

Hvem skal passe på rettsstaten?

Nav-saken viser at forvaltningens tyngde er svekket overfor den lovgivende makt. Samtidig har en mer gjennomhullet rettskildelære gjort den mer sårbar. Endringer i det politiske landskapet har satt forvaltningen på trygdepolitikens område under ekstra press. Dette hører med i en forståelse av Nav-saken. Det var ikke (bare) et uhell.

Sjelden har man sett et tydeligere eksempel på at «rettsstaten ikke passer seg selv». Loven slo til med full tyngde mot mins. 80 personer som hadde oppholdt seg i utlandet mens de mottok sykepenger, pleiepenger og arbeidsavklaringspenger. Mange flere ble forhindret i å motta disse stønadstypene. Dette var ikke bare strafferettslig feil, det var også rettslig uriktig. Arnesen-utvalget har pekt på de forskjellige leddene der det sviktet. Alle trodde de andre gjorde jobben sin, og forvaltningskulturen understøttet ikke korrigeringsmekanismene. Alle som skulle passe på, sviktet samtidig.

Hvem er det som skal passe på rettsstaten? Arnesen-utvalget mente de aktuelle sakene «havnet» i blindsonen. Slik ble det ingens egentlige feil, og ingen behøvde å ta ansvaret. Det har heller ikke skjedd (Kapittel 1). Lovendringen som kom, er etter både juristers og ansvarlige politikeres oppfatning utilstrekkelig. Ofrenes oppreisning er av det gjerrige slaget. Regjeringen holder tilbake opplys-

ninger. Og ingen «hoder» har rullet, ingen har mistet sin posisjon. Få, utenom det akademiske miljøet, virker til å anstrenge seg for å hindre at det skjer igjen⁴⁶.

Alt dette etterlater et spørsmål om hvem som skal følge med. Hvem er egentlig tilordnet ansvaret for å følge med på bevegelsene mellom statsmaktene? Verken sosiologien eller maktutredningen har måleredskaper eller observatorier som følger med. Statsmaktene er forventet å bryne seg mot hverandre, ikke å ta vare på hverandre.

Arnesen-utvalget har i realiteten ikke pekt i retning av noen aktiviteter som kan passe på rettsstaten, men det å løfte fram «forvaltningskultur» er et kreativt grep. Korrigeringsmekanismene fusket. I denne boken har jeg sett på forvaltningskultur med et samfunnsvitenskapelig blikk. På den måten sprenkes grensene for det praktisk talt rettspositivistiske perspektivet i utvalgsrapporten, men likevel uten å avvise at retten og trygderetten fungerer delvis autonomt.

Det ble hevdet at Nav-saken mer var som et vulkanutbrudd. Det var kanskje vanskelig å vite at utbruddet skulle ramme akkurat mottakerne av sykepengen, pleiepengen og arbeidsavklaringspengen i utlandet. Men det var mulig å forutse at det ville oppstå et tilfelle der brukere av Nav-tjenester ville bli gjenstand for grove feil i stor skala. Det var nok av signaler om at statsmaktene var i bevegelse.

- Departementene var delvis politisert gjennom hele etterkrigstiden.
- Forvaltningen hadde fått rollen som «gjennomførere» i tillegg til å sikre borgernes rettssikkerhet.
- Rettsanvendelsen var åpnet for pragmatisme.
- Velferdsstaten opplever en legitimitetskrise.
- Brukere av Navs tjenester havnet i vanry.

Dette var ikke nok til at varsellampene begynte å blinke for noen som hadde sin oppgave å følge med. I det lange løp har vi sett det sammensatte bildet av

46 Jeg tenker først og fremst på Ik Dahl, Eriksen og Moltumyr Høgberg, se kapittel 3. Den allestedsnærværende Graver hører også til dette miljøet. Akademiet spiller en viktig rolle som uavhengig faglig instans i vår samfunnsformasjon, men regnes ikke som en del av statsmaktene. EØS-relatert undervisning og forskning har også fått tilført ressurser i etterkant.

rettigheter og vilkår for rettigheter bli stadig mer komplisert. Likevel, til sammen skaper dette store forskyvninger – først og fremst mellom det politiske og forvaltningen. Det politiske fikk etter hvert relativt fritt spillerom uten at forvaltningen eller domstolene fanget opp eklatante brudd på brukernes rettigheter.

En grunn til at dette kunne skje, er at rettsstatens dynamikker med dens sårbarheter går under den politiske radaren. Wessel-Aas (2021) har flere ganger gjort seg til talsmann for det han kaller en «rettsstatspolitikk» (omtalt tidligere). Nav-saken viser med all uønsket tydelighet behovet for en slik politikk, men forslaget er paradoksalt og kanskje ironisk ment. Ironien er at de tre statsmaktene er ment å stilles opp mot hverandre. Deres bevaring av de respektive interessene skal skape en balanse mellom dem. Det finnes ingen overordnet instans som passer på rettsstaten. Til syvende og sist hviler rettsstaten på at befolkningen har en viss forståelse for rettsstatens grunnleggende verdier og straffer de partiene som ikke opererer etter disse verdiene med å ikke stemme på dem. Vår samfunnsformasjon er sårbar for at disse verdiene havner i den politiske, i mangel av bedre ord, «blindsonen». Alarmen burde kanskje gå når man gang på gang opplever at krenkelser av rettsstatsverdier kan passere uten at de ansvarlige blir stilt til ansvar eller erklært politisk døde.

Innledningsvis spurte jeg om vi forstår vårt eget samfunn. Samfunnsvitenskapen gir bare begrenset veiledning, og den norske sosiologien viser liten interesse for de rettslige aspektene av vår organisasjonsform. Rettssosiologien har gått fra å være samfunnsvitenskapens arnested til å havne i skyggenes dal. Forklaringer av Nav-saken ble overlatt til juristene. Om ikke annet, så kan Nav-saken være en kilde til kunnskap om hvordan rettsstaten fungerer.

Juristene leverte en forklaring som så bort fra at forvaltningen er en organisasjon, og at denne organisasjonen er stilt opp i et spenningsforhold til de andre statsmaktene. De anså det ikke som relevant at Nav har gjennomgått store og kontroversielle endringer og har vært gjenstand for kontinuerlig kritikk de siste 15 årene. De så bort fra at vi har tidligere erfaringer med gnisninger mellom statsmaktene. For Arnesen-utvalget handlet svikten i Nav om feilaktig rettsanvendelse. Med disse skylappene på, fant de at EØS-retten hadde «havnet» i blindsonen. I det følgende samler jeg trådene fra de foregående kapitlene.

Se til Danmark

I vår tids store fortellinger er Danmark blitt et land man sammenligner med. «Hvordan komme til Danmark», spør Fukuyama som nevnt i sitt store epos om rettsstatens tilblivelse (Fukuyama, 2011, 2014). Men, for å holde oss til de store fortellingene⁴⁷, for det også noe som er, jeg vil ikke si råttent, men galt fatt i Danmark. Jeg innledet forrige kapittel med «utbyttesaken». Det er ikke den eneste krisen som har hjemsøkt vårt naboland i sør. Ser man samlet på disse krisene og måten de blir håndtert, finner man en illustrasjon på noen av poengene jeg har forsøkt å fremføre i de foregående tre kapitlene.

Den mest kjente av de danske rettsstatskrisene er «Mink-saken». Statsminister Mette Fredriksen beordret, under pandemien, avliving av all mink og dermed nedleggelse av en hel næring over natten. Dette ble gjort uten tilstrekkelig grunnlag i konstitusjonen. En annen sak handlet om det politiske presset embetsverket ble utsatt for i forbindelse med et kinesisk statsbesøk. Demonstranter som ønsket å gjøre oppmerksom på forholdene i Tibet, ble da forhindret i å uttrykke sitt syn offentlig. Dette er kjent som «Tibetsaken», og disse sakene dannet senere bakteppet for at det ble nedsatt en kommisjon for å vurdere blant annet hvordan det kan «sikres bedre rammer for, at embedsværket kan værne egen faglighet og integritet». I Danmark har man altså blitt engstelige for at forvaltningen er svekket. Utvalget ble heller ikke beroliget av det de fant.

Udvalgets undersøgelser viser, at der ifølge embedsværket fra politisk side er en stigende efterspørings på politisk-taktisk rådgivning, og at der i praksis kan være utfordringer med grensene mellom den innholdsmessige (faglige) rådgivning og den politisk-taktiske rådgivning (Dybvad-udvalget, 2023, s. 23).

Kommisjonen kommenterte altså at embetsverket opptrådte uten tilstrekkelig tyngde til å motvirke presset fra politisk hold. I Danmark er det vikende embetsverket en såpass stor bekymring at det har fått Folketinget (deres Stor-

47 Shakespeares «Hamlet».

ting) til å ta initiativ til en ny maktutredning. Så langt gjenspeiler situasjonen i Danmark de tendensene som er tatt opp i de foregående kapitlene.

Det som er like påfallende med denne rapporten, som dessuten inngår i en lengre rekke av uavhengige rapporter om denne typen temaer fra tidlig 1990-tall, er det som ikke er med. Problemene danskene har i hende er større enn det Dybvad og hans utvalg diskuterte. Den tok ikke for seg utviklingen i det danske skattevesenet, deriblant utbyttesaken (Tynell, 2022). Utbyttesaken handlet som nevnt om svindel med tilbakebetaling av skatt for fiktive aksjehandler i utlandet. Forvaltningen visste om dette smutthullet og har antatt at det har foregått omfattende svindel med ordningen i flere tiår. Men skattevesenets ledelse har ikke prioritert å kontrollere på dette området, og politikerne har nektet å endre regelverket til tross for advarslene. Hvorfor har ikke forvaltningen fått noe gjennomslag? Forfatteren (en journalist) av boken om denne saken gjør selv koblinger til etatens svekkede stilling.

På den måte er udbyttesagen blot et eksempel på, hvordan toneangivende erhvervs interesser kan sette både embedsmænd og demokrati under pres. Det sker også i andre sager. Embedsmænd i politiet kommer i Tibetsagen fx under et lignende pres (Tynell, 2022, s. 14).

Tynells gjennomgang kretser om tre politiske prosesser der politikerne har latt være å tette hullet i lovgivningen. Hans granskende tilnærming viser at politikken og forvaltningen er satt under et ytre press. Politikerne ga etter for presset og tilsidesatte advarslene fra embetsverket. Begrunnelsen var som et ekko av pressgruppene innspill; man ville «ta hensyn til næringslivet». Boken er en nærstudie av forholdet mellom samfunnslivet, det politiske og det rettslige.

Utbyttesaken illustrerer problemene som følger av at forvaltningen svekkes. Den mister motstandskraft og slipper til særinteresser og politisk entreprenørskap. Det er i prinsippet ingenting galt med politisk entreprenørskap (snarere tvert imot), men konstitusjonen er bygget opp slik at politiske entreprenører skal begrenses i deres utfoldelse. De skal ikke ha fritt spillerom. De må forholde seg til et landskap av rettigheter og plikter. Dette landskapet håndteres først og fremst av forvaltningen.

Det som gjør utbyttesaken særlig egnet som eksempel, er at den tilsynelatende er motsatt av Nav-saken og de andre tilfellene jeg så vidt har nevnt (Windrush-saken, postkontorsaken og barnetrygds-skandalen i Nederland). I disse sakene har forvaltningen begått eller bistått overgrep mot deler av befolkningen. Utbyttesaken har tilgodesett deler av befolkningen. Et overfladisk blikk på sakene kunne derfor tilsi at den motsier argumentet i denne boken. Men argumentet jeg fremfører, er ikke først og fremst at statens organisasjoner begår overgrep. Argumentet er at Nav-saken forteller om endringer i vår samfunnsformasjon som ikke har fått tilstrekkelig oppmerksomhet. Det vi ser, er at de som skal beskytte konstitusjonelle verdier, i stort og smått, har mistet tyngde overfor spesielt den lovgivende makt.

Utbyttesaken viser dette nettopp fordi den handler om presset fra politikken i en retning bestemt av de politiske strømningene. Angrepene på skattepolitikken i dansk politikk henger sammen med endringene i synet på innbyggere som mottar hjelp i Nav. Det er så å si to sider av samme mynt. Strengheten overfor Nav-klienter motsvarer ettergivenheten overfor aksjespekulanter. Argumentet handler om forholdet mellom politikk og forvaltning, og det argumentet blir styrket av at utbyttesaken har motsatt fortegn.

Saken bevitner at forvaltningen er mottakelig for en annen form for ytre påvirkninger, som for eksempel svingninger i politisk kultur. De borgerlige regjeringene i Danmark etter tusenårsskiftet har i vekslende grad vært skeptiske til regulering av næringslivet. De andre sakene som er nevnt, har hatt ofre med lav og diskutabel politisk status, som har blitt behandlet til ugunst. I utbyttesaken er det ikke ofre, men gjerningsmenn med høy status og politisk støtte som er unntatt kontroll. I begge scenariene blir det forvaltningsmessige overkjørt.

Det kan ikke slås fast at politiske strømninger forklarer utbyttesaken, men det virker også lite rimelig å anta at det er uten betydning. Forvaltningen er svekket og mer mottakelig for «politiske signaler». De danske forholdene illustrerer på denne måten sammenhengen mellom de tre foregående kapitlene.

Det utbyttesaken ikke viser, er hvordan forvaltningen blir presset helt ned på saksbehandlingsnivå. I det eksempelet var saksbehandlerne effektivt sett utradert; det var ikke nok av dem til å bruke rettsgrunnlaget. Fjernet som de var av politisk ledelse.

Korrigeringsmekanismene som fusket

I motsetning til de danske skattemyndighetene er det tett i tett med saksbehandlere i Nav. På bakken handler Nav-saken om feilaktig rettshåndhevelse. Men mønsteret av feil forteller at saksbehandling ikke består i uavhengig rettsanvendelse, men inngår i et større maskineri. Dette maskineriet skal sikre et visst nivå av rettsriktighet. Arnesen-utvalgets utredning pekte på mange steder der det sviktet innenfor det forvaltningsrettslige kretsløpet. Hvis vi holder litt fast ved de ni formelle korrigeringsmekanismene og de uformelle møtepunktene som finnes rundt dem, omtalt i kapittel 7, danner det seg et bilde av gjentatt fravær av korrigerende funksjoner. De forsikret seg ikke om at jussen var riktig når de implementerte den nye forordningen, kritiske innspill ble tilsidesatt, de ytre motstemmene uteble, og summen ble, som utvalget oppsummerer, at mangel på kompetanse, kapasitet, kommunikasjon og kritisk tenkning synes å ha preget det praktiske gjennomføringsarbeidet (Arnesen-utvalget, 2020, s. 23).

Saksbehandling underskrives av overordnet ledelse og er i mange (de fleste) sammenhenger kollektive prosesser. Ofte vil hele avdelinger/seksjoner være involvert i utarbeidelse av rundskriv og veiledere. Dernest ligger det en kvalitetskontroll i at vedtak kan påklages. Klagebehandling fremtvinger at andre – helst uavhengige – personer ser uhildet på avgjørelsene. Det åpner i prinsippet også for kontradiksjon, ved at klageren, med eller uten juridisk bistand, får spille inn flere momenter til situasjonsbeskrivelsen (faktum) og lovtolkningen. Dernest kan avgjørelser (enkeltvedtak) ankes til domstolene (innenfor visse rammer), og for Navs vedkommende har vi en spesialdomstol i Trygderetten, og så videre. Når Arnesen-utvalget peker på forvaltningskulturen, sier de at ledelsene i Nav og departementet ikke var tilstrekkelig opptatt av disse kontrollmekanismene. Nøkkelspørsmålet er hva det er som setter feedback-prosessene ut av spill. I kapittel 7 viste jeg blant annet at

- Fravær av en helt grunnleggende sikkerhetsmekanisme i forvaltningen – kollegers oppfølging av hverandres arbeid.
- At EØS-retten er holdt i bakgrunnen.
- At usikkerhet ikke har medført forsøk på oppklaring.

- Manglende kvalitetskontroll, at man har avventet korrigerende resultat, og dermed slått seg til ro med tolkningen, til tross for usikkerheten som er rapportert.
- At de gangene usikkerheten er tatt opp, er den verken «besvart eller tatt opp i formelle kanaler».

Det er et mønster som ikke er til å ta feil av: korrigeringsmekanismene og kvalitetskontrollen er satt ut av spill. Skal dette forstås som forglemmelser, ulykker eller kanskje hendige uhell? Hvordan er det mulig at så mange innebygde tilbakeføringsmekanismer svikter samtidig? Svaret ligger kanskje i forvaltningskulturen, men da som diskutert i kapittel 12, i en annen og mye bredere betydning enn det Arnesen-utvalget legger til grunn.

Det de sikter til med kultur, ser ut til å være innarbeidede rutiner for kvalitetskontroll. Kvalitetskontroll er i utgangspunktet en kjerneaktivitet i ethvert forvaltningsorgan. Det er kanskje mulig å glemme, siden det er så selvfølgelig, at forvaltningens fremste oppgave er å formidle politiske ønsker innenfor lovens rammer. I det daglige vil lovverket etterlate et ikke ubetydelig handlingsrom, og det å manøvrere i dette handlingsrommet vil fylle mye av forvaltningsenhetenes virksomhet. Men dette handlingsrommet må fylles innenfor en korrekt tolkning av lover og andre styringsmidler. Rett lovanvendelse er et minimumskrav til forvaltningen.

Det er rutiner og innarbeidede praksiser som sikrer at kontrollmekanismene finner sted. Til sammen består det forvaltningsmessige av lover (først og fremst forvaltningsloven), spesielt lovverk for forvaltning i Nav (på alle rettskildeni-våer) og innarbeidede rutiner som ikke er lovfestet. Det vil alltid være en rest av ikke-lovfestede normer som fyller ut der reglene ikke angir et handlingsvalg («sånn gjør vi det her»). Når Arnesen-utvalget anvender uttrykket forvaltningskultur, viser de til ulovfestede dimensjoner ved den interne kontrollen i Nav og Navs institusjonelle rammeverk. Men de sier lite om hvordan denne organisasjonen styres, hvordan den er satt sammen, og hvilke spenningsfelter som preger den.

Man skulle kanskje tro at kontroll med lovgrunnlaget gikk av seg selv i forvaltningen. Men noe av det denne saken har avdekket en gang for alle, er at noen faktisk er nødt til å sette disse mekanismene i sving. Det krever årvåkenhet fra ansvarlig ledelse å sørge for dette. Det tjener i og for seg til forvaltningens ære at den type svikt vi her har sett, ikke oppstår oftere. Dette

er prosesser som stort sett fungerer. Det kan bety at ledelsene i forvaltningen gjennomgående er oppmerksomme på denne delen av virksomheten. Det skulle kanskje bare mangle, ettersom det er en kjerneaktivitet. Men det er noen som må holde i denne aktiviteten; det skjer ikke av seg selv. Forvaltningspraksis er innleiret i kultur.

Kulturen og rettskildelæren

Kultur består av uformelle normer og institusjonelt rammeverk. Innbygde korrigeringspunkter er omgitt av uformelle møter. I praktiske sammenhenger kan det være vanskelig å se forskjell på kontrollkultur og det institusjonelle rammeverket, men nettopp derfor er det viktig å påpeke dem. Ellers glir man lett over i en forståelse der kulturelle dimensjoner blir utelatt, siden de sjelden inngår i juridisk baserte organisasjoners selvforståelse. Det er også tilfelle her.

For Arnesen-utvalget handler problemene i forvaltningskulturen om rutiner for å sikre gode og riktige tolkninger. Problemet kunne vært løst med klarere regler for hvem som skal sjekke hva og når. Det vil si en sjekklister som for eksempel sier at EØS-reglene skal konsulteres før man lager nye rundskriv. Problemet her ser imidlertid ut til å være at denne regelen allerede var der, men at man ikke brukte den. Det er som å lage en handleliste, men ikke lese den når man er i butikken. Reglene får ikke betydning dersom de ikke konsulteres. Kan man lage en regel om at man skal følge en regel? Det kan man, men det hjelper ikke på det grunnleggende problemet. Hvorfor skal man følge regelen om å følge regelen, dersom det er slik at man ikke følger en regel av seg selv? Det må være noe utenfor regelen som sier at regler skal følges. Regler om å følge regler kan man lage uendelig mange av, men den siste av disse reglene må begrunnes ut fra en annen type plikt. Denne plikten ligger implisitt i vårt rettssamfunn. Det er unødvendig å si. Og det er der spørsmålet oppstår: Hvorfor fulgte de ikke reglene?

Grunnen er delvis åpenbar og erkjent av Arnesen-utvalget. De ville noe annet: hindre trygdeeksport. Det var iveren etter å nå dette målet som forblindet dem. Det er ikke uvanlig å etterstrebe et mål og samtidig ta hensyn til de juridiske skrankene som ligger i veien. Det skjedde imidlertid ikke her. Fra

mitt ståsted er det naturlig å se dette i sammenheng med Nav som organisasjon – som kultur – og at hele sosialsektoren har endret seg på en måte der klienter betraktes med større grad av mistro og mindre som verdige mottakere av hjelp. Det krever en annen forståelse av rettsstaten som helhet.

Som et supplement til Arnesen-utvalgets intervjuer med involverte parter, kunne man sluppet løs noen antropologer på Nav (som Skotte, 2018, eller Rugkåsa, 2012). En antropologisk undersøkelse av Navs indre liv kunne med hell tatt utgangspunkt i de uformelle korrigeringsarenaene. Ved å «henge rundt» kaffemaskinen på et Nav-kontor og delta i den uformelle praten der, fanger man opp måten det snakkes om saker (tvil og sikkerhet) og søkere. Hva kan slengbemerkninger fortelle om måten de kommer fram til avgjørelser innenfor rettslige rammer?

Det skal likevel mye til for å få innpass i de forskjellige uformelle møteplassene, hvor avgjørelser faktisk blir diskutert. Det er også såpass mange av dem på svært ulike nivåer at det ville krevd et stort team av forskere. Antropologer er gode på å analysere kultur i bred forstand. De ville kunne fange opp strømninger internt i organisasjonene. Aller helst hadde de alliert seg med et knippe jurister eller retts sosiologer som kunne hjulpet til med å forstå retten som fenomen. Det har vært viktig å formidle et bilde av retten som et delvis autonomt system – selv om de siste kapitlene har kretset rundt eksterne krefter.

Det er fortsatt slik at rettsregler og andre rettskilder i det store bildet skaper grunnlag for forutsigbare avgjørelser. Nav-saken handler ikke først og fremst om feilaktige avgjørelser tatt av saksbehandlere. De forholdt seg til et regelverk som var feilaktig formidlet. Den juridiske grunnformelen legger såpass store begrensninger på måten det er mulig å begrunne avgjørelser at det i stor grad styrer dem i et spor der man kan si at like saker behandles likt. Dette er riktignok ikke en påstand som er undersøkt eller underbygget i den foreliggende diskusjonen, men dette er utgangspunktet.

Bidraget til retts sosiologien ligger i å bruke rettskildelæren som fellesnevner for sosiologien og jussen. Dermed kan man snakke samfunnsvitenskapelig om rettslige fenomener på en måte som gir mening i begge tradisjoner. Grepert er å akseptere «hvis X så Y» som grunnformel, og presentere en mer fyllestgjørende oversikt over rettens åpninger.

Jeg startet med åpningene som (stort sett) er anerkjent i rettsvitenskapen. Loven angir i seg selv skjønn når det står uttrykkelig i kildene, når loven er ufullstendig eller uavklart. Utover det er det en viss uenighet mellom de

rettslærde om hvorvidt retten også beror på uformelle normer. Blant dem som dykker ned i problematikken, ser det ut til å være enighet om at retten ikke kan være helt presis. Selv ikke rettspositivistene hevder dette. På den annen side er det også en viss konsensus blant jurister om at retten gir praktisk veiledning til forutsigbare resultater i de fleste saker.

Fra et samfunnsvitenskapelig ståsted har jeg hevdet at juristene opererer med et for begrenset blikk på rettshåndheving i praksis. Rettskildene er åpne på flere måter enn det deres lærebøker tilsier. Først og fremst er det mulig å reversere rekkefølgen på fastlegging av X og Y. Avgjørelser foretas i realiteten i prøve-og-feile-prosesser. Det er fullt mulig å bestemme seg for rettsfølgen først, og å fremheve kjennetegn ved X for å rettferdiggjøre avgjørelsen. Dette er noe annet enn å hevde at situasjonen bestemmer Y.

Noe som ikke har kommet tydelig nok frem i (Nav-)sakens anledning, er at formelen (hvis X så Y) legger begrensninger på hvilke grunner som kan påberopes i saksbehandlingen. Det er på ingen måte fritt frem å hevde hvilken som helst rettsfølge. Jussen er et landskap man må orientere seg i. Graver (2007) er nok den som lager en fremstilling av slike avgjørelser som ligger tettest på det bildet jeg har prøvd å formidle.

Den liberale rettsstatens iboende dynamikk

Det er nødvendig med stadige oppfriskninger og påminnelser om hvordan rettsstaten fungerer og hva man kan forlange av den. Statsmaktene er menneskeskapte institusjoner, og selv om de har stor grad av autonomi og i en viss forstand «lever sine egne liv», går det an å gripe inn. Det ville forutsatt en form for overvåking, men hvem skulle stått for den? Det neste spørsmålet ville være: Med hvilke begreper skulle de beskrevet det de ser?

I kapittel 10–12 hevdet jeg at forvaltningen er på vikende front. Det handler i liten grad om tradisjonen for mindretallsregjeringer, som maktutredningen var opptatt av. Deres svekkede posisjon viser seg i forholdet til den politiske sfære, ved at forvaltningen i større grad lar seg bruke til politiske formål. Har vi en mer medgjørlig forvaltning? Det var spørsmålet, og svaret var at mistanken i det minste kan begrunnes.

Det er grunner til å anta at denne medgjørligheten henger sammen med en dreining i rettskulturen. Dette har vi sett konturer av på andre rettsområder. I kapittel 11 tok jeg for meg tegnene på at rettskulturen har antatt et mer instrumentalistisk preg.

Om det er rimelig å anta at forvaltningen er medgjørlig, er den i så fall ikke bare medgjørlig for politisk manipulasjon, men også for endringer i det politiske klimaet. I kapittel 12 skisserte jeg noen hovedlinjer i hvordan brukere av Nav-tjenester har fått et stadig mer mistenkelig skjær etter 1990. Forståelsen av det å være økonomisk hjelpetrengende har endret valør i hele det offentlige ordskiftet, i den grad at folk som får økonomisk bistand aktivt bruker et nedsettende uttrykk om seg selv.

Hvordan spiller disse momentene sammen? Svikten i Nav kunne skje, og bestå over tid, på grunn av disse utviklingstendensene, som ikke nødvendigvis henger sammen. De bindes likevel sammen ved at tendensene legger til rette for og forsterker hverandre. Dette er ikke uttrykk for noen plan. Planen, hvis det var noen, var håndfast og konkret: å redusere trygdeeksport. Problemet lå ikke der, men i endringer på mer overordnet plan. En begrepsmessig mulighet for å sammenfatte tendensene omtalt over ligger i å se på deres innvirkning på rasjonaliteten på feltet.

I kapittel 11 omtalte jeg kontrollen med irregulære migranter og hvordan den foregår gjennom innsatser fra forskjellige administrative sektorer. Det forventes at helsevesenet, politiet, utlendingsmyndighetene, Arbeidstilsynet, noen ganger også brannvesenet, bibliotekene og Statsbygg bidrar med sitt for å få dem til å forlate landet. Innsatsene knyttes sammen gjennom en felles forståelse av problemet som skal løses, og hva som er viktig.

Det hender at man setter sammen interdepartementale styringsgrupper – den sektorovergripende styringen. Politikken på i alle fall noen områder er avhengig av koordinert innsats fra uavhengige sektorer. Jeg har kalt det traktpolitikk, men i statsvitenskapen snakker man om «Whole of government» og «samskaping».

Å snakke om traktpolitikk krever ikke at man endrer forståelse av rettsstaten. Rettsstaten fungerer på et fundament av uformelle normer. Det er en innarbeidet tilnærming man blant annet finner i Garlands (2018) introduksjonsbok om velferdsstaten for et engelskspråklig publikum. Han sier at velferdsstaten i bunn og grunn er en «rasjonalitet». En rettsstat skaper

en særlig form for juridisk landskap. Dette er et landskap man som politiker må orientere seg i dersom man skal få igjennom viljen sin.

Traktpolitikken består av tilsynelatende mindre endringer på lave rettsskildnivåer, på spredte politikkområder, som hver for seg ikke utgjør stor forskjell. Disse endringene går lett under radaren i det politiske ordskiftet. Derfor er det heller ingen som følger med på hvordan de bygger opp under hverandre, og hva som blir den totale vekten av tiltak overfor gruppen de er myntet på. Er det det som har skjedd i svikten – at mange små innstramminger har blitt lagt ovenpå hverandre, mens man hver gang har tenkt: «Klarer de den, så klarer de den»?

Krokbøyd politikk

Nav-saken minner også om vilkårene for politikk i liberale rettsstater. Politikken har i sakens anledning kommet på kollisjonskurs med konstitusjonelle barrierer og tidligere vedtatte regler. Men det er ikke en særegen situasjon for svikten i Nav. Det er vel snarere en «hverdagslig sak», som Karlsson på taket ville sagt, i styringen av vestlige demokratier. Strukturer kan anta juridiske former, og strukturene begrenser handlingsrommet for den som vil noe politisk. Derfor blir politikken noen ganger litt krokbøyd og rar for å tilpasse seg det juridiske landskapet. «Krumspring» er nødvendig for å få gjennomslag for politisk vilje.

Jeg har selv tatt opp denne dynamikken i forbindelse med innføringen av soveforbud i Oslo (Johansen, 2014). Den gangen var det politisk flertall for å fjerne tilreisende rom, ettersom de skapte uorden i de store byene. Det var likevel ikke flertall for å gjeninnføre forbud mot «tigging». Som reserve-løsning fant man en løsning i å legge inn et forbud mot å sove på offentlig sted. Innvendingen om at dette ville ramme andre, mer legitimt utesovende mennesker – fenomenet «uteligger» er tross alt kjent fra før – ble møtt med et skuldertrekk. En talsperson for soveforbudet mente det måtte forventes at politiet selv forsto at paragrafen var myntet på tilreisende rom (Johansen, 2014).

Her prøvde man altså å unngå de grunnlovsfestede begrensningene mot å lage diskriminerende lover ved å utforme loven generelt og belage seg på at politiet skulle håndheve reglene diskriminerende. Argumentet baserer seg på en forestilling om at politiets skjønnsbruk ikke er etterprøvbart. Det viktige

her er ikke at dette premisset er feil; poenget er at man lager en lite gjennom-siktig konstruksjon (et krumspring) for å få gjennomslag for sin politiske vilje.

Her er ofte forvaltningen til hinder. Forvaltningen skal tradisjonelt opprettholde befolkningens rettighetsbilde. Det mest kjente eksempelet er muligens innbakt i UDI-skandalen. Daværende kommunalminister Solberg mente i ettertid at UDIs vedtak om å gi varig oppholdstillatelse til en gruppe flyktninger som hadde vært lenge i Norge, var i strid med «politiske signaler». Saken endte, foruten at enkeltpersoner måtte trekke seg fra sine verv, med at departementet skulle ha hyppigere møter med direktoratet og tettere politisk styring (Christensen et al., 2006).

UDI-skandalen ble en «skandale»; den fikk også et langt sterkere personpreg (men ble ikke omtalt hos Hammerstad, 2023). Det viktige i denne sammenhengen er imidlertid det hverdagslige i at det foregår en maktkamp mellom de to statsmaktene – forvaltning og politikk. UDI-skandalen endte med en forskyvning i favør av politikken. Forvaltningen og rettssikkerheten måtte vike.

Spørsmålet blir da hvordan det påvirker forvaltningen at den i større grad skal ta innover seg «politiske signaler». Kan det være at slike skift over tid medfører at forvaltningskulturen mister «fokus» – for å holde oss til Arnesen-utvalgets synsmetafor – på rettssikkerhetsgarantiene?

Den dualistiske retten

Nav-saken har vist at forvaltningens praksis kan påvirkes på følgende nivåer.

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

De to første punktene rammes inn av Arnesen-utvalgets lukkede forståelse. Punkt 3 inneholder alt fra styringsteknologi (målstyring) til styringsdialog (den jevne kontakt og tildelingsbrev) og organisasjonsinterne forhold (pro-

fesjonsinteresser, visjoner og så videre). Punkt 4 fanger opp betydningen av politisk kultur fra kapittel 12. Som et medierende ledd mellom jussens interne dynamikk og de ytre faktorene finner vi rettskildelæren og dens forskjellige åpninger. Flaattens (2017b) utpensling av Høyesteretts måter å innarbeide nye sosiale fenomener i det foreliggende lovverket er eksemplarisk («mobile vinningskriminelle», samme sted), men det å skape rett gjennom konstruksjon av kategorier (manipulasjon av X) foregår på alle nivåer av rettsanvendelsen.

Til sammen blir dette en uoversiktlig floke av krefter. Kanskje vil senere undersøkelser kunne vise mer detaljert hvordan disse nivåene har virket inn på hverandre i den aktuelle saken. Lærdommen er uansett at retten i stor grad fungerer som en autonom kjerne i samfunnsformasjonen, men at den samtidig er mottakelig for ytre press – også på nivåer som ikke oppnår politisk eller annen offentlig oppmerksomhet.

En dyp forståelse av rettsstaten må ta høyde for at den ikke er perfekt. Den liberale rettsstaten egner seg ikke for ideelle fordringer; den skaper urene løsninger og krokboyd politikk. Rettsstaten er ironisk – som Slagstad (2024) sier – den inneholder varige spenninger uten tydelige løsninger. Vår statsform opererer i det uavklarte. For rettens vedkommende betyr dette at den verken er helt lukket eller helt åpen. Retten er autonom, men ikke bare det. Det er ikke delegitimerende å påpeke at retten er åpen for ytre påvirkning. Åpenhet i rettsstaten kan påpekes uten at dens legitimitet står på spill. Konklusjonen på Nav-saken er ikke at rettsstaten er en illusjon.

