

Tre modeller av forvaltningsatferd

Hvordan fatte riktige beslutninger?

Erik Oddvar Eriksen

professor, Arena Senter for europaforskning, Universitetet i Oslo

e.o.eriksen@arena.uio.no

Den største forvaltningsskandalen i nyere norsk historie viser at styringsmodellen som forårsaket skandalen, har behov for å erstattes. En modell som tar hensyn til kompleksiteten i forholdet mellom flere styringsnivåer, samt legale og praktiske hensyn, har noen klare fordeler.

Innledning

Offentlige forvaltningsorganer er komplekse organisasjoner som skal ivareta ulike hensyn.¹ Over tid har nye yrkesgrupper og profesjoner blitt ansatt for å løse problemer og realisere ulike samfunnsmessige mål. Offentlige ansatte anvender regler når de behandler saker, men er også pålagt å bruke skjønn. Forvaltningen skal ivareta det allmenne vel og beskytte borgernes rettigheter, men kan trå feil, slik vi så i den såkalte Trygdeskandalen i NAV. Brukere ble på uriktig grunnlag nektet utbetalinger, og mange fikk bøter og endog fengsel for å ha brutt kravet om opphold i Norge for å få arbeidsavklaringspenger og andre ytelser.

Det kan være ulike årsaker til at feil oppstår. Fra forskningen vet vi at offentlig forvaltning er karakterisert av uformelle praksiser, tradisjoner og kulturer som påvirker beslutningsfatningen. Forvaltningen, som er forpliktet på legalitetsprinsippet om at det må være et rettslig grunnlag for å utøve myndighet overfor borgerne, kan likevel forstå og praktisere regler ulikt. Til dette bildet hører det at nasjonale forvaltningsorganer kan misforstå, feiltolke eller ignorere EU-retten. Det er ikke likhet for loven når anvendelsen av den varierer med administrativ praksis. Manglende eller ufullstendig inkorporering og applisering av EU-retten er en kilde til feil og rettssikkerhetsproblemer.

Hvordan kan vi sikre en rettssikker forvaltningspraksis i europeiseringens tidsalder, hvor komplekse hensyn skal harmoniseres? Det kan skilles mellom tre prinsipielt forskjell-

1. Denne artikkelen trekker på E.O. Eriksen: «Three modes of administrative behaviour: differentiated policy implementation and the problem of legal certainty», publisert i *Journal of European Public Policy*, 2022, 1–20, DOI: <https://doi.org/10.1080/13501763.2022.2125047>, og er et ledd i COMPLEX prosjektet Rettssikkerhet i NAV: Prinsippstyrt begrunnelse (RETTTS) ved ARENA Senter for europaforskning (uio.no)

lige modeller av administrative praksiser. Den *instrumentelle modellen*, *advokatmodellen* og *harmoniseringsmodellen*. Før vi spesifiserer disse, skal vi kort se på konteksten for moderne myndighetsutøvelse.

En europeisert forvaltning

EØS-retten og menneskerettighetene går på tvers av ulike rettsområder og stiller nye normative krav til saksbehandlingen. I trygdeskandalen er EØS-avtalen med sitt krav om lik virkning av rettsakter avgjørende.² Dette kravet er i utgangspunktet paradoksalt ettersom EØS-avtalen er en folkerettslig avtale hvor EUs prinsipper om forrang og direkte effekt av unionens rettsakter ikke gjelder. Men siden de fire friheter – fri bevegelse av personer, varer, kapital og tjenester – er en del av EØS-avtalen, gjelder bestemmelsene i avtalen som «norsk lov» i henhold til EØS-loven § 1. EU-retten krever at det nasjonale lovverket må være klart, presist og forutberegnelig dersom restriksjonene i de fire friheter skal kunne rettferdiggjøres. Problemer kan imidlertid oppstå fordi det er nasjonale forvaltningsorganer – direktorater og tilsyn knyttet til transnasjonale EU-byråer – som iverksetter EUs rettsakter. Beslutningstakerne må forholde seg til flere rettskilder, både nasjonale og overnasjonale. På trygdeområdet er disse gitt som forordninger, som etter EØS-avtalens artikkel 7 skal gjennomføres ved inkorporasjon. De skal gjøres til en del av avtalepartenes interne rettsorden. Her oppstår lett uoversiktighet og problemer for prinsippet om forutberegnelige beslutninger.³ Beslutningstakere har på seg to eller flere hatter, noe som reiser ulike hensyn, og som ikke alltid er enkelt å forene.⁴

Ofte knyttes rettssikkerhet til forutsigbarhet og legalitet – om koherent regelanvendelse, men ofte også til upartiskhet og nøytralitet i møte med verdier. I tillegg til rettssikkerhet kommer de andre forvaltningsverdiene om demokrati, effektivitet og faglig integritet som dels overlapper og dels konkurrerer med rettssikkerhetsverdien.⁵ Når skjønn skal utøves, må ulike hensyn fortolkes og avveies i en praktisk kontekst, men generelt gjelder det at rettssikkerhet er spørsmål om riktig, dvs. rasjonelt akseptabel, lovanvendelse.

Det er grenser og rammer for forvaltningsskjønnet, men hvordan det forstås og anvendes, gjør en forskjell. Regler praktiserer ikke seg selv, men av offentlig ansatte, som har sine verdier og forforståelser – «fordommer». Effekten av rettsakter avhenger av hvordan aktører forstår og bruker regler. Forskning har avdekket kulturforskjeller, betydningen av heuristikker, fortolkningsrammer og ulike «stiler» i administrativ beslutningsfatning.⁶ Vi skisserer tre prinsipielt forskjellige modeller av administrativ praksis basert på de tre verdiene *nøyaktighet*, *effektivitet* og *rettferdighet*, som alle under bestemte vilkår kan føre til retts sikre, riktige beslutninger.

En instrumentell modell har vi med å gjøre når praksisen er styrt av formelle regler, instrumentelle mål-middel-vurderinger og et klart mandat. Beslutningsfatningen styres av resonnering med grunnlag i standardprosedyrer og følger en subsumsjonslogikk. Den forutsetter et kjent handlingsmiljø og klarhet om regler og mål-middel-sammenhenger. Denne modellen antar at det ikke er noen forsøk fra forvaltningen på å tilpasse beslut-

2. Begrepet «rettsakter» omfatter forordninger, direktiver, avgjørelser, henstillinger og uttalelser.

3. Se NOU (2021: 8. s. 18). *Trygd over landegrensene: Gjennomføring og synliggjøring av Norges trygdekoordineringsforpliktelser*, Oslo: Arbeids- og sosialdepartementet.

4. Se Egeberg, M. og Trondal, J. 'Nasjonal administrative suverenitet – myte eller realitet?', i E.O. Eriksen og J.E. Fossum (red). *Det norske paradoks. Om Norges forhold til den Europeiske union*. Universitetsforlaget 2014.

5. Se Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2019) Retningslinjer: Om forholdet mellom politisk ledelse og embetsverk: syv plikter for embetsverket. Oslo: Kommunal- og moderniseringsdepartementet.

6. Se Knill, C., Bayerlein, L. og Enkler, J. 'Bureaucratic influence and administrative styles in international organizations', *The Review of International Organizations*, (2019) 14(1) s. 83–106.



NAV-skandalen er bakgrunnen for forfatterens presentasjon av to utilstrekkelige og en mer lovende modell for styring. Bildet er fra pressekonferansen i oktober 2018 hvor skandalen ble avslørt av daværende f.v NAV-direktør, statsråd og riksadvokat. Foto Tore Kristiansen, VG

ningsfatningen til en spesiell politikk. Det gjelder å gjøre bruk av en etablert kunnskapsbase og å følge en verdinøytral logikk når regler skal appliseres. Det er formell og rigorøs likebehandling som gjelder. Den primære verdien her er *nøyaktighet*; det gjelder å kunne vise til et sikkert og verifisert kunnskapsgrunnlag for sine handlinger. Vi har her å gjøre med et formalistisk rettssikkerhetsbegrep med basis i de stadfestete kravene til saksbehandling.

I praksis kan det vise seg at denne beslutningsmodellen ikke er nøytral. Den kan reflektere en partikulær kunnskapsbase, et valg, en problematisk verdiprioritering og kan gi opphav til feil rettsanvendelse. Forvaltningen går fram som om det var ett enkelt kriterium for riktig saksbehandling også i sammensatte saker. Når verden er omskiftelig, målene og rettskildene er flere, og kunnskapsbasen og reglene må fortolkes, vil en slik modell kunne gi opphav til uklarheter og misforståelser. I denne modellen oppstår feil fordi beslutningstakerne overser lovverkets og handlingsmiljøets kompleksitet. Det er ikke alltid gitt hva som er en riktig beslutning.

Ekspertkommissjonen som ble oppnevnt, forklarte NAV-skandalen med at EØS var en blindsoner for beslutningstakerne, med manglende kommunikasjon og oppfølging fra departementet.⁷ Feilene skyldes at beslutningstakerne brukte en for smal kunnskapsbase hvor EU-retten og EØS-avtalens prinsipper ble sjaltet ut. Trygdeskandalen oppsto fordi NAV forholdt seg til en norsk regel som krevde obligatorisk opphold i Norge for å motta arbeidsavklaringspenger. Denne regelen kolliderte med en EU-regulering som krevde likebehandling uansett hvor en oppholdt seg innenfor EØS/EU-området. Problemet med denne forklaringen er at noen visste; noen var ikke i «blindsonen».

7. NOU (2020: 9). *Blindsonen – Gransking av feilpraktiseringen av folketrygdlovens oppholds krav ved reiser i EØS-området*. Oslo: Arbeids- og sosialdepartementet og Justis- og beredskapsdepartementet.

Advokatmodellen betegner en praksis som er innrettet mot å oppfylle *politiske* mål, ikke bare de som er nedfelt i mandat, lover og formelle regler. Legalitetsprinsippet om at forvaltningen må ha hjemmel i lov for å innskrenke borgernes rettigheter, kan gi liten handlingsveiledning, og det kan trenge flere premisser for å rekke fram til en presumptivt riktig beslutning i spesifikke saker. Vi har her med et substansielt rettssikkerhetsbegrep å gjøre, hvor *effektiv oppnåelse* av et bestemt resultat er den primære verdien. Saksbehandlerne har en mer eller mindre intuitiv oppfatning av hva som er riktig lovanvendelse, grunnet de profesjonsstandardene og verdiene som gjelder for yrkesgruppen. En slik praksis basert på beslutningstakernes sosialisering og etikk kan gi opphav til feil når verdioppfatninger og politiske mål kolliderer med legale normer.

Her er det snakk om en institusjons- og politikkspesifikk fortolkning av rettsakter heller enn et enkelt avvik fra dem. Advokatmodellen uttrykker en holdning til hvordan man etterlever forpliktelser, ved å sette dem inn i en større sammenheng. Det kan gå på å utnytte smutthull eller tomrom i regelverket for å realisere politiske mål. Forvaltningen har autonomi og skal bruke skjønn, noe som kan gi opphav til en ide om et *slingringsrom* som muliggjør en selektiv anvendelse av EU-regler. I denne modellen er mandatet fortolket videre og mer substansielt enn i den instrumentelle modellen. Her blir et større verdikompleks, som kan gi opphav til konflikter, synlig. I denne modellen er det ikke ressurser for løse verdikonflikter og normkollisjoner gjennom en kunnskapsbasert og argumentativ avklaring av hva skal gjelde. Ofte anser en at det er uoverstigelige motsetninger mellom ulike etiske hensyn og mellom plikter og rettigheter. Når verdikonflikter oppfattes å være uløselige, kan de bare håndteres gjennom administrative «triks». De blir heller løst på politiske enn på rettslige premisser.

Vi ser denne modellen når beslutningsfatningen styres av verdier og hensyn som viser utover de som kan utledes fra legalitetsprinsippet. Med referanse til trygdeskandalen blir forklaringen at EU-retten blir behandlet som en strategisk ressurs som det er mulig å ignorere når den kolliderer med det politiske målet om å hindre *trygdeeksport*. Mange var uvitende om rettstilstanden. Noen hadde imidlertid kunnskap om at det var et problem. De kjente til kravene i EØS-avtalen og sa fra om usikkerhet med hensyn til hva som var riktig rettsanvendelse, men dette ble ikke avklart av departementet.⁸ Allerede fire år før trygdeskandalen i NAV ble kjent, slo en intern departementsutredning fast at Norge etter EØS-retten ikke kunne nekte mottakere av trygdeytelser å ta dem med til andre land.⁹ Denne rapporten som bare delvis er offentligjort, kom i stand fordi regjeringen ville avklare handlingsrommet. Oppgaven var å finne ordninger som kunne begrense adgangen til å ta velferdsytelser med seg til utlandet – forslag som kunne omgå hovedregelen om fri bevegelse. Innvandringsskepsis og det tverrpolitiske ønsket om å hindre trygdeeksport ser ut til å være det som forårsaket trygdeskandalen.¹⁰

Harmoniseringsmodellen forstår administrative organer som relativt autonome og som bestående av flere mål og kunnskapsbaser. Her begripes administrasjoner som inter-institusjonelle og avhengig av god kommunikasjon både internt og eksternt for å kunne forene ulike hensyn på en riktig og rettssikker måte.¹¹ Her er vi på sporet av et proseduralt rettssikkerhetsbegrep basert på argumentasjonsrasjonalitet.

8. Se NOU, 2020: 9, s. 269.

9. Rapport (2014). Eksport av velferdsytelser. *En gjennomgang av problemstillinger knyttet til eksport av velferdsytelser*. Rapport fra interdepartemental arbeidsgruppe.

10. Se også Pavone, T., og Stiansen, Ø. The shadow effect of courts: Judicial review and the politics of preemptive reform. *American Political Science Review*, (2021) 116(1) s. 1–15.

11. Eriksen, A. Accountability and Inter-Institutional Respect, i Eriksen, E.O. (red.). *The Accountability of Expertise. Making the unelected safe for democracy*, London: Routledge 2022.

Modellen kommer til sin rett under betingelser av kompleksitet, når reglene og målene er flere og framgangsmåtene ikke er entydig fastlagte – når det kreves kunnskap om den politiske konteksten og lovgiverens begrunnelse. Når forvaltningsorganer bruker skjønn og nyter en viss autonomi, kan de drives av en harmoniseringslogikk orientert mot å få til konsistens mellom legale og praktiske hensyn. Gjennom begrunnelse og rettfærdiggjørende argumenter søker beslutningstakerne å forene ulike hensyn i fortolkningen og appliseringen av retten. Denne handlingsmodusen anerkjenner verdikomplekset og den mulige konflikten mellom verdier, men antar at tvister kan løses gjennom en fortolkende praksis som forholder seg til mandat så vel som til relevante rettslige kilder. Verdier og normer gir handlingsveiledning, men hva de betyr, er ikke utvetydig gitt. Betydning og operasjonalisering fastlegges gjennom sams argumentasjon i henhold til standarder om legal og profesjonell integritet, og som relaterer fortolkningsprosessen til kontekstoverskridende kunnskapskrav. I denne modellen er det antatt at en aktiv, felles fortolkning av rettsakter sikrer en harmoniserende praksis, hvor en tar hensyn til både nasjonal og overnasjonal rett. Hypotesen her er at trygdeskandalen oppsto på grunn av strukturelle barrierer for en uhildet fortolkning av forpliktelser. Manglende deltakelse i EUs lovgivningsprosesser fører til manglende forståelse av den politiske konteksten for rettigheter, noe som hindrer begrunnelsesoverføringen mellom lovgiveren og lovanvenderne.

Nå er det imidlertid noe uklart om det var Norges spesielle EU-tilknytning gjennom EØS-avtalen – og det såkalte handlingsrommet – som var opphavet til skandalen. Også en av EUs grunnleggere, Nederland, hadde sin trygdeskandale. Denne fikk politiske konsekvenser og ledet til langvarig regjeringsskandale. I Nederland ble nærmere 35 000 personer i 94 % av sakene grunnløst anklaget for bedrageri i forbindelse med forhåndsutbetaling av stønad til barnepass mellom 2012 og 2019.¹² I Norge var det ønsket om å redusere trygdeeksport som var utslagsgivende for feilpraktiseringen av regelverket. I Nederland var det mistanken om trygdemisbruk som forårsaket skandalen. I begge landene var det innvandrene som var i fokus.

Harmoniseringsmodellens krav til integrering av ulike hensyn gjennom argumentativ rådslagning i en kompleks institusjonell kontekst ble ikke oppfylt. Ekspertkommisjonens oppfatning av hvordan ting bør være, er imidlertid informert av denne modellen. Det er denne som ligger til grunn for kritikken av forvaltningspraksisen i NAV når det rapporteres om manglende kunnskap, kritisk tenkning, svak opplæring og begrenset kommunikasjon: «Nav har vært preget av en forvaltningskultur med klare svakheter. Det har ikke vært tradisjon for å stille spørsmål ved etablerte sannheter eller si fra om problemstillinger som ikke er ens eget ansvar.»¹³ Også de identifiserte læringspunktene og botemidlene som foreslås, viser tilbake på harmoniseringsmodellens prosedurale rettsikkerhetsbegrep.

Konklusjon

Disse modellene gir opphav til en forventning om riktige, rettssikre beslutninger under bestemte betingelser. Når mål og verdier er avklart og handlingsmiljøet er stabilt og oversiktlig, vil handlinger i overensstemmelse med den instrumentelle modellens logikk kunne gi et rettsikkert resultat. Under betingelser av konflikt og politisering og økt kompleksitet og usikkerhet kan ikke denne modellen garantere et riktig resultat. Når beslutningstakerne opererer under slike betingelser, tar hensyn til politiske preferanser og ser hen til hva som

12. Venice Commission, CDL-REF(2021)073.

13. NOU 2020, 9, s. 22, 24.

er effektiv målrealisering, er det advokatmodellen som forklarer handlingsutfall. Problemet er at det i denne modellen ikke er noen basis for å kunne løse verdikonflikter og normkollisjoner som kan lede til et rettsikkert resultat. Noen hensyn vinner, andre taper, og faren er at det blir flere gale avgjørelser og flere klage- og ankesaker. Når det er krav til koherens under betingelser av kompleksitet og verdimangfold, vil ikke subsumsjon, men beslutninger på basis av en gjensidig argumentasjonsprosess kunne gi et riktig, rettsikkert resultat.

I harmoniseringsmodellen forstås rettsikkerhet som et spørsmål om holdbare – rasjonelt akseptable – begrunnelser. Det er praksis i overensstemmelse med denne som trengs i en *fjernivåforvaltning*. I en slik forvaltning hvor komplekse hensyn skal forenes, hvor klage- og ankeinstanser og domstolsprøving er på banen, hvor begrunnelsesplikten skjerpes, øker kravene til grunngeving av vedtak. Praktiseringen av denne modellen, som opererer under betingelse av utvidede rettigheter for deltakelse og innsyn, kan være hemmet av manglende deltakelse i EUs lovgivningsprosesser. Beslutningstakerne kan gå glipp av de motiverende grunnene som er gitt for direktiver og forordninger, og kan også komme til å mangle den politiske kunnskapen og sensitiviteten som en god forvaltningspraksis krever.