

Masseforvaltning og rettssikkerhet

Ingunn Ikdahl¹



1. Trygdeskandalen som en masseforvaltningsskandale

28. oktober 2019 holdt Arbeids- og sosialdepartementet pressekonferanse, og «trygdeskandalen» braket løs i offentligheten. Feilaktig forståelse av EØS-retten og/eller manglende kunnskap om EØS-rettens betydning for norsk trygderett innebar at over 6 000 personer mottok uberettigede vedtak om avslag, stansing, avkortning og/eller tilbakebetaling av ytelser, og flere titalls personer var straffedømt.²

At det fattes feilaktige enkeltvedtak, og at det forekommer justismord, er ikke ukjent. Noe av det som gjør denne saken spesiell, er imidlertid at det ikke var snakk om enkeltstående feil. Det fantes en bred og omfattende forvaltningspraksis, godt støttet opp av rundskriv og flere ganger akseptert uten spørsmål av både Trygderetten og domstolene. Så viste det seg at denne praksisen sto på rettslige leirføtter: Det var ikke tatt hensyn til at folketrygdloven må tolkes i samsvar med EØS-rettens regler.

Trygdeskandalen reiser en rekke ulike spørsmål innen EU- og EØS-rett, statsrett, lovgivningslære og strafferett og om forholdet mellom politikk og rett.³ Saken har i stor grad blitt diskutert som en «EØS-skandale».⁴ Denne teksten undersøker imidlertid en annen side av saken: Systematiske feil over tid, med store konsekvenser for livene til et

1 Institutt for offentlig rett, Det juridiske fakultet, UiO. Takk til gode kollegaer for diskusjoner om emnene jeg berører her – særlig til Christoffer C. Eriksen for diskusjoner om trygdeskandalen og Jon Christian Fløysvik Nordrum for diskusjoner om masseforvaltning og systemsvikt.

2 Når dette skrives, er det fortsatt usikkert hvordan de endelige tallene vil bli. Per 23. juni 2021 opplyser NAV at 6 237 personer er identifisert som rammet av feilen, og det samlede økonomiske omfanget av utbetalinger og sletting av gjeld er om lag 265 millioner kroner. Det har blitt identifisert 78 personer som ble straffedømt, men det er uklart hvor mange av sakene som vil bli gjenopptatt.

3 For en introduksjon til denne, se for eksempel nettsiden <https://www.jus.uio.no/ior/forskning/prosjekter/trygdeskandalen/>. Denne gir en oversikt over de offentlige prosessene som er satt i gang i kjølvannet av skandalen, over mediebidrag og over akademiske publikasjoner fra ansatte ved Det juridiske fakultet, UiO, og blogginnlegg om ulike rettslige spørsmål.

4 Et tidlig eksempel er Hans Petter Gravers kronikk «En EØS-skandale, ikke en trygdeskandale», Aftenposten 30. oktober 2019.

stort antall personer, kan oppstå på mange ulike grunnlag.⁵ I det følgende analyseres trygdeskandalen som et spektakulært eksempel på en *masseforvaltningsskandale*.

Ser man på saken gjennom denne linsen, rettes fokuset mot *rettssikkerhet* generelt snarere enn mot EØS-rettslige tolkningsproblemer. Tradisjonelt har forvaltningsrettslige diskusjoner om rettssikkerhet i stor grad handlet om kravene til hjemmel, opplysning og begrunnelse for det enkelte vedtak. I en diskusjon av vilkårene for rettssikker *masseforvaltning* må disse spørsmålene suppleres med blikk på juridisk metode, rettsutvikling, kritikk og kontroll i forvaltningen.⁶ Skal diskusjonen bli realistisk, må man erkjenne at masseforvaltningen både reelt og formelt kan spille en rettsskapende rolle. Den økende digitaliseringen av forvaltningen påvirker også forutsetningene for rettssikkerhet.

Denne artikkelen er ment som et oppspill til videre diskusjoner om rettssikkerhet i masseforvaltningen.

2. Om masseforvaltningen og dens rettsskapende roller

Uttrykket *masseforvaltning* brukes jevnlig, men defineres sjelden.⁷ Jeg bruker uttrykket om de deler av forvaltningen som er kjennetegnet av at det er tale om svært mange beslutninger i nokså likeartede saker. Avgjørelsene kan være av stor betydning for dem det angår, men forutsettes håndtert ganske rutinemessig. Ved slik forvaltningsutøvelse er det begrenset mulighet til å vurdere hver sak individuelt og konkret, og hensynene til likebehandling og effektivitet får stort gjennomslag. Masseforvaltningens verktøy for å sikre effektiv og ensartet behandling er mange: standardiseringer, sjablonger, veiledende eksempler, maler, detaljerte rundskriv og praksisnotater.

5 Jeg vil ikke gå inn på andre saker der det kan være tegn til at forvaltningen har utviklet faste praksiser som ligger i grenseland, men kun nevne to felt hvor slike spørsmål fikk oppmerksomhet i 2020: Barnevernets fastsettelse av samvær etter omsorgsovertakelse og forholdet til EMK art. 10 (se f.eks. Tina Gerdtz-Andresen, «Fastsettelse av samvær ved omsorgsovertakelse: En analyse av hvordan Fylkesnemnda begrunner sin utmåling», *Kritisk Juss*, 2020 s. 125–153 med videre referanser) og Utlendingsnemndas (UNE) praktisering av reglene om såkalte omgørelsessekteskap, se Sivilombudsmannens uttalelser 2019/617 og 2020/603, dommene LB-2019-97080 og LB-2019-94626 samt UNEs egen rapport *Omgørelsessekteskap. Rapport om UNEs praksis*, datert 14. desember 2020.

6 For juridisk litteratur med brede blikk av denne typen, se f.eks. disse: Jan Fridthjof Bernts diskusjon av forholdet mellom forvaltningslovens rettssikkerhetsgarantier og særregulering på forvaltningsfelt som skatt, helse, trygd og sosiale rettigheter: «Forvaltningsrettslig rettssikkerhet i masseforvaltningens tid» i *Høyt skattet: Festskrift til Fredrik Zimmer*, red. Skaar, Banoun og Gjems-Onstad, Universitetsforlaget 2014, s. 51–71 (tilgjengelig også i LovdataPro). Erik Boes påpekning av betydningen av å utvide analyseperspektivet fra forvaltningens enkelte avgjørelser til forvaltningens struktur, f.eks. «Forsvarlig systeminnretning i forvaltningen», *Lov og Rett* 2020, s. 129–140. Se også Anna Nylund, «Hverdagsjuss, rettssikkerhet og retten til en rettfærdig rettergang» i *Denne brenner jeg for! Festskrift til Hege Brækhus*, red. Haugli, Gerrard, Hellum og Svensson, Fagbokforlaget 2020, s. 301–322, og Jon Christian Fløysvik Nordrums analyse av «rettslig systemrisiko» (under publisering).

7 Jan Fridthjof Bernt brukte uttrykket allerede i 2014 (se note 6), og min definisjon er en videreutvikling av hans. Uttrykket ble bl.a. også brukt i NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov — Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)*.

Velferdsforvaltningen gir kjerneeksempler på masseforvaltning. Folketrygden er illustrerende: NAV fatter flere millioner vedtak i året, NAV Klageinstans behandler omtrent 50 000 klager årlig, og i 2019 behandlet Trygderettens 62 årsverk til sammen 4 166 klagesaker.⁸ Regelverket består i stor grad av rettighetsbestemmelser, uten fritt skjønn for forvaltningen til å vurdere om stønader skal gis eller ikke. Samtidig er lovgivningen gjerne generell og standardpreget, og vilkårene kan gi stort rom for tolkning: Hva er «sykdom», og når er den «varig»?⁹ Når kan man si at en person «bidrar aktivt i prosessen med å komme i arbeid»?¹⁰ Flere tolkninger – smale og vide – kan la seg forsvare innenfor akseptabel rettslig argumentasjon.

På slike områder spiller forvaltningen en rettsskapende rolle, både reelt og formelt. Det skaper særlige former for sårbarhet for feil og har betydning for behovet for kontroll og forutsetningene for hvordan kontrollen kan og bør foregå. En gjennomtenkning av rettsikkerhetsspørsmål må derfor gå videre enn de klassiske spørsmålene i alminnelig forvaltningsrett, som gjerne sentrerer om hjemmelskrav, saksbehandling og begrunnelse i enkelt saker og domstolens adgang til å prøve ulike sider av enkeltvedtak.

3. Forvaltningens formelle rettsskapende rolle: Forvaltningspraksis som rettskilde

Trygderettslig lovgivning gir altså ikke alltid entydige svar. Hvilken rolle har da forvaltningen i å fastlegge rettens innhold? Dette spørsmålet ble berørt allerede i forarbeidene til trygderettsloven:¹¹

«[A]v praktiske omsyn [må lovgivningen] i mange spørsmål [...] nøye seg med å fastslå prinsippene og hovedreglene for behandlingen av vedkommende saker. Det blir administrasjonen selv som må trekke opp de nærmere retningslinjer og fastlegge praksis.»¹²

Detaljerte rundskriv er en måte å trekke opp retningslinjer på og dermed sikre en enhetlig praksis. De kan presisere reglene og gi retningslinjer for tolkning og subsumsjon. Rundskrivene har en dobbel modalitet: Dels er de *deskriptive*, ved å beskrive praksis som faktisk har funnet sted; dels er de *normative*, ved å fortelle rettsanvenderen hvordan retten skal forstås og anvendes.

Arbeids- og velferdsdirektoratet kan instruere underliggende etater, som NAV. At rundskriv i slike situasjoner kan utgjøre en instruks fra overordnet organ, viser forbindel-

8 Se Trygderetten, *Årsrapport 2019*, tilgjengelig fra <https://trygderetten.no/nb>.

9 Se f.eks. ftrl § 12-5.

10 Se f.eks. ftrl § 11-7.

11 Lov om anke til Trygderetten av 16. desember 1966, nr. 9 (trygderettsloven).

12 Ankelovutvalget 1965, «Innstilling om lov om anke til Trygderetten», s. 19. Innstillingen er vedlagt Ot.prp. nr. 5 (1966–67).

sene til de etablerte rettslige hierarkiene som gir instruksjonsmyndighet. Dette betyr også at rundskrivenes vekt varierer med hvilken rettsanvender det er snakk om: Rundskrivene har større betydning for den enkelte saksbehandler som fatter vedtak som første instans, enn for dommere som får saken på sitt bord.¹³ Direktoratet kan åpenbart ikke instruere domstolene, herunder Høyesterett, om hvordan loven er å forstå.

Slike hierarkier er imidlertid ikke hele historien om forvaltningens rettsskapende rolle. Når Arbeids- og velferdsdirektoratets valg mellom akseptable tolkningsalternativer kommer til uttrykk i rundskrivene, har dette ikke kun betydning for saksbehandleren i første instans. At hierarkiene ikke er ubetingede, er tydelig allerede i Eckhoffs kategorisering av forvaltningens praksis som en rettskilde også for domstolene.¹⁴ Realiteten i dette er tydelig i de mange avgjørelsene der Høyesterett selv viser til forvaltningspraksis, også NAVs rundskriv og praksis fra Trygderetten.

En setning fra Høyesterett i den såkalte *Skyggekjennelsen* blir gjerne sitert for å underbygge betydningen av Trygderettens kjennelser:

«Etter mitt syn må avgjørelser av Trygderetten tillegges vekt i den utstrekning de kan tas som uttrykk for eller har gitt seg utslag i en fast og konsistent praksis. Det som måtte være uttalt i den enkelte kjennelse, kan derimot ikke tillegges selvstendig rettskildemessig betydning.»¹⁵

Betydningen av dette generelle utsagnet bør likevel ikke trekkes for langt. I kjennelsen fremhever Høyesterett at det finnes konkrete holdepunkter i lovhistorie og forarbeider for at praksis skal tillegges vekt i det aktuelle tolkningsspørsmålet.¹⁶ Også i en rekke andre saker der Høyesterett har lagt vekt på forvaltningspraksis og rundskriv, blir dette knyttet til at andre kilder gir grunnlag for nettopp dette.¹⁷

I sum er det likevel klart at også Høyesterett lytter til de nærmere forståelser av retten som utvikles i forvaltningen, i tilfeller der de øvrige kildene gir rom for at flere tolkninger kan la seg forsvare. Hensyn til likebehandling og forutberegnelighet kan tale for dette også utenfor tilfeller der forarbeidene gir direkte anvisning på at forvaltningspraksis skal ha betydning. Forvaltningens praksis anerkjennes som et selvstendig argument for hva

13 Dette polysentri-argumentet – at rettskilder kan ha ulik betydning for ulike rettsanvendere – ble klart formulert av Henrik Zahle: «Polycentri i rettskildelæren», i *Samfunn, rett og rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, red. Bratholm, Opsahl og Aarbakke, TANO 1986, s. 752–756.

14 Se Christoffer C. Eriksen, «Forvaltningspraksis som rettskildefaktor», i *Juridisk tenkemåte og metode*, red. Høgberg og Sunde, Universitetsforlaget 2018, s. 254–294.

15 Rt. 2005 s. 1757, avsnitt 45.

16 Rt. 2005 s. 1757, avsnittene 43–44.

17 Se argumentasjonen i f.eks. Rt. 1995 s. 54 (s. 60–61), Rt. 2000 s. 248 (s. 228) og Rt. 2005 s. 548 (avsnittene 41–43). I tillegg kan det nevnes at selv om Høyesterett har vist til uttalelsen i *Skyggekjennelsen* i flere senere dommer, har man i to nokså nye saker modifisert ordvalget: Heller enn å si at kjennelsene «skal» ha rettskildemessig vekt, brukes nå «kan». Se HR-2019-2193A avsnitt 51 og HR-2020-1193A avsnitt 54. Tiden vil vise om dette er et signal om at Høyesterett vil ha en mer restriktiv tilnærming til Trygderettens kjennelser og annen forvaltningspraksis.

som er riktig rett – gitt at den både er noenlunde fast og konsistent og holder seg innenfor de rammene det samlede rettskildet bildet etablerer. Dette innebærer at forvaltningen formelt sett kan sies å ha en rettsskapende rolle.

4. Forvaltningens rettsskapende rolle i praksis: Rettskildesløyer

Domstolenes vektlegging av forvaltningspraksis gir imidlertid ikke noe fullstendig bilde av den betydning slik praksis har i den rettslige hverdagen. Høsten 2020 pekte Domstolkommisjonen på at domstolene i relativt liten grad fører kontroll med forvaltningen, og det gjelder både i antall saker og sammenlignet med andre land.¹⁸ Vide klagemuligheter i forvaltningen samt det store antallet nemnder og ombudsmannsordninger ble antatt å forklare dette. Når lovgivningen er standardpreget og generell og domstolene sjelden kommer på banen, vil verken lovgiver eller domstoler utgjøre senteret for presisering av rettsreglene. Dette gjør det viktig å se nærmere på hvordan rettsutvikling og kontroll fungerer også *utenfor* domstolene.

At forvaltningens rettskildebruk rent faktisk kan skille seg fra domstolenes, er kjent fra retts sosiologiske studier, karakterisert blant annet som «omvendt rettskildebruk» og «lex armlengde».¹⁹ Poenget er typisk at forvaltningen har en tendens til å lene seg tungt på de rettskilder som domstolene regner som «lette» – men som er detaljerte og enkelt tilgjengelige: rundskriv og interne praksisnotater og retningslinjer. Slike trekk ved argumentasjonen kan studeres i behandlingen av og argumentasjonen i enkeltsaker.²⁰

For å forstå den *samlede* betydningen av forvaltningens tendens til å legge vekt på kilder den selv har produsert, har jeg tidligere foreslått «rettskildesløyer» som et navn på prosessene der ulike typer av forvaltningstekster spiller sammen. Et eksempel finnes i studien jeg gjorde av hvordan praksis knyttet til pleiepengerettigheter etter folketrygdloven § 9-11 utviklet seg i perioden 1997–2005.²¹

I dette eksempelet hadde Stortinget under behandling av et lovforslag gjort en endring i ordlyden som var foreslått i proposisjonen fra regjeringen. Endringen ble imidlertid

18 NOU 2020: 11 *Den tredje statsmakt. Domstolene i endring*, kap. 7.

19 For noen grunnleggende studier, se Jon Bing og Trygve Harvold, *Rettskildebruk og informasjonssystemer*, Institutt for privatrett, UiO 1973 (om trygdeetaten); Johannes Brinkmann og Tørstein Eckhoff, *Ligningsfunksjonærers rettskildebruk*, 1976, og Kristian Andenæs, *Sosialomsorg i gode og onde dager*, Tano Aschehoug 1992.

20 For to interessante masteroppgaver i rettsvitenskap, se Hege Kristine Aakre, *Forvaltningens rettsoppfatninger i juridisk argumentasjon: Med et særlig blikk på betydningen av rettslige instruksjoner og veiledninger fra overordnede i utlendingsforvaltningen*, 2016, og Endre Refsdal, *NAV klage og anke – det nye klage og ankeorganet i NAV*, 2008. Begge tilgjengelig fra <https://www.duo.uio.no/>

21 Se Ingunn Ikdahl, «Pleie i hjemmet av varig svært alvorlig syke barn. Rettsutvikling i velferdsstaten», *Nordisk Socialrättslig Tidsskrift*, 2013, s. 227–293, og Ingunn Ikdahl, «Hvilken vekt skal man legge på Trygderettens praksis? Argumenter fra en empirisk studie av rettsutvikling i trygderettsforvaltningen», i *Cand.mag., cand.med., cand.jur., cand.alt – Festskrift til Aslak Syse*, red. Førde, Kjelland og Stridbeck, Gyldendal Juridisk 2016, s. 309–320.

ikke tydelig innarbeidet i det etterfølgende rundskrivet; tvert imot beholdt rundskrivet innslag fra det vilkåret som var foreslått i proposisjonen, men som Stortinget hadde forkastet. En enkeltstående avgjørelse fra Trygderetten ga uttrykk for å gjøre en selvstendig vurdering av rundskrivet opp mot det øvrige rettskildet bildet, men var i realiteten en ren gjengivelse av rundskrivet. Rettsregelen som ble uttalt i denne avgjørelsen, var problematisk i lys av Stortingets lovvedtak, men ble likevel tatt inn i nye versjoner av rundskrivet. Senere avgjørelser fra Trygderetten viste både til den konkrete saken og til rundskrivet som støtte for denne rettsregelen. Antallet kilder i forvaltningspraksis som uttrykte at denne rettsregelen var gjeldende rett, ble etter hvert omfattende, og både lovteksten og Stortingets uttalelser i forbindelse med denne forsvant helt av syne.

Her er vi ved det jeg betegner som en rettskildesløyfe: De ulike tekstene forvaltningen produserer, siterer hverandre og skaper en gjensidig forsterkende vekselvirkning som befester en spesifikk tolkning. Andre rettskilder skyves i økende grad i bakgrunnen.

Som dette eksempelet illustrerer, er vedtakelsen av en lovtekst bare et første skritt i rettsregelens liv. Regelens nøyaktige innhold blir presisert og konkretisert videre, slik at hver enkelt avgjørelse eller tolkningsuttalelse knyttet til den ikke bare er *anvendelse* av regelen: De er også skritt i retning av å *forme* regelen, ved å etablere en fast og konsistent praksis, som altså regnes som rettskilde i seg selv. Jo større kaskaden av enkeltstående tekster blir, jo sikrere kan den rettslige løsningen synes å være.

Slike rettskildesløyer er med på å sikre at forvaltningens praksis er enhetlig. Uansett hvilken saksbehandler du får, skal resultatet bli det samme. Rettskildesløyefene støtter opp under hensynene til effektivitet og likebehandling, men dette er først et gode dersom resultatet er riktig. I motsatt tilfelle kan de bidra til at enkeltstående feil får ringvirkninger og rammer mange, enten feilen stammer fra den enkelte rundskrivforfatter som misforstår EØS-retten eller tar utgangspunkt i proposisjonen heller enn stortingsdokumentene, eller skyldes at trygderettsdommeren stoler på rundskrivet. Slik kan systemsvikt og masseforvaltningsskandaler oppstå.

5. Blir masseforvaltningens praksis ofte nok bragt inn til kontroll?

Kontrollmekanismer utgjør en viktig forutsetning for rettssikkerhet, enten det er snakk om «vanlig» forvaltningsklage, nemnder, ombudsmannsordninger eller domstoler. Forvaltningspraksis må holdes innenfor de rammene som akseptabel juridisk argumentasjon etablerer, og kontrollordninger kan føre til at det oppdages feil i enkeltsaker, og dessuten forebygge at skjev praksis utvikler seg uimotsagt. En rettssikker velferdsforvaltning krever dermed at problematiske saker kommer til behandling hos kontrollorganene, og at disse evner å identifisere svakheter og skjevheter i enkeltvedtak og praksis. Trygdeskandalen gir eksempler på sårbarheter på begge disse punktene.

Et første poeng er om tvilsomme rettslige spørsmål kan unngå å bli løftet til rettslig kontroll overhodet. Rapporten fra regjeringens granskingsutvalg, *Blindsonen*, gir flere eksempler her:

Dels har det vært få saker initiert av *borgerne* selv i forbindelse med de spørsmålene trygdeskandalen gjaldt. Granskingsutvalget finner at domstolene kun har hatt to sivilrettslige saker til behandling som var direkte relevante for trygdeskandalen: en lagmannsrettsdom ble avsagt i 2008, og en sak ble forlikt da den sto for lagmannsretten i 2013.²² Trygderetten fikk naturlig nok flere saker til behandling, men det var fortsatt kun en svært liten andel av de mange tusen feilaktige vedtakene som ble klaget dit.²³

Det er ikke vanskelig å se mulige årsaker til at enkeltpersoner i liten grad selv bringer trygderettslige saker for domstolene, enten det gjelder spørsmålene fra trygdeskandalen eller andre rettslige spørsmål.²⁴ Mange mangler detaljert kunnskap om sine rettigheter, både etter nasjonal rett og etter EØS-retten. Å bruke advokat innebærer økonomiske kostnader, ordningen med fri rettshjelp er begrenset, og ikke alle kjenner til tiltak som Jussbuss! Den samlede belastningen ved å gå inn i en rettslig prosess er krevende og i mange tilfeller nær uoverstigelig, særlig dersom man allerede er i en livssituasjon med helsemessig og økonomisk sårbarhet.

Heller ikke *trygdeforvaltningen* tok nevneverdig initiativ til at deres rettslige forståelse ble kontrollert, selv ikke der det fantes konkret foranledning til dette før trygdeskandalen ble offentlig kjent høsten 2019. NAVs internrevisjon beskriver at tolkningsspørsmål ble problematisert innad i NAV flere ganger i perioden 2012–2017, uten at spørsmålet ble løftet tilstrekkelig til å bli avklart internt.²⁵ I sitt høringssvar til granskingsutvalgets rapport beskriver fagforeningen Akademikerne i NAV saksbehandlerens vansker med å få faglige avklaringer.²⁶

I 2012–2013 ble en svært relevant sak om sykepenge og opphold innen EØS-området tatt til lagmannsretten, men saken ble forlikt før det falt dom.²⁷ Heller ikke da fikk man altså noen autoritativ rettslig kontroll av problemstillingen.

22 NOU 2020: 9 *Blindsonen – Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholdskrav ved reiser i EØS-området*, punkt 12.6.

23 Trygderetten er et uavhengig forvaltningsorgan med visse domstolslignende trekk. Saker som har vært til behandling i Trygderetten, går direkte til lagmannsretten, slik at det ikke vil finnes tingrettspraksis. Gitt kapittelets fokusering på forvaltningsrett diskuterer jeg ikke straffesakene. Regjeringens granskingsutvalg oppgir at Trygderetten behandlet 159 saker innenfor utvalgets mandat etter 2012, NOU 2020: 9 *Blindsonen*, punkt 11.5.1.

24 NOU 2020: 9 *Blindsonen*, punkt 11.2.6 og 16.7. Se generelt Jorunn T. Jessen, «Forvaltningen og brukerne» i *De norske trygdene: Framvekst, forvaltning og fordeling*, red. Bay, Hatland, Hellevik og Koren, Gyldendal Akademisk 2010, s. 145–159.

25 NAVs internrevisjon, *Kartlegging av fakta i EØS-saken*, 2019, s. 26–37. Tilgjengelig her: <https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/kontakt-nav/feiltolkning-av-eos-reglene/internrevisjonens-rapport-kartlegging-av-fakta-i-eos-saken>

26 I høringssvaret står bl.a. følgende: «Fagnettverkene i NAV har i seg selv ingen faglig avklaringsmyndighet. Nettverket kan videreformidle faglige problemstillinger, men disse må avklares linjevei opp til direktoratet. I mellomtiden skjer det at saker blir behandlet uten at spørsmålet er endelig avklart.» «Hvis en saksbehandler har spørsmål eller innvendinger finnes det i dag ingen formelle kanaler for å avklare dette direkte.» Akademikerne i Nav, Høringssvar til NOU 2020: 9 *Blindsonen*, tilgjengelig her: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---nou-20209-blindsonen/id2724559/> (sitatene er fra hhv. s. 2 og s. 4).

27 Saken er omtalt i NOU 2020: 9 *Blindsonen*, punkt 11.5.2, 11.10.2, 14.3.3 og 14.4.5.

Høsten 2018 hadde Trygderetten en avklart praksis der deres forståelse av EØS-retten sto i strid med NAVs praktisering av regelverket. Det førte til diskusjoner mellom NAV Klageinstans, direktoratet og etter hvert også departementet langs to spor: dels om man skulle anke en av Trygderettens avgjørelser til lagmannsretten, dels om hvordan man skulle svare på Trygderettens varsel om at den ville forelegge spørsmålet om forståelsen av forordningens artikkel 21 for EFTA-domstolen. Også i disse sakene ble resultatet at praksis ble justert heller enn å utsette den for rettslig kontroll.²⁸

I kjølvannet av trygdeskandalen er det grunn til å undersøke nærmere hvor tilbakeholden den utøvende makt er med å la tvilsomme spørsmål bli avklart av domstolene. Fagforeningen Akademikerne i NAV har uttalt at Arbeids- og velferdsdirektoratet til tider har en «ubegrunnet vegring» mot å bringe saker til domstolene. De er skeptiske til dette: «En dom kan gi viktig og etterlenget avklaring, selv om NAV eventuelt taper saken. Etagens primære interesse for å få saker behandlet i domstolene, må jo være å skape klarhet omkring det rettslige utgangspunktet for vår praksis.»²⁹ I spørsmål der EFTA-domstolen er aktuell, kan også argumenter knyttet til statens «handlingsrom» under EØS-avtalen påvirke viljen til å få rettslig avklaring.³⁰

Imran Haider har diskutert prinsipielle problemer knyttet til at trygderettslige saker løses med forlik etter at det er tatt ut stevning.³¹ Slike forlik er ikke så sjeldne: Både i 2010 og 2011 ble det inngått åtte forlik på dette feltet. Et forlik kan være ressursbesparende og gi rom for uformelle møter og kreative løsninger, det fjerner prosessrisiko og kan åpne for å legge vekt på nye momenter. Haider peker imidlertid på flere grunner til at forlik også kan være problematiske. Styrkeforholdet mellom partene er ujevnt i disse sakene, og den enkelte risikerer ikke å få det vedkommende har rettskrav på, dersom forliket ikke er fullt ut i samsvar med riktig forståelse av loven. Forlik har også ulemper i systemperspektiv. Med Haiders ord (s. 203): «Et søksmål i en trygdesak er gjerne en god anledning til å gjennomgå forvaltningspraksis og foreta eventuelle justeringer.» Når det inngås forlik, får man ikke den systematiske kontroll med forvaltningspraksis som domstolene kan gi.

I 2003 uttrykte Makt- og demokratiutredningens flertall bekymring over at «rettsliggjøring» ville gi domstolene en styrket rolle på bekostning av demokratiet.³² Innenfor

28 NOU 2020: 9 *Blindsonen*, punkt 4.4, 11.7 og 15.2–15.3.

29 Akademikerne i Nav, Høringssvar til NOU 2020: 9 *Blindsonen*, tilgjengelig her: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---nou-20209-blindsonen/id2724559/>, s. 2.

30 Et brev fra direktoratet til departementet datert 24. januar 2019, kan illustrere dette: «Direktoratet er kommet til at norske myndigheters mulighet til selv å vurdere grensene for handlingsrommet er større dersom man på eget initiativ ved i større grad å anvende forordningens artikkel 21, endrer praksis slik at den kommer mer i tråd med Trygderettens syn. Dersom saken forelegges EFTA-domstolen vil vi kunne få en avgjørelse som definerer handlingsrommet snevrere.» Et notat fra departementet 20. februar, og statsrådets tilbakemelding 21. februar, går i lignende retning. NOU 2020: 9 *Blindsonen*, punkt 18.4.2.

31 Imran Haider, «Statens forlikspraksis i trygdesaker», i *Velferd og rettferd. Festskrift til Asbjørn Kjønsdal 70 år*, red. Ketscher, Lilleholt, Smith og Syse, Gyldendal Juridisk 2013, s. 197–210.

32 NOU 2003: 19 *Makt og demokrati*, punkt 6. I ettertid har disse konklusjonene blitt kritisert, bl.a. fordi rettsliggjøringen, med stadig mer omfattende og detaljert regulering på en rekke samfunnsområder, også kan snevre inn domstolens rolle og makt når de får saker til behandling. For denne artikkelens tema er det likevel *fraværet* av domstolene som er karakteristisk.

velferdsforvaltningen er imidlertid *fraværet* av domstolene mer karakteristisk. Selv på felt der praksis er avgjørende for svært mange personers livsforhold, blir domstolene bare sjelden bedt om å prøve forvaltningens vedtak. Det er altså forvaltningen, snarere enn domstolene, som utøver makt uten å bli kontrollert. Dersom rettslig kontroll med masseforvaltningens praksis er utenfor rekkevidde for den enkelte borger og uønsket fra forvaltningen selv, er dette i seg selv et rettssikkerhetsproblem.

6. Kontrollmekanismenes evne til å fange opp systemfeil

At kontrollmekanismene får saker til behandling, er ingen fullstendig rettssikkerhetsgaranti. Også i de tilfellene der Trygderetten mottok og behandlet klagesaker i trygdeskandalekomplekset, ble EØS-retten i lang tid oversett eller feiltolket.³³ Det samme gjaldt for straffesakene som ble behandlet av domstoler, fra tingrett til Høyesterett.³⁴

En rekke faktorer kan forklare dette, inkludert lovgivningsteknikk, spesialisering og sektororganisering, tidspress – og tillit. Betydningen av EØS-retten er lite synlig i folketrygdlovens tekst,³⁵ og EØS-tilfellene er skilt ut til behandling i et eget rundskriv i stedet for å være integrert i de rundskrivene som ellers omhandler den enkelte trygdeytelse.³⁶ Både saksbehandlere, advokater, forsvarere, påtalemyndighet og dommere kan ha manglende kjennskap til enten EØS-rett eller trygderett eller til begge deler. Samtidig er det ofte begrenset tid til å gå de juridiske argumentene nøye etter i sømmene, og ulike aktører har ofte tillit (som kan være velbegrunnet!) til at andre har vurdert konkrete tolknings-spørsmål riktig og grundig tidligere.³⁷ Disse faktorene er ikke bare aktuelle i saker med EØS-rettslige dimensjoner.

Også «rettskildesløyferne» diskutert i punkt 4 ovenfor kan vanskeliggjøre kontrollen med forvaltningens praksis. Når praksis er omfattende og konsistent og den samme forståelse av rettsregelen kommer til uttrykk både generelt i rundskriv og i en rekke enkeltavgjørelser fra klageorganer som Trygderetten, kan den rettslige begrunnelsen som praksisen springer ut av, bli mindre synlig. Dette gjør det krevende for kontrollmekanismene å avdekke skjevheter, hull og feil i argumentene.

³³ NOU 2020: 9 *Blindsonen*, punkt 11.5.

³⁴ NOU 2020: 9 *Blindsonen*, punkt 12.4 og 12.5, se også særmerknadene fra utvalgsmedlemmet Midthjell i punkt 18.3.

³⁵ Formelt er dette forankret i folketrygdloven § 1-3, som ikke eksplisitt nevner EØS. Forskrift om inkorporasjon av trygdeforordningene i EØS-avtalen (FOR-2012-06-22-585) § 1 angir at åtte nevnte norske lover skal «fravikes i den utstrekning det er nødvendig i henhold til» 18 nevnte forordninger. Forskriften gir (av gode grunner) ingen innholdsmessig gjennomgang av hva dette innebærer i praksis. En omfattende analyse av forholdet mellom norsk trygdlovgivning og internasjonale forpliktelser finnes i NOU 2021: 8 *Trygd over landegrensene. Gjennomføring og synliggjøring av Norges trygdekoordineringsforpliktelser*.

³⁶ Hvordan reglene om arbeidsavklaringspenger skal praktiseres, er dermed dels omtalt i «Rundskriv til ftrl kap 11 – Arbeidsavklaringspenger» (R11-00), dels i «Hovednr. 45 – Rundskriv til EØS-avtalens bestemmelser om trygd» (R45-00) kapittel 11.

³⁷ Ingunn Ikdahl, «Rettsikkerhet i velferdsstaten», *Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål*, 2020, s. 3–6.

Paradoksalt nok kan det dermed være vanskeligere for kontrollorganene å få øye på feil i forvaltningspraksis dersom feilen er begått i et stort antall tilfeller – som resultat av fast og konsistent praksis – enn der feilen kun har skjedd i én enkelt sak. Systematiske feil sniker seg lettere under radaren.

7. Systematisk oppfølging av rettslige avklaringer

Enten det er Trygderetten eller domstolene som opptrer som kontrollorgan i trygdesaker, blir forvaltningens praksis kontrollert i enkeltsaker – ikke på systemnivå. Der det blir konstatert feil i forståelsen eller anvendelsen av rettsreglene, får det kun virkning for den aktuelle saken.³⁸ I en vurdering av forutsetningene for rettssikkerhet i masseforvaltningen peker dette mot nye spørsmål: Hvilken betydning får rettslige avklaringer i én sak for saker som *ligner*, og som behandles etter de samme rundskriv, maler og retningslinjer? Hvordan sikres at like saker behandles både likt – og riktig?

Spørsmål knyttet til oppfølging av rettslige avklaringer kan forekomme i tilfeller der forvaltningen endrer et enkeltvedtak etter å ha tapt en rettssak, men ikke retter seg etter domstolens forståelse av rettsregelen i senere saker om samme spørsmål. Ett eksempel kom i etterkant av at staten hadde tapt en sak om uføretrygd i lagmannsretten i 2014. I neste oppdatering av rundskrivet ble dommen omtalt med følgende kommentar: «Dette er etter direktoratets oppfatning feil rettsanvendelse. Dommen er derfor ikke retningsgivende for Navs praksis.» Hensynet til den private parten kan gjøre det offentlige tilbakeholdent med å anke, selv om man er uenig i den forståelsen av gjeldende rett som kommer til uttrykk i avgjørelsen. Det synes å ha vært tilfelle i denne saken. På systemnivå er det imidlertid svært problematisk dersom forvaltningen *verken* anker *eller* bøyer seg for domstolens forståelse av retten. En anke kan være krevende for enkeltpersonen det gjelder, men faren for å videreføre feil i senere saker er også problematisk. Et rundskriv som ber saksbehandlere se bort fra en avsagt lagmannsrettsdom, kan ikke pålegge dem å vike fra juridisk metode, men vil skape fare for både forskjellsbehandling og videreføring av feil.

Betydningen av endringer i enkeltsaker for eksisterende praksis reiser også spørsmål i situasjoner der enkeltsaker blir omgjort under klagebehandling i forvaltningen eller forlikes når de står for domstolene. Likhetsprinsippet i forvaltningen blir utfordret dersom det opprinnelige vedtaket var i samsvar med forvaltningens rundskriv og/eller praksis, mens en omgjøring som kommer den private til gode, bygger på en annen forståelse av rettsregelen. Likebehandlingsprinsippet tilsier da at den mer gunstige forståelsen også legges til grunn i andre saker.³⁹ At *verken* forlik eller vedtak som har blitt omgjort, er offentlig tilgjengelige, gjør det imidlertid nær umulig for andre i samme situasjon å påberope seg dem.⁴⁰ Det gjør det desto viktigere at endringer følges opp av forvaltningen selv.

³⁸ At saksutfallet blir annerledes i klageomganger, eller at saker forlikes, kan selvsagt også ha andre grunner, f.eks. at ny dokumentasjon gjør at faktum vurderes annerledes. Dette reiser ikke de samme prinsipielle problemene.

³⁹ NOU 2020: 9 *Blindsonen*, punkt 16.5.

⁴⁰ Se Haider (2013) s. 203.

Dersom flere tolkningsalternativ kan la seg forsvare og rekkevidden av en enkeltstående omgjøring, kjennelse eller dom er uklar, kan det finnes grunner til å søke nærmere avklaringer før man legger om praksis. Dette stiller seg imidlertid annerledes i situasjoner der det ikke er snakk om valg mellom flere rettslig akseptable tolkninger, men direkte feil. Dette kan for eksempel skyldes at praksis har oversett eller misforstått sentrale rettslige argumenter. Behovet for rask og systematisk oppfølging for å unngå videre feil er da akutt.

Fravær av både offentlighet og intern oppfølging i etterkant av avklaringer eller omgjøringer kan bety at direkte feilaktig praksis videreføres. I trygdeskandalen virker forliket som ble inngått i 2013, å illustrere dette: En person hadde fått avslag på sykepenger fordi han hadde oppholdt seg i Spania. Han klaget avslaget til lagmannsretten, blant annet fordi han mente dette stred mot EØS-retten. Saken ble imidlertid forlikt før domstolens behandling, da NAV omgjorde avslaget etter bistand fra Regjeringsadvokaten og kontakt med departementet. Omgjøringen i denne saken var prinsipielt begrunnet, i de alminnelige regler om fri bevegelighet i EØS-området, men førte imidlertid ikke til endring av rundskriv eller av praksis i andre saker.⁴¹ Hadde dette skjedd, kunne trygdeskandalen bli stoppet på et langt tidligere tidspunkt.

Som nevnt innledningsvis er et typisk trekk ved masseforvaltningen at saker forutsettes håndtert nokså rutinemessig. Nettopp de virkemidlene masseforvaltningen bruker for å sikre at slik rutinemessig praksis blir enhetlig, vil være viktige virkemidler for å sikre at en rettslig avklaring også gis virkning for andre saker. Rettslige avklaringer må følges opp i rundskriv, interne retningslinjer, praksisnotater, maler osv., ikke kun i den enkelte sak.

En retts sikker masseforvaltning må altså etablere gode *tilbakemeldingssystemer*, der avklaringer i enkeltsaker fanges opp og fører til endringer i praksis generelt. Slik kan uheldige rettskildesløyer brytes.

8. Et blick fremover: Digitalisering og rettsikkerhet

Forvaltningen er i rask endring. Digitalisering er i ferd med å sette merkbart preg på norsk forvaltning, og regjeringen har høye ambisjoner på feltet.⁴² NAV ligger langt fremme i å utforske nye muligheter og utvikle nye løsninger. Digital kommunikasjon med brukere, selvbetjeningsløsninger for søknader og innsyn, digitalisering av skjemaer og maler, ulike former for beslutningsstøtte, automatiserte beslutninger, deling av data, automatisert kontroll og bruk av kunstig intelligens i analysearbeid generelt og til støtte i saksbehandling er eksempler på tiltak som er vurdert, under planlegging eller allerede

41 NOU 2020: 9 *Blindsonen*, punkt 11.5.2.

42 Se f.eks. *En digital offentlig sektor. Digitaliseringsstrategi for offentlig sektor 2019-2025*, Kommunal- og moderniseringsdepartementet 2019; *Nasjonal strategi for kunstig intelligens*, Kommunal- og moderniseringsdepartementet 2020; *En innovativ offentlig sektor — Kultur, ledelse og kompetanse* (Meld. St. 30 (2019–2020), særlig kapittel 6.

igangsatt. Høsten 2020 fikk NAV en generell hjemmel for helautomatisert saksbehandling.⁴³

Digitale løsninger åpner nye muligheter for masseforvaltningen. De kan styrke velferdsforvaltningens evne til å gjennomføre lovverket det forvalter: Hvis rutinemessige oppgaver kan automatiseres, kan saksbehandlerne bruke sin tid på spørsmål som krever mer sammensatte vurderinger og tettere oppfølging.⁴⁴ Det har imidlertid heller ikke mangel på advarsler om hvordan teknologisk utvikling kan skape farer for grunnleggende rettigheter og verdier i forvaltningen – og for borgernes rettsikkerhet.⁴⁵ Hvordan digitalisering, maskinlæring, beslutningsstøtte og helautomatiserte beslutninger kan påvirke dagens rettskildesløyer, prosesser og metode i forvaltningens praksis, vet vi fortsatt lite om.

Dette kapittelet har, med utgangspunkt i trygdeskandalen, pekt på svakheter ved forvaltningen som kan bidra til omfattende og vedvarende feil. Forvaltningen spiller en rettskapende rolle, blant annet gjennom *rettskildesløyer*. Domstoler og andre kontrollorganer blir i begrenset grad brukt til å sikre autoritative avklaringer ved tolkningstvil, og kontrollorganene oppdager heller ikke alltid brede, systematiske feil ved fast praksis. Dersom feil blir oppdaget eller praksis blir endret i enkelte saker, kan fravær av *tilbakemeldingssystemer* bety at praksisen likevel fortsetter som før i andre saker.

Samlet innebærer dette at når forvaltningen har preg av «masseforvaltning», der beslutningene forutsettes håndtert rutinemessig snarere enn gjennom individuelle og skjønnsmessige vurderinger, oppstår det utfordringer for rettsikkerheten som i liten grad kan løses gjennom saksbehandlingsregler for den enkelte sak. Å møte disse utfordringene krever særlig oppmerksomhet om virkemidler og prosesser som gjør det mulig å behandle store antall saker effektivt og likt: rundskriv, maler, standardisering, rettskildesløyer, mekanismer for oppfølging. Ulike former for digitalisering og automatisering vil bli del av dette bildet.

Dette kapittelet peker dermed mot noen typer av lærdommer også for arbeidet med digitalisering av forvaltningen.

Når forvaltningen utformer hjelpemidler for at nokså rutinepregede saker skal behandles effektivt og enhetlig, kan dette i praksis være utøvelse av en *rettskapende rolle*. Enten dette skjer gjennom tradisjonelle rundskriv eller beslutningsstøtte basert på avansert maskinlæring, må de juridiske vurderingene som ligger til grunn, være grundige. Feil og skjevheter kan være vanskelige å oppdage i ettertid, blant annet fordi rettskildesløyer fører til at motargumenter kan forsvinne ut av syne. Når forvaltningen former

43 Lov om arbeids- og velferdsforvaltningen av 16. juni 2005 nr. 20 (NAV-loven) § 4a annet ledd, se Prop. 135 L (2019–2020). Automatisert saksbehandling hadde da vist seg nyttig for å kunne håndtere den enorme mengden saker NAV fikk da covid-19-pandemien traff Norge våren 2020.

44 Se f.eks. Meld. St. 33 (2015–2016), *Nav i en ny tid – for arbeid og aktivitet*, punkt 3.2.1.

45 Det finnes en stor og raskt voksende kritisk litteratur om digitalisering og velferdsstater. For noen eksempler, se rapporten fra FN's spesialrapportør for ekstrem fattigdom og menneskerettigheter, Philip Alston, om den digitale velferdsstaten, UN Doc A/74/48037 (2019); Virginia Eubanks, *Automating Inequality: How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, St. Martin's Press 2018), og Lina Dencik og Anne Kaun (red.), *Datafication and the Welfare State*, *Global Perspectives* 2020 1 (1): 12912.

retten gjennom hjelpemidler for den enkelte saksbehandler, må både tid, ressurser og personene som deltar, sikre at det kan gjøres godt juridisk håndverk.

For *kontrollorganene* kan automatisering og kunstig intelligens gjøre det enda mer krevende å se «bak» forvaltningens praksis for å etterprøve de rettslige argumentene praksisen hviler på. Det er åpenbart at teknologi effektivt kan bidra til å finne tilfeller der enkeltsaker avviker fra etablert praksis. At også etablert praksis kan bygge på dårlige eller feilaktige rettslige vurderinger, betyr at også andre typer feilsøk må gjøres.

Endelig vil behovet for gode *tilbakemeldingssystemer* vedvare. Gode digitale løsninger gjør det enkelt å justere når man blir oppmerksom på at nye avgjørelser eller uttalelser taler for endringer. Enda bedre digitale løsninger hjelper til med å fange opp mulige behov for endringer – enten det er snakk om en avgjørelse fra Trygderetten som nettopp handler om den aktuelle bestemmelsen, eller en tolkningsuttalelse fra EU-domstolen som muligens også kaster lys over norsk rett.

Trygdeskandalen illustrerer utfordringer for masseforvaltningen og behovet for systematisk arbeid for å unngå at feil som oppstår, får vedvare og vokse. Vedlikehold på et tidlig tidspunkt er billigere enn reparasjon. Brukt godt kan digitalisering bidra til å gjøre arbeidet med forvaltningens rettssikkerhet systematisk og effektivt. Det krever godt samarbeid mellom juridisk og teknologisk kompetanse, også i hverdagens vedlikeholdsarbeid.
