

Arnesen-utvalgets lukkede fortelling

Mens forrige kapittel først og fremst var deskriptivt, er dette kapittelet analytisk. I forrige kapittel fikk leseren inntrykk av lommene for deliberasjon som er bygget inn i forvaltningen av trygder. I tillegg ble det gitt innsyn i grunnlaget for Arnesen-utvalgets konklusjoner.

I dette kapittelet skal Arnesen-utvalgets metaforer, språk og konklusjoner settes i sammenheng med spenningsfeltet tegnet opp tidligere. Utvalgsrapporten er skrevet – i innenfraperspektivet – i den juridisk interne og lukkede forståelsesmåten. Dette betyr imidlertid ikke at utvalget er ukjent med de politiske dimensjonene. Påstanden om at den er skrevet i det juridisk lukkede perspektivet, baserer seg på en vurdering av hvilke faktorer som vektlegges. Dette ble klart i forrige kapittel.

I neste kapittel settes utvalgsrapporten opp mot politiske, mer åpne tilnærminger, i første omgang «maktutredningen» fra 2003 (Hansen, 2003), før Nav-saken settes i et bredere, samfunnsvitenskapelig perspektiv i kapitlene 10–12.

Svikten i tre akter

Tre trekk ved rapporten er påfallende. Språkbruken er for det første passiv, og for det andre er vilje-komponenten nedtonet. For det tredje serveres en luftig forklaring på hvordan Nav-saken kunne oppstå gjennom begrepet «forvaltningskultur». Resultatet er en unnskyldende form på rapporten.

Forvaltningskultur

Nav har vært preget av en forvaltningskultur med klare svakheter (omtalt tidligere, Arnesenutvalget, 2020, s. 22).

Bakom de enkelte sviktpunktene ligger det altså en svak «forvaltningskultur». Utvalget peker på syv punkter med slike svakheter. Det er altså mange sviktpunkter. Disse går også utover forvaltningskulturen i selve Nav. Arnesenutvalget trekker i kapittel 3 inn alle de fire institusjonene som berører sosialforvaltningen.

Direktoratet: Det er fremholdt fra flere hold at direktoratet over tid har blitt faglig svekket etter flere runder med omorganiseringer og nedbemanninger. [...] Direktoratet har ikke klart å koordinere de ulike resultatområdene i Nav. De av departementets medarbeidere som visste hva trygdeforordningene innebar, var den tolkningen som det er blitt kjent at Nav la til grunn, «hårreisende». Departementet var imidlertid ikke kjent med Navs langvarige praksis på området. Departementet har manglet systemer som sikrer bedre kunnskap om Navs praksis.

Forsvarerne: Statens motpart på dette området er verken sterk eller organisert. I den grad trygdemottakere har hatt tilgang til advokatbistand, har det sjelden hjulpet.

Heller ikke Høyesterett så noe problem med å ilegge en person fengselsstraff for å ha oppholdt seg i et annet EØS-land uten Navs tillatelse, i perioder det ikke var noen oppfølging å delta på.

Trygderetten skal overprøve forvaltningsvedtakene i enkeltsaker. Dette spesialistorganet vurderte ikke denne EØS-rettslige problemstillingen direkte før i 2017. [...] Trygderettens leder kan beslutte at flere enn to dommere skal delta i avgjørelsen av en sak hvis avgjørelsen kan bli «bestemmende for praksis». Dette ble ikke gjort. Først to år etter den første kjennelsen publiserte Nav interne meldinger om endret praksis, og et halvt år etter dette ble omfanget av feilen kjent. [...] Det kan virke som organet har mistet av syne at Trygderetten også skal være en [...] institusjon med særlig ansvar for å trygge rettsikkerheten til vanlige mennesker som står i krevende situasjoner mot en ressurssterk motpart – staten.

Direktoratet er svekket i forbindelse med omorganiseringer, sies det. Dette er altså ytre omstendigheter som har medført at de ikke «har klart» (de har inneforstått prøvd). De var «ikke kjent med». Her kunne Arnesen-utvalget valgt en aktiv formulering, som at de ikke hadde undersøkt/sjekket/satt seg inn i Navs praksis. De har «manglet» systemer, sies det, som den siste i en rekke passive setninger.

Forsvarernes situasjon i straffesaker er generelt ikke så god, og forsvarsadvokater er sjelden i kontakt med EØS-rett. Selv om dette er «elementær EØS-rett», kan de neppe klandres for denne miseren, og det gjør heller ikke Arnesen-utvalget. Det er verre med Høyesterett.

Trygderetten tilgodeses også med formuleringer i passiv form. Men det sies også at de har «mistet» et sentralt element av syne.

Alle har litt skyld, altså. Dette ligner på ansvarspulverisering.

Forklaringene

Og hvordan kunne Nav-saken oppstå? Rapporten peker altså på en rekke faktorer. Noen av forklaringene befinner seg på et overordnet plan, andre var mer spesifikke. Gjennomgangen danner grunnlaget for helhetsforståelsen av hva som sviktet. Hovedfortellingen er at EØS-retten gikk i glemmeboka, samtidig som forvaltningskulturen ikke var «sterk» nok. Blant annet ble tilbakemeldingene Nav fikk om at noe var galt, behandlet separat.

Saken illustrerer hvordan det kan gå når de institusjonene som skal sikre at offentlige myndigheter ikke øver urett mot den enkelte, ikke

har de ressursmessige forutsetningene for å gjøre dette, ikke er faglig oppdatert og heller ikke reagerer eller kommuniserer på adekvat måte (Arnesen-utvalget, 2020, s. 24).

Ressurssituasjonen, faglig oppdatering og manglende reaksjoner fra omverdenen har understøttet den temporære blindheten. Det var ingen som sa «sjekk blindsonen», altså de andres feil. Nav blir hele veien omtalt som passive. Rapporten er gjennomsyret av et passivt språk. Følgende formulering peker på valg av tittel for rapporten:

Fravær av kritisk tenkning, god organisering og opptreden i samsvar med det ansvar de ulike organer har, har medført at EØS-retten betydning har befunnet seg i blindsonen til nær sagt alle involverte (Arnesen-utvalget, 2020, s. 24).

«Befunnet seg i». Det som har «befunnet seg i blindsonen» er EØS-retten. Problemet oppsto i forbindelse med at EØS-retten skulle implementeres. Nav ble så å si distraheret fra den nødvendige oppmerksomheten omkring lovtolkning. Et annet sted heter det at faglige problemstillinger «har havnet i skyggen» (s. 87).

Begrepet «blindsonen» antyder at det er noe som *ikke* er gjort. Blindsonen er et sted man *havner*. Det er ikke forårsaket av en aktiv handling, men noe som skjedde. Man var opptatt av noe annet og dermed uoppmerksom. Man er ikke nødvendigvis skyldfri, men det er mer unnskyldelig når ting skjer med en enn når man oppsøker et resultat.

Dette er velkjent i miljøer som begår lovbrudd. De kan veksle mellom måter å snakke om seg selv. Når de er sammen med likesinnede, preges samtalen av det Sandberg og Pedersen (2006) kaller «gangsterdiskursen». I gangstermåten å snakke om seg selv presenterer man seg som aktør og handlende beveger. Historiene sirkulerer om vellykkede triks og at man kom seg unna politiet. Man er et handlende subjekt i verden, som klarer å overkomme hindre. Man vil noe og får det til.

I møter med hjelpeapparatet, politi og andre snakker man om seg selv som utsatt for ytre krefter og hendelser. De nevnte forfatterne kaller dette «offerdiskursen». Dette er så selvfølgelig at det kanskje ikke behøver å sies, men Arnesen og utvalget tilbyr altså de involverte noe som ligner en offerdiskurs. Det er snilt. Kanskje for snilt? Men det er heller ikke hele bildet.

Viljen til å stanse trygdeeksport

Arnesen-utvalget finner også en vilje. Det man fokuserte på da klientenes rettigheter «havnet i blindsonen», var at man ville redusere utgiftene og hindre «trygdeeksport».

Oppmerksomheten til skiftende regjeringer har på dette området vært rettet mot effektiv trygdeforvaltning, bekjempelse av trygdemisbruk og reduksjon av trygdeeksport. Det har vært mindre oppmerksomhet rettet mot hensynet til å sikre enkeltpersoners rettigheter (Arnesen-utvalget, 2020, s. 22).²⁴

I denne formuleringen var det en vilje, handlinger og prioriteringer. Mindretallet mente at dette ikke var tilstrekkelig vektlagt (Kristiansen, 2020), men dette er heller ikke underkjent av flertallet. Det Nav har gjort, er således å stirre seg «blind» på et bestemt mål. Man har stirret så hardt at man ikke sjekket i blindsonen.

Den politiske viljen uttrykker i realiteten «arbeidslinja» (se over). Arbeidslinja innebærer at velferdsytelser utformes på en måte som stimulerer til at mottakeren skal finne en måte å forsørge seg selv. I den siste stortingsmeldingen uttrykkes det slik:

- At det føres en økonomisk politikk som bidrar til høy sysselsetting.
- At det føres en aktiv politikk for inkludering av flere i arbeidslivet.
- At arbeidslivet legger forholdene til rette for at folk kan stå i arbeid.

24 Ønsket om å redusere trygdeeksport ble fremhevet i de forskjellige plattformene for Solbergs regjeringer (2013–2021).

[Regjeringen vil:] «Vurdere tiltak som kan begrense og stanse trygdeeksport, men innenfor de internasjonale avtalene Norge er bundet av» (Sundvollenplattformen 2013).

[Regjeringen vil:] Vurdere tiltak som kan begrense og stanse eksport av velferdsytelser, blant annet arbeide for aksept i EU for kjøpekraftjustering av velferdsytelser (Jeløyplattformen 2018).

[Regjeringen vil:] «Jobbe for tiltak som kan begrense og stanse eksport av velferdsytelser, blant annet arbeide for aksept i EU for kjøpekraftjustering av velferdsytelser» (Granavoldplattformen 2019).

- At det skal lønne seg å jobbe (Meld 33 (2023–2024)). Det hersker bred politisk enighet om arbeidslinja. Dette understreker dermed også poenget til mindretallet om at feilen ikke oppsto med implementeringen av en EØS-forordning i 2012.

Det var ikke slik at en stor mengde mennesker nærmest ved et uhell havnet i blindsonen. Noen sluttet å følge med på «trafikken». Noe av det de stirret på var trygdemisbruk. Dette viste seg som prioriteringer av bedragerisaker.

Der trygdemottakeren har reist ut av landet uten å melde fra, har Nav som hovedregel anmeldt personen for bedrageri. Både påtalemyndigheten og domstolene har i stor grad lagt vurderingene fra Nav til grunn, uten å prøve om vedkommende faktisk hadde rett til ytelsen under utenlandsoppholdet eller ikke. Lovforståelsen vedtakene i forvaltningssakene bygger på, har dermed knapt blitt overprøvd i forbindelse med straffesaker i de alminnelige domstolene (Arnesen-utvalget, 2020, s. 23–24).

Prioriteringen har i sin tur blitt understøttet av at praktiske forhold har ligget til rette for å gå etter slike saker. Den teknologiske utviklingen har gjort det enklere å oppdage om stønadmottakeren befinner seg i Norge eller utlandet. Den som mottar trygd skal levere inn et digitalt meldekort hver 14. dag, og i dette skjemaet fremgår det hvor det er utfylt. Plutselig hadde altså Nav informasjon tilgjengelig for å avdekke utenlandsopphold. Utenlandsreiser har vært enkle å oppdage. Sakene har blitt rutiniserte og «enkle». Det kan diskuteres om disse påpekningene trakk i samme retning som det passive språket.

Vilje og ansvar

Påpekningen av at det lå viljeshandlinger bak svikten innebærer også at noen har ansvar. Arnesen-utvalget deler også ut kritikk til Nav, og til dels med spesifikk adresse til spesifikke enheter. Alle ansvarlige organisasjoner omtalt i gjennomgangen av sviktpunkter blir kritisert, med varierende styrke. Overordnet sett er likevel Nav-saken et «uhell».

Flertallet i Arnesen-utvalget plasserer svikten i «ulykkesstatistikken». Jeg skal ikke insistere på at den hører hjemme i kriminalstatistikken. Mitt poeng er heller

å utfordre utvalgets valg. Dermed blir mitt lodd å helle argumentene mer i retning av at noen har begått handlinger her som de ikke skulle, og unnlatt å gjøre ting de skulle. De er ikke uten ansvar, vi forventet mer. I politikken gjelder et utvidet ansvarsbegrep. Man kan ha ansvar for (unnlatelses-)handlingene begått av egen stab, eller av forgjengeren. Det er derfor en torn i øyet – for å holde oss til metaforikken omkring synet – at ingen i noen fremskutt posisjon har tatt på seg et slikt ansvar.

Det mangler likevel en tydelig redegjørelse for hvordan denne viljen slo ut i forvaltningens arbeid. Dette henger etter all sannsynlighet sammen med deres hovedsakelig lukkede forståelse av forvaltningens funksjonsmåte. Jussen liker å presentere seg som tilpasning til rådende forhold og ikke som en skapende virksomhet. Spørsmålet burde være hvordan man bruker denne motivasjonen de bemerker eksisterer. Hvordan nedfeller den seg i politiske tiltak? Et mindretall i utvalget mente at man skulle legge større vekt på motivasjonen enn det flertallet gjorde, men også de begrenset seg til en lukket forståelse.

Kritikkens grenser

Arnesen-utvalget har også møtt motstand, og denne motstanden har først og fremst kommet fra juridisk hold. I første omgang kom kritikken innad i utvalget, der tre av medlemmene tok dissens. Dernest har et miljø ved Universitetet i Oslo vært aktive.

Mindretallet besto av tre medlemmer som vektla litt forskjellige sider av premissene for utvalgets rapport. To av dem har levert utfyllende forklaringer på deres divergerende syn. Den første og mest grunnleggende innsigelsen er formulert av Fløistad, som utfordret flertallets valg av å konsentrere seg om det som har skjedd etter 2012.

Mindretallet mener på denne bakgrunn at utvalgets tolkning i delutredningen ikke var opplagt for forvaltningen når denne behandlet søknader om ytelse ved kortvarige/midlertidige opphold i et annet EU/EFTA-land. For mindretallet har dette betydning når man skal analysere og besvare spørsmålet om hvordan feilpraktiseringen kunne skje, herunder ansvarsspørsmål.

Mindretallet mener på denne bakgrunn at den analysen utvalget hadde mandat til å utføre, burde vært foretatt basert på utviklingen av retten til fri bevegelse for personer, og at denne analysen burde vært skilt fra en analyse som forutsetter at retten til fri bevegelse for tjenester kommer til anvendelse.

Mindretallet mener at det hadde gitt en rapport som bedre hadde svart på utvalgets mandat, dersom det gjennomgående i analysene hadde blitt skilt mellom en rettstilstand der fri bevegelse for tjenester kommer til anvendelse, og der den ikke gjør det. For spørsmålet om praksis helt fra 1994 skal gjennomgå, er det som vist kun mindretallet som har vurdert dette under den forutsetning at tjenestereglene ikke kommer til anvendelse (Arnesen-utvalget, 2020, s. 74).

Mindretallets observasjon inviterer til en mer åpen forståelse, men en slik forståelse gjennomføres ikke.

Utvalget har også møtt motstand fra andre deler av jussmiljøet. Ved Juridisk fakultet, Universitetet i Oslo²⁵, har en gruppe professorer etablert en blogg om det de kaller «trygdeskandalen». Blogginnleggene er skarpt kritiske til Arnesen-utvalgets måte å ramme inn svikten (Ikdahl & Eriksen, 2020a, 2020b, 2020c, 2020d; Moltumyr Høgberg, 2020; Eriksen & Ikdahl, 2020a, 2020b, 2020c). I tillegg har Graver blant annet tatt for seg «Nav-saken» i en bok om rettslige unntakstilstander i forbindelse med pandemien (2020).

UiO-miljøet utfordret Arnesen-utvalget på flere måter. De har fulgt opp saken og dens utvikling underveis og stilt kritiske spørsmål hele veien. De har krevd innsyn i dokumenter som regjeringene og utvalget har underslått betydningen av. De har stilt spørsmål ved utvalgets habilitet og deltatt i offentligheten med kritiske innspill. Samtidig har de, kanskje mer enn noen andre aktører i feltet, påtatt seg et ansvar ved å innrømme at EØS-rett har vært for lite vektlagt i undervisningen. De slo seg heller ikke til ro med den implisitte forklaringen som ligger i metaforen «blindsone» og måten dette gjenfinnes i teksten. Metaforen utfordres eksplisitt i det tredje blogginnlegget. Der sier de at Nav og departementet har tatt et dristig løypevalg på ski. De har beveget seg ut på en skavl og håpet at snøen holdt, at det hele ikke raste.

25 Dette er også arbeidsplassen til utvalgsleder Finn Arnesen.

Bidragene fra disse professorbloggerne er et eksempel til etterfølgelse på en kritisk og informert offentlighet. Det er nettopp en kritisk interessert part som etterlyses på alle nivåer av forvaltningen, i ledelsen av forvaltningen, i det politiske ordsiftet og i akademien. Det var professorbloggernes motstemme som manglet på alle nivåer.

Det må likevel spørres om motstemmene fra mindretallet og professorbloggerne var tilstrekkelig bredt fundert til å skape en helhetsforståelse av bakgrunnen for saken. Disse kritikkene foregikk på juristenes banehalvdel, med juristenes språk og deres forståelseshorisont. Deres tilnærming er viktig, kanskje avgjørende, men den favner ikke hele bildet.

Rettsinterne og rettseksterne forklaringer

Det som skjedde i Nav-saken var feil, men det var ikke politisk uønsket. Problemet for politikken er at den er begrenset av retten, og retten sa i dette tilfellet at det politikken ville, ikke var tillatelig. Generelt kan man si at retten både skaper det politiske rommet og setter grenser for politikken. Når retten setter grenser som i det aktuelle tilfellet, er det fordi politikken tidligere har bestemt at fremtidig politikk ikke skal være helt fri til å gjøre hva som helst. For eksempel å diskriminere innbyggere etter deres etnisitet, kjønn, hudfarge, religiøse anføkkelser eller seksuelle legning. I dette tilfellet hadde man tilsluttet seg en avtale om at borgere innenfor EØS-området skulle kunne bevege seg fritt mellom landene. Det politiske rommet er begrenset av annet lovverk, konstitusjonelle verdier (Grunnloven) og internasjonale forpliktelser (konvensjoner og avtaler). EØS-reglene inngår i disse avtalene og tvinger politiske vedtak til å underordne seg. Man har villet redusere kostnader og hindre trygdeeksport, men har ikke kunnet finne på hva som helst for å oppnå dette målet. Man har ikke hatt anledning til å hindre mennesker i å reise rundt i EØS-området, dersom det ikke har vært til hinder for deres konkrete plikter.

Er da svikten i Nav-systemet en juridisk feil eller en politisk feil? Politikk blir til juss når man har fattet et vedtak. Det er et av de fremste kjennetegnene på en rettsstat at politiske vedtak blir universelle lover. Disse lovene setter

grenser for fremtidig politikk. Når man ser på dette spørsmålet, flyter politikk og juss sammen. Men svaret man gir har vidtrekkende konsekvenser.

Et problem som kan oppstå når man vil svare, er at politiske vedtak ikke tar høyde for alle mulige tilfeller det får anvendelse på. Innenfor jussen fremstår dette som uintenderte konsekvenser med juridisk bindende kraft. Ved en feil kan man for eksempel ha satt sammen forskjellige lovverk slik at enkeltmennesker er strafferettslig ansvarlige for relativt uskyldige handlinger. Domstolene er da nødt til å dømme de som føres for retten, og gi dem straff (Dette krever imidlertid at noen faktisk anmelder saken og prioriterer den fram til tiltale – jamfør «opportunitetsprinsippet» omtalt tidligere, se også Frøberg, 2016; Johansen, 2020.). Av og til beveger samfunnsutviklingen seg videre fra lovverket, som i tilfellet med tiggings som var straffbelagt inntil 2005. Løsgjengerloven var da en «sovende lov». Dette er to eksempler på at gjeldende rett kan gå på tvers av så vel lovgivers hensikter som rettsfølelsen.

I dette tilfellet stiller saken seg nesten motsatt. Bestemmelser som medførte straffansvar, gjøres ugyldige av en høyere instans (EØS). Dette er vedtatt etter flere politiske prosesser delvis utenfor Norge, men inntatt i norsk rett gjennom nasjonale prosedyrer. Det riktige hadde da vært å ikke idømme straff, men så skjedde det likevel (se note 27). Rettsfølelsen tilsier avvísning av søknad om støtte og straff for brudd på vilkårene, men gjeldende rett sier det motsatte.

Vedtakene i Stortinget gjenspeiler arbeidslinja. Det er også enighet om å prioritere bekjempelse av trygdeeksport. Dette nedfeller seg i vedtak med lovs form. Disse lovene er imidlertid ikke gyldige. Det er Stortingets ansvar, et ansvar som må plasseres i politikken. Samtidig har de andre statsmaktene ansvar for å levere rettsriktige avgjørelser overfor borgerne.

Så, hvor kom feilen fra? To muligheter avtegner seg: Er det rettssystemet som har sviktet, eller er feilene uttrykk for en ytre påvirkning?

Spørsmålene viser relevansen av skillet mellom å se retten innenfra og utenfra. Tilsvarende kan det skjernes mellom de rettsinterne og rettseksterne kildene for statens levering av tjenester. Om man vektlegger det ene eller det andre, får det konsekvenser for hvordan man forklarer svikten.

Dette poenget blir kanskje noe klarere hvis man ser litt mer på mindretallets dissens i rapporten. Mindretallet bestred premisset i mandatet om at den nye forordningen i 2012 (833/2004) utgjorde et veiskille, og følgelig at forklaringen på svikten kunne isoleres til endret lovtolkning ved implemen-

tering av den. Erttertiden ga dem også rett, men det er ikke så viktig i denne sammenhengen. Forklaringene på svikten må da ligge et annet sted. Hvor da? Utvalgsmedlemmet Midthjell peker i sin redegjørelse videre på det hun kaller sin egen begrensede «undersøkelse», hvor det

[...] ser ut til å ha vært en praksis over tid som har ivaretatt EØS-rettslige krav også implisitt, antakeligvis siden før EØS-avtalen. Dette anses å i ytterligere grad vise «alle sider» av saken, og bakgrunnen for de oppholds krav som har fremgått av lovgivningen på ulike tidspunkt, særlig dersom regler i utgangspunktet var vurdert å være i overensstemmelse med EØS-retten allerede i 1994, og derfor ikke nødvendiggjorde endring.

Årsaken til at dette medlem anser dette for relevant, er at det for medlemmet Midthjell fremstår slik at det de senere årene er fastholdt det oppholds kravet som har vært gjeldende i lengre tid, men at formålet og hensynene bak disse kravene har blitt tilslidessatt i større grad. Det har således skjedd en dreining bort fra formål bak oppholds krav, og formål med dispensasjoner fra disse, over på et oppholds krav som sådan, og etter hvert også betydelige konsekvenser av «brudd» på dette (Arnesen-utvalget, 2020, s. 75).

Det Midthjell sier her, er at hun har inntrykk av at det har foregått en glidning i tolkningen av oppholds kravet, som ikke kan forklares med implementering av EØS-retten i 2012. Det hun sier kan utlegges på forskjellige måter, men hun påpeker i alle fall to ting.

1. Tolkningen av oppholds kravet ser ut til å ha beveget seg fra å ta hensyn til formålet med bestemmelsen til å brukes «bokstavelig». Det var en kan-bestemmelse, med rom for skjønn, men ble etter hvert brukt som et absolutt vilkår.
2. Alle sider av saken vil måtte inkludere andre faktorer enn EØS-retten.

Den åpenbare sammenhengen er, dog uten at det sies, arbeidslinja. Implikasjonen er under alle omstendigheter at politiske strømninger påvirker rettsanvendelsen. Denne observasjonen peker i retning av å se på «forvaltningskultur» i et bredere perspektiv enn det som gjøres i utvalgets rapport. Der gjøres

forvaltningskultur til et spørsmål om å sørge for at korrigeringsmekanismene fungerer. Men spørsmålet om hvorfor så mange korrigeringsmekanismer ikke er virksomme samtidig, det stilles ikke.

Alle profesjoner har i en viss forstand tunnelsyn (Grimen, 2008; Molander & Terum, 2008). Det skal de ikke lastes for. Tunnelsynet er en del av deres profesjonalitet. De sorterer verden i relevante og ikke-relevante forhold: hva de skal ta hensyn til, hva de skal se etter, og hvordan de skal håndtere informasjonen de tar inn. Juristene ser etter rettslig relevante forhold. De er trent i å skille rettslig relevant fra rettslig sett irrelevant informasjon. Når de skal forklare et problem, som Nav-saken, ser de på hvordan rettshåndhevelsen slo ut feil. De fant feil i produksjonen av sekundære rettskilder (rundskrivet) og svikt i korrigeringsmekanismene. Men der stopper de.

Rettsvitenskapen har disse, unnskyld uttrykket, blindflekkene, fordi det tilkommer profesjonen. Hvis de blir presset på det, vil de aldri si at de er «rettspositivister». De vil være i stand til å levere elegante formuleringer om hvor «rettspragmatiske» de er i sin forståelse av sin virksomhet. Rettsvitenskapelig virksomhet i hverdagen er ikke desto mindre positivistisk i sin natur. Den behandler sitt objekt, et rettslig problem, som om løsningen ligger i jussen.

Nøkkelordet her er «som om». Gode jurister behandler deres problemer som om retten er et lukket, autonomt system. Forklaringene på svikten ligger i rettssystemet. De er «rettsinterne». *Rettsinterne forklaringer* er de som fremhever at rettens selvregulerende mekanismer ikke fungerer, og at feil lovanvendelse består ukorrigert. Dette er rettsdogmatikkens perspektiv. Systemet fungerer ikke, og må følgelig rettes opp. Det er dette Arnesen-utvalget gjør, og som kritikken ikke stiller spørsmål ved.

Problemet er at dette bare er delvis riktig, og det er her behovet for samfunnsvitenskapen dukker opp. Innenfor samfunnsvitenskapen er det rettssosiologien som helt spesifikt har tatt opp forholdet mellom retten og samfunnet rundt. Men innenfor rettssosiologien er det en sterk tradisjon for å gå i den motsatte ytterligheten. Det var dette jeg kalte «negativismen». Ambisjonen i denne boken er å både unngå positivismen og negativismen i forståelsen av Nav-saken. Det er dette som ligger i begrepet «stereoblikket».

Mer om eksterne forklaringer

Det motsatte av rettsinterne forklaringer er eksterne forklaringer. *Eksterne forklaringer* tilsier at samfunnsmessige interesser tvinger seg gjennom, på tvers av hva lovverket måtte tilsi. Lovverket gir etter.

Mathiesen omtaler dette som «makt» (se kapittel 5, Mathiesen, 1986, 2011). Et problem med å bruke ordet makt er at det lett blir tautologisk. Med makt forstår man ofte det å ha evnen til å få gjennomslag for interesser. Men på denne måten blir alle rettsutfall åpne for beskyldninger om at «makta rår», uansett hva som faktisk er lovgrunnlaget. Retten er utvilsomt utsatt for press i mange sammenhenger, men det er ikke dermed sagt at domstolene gir etter for dette presset, verken hver gang eller en gang imellom. Jeg nøyer meg med å slå fast at retten er under press i mange sammenhenger, og at dette presset gjenspeiler samfunnsinteresser eller private interesser.

Et eksempel på slikt press fant vi i rettssaken mot Behring Breivik etter 22/7-2011. De rettsoppnevnte sakkyndige konkluderte med at gjerningsmannen var utilregnelig, men dette stred mot en uklart definert, men lett gjenkjennelig stemning. Dommeren benyttet sin anledning til å oppnevne en ny kommisjon med andre sakkyndige.²⁶ Det var en stor lettelse i (deler av)²⁷ befolkningen da dommen konkluderte med tilregnelighet, i tråd med den andre kommisjonen (justisministeren gråt av glede). Dette eksempelet illustrerer at det ytre presset kan ha en demokratisk komponent; det kan gjenspeile et flertallsønske. Da vil ikke det ytre presset fremstå som problematisk, men det er opplysende for det analytiske poenget.

Eksempelet viser også at rettsreglene ofte har innebygd fleksibilitet. I dette tilfellet fant man en prosessuell regel om at det kan oppnevnes en ny komité av sakkyndige (straffeprosessloven § 139). Det oppnevnes regelmessig sakkyndige i norske rettsaler, og det er allment kjent at deres ord som oftest blir lagt til grunn som en ren virkelighetsbeskrivelse (Lundeberg, 2009). Muligheten i straffeprosessloven § 139 kommer uhyre sjelden til anvendelse. Selv om de sakkyndiges fremstilling ofte skjuler faglig uenighet og er til tiltales ugunst (Helmikstøl, 2014), vinner forsvaret så sjelden frem med slike henstillinger at

26 En oversikt over kjennelser i forbindelse med denne rettssaken finnes på lovdata.no: <https://lovdata.no/info/22juli>.

27 Rafoss (2020) minner om at det var en taus opposisjon mot «rosetogene» og det de sto for.

det nærmest ikke er i bruk. Det er dommeren i den enkelte sak som avgjør om det skal oppnevnes nye sakkyndige, men man skal være godt kjent med straffeprosessloven for å vite at denne muligheten eksisterer. Det er antagelig ikke tilfeldig at domstolen fant det passende å bruke denne muligheten i akkurat denne saken. Eksempelet illustrerer dermed også at ytre press kan påvirke rettens utfall gjennom kjennskap til lovens irrganger, eller sagt på en annen måte: juridisk kompetanse. Det er antageligvis slike avgjørelser som ligger bak opplevelsen av at de som har råd til de beste advokatene kan vinne frem i deres saker.

Felles for de rettseksterne forklaringene er at årsaken til resultatet ligger utenfor selve lovverket og det institusjonelle rammeverket. Av det foregående kan det dessuten leses en ambisjon om å få fram eksterne forklaringer på svikten, uten å falle i negativismens felle. Hvordan arter dette seg på trygderettens område?

Trygderetten i samfunnet

Navs virksomhet hører inn under forvaltningsretten. Forvaltningen, slik vi kjenner den, er en relativt sent utviklet del av statsorganisasjonen (Flaatten & Heivoll, 2017). Statens styringsmåte på 1800-tallet konsentrerte seg om å sikre avtaler og sanksjonere lovbrudd. Det er i perioden historikerne omtaler som «embetsmannsstaten» vi finner den tradisjonelle rettsstaten og dens styringsmåte. Her legges det vekt på rettssikkerhet (i betydningen likhet for loven) for borgerne og forutsigbarhet i det sivile/økonomiske liv. Domstolene skal garantere for rettssikkerhetsreglene. Dommerne er eksperter i å finne fram til den riktige tolkningen av lovene under de gitte omstendigheter gjennom den etablerte rettskildelære.

Etter hvert har staten tatt en mer aktiv rolle i styringen av samfunnslivet, og utviklingen av velferdsstaten er en viktig del av dette bildet. Først kom «venstrestaten» (1884–1940) og senere «arbeiderpartistaten» (1945–1970) (Slagstad, 1999). Vi kjenner dette som fremveksten av velferdsstaten. Velferdsstaten reguleres gjennom litt andre virkemidler enn tidligere, med mer aktiv bruk av fullmaktslover. Denne typen lovverk er, som Aubert (1982)

påpeker, «verdientrert». Lovene uttrykker verdier uten å formalisere konkrete normer. Her får statsorganene langt større spillerom for å utvikle egen rolleforståelse og innarbeide profesjonsbaserte tilpasninger enn det som tradisjonelt har vært tilfelle.

Med folketrygden fra 1967 var velferdsstaten slik vi kjenner den på plass (Hatland et al., 2001). Den sikret borgerne økonomisk ved sykdom, svangerskap og fødsel, arbeidsløshet, alder, uførhet, dødsfall og tap av forsørger. Det økonomiske sikkerhetsnettet var regulert som rettigheter, med tilsvarende plikter for staten. Forvaltningen av disse goder og rettigheter ble regulert med konkrete normer og forsterket med en ny forvaltningslov, også fra 1967. Forvaltningsloven ga plikter og prosedyrer.

Velferdsstaten har medført mange og store forskyvninger mellom statsmaktene. Den utøvende makt sto med ett ansvarlig for rettsanvendelse i en helt ny skala. Forvaltningen foretar vedtak om støtte (i en eller annen form). Disse vedtakene skal foretas etter fastlagte prosedyrer, men dette er noe helt annet enn kontrakter i det sivile (økonomiske) liv. Domstolene spilte i denne formen for styring en mindre rolle – først og fremst som klageinstans.

Fremveksten av den moderne stat stiller mange spørsmål til rettsossologien. Mathiesen (1986) noterte seg på 80-tallet en tendens til at rettsregler gradvis ble utformet mer upresist. Der man tidligere hadde vært nøye med å presisere riktig fremgangsmåte med stor grad av detaljrikdom, gikk tendensen i retning av at man formulerte politiske formål i lovteksten. På denne måten åpnet man for at nyttetenkningen fikk større plass og overlot til forvaltningen å finne fram til egnede metoder. Dette har gått på bekostning av forutsigbarhet og rettsikkerhet, mente Mathiesen. Slik fikk forvaltningen også et betydelig større handlingsrom. Mathiesen synes han kan se det han kaller «åpning av rettssystemet» mot det han kaller rettskilder av politisk karakter. Jussen åpner seg også for andre fag, som økonomi og statsvitenskap. Alt dette peker i retning av at maktsterke grupper får større innflytelse. «De interesser som får anledning til å «gjennomtreng» rettens grenser [...] er neppe svake gruppers interesser», sier han, og de innebygde korrektivene i vårt system er ikke sterke nok til å demme opp for disse tendensene.

Når man ser på rettssystemet som helhet, sier Mathiesen, blir man slått av de motsatt rettede tendensene. Det avtegner seg et mønster der rettigheter, «rettighetsjussen», stadig taper mot sterke interesser i en gradvis mer åpen forvaltning, sier han. Samtidig får disse mektige interessene stadig større

innflytelse innen «styringsjussen». «Styringsjussen» synes først og fremst å bli tatt i bruk i statens samordnings- og koordineringsøyemed (Mathiesen, 1986, s. 475), men slik samordning er ikke nødvendigvis i underordnede gruppers interesser. De taper mot maktsterke interesser. Man spør hva som er best for systemet, ikke den enkelte. Rettssikkerhetsjussen trenger en gjenreisning som svar på styringsjussen, konkluderer Mathiesen, og sier at dette er den kritiske jussens oppgave.

Den måten å ramme inn analysen er problematisk. Det ser ut som at Mathiesen anser det som sin rolle å kompensere for maktskjevhet. Han rettferdiggjør dette med henvisning til at «makta» gjennomtrenger den selverklærte lukkede jussen. Han sier for eksempel også at det er «viktig» å demme opp for styringsjussen, ettersom juriststanden er preget av konservatisme. Den «konservative hovedmasse» får på denne måten flere virkemidler til sitt «undertrykkelsespotensiale», sier han. Han selv må da være ikke-konservativ (liberal, progressiv, radikal?) og motstander av undertrykking. Og dette er relevant for hans rolleutøvelse. Betyr dette at han ikke henvender seg til konservative lesere? Uansett om man er enig i hans observasjon, reduserer denne tilnærmingen hans analyse til en normativ vurdering (Johansen, 2021).

På mange måter er Mathiesens analyser fortsatt relevante for de momentene jeg vil ta opp i de neste kapitlene. Det er også i ettertidens lys mest rettferdig å hefte seg ved nyansene: påpekningen av tendenser som peker i motsatte retninger.

Oppdelingen i eksterne kilder for påvirkning av retten betyr imidlertid ikke at den, med dens lover og rettskilder, kan formes etter eksterne aktørers forgodtbefinnende. Det er motstandskraft i rettens institusjoner. Som vi skal se, er det mye som tyder på at Mathiesens observasjoner er relevante også i dag. Spesielt gjelder det påpekningen av at forvaltningen er blitt mindre motstandsdyktig mot politisk press. Jeg vil derfor forsøke å følge et program som betrakter retten som både selvtilstrekkelig og påvirkelig, både autonom og heteronom. Jeg har skissert dette programmet rundt måten man, til dels innforstått, skriver om rettsstaten.

Jeg har valgt «trygderetten» som del av tittelen på dette avsnittet. Det er ment som en kommentar til at sentrale verker i rettssosiologien kretser omkring tittelen «retten(s funksjon) i samfunnet» (Aubert, 1976; Mathiesen, 2011). Når temaet er svikten i Nav og det rettslige og politiske rammeverket omkring Nav, utgjør dette en del av rettssosiologiens nedslagsfelt: ikke bare

retten som sådan, men det vi kan kalle trygderetten. Dette rettsområdet skiller seg imidlertid noe fra andre rettsområder, og formålet her er å få fram noe av «trygderettens» egenart.

Denne egenarten var også en del av bakgrunnen for de idemessige brytningene som dukket opp på 70-tallet, som også danner et annet slags bakteppe for denne boken. 68-ernes inntog på jussens og sosiologiens områder utfordret fagenes metodiske innretning og identitet (Johansen, 2021). Det ble stilt spørsmålsteget ved om man i det hele tatt kunne betrakte forvaltningen som omfattet av rettsstaten og dens prinsipper. Spørsmålet ble ikke minst stilt fra de fremvoksende «kritiske» juridiske miljøene. I disse miljøene festet man seg ved hullene i velferdsstaten og stilte seg solidariske med de som «falt utenfor». (Lingås. 1970, 1995; Hansen, 2018)

Det ble fremført en rekke radikale endringsforslag til, ikke minst, sosialforvaltningen (Andenæs, 1992, kapittel 3). Der betvilte man blant annet det meningsfulle i å overhodet bruke rettsstaten som forståelsesramme for sosialforvaltningen. Langt mindre villig var man til å bruke rettsstaten som målestokk for god forvaltning. Synspunktet var dels at andre profesjoners faglighet bør ha en mer fremtredende plass i sosialforvaltningen enn jussen og rettsdogmatikken.²⁸

Dermed utfordret man også juristenes legitimitet som formyndere på sosialrettens område. Det ble hevdet at de rettslærde ikke satt med det endelige svaret. Men hva er da riktig rettsanvendelse? Og hvordan skulle rettsvitenskapen inkorporere større rom for annen faglighet? Det var dette som var bakgrunnen for at noen forfattere avviste rettsstaten som referanseramme. Flere forslag kom på bordet, og alle stilte spørsmålsteget ved «rettsdogmatikkens» posisjon øverst i det rettsvitenskapelige hierarkiet. De gikk for den rettseksterne forståelsen og utfordret forestillingen om retten som et autonomt system.

Jeg omtalte dette som «rettsnegativisme» i kapittel 4 og 5. Det kommer også fram her at negativismen insisterer på å skille mellom juridisk faglighet og annen faglighet. Andenæs stopper likevel før han går så langt. Kritikken som kom fram i denne prosessen er oppsummert av Kristian Andenæs. I hans

28 Det ser for meg ut som at det var det motsatte som skjedde: sosialretten ble med en rekke lovendringer stadig mer spesifisert i atferdsnormer. Det faglige skjønnet måtte vike for rettslige definisjoner og standarder (Kjønstad, 2004).

doktoravhandling peker han ut en mellomposisjon, der han ikke avviser den tradisjonelle rettsdogmatikken, men fremhever at «den ikke bør innta en altfor sentral plass i rettsvitenskapen» (Andenæs, 1992, s. 52–55, se ogs. 66–67 og 74–77). Spørsmålet er heller om han lykkes med sitt forsoningsforsøk.

Det er ikke nødvendig å ta stilling til de store diskusjonene innen retts-sosiologien de seneste tiårene for å vurdere Nav-saken. Det bør også etter min oppfatning gis et visst rom for kritikk av velferdsretten fra andre profesjoner og fra samfunnsvitenskapelige disipliner. Men jeg vil ikke gi slipp på en forståelse av sosialforvaltningen som et rettslig autonomt system, med en praktisk sett fungerende rettskildelære som samordner forvaltningens rettsanvendelse. Jeg insisterer på at det er mulig å kombinere de to tilsynelatende motstridende posisjonene skissert over. Jeg skiller således ikke ut rettsdogmatiske studier som en særegen eller underordnet del av denne fremstillingen, selv om dette er noe mer og noe annet enn rettsdogmatikk. Synspunktet er som nevnt at det er mulig å betrakte retten med et «stereosyn». Et retts sosiologisk blikk bør etterstrebe en fornemmelse for dybden i retten som fenomen, og ivareta både samfunnsmessige og juridiske dimensjoner.

Et dybdesyn på trygderetten

På et hverdagslig plan handler Nav-saken om feil i saksbehandling. Rettskildelæren er en garanti for rettsriktige avgjørelser i saksbehandlingen og at like saker blir behandlet likt. Saksbehandlingen er imidlertid også preget av en viss åpenhet. Vi kan skjelve mellom fire nivåer der trygderetten, inkludert tjenesteproduksjonen, kan påvirkes «utenfra».

1. Endring av lover
2. Endring av regler på lavere rettskildeniå
3. Endringer i styringsteknologien
4. Endringer i forståelsen av individets ansvar og verdighet

De første av disse nivåene er selvforklarende. Lover kan endres (så lenge man holder seg innenfor konstitusjonelle begrensninger og internasjonale

konvensjoner). Dette er slik systemet er ment å fungere. Departementer og andre underliggende organer (som direktorater) kan delegeres oppgaver med å utarbeide forskrifter, veiledere og rundskriv, som også har status som rettskilder. Det samme gjelder dommer, spesielt i Høyesterett.

Punkt 3 rommer endringer i styringsstrukturen som sådan. Det mest omdiskuterte eksempelet er innføringen av målstyring. Det er gode grunner til å anta at målstyring som prinsipp for statsforvaltning har endret forholdene i forvaltningen på helt grunnleggende vis, ikke minst som et stort skift i maktforholdet mellom ledelse og underordnede. Det samme gjelder etterfølgende trender innenfor styringsteknologi, som «Whole of government»-perspektivene (se nedenfor). Styringsteknologiene må ses i sammenheng med politiske ambisjoner. Styringen av forvaltningen utgår fra det politiske nivå og beretter om et spenningsforhold mellom politikk og forvaltning.

Punkt 4 refererer til kulturelle føringer for hvordan vi forstår hendelser i omgivelsene. Om man forstår bruk av rusmidler som moralsk svik, sykdom eller protest, viktig/uviktig, vil for eksempel påvirke den enkeltes oppfatning av hele situasjonen den aktuelle søkeren står i. Kulturen leverer forventninger til alle sosiale kategorier av mennesker, og disse kategoriene er i kontinuerlig forandring. Det burde være nok å nevne endringene i forståelsen av likekjønnet kjærlighet de siste tiårene. Politiets tjenesteutøvelse overfor denne kategorien mennesker var så sterkt preget av deres fordommer at etatledelsen senere har kommet med en offisiell beklagelse. Kategorier er ladet med moralsk verdi som påvirker forståelsen av X i skjemaet for rettsanvendelse. Dette er ikke en rettskilde, men likevel en åpning for at forvaltningen kan endre mønstre i måten klienter håndteres. Dette blir tematisert mer utfyllende senere.

I de fleste samfunn vil det være noen egenskaper som er diskvalifiserende. Alle kjente samfunnsformasjoner har begreper om «kriminelle», og disse skal på en eller annen måte straffes. Det å «være kriminell» er et stigma. Et stigma er assosiert med lavere moralsk verdi (Goffman, 1995). I et klima preget av slike grensdragninger for det politiske fellesskapet vil søknader om hjelp bli behandlet av mennesker som har et nedvurderende syn på søkere. Uttrykket «stigmatisering» viser til en situasjon preget av allmenne oppfatninger om kategoriers moralske verdi. Det er et utall av andre eksempler å velge i: kvinner, mennesker med afrikansk opprinnelse, urfolk overalt der europeere har laget kolonier, jøder, sexarbeidere, romfolk og folk som ruser seg. I forskjellige perioder har det å passe inn i disse kategoriene fått den følgen at man

har blitt sett på som moralsk mindreverdige. Dette aspektet ved styring hører også med til helheten, uten å tilhøre politikkenes styringsmidler. Det er likevel min påstand at det å være Nav-klient de siste 30 årene har fått karakter av stigmatisering. Det påvirker saksbehandlingen, og antakelig bruken av styringsverktøy og regelendringer på alle nivåer.

Saksbehandlingen kan etter disse betraktningene ikke betraktes rent lineært. Dette er på en måte opplagt, ettersom saksbehandlingen tar i bruk kilder fra andre dimensjoner av statens styring. Svikten i Nav har elementer fra saksbehandling, men også organiseringen av sosiale ytelser og politikkutforming. Politikerne diskuterer, forhandler og går til avstemning. Når vedtak er fattet, er resultatet lover, som igjen er gjenstand for jussen. Politikerne styrer gjennom å lage lover. Samtidig er lovene generelt utformet og krever presisering for å bli satt ut i livet. Der kommer rettskildene inn i bildet. Har Bjørn Pettersen og Trine Jensen rett til dagpenger? Ja eller nei i henhold til en beskrivelse av deres livssituasjon sammenholdt med kriteriene i lovverket og rettskildelæren.

Men forvaltningen er også organisasjoner. De har formål som går utover rettsanvendelsen og prioriteringer. Nav har en visjon som strekker seg lenger enn bare å oppfylle rettigheter. Forvaltningen styres av departementene og politisk ledelse. Overordnet alt dette er norsk politikk og forvaltning underlagt internasjonale konvensjoner som EØS-avtalen. I dette tilfellet var norsk lovgivning i konflikt med nettopp EØS-reglene.

Den som skal si noe fornuftig om Nav-saken, blir nødt til å ta hensyn til disse dimensjonene:

- Overnasjonale forpliktelser
- Det politiske sjiktet
- Forvaltningen som organisasjon
- Saksbehandling som ikke-lineær rettsanvendelse

Trygderetten, som all annen rett, er både lukket og åpen. Forvaltningen skal sørge for borgernes rettsikkerhet, men denne besørgelsen formidles gjennom organisasjoner. Organisasjonene skaper en mye større himmel over saksbehandlingen. Men dette er igjen opplagt. Den åpent erklærte målsettingen på sosialpolitikkenes område er arbeidslinja, som nettopp handler om å redusere denne typen utgifter (Terum et al., 2017). Når man snakker om rettens

åpenhet, er det likevel hensiktsmessig å skjelne mellom de her oppregnede nivåene og dimensjonene. Resten av boken er organisert omkring dem.

Kapitlene 10–12 tar på forskjellige måter opp rettens åpenhet overfor politiske strømninger og forvaltningskulturelle dimensjoner. De handler således både om det jeg kalte interne og eksterne kilder (og forklaringer) for saksbehandlingen.

I de foregående kapitlene presenterte jeg Nav som organisasjon og Arnesen-utvalgets utredning om svikten. Konklusjonen var at utvalget opererte med en lukket forståelse av svikten. Dette er etter min oppfatning litt mindre enn en halvveis sannferdig fremstilling. Det er imidlertid riktig at retten er et relativt autonomt system, men det er behov for forklaringer som også tar inn over seg rettens åpenhet. Utvalget peker på betydningen av «forvaltningskultur», men uten å presisere hva de mener med dette. Jeg bruker begrepet «kultur» (forvaltningskultur og politisk kultur) som en innfallsvinkel for vurderinger omkring (trygde)rettens åpninger.

Jeg innledet med å spørre om vi forstår samfunnet vi lever i. Samfunnsvitenskapene tilbyr forskjellige tolkninger, men noen ganger tar staten grep og setter inn ressurser for at vi alle, borgere så vel som politikere, skal få bedre forutsetninger for å forstå oss selv i den samfunnsmessige helheten. Til nå har vi hatt to «maktutredninger», der den siste ble avsluttet i 2003. Disse maktutredningene er den opplagte kilden til å skaffe klarhet i retten og rettsstatens posisjon. Gjennom å se på trygderetten med blikket til Maktutredningen blir det lettere å forstå forvaltningen og saksbehandlingen i en større sammenheng.

I kapittel 10 trekker jeg inn noen senere perspektiver på statlig styring, som lager en annen kontekst for rettsanvendelsen i Nav enn det som kommer fram i Arnesen-utvalgets rapport og Maktutredningen. Kapittel 11 tar for seg det faktiske spillet mellom statsmaktene i vår samfunnsform i dag, med utlendingsforvaltningen som eksempel. Kapittel 11 tar også opp betydningen av instrumentalisme som en intern kilde til endring i forvaltningen. Kapittel 12 løfter blikket og ser på skift i det politiske ordskiftet, og hvordan dette kan antas å påvirke saksbehandling. Til sist returnerer jeg til spørsmålet om Nav-saken burde vært en skandale.

