

Statlig, men uavhengig?

Myndighetsutøvelse gjennom forvaltningsvedtak

Notat 2010:1
ISSN 1892-1728

Forord

Difi gjennomfører hvert år et antall områdegjennomganger. Dette er egeninitierte prosjekter som tar opp problemstillinger som er gjennomgående for store deler av forvaltningen. I 2010 besluttet Difi etter samråd med Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet og Justisdepartementet å begynne en gjennomgang av uavhengig myndighetsutøvelse. Tanken er å kartlegge avstanden mellom på den ene siden den normative hovedmodellen for myndighetsutøvelse gjennom enkeltvedtak (den ubrutte styringskjeden fra statsråd til førsteinstans) og art og omfang av forvaltningsorganers uavhengighet på den andre siden.

Dette notatet oppsummerer funn fra første del av gjennomgangen. Prosjektets neste fase vil bestå i å bearbeide funnene og å identifisere forvaltningspolitiske og forvaltningsrettslige implikasjoner av funnene samt å foreslå tiltak.

Prosjektet bistås av en referansegruppe som består av sivilombudsmann Arne Fliflet, professor Eivind Smith, Institutt for offentlig rett, Universitetet i Oslo, direktør Terje Sjeggstad, Utlendingsnemnda, seniorrådgiver Carlo Thomsen, Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet, lovrådgiver Arnulf Tverberg, Justisdepartementet, og fylkesnemndsleder Sunniva C. Bragdø-Ellenes.

Notatet er ført i pennen av seniorrådgiver Svein Eriksen med bistand fra seniorrådgiverne Annemor Kalleberg og Dag Solumsmoen, samt stud. jur. Vera Vikki.

Oslo 19. november 2010



Eivor Bremer Nebben
Avdelingsdirektør

Innhold

Sammendrag	1
1 Innledning	3
1.1 Tema og formål	3
1.2 Datagrunnlaget	6
2 Den normative hovedmodellen for myndighetsutøvelse	7
3 Faktisk organisering av myndighetsutøvelsen.....	10
3.1 Ulike typer uavhengighet.....	10
3.2 Formell uavhengighet (utenom rene klagenemnder)	10
3.3 Uformell uavhengighet	13
3.3.1 Kollegiale organer (utenom rene klagenemnder)	13
3.3.2 Særlig tilbakeholdenhet.....	14
3.4 Klagenemnder.....	15
3.5 Internasjonalisering av myndighetsutøvelsen	16
3.6 Den normative hovedmodellen under press?	18
4 Avstand mellom norm og faktisk organisering - Spiller det noen rolle?	21
4.1 Uklare ansvarsforhold i enkeltvirksomheter	21
4.2 Gjennomgående mangel på klarhet og konsistens.....	21
4.3 Tvil om legitimitetsfremmende mekanismer.....	23
Vedlegg 1	26
Den norske modellen i internasjonal sammenheng	26
Vedlegg 2	28
Spørsmålsliste statlig myndighetsutøvelse.....	28

Sammendrag

På mange forvaltningsområder har regelverket de siste tiårene blitt mer omfattende, komplekst og inngripende. Denne utviklingen bidrar til å gjøre borgerne mer avhengige av forvaltningsvedtak. En forvaltningspolitikk som setter borgeren i sentrum må derfor være opptatt av borgerens rettsstilling overfor offentlige myndigheter og av måten forvaltningsvedtak treffes og overprøves på.

Prinsippene for og organiseringen av forvaltningens myndighetsutøvelse i enkelttilfelle har ikke blitt gjennomgått på generelt grunnlag siden forvaltningsloven ble forberedt på 1950- og – 60-tallet. I den etterfølgende perioden har det trolig blitt en økende avstand mellom den normative hovedmodellen for myndighetsutøvelse i enkelttilfeller og forvaltningens faktiske organisering. Mens hovedmodellen postulerer adgang til direkte styring og kontroll fra departement eller regjering, har den faktiske forvaltningsutviklingen medført at stadig flere organer har fått en uavhengig stilling overfor den politiske ledelsen.

Vi kartlegger og drøfter fire sentrale utviklingstrekk:

- opprettelse av organer som helt eller delvis er unntatt politisk instruksjon: dvs. fremvekst av *formell uavhengighet*;
- delegasjon av myndighet til underliggende organer med en mer eller mindre klart uttrykt forutsetning om at instruksjons- og omgjøringsadgangen ikke skal benyttes: dvs. fremvekst av *uformell uavhengighet*;
- opprettelse av uavhengige klagenemnder;
- internasjonalisering av myndighetsutøvelsen.

Mens Stortinget i 1977 ga uttrykk for at Kongens og departementenes instruksjonsmyndighet i forvaltningshierarkiet skal bevares eller skjerpes, har utviklingen siden den gang i stor grad gått i motsatt retning.

Våre funn, som er basert på opplysninger fra departementene, tyder på at mellom en tredjedel og en fjerdedel av alle organer som treffer enkeltvedtak, er gitt formell uavhengighet fra overordnet departement. Ytterligere en fjerdedel av forvaltningsorganer som treffer enkeltvedtak, er gitt uformell uavhengighet, slik det her er definert. På klageområdet er det uavhengig nemnd, ikke forvaltningslovens hovedmodell med klagebehandling i overordnet instans, som nå i praksis er hovedregelen.

I tillegg legger overnasjonale organer, i første rekke EU/EØS, begrensninger på den politiske ledelsens styrings- og inngrepsmuligheter.

Difis kartlegging i departementene viser for øvrig som et relativt gjennomgående trekk at underliggende organers uavhengighet ikke er klart regelfestet. I enkelte tilfeller gjelder dette også der departementene oppgir at organene har formell uavhengighet. Snarere er uavhengighet ofte underforstått og antas å følge av opprettelsen av organet, av organets natur, eller av at klager

over organets vedtak går til uavhengig nemnd. Etter Difis oppfatning kan det i flere tilfelle være spørsmål om det er tilstrekkelig rettslig hjemmel for den formelle uavhengigheten som departementene anfører.

Ikke bare den faktiske organiseringen, men også *begrunnelsen* for uavhengighet skaper avstand til hovedmodellen. For klagenemndene er det særlig hensynet til rettssikkerhet og behovet for å avlaste departementene som brukes for å begrunne uavhengighet. Dette kan oppfattes som et alternativ til hovedmodellen når det gjelder å legitimere myndighetsutøvelse i enkelttilfeller.

I siste instans trenger imidlertid ikke de to typene legitimering å oppfattes som motsetninger. Det kan være demokratisk legitimt å overlate den løpende myndighetsutøvelsen til mer uavhengige organer, så lenge politisk styring kan ivaretas gjennom utforming av regelverk, der man om nødvendig kan gjeninnføre instruksjonsadgang.

Hvilke konsekvenser kan følge av en økende avstand mellom hovedmodell og forvaltningens organisering? Vi ser på tre typer potensielt alvorlige konsekvenser:

- a) Tendensen til implisitte begrunnelser for uavhengighet kan ha medført uklare ansvarsforhold på enkeltområder.
- b) Tendensen til *ad hoc*-tilnærming kan ha ført til en gjennomgående mangel på klarhet og konsistens i forvaltningsretten. Alle de ”skreddersydde” løsningene kan skape tvil om hvilke grunnregler som egentlig gjelder.
- c) Fremvekst av uavhengige organer er ikke systematisk fulgt opp med supplerende mekanismer for å legitimere myndighetsutøvelse i enkelttilfeller. Slike mekanismer kan for eksempel være økte krav til offentlig innsyn, skjerpede krav til forsvarlig saksbehandling, samt ansvarliggjøring av embets- og tjenestemenn.

Disse problemstillingene vil også bli utdypet i neste fase av prosjektet.

1 Innledning

1.1 Tema og formål

At statlige virksomheter gis autonomi i forhold til den politiske ledelsen, er en klar trend ikke bare i Norge, men i hele OECD-området. Trenden omfatter ordinære forvaltningsorganer – som er vårt tema - men den har kanskje vært tydeligst innenfor forretningsdrivende og tjenesteytende virksomhet.

I den forvaltningspolitiske debatten de siste tiårene er det den offentlige tjenesteproduksjonen og forretningsvirksomheten som har vært i sentrum for interessen. Å skape markeder eller kvasimarkeder har vært et viktig mål, kanskje *det* viktigste målet. Satt på spissen: Det som skal ut av staten – forretningsvirksomheten og tjenesteproduksjonen – har påkalt større interesse enn det som skal bli igjen i staten – myndighetsutøvelsen.

Fordelingen av forvaltningspolitisk oppmerksomhet gjenspeiler endringer i statens oppgaveportefølje. Sett i et femtiårs perspektiv utgjør tjenesteproduksjon og forretningsdrift en stadig større andel, og myndighetsutøvelse en stadig mindre andel av det offentliges ansvarsområde. Mange av de førstnevnte oppgavene ligner på den virksomheten som drives av det private næringslivet, et næringsliv som i stor grad har kommet til å stå som et forbilde for staten. Bedriftenes antatte handlekraft og fleksibilitet stilles i kontrast til forvaltningens påståtte konservatisme og manglende evne til fornyelse.

Kanskje har myndighetenes opptatthet av næringsvirksomhet og tjenesteproduksjon vært for ensidig, og kanskje har staten har gått for langt i å overta næringslivets *management*-ideal. Kampen mot byråkrati har skjult det faktum at byråkrati også kan være et gode. Rettsstaten er en byråkratisk stat, og byråkratiet kan være en sikkerhet mot overilte beslutninger.

Myndighetsutøvelse er ikke bare en statlig *kjerneoppgave*. Det er en statlig *monopoloppgave*, og er den funksjonen som begrunner at vi i det hele tatt har en stat. Etter at tjenesteyting og forretningsdrift de siste tiårene i stor grad er lagt til egne rettssubjekter eller kommuner og fylkeskommuner, er myndighetsutøvelse en av de mest sentrale oppgavene til organer i "kjernestaten".

På mange forvaltningsområder har regelverket de siste tiårene blitt mer omfattende, komplekst og inngripende. Denne utviklingen har dermed ført til at borgerne i større grad enn tidligere er avhengig av forvaltningsvedtak. En forvaltningspolitikk som setter borgeren i sentrum, må derfor være opptatt av hans/hennes rettsstilling overfor offentlige myndigheter og av måten forvaltningsvedtak treffes og overprøves på.

Reguleringen og organiseringen av myndighetsutøvelsen angår viktige forvaltningsverdier og forholdet mellom dem: demokrati, rettssikkerhet, faglig

integritet og effektivitet.¹ Selv om disse verdiene ideelt sett kan utfylle og forsterke hverandre, vil de i praksis ofte dra i ulike retninger. Avveiningen mellom faglig frihet og sterk politisk styring innebærer at flere dilemmaer og motstridende hensyn må håndteres, ikke minst forholdet mellom rettsikkerhet og demokrati og mellom ekspertkunnskap og politisk skjønn.

Forholdet mellom forvaltningsverdiene og måten de kommer til uttrykk og ivaretas på, kan ikke bestemmes en gang for alle. Dynamikken i forvaltningens omgivelser – i sosiale, økonomiske og politiske prosesser – skaper et kontinuerlig endringspress. Utfordringen for forvaltningen er – slik regjeringen beskriver det i den siste storingsmeldingen om forvaltningspolitikken – å *”utvikle seg, fornye seg og ta opp i seg nye samfunnsutfordringer i samsvar med dei grunnleggjande verdiane”*.²

Prinsippene for og organiseringen av forvaltningens myndighetsutøvelse i enkelttilfelle har ikke blitt gjennomgått på generelt grunnlag siden forvaltningsloven ble forberedt på 1950- og – 60-tallet, selv om deler av saksfeltet har blitt utredet med sikte på reformer.

I den etterfølgende perioden har det blitt en økende avstand mellom den normative hovedmodellen for myndighetsutøvelse og forvaltningens faktiske organisering. Mens hovedmodellen postulerer adgang til direkte styring og kontroll gjennom forvaltningshierarkiet, har den faktiske forvaltningspolitikken i stor grad gått i motsatt retning. Flere organer har fått en uavhengig stilling i forhold til den politiske ledelsen, og det er opprettet en rekke klagenemnder utenom myndighetshierarkiet.

Spenningen mellom normativ hovedmodell og faktisk organisering er trolig et uttrykk for at modellen ikke er godt nok tilpasset dagens forvaltningspolitiske virkelighet. Hovedmodellens forestilling om at det er sentral styring og kontroll som legitimerer myndighetsutøvelse i enkelttilfeller, er neppe lenger realiserbar som en generell og gjennomgående norm. Forestillingen bryter med en linje i forvaltningspolitikken de siste tiårene om at den politiske ledelsen skal styre i stort og ikke i smått, og modellen kommer på en del områder i konflikt med en oppfatning om at det er uavhengighet av – og ikke adgang til direkte politisk inngripen som gir forvaltningsvedtak legitimitet.

Utviklingen i retning av større uavhengighet for forvaltningsorganer har skjedd gjennom en rekke *ad hoc* vedtak. At disse vedtakene ofte legger stor vekt på særlig hensyn innenfor hver enkelt forvaltningssektor, gir grunn til å reise spørsmål om kvaliteten på det alternative systemet som er vokst frem. Er det i det hele tatt et system, eller er det snarere et uoversiktlig konglomerat av enkeltordninger? Hvor godt varetar disse ordningene hver for seg og samlet hensynet til forvaltningspolitiske prinsipper? Og: hvor viktig er hensynet til prinsipper og gjennomgående løsninger i forhold til ønsket om sektor- og etatsvise tilpasninger?

¹ Se bl a. St.meld. nr 19 (2008-2009), kap. 3

² *Ibid.*, s.30

Fagmiljøer har etterlyst en samlet kartlegging og vurdering av utviklingen. Statskonsult fremhevet i en drøfting av forvaltningsorganers uavhengighet i 2004 at det var behov for å revurdere prinsipielle aspekter ved statens myndighetsutøvelse i enkelttilfelle.³ Domstolskommisjonen hevdet at et vesentlig aspekt ved myndighetsutøvelsen, bruken av domstolsliknende forvaltningsorganer, det vil vel i hovedsak si klagenemndene, ”framstår [...] som uryddig og uoversiktlig” og anbefalte at det ble foretatt en analyse av deres omfang og betydning.⁴ Statskonsult utga i 2003 en undersøkelse av klageordningene i staten, med særlig vekt på klagenemndene og konkluderer med at klagesystemet er modent for en prinsipiell reform.⁵ Sivilombudsmannen har uttalt seg på lignende måte.⁶

Difi mener at tiden er inne til å ta spørsmål som her er omtalt, opp til grundig vurdering. Temaet for denne rapporten er statlig myndighetsutøvelse, nærmere bestemt myndighetsutøvelse i enkelttilfeller: påbud, tillatelser m.v. Vi ser på behandlingen av saker både i første og annen instans og konsentrerer oss om ett aspekt ved myndighetsutøvelsen: i hvilken grad myndighetsutøvende organer kan handle uavhengig av den politiske ledelsen.

Et forvaltningsorgans uavhengighet er bestemt av en lang rekke forhold. Det kan derfor sondres mellom ulike typer autonomi, bl.a.

- beslutningsautonomi (bestemt av bl.a. regler om plassering av beslutningsmyndighet)
- strukturell autonomi (bestemt bl.a. av organets plassering innenfor eller utenfor et departement)
- finansiell autonomi (bestemt bl.a. av om organet finansieres av bevilgninger over statsbudsjettet eller har egne inntekter)

I denne undersøkelsen er vi i første rekke opptatt av forvaltningsorganers beslutningsautonomi, dvs. om regler og forvaltningspraksis gjør det mulig eller tenkelig at den politiske ledelsen griper inn i organenes beslutninger. Vi ser på tre muligheter for inngripen: ledelsens anledning til

- å gi instruksjoner om forvaltningens avgjørelser *ex ante*;
- å oppheve/omgjøre forvaltningens avgjørelser av eget tiltak *ex post*;
- ved å oppheve/omgjøre forvaltningens avgjørelser etter klage.

Formålet med områdejennomgangen er todelt:

- a) å beskrive avstanden mellom normativ hovedmodell og faktisk organisering;
- b) å drøfte mulige forvaltningspolitiske og forvaltningsrettslige konsekvenser av denne avstanden.

³ Statskonsult rapport 2004 *Forvaltningsorganers uavhengighet*

⁴ NOU 1999:19 *Domstolene i samfunnet*, s. 375.

⁵ Statskonsult rapport 2003:19 *Klager over alt*

⁶ Se <http://www.pd.no/Innenriks/article1164285.ece>

Gjennomgangen foretas i flere etapper. I første fase som dokumenteres i det foreliggende notatet, er vi opptatt av formål a): å antyde omfang og andre sentrale kjennetegn ved avstanden mellom normativ hovedmodell og faktisk organisering. Vi er særlig opptatt av i hvilken grad de tre mulighetene for inngripen som følger av hovedmodellen, er underlagt formelle eller uformelle begrensninger.

1.2 Datagrunnlaget

Data til dette notatet er i det alt vesentlige innhentet ved hjelp av en liste med spørsmål som ble sendt til departementene i juni 2010 (se vedlegg 2). Difi har mottatt svar fra samtlige departementer. Noen av svarene kan tyde på at departementene ikke har tolket alle spørsmålene likt. Alle svar har heller ikke den samme nøyaktighets- og detaljeringsgrad. I noen tilfelle virker svarene innbyrdes motstridende. F.eks. forekommer det at et departement i tilknytning til ett av Difis spørsmål sier at et organ er formelt uavhengig, samtidig som departementet i forbindelse med et annet spørsmål gir inntrykk av at det samme organet *ikke* har slik uavhengighet. Disse og andre kjennetegn ved svarene kan gjøre det vanskelig å sammenligne og sammenstille data. Dette betyr igjen at våre funn foreløpig må tolkes med varsomhet.

Vi mener likevel at svakheter ved dataene ikke i vesentlig grad svekker våre hovedobservasjoner. Notatet bekrefter og ajourfører funn fra tidligere undersøkelser om at fremvekst av formelle og uformelle former for uavhengighet er sentrale trekk i forvaltningsutviklingen.

2 Den normative hovedmodellen for myndighetsutøvelse

Med ”normativ hovedmodell” forstår vi regler og begrunnelser for måten offentlig myndighet i alminnelighet skal utøves på. Reglene vil være av rettslig/konstitusjonell natur, mens begrunnelsene mer vil ha politisk/filosofisk karakter.

Hovedregelen i Norge er at Kongen (det vil si den parlamentarisk ansvarlige regjeringen) og den enkelte statsråd har instruksjonsmyndighet gjennom forvaltningshierarkiet og at statsrådene – innenfor de rammene lovgivningen setter - har et ubegrenset ansvar overfor Stortinget. De relevante grunnlovsbestemmelsene er

- § 3 ”Den udøvende Magt er hos Kongen, eller hos Dronningen [...]”
- § 5 ”Kongens Person er hellig; han kan ikke lastes, eller anklages. Ansvarligheden paaligger hans Raad”
- § 12 ”Kongen fordeler Forretningerne iblandt Statsraadets Medlemmer [...]”
- § 31 ”Alle af Kongen udfærdigede Beslutninger skulle, for at blive gyldige, kontrasigneret”.

Grunnlovens ordning må i følge professor Eivind Smith forstås slik at ”[...] den enkelte minister er satt til å lede det samlede ”ministerium”, d.v.s. de deler av regjeringens samlede ”forretninger” (jfr. Grl. § 12) som han eller hun er tillagt. Unntak fra dette utgangspunktet kan bare tenkes i den grad det er særskilt bestemt. Statsrådets ansvar favner tilsvarende vidt”.⁷ Ansvarer gjelder ikke bare hans eller hennes egen virksomhet, men også virksomheten i den underordnede forvaltningen, direktorater mv.⁸

Den ovennevnte bestemmelsen i Grunnlovens § 3 kan ikke sees som uttrykk for noe kongelig prerogativ; dvs. bestemmelsen forhindrer ikke at Stortinget kan ta et saksområde fra Kongen eller gi Kongen instruksjoner om hvordan myndighet skal utøves på vedkommende område. Med andre ord: Grunnlovens § 3 ”står [...] ikke i veien for at Stortinget som lovgiver legger ”udøvende” makt til organer som ikke er underlagt Kongens (regjeringens) ledelse.”⁹

Spørsmålet om statsrådenes parlamentariske og konstitusjonelle ansvar og Stortingets kontroll med forvaltningen ble aktualisert i kjølvannet av Kings Bay-saken. Ingvaldsen- komiteens innstilling¹⁰ og Stortingets påfølgende behandling av denne gir ”uttrykk for at Kongens og departementenes instruksjonsmyndighet i forvaltningshierarkiet og – følgelig – utgangspunktet om statsrådenes ubegrensede ansvar for Stortinget skal bevares eller

⁷ Eivind Smith, Statsrådenes politiske og konstitusjonelle ansvar for statlige virksomheter med styre, i Eivind Smith *Stat og Rett. Artikler i Utvalg 1980-2001*, Universitetsforlaget, Oslo 2002, s. 504.

⁸ *Ibid.* s. 496

⁹ *Ibid.* s. 495

¹⁰ NOU 1972:38 Stortingets kontroll med forvaltningen m.v.

skjerpes".¹¹ Stortinget uttalte riktig nok at det kan gjøres unntak fra denne regelen, men understreket at unntakene skal begrunnes særskilt og at det er *"særlig viktig at Regjeringen og departementene beholder kontrollmyndighet"*.¹²

Når det gjelder klagesaker, er hovedregelen i forvaltningsloven (§ 28) at klage over et forvaltningsvedtak avgjøres innenfor forvaltningshierarkiet av det forvaltningsorganet som er nærmest overordnet det organet som har truffet det påklagede vedtaket.¹³ Loven åpner imidlertid for at Kongen "for særskilte saksområder" kan fastsette klageregler som avviker fra dette.¹⁴ Klageinstansen eller overordnet myndighet kan av eget tiltak – altså uten at det foreligger klage - omgjøre førsteinstansens vedtak (forvaltningsloven § 35).¹⁵ Det følger av forvaltningslovens § 34 at departementet normalt kan overprøve alle sider ved en sak, også sider som ikke er påklaget eller behandlet av underinstansen.

Ved siden av forvaltningsloven inneholder særlovgivningen en rekke bestemmelser om klage over forvaltningsvedtak. De fleste unntakene fra forvaltningslovens system er hjemlet i særlover og ikke i forvaltningslovens unntaksbestemmelse.

Som fremstillingen ovenfor viser, har den politiske ledelsen i prinsippet mulighet til å gripe inn i forvaltningens saksbehandling på alle de måtene som er nevnt i kapittel 1: ved forhåndsinstruks, ved omgjøring av et allerede fattet vedtak enten av eget tiltak eller etter klage.

Det konstitusjonelle utgangspunktet for den norske normative modellen, Grunnlovens § 3, er en av de opprinnelige bestemmelsene i 1814-Grunnloven.¹⁶ Bestemmelsen gjenspeiler det som på dette tidspunktet var forvaltningsskikken i den dansk-norske enevoldsstaten: Kongens ubegrensede adgang til å gripe inn i forvaltningens avgjørelser. Ved innføringen av parlamentarismen ble Kongens myndighet overført fra monarken personlig til den parlamentarisk ansvarlige regjeringen. Grunnlovens § 3 ble derved en bestemmelse som sikret at forvaltningen kom under folkevalgt kontroll.

Forestillingen om politikken primat, at forvaltningens saksbehandling primært bør kontrolleres av parlamentariske organer og ikke av domstoler – slik tilfelle er i mange land (se vedlegg 1) - har vært fremtredende (men ikke enerådende) både i norsk rettsfilosofi og statsvitenskap. I begge fagdisipliner har det vært en

¹¹ Eivind Smith op. cit. fotnote 7, s. 504

¹² St. forh. 1977 s. 4076

¹³ "Enkelvedtak kan påklages av en part eller annen med rettslig klageinteresse i saken til det forvaltningsorgan (klageinstansen) som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet vedtaket (underinstansen)."

¹⁴ "For særskilte saksområder kan Kongen fastsette klageregler som utfyller eller avviker fra reglene i dette kapittel."

¹⁵ "Dersom hensynet til andre privatpersoner eller offentlige interesser tilsier det, kan klageinstans eller overordnet myndighet omgjøre underordnet organs vedtak til skade for den som vedtaket retter seg mot eller direkte tilgodeser, selv om vilkårene etter første ledd bokstav b eller c ikke foreligger".

¹⁶ Opprinnelig hadde bestemmelsen følgende ordlyd: "Den udøvende Magt er hos Kongen, hvis Tittel er Vi N. N. af Guds Naade og efter Rigets Constitution Norges Konge."

sentral oppfatning at demokrati er identisk med flertallsstyre, og at stor domstolsmakt er en trussel mot demokratiet.¹⁷ Diskusjonen om domstolenes rolle har klare fellestrekk med diskusjonen om uavhengige forvaltningsorganer.

Norske statsvitere hevder at det er det representative demokratiet som gjennom den parlamentariske styringskjeden gir offentlige avgjørelser legitimitet. Dette demokratiidealet preget Maktutredningen (1972-1982) og 20 år senere Makt- og demokratiutredningen (1998-2003). Særlig den siste utredningen gir en nokså negativ vurdering av tilstanden til det norske demokratiet. Begrunnelsen er at den parlamentariske styringskjeden er svekket i alle ledd, bl.a. ved at myndighet er overført til organer og virksomheter som ikke er direkte underlagt parlamentarisk styring og kontroll.¹⁸ Statsvitere har også vært opptatt av at større uavhengighet for forvaltningsorganer kan bety at muligheten for å samordne politikkområder og avveie ulike hensyn svekkes.¹⁹

Ifølge den *rettsrealistiske* skolen, som har hatt stor innflytelse i det juridiske Norge²⁰, er sikre tolkninger av skrevne rettsregler en illusjon. Det er i beste fall usikkert hva reglene sier. Derfor er det mer demokratisk å gi parlamentariske organer det siste ord enn å la fast utnevnte dommere avgjøre saken.²¹

Den rettsrealistiske tradisjonen kan imidlertid også ha bidratt til spenningen mellom norm og praksis i forvaltningens myndighetsutøvelse. Rettsrealistene hevder at lovene ikke kan anvendes for formalistisk. Rettsanvenderen må ha for øye de faktiske konsekvenser som håndhevelsen av loven medfører. Myndighetsutøvelsen skal være pragmatisk og konkret og orientert mot det som fungerer best i det praktiske liv. Beslutningstagerne må derfor innrømmes et vidt skjønn for å finne de løsningene som har de mest ønskelige samfunnsmessige konsekvenser. Rettsrealismens frihet for domstolenes og forvaltningens lovanvendere står derfor i en viss motstrid til oppfatningen av demokrati som flertallsstyre, siden alle domstolsbeslutninger og de aller fleste forvaltningsvedtak treffes av fast ansatte tjenestemenn, uten at det er innhentet instruksjon eller samtykke fra den politiske ledelsen.²²

¹⁷ Eivind Smith, Høyesterett - en trussel mot demokratiet, i Eivind Smith *Stat og Rett. Artikler i Utvalg 1980-2001*, Universitetsforlaget, Oslo 2002, s. 272.

¹⁸ Lederne av Makt- og demokratiutredningen oppsummerer sine funn på denne måten: "The parliamentary chain of government is weakened in every link; parties and elections are less mobilizing; minority governments imply that the connection between election results and policy formation is broken; and elected assemblies have been suffering a notable loss of domain." Øyvind Østerud og Per Selle, "Power and democracy in Norway: The transformation of Norwegian politics", *Scandinavian Political Studies* 1(29), ss. 25-46.

¹⁹ Se bl.a. Tom Christensen og Per Lægreid, "Governmental autonomization and control – the Norwegian way". 2003, upublisert manus, og samme forfattere,, "Autonomization and policy capacity – the dilemmas and challenges facing political executives", 2003, upublisert manus.

²⁰ Eivind Smith *op.cit.* fotnote 17, s. 287.

²¹ *Loc.cit.*

²² Morten Kinander, *Rettsfilosofi – en innføring*, Fagbokforlaget, Bergen, 2007, s. 130.

3 Faktisk organisering av myndighetsutøvelsen

3.1 Ulike typer uavhengighet

Vi har sett at ifølge den normative hovedmodellen kan den politiske ledelsen gripe inn i forvaltningens enkeltavgjørelser på tre måter: ved forhåndinstruks, ved omgjøring av vedtak på eget initiativ og ved omgjøring etter klage. Inngrepsmulighetene kan imidlertid være begrenset – formelt eller uformelt. Begrensningene kan være en følge av

- at organer helt eller delvis unntas politisk instruksjon: dvs. fremvekst av formell uavhengighet;
- at myndighet delegeres til underliggende organer, men med en mer eller mindre klar forutsetning om at instruksjons- og omgjøringsadgangen ikke skal benyttes: dvs. fremvekst av uformell uavhengighet;
- at det opprettes uavhengige klagenemnder;
- at myndighetsutøvelsen internasjonaleseres.

Vi skal omtale hvert enkelt av disse tilfellene.

3.2 Formell uavhengighet (utenom rene klagenemnder)

Regjeringens og departementenes adgang til å gripe direkte inn i saksbehandlingen til underlagte organer kan være rettslig begrenset. Særlig omkring siste århundreskifte ble det vedtatt en rekke slike begrensninger. Endringene hadde et så stort omfang at de ble beskrevet som et sentralt trekk i forvaltningspolitikken på linje med markedsorienteringen.²³

For å kartlegge omfanget av formell uavhengighet stilte vi departementene følgende spørsmål: Er departementets/Kongens instruksjons-/omgjøringsadgang på noen av departementets områder formelt opphevet eller innsnevret? Hvis ja: Hvilke organer er berørt og på hvilke måter er instruksjons-/omgjøringsadgangen begrenset?

Vi har registrert i alt 169 organer (bortsett fra klagenemndene) som treffer forvaltningsvedtak. Tolv departementer har svart at deres instruksjons-/omgjøringsadgang på ett eller flere saksområder er formelt opphevet og at dette i alt gjelder 26 organer²⁴, dvs. 15 prosent av de 169 organene. Fem departementer²⁵ svarer at formell avskjæring av instruksjons-/omgjøringsmyndighet ikke foreligger på deres områder. Følgende departementer har flest formelt uavhengige organer:

²³ Tore Grønlie, *Sentraladministrasjonens historie etter 1945. Bind 2, Den nye staten tiden etter 1980*, Fagbokforlaget, Bergen 2009

²⁴ Departementene nevner i sine svar i alt 41 organer, men 11 av disse regnes ikke med her, da de enten ikke behandler enkeltsaker eller er klageorganer og inngår i oversikten i pkt. 3.3.

²⁵ Fiskeri- og kystdepartementet, Forsvarsdepartementet, Kommunal- og regionaldepartementet, Olje- og energidepartementet og Utenriksdepartementet.

- Kulturdepartementet, 5 organer av totalt 8 med myndighetsutøvelse i enkelttilfelle
- Arbeidsdepartementet, 4 organer av totalt 14
- Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet, 4 organer av i alt 17.

Den største gruppen av organene har regulerings- eller overvåkingsfunksjoner:

- Datatilsynet
- Konkurransetilsynet
- Lotteri- og stiftelsestilsynet
- Medietilsynet
- Post- og teletilsynet
- Omsetningsrådet (markedsregulering for landbruket)
- Statens helsetilsyn (barnevernområdet)
- Likestillings- og diskrimineringsombudet
- Barneombudet

Til denne gruppen kan vi også regne organer som regulerer arbeidsmarkedet:

- Riksmeklingsmannen
- Bedriftsdemokratinemnda
- Tvisteløsningsnemnda

En annen gruppe organer forvalter økonomiske tilskudd/kreditter:

- Norsk kulturråd
- Utvalget for stipend og garantiinntekter for kunstnere
- Styret for fond for lyd og bilde
- Innovasjon Norge
- Garantiinstituttet for Eksportkreditt (GIEK)

En tredje gruppe organer har ansvar for avgjørelser som har stor betydning for enkeltpersoner:

- Arbeids- og velferdsdirektoratet
- Fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker
- Utlendingsnemnda
- Kriminalomsorgens sentrale forvaltning
- Norsk pasientskadeerstatning
- Preimplantasjonsdiagnostikknemnda

En fjerde gruppe har oppgaver tilknyttet forskning/utdanning:

- Universiteter og høyskoler
- Forskningsetiske komiteer
- Norsk Romsenter

Når det gjelder hjemmel for uavhengigheten, viser departementene som oftest (15 organer) til bestemmelse i lov, i fire tilfeller til bestemmelse i forskrift. For

ett organs vedkommende sier departementet av uavhengigheten følger av lovforarbeidene, i et annet at instruksjonsadgangen bl.a. som følge av en uttalelse fra Justis- og politidepartementets lovavdeling må "anses" som innskrenket.

Etter Difis oppfatning er det i flere tilfelle grunn til å reise spørsmål om de oppgitte bestemmelsene tilstrekkelig klart hjemler den uavhengigheten som departementene anfører. Et gjennomgående trekk er at uavhengigheten ikke er uttrykkelig regelfestet, men snarere underforstått, og antas å følge av opprettelsen av organet, av organets kollegiale natur, eller av at klager over organets vedtak går til en uavhengig nemnd.²⁶ Et unntak er tilsynene der hjemmelen for uavhengighet stort sett er eksplisitt formulert i loven som regulerer organenes virksomhet.

Omfanget av uavhengighet varierer fra organ til organ. For 13 organer er både instruksjons- og omgjøringsadgangen avskåret. I sju tilfeller er instruksjonsadgangen innsnevret, men ikke omgjøringsadgangen.

Instruksjonsadgangen kan være helt eller delvis avskåret. Avskjæringen er fullstendig for f. eks. Datatilsynet²⁷ og Medietilsynet²⁸, men på ulike måter betinget bl.a. når det gjelder Konkurransetilsynet, Utlendingsdirektoratet og Post- og teletilsynet:

- Konkurransetilsynet kan ikke instrueres i enkelttilfelle. Kongen kan likevel pålegge tilsynet å ta en sak opp til behandling.²⁹
- Utlendingsdirektoratet kan som hovedregel ikke instrueres i enkeltsaker, men det er unntak for saker som gjelder grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn.³⁰
- Når det gjelder Post- og teletilsynet, er departementets instruksjonsadgang opphevet for nærmere angitte sakstyper. Departementet kan pålegge tilsynet å ta saker innenfor hele lovens virkeområde opp til behandling.³¹

Departementene har alt i alt begrensede muligheter til å styre uavhengige organer gjennom klagebehandling. Kun i tre tilfeller går klager over organenes

²⁶ Når det f. eks. gjelder Lotteri- og stiftelsestilsynet, anfører Kulturdepartementet at opprettelse av klagenemnd tilsier at departementet ikke har adgang til å omgjøre tilsynets vedtak.

²⁷ "Datatilsynet er et uavhengig forvaltningsorgan administrativt underordnet Kongen og departementet. Kongen og departementet kan ikke gi instruks om eller omgjøre Datatilsynets utøving av myndighet i enkelttilfeller etter loven." Lov av 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven), § 42.

²⁸ "Kongen kan ikke gi Medietilsynet generelle instruksjoner om håndhevingen av loven, og kan heller ikke gi pålegg om myndighetsutøvelsen i enkelttilfeller. Medietilsynets vedtak etter denne lov kan ikke omgjøres av Kongen." Lov av 13. juni 1997 om eierskap i medier (medieeierskapsloven), § 6.

²⁹ Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven), § 8.

³⁰ Lov av 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 76.

³¹ Lov av 4. juli 2003 nr. 83 om elektronisk kommunikasjon (ekomloven) § 10-2.

vedtak til overordnet departement. Det mest vanlige (seks tilfeller) er at klage går til særskilt klagenemnd, eller at organets vedtak er endelig (seks tilfeller).³²

At statsorganer gis formell uavhengighet, er ikke nytt, men utviklingen i denne retningen synes å ha skutt fart de to siste tiårene. Av de 26 formelt uavhengige organene fikk 18 sin nåværende form etter 1990 og 6 før 1990.³³

3.3 Uformell uavhengighet

Etter 1945 har det vært en hovedlinje i forvaltningspolitikken å opprette mange og til dels sterke direktorater e.l. med ansvar for den løpende forvaltningen av bestemte saksområder. Det kan være mer eller mindre eksplisitt forutsatt at organene skal treffe vedtak uavhengig av overordnet myndighet, selv om det ikke er gjort formelle begrensninger i adgangen til å gripe inn i underliggende organers saksbehandling. Opprettelsen av et stort antall klagenemnder kan ha bidratt til å gjøre forvaltningsorganer som behandler saker i førsteinstansene uavhengige av departementet selv om dette ikke er formelt fastslått.

Vi stilte departementene to spørsmål for å fastslå omfanget av uformell uavhengighet

- Er det under departementet kollegiale organer (bortsett fra klagenemnder) som treffer enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand?
- Er det under departementet virksomhet der departementet forventes å utvise særlig tilbakeholdenhet med bruk av sin instruksjons-/omgjøringsmyndighet, men uten at det er satt formelle grenser for dette?

3.3.1 Kollegiale organer (utenom rene klagenemnder)

Spørsmålet om kollegiale organer krever en nærmere kommentar. Denne typen organer må faktisk - om enn ikke formelt - regnes som mer uavhengig enn organer som er under ledelse av én person. For det første er det praktisk vanskeligere å instruere et kollegium enn en enkeltperson. For det annet er ofte hensikten med kollegial organisering å sikre uavhengighet i oppgaveløsningen. Kollegiets medlemmer representerer ulike interesser og faglige perspektiver som skal avstemmes gjennom prosesser innenfor organet og ikke ved styring eller instruksjon utenfra.

Åtte departementer oppgir at det på deres områder er kollegiale organer – i alt 26 - som treffer forvaltningsvedtak i førsteinstans. Flest kollegiale organer er det under Landbruksdepartementet (8 organer), Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet (4) og Justisdepartementet (4). På ni departementsområder er det ikke slike organer. 13 organer kan antas å ha en viss uavhengighet kun som følge av den kollegiale organisasjonsformen. Når

³² For fem organer foreligger det ikke opplysninger om klageordning og for fire gjelder særskilte ordninger, f. eks. at første instans er et regional (uavhengig) organ og klageinstansen et sentralt (uavhengig) organ.

³³ Om to organer har vi ikke opplysninger.

det gjelder de 13 øvrige organene, foreligger det enten avskåret instruksjons- og eller omgjøringsadgang (8 tilfeller) eller en praksis der departementene viser særlig tilbakeholdenhet (5 tilfeller).

3.3.2 Særlig tilbakeholdenhet

14 departementer tilkjenne gir at de viser særlig tilbakeholdenhet overfor i alt 29 organer (bortsett fra klagenemnder), eller 17 prosent av totalt 169 organer som utenom klagenemndene forestår myndighetsutøvelse i enkelttilfeller. Det er tydelige variasjoner fra departement til departement. Mens Samferdselsdepartementet viser særlig tilbakeholdenhet overfor fire organer og Kunnskapsdepartementet overfor tre organer, oppgir Forsvarsdepartementet, Miljøverndepartementet og Olje- og energidepartementet at de ikke på noe område praktiserer slik tilbakeholdenhet.

Eksempler på organer der departementene viser særlig tilbakeholdenhet, er:

- Samferdselsdepartementet
 - Luftfartstilsynet
 - Statens jernbanetilsyn
 - Taubanetilsynet
 - Statens vegvesen
- Kunnskapsdepartementet
 - Nasjonalt organ for kvalitet i utdanningen
 - Norges forskningsråd
 - Utdanningsdirektoratet
- Helse- og omsorgsdepartementet
 - Statens helsetilsyn
 - Helsedirektoratet
- Fiskeridepartementet
 - Mattilsynet

Kun i noen få tilfeller er prinsippet om tilbakeholdenhet uttrykt skriftlig i f.eks. brev, vedtak, instruks eller lovforarbeider. To av disse tilfellene er på Helse- og omsorgsdepartementets område. I forslaget til matlov konkluderte (det daværende) Helsedepartementet med at det ikke ønsker å avskjære adgangen til å instruere Mattilsynet, men understreker at det i alminnelighet ikke ville være aktuelt ”å instruere Mattilsynet i enkeltsaker, ei heller å omgjøre vedtak på eget initiativ. I tråd med meldingen om statlige tilsyn legger Helsedepartementet også til grunn som prinsipp at klagebehandling i all hovedsak bør avsluttes internt i Mattilsynet. Den løpende forvaltning av regelverket overlates dermed til Mattilsynet.”³⁴

I kgl.res. av 19.12. 2001 heter det at departementet har instruksjonsmyndighet over Statens helsetilsyn, men at det bør utvise forsiktighet når det gjelder å overprøve Helsetilsynets faglige skjønn.

³⁴ Ot. prp. nr. 100 (2002-2003), kap. 3.4.4.2.

3.4 Klagenemnder

Klagesaker har i stort omfang blitt overført til klagenemnder utenfor det ordinære forvaltningshierarkiet. En oversikt utarbeidet i 2003 viste at 8 prosent av alle klagesaker ble avgjort av departementene eller av Kongen i statsråd, 49 prosent av direktorater e.l. og 43 prosent av klagenemnder.³⁵ I 2009 hevdet Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes i sin doktoravhandling at det i de senere år er blitt opprettet så mange klagenemnder at klage til overordnet forvaltningsorgan ikke lenger er den praktiske hovedregelen.³⁶

14 departementer opplyser at det på deres områder er i alt 46 klagenemnder. Flest klagenemnder er det under Kulturdepartementet (9 nemnder) og Finansdepartementet (5). Tre departementer har ikke klagenemnder.

Flesteparten av nemndene er formelt uavhengige. I 36 tilfeller er departementets instruksjonsadgang og i 24 tilfeller departementets omgjøringsadgang avskåret. I de fleste tilfellene hvor formell avskjæring ikke foreligger, opplyser departementene at det er lite sannsynlig at de vil benytte seg av instruksjons- og/eller omgjøringsadgangen. På områder hvor det er klagenemnder, er som hovedregel departementets adgang til å instruere og/eller omgjøre *førsteinstansens* vedtak formelt innsnevret (25 tilfeller).

Hovedregelen er at klagenemndene har myndighet til å treffe nytt vedtak i saken, og at det nye vedtaket bare kan angripes ved søksmål. I noen få tilfeller kan klageinstansens vedtak bringes inn for departementet.

Sett under ett bærer nemndsystemet preg av manglende helhet og systematikk. For flere av klagenemndene er hjemlene for uavhengighet uklare. Rettsgrunnlaget for og organiseringen av nemndenes arbeid varierer sterkt.³⁷ Enkelte nemnder arbeider i henhold til egne lover (f.eks. Trygderetten) eller utfyllende lovbestemmelser som regulerer saksbehandlingen (f.eks. fylkesnemndene for sosiale saker og barnevern), mens andre har egne forskrifter (Utlendingsnemnda og Klagenemnda for offentlige anskaffelser) eller styres gjennom interne retningslinjer (f.eks. Norsk kulturråds ankenemnd for innkjøp av skjønnlitteratur). Atter andre er knapt regulert gjennom egne bestemmelser i det hele tatt (f.eks. Statens naturskadefonds ankenemnd).

Klagenemndene er i varierende grad utstyrt med garantier for rettssikker saksbehandling. Mens f.eks. Trygderetten og fylkesnemndene for barnevern og sosiale saker fungerer som særdomstoler, er bl.a. klagenemnda for merverdiavgift tydeligere et forvaltningsorgan med klart svakere uavhengighet enn de to førstnevnte organene.

Det er store variasjoner i valg av sekretariatsløsning. Sekretariatet kan være plassert utenfor eller innenfor forvaltningen. Det kan utgjøre en brøk av et

³⁵ Statskonsult *op. cit.* fotnote 5, s. 27.

³⁶ Sunniva Cristina Bragdø-Ellenes, "Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge. Sverige og Frankrike", doktoravhandling forsvart ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Oslo, nr. 24 2009, s. 43.

³⁷ Opplysningene om dette er stort sett hentet fra Bragdø-Ellenes *op.cit.* fotnote 36.

årsverk eller være en selvstendig organisasjon med flere ansatte. Både store nemnder som Utlendingsnemnda og Trygderetten og små nemnder som Personvernemnda og Klagenemnda for behandling i utlandet har eget sekretariat. Skatteklagenemndene og Lånekassens klagenemnd, som begge behandler mange klager, har derimot lagt saksforberedelsen til det organet som traff det påklagede vedtaket i første instans, hhv. Skattekontoret og Statens lånekasse.

3.5 Internasjonalisering av myndighetsutøvelsen

Den normative hovedmodellens betoning av departementenes og regjeringens nærmest ubegrensede myndighet og ansvar er tilpasset en situasjon med suverene nasjonalstater der nasjonale organer har tilnærmet full kontroll med forvaltningens dagsorden. Modellen er langt vanskeligere å praktisere i en globalisert verden med stadig mer porøse grenser mellom nasjonale og overnasjonale systemer. Nasjonalstatene er forpliktet av stadig fler og mer omfattende traktater. På en del områder er rettsåndhevelsen overtatt av internasjonale domstoler og håndhevingsorganer som har fått utvidede virkeområder og større gjennomslagsmuligheter.

EØS-traktaten er den mest omfattende internasjonale avtalen Norge er bundet av. Avtalens dynamiske karakter forplikter EFTA-landene til fortløpende å inkorporere relevante EU-rettsaker i nasjonal lovgivning. At EU-samarbeidet kontinuerlig utvides, fører til at EØS-avtalen griper inn i stadig nye områder.

Avtalen innsnevrer på ulike måter den politiske ledelsens frihet til å gripe inn i forvaltningens saksbehandling. Dels er norske myndigheters handlefrihet begrenset av EFTAs overvåkingsorgan ESA³⁸ og EFTA-domstolen, og dels følger det av EU-lovgivning at politiske myndigheter ikke har full frihet til å instruere underlagte forvaltningsorganer.

I Norge som i andre EU/EØS-land har EUs indre marked og kravene om uavhengige reguleringsmyndigheter spilt en helt sentral rolle når det gjelder utvikling av politiske holdninger, organisasjonsmønstre og arbeidsformer i forvaltningen. Virkningen av EUs krav om uavhengige tilsyns- og reguleringsorganer (bl.a. på personvern og teleområdet), er fanget opp foran under avsnittene 3.2 og 3.4. Her skal vi kartlegge to andre aspekter ved myndighetsutøvelsens internasjonalisering. Vi spurte departementene

- om underlagte forvaltningsorganer deltar i EU-byråer og/eller nettverk
- om vedtak som er truffet av nasjonale organer på departementets område/saker som har vært under behandling i disse organene, er blitt brakt inn for ESA, EFTA-domstolen, Den europeiske menneskerettighetsdomstolen eller andre internasjonale myndigheter.

Det første spørsmålet krever en nærmere begrunnelse. Opprettelse av byråer og formaliserte nettverk på EU-nivå påvirker funksjonsmåten og uavhengigheten

³⁸ EFTA Surveillance Authority

til nasjonale fagmyndigheter. Medlemsstatenes representanter i disse byråene/nettverkene opptrer i stor grad uavhengig av politisk ledede organer i hjemlandet, samtidig som de blir tettere knyttet til EU-kommisjonen. I noen tilfeller nedlegger EU-lovgivningen eksplisitt forbud mot at nasjonale deltakere i EU-byråer skal instrueres av den hjemlige politiske ledelsen.³⁹

Nasjonale reguleringsmyndigheter må tjene to overordnede myndigheter tuftet på to ulike rettssystemer, EU og det nasjonale. Fremveksten av en integrert forvaltning på EU-nivå øker spenningen mellom nasjonale myndigheters rolle som redskap for EU-kommisjonen på den ene side og som redskap for nasjonale departementer på den annen side. Jo flere oppgaver som delegeres til byråer/nettverk, desto mer kan den norske regjeringen og de norske departementene komme på avstand både til EU-organer og til underlagte statsetater.⁴⁰ For unionens medlemsstater kompenseres mangelen på politisk innflytelse i byråene ved deltakelse i Rådet (som sammen med Europaparlamentet treffer beslutninger i EU). For Norge derimot er situasjonen annerledes. At vi ikke deltar i Rådet, vanskeliggjør politisk styring av EØS-arbeidet og dermed også muligheten for politisk styring av EU-rettet arbeid i direktorater og andre underliggende organer.

Norske forvaltningsorganer deltar på bred front i EU-byråer og – nettverk. Departementene (alle bortsett fra Utenriksdepartementet) nevner mer enn 250 medlemskap i denne typen organer.⁴¹ Forvaltningsorganer utenfor departementene står for den mest omfattende deltakelsen (omlag $\frac{3}{4}$ av de nevnte medlemskapene).

Tolv departementer opplyser at vedtak har blitt brakt inn for overnasjonale-/internasjonale myndigheter. Av disse svarer ni departementer at vedtak har blitt opphevet eller endret som følge av dette. ESA og EFTA-domstolen er de overnasjonale organene som i størst grad griper inn overfor norske myndigheter. Departementene nevner at saker fra i alt 38 lovområder har blitt brakt inn for disse håndhevingsorganene. På 21 av områdene har uttalelser/kjennelser gått imot norske myndigheter og ført til endring av nasjonale vedtak.

Norge har fått kritikk fra ESA/EFTA-domstolen når det bl.a. gjelder

- regelverket for differensiert arbeidsgiveravgift – påstand om ulovlig statsstøtte (Finansdepartementet)
- gjennomføring av direktiver på produktkontrollområdet (Justisdepartementet)

³⁹ Når det gjelder EUs kjemimyndighet (European Chemicals Agency), se Regulation (EC) No 1907/2006 of the European Parliament and of the Council of 18 December 2008, artikkel 85 og 86. Når det gjelder EUs energimyndighet (Agency for the Cooperation of Energy Regulators), se Regulation (EC) No 713/2009 of the European Parliament and the Council of 13 July 2009, artikkel 14 (5).

⁴⁰ Morten Egeberg (red.) *Multilevel Union Administration. The Transformation of Executive Politics in Europe*, Palgrave Macmillan, Houndsmills, 2006.

⁴¹ Siden to eller flere etater kan være medlem av samme organ, er ikke antallet medlemskap nødvendigvis identisk med antallet organer som har norsk representasjon.

- saker/bestemmelser i industrikonsesjonsloven om hjemfall (Olje- og energidepartementet)
- ordningen med løyvepliktig busstransport (Samferdselsdepartementet).

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har ifølge departementene behandlet saker fra i alt seks rettsområder. EMD har kritisert eller satt til side vedtak av norske myndigheter som bl.a. gjelder

- barnevernloven og adopsjonsloven (Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet)
- asyl/familieinnvandring og utvisning (Justisdepartementet)
- vedtaket om KRL-faget (Kunnskapsdepartementet).

EMD har i noen tilfelle også kritisert lang saksbehandlingstid i norske forvaltningsorganer.

3.6 Den normative hovedmodellen under press?

For å få et samlet bilde av i hvilken grad hovedmodellen er fraveket eller har kommet under press, har vi i tabellen nedenfor sammenfattet opplysningene om formell og uformell uavhengighet og om klagenemnder. Hvert enkelt forvaltningsorgan er kun oppført i én kategori. Organer som ifølge vår kartlegging er formelt uavhengige, er ikke samtidig oppført som uformelt uavhengige eller omvendt. Kategoriene i tabellen er m.a.o. gjensidig utelukkende. Tabellen omfatter alle organer som utøver myndighet gjennom enkeltvedtak.

Uavhengig myndighetsutøvelse

		Organer som forestår myndighetsutøvelse i enkelttilfelle		Sum
		Ordinære forvaltningsorganer	Klagenemnder	
Formelt uavhengig		26	36	62 (29 %)
Uformelt uavhengig	Tilbakeholdenhet	29	10	52 (24 %)
	Kollegium	13		
Ingen form for uavhengighet		101	0	101 (47 %)
Sum		169	46	215 (100 %)

Antall organer (i parentes: prosentandeler av totalt antall organer) som forestår myndighetsutøvelse i enkelttilfeller.

Mens Stortinget i 1977 ga uttrykk for at Kongens og departementenes instruksjonsmyndighet i forvaltningshierarkiet skal bevares eller skjerpes, har utviklingen siden den gang i stor grad gått i motsatt retning. Mellom en tredjedel og en fjerdedel av alle organer som treffer enkeltvedtak, er gitt formell uavhengighet fra overordnet departement. På klageområdet er forvaltningslovens hovedmodell med klagebehandling i overordnet instans ikke lenger den praktiske hovedregelen.

Omtrent en fjerdedel av forvaltningsorganer som treffer enkeltvedtak, er gitt uformell uavhengighet fra overordnet departement. Dette kan sies å ikke være et avvik fra hovedmodellen siden det formelle systemet med instruksjons- og

omgjøringsadgang fortsatt består. Det er imidlertid verdt å nevne at det i flere tilfeller er vanskelig å se noe skarpt skille mellom de grunner departementene anfører for at et organ er hhv. formelt eller uformelt uavhengig. Som vi har sett, er den formelle uavhengigheten på samme måte som den uformelle langt på vei underforstått og kun i begrenset grad begrunnet i eksplisitte lovbestemmelser. I mange tilfeller viser departementene trolig en tilbakeholdenhet overfor uformelt uavhengige organer som ikke atskiller seg vesentlig fra det som er tilfellet når instruksjons-/omgjøringsadgangen er formelt innsnevret.

Ikke bare den faktiske organiseringen, men også begrunnelsene for uavhengighet kan i større eller mindre grad avvike fra hovedmodellen. Selv om det er mange forklaringer på at forvaltningsorganer gis uavhengighet, har begrunnelsene for uavhengighet ofte trekk til felles. Når det f.eks. gjelder klagenemndene, er det to typer hovedhensyn som går igjen, for det første behovet for å avlaste departementene og gjøre dem til sekretariater for den politiske ledelsen, og for det annet hensynet til rettssikkerheten. Det har derved utviklet seg en forståelse som kan oppfattes som et prinsipielt alternativ til den normative hovedmodellen.

Den alternative posisjonen kan sammenfattes på denne måten:

Uavhengig myndighetsutøvelse i forvaltningen truer ikke den demokratiske styringen, men gir den en annen form. Politisk styring er ivarettatt ved lovgiveransvaret. At iverksettingen av lovenes formål og lovgivers intensjon i større grad overlates til mer selvstendige organer, er legitimt og bidrar til mer konsekvent og rettsriktig gjennomføring. Det frigjør også styringskapasitet i departement og politisk ledelse, som kan bidra til mer fokus på overordnede og strategiske spørsmål. Demokratiet kan bli bedre på denne måten. Styring i stort er bedre enn styring i smått. Forvaltningen representerer kontinuitet, med et ”avleiret” politisk mandat. Poenget er ikke å få politikken ut av sakene, men politikerne ut av saken.

Nedenfor gjengir vi noen argumenter som har vært brukt i reorganiseringssaker de siste 10-15 årene:

- I forbindelse med forslaget om å opprette en klagenemnd for asylsaker uttalte regjeringen at det vil styrke borgernes tillit til at rettsreglene på dette området følges, at sakene behandles av et domstolsliknende og ikke av et politisk ledet organ.⁴²
- Utvalget som foreslo at klager over Datatilsynets vedtak skulle gå til en uavhengig nemnd og ikke til Justisdepartementet, hevdet at:
*”Opprettelsen av en uavhengig klageinstans kan føre til at avgjørelser i klagesaker oppfattes som uhildet og sterkere faglig begrunnet”.*⁴³
- Når det gjelder Mattilsynets tilsynsfunksjoner, uttalte Helsedepartementet at det er *”hensiktsmessig å gi Mattilsynet økt uavhengighet av departementet. Økt uavhengighet i disse sakene anses*

⁴² Ot.prp. nr. 38 1995–1996, s. 3.

⁴³ NOU 1997:19 *Et bedre personvern*, s. 118.

som en styrke for regeloppfølgingen ved at de som fører tilsyn har en uavhengig posisjon.”⁴⁴

- I forslaget om å innføre erstatning ved pasientskade uttalte Helsedepartementet: *”For at ordningen skal ha den nødvendige uavhengighet og tillit, bør det etableres et mest mulig frittstående forvaltningsorgan.”⁴⁵*
- Den andre Bondevik-regjeringens melding om statlige tilsyn ga anledning til en omfattende prinsippdiskusjon om forvaltningsorganers uavhengighet. I meldingen het det blant annet at: *”Politisk overprøving i enkeltsaker vil [...] kunne gjøre saksbehandlingen vilkårlig og skape utilsiktede presedensvirkninger. På sikt vil dette kunne undergrave tilsynets legitimitet overfor omverdenen. [...] Sammenblanding av faglige hensyn kan også gi seg utslag i at politiske avveininger forsøkes kamuflert som faglige avveininger.”⁴⁶*

Det har vært hevdet at Bondevik-regjeringens tilsynsmelding med sin sterke betoning av faglige hensyn og tilsvarende nedtoning av politisk styring representerte *”en klar utvidelse”⁴⁷* av de unntaksmulighetene fra instruksjonsretten som Stortinget hadde fastsatt i 1977. Tilsynsmeldingen var imidlertid sterkt omstridt. Det er ifølge professor Tore Grønlie vanskelig å konkludere annerledes enn at Stortinget i 2003 klart avviste regjeringens forsøk på en utvidelse av kriteriene fra 1977 for politisk uavhengighet til å omfatte tilsyn i sin brede alminnelighet.⁴⁸ SV og Arbeiderpartiet tok prinsipielt avstand fra regjeringens forslag og uttalte at: *”[...] folkestyret skal være grunnlaget for styringssystemet [...] og det er viktig at man ikke forsterker den utvikling i retning av å redusere politikernes innflytelse som Maktutredningen på en utmerket måte redegjør for.”⁴⁹*

Også forslag om organisering av enkeltvirksomheter skapte parlamentarisk debatt. Det gjelder i første rekke Konkurransetilsynet og utlendingsforvaltningen. På områder som ligger utenfor partienes interessefelt har det imidlertid uten særlig debatt eller noen samlet vurdering skjedd institusjonelle endringer som i sum innebærer en forskyvning i retning av uavhengig myndighetsutøvelse.

⁴⁴ Ot. Prp. Nr. 100 (2002-2003), kap. 3.4.4.2.

⁴⁵ Ot.prp. nr 31 (1998-99), kap. 16.1.

⁴⁶ St.meld.nr. 17 for 2002-03, s. 9.

⁴⁷ Grønlie op.cit. fotnote 23, s. 332.

⁴⁸ Ibid. S. 335.

⁴⁹ Innst. S. nr. 222 2002-03, ss. 26 og 27.

4 Avstand mellom norm og faktisk organisering - Spiller det noen rolle?

Fagpersoner innenfor jus og samfunnsvitenskaper har lenge påpekt at det er behov for å ta opp til nærmere vurdering den voksende avstanden mellom normativ modell og faktisk organisering.⁵⁰ Funn vi har dokumentert ovenfor, kan ha vesentlige konsekvenser.

- a) For det første kan implisitte begrunnelser for uavhengighet ha medført uklare ansvarsforhold på enkeltområder.
- b) For det andre kan de mange *ad hoc*-unntakene fra hovedmodellen ha ført til en gjennomgående mangel på klarhet og konsistens i forvaltningen og forvaltningsretten.
- c) For det tredje kan avstanden mellom normativ modell og faktisk organisering skape tvil om hvor effektivt hovedmodellen legitimerer forvaltningens avgjørelser.

Dette er noen av de problemstillinger vi skal drøfte mer inngående i den neste fasen av prosjektet. Her skal vi presentere noen foreløpige synsmåter.

4.1 Uklare ansvarsforhold i enkeltvirksomheter

Som vi har sett, er forvaltningsmyndighet i stor grad delegert til ”uavhengige” organer utenfor departementene, uten at det samtidig er gjort endringer i de generelle bestemmelsene som regulerer myndighetsutøvelsen. Dette gjelder også i tilfelle hvor visse grenser for departementets myndighet til å instruere utvilsomt er tilsiktet. Rettsekspertene påpeker at det her er et manglende samsvar mellom statsrådets formelle og faktiske ansvar som er høyst problematisk bl.a. fordi det skaper utbredt uklarhet om ansvars- og oppgavefordeling.⁵¹

Også i de tilfellene hvor organer antas å være formelt uavhengige, kan det herske uklare ansvarsforhold. Vi har ovenfor reist spørsmål om departementenes anførsler om uavhengighet er tilstrekkelig begrunnet. Er det hold i denne tvilen, kan det bety at statsrådene har et større og etatene et mindre ansvar enn det departementene til nå har lagt til grunn. Uklarhet om ansvarsforhold skaper risiko for ansvarspulverisering og kan i siste instans føre til at statens evne til å gjennomføre politiske vedtak reduseres.

4.2 Gjennomgående mangel på klarhet og konsistens

Vi har ovenfor sett

- at det i mange tilfelle synes å herske *uklarhet* om det rettslige hjemmelsgrunnlaget for uavhengighet. I noen tilfelle er det svært

⁵⁰ Professor Eivind Smith uttaler blant annet at: ”*Dette samboerskapet mellom motstridende tendenser rommer kimer til spenninger som neppe er tatt tilstrekkelig på alvor. Det er på tide å ta denne utfordringen opp.*” Eivind Smith, *op.cit.* fotnote 7, s. 504.

⁵¹ Eivind Smith, *op. cit.* fotnote 7, s. 501.

tydelige og omfattende regler om avskåret instruksjon, i andre kreves det til dels inngående tolkning for å få klarhet i hvordan ansvars- og myndighetsforhold er regulert (i den grad klarhet overhodet er mulig).

- at det har oppstått stor og trolig utilsiktet *variasjon* i organisering av myndighetsutøvelse fra ett forvaltningsområde til et annet. Mangelen på helhet og systematikk er påfallende f.eks. på klageområdet.
- at utviklingen skjer gjennom *unntak* fra den normative hovedmodellen. Hver sak sees *som unik*, og prinsipielle hensyn blir i liten grad vektlagt.

Ad hoc tilnærmingen kan ha ført til at kvaliteten på de enkelte beslutninger har blitt svekket. Opprettelse av klagenemnder tydeliggjør kompleksiteten i de spørsmål som må avklares når hovedmodellens system fravikes. Spørsmålene gjelder bl.a. fordeling av instruksjons- og omgjøringsmyndighet, garantier for rettsikker saksbehandling, beslutningsprosedyrer internt i nemndene og organisering og bemanning av nemndssekretariatene.

Disse og andre spørsmål er ikke undergitt noen systematisk behandling. Mangelen på prinsipielle vurderinger kan ha ført til at beslutningstakerne ikke har foretatt en tilstrekkelig balansert avveining av spesielle hensyn innenfor nemndenes avgrensede saksområder opp mot generelle regler og prinsipper. Kvaliteten på de enkelte nemndsløsningene kan derved ha blitt skadelidende.

Enkelte klagenemnder fungerer i realiteten som et første ledd i domstolskjeden, men uten at rettsikkerheten er så betryggende som ved domstolene.⁵² Det er bl.a. en fare for at det utvikler seg ”*isolerte rettskulturer og en uheldig rettskildebruk*”. Personer som har utredet nemndsordninger, tilkjenner at de i dette arbeidet har savnet prinsipielle veiledninger å støtte seg til.⁵³

Også organiseringen av tilsyn reiser spørsmål om forvaltningsrettslig og forvaltningspolitisk konsistens på tvers av enkeltløsninger. Statskonsult fremhevet resultatet av Stortingets behandling av Bondevik-regjeringens tilsynsmelding som problematisk:

*”En åpenbar og uheldig inkonsistens er [...] oppstått som følge av Stortingets behandling av meldingen, der det legges opp til en løsning med avskjæring av instruksjonsmyndighet, men med et klagesystem som understøtter den hierarkiske modellen ved å la departementet beholde klagemyndigheten. Dette er desto mer påfallende all den tid Stortinget de senere år selv har gått inn for etablering av egne klagenemnder på stadig nye lovområder.”*⁵⁴

At utøvelsen av statlig myndighet i stor og stigende grad skjer innenfor organisatoriske rammer som er fastlagt gjennom en lang rekke vedtak *ad hoc*, reiser grunnleggende spørsmål om de krav som bør stilles til forvaltningens rettsanvendelse. Det er vel og bra at man får organisatoriske og rettslige løsninger som er tillempet situasjonen innenfor enkeltsektorer og som sånn sett ivaretar praktiske hensyn. Men er ikke forvaltningsretten noe mer enn en serie

⁵² Domstolskommissjonen, *op.cit.* fotnote 4, s. 374.

⁵³ *Loc.cit.*

⁵⁴ Statskonsult *op.cit.* fotnote 3, s. 74.

sektortilpassede løsninger? Er den ikke også et system av gjennomgående normer og prinsipper? Kan det være fare for at forvaltningsutviklingen de siste tiårene har skapt tvil om hvilke grunnregler som egentlig gjelder?

Gjennomgående løsninger kan bidra til større samsvar mellom formaliteter og realiteter. Likhet kan gi mer institusjonell åpenhet, klarhet og transparens. Spilleregler vil da være mer åpne og gjennomtenkt, og uavklarte gråsoner og uregulerte ”tomrom” kan unngås.

Løfter vi blikket utover Norges grenser, ser vi at fagmiljøer innenfor OECD og EU i arbeidet med å utvikle et felles forvaltningsrettslig normgrunnlag for EU (*European Administrative Space*) sterkt understreker prinsippene om helhet og konsistens. Helhet og konsistens fremmer transparens, forutsigbarhet og rettssikkerhet; det reduserer administrative kostnader og gjør saksbehandlingen raskere. Jo flere forvaltningsorganer og områder som dekkes av den generelle forvaltningslovens regler, desto mer sannsynlig er det at reglene er kjent, og at de etterleves.⁵⁵ Helhet og konsistens er trolig særlig viktig i et lite land som Norge, hvor fagmiljøene kan være små innenfor hvert enkelt saksområde.

4.3 Tvil om legitimitetsfremmende mekanismer

Som vi allerede har nevnt, er den normative hovedmodellen basert på oppfatningen av demokrati som flertallsstyre: Det er den ubrutte parlamentariske styringskjeden – med et ubegrenset statsrådsansvar (dog innenfor lovens rammer) som gir myndighetsutøvelsen legitimitet. I hvilken grad styringskjeden fungerer som forutsatt, kan imidlertid være åpent for diskusjon. Samtidig har vi beskrevet et system for myndighetsutøvelse som i hvert fall stykkevis er uklart og uoversiktlig; der myndighetsutøvelsen til dels styres av underforståtte hensyn og prosedyrer og ikke alltid av klare og formelle regler. Det kan derved ha oppstått forvaltningspraksiser som ikke er lett tilgjengelig for innsyn og kontroll av utenforstående.

Hovedmodellen kan ses som uttrykk for en endimensjonal oppfatning av legitimitet.⁵⁶ Beslutninger legitimeres av ordninger som virker gjennom forvaltningshierarkiet: statsrådets demokratiske legitimitet ”smitter” over på organer som på hans eller hennes ansvar utøver offentlig myndighet. Dette er viktig, men som vi har antydnet, ikke tilstrekkelig når det gjelder

⁵⁵ SIGMA (Support for Improvement in Governance and Management) som er OECD-organ, hovedsaklig finansiert av EU, har ved flere anledninger tilkjennegitt dette standpunktet overfor land som søker medlemskap i EU, bl.a. i en meddelelse til den montenegrinske regjeringen (Montenegro. Assessment 2010, s. 13): “*Special administrative procedures should be reduced as much as possible. Transparency, predictability and legal certainty in decision-making, as well as the standards of good legislation, require a coherent, unified system of administrative procedures, with a real minimal number of special procedures. Such uniformity also reduces administrative costs; it speeds up decisions, and increases the effectiveness and efficiency of public administration. The more administrative procedures are covered by the general administrative procedures law, the more likely it is that the procedures are known and observed.*”

⁵⁶ Bo Rothstein, *Creating State Legitimacy – Five Basic Models*, upublisert manus, se http://www.allacademic.com/meta/p_mla_apa_research_citation/2/1/1/9/7/p211972_index.html se

myndighetsutøvelse gjennom enkeltvedtak. Saksmengden har blitt så stor og sakene så komplekse at styring og kontroll gjennom myndighetshierarkiet ikke alltid er realistisk. Dette blir særlig tydelig dersom vi legger til grunn en streng fortolkning av den normative hovedmodellen: at bare avgjørelser som statsråden har hatt reell mulighet til å påvirke, er demokratisk legitime.

Hvis hierarkisk styring ikke er praktisk mulig, må legitimiteten sikres på andre måter. Én måte kan være å gi mer presise og detaljerte lover. Det hevdes ofte at upresis lovgivning skaper tvil om den demokratiske legitimiteten til forvaltningsvedtak og gjør det viktig at statsråden kan instruere underlagte organer. Men detaljert lovgivning er ikke alltid mulig, og det er ikke nødvendigvis slik at lover som gir adgang til skjønn, reduserer legitimiteten til forvaltningens avgjørelser. Mangel på materielle bestemmelser kan kompenseres med prosedyreregler. Legitimitet frembringes ikke bare av materielle rettsregler, men er også resultat av bestemmelser om måten vedtak skal treffes på. Det er f.eks. i stor grad prosessregler som former domstolsbeslutninger og gir disse legitimitet.

Hvilke typer prosedyreregler kan virke legitimitetsfremmende? Regler som sikrer og synliggjør at forvaltningen handler *upartisk* har trolig stor betydning for folks tillit til forvaltningen og for forvaltningens legitimitet.⁵⁷ Prinsippet om upartiskhet for organer som *håndhever* lovene kan sees som et korrelat til normen om politisk representasjon ("*one man one vote*") for organer som *gir* lovene. Empiriske undersøkelser viser at folks oppslutning om en offentlig avgjørelse påvirkes av hvordan de vurderer upartiskheten i beslutningsprosessen. Oppfattes prosessen som upartiske, stiger oppslutningen og *vice versa*.⁵⁸

Dersom hovedmodellens mekanisme for legitimering av forvaltningsavgjørelser ikke fullt ut er virksomme, må det innføres andre og supplerende ordninger som gir tillit til at alt går rett og rimelig for seg. Trolig er det behov for å gjennomtenke dette spørsmålet mer systematisk og prinsipielt enn det som har vært tilfellet til nå.

Økt uavhengighet for offentlige organer bør balanseres med bl.a. ulike prosessuelle reguleringer; dels slike som er rettet mot organet selv (f.eks. skjerpede krav til forsvarlig saksbehandling og ansvar for tjenestemenn som forbereder og avgjør saker) og dels slike som virker utover mot brukere, interessegruppe og befolkningen i sin alminnelighet (ikke minst krav om åpenhet og tilgjengelighet: *Not only must justice be done; it must also be seen to be done*).

At organer er uavhengige, betyr ikke at de mangler legitimitet. Den svenske forvaltningsordningen med uavhengige myndigheter kan være illustrerende. At en slik modell i det hele tatt kan virke i en demokratisk stat, skyldes at det svært

⁵⁷ Bo Rothstein og Jan Teorell, "What is Quality of Government: A Theory of Impartial Political Institutions", *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 2 (21), 2008, ss. 165–190.

⁵⁸ Marcia Grimes, "Organizing consent: The role of procedural fairness in political trust and compliance", *The European Journal of Political Research* 2(45), 2006, ss. 285-315.

tidlig ble utviklet ordninger som gjorde det vanskelig for myndighetene å misbruke sin frie stilling. Tre mekanismer er særlig viktige: prinsippet om åpenhet i forvaltningen, om statstjenestemennenes personlige ansvar og *justitieombudsmannens* omfattende reaksjonsmuligheter overfor myndighetene.⁵⁹ På alle disse områdene er de svenske ordningene mer vidtgående enn det som er tilfelle i Norge.

⁵⁹ Jacques Ziller, European Models of Government: Towards a Patchwork of Missing Pieces, in *Parliamentary Affairs*, 1(54), ss. 102-119, 2001.

Vedlegg 1

Den norske modellen i internasjonal sammenheng

Forvaltningsretten hører til de rettsområder som er sterkest preget av nasjonale ideer og tradisjoner. Det er derfor ikke hensiktsmessig eller mulig å overføre forvaltningsrettslige ordninger direkte fra ett land til et annet. Men like fullt er grunnproblemet det samme uansett land: forholdet mellom den enkelte og forvaltningen. Derfor kan det være nyttig å drøfte nasjonale ordninger og reformer på grunnlag av komparative studier.

At et tverrnasjonalt perspektiv kan være tjenlig, følger også av forvaltningsrettens internasjonalisering. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har gjennom avgjørelser i tilknytning til menneskerettighetskonvensjonens artikkel 6 fastsatt en felleseuropeisk standard for forvaltningsrettslige grunnprinsipper. Dessuten forutsetter EØS- og EU-retten på en rekke områder likeartede forvaltningsrettslige regler i medlemslandene. Disse reglene har nå fått et slikt omfang at rettsekspertene spør om ikke tiden er inne til å gi en egen forvaltningslov for EU.⁶⁰

Gjennomgangen i kapitel 2 viser at i Norge har den politiske ledelsen i prinsippet mulighet til å gripe inn i forvaltningens saksbehandling på alle de tre nevnte måtene: ved forhåndsinstruks, ved omgjøring av et allerede fattet vedtak enten av eget tiltak eller etter klage. Hvor typisk er den norske hovedmodellen i internasjonal sammenheng? Svaret er avhengig av hvilke land vi ser Norge i forhold til.

Vi skal kort sammenligne den norske modellen med det rettslig/konstitusjonelle mønstret i tre land som på ulike måter er forskjellige fra Norge: Sverige, Tyskland og Østerrike. Sammenlignet med disse tre landene har den politiske ledelsen i Norge en nokså vid adgang til å påvirke forvaltningens avgjørelser i enkelttilfelle. Det er kun i Norge at den politiske ledelsen kan påvirke myndighetsutøvelsen både i første instans og i klageomgangen, og at domstolsbehandling spiller liten rolle.

I motsetning til Norge er det i Tyskland og Sverige forvaltningsdomstoler og ikke organer innenfor forvaltningen (overordnet forvaltningsorgan eller klagenemnd) som avgjør forvaltningsklager. Mens Østerrike og Tyskland har et system med *forvaltningsintern* overprøving før klager behandles av forvaltningsdomstolen, er det i Sverige kun forvaltningsdomstolene som behandler klager over forvaltningsvedtak. I Østerrike skal *forfatningsdomstolen* kontrollere at menneskerettighetene ikke krenkes gjennom forvaltningsvedtak.

⁶⁰ Se f.eks. Anne Meuwese og medarbeidere, *Towards a European Administrative Procedure Law, Review of European Administrative Law*, 2 (2), ss. 3-35, 2009

Tabell 1 Statlig myndighetsutøvelse i fire europeiske land - hovedmønster

Land Aspekt ved Myndighetsutøvelsen	Norge	Sverige	Tyskland	Østerrike
Kan den politiske ledelsen gi instruksjoner <i>ex ante</i> ?	Ja.	Nei. Den svenske Grunnloven forbyr instruksjon	Ja.	Ja.
Kan den politiske ledelsen av eget tiltak omgjøre vedtak <i>ex post</i> ?	Ja	Nei	Ja, i teorien	Nei
Kan den politiske ledelsen omgjøre vedtak etter klage?	Ja	Nei. Klager avgjøres av forvaltningsdomstol	Ja, men klager avgjøres i siste instans av forvaltningsdomstol	Ja, men klager avgjøres i siste instans av forvaltningsdomstol, eventuelt forfatningsdomstol

Rettslig prøving av forvaltningsvedtak har lange tradisjoner i Tyskland og Østerrike. Sverige har utbygd systemet med forvaltningsdomstoler gradvis over en periode på flere tiår. Det var først i 1998 at Riksdagen besluttet at alle forvaltningsklager skal behandles av forvaltningsdomstol. Før dette hadde Sverige et kombinert system der klager dels ble avgjort i forvaltningen og dels av forvaltningsdomstol.⁶¹ I Norge er det relativt få forvaltningsvedtak som kommer for domstolene. Antallet har vært anslått til mellom 650 og kanskje et par tusen pr. år.⁶² Til sammenligning avgjør klagenemndene over 20 000 saker hvert år.⁶³

⁶¹ Proposition 1997/98:101 Översyn av förvaltningsprocessen; en allmän regel om domstolsprövning av förvaltningsbeslut m.m.

⁶² Sigbjørn Tenfjord, *Særdomstol og særprosess for prøving av forvaltningssaker? Ein studie med utgangspunkt i domstolsprøvinga i Noreg og England*, Institutt for offentlig retts skriftserie nr. 1/2009.

⁶³ Statskonsult op. cit. fotnote 2.

Vedlegg 2

Spørsmålsliste statlig myndighetsutøvelse

Begrensninger i instruksjonsadgang

- 1) Er departementets/Kongens instruksjons-/omgjøringsadgang formelt opphevet eller innsnevret på noen av departementets myndighetsområder?

Hvis svaret er ja:

- a) Hvilke organer utøver myndighet der departementets/Kongens instruksjons-/omgjøringsadgang er innsnevret?
- b) Hvilke av de tilfellene som er nevnt under 1a, er eventuelt vedtatt etter 1990?
- c) I hvilke lover (samt vedkommende paragrafer) er innsnevring i instruksjons-/omgjøringsadgang bestemt?
- d) På hvilke måter er instruksjons-/omgjøringsadgangen begrenset? Er det ved å avskjære/begrense:
 - o departementets instruksjonsrett overfor organet i enkeltsaker?
 - o departementets adgang til å overta enkeltsaker, eventuelt til å omgjøre saker på eget initiativ (eventuelt begrenset til "særlige" tilfeller)?
 - o departementets adgang til å utarbeide generelle retningslinjer for saksbehandlingen (lovskjønn, hensiktsmessighetskjønn, etc)?
 - o departementets adgang til å stille krav til organisering av etaten, saksbehandlingen, m.v. ?
 - o på andre måter? Gi en kort beskrivelse

Myndighetstildeling i lov

- 2) Er det under departementet organer som ved lov er tillagt myndighet direkte?

Hvis svaret er ja,

- a) Hvilke organer er ved lov tillagt myndighet direkte?
- b) Hvilke lover (samt vedkommende paragrafer) gir bestemmelser om myndighetstildelingen?

Kollegiale organer

- 3) Er det under departementet kollegiale organer (bortsett fra klagenemnder) som treffer enkeltvedtak i forvaltningens forstand?

Hvis svaret er ja, hvilke kollegiale organer er det snakk om?

Klagenemnder

- 4) Er det klagenemnder på departementets område?

Hvis svaret er ja,

- a) Hvilke klagenemnder er det snakk om?
- b) Kan departementet instruere førstinstansen og/eller klagenemndene?
- c) Kan departementet eller noe organ overhodet omgjøre førstinstansens vedtak etter forvaltningslovens § 35?
- d) Har nemndene myndighet til å treffe nytt vedtak i saken, og hvilken instans har eventuelt kompetanse til å behandle klage over det nye vedtaket?

Særlig tilbakeholdenhet med å bruke instruksjonsmyndighet

- 5) Har departementet underliggende organer der departementet formelt har full instruksjons-/omgjøringsmyndighet, men der det forventes at departementet utviser særlig tilbakeholdenhet med bruk av denne myndigheten?

Hvis svaret er ja,

- a) Hvilke organer er det snakk om?
- b) Er forventningen om tilbakeholdenhet uttrykt skriftlig?

Departementet som førstinstans eller klageinstans

- 6) Behandler departementet saker som førstinstans, ev. som klageinstans?

Svaralternativer:

- a) Ja, men bare som førstinstans
- b) Ja, men bare som klageinstans
- c) Ja, begge deler
- d) Nei

Hvis svaret er ja, på hvilke saksområder er dette tilfelle?

Deltakelse i EU-byråer/nettverk

- 7) Deltar organer på departementets område i EU-organer/byråer/nettverk?

Hvis svaret er ja, hvilke organer og byråer/nettverk er det snakk om?

Erfaring med overprøving av overnasjonale/internasjonale myndigheter

- 8) Har vedtak som er truffet av nasjonale organer på departementets område eller saker som har vært under behandling i disse EU-organene/byråene, blitt brakt inn for ESA, EFTA-domstolen, Den europeiske menneskerettsdomstolen eller andre internasjonale myndigheter?

Hvis svaret er ja,

- a) Hvilke temaer/saksområder var det snakk om?
- b) Førte involveringen av internasjonale myndigheter til at norske vedtak ble satt til side eller på andre måter kritisert?

Referanseark for Difi

Tittel på notat:	Statlig, men uavhengig? Myndighetsutøvelse gjennom forvaltningsvedtak
Difis notat-nummer:	2010:1
Forfatter(e):	Svein Eriksen med bistand fra Annemor Kalleberg, Dag Solumsmoen og Vera Vikki
Ev. eksterne samarbeidspartnere:	Referansegruppe: Arne Fliflet, Arnulf Tverberg, Terje Sjeggestad, Eivind Smith, Carlo Thomsen, Sunniva Bragdø-Ellenes
Prosjektnummer:	102102
Prosjektnavn:	Statlig myndighetsutøvelse
Prosjektleder:	Svein Eriksen
Prosjektansvarlig avdeling:	FOR
Oppdragsgiver(e):	Egeninitiert
Resymé/omtale:	<p>Notatet gir en foreløpig oppsummering av funn i en områdegjennomgang av statlig, men uavhengig myndighetsutøvelse. Fire utviklingstrekk blir kartlagt: Opprettelse av organer som er unntatt politisk instruksjon (formell uavhengighet), delegasjon av myndighet til underliggende organer der det forutsettes at instruksjons- og omgjøringsadgangen ikke skal benyttes (uformell uavhengighet), opprettelse av uavhengige klagenemnder, samt internasjonalisering av myndighetsutøvelsen. Disse trekkene er blitt så vidt omfattende at den normative hovedmodellen for myndighetsutøvelse, dvs. at politisk nivå har adgang til styring og kontroll av alle forvaltningsvedtak, er kommet under press.</p> <p>Kartleggingen viser også at underliggende organers uavhengighet ofte ikke er klart regelfestet, uavhengighet er ofte underforstått og antas å følge av opprettelsen av organet, av organets natur mv.</p>
Emneord:	Uavhengighet, myndighetsutøvelse, styring, organisering, rettssikkerhet, forvaltningsloven, forvaltningsvedtak, enkeltvedtak, klagenemnd, kollegialt organ, instruksjonsadgang, omgjøringsadgang, legitimitet, internasjonalisering
Totalt antall sider til trykking:	33
Dato for utgivelse:	23. november 2010
Utgiver:	Difi Postboks 8115 Dep 0032 OSLO www.difi.no