

Nav mellom forvaltning og politikk

Som vi så i kapittel 3, forventes forvaltningen først og fremst å følge sine egne regler og operere upartisk. Forvaltningen skal bistå en annen regjering like godt som den sittende. Da er man forpliktet av regler og kutyper. Rettsstaten hviler på rettsregler og en enhetlig og upartisk tolkning av dem, men som vi så i forrige kapittel, er den også fremadskuende.

Dette spenningsfeltet er definerende for forvaltningen. Den politiske ledelsen vil noe (ser fremover), mens forvaltningen er forpliktet (ser bakover). Det vi så i forrige kapittel, er en forskyvning mellom disse ytterposisjonene. Når forvaltningen er blitt mer fremadskuende, har den gitt etter for den politiske dimensjonen, som prinsipielt sett tilhører den lovgivende statsmakt.

Dette innebærer at alle «departementer» (deler) av den utøvende makt vil være et styringsledd mellom politikk og forvaltning. Det vil være en øverste leder av administrasjonen (departementsråd) og den politiske ledelse (statsråd). Dette er nøkkelposisjoner i land med maktfordeling, som krever rolleforståelse. Det er også en arena for kamp mellom de to. Det er fullt mulig å lese striden i utlendingsforvaltningen i dette lyset. Statsråd Solberg insisterte på den politiske styringen, mens i dette tilfellet insisterte etatsledelsen (Nordby) på forvaltningspraksis og regelverket.

Grenseflaten mellom det administrative og politiske vil med nødvendighet være preget av uklarhet og strid. Det ligger i selve ideen om maktfordeling: en aksept for at den lovgivende makt streber etter mer innflytelse, og at de

andre statsmaktene gjør det samme. Resultatet er kompromisser, og balansen endrer seg over tid.

Det er en vanlig observasjon at politikken vant frem på bekostning av forvaltningen under arbeiderpartistaten. Noen gikk så langt som å omtale ledelsen innen forvaltningen som «politiske sekretariater». Dette skapte særegne spenninger mellom faglighet og politisk styring, effektivitet og rettssikkerhet.

I arbeiderpartistatens planleggingsregime passer rettspositivismen inn som hånd i hanske. Den passer med mål–middel–tankegangen, poengterte flertallet av maktutrederne i det ene arbeidet sitt (Østerud et al., 2003). Dette er imidlertid ikke selvinnytsende. Rettskildelæren peker, som vi så, bakover. En situasjon krever en rettsfølge. Formålsrasjonaliteten peker fremover. Løsningen på denne motsetningen er «instrumentalisme». Dette kapitlet tar opp hva rettslig instrumentalisme er og hvordan det har forandret rettsstaten.

I kapittel 4 og 5 skilte jeg mellom perspektivene innenfra jussen og utenfra. Endringer i stat og styring kan tilskrives forandringer i rettens indre dynamikk eller ytre press. Oppdelingen kan være misvisende, fordi statsmaktene er delt opp nettopp for å utgjøre et ytre press mot hverandre. Det gir likevel mening å snakke om retten som en autonom enhet i en form for utvikling. Jeg brukte Mathiesens påpekning av styringsjussens fremvekst som eksempel. Han og Graver hadde lagt merke til at lover i stigende grad ble utformet med generelle formålsbeskrivelser og større skjønnsrom for forvaltningen. Større skjønnsrom kunne i seg selv tilsi mer autonomi i forvaltningen og større motstandskraft mot politisk press. Mer rom for skjønn kan imidlertid også bety at jussen blir mindre metodisk fastlåst

Det åpner for «instrumentell» rettsanvendelse. Når forvaltningen har større handlingsrom, gir det anledning til å snu rettsanvendelsen bak frem. Det som etter boka, bokstavelig talt, skal være formelen «hvis x så y», kan stilles slik:

Y, derfor X

Man bestemmer seg for rettsfølgen, og leter da frem en måte å legitimere denne. Det innebærer at man søker opp en måte å beskrive situasjonen X, for å få det til å passe til Y. I virkelighetens rettsanvendelse er det ikke uvanlig med denne formen for baklengs resonnering (kapittel 4 og 5), men det er sjelden å se direkte tematisert. Instrumentalisme står imidlertid i grunnleggende

motsetning til rettsstatsideen. Rettsstaten legger vekt på det som var, og finner en passende rettsfølge. Instrumentalismen ser fremover og er formålsrettet.

Selv om instrumentalisme som sådan ikke er ukjent, er det enkelte observatører som hevder at det er en form for rettsanvendelse som har fått enda en omdreining. I USA mener Sklansky å ha fanget opp en bevegelse i retning av en enda mindre rettsforpliktende praksis i det han kaller «ad-hoc instrumentalisme». «Ad-hoc instrumentalism» definerte han slik:

By ad hoc instrumentalism, I mean a manner of thinking about law and legal institutions that downplays concerns about consistency and places little stock in formal legal categories, but instead sees legal rules and legal procedures simply as a set of interchangeable tools. In any given situation, faced with any given problem, officials are encouraged to use whichever tools are most effective against the person or persons causing the problem (Sklansky, 2012, s. 161).

Den forventede fremgangsmåten ved rettsanvendelse er, for å gjenta, å ta en situasjonsbeskrivelse for gitt og deretter lete etter den relevante regelen. Situasjonen kommer først, deretter regelen. Regelanvendelse er slik sett en juridisk tilpasning til de foreliggende omstendigheter med dertil hørende rettsfølger (Kapittel 4 og Boe, 2011). Jussen er i denne modellen forutsigbar: like situasjoner behandles likt. Med mindre rettsanvenderne finner fram til feil regel, kan de ikke annet.

I kapittel 5 viste jeg at denne modellen ikke beskriver faktisk rettsanvendelse. Det er også dette som ligger i å «se helheten» (konteksten til X) før man bestemmer seg for hvilken rettsregel som skal anvendes. Begge disse formuleringene tilsier imidlertid at definisjonen av X er åpen og gjenstand for flere mulige tolkninger.

Rettskildelæren er ikke desto mindre garantisten for rettsstaten, selv om den er åpen for ytre påvirkning. Med den omdreiningen som fulgte med den politiserte forvaltningen, fulgte det, som det har kommet fram flere steder, også en dreining av rettskildelæren. Rettsanvendelsen ble enda mer åpen, kan vi lese oss til, med styringsretten og rammelovgivningen. Den politiserte staten innebar følgelig flere dimensjoner, og en av dem er at selve kjernen i rettsstaten ble mer mottakelig for ytre påvirkning. Jussen selv åpnet seg for «instrumentalisme».

Instrumentalisme i retten

De færreste i forvaltningen er jurister, og flere typer faglighet kommer i spill samtidig. Det forventes likevel at juridisk tenkemåte har forrang. Den rettsstatlige modellen gjenspeiler et ideal, og dette idealet er også virksomt som rettesnor for ansatte i forvaltningen. Selv om det ikke er mulig å gi denne påstanden empirisk belegg, er det rimelig å anta at forvaltningen som helhet i det store og hele etterstreber realiseringen av disse idealene. Når rettsanvendelsen preges av instrumentalisme, blir bruk av rettsregler til dels snudd bak fram. Det er løsningen som kommer først, og regelen som kommer etterpå. Det er det man vil oppnå som veier tyngst, og deretter finner man fram til en regel som kan ivareta dette formålet. Det er en instrumentell tilnærming som også kjennetegnes ved å løsrive seg fra forpliktelsen til å behandle like situasjoner likt (den er ad hoc-preget).

This way of thinking about the law is instrumental rather than formalistic (whether behavior should be treated as criminal, for example, depends on whether criminal procedures and sanctions will best accomplish the government's objectives, not on any abstract considerations of fit or appropriateness), and it is ad hoc as opposed to systematic (whether to invoke criminal procedures and criminal sanctions is decided case by case, based on whatever circumstances seem most compelling in that particular instance, rather than by applying a defined, across-the-board set of rules or standards). It is also increasingly commonplace, and it raises, I will argue, some important and underappreciated issues of accountability (Sklansky, 2012, s. 161).

Det Sklansky snakker ut fra her, er den tidlige omtalte krimmigrasjonstesens. Som sagt er det gode grunner til å anta at dette er utviklingstrekk som ikke er isolert til særskilte sektorer. Han presiserer videre hva som er problematisk med denne måten å tenke omkring forvaltning og hva som ligger i uttrykket accountability (fra forrige sitat).

Those issues are particularly acute, I will argue, because of two related characteristics of our new, merged system of criminal justice and immigration enforcement. One is selectivity: the fact that immi-

gration law now provides, in effect, an alternative system of criminal punishment, but only for a particular, racially lopsided fraction of the United States population. The other is opacity: the difficulty of pinpointing responsibility for the treatment of people caught up in the crimmigration system, and even for across-the-board policies adopted by components of that system (Sklansky, 2012, s. 162).

Det første problemet er selektiv regelbruk, og det andre er manglende gjennomsiktighet. Spørsmålet vårt må være hvor relevant dette poenget er for svikten i Nav. Med Sklanskys utgangspunkt handler det om å velge mellom to tradisjonelt atskilte rettsområder – strafferett og utlendingsrett. Svikten i Nav er begrenset til feiltolkning av reglene innenfor et erkjent regelsystem.

Grunnen til at jeg likevel løfter dette frem, er at selektiv regelbruk gjenspeiler en ikke-rettsstatlig form for forvaltning på et mer overordnet nivå. De konkrete problemene Sklansky nevner havner litt i bakgrunnen, for det vi har sett, er at rettsanvendelsen har latt seg bruke politisk. De overordnede politiske formålene har blitt inkorporert i rettsreglene på tvers av de juridiske barrierene som lå der. Det er ikke snakk om enkeltregler som er tolket feil. Det gjelder flere regler i forskjellige felter av trygderetten.

I utgangspunktet handler det om å nekte mennesker ytelser de har rett til. I neste omgang handler det om ileggelse av sanksjoner for å ha mottatt ytelser. Dette er forskjellige typer vurderinger, men de er begge preget av at de politiske signalene overstyrer retten, rett forstått. Instrumentalisme handler om hvordan man tenker i forvaltningen, og dermed hvordan man bruker rettsregler. Dette handler dypest sett om politisk styring:

The “ad hoc” part comes from disappointment with the results of a separate project of mid-twentieth-century judges and legal scholars, the effort to rein in the discretion that seemed to run throughout the criminal justice system (Sklansky, 2012, s. 199).

Instrumentalisme er et resultat av et politisk ønske om å binde skjønnsrommet – altså begrense forvaltningen. Sklansky ramser opp en rekke tiltak for å redusere forvaltningens skjønnsrom på strafferettens områder (politiet, det vi kaller kriminalomsorgen og domstolene). Dette er ikke ukjent for sosialforvaltningen i Norge, men sammenhengen er paradoksal.

Det har i mange år versert en gryende mistro mot de som arbeider i sosialforvaltningen og hvordan de utøver jobben sin (se neste kapittel). Man har ment at de er naive og lite grensesettende overfor klientene sine³⁷, sist uttrykt ved statsminister Solbergs bruk av karakteristikken «sosionomisering» (se også Johansen, 2015, som diskuterer denne tendensen mer utfyllende, og kapittel 1 og 8). Denne skepsisen mot sosialforvaltningens bruk av handlingsrommet har dels blitt møtt med endringer i forståelsen av verdighet. Dels er det lukket med tettere normsett (rundskriv, veiledere, skolering, intern «justis» i avdelingene som standardiserer avgjørelser) og tettere ledelsesmessig oppfølging (budsjettstyring og måltall). I Sklanskys krimmigrajonunivers blir dette seende slik ut:

Combine that comfort or acceptance – the turn away from what one scholar pejoratively calls “discretion skepticism” – with the widespread sense that formal doctrinal categories are arbitrary accidents of history. It begins to seem obvious that ground-level officials should be encouraged and enabled to use whatever legal tools give them the most leverage against particular, threatening individuals. Ad hoc instrumentalism, that is to say, begins to make a lot of sense.

If the best way to drive a particular nail happens to be a socket wrench, then so be it: there is no moral imperative to drive nails with hammers rather than wrenches, or to charge gangsters with murder and extortion rather than tax evasion.

These are the same ideas driving ad hoc instrumentalism. But ad hoc instrumentalism goes beyond prosecutorial discretion and even pretextual prosecution; In a sense, it takes the practice of pretextual prosecution to its logical conclusion. Rather than simply empower prosecutors to use the criminal code as a set of tools, ad hoc instrumentalism empowers a wider range of front-line officials, including but not limited to prosecutors, to view all substantive laws and all

37 Denne kritikken har nok innholdsmessig sett vært rettet mot de kommunale tjenestene og ikke trykdeforvaltningen, men med opprettelsen av Nav har disse grensene blitt uklare.

enforcement regimes, criminal and civil, as tools to be employed strategically, as the circumstances demand (Sklansky, 2012, s. 201).

Og disse beskrivelsene er sektoroverskridende, sier han.

[...] the increasing popularity of ad hoc instrumentalism can be seen outside the context of crime and immigration, as well; It seems, in fact, to be a widespread if not pervasive feature of our current legal culture. In policing, for example, there is the growing enthusiasm among both officers and scholars for “pulling levers” – the idea that the police should identify the worst offenders, warn them to desist, and then, if the warning goes unheeded, work hand-in-hand with other government agencies to pull whatever legal levers are most effective in removing the offenders from the community. Sometimes it is state prosecution, sometimes it is federal prosecution, sometimes it is eviction from public housing, sometimes it is parole or probation revocation, and sometimes it is deportation (Sklansky, 2012, s. 202–203).

Disse beskrivelsene kunne vært lagt til Christensen og Legræids påvisning av «the Whole of Government approach» (se nedenfor). Den instrumentelle rettsanvendelsen er mer styrbar og mer anvendelig når man nedsetter grupper for å løse konkrete oppgaver, eller «bare» skal koordinere innsatsene på tvers av departementale skillelinjer. Fra politisk ledelse kan man støtte seg på en forvaltning som skjeler til de erklærte formålene og tilpasser utvalget av rettsregler etter dem. Med en instrumentalisme på plass kan man «stole på» forvaltningen i større grad. Det som ikke kommer fram, er at rettsanvendelsen blir vridd fra idealet om forutsigbarhet og tradisjonell forståelse av gjeldende rett. Om dette er tilfellet innenfor sosialretten er et empirisk spørsmål. Vi skal se hvordan Arnesen-utvalget kan belyse disse spørsmålene nedenfor.

Som en støttende indikasjon på tesen jeg fremfører her, vil jeg minne om Navs visjon. Det er en del av tidens trender at alle mulige, private og offentlige organisasjoner skal ha en visjon eller lignende. Man skal være forsiktig med å legge for mye i disse som oftest ganske patosbefengte formuleringene. Men de er også formulert for å gi ansatte en ledetråd i det daglige arbeidet. I dette tilfellet er det en sentral del av statsforvaltningen. Men hvor er rettssikkerheten?

Er det ikke rettssikkerhet som skal besjele forvaltningen? Instrumentalisme i forvaltningen har andre, mer anvendelige egenskaper, sier Sklansky:

Ad hoc instrumentalism has significant strengths. It is pragmatic. It steers clear of empty formalism. It avoids, too, the effort to rein in the discretion of low-level officials – an effort that can often seem quixotic at best. Instead, it takes advantage of frontline discretion to facilitate tailored enforcement decisions, making maximally effective use of available legal resources in each particular case. There are reasons this way of thinking about the law has gained popularity.

But there are also grounds for concern about the spread of ad hoc instrumentalism – especially in the context of crime and immigration, but elsewhere as well. [...] Intuitively, the rule of law seems a nice way of identifying precisely what ad hoc instrumentalism seems to leave behind. But giving content to that intuition proves difficult. It is hard to spell out what we mean by the rule of law and how, precisely, ad hoc instrumentalism or immigration, more specifically, threatens it. [...] Ad hoc instrumentalism seems at war with that ideal (rule of law). It seems troublingly close to what Justice Robert Jackson, when he was United States Attorney General, called «the greatest danger of abuse in prosecuting power»: namely, «picking the man and then searching the law books, or putting investigators to work, to pin some offense on him.» [...] Jackson was worried, in particular, about prosecution becoming «personal»; he was worried about situations where «the real crime becomes that of being unpopular with the dominant or governing group, being attached to the wrong political views, or being personally obnoxious to or in the way of the prosecutor himself.» That danger may be less acute when we are talking about choosing the most advantageous avenue of enforcement – criminal versus civil, for example, or prosecution versus parole revocation – rather than what Jackson was discussing, the decision whether to institute any enforcement action at all. But there still is something disquieting about asking low-level officials to identify troublemakers – gang affiliates, say, or people who for some other reason seem especially dangerous – and then to select among options like immigration enforcement, parole revocation,

or criminal prosecution, depending on which seems most advantageous, rather than on the nature of the offense, whether proven or just suspected. It can seem to license, in a limited way, a kind of petty tyranny (Sklansky, 2012, s. 209).

Dette passer fint der man ser seg ut kategorier av klienter som gjøres til gjenstand for særlig behandling. Instrumentalisme er å ta mannen og ikke ballen, som det heter på norsk. Dette er å tilsidesette den tilbakeskuende rettsstatstankegangen, og ikke minst legger det til rette for baklengs rettsanvendelse. Man finner en ønskelig rettsfølge og leter etter elementer i situasjonen som kan legitimere bruken av den aktuelle regelen.

Jeg vil legge til et moment som ikke kommer fram i Sklanskys fremstilling, men som jeg mener er et gjennomgående kjennetegn ved denne formen for regelanvendelse: den fører til uforholdsmessighet i rettsfølgene. Man bruker regler der de ikke nødvendigvis er ment å skulle brukes, men man er fanget i regellogikken. Rettsfølgene må dermed bli omtrentlige, og noen ganger helt ute av proporsjon med hendelsen som skal reguleres.

Formuleringen min om manglende proporsjonalitet er generell. Den antyder at det gjelder all forvaltning preget av instrumentell regelanvendelse. Det har jeg ikke empirisk grunnlag for. Jeg har brukt formuleringene til Sklansky til å skissere noen hovedtrekk i en måte å karakterisere forvaltning. Hans skisse er hentet fra et annet kontinent, en annen rettskultur og ikke minst andre rettsområder

Instrumentalisme i norsk trygdeforvaltning

Hvor relevant er det å snakke om ad hoc-instrumentalisme i Norge og i forbindelse med svikten i Nav? Det er ikke forsket på forvaltningen med dette perspektivet. Det mangler også hos Christensen et al. (2006), og det har etter mitt kjennskap heller ikke vært grundig diskutert i juridisk litteratur.

Ikdahl (2016) har muligens gitt et opplysende innblikk i hvordan instrumentalismen kryper inn i forvaltningen, eksemplifisert ved Trygderetten.³⁸ Hun observerte noe hun kaller «rettskildesløyfer». Helt konkret handlet det om foreldres rett til pleiepenger når de har svært syke barn. Temafeltet ligger altså innenfor de delene av trygderetten Nav-saken omhandler.

Trygderetten skal «lytte nedover i forvaltningshierarkiet», altså gjenspeile rettspraksis i forvaltningen. Hun hadde tidligere lagt merke til at Trygderetten hadde en tendens til å foreta innskrenkende tolkningspraksis på tvers av lovgivers uttrykte ønske. Det som kommer til overflaten i denne observasjonen, er ikke at noen utenfra går inn og styrer forvaltningen. Det som skjer, er at korrigeringsmekanismene for rettssikkerhetsgarantiene settes ut av spill, og dermed at andre (i praksis politiske) hensyn overtar. Her forklarer Ikdahl (2016) mer detaljert hva hun mener med rettskildesløyfer:

I sum ble rettsutviklingen dermed en selvforsterkende prosess. Rundskriv, ulike uttalelser fra departement og kjennelser fra Trygderetten forsterket (enkelte sider av) hverandres lovforståelser, mens lovtekstens ordlyd og uttalelsene fra stortingskomiteen om en intendert utvidelse ble forbigått i stillhet. Gjennom denne stadig økende mengden av tekst ble det etablert en praksis som innsnevret ordningens virkeområde, uten støtte i lovtekst, lovhistorie, forarbeidene og stortingskomiteens uttrykkelige formål om utvidelse. I 2005 ble så lovteksten endret så den ble i samsvar med denne praksisen.

På dette rettslige området ble retten i praksis altså utviklet og befestet gjennom en gjensidig forsterkende vekselvirkning mellom forvaltningens kilder, snarere enn gjennom en hierarkisk ordnet argumentasjon der lovtekst og lovgivers formål rangerer øverst. Dette illustrerer fenomenet jeg betegner «rettskildesløyfer». Prosessen i slike rettskildesløyfer kan forstås som en hermeneutisk sirkel: Når den enkelte rettsanvender presenterer rettskildet, bildet,

38 Trygderetten er ikke, som navnet antyder, en domstol i egentlig forstand. Det skilles for øvrig mellom trygderetten og Trygderetten: stor bokstav viser til en domstolslignende institusjon, mens liten forbokstav er en samlebetegnelse for lover og regler som omhandler trygd. Ikdahls artikkel er en utmerket introduksjon til Trygderettens særpreg.

blir både utvalget og presentasjonen formet av rettsanvenderens forhåndsforståelse av regelverket. Argumenter og konklusjoner som bryter med denne blir utelatt eller tolket innskrenkende, mens de som passer med forhåndsforståelsen løftes frem, gjentas, og gis bred anvendelse.

Den kaskaden av rettskilder som skapes av ulike deler av forvaltningen, og som samlet utgjør «praksis», blir dermed gjentakende og gjensidig bekreftende. Disse kildene øker i antall og har en tendens til å bli stadig mer entydige i sine uttalelser om rettsreglenes innhold, og kilder som peker i motsatt retning skyves i økende grad i bakgrunnen (Ikdahl, 2016, s. 314–315).

Det som beskrives her er en situasjon der rettslige korrigeringsmekanismer er satt ut av spill. Det er flere problemer med forekomsten av rettskildesløyper, sier Ikdahl (2016). Men blant disse nevnes ikke at de er tegn på en slags forvaltningsmessig forvirring. De skal utføre til dels motstridende oppdrag. De skal ivareta rettssikkerhet, men også gjennomføre regjeringens politikk. De skal være effektive, men også faglige.

Rettskildesløyferne er antagelig uttrykk for disse spenningene. De ansvarlige står i et spenn mellom til dels sterkt motsetningsfylte målsetninger i en situasjon der ledelsene ikke klarer å skape tydelige rettslige rammer. Dette kan til dels skje fordi rettskildelæren har en iboende åpenhet for instrumentalisme. Pragmatismen gir handlingsrom der det ellers oppstår spenninger. Men vi vet lite om hvordan dette har artet seg i den konkrete forvaltningen. Det mangler både forskning og forskningstradisjoner som vil være i stand til å fange opp disse endringene.

Jeg vil likevel mene at instrumentalismen ligger til grunn for andre trekk ved utviklingen innenfor stat og styring. Jeg har tidligere brukt uttrykket «traktpolitikk» som en betegnelse på koordinerte innsatser overfor marginale grupper. Jeg innbiller meg at disse observasjonene henger sammen med de sammenflettede fenomenene instrumentalisme, styringsjuss og den politiserte stat/forvaltning. Instrumentalisme er bindeleddet mellom jussen på den ene siden og den høyere himmel av organisasjoners institusjonelle egentyngde (deres visjoner, profesjoners ethos og så videre) og politiske føringer på den andre siden.

Mitt anliggende er å løfte fram svikten i Nav som uttrykk for store skift i det politisk-administrative feltet. I dette kapittelet åpner jeg temaet med en alternativ metafor fra kjøkkenet. En trakt brukes til å overføre flytende og annet lett sølbart materiale fra en beholder til en annen. Den har en stor åpning i den ene enden og en smal åpning i den andre. Det jeg kaller traktpolitikk er noe man finner på flere politikkområder, først og fremst i forbindelse med kontroll med marginale grupperinger som rusavhengige, irregulære migranter og tilreisende Rom. Jeg vil hevde at dette er et generelt utviklingstrekk innenfor det vi kan kalle kontrollpolitikk.

I de neste kapitlene skal jeg se på andre utviklingstrekk som kan ha bidratt til svikten. Først tar jeg for meg endringer i politisk kultur, før jeg avslutter med et spørsmål om måten vi tenker bruk av rettskilder har åpnet døren for svikten. Ingen av disse tre kapitlene peker på rettsinterne og rettseksterne forhold, som i seg selv vil være tilstrekkelige som forklaringer. Dette er likevel utviklingstrekk som bidrar til en helhet, der noe utenkelig har skjedd.

Det ser altså ut som at velferdsordninger mer generelt har mistet status samtidig som maktbalansen mellom politikk og forvaltning er endret. Svikten i Nav skyldes også at konkrete personer sviktet. Det er også mitt synspunkt, i tråd med kritikerne fra UiO. Men mitt anliggende er å se etter strukturelle endringer, og det jeg finner, er et mønster der forvaltningen er på vikende front i spillet mellom statsmaktene.

Traktpolitikk

Uttrykket «traktpolitikk» viser til en styringsmåte som baserer seg på mange mindre innsatser, som er koordinert i en felles retning. De mindre innsatsene kan hver for seg fremstå «uskyldige», men sett som helhet utgjør de politiske retninger. Noe som skiller traktpolitikk fra vanlig politikk, er at den vekker mindre oppmerksomhet.

Det har vist seg mulig å gjennomføre vesentlige endringer i politikktutforming ved bruk av justeringer på lavere rettskildnivåer. Disse endringene behøver heller ikke være konsentrert om ett politikk- eller forvaltningsområde. Det er mulig å skjelne en fremvoksende strategi i regulering av deler av

befolkningen (i det man ofte kaller samfunnets marginer). I stedet for å innføre konkrete bestemmelser for å stimulere en bestemt handlemåte, påvirker man vedkommendes omgivelser for å fremelske denne handlemåten.

Å påvirke folks handlingsvalg er en mild form for styring, spesielt hvis man sammenligner med fengsel og deportasjon. Fengsel og deportasjon griper fysisk tak i et menneske, mens styring gjennom handlingsvalg går gjennom den enkeltes frihet til å velge. Man legger til rette for at de velger på en bestemt måte (Rose, 2000; Johansen, 2015).

Et enkelt eksempel fra distriktspolitikken kan illustrere forskjellen: Vi har lang tradisjon for å oppmuntre til at det skal bo mennesker i distriktene. For å oppnå dette er det for eksempel innført skattelette for beboere i Finnmark og for folk med spesielle former for utdanning i disse distriktene (Aalbu, 2004). Å styre gjennom subsidier er en tradisjonell fremgangsmåte (Eckhoff, 1983). I prinsippet er det det samme som straff, men med motsatt fortegn (Aubert, 1982).

De fleste som blir straffet, får bøter. Med bøtene får man, i tillegg til skammen og all symbolikken, fratrekk i disponible midler. Bøter ligger som oftest i skalaen for økonomiske tap de fleste kan håndtere, om enn med ergrelser over minsket «handlekraft». Stikkordet her er «de fleste», for dette er styring av mennesker integrert i den økonomiske sirkulasjonen (med relativt fast inntekt, lån som må og forventes å betjenes). Disse ulempene skal bidra til at folk avholder seg fra de uønskede handlingene.

Fengselsstraff brukes langt sjeldnere (og som oftest overfor mennesker som ikke er integrert i den økonomiske sirkulasjonen, men det kommer jeg tilbake til). Fengsel som straffeform illustrerer likevel direkte styring mer billedlig enn økonomisk straff/subsidier. Her tar staten direkte kontroll over den enkeltes kropp og bestemmer konkret hvor den skal befinne seg. Strafferettens måte å gripe tak i enkeltmennesker på kan stå som ett ytterpunkt på skalaen over styring, der økonomiske straffer og subsidier er modererte versjoner av det samme. De retter seg direkte mot personers handlingsfrihet (penger), men uten å ta fysisk tak i dem. Økonomiske insentiver er etter hvert et vanlig innslag i styringsteknikk. Å bruke insentiver kan kalles en form for «indirekte styring».³⁹

39 Dette uttrykket, ofte assosiert med Michel Foucault, rommer imidlertid også mye mer.

Mens den styringen jeg har vektlagt her, retter seg mot den enkeltes hand-
leevne, mener jeg å ha observert en mer systematisk dyrking av det å påvirke
vilkårene den enkelte handler innenfor. Utgangspunktet var et prosjekt som
handler om irregulære migranter og den politisk-administrative innsatsen for
å få disse menneskene til å forlate landet. Saken er juridisk enkel: De har ikke
rett til å oppholde seg innenfor Norges grenser. De kan således håndteres like
konkret som fengselsdømte, i den forstand at de fysisk kan geleides ut med
bruk av politi og andre instanser med den slags myndighet.

Av ukjente grunner var ikke dette regnet som tilstrekkelig, og en lang
rekke tiltak er satt i verk for å få dem til å reise ut av egen vilje. De ble lokket
og dyttet med mange forskjellige virkemidler (Johansen, 2013, 2019). Jeg
ramser opp noen:

- Inndragelse av mulighet for arbeid
 - Fulgt opp med kontroller fra Arbeidstilsynet
 - Effektivisering av vedtak om nektelse av skattekort
- Inndragelse og reduksjon av økonomiske ytelser (Nav og i mottak)
- Inndragelse av rett til medisinsk hjelp
- Oppkriminalisering av ulovlig innreise
- Prioritering av irregulære betingelser for innreise
- Omdirigering av politiresurser med henblikk på utvisning
- Prioritering av utsendelse, men kanalisering av ressurser til uttransportering
- Straffansvar for å bistå disse menneskene
 - senere delvis trukket tilbake
- Opptrening av mottaksansatte i terapeutiske overtalesesteknikker
- Prioritering av å frata gruppen illegale boligformer (politi og brannvesen)
- Unnlattelse av å sette opp provisoriske toaletter
- Økonomisk belønning for (noen av) de som reiser (gjennom IOM)

Noen av disse tiltakene er satt i verk samlet, men det som kjennetegner denne
buketten av virkemidler er at de er spredt over mange politikkkfelt og gjen-
nomført i svært forskjellige forvaltningsområder. De er iverksatt uavhengig
av hverandre. I tillegg er vedtakene og gjennomføringen (noen ganger prio-
riteringer) gjennomført med liten grad av behandling i Stortinget og utstrakt
bruk av reguleringer på lavere rettskildenivå (deriblant rundskriv).

Det vi har vært vitne til på dette feltet – intensiteten i innsatsen har avtatt i etterkant av mine publikasjoner – handler i mindre grad om det jeg kalte direkte styringsmidler, og mer om å skape vanskelige livsvilkår for de som motsatte seg utreise. Riktignok ble en god del irregulære migranter også uttransportert, men dette var aldri en uttømmende strategi, hvis leseren unnskylder ordvalget. Tiltakene handlet i vel så stor grad om å hindre tilgang til mat, husly og andre nødvendigheter, slik som helsehjelp, og å skape frykt for utsendelse.

Samlet sett kan man si at det politiske ønsket om at de irregulære skulle forlate landet, ble søkt ved å etablere uutholdelige livsbetingelser. I Storbritannia har man i en litt annen kontekst gjort det samme, men da under overskriften «a hostile environment». Man har bevisst laget «et fiendtlig miljø» slik at folk selv skal reise ut (Johansen, 2019a).⁴⁰

Min observasjon er at politikken vi har sett vokse fram på disse områdene, bindes sammen av en særlig form for rasjonalitet. Den virker ikke direkte styrt, men er snarere koordinert. Det man finner, er i stedet en felles forståelse av hva som er riktig å gjøre overfor den bestemte gruppen. Alle bidrar med sitt til å gjøre vilkårene verre.

Jeg har tidligere vist til barnetrygds-skandalen i Nederland. I den forbindelse er det relevant å legge merke til at noe av det lille som finnes av litteratur om traktpolitikk (dog uten å bruke dette ordet), også beskriver politikktutviklingen der. Van der Leun analyserte politikken overfor irregulære migranter i Nederland på slutten av 1990-tallet og beskrev den som et fremvoksende bilde av «discouragement policies» (Van der Leun, 2003, s. 27). Hun studerte forvaltningen av denne politikken på bakken i noen av de store byene i Nederland, og fant snart ut at den ble opprettholdt, ikke bare av politiet, men av et bredt spekter av offentlige tjenestemenn fra alle deler av velferdsstatlige organisasjoner.

Politikken de skapte, var formet for å skape en «push-factor» og forhindre en «pull-factor»: på den ene siden stimulering av integrasjonen av lovlige innvandrere og deres avkom, og på den andre siden gjøre uønskede eller ulovlige innvandrere motløse (Van der Leun, 2003, s. 27).

40 I andre studier har jeg påpekt at lignende strategier er tatt i bruk overfor brukere av ulovlige rusmidler og tilreisende romfolk (Johansen, 2014, 2017, 2018, 2019b, 2020).

Kontroll med tilgang til arbeid var det viktigste elementet i denne innsatsen, sammen med ordinært politiarbeid. Van der Leun peker imidlertid også på den såkalte «Linking Act», der bruk av helsevesen og utdanning er knyttet til oppholdsstatus (Van der Leun, 2003, s. 10). Denne loven representerer et systematisk forsøk på å utelukke irregulære migranter fra sosiale velferdsbestemmelser (Van der Leun, 2003, s. 115).⁴¹ Van der Leun beskriver, så vidt jeg kan se, elementer i det jeg kaller traktpolitikk, og det er mulig å se håndteringen av barnetrygd fra omtrent samme periode som en del av det samme politiske bildet. Det er ikke utenkelig at barnetrygdsandalen gjenspeiler politiske dypere strømninger i vestlige rettsstater på samme måte som Nav-saken.

Det er ikke viktig å pensle ut de forskjellige elementene i denne formen for politisk styring med stor detaljrikdom her. Poenget er å påpeke at vi på andre politikkområder har sett det vokse fram politiske strategier som går under radaren på oppmerksomheten overfor offentlig styring. Denne politikken er indirekte på den måten at den retter seg mot vilkårene for folks handlinger på hver for seg, kanskje lite betydelige, livsområder.

Disse betraktningene kan misforstås dithen at politikken utvikles på et ubevisst plan, men det er ikke hensikten. Det er ikke opplagt hvordan man skal tolke de foregående observasjonene, men det kan føyes til oppsummeringen at forvaltning opererer i spennet mellom rettskildelæren og rettens åpenhet. Hvis man aksepterer ideen om at det kan herske overordnede rasjonaliteter, oppstår det også en mulighet for å inkorporere sektorovergripende styringstrender i bildet av utviklingen.

41 «The Linking Act» tilsvarer det som på norsk ble hetende «bortfallsordningen» (Johansen, 2019).

Sektoroverskridende styring

Det politisk-administrative feltet kan, som det fremgår, styres med flere virkemidler enn det vanligvis snakkes om med et innsideperspektiv på retten. Før jeg returnerer til svikten i Nav, vil jeg løfte fram noen flere innsikter man kan overføre fra utlendingsfeltet.

Sammen med kolleger arbeidet jeg mellom 2011 og 2015 med temaet «krimmigrasjon». Ordet krimmigrasjon er en sammensetning av kriminalitet og immigrasjon, og er en norsk oversettelse av det engelskspråklige uttrykket «crimmigration law» (Johansen et al., 2013). En direkte oversettelse ville være krimmigrasjonsrett, og det ville også være en mer treffende benevnelse. Ordet krimmigrasjon handler om at strafferettens og utlendingsrettens områder smelter sammen: kriminalitetskontroll og immigrasjonskontroll flettes inn i hverandre. Kontrolltiltak overfor migranter og kriminalitet brukes om hverandre.

Krimmigrasjon viser seg på mange måter: nye lover som (opp-)kriminaliserer uønskede handlinger og lovbrudd begått av migranter, omfordeling av oppmerksomhet mot disse lovbruddene via lavere rettskilder som rundskriv og forskrifter, og ikke minst som strategiske enkeltvedtak (straffesaker, straffesaksoppfølging) i forvaltningen.

Politiet er som nevnt en del av forvaltningen, men er skilt ut i et eget spor med særlige plikter og rettigheter for rettssubjektene. I straffesporet er individet beskyttet gjennom en lang rekke vern og rettsikkerhetsgarantier, for eksempel legalitetsprinsippet, uavhengig domstol, rett til forsvarer og selvinkrimineringsvernet (jfr. kapittel 6). Slik beskyttes borgerne mot vilkårlig og urettmessig maktbruk fra staten (Johansen, 2020, 2022). Grunntanken bak disse ordningene er at straff skal være siste utvei og brukes så lite som mulig. Den som blir straffet, blir belemret med en ikke ubetydelig deprivasjon (tid eller penger) i tillegg til stigma, skammen ved å være straffet.

Den ordinære forvaltningen har også innebygde rettigheter for borgerne, men disse er mindre omfattende. Forvaltningen fordeler, til forskjell fra strafferetten, goder i tillegg til byrder. Men en rekke reaksjoner kan også pålegges borgerne via denne kanalen (tilleggsskatt, gebyrer og så videre). Saksbehandling i den ordinære forvaltningen er av blant annet disse grunnene mindre omfattende, og det er lettere å komme fram til endelige vedtak. Her oppstår det en tvist i det krimmigrasjonsrettslige feltet: Dersom den enkelte

illegges reaksjoner innenfor forvaltningen (utlendingsloven – typisk bortvisning), er dette enklere prosesser å gjennomføre, sett fra de statlige organisasjonenes synsvinkel, og motsatt mindre beskyttet av rettssikkerhetsgarantier for rettssubjektene.

Utlendingspolitikk blir etter hvert åpent søkt gjennomført med strategisk bruk av strafferett. Nye lover er etablert, der handlinger som tidligere ble ansett som mindre alvorlige, er blitt kraftig oppkriminalisert (brudd på innreiseforbud). Vi fikk en ny utlendingslov i 2008, med en ordlyd som åpner for virkemidler vi tradisjonelt har assosiert med strafferetten – allmennpreventive hensyn, her omtalt som innvandringspolitiske hensyn. Dette er et politisk virkemiddel vi til dels kjenner som «signaleffekten», brukt på mange kriminalpolitiske områder. Og ikke minst har Franko og Mohn (2018) avdekket at sentralt plasserte personer i politi og påtalemyndighet tenker rent instrumentelt om bruk av straff og alminnelig forvaltning – «straffesporet og forvaltningssporet».

Utviklingen på krimmigrasjonsfeltet viser at grenseflatene mellom forvaltningssektorer ikke er som vanntette skott. Sagt på en annen måte kan man si at det er lite overraskende at rasjonalitet utveksles mellom sektorer. Vi er vant til å tenke på styringssektorer som delvis autonome felt, men samtidig er det velkjent at statsadministrasjon og kommuneforvaltning har importert styringsprinsipper fra det private næringsliv i mange tiår. Mindre påaktet er det at private foretak har innarbeidet prinsipper fra offentlig forvaltning, spesielt i store organisasjoner. Den sosiologiske implikasjonen av dette er at det kan være fornuftig å bryte ut av sektorperspektivet på rettslig utvikling. Det som har skjedd i Nav, handler ikke utelukkende om utviklingstrekk på trygderettens område.

Den skotske kriminologen David Garland var en av de første som kommenterte de oppløste sektorgrensene på sitt felt, da han skrev sin doktorgradsavhandling i 1985 (Garland, 2018). Avhandlingen hans handlet om fremveksten av det han kaller «den velferdsstatlige strafferetten» (noen ganger «straffe-velferdskomplekset») på slutten av 1800-tallet. I all korthet skiller denne strafferetten seg fra foregående regimer ved at det ble blandet velferdsstatlige teknologier i den ekspanderende strafferetten. Det mest opplagte eksempelet på dette er viljen til å bruke straffeteknologi til å forbedre lovbrøtere (betingede straffer, rehabiliterende anstalter som supplement til fengsler).

Det jeg ønsker å ta med videre i denne sammenhengen, er grepet med å se forskjellige forvaltningssektorer samlet og i sammenheng. Fra samme periode er det dessuten et enda bedre eksempel fra Norge og dannelsen av

straffeloven av 1902. Denne straffeloven ble laget i samme politiske stemning som Garland beskrev, men i Norges tilfelle ble en rekke andre lover utformet og vedtatt av de samme menneskene som laget straffeloven, og helt uttrykkelig med overlappende formål. Mest kjent er løsgjengerloven, som ble vedtatt to år tidligere (1900). Løsgjengerloven var i utgangspunktet tenkt innarbeidet i straffeloven, men ettersom man fra politisk hold mente det hastet, fremskyndet man behandlingen i Stortinget, og loven ble atskilt fra straffeloven. Blant andre lover som ble vedtatt i den samme prosessen, er Lov om kriminalslyset. Disse lovene kan ses samlet, som «deler av en helhet» (Ulvund, 2014). En av de «nasjonale strategene» på dette området, Francis Hagerup, behandlet også disse lovene samlet i sin lærebok i strafferett fra 1911 (Flaatten, 2014; Johansen, 2014). Et annet påfallende trekk er at kriminalpolitikken overfor problemgrupper på hele 1900-tallet ble preget av en omgåelse av rettssikkerhetsgarantiene innbakt i strafferetten. Det jeg først og fremst sikter til her, er bruken av løsgjengerloven overfor storbyenes løse fugler.

Lignende observasjoner er gjort innenfor statsvitenskapen. I en mye sitert artikkel oppsummerer de produktive forfatterne Christensen og Læg Reid (2007; Røiseland & Vabo, 2016) det som ble kjent under uttrykket «whole of government approach» (WG). Merkelappen WG samlet forskjellige styringsstrategier der man samordnet flere ellers atskilte sektorer innen statsadministrasjonen. Tiltakene var definert som målrettet mot konkrete problemer, og trakk inn representanter for det man mente var relevante sektorer. Statsviterne trekker frem eksempler på sektortenkning og problemer med departementale grenser fra blant annet Australia og Storbritannia. Fremveksten av WG omtales som en reaksjon mot en annen, og mye mer omtalt trend innenfor stat og styring – New Public Management (NPM). Nøkkelbegrepet innenfor WG er koordinering. Koordinering handler om å sette sammen folk fra forskjellige sektorer som er berørt, og på den måten få de ellers atskilte institusjonene til å samordne sine innsatser. Dette innebærer å fordele oppgaver og hindre at flere utfører samme jobb. Man drar også inn kunnskaper fra et større tilfang av informasjonskilder. Formålet er å få på plass en mer målrettet innsats «på bakken».

WG is, to a great extent, about lower-level politics and getting people on the ground in municipalities, regions, local government organi-

zations, civil society organizations and market-based organizations to work together (Christensen & Læg Reid, 2007, s. 1063).

Dette har vi også sett i norsk sammenheng. Men koordinering behøver ikke å nedfelle seg i konkrete arbeidsgrupper med statlig definerte mandater. Koordinering handler i vel så stor grad om å etablere en felles forståelse av problemet som skal løses, etiske standarder og måter å holde organisasjoner ansvarlige for måloppnåelse.

An overall feature is that the recent wave of reforms is relatively less preoccupied with structural changes and more characterized by evolutionary change resulting from conscious policy choices [...] [the] reforms focus more on building a strong and unified sense of values, trust, value-based management and collaboration; team building; involving participating organizations; and improving the training and self-development among public servants (Christensen & Læg Reid, 2007, s. 1062).

Det man kaller «the whole of government approach» er altså en trend man ser mange steder i verden. Den uttrykkes dels i manifeste innsatsgrupper og dels i en litt annen, mer rettet styringsmåte. Observasjonen samsvarer i ikke ubetydelig grad med det mønsteret jeg har beskrevet fra kontrollpolitiske områder i Norge som traktpolitikk: en blanding av små og store insentiver initiert fra et bredt spekter av administrative sektorer, bundet sammen av en felles problemforståelse.

Den sektoroverskridende politikken er med andre ord ikke av ny dato, og blikket på dette har i realiteten fulgt rettssosiologien fra dens spede begynnelse. Med dette blikket er det også rimelig å tenke på flere lover som deler av en større, ordenspolitisk (kontrollpolitisk) helhet. Fattiglovene og fremmedloven kunne med hell også ses i denne sammenhengen, som elementer i et «velferdsstatlig kompleks» (Johansen, 2014). Fattiglovene var gjennomsyret av tanken på at man ikke skulle «belønne» de uverdige (på engelsk kjent som «less eligibility») (Morris, 1994). Fremmedlovene ga anledning til å bortvise utlendinger uten arbeid (i all hovedsak fulle svensker som ventet på sesongarbeid). Det krimmigrasjonslitteraturen har vist, er at rasjonaliteten som lå innbakt i fattiglovene og i dag er gjennomgripende i sosialretten, har smeltet sammen med reguleringen av nedslagsfeltet for fremmedloven.

Den politiserte forvaltningen gjorde seg sterkt gjeldende også på sosial- og trygdepolitikkenes område. Styringsjussen slo inn også der, og samvirket med den rettspragmatiske tilnærmingen på en måte som la fundamentet for dagens politiske regime. Resultatet var paradoksalt: et mer finmasket rettsgrunnlag og større åpning for å «gjennomføre» politikk. I denne sprikende situasjonen har vi sett konturene av flere grove overtramp overfor befolkningen, og ambivalens fra politisk hold. Det er bare i Nederland disse sakene har fått konsekvenser på politisk nivå – regjeringen gikk av. Den ansvarlige ministeren for Windrush-saken ble endog statsminister kort tid etterpå (Gentleman 2019).

Statlig arroganse eller nyetablerte maktforhold?

I de to foregående kapitlene har jeg pekt på flere sammenfildrede trender.

- Forvaltningen er blitt mindre selvstendig og trukket med i gjennomføring av politiske mål.
- Politisk styring fordeler og sprer ansvaret på flere sektorer.
- Rettsanvendelsen er mer mottakelig for ytre press og dreininger i rasjonalitet.
- Avslutningsvis i det foregående så vi også tegn til at den politiske risikoen ved denne typen styring er liten.

Disse trendene har forskjellige kilder og forløp, men flettes sammen i den styringspolitiske hverdagen og skaper i sin tur en ny virkelighet. Det er i ferd med å skje noe i «forvaltningskulturen og makthavernes forhold til rettsreglene», kommenterer Graver (2024). Foruten Nav-saken nevner han en rekke andre saker der staten er i konflikt. «På stadig flere områder leter staten etter hull i reglene for å kunne sno seg best mulig.» Graver mener det han har observert, ikke begrenses til miljøspørsmål, som var tema i den siterte kronikken.

Saken sier ikke bare noe om norsk petroleumspolitik og klimapolitik. Den gir også et innblikk i det man kan kalle den arrogante

staten. [...] Flere saker fra de senere årene tyder på at det norske statsapparatet har en ny holdning til lover og regler. Forvaltningen foregår ikke først og fremst i henhold til regler, men ut fra å finne situasjonsbestemte løsninger som fremstår som politisk hensiktsmessige eller ønskelige (Graver 2024).

Graver omtaler dette som den «arrogante staten».⁴² Skal man lete etter forklaringer på svikten i Nav, er det på sin plass å løfte blikket fra det juridiske perspektivet på saksbehandling. Dette handler ikke bare om Nav, samtidig som det antageligvis ikke er tilfeldig at det er i Nav en slik svikt finner sted. Med styringsjussen på plass i forvaltningen ligger forholdene til rette for at politiske signaler vinner fram på tvers av det reelle rettighetsbildet. Dette handler ikke om energiske enkeltpersoner i ministerposisjoner, selv om det også kan være viktig. Det handler om politiske strømninger. I neste kapittel er disse politiske strømningene tema.

42 Deretter knytter han denne nyorienteringen til Max Webers skille mellom legalt og karismatisk herredømme. Det er ikke nødvendig å ta opp Gravers forslag til ramme for sin observasjon her, men mitt perspektiv er altså et litt annet, om enn ikke helt avvikende.