4.3.1 Oppsummering: delegasjon langs den passivt personelle dimensjonen**

Adgangen til å delegerer offentlig myndighet til private er ikke klart definert. Dette skaper en krevende situasjon for forvaltningen, som lovgiver har fremhevet: «Det fremheves videre at det i teorien er uenighet om adgangen til å delegerer myndighet til private. I den utstrekning man ved utformingen av lovbestemmelser ser det som aktuelt å delegerer myndighet til private, anfører således [Justis- og politi-] departementet at dette bør sies uttrykkelig.»<sup>100</sup> Til tross for denne usikkerheten er det påfallende at bidragene etter Smiths artikkel i stor grad har gått mer umiddelbart, og dypere, inn i hensynene for og mot delegering enn tidligere – da det var vanlig å slå kort fast at dette krevde lovhjemmel. Tilnærmingen har blitt mer pragmatisk, ikke minst etter Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1986 s. 46. Det er beskrivende at Backer-utvalget i sin analyse av gjeldende rett går direkte inn på hensynene for og mot delegasjon til private, uten å slå fast noe utgangspunkt.<sup>101</sup> På denne bakgrunn, og særlig med utgangspunkt i

---

<sup>97</sup> Eng 1992, s. 38, med videre henvisninger.

<sup>98</sup> Ibid.

<sup>99</sup> Ibid.

<sup>100</sup> Kommunal- og regionaldepartementet 2005, s. 23.

<sup>101</sup> NOU 2019: 5, s. 216.



Høyesteretts tilnærming, er det ikke naturlig å se på kravet til lovhjemmel for slik delegasjon som absolutt. Ikke minst vil hensynene som har vært trukket frem i teori og praksis kunne variere fra tilfelle til tilfelle, avhengig av både hvilken myndighet det er tale om å delegere, hvilke private tjenesteytere det er aktuelt å delegere til, og hvilke rammer forvaltningen setter for de privates utøvelse av kompetansen. Eksempelvis vil praktiske ordninger som sikrer det delegerende en viss organet kontroll over de private tjenesteyterne svekke motforestillinger mot delegasjonen ut fra kontrollargumentet; valget av tjenesteytere med høy faglig kompetanse vil sikre hensynet til en materielt riktig avgjørelse og dermed svekke styrken i innvendinger knyttet til borgernes rettssikkerhet; og ved ikke å delegere sterkt skjønnspreget kompetanse ivaretas rettssikkerheten ytterligere. Når betenkelighetene mot delegasjon til private er så varierende, er det nærliggende å tilnærme seg dette spørsmålet mer konkret, uten noen særlig presumsjon i den ene eller den andre retning, i tråd med Høyesteretts pragmatiske holdning på området, jf. punkt 4.2 over der innlandsfiskedommenes overføringsverdi for resten av delegasjonsproblematikken omtales.

Det at betenkelighetene ved slik delegasjon kan reduseres ved at forvaltningsorganet finner hensiktsmessige måter å styre de private tjenesteyternes virksomhet på, viser viktigheten av rammene for selve delegasjonsvedtaket, og hvilke muligheter forvaltningen har til å instruere eller påvirke de private tjenesteyterne. Dette må derfor undersøkes nærmere før det konkrete spørsmålet om bruken av private under saksforberedelsene i barnevernsektoren tas opp til behandling.

## 4.4 Prinsipper for delegasjon: ansvarsfordeling og krav til saksbehandlingen

Et viktig utgangspunkt for delegering av kompetanse er at *ansvaret* for myndighetsutøvelsen ikke kan overføres. Dessuten innebærer ikke delegasjon at kompetansen fjernes fra det delegerende organs hånd – det er heller tale om at kompetansen *også* kan utøves av mottakeren. Det er altså det delegerende organet som sitter igjen med det fulle ansvaret for myndighetsutøvelsen.<sup>102</sup> Dette utgangspunktet gjelder felles for all delegasjon. For delegasjon til private reiser det seg imidlertid noen særlige spørsmål, av den enkle grunn at private tjenesteytere *ikke* er offentlige, og ikke vil være underlagt forvaltningsrettslige regler for saksbehandling mv. – med unntak av de tilfellene der de private faktisk «treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift», jf. forvaltningsloven § 1 tredje setning. I slike tilfeller, der private får kompetanse til å gripe inn overfor borgerne i form av enkeltvedtak eller forskrift, er det fornuftig at forvaltningslovens regler, som sikrer borgernes rettssikkerhet, må overholdes.

Utenfor disse tilfellene, altså i tilfeller der private kun bistår under saksbehandlingen uten selv å fatte vedtak, gjelder denne regelen ikke. De private rettssubjektene vil ikke være omfattet av forvaltningsloven etter § 1, som bygger på formelle forhold, og ikke det *funksjonelle* i at offentlig kompetanse *utøves*. De private saksbehandlerne er heller ikke å anse som offentlige

---

<sup>102</sup> Dette er konsekvent hevdet i teorien, og må anses som sikker rett.. Se blant annet Opsahl 1965, s. 65, Smith 1975 s. 44 og Eckhoff og Smith 2014 s. 166.

tjenestemenn etter fvl. § 2 første avsnitt bokstav d: selv om de opptrer på vegne av det offentlige faller dette klart utenfor ordlyden «ansatt i (...) en kommunes tjeneste» (min utheving).<sup>103</sup> For taushetsplikten etter fvl. § 13 og barnevernloven § 6-7, samt habilitetsreglene i fvl. § 6 jf. § 10 er det imidlertid klart at også private tjenesteytere som bistår i saken er omfattet, jf. formuleringen som går igjen i bestemmelsene: «enhver annen som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan».<sup>104</sup> I og med at forvaltningslovens (og barnevernlovens) øvrige regler om saksbehandlingen ikke gjelder direkte for de private saksbehandlerne, må dette løses gjennom at disse kravene spesifiseres i anbudet, og i avtalen med de private. For saksbehandlingskrav som forhåndsvarsel (fvl. § 16), innsyn (fvl. § 18 samt regler i offentlighetsloven) og barns rettigheter under saksbehandlingen etter bvl. § 6-3 er det naturlig at disse besørger direkte av det ansvarlige forvaltningsorganet (barneverntjenestene). Det er imidlertid viktig at de private pålegges å følge offisiellprinsippets krav til å besørge sakens opplysning (fvl. § 17) og upartiskhet, samt det ulovfestede kravet til skriftlighet i saksbehandlingen som er en nødvendig forutsetning for at borgerne effektivt skal kunne utnytte sine øvrige rettigheter i saksbehandlingen. Gjennom slike tiltak kan imidlertid *kontrollargumentet* imøtegås.

Siden delegasjon til private etter sin natur er delegering ut av sfæren for organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, må også en eventuell *instruksjonsadgang* i de konkrete sakene som skal behandles sikres gjennom avtale. Videre vil også *pliktargumentets* innvendinger mot delegasjon kunne bøtes på ved at det inngås avtale mellom barnevernet og de private om at kompetansen *skal* utøves. En slik klausul må antas å ligge innenfor avtalefriheten, og siden det normalt vil være i de privates interesse å ta på seg slike oppdrag fra det offentlige (særlig der dette forutsetter forutgående anbud) kan ikke dette være spesielt omstridt. Der det ellers er bred enighet i teorien om at kompetansetildelingsvedtak når som helst kan endres eller trekkes tilbake,<sup>105</sup> kan dette imidlertid ikke uten videre gjelde for delegasjon til private. Begrunnelsen for tilbaketrekningsadgangen må ligge i det faktum at organet det delegeres til (forutsetningsvis) er underlagt det delegerende organets instruksjonsmyndighet. Som vist over er dette ikke tilfellet for private. Her vil kompetansetildelingen heller foreligge i form av en avtale mellom forvaltningsorganet og de private tjenesteyterne. Avtaler kan, som kjent, ikke uten videre endres eller oppheves. Skal det delegerende organ beholde en slik kompetanse må dette fremgå klart av avtalen,<sup>106</sup> eventuelt bygge på et tilstrekkelig mislighold av de private tjenesteyternes forpliktelser.

---

<sup>103</sup> Se klart i samme retning Sandberg 2004, pkt. 2.

<sup>104</sup> Spørsmålet om private konsulenter er omfattet av taushetsplikten er mer omfattende drøftet av Sandberg 2014, pkt. 4.3.3.

<sup>105</sup> Se bl.a. Eckhoff og Smith 2014 s. 166.

<sup>106</sup> Dessuten må en slik klausul ikke være i strid med forvaltningens adgang til å inngå avtaler – men det ligger utenfor denne avhandlingens rammer å gå nærmere inn på dette. For videre lesning om rammene for forvaltningens avtalekompetanse, se Hopsnes 2013.

## 5 Adgangen til å benytte private under saksforberedelsen i barnevernsektoren

Som vist er underordnede organers ulovfestede adgang til å delegere sin kompetanse, og adgangen til å delegere til private i det hele tatt, noe usikker etter gjeldende rett. Både Høyesteretts pragmatiske tilnærming til problematikken, og det faktum at betenkelighetene rundt delegasjon i stor grad varierer avhengig av konkrete omstendigheter fra sak til sak viser imidlertid at spørsmålet om delegasjonsadgang vanskelig kan løses fullt ut tilfredsstillende uten å ta stilling til en konkret sak.<sup>107</sup> Det er ikke dermed sagt at alle presumsjoner som tradisjonelt har vært hevdet for ulike typetilfeller langs de tre dimensjonene må forkastes fullstendig, men forhåndsgitte løsninger alene kan ikke gi svar på spørsmålet om delegasjon. I en slik tilnærming vil også de tre dimensjonene jeg har identifisert som viktige i litteraturen i mindre grad få betydning: spørsmålet om delegasjon bør helst vurderes konkret og samlet, slik at alle dimensjonene ses under ett. Da kommer også samsillet mellom dem bedre frem enn ved å regulere delegasjonsadgangen strengt ut fra typetilfeller.

Videre vil jeg forsøke å se på hvordan adgangen til delegasjon i hovedsak må være for bruken av private tjenesteytere innenfor saksforberedelsene i barnevernsektoren. I tråd med det jeg har sagt over vil dette nødvendigvis ikke bli en fullt ut tilfredsstillende analyse, siden den i noen grad er nødt til å være generell, og uavhengig av et konkret faktum. Men forhåpentligvis kan en slik analyse likevel gi noe veiledning for hvordan spørsmålet om bruken av private under saksforberedelsene bør tilnærmes rettslig.

### 5.2.1 Hensyn som taler for delegasjon til private

Et vesentlig hensyn som ligger bak adgangen til å delegere myndighet til private er, som vi har sett, at slike private tjenesteytere ofte kan ha bedre faglig og lokal kompetanse enn det delegerende organet. Barnevernstjenestene er imidlertid organisert i lokale enheter, jf. bvl. § 2-1 første avsnitt som gjør barneverntjenester til de enkelte *kommunenes* ansvar, og med nødvendig faglig kompetanse, jf. bvl. § 2-1 syvende avsnitt, som pålegger «nødvendig opplæring av barneverntjenestens personell». Dette gjør det umiddelbart klart at *behovet* for delegasjon er lavere for barneverntjenestene enn for en del andre offentlige organer – selv om dette selvsagt i realiteten kan stille seg annerledes avhengig av det lokale barnevernets *reelle* fagkunnskaper (særlig må dette antas å være aktuelt for mindre kommuner). Hva gjelder hensynet til *økonomisk effektivitet* som Eng trekker frem, er det også her mindre rom for slike betraktninger i barnevernsektoren. Det Eng omtaler som *stordriftsfordeler* handler om at det som oftest blir «billigere å utvide en eksisterende privat organisasjon enn å bygge opp en offentlig som skal arbeide parallelt med den private».<sup>108</sup> Dette vil imidlertid kun være relevant på områder der det allerede finnes etablerte private institusjoner, og for barnevernsektoren vil vel dette først og fremst være relevant på institusjonsnivå (der bruken av private allerede er lovregulert), ikke i forbindelse med saksbehandling. Hensynet til *tillit blant de berørte* er neppe

<sup>107</sup> Til støtte for dette synet, se Sandberg 2004, pkt. 4.3.1.

<sup>108</sup> Eng 1992, s. 39.

heller særlig fremtredende som argument for delegering til private i barnevernsektoren. Riktig nok har barnevernet som nevnt innledningsvis visse utfordringer med tilliten i befolkningen, men det er neppe noen grunn til å anta at dette vil kunne løses ved å leie inn private. Eng fremhever tilfeller der beslutningsmyndighet legges til private bransjeorganisasjoner som rettighetssubjektene allerede kjenner til og samarbeider tett med,<sup>109</sup> og dette savner parallell i barnevernsektoren.

Det forhold som eventuelt kan tale for delegering må derfor primært skyldes overbelastning av barneverntjenestenes egne saksbehandlere. Som sett innledningsvis er barnevernets saksbehandlere under sterkt press, og det er ingen grunn til å tvile på realiteten i et behov for avlastning. Dette har en side til hensynet til *fleksibilitet ved omstillinger*:<sup>110</sup> dersom det i kortere perioder skulle være særlig stor pågang vil det være mer hensiktsmessig å leie inn private saksbehandlere fremfor å ansette flere interne saksbehandlere, for deretter å avskjedige dem eller bli sittende med unødvendig (og kostbar) overkapasitet.<sup>111</sup> Det er ikke gitt at delegering til private er mer hensiktsmessig enn et samarbeid med tilgrensende barneverntjenester i andre kommuner, men valget mellom ulike samarbeidspartnere må nok, i tråd med synspunktene om forvaltningens frie skjønn på området, som utgangspunktet være overlatt til forvaltningens egen vurdering. Begrensningen må ligge i en vurdering av om den ønskede delegasjonen er forsvarlig ut fra de mothensynene som gjør seg gjeldende. Uansett må det kunne slå fast at det i liten grad gjør seg gjeldende hensyn som taler *for* delegering til private i barneverntjenesten.

### 5.2.2 Hensyn som taler mot delegasjon til private

Et vesentlig mothensyn mot å plassere kompetanse hos private, er at disse ofte mangler den *byråkratikkulturen* offentlige organer gjerne innehar. I Eng's ord: «De mangler den trening i utøvelse av offentlig kompetanse, som er en forutsetning for upartiskhet og likebehandling.»<sup>112</sup> Imidlertid antyder Sandberg at det er utbredt at erfarne barnevernarbeidere går over til privat sektor, som private konsulenter for barneverntjenesten.<sup>113</sup> I den utstrekning dette skjer, vil selvsagt de private konsulentene ha god trening i utøvelse av offentlig kompetanse. Dette kan tyde på at dette mothensynet i mindre grad vil gjære seg gjeldende i barnevernsektoren. På den annen side er det selvsagt et paradoks at barnevernet skal bruke store summer for å leie inn kompetanse etaten selv har utviklet, til høyere lønn enn egne ansatte.<sup>114</sup> Dette er lite samfunnsøkonomisk gunstig, og en slik praksis bidrar (som Sandberg peker på) neppe til å øke verdien av barnevernsansatte, deres motivasjon, eller avlaste det presset de opplever fra befolkningen.

---

<sup>109</sup> Ibid., s. 39–40.

<sup>110</sup> Ibid., s. 39.

<sup>111</sup> Se Sandberg 2004, pkt. 4.3.2. Hvor konjunkturutsatt barnevernsektoren egentlig er, er derimot uklart. Antakeligvis er pågangen i de fleste kommuner relativt stabil over tid, slik at dette synspunktet i praksis får lite gjennomslag. Et annet poeng her er at slike konjunkturer kan imøtegås gjennom adgangen til midlertidig ansettelse eller innleie av arbeidstakere etter statsansatteloven §§ 9, 11 og 12, som kort omtalt i NOU 2019: 5, s. 218–219.

<sup>112</sup> Eng 1992, s. 40.

<sup>113</sup> Sandberg 2004, pkt. 4.3.2.

<sup>114</sup> Ibid., pkt. 4.3.3.

Et annet problem er det misforholdet mellom den private tjenesteyterens rolle som «tjenestemann», og rollen som privat ansatt i et foretak som har et mål om profitt. Disse rollene kan, som fremhevet av Eng, være vanskelig å balansere: særlig der de private har avtalt stykkprisbetaling kan det være fare for at rollen som tjenestemann kommer i bakgrunnen.<sup>115</sup> I samme retning kan det åpenbart bli et problem dersom den private tjenesteyteren personlig, eller foretaket der vedkommende er ansatt, har andre interesser på samme felt: eksempelvis dersom foretaket også tilbyr bistand til familier i barnevernsaker, eller tilbyr private institusjonsplasser.<sup>116</sup> Denne motforestillingen vil selvsagt variere avhengig av de konkrete forholdene ved foretaket eller den enkelte tjenesteyteren i saken.

Et særlig problem som bør omtales er det ømfintlige ved enhver situasjon der barneverntjenestene undersøker saker med sikte på å avklare behovet for tiltak. Følelsen av «at noen skal tjene penger på deres sak» kan virke ekstra belastende på borgerne i en allerede svært psykisk krevende situasjon.<sup>117</sup> Dette medmenneskelige aspektet som gjør seg særlig gjeldende på området bør ikke overses. Ikke minst er dette viktig for undersøkelsessaker etter bvl. § 4-3, som etter bestemmelsens andre avsnitt skal utføres slik at den «minst mulig skader noen som den berører».

### 5.2.3 Oppsummering: reell delegasjon

Gjennomgangen over har vist at det er svært tvilsomt hvilken adgang barneverntjenestene har til å benytte private i saksforberedelsene. Særlig kontrollargumentet må bli avgjørende i vurderingen:<sup>118</sup> i hvilken grad de private tjenesteyternes arbeid gjennomgås, og det foretas en selvstendig vurdering av saken, er helt avgjørende for hvor sterkt behov det er for en klar hjemmel. Også i de relativt mange tilfellene der det er tale om å la den private tjenesteyteren gjennomføre undersøkelser som berører, eller gjør inngrep i, retten til privatliv etter EMK artikkel 8 (som omtalt i pkt. 3.2), må delegasjonslæren antas å yte sterk motstand mot delegasjon til private.<sup>119</sup> Det kanskje viktigste funnet i denne delen av oppgaven er at barneverntjenestene i særlig grad vil være nødt til å foreta komplekse juridiske vurderinger av adgangen til å benytte private tjenesteytere under saksbehandlingen, og særlig en krevende avveining av flere motstående hensyn – til tross for utgangspunktet om at slik reell delegasjon ikke krever hjemmel. De problemene dette medfører vil jeg komme noe nærmere inn på i punkt 6 under. Det neste spørsmålet som må besvares er hvilke virkninger det kan ha at bruken av private tjenesteytere i et konkret tilfelle kan måtte anses rettsstridig.

---

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Se NOU 2019: 5, s. 220.

<sup>117</sup> Sandberg 2004, pkt. 4.3.3.

<sup>118</sup> Ibid., pkt.4.3.4, som finner at dette må være et av de mest vektige hensynene i avveiningen.

<sup>119</sup> Sandberg 2004 konkluderer under tvil med at det ikke er adgang til å la private tjenesteytere gjennomføre undersøkelsessaker etter bvl. § 4-3.

## 5.3 Ugyldighetsvirkninger

I tilfeller der forvaltningen bygger på private tjenesteyteres saksbehandling, er det *forvaltningens* vedtak som eventuelt blir gjenstand for ugyldighet dersom det skulle foreligge mangler ved saksbehandlingen. Dette følger direkte av at det er det delegerende organ som har ansvaret for kompetanseutøvelsen. De privates saksforberedelser kan ikke i seg selv være gjenstand for ugyldighet. Spørsmålet blir da hvilke rettslige konsekvenser det skal få for forvaltningens vedtak dersom private tjenesteytere er benyttet i saksforberedelsene uten hjemmel i loven eller i delegasjonslæren. Graver legger følgende betraktning (lånt fra Backer) til grunn:

«[det er] som regel ikke (...) aktuelt å sette til side vedtak som er truffet i henhold til en delegering som ikke er rettmessig etter tradisjonelle synspunkter (...) hensynet til de berørte blir godt nok ivaretatt gjennom kravene til en forsvarlig saksbehandling. Overskridelse av delegeringsadgangen vil etter omstendighetene kunne komme inn i den helhetsvurdering som må foretas ved vurderingen av om saksbehandlingen har vært forsvarlig, hvis det finnes andre holdepunkter for å kritisere avgjørelsen».<sup>120</sup>

Det blir altså i disse tilfellene aktuelt å anvende en ulovfestet ugyldighetsregel, der vedtak kan kjennes ugyldige dersom saksbehandlingen samlet sett ikke fremstår som «forsvarlig». Også Sandberg tar til orde for at overtredelse av delegasjonsadgangen i slike tilfeller ikke automatisk skal sanksjoneres med ugyldighet, under henvisning til at en eventuell ny undersøkelsesrunde vil være en ekstra belastning for borgerne.<sup>121</sup> Det kan påpekes at bruken av private tjenesteytere i saksforberedelsene uten grunnlag i delegasjonslæren i realiteten innebærer at viktige legalitetshensyn er tilsidesatt, som vist. Dette er et alvorlig brudd på de grunnleggende forutsetningene for norsk forvaltningsrett, hvilket taler for at man i slike tilfeller kan være nødt til å kreve mindre i form av øvrige mangler i saksbehandlingen for å konstatere ugyldighet.

## 6 Utviklingen i delegasjonsadgangen i fremtiden: Backer-utvalgets forslag til regulering av delegasjonsadgangen

Som påpekt er omfanget av underordnede organers adgang til å delegerer myndighet til private rettslig sett uklar. Det er fremdeles sterkt sprikende syn i teorien, og det er få autoritative kilder som gir veiledning. Ikke minst er situasjonen uoversiktlig når det kommer til spørsmålet om bruken av private tjenesteytere i saksforberedelsene (særlig i barnevernet), der det er usikkert om, og i hvilke tilfeller, det i det hele tatt kreves hjemmel. På denne bakgrunnen er det nærliggende å anta at store deler av det norske forvaltningsapparatet ikke selv har oversikt over

---

<sup>120</sup> Graver 2015, s. 185 med videre henvisninger.

<sup>121</sup> Sandberg 2004, pkt. 6.1. Hun ser for øvrig på dette som et spørsmål om ugyldighet etter fvl. § 41 som følge av brudd på utredningsplikten i § 17, som også kan tjene som innfallsvinkel. I realiteten virker det imidlertid å være liten forskjell: også under en slik synsvinkel må feilen ses i sammenheng med saksbehandlingen for øvrig.

hvilken adgang det er til å delegere myndighet til private – noe som gir lite forutberegnelighet, og åpner opp for ulik praksis i ulike geografiske og saklige grener av forvaltningen. Det er med andre ord helt klart et behov for å sørge for klarere rammer i fremtiden. Backer-utvalgets forslag tar også sikte på denne problemstillingen når det uttales at en ny forvaltningslov skal være «så enkel som mulig å sette seg inn i og å bruke, både for offentlig forvaltning og publikum.»<sup>122</sup>

## 6.1 Adgangen til å delegere vedtakskompetanse til private

Backer-utvalgets forslag regulering av adgangen til å delegere vedtakskompetanse til private tar sikte på å reversere den utviklingen som har skjedd i delegasjonslæren:

«En alminnelig adgang til å delegere til private aktører uten hjemmel i lov vil kunne veve det offentlig og private sammen og reise utfordringer for styring og kontroll fra politiske og folkevalgte organers side. Utvalget antar at det nokså sjelden vil være aktuelt å delegere til private aktører myndighet til å treffe vedtak, og at delegering til private vil kunne bryte med lovgivernes forutsetninger. Utvalget foreslår derfor at delegering av myndighet til private bare kan skje i medhold av lov.»<sup>123</sup>

Forslaget går altså ut på å gjøre det klart at delegering til private kun skal kunne skje i medhold av lov. Skjønt det er noe uklart om dette vil være en reell innstramming i gjeldende rett eller ikke, er det klart at en presisering av dette i det minste vil ha positive konsekvenser for forutberegneligheten på området. En lovfesting av det kravet til lovhjemmel som før Smith (1976) og innlandsfiskedommene var ansett som selvsagt, vil bidra til å sikre forutsigbare rammer for forvaltningen. Ut fra utvalgets begrunnelse, som referert over, antar jeg at det er meningen å lovfeste et krav til *klar* lovhjemmel. Denne presiseringen vil være nødvendig for å oppnå en mest mulig klargjørende effekt. Ellers vil rettstilstanden fremdeles kunne tolkes slik at det er en åpning for å delegere til private gjennom sterkt utvidende lovtolkning – etter en vurdering som likner på den vurderingen dagens delegasjonslære legger opp til. Som vist har utviklingen i delegasjonslæren primært vært drevet frem gjennom praksis, som har utviklet seg etter endrede behov. Dersom det ikke presiseres at delegering til private krever *klar* hjemmel i loven, er det trolig at en slik praksis – som Eckhoff/Smith karakteriserer som «lovtolkning på grensen til det uansvarlige»<sup>124</sup> – over tid vil bre om seg. Forutsatt at denne presiseringen inntas, innebærer imidlertid forslaget en vesentlig forenkling for forvaltningen. Rammene for delegasjon vil bli klarere, og de offentlige tjenestemennene vil slippe å måtte foreta en rettslig krevende vurdering av ulike hensyn for og mot delegasjon i hvert enkelte tilfelle.

---

<sup>122</sup> NOU 2019: 5, s. 46.

<sup>123</sup> Ibid., s. 216.

<sup>124</sup> Eckhoff og Smith 2014, s. 166.

## 6.2 Adgangen til å benytte private tjenesteytere i saksbehandlingen

Utvalget kommer også med en tilrådning angående bruken av private i saksbehandlingsfasen: «Hvis dette gjøres, må det sikres at forvaltningsorganet har tilstrekkelige forutsetninger for å kunne treffe og faktisk treffer en selvstendig avgjørelse i saken.»<sup>125</sup>

Utvalgets forslag er interessant. På den ene siden vil adgangen til å benytte private under saksforberedelsene åpnes helt opp, samtidig som forvaltningens *kontroll* med det endelige vedtaket skjerpes. Med andre ord: kranen åpnes i den ene enden, men strammes til i den andre. Det er usikkert hvorvidt en plikt til å vurdere saken selvstendig<sup>126</sup> går lengre enn dagens generelle krav til god forvaltningsskikk, men forslaget har likevel såpass interessante implikasjoner at det fortjener en noe nærmere analyse.

I likhet med forslaget til regulering av adgangen til å delegere vedtakskompetanse til private, vil det å klargjøre delegasjonsadgangen kunne ha positiv effekt på forutberegneligheten på området. Den kanskje viktigste konsekvensen av et slikt forslag vil imidlertid være at forvaltningens tjenestemenn vil slippe å gjøre en skjønnsmessig og krevende vurdering – som det til alt overmål er gode grunner for å anta at de ikke selv er klar over at kan kreves av dem.<sup>127</sup> Dette kan frigjøre de ofte knappe juridiske ressursene i et forvaltningsorgan til andre oppgaver. Disse frigjorte ressursene kan da settes inn på å sikre at det faktisk foregår en reell kontroll av de private tjenesteyternes saksbehandling, og at vedtakene som fattes er selvstendig vurdert. Denne etterfølgende kontrollen er langt mindre komplisert enn den juridiske vurderingen i forkant av delegeringen som kan måtte foretas under dagens rettstilstand. Ikke minst vil en slik kontroll likne mer på de ordinære arbeidsoppgavene forvaltningens tjenestemenn utfører hver dag: det å undersøke og vurdere saker, og fatte vedtak. Dette legger til rette for en mer effektiv ressursbruk i forvaltningen. I beste fall kan forslaget i realiteten sikre at en mengde vedtak som i dag gjennomføres uten fullt ut tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier, i fremtiden vil underlegges en reell kontroll.

En uheldig konsekvens av å tillate bruken av private tjenesteytere i større grad enn tidligere, er at en del viktige rettssikkerhetsgarantier i barnevernsektoren kan forsvinne. Dersom det blir «fritt frem» for å la private foreta saksforberedende oppgaver som innebærer inngrep i retten til privatliv etter EMK art. 8, vil dette svekke borgernes rettssikkerhet. Dette er imidlertid ikke diskutert i utvalgets innstilling, og det er lite som tilsier at utvalget ønsker en slik utvikling. En løsning på dette problemet kan være at barnevernloven oppdateres, slik at det går klart frem av denne at inngripende faktiske handlinger kun kan foretas av barneverntjenestens egne ansatte. Dette vil imidlertid kreve mer omfattende revisjonsarbeid – ikke minst fordi behovet for denne typen presiseringer i så tilfelle bør kartlegges på tvers av særlovgivningen. Det er vel heller tvilsomt om dette er realistisk, særlig siden utvalget ikke har påpekt problematikken. I så tilfelle vil den «åpne» adgangen til å benytte private i forbindelse med saksforberedelsene

---

<sup>125</sup> NOU 2019: 5, s. 221.

<sup>126</sup> Paragraf 26 i utvalgets forslag.

<sup>127</sup> De positive effektene forslaget reelt får er av denne grunn kanskje begrenset. Dersom forvaltningsorganene ikke foretar de vurderingene delegasjonslæren i enkelte tilfeller kreves, er det lite å hente på å fjerne disse vurderingene.



fremdeles, ut fra tungtveiende rettssikkerhets- og legalitetshensyn, måtte begrenses på samme måte som i dag. Utvalgets forslag vil da ikke innebære noen realitet. Ut fra det tydelige behovet for enklere rammer på dette området, vil dette i så fall være uheldig.

### 6.3 Fremtidig rettsutvikling: adgang og behov

Som vi har sett innebærer Backer-utvalgets forslag i liten grad substansielle endringer i delegasjonsadgangen. Forslaget representerer først og fremst *presisering* og *klargjøring* av hvilke rettslige utgangspunkter som gjelder for delegasjon av forvaltningsmyndighet til private, hvilket i seg selv, som vist, er ønskelig. Som denne avhandlingen har vist har utviklingen i delegasjonsadgangen i først rekke vært drevet frem av *praksis*: delegasjon har vært akseptert som nødvendig ut fra tvingende praktiske behov i møte med en stadig voksende saksmengde for forvaltningen. Av den grunn er det vel så interessant å se på hvilket *behov* for delegasjon det er grunn til å regne med i fremtiden, som å undersøke ny regulering av den rettslige *adgangen* til delegasjon. I et slikt perspektiv er særlig punkt 5.4.2 i Backer-utvalgets innstilling interessant. En av målsetningene til utvalget har vært å modernisere forvaltningsretten, ved å legge til rette for digitalisering av saksbehandlingen. Muligheten for å overlate rutinepregede deler av saksbehandlingen til digitale systemer, såkalt «robotjuss», er en spennende problemstilling i seg selv. I vår kontekst er det viktigste at denne utviklingen kan bidra til å redusere arbeidsbelastningen for det enkelte forvaltningsorganet, slik at behovet for å sette ut oppgaver til private blir redusert. Ut fra erkjennelsen av at nettopp behovet for delegasjon har vært den avgjørende drivkraften bak rettsutviklingen på dette området, er utviklingen av en digital fremtid i forvaltningen den kanskje aller viktigste endringen Backer-utvalgets innstilling legger til rette for – også for delegasjonsspørsmålet.

## 7 Litteraturliste

**Backer 1986:** Inge Lorange Backer, «En utvikling i delegasjonslæren?», i Anders Bratholm, Torkel Opsahl og Magnus Aarbakke (red.), *Samfunn, rett, rettferdighet: Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* (Tano 1986) s. 55–67.

**Bernt 1983:** Jan Fridthjof Bernt, «Legalitetsprinsippet og andre hjemmelsspørsmål i den offentlige rett – noen prinsipielle betraktninger», *Jussens Venner* 1983 s. 119–135

**Castberg 1964:** Frede Castberg, *Norges statsforfatning* (Universitetsforlaget 1964). Tilgjengelig fra:  
[https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb\\_digibok\\_2012100306023?page=63](https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb_digibok_2012100306023?page=63)

**Eckhoff 1961:** Torstein Eckhoff, «Delegasjon av avgjørelsesmyndighet i forvaltningen», *Nordisk Administrativt Tidsskrift* 1961, inntatt i Torstein Eckhoff, *Statsrettslige emner: 5 artikler fra boken Rettferdighet og Rettssikkerhet* (Tanum 1975) s. 125–168. Tilgjengelig fra:  
[https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb\\_digibok\\_2007041901071](https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb_digibok_2007041901071)

**Eckhoff og Smith 2014:** Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett* (Universitetsforlaget 2014)

**Eng 1992:** Svein Eng, «Plassering av offentlig kompetanse hos private – noen hensyn for og imot», i Knut Brofoss og Vidar Oma Steine (red.), *Bredde foran kvalitet? En studie i bekjenskaper: Et festskrift til Gunnar de Capua* (De Capuas Minnefond 1992) s. 36–42.

**Frihagen 1973:** Arvid Frihagen, *Delegasjon av forvaltningsmyndighet* (Norges Juristforbund 1973)

**Graver 2015:** Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett* (Universitetsforlaget 2015)

**Hopsnes og Solberg 2005:** Roald Hopsnes og Raymond Solberg, «Legalitetsprinsippet», *Jussens Venner* 02/2005 s. 77–155

**Hopsnes 2013:** Roald Hopsnes, «Myndighetsmisbrukslæren som rettslig skranke for forvaltningsorgans avtaleinngåelser?», i Hans Petter Graver, Ida Hjort Kraby og Marius Stub (red.), *Forsker og formidler: Festskrift til Erik Magnus Boe* (Universitetsforlaget 2013) s. 173–202. Tilgjengelig fra: <https://lovdata.no/pro/#document/JUS/hopsnes-r-2013-01>

**Kommunal- og regionaldepartementet 2005:** Høringsnotat fra kommunal- og regionaldepartementet ifm. revisjon av kommuneloven i 2005. Tilgjengelig fra: [https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/krd/hdk/2005/0009/ddd/pdfv/252548-horingsnotat\\_heleny.pdf](https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/krd/hdk/2005/0009/ddd/pdfv/252548-horingsnotat_heleny.pdf).

**Monsen 2012:** Erik Monsen, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk* (Cappelen Damm Akademisk 2012)

**Opsahl 1965:** Torkel Opsahl, *Delegasjon av Stortingets myndighet* (Tanum 1965). Tilgjengelig fra: [https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb\\_digibok\\_2008052904043](https://www.nb.no/items/URN:NBN:no-nb_digibok_2008052904043)

**Sandberg 2004:** Kirsten Sandberg, «Privatisering av førstelinjetjenesten i barnevernet», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål* 02/2004 s. 83–99. Tilgjengelig fra: [https://www.idunn.no/tidsskrift\\_for\\_familierett\\_arverett\\_og\\_barnevernrettslige\\_sp/2004/02/privatisering\\_av\\_foerstelinjetjenesten\\_i\\_barnevernet](https://www.idunn.no/tidsskrift_for_familierett_arverett_og_barnevernrettslige_sp/2004/02/privatisering_av_foerstelinjetjenesten_i_barnevernet)

**Sentio Research Norge 2017:** Rapporten «Befolkningenes holdninger til barnevernet», gjennomført av Sentio Research Norge for Bufdir i 2017. Tilgjengelig fra: [https://www.bufdir.no/Global/Befolkningenes\\_holdninger\\_til\\_barnevernet.pdf](https://www.bufdir.no/Global/Befolkningenes_holdninger_til_barnevernet.pdf)

**Smith 1976:** Eivind Smith, «Delegasjon av forvaltningsmyndighet til private og til uavhengige organer», *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1976 s. 360–390

**Smith 2009:** Eivind Smith, *Konstitusjonelt demokrati*, 4. utg. (Fagbokforlaget 2009)