

På armlengdes avstand, men innenfor rekkevidde

Om legitim myndighetsutøvelse gjennom uavhengige forvaltningsorganer

Difi-rapport 2014:4
ISSN 1890-6583

Forord

Difi legger med dette fram en rapport om forhold som bestemmer legitimiteten til statlig myndighetsutøvelse. Rapporten drøfter en del prinsipielle spørsmål som følger av de kartlegginger og analyser Difi de siste årene har gjort av omfanget og utviklingen av myndighetsutøvelse i regi av uavhengige organer.

Vi viser i den forbindelse særlig til Difi-notat 2010:1 *Statlig, men uavhengig? Myndighetsutøvelse gjennom forvaltningsvedtak*, Difi-rapport 2012:7 *Uavhengig eller bare uavklart? Organisering av statlig myndighetsutøvelse* og Difi-rapport 2014:2 *Viltvoksende nemnder? Om organisering av statlige klagenemnder*.

Rapporten behandler legitimitetsspørsmålet ut fra ulike synsvinkler. Vi mener spørsmålet om hva som gjør statlig myndighetsutøvelse legitim, om hvilken betydning det har at myndighetsorganer ikke står under direkte politisk styring – bør gjøres til gjenstand for en bred vurdering – ut fra ulike perspektiver. Vi har derfor funnet det riktig å behandle problemstillingen utfra en synsvinkel som ikke har vært så vanlig i Norge, men som er viktig for en allsidig belysning og nyansert debatt. Spørsmålet er komplekst. Vi mener på ingen måte å ha gitt en fullt dekkende analyse av alle sider ved det. Hensikten er å inspirere til ettertanke, til debatt – og antyde et reformbehov og en mulig reformretning.

Rapporten er ført i pennen av seniorrådgiver Svein Eriksen med bistand fra seniorrådgiverne Annemor Kalleberg og Dag Solumsmoen og spesialrådgiver Harald Nybøen. Det har vært oppnevnt en referansegruppe for prosjektet «Statlig myndighetsutøvelse». Referansegruppen har bestått av fagdirektør Carlo Thomsen, det daværende Fornyings- og administrasjonsdepartementet, lovrådgiver Arnulf Tverberg, Justisdepartementet, professor Eivind Smith, Universitetet i Oslo og førsteamanuensis Sunniva Bragdø-Ellenes, Universitetet i Agder. Gruppen har bidratt med kommentarer og vurderinger. I slutfasen av arbeidet har førsteamanuensis ved Institutt for statsvitenskap, Universitetet i Oslo, Jostein Askim gitt verdifulle kommentarer og vært en viktig samtalepartner, særlig når det gjelder utformingen av rapportens kapittel 1 og 2.

Oslo, 28. mai 2014



Ingelin Killengreen

Direktør

Innholdsfortegnelse

Sammendrag	4
1. Innledning	6
1.1 Tema og problemstillinger	6
1.2 Farvel til den normative hovedmodellen?	7
2. Ulike legitimitetsmodeller	13
2.1 Flertallslegitimitet og forvalterlegitimitet	13
2.2 Flertallsparadigmet: politikk som legitimeringsgrunnlag	15
2.3 Forvalterparadigmet (I): rett som legitimitetsgrunnlag	20
2.4 Forvalterparadigmet (II) fag som legitimitetsgrunnlag	25
3 Ulike legitimitetsmodeller i historisk og politisk perspektiv	31
3.2 To forvaltningspolitiske problemfelt	31
3.3 Politikk og rett	31
3.4 Politikk og fag	35
4 De to legitimitetsmodellene i internasjonalt perspektiv.....	42
4.2 EU som normsetter	42
4.2.1 EU og de to legitimitetsmodellene	42
4.2.2 Krav til nasjonalstatenes forvaltning	43
4.2.3 EU-byråer: Legitimitet til tross for demokratisk underskudd	46
4.3 Norge i komparativt perspektiv	49
4.3.1 Det komparative hovedmønstret	49
4.3.2 Sverige	50
4.3.3 Tyskland	51
1.1.1 4.2.4 Ulike rettstradisjoner	54
5 Sammenfattende drøfting	56
Referanseark for Difi	58

Sammendrag

Difi har i flere publikasjoner vist at det har oppstått et gap mellom den normative hovedmodellen for myndighetsutøvelse på den ene side og den faktiske forvaltningsutvikling på den annen. Mens hovedmodellen sier at myndighetsutøvelsen skal stå under direkte styring og kontroll fra den politiske ledelsen, har det de siste ti-årene blitt opprettet en rekke organer der den politiske ledelsens inngrepsmuligheter er begrenset. Dette kan sees som en uthuling av demokratiet og en svekkelse av den politiske styringsevnen. I denne rapporten diskuterer vi disse antakelsene.

Et hovedspørsmål er hva som gir forvaltningsvedtak legitimitet. Vi tar utgangspunkt i oppfatningen at legitimitet er et flerdimensjonalt begrep. Legitimitet kan ha sammenheng med at folk har adgang til å delta i politiske prosesser, og at avgjørelsene i forvaltningen uttrykker velgerflertallets standpunkter. Den norske debatten har vært mye konsentrert om svikt når det gjelder denne typen legitimitet. Et fremherskende syn har vært at den parlamentariske styringskjeden forvirrer. Vi redegjør i rapporten også for et annet perspektiv der kilden til et politisk systems legitimitet ikke i første rekke ligger i den parlamentariske styringskjeden, men i forvaltningen, i måten denne skjøtter sitt arbeid på.

Vi presenterer i tråd dette med dette to hovedmodeller for legitimitet. Den ene modellen kaller vi *flertallsparadigmet* – statens myndighetsutøvelse har legitimitet i den grad forvaltningens vedtak faktisk gjenspeiler flertallets preferanser. Den andre modellen betegner vi *forvalterparadigmet* – her ligger kilden til legitimitet i kvaliteten på de prosesser som forvaltningsorganer gjennomfører før avgjørelser treffes. Litt forenklet kan vi si at innenfor flertallsparadigmet er avgjørelser politisk begrunnet. I forvalterparadigmet derimot er avgjørelser ofte begrunnet med rettslige eller faglige argumenter. Siden rett og fag (dvs. andre fag enn jus) kan trekke i ulike retninger, sonderer vi mellom to varianter av forvalterparadigmet, der den ene legger vekt på rettslige og den andre fremhever faglige, ikke-rettslige hensyn.

Rapporten vurderer i kapittel 2 forutsetninger for at de ulike paradigmene skal kunne realiseres og undersøker det enkelte paradigmes fordeler og ulemper. For hvert av paradigmene presenterer og drøfter vi et sett med forutsetninger som må være til stede for at de skal kunne fungere etter sin hensikt.

Deretter, i kapittel 3, undersøker vi hvordan brytningen mellom nøkkelementer i de to paradigmene har satt sitt preg på den norske forvaltningspolitiske debatten etter krigen. To spenningsfelt har stått sentralt: mellom politikk og rett og mellom fag og politikk.

Rapportens kapittel 4 beskriver – utfra et legitimitetsperspektiv - systemet for myndighetsutøvelse i to andre land Sverige og Tyskland og i EU. En sentral observasjon er at demokratiske stater har ordnet sine systemer for myndighetsutøvelse svært ulikt. I Sverige er politisk instruksjon ikke tillatt; i Tyskland er det det motsatte arrangementet – uavhengig forvaltningsmyndighet – som er konstitusjonelt forbudt.

Rapporten understreker at et demokrati som det norske bygger på ulike til dels konkurrerende styringsprinsipper basert på ulike idétradisjoner. Som regel vil vårt politiske system kunne leve med uløste spenninger mellom prinsippene. Å rendyrke ett bestemt hensyn er ingen realistisk mulighet; ingen institusjoner kan heller være absolutt uavhengige. Det er grunn til å tro at tilliten til institusjonene er avhengig av hvor grensene mellom dem trekkes og balanseforholdet utvikles.

En konklusjon i rapporten er at det i Norge har vært liten diskusjon om det er andre mekanismer enn parlamentarisk styring og kontroll som kan gi legitimitet til forvaltningens avgjørelser, og følgelig om hovedmodellen for myndighetsutøvelse bør justeres eller suppleres med andre normative posisjoner. Vi mener dette er problematisk.

Etter Difis syn er det behov for å reformere det systemet for myndighetsutøvelse som har utviklet seg. For å få til adekvate reformer må man frigjøre seg fra den endimensjonale oppfatningen av hva som gjør offentlig, myndighetsutøvelse legitim. Det bør utvikles alternativer eller supplementer til den normative hovedmodellen, som klart erkjenner at myndighetsutøvelse på armlengdes avstand fra den politiske ledelsen – der avgjørelser i enkeltsaker er tuftet på en annen rasjonalitet enn flertallsstyrets – kan være legitimitetsfremmende. Slik uavhengighet kan øke tilliten til at det treffes gode og upartiske avgjørelser, til at det ikke tas utenforliggende politiske hensyn på områder hvor slik tilbakeholdenhet er viktig.

1. Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Vi skal i denne rapporten se på forhold som påvirker legitimiteten til statlig myndighetsutøvelse. Temaet er stort sett avgrenset til statsforvaltningens myndighetsutøvelse i enkelttilfeller (forbud, påbud, tillatelser mv.) og legitimitetsspørsmål som følger av myndighetsutøvelsens avstand til statsråden.

Utgangspunktet for rapporten er todelt:

- (1) Offentlige beslutninger må ha legitimitet, dvs. at også de som er uenige i beslutningenes innhold, likevel aksepterer og etterlever dem. Uansett eget standpunkt i den enkelte sak har borgerne i legitime politiske systemer tillit til at offentlige myndighetsutøvelse er rimelig og rettferdig. Høy grad av legitimitet er helt nødvendig for å kunne styre og utvikle komplekse samfunn. Er legitimiteten lav, blir det vanskelig å få gjennomført politiske vedtak, noe som igjen fører til ytterligere fall i legitimiteten.¹
- (2) I Norge har vi siden Grunnlovens tilblivelse i 1814, hatt en normativ hovedmodell for hvordan legitim myndighetsutøvelse sikres i forvaltningen. Over tid har imidlertid hovedmodellen – gjennom et stort antall enkeltavgjørelser - blitt fraveket i en slik grad at det kan se ut om den er på vei til å bli en unntaksvariant. De prinsipielle sidene ved denne utviklingen har ikke fått særlig oppmerksomhet. Det er uheldig. Vi mener det nå er behov for å tenke nytt om legitimitetsgrunnlaget for myndighetsutøvelse.

Vi vil i denne rapporten ikke behandle den *faktiske* legitimiteten til norske myndighetsutøvende organer. La oss foreløpig bare notere at det er grunn til å anta legitimiteten til det norske politiske systemet som høy (se tabell 1 nedenfor). Vårt anliggende er heller å drøfte behovet for å utvikle alternative - eventuelt supplerende modeller til den gjengse forståelsen av hva som legitimerer offentlig myndighetsutøvelse.

Vi drøfter spørsmål om legitimitet utfra en teoretisk, historisk og komparativ synsvinkel:

- Kapittel 1 og 2 presenterer og drøfter ulike legitimitetsmodeller og -perspektiver
- Kapittel 3 gir en gjennomgang av hvordan spørsmål om legitim myndighetsutøvelse har vært drøftet i norsk forvaltningspolitisk historie
- Kapittel 4 beskriver – utfra et legitimitetsperspektiv - systemet for myndighetsutøvelse i et par andre land Sverige og Tyskland, samt i EU

¹ Synker legitimiteten under et kritisk nivå, er det politiske systemet alvorlig truet. I ekstreme tilfelle kan det gå i oppløsning, slik det skjedde med mange regimer i Øst- og Sørøst-Europa etter 1989.

Et hovedpoeng i rapporten er at den offentlige forvaltningen inneholder en lang rekke organisasjonsformer og – prinsipper som er tilpasset ulike formål og handlingsomgivelser, og som reflekterer ulike typer legitimitet. Trolig er et slikt mangfold en forutsetning for at borgerne vil ha tillit til og akseptere og etterleve statens beslutninger.² Det er derfor uheldig å behandle den offentlige forvaltningen som én mer eller mindre homogen enhet hvis beslutninger legitimeres kun av ett sett kriterier.

Vi mener tiden er inne for å myke opp den normative hovedmodellen for myndighetsutøvelse i norsk forvaltning.

1.2 Farvel til den normative hovedmodellen?

Det vi kaller «den normative hovedmodellen» innebærer at myndighetsutøvelsen skal være under direkte politisk styring. Regjeringen og departementene skal ha instruksjons- og kontrollmyndighet over underordnede forvaltningsorganer. Modellen følger av flere grunnlovsbestemmelser.³ Stortinget har uttalt (1977) at hovedmodellen bør bevares eller skjerpes.⁴ De siste tre ti-årene har imidlertid utviklingen i stor grad gått i motsatt retning:⁵

- *Antallet organer som helt eller delvis er unntatt politisk instruksjon øker.* De siste 10-20 årene er det vedtatt rettslige beskrankninger i departementenes mulighet til å gripe inn i saksbehandlingen til en lang rekke offentlige organer. Difi har funnet at den politiske ledelsens inngrepsmuligheter på en eller annen måte er begrenset for om lag halvparten av de 200 forvaltningsorganene som forestår myndighetsutøvelse i enkelttilfeller.⁶
- *Oppgaver overføres til overnasjonale styringsorganer (EU/EØS).* I dag er det mer enn 30 tilsyns-/overvåkingsorganer (agencies) på EU-nivå. Selv om bare et fåtall av disse har avgjørelsesmyndighet, påvirker de myndighetsutøvelsen i medlemsstatenes nasjonale parallellorganer.⁷ EU-organene forventes å utøve sin virksomhet uavhengig av nasjonale politiske myndigheter. I noen tilfeller nedlegger EU-lovgivningen

² Bo Rothstein, *Creating State Legitimacy – the Five Basic Models*, Paper presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, Chicago Aug 28 – Sept 2, 2007.

³ 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 [...]” og § 31 ”Alle af Kongen udfærdigede Beslutninger skulle, for at blive gyldige, kontraseres”

⁴ St. forh. 1977 s. 4076, jf. Innst. S. nr. 277 1976-1977.

⁵ Difi-rapport 2012:7 *Uavhengig eller bare uavklart? Organisering av statlig myndighetsutøvelse.*

⁶ Ibid.

⁷ Morten Egeberg (red.) *Multilevel Union Administration. The Transformation of Executive Politics in Europe*, Palgrave Macmillan, Houndsmills, 2006.

eksplisitt forbud mot at medlemsstatene gir instruksjoner til sine representanter i EU-myndighetenes styrende organer.⁸ At norske statsetater deltar i EU-byråer/nettverk, må sies å ha svekket departementenes muligheter til å styre etatene.

Det har dermed oppstått et tydelig og voksende gap mellom normativ modell og faktisk forvaltningsutvikling. Dette gapet gir grunn til ettertanke. I Norge har den rådende holdningen vært at et demokrati forutsetter en *ubrutt parlamentarisk styringskjede* – fra velgerne via storting og regjering til den ytterste forvaltningsmyndighet. Dette synet kom tydelig til uttrykk i den siste maktutredningen: Å gi forvaltningsorganer uavhengighet fra den politiske ledelsen oppfattes å svekke demokratiet og den politiske styringsevnen. Ifølge professorene Tom Christensen og Per Lægreid har “[...] reforms in this direction [...] weakened democratic control and [...] it is unclear what kinds of interests and considerations are replacing ‘political signals’.”⁹ Professor i statsvitenskap Dag Ingvar Jacobsen hevder at hvis politikerne binder seg til masten og abdiserer fra intervensjon i enkeltsaker, blir muligheten til å drive ”en aktiv samfunnskapende politikk” vanskeligere¹⁰ og at politikken på denne måten ”redueres” til å utforme regler og lover.

Lederne for Makt- og demokratiutredningen gir uttrykk for bekymring for tilstanden til norsk demokrati: den parlamentariske styringskjeden er svekket i alle ledd:

“[...] 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.”¹¹

Også andre vestlige land opplever problemer med demokratiet.¹² Det er ikke mangel på undersøkelser som viser at den parlamentariske styringskjeden svekkes også i Sverige og Danmark.¹³ Likevel er det få som for alvor vil hevde at Norge og andre stabile demokratier opplever alvorlig legitimitetssvikt.

⁸ Eksempelvis EU's 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).

⁹ Tom Christensen and Per Lægreid, *Modern Regulatory Agencies – Professional and Judicial Objectivity or Increased Complexity in Decision-Making?* Working Paper 12 – 2006, s. 28, Stein Rokkan Centre For Social Studies, Unifob AS.

¹⁰ Dag Ingvar Jacobsen, ”Administrasjonens makt – om forholdet mellom politikk og administrasjon”, Fagbokforlaget, Bergen 1997, s. 216.

¹¹ Øivind Østerud og Per Selle. 2006. "Power and democracy in Norway: The transformation of Norwegian politics." *Scandinavian Political Studies* 29:25-46.

¹² Se f.eks. Mattei Dogan, "Erosion of Confidence in Thirty European Democracies" , ss. 11-54 in *Political Mistrust and the Discrediting of Politicians*, edited by Mattei Dogan. Leiden: Brill, 2005. I OECD-området er imidlertid tillitstapet til "the government" i perioden 2007-2012 vesentlig større i en rekke andre land enn i Norge. I Norge er tilliten høy og bare marginalt lavere i 2012 enn i 2007, se OECD, 2013, *Government at a Glance* 2013, s. 25

¹³ Se Rothstein som nevnt i fotnote 2.

En stor, internasjonal spørreundersøkelse som ble gjennomført i 1996 og 1997 - altså på et tidspunkt da forvitringen av den norske parlamentariske styringskjeden var i gang – viste at i knapt noe annet land enn Norge hadde innbyggerne en så positiv vurdering av den aktuelle tilstanden til det politiske systemet og av måten systemet utviklet seg på. Tabell 1 sammenligner resultatene for de tre landene vi undersøker, Norge Sverige og Tyskland.

Tabell 1 Borgernes vurdering av tilstanden til det politiske systemet, på intervju tidspunktet (1996/1997), 10 år tidligere og 10 år senere

Vurdering	Norge			Sverige			Tyskland		
	For 10 år siden	Nå (1996)	Om 10 år	For 10 år siden	Nå (1996)	Om 10 år	For 10 år siden	Nå (1997)	Om 10 år
Overveiende negativ	16,4	13,1	10,4	14,8	51,5	27,1	29,1	41,9	41,0
Både-og	40,4	34,7	28,2	29,7	30,5	33,1	27,2	33,6	26,2
Overveiende positiv	31,8	40,0	57,7	42,1	15,4	28,9	39,2	23,2	21,3

Kilde: World Values Survey

Norske borgeres relativt positive og optimistiske vurderinger av det hjemlige politiske systemet står i kontrast til maktutredningens nokså negative konklusjoner. Betyr dette at tilstanden i den parlamentariske styringskjeden, som er maktutredningens bekymring, ikke er avgjørende for folks tillit til det politiske systemet? Betyr det at andre faktorer er viktige – og kanskje viktigere?

I den internasjonale, demokratiteoretiske debatten har det de siste to ti-årene vært en økende opptatthet av legitimitet som et flerdimensjonalt begrep. Flere forfattere har tatt utgangspunkt i Abraham Lincolns Gettysburg Address, der han definerer demokrati som «*government of the people, by the people, and for the people*». Folket fungerer dermed som det politiske systemets oppdragsgiver (*of the people*), som dets utøver (*by the people*) og som mottager av systemets beslutninger (*for the people*).¹⁴ Denne distinksjonen svarer til den senere sondringen mellom et politisk systems *input, throughput* og *output*.¹⁵ Betragtninger om et systems legitimitet kan knyttes til alle tre systemelementene. Folks erfaringer fra de ulike rollene de varetar (oppdragsgiver, utøver, mottager), vil til sammen bestemme den tilliten de har til systemet og systemets legitimitet.

Vi vil i denne rapporten særlig konsentrere oss om distinksjonen mellom *input-legitimitet* og *output-legitimitet* eller sagt på en annen måte: legitimitetsvurderinger som springer ut av folks erfaringer som hhv. *oppdragsgivere* for det politiske systemet eller som *mottagere* av systemets tjenester og avgjørelser. Høy input-legitimitet er betinget av effektive mekanismer for å sikre samsvar mellom befolkningens preferanser på den ene

¹⁴ Se f.eks. Stephan Grohs, «Die Verwaltungswissenschaftliche Perspektive auf Demokratie», i Helmut Breitmeier, *Politikwissenschaft, Verwaltungswissenschaft, Soziologie : eine interdisziplinäre Einführung ; Kurseinheit 1-3* / Breitmeier, s. 91-114, s. 92.

¹⁵ David Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, Wiley, New York, 1965.

siden og innholdet i politiske vedtak på den annen (at folk ser en sammenheng mellom de oppdrag det gir til det politiske systemet gjennom f.eks. stemmegivning, og den politikken som faktisk føres). Diskusjoner om denne typen legitimitet vil typisk gjelde politiske partier, valg og parlamenter. Output-legitimitet gjelder et politisk systems evne til faktisk å løse sosiale problemer og iverksette politiske vedtak og derigjennom å vinne folks tillit (at folk erfarer at systemet behandler dem på en fair måte og er i stand til å imøtekomme deres behov). Analyser av denne evnen vil særlig rette oppmerksomheten mot forvaltningens organisering, beslutningsatferd og møte med borgerne.

Som vi har sett, har den norske debatten – særlig makt- og demokratiutredningen (1998-2003) vært mye konsentrert om svikt i den parlamentariske styringskjeden, dvs. om mangel på input-legitimitet i det norske politiske systemet. Bl.a. den svenske professor i statsvitenskap Bo Rothstein har et annet perspektiv. Han hevder at den viktigste kilden til det politiske systemets legitimitet bør søkes andre steder enn i den parlamentariske styringskjeden. I følge Rothstein er den viktigste kilden å finne på systemets output-side – ikke minst i den offentlige forvaltningen, i måten denne faktisk skjøtter sitt arbeid på:

“My argument is that political legitimacy is created, maintained and destroyed not at the input but at the output side of the political system. That is, political legitimacy depends on the *quality of government*, not on the quality of elections or representation.”¹⁶

Rothstein fremhever at de fleste mennesker erfarer det politiske systemets kvalitet først og fremst gjennom sine møter med forvaltningen – som mottagere av systemets tjenester og beslutninger. I disse møtene avgjøres hver dag spørsmål av største betydning for folks liv og velferd. Selv om parlamentariske/politiske organer treffer vedtak av betydelig rekkevidde, er det forvaltningsorganer som setter disse vedtakene ut i livet. For borgerne flest er det forvaltningen som i praksis *er* det politiske systemet, og følgelig er det kvaliteten på forvaltningen som bestemmer deres oppfatning av det politiske systemets legitimitet. Max Weber satte dette resonnementet på spissen da han hevdet at for en skattebetaler har møtet med skatteoppkreveren større betydning for hans tillit til det politiske systemet enn om dette er basert på allmenn stemmerett eller ikke.¹⁷

I en rekke europeiske land er det en tendens til at publikum har mer tillit til ikke-politiske institusjoner som politi og domstoler enn til politiske. Organer som borgerne kan velge direkte, som nasjonale parlamenter, skårer til dels klart lavere enn organer hvor de ikke kan bestemme hvem som utøver myndighet. Disse mønstrene gjenfinner vi i Norge og de to andre landene vi undersøker, Sverige og Tyskland (se tabell 2).

¹⁶ Se Rothstein som nevnt i fotnote 2, s. 2.

¹⁷ Se Rothstein som nevnt i fotnote 2, s. 21.

Tabell 2 Stor eller nokså stor tillit til ulike samfunnsinstitusjoner (2007)- prosentandeler

	Politiske partier	Parlament	Regjering	Offentlig forvaltning	Politi	Domstoler
Norge	22,3	64,9	53,7	60,7	86,9	85,2
Sverige	32,8	53,7	41,9	56,1	77,3	73,0
Tyskland	12,6	21,3	23,3	30,4	72,0	54,3

Kilde: World Values Survey

Dataene i tabell 2 tyder altså på at det er andre faktorer enn statsinstitusjoners politiske representativitet som bestemmer den grad av tillit de nyter.

Hvilke kjennetegn ved det politiske systemet er det som virker legitimitetsfremmende? Svenske forskere peker på betydningen av at forvaltningen handler *upartisk* – og *ikke representativt* til fordel for flertallsinteresser.¹⁸ Upartiskhet innebærer at forvaltningen i sine avgjørelser behandler alle borgere likt og ikke tar hensyn til personlige eller politiske sympatier og antipatier. Forskerne tar utgangspunkt i idealet om at et demokratisk system bør etterstrebe «*politisk likhet*» på systemets input-side: Alle borgere bør ha tilnærmet lik i tilgang til politisk relevante ressurser, slik at de har samme mulighet til å delta i og påvirke politiske prosesser. Upartiskhet på output-siden er det logiske korrelat til politisk likhet på input-siden. Empiriske undersøkelser viser at folks oppslutning om en offentlig avgjørelse er bestemt av hvordan de vurderer upartiskheten i beslutningsprosessen. Oppfattes prosessen som upartisk, stiger oppslutningen og *vice versa*.¹⁹

I Norge har det vært liten debatt om den normative hovedmodellen for forvaltningens myndighetsutøvelse. De som har uttrykt bekymring over spenningen mellom hovedmodellen som forvaltningspolitisk ideal på den ene siden og den forvaltningspolitiske virkelighet på den annen, har i liten grad drøftet om det er andre mekanismer enn parlamentarisk styring og kontroll som kan gi legitimitet til forvaltningens avgjørelser, og følgelig om hovedmodellen må justeres eller suppleres med andre normative posisjoner. Dette er problematisk.

Ved nokså ensidig å fokusere på ett element taper man av syne legitimitetsbegrepets flerdimensjonalitet. Legitimitet i statsstyringen må oppnås ved å bruke et bredt spektrum av metoder og virkemidler. Å gå ut i fra at det kun er kjennetegn ved det representative systemet som gir offentlige beslutninger legitimitet, er ikke tilstrekkelig. Av stor betydning er, som vi allerede har nevnt, måten forvaltningen er organisert og arbeider på. Dette er følgelig temaer som gjelder langt mer enn spørsmål om teknisk rasjonalitet og

¹⁸ Rothstein og Teorell, "What is Quality of Government: A Theory of Impartial Political Institutions", *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 2 (21), April 2008 ss. 165–190.

¹⁹ Marcia Grimes, "Organizing consent: The role of procedural fairness in political trust and compliance", *The European Journal of Political Research* (2006) , ss. 285-315.

effektivitet. Som Bo Rothstein understreker: De er av grunnleggende betydning for legitimiteten til hele det politiske systemet.²⁰

Statlig myndighetsutøvelse kan altså være legitim selv om den ikke står under direkte politiske styring og kontroll. Legitimiteten kan følge av handlingsnormer som særlig kjennetegner det administrative apparatet: hensynet til rettssikkerhet og faglig forsvarlighet. I det neste kapitlet skal vi drøfte disse to legitimitetskildene og se dem i forhold til legitimitet som er begrunnet i hensynet til flertallets interesser.

²⁰ Bo Rothstein som nevnt i fotnote 2, s. 39.

2. Ulike legitimitetsmodeller

2.1 Flertallslegitimitet og forvalterlegitimitet

Hva gjør statens myndighetsutøvelse legitim? Statsvitenskapelig litteratur synes særlig å ha konsentrert seg om fire mekanismer som kan gjøre et styresett legitimt.²¹ Legitimiteten kan være bestemt av:

- a. at spesielle tradisjoner etterleves
- b. at de politiske lederne har spesielle særtrekk, særlig karisma,
- c. at den politiske ledelsen sikrer folket bestemte ytelser
- d. at det politiske lederskapet er valgt på en bestemt måte

Siden vi i denne rapporten særlig er opptatt av myndighetsutøvelse, er det særlig type c. som er interessant. I følge Bo Rothstein forekommer c. i to varianter. I den første varianten nyter de styrende legitimitet fordi de gjennom sine disposisjoner tilgodeser et flertall av befolkningen eller mektige interessegrupper. Et mindretall aksepterer flertallets avgjørelser, fordi det har mulighet til senere å utgjøre et flertall. I den andre varianten oppnår den politiske ledelsen legitimitet fordi den prøver å realisere hensynet til samfunnets «fellesinteresser» ved å samordne borgernes handlinger på en sosialt fordelaktig måte. Ledelsen oppnår på denne måten oppslutning fra en stor andel av befolkningen.²²

Juridiske perspektiver på legitim myndighetsutøvelse supplerer de statsvitenskapelige perspektivene, og begge disiplinene bør ses i sammenheng. Den amerikanske professoren i jus, Jessica Mantel sonderer mellom to hovedtyper av legitimitet, «majoritarian legitimacy» og «trustee legitimacy» som er beslektet med Rothsteins to varianter som vi har omtalt i avsnittet ovenfor.²³ «Majoritarian legitimacy» kan oversettes med «flertallslegitimitet» og «trustee legitimacy» med «forvalterlegitimitet».

Flertallslegitimitet: Statens myndighetsutøvelse har flertallslegitimitet i den utstrekning forvaltningens vedtak gjenspeiler flertallets preferanser, slik disse er formidlet gjennom demokratiske og politisk styrte vedtak. Innenfor denne modellen er forholdet mellom politikk og administrasjon som mellom hersker og tjener. Tjenestemannsstabens første plikt er lydighet mot den politiske ledelsen, og ledelsen er forpliktet av lojalitet til sine velgere.

²¹ Se Bo Rothstein som nevnt i fotnote 2, s. 5.

²² Ibid.

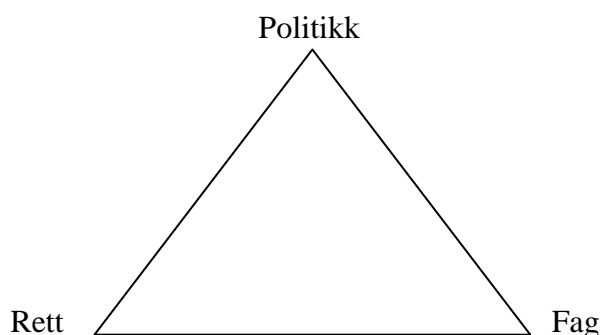
²³ Se Jessica Mantel 2008, «Procedural safeguards for Agency Guidance: A Source of Legitimacy for the Administrative State», tilgjengelig på http://works.bepress.com/jessica_mantel/2/.

Forvalterlegitimitet: I følge forvalterparadigmet bør offentlig myndighetsutøvelse styres av ”refleksjon om det felles beste”²⁴. Kilden til legitimitet ligger ikke i forvaltningsorganers og beslutningers politiske representativitet, i ytre styring og kontroll fra politiske myndigheter, men i kvaliteten på de prosesser som forvaltningsorganene gjennomfører før beslutninger treffes. Beslutninger bedømmes som legitime når de er truffet i samsvar med gjeldende lover, etter beste faglige skjønn og ut fra hensynet til det felles beste. Mens graden av flertallslegitimitet hovedsakelig bestemmes av beslutningenes innhold – av i hvilken grad dette samsvarer med flertallets interesser, avgjøres graden av forvalterlegitimitet primært av måten beslutningene er truffet på – blant annet respekten for faglige og rettslige normer. I den videre fremstillingen bruker vi sontringen mellom flertalls- og forvalterparadigmet.

I Norge har spørsmålet om uavhengighet for myndighetsorganer fra tid til annen (se nedenfor kapittel 3) blitt drøftet utfra en dikotomi som er beslektet med sontringen mellom flertallslegitimitet og forvalterlegitimitet. Mens tilhengerne av uavhengighet har vært opptatt av å unngå utilbørlig politisk innblanding i faglige vurderinger, har motstanderne sett en fare for at demokratiet undergraves dersom teknokrater og rettshåndhevere får for vidt spillerom.

Sontringen mellom to paradigmer retter søkelyset mot viktige og tilsynelatende motstridende hensyn, men er uttrykk for en dikotomi som ikke, eller bare svært sjelden - gjenfinnes i den virkelige verden. Begge paradigmene kan begrunnes, kritiseres og nyanseres utfra ulike filosofiske og ideologiske posisjoner. Folkestyre er, som vi kommer tilbake til, mer enn flertallsstyre, og forvalterparadigmet rommer ulike styringshensyn og -verdier: i denne rapporten skal vi særlig være opptatt av hensynet til rett og fagkyndighet.

Forholdet mellom flertalls- og forvalterparadigmet kan også belyses gjennom relasjonene mellom tre poler: politikk, rett og fag (dvs. andre fag enn jus).



Vi får dermed tre relasjoner politikk – rett, politikk – fag og fag – rett. Litt forenklet kan vi si at innenfor flertallsparadigmet er avgjørelser politisk begrunnet. Det er hensynet til flertallets interesser som er utslagsgivende. I forvalterparadigmet derimot er avgjørelser ofte begrunnet med rettslige eller

²⁴ Mantel, *ibid.* s. 16, ”reflective deliberations on the ‘common good’”.

andre faglige argumenter. Siden rett og fag kan trekke i ulik retning, kan vi si at det er to varianter av forvalterparadigmet, der den ene legger vekt på rettslige og den andre fremhever faglige, ikke-rettslige hensyn.

De to paradigmene – flertallsparadigmet og forvalterparadigmet - reflekterer på ulike måter de norske forvaltningsverdiene, demokrati, rettssikkerhet, faglig integritet og effektivitet²⁵, så vel som spenningene mellom dem. Litt forenklet kan vi si at flertallsparadigmet varetar hensynet til demokrati, hvis vi med «demokrati» mener flertallsstyre. Men dette er som vi kommer tilbake til, bare en av flere mulige oppfatninger av hva demokrati er. Forvalterparadigmet vektlegger hensynet til både faglig integritet og rettssikkerhet. Men som allerede antydnet, og som vi skal utdype nedenfor, kan det være en spenning mellom disse to. Bl.a. kan ønsket om faglig begrunnet fleksibilitet og effektivitet gå på bekostning av rettssikkerheten.

Hvordan de tre hensynene, politikk, rett og fag, best kan og bør utspille seg i vårt styringssystem, kan ikke avgjøres en gang for alle. De må defineres og redefineres – enkeltvis og samlet – utfra de krav som samtiden stiller. Vi skal i det følgende kort presentere noen momenter som kan høre hjemme i en slik vurdering.

2.2 Flertallsparadigmet: politikk som legitimeringsgrunnlag

Utgangspunktet for flertallsparadigmet er at det bare er folket selv - gjennom sine valgte representanter - som har legitim myndighet til å pålegge seg byrder (f.eks. plikt til å betale skatt). Dette utgangspunktet kan tolkes slik at ikke bare nasjonalforsamlingens vedtak, men også forvaltningens gjennomføring av disse trenger demokratisk legitimitet. Forvaltningsorganer som står under direkte politisk instruksjon har en mer umiddelbar demokratisk legitimitet enn f.eks. domstolene og andre uavhengige rettshåndhevingsorganer.²⁶ Slik sett tilsier hensynet til demokratiet at politisk ledete myndigheter - og ikke andre organer – bør treffe forvaltningsvedtak og gjøre bruk av den valgfriheten som lover ofte etablerer.

Flertallsparadigmet bygger på følgende implisitte eller eksplisitte forutsetninger:

²⁵ Se bl.a. St.meld. nr 19 (2008-2009), kap. 3

²⁶ I Maktutredningens sluttrapport hevdes det at «[...] domstolers og andre rettslige institusjoners beslutningskompetanse øker på bekostning av politiske og administrative organer [...]», se NOU 2003:19 *Makten og demokratiet. En sluttbok fra Makt- og demokratiutredningen*, s. 116. Makt- og demokratiutredningen beskriver i flere delrapporter også *forvaltningsmakten* som et demokratiproblem. Kritikerne hevder imidlertid at dette er en problemstilling som langtfra gis samme oppmerksomhet som rettsliggjøringen. Se Jørgen Stubberud: «Forvitret det norske demokratiet på grunn av rettsliggjøring», i Morten Kinander (red) *Makt og rett – Om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*. Universitetsforlaget 2005, s. 119 flg. Se også Bergo og Kinander op.cit.

- a) Folket har gjennom den demokratisk valgte nasjonalforsamling suveren rådighet over politikken innhold.
- b) Den parlamentariske styringskjeden sikrer sammenheng mellom velgerflertallets preferanser, lovgivers vedtak og forvaltningens praksis.
- c) Forvaltningens praksis legitimeres ved at den reflekterer flertallets preferanser.

Vi skal i det følgende se kritisk på om hver enkelt av disse forutsetningene opprettholdes i Norge i dag.

- a) *Folket har gjennom den demokratisk valgte nasjonalforsamlingen suveren rådighet over politikken innhold*

Flertallsparadigmet er tilpasset en situasjon med suverene nasjonalstater der nasjonale myndigheter og institusjoner har tilnærmet full kontroll med den politiske dagsorden. Modellen er langt vanskeligere å praktisere i en globalisert verden med stadig mer porøse grenser mellom nasjonale og overnasjonale systemer. Forutsetningen om den nasjonale lovgivers suverenitet har siden midten av forrige århundre i stigende grad blitt utfordret.

Nasjonalstatene er forpliktet av stadig fler og mer omfattende traktater. På en del områder er rettshåndhevelsen overtatt av internasjonale domstoler og håndhevingsorganer, som har fått utvidede virkeområder og større gjennomslagsmuligheter. Internasjonale/overnasjonale rettsnormer innskrenker Stortingets normgivingskompetanse.

Denne utviklingen reiser tvil om flertallsparadigmets grunnsetning: at nasjonale rettshåndhevere effektuerer rett som er skapt av den nasjonale, demokratisk valgte lovgiver. Men tvilen er ikke avgjørende så lenge nasjonale myndigheter er med på å utarbeide internasjonale avtaleutkast, og den nasjonale lovgiver står fritt til å godta eller forkaste forslagene. Når det gjelder den mest omfattende internasjonale avtalen Norge er bundet av, EØS-traktaten, er situasjonen annerledes. Norge deltar ikke i - og har ikke mulighet til å delta i de politiske forhandlingene som bestemmer innholdet i EU-/EØS-lovgivningen. Når EUs organer har utformet og vedtatt nye rettsakter, har Stortinget i de aller fleste tilfelle ingen annen valgmulighet enn fullt ut å inkorporere disse i norsk rett.

Selv om flertallsmodellen ikke lar seg gjennomføre når rettsreglene fastsettes, kan man i teorien falle tilbake på en mindre vidtgående variant, der *lovanvendelsen* – om enn ikke *lovgivningen* – skal styres av det politiske flertallets preferanser. Men også her melder det seg problemer.

- At EØS-reglene er helt ut forberedt uten medvirkning fra den politiske ledelsen, vil trolig medføre at denne har liten interesse for og/eller kunnskap om regelverkets innhold. Følgelig vil ledelsen i liten grad kunne instruere forvaltningen om hvordan reglene skal fortolkes og anvendes. Problemet forsterkes ytterligere av at den øverste myndigheten til å tolke regelverket ligger hos overnasjonale EU/EØS-organer, og at reglene kan være preget av verdier og hensyn som er fremmede for norske rettsanvendere.

- Komplexiteten i regelverket og EU/EØS-systemets betoning av vitenskapelig rasjonalitet kan føre til at avgjørelser som følger av EØS-regelverket, skyves nedover i forvaltningssystemet og defineres som teknisk/faglige spørsmål. En slik tendens kan muligens også forsterkes av at det norske politiske flertallet synes å ønske minst mulig politisk støy rundt EØS-avtalen.²⁷
- Som vi skal se, begrenser EØS/EU regelverket den politiske ledelsens handlefrihet og instruksjonsmulighet. Det synes å være en tendens til at EU-lovgivningen i stigende grad forbyr politisk instruksjon (nærmere om dette nedenfor.)

b) Den parlamentariske styringskjeden sikrer sammenheng mellom velgerflertallets preferanser, lovgivers vedtak og forvaltningens praksis

Også på dette punktet er det problemer når det gjelder muligheten for å realisere flertallsparadigmet. Her skal vi kort nevne noen av de viktigste:

- Velgerflertallet har sannsynligvis ingen oppfatninger overhodet om de aller fleste enkeltavgjørelser forvaltningen treffer – og vil heller ikke kunne ha det på grunn av sakenes kompleksitet.
- Partienes programmer gir i liten grad føringer for behandling av enkeltsaker. I stigende grad er det et gap mellom partienes og de folkevalgtes oppfatninger på den ene siden og velgernes på den annen side.²⁸
- Den politiske ledelsen i departementene har ofte liten interesse for enkeltsaksbehandling og vil ofte mangle nødvendig kunnskap. Det har lenge vært en rettesnor for forvaltningspolitikken at enkeltsaker skal ut av departementene. Maktutøvelse i norsk praksis er forvaltningsmessig og byråkratisk maktutøvelse.
- Som vi skal se, er det også vanskelig å føre politisk etterkontroll med at forvaltningen faktisk holder seg til Stortingets forutsetninger.

En viktig innvending mot flertallsparadigmet når det gjelder forvaltningens saksbehandling er altså at det er vanskelig å gjennomføre i praksis

c) Forvaltningens praksis legitimeres ved at den reflekterer flertallets preferanser

Som vi allerede har sett, er det i Norge en utbredt forestilling at det er det representative demokratiet gjennom den parlamentariske styringskjeden – som sikrer offentlige avgjørelser legitimitet. En motposisjon er – som vi har nevnt ovenfor – at det ikke er avgjørelsene representativitet, men deres upartiskhet som gir legitimitet.

²⁷ Dette forhindrer likevel ikke at det har en del diskusjon om inkorporeringen av enkelte av EUs rettsakter i norsk rett, bl.a. tjenstedirektivet og postdirektivet.

²⁸ Tidsseriestudier fra Sverige som dekker perioden fra slutten av 1960-tallet, viser at det er svært lite sammenfall mellom parlamentarikernes og velgernes oppfatning av bestemte politiske spørsmål. Se Bo Rothstein som nevnt i fotnote 2.

Å legge ansvaret for myndighetsutøvelse i enkelttilfelle til regjeringen eller til et annet politisk ledet organ - og ikke til et organ som står fjernere fra den politiske ledelsen, kan i bestemte situasjoner skape tvil om hensynet til nøytralitet og upartiskhet vil bli tilstrekkelig vektlagt i organets avgjørelser. Folkemeningen kan skifte ofte og fort, og synes å være i sterkere bevegelse enn tidligere. At massemedier "beleirer" departementer i forbindelse med enkeltavgjørelser, kan føre til at den politiske ledelsen handler "populistisk" og i første rekke tar politiske, ikke-rettslige hensyn.²⁹ En gjennomgang av danske "skandalesaker" viser at et påstått forfall i saksbehandlingen har sammenheng med at politiske normer fortrenger byråkratiske korrekthetsprinsipper og tradisjonell forvaltningsmessig ansvarlighet, og at "*et for spagt embetsapparat ikke evner at sette sig op mod en stærk og egensindig minister*".³⁰

Undersøkelser Statskonsult har gjennomført, kan tyde på at det i statlige fagorganer er en oppfatning at «mange kommunalpolitikere har liten respekt for lover og regler som setter grenser for deres skjønnsutøvelse og handlingsrom.»³¹ Da 12 departementsråder i 1986 ble spurt om hva de største problemene er, som de har opplevd i samarbeidet med den politiske ledelsen, svarte 3 at det mest alvorlige har vært at ledelsen tøyser regelverket lenger enn det er dekning for.³²

Det er vanskelig å vite hvor omfattende slike problemer er. Men den politiske ledelsen er selv oppmerksom på at de *kan* oppstå. Og bare muligheten for at de kan inntreffe, er i enkelte tilfelle et problem i seg selv. Som begrunnelse for å avskjære adgangen til politisk instruksjon nevner regjeringen ofte behovet for en ikke-politisk, rettslig eller faglig handlingslogikk, f.eks. at en uavhengig myndighet kan bidra til en mer konsekvent gjennomføring av et regelverk: Sentrale rettssikkerhetshensyn, som at like saker skal behandles likt, blir bedrevet hvis myndigheten kan arbeide uforstyrret; politisk innblanding øker risikoen for at det tas utenforliggende hensyn og at vedtak blir ugyldige.³³

For at flertallsparadigmet skal sikre legitime avgjørelser, må det være effektive mekanismer for kontroll med de som foretar verdivalgene i forvaltningen. Et sentralt element i det norske systemet for kontroll med forvaltningsavgjørelser, er at kontrollen med hensiktsmessighetsskjønnet skjer i regi av Stortinget. Fra juridisk hold blir det imidlertid hevdet at måten dette systemet faktisk fungerer på, gir den enkelte borger små muligheter til å holde beslutningstageren ansvarlig.³⁴

²⁹ Per Lægred og Johan P. Olsen, *Byråkrati og beslutninger*, Universitetsforlaget, Bergen, 1978, SOU 1997:54 *Ministern och makten. Hur fungerar ministerstyre i praktiken?*

³⁰ Jørgen Grønnegaard Christensen, *Politikere og embedsmænd*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1997, s. 75.

³¹ Statskonsult rapport 2001:13 *Fylkesmannen som rettssikkerhetsinstans*, s. 22.

³² Svein Eriksen «Herskap og tjenere. Om forholdet mellom politikere og embetsmenn i departementene», Tano forlag, Oslo 1988.

³³ Difi-rapport 2012:7 som nevnt i fotnote 5.

³⁴ Se f.eks Erik Friis Fæhn, *Ingen plikt til lydighet. En avhandling om jurisprudens – rettsvitenskapens normative karakter*, Skien 2002, s. 864 og Anneken Kari Sperr,

Bortsett fra statsrådsprotokollene (med statsrådsvedtak) og Sivilombudsmannens og Datatilsynets årsrapporter får Stortinget ikke systematisk informasjon om forvaltningens vedtak i enkeltsaker. I de sakene Stortinget faktisk får til behandling, kan representantenes partiloyalitet forhindre Stortinget i å fungere som et effektivt kontrollorgan. Dersom det skulle komme parlamentarisk kritikk mot en statsråd, blir kritikken ofte gjenstand for et partipolitisk spill mellom opposisjon og regjeringsparti(er). Det skarpeste parlamentariske skyts, mistillitsvotumet, brukes i praksis ikke. Dette gjelder ikke bare i en situasjon med flertallsregjering, men også i perioder med mindretallsparlamentarisme, som har vært det mest vanlige siden 1961.

Begrensningene i den parlamentariske kontrollen med forvaltningsavgjørelser, og den omstendighet at de aller fleste slike avgjørelser treffes av «uansvarlige tjenestemenn» reiser spørsmål om forholdet mellom myndighet og ansvar, om systemet for «accountability» når det gjelder forvaltningsavgjørelser.³⁵

Selv om parlamentarismen kan begrense Stortingets kontrollmuligheter *qua* konstitusjonelt organ, er det likevel en tendens til at Stortingsflertallet engasjerer seg på områder som har vært forbeholdt regjeringen, bl.a. gjennom en økende bruk av instruksjonsmyndighet og mer pågående fagkomiteer. Dette siste gjelder ikke minst Kontroll- og konstitusjonskomiteen. Men mye av dette engasjementet er ikke en refleks av parlamentariske kontrollrutiner eller av «folkevalgtes egen patruljeaktivitet».³⁶ Det er utløst av ytre hendelser og innspill fra omgivelsene.

Desentraliseringen av systemet for statlig tjenesteproduksjon og myndighetsutøvelse, har vært ledsaget av at ordninger som gir enkeltpersoner, interessegrupper og media større mulighet til å holde seg informert om offentlige organers virksomhet. Innholdsanalyser av avisoppslag viser de siste ti-årene en kraftig vekst i oppslag om velferdsstaten, spesielt om myndighetssvikt. Artikler er ofte vinklet som ”det lille mennesket mot myndighetene”.³⁷ Samtidig er det på flere områder innført lovfestede rettigheter som gir folk et håndfast grunnlag for å stå på sine krav. Dette

Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland und Norwegen. Eine vergleichende Studie zur gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009, s. 283.

³⁵ Dette argumentet har også vært omtalt i bl.a. Østerrike og Tyskland. Når det gjelder Østerrike se Michael Holoubek, «Wie unabhängig sind die «unabhängigen Verwaltungsbehörden»», i Österreichische Juristenkommission, *Rechtstaat und Unabhängigkeit*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien Graz 2007, s. 128. Når det gjelder Tyskland, se Klaus Oertel, *Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG*, Duncker & Humboldt, Berlin 2000, s. 298.

³⁶ Rune Sørensen, *Delegasjon og fristilling – en fare for demokratiet?* 2005, s. 13.

³⁷ Edda Stang, *Fremstillinger av barnevern i løssalgspresen – En innholdsanalyse av barnevernartikler i VG og Dagbladet*. Masteroppgave i sosiologi, Universitetet i Oslo, 2006, s. 3.

«desentraliserte og institusjonaliserte system» gjør det mulig for «folkevalgte å ta aksjon når alarmen går».³⁸

At den politiske ledelsen er avskåret fra å intervensere i enkeltsaker, betyr ikke at et saksområde er utenfor demokratisk styring og kontroll. Politiske organer vil uansett bestemme bl.a. innholdet i de rettsregler som uavhengige organer skal arbeide etter, og de kan endre disse dersom det er behov for å justere organenes praksis.

Flertallsparadigmet bare er én mulig variant av folkesuverenitetsprinsippet og ikke engang den mest vanlige. Den demokratiformen der et parlamentarisk flertall råder – eller er ment å råde nærmest uinnskrenket fins kun i et fåtall land.³⁹ Alternativet til flertallsdemokratiet er konsensusmodellen. Mens flertallsmodellen ser politikk som konkurranse mellom motstridende samfunnsmodeller der flertallet er i posisjon og mindretallet i opposisjon, vektlegger konsensusmodellen forhandlinger og kompromiss. Uinnskrenket flertallsmakt kan etter konsensusprinsippet være en trussel mot demokratiet dersom et mindretall systematisk utelukkes fra å påvirke offentlige beslutninger. Konsensusdemokratier vil derfor inneholde mekanismer som begrenser muligheten til absolutt flertallsstyre, bl.a. en skreven grunnlov, krav om kvalifisert flertall ved grunnlovsendringer, domstolskontroll med lovers grunnlovsmessighet og en uavhengig sentralbank.⁴⁰

2.3 Forvalterparadigmet (I): rett som legitimitetsgrunnlag

Det norske demokratiet er ikke bare en politikerstyrt stat; det er også en rettsstat. Kun de beslutninger er rettslig gyldige og legitime som fullt ut følger anerkjente og etablerte rettsstatsprinsipper. At en forvaltningsavgjørelse uttrykker flertallsviljen, er *i seg selv* ikke et tilstrekkelig legitimitetsgrunnlag.

Av de grunnprinsipper som brukes for å definere den norske rettsstaten⁴¹ er det særlig tre som er relevante for vårt tema, folkesuverenitetsprinsippet, maktfordelingsprinsippet og prinsippet om at staten må sikre og respektere grunnleggende rettigheter. Selv om folkesuverenitetsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i norsk statsstyre, står det delvis i strid til de to øvrige prinsippene som på ulike måte setter grenser for det politiske flertallets handlefrihet.

*Maktfordelingsprinsippet*⁴² ble opprinnelig utviklet som en reaksjon på den maktkonsentrasjon som kjennetegnet enevoldstaten, der all makt i hvert fall i

³⁸ Rune Sørensen som nevnt i fotnote 36, s. 14.

³⁹ Arend Lijphart, *Patterns of Democracy. Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, New Haven and London, 1999.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Se f.eks. Synne Sæther Mæhle: Rettsstaten. Kapittel 7 i boken “*Rett. Samfunn og demokrati*”, innledning til juss-studiet ved Bernt og Mæhle. Oslo 2007.

⁴² Maktfordelingsprinsippet er ikke eksplisitt uttrykt i Grunnloven, men Grunnlovens struktur viser at prinsippet er viktig for utforming av statsstyret: den utøvende makt er hos Kongen

teorien – var samlet på fyrstens hånd. I moderne tid har land som har hatt erfaring med totalitære regimer, dvs. en fullstendig *politisk* basert maktkonsentrasjon – skrevet prinsippet inn i sine forfatninger. (Se nedenfor 4.2.3 om Tyskland) Spredning av makt skal forhindre myndighetsmisbruk.

Maktfordelingsprinsippet innebar fra først av at statsmakten skulle splittes i tre grener: den utøvende, dømmende og lovgivende makt. Selv om denne delingen fortsatt er viktig ansees den likevel som utilstrekkelig for å forhindre utilbørlig maktkonsentrasjon og myndighetsmisbruk.⁴³ Makten må ikke bare være delt; den må også kontrolleres. I moderne rettsstater fins det derfor en rekke kontrollmekanismer. I tillegg til domstolene spiller helt eller delvis uavhengige tilsynsmyndigheter en stadig viktigere rolle.⁴⁴

En stat er forpliktet til å respektere og forsvare *menneskerettighetene*. Den europeiske menneskerettighetserklæring (EMK) fra 1950 er rettslig bindende for alle statene som har sluttet seg til den. Menneskerettighetsloven av 1999⁴⁵ gjør EMK og flere andre rettighetskonvensjoner til norsk rett med trinnhøyde over vanlig lov, men under Grunnloven. Den innerste kjernen av menneskerettigheter (bl.a. retten til liv og forbud mot folkemord og apartheid) gjelder i følge internasjonal sedvanerett i alle stater, også i de som ikke har sluttet seg til noen av menneskerettighetskonvensjonene.

En rekke forutsetninger må imidlertid være oppfylt for at for at retten effektivt skal kunne legitimere offentlige avgjørelser:

- a) Rettsreglene må være resultatet av en demokratisk beslutningsprosess, og viktige verdivalg må treffes av ansvarlige politikere
- b) Rettsreglene må være tilstrekkelig presise slik at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling
- c) Rettsanvenderne må bruke loven upartisk i tråd med lovgivers intensjoner

Vi skal se nærmere på hver av disse forutsetningene.

- a) *Rettsreglene må være resultatet av en demokratisk beslutningsprosess, og viktige verdivalg må treffes av ansvarlige politikere*

Norge skårer høyt på alle internasjonale sammenligninger av graden av demokrati. Det er nok å nevne et par eksempler. I Bertelsmann-stiftelsen undersøkelse fra 2007 ligger Norge godt over gjennomsnittet for de 30 land

(paragraf 3), Stortinget har den lovgivende makten (paragraf 49 og 75a), og Høyesterett dømmer i siste instans (paragraf 88). EMK har i likhet med grunnloven ingen uttrykkelige regler om maktfordeling, men artikkel 6 setter som krav at domstolene skal være «uavhengige og upartiske» og opprettet ved lov.

⁴³ Se Bjarne Kvam, *Introduksjon til rettsstaten*, Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, 2009, s. 14 og 15.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Lov nr. 30/1999, paragraf 3.

som inngår i undersøkelsen.⁴⁶ Verdensbanken rangerte i 2012 Norge som verdens mest demokratiske land i en undersøkelse som omfatter 215 land.⁴⁷ Selv om det kanskje ikke er alvorlig grunn til bekymring når det gjelder nasjonale lovgivningsprosesser, er situasjonen mer problematisk når det gjelder import av internasjonale rettsregler. Overfor har vi nevnt EØS-regelverket som Norge må inkorporere i egen lovgivning uten adgang til politisk medvirkning.

Det er også andre mulige problemer. Fremveksten av prinsippet om at staten skal respektere grunnleggende rettigheter har gått på bekostning av folkesuverenitetsprinsippet.⁴⁸ Domstoler og andre rettsorganer får økende betydning på bekostning av myndighet som utøves gjennom den parlamentariske styringskjeden. I noen grad utviskes også forskjellen mellom dømmende og lovgivende makt. Dette er et argument som særlig har blitt fremført i forbindelse med internasjonale domstoler. Disse utøver myndighet med hjemmel i internasjonale konvensjoner, f.eks. EMK. Det er i praksis svært vanskelig - nærmest umulig å endre konvensjonene, fordi det kreves enighet mellom alle stater som har tiltrådt dem. Samtidig tolker konvensjonsorganer, bl.a. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen, konvensjonene dynamisk, dvs. at de tolkes i lys av samfunnsutviklingen og rettsoppfatningen i konvensjonsstatene. I praksis legger Menneskerettighetsdomstolen lite vekt på forarbeidene til EMK. Domstolen er heller ikke bundet av sine tidligere tolkninger. En følge av det vide handlingsrommet domstolen har, er at rettsutviklingen på menneskerettighetsområdet bestemmes av en internasjonal domstol og ikke av nasjonale, parlamentariske organer.

Selv om internasjonale domstoler innsnevrer styringsmulighetene til nasjonale parlamenter, og dermed i en viss forstand også demokratiet,⁴⁹ så kan fremveksten av rettigheter og internasjonale rettssystemer i realiteten også innebære en styrking av statsstyrets legitimitet og dets demokratiske kvalitet. Mange utfordringer blir ikke løst tilfredsstillende på nasjonalt plan. Spørsmålet om demokrati er ikke bare et spørsmål om bestemte beslutningsprosedyrer er oppfylt, men også om statsstyret kan sikre borgerne tilfredsstillende resultater.⁵⁰

At politiske organer må handle innenfor lovgitte rammer, innebærer ikke nødvendigvis noen svekkelse av demokratiets kvalitet eller av politikken handlingsrom. Jurister har trukket i tvil troen på det rettslige ubundne styresett og hevder at «[...] rettslig forutberegnelighet og stabilitet har en egenverdi og er en forutsetning for enhver annen styringsform enn den diktatoriske: Hvorfor engasjere seg i politiske diskusjoner og politiske valg, dersom ikke utfallet er at

⁴⁶ Informasjon tilgjengelig på http://www.democracybarometer.org/country_reports/cr_Norway1990-2007.pdf

⁴⁷ Informasjon tilgjengelig på <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#reports>

⁴⁸ Se Bjarne Kvam som nevnt i fotnote 43, s. 26.

⁴⁹ NOU 2003:19 Makt og demokrati. Sluttrapport fra Makt og demokratiutredningen, s. 58

⁵⁰ Se f.eks. Christoffer C. Eriksen: Folkerett – en trussel mot folkestyret? i Morten Kinander (red): *Makt og rett. Om Makt- og demokratiutredningens konklusjoner om rettsliggjøring av politikken og demokratiets forvitring*, Oslo 2005.

det treffes beslutninger med en viss rettslig permanens eller bindende kraft?»⁵¹ Slik sett kan rettsliggjøringen - dvs. at lovgivningen setter grenser også for politisk styrte organers verdivalg i enkeltsaker - utvide og ikke innsnevre demokratiets rekkevidde

Flertallet i stortingskomiteen for behandling av Makt- og demokratiutredningens sluttrapport og St. meld nr. 17 (2004-2005) hevder at en utvikling der internasjonal rettsregulering også omfatter norske myndigheter, «bidrar til forutsigbarhet som vi alle er tjent med, samtidig som norske myndigheters frihet til å utforme politikken reduseres».⁵² Komiteens medlemmer fra Arbeiderpartiet og Sosialistisk Venstreparti uttalte at inkorporering av menneskerettighetskonvensjoner i norsk rett ikke innebærer noen rettsliggjøring som svekker den politiske makt. En slik beskyttelse av enkeltmenneskers rettigheter innebærer tvert om en styrking av demokratiet.⁵³ I følge Stortingets menneskerettighetsutvalg er de politiske partiene på Stortinget enige om at menneskerettighetene bør varetas i norsk rett, og at en slik ivaretagelse styrker demokratiet og rettsstaten. Utvalget hevder at «De sentrale menneskerettighetene, som skranke for den lovgivende og utøvende makt, og domstolenes bidrag til å sikre disse rettighetene, er nødvendige elementer i enhver rettsstat.»⁵⁴

«Rettsliggjøring» og framvekst av uavhengige organer skjer i liten grad – om overhodet - på tross av politiske ønsker. Det har vært et politisk valg å gi menneskerettighetskonvensjonene forrang for norsk lovgivning. Norske myndigheter har vært seg bevisst at de aller fleste konvensjonene er i bevegelse og etter hvert kan omfatte forhold som ikke var eksplisitt omtalt da konvensjonene ble utformet.⁵⁵ Beslutninger om å innsnevre adgangen til politisk inngripen overfor forvaltningsorganer er likeledes resultatet av politiske valg. Bare i relativt få tilfelle har norske myndigheter vært i «handlingstvang» som følge av f.eks. internasjonale avtaler.⁵⁶ Men slike avtaler er jo også resultat av politiske beslutninger av prinsipiell karakter. Dette betyr at politikken innenfor deler av forvaltningen frivillig har begrenset, eller avstått fra å utvide sitt ansvarsområde. Hva kan forklaringen være? I mange, kanskje de fleste tilfellene er nok forklaringen at vedkommende oppgavetype som f.eks. kontroll, tilsyn, overvåking oppfattes å ligge utenfor politikkenes kjerneområde.

At politikerne overlater til domstoler eller uavhengige forvaltningsorganer å treffe vanskelige, skjønnsbaserte enkeltavgjørelser, kan i noen tilfelle oppfattes som ansvarsfraskrivelse. I Sverige har det vært atskillig debatt om hvilken

⁵¹ Knut Bergo og Morten Kinander, «Politikk, makt og demokrati – tilsvar til Øyvind Østerud», Lov og Rett 46 (2), 89-106, s. 103.

⁵² Innst. S. nr. 252 (2004-2005), punkt 3.7.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Dokument 16 (2011-2012) rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, avgitt 19. desember 2011, s. 56.

⁵⁵ Innst. S. nr. 252 (2004-2005), punkt 3.7.

⁵⁶ Bergo og Kinander, op.cit.fotnote 5, s. 93.

instans som bør ha ansvaret for å avgjøre klager i utlendingssaker, blant annet om det bør være regjeringen eller en domstol. Nå er disse sakene overført til en spesialdomstol. Svenske dommere har vært kritiske til dette og har ment at politikerne bevisst skyver fra seg et vanskelig saksområde som medfører avveining mellom motstridende verdier. Liknende argumenter er kjent fra andre land: Lovgiver viker tilbake for å gi presise lovbestemmelser på partipolitisk betente områder og overlater til domstolene å treffe avgjørelser som i sin natur er politiske.⁵⁷

b) Rettsreglene må være tilstrekkelig presise slik at borgerne kan forutberegne sin rettsstilling

Forestillingen om det representative demokrati - at parlamentariske organer skal utøve avgjørende makt - har som implisitt forutsetning at disse organene kan vedta lover som er tilstrekkelig presise.⁵⁸ Men på en rekke områder er det umulig å utforme lover som fullt ut tilfredsstiller dette kravet. Problemet er særlig påtakelig på områder hvor den sosiale og tekniske utviklingen går hurtig eller på områder - som f.eks. barnevernet - hvor myndighetene ofte må intervensere raskt og på grunnlag av uklare indikasjoner. Claus Offe mener at slike problemer er til stede på mange områder av velferdsstaten:

«Welfare-steering tasks are distinctive above all all that they have to be resolved in a (temporal, substantive and socially) ad hoc manner and, thereby escape generalized jurisdictional rules schematized competences and instructions. These must instead be discovered with respect to consideration of the particularities of the case and on the basis of expert knowledge.»⁵⁹

Forsøk på å anvende detaljerte regler på områder som er i rask utvikling eller hvor det er store og vanskelig forutsigbare variasjoner fra et enkelttilfelle til et annet, vil skape rigiditet og svekke forvaltningens problemløsningsevne. På saksfelt som krever fleksibilitet og faglig skjønn vil det derfor neppe være hensiktsmessig å legge stor avgjørelsesmyndighet til domstoler eller andre juridisk dominerte institusjoner.

Spenningen mellom fag og rett er tydelig i et land som Tyskland hvor alle forvaltningsklager avgjøres av forvaltningsdomstoler, og hvor disse utviser en tydelig grad av *judicial activism*.⁶⁰ Det tyske systemet gir *retten* forrang framfor *politikken* og *fagforvaltningen*. Det er dommerne i forvaltningsdomstolen som har det siste ordet i alle omstridte forvaltningsavgjørelser, og som derved styrer forvaltningens praksis. Et slikt system kan være godt egnet til å vareta den enkelte borgers rettssikkerhet. Det er imidlertid tvil om dommere har den nødvendige ekspertise – og om domstoler er velegnet til å avgjøre forvaltningsspørsmål på områder hvor lovgivningen gir rettsanvenderne få

⁵⁷ Peter Strasser, "Vom Wesen und Wert der Unabhängigkeit", i „Rechtstaat und Unabhängigkeit“, Österreichische Jusristenkommission, Wien-Graz 2007, s. 38.

⁵⁸ Rothstein som referert i fotnote 2, s. 27.

⁵⁹ Claus Offe, *Disorganized Capitalism: Contemporary Transformations of Work and Politics*, Polity Press, London 1986, s. 306.

⁶⁰ Anneken Kari Sperr, «Verwaltungsrechtsschutz in Deutschland und Norwegen. Eine vergleichende Studie zur gerichtlichen Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen». Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009, s. 432.

anvisninger om hvilke beslutningskriterier som er relevante og hvordan de skal vektlegges.⁶¹

c) *Rettsanvenderen må bruke lovgivningen upartisk og i tråd med lovgivers intensjoner*

Selv om uavhengigheten er viktig for domstoler og tilsynsorganer, er det likevel en grense for den. Uavhengighet kan innebære at organer isolerer seg fra omverdenen og blir seg selv nok. Dette er en kritikk som av og til rettes mot domstolene. Dommerstanden kan bli en selvregulerende korporasjon der lojalitet til kolleger går foran respekt for sannheten. I ly av uavhengigheten kan det utvikles holdninger og arbeidsmåter som er lite tjenlige. Begynner organene å leve sitt eget liv og utilbørlig obstruere folkeviljen, vil de sette legitimiteten på spill.⁶² Det er usikkert hvilket omfang slike problemer har. I mange land er det motsatte som er tilfelle: at dommere er for føyelige overfor politiske myndigheter. At domstolene i de tre landene vi ser på, nyter størst eller nesten størst tillit blant de samfunnsinstitusjonene som er tatt med i tabell 2 ovenfor, indikerer ikke at problemet med egenrådighet er særlig alvorlig. I Tyskland tilkjenner gir befolkningen større tillit til den mektigste domstolen i landet, forfatningsdomstolen, enn til de politiske institusjonene.⁶³

2.4 Forvalterparadigmet (II) fag som legitimitetsgrunnlag

Forholdet mellom fag og politikk viser i et historisk perspektiv store skiftninger. Statens fagorganer har gått fra perioder med stor grad av fristilling til relativ sterk sentralisering og omvendt. Siden 1980-tallet har offentlige virksomheter fått større handlefrihet, dels ved reformer innenfor den tradisjonelle forvaltningsmodellen og dels ved å bli utskilt fra forvaltningen. Det legges mindre vekt på styring av innsatsfaktorer og mer på oppfølging av resultater. Tendensen til å legge begrensinger på den politiske ledelsens inngrepsmuligheter ved behandlingen av enkeltsaker er en del av dette mønstret der fagfolk gis større frihet til å utvikle løsninger innen relativt vide rammer.

For at fagstyre skal ha legitimitet må bl.a. følgende forutsetninger være oppfylt:

- a) Staten må anerkjenne fagfolkens kompetanse som grunnlag for myndighetsutøvelse og tjenesteproduksjon
- b) Publikum må ha tillit til fagfolkens kompetanse og evne til å finne gode løsninger
- c) Det må være mekanismer som sikrer at fagfolkene handler upartisk og ikke misbruker sin stilling.

Vi skal kort drøfte hver av disse forutsetningene.

⁶¹ Ibid.

⁶² Et nærliggende eksempel er konflikten mellom president Franklin D. Roosevelt og den amerikanske Høyesterett på 1930-tallet om lovligheten av presidentens sosiallovgivning.

⁶³ Manfred G. Schmidt, *Das politische System Deutschlands. Institutionen, Willensbildung und Politikfelder*, Verlag C.H.Beck, München 2007, s. 234.

a) *Staten må anerkjenne fagfolkernes kompetanse som grunnlag for myndighetsutøvelse og tjenesteproduksjon*

I Norge står prinsippet om en fagbasert offentlig forvaltning sterkt.⁶⁴ Høy utdanning er normalt et krav for å få ansettelse i statsadministrasjonen. Vi finner her et utdanningsnivå som er høyere enn i privat sektor.⁶⁵

Kvalifikasjonsprinsippet – dvs. at tjenestemenn skal ansettes og forfremmes på grunnlag av sine kvalifikasjoner og ikke på grunnlag av politisk lojalitet og bekjentskap – har vært praktisert i omtrent 200 år⁶⁶ og har hatt formell lovs rang i rundt 100⁶⁷. Selv om den politiske ledelsen formelt sett foretar en lang rekke utnevnelser, er omfanget av partipolitisk motiverte ansettelser lite.⁶⁸ Faglighet betones ikke bare i ansettelsesprosessen. Det preger også tjenestemannsrollen. Tjenestemennene skal ikke bare være politisk lojale. Det kreves i tillegg at de skal være faglig uavhengige og politisk nøytrale.⁶⁹ Dessuten forventes det at de skal være aktive og initiativrike, ha selvstendig vurderingsevne og være dyktige ledere.

De ansatte i statsforvaltningen opplever store krav til læring. Samtidig er også vilkårene for kompetanseutvikling generelt gunstige:⁷⁰

- Tjenestemenn deltar relativt hyppig i opplæringstiltak
- Det er gode muligheter læring gjennom det daglige arbeidet
- Ledelsen i forvaltningen stimulerer de ansatte til faglig kompetanseheving.

Selv om hensynet til faglighet blir vektlagt i stor grad, er det enkelte – trolig begrensede -unntak.⁷¹

Dagens statsforvaltning omfatter nær 150 000 ansatte med svært variert fagbakgrunn. Dette representerer en kraftig vekst både i omfang og

⁶⁴ I sin «Plattform for ledelse i staten», 2008, s. 11 fremhever Fornyings- og administrasjonsdepartementet, bl.a. at «Staten er en kunnskapsintensiv organisasjon med ledende kompetansemiljøer på mange fagområder. Det er en krevende oppgave å utnytte, vedlikeholde og videreutvikle denne kunnskapen. Staten må også kunne konkurrere om høyt kvalifisert arbeidskraft i en situasjon der det på mange områder vil være knapphet i arbeidsmarkedet».

⁶⁵ Åsmund Arup Seip, *Kompetanseutvikling i offentlig sektor. Læring i arbeid*. Fafo, 2011, s. 10.

⁶⁶ Ole Feldbæk: "The historical role of the Nordic countries in Europe", *European Review*, (1) 8, pp. 123-128, 2000.

⁶⁷ Se Ot.prp. nr. 67 (2004-2005)

⁶⁸ Se Elin Haugsgjerd Allern, "Appointments to Public Administration in Norway. No Room for Political Parties?" i Petr Kopecky et al. *Party Patronage and Party Government in European Democracies*, Oxford University Press 2012.

⁶⁹ Knut Dahl Jacobsen *Lojalitet, nøytralitet og faglig uavhengighet i sentraladministrasjonen*, Tidsskrift for Samfunnsforskning 1960:231-248.

⁷⁰ Se Arup Seip som nevnt i fotnote 65.

⁷¹ Domstolskommissjonen uttrykte f.eks. bekymring for at det i en del domstolslignende organer kan «utvikle seg isolerte rettskulturer og en uheldig rettskildebekjennelse». NOU 1999:19 *Domstolene i samfunnet*, s. 374.

kompleksitet sammenlignet med situasjonen rett etter Den andre verdenskrigen. Muligheten for detaljert politisk programmering av beslutningsatferden til tjenestemennene er trolig tilsvarende redusert.⁷²

b) Publikum må ha tillit til fagfolkernes kompetanse og evne til å finne gode løsninger

Perioden fra 1945-1980 som har blitt beskrevet som «ekspertstyrets glansperiode»⁷³, var preget av hierarkisk styrte – noen vil si monolittiske og autoritære fagorganer⁷⁴. Folk flest hadde respekt for autoriteter og tok det for gitt at ekspertene ivaretok fellesskapets interesser. Nettopp dette gjorde deres maktposisjon legitim. Fra omkring 1980 endret dette synet seg vesentlig. Folk så på eksperter og byråkrater med langt større skepsis enn tidligere. Disse handlet ikke nødvendigvis altruistisk utfra det felles beste, men var ofte styrt av profesjonsinteresser og hadde ikke alltid tilstrekkelig innsikt. Folk klaget over lange ventetider og autoritære eksperter. Ikke uventet førte et denne formen for ekspertstyre i mange tilfelle svært galt av sted. I perioden etter 1980 ble avdekket overgrep innenfor sosial omsorg (barn i kommunale barnehjem), i psykiatrien (utilbørlig maktbruk ved Reitgjerdet sykehus) og i overvåkingspolitiet (Lund-kommisjonen).⁷⁵

Offentlig sektor ble møtt med krav om mer åpenhet, større brukermedvirkning og mer individuelt tilpassede ytelser.⁷⁶ Reformen i disse retningene ble gjennomført i de fleste sektorer. Fagprofesjoner er nå pålagt *ikke* å behandle alle brukere og klienter likt, men å vareta den enkeltes spesielle behov. Grunnskolen skal gi tilpasset undervisning til alle elever, sykehus skal ha ressurser til å motta pasienter med sjeldne og sammensatte lidelser. NAV-reformen var spesielt innrettet mot å hjelpe mennesker med komplekse sosiale og helsemessige problemer.

Individtilpassede ytelser kan vanskelig programmeres i detalj, verken rettslig eller politisk. Tjenestemenn og klientbehandlere må innrømmes et nokså vidt spillerom for skjønn. Det er trolig evnen og muligheten til å bruke dette skjønnet, som vil bestemme fagorganenes legitimitet.

På en del områder har muligheten for politisk inngripen skapt et troverdighetsproblem. Det har vært en frykt for at det kunne oppstå et inntrykk av at politikere ville søke å tilgodese utenforliggende, politisk motiverte hensyn. Troverdighetsargumentet har hatt stor betydning for organiseringen av sektorer som driver med kunnskapsformidling, utdanning, informasjonsformidling og tilsyn/myndighetsutøvelse. Det samme gjelder offentlig statistikk og økonomisk politikk. Det har vært en utbredt enighet om at på disse områdene vil det skape tillit dersom det er klart at det er fagfolkene og

⁷² Rune Sørensen som nevnt i fotnote 36, s. 9.

⁷³ Op.cit., s. 5.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid.

ikke politikerne som treffer avgjørelsene. Dette har vært et avgjørende argument for å gi sentralbanker uavhengighet og for å etablere administrative og rettslige skranker mellom statens roller som eier i - og regulator av næringslivet. Troverdighetsargumentet har i en eller annen variant vært bestemmende for en rekke avgjørelser om å avskjære den politiske ledelsens inngrepsmuligheter overfor myndighetsutøvende organer.

c) Det må være mekanismer som sikrer at fagfolkene handler upartisk og ikke misbruker sin stilling.

Det har vært mange motforestillinger mot delegasjon av myndighet til fagpersoner og fagorganer. Makt- og demokratiutredningen hevder at denne utviklingen kan svekke velgernes kontrollmuligheter. Politiske mål kan bli bestemt av hva fagfolk sier det er mulig å oppnå. Fordi politikere som regel har mindre spesialistkunnskap enn ekspertene, kan det være vanskelig å kontrollere holdbarheten til faglige begrunnelser, og om de inneholder verdipremisser i tillegg til faktapremisser.

Professor Rune Sørensen har tatt til motmæle mot tesen om at delegasjon nødvendigvis representerer en trussel mot folkestyret. Han mener at økt ekspertpluralisme kan utvide spillerommet for politisk styring, bl.a. fordi folkevalgte og politiske partier kan støtte seg til ekspertise som passer med egen ideologisk overbevisning.⁷⁷

Inntil ca. 1980 ble krav om innsyn i og kontroll med fagorganenes virksomhet i liten grad stilt. Dette var trolig medvirkende til de «skandalesakene» vi har nevnt ovenfor. Som vi har antydnet, er det nå gjennomført en rekke reformer som innebærer mer åpenhet og kontroll: innføring av individuelle rettigheter, klageordninger og bestemmelser om dokumentinnsyn samt opprettelse av ombuds- og tilsynsordninger. Som vi også har nevnt, har disse reformene bidratt til periodevis stor presseoppmerksomhet om bl.a. myndighetssvikt noe som igjen har utløst engasjement fra Stortingets side. Det er grunn til å tro at disse mekanismene vil redusere mulighetene for og konsekvensene av at fagorganer og fagpersoner misbruker eller vanskjøtter sin stilling.

⁷⁷ Rune Sørensen, som nevnt i fotnote 36, s. 9.

Tabell 3 nedenfor sammenfatter drøftingen i dette kapitlet.⁷⁸

Tabell 3 Sammenheng mellom legitimitetstype og organisasjonsmønster

Legitimitetstype		Flertallslegitimitet	Forvalterlegitimitet	
Kjennetegn				
Legitimitetsgrunnlag		Flertallets preferanser	Rettsnormer	Faglige normer
Forutsetninger		<ul style="list-style-type: none"> • Full nasjonal råderett over politikkenes dagsorden • Den parlamentariske styringskjeden sikrer full sammenheng mellom velgerflertallets preferanser og forvaltningens praksis • Forvaltningens praksis legitimeres ved forankring i lovgivers demokratisk fattede flertallsvedtak 	<ul style="list-style-type: none"> • Rettsreglene er demokratisk besluttet • Rettsreglene er tilstrekkelig presise • Rettsanvendere n bruker loven upartisk 	<ul style="list-style-type: none"> • Fagfolkene kompetanse anerkjent av staten • Publikum har tillit til fagfolkene ekspertise • Det er mekanismer som sikrer at fagfolkene handler upartisk og ikke misbruker sin stilling
Organisatoriske kjennetegn	Ledelse	Politisk utnevning eller politisk valg	Juridiske kvalifikasjoner	Faglige kvalifikasjoner
	Beslutningsprosess	Hensynet til flertallets interesser avgjørende. I prinsippet tre muligheter: Avgjørelser treffes a) ved folkeavstemning, eller b) av politisk valgt eller politisk utnevnt personale eller c) av ansatte i forvaltningen som styres <i>ex ante</i> gjennom instruksjoner	Tolking av rettsregler	Faglige normer, faglig skjønn
	Kontroll	Politisk, parlamentarisk kontroll	Domstolskontroll	Faglig sammensatt nemnd
Fordeler		Avgjørelser i tråd med flertallets preferanser	Forutberegnelighet, likebehandling	Fleksibilitet, individuell tilpasning, faktabasert
Ulemper		Partiskhet, lite hensyn til minoritetsinteresser	Rigiditet, rettsutvikling uten demokratisk kontroll	Informasjonsasymmetri

Fremstillingen i dette kapitlet viser at beslutningsomgivelsene og beslutningsvilkårene varierer betydelig på tvers av det offentliges myndighetsområde. Organisasjonsformer som legitimerer beslutninger på én del av dette området, vil ikke ha samme virkning på andre deler. Legitimitetsproblemer vil oppstå når organisasjonsformer er i bruk på områder hvor de ikke er egnet, dvs. at forutsetningene for legitim myndighetsutøvelse

⁷⁸ Se en lignende, men ikke lik sammenfatning i Rothstein som nevnt i fotnote 2, s. 38.

slik vi har antydnet, ikke er tilfredsstilt. Det er en hovedutfordring for forvaltningspolitikken å utvikle organisasjonsformer som er velegnet for de ulike deler av offentlig virksomhet. Dette er en utfordring som gjelder langt mer enn effektivitet, og den må håndteres utfra en erkjennelse av at det er et spektrum av organisasjonsformer som kan legitimere offentlig myndighetsutøvelse. En éndimensjonal oppfatning at det kun er direkte politisk styring og kontroll som sikrer legitimitet, er ikke tilstrekkelig.

3 Ulike legitimitetsmodeller i historisk og politisk perspektiv

3.2 To forvaltningspolitiske problemfelt

Betegnelsene ”flertallslegitimitet” og forvalterlegitimitet” har aldri vært brukt i norsk forvaltningspolitikk. Like fullt har *begrepsinnholdet* og brytningen mellom nøkkelementer i de to paradigmene hatt stor betydning. I *Sentralforvaltningens historie* argumenterer professor Grønlie for at særlig to forvaltningspolitiske spenningsfelt var dominerende.⁷⁹ Det første gjelder forholdet mellom politikk og rett, det vil si spørsmålet om i hvilken grad forvaltningen ved utformingen og gjennomføringen av vedtak må ta rettslige hensyn som i siste instans innskrenker den politiske ledelsens handlefrihet. Det andre spenningsfeltet dreier seg om hvordan og i hvilken grad forvaltningens fagorganer skal stå under direkte politisk styring og kontroll.

Begge spenningsfeltene gjenspeiler brytninger mellom de to paradigmene.

Politikk og rett:

Tilhengere av flertallsparadigmet vil være på vakt mot alt som smaker av rettsliggjøring/binding av politikken. Rettsliggjøring vil innskrenke politiske/demokratiske valgmuligheter og gi utilbørlig innflytelse til rettsåndhevingsorganer som ikke er demokratisk valgt. De som sympatiserer med forvalterparadigmet, derimot, ser rettsbinding som et tiltak som sikrer enkeltpersoners/virksomheters rettigheter og som gir forutsigbarhet og stabilitet i offentlig myndighetsutøvelse. Mens tilhengerne av flertallsparadigmet primært vil se retten som et virkemiddel i statsstyringen og et redskap i makthavernes hender, vil tilhengerne av forvalterparadigmet primært se retten som borgernes vern mot offentlige overgrep og offentlig vilkårlighet.

Politikk og fag

Ifølge flertallsparadigmet må måten å organisere og styre forvaltningen på, sikre at flertallets politiske vilje kan realiseres. Dette betyr at forvaltningen må være hierarkisk organisert og stå under direkte styring og kontroll fra den politiske ledelsen. Tilhengerne av forvalterparadigmet vil hevde at flertallets vilje ikke kan gjelde absolutt. Hensynet til denne viljen kan ikke settes foran universelle verdier som bl.a. rettferdighet, sannhet og objektivitet. For å beskytte disse verdiene kan det være aktuelt å organisere forvaltningsorganer på armlengdes avstand fra den politiske ledelsen, som lett kan utsettes for utilbørlig press fra politiske partier og lobbygrupper.

3.3 Politikk og rett

De første årene etter den andre verdenskrigen var det få regler om forvaltningens saksbehandling. Det fantes ikke som i Sverige grunnlovfestet dokumentoffentlighet, rettslig regulert adgang til klage eller en ombudsmann for forvaltningen. Etter hvert som regjeringen på 1940- og -50-tallet satte ut i

⁷⁹ Tore Grønlie, *Sentraladministrasjonens historie etter 1945. Ekspansjonsbyråkratiets tid 1945-1980*, Fagbokforlaget, Bergen, 2009 s. 14.

livet politisk kontroversielle reformer som medførte en tydelig ekspansjon av statens virkefelt, ble denne mangelen opplevd som et stadig alvorligere problem. Økt bruk av fullmaktslovgivning med vidt spillerom for forvaltningens skjønne reiste krav om rettssikkerhet for den enkelte i møte med byråkratiet, samt krav om garantier for at demokratiske verdier ikke ble satt på spill. Kravene kom i første rekke fra den politiske opposisjonen og fra juridiske fagmiljøer.

Opposisjonen fryktet at overføring av myndighet til regjeringsapparatet ville åpne for beslutninger bak lukkede dører som ikke tålte dagens lys. Ifølge professor Johs. Andenæs hadde *”rettsstatsidealet om en strengt lovbunden forvaltning under domstolenes kontroll [...] skrittvis tapt terreng overfor kravet om en effektiv administrasjon”*.⁸⁰

Diskusjonen om administrasjonens rettsbinding illustrerer tydelig spenningen innenfor forvalterparadigmet, mellom jussen og andre forvaltningsfag. Innenfor Arbeiderpartiet var det mange som etter 1945 så på embetsstanden med skepsis: Den var for juristdominert og lite egnet til å tjene en aktiv, styrende stat. Rekrutteringspolitikken måtte derfor legges om og gi rom for folk med praktisk og teoretisk innsikt i alle sider av den økonomiske virksomhet eller folk med kvalifikasjoner til å behandle økonomiske spørsmål i den store samfunnsmessige sammenheng.⁸¹ Reformfag - i motsetning til jus - måtte få innpass i alle typer forvaltningsorganer, om forvaltningen skulle bli et effektivt redskap for reformpolitikk.

For opposisjonen fortonte saken seg annerledes. Ekspansjonen i statlig virksomhet sammen med vidtgående delegasjon av myndighet til forvaltningen innebar en maktforskyvning fra den lovgivende til den utøvende makt. Beslutningsarenaer hvor opposisjonen ikke var representert, ville få økt betydning. Representanter for de borgerlige partiene så rettsbinding av offentlig myndighetsutøvelse som et viktig virkemiddel for å sikre at forvaltningen ikke gikk ut over Stortingets forutsetninger, og at det politiske flertallet ikke misbrukte sin makt.

Motsetningene mellom regjering og opposisjon ble gradvis bygget ned. Alt tidlig på 1950-tallet synes det å ha vært bred politisk enighet om hovedprinsippene for betryggende saksbehandling. At det etter hvert ble innført ordninger som regulerte forvaltningens myndighetsutøvelse, bidro etter alt å dømme til økt tillit til og oppslutning om forvaltningen som styringsapparat.⁸²

Arbeidet med å forberede de rettslige ordningene tok lang tid. Tidsbruken avspeiler trolig at arbeidet i perioder ble lavt prioritert av de ansvarlige regjeringer og statsråder, og at forslagene møtte motstand fra det byråkratiske og politiske establishment. Det var Kings Bay-ulykken i 1962, og den påfølgende sterke kritikken av saksbehandlingen i sentralforvaltningen, som til

⁸⁰ Johs. Andenæs referert etter Grønlie som nevnt i fotnote 79, s. 102.

⁸¹ Grønlie som nevnt i fotnote 79.

⁸² Op.cit.

syvende og sist gjorde det politisk umulig ikke å fremme forslaget om forvaltningsloven.

I løpet av perioden 1962-1970 kom de tre lovene om forvaltningens arbeidsmåter som vi fortsatt har, lov om sivilombudsmannen (1962), forvaltningsloven (1967) og offentlighetsloven (1970). Selv om de tre lovene kan sees som uttrykk for ideer som er beslektet med forvalterparadigmet – særlig forvaltningens rettsbinding, viser deres tilblivelseshistorie og innhold at det også ble tatt vesentlig hensyn til flertallsparadigmet, til den politiske ledelsens styringsevne.

Sentrale bestemmelser både i forvaltningsloven og offentlighetsloven har blitt kritisert for å legge for stor vekt på styringshensynet – og derved i siste instans på flertallsparadigmet. En hovedinnvending gjelder forholdet mellom borger og forvaltningsorgan i klagesaker. Det forvaltningsorganet som har truffet et påklaget vedtak, er ikke part i saken på linje med klageren, slik tilfellet er i land med forvaltningsdomstoler. Dermed stiller borgeren i utgangspunktet svakere overfor klagemyndigheten enn det forvaltningsorganet som har truffet vedtaket.

En annen innvending er at forvaltningens plikt til å begrunne sine vedtak er svakt utformet. Begrunnelsesplikten var et av de mest omstridte temaene under forberedelsen av forvaltningsloven. Innvendingene fra innflytelsesrike aktører som Finansdepartementet, Justisdepartementet, Rasjonaliseringsrådet og Helsedirektoratet synes å springe ut av en frykt for at omfattende saksbehandlingsregler, blant annet når det gjaldt begrunnelsen for vedtak, ville svekke ”redskapsbyråkratiets” handlekraft. Ifølge forvaltningslovens paragraf 25 *bør* forvaltningsorganet nevne hovedhensynene det har bygget på ved sin skjønnsutøvelse – men dette er altså ikke obligatorisk. De svake kravene til begrunnelse av enkeltvedtak fører ifølge kritikere til at borgerne har lite å hente gjennom den innsynsretten offentlighetsloven åpner for. Kunnskap om forvaltningsorganets tolkning av rettsgrunnlaget og organets overveielser om hvilke beslutninger det bør treffe – hensiktsmessighetsskjønnet – har begrenset relevans som klagegrunnlag.⁸³

Domstolenes rett til å prøve forvaltningsvedtak har vært relativt lite drøftet i Norge. Et visst tilløp til debatt var det på 1940- og -50 – tallet, særlig i forbindelse med forvaltningskomiteens arbeid. I et foredrag i 1947 viste professor Johs. Andenæs at domstolenes prøvelsesrett overfor forvaltningsvedtak er forankret i rettspraksis, men at den reelle betydning av denne retten er avhengig av hvor vide grenser loven setter for det administrative hensiktsmessighetsskjønnet. Dette frie skjønnet kan ikke prøves av domstolene.⁸⁴

I 1955 hevdet Frede Castberg at ”det ville gi borgerne større beskyttelse dersom også den rent forvaltningsmessige side av myndighetsutøvelsen kom inn under

⁸³ Erik Friis Fæhn, *Makt uten ansvar. Er det uvitenskapelig å avvise krav til maktutøvelsens rettmessighet?* Maktutredningens rapportserie, ISSN 1501-3065. Rapport 42 august 2002, s. 46-48.

⁸⁴ Johs. Andenæs som referert i Grønli op.cit. fotnote 79.

en kontroll i judisielle former.”⁸⁵ Forvaltningskomiteen tok i sin innstilling avstand fra dette og la seg tett opp til flertallsparadigmet: ”Det [...] ville [...] bety et radikalt brudd med vår gjeldende ordning om domstolskontrollen også skulle omfatte den rent forvaltningsmessige del av avgjørelsen. Her må vi falle tilbake på den parlamentariske og den konstitusjonelle kontroll. Prinsipielt må det også være det riktige at rene forvaltningsmessige spørsmål ikke overlates til avgjørelse av en domstol, den være aldri så selvstendig og uavhengig”.⁸⁶

Forvaltningskomiteens oppfatning – og dermed den dominerende doktrinen når det gjelder domstolenes kontroll med forvaltningsvedtak, har stått nokså uimotsagt. Men enkelte kritiske røster har det vært, blant annet førsteamanuensis Erik Fris Fæhn som i en kommentar hevder at:

”På samme måte som Høyesterett kan prøve om en regnskapskikk eller en forretningskikk er god, måtte den kunne prøve om en forvaltningsskikk – et forvaltningsorgans hensiktsmessighetsvurdering eller rimelighetsvurdering – er holdbar eller forsvarlig. Kjernen i komiteens begrunnelse er imidlertid henvisningen til den parlamentariske eller konstitusjonelle kontrollen. Ansvar for enhver beslutning blir politisk. Men i et rendyrket parlamentarisk system, der Regjeringen har tilstrekkelig støtte i nasjonalforsamlingen, vil det ikke være realistisk å forvente at den utøvende makt vil måtte stå til ansvar for forvaltningsorganenes beslutninger i særlig utstrekning. Hovedproblemet med denne politiske løsningen er at den enkelte borger selv ikke har noen mulighet til å holde beslutningstakere ansvarlige. Og det er like lite ønskelig at Stortinget overprøver løpende forvaltningsvedtak, som at domstolene gjør det.”⁸⁷

I Norge er domstolenes mulighet for å overprøve forvaltningens avgjørelser i praksis svært begrenset.⁸⁸ De aller fleste forvaltningsklagene blir avgjort innenfor forvaltningen.⁸⁹ Det føres ikke statistikk som viser omfanget av forvaltningsklager verken i tingrettene eller i lagmannsrettene, men det er anslått at det kan dreie seg om 800-1000 saker i tingrettene.⁹⁰

Professor Eivind Smith har uttrykt bekymring over rettsstatens utsatte stilling i den politiserte forvaltningsstat, og det han betegner som mange politikeres ”selvtilfredshet og styringsiver”. Han viser til politikere som er imot at rettsapparatet skal benyttes til å overprøve enkeltvedtak som er truffet av politiske organer, og mener det gir grunn til uro at slike holdninger kan være utbredt blant politikere.⁹¹ Det faktum at domstolskontroll med forvaltningen nærmest er fraværende i praksis, er etter Smiths vurdering ikke egnet til å øke

⁸⁵ Frede Castberg: *Innføring i forvaltningsrett*, 1955, s. 103.

⁸⁶ Forvaltningskomiteens innstilling 1958, s. 404.

⁸⁷ Erik Friis Fæhn som nevnt i fotnote 83, s. 46.

⁸⁸ Statskonsult Rapport 2003:19 *Klager over alt ...*

⁸⁹ Difi-rapport 2014:2 *Viltvoksende nemnder. Om organisering av statlige klagenemnder*.

⁹⁰ Torstein Eckhoff og Eivind Smith, *Forvaltningsrett* 6. utgave.

⁹¹ Eivind Smith, *Stat og rett*. Artikler i utvalg 1980-2001, Universitetsforlaget, Oslo 2002, s. 580 og 581.

forvaltningens og politikernes respekt for de rettslige rammene for deres virksomhet.⁹²

3.4 Politikk og fag

Viktige reformframstøt i hele perioden etter 1945 gjelder utskilling av saksområder til ”frittstående direktorater”. Regjeringens første prinsipielle forslag i denne retningen ble fremmet for Stortinget i 1955.⁹³ Direktoratstanken sprang ut av regjeringens ønsker om å tufte sin politikk på et faglig grunnlag og å samle fagekspertise i direktoratene. Direktoratater var ikke noen ny type myndighet i norsk forvaltning. Men forslaget om å plassere direktoratene på avstand fra den ansvarlige statsråd - utenfor departementene – brøt med mellomkrigstidens modell med direktorater innordnet i departementet. På disse punktene kan regjeringens forslag sies å ha trekk til felles med forvalterparadigmet. Regjeringens vurdering av ansvars- og myndighetsfordelingen mellom direktorat og politisk ledelse var imidlertid tydelig farget av flertallsparadigmet - av behovet for politisk styring.

Selv om forbildet for direktoratsløsningen var hentet fra Sverige,⁹⁴ ville ikke reformatorene ukritisk adoptere alle sider ved den svenske modellen. Et kjernepunkt gjaldt graden av ministerstyre – det vil si den ordningen vi har i Norge der de enkelte departementene og forvaltningssektorene står under politisk instruksjon og ledelse av en ansvarlig statsråd. På dette punktet var de norske beslutningstakerne lite innstilt på å oppgi den norske modellen til fordel for den svenske. Det norske systemet ble ansett som demokratisk betryggende og som viktig for å kunne gjennomføre en aktiv reformpolitikk.

Jens Christian Hauge, som hadde stått sentralt i arbeidet med å forberede proposisjonen skrev blant annet at ” *Norsk opinion ser formodentlig statsrådsstyret som en sikkerhet for Stortingets innflytelse og som garanti mot et stivt og konservativt byråkrati.* ”⁹⁵ Snarere enn å kopiere den svenske modellen var det ifølge Hauge ” *enda mer nærliggende at vi gjør alvor av å organisere direktoratene etter vårt tradisjonelle mønster, det vil si selvstendige direktorater som er underordnet departementene, undergitt instruksjonsmyndighet og hvis avgjørelser kan omgjøres av departementene* ”.

Hauges konklusjon ble den linjen som skiftende regjeringer førte for direktoratspolitikken de neste 30-40 årene. Spørsmålet om uavhengighet fra den politiske ledelsen kom først tilbake på den politiske dagsordenen på 1990-tallet. Men før det hadde det skjedd en påtakelig, men midlertidig dreining i Arbeiderpartiets vurdering av direktoratsbasert fagstyre som forvaltningspolitisk modell.

⁹² Op. cit., s. 185.

⁹³ St. prp. nr. 121 for 1955 ” *Tiltak for å lette den administrative arbeidsbyrden for statsrådene mv.* ”

⁹⁴ Regjeringens proposisjon hevdet blant annet at ”sentrale embetsverk utenfor departementene ville ha gode muligheter for å bli rasjonell og betryggende” og viste til studier av den svenske ordningen med uavhengige myndigheter.

⁹⁵ Hauge som referert i Grønlie op.cit. fotnote 79, s. 179.

Modalsli-utvalgets innstilling⁹⁶ av 1970 om ”den sentrale forvaltnings organisasjon”⁹⁷ representerer et historisk høydepunkt for direktoratstanken. Flertallet i utvalget foreslo å rendyrke forskjellen mellom departement og direktorat og å opprette en rekke frittstående direktorater. Utvalget mente at det ikke ville være noe problem å unnta direktoratene fra departementets/regjeringens instruksjon så lenge det var lovbestemmelser om hvordan unntaket skulle praktiseres.

Utvalgsflertallets anbefaling om direktoratsløsningen som allment organisasjonsprinsipp ble imidlertid ikke fulgt opp av de etterfølgende regjeringene. Mindretallets anbefalinger om overføring av myndighet – ikke til statlige direktorater, men til lokale og regionale organer var mer i samsvar med det som skulle komme. I Arbeiderpartiet var det særlig Per Kleppe som var forkjemper for denne nyorienteringen. Hans vurderinger samsvarer med sentrale elementer i flertallsparadigmet. Kleppe var grunnleggende byråkratiskeptisk og opptatt av demokrati og politisk styring. Historikeren Tore Grønlie skriver: ”Hans anliggende ble – i så stor grad som mulig – å erstatte byråkrati med politikk [...] Rene byråkratorganer – som direktoratene- burde [...] erstattes med folkevalgte organer – eller organer under folkevalgt styring og kontroll.”⁹⁸ Kleppe så for seg et fylkesting sammensatt etter direkte valg og en ordning med fylkesparlamentarisme. Statlige oppgaver burde så langt som mulig overføres til fylkeskommunene.

Innføringen av fylkeskommunen førte ikke til noen stopp i opprettelsen av direktorater. I perioden 1970-80 ble det opprettet 12 direktorater. Men etableringene kom i de fleste tilfeller på andre områder enn de som var anbefalt av Modalsli-utvalget. Det som i første rekke var avgjørende for om et saksfelt ble organisert som direktorat eller ikke, var feltets grad av politisk sensitivitet. Det var et gjennomgående argument at saker måtte beholdes i departementet av politiske styringshensyn. Flere aktuelle områder var for viktige til å bli overlatt til fagfolk og eksperter.

Politiets sentralledelse er kanskje det fremste eksemplet på et slikt område. Men her var det uenighet selv i regjeringspartiet og internt i regjeringen. Justisminister Oddvar Berrefjord i Brattelis første regjering var positiv til et forslag fra et regjeringsoppnevnt utvalg om å opprette et politidirektorat som skulle være unntatt fra de generelle instruksjonsbestemmelsene i sentralforvaltningen. Flere regjeringsmedlemmer, deriblant statsministeren, var imidlertid skeptisk til forslaget, fordi de fryktet svekket styring og kontroll. Den etterfølgende Korvald-regjeringen fremmet forslag om å opprette et politidirektorat, men presiserte i proposisjonen at statsrådets ledelse måtte komme til uttrykk i ”klare bestemmelser om at departementet har så vel generell som spesiell instruksjonsmyndighet overfor direktoratet”.⁹⁹ Da Bratteli kom tilbake som statsminister i 1973, ble det imidlertid tidlig klart at

⁹⁶ Hauge som referert i Grønlie op.cit. fotnote 79, s. 180.

⁹⁷ Innstilling om den sentrale forvaltnings organisasjon, Otta, 1970.

⁹⁸ Grønlie som nevnt i fotnote 79, s. 349.

⁹⁹ Ot.prp. nr. 60 for 1971-72, s. 10.

den nye justisministeren Inger Louise Valle ikke ville gå inn for et politidirektorat fordi hun så demokratisk betenkelige sider ved forslaget.

Selv om direktoratsløsningen ikke lot seg realisere på noen områder, var løsningen langt fra like kontroversiell over alt. Nye direktoratskonstruksjoner så dagens lys i annen halvdel av 1980-årene og på 1990-tallet. Etter århundreskiftet skjøt utviklingen fart. På enkelte områder ble det også opprettet direktorater der dette tidligere hadde vært politisk umulig. Mens Stortinget så sent som i 1995 hadde avvist tanken om et politidirektorat, var det fem år senere bare Sosialistisk Venstreparti som gikk imot dette. I motsetning til den tidligere oppfatningen var det nå utskillelsen – og ikke integreringen i departementet - som skulle sikre god styring og kontroll. Tilsvarende holdningsendringer kom også til syne ved opprettelsen av Utdanningsdirektoratet og Sosial- og helsedirektoratet. Direktoratenes organisatoriske fristilling skulle som hovedregel nøytraliseres med en effektiv etatsstyring.

Selv om direktoratsetablering og styring gikk hånd i hånd, synes flertallsparadigmet å ha fått redusert betydning når det gjelder behandling av enkeltsaker. Et notat om "*Framtidens departement*"¹⁰⁰ som Statskonsult utarbeidet i forbindelse med omorganiseringen av justissektoren, trekker relativt snevre grenser for et departements arbeidsoppgaver: Et departement *måtte* ikke beskjeftige seg verken med forvaltningsoppgaver eller saksbehandling. Det burde aldri være førsteinstans i saksbehandling, og klagebehandling burde reduseres "ned mot null". Selv forskrifts- og regelverksarbeid kunne reduseres vesentlig. Et departement skulle først og fremst være sekretariat for den politiske ledelsen. Beslutningstakerne i Justisdepartementet var enige i at enkeltsaker "så langt det er mulig" burde ut. I en moderne statsforvaltning hørte disse "ikke [...] hjemme på departementsnivå".¹⁰¹

Mens reformatorene på 1950-, -60 og -70 tallet hadde vært opptatt av at bare tekniske og administrative saker skulle legges til direktorater, hevder Tore Grønlie at tenkningen omkring århundreskiftet "*innebar aksept for utskilling av saksområder et godt stykke inn i "politisk territorium"*". *Nå var det definitivt ikke bare snakk om teknikk, administrasjon og rutine*".¹⁰²

Mens et hovedmål var å styrke politiseringen og føre ut arbeidsoppgaver som ville svekke konsentrasjonen om sekretariatsoppgavene, forekom også det motsatte standpunktet: Det var nødvendig å ta ut av departementet oppgaver som ville bli forstyrret av politiseringen. Satt på spissen: I det første tilfelle var det snakk om å skjerme politiseringen mot fagforvaltningen, i det andre å skjerme fagforvaltningen mot politiseringen. Ved utflyttingen av

¹⁰⁰ Statskonsult Notat 2000:4, *Framtidens departement*.

¹⁰¹ Strategiprojekt 1. September 1999. Justis- og politidepartementets oppgaver og organisering, s. 3.

¹⁰² Tore Grønlie, *Sentraladministrasjonens historie etter 1945. Den nye staten etter 1980*, Fagbokforlaget, Bergen 2009, s. 313.

domstolsadministrasjonen gjorde det sistnevnte perspektivet seg sterkt gjeldende. Men det møtte ettertrykkelig og prinsipiell motstand.

I diskusjonen om domstolsadministrasjonen - og noen år senere om organiseringen av statlige tilsyn, ble flertalls- og forvalterparadigmet stilt i tydelig kontrast til hverandre. For flertallet i Domstolskommisjonen var det politiseringen av departementet – ønsket om å gjøre det til et sekretariat for den politiske ledelsen – som var hovedargumentet for større uavhengighet for domstolsadministrasjon. Flertallet ønsket å skape tydeligere avstand mellom domstolene og regjeringskontorene, særlig Justisdepartementet. Behovet for avstand hadde ifølge flertallet økt blant annet fordi Justisdepartementet hadde utviklet seg fra å være et juridisk fagdepartement til å bli et ”politisk sentralt departement”¹⁰³ som hadde en ”løpende innflytelse” på domstolene ”som tidligere var ukjent.”¹⁰⁴ Flertallets anliggende var - med Tore Grønlies ord, ”entydig: styrking av rettsstaten; rettsikkerhet gjennom avstand til politikken”.¹⁰⁵

For mindretallet i utvalget derimot var det hensynet til folkestyret som var avgjørende. Tilliten kunne svekkes om domstolene og deres styre fikk for mye preg av ”laugsstyre, korporativt styre eller rent fagstyre.” For mindretallet var organisering av domstolene ikke jus, men forvaltning og politikk. I organisasjonsspørsmålet måtte uavhengigheten vike for demokratiet.¹⁰⁶

Justisdepartementets valg av organisering lå et sted mellom flertallets og mindretallets anbefaling. Mulighetene for politisk styring av domstolsadministrasjonen ble sterkere enn flertallet hadde foreslått, men terskelen høyere ved at beslutningsmyndighet ble overført fra departementet til Kongen i statsråd.¹⁰⁷ Departementet snudde imidlertid opp ned på flertallets begrunnelse: ”der hvor flertallet hadde ønsket utflytting av oppgaver fordi departementet var blitt sterkere politisert, ønsket departementet utflytting for å bidra ytterligere til politiseringen.”¹⁰⁸

Når det gjelder direktorater med tilsynsfunksjoner, har det de siste 20 årene vært en tendens til ikke bare å organisere virksomheten utenfor departementene, men også til å begrense den politiske ledelsens mulighet til å gripe inn i disse organenes saksbehandling. Her har det i flere tilfeller kommet til uttrykk en tydelig spenning mellom forvalter- og flertallsparadigmet. Uavhengigheten kommer til uttrykk på særlig tre måter – men i noe forskjellig utforming og kombinasjon i hvert enkelt tilfelle:

¹⁰³ NOU 1999:19 *Domstolene i samfunnet*, s. 140.

¹⁰⁴ *Ibid.*, s. 141.

¹⁰⁵ Grønlie som nevnt fotnote 102, s. 357.

¹⁰⁶ *Ibid.* s. 358.

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 44 for 2000-01.

¹⁰⁸ Grønlie som nevnt fotnote 102, s. 362.

- a) ved å begrense departementets/regjeringens adgang til å instruere et underliggende forvaltningsorgan - som oftest i enkeltsaker
- b) ved å legge klagebehandlingen til et uavhengig organ slik at departementets muligheter til å gi presedensskapende vedtak reduseres
- c) ved å løfte instruksadgangen fra departementet til Kongen i statsråd slik at terskelen for inngripen heves.

At forvaltningsorganer var unntatt fra politisk instruksjon, var unntakstilfeller fram til et stykke inn på 1990-tallet. Omkring århundreskiftet skjedde det imidlertid en vesentlig endring slik at begrensning i instruksjonsadgangen var i ferd med å bli *”et sentralt utviklingstrekk i forvaltningspolitikken, på linje med markedsorienteringen.”*¹⁰⁹

Bondevik-regjeringens melding i 2003 om statlige tilsyn ga anledning til en omfattende prinsippdiskusjon om forvaltningsorganers uavhengighet. I meldingen hevdet regjeringen 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.”*¹¹⁰

Meldingen hevdet at en organisering av tilsyn utenfor departementet ikke var tilstrekkelig: rettslige skranker mot politisk inngripen i saksbehandlingen måtte reises. Meldingen foreslo to generelle prinsipper for tilsynsorganisering: avskjæring av instruksjonsretten for departementene i enkeltsaker og opprettelse av uavhengige klagenemnder. Det har vært hevdet at meldingen med sin sterke betoning av faglige hensyn og tilsvarende nedtoning og negative vurdering av politisk styring representerte *”en klar utvidelse”*¹¹¹ av de unntaksmuligheter fra instruksjonsretten som Stortinget hadde fastsatt i 1977¹¹².

I Stortinget utløste regjeringens melding full strid. Regjeringen fikk støtte fra Fremskrittspartiet, mens 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.”*¹¹³

Også forslag om organisering av enkelttilsyn skapte parlamentarisk debatt. Når det gjaldt konkurransetilsynet, fulgte konfliktene det samme mønster som ved behandlingen av Bondevik-regjeringens tilsynsmelding. Borgerlige partier med Høyre og Fremskrittspartiet i spissen har helt siden slutten av 1980-tallet presset på for mer uavhengighet, mens Arbeiderpartiet, SV og Senterpartiet har

¹⁰⁹ Op.cit., s. 329.

¹¹⁰ St.meld.nr. 17 for 2002-03, s. 9.

¹¹¹ Grønlie som nevnt i fotnote 102, s. 332.

¹¹² St. forh. 1977 s. 4076.

¹¹³ Innst. S. nr. 222 2002-03, ss. 26 og 27

holdt igjen. Statsråd Victor Norman gikk inn for både avskåret instruksjonsmyndighet og uavhengig klagenemnd. Men på grunn av det politiske kompromisset som var inngått i Stortinget ved behandlingen av tilsynsmeldingen, måtte Bondevik-regjeringen oppgi tanken om klagenemnd, slik at den bare kunne fremme forslag om avskåret instruksjonsadgang i enkeltsaker koplet med overprøvingsrett for Kongen i statsråd av saker av stor samfunnsmessig betydning.

Etter valget i 2005 var den rød-grønne regjeringen på offensiven for å styrke politikken. Statsråd Heidi Grande Røys advarte ”på generelt grunnlag” mot utviklingen av særskilte klageorganer; de ivaretok ikke uavhengighetskravet bedre enn departemental saksbehandling, de var kostbare og førte til mer byråkrati.¹¹⁴ I 2008 fikk regjeringen flertall for et forslag som gjorde det mulig for Kongen i statsråd å tillate bedriftsfusjoner av samfunnsmessig viktighet uten å vente på departementets klagebehandling.

Også når det gjelder utlendingsforvaltningen, er det mest omstridte organisasjonsspørsmålet *om* og eventuelt *hvordan* saksfeltet – eller deler av det – skal holdes utenfor politikken. Men her har partiene i lange perioder inntatt motsatte standpunkter av hva de har gjort på konkurranseområdet. Arbeiderpartiet var lenge pådriver for nemnd og avskåret instruksjon i utlendingssaker, mens Høyre og Fremskrittspartiet har vært tilhenger av direkte politisk styring. Dette tyder på at partienes avveining mellom politisering og autonomi, og for så vidt mellom flertalls- og forvalterparadigmet, i mindre grad reflekterer prinsipielle standpunkter enn holdninger til politikkenes substans på de ulike områdene.

På områder som ligger utenfor partienes interessefelt har det uten debatt eller noen samlet vurdering skjedd institusjonelle endringer som i sum innebærer en tydelig forskyvning mellom flertalls- og forvalterparadigmet. Et slikt felt er forvaltningens klagesaksbehandling. Statskonsult utga i 2003 en rapport som dokumenterte at nær halvparten av alle klager over enkeltvedtak i statsforvaltningen ble behandlet av klagenemnder utenom det ordinære forvaltningshierarkiet. Dette er en realendring av hovedregelen i forvaltningsloven om at klage skal behandles av det organ som er nærmest overordnet den instansen som har truffet vedtaket. Statskonsult hevdet at den økte bruken av klagenemnder neppe har vært tilsiktet, og at den har skjedd uten noen prinsipiell eller samlet vurdering av klageinstituttet.¹¹⁵

I 2012 og 2013 gjennomførte Difi en ny kartlegging av statlige særordninger med klage til nemnd. Det ble registrert over femti statlige nemnder som treffer juridisk bindende enkeltvedtak. De aller fleste av disse er klagenemnder som overprøver forvaltningsvedtak som anneninstans.¹¹⁶ Det er vanskelig å se noe bestemt mønster for når forvaltningslovens ordinære klagesaksmodell blir valgt,

¹¹⁴ Innst. S. nr. 105, 2006-07, St.2006-07, s. 1768.

¹¹⁵ Statskonsult op.cit. fotnote 35.

¹¹⁶ Difi 2014:2. *Viltvoksende nemnder? Om organisering av statlige klagenemnder.*

og når det velges unntak fra denne modellen. Uklarheten gjelder både på tvers av - og innenfor - de enkelte sektorene. Når det er valgt å opprette uavhengige klageinstanser, er det heller ikke noen felles norm for graden av uavhengighet.¹¹⁷

Selv om det fins en rekke begrunnelser for de enkelte nemndsopprettelsene, 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. Som vi allerede har antydnet: når det gjelder forvaltningsklager, står flertallsparadigmet nokså svakt.¹¹⁸

Hensyn som hører hjemme i forvalterparadigmet – særlig ønsket om domstolsliknende saksbehandling - blir tydelig understreket ved opprettelsen av flere klagenemnder. I over halvparten av de nemndene Difi har undersøkt, stilles det krav om at lederen skal ha juridisk embetseksamen, ofte formulert som dommerkompetanse etter domstolsloven. Det forekommer også at det stilles slike krav til øvrige medlemmer. I andre tilfelle betones behovet for ekspertise som forvaltningen ikke har.

¹¹⁷ NOU 2010:12 *Ny klageordning for utlendingssaker* (5.5.9).

¹¹⁸ Da "*Framtidens departement*" ble utgitt, var den gjeldende praksis i departementene allerede godt i samsvar med rapportenes anbefaling at enkeltsaksbehandling ikke hører hjemme i et departement.

4 De to legitimitetsmodellene i internasjonalt perspektiv

4.2 EU som normsetter

4.2.1 EU og de to legitimitetsmodellene

Flertallsparadigmet innebærer i rendyrket versjon at avgjørelser treffes med simpelt flertall av et kollegialt organ. Konsekvensen av en flertallsbeslutning er følgelig at et mindretall må leve med en ordning det har vært motstandere av. En slik modell er av flere grunner lite egnet til å legitimere beslutninger innenfor EU.

For det første fins det ikke noe EU-organ som alene er berettiget til å utøve myndighet fordi det representerer flertallet innenfor unionen. I parlamentarisk styrte stater er den politiske makten konsentrert i nasjonalforsamlingens flertall og dette flertallets regjering. Noen slik maktkonsentrasjon er ikke mulig innenfor EU. Myndighet utøves i et komplisert samspill mellom ulike institusjoner som utfyller hverandre og holder hverandre i sjakk.

For det andre er flertallsstyre heller ikke velegnet for – og mange vil mene: ikke ønskelig i en så heterogen og motsetningsfylt konstruksjon som EU. Unionens styringssystem må derfor bygge på et pluralistisk prinsipp som anerkjenner at det fins ulike nasjoner, folkegrupper, religioner og økonomiske og sosiale spenninger, og at disse forskjellighetene må kunne eksistere side om side. Et slikt prinsipp setter grenser for flertallets mulighet til å overkjøre et mindretall og følgelig for EU-myndighetenes maktutøvelse. Ved utformingen av EUs institusjoner må det derfor bygges inn mekanismer som sikrer medvirkning fra ulike instanser og interesser, og som gjør det mulig å verifisere at slik medvirkning faktisk finner sted.

For å hindre at EU blir handlingslammet, må konfliktpotensialet reduseres så mye som mulig. For å gjøre beslutninger mulig, vektlegger unionens organer - særlig Kommisjonen og Rådet - vitenskapelig og faglig rasjonalitet.¹¹⁹ Tjenestemenn fra medlemsstatene tilkjenner gir følgelig at det i første rekke er faglige hensyn som er retningsgivende for deres EU-arbeid.¹²⁰ Politiske vurderinger vektlegges i vesentlig mindre grad.¹²¹

Samtidig styres EU i stor grad ved bruk av rettslige virkemidler. Regelstyring kan skjule virkningen av offentlige tiltak og gjøre vinnere og tapere mer

¹¹⁹ Svein S. Andersen, *Hvordan er EU mulig?* Tidsskrift for samfunnsforskning, vol. 41, 561-593.

¹²⁰ Bengt Jacobsson og Göran Sundstöm, *Invävd i Europa – svensk statsförvaltning i förändring*. Manus presentert på NOPSAs konferansen, Uppsala, august. Score 1999.

¹²¹ Om situasjonen i Sverige skriver Jacobsson og Sundstöm (*ibid.* s. 20): "Det verkar som om tjänstemännen tvingas "dra in" politikerna i olika frågor, snarare än att politikerna agerar aktivt och tar initiativ på egen hand."

usynlige enn bruk av økonomiske virkemidler.¹²² Derved kan politikk – og særlig fordelingspolitikk – framstå som en beslutningsnorm med begrenset relevans.

En slik utvikling har som konsekvens at det i stor grad er hensyn utledet av forvaltermodellen som legitimerer beslutninger i EU: det vil si at disse er truffet uten påtrykk fra sterke interessenter, ut fra hensyn til det felles beste og til rettslige og faglige normer. Nedenfor skal vi se nærmere på hvordan slike beslutningsnormer preger EUs krav til medlemsstatenes forvaltningsorganisasjon så vel som utformingen av EUs egne organer.

4.2.2 Krav til nasjonalstatenes forvaltning

Siden EU ikke er en stat, har den – med noen få unntak - ikke noe eget forvaltningsapparat som kan sette unionens rettsakter ut i livet. EUs lovgivning blir iverksatt av medlemsstatenes forvaltningsorganer. Disse organene må håndheve EUs bestemmelser på en slik måte at europeiske borgere har de samme rettigheter og plikter, uansett hvilket land de bor i. I løpet av de siste par tiårene har veksten i EUs oppgaver ført til at medlemsstatene på stadig flere og viktige områder handler som unionens representanter – en utvikling som i stor grad har forsterket de administrative og forvaltningspolitiske implikasjonene av medlemskap. Veksten i EUs oppgaver har befestet sammenkoplingene og den gjensidige avhengigheten mellom medlemsstatene. At ett medlemsland ikke makter å følge opp unionens pålegg, vil i stadig sterkere grad påvirke enkeltpersoner, virksomheter og myndigheter i andre medlemsland.¹²³

EU stiller krav til medlemsstatene når det gjelder håndheving av Unionens regelverk. En del av kravene er nært beslektet med forvalterparadigmet: hensynet til upartiskhet, åpenhet og andre verdier vi har nevnt ovenfor. Disse kravene vil i større eller mindre grad kollidere med medlemsstatenes nasjonale forvaltningsprinsipper som ofte er utledet av flertallsparadigmet (se nedenfor). En slik spenning kommer særlig til syne i EU-bestemmelser om uavhengighet for nasjonale regulerings- og kontrollmyndigheter.

EU har påvirket opprettelsen av uavhengige myndigheter på to måter:

- *indirekte*, gjennom initiativ for markedsliberalisering og etablering av tverrnasjonale nettverk for myndighetsorganer
- *direkte*, gjennom krav om opprettelse av og funksjonsmåte til reguleringsorganer og ved kontroll av medlemsstatenes etterlevelse av disse kravene

¹²² I følge den amerikanske professor i statsvitenskap Guy B. Peters vil bruk av rettslige virkemidler: "*mask the effects of policies and [...] make winners and losers less visible than expenditure programmes do.*" Guy B. Peters som sitert i Bart Kerrememans *Do Institutions Make a Difference? Non-Institutionalism, Neo-Institutionalism, and the Logic of Common Decision-Making in the European Union*. Public Administration, vol. 9 1996, s. 231.

¹²³ Innenfor EU er det derfor en voksende erkjennelse av at utformingen av nasjonale forvaltningsordninger også er et anliggende for fellesskapet. Bestemmelser om dette er derfor inntatt i EUs grunnlovstraktat av 2004 og i Lisboa-traktaten.

Hvordan skal EU-lovgivningens bestemmelser om ”uavhengighet” forstås? Oppfatningen om at denne lovgivningen krever uavhengighet overfor *politiske myndigheter* er i mange tilfeller ikke dekkende. EU krever i en del tilfeller uavhengighet av *markedsaktører*. Rettsekspertene hevder at begrepet ”uavhengighet” i disse sammenhengene er malplassert fordi det ikke betyr ”forbud mot instruksjon”, slik tilfellet er når det gjelder EU-traktatens artikkel 234 om domstolenes uavhengighet eller EMKs artikkel 6 om uavhengige rettsrettsinstanser.¹²⁴

Krav om uavhengighet av markedsaktører vil imidlertid ha betydning for medlemsstatenes valg av styrings- og organisasjonsmodeller og ikke minst for de nasjonale reguleringsmyndighetenes forhold til den politiske ledelsen. Når staten er eier av/har store eierandeler i selskaper som opererer på konkurransemarkeder, må reguleringsmyndigheten være uavhengig av det organet som ivaretar statens eierinteresser. Krav om denne type ”funksjonell uavhengighet” er det på postområdet.¹²⁵ Tidligere hadde direktivene for tele og energi bestemmelser om den samme typen uavhengighet. Men her er kravene til uavhengighet nå utvidet (se nedenfor).

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. På telesektoren var det en langvarig konflikt mellom EFTA Surveillance Authority (ESA) og Norge om Samferdselsdepartementets dobbeltrolle som eierdepartement og reguleringsmyndighet. Det er grunn til å tro at kravene til rendyrking av roller på denne sektoren – regulering og eierskap - og den løsning som til slutt ble funnet, bidro til å alminneliggjøre rendyrkingsstrategien.¹²⁶

På flere felter krever EU nå utvidet uavhengighet for nasjonale reguleringsmyndigheter. Kravet gjelder også i forholdet mellom myndighetene og medlemsstatenes regjeringer.

- Mest ubetinget er kravet om uavhengighet på *personvernområdet*. EUs personverndirektiv krever at nasjonale myndigheter skal ha ”fullstendig uavhengighet” (”complete independence”).¹²⁷
- Når det gjelder nasjonale *energimyndigheter*, skal EU medlemsstater – ifølge energidirektivene - sikre at disse myndighetene verken innhenter eller følger instruksjoner fra noen regjering eller offentlige eller private virksomheter.¹²⁸ Det er videre et krav at myndighetens avgjørelser skal

¹²⁴ Barbara Leitl, *Die Regulierungsbehörden in österreichischem Recht*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 2006, s. 134.

¹²⁵ Directive 97/67 EC, artikkel 22.

¹²⁶ Grønlie op. cit. fotnote, s. 247.

¹²⁷ Directive 95/46 EC, artikkel 28.

¹²⁸ Directive 2009/72/EC artikkel 35 (4).

- kunne påklages, og at klageorganet skal være uavhengig av partene i saken og av enhver regjering.¹²⁹
- På *teleområdet* krever EU at den nasjonale reguleringsmyndigheten skal handle uavhengig og verken innhente eller følge instruksjoner fra noe annet organ.¹³⁰ Medlemsstatene er forpliktet til å gi lovbestemmelser som sikrer at myndigheten er beskyttet mot "ekstern innblanding og politisk press".¹³¹
 - Når det gjelder *flyplass tjenester*, er EUs medlemstater pålagt å opprette en uavhengig overvåkingsmyndighet. I spørsmål om fastsetting av flyplassavgifter skal myndigheten treffe endelige og bindende vedtak.¹³²

EU-kommisjonen foreslo i 2005 at medlemsstatene skulle forplikte seg til å sikre uavhengigheten til de nasjonale *mediemyndighetene*.¹³³ Men dette forslaget falt i Rådet. Av mediedirektivet fremgår det likevel at medlemsstatene "i samsvar med sine rettslige tradisjoner og etablerte organer" skal ha en uavhengig reguleringsmyndighet.¹³⁴

Til tross for motstand og tilbakeslag følger EU-kommisjonen åpenbart en langsiktig strategi for å sikre nasjonale reguleringsmyndigheter politisk uavhengighet og et tilstrekkelig spillerom for skjønn.¹³⁵ Med tanke på at EUs krav til uavhengighet - etter Kommisjonens initiativ - faktisk er blitt skjerpet de siste årene, synes strategien å ha en viss suksess.

Grunnen til kravet om uavhengighet fra den nasjonale politiske ledelsen er tvil om ledelsens vilje og evne til å gjennomføre unionens politikk. I energidirektivene skinner det gjennom en bekymring for at politikere vil ta utilbørlig hensyn til nasjonale leverandører, slik at markedet ikke vil fungere effektivt: " [...] *experience shows that the effectiveness of regulation is frequently hampered through a lack of independence of regulators from government, and insufficient powers and discretion* ".¹³⁶

På samme måte uttalte EUs kommisjonær for informasjonssamfunnet og medier:

¹²⁹ Directive 2009/72/EC artikkel 37 (17).

¹³⁰ Directive 2009/ /EC, artikkel 3.

¹³¹ Directive 2009/ /EC, s.6.

¹³² Directive 2009/12/EC, bl.a. artikkel 11.

¹³³ COM(2005)646 final, artikkel 23b.

¹³⁴ Directive 2007/65/EC, avsnitt 65.

¹³⁵ Michael Holubek, "Wie unabhängig sind die "unabhängigen Verwaltungsbehörden"?", i Österreichische Juristenkommission, *Rechtstaat und Unabhängigkeit*, Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien – Graz , s. 117.

¹³⁶ Directive 2009/72/EC, avsnitt 33.

“A further problem complicating the application of the EU's present legal framework is that not all the national regulatory authorities are totally independent. Our legal framework will only function if all 27 Member States have strong, impartial regulatory bodies. These should be independent not only from interference by the dominant market players, but also from government pressure. They must be free to discharge their duties.”¹³⁷

Parallelt med kravene om uavhengighet fra nasjonale myndigheter innebærer EU-regelverket at medlemsstatenes reguleringsmyndigheter kommer i et forsterket *avhengighetsforhold* til EU-kommisjonen. På teleområdet må utkast til viktige avgjørelser forelegges Kommisjonen, som etter kontakt med øvrige nasjonale reguleringsmyndigheter kan beslutte at avgjørelse ikke skal treffes på nasjonalt nivå.

Ikke bare formelle krav til medlemsstatene, men også opprettelse av byråer og formaliserte nettverk på EU-nivå påvirker funksjonsmåten og uavhengigheten til nasjonale fagmyndigheter. Medlemsstatenes representanter i disse byråene/nettverkene opptrer i stor grad uavhengig av politisk ledete organer i hjemlandet. I noen tilfeller er det et eksplisitt EU-krav at nasjonale deltakere i EU-byråer ikke skal instrueres av den hjemlige politiske ledelsen. Jo flere oppgaver som delegeres til byråer/nettverk, desto mer kommer den norske regjeringen og de norske departementene i en perifer rolle overfor EU. For unionens medlemsstater kompenseres mangelen på politisk innflytelse i byråene ved deltakelse i Rådet, som sammen med Europarlamentet treffer beslutninger i EU. For Norge derimot er situasjonen annerledes. At vi som ikke-EU medlem ikke deltar i Rådets møter, vanskeliggjør politisk styring av EØS-arbeidet, og dermed også muligheten for kontroll med underliggende organer.

4.2.3 EU-byråer: Legitimitet til tross for demokratisk underskudd

EU-byråene står ikke på samme måte som nasjonale forvaltningsorganer under politisk eller demokratisk styring og kontroll. Samtidig representerer de en tildeling av myndighet til ikke-traktatbaserte EU-institusjoner, noe som kan gi opphav til ytterligere tvil om deres demokratiske legitimitet. Slik tvil er særlig problematisk i EU der demokrati er et bærende prinsipp for alle unionens medlemsstater og i EU-lovgivningen. Ved opprettelsen av EU-byråer er det derfor lagt stor vekt på å bygge inn legitimitetsfremmende mekanismer som kompensere for fravær av tradisjonelle, nasjonalstatlige kontroll- og styringsmåter. De legitimitetsstyrkende ordningene går på flere måter ut over det som er vanlig i nasjonale forvaltningsorganer. EU-byråer kan derfor brukes til å identifisere og beskrive mekanismer som kan sikre at uavhengige organer ikke misbruker sin frihet.

¹³⁷ Viviane Reding, *Europe's telecommunications market ahead of the reform of the EU's regulatory framework*, 13. Internationale Handelsblatt Jahrestagung "Telekommarkt Europa"-Düsseldorf, 12. juni 2007, s. 5.

Vi skal her se nærmere på den europeiske energimyndigheten¹³⁸ som ble vedtatt opprettet i 2009. Ikke minst rekkevidden av myndighetens gjøremål gjør det viktig å innføre ordninger som sikrer at den har høy grad av legitimitet. Energibyrådet treffer enkeltvedtak og gir uttalelser og anbefalinger. Selv om bare enkeltvedtakene har rettskraft, er det grunn til å anta at også uttalelser og anbefalinger kan ha sammenlignbar virkning.¹³⁹ Byrådet vil derfor ha stor betydning for nasjonal – herunder trolig også norsk - myndighetsutøvelse på energiområdet. Rettsekspertene hevder at opprettelsen av byrådet må sees som ledd i en prosess der stadig mer beslutningskompetanse flyttes fra nasjonalt til overnasjonalt nivå og som et skritt på veien mot full europeisering av medlemsstatenes energiforvaltninger der reguleringsmyndighet helt ut ivaretas av EU-organer.¹⁴⁰

Organiseringen av og virkemåten til energibyrådet er fastsatt i en detaljert forordning som er vedtatt av Rådet og Europaparlamentet.¹⁴¹ Bestemmelser som man må anta har blitt utformet med sikte på å styrke tilliten til byrådet, gjelder

- myndighetens uavhengighet
- måten myndighetens direktør og styre oppnevnes på
- åpenhet og adgang for eksterne parter til å medvirke i myndighetens avgjørelser
- kontroll med myndighetens virksomhet

Vi skal særlig se på ordninger som går ut over det som vanligvis finnes i nasjonale forvaltningsorganer.

Uavhengighet

Mekanismer som sikrer byråets uavhengighet er viktig for å skape tillit til at det ikke handler etter press fra noen av EUs medlemsland eller markedsaktører. For alle organer innenfor byrådet - direktør, styre og representantskap - gjelder nokså vidtgående bestemmelser om uavhengighet. Bestemmelsene gjelder i like stor grad forholdet til politiske/offentlige myndigheter som forholdet til markedsaktører.

- Medlemmene av styret er pålagt å handle uavhengig og objektivt ut fra allmenne samfunnshensyn og skal verken søke eller etterleve politiske instruksjoner. Likelydende formuleringer gjelder for byråets direktør.
- Styrets medlemmer er pålagt å fremlegge skriftlige erklæringer der de enten anfører at de ikke har interesser som berører deres uavhengighet, eller at de har direkte eller indirekte interesser som kan anses å berøre uavhengigheten. Disse erklæringene skal oppdateres og offentliggjøres hvert år.

¹³⁸ Agency for the Cooperation of Energy Regulators, regulation (EC) No 713/2009.

¹³⁹ Wolfgang Urbantschitsch, *Europäisierung der Energieregulierung. Über das Zusammenspiel von Kommission, Europäischer Regulierungsagentur und nationalen Regulierungsbehörden*, Österreichische Juristenzeitung, Oktober 2009 (19), s. 852.

¹⁴⁰ Ibid., s. 855.

¹⁴¹ Regulation (EC) No 713/2009.

Utnevelser

Et særmerke ved utnevelser til byråets organer er at ikke noe enkeltorgan alene har hånd om – og følgelig ikke dominerer personvalget.

- Av styrets 9 medlemmer utnevnes to av Kommisjonen, to av Europa-Parlamentet og fem av Rådet.
- Styret velger byråets direktør fra en liste med tre kandidater som er foreslått av Kommisjonen. Kommisjonen utarbeider listen etter en åpen søknadsrunde og på grunnlag av en vurdering av søkeres kvalifikasjoner. Før utnevnelse finner sted kan den kandidaten som vil bli valgt av Styret, bli invitert til å avgi en uttalelse til vedkommende utvalg i Europaparlamentet og besvare spørsmål fra utvalgets medlemmer.

Det vil trolig også styrke Byråets uavhengighet at direktørens åremål på fem år, kun kan fornyes én gang, og da med tre år.

Åpenhet og ekstern medvirkning

Som nevnt er styret pålagt en nokså vidtgående plikt til å offentliggjøre informasjon om økonomiske og andre interesser. EU-forordningen inneholder også andre bestemmelser om gjennomsiktighet.

- Byrådet er forpliktet til – på tidlige stadier av saksbehandlingen – å innhente uttalelser fra blant annet markedsoperatører, forbrukere og sluttbrukere på en åpen og gjennomsiktig måte. Alle dokumenter og møterefater fra høringsmøter skal offentliggjøres. Byrådet må opplyse om hvordan det er tatt hensyn til de kommentarer som er kommet inn, og gi begrunnelser for hvorfor mottatte forslag eventuelt ikke er tatt til følge.
- Publikum skal også ha adgang til å holde seg grundig orientert om møtene i styret. Som et minimum skal dagsordenen, bakgrunnsdokumentene og møterefaterne offentliggjøres på byråets hjemmeside.

Kontroll

I tillegg til omfattende bestemmelser om budsjettkontroll har forordningen også regler om kontroll med byråets faglige virksomhet.

- Byråets arbeid skal evalueres hver gang den flerårige arbeidsplanen skal revideres. Evalueringen skal foretas av en ekstern ekspert og resultatet offentliggjøres.
- Direktørens arbeid skal evalueres særskilt. Evalueringen gjennomføres ved avslutningen av den første åremålsperioden.
- Siden byrådet treffer vedtak med rettsvirkning, kan vedtakene påklages til et særskilt klageorgan. For dette organet gjelder de samme regler om uavhengighet og gjennomsiktighet som for byrådet. Medlemmene av klageorganet må avgi interesseerklæringer på lik linje med Styrets medlemmer. Partene i en klagesak kan avgi muntlige erklæringer for klageorganet. Det er fastsatt en grense for saksbehandlingstiden i klageorganet. Saker må være avgjort senest to måneder etter at klage er fremsatt. Klageorganet har samme myndighet til å treffe vedtak som Byrådet.

Enkelte eksperter mener at EUs reguleringsorganer lider av demokratisk legitimitet. Til forskjell fra nasjonale, uavhengige organer virker de ikke i «politikkenes skygge» - der politiske, demokratisk valgte myndigheter til enhver tid kan velge/eller la være å velge å opprette, endre og nedlegge denne type organer. Det er en komplisert, (men ikke umulig) prosedyre som må følges, dersom man skulle komme til at rettsgrunnlaget for EUs reguleringsorganer bør endres: Kommisjonen må utarbeide et forslag til endring. Dette må så vedtas med kvalifisert flertall i Rådet og absolutt flertall i EU-parlamentet.¹⁴²

Betenkelighetene ved EU-organenes demokratiske legitimitet, behøver ikke å bekymre oss her. Beskrivelsen av de rettslige og institusjonelle rammene for organenes virksomhet gir gode eksempler på hvilke typer mekanismer som bør overveies når nasjonalstater ønsker å opprette uavhengige organer. Dette er dette som har vært formålet med framstillingen ovenfor.

4.3 Norge i komparativt perspektiv

4.3.1 Det komparative hovedmønsteret

Vi skal i dette kapitlet sammenligne de rettslige rammene for statlig myndighetsutøvelse i Norge, Sverige og Tyskland. Hovedmønsteret er fremstilt i tabellen nedenfor.

Tabell 4 Statlig myndighetsutøvelse i enkelttilfelle – hovedmønsteret i tre europeiske land

Land Aspekt ved Myndighetsutøvelsen	Norge	Sverige	Tyskland
Er forvaltningen underlagt politisk instruksjon?	Ja	Nei. Den svenske Grunnloven nedlegger forbud mot instruksjon	Ja.
Kan det gis unntak fra en eventuell regel om instruksjon?	Ja, ved lovvedtak	Nei	Ja, men svært begrenset
Kan overordnet departement av eget tiltak omgjøre/opphøve vedtak av et underordnet forvaltningsorgan?	Ja	Nei	Nei
Hva er det normale systemet for klagebehandling?	Innenfor forvaltningshierarkiet	Forvaltningsdomstol	Forvaltningsdomstol

Bortsett fra Sverige har den politiske ledelsen adgang til å instruere forvaltningsorganer om myndighetsutøvelse i enkelttilfeller. Instruksjonsretten er i Norge og Tyskland forankret i grunnlovsbestemmelser.

Til forskjell fra Norge er det i Tyskland og Sverige forvaltningsdomstoler som avgjør forvaltningsklager. Rettslig prøving av forvaltningsvedtak har lange tradisjoner i Tyskland. Sverige har utbygd systemet med forvaltningsdomstoler

¹⁴² Vivien Schmidt, *Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited. Input, Output and Throughput*. Freie Universität Berlin, 2010, s. 12.

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 ble avgjort dels i forvaltningen og dels av forvaltningsdomstol.

4.3.2 Sverige

Den svenske forvaltningsordningen illustrerer et av hovedpoengene i denne rapporten, at myndighetsutøvelsens politiske representativitet ikke er den eneste og kanskje heller ikke viktigste kilden til dens legitimitet. Som nevnt kan svenske myndigheter ikke instrueres i enkeltsaker, verken av Riksdagen, regjeringen eller den enkelte statsråd.¹⁴³ Ingen vil vel av den grunn hevde at det svenske demokratiet lider av en alvorlig mangel. De fleste vil snarere se den svenske ordningen med uavhengige myndigheter som en vellykket modell – både historisk: den står seg godt selv etter flere århundrer, og komparativt: Sveriges rolle som internasjonalt foregangsland er solid befestet.

At den svenske forvaltningsordningen har et godt ry, og at myndighetenes uavhengighet vel aldri har blitt alvorlig misbrukt i moderne tid, skyldes at den svenske statsledelsen svært tidlig innførte kontrollordninger som gjorde det vanskelig for myndighetene å misbruke sin frie stilling. Fordi myndighetene er uavhengige av den politiske ledelsen, er det i Sverige snakk om ordninger utenom den ordinære parlamentariske ansvarskjeden. Tre mekanismer – som ble innført fordi det svenske borgerskapet ikke hadde tillit til Kongen - er særlig viktige.¹⁴⁴ Uten å ta disse i betraktning, er det vanskelig å få en riktig forståelse av det svenske systemet med uavhengige forvaltningsmyndigheter:

- *Prinsippet om åpenhet i forvaltningen.* I Sverige har landets borgere en adgang til innsyn i forvaltningens arbeid som er langt mer omfattende enn i de fleste andre land (også Norge). Offentlighetsbestemmelsenes rettslige status¹⁴⁵ og deres alder¹⁴⁶ har i Sverige skapt en dypt forankret åpenhetskultur. Det svenske systemet står i sterk kontrast til den omfattende praksis med offentlig hemmelighet som er vanlig i mange andre land i Europa.
- *Statstjenestemennenes rettslige ansvar.* Allerede tidlig på 1800-tallet ble det innført bestemmelser som gjorde svenske tjenestemenn rettslig ansvarlig for feil begått i tjenesten. Disse bestemmelsene var motposten til reglene om tjenestemennenes stillingssikkerhet og uavhengighet.

¹⁴³ I den svenske grunnloven, *Regeringsformen*, kapitel 11, artikkel 7, er det bestemt at ”Ingen myndighet, ej heller riksdagen eller kommuns beslutande organ, får bestämma, hur förvaltningsmyndighet skall i särskilt fall besluta i ärenden som rör myndighetsutövning mot enskild eller mot kommun eller som rör tillämpning av lag”.

¹⁴⁴ Jacques Ziller, *European Models of Government: Towards a Patchwork of Missing Pieces*, in *Parliamentary Affairs*, 54, 102-119, 2001, s. 106.

¹⁴⁵ Viktige bestemmelser er gitt i Tryckfrihetsförordningen, som er en av de svenske grunnlovene. kapitel 1 2 paragraf 1 heter det at, ”Till främjande av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning skall varje svensk medborgare ha rätt att taga del av allmänna handlingar.”

¹⁴⁶ De første bestemmelsene om rett til dokumentinnsyn og forbud mot sensur ble gitt allerede i 1766.

Ansvar er knyttet både til forberedelse og avgjørelse av saker. Alle forvaltningsavgjørelser treffes etter såkalt *föredragning*, der en navngitt tjenestemann har ansvar for å utrede saken, og en annen, også navngitt tjenestemann er ansvarlig for avgjørelsen. I alle svenske myndigheter er det offentlig tilgjengelig oversikter over hvem utreder og hvem som avgjør de saker myndigheten har ansvar for.

- *Justitieombudsmannenes (JOs) rolle.* Ordningen med en justitieombudsman (JO) ble innført i 1809. JOs oppgave er å føre tilsyn med at offentlige myndigheter følger loven og utfører sine oppgaver. Ombudsmannen har langt videre fullmakter enn tilsvarende organer i andre land (også Norge). Bl. a. kan JO ta ut tiltale. At det sjelden er nødvendig for JO å bruke sine mest drastiske virkemidler viser at myndighetene i det store og hele er lovlydige, og trolig at de opplever JOs myndighet som et damoklessverd.

Det svenske eksemplet viser altså at det er fullt mulig å finne ordninger utenom den parlamentariske ansvarskjeden – i dette tilfelle knyttet til offentlighet og rettslig ansvar og kontroll - som sikrer at statens myndighetsutøvelse har høy grad av legitimitet.

4.3.3 Tyskland

Grunnlovsvernet om instruksjonsretten er særlig sterkt i Tyskland. Den tyske forfatningsdomstolen har – helt i tråd med grunntanken i flertallsparadigmet – fastslått at den tyske Grunnlovens bestemmelse om at ”statsmakten utgår fra folket”¹⁴⁷ forutsetter en ubrutt legitimitetskjede mellom folk, parlament og forvaltning. Å opprette organer utenfor statsrådenes styring og kontroll ville bryte denne kjeden.

Den fremherskende juridiske doktrinen i Tyskland er følgelig at uavhengig myndighetsutøvelse innenfor forvaltningen ikke er tillatt, og at uavhengige organer som hovedregel ikke kan opprettes.¹⁴⁸ Vi ser dermed at det konstitusjonelle utgangspunktet i to veletablerte europeiske demokratier, det tyske og det svenske, er diametralt motsatt: den svenske grunnloven *forbyr*, mens den tyske *påbyr* instruksjonsadgang.

Den nære koplingen mellom den tyske grunnlovens demokratibud og spørsmålet om forvaltningsorganers uavhengighet kan gi opphav til vanskeligheter i Tysklands forhold til EU. Rettsekspertene hevder at EU-krav som går på tvers av demokratibudet, for eksempel forbud mot instruksjon - vanskelig kan gjennomføres. De samme ekspertene hevder imidlertid at demokratibudet må tolkes dynamisk og ikke statisk, og at endrede omstendigheter kan tilsi at det må forstås på nye måter.¹⁴⁹ Forfatningsdomstolen sier i sine kjennelser at forvaltningsorganer ”i det vesentlige” er underlagt instruksjon. Tyske jurister tolker denne formuleringen

¹⁴⁷ Artikkel 20 i den tyske grunnloven.

¹⁴⁸ Thomas Mayen, *Verwaltung durch unabhängige Einrichtungen*, Die öffentliche Verwaltung, 57/2 2004.

¹⁴⁹ Ibid.

slik at forbudet mot instruksjonsfrihet ikke er ”absolutt”, og at unntak kan tenkes, men bare i noen få tilfeller:¹⁵⁰

- på områder med liten politisk betydning
- på områder med detaljert lovgivning som begrenser muligheten for administrativt skjønn
- i spørsmål som ikke angår vesentlige spørsmål for borgerne

Enkelte tyske jurister mener at forfatningsdomstolens vektlegging av instruksjonsprinsippet er for kategorisk. I en studie av den tyske telemyndigheten¹⁵¹ hevdes det at instruksjonsadgang verken er nødvendig eller tilstrekkelig for at Forbundsdagen skal kunne holde statsrådene parlamentarisk ansvarlig. Selv uten slik adgang vil statsrådene i stor grad kunne påvirke forvaltningsorganers atferd, blant annet gjennom generelle instruksjoner, ved å godkjenne/la være å godkjenne regler for den interne organiseringen av og saksgangen i virksomheten. Det kanskje viktigste kriteriet for å avgjøre om en statsråd har forsømt seg eller ikke, er de skritt han/hun har tatt (eller unnlatt å ta) for å sikre at virksomheten har ressurser til å ivareta sine forpliktelser på en god måte.

Tyske jurister tolker forfatningsdomstolen slik at bare de beslutningene som statsrådene faktisk har påvirket, er demokratisk legitime. Hvis statsrådene ikke har tatt del i saksbehandlingen, for eksempel fordi han/hun ikke har tid eller nødvendig kunnskap, vil instruksjonsadgangen i seg selv ikke gi effektiv legitimitet.

Hvis ikke myndighetene kan instrueres effektivt, må legitimiteten sikres på andre måter. Én mulighet er å gjøre lovgivningen mer detaljert slik at rommet for myndighetenes skjønn reduseres. Det hevdes at upresis og lite detaljert lovgivning svekker forvaltningsavgjørelsers legitimitet og gjør statsrådets instruksjonsmyndighet særlig viktig. Tyske rettseksperter fremholder imidlertid at vid skjønnsgang ikke nødvendigvis fører til redusert legitimitet. Begrunnelsen er at lovgivningen i tillegg til materielle bestemmelser også inneholder prosessbestemmelser. De sistnevnte reglene former forløpet og utfallet av myndighetsutøvelsen og vil på denne måten legitimere forvaltningens avgjørelser. Materieell legitimitet, det vil si legitimitet som gjelder myndighetsutøvelsens resultat, er ikke bare et resultat av materielle bestemmelser, men også – om enn på litt annen måte – av prosessbestemmelser om hvordan beslutninger skal treffes. Derved kan prosessnormer kompensere for mangel på presise materielle regler.

I tysk forvaltning er det mange eksempler på prosedyrebestemmelser som i følge jurister gir beslutninger legitimitet og som derfor reduserer behovet for å gi statsrådene instruksjonsadgang:

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Klaus Oertel, *Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG*, Duncker & Humboldt, Berlin 2000.

- Blant annet den tyske reguleringsmyndigheten for tele, post, energi og bane (*Bundesnetzagentur*) treffer avgjørelser på grunnlag av *domstolslignende, kontradiktorisk saksbehandling*. Det er for tiden 9 såkalte beslutningskamre **innenfor** organet. Hvert kammer har tre medlemmer – som alle er ansatte i myndigheten. Kammerets leder må ha dommerkvalifikasjoner. Forhandlingene i et beslutningskammer skjer i stor grad muntlig. Partene i sakene og andre berørte personer og virksomheter skal inviteres til å ta del i møtene. Forhandlingene er som hovedregel åpne med adgang for allmennheten. Rettsekspertes hevder at denne formen for saksbehandling kan hindre myndighetsmisbruk og bidra til at beslutningene er i tråd med lovgiverens intensjoner.
- Rettsekspertes understreker også betydningen av at avgjørelser treffes *kollegialt* og ikke av enkeltpersoner. En slik beslutningsmåte, som er basert på fri og åpen meningsutveksling mellom likestilte beslutningstakere, kan sikre saklighet og objektivitet og konsensus. Kollegial organisering harmonerer dårlig med, men utelukker ikke et system med instruksjon gjennom det administrative hierarkiet.
- Ledelsen i *Bundesnetzagentur*, en president og to vise-presidenter, har ifølge jurister langt større *personlig legitimitet* enn det som er vanlig i den tyske forvaltningen. De er utnevnt av Forbundsrepublikkens president etter forslag fra regjeringen. Deres oppgaver og ansvar er nøye fastsatt i lov. Tjenestetiden er begrenset til fem år.

Til tross for at jussen begrenser mulighetene til å unnta tyske forvaltningsorganer fra politisk instruksjon, er ikke Tyskland uberørt av den internasjonale trenden til større uavhengighet for offentlige virksomheter. Ved opprettelsen av reguleringsmyndigheter de siste 10-15 årene har Forbundsdagen innført ordninger som i praksis kan gjøre politisk instruksjon vanskelig. Vi har overfor nevnt bruken av kollegiale, domstolslignende organisasjonsformer. I tillegg er det av og til fastsatt formkrav for instruksjoner. På teleområdet må for eksempel alle instruksjoner offentliggjøres i forbundsregjeringens meldingsblad.

Mens alle førsteinstansvedtak i prinsippet treffes av organer som står under full politisk instruksjon, avgjøres alle forvaltningsklager av forvaltningsdomstol. De første forvaltningsdomstolene i Tyskland ble opprettet i 1863. Under Weimarrepublikken ble forvaltningsdomstolenes betydning redusert. Ved utbruddet av Den andre verdenskrigen opphevet nasjonalsosialistene helt adgangen til domstolskontroll av forvaltningsklager og innførte isteden et system med forvaltningsintern behandling. En gjennompolitisert, såkalt Riksforvaltningsdomstol ble opprettet i 1941.

Erfaringene med de mange grove rettsbrudd under det totalitære regime 1933-1945 gjorde at de allierte okkupasjonsmaktene og nasjonale tyske myndigheter med stor konsekvens søkte å opprette en rettsstat etter krigen. I den tyske forvaltningsretten fantes, det knapt plass for det frie forvaltningsskjønn. Et slikt skjønn ble ansett som et fremmedelement i en perfekt rettsstat.¹⁵² Disse

¹⁵² Sperr som nevnt i fotnote 33, s. 48.

grunnholdningene preger fortsatt tysk forvaltningsrett. Enkelte jurister har tatt til orde for at i dag omtrent 70 år etter krigens slutt, hvor tyske borgere har gjenvunnet mye av den tapte tilliten til politikk og politiske styrte organer, er kanskje tiden inne til å innrømme forvaltningen og forvaltningsskjønnet et større spillerom.¹⁵³

1.1.1 4.2.4 Ulike rettstradisjoner

Rettsanvendelsen i skandinaviske land som Norge og Sverige bygger på andre tradisjoner enn rettsanvendelsen i kontinentaleuropeiske stater som Tyskland. Disse tradisjonene har stor betydning for vurderingen av legitimitetsgrunnlaget til offentlig myndighetsutøvelse. En vesentlig forskjell mellom de to gruppene land gjelder rettsanvenderens mulighet til å utøve skjønn. Mens spillerommet for skjønn er relativt vidt i Norge og Sverige, er det klart snevrere i Tyskland.

I den *rettspositivistiske* tradisjonen som er dominerende i Tyskland skal lovene - og kun lovene - uttrykke statsmaktens vilje. Retten er et rent formelt og logisk system som er bestemt av lovgivers aktive beslutninger, og som man erfarer ved å studere lovtekstene. Det er følgelig rettsanvenderens plikt å anvende disse tekstene så lojalt og bokstavtro som mulig. Verken forvaltning eller domstoler har fått noe mandat fra folket til å treffe beslutninger om hvilke regler som bør gjelde og hvordan lover bør forstås. Den *rettspositivistiske* tradisjonen i Tyskland er således godt tilpasset flertallsparadigmet.

Også den *rettsrealistiske* retningen, som har vært toneangivende i Skandinavia, ser lovene først og fremst som et virkemiddel for statsmaktens styring av samfunnet. Men til forskjell fra den *rettspositivistiske* tilnærmingen hevder *rettsrealistene* at lovene ikke kan anvendes for formalistisk. Rettsanvenderen må ha for øye de faktiske konsekvenser som håndhevelsen av loven medfører. Han eller hun må bruke sitt skjønn for å finne de løsningene som har de mest ønskelige samfunnsmessige konsekvenser. Rettsanvendelsen skal være pragmatisk og konkret og orientert mot det som fungerer best i det praktiske liv.

Det er en sammenheng mellom rettstradisjon og rettsanvenderes rolleoppfatning. I Tyskland blir offentlig forvaltning betraktet som en juridisk fundert, domstolsliknende virksomhet. I Norge derimot vektlegges langt mer uformelle fremgangsmåter. I få andre land er det så stor toleranse for avstand mellom skrevne, rettslige normer og faktisk forvaltningsatferd som her.¹⁵⁴ Mens sentralforvaltningens tjenestemenn i Sverige og trolig også Norge vil være med på å forme politikken, det normative grunnlaget for enkeltavgjørelser, er tyske tjenestemenn mer opptatt av å handle etter anvisning fra den politiske ledelsen.

Rettsrealismens frihet for domstoler og andre lovanvendere står i motstrid til flertallsparadigmet, 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. Den *rettsrealistiske*

¹⁵³ Op.cit., s. 444.

¹⁵⁴ Johan P. Olsen, *Organized Democracy. Political Institutions in a Welfare State – the Case of Norway*, Universitetsforlaget, Oslo 1983, s. 43.

tradisjonen reiser derfor spørsmål om et mulig demokratisk underskudd ved rettsanvendelsen – og den gir grunn til tvil om rettens kvalitet, når retten bare er summen av en mengde enkeltavgjørelser. Problemstillingen har blitt formulert på denne måten:

”Selv om det er på det rene at rettsregler har en viktig og stor samfunnsmessig funksjon som ikke alltid er reflektert og tatt vare på i lovgivningen, er det ikke uten videre uproblematisk å overlate alt til rettsanvenderen. Det er vel og bra at man får rettslige løsninger som er tilpasset det individuelle tilfellet og som sånn sett reflekterer en rettferdighetsfølelse. Men er ikke retten noe mer enn en serie løsninger av konkrete tvister? Er den ikke også et system av normer? Og hvilke verdier som skal fremmes gjennom rettsregler og lover er det vel i utgangspunktet ikke dommeren som skal bestemme? [...] I henhold til det rettsstatlige idealet, skal jo retten være skapt av folket, for folket, og man skal styres av mennesker man har selv valgt å la seg styre av.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ Morten Kinander, *Rettsfilosofi – en innføring*, Fagbokforlaget, Bergen, 2007, s. 130.

5 Sammenfattende drøfting

Framstillingen i denne rapporten viser at et demokrati som det norske bygger på ulike til dels konkurrerende styringsprinsipper basert på ulike idétradisjoner. Som regel vil vårt politiske system kunne leve med uløste spenninger mellom prinsippene. Å rendyrke ett bestemt hensyn er ingen realistisk mulighet; ingen institusjoner kan heller være absolutt uavhengige. Det er grunn til å tro at tilliten til institusjonene er avhengig av hvor grensene mellom dem trekkes og balanseforholdet utvikles. Som vi har sett, er det i demokratiske stater stor variasjoner når det gjelder *hvor* grensene trekkes. I Sverige er politisk instruksjon ikke tillatt; i Tyskland er det det motsatte arrangementet – uavhengig forvaltningsmyndighet - som er konstitusjonelt forbudt.

Den utviklingen vi kort har omtalt ovenfor, men som Difi har beskrevet grundig i andre publikasjoner¹⁵⁶, med fremvekst av uavhengige organer, har aktualisert spørsmålet om hvordan ulike organisasjonsformer påvirker statsstyrets legitimitet. Men spørsmålet har sjelden eller aldri blitt drøftet i sin fulle bredde. Hver enkelt beslutning om å gi et organ uavhengighet, har blitt drøftet ad hoc som et unntak fra den normative hovedmodellen. Ikke engang det store antallet unntak har ført til at man har reist spørsmålet om hovedmodellens anvendbarhet og om behovet for en mer prinsipiell tilnærming utfra et annet eller supplerende legitimitetsperspektiv.

Som Difi har redegjort for i en annen rapport¹⁵⁷, har departementene klart undervurdert kompleksiteten i de spørsmål som avgjøres når det gjøres unntak fra hovedmodellen. Dette har ført til at de enkeltløsninger man har valgt, lider av til dels vesentlige mangler, og at det har vokst frem et uoversiktlig og inkonsistent system for myndighetsutøvelse. Uoversiktligheten er ikke bare et praktisk administrativt problem. Det berører også styringssystemets demokratiske kvalitet – i den forstand at det er vanskelig å få sikker kunnskap om hvordan viktige elementer er ment å fungere og hvor det endelige (politiske) ansvaret egentlig er plassert. Det er slike forhold – og ikke den omstendighet at et organ fungerer uavhengig – som kan svekke tilliten og legitimiteten til systemet for myndighetsutøvelse.

Det er et klart behov for å reformere det systemet som har utviklet seg. For å få til adekvate reformer må man frigjøre seg fra den endimensjonale oppfatningen av hva som gjør offentlig, myndighetsutøvelse legitim. Det bør utvikles alternativer eller supplementer til den normative hovedmodellen, og som klart erkjenner at myndighetsutøvelse på armlengdes avstand fra den politiske ledelsen – der avgjørelser i enkeltsaker er tuftet på en annen rasjonalitet enn flertallsstyrets – kan være legitimitetsfremmende. Slik uavhengighet kan øke tilliten til at det treffes gode og upartiske avgjørelser, til at det ikke tas

¹⁵⁶ Særlig Difi rapport 2012:7 som referert i fotnote 12 og Difi-rapport 2014:2 *Viltvoksende nemnder? Om organisering av statlige klagenemnder*.

¹⁵⁷ Difi-rapport 2012:7 som nevnt i fotnote 5.

utenforliggende politiske hensyn på områder hvor slik tilbakeholdenhet er viktig.

Referanseark for Difi

Tittel på rapport:	På armlengdes avstand, men innenfor rekkevidde. Om legitim myndighetsutøvelse gjennom uavhengige forvaltningsorganer
DIFIs rapportnummer:	2014:4
Forfatter(e):	Svein Eriksen, Annemor Kalleberg, Dag Solumsmoen og Harald Nybøen
Evt. eksterne samarbeidspartnere:	Det har vært oppnevnt en referansegruppe for prosjektet «Statlig myndighetsutøvelse». Referansegruppen har bestått av fagdirektør Carlo Thomsen, det daværende Fornyings- og administrasjonsdepartementet, lovrådgiver Arnulf Tverberg, Justisdepartementet, professor Eivind Smith, Universitetet i Oslo og førsteamanuensis Sunniva Bragdø-Ellenes, Universitetet i Agder. Gruppen har bidratt med kommentarer og vurderinger. I sluttfasen av arbeidet har førsteamanuensis ved Institutt for statsvitenskap, Universitetet i Oslo, Jostein Askim gitt verdifulle kommentarer og vært en viktig samtalepartner, særlig når det gjelder utformingen av rapportens kapitel 1 og 2.
Prosjektnummer:	102102
Prosjektnavn:	Statlig myndighetsutøvelse
Prosjektleder:	Svein Eriksen
Prosjektansvarlig avdeling:	Avdeling for ledelse og organisering (LEO)
Oppdragsgiver(e):	Et egeninitiert Difi-prosjekt

Resymé/omtale:

Difi legger med dette fram en rapport om forhold som bestemmer legitimiteten til statlig myndighetsutøvelse. Rapporten drøfter en del prinsipielle spørsmål som følger av de kartlegginger og analyser Difi de siste årene har gjort av omfanget og utviklingen av myndighetsutøvelse i regi av uavhengige organer.

En konklusjon i rapporten er at det i Norge har vært liten diskusjon om det er andre mekanismer enn parlamentarisk styring og kontroll som kan gi legitimitet til forvaltningens avgjørelser, og følgelig om hovedmodellen for myndighetsutøvelse bør justeres eller suppleres med andre normative posisjoner. Vi mener dette er problematisk.

Etter Difis syn er det behov for å reformere det systemet for myndighetsutøvelse som har utviklet seg. For å få til adekvate reformer må man frigjøre seg fra den endimensjonale oppfatningen av hva som gjør offentlig, myndighetsutøvelse legitim. Det bør utvikles alternativer eller supplementer til den normative hovedmodellen, som klart erkjenner at myndighetsutøvelse på armlengdes avstand fra den politiske ledelsen – der avgjørelser i enkeltsaker er tuftet på en annen rasjonalitet enn flertallsstyrets – kan være legitimitetsfremmende.

Emneord: Legitimitet, tillit, myndighetsutøvelse, uavhengighet, politisk instruksjon, politisk ansvar, rettssikkerhet, demokrati, flertallsstyre.

Totalt antall sider til trykking:	60
Dato for utgivelse:	Juni 2014
Utgiver: Difi Postboks 8115 Dep 0032 OSLO www.difi.no	Difi Postboks 8115 Dep 0032 OSLO www.difi.no