

Et stereosyn på rettsstaten

Nav-saken er en «rettsstatsskandale», det hevdet Riksadvokaten (omtalt i innledningen). Den som vil gå inn i «rettsstatsskandalen» skriver som om rettsstaten er en selvtilstrekkelig (autonom) analyseenhet. Dette er det lukkede synet på retten. I norsk retts sosiologi er det en dominerende tradisjon for å underkjenne rettsstatens verdi. Man skriver som om det er andre krefter som overstyrer retten. Dette er det åpne synet på retten. Man kan ikke snakke om egenskaper ved rettsstaten dersom man betrakter rettsstaten som en brikke i et større spill, eller kanskje bare en illusjon.

Dette kapitlet handler først og fremst om det lukkede perspektivet. Lest sammen med det neste kapitlet vil jeg utdype hva jeg mener med det stereovisuelle perspektivet. Retten er både et stabilt og forutsigbart byggverk og åpen, mottakelig for impulser utenfra. Er det mulig å hevde begge deler? Jeg prøver og tar utgangspunkt i rettskildelæren. Ordningen med arbeidsavklaringspenger tjener som eksempel. Rettskildelæren er bindeleddet mellom jussen og samfunnsvitenskapen. I disse kapitlene ønsker jeg å redegjøre for åpningene i retten, for dermed å legge til rette for en bedre forståelse av hvordan Nav-saken kunne oppstå.

Forståelse av retten diskuteres som oftest med domstolene som eksempel. Metodisk går man fram ved å se på begrunnelser slik de fremgår i dommer (se for eksempel Flaatten, 2017b). Nav-saken handler først og fremst om saksbehandling, selv om det opptrer dommer i hendelsesforløpet (tidslinjen,

se over). Her er det saksbehandling og rettshåndhevelse i forvaltningen som er i fokus, men litteraturen refererer ofte til domstolsbehandling.

Rettskildelæren er retningsgivende i de fleste tilfeller. Men når man ser nærmere etter, er den heller ikke så entydig og forutsigbar som mange tror. Den er mottakelig for ytre press på tre måter. Det gjelder først og fremst rettskildefaktoren «reelle hensyn» og en mindre spesifisert «avveiningsmodell» hvor lovens formål spiller en viktig rolle. Generelt skal man ta hensyn til «helheten», men samtidig gir lovverket også rom for skjønn.

Ubestemthet i rettskildene medfører, sammen med innslag av skjønn, en «åpenhet» i rettskildelæren. Åpenheten er et gjennomgående problem for rettsvitenskapen (se for eksempel Boe, 2021). Man kan legge stor eller liten vekt på denne åpenheten, men den hører med i en samfunnsvitenskapelig betraktning av retten som system. Retten er imidlertid også åpen på en annen måte, som juristene sjelden tematiserer. Rettsanvendere resonnerer ofte «baklengs», sammenlignet med bildet som blir gitt i rettskildelæren. Dette kommer jeg tilbake til i neste kapittel. Til sammen skal disse kapitlene legge til rette for å skrive om retten på en måte som bygger bro mellom rettsvitenskapen og samfunnsvitenskapen. I dette kapitlet skal jeg se på rettskildelæren og ta for meg dens åpninger fra et internt perspektiv.

Den ganske forutsigbare retten

Når man snakker om «retten» menes som oftest lover, forskrifter og andre rettskilder, med de institusjonene som har mandat til å ta avgjørelser. Inkludert i uttrykket «retten» er også forarbeider, rundskriv, tidligere dommer, prosessbestemmelser (blant annet forvaltningsloven), forvaltningsorganisasjoner (Nav og styringen med Nav), samt ordinære og spesialiserte domstoler. I denne forbindelse er Trygderetten relevant. Noen ganger snakker man om dette som «rettssystemet» (Eckhoff & Sundby, 1976).

Rettskildelæren gir retningslinjene for å finne fram i rettssystemet. Den er det institusjonelle bindeleddet mellom loven og lovanvendelsen. Dette finmaskede regelsettet utgjør kjernen av et lands rettskultur. Jeg kaller det kultur, og ikke normer, fordi det er nedfelt i en felles forståelse og ikke i et for-

melt regelverk. Det hviler på et lag av konvensjoner som er formidlet i ikke-formaliserte normer.

Det er skrevet omfangsrike verk om rettskildene og læren om dem. Syv nivåer er stilt opp (se nedenfor). De er ikke nedskrevet, foruten i lærebøker. De er ikke vedtatt og har ikke demokratisk legitimitet. Rettskildelærens autoritet har den fra dens bruk. En domskjennelse som vektlegger argumenter som strider med denne prioriteringslisten, vil overprøves av en høyere rettsinstans. Rettskildelæren er innarbeidet i norsk rett, men først og fremst gjennom praksis. Det er beskrivelsene som ble normative. Rettskildelæren er således en levende kultur – som daglig gjenskapes i domstolenes praksis. Når avgjørelser er feil, rettes de helst opp før eller siden. På denne måten kan vi si at rettsystemet er en dynamisk, selvkorrigerende mekanisme som virker fordi den brukes.

Dette skjer imidlertid ikke automatisk. Noen må faktisk gripe inn og gjøre det. Svikten i Nav har fjernet alle eventuelle illusjoner på det området. Enten problemet er implementering av EØS-retten eller noe annet, har en feilaktig lovtolkning blitt stående ukorrigert i lang tid. Til og med varsler om at dette var feil ble oversett og tilsidesatt, varsler som måtte forventes å utløse en korrigerende prosess.

Retten, sett på denne måten, har noen av de samme kvalitetene som penger. Penger fungerer bare som byttmiddel så lenge folk tror på dem. De mister sin verdi hvis folk slutter å bruke dem og har tillit til at de har stabil verdi. Retten fungerer fordi de som opererer den, og vi som lever under den, tror på den. Dette stiller de som skal analysere rettslige fenomener overfor et dilemma: Selv om rettskildelæren er formulert med en viss åpenhet (formål, helhetsvurderinger og reelle hensyn), gir den inntrykk av å være forutsigbar. Retten gir relativt entydige svar. Retten er et praktisk talt lukket system.

Rettskildelærens løfte

Feilene i Nav-saken ble begått flere steder i forvaltningen, både i faglig ledelse og i saksbehandling. Forvaltning er saksbehandling på grunnlag av lovregler; det er rettsanvendelse (eller skjønnsutøvelse når det er åpnet for dette i lovverket). Nøkkelen til å se retten som både åpen og lukket er rettskildelæren. I det følgende presenteres en kortversjon av rettskildelæren og noen av dens særegenheter.

En enkel formel for rettsanvendelse kan settes opp slik:

Hvis x så y .⁶

Til grunn ligger det en situasjon, og enhver situasjon har en definert konsekvens (en rettsfølge). Konsekvensen følger av situasjonsbeskrivelsen. Lovreglene setter situasjonen og følgen sammen. Rettsanvendelse består i å finne den riktige regelen for situasjonen. Deretter gir regelen seg selv, dersom rettsreglene dekker situasjonen og er noenlunde entydige. Faktisk rettsanvendelse er aldri så enkel som denne modellen tilsier, men den holder som utgangspunkt.

Rettskildelæren er kartverket for å avgjøre hvilken regel som passer til situasjonen. Det er et grunnleggende problem i rettsstater å få de som arbeider i stat, styring og domstoler til å finne noenlunde de samme rettsreglene i like situasjoner. Stortinget kan vedta lover som gjelder for alle borgere. Likhet for loven er et kjernepunkt i rettsstater, men det hjelper lite hvis de som bruker lovene, ikke bruker lovene likt. Rettsstaten er et løfte om at like situasjoner skal behandles likt, og at for eksempel sosial status skal være saksbehandling uvedkommende.⁷ Det er her rettskildelæren kommer inn i bildet, og for Norges vedkommende er det Torstein Eckhoff (1980)⁸ som har ført de mest kjente formuleringene av den i pennen.

1. Lovtekster og forskrifter og lignende gitt med hjemmel i lov.
2. Lovforarbeider (NOU-er med mer).
3. Rettspraksis (Høyesterettsavgjørelser og noen ganger avgjørelser fra lavere rettsinstanser).
4. Myndighetspraksis (forvaltningsorganisasjoner).
5. Privates praksis (sedvane).
6. Rettsoppfatninger hos de juridisk mest kyndige, først og fremst rettsvitenskapelige miljøer.
7. «Reelle hensyn» (vurderinger av om resultatet er for eksempel rettferdig eller forholdsmessig).

6 Se f.eks. Boe (2011) eller Wallander og Molander (2014).

7 Spørsmålet om hvorfor resultatet ikke blir mer «likt» er ikke tema her, men en klassisk diskusjon finner man hos Aubert (1964/1968).

8 Boken finnes i oppdaterte versjoner, men da oppdatert av Jan. E. Helgesen. I dag er det et større antall lærebøker i sirkulasjon, se Boe (2021), som omtales nedenfor.

Også innenfor disse kategoriene er det hierarkier. Lover kommer før forskrifter, som kommer foran rundskriv og retningslinjer. Veiledere utgitt av departementene kan også tillegges vekt. Jo lenger nedover i denne kjeden man kommer, jo mindre klar blir grensegangen opp mot forvaltningspraksis, som også under visse omstendigheter kan få status som rettskilde.

Punktene suppleres også med «rettskildeprinsipper» (om vektning og relevans) og rangorden mellom lover (for eksempel at spesiallover går foran generelle lover ved motstrid). Det gjelder et utviklet normsett for tolkning av regler. En lovregel er for eksempel ofte formulert vidt, og da er det innskrenkende tolkninger som korrigerer for at regelen ikke kommer i konflikt med andre regler og at man ikke får et urimelig utfall. Da kan man se hen til lovens formål for å begrunne innskrenkingen. Andre regler tolkes «utvidende», «presiserende», «antitetisk», «analogt» eller «bokstavelig». Skjønn spiller en mindre rolle, og kun når rettskildene står i motstrid til hverandre eller er tause om et problem («Dworkins smuttring») (Boe, 2011).

Lovens bokstav er alltid utgangspunktet. Punkt nummer to medfører at man i norsk rettspraksis opererer med en betydelig vekt på lovens formål. Det mest kontroversielle punktet på denne listen er nummer syv. Blandhol (2013) er en av dem som har lagt størst vekt på betydningen av reelle hensyn i norsk rett. Han deler de reelle hensynene i tre hovedtyper. Han kaller dem «betraktninger om det gode», «konsekvensbetraktninger» og «sakens natur».

- Av og til trenger det seg på forestillinger om hva som er godt, for eksempel som sterke fornemmelser av rettferdighet.
- Det er ikke uvanlig at man skjeler til konsekvensene av en avgjørelse, selv om disse konsekvensene strengt tatt ikke fanges opp i lovgrunnlaget.
- Vi har en rekke rettsområder innenfor hovedinndelingen mellom privatrett og offentlig rett. Reguleringen av vårt ytre miljø legger noen andre føringer på lovanvendelsen enn arv og familieforhold. Blandhol legger vekt på at alle livsområder har særtrekk som trenger inn i rettsanvendelsen på karakteristiske måter, selv om rettskildelæren i utgangspunktet er den samme.

Dette punktet er svært omdiskutert (Boe, 2021). Det henviser til en form for «sunn fornuft», og hvis det er noe jussen skal avgrenses mot, er det «folkelig

visdom», «bondevett» og andre uforutsigbare innslag. Samtidig gir det rettsanvendelsen et innslag av «jording». Hvis resultatet er åpenbart urimelig, får man en mulighet til å rette seg inn.

Til sammen karakteriseres norsk rettspraksis som en «avveiningsmodell» (Boe, 2021, kapittel 11). Rettsanvendelse tar utgangspunkt i konkrete helhetsvurderinger, og ved motstrid skal rettskilder veies opp mot hverandre. I det store bildet kunne man også trekke inn prinsipper fra Grunnloven (individets rettighetsvern) og forvaltningsloven (forholdsmessighetsprinsippet). Den pragmatiske retten omtales som «rettspragmatisme» (Bernt, 2014).

Rettskildelæren skaper i første omgang et hierarki av autoritative tekster. Det enkleste er at alle entydig peker i samme retning, men dette tilhører sjeldenhetene. Bestemmelser kan være vage eller formulert på en måte som gjør det uklart hvordan de skal tolkes i den bestemte situasjonen. Ofte er det unntak, og flere regler gjøres gjeldende samtidig. Lærebøkene er fulle av eksempler. Det kan finnes unntaksbestemmelser. Noen ganger er det direkte motstrid mellom formuleringer forskjellige steder.

I EU-traktatens artikkel 3 står det for eksempel å lese at medlemslandene går inn for en «c) opprettelse af et indre marked ved fjernelse af hindringerne for den frie bevægelighed for varer, personer, tjenesteydelser og kapital mellem medlemsstaterne». I folketrygdloven kunne man lese «at det etter søknad kan gis tillatelse til å motta de aktuelle ytelsene “i en begrenset periode” under opphold i utlandet (NOU, 2020, s. 31)». Dette er motstriden som lå til grunn for Nav-saken. Nav-saken hadde ikke oppstått dersom norske myndigheter hadde forholdt seg aktivt til denne motstriden.

Det er ikke entydig hvordan man skal forholde seg til rettens kilder, men rettskildelæren gir praktisk veiledning. Den omtalte Eckhoff, som formulerte det som ble utgangspunktet for rettskildelæren over, var en av etterkrigstidens mest markante skikkelser i det juridiske miljøet. På slutten av livet engasjerte han seg sterkt mot norsk medlemskap i EU. Folkeavstemningen i 1994 holdt Norge utenfor, og EØS-avtalen ble inngått for å fastlegge forholdet til EU i stabile former (sammen med Liechtenstein og Island). Han fikk ikke oppleve dette selv, ettersom han døde i 1993, og man kan formålsløst spekulere i om Nav-saken hadde oppstått dersom Eckhoff hadde levd ti år lenger. Mye tyder på at Nav-saken skyldes en slags «skjevutvikling» allerede fra 1994 (mer om dette nedenfor), og en levende Eckhoff kunne kanskje hatt engasjementet og innsiktene til å avdekke feilen allerede i sin spede begynnelse.

Det hadde i tilfelle vært en formidabel oppgave å påta seg. Med inngåelsen av EØS-avtalen knyttet Norge seg til EUs «indre marked». Dermed fikk Norge nytte av fordelene med EUs «fire friheter» (se over). Samtidig ble Norge folkerettslig underlagt EUs lovgivere og EØS-avtalens meglingsorganer og domstoler (EFTA Surveillance Authority, «ESA»). Dette endret både det politiske og juridiske landskapet. For det første ble øverste myndighet flyttet ut av landet. Tradisjonelt var Stortinget suverent til å bestemme lover i Norge, og Høyesterett var øverste dømmende organ. Med EØS-avtalen ble norsk lov underordnet EØS-avtalen og lover gitt av EU. Resultatet ble et mer sammensatt rettskildesystem, knapt mulig for ett menneske å overskue (se NOU 2012:2). EU har et omfattende lovverk, som igjen understøttes av enda mer omfattende forskrifter og presiserende bestemmelser (Utenriksdepartementet, 2016). Lovene overføres til EØS-landene gjennom forordninger, som aksepteres av EØS-landene. Disse forordningene utgjør et eget ledd i rettskildene i de enkelte medlemsstatene. Den aktuelle er forordning 883/2004, og helt spesifikt dens artikkel 21 (se Kapittel 7).

Det er ikke nødvendig for argumentasjonen i denne boken å redegjøre mer detaljert for rettskildesystemet etter at Norge sluttet seg til EØS-avtalen. Internasjonaliseringen av retten er dessuten ikke begrenset til EU-samarbeidet. Norge er også forpliktet av en rekke andre overnasjonale avtaler, for eksempel FN-konvensjoner. Det som er viktig, er at retten består av mange elementer som søkes ordnet gjennom rettskildelæren.

Samtidig er dette en pragmatisk rettskildelære, med plass til avveininger av «reelle hensyn». Retningslinjene for hvordan man orienterer seg i jussens landskap er mer enn bare en opplisting av kilder i et hierarki. Det er også en lang rekke innforståtte regler som til sammen utgjør en «rettstenking». Norsk rettstradisjon vektlegger for eksempel lovens formål i større grad enn andre land, ikke minst i EU-retten (Boe, 2021). Men man finner også tydelige innslag av reelle hensyn i EU-retten (Franklin, 2013).

Her oppstår det et problem. Rettsstaten lover forutsigbarhet. Hvordan kan man sikre lik behandling av like saker når det er så stort rom for vanskelig definerbare størrelser som lovens formål, folkelige oppfatninger av rett og galt og kanskje følelser?

Det enkle svaret på dette er rettspraksis. Domstolene leder an med å fortløpende avklare hvordan uklarheter og motstrid skal håndteres. I de aller fleste praktiske tilfeller foreligger det kilder som avklarer hva som er riktig

i den aktuelle situasjonen. I tillegg kommer det at hverdagslig rettspraksis i all vesentlighet har et rutinemessig preg. Dette gjelder ikke minst i forvaltningen.

Det kan skilles mellom to måter å bruke lovverket. Graver kaller de to ytterpunktene «formalisme» og «pragmatisme». Den formalistiske måten legger vekt på likhet og forutsigbarhet, «på regler, begreper og form, og løser enkeltspørsmål med utgangspunkt i systemet» (Graver, 2007, s. 28). Pragmatismen betoner «konsekvenser og rimelighet, og løser spørsmål med utgangspunkt i det aktuelle problemet» (samme sted).⁹

Rett under overflaten ligger rettskildelærens hemmelighet: Den gir ikke endelige svar. Når man undersøker saken nærmere, viser det seg at den står på sandgrunn. Øyrehagen Sunde oppsummerer at «alt flyter [...] og det har det alltid gjort, bare at ein har rømt unna heile problemet gjennom å skapa falsk tryggleik med å visa til allmenn juridisk metode» (sitert i Boe, 2021, s. 267).

Rettskildelæren gir på den ene siden klare anvisninger for håndtering av problemer som krever en juridisk løsning. Jussen gir stort sett de svarene den lover å levere. På den annen side står rettskildelæren også på sandgrunn – den er uutgrunnelig.

En annen måte å vinkle dette problemet på er at det er andre grunner enn det rettsvitenskapen selv klarer å redegjøre for som avgjør. Retten er åpen for innflytelse utenfra. Spørsmålet om rettens åpenhet/lukkethet er tilbakevendende (Boe, 2021).

Det vi kan trekke ut av det foregående, er at det er en erkjennelse innad i de lærdes rekker om at retten har åpninger. Det er ikke nødvendigvis bestemt på forhånd hvordan en rettsavgjørelse vil ende med å bli. Det er uenigheter mellom forfattere om hvor åpen retten er, og på hvilke måter den er åpen (Graver, 2007; Boe, 2021; Høgberg & Sunde, 2019), men de rettslærde hevder sjelden at retten og rettskildelæren er helt lukket. Jeg skal gradvis komme tilbake til åpningene, men i dette kapitlet tviholdes det på rettsvitenskapens og rettskildelærens interne struktur.

9 Graver står for et litt spesielt syn på retten. Noen steder formulerer han seg som om han ikke aksepterer rettskildelæren som noe annet enn en svært nøyaktig beskrivelse av hvordan dommere (og andre rettsanvendere) begrunner sine avgjørelser. Han lar seg egentlig ikke plassere i det svært forenklete skjemaet jeg presenterer her, og jeg ser ikke bort fra at i substans ligger han nokså tett på det bildet jeg prøver å formidle. Jeg har imidlertid valgt å ikke gå videre inn på disse temaene her.

Om å innvilge arbeidsavklaringspenger

Virkelighetens saksbehandling foregår ikke som «hvis x så y». Realitetene er mer sammensatte. La oss si at en saksbehandler får inn en søknad om arbeidsavklaringspenger (AAP). Dette eksempelet opplyser også Nav-saken på saksbehandlernivå.

Søknaden vil beskrive situasjonen til søkeren. Saksbehandleren vil ha godt kjennskap til folketrygdloven og dens kapittel 11, og ofte vite hvilke kriterier som må være oppfylt fra tidligere saker. Samtidig er det, som nevnt, etablert at vi i Norge opererer med en helhetlig avveining. Lovens formål står i § 1-1:

Folketrygdens formål er å gi økonomisk trygghet ved å sikre inntekt og kompensere for særlige utgifter ved arbeidsløshet, svangerskap og fødsel, aleneomsorg for barn, sykdom og skade, uførhet, alderdom og dødsfall.

Folketrygden skal bidra til utjevning av inntekt og levekår over den enkeltes livsløp og mellom grupper av personer.

Folketrygden skal bidra til hjelp til selvhjelp med sikte på at den enkelte skal kunne forsørge seg selv og klare seg selv best mulig til daglig.

Det hører nok til sjeldenhetene at saksbehandlere dveler over lovens formål før de går i gang med en sak, men det første og sistnevnte er mest relevant for saksbehandlingen. De tre formålene gjenspeiler politikken på feltet. Den skal sikre inntekt, virke utjevne og sikte på å reintrodusere borgerne i arbeidslivet. Formålene kan også komme i konflikt med hverandre. Noen ganger er det å frata søkeren inntekt en måte å stimulere til selvhjelpenhet. Det kommer ikke minst fram i forbindelse med AAP. Loven skal i dette tilfellet sikre inntekt i tilfeller der en person uforvarende har havnet i en tilstand der vedkommende ikke lenger kan forsørge seg selv. I dette tilfellet søker en person om en særlig økonomisk støtte for å gjenskape forsørgelsesevnen. Formålet med AAP fremgår av § 11-1:

Formålet med arbeidsavklaringspenger er å sikre inntekt for et medlem som på grunn av sykdom, skade eller lyte har fått nedsatt arbeidsevne og

- får aktiv behandling, eller
- deltar på et arbeidsrettet tiltak, eller
- får annen oppfølging med sikte på å skaffe seg eller beholde arbeid.

Det første vi kan merke oss er at AAP ikke er en rettighet. Det er noe man skal gjøre seg fortjent til. AAP regnes som en spesielt viktig del av norsk arbeidsmarkeds- og sosialpolitisk strategi, ettersom det er et tiltak for å reintrodusere mennesker til arbeidslivet. Kurs, trening og behandling. Det følger bedre økonomiske ytelser med AAP, og dermed er tiltaket også etterspurt. AAP er en kombinasjon av pisk og gulrot. Formålet og bekymringen for misbruk danner bakgrunnsteppet for søknaden og inngår i helhetsvurderingen av søknaden. Dette fremgår ikke minst av forarbeidene til loven, men lovforarbeider inngår ikke vanligvis i saksbehandleres arbeidsrutiner.

Det neste som skjer, vil typisk være å gå gjennom kriteriene for å få innvilget støtte. Kriteriene står listet opp i selve loven. Mange av kriteriene har formell karakter uten stort potensial for vanskelige avgjørelser. Søkeren må for eksempel være mellom 18 og 67 år og medlem av folketrygden. Samtidig er aldri søkerens situasjoner like, og i de fleste tilfeller er det sikkert – jeg gjetter – et eller annet forhold som krever uvanlige vurderinger, som at vedkommende ikke passer inn i aldersspennet eller ikke har tilstrekkelig langt medlemskap i folketrygden.

Kravene i loven er:

1. At søkeren må oppholde seg i Norge eller EØS-området (§ 11-3).¹⁰
2. At vedkommende har mins. 50 prosent nedsatt arbeidsevne som er et resultat av «sykdom, skade eller lyte» (§ 11-5).
3. At søkeren har behov for behandling eller arbeidsrettede tiltak for å skaffe/beholde et arbeid, og at det er en viss realisme i disse forhåpningene (§ 11-6).

Videre gjelder det en tidsbegrensning (§ 11-12) og meldeplikt (§ 11-10). Det viktigste er imidlertid aktivitetsplikten:

4. «Det er et vilkår for rett til arbeidsavklaringspenger at medlemmet bidrar aktivt i prosessen med å komme i arbeid» (§ 11-7).¹¹

10 Denne formuleringen er lagt til etter, og som følge av, at Nav-saken ble avdekket.

11 Aktivitetskravene fastsettes i aktivitetsplanen, se arbeids- og velferdsforvaltningsloven § 14 a tredje ledd. Medlemmet skal medvirke ved utarbeidelsen av aktivitetsplanen. Kravene til egenaktivitet skal tilpasses medlemmets funksjonsnivå, og aktivitetsplanen skal endres ved behov.

Dernest følger en rekke bestemmelser om utmåling av støttebeløp, Navs oppfølgingsansvar og konsekvenser ved brudd på aktivitetsplikten. Ytterligere oppregnes en lang rekke mulige scenarier som saksbehandlingen må ta hensyn til: Hva hvis søkeren er student, soner straff, ikke har opparbeidet rett til sykepenger, ikke er i aktivitet, er arbeidssøker, søker uføretrygd, har yrkesskade eller oppholder seg på institusjon.

De fleste av disse momentene vil raskt kunne legges til side som ikke-relevante for den enkelte sak. Men oftere enn ikke vil en eller flere måtte gjøres gjeldende. For å gjøre eksempelet enkelt, konsentrerer jeg meg om kravene for å få innvilget AAP, og holder de konkrete tilpasningene til den enkeltes situasjon utenfor.

Bildet av saksbehandlingen blir straks mer komplisert enn modellen for rettsanvendelse når man trekker inn kravene.

Jeg listet opp fire hovedkrav: opphold, nedsatt arbeidsevne, behov for tiltak og at man følger opp aktivitetsplanen. Etter dette kan avgjørelsen stilles opp slik:

Hvis X (X1, X2, X3 og X4) så Y (innvilget AAP)

Her er det dessuten veldig mange andre forhold som ikke er medregnet, blant annet en lang rekke prosessuelle regler. En mer realistisk fremstilling må i første omgang ta innover seg kompleksiteten i hver av X-ene. X1 ser ut som det enkleste av kravene, men der oppregnes også spesifikasjoner i selve lovteksten. Andre ledd lyder slik:

Arbeidsavklaringspenger ytes uten hinder av første ledd til et medlem som får medisinsk behandling eller deltar på et arbeidsrettet tiltak utenfor Norge, i samsvar med aktivitetsplanen, se arbeids- og velferdsforvaltningsloven § 14a.

For å løse spørsmålet om hvorvidt X1 er tilfredsstilt, må man se til Nav-lovens § 14a, hvor det spesifiseres krav til en aktivitetsplan. En arbeidsplan spesifiseres slik:

Brukere som har behov for en mer omfattende vurdering av sitt bistandsbehov, har rett til å få en arbeidsevnevurdering. Brukeren skal få en skriftlig vurdering av

- sine muligheter for å komme i arbeid
- hva slags arbeid som skal være målet
- behovet for bistand for å komme i arbeid
- om, og eventuelt hvor mye, arbeidsevnen er nedsatt
- hvilken type bistand som kan være aktuell for brukeren [...]

Brukere som har fått fastslått at de har et bistandsbehov, har rett til å delta i utarbeidelsen av en konkret plan for hvordan de skal komme i arbeid (aktivitetsplan). [...]

Arbeids- og velferdsetaten har ansvaret for at vurderingene blir gjennomført, og at aktivitetsplanene blir utarbeidet.

Det påligger Nav å utarbeide aktivitetsplanen, men krav nummer 4 (X4) er at søkeren følger den opp. Å følge opp betyr strenge krav til tilstedeværelse (11–8) og at det kan vises til en form for progresjon i retning av fremtidig arbeid.

Her er imidlertid rundskrivet langt mer utfyllende. Rundskrivet for kapittel 11 i Folketrygdloven er alene på omtrent 200 sider. Det som kommer fram i det omfangsrrike kapittelet om §§ 11-7 og 11-8 er at Nav forventes å følge aktivitetsplanen tett. Det er regler og anvisninger om å reagere allerede ved første dags uteblivelse i de planlagte aktivitetene (§ 11-8 første ledd). Reglementet er utformet slik at Nav har vide fullmakter til å redusere ytelsen og trekke tilbake vedtaket om å tilby AAP. Reglementet er detaljert på disse punktene og gir lite rom for rettslig skjønn.

Jeg setter inn Z som tegn for de underliggende avgjørelsene som kreves for at kravene skal oppfylles. Det er et ubestemt antall mindre avgjørelser som ligger til grunn for hver X, derfor setter jeg en liten «n» etter Z. Satt på formel, blir det seende slik ut:

Hvis $X(X_1(Z_n), X_2(Z_n), X_3(Z_n) \text{ og } X_4(Z_n))$ så Y

Selv den forenklete modellen blir uoversiktlig når man tar høyde for omfanget av avgjørelser som ligger til grunn for et vedtak. I hver av leddene (X1–X4) skal man finne riktig regel, tolke den korrekt og få den til å passe med situasjonsbeskrivelsen.

Når man står overfor en utfyllende beskrivelse av søkeren og vedkommendes situasjon, skal man trekke ut de relevante forholdene etter alle de

retningslinjene som følger lovkravenes mange fasetter. Dette er en prosess som i praksis kan se lineær ut.

Den lineære rettsanvendelsen

Jeg innledet med å peke på formelen som setter opp en situasjon og en rettsfølge. De fleste fremstillinger av rettskildelæren har det til felles at de tar «situasjonen» for gitt. De fokuserer på det å finne riktig regel og problematiserer ikke at alle situasjoner kan fremstilles forskjellig. De tenderer til å snakke om rettsanvendelse som en «lineær prosess». Tankeprosessene foregår i en rekkefølge. Man har en situasjon, og beskrivelsen av den regnes som «faktum». Da gjelder det å finne riktig rettsregel. Den som kan loven, finner rettsregelen raskt, men utfallet er noenlunde forutbestemt hvis rettskildene er klare på akkurat det aktuelle området. Rettsdogmatikk er et ord som ofte brukes om denne virksomheten.

Det jeg skrev i forrige avsnitt er imidlertid ikke helt korrekt. De rettslærde skriver om rettskilder langt mer nyansert enn det realitetene i hverdagens rettshåndheving skulle tilsi. Blandhol skriver for eksempel i sin diskusjon om betydningen av reelle hensyn i norsk rett, at «fastlegging av saksforholdet (faktum)» vanligvis ikke regnes med i det man kaller rettsanvendelsen, og her understøtter han poenget over. Men videre sier han at «[g]rensen mellom å fastlegge faktum og å anvende rett er [...] ikke skarp. Hvordan man fremstiller faktum har ofte stor betydning for hvordan man ser på de rettsspørsmål saken reiser» (Blandhol, 2013, s. 25). Blandhol gir også en rekke eksempler på dette i sin omgang med reelle hensyn i norsk rett og i EØS-retten.

Når jeg hevder at rettsdogmatikken er lineær i sin struktur, er det med en tilsvarende reservasjon *in mente*. Jeg sikter først og fremst til den lukkede, rettspositivistiske hverdagsjussen.

Den lineære forståelsen viser seg også når juristene skal innarbeide skjønns rolle i rettsanvendelsen. Skjønn, sier de (for eksempel Boe, 2011), er rettslig definert. Man bruker skjønn i to tilfeller:

- Når regelverket uttrykker at det skal anvendes skjønn.
- Når regelverket ikke gir gode holdepunkter for en bestemt løsning.

I det første tilfellet vil det vanligvis legges inn lister over forhold som skal hensyntas. Man finner også henvisning til «allmenne hensyn» eller «samfunnsmessige interesser». Det andre tilfellet oppstår hvis man står overfor et uregulert område, for eksempel der teknologien har skapt situasjoner som regelverket ikke har rukket å si nok om. Den som er mest kjent for å definere skjønn på denne måten, er den amerikanske rettsvitenskapsmannen Ronald Dworkin. Dworkin snakket om det rettslige skjønnnet som hullet inne i en smultring (doughnut). (Wallander & Molander, 2014) Loven er deigstoffet, og skjønnnet eksisterer bare fordi loven omkranser det.

Jeg er skeptisk til denne måten å skrive om skjønn, men jeg skal si mer om skjønnets plass i rettsanvendelsen nedenfor. Her har jeg bare et foreløpig poeng: rekkefølgen. Man har en situasjon, så leter man etter rettsregelen.

Den lineære forståelsen stemmer med hverdagserfaringen til jurister. Saksbehandling er som regel preget av gjentakelser og rutiner. Kompliserte saker hører til unntakene. Med henvisning til erfaring kan man påstå at jussen er lukket og tilstrekkelig.

For det andre utgjør den lineære modellen en referanse til alminnelige antagelser om hva rettsanvendelse er. Dette gjelder også rettens kritikere, som den tidligere omtalte Vilhelm Aubert. Aubert (1958) skriver for eksempel at den juridiske profesjon kjennetegnes ved å sortere i handlinger og gi dem mening.

Law is a way of structuring the social world and its human problems.
[...] A good lawyer can look at a certain aspect of almost any area of life where problems arise, and give these problems some kind of answer (Aubert, 1958, s. 103).¹²

Jussen har et til dels velutviklet apparat for å sortere hva som er relevant fra det som ikke er relevant. Handlingen og situasjonen ligger fast, jussen plukker opp det som peker mot rettsvirkningen.

Nyanseringer av rettsanvendelse viser avvik fra den lineære forståelsen og bekrefter på den måten indirekte at grunnantagelsen er den lineære modellen.

12 Aubert skriver om «advokater», fordi (som nevnt tidligere) hans fagtradisjon brukte domstolene som referanse for deres diskusjoner. I prinsippet gjelder det samme for alle som arbeider med juridiske problemstillinger (rettsanvendere), inkludert saksbehandlere i forvaltningen.

Det er dette vi ser i Arnesen-utvalgets rapport. Den lineære modellen fungerer paradigmatisk for den rettsvitenskapelige litteraturen. Den styrer deres blikk og leverer språket til juristenes problemforståelse. Rettsdogmatismen er sentrert rundt det positivistiske, lukkede synet på retten.

Rettskildelæren og det interne perspektivet

Jeg har lagt stor vekt på rettskildelæren. Jeg har villet bidra til å utvikle et sosiologisk rettsbegrep. Hensikten er i neste omgang å bruke rettskildelæren som bindeledd i møtet mellom juss og samfunnsvitenskap i Nav-sakens anledning. Det vil bli mer åpenbart fra kapittel 6.

Rettskildelæren er rettsvitenskapens evige stridstema. Det virker riktig at det er slik. Rettskildelæren er jussens kjerne. De forskjellige juridiske områdene, fra avtaler til veitrafikk, har sine særtrekk, men rettskildelæren har de felles. De lærde strides om rettens objektivitet. Positivister står mot pragmatikere. Frontene er harde, og det er min observasjon at sterke følelser er i sving. I tekst foregår stridighetene på høvelig vis, men på bakrommet sitter idioterklæringene løsere. Dette er ikke sagt til forkleinelse for juriststanden, snarere tvert imot. Grunnen til at jeg nevner det, er at det vitner om at det er mye som står på spill. For noen ser det ut til at rettens legitimitet står og faller på dens forutberegnelighet. Andre har et mer åpent sinn når det gjelder hvordan avgjørelser faktisk blir tatt og tillater større plass til subjektivitet.

Jeg har presentert rettskildelæren i lys av begrepet åpenhet. Rent rettsvitenskapelig er det likevel enighet om at rettskildelæren gir plass til impulser utenfra, først og fremst gjennom «reelle hensyn» og en mindre spesifisert «avveiningsmodell» der man skal ta hensyn til «helheten», men også åpningene for bruk av skjønn. Retten har, som jeg kommer tilbake til i neste kapittel, flere åpninger enn det som har kommet fram i rettsvitenskapen. Ambisjonen er samtidig å frigjøre rettsbegrepet fra graderingen mellom åpen og lukket. Jeg har prøvd å gi et innblikk i rettskildelæren fra et samfunnsvitenskapelig utgangspunkt. Utgangspunktet mitt er antageligvis med på å farge fremstillingen; jeg har for eksempel lagt mest vekt på forfattere som aksepterer mer åpenhet i rettsåndhevelsen enn andre (Graver, 2007; Boe, 2021; Blandhol, 2013).

