DOI: https://doi.org/10.18261/ISSN.2387-4546-2021-01-02-03

VITENSKAPELIG PUBLIKASJON

Konsulentbistand i saksforberedelsen

Om den «rettslige formen» i Backer-utvalgets forslag til § 26

TARJEI ELLINGSEN RØSVOLL

Master i rettsvitenskap, Universitetet i Bergen 2019. Stipendiat ved UiB fra oktober 2019 med tema «Delegeringsregler i forvaltningsretten».
tarjei.rosvoll@uib.no

SAMMENDRAG Denne artikkelen vil kritisk undersøke forslaget i NOU 2019: 5 til ny § 26 (Backer-utvalget), som omhandler bruk av private sakkyndige, konsulenter eller lignende i saksforberedelsen. Forslaget presenteres og plasseres i en politisk-historisk kontekst. Deretter ses forslaget i sammenheng med gjeldende rett om forvaltningens organisering av egen virksomhet, et tema Backer-utvalget unnlater å ta opp. Til slutt presenterer jeg svært kort teorien om rettslig form, og benytter denne for å forstå, forklare og så kritisere Backer-utvalgets forslag til § 26 for å basere seg på en ensidig forståelse av forvaltningsorganet som rettslig begrep.

NØKKELORD forvaltningsrett, delegering, saksforberedelse, ny forvaltningslov, marxistisk rettsteori, rettslig form

ABSTRACT The article critically examines the proposal in NOU 2019: 5 of § 26 in a new public administrative act, which regulates use of private experts, consultants and others in preparation of cases. Firstly, the proposal is presented and placed within a politico-historical context. Secondly, I point to the connection with rules which regulate the organization of case-handling, which is not discussed in NOU 2019: 5. Lastly, I present the theory of legal form, and utilize this theory in order to understand, explain and then criticize the proposal for a new § 26, on the basis that it is framed by a narrow and one-sided understanding of the public agency as a legal concept.

KEYWORDS administrative law, delegation, New Public Administration Act, Marxist legal theory, legal form

KRITISK JUSS. ÅRGANG 47 nr. 1-2, s. 27–45
© 2021 UNIVERSITETSFORLAGET
This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons CC- BY-NC-ND 4.0 License.

1 Innledning

Denne artikkelen vil kritisk undersøke forslaget til ny § 26 i NOU 2019: 5 (Backer-utvalget), som omhandler bruk av private sakkyndige, konsulenter eller lignende i saksforberedelsen.[1] Artikkelen vil begynne med en presentasjon av forslaget og si litt om den politisk-historiske bakgrunnen for det. I neste del skisserer jeg noen utgangspunkter om gjeldende rett om forvaltningens organisering av egen virksomhet, et tema som Backer-utvalget unnlater å ta opp. Til slutt presenterer jeg svært kort teorien om rettslig form, og benytter denne for å forstå, forklare og kritisere Backer-utvalgets forslag til § 26 for å basere seg på en snever og ensidig forståelse av forvaltningsorganet som rettslig begrep.

2 Om forslaget

Backer-utvalget foreslår i ny forvaltningslov å lovfeste regler for delegering i forvaltningen i et eget kapittel. Bestemmelsen som skal diskuteres i denne artikkelen, angår ikke direkte disse klassiske delegasjonsspørsmål, men heller delegering av saksforberedende oppgaver til private. Spørsmålet må likevel ses i sammenheng med at utvalget foreslår å stramme inn statlige forvaltningsorganers adgang til å delegere myndighetsutøvelse til private mer generelt, ved å kreve lovhjemmel for slik delegering.[2] Bestemmelsen i § 26 omfatter alle forvaltningsorganer, statlige og (fylkes)kommunale, og lyder:

> «*Bruk av sakkyndige mv*. Forvaltningsorganet kan benytte sakkyndige, konsulenter og lignende i saksforberedelsen, men skal vurdere saken selvstendig før vedtak treffes.»[3]

Forslaget er uklart på flere punkter.[4] For det første er det uklart *hvor* selvstendig en sak må vurderes. Her kan det tenkes en skala fra sandpåstrøing og oppover, og

1. En stor takk til redaksjonen i Kritisk juss for forespørselen om å bidra til et spennende nummer, til Ingvild Blindheim Hole og Bjørn Henning Østenstad for gode innspill og bidrag underveis, og til den anonyme fagfellen for gode tilbakemeldinger og justeringer i teksten.
2. NOU 2019: 5 s. 216 f. Som jeg argumenterer for i Tarjei Ellingsen Røsvoll, «Delegering i forvaltningsretten – et spørsmål om styring?» i *Jussens Venner* 2020, s. 234–264, bl.a. s. 260–261, har det ikke hittil vært noe *strengt* krav om lovhjemmel. Utvalgets forslag angår bare statlige forvaltningsorganer, for kommuner og fylkeskommuner er utgangspunktene mer liberale, se Røsvoll 2020, s. 247 f., og Jan Fridthjof Bernt og Oddvar Overå, *Kommuneloven 2018 med kommentarer*, Kommuneforlaget 2019, s. 52 f.
3. NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov*, s. 24.
4. I tillegg kan det pekes på en tredje uklarhet knyttet til det formelle virkeområdet for § 26, dvs. når noe er samme sak, slik at det som er formulert tidligere i saken, må vurderes selvstendig.

utvalget gir liten veiledning for hvor grensen skal gå. Her inngår også spørsmålet om og i hvilken grad en slik selvstendig vurdering forutsetter at det organet som fatter beslutningen, iverksetter tiltak for å sikre at de premissene som dannes lenger nede i systemet, er forsvarlige. Den uklarheten jeg først og fremst skal drøfte her, er imidlertid en annen. Det er om § 26 skal gå foran andre normer som omhandler forvaltningens organisasjon av egen faktiske virksomhet, som saksforberedelse kan sies å være. En av de sentrale problemstillingene utvalget overser, som jeg kommer til, er at hvem som skal utføre ulike deler av saksforberedelsen, allerede kan være lovregulert. Etter mitt syn etablerer forslaget et nytt utgangspunkt, og i lys av uttalelser fra utvalget kan bestemmelsen overstyre eller støtte en liberal tolkning av konkurrerende normer.

Forslaget fastslår altså at saksforberedende steg kan delegeres i stor utstrekning.[5] I forvaltningsrettslitteraturens terminologi (siden ca. 1990-tallet) har begrepet delegering normalt blitt brukt om tildeling av kompetanse til å foreta myndighetsutøvelse. Saksforberedende steg defineres da av at de ikke innebærer slik myndighetsutøvelse, og det kan virke som om man har antatt at å la andre stå for slike ikke er regulert. Saksforberedelsen blir dermed en del av forvaltningens faktiske handlinger, som også kan kreve hjemmel, men ikke i samme utstrekning som myndighetsutøvelse, og organets *organisatoriske* kompetanse er gjerne tilstrekkelig. Det er mulig å tolke § 26 som en spesiell saksbehandlingsregel som ikke forandrer på noe av dette, og altså ikke forandrer den organisatoriske kompetansen. Men ordlyden, forvaltningsorganet «… *kan* benytte …», er vanskelig å ignorere, og den naturlige tolkningen vil da være at bestemmelsen gir en kompetanse til i utgangspunktet å kunne utparsellere saksbehandlingen. Tolkningen underbygges også av utvalgets uttalelser.[6]

At bestemmelsen i § 26 står i kapittelet om delegering, er også noe som indikerer at det er en kompetanseregel, selv om plasseringen skaper en fjerde uklarhet. Rekkevidden av bestemmelsene i kapittelet er begrenset i § 23 nr. 1 til «delegering av myndighet som et forvaltningsorgan har til å treffe enkeltvedtak eller forskrifter». Når § 26 spesifikt angår det som ikke er «myndighet […] til å treffe enkeltvedtak eller forskrifter», vil en bokstavelig tolkning tilsi at § 26 ikke gjelder. En slik tolk-

5. NOU 2019: 5 s. 218–221.
6. Se spesielt merknadene til enkeltbestemmelser i NOU 2019: 5 s. 584: «Paragrafen fastlegger utgangspunktene når det gjelder adgangen til å bruke private til å forberede vedtak som et forvaltningsorgan skal treffe. Den fastsetter at sakkyndige og konsulenter kan engasjeres for å hjelpe til med saksforberedelsen.»

ning er det ikke grunnlag for i utvalgets redegjørelse, og det er derfor nødvendig å tolke § 23-1 slik at § 26 får et selvstendig innhold.[7]

Det kan i utgangspunktet fremstå som om plasseringen er problematisk. Etter mitt syn er det imidlertid mulig å forstå overføringen av en plikt fra forvaltningsorgan A til forvaltningsorgan B, selv om gjennomføringen av denne plikten ikke innebærer myndighetsutøving, som en delegering av denne plikten, uavhengig av hvordan delegeringsbegrepet tradisjonelt sett er brukt.[8] I praksis er det selvsagt også nær sammenheng mellom myndighetsutøvelsen og saksforberedelsene. Derfor er det forståelig at utvalget plasserer bestemmelsen i kapittelet om delegering, selv om hvem som kan utføre skritt i saksforberedelsen, også kunne hørt hjemme i kapittelet om saksbehandlingen.

3 Litt om bakgrunnen for forslaget

Spørsmålet som utvalget tar opp, har i stor grad vært udiskutert i den norske forvaltningsrettslige litteraturen.[9] Når utvalget likevel reiser problemstillingen, må det derfor ses på bakgrunn av den forvaltningspolitiske utviklingen som har funnet sted, særlig siden 1990-tallet.[10] Fra denne perioden og utover har forvaltningen på mange ulike vis foretatt en mer prinsipiell sondring mellom forvaltningens rolle som utøver av offentlig myndighet og «alt annet». Restkategorien har i stadig større grad blitt gjort til gjenstand for markedsstyring, blant annet gjennom anbudsreglene, men også fått en mer selvstendig organisatorisk forankring ved oppdeling av den offentlige virksomheten i enheter som enten driver eller ikke driver med forvaltningsoppgaver. De delene av offentlig sektor som har forvaltningsoppgaver, har i forlengelsen av denne utviklingen også blitt delt opp internt, slik at det som ikke *må* gjøres av forvaltningsorganets egne ansatte, i alle fall prinsipielt sett kan gjennomføres av private konsulenter eller lignende.

---

7. NOU 2019: 5 s. 581 angir at kapittelet må anvendes tilsvarende for blant annet «avgjørelser under saksforberedelsen som ikke regnes som selvstendige enkeltvedtak». Men det § 26 mener å regulere – forberedelse av saker – er ikke begrenset til bare slike avgjørelser heller (se omtale av motivene nedenfor).
8. Begrepskjennetegnene for delegering er, med litt omformulering, til stede. Begge vil ha plikten. Det delegerende organ vil kunne oppheve plikten for det underordnede. Ansvaret ligger fortsatt hos det delegerende organ. Forskjellen er derfor begrenset til at delegeringstermen vanligvis bare omfatter kompetanser.
9. Unntaket er Kirsten Sandberg, «Privatisering av førstelinjetjenesten i barnevernet», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernsrettslige spørsmål*, nr. 2, 2004, s. 83—99, samt kortere omtaler i lærebøker, jf. note 25.
10. Se Tore Grønlie og Yngve Flo, *Sentraladministrasjonens historie etter 1945: Den nye staten? Tiden etter 1985, bind II*, Fagbokforlaget 2009, bla. s. 60 f. og 67 f., videre kapittel 4 og 5 om privatiseringer.

Dette ble først gjort på kommunalt nivå, særlig i barnevernet, men har i de senere år også blitt en stadig sterkere tendens innenfor statsforvaltningen, spesielt under Solberg-regjeringen. Det har vært et uttrykt politisk ønske hos denne regjeringen å redusere antallet ansatte i offentlig sektor, men særlig der man ikke reduserer antallet oppgaver tilsvarende, kan en løsning bli at de offentlige organene benytter seg av private sakkyndige eller konsulenttjenester i saksbehandlingen eller tjenesteutføringen. Et premiss for og samtidig resultat av utviklingen er at der det offentlige gjennomfører oppgavene selv, tar de også etter de privates arbeidsmåter.[11] På denne måten utgjør ikke den 'byråkratkulturen' som Svein Eng pekte på i 1996,[12] noe stort hinder for en mer markedsorientert eller bedriftsmessig tilnærming til virksomheten.

Det er klart nok at norsk forvaltning har en tradisjon, som utvalget uttrykker det, for å bruke private sakkyndige. I Forvaltningslovkomiteens innstilling diskuterer man for eksempel at parten kan bistå med informasjon, at saker sendes rundt for kommentarer fra andre organer, at sakkyndige kan delta i prosessen, eller lignende.[13] Men dette er noe ganske annet enn at andre enn organet selv tar et hovedansvar for hele eller deler av saksforberedelsen. De siste tiårene har nemlig tradisjonen for sporadisk bruk av konsulenttjenester og private sakkyndige i deler av forvaltningen slått om til å bli en bevisst forvaltningspolitisk strategi.[14] Politiske myndigheter har ofte vært en pådriver for bruk av konsulenter, og har fokusert på de anbudsrettslige sidene av spørsmålet, og særlig i de senere år på sviktende rutiner ved anskaffelse av ekstern konsulentbistand.[15] Den forvaltningsrettslige siden av saken har man ofret mindre oppmerksomhet.[16]

11. Se bl.a. Linn Herning og Ola Innset, «Når staten skal leke butikk», i Oscar Dybedahl mfl. (red.), *Markedsmennesker: Kritikk av tidsånden*, Dreyer Forlag 2020, s. 27–46 på s. 37 f.
12. Se Svein Eng, «Plassering av offentlig kompetanse hos private – noen hensyn for og imot», *LoR* 1992, s. 544–551, på s. 549.
13. Se Forvaltningslovkomiteens innstilling, NUT 1958:3, særlig punkt 13.III. Gjennomgående kan man si at det ligger en forutsetning til grunn om at forvaltningsorganet selv står for saksforberedelsen, og jeg har ikke lyktes i å finne eksempler som indikerer at denne forutsetningen ikke var generell. Man brukte selvsagt private (og andre offentlige instanser) til å bistå. Som utvalget uttrykker det, er en slik praksis med å forelegge andre saken «godt innarbeidet i vår administrative praksis», men det er noe ganske annet enn konsulentbruken i dag: De fremhever at det er en oppfatning at man «skal stå til tjeneste når et forvaltningsorgan ber om det» (s. 173). Man omtaler bare svært kort enkelte særordninger der organet som forbereder saken og organet som fatter avgjørelsen, er forskjellige (s. 176). Bruk av private sakkyndige diskuteres kort på s. 177–178, men her blir sakkyndige ansett som en ekstrahjelp som få organer vil ha råd til.
14. Se bl.a. rapporten, note 18.
15. Se for eksempel Innst. S. nr. 216 (2003–2004) om konstitusjonskomiteens innstilling til Stortinget om betydningen av (bl.a.) korrekte anskaffelser, s. 2 (riksrevisjonens syn) og s. 3 f.
16. Antageligvis er denne tendensen del av en internasjonal utvikling, se bl.a. Giuliano Amato, «Citizenship and Public Services – Some General Reflections», i Freedland og Sicarra, *Public Services and Citizenship in European Law*, 1998, s. 145–156, om den idéhistoriske bakgrunnen, særlig s. 153 f.

Tendensen er særlig belyst i Riksrevisjonens rapporter, som viser at under både Solberg I- og Stoltenberg II-regjeringene, har kostnadene ved konsulentbruk økt voldsomt.[17] Særlig bruk av konsulenter til IT-tjenester er vesentlig, men eksterne konsulenter har også en fremtredende rolle i alt fra saksbehandling til evaluering av statens egen virksomhet, og kostnadene er økende. Sommeren 2020 kom det også frem at flere direktorater hadde omfattende konsulentbruk som del av sin strategi, for eksempel Direktoratet for e-helse, som brukte nesten halvparten av lønnsbudsjettet sitt på innleie av konsulenter. Man fikk senere en mindre skandale da det kom frem at omfattende anbud (til det såkalte AKSON-prosjektet) ble utformet delvis på bakgrunn av innspill fra en konsulent som var prosjektleder hos direktoratet og hadde private interesser i saken. Anbudene ble så vunnet nettopp av selskapet hvor konsulenten var ansatt.[18] Konsulenter blir også gjerne benyttet i granskingsprosesser, som da IMDi brukte konsulentselskapet Ernst & Young til å evaluere statsstøtten til stiftelsen Født Fri. Det faktiske grunnlaget og vurderingene som EY gjennomførte, ble lagt til grunn av IMDi, og de vedtok å frata Født Fri statsstøtten for brudd på betingelsene for tilskuddet.[19]

Fenomenet er derfor blitt vanligere, og har (riktignok *etter* utvalgets innstilling) avfødt medieoppmerksomhet. Samtidig er de forvaltningsrettslige spørsmålene underbelyst, som utvalget selv fremhever. Til sammenligning har man i dansk rett utviklet en «lære» med ulike vilkår for delegering på ulike stadier av saksforberedelsen (innhenting av saker, innsamling av opplysninger, vurdering av opplysninger og regler, etc.).[20] I norsk rett fremstår det snarere som at saksforberedelse kan privatiseres fullt ut, uten at det volder forvaltningsrettslige problemer. En kan

17. F.eks. Riksrevisjonen, dokument 3:6: *Riksrevisjonens undersøkelse av konsulentbruk i staten*, 2017, s. 40, for tall på omfang, s. 46 for begrunnelse og behov.
18. Se Pål Hellesnes, «Forsvarer konsulentbruk», *Klassekampen*, 25. juli 2020, og Henning Carr Ekroll, Nina Selbo Torset og Torstein Ringnes, «Inngikk avtaler verdt 235 millioner med konsulenter», *Aftenposten*, 21. desember 2020. Tallene var 375,8 millioner kr til lønn og 460,2 millioner kr til innkjøp av konsulenter, samt en økning i antall timer ført av konsulenter fra ca. 112 000 til 266 000 på fire år. Årsverksfordelingen indikerer imidlertid at det er lite å få for pengene, da konsulentene bare står for 157 av totalt 507 årsverk. Direktoratet publiserte etter brev fra departementet en rapport om sin konsulentbruk, se Direktoratet for e-helse, *Redegjørelse for bruk av konsulenttjenester i Direktoratet for e-helse*, 2020, s. 15. Forvaltningsrettslige spørsmål tas ikke opp.
19. Vedtak fra Integrerings- og mangfoldsdirektoratet, 02.11.2020, mot Stiftelsen Født Fri.
20. Se generelt analysen i Azad Taheri Abkenar, *Delegation af myndighedsudøvelse til private aktører*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2017, som interessant nok trekker på de norske debattene. Årsaken til at dansk rett har en slik «lære», er i hovedsak ombudsmannens virksomhet, samt at de opprettholder (og har praktisert) et relativt strengt delegeringsforbud til private, i motsetning til hos oss.

spørre om dette bidrar til «ryddigere delegeringsprosesser og et mer oversiktlig myndighetskart. Ikke minst […] der delegeringen skjer til private».[21]

4 Gjeldende rett før forslaget

Det er verdt å merke at utvalgets forslag, dersom det tolkes restriktivt, i realiteten bare stadfester det alminnelige forvaltningsrettslige utgangspunktet om at det organ som fatter avgjørelsen, må foreta en selvstendig vurdering av saken.[22] At en slik plikt foreligger, er åpenbart og kan forankres i det overordnede, ulovfestede forsvarlighetskravet til all saksbehandling i offentlig forvaltning. Bestemmelsen i fvl. § 17 første ledd om at forvaltningsorganet «skal påse at saken er så godt opplyst som mulig», anses således som uttrykk for en bindende norm så langt den rekker, også for avgjørelser som ikke er enkeltvedtak og som dermed faller utenfor virkeområdet for denne bestemmelsen.[23]

Samtidig innebærer utvalgets forslag til § 26 potensielt å forandre gjeldende rett ettersom de ikke foretar nærmere undersøkelser av hvilken rett som eksisterte før. Istedenfor begrenser de seg til å si at det ikke er «avklart i gjeldende rett hvor vid adgang det er til å la private stå for saksforberedelsen», men konkluderer med at det er «noe delte oppfatninger om hvor langt forvaltningsorganet bør kunne gå».[24] Utvalget legger til grunn at fordi delegering av saksforberedende skritt ikke innebærer en delegering av en kompetanse (til å fastsette normer generelt eller individuelt, m.a.o. myndighetsutøvelse), er det i utgangspunktet lovlig.[25] Dette følger

21. NOU 2019: 5 s. 49.
22. Se f.eks. utslaget av dette prinsippet i begrunnelsesplikten, som (bl.a.) skal sikre at organet foretar en tilstrekkelig god vurdering av saken, ved å kreve at de skal kunne redegjøre for de ulike grunnene; Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 5. utg. 2019, Universitetsforlaget, Oslo, s. 476 f.
23. Slik Jan Fridthjof Bernt og Ørnulf Rasmussen, *Frihagens forvaltningsrett, bind 1*, 2. utg. 2010, s. 250 f.
24. NOU 2019: 5 s. 219–221.
25. Grensene for hva som er myndighetsutøvelse, er som kjent, uklare. Men det er videre uklart om delegeringsbegrepet kan avgrenses direkte via å anse delegeringsvedtak som overføring av kompetanse til å fatte vedtak. Sentral for forståelsen av delegering er Torkel Opsahl, som stilte seg kritisk til en slik inndeling, se Torkel Opsahl, *Fullmakter og folkestyre*, manuskript 1963, s. 2.10, se også 11.2 f. Ser man f.eks. på Eckhoffs siste utgave av læreboken, ser han vekk fra «faktisk» delegasjon, men uten å si at det ikke er regulert, se Torstein Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 4. utgave, TANO 1992, s. 219. Også senere er grensen mot «faktisk» delegering først og fremst terminologisk, se Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018, s. 174. Graver nevner at tvilsspørsmål kan oppstå, se Graver 2019, s. 193. Jeg har ikke gjennomført uttømmende rettskildesøk, men som et eksempel på et «utvidet» delegeringsbegrep, se bl.a. drøftelsen av «delegert myndighet» som begrep i fvl. § 28 første ledd i SOMB-1989-19 s. 61, som uttrykker at «[k]lare kriterier for hva som er 'delegert myndighet' etter forvaltningslovens § 28 annet ledd foreligger ikke, og det må da kunne legges avgjørende vekt på formålsbetraktninger». Se også JDLOV-1988-1765, som er grunn-

av ordlyden – forvaltningsorganet «kan» bruke konsulenter og private sakkyndige. Videre nevner utvalget eksempler som å hente inn juridiske råd, sakkyndige vurderinger, sette ut rutineoppgaver som «mottak av søknader, innsamling av relevante dokumenter, samt vurdering og skriving av utkast til vedtak i opplagte saker», men også «undersøkelser av faktiske forhold som beror på skjønnsmessige vurderinger».[26] Utvalget går derfor svært langt, og sementerer avgrensningen av delegeringsreglene som de nå sammenfatter i §§ 23, 24 og 25, til myndighetsutøvelsen, altså materielle avgjørelser på vegne av stat eller kommune. Det var tidligere også klart at delegering av saksforberedelse normalt ikke ville lede til kompetansesvikt og ugyldighet, men alt er ikke sagt med det.

Det rettslige utgangspunktet ved gyldighetsvurderinger av *alminnelig* delegering er en tolkning av kompetansenormen.[27] Spørsmålet er der om primærkompetansen (til å fastsette normer) implisitt eller eksplisitt innebærer en sekundærkompetanse til å fastsette at også noen andre skal ha denne kompetansen. For det foreliggende tilfelle kan man snu på dette og prøve å forenkle ved å spørre om en plikt – ansvar for en del av saksbehandlingen – kan tildeles noen andre. Da får vi et ganske likt spørsmål, nemlig om denne plikten er en plikt som et gitt forvaltningsorgan har ansvar for å oppfylle *selv*, eller om det kan overlate til andre å oppfylle denne plikten. En annen måte å formulere det på er om organiseringen av forvaltningens faktiske handlinger som foretas for å oppfylle en plikt til saksforberedelse frem mot et vedtak, er underlagt et fritt skjønn med henblikk på hvordan utførelsen organiseres. Man ser da at hvis en slik plikt ikke kan oppfylles ved å tildele den til noen andre, så utgjør dette et rettslig hinder for delegering av saksforberedelse.

For negative plikter sier det seg selv at de ikke kan overføres. For positive plikter gir svaret seg noen ganger av 'naturen' til den aktuelle plikten. For eksempel kan ikke en ansatt i kommunen overlate til noen andre å gjøre egenvurderingen av sin personlige inhabilitet. Men utover dette kan man også sondre mellom to problemstillinger som bør diskuteres nærmere.

Det ene er der forvaltningen er pålagt en generell plikt til å gjøre noe, ofte i form av å ha et «ansvar» for ett eller annet, for eksempel et krav om at kommuner

laget for ombudsmannens drøftelser. Se også flere eksempler på at delegeringsreglenes «anvendelsesområde» ikke er begrenset til myndighetsutøvelse, i Røsvoll 2020, på s. 237, note 11.

26. NOU 2019: 5 s. 219. Utvalget nevner så vidt en konkret regulering av organisatoriske forhold på s. 218: «I enkelte tilfeller er det regelfestet at det underordnete organet skal bistå i saksforberedelsen», men forfølger ikke dette sporet videre. Inge Lorange Backer, «Forvaltningsloven i det 21. århundre – velfungerende eller avleggs?», *NAT* nr. 1/93, 2016, reiser også enkelte problemstillinger, se s. 80.
27. Se generelt om utgangspunktene for delegering i Røsvoll 2020, s. 243 f.

skal ha barneverntjeneste. Ofte er et slikt overordnet ansvar supplert av mer spesifikke plikter, som at kommunen må ansette en barnevernsleder, jf. barnevernloven § 2-1.[28] Andre ganger kan det angis et ansvar, og en måte dette skal organiseres på, som at den pedagogisk-psykologiske tjenesten i skolen «kan organiserast i samarbeid med andre kommunar eller med fylkeskommunen». Her er det lett å tenke i retning av antitetiske slutninger, for eksempel at å bruke konsulenter som «ambulerende» PP-tjeneste ikke ville vært lov, jf. opplæringslova § 5-6.[29]

Det andre typetilfellet er der pliktene utgjør betingelser for bruk av en kompetanse. Jeg vil omtale dette som aksessoriske plikter, altså plikter som «følger med» en delegering, men uten å utgjøre en begrensning på selve kompetansen.[30] For eksempel er de fleste kompetanser til å fastsette vedtak betinget av at prosessuelle regler i forvaltningsloven etterleves. Spørsmålet som da oppstår, er om kompetansens betingelse kan oppfylles av noen andre enn den kompetansen skal utøves av, for eksempel om en lærer kan overlate til sin mann å rette elevens stil, uten å bryte betingelsene for kompetansen til å sette standpunktkarakterer overfor samme elev, med andre ord om det primære kompetansegrunnlaget stiller krav til saksbehandlingen som skjer utenfor det organet som er tildelt materiell avgjørelsesmyndighet i saken. Dette kan være ved eksplisitte eller implisitte krav til faglig kompetanse eller organisatorisk tilhørighet for den som medvirker, eller ut fra forventninger om gjennomsiktighet og klare ansvarsforhold i saksbehandlingen som helhet.

Spørsmålet som må besvares, er derfor gjennomgående om oppfyllelse av den generelle, eventuelt den aksessoriske, plikten ligger til en konkret person, en klasse personer (for eksempel ett organ), eller om pliktsubjektet er erstattelig. Hva som er tilfellet, vil være gjenstand for konkret fortolkning av pliktens grunnlag, enten det er lov eller avtale (typisk arbeidsavtale – kan man bruke stedfortreder?). Fra det alminnelige forvaltningsrettslige perspektiv kan man reise spørsmålet om det eksisterer presumsjoner for fortolkningen. Her har utvalget helt rett i at materien

28. Lov 17. juli 1992 nr. 100 om barneverntjenester.
29. Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa. Se også merknadene, som uttrykker at kravet om «ei 'teneste' vil seie krav om ein viss kontinuitet i personale og organisering», men åpning for innhenting av ekstern kompetanse i særlige tilfeller, jf. Ot.prp. nr. 46 (1997–1998) s. 171.
30. Dermed er det mulig å utfylle matrisen som Backer begynte på i sin diskusjon av om aksessorisk kompetanse «følger med» en primærkompetanse, se Inge Lorange Backer, «En utvikling i delegasjonslæren?», i *Samfunn, rett og rettferdighet, festskrift til Torstein Eckhoff*, s. 55—65 på s. 61. Aksessorisk kompetanse vil være «prosessledende» kompetanse som «følger med» den endelige kompetansen. Opsahl 1963, s. 12.18, er den som introduserer sondringen mellom spørsmålet om kompetansens omfang og pliktbrudd ved bruk av kompetansen, i sammenheng med delegering.

er uklar. Det man eventuelt kan si, er at det finnes enkelte rettskilder som peker i retning av en presumsjon *for* at saksbehandling kan foretas av konsulenter.[31] Men eksempler på det motsatte eksisterer, og realiteten er nok at rettskildesituasjonen er usikker, slik at både presumsjoner for og mot, samt ingen presumsjon, lar seg begrunne. Avhengig av rettsområde og den underliggende materielle problemstillingens karakter er det antagelig også grunn til å nyansere.

Et konkret eksempel kan belyse den praktiske betydningen av disse betraktningene. Malvik kommune ba Vegdirektoratet om kompetanse etter parkeringsforskriften § 7 til å foreta kontroller og ha ansvar for parkeringen i kommunen. Malvik hadde imidlertid planer om å spare penger på dette, ved for det første å overlate kontrollene til Trondheim Parkering AS, og for det andre ved bare å gjennomføre kontroller i helgene, som var tidspunktet de mente parkering var et problem. Vegdirektoratet kalte da tilbake kompetansen, med den begrunnelse at plikten til å gjennomføre kontroll var en plikt som hverken kunne overlates andre uten nærmere tillatelse, eller som bare delvis kunne utføres.[32] Kompetansen var derfor betinget av to aksessoriske plikter: en plikt til å følge fastsatt prosedyre dersom andre skulle utøve kompetansen (som var lov, men bare etter godkjenning fra direktoratet), og en plikt til å føre kontroll i hele kommunen.[33] Eksempelet illustrerer også at overordnet organ kan ha adgang til å instruere om organiseringen av oppgaven.

I lovgivningen eksisterer det også en rekke eksempler på at saksbehandlingsskritt antageligvis må sies å være pålagt en særskilt myndighet å utføre selv. For eksempel er det vanlig at lover med tilsynsoppgaver er formulert slik at man må anta at eksterne konsulenter ikke kan stå for saksbehandlingen, hvilket må ses i sammenheng med kravene til tilsynenes uavhengighet. Innen barnevern har man etter en lang historie knyttet til grensedragning mellom det som der omtales som «bistand», og de oppgaver kommunens barneverntjeneste har ansvar for å gjennomføre, omsider måttet foreslå oppklaringer i lovverket.[34]

---

31. Se bl.a. JDLOV-1991-1413 punkt 2, 3. avsnitt, hvor det heter at «[s]]elv om det som utgangspunkt kan benyttes konsulentfirmaer til saksforberedelsen, er det helse- og sosialstyret som offentlig organ, som etter loven skal være ansvarlig for gjennomføringen også av saksforberedelsen». Deretter går de også gjennom enkelte av de saksforberedende oppgaver som kommunen selv må gjennomføre.
32. Se brev, Vegdirektoratets svar på søknad om delegert håndhevingsmyndighet – Ber om ytterligere opplysninger, 06.07.2020, ref. 20/123432-2, og brev, Vegdirektoratets bemerkning til nyhetsartikkel vedrørende delegert myndighet, ref. 20/123432-5.
33. Også flere plikter fulgte med, som å ha «forsvarlig og tilfredsstillende opplæring», «sikring av forsvarlig saksbehandling», se brev, Vegdirektoratets behandling av søknad om delegert håndhevingsmyndighet – Malvik kommune, ref. 20/123432-4, s. 2.
34. Se bl.a. brev fra Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet til fylkesmennene, 20. oktober 2017, som redegjør for bruk av private, og fremhever at det ikke er tilstrekkelig at oppgaven ikke er å anse som myndighetsutøvelse. For eksempel plikter kommunen å ansette sin egen barnevernsleder (s. 7), å motta og vurdere meldinger (s. 8), selv å foreta undersøkelsene i familien (s. 8–9), evalueringen av

Samtidig er det viktig å peke på et annet aspekt, som utvalget så vidt berører, nemlig forholdet til krav om hjemmel for visse faktiske handlinger. Politiet har for eksempel i utgangspunktet plikt til å holde ro og orden i offentligheten. Men politiets faktiske handlinger for å oppfylle denne plikten kan stride mot andres lovfestede rettigheter, hvilket innebærer at det kreves hjemmel i lov for inngrepet i disse rettighetene. Bare polititjenestemannen (personlig, dvs. i kraft av å være nettopp dette) kan derfor med lovhjemmel i hånd foreta et slikt inngrep. I tilfeller der saksbehandlende skritt består av faktiske handlinger som utgjør inngrep mot borgerne, blir dette aspektet satt spissen, som Sandberg har problematisert godt i barnevernssektoren.[35] Eksempelet bør tas på alvor som et systematisk problem ved overlatelse av saksforberedende skritt til andre enn staten selv, nemlig at lovverket begrenser adgangen i mange tilfeller. Også en lang rekke normer (inhabilitetsregelverket, anbudsregelverket, taushetspliktsregelverket) forutsetter at bare visse personer skal kunne være delaktig i saksbehandlingsskritt.[36]

5 Teoretiske perspektiver

Det som ovenfor er sagt, er begrenset til å fremheve at utvalgets vurderinger er lite dekkende for å beskrive gjeldende rett, og kan ha utilsiktede rettslige konsekvenser. Jeg ønsker imidlertid også å kritisere forslaget på et mer grunnleggende plan. Til å begynne med vil jeg kort si noe om den teoretiske tilnærmingen jeg tar sikte på å bruke.

Utvalget begrunner forslaget med utgangspunkt i visse begreper, og disse begrepene er nøkkelen til å forstå utvalgets forslag. Jeg vil rekonstruere og deretter kritisere begrepene. Mitt utgangspunkt for å gjøre dette er teorien om rettslig form, som springer ut av marxistisk rettsteori.[37] Det sentrale poenget (i denne sammen-

hjelpetiltak (s. 10), rekruttering av fosterforeldre i slekt eller i nærstående relasjon til barnet, og oppfølging av barn plassert i fosterhjem (s. 12). Barne- og familiedepartementet har også en høring om privates rolle i barnevernet, som tar sikte på å kodifisere, se Barne- og familiedepartementet, *Høring – rammevilkår for private tjenesteytere i barnevernet*, 2020, s. 36. Det kan diskuteres om departementets notat legger til grunn samme forståelse av gjeldende rett som brevet i oktober 2017, og tidligere praksis.

35. Sandberg 2004, punkt 4.2, 2. avsnitt.

36. Videre kan den administrative ordningen i sin helhet fordre ulik rolleinndeling, se eksempelet i SOMB-2002-26, punkt 3.4.

37. Teoriens opprinnelse er Evgeny Pashukanis, sovjetsk jurist og rettsteoretiker, se Evgeny B. Pashukanis, *A General Theory of Law and Marxism*, Pluto Press, 1978, opprinnelig annen utgave 1926, og teorien har senere blitt videreutviklet av en rekke forfattere. Se bl.a. Isaac Balbus, «Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy' of the Law», *Law & Society*, Volume 11, s. 215–232; China Mieville, *Between Equal Rights*, Haymarket Books, 2004; og Michael Head, *Evgeny*

hengen) er at normen de foreslår, må forutsettes å fremtre i en bestemt *rettslig form*. Dette innebærer, på et grunnleggende plan, at normen forutsetter konstruksjonen av en (hypotetisk) konflikt mellom to parter. *Begrepet* «rettslig form» sikter derfor til de begreper som en slik hypotetisk konflikt må bygges på, mens teorien *om* rettslig form forklarer hvorfor disse begrepene er nødvendige.

Det nye forslaget til § 26 drøftes ikke med utgangspunkt i en faktisk konflikt med faktiske parter, men snarere på bakgrunn av hvordan utvalget forstår konflikten mellom det man kan kalle den rettslige *rollen* «forvaltningsorgan», og andre rettssubjekter. Slike roller (andre eksempler er testatorer, debitorer, trygdemottagere, etc.) er en nødvendig del av retten.[38] Det er fordi rettslige normer er normer *for* noen,[39] men aldri direkte for enkeltstående faktiske individer eller grupper av individer – generelle normer forutsetter abstraksjoner. Istedenfor er de normer for rettssubjekter – abstrakte bærere av rettigheter.[40] De berørte rettssubjekter kan imidlertid ikke være fullstendig abstrakte, men må konkretiseres til et abstrakt tverrsnitt av en nærmere angitt gruppe individer/kollektiver. For å konstruere et slikt rettssubjekt må man derfor betone visse likheter og se vekk fra ulikheter, og forutsette en identitet mellom noe som ikke er identisk.[41] Konstruksjonen gir to ulike rolleinnehavere, som så møter hverandre, som bærere av rettigheter.[42]

Slik skiller begrepet «rettslig form» seg fra en fremhevelse av at rettsanvenderen må presentere den rettslige konflikten mellom partene: Poenget er at det *ikke* er de konkrete partene, men abstrakte bærere av rettigheter med visse rettslige roller, som retten forholder seg til. Den rettslige formen *formidler* på denne måten mellom samfunnet som et kompleks av ulike grupper og individer, og retten som et

---

Pashukanis, A Critical Reappraisal, Routledge, 2008, for sentrale tekster med videre referanser. Et eksempel på praktisk anvendelse finnes i Ruth Fletcher, «Legal form, commodities and reproduction: Reading Pashukanis», i Maria Drakopoulou (red.), *Feminist Encounters with Legal Philosophy*, Routledge 2013, s. 138–157. Pashukanis' teori er et utgangspunkt som jeg tar sikte på å videreutvikle i min egen doktoravhandling, særlig i lys av Bob Fine, *Democracy and the Rule of Law*, Pluto Press 1984.

38. Tilsvarende Claes Sandgren, «On Empirical Legal Science», *Scandinavian Studies of Law*, 2000, s. 445–482, med henvisning til Wilhelmssons *Social Civilrätt*, som omtaler det som «average, abstract actors».
39. Også i norsk rett påpeker Nils Christian Sundby, *Om normer*, Universitetsforlaget, 1974, s. 19, at alle normer er norm for subjekter, men derimot ikke at juridiske normer er normer for juridiske subjekter.
40. En omfattende studie av det juridiske subjektet generelt i vestlig rett er gitt av Alain Supiot, *Homo Juridicus*, Verso 2017, opprinnelig 2007, oversatt av Saskia Brown. I denne sammenhengen er det tilstrekkelig å konstatere at det offentlige organet som utvalget konstruerer, er en nærmere spesifikasjon av det generelle rettssubjektet.
41. Se Chris Arthur: «Towards a Materialist Theory of Law», *Critique*, Vol 7, nr. 1 1977, s. 31–46 på s. 39.
42. To med samme rolle kan selvsagt også møtes.

system av abstrakte normer. Den rettslige formen uttrykker rettssystemets beskrivelse av en gitt konflikt. Denne beskrivelsen vil aldri være den eneste mulige eller riktige, og teorien om «rettslig form» bidrar til å kaste lys på de underliggende og historiske betingelsene for hvordan retten er som den er, ved å studere hvordan retten konstruerer forholdet mellom rettssubjektene.[43] På denne måten er teorien om rettslig form grunnleggende deskriptiv. Den beskriver nedslaget av grunnleggende fornufts- og verdimessige forutsetninger i rettslig regulering og rettslige kategorier og argumentasjonsmønstre.

Videre er den rettslige formen ikke konstant, men dynamisk, på to måter. Med utgangspunkt i det abstrakte tverrsnittet (eventuelt reduksjonen) av subjektene utledes relasjonene mellom dem, deres handleevner og deres ansvar. Dette resulterer i at subjektene blir dynamiske innenfor en logikk eller rasjonalitet som de kan og forventes å handle innenfor, og som etablerer grunnlaget for og setter rammen for den faglige diskurs om rettens innhold og anvendelse.[44] Dermed blir det mulig å foreslå normer eller tolkninger av normer som gjelder for dem, og 'forutse' konsekvensene av dette. Samtidig er den rettslige formen dynamisk i den forstand at konstruksjonen av den er betinget, avledet fra konkret praktisk virksomhet som foregår innenfor historiske og sosiale rammer.[45] Dette innebærer at den rettslige formen må analyseres konkret i juridiske dokumenter med blikk til den sosiale og historiske konteksten, og at formen kan endres. Som denne artikkelen viser, konstrueres for eksempel de offentlige organene i drøftelsen av § 26 på ensidig vis som markedsaktører, og borgeren som kunde. Konstruksjonen kan så tilbakeføres til de historiske omstendighetene redegjort for innledningsvis, men dette er utenfor

43. I denne teksten betoner jeg det konstruerte, men et annet sentralt aspekt av rettslig formteori er å forklare konstruksjonens fremvekst og dens så å si «virkelige» historiske grunnlag. Konstruksjonen er dermed ikke vilkårlig, men ensidig, se også note 45.
44. Det er ikke tilstrekkelig å peke på forvaltningens lovbundethet. For det første fordi borgeren også må konstrueres, og hen er ikke gitt et positivt handlingsrom på samme måte som forvaltningen, men også fordi forvaltningens handlinger ikke er fullt ut rettslig bundet. Som Tormod Otter Johansen, *Forvaltning som verksamhet: Bidrag till offentligrättens allmenna läror*, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, doktoravhandling 2020, s. 18–19, fremhever, er forvaltningens skjønn motsatsen til borgerens frihet.
45. I denne artikkelen tar jeg ikke sikte på å gi noen overordnet forklaring av utvalgets konstruksjon. For å konkretisere noe mer hva som menes med praktisk virksomhet, se Johansen 2020, s. 93, om at forvaltningen «är inget som tillämpas på världen utifrån dess ideala innehåll, det är en levd praktik som alle människor, men främst tjänstpersonerna som vi identifierar som statens, upprätthåller och realiserar», og at relasjonen mellom rett qua norm og qua praksis derfor må studeres som en dialektisk prosess. Det begrepet om rettslig form bidrar med, er å gi denne dialektikken et fastere innhold ved ikke å se normenes innhold som avledet fra den praksis som foregår, men deres form, sml. motsatt Johansens diskusjon av Loughlin på s. 81. Resultatet kan ses på samme vis som «att bedriva en immanent kritik av den rättsliga diskursen» (s. 107).

rammene for denne artikkelen. Dermed vil siktemålet med artikkelen være å kritisere selve forslaget, men også konstruksjonen det rettferdiggjøres av.

6 Konstruksjonen av det offentligrettslige organ i Backer-utvalgets omtale av § 26

En utfordring med utvalgets forslag er at de på én og samme tid gjør statlige organers adgang til å delegere selve avgjørelsen til private mer restriktiv, samtidig som de foreslår lovfestet den mest liberale oppfatning av adgangen til å delegere saksforberedende skritt til private. Denne kombinasjonen vil nok lett gjøre sistnevnte desto mer aktuell, og dermed også de rettslige spørsmål som følger med. Problemet som utvalget tar opp, er delegering av saksforberedende skritt. Spørsmålet som dermed oppstår, er ikke bare *om* deres forslag er utilstrekkelige, hvilket jeg mener at de er (jf. ovenfor), men også *hvorfor* de er utilstrekkelige. Hva er det med utvalgets håndtering av dette problemkomplekset som resulterer i en så mangelfull behandling av det?

Det bærende resonnementet i utvalgets drøftelse er at delegering av saksforberedelse først og fremst er et praktisk spørsmål om effektiv ressursbruk. Dette resonnementet tar utgangspunkt i begrepene *fagkompetanse* og *kapasitet*. Det nevnes først at bruk av private kan «dekke behov for fagkompetanse som forvaltningsorganet ikke har», eller det kan «påskynde saksbehandlingen når forvaltningsorganet ikke har kapasitet til å behandle sakene selv». Det fremheves hvordan det kan være «upraktisk og ressurskrevende å måtte ha all relevant kompetanse tilgjengelig», særlig der det foreligger et «midlertidig behov for å hente inn bistand utenfra» som følge av omorganiseringer e.l., eller der det oppstår en «syklisk eller plutselig økning i saksmengde».[46]

Argumentet er dermed enkelt nok at fordi forvaltningsorganet til ulike tider kan behøve ulik kompetanse og ulik kapasitet, kan det være mer hensiktsmessig å hente inn andre utenfra enn å ansette. Utvalget refererer ikke til konkret empiri som kan si noe om hva som vil være hensiktsmessig bruk av ressurser eller lignende. Med andre ord: De diskuterer ikke konkrete empiriske forvaltningsorganer, men forutsetter en bestemt virkelighetsforståelse der eksisterende organisasjonsmodeller, fordeling av ansvar og kompetanse tas for gitt.[47] Med dette utgangspunktet kon-

46. NOU 2019: 5 s. 220.

47. Som bl.a. Sandberg 2004 i punkt 4.3.2 avsnitt 2 fremhever, ser man imidlertid at konsulenter i barnevernet ofte har den samme kompetansen som barnevernsansatte, men ikke følger med på faglig debatt og ikke kjenner lokale forhold.

strueres en abstrakt versjon av det offentlige organ.[48] Dette organet gis så handleevner, ansvar og relasjoner til andre rettslige subjekter, eventuelt, det gis en indre logikk som det forventes å etterleve. Dette danner grunnlaget for det offentlige organ» som en egen juridisk rolleinnehaver, som utvalget foreslår en norm for å regulere. I andre deler av utkastet er det andre forståelser av denne rollen som trer frem, men disse er i mindre grad til stede i behandlingen av § 26.[49]

Det sentrale for utvalget er at det til enhver tid eksisterer to kvantiteter i et forvaltningsorgan: fagkompetanse og kapasitet. Disse to 'ressursene' er langt på vei organets 'kapital' og kan øke og minke over tid. Motsatsen er den etterspørsel som eksisterer etter forvaltningens tjenester.[50] På denne måten reduseres forvaltningsorganet til to ressurser, mens deres oppgaver reduseres til en (prinsipielt) kvantifiserbar størrelse (antall enheter) som kan møte en etterspørsel på en mer eller mindre optimal måte.[51] Dette gjør forvaltningsorganet analogt til en bedrift i et marked: De har visse ressurser tilgjengelig som skal møte en etterspørsel på et marked. Ressursene er her fagkompetanse og kapasitet, mens etterspørselen utgjøres av for eksempel saksmengde eller behov for en viss kompetanse i utøvelsen av statens oppgaver.

Den hypotetiske konflikten som utvalget tar sikte på å løse, er dermed redusert til noe ganske annet enn problemkomplekset i sin helhet. Problemet er selvsagt dette: Forvaltningsorganer er ikke bedrifter som skal maksimere sin profitt (eller output) ved å tilby de ressurser de besitter, i korrespondanse med en etterspørsel på et marked. Myndighetsutøvelse som (i alle fall) sluttpunktet for den formelle saksbehandlingen kan ikke reduseres til et spørsmål om tilbud og etterspørsel. Det

48. Utvalget diskuterer selv mange «verdier, forventninger og formål» som et forvaltningsorgan skal ivareta, på s. 138 f., men her spennes feltet opp så bredt at det ikke er mulig å trekke noen slutninger, og spesifikke «verdier» får dominere ulike segmenter av utvalgets forslag.
49. Se note 48.
50. Denne logikken er den som bl.a. legges til grunn i ulike rapporter fra den perioden der mål- og resultatsstyring ble innført i norsk forvaltning (da under navnet virksomhetsplanlegging), se f.eks. Statskonsult, *Veiledning i virksomhetsplanlegging*, Oslo 1988, s. 29–31, og senere i SSØ, *Veileder, resultatmåling, Mål- og resultatsstyring i staten*, 2006, s. 19 og 23 f. Denne tilnærmingen er selvsagt bare retningsgivende, og den inneholder flere nyanser enn utvalgets versjon, og nettopp derfor er det problematisk at utvalget adopterer den, se nærmere i konklusjonen nedenfor. En god del mer ensidig er imidlertid måten spørsmålene fremstilles på i NOU 2020: 13 *Private aktører i velferdsstaten*, som baserer seg på en prinsipal-agent-modell, der relasjonen mellom delegerende organ og tildelegert organ blir en nærmest ren kontraktuell relasjon (s. 61 f.). Videre forstår de kravene til rettssikkerhet som bare ett hensyn blant flere, slik at «rettssikkerhet kan tenkes å koste noe i form av mindre effektivitet» (s. 58).
51. Tydeligst kommer dette synet på sektor til uttrykk i de årlige effektivitetsanalysene som regjeringen produserer for kommunene, se SØF, *SØF-rapport: Effektivitet i kommunale tjenester*, 2020, s. 4 f., for beskrivelse av DEA-analysemetoden.

offentlige definerer selv sine ambisjoner og standardkrav til ulike typer tjenester ved lov eller politiske beslutninger. Målestokken for effektivitet er hverken markedstilpasning eller kostnadsminimering, men oppfyllelse av de mål man har satt seg og forpliktet seg på.[52] Uansett vil forvaltningen selv definere hva som er dens eget 'marked': For eksempel vil antagelig samtlige kommuners velferdstjenester kunne sette seg større og mer ambisiøse mål. Dersom organet satte seg som mål å forbedre tjenestetilbudet, ville det for eksempel 'økt' etterspørselen etter kompetanse og kapasitet. Og dette er bare en av de mange konfliktene som bruk av konsulenttjenester utløser. Når utvalget usynliggjør disse konfliktene, forsvinner også alle de normative problemene man reelt sett kunne og burde diskutert. Innenfor slike rammer legitimeres utvalgets forslag, og fremstår som en selvsagt løsning.

Derfor blir neste spørsmål hvilke andre rettslige relasjoner utvalget – i hovedsak – ser vekk fra. Det første er relasjonen til overordnede. Denne relasjonen er en innvending mot argumentene ovenfor: Det er ikke organet selv som fastsetter sine måltall, sine ambisjoner, sine minimums- og maksimumsnivå på ytelser i lovverket, og så videre. Dette stemmer selvsagt, men noe motargument er det ikke, da det bare forflytter reduksjonismen ett (eller to, eller tre, osv.) ledd oppover i forvaltningshierarkiet. Det underordnede forvaltningsorganets tilgjengelige ressurser bestemmes av det overordnede forvaltningsorgan, slik at den rette adressat for et problem om manglende kompetanse eller kapasitet, avhengig av situasjonen, kan være et overordnet organ, med Stortinget eller kommunestyret i siste instans. Men problemet er nettopp at utvalget ser vekk fra denne relasjonen. Dermed forsvinner det ansvar et overordnet organ har for å sette underordnede organer i stand til å gjennomføre sine oppgaver. Ved å løfte opp denne konflikten måtte man for eksempel diskutert hvem som har ansvaret for at det er tilstrekkelig ressurser til rådighet for at virksomheten skal kunne nå de fastsatte mål, eventuelt hvem som skal forandre målene slik at ressursene korresponderer med styringssignalene. Alternativet er en ansvarspulverisering der det overordnede organ kan peke til det underordnedes ansvar for å effektivisere, og det underordnede på de manglende ressursene.[53]

52. Mer generelt om forholdet mellom budsjetter og mål i Camilla Bernt og Jan Fridthjof Bernt, *God forvaltningsskikk*, Gyldendal 2018, s. 68–69 og 218 f. Se også Boes forslag om å analogisere fra erstatningsretten et begrep om forvaltningsorganets «samfunnsansvar»: Erik Magnus Boe, «Utviklingslinjer i forvaltningsretten», *Lov og Rett* 1989, s. 51–72, på s. 57.

53. Tilsvarende Bernts kritikk av hvordan kommunalt selvstyre benyttes som skinnargument for å avstå fra å utstede retningslinjer om satser til sosialhjelp, se Jan Fridthjof Bernt: «Kan kommunalt selvstyre og rettssikkerhet forenes?» *Lov og Rett* 1994, s. 67–92, på s. 88.

Deretter kommer forholdet til borgeren, som gis liten plass av utvalget i denne sammenheng. Langt på vei blir borgeren heller en forbruker enn en borger med rettigheter. Etter mitt syn er det tydeligste eksempelet på hvordan man ser vekk fra borgeren (og dermed dens rettssikkerhet), nettopp at man ikke anser det som viktig å fremheve alle de normene som i realiteten påvirker delegeringen av saksforberedende oppgaver, og unnlater å diskutere dem nærmere, som gjennomgått ovenfor. Videre har utvalget problematiske enkeltuttalelser, som når de omtaler tilfellet der en privat på oppdrag for det offentlige bruker samtykke som grunnlag for å la private stå for saksforberedelsen ved myndighetsutøvelse.[54] Dette mener utvalget «neppe» kan være noe problem. Slik forsvinner maktasymmetrien mellom forvaltning, representert ved et privat rettssubjekt, og borger. Der oppdraget til det offentlige reelt sett forutsetter hjemmel, er det gode grunner til å se det slik at andre behøver delegert kompetanse for å gjennomføre oppdraget.[55]

Et særlig iøynefallende eksempel på at borgeren 'forsvinner', er imidlertid at utvalget fremhever at der en konsulents vurdering blir lagt til grunn «uten reell overprøving» fordi man «savner faglige forutsetninger eller kapasitet for å gjøre det», blir det «reelle vedtaket i saken truffet av den private».[56] Dette er en korrekt observasjon, men samtidig nettopp kjernen i problemet med utvalgets tilnærming. Som Abkenar fremhever, vil de fleste overlatelser av saksbehandlingsskritt til andre påvirke vedtaksmyndighetens mulighet til å foreta en selvstendig vurdering.[57]

Problemet her burde være åpenlyst: Hovedbegrunnelsen for å *tillate* at andre skal stå for saksforberedelse, er nettopp at organet mangler «faglige forutsetninger eller kapasitet». Dersom et forvaltningsorgan mangler kapasitet og kompetanse, hvordan skal det da for eksempel kunne vurdere hvorvidt en sak er 'rutinemessig' nok til at de kan stole på en konsulents forslag til vedtak? Eller gjøre en «selvstendig» vurdering før vedtak treffes, slik det heter i utkastets § 26, uten at dette ender

54. NOU 2019: 5 s. 219.

55. Se ovenfor i note 25. Dette kan ses analogisk til de tilfeller der prosessledende avgjørelser er å anse som enkeltvedtak. På samme vis, dersom et (uegentlig) delegeringsvedtak reelt sett forutsetter myndighet, bør det betraktes som et vanlig delegeringsvedtak. Om førstnevnte, se Marius Stub, «Kan avgjørelser om undersøkelser og beslag i tilsynsøyemed være enkeltvedtak?», *TfR* 2008, s. 35–74, som uttrykker at ved vurderingen av om saker skal behandles på en særlig betryggende måte, må dette bero på en «avveining av hensynet til den enkeltes rettssikkerhet mot hensynet til forvaltningens måloppnåelse» (s. 51), og tilsvarende Rt. 2011 s. 1433 avsnitt 42.

56. NOU 2019: 5 s. 220.

57. Abkenar 2017, s. 114 f., særlig s. 116, som på bakgrunn av rettskildene i dansk rett antar at det vil være ulovlig delegasjon dersom den private bestemmer hvilke saksopplysningsskritt som skal foretas, fordi dette innebærer i realiteten at den private bestemmer hva som er vesentlig for sakens opplysning.

opp med ren sandpåstrøing? Utvalget sier dermed at de tilfeller der det er nødvendig og legitimt å benytte private konsulenter, samtidig er de tilfeller der nettopp dette er mest problematisk. Denne selvmotsigelsen er det tydeligste eksempelet på utvalgets ensidige forståelse av problemkomplekset.

Det abstrakte juridiske subjektet som utvalget utformer sitt forslag til lovregulering på bakgrunn av, er basert på en problematisk reduksjon. Delvis er et slikt grep nødvendig, i utvalgets tilnærming som ellers i jussen. Her er det imidlertid klart at det ville vært svært ønskelig med en fyldigere forståelse av de rettslige subjektene, og en mer omfattende problematisering av de politisk viktige konfliktene mellom dem.

7 Konklusjon

Jeg har ikke her gitt noe forslag til nærmere regulering av når og hvordan saksforberedelse kan overlates til private, eller andre offentlige organer. Dette kan skje i form av normer som utfyller kravet i utkastets § 26 om at det forvaltningsorgan som har ansvaret for det materielle vedtaket, skal «vurdere saken selvstendig før vedtak treffes». I dansk rett har Azad Taheri Abkenar, på bakgrunn av praksis fra den danske ombudsmannen, utformet flere kriterier, som utvalget også omtaler.[58] Den norske sivilombudsmannen vil på samme måte kunne gi viktige bidrag til dette i en norsk sammenheng.

I mellomtiden bør lovgiver bli gjort oppmerksom på at å vedta utkastets § 26 potensielt kan endre gjeldende rett og forvaltningspraksis i favør av en mer liberal adgang til bruk av konsulenter i offentlig virksomhet, uten mulighet til effektiv kontroll med det som skjer under saksforberedelsen og de premisser for avgjørelsen som utformes der. Dette bør ikke gjøres uten samtidig å si mer om grensene for hvordan en slik adgang kan benyttes, ved at det gjøres tydelig at det er klare grenser for hva et forvaltningsorgan kan utparsellere av ansvar for saksforberedelsen, spesielt dersom de hverken har eller har tenkt å bygge opp kompetanse til å foreta en forsvarlig selvstendig vurdering av det som da skjer på dette trinnet i saken.

Dersom man ønsker ytterligere inspirasjon til alternative løsninger, kan man peke tilbake på Modalsli-utvalgets forslag til regulering: De foreslo at der eksterne kommer inn i saksbehandlingen, skal den eller de anses som en del av et kollegium.[59] På bakgrunn av en slik kollegial beslutningsprosess kan man skape pro-

58. NOU 2019: 5 s. 219.
59. Se Modalsli-utvalget, *Innstilling om den sentrale forvaltnings organisasjon*, Engers boktrykkeri, 1970, s. 81–82.

sessuelle regler og kompetansefordeling som sikrer at vedtaket forankres i en klar beslutningsstruktur, og at alle som har bidratt til det, er kjent med de ulike sidene av saken.

Det bredere, teoretiske poenget i denne artikkelen er imidlertid å problematisere utvalgets konstruksjon av den rettslige formen til konflikten som § 26 tar sikte på å løse, herunder deres begrep om hva et forvaltningsorgan er. Utvalgets forståelse av hva et forvaltningsorgan i denne sammenhengen er, tas ikke ut av luften, men er et begrep som vokser frem fra utviklingstrekk i forvaltningspolitikken. Utvalgets versjon av offentlige organer avspeiler bare *én side* av hvordan offentlige virksomheter styres og drives. Men denne styringsformen er ikke altomfattende, og det er den heller ikke ment å være. Tvert om er retten som *styringsdialogens ramme* et sentralt premiss for denne formen for styring.[60] Som Sandberg skriver, er det derfor et «tankekors at det finnes klare regler og forslag om sterke virkemidler der det er hensynet til den frie konkurranse og til andre konsulenter som står på spill», men ikke de forvaltningsrettslige spørsmålene.[61] For mens bruk av konsulenter er et ressursspørsmål, er det også et spørsmål om rettssikkerhet og ansvars- og maktfordeling.

60. Som bemerket av Hans Petter Graver, «Det offentlige i markedet og i media», *NAT* 2011 nr. 5, s. 29–48, på s. 34, er det ofte slik at den rettslige styringen og styringsdialogen for øvrig skjer uavhengig av hverandre. Enda verre er det dersom man lar den rettslige styringen bli underordnet.
61. Sandberg 2004, s. 99.