

” Skjønn, rettssikkerhet og uførepensjon”

Hanne Kilen Stuen og Erik Oddvar Eriksen

SPS-arbeidsnotat 2/2008

www.hio.no/sps

Skjønn, rettssikkerhet og uførepensjon

Hanne Kilen Stuen og Erik Oddvar Eriksen

Sammendrag

Forfatterne drøfter skjønn i forhold til likebehandling relatert til folketrygdlovens bestemmelser om uføretrygd. Det skilles mellom ulike begreper om og former for skjønn. Utviklingen innen det offentlige velferdsbyråkratiet har gått i retning av mer utstrakt bruk av fullmaktslovning der yrkesutøvere må oversette, konkretisere og implementere lovens regler i tråd med politisk definerte mål. I tillegg til å vurdere faglige spørsmål må profesjonsutøvere også ofte ta stilling i spørsmål som er av etisk og moralsk karakter. Skjønnbruken i velferdsstaten står derfor i et spenningsforhold til rettsstat og demokrati. Utstrakt bruk av skjønn er problematisk fordi det åpner for ulikebehandling og uforutsigbarhet og for at offentlige tjenestemenn opptre i rollen som lovgiver. Skjønn er imidlertid nødvendig og uomgjengelig. Stridens kjerne er knyttet til spørsmålet om skjønn representerer en trussel mot borgernes krav på rettssikkerhet eller om skjønnets kreative og skapende element snarere vil bidra til fleksible og individuelt tilpassede løsninger og at man slik kan oppnå større sosial rettferdighet i den enkelte sak. Hvordan man kan sikre at yrkesutøvernes skjønnsutøvelse skjer på en forsvarlig og rettferdig måte?

Innledning

Dette arbeidet handler om portvaktskjønnen, eller det som også betegnes som frontlinjebyråkratenes skjønnsutøvelse relatert til beslutningsprosessen i diffuse uføresaker med særlig fokus på legens skjønn og dømmekraft. Utgangspunktet er at yrkesutøverne opptrer i en institusjonell kontekst med myndighet til å handle på vegne av det offentlige, innenfor gitte rammer. Skjønnsbegrepet har her en strukturell og en epistemisk dimensjon. Det går både på hva yrkesutøverne har fått delegerte myndighet til og hva de faktisk gjør, det vil si hvordan de konkret utformer sitt velferdspolitiske mandat i praksis og hvilken kunnskap de anvender.

Tidsbegrenset uførestønad og uførepensjon skal sikre inntekt for personer som har fått sin inntektsevne eller arbeidsevne nedsatt som følge av varig sykdom, skade eller lyte (jfr. § 12-6)¹

Det stilles også krav om at hensiktsmessig behandling og attføring er forsøkt og at inntektsevnen er varig redusert med minst halvparten (jfr §§ 12-5 og 12-7)². Ved krav om uførepensjon spiller legen en sentral rolle som premissleverandør overfor trygdemyndighetene som avgjørelsesmyndighet. Både legen og trygdefunksjonæren skal dermed fungere som *portvakt* med myndighet til å fordele offentlige goder. Deres beslutninger har stor betydning for den enkeltes rettigheter, samtidig som de har ansvar for å forvalte allmennhetens interesser. Robert Goodin (1986) skiller mellom sterkt og svakt skjønn, formelt og uformelt skjønn og provinsielt og ultimat skjønn. Dette kan være nyttig som utgangspunkt for å forstå og avgrense legens trygdemedisinske vurderinger og trygdefunksjonærens innstilling/vedtak. Utgangspunktet er at profesjonelle yrkesutøvere og offentlige tjenestemenn har myndighet til å treffe beslutninger, at de er i stand til å fatte adekvate vedtak og at deres vurderinger, prioriteringer og (be)handlingsvalg kan forsvares.

På mange saksområder i det statlige og kommunale velferdsbyråkratiet må yrkesutøverne utøve skjønn for å komme frem til en riktig avgjørelse i den enkelte sak. På bakgrunn av at rettereplene ofte er vagt definert, at sakens fakta må vurderes og at de politiske målsetningene ofte er tvetydige må yrkesutøverne foreta skjønnsmessige avveininger og balansere ulike, og ofte motstridende, hensyn. Som portvakt vil yrkesutøverne befinne seg i en situasjon der de må fatte beslutninger til tross for usikkerhet knyttet til hva som er gyldig problemforståelse og hva som er riktig å gjøre.

Skjønn viser dermed til yrkesutøvernes handlingsfrihet og autonomi. Samtidig er det viktig å presisere at selv om yrkesutøveren må utøve skjønn vil det ofte foreligge rettslige, institusjonelle og/eller politiske standarder som regulerer hva som er gyldige vurderingsmomenter og hvilke argumenter som er relevante i den enkelte sak. Og i denne sammenheng blir det viktig å diskutere på hvilket grunnlag beslutningene blir fattet, det vil si

¹ Lov om folketrygd kapittel 12, "Tidsbegrenset uførestønad og uførepensjon". Tilgjengelig på: http://lovdata.no/cgi-wift/wiftldles?doc=/usr/www/lovdata/all/nl-11970228-019.html&emne=folketrygdlov*&&

² Ibid

hvilke slutningsregler og resonnementer som ligger til grunn for yrkesutøvernes handlingsvalg.

Det vil her blir argumentert for nødvendigheten av en *negativ tilnærming* til skjønn. Fokus rettes mot det omliggende nettverk av politisk definerte standarder, rettsregler, institusjonelle retningslinjer og praksiser, ekspertkunnskap og sosiale normer som i ulik grad vil regulere yrkesutøvernes handlingsrom. Dette vil settes opp mot en mer *positiv tilnærming* til skjønn hvor det er yrkesutøvernes handlingsfrihet og autonomi som blir tillagt vekt. Utgangspunktet er at man har stor tillit til den enkelte yrkesutøver og deres evne til å vurdere og løse praktiske problemer på en faglig god og riktig måte. I mange saker er skjønn nødvendig for å kunne sikre fleksible og tilpassede løsninger, samtidig kan utstrakt bruk av skjønn føre til uforutsigbarhet, partiskhet, ansvarsfraskrivelse og vilkårlighet i forvaltningen. Et vanlig utgangspunkt i den negative tilnærmingen til skjønn er at man bør forsøke å redusere yrkesutøvernes handlingsrom for å sikre at sentrale rettferdighetshensyn blir ivaretatt (Davis 1969, Goodin 1986). Spørsmålet i dette arbeidet er først hvordan en skal forstå og begrepsfeste skjønn. Videre drøftes hvordan det kan kvalitetssikres og hvilke problemer skjønn reiser i en uføre trygd kontekst.

I den første delen diskuteres skjønnsbegrepets innhold. Sakens kompleksitet, rettsreglenes utforming og beslutningskonteksten vil være av avgjørende betydning for yrkesutøverens vurderinger, bedømmelser og handlingsvalg. I andre del vil folketrygdlovens bestemmelser om uførepensjon brukes som eksempel for å illustrere ulike aspekter ved yrkesutøvernes skjønn. Til slutt diskuteres ulike strategier for å håndtere skjønnproblemet. Men aller først litt om skjønnets uomgjengelighet.

Skjønn i en fordelingskontekst

Med mekanisk regelanvendelse eller perfekt subsumsjon, som kan formuleres som "hvis A så B", elimineres yrkesutøvernes rom for skjønn. Alderspensjon er et stønadsområde der borgerne har klare rettigheter. Har man fylt 67 år oppfyller man lovens vilkår som utløser ytelser fra det offentlige. Det er bare unntaksvis at trygdefunksjonæren må etterprøve eller vurdere faktagrunnlaget, om det faktisk er slik at vedkommende har fylt 67 år. Også barnetrygd er en universell ytelse som alle har krav på når man får barn. Folketrygdloven kan betegnes som en rettighetslov der utgangspunktet er at alle som oppfyller lovens vilkår skal gis like rettigheter. Denne form for regelstyring er riktignok ikke et dekkende bilde for verken trygdlovgivningen eller sosialpolitikken som sådan.

Folketrygden skal bidra til inntektssikring, samtidig som trygdemyndighetene skal være aktive pådrivere og legge til rette for at den enkelte kan forsørge seg selv i tråd med arbeidslinjens intensjoner. Trygdefunksjonæren skal ikke bare forvalte økonomiske ytelser, men skal også, i samarbeid med arbeidsgiver og lege, bidra til at aktive tiltak blir iverksatt på et tidlig tidspunkt slik at sykemeldte kan komme tilbake i jobb. Hansen og Kvalvågs undersøkelse (2003) av trygdeetatens oppfølging av langtidssykemeldte viser at trygdefunksjonærenes oppfølging er sterkt styrt ovenfra, at de ansatte er sterkt regelorientert, at de legger stor vekt på å overholde oppsatte tidsfrister og at det er lite direkte kontakt med den enkelte bruker. De beskriver trygdeetaten som en strengt byråkratisk organisasjon. Forfatterne skiller mellom trygdefunksjonærens regelstyrte

oppfølgingsvirksomhet versus offentlige organisasjoner (skole-, helse- og sosialsektoren) som skal behovsprøve hvem som får hva og hvor mye, hvor samhandlingsprosessene og de ansattes skjønn vil avgjøre hvilke tiltak og hvor omfattende oppfølging som blir iverksatt (Hansen og Kvalvåg 2003).

Trygdefunksjonærens regelfortolkning, oppfølging og lovanvendelse i forhold til sykdomsrelaterte ytelser (sykepenger, rehabiliteringspenger, yrkesrettet attføring og uførepensjon) kan dermed sies å være av en mer regelstyrt karakter sammenlignet med barnevernets vurderinger knyttet til iverksetting og/eller oppfølging av tiltak for å sikre barns omsorgs- og oppvekstvilkår. Til tross for at yrkesutøvernes autonomi og handlingsfrihet vil variere, må også trygdefunksjonæren og legen foreta skjønnsmessige vurderinger. Det vil ofte være usikkerhet knyttet til spørsmålet om den enkelte er alvorlig syk, om personen kan jobbe halvt, om hensiktsmessig medisinsk behandling og attføring er forsøkt og om vedkommendes fremtidige funksjons- og inntektsevne er varig nedsatt. Skjønn kan dermed sies å være et relativt begrep, og yrkesutøvernes handlingsfrihet vil derfor variere med hvilken beslutningskontekst yrkesutøveren befinner seg i. Graden av yrkesutøverens autonomi vil både være påvirket av andre yrkesutøvers tidligere vurderinger, gjeldende lovverk, institusjonelle standarder og rutiner samt sakens omfang og kompleksitet.

Mange av bestemmelsene i folketrygdloven, sosialtjenesteloven, barnevernloven er vagt og upresist formulert og det gis få eller ingen uttømmende regler i forhold til hvilken behandling og/eller tiltak som skal iverksettes og hva som er riktig å gjøre i det enkelte tilfellet. Vi kan dermed utlede at skjønn i en velferdsstatlig kontekst er komplekst. Administrativt ansatte, profesjonelle yrkesutøvere og behandlingsspersonell foretar beslutninger som involverer et mangfold av vurderinger, hensyn og interesser som skal ivaretas. Skjønn kan sees som den stadig pågående oversettelsesprosessen, hvor dommere, jurister, offentlige ansatte tjenestemenn og profesjonelle yrkesutøvere har myndighet til å vurdere hva som er riktig problem- og løsningsforståelse i den enkelte sak i forhold til gjeldende regelverk.

(Discretion) is inevitable because the translation of rule into action, the process by which abstraction becomes actuality, involves people in interpretation and choice. Law is fundamentally an interpretative enterprise in which discretionary behaviour is compelled by 'the vagaries of language, the diversity of circumstances, and the indeterminacy of official purposes' (Hawkins 1992:11).

Profesjonelt versus administrativt skjønn

Et sentralt kjennetegn ved moderne samfunn er stor kompleksitet, pluralisme og raske endringer. Samtidig er lovene lite egnet til å håndtere usikkerhet, kompleksitet og endring, og rettssystemet er derfor avhengig av at yrkesutøvere utøver skjønn (Hawkins 1992). Profesjonelle yrkesutøvere spiller derfor en sentral rolle i velferdsbyråkratiet, både som sakkyndige og som selvstendige beslutningstakere, med myndighet til å avgjøre hva som er gyldig problemforståelse og hva som er riktig å gjøre. Det profesjonelle skjønnet er basert på at yrkesgruppen rår over en vitenskapelig kunnskapsbase og at yrkesutøvene, med utgangspunkt i dokumentert kunnskap og teoretisk innsikt, kan treffe rasjonelle beslutninger om diagnose, prognose og om hva som er hensiktsmessig å gjøre. Begrepet skjønn referer da

til yrkesgruppens selvstendige handlingsrom og autonomi. Det er viktig å presisere at de profesjonelle yrkesutøvernes praksis er *regulert*, og at også profesjonsutøverne må forholde seg til rettslige standarder på lik linje med offentlig tjenestemenn. Samtidig har de profesjonelle stor *makt* i velferdsbyråkratiet, og det kan dermed være vanskelig å holde yrkesutøverne ansvarlige. På mange saksområder har de profesjonelle fått lisens til å vurdere hva som er gyldig situasjonsdefinisjon. I tillegg til å vurdere faglige spørsmål må profesjonsutøvere også ta stilling i spørsmål som er av etisk og moralsk karakter, som ikke kan avgjøres på en entydig eller objektiv riktig måte. Spørsmål om standarder for barns omsorgs- og oppvekstvilkår og hva som er barnets beste vil alltid være påvirket av yrkesutøvernes verdier og normer, som vil variere kulturelt og mellom ulike historiske epoker og geografisk plassering (Eriksen og Skivenes 2001: 115ff). Hvor omfattende behandlings- og attføringstiltak man innen rimelighetens grenser kan kreve gjennomført for at yrkeshemmede skal komme tilbake i arbeid, er spørsmål som vil vurderes i lys av rådende behandlingssideologier og lokale arbeidsmarkedsforhold, så vel som i lys av hvilke (implisitte eller eksplisitte) normative standarder som gjelder. Dette innebærer at yrkesutøverne må treffe beslutninger ikke bare ut fra kunnskap om mål-middel sammenhenger, men at de også må bruke ekstra-vitenskapelige hensyn for å komme frem til en adekvat beslutning i den enkelte sak.

I tillegg til å foreta faglige vurderinger på bakgrunn av mer eller mindre standardiserte vurderingskriterier og dokumentert kunnskap, må yrkesutøverne også handle ut fra et normativt kunnskapsgrunnlag som ikke er underlagt demokratisk kontroll. Også offentlig ansatte tjenestemenn utøver *skjønn*, såkalt *administrativt skjønn*, når de skal ta stilling til og vurdere om saken er tilstrekkelig belyst og hvorvidt den enkelte oppfyller lovens vilkår. Skjønn viser til beslutningssituasjoner der yrkesutøverne må treffe avgjørelser på mer eller mindre selvstendig grunnlag. Ofte vil de stå i et spenningsforhold til idealene for den demokratiske rettsstat og de makfordelingsprinsipper som er involvert. Når beslutningstakere fatter beslutninger om hva som skal gjøres uten at dette er normert av lovgiver, har vi å gjøre med et demokratiproblem. Når likhetsprinsippet blir avveket eller når ulike tilfeller behandles likt, har vi med et rettssikkerhetsproblem å gjøre. I den demokratiske rettsstat er det den lovgivende myndighet som fastlegger normene, og det er administrasjonen som på en nøytral og upartisk måte skal gjennomføre dem uten hensyntaken til 'navns nevning', uten hensyn til person, moral eller verdier.

Frontlinjebyråkratenes autoritet og handlingsfrihet vil variere med i hvilken grad det er etablert standarder som regulerer avgjørelsens innhold og hvor klart disse standardene er definert. Når det gjelder å bestemme skjønnets grunnlag og rekkevidde er det viktig å ha klart for seg hvem som treffer avgjørelsen. På hvilket grunnlag treffes beslutningen? Hvilken myndighet har tjenesteutøveren? Er avgjørelsen endelig? Kan avgjørelsen overprøves? Det er derfor av interesse å diskutere ulike former for skjønn.

Sterkt versus svakt skjønn

Ronald Dworkin forbeholder skjønnsbegrepet for spesielle beslutningssituasjoner der yrkesutøveren har fått delegert myndighet til å handle innenfor gitte rammer.

"The concept of discretion is at home in only one sort of context; when someone is in general charged with making decisions subject to standards set by a particular authority" (Dworkin 1977:31).

Ut fra Dworkins terminologi viser skjønn til situasjoner der yrkesutøveren må avklare, fortolke og/eller bestemme hvilke standarder som skal gjelde i det enkelte tilfellet. Dworkins utgangspunkt er at skjønnsbegrepet viser til yrkesutøverens handlingsrom, som avgrenses negativt; som hullet i smultringen, som kun eksisterer i kraft av dets omliggende belte av restriksjoner.

I følge Dworkin er det viktig å skille mellom det han kaller skjønn (i streng forstand) og vurderinger (skjønn i svak forstand). For å tydeliggjøre skjønnsbegrepets ulike betydninger bruker

Dworkin eksempelet om offiseren som skal velge ut sine fem beste menn hvor det er opp til offiserens skjønn å konkretisere hvilke standarder disse mennene skal velges på bakgrunn av. Deretter spesifiserer Dworkin at det er de mest erfarne mennene som skal være vurderingskriteriet offiseren skal legge til grunn. Eksempelet forutsetter at offiseren har myndighet til å velge ut soldatene, og at han skal gjøre dette ut fra standarder som kan være mer eller mindre tydelig definerte. *Svakt skjønn* viser til situasjoner der yrkesutøveren må i) fortolke standardene før de kan appliseres og ii) treffe avgjørelser som ikke kan overprøves av andre. Sterkt skjønn viser derimot til situasjoner der det er yrkesutøveren som må avklare hvilke standarder som skal gjelde ettersom det ikke er etablert autoritative standarder som kan anvendes.

Sterkt skjønn viser til beslutningssituasjoner der det ikke finnes regler som kan appliseres, samtidig foretas ikke dommerens skjønnsutøvelse, som Dworkin er opptatt av, i et rettslig vakuum. Utgangspunktet for analysen var en pågående debatt om hvordan dommere treffer og hvordan dommere bør treffe avgjørelser i såkalte "hard cases" innenfor jussen. Dworkins analyse er basert på en antagelse om at det finnes en korrekt måte å fortolke rettslige standarder på. Selv om det kan oppstå tvil og/eller uenighet om hvordan rettslige kriterier skal fortolkes, argumenterer Dworkin for at det eksisterer prinsipper som vil kunne avklare standardenes meningsinnhold, og at det finnes en rett måte å anvende prinsippene på. *The right-answer-thesis* er basert på en antagelse om at yrkesutøveren skal foreta en rettslig fortolkning som skal være tilpasset rettssystemet som et hele, og at dommeren er forpliktet til å avklare rettsreglenes innhold (Dworkin 1985: 119ff).

Dworkins analyse fungerer først og fremst som et nyttig utgangspunkt for å kunne diskutere ulike aspekter ved yrkesutøvernes skjønn og dømmekraft. Det Dworkin kaller sterkt skjønn, hvor dommeren må etablere autoritative standarder er riktignok ikke en typisk beslutningssituasjon verken i det offentlige velferdsbyråkratiet eller innenfor rettssystemet. Skjønn kan dermed forstås som det handlingsrommet som yrkesutøvere må orientere seg innenfor når verken rettsreglene, faglig basert viten eller politisk definerte målsetninger gir klare eller entydige handlingsdirektiver i den enkelte sak (Dworkin 1977).

Også Robert Goodin skiller mellom svakt og sterkt skjønn (1986). Hans utgangspunkt er at skjønn må avgrenses negativt ettersom yrkesutøvere skal fatte beslutninger på bakgrunn av

gitte regler. Han presiserer at avgjørelser som ikke er basert på regler ikke skal forstås som skjønn.

”Discretion refers to an arena of conduct which is generally governed by rules where the dictates of the rules are indeterminate In short, discretion refers, negatively, to a lacuna in a system of rules” (Goodin 1986: 234).

I Goodins skjema - der han skiller mellom sterkt, svakt, formelt, uformelt, provinsielt og det ultimate skjønn - viser *sterkt skjønn* til situasjoner hvor yrkesutøveren skal treffe avgjørelser *”under some rule”*. Sterkt skjønn viser dermed til beslutningssituasjoner hvor yrkesutøveren har stort handlingsrom. Utgangspunktet er at yrkesutøveren har myndighet til å vurdere hva som er gyldig problem- og løsningsforståelse, og hvor loven ikke oppstiller tydelige standarder som regulerer hvilke ytelser, behandlingstiltak og/eller oppfølging som kan eller skal iverksettes. Som portvakt vil yrkesutøvernes handlingsfrihet ofte være regulert av lovregler, rettslige standarder og/eller politisk definerte målsetninger når de skal vurdere om lovens vilkår er oppfylt. Dette kaller Goodin for *svakt skjønn*. Yrkesutøvere skal fortolke, klassifisere og definere vedkommendes situasjon og avgjøre om deres behov er i samsvar med lovens vilkår.

En annen distinksjon er mellom uformelt og formelt skjønn. *Formelt skjønn* viser til situasjoner der spesifikke regler definerer hvilken form for behandling som kan iverksettes eller hva som er rett ytelse gitt at personen oppfylder lovens vilkår. *Uformelt skjønn* viser til saker der yrkesutøvernes vurderinger har en mer implisitt rolle i lovteksten. På mange saksområder i det statlige velferdsbyråkratiet er lovens bestemmelser preget av vaghet og flertydighet, og ofte må yrkesutøvere resonnerer for å komme frem til en rimelig avgjørelse om hvordan klientens situasjon skal defineres og hvordan lovens ordlyd skal forstås. Goodins skjema kan fremstilles slik:

ULIKE TYPER SKJØNN	Formelt skjønn	Uformelt skjønn
Sterkt skjønn	Loven åpner for skjønnsmessige vurderinger	Usikkerhet knyttet til hvilken lovregel som skal anvendes
Svakt skjønn	Loven oppstiller presise kriterier	Lovens kriterier er svake og tvetydige

I tillegg skiller Goodin mellom provinsielt og det ultimate skjønn, det vil si om avgjørelsen er *review basert* og som dermed må godkjennes av andre eller kunne overprøves av overordnet autoritet. Det ultimate skjønn viser til at avgjørelsen er endelig.

Goodins utgangspunkt er at skjønn er et nødvendig og uomgjengelig aspekt ved vår moderne, velferdsstatlige konstitusjon, som er problematisk ettersom skjønnsutøvelse representerer en fare for vilkårlighet, ansvarsfraskrivelse, ulikhet og uforutsigbarhet. Samtidig fremhever han at et strengere regelorientert system vil kunne føre til liten grad av fleksibilitet og sensitivitet i forhold til den enkeltes behov og livssituasjon. La oss undersøke hvorfor det er slik.

Rettighetsfesting og klare regler

Økt rettighetsfesting er en måte å redusere rommet for skjønn på.³ Rettigheter klargjør hva borgerne har krav på, og hva som er det offentliges forpliktelser. Ved at krav på ytelser og tjenester tar form av legale rettigheter, økes den enkeltes rettssikkerhet. De gir klienter og brukere mulighet til å klage og gå til domstolen når de er uenige i avgjørelser.

Et slikt system avhenger imidlertid av klienters evne til å hevde sine rettigheter, og mange undersøkelser tyder på at de ressursvake, de som trenger sosiale goder mest, er de som er minst i stand til å hevde sine juridiske rettigheter. Samtidig bidrar ikke økt rettighetsfesting i seg selv til å gjøre skjønn overflødig. Mange rettigheter er imidlertid i i sitt vesen diffuse og overlater diskresjonær myndighet til profesjoner, byråkrater eller dommere. De må suppleres med konkrete anvisninger, operasjonaliserbare kriterier og konkretiseres med frontlinjebyråkratenes substansielle kunnskap. Skjønnspørsmålet blir ikke borte i og med økt rettighetsfesting. Det forskyver seg bare til andre nivåer.

En nærliggende strategi for å redusere rommet for skjønn er å utforme enklere og klarere regler for hvem som skal ha hva og hvordan. Klarere materielle regler skal kunne kompensere for rettighetenes skjønnsmessige karakter. I et perfekt administrativt fordelingsystem er reglene for tildeling allment kjente og utvetydige. De er stabile over tid, og de åpner ikke for unntak (Schaffer og Huang 1975, Bleiklie, Jacobsen og Thorsvik 1975). Slik får både frontlinjebyråkrater og klienter et sikrere grunnlag for handling. Det spesifiseres mer nøyaktig under hvilke betingelser rettighetskrav utløses, og dermed stabiliseres også klientens forventninger. I et slikt system er rettighetshaverne ikke avhengige av advokater eller andre profesjoner for å få det de har krav på. Denne strategien kan hjelpe noe på skjønnspørsmålet. Men selv i et slikt system vil beslutningstakerne måtte forholde seg til en rekke situasjonelle og personlige forhold som krever fleksibilitet (Goodin 1988: 220). Dermed er vi tilbake til selve begrunnelsen for skjønnbruk: at allmenne regler ikke gir tilstrekkelige handlingsanvisninger for det enkelte tilfelle, at slike allmenne regler ikke lar seg formulere på en adekvat måte, eller at resultatet blir en uendelig regress, hvor regler for regelanvendelse igjen krever nye meta-regler, som igjen krever nye, osv (Wittgenstein 1969:§ 84). Vi synes altså her, likesom ved rettighetsfesting, å være tilbake ved utgangspunktet.

Selv om ikke skjønn kan elimineres, så er det viktig å diskutere hvordan det kan kontrolleres eller kvalitetssikres. Goodin ser skjønn som et nødvendig onde sett i forhold til sentrale rettsstatlige prinsipper, som skal sikre at like saker behandles likt og at folks rettsikkerhet blir ivaretatt. Så vel kompetente tjenestemenn så vel som jurister komme i samme uføre ettersom også de må vurdere og ta stilling til normative og politisk kontroversielle spørsmål. Et viktig spørsmål blir derfor hvordan man kan sikre at yrkesutøvernes skjønnsutøvelse skjer på en forsvarlig måte, som sikrer borgernes mulighet for kontroll, innsyn og medbestemmelse. Vi kommer tilbake til dette. Spørsmålet nå er imidlertid om ikke skjønn er mer enn et nødvendig onde.

Det positive skjønnsbegrep

³ Dette avsnittet baserer seg på E.O. Eriksen og A. Molander (2008).

Det er stor enighet om at skjønn er nødvendig og uunngåelig, men hvorvidt skjønn skal forstås som et onde ut fra rettstatlige og demokratiske prinsipper eller om skjønn snarere bør sees som et skapende og kreativt bidrag for å kunne skreddersy individuelt tilpassede løsninger er omstridt. Det finnes en negativ og en positiv tilnærming til yrkesutøvernes autonomi. Den positive forståelsen av skjønn er basert på at yrkesutøverne har myndighet til å treffe valg og fatte beslutninger på vegne av det offentlige, og hvor det er deres handlingsfrihet og autonomi som blir tillagt vekt. Utgangspunktet er ikke bare at skjønn trengs for å få til en sosialt rettferdig beslutning, men også at man har stor tiltro til yrkesaktørens evne til å vurdere og håndtere ulike situasjoner på en faglig god og riktig måte. *Faglig skjønn vil si å handle godt, riktig og hensiktsmessig i forhold til pasienter og klienter. En person som handler slik, betegnes som klok* (Alvsvåg 2002: 208). Utgangspunktet som her legges til grunn er at profesjonelle yrkesutøvere har internalisert en form for faglig handlingsberedskap, det vil si en intersubjektiv kunnskap som gjør dem i stand til å definere hva som er riktig problem- og løsningsforståelse. Alvsvåg sier blant annet at *8 I praktiske yrker som sykepleiefaget og andre helse- og sosialfag, legeyrket og blant jurister utvikler det seg en felles forståelse for hva som er det beste og mest riktige i ulike kliniske situasjoner eller klientsituasjoner. Vi snakker om en intersubjektiv eller felles forståelse* (Alvsvåg 2002:213).

Antagelsen om at profesjonelle yrkesutøvere, på bakgrunn av dokumentert kunnskap og teoretisk viten, vil vurdere klienters og pasienters situasjon på en tilnærmet lik måte gir et positivt bilde av yrkesutøvernes faglige kunnskap og praksis. Spørsmålet er både om dette er en riktig beskrivelse av profesjonelle yrkesutøvere og om så var tilfelle om dette kan rettferdiggjøre deres praksis. Problemet med omfattende skjønn slik det her beskrives er at den enkelte yrkesutøver gis et betydelig faglig og moralsk ansvar, og det vil dermed være vanskelig å holde den enkelte yrkesutøver ansvarlig (Lipsky 1980). Når fagfolk blir satt til å vurdere normative/politiske spørsmål har vi med et demokratiproblem å gjøre fordi de opptre i rollen som lovgiver. Når det er fagkyndige som besvarer normative/politiske spørsmål har vi med teknokrati å gjøre, dvs. når avgjørelser treffes uten medbestemmelse fra involverte parter eller deres representanter. Spørsmålet om hva som er barnets beste når nok behandling og attføring er prøvd i forhold til folketrygdlovens uførebestemmelser, og hvor mye økonomisk sosialstønad som skal gis i det enkelte tilfelle, er spørsmål hvor riktigheten på svarene bare kan testes i forhold til normative standarder. Det finnes ikke noe vitenskapelig eller annen objektiv kunnskapsbase for å avgjøre slike spørsmål. Dette er saksområder hvor lovens bestemmelser ofte er vagt og upresist formulert og hvor heller ikke de profesjonelles tekniske og vitenskapelig kunnskap vil bidra til entydig innsikt om hva som er gyldig problemforståelse og hva som er riktig å gjøre. Det kan være rimelig å anta at leger, jurister, sykepleiere, pedagoger og sosialarbeidere ofte har god kunnskap om hva det vil si å handle godt, riktig og hensiktsmessig overfor klienter eller pasienter. Men sikrer en med dette likhet for loven? Er det slik at de profesjonelle vurderer like saker på en tilnærmet lik måte?

Tidligere undersøkelser viser at det er stor spredning i legers trygdemedisinske vurderinger (Getz og Westin 1995, Terum og Nerdgård 1999). I disse undersøkelsene ble legene presentert overfor konstruerte vignetter. Målet var å introdusere legene overfor vanskelige, men samtidig representative trygdemedisinske problemstillinger. Mens enkelte argumenterte for at pasientene var syke og at helseplagene var tilstrekkelig medisinsk

belyst, argumenterte andre for nødvendigheten av mer medisinsk utredning for å kunne avgjøre om de skulle vurderes som alvorlig syke og varig uføre. Det var også stor uenighet når det gjaldt legenes vurdering av behandlings- og attføringskravet, hvorvidt tilstrekkelig medisinsk behandling og yrkesrettet attføring var forsøkt. Legene var også uenige når det gjaldt pasientenes egeninnsats og motivasjon for å komme tilbake i jobb. Mange av legene mente at pasientene hadde forsøkt tilstrekkelig medisinsk behandling og yrkesrettet attføring, at nok var nok og at man måtte ta pasientenes egenvurderinger om at de ikke ville fungere i jobb på alvor. Andre argumenterte motsatt, at pasientenes reduserte arbeidsevne snarere burde forstås ut fra pasientenes manglende vilje og motivasjon til å komme tilbake i jobb. Disse undersøkelsene var basert på vignetter, det vil si konstruerte saker der pasientene hadde muskel- og skjelettrelaterte smerter og/eller psykiske plager. Det kan tenkes at leger kan tillate større grad av frimodighet i sine medisinsk-faglige vurderinger i slike case, sammenlignet med virkelige saker der legene skal vurdere pasientenes medisinske tilstand, prognose og fremtidige arbeidsevne på bakgrunn av et forhåndsdefinert skjema. Like fullt viser undersøkelsen at leger vurderer diffuse helseplager på signifikant ulike måter, og at legene, til tross for deres faglige kunnskapsbase og praksis, fortolker identiske saksopplysninger ulikt.

Vi kan dermed utlede at de grunnleggende premisene som det positive perspektivet er basert på, at profesjonsutøverne utvikler en form for faglig basert handlingsberedskap som gjør yrkesutøverne i stand til å foreta faglig gode, riktige og hensiktsmessige vurderinger, er problematisk. Perspektivet er problematisk først og fremst fordi det er basert på en idealisert og naiv fremstilling av yrkesutøvernes faglige vurderinger og profesjonelle praksis. Perspektivet kan fungere som et nyttig utgangspunkt for å diskutere legers og sykepleieres kliniske skjønn i konkrete behandlingssituasjoner. Samtidig er det viktig å presisere at den positive tilnærmingen til skjønn fremstår som lite nyansert, og vil derfor være et lite egnet utgangspunkt for å kunne diskutere de prioriterings- og fordelings spørsmål som helsepersonell og offentlig ansatte stadig må ta stilling til i sitt daglige virke. Forskning viser at det er stort sprik i legenes problem- og løsningsforståelse (Terum og Nerdgård 1999) og at deres verdisyn og private rettferdighetsstandarder fungerer som et sentralt vurderingsmoment i legenes trygdemedisinske vurderinger i forhold til uførepensjon (Gulbrandsen et al. 2002). Dersom leger vurderer like saker ulikt, og det faktisk er slik at legenes verdisyn får betydning for deres trygdemedisinske vurdering kan dette sies å representere en trussel for prinsippet om likebehandling og rettssikkerhet. Det kan derfor argumenteres for nødvendigheten av en negativ avgrensning av skjønn.

Det negative skjønnsbegrepet

Et vanlig utgangspunkt i det negative perspektivet er Davis (1969) definisjon av begrepet skjønn;

"A public official has discretion whenever the effective limits of his power leave him free to make a choice among possible courses of action or inaction" (Davis 1969:4).

Davis argumenterer for å begrense yrkesutøverne handlingsrom på bakgrunn av at utstrakt skjønnsutøvelse truer sentrale rettferdighetshensyn. Yrkesutøvernes subjektive verdier og private rettferdighetsstandarder må holdes under kontroll når de skal treffe beslutninger på vegne av det offentlige. Det handler altså om å holde yrkesutøvernes subjektivitet i sjakk når

de skal fungere i rollen som portvakt med ansvar for å forvalte kollektive goder. For å kunne treffe rimelige eller riktige avgjørelser trenger yrkesutøverne et visst rom for skjønn, men samtidig argumenterer Davis (1989) for nødvendigheten av å eliminere det han oppfattet som unødvendig skjønn i rettssystemet. Samtidig er det helt åpenbart at moderne velferdsstater ikke kun kan baseres på regelstyring og standardiserte avgjørelser. Skjønn er nødvendig og uomgjengelig, og et viktig spørsmål i denne sammenheng er hvordan yrkesutøvernes skjønnsmessige vurderinger og handlingsvalg kan reguleres og kvalifiseres.

Utgangspunktet er at skjønn viser til yrkesutøvernes frihet til å velge mellom ulike handlingsvalg. Spørsmålet er om denne definisjonen gir et tilstrekkelig utgangspunkt for å kunne diskutere yrkesutøvernes skjønn og dømmekraft i moderne velferdsbyråkratier? I følge Galligan (1986) kommer Davis definisjon til kort ettersom det mest sentrale ved skjønn ikke er yrkesutøvernes frihet til å velge mellom ulike handlingsvalg, men de *grunner* som yrkesutøvernes vurderinger og avgjørelser er basert på. "*Discretion consists not in the authority to choose amongst different actions, but to choose between different courses of action for good reasons*" (Galligan 1986: 7). Galligan argumenterer for at yrkesutøverens bedømminger og prioriteringer må treffes ut fra gode grunner, og at yrkesutøverne må begrunne sine handlingsvalg. Utgangspunktet er at det vil foreligge mer eller mindre klart etablerte standarder i den enkelte sak og at det vil være ulike grader av frihet knyttet til yrkesutøvernes handlingsrom. I mange saker må yrkesutøverne skape eller etablere standarder, veie eller balansere ulike og ofte motstridende hensyn eller anvende mer eller mindre klare standarder i den enkelte sak (Dworkin 1977). Like tilfeller skal behandles likt og ulike tilfeller ulikt, og i den grad like tilfeller behandles ulikt må dette kunne begrunnes. Skjønn kan dermed forstås som en *særegen rasjonalitetsform*, som innebærer at yrkesutøverne må gjøre rede for eller begrunne hvordan de har kommet frem til beslutninger i den enkelte sak. En slik argumentasjonspraksis kaller vi *deliberasjon*, dvs. en form for *resonnering i fellesskap* i den hensikt å finne begrunnende svar på praktiske eller normative spørsmål. Dermed kan vi forstå skjønnsutøvelse som en form for resonnering: "Et praktisk resonnement er å slutte til en handling fra en situasjonsbeskrivelse i kombinasjon med en norm" (Grimen og Molander 2008).

Som en følge av stor kompleksitet og økt arbeidsdeling spiller de profesjonelle en stadig viktigere rolle i moderne samfunn (Abott 1988). Profesjonsutøvernes vurderinger og beslutninger kan dermed sies å være av avgjørende betydning for den enkeltes rettigheter, samtidig som de har et ansvar for å ivareta allmenne interesser. Samtidig som beslutningene skal være rettferdige, skal de kunne forsvares i forhold til det felles beste. På mange saksområder er det verken mulig eller ønskelig å eliminere yrkesutøvernes myndighet til å utøve skjønn, og et viktig spørsmål er hvordan man kan holde yrkesutøvernes skjønnsmessige vurderinger under kontroll slik at man kan sikre rettferdige og godt kvalifiserte avgjørelser i den enkelte sak.

Hvordan kvalitetssikre skjønn?

Lovgiver velger ofte å innta en tilbaketrukket eller passiv rolle på saksområder som er preget av stor kompleksitet, usikkerhet og/eller politisk kontroversielle spørsmål. Det samme gjelder de områder hvor de profesjonelles dokumenterte kunnskap og teoretiske viten er viktig for å sikre avgjørelsens gyldighet. "*In these circumstances, awards of discretion to*

legal bureaucracies allows legislators to duck or to fudge hard cases” (Hawkins 1992: 12). Dette er viktig for å forstå sykdomsvilkårets sentrale rolle i folketrygdlovens bestemmelser, ettersom spørsmålet om en person er alvorlig syk og varig ufør i stor grad er overlatt til legens skjønn og dømmekraft. Sykdomsvilkårets fremtredende rolle ble gjort til gjenstand for diskusjon i Kjønstad-utvalgets rapport i 1977. Med jevne mellomrom har spørsmålet om sykdomsvilkåret er et egnet styringsinstrument for å avgjøre hvem som kan og hvem som ikke kan jobbe blitt diskutert. Likebehandling, nøytralitet og upartiskhet er sentrale prinsipper i trygdesystemet hvor utgangspunktet er at legene, på bakgrunn av deres medisinske faglige kunnskap og praktiske erfaring, vil kunne vurdere spørsmålet om pasienten er alvorlig syk og varig ufør på en nøytral og objektiv måte.

Folketrygdloven gir ingen formell definisjon av sykdomsbegrepet, men det blir tydeliggjort at det skal legges til grunn et *vitenskapsbasert sykdomsbegrep* alminnelig anerkjent i medisinsk praksis. Det presiseres videre at økonomiske og sosiale problemer ikke gir rett til ytelse. Det er også et vilkår at den medisinske betingede funksjonsnedsettelsen må være av en slik art og omfang at inntektsevnen er varig nedsatt. Sykdomsvilkåret, varighetsprinsippet og hovedårsakslæren kan dermed sies å være sentrale vilkår for tilståelse av uførepensjon jfr. § 12-6.

Stadig flere av de nye uførepensjonistene har diffuse helseplager. I 2004 hadde 60% av de nye uførepensjonistene muskel og skjelettrelaterte smerter og psykiske lidelser (RTV). Hodepine, kronisk trøtthet, muskel- og skjelettrelaterte smertetilstander og psykiske problemer er tilstander som ofte fører til redusert funksjons- og inntektsevne, men som ikke umiddelbart lar seg avdekke og forklare på en entydig måte gjennom kliniske undersøkelser. Dette er tilstander som utfordrer det medisinske kunnskapssystemet, ikke minst fordi mange av symptomdiagnosene ikke gir klare behandlingssmessige konsekvenser. I mange uføresaker vil pasientens symptomer og egenvurderinger være legens eneste kunnskapskilde. Like fullt er legen satt til å sette en grense, og som portvakt må legen treffe beslutninger til tross for stor usikkerhet. Spørsmålet om når en vond rygg er så vond at vedkommende ikke vil kunne fungere i inntektsbringende arbeid og hvor omfattende behandlings- og utføringstiltak som skal iverksettes, vil alltid være heftet med usikkerhet. Det kan også være tvil knyttet til om hensiktsmessig behandling og yrkesrettet utføring er utprøvd slik at man med rimelig sikkerhet kan slå fast at vedkommende er varig ufør.

Kravet til gjennomgått utføring ble strammet inn fra 1. januar 2005. For tilståelse av uførepensjon stilles det nå krav om at søker må ha gjennomgått hensiktsmessig medisinsk behandling for å bedre arbeidsevnen. Og med mindre *åpenbare grunner* tilsier at utføring ikke er hensiktsmessig, kan midlertidig uførestønad og uførepensjon kun gis dersom vedkommende har gjennomgått eller forsøkt å gjennomføre et individuelt og hensiktsmessig utføringssopplegg uten at inntektsevnen er bedret. Det presiseres i lovteksten at det skal dokumenteres at den enkeltes funksjonsevne er vurdert av lege eller annet helsepersonell før ytelse kan tilstås, jfr. §12-5. Utgangspunktet for 11 lovendringen var myndighetenes ønske om å kontrollere legenes sykemeldingspraksis og skjerpe utglidningen i trygdeetatens praksis. ”Åpenbare grunner” er et sterkt språklig uttrykk som gir yrkesutøverne klare signaler om at hensiktsmessig behandling og yrkesrettet utføring skal forsøkes før ytelse kan tilstås. Tidligere ble det stilt krav om at *tilstrekkelig* hensiktsmessig behandling og utføring skulle være forsøkt. Uttrykket ”tilstrekkelig” er en vag formulering. Yrkesutøverne måtte

konkretisere hvor omfattende attføringstiltak som skulle iverksettes i det enkelte tilfellet, noe som myndighetene nå har ønsket å stramme inn. Attføringskravet hjemler nå en mer uttalt attførings- og aktiviseringstvang i forhold til den enkelte. Med attføring menes alle former for tiltak, både bedriftsinterne og tiltak i regi av Aetat, som har som formål å øke arbeidsevnen til yrkeshemmede for å bidra til at disse kan skaffe seg eller beholde lønnet arbeid. Det presiseres i lovens rundskriv at det er en tverrfaglig gruppe eller såkalte *basisgrupper*, som må komme frem til enighet om at behandling og attføring ikke er hensiktsmessig for å bedre den enkeltes inntektsevne (i slike basisgrupper deltar den trygdede, behandlende lege, trygdefunksjonær, representant fra arbeidskontoret og rådgivende lege).

Legens trygdemedisinske vurdering og trygdefunksjonærens innstilling/vedtak kan forstås med utgangspunkt i Goodins bestemmelse av svakt og uformelt skjønn. Som portvakt er legen satt til å treffe beslutninger til tross for usikkerhet knyttet til hvordan den enkeltes medisinske helsetilstand skal forstås og klassifiseres i forhold til spørsmålet om pasienten er varig ufør. I mange uføresaker vil trygdefunksjonæren be om rådgivende leges uttalelse for å avklare om saken er tilstrekkelig medisinsk belyst og om medisinsk behandling og/eller attføring vil kunne bidra til å få vedkommende tilbake i jobb. I tillegg er det vanlig at en eller flere spesialistuttalelser blir innhentet. Dersom trygdefunksjonæren eller legen er i tvil om hva som er riktig problem- og løsningsforståelse kan de be om at saken tas opp til diskusjon i *basismøte*. Dette er et tverrfaglig samarbeidsorgan som er pålagt ved lov, og hvor altså den trygdede, behandlende lege, trygdefunksjonær, representant fra arbeidskontoret og rådgivende lege blir bedt om å møte.

Både legens vurdering og trygdefunksjonærens innstilling kan betegnes som provinsiell ettersom det er fylkestyrdet som har avgjørelsesmyndighet når det gjelder varig uførepensjon. Når det gjelder midlertidig uførepensjon er avgjørelsesmyndigheten delegert til utvalgte trygdekontor i hvert fylke, og hvor fylkestyrdet fungerer som klageinstans. I klagesaker sendes saken tilbake til trygdekontoret som skal forberede saken på ny. Dersom det er grunner som tilsier at saken ikke er tilstrekkelig belyst eller at det er kommet tilleggsopplysninger vil nye medisinske opplysninger innhentes før saken vurderes på nytt. Dersom fylkestyrdet, som er ankeinstans, opprettholder vedtaket kan søker klage saken inn for trygderetten som er et uavhengig *domstolslignende organ*. Det er i all hovedsak enkeltsaker trygderetten behandler, som skal tydeliggjøre forståelsen av folketrygdlovens konkrete bestemmelser, og ikke prinsippavgjørelser. Det er imidlertid stigning i antall saker som blir omgjort, noe som indikerer rettsikkerhetsproblemer, og det er kommet krav om innstramning i attføringskravet. Spørsmålet er hva dette kan skyldes og hva som kan gjøres for å bøte på problemene.

Trygderettens omgjøringsvedtak

Årlig avgjør Trygderetten mellom 5000-6000 ankesaker, og av disse har halvparten vært avslag på krav om uførepensjon. Det har vært en stigning i antall saker som har blitt omgjort til gunst for den ankende part, fra 18 % i 2001 til 27 % i 2004. Og på denne bakgrunn ble det igangsatt en undersøkelse av årsakene til omgjøringene. Undersøkelsen er basert på en gjennomgang av alle saker Trygderetten omgjorde i 2003, hvor Trygdeetaten hadde avslått krav om uførepensjon. Totalt utgjorde dette 286 saker. Undersøkelsen ser kun på

omgjøringsaker, og ikke på stadfestede saker eller saker som er blitt opphevet og hjemvist til ny behandling i Trygdeetaten. Rapporten beskriver hovedtendenser i trygderettens begrunnelser for å endre fylkestrygdekontorets avslag i uføresaker. Forskjellene mellom fylkestrygdekontorenes og Trygderettens praksis blir tydeliggjort. Selv om undersøkelsen ikke gir noe uttømmende bilde av den samlede praksis, er rapporten et godt utgangspunkt for å diskutere lovens vurderingskriterier og hvilke momenter som kan, skal eller bør inngå i yrkesutøvernes begrunnelser. I mange saker vil det være strid eller usikkerhet knyttet til ulike hensyn der yrkesutøverne må veie og balansere ulike momenter. Skjønnet i trygdeforvaltningen er regulert, og til tross for at lovens ordlyd er vagt formulert viser analysen at det er klare føringer i forhold til hva som er gyldige og relevante argumenter i den enkelte sak.

Undersøkelsen ble foretatt før attføringskravet ble endret. Etter gammel lov skulle det vurderes om tilstrekkelig behandling og attføring var forsøkt (utprøvd). I rapportens konklusjon vises det til at årsaken til omgjøringene først og fremst skyldes vilkårene om hensiktsmessig behandling og attføring (behandlings- og attføringsvilkåret) og at sykdom skal være hovedårsaken til den nedsatte arbeidsevnen (årsakskravet). I forhold til attføringsvilkåret var forskjellen at Trygderetten ikke anså et attføringstiltak som hensiktsmessig dersom det ikke førte med seg faktiske muligheter til å komme tilbake i arbeid. Fylkestrygdekontorene la til grunn en strengere fortolkning av attføringsvilkåret, hvor det var tilstrekkelig at attføringstiltaket økte sjansene for at den enkelte skulle komme ut i jobb. Når det gjaldt behandlingsvilkåret mente fylkestrygdekontorene at enhver medisinsk behandling var hensiktsmessig, så lenge den ikke kunne sies å "utelukke" bedring. Trygderetten på sin side syntes å stille krav om at behandling måtte føre med seg realistiske muligheter for bedring, dersom behandlingstiltaket skulle ansees som hensiktsmessig. Når det gjaldt årsakskravet var det en tendens til at fylkestrygdekontorene vurderte plagenes omfang mer restriktivt enn Trygderetten og at deres bevisbedømmelse var ulik. I vurderingen av attføringsvilkåret legger fylkestrygdekontoret en strengere vurdering til grunn, hvor det sentrale vurderingsmomentet er om muligheten til arbeid bedres. Dersom attføringstiltaket vil kunne bidra til å gi ankede part et arbeid som tar hensyn til hans/hennes helseplager, foretas vurderingen uavhengig av individuelle forutsetninger som høy alder, lav utdannelse, ensidig yrkesbakgrunn og språkproblemer. Trygderetten på sin side vektlegger at attføringstiltaket skal føre til et varig arbeidsforhold. I følge rapporten er trygderettens vurdering av attføringskravet basert på en helhetsvurdering, som ofte er i samsvar med Aetats vurdering. Dette gjør at Trygderetten i langt større grad baserer sin begrunnelse på Aetats rapport og at fylkestrygdekontorets og Trygderettens bevisvurdering blir forskjellige.

I tillegg viser rapporten at fylkestrygdekontoret la stor vekt på om det fantes objektive funn i saker med psykiske lidelser og muskel- skjelettrelaterte plager. Ulikheten mellom Trygderetten og fylkestrygdekontorene kan dermed sees på bakgrunn av forskjeller i vurderingstemaene og de kravene som stilles i forhold til objektive funn og i forhold til vurderingen av de trygdedes utsikt til bedring og i hvilken grad attføringstiltak vil kunne bedre vedkommendes mulighet til å få inntektsbringende arbeid. Og da blir spørsmålet om det er fylkestrygdekontorene som stiller for *strengt beviskrav* eller om det er Trygderetten som stiller for *svake krav*.

Hva kan gjøres?

Utgangspunktet i det negative perspektivet er at lovgiver bør tydeliggjøre lovens rettslige vilkår og at lovgivers intensjon bør formuleres på en eksplisitt måte. For borgeren er lovteksten den mest tilgjengelige rettskilden. Klare og entydige rettsregler vil kunne bidra til å øke deres mulighet til å forutsi hvilke rettigheter og plikter de har ut fra gjeldende rett. Innstramningen i behandlings- og attføringsvilkåret kan sees som et forsøk på å presisere rettsreglene, for å tydeliggjøre at medisinsk behandling og yrkesrettet attføring skal forsøkes før ytelse kan tilstås. Man har dermed forsøkt å eliminere flertydighet i loven, og det er fylkestyngdekontoets strenge fortolkning knyttet til hva som skal kreves av den enkelte før uførepensjon kan tilstås, som lovgiver nå har lagt til grunn. Yrkesutøvernes rom for skjønn kan dermed sies å ha blitt snevret inn.

Folketrygden skal bidra til inntektssikring, samtidig som trygdemyndighetene skal bidra til hjelp til selvhjelp, for å få folk tilbake i jobb, som er et uttalt mål i sosialpolitikken. Siden begynnelsen av 1990-tallet har utviklingen gått i retningen av økt arbeids- og aktiviseringstvang i tråd med arbeidslinjens intensjoner. Det er viktig å presisere at den norske arbeidslinjen har en lang historie, som kort fortalt innebærer at mennesker, i den grad det er mulig, skal forsørge seg selv. Veksten i trygdeutbetalingene gir grunn til uro, samtidig er det viktig å presisere at individer i utsatte posisjoner vil måtte betale en høy pris i en prosess der den norske velferdsstaten tilpasses økte krav om effektivitet. Vi beveger oss dermed inn i et klassisk problemområde der den enkeltes rettssikkerhet veies og balanseres mot kravet om effektivitet i forvaltningen. Det vil derfor være rimelige å se innstramningen i behandlings- og attføringsvilkåret i lys av hvorvidt effektivitetshensynet er blitt tillagt større vekt i sosialpolitikken.

Folketrygdloven er til dels basert på at legene kan vurdere om pasienten er alvorlig syk og varig ufør ut fra på objektive kriterier og nøytrale vitenskapelige prosedyrer. Som sakkyndig skal legen imidlertid, i tillegg til å angi diagnose, vurdere forholdet mellom pasientens helsetilstand og deres fremtidige inntektsevne. Legen skal vurdere hvilke arbeidsoppgaver vedkommende kan utføre, gitt sine helsemessige begrensninger, i nåværende arbeid og i et potensielt fremtidig yrke. Det at enkelte vil falle permanent ut av arbeidslivet, mens andre fungerer i arbeid til tross for omfattende og relativt like helseplager, er forhold egevitenskapen ikke har privilegert kunnskap om. Det er spørsmål som, som sagt, involverer hvilket begrep om *rettferdighet* og om *det gode samfunn* som blir lagt til grunn – altså normative spørsmål. Derfor blir det nødvendig å diskutere hvordan man kan sikre at legenes og trygdefunksjonærenes avgjørelser blir fattet på en riktig og rettferdig måte. Siden dette er avgjørelser som også dreier seg om fordeling av et offentlig gode, og hvor alle statsborgere (les: skattebetalere) i prinsippet er berørt, er det viktig at det etableres legitimitetsskapende arrangementer i gjennomføringsleddet (Rothstein 1994: 116).

En strategi som har blitt diskutert i forhold til folketrygdlovens uførebestemmelser, er å fjerne det medisinske sykdomsvilkåret og heller basere seg på en konkret vurdering av den enkeltes funksjon. Dette forslaget ble fremmet i en offentlig utredning om kvinners helse (NOU 1999). Utgangspunktet var at det i hovedsak er kvinner som har medisinsk ubestemte helseplager, og at dette får betydning for kvinners trygderettigheter ettersom

trygdemyndighetene stiller strengere krav til medisinsk dokumentasjon i forhold til diffuse helseplager. I andre offentlige dokumenter, blant annet i Sandmannutvalgets innstilling (NOU 2000) og i funksjonsutvalgets rapport (2003) har man anbefalt å beholde sykdomsvilkåret, samtidig som det skal legges større vekt på den enkeltes funksjon, det vil si hva den enkelte er i stand til å gjøre. Dersom man fjerner sykdomsvilkåret til fordel for en konkret vurdering av den enkeltes funksjon, så vil ikke dette løse de problemer som utstrakt bruk av skjønn representerer. Legens sakkyndighetsrolle vil tones ned, men det vil da være andre yrkesutøvere som vil erstatte legens sentrale rolle og problemet med usikkerhet, uforutsigbarhet, ansvarsfraskrivelse og vilkårlighet i trygdeforvaltningen vil fremdeles stå uløst.

Myndighetene har nå satt i gang prøveprosjekter for å forsøke å redusere behandlende leges sentrale rollen overfor trygdemyndighetene, hvor det er etatens samarbeidende spesialister og/eller egne trygdeleger som skal vurdere spørsmålet om pasienten er alvorlig syk og varig ufør. Utgangspunktet er at de vil kunne utforme sin erklæring, og vurdere om pasientens fremtidige funksjons- og inntektsevne er varig nedsatt, på en mer nøytral og upartisk måte. De har mer kunnskap om pasientenes medisinske tilstand og har ikke samme lojalitet overfor den enkelte pasient. Ved større vektlegging av formell kompetanse og etikkundervisning vil man kunne forberede og utruste utvalgte profesjonsutøvere til vanskelige dilemmaer og de prioriteringsvalg som sakkyndige må håndtere. Dersom trygdefunksjonærenes kompetanse heves og utvalgte profesjonsutøvere trenes opp til større etisk bevissthet og økt refleksjonsevne vil dette være nyttig, men det vil ikke gjøre bot på de utfordringene som er forbundet med utstrakt bruk av skjønn i trygdeforvaltningen (Eriksen og Terum 2000: 72ff).

En annen tilnærming kommer til syne om en tar utgangspunkt i bruk av tverrfaglige fora hvor det er argumentasjonstvang. Dette kan være en mer hensiktsmessig måte å håndtere faglig komplekse, normative og/eller politisk kontroversielle spørsmål. Deliberative organer viser til samarbeidsorganer hvor parter og/eller deres representanter, profesjonelle yrkesutøvere og saksbehandlere møtes for å treffe beslutninger i fellesskap. Utgangspunktet er at partene tvinges til å høre hverandres argumenter, og ved å resonnere seg frem til hva som er gyldig problem- eller situasjonsforståelse og hvilken norm som skal gjøres gjeldende, vil aktørene kunne enes om hva som skal gjøres. Målet er at partene skal komme frem til kvalifisert enighet om hvilken situasjonsdefinisjon som skal legges til grunn og hva som er riktig problemløsning i det enkelte tilfellet. Dersom aktørene har ulik problemforståelse må uenigheten tydeliggjøres og eventuelle misforståelser vil kunne bli oppklart om aktørene opptrer diskursivt, dvs. hvor den 'tvangsfrie tvangen' i det bedre argument gjøres gjeldende. Så kan man innvende at partene ikke alltid vil kunne bli enige selv om de presumptivt argumenterer fornuftig, at det er stor asymmetri mellom lek og lærd og at oppnådd enighet ofte er mer en refleks av de profesjonelles felles forståelseshorisont og kunnskapsmonopol enn av gode argumenter. Det vil også kunne hende at selve rimelige (reasonable) aktører ikke blir enige; de rekker ikke fram til en konklusjon som kan støttes av identiske grunner, fordi de vektlegger normative og empiriske forhold ulikt (Rawls 1993: 56f). Kommunikative prosesser er usikre og feilbarlige også fordi en oppnådd fornuftig enighet på et senere tidspunkt kan vise seg å være ufornuftig. Rettslige strukturer og advokathjelp til svake grupper kan bøte på slike problemer. Utgangspunktet er at alle berørte og kompetente

parter må involveres, at aktørene må begrunne sine synspunkter, at alle parter skal kunne uttale seg fritt, at beslutningstakerne må ha likeverdig informasjon om premissgrunnlag for beslutningsfatning, og at yrkesutøverne må stå til ansvar for sine beslutninger og (be)handlingsvalg. De må være *accountable*. La oss til slutt utdype det teoretiske grunnlaget for denne tilnærmingen.

Diskursiv skjønnskvalifisering

Det diskursteoretiske begrepsapparatet åpner for at man kan skille mellom ulike normative aspekter ved et saksområde, som pragmatiske, etiske og moralske. Den bærende forklaringsmekanismen er basert på ideen om at en beslutning kun kan gjøre krav på legitimitet dersom alle som potensielt berøres vil kunne samtykke etter å ha deltatt i rasjonelle diskurser (Eriksen 2001: 25). Når de som berøres har ulike interesser og mål, når handlingsvalg har konsekvenser for andres interesser, må spørsmålet om hva som er riktig å gjøre bli besvart i en moralsk diskurs. Valg av løsning eller prioritering mellom interesser må ut fra dette kunne rettferdiggjøres ut fra en rettferdighetsstandard, dvs. hva som treffer alle likt, hva som kan gjøres gjeldende når en tar alles interesser og verdier i betraktning. Spørsmålet om rettferdighet blir her et spørsmål om lik adgang til å få prøvd sine krav og behov på en upartisk måte. I den grad likhetsprinsippet skal fravikes, må det foreligge en særskilt begrunnelse for det. Vurdering av rimeligheten i at noen av medisinske grunner kan unndra seg arbeidsplikten og avvike fra normen om å forsørge seg selv, er vurderinger som bare legitimt kan gjøres med bakgrunn i universaliseringsprinsipp; kan vi ville at alle som er i en lignende situasjon skal fritas?

Hva som er riktig beslutning kan dermed ikke bare fastlegges med utgangspunkt i folketrygdlovens medisinske vilkår der standarden er gjeldende rett. I tillegg må yrkesutøvernes skjønnsbaserte avgjørelser kunne forsvares offentlig, dvs. der det stilles krav om motsigelsesfri kommunikasjon. Gjennom begreper om språklig kompetanse, gyldighetskrav og performative motsigelser viser diskursteorien at også moralske normer gjør krav på gyldighet (Eriksen og Weigård 1999: 109). Det deliberative perspektivet vektlegger konflikt og meningsutveksling som metode for å avklare hva som skal gjøres, og det er styrken i argumentene som avgjør. Grunnprinsippet er at bare det som kan sies uten motsigelser har krav på allmenn respekt. Spørsmålet om hva som er riktig eller rettferdig kan dermed avgjøres med referanse til hvorvidt aktørene kan universalisere sine handlingsmaksimer og forsvare seg mot kritikk.

For å kompensere for kommunikative prosessers feilbarlighet er som sagt rettslige prosedyrer viktige. I dette perspektivet kan domstolslignende organer oppfattes som institusjonaliserte offentligheter som er ment å fungere deliberativt, dvs. hvor det fattes beslutninger etter en forutgående inkluderende debatt styrt av bestemte regler. Domstolsprosedyrer institusjonaliserer en deliberativ praksis og er en måte å kontrollere skjønnsbruk og å kvalitetssikre beslutningsfatningen på i de tilfeller det ikke finnes klare kriterier på hva som er en riktig beslutning. Slike prosedyrer etablerer symmetriske betingelser for aktørene til å fremme sin sak overfor en dommer som skal dømme upartisk. I rettssalen skjer dette enten ved selv å utspørre parter eller ved å observere meningsutveksling og advokatenes pledering i favør av sine klienter. Retten som er strukturert etter standarder for analytisk klarhet, deduktiv stringens og prinsipiell og

regelorientert resonnering, kompenserer for kommunikative prosessers feilbarlighet. Tesen er at en oppnådd enighet under slike betingelser vil kunne utgjøre et kriterium for riktighet, noe som henge sammen med at juridiske prosedyrer forbedrer den ufullstendige prosedyrerettferdigheten i kommunikative prosesser (Alexy 1989: 179). Domstolsprosedyrer har således epistemisk verdi ettersom de øker beslutningsorganers evne til å treffe riktige beslutninger ved å teste argumenter.⁴ De juridiske prosedyrene etablerer et institusjonelt rammeverk som reduserer graden av ubestemthet og muliggjør en rasjonell diskurs om hvilke normer som skal komme til anvendelse i presist definerte situasjoner. På denne måten fortrenger ikke jussen argumentative prosedyrer, men gjennomtrenger dem. De juridiske prosedyrene begrenser premissadgangen, styrer argumentasjonen og sikrer et utvetydig resultat ved at den forbindes med beslutningsfatning. De reduserer feilbarligheten i kommunikative prosesser, hvor deliberasjon om enkelt-tilfeller ikke kan garantere at ulike aktører kommer til samme konklusjon som vi har vært inne på.

Domstolslignende organ i forvaltningen representerer en måte å kvalitetssikre beslutningsfatning på i skjønnsbaserte systemer som har flere fordeler. De øker borgernes rettssikkerhet uten veien om økt formalrettslig regulering som svekker fleksibilitet i rettsanvendelsen og har livsverden-koloniserende effekter. Ulike kunnskapsbaser, rettskilder og parter inkluderes i en prosess orientert mot en konsensuell og rettskraftig beslutning, noe som hindrer paternalisme. Ved at vedtak blir begrunnet og (forsøkt) rettferdiggjort overfor partene, blir også de som taper behandlet med respekt.

Avslutning

Fronlinjebyråkratene opptre i en institusjonell kontekst med myndighet til å handle på vegne av det offentlige, innenfor gitte rammer. De møter klienter og brukere ansikt til ansikt, og fatter avgjørelser av stor betydning for den enkelte. På mange saksområder har de profesjonelle fått lisens til å vurdere hva som er gyldig situasjonsdefinisjon. Utstrakt bruk av skjønn er problematisk fordi det åpner for ulikebehandling og upredikerbarhet, men samtidig er skjønn nødvendig og uomgjengelig. Man er derfor avhengig av at det er etablert saksbehandlingsprosedyrer og kontrollmekanismer som sikrer at yrkesutøvernes skjønnmessige avveininger skjer på en forsvarlig og rettferdig måte. I stedet for å vise til at de profesjonelle har utviklet en form for faglig og etisk basert handlingsberedskap har vi argumentert for at faglig vanskelige spørsmål samt spørsmål som er av en normativ karakter bør diskuteres i tverrfaglige fora hvor ulike parter og kunnskapsbaser er involvert. I den forbindelse blir basismøtet interessant ettersom det kan forstås som et deliberativt organ, som vil sikre at den trygdede blir hørt og at ulike synspunkter og argumenter blir diskutert. Sammenlignet med det positive perspektivet på skjønn som forutsetter profesjonelle yrkesutøvere er i stand til å fatte beslutninger om hva som er godt, riktig og rettferdig, vil diskusjon og argumentasjonsutveksling i tverrfaglige fora kunne være en mer adekvat måte å sikre at beslutninger blir fattet på et intersubjektivt riktig grunnlag. Yrkesutøverne må da begrunne sine standpunkter og blir dermed stilt til ansvar, noe som vil kunne bidra til at borgerne sikres kontroll, innsyn og medbestemmelse. Det er også gjort klart at det er nødvendig å diskutere legens sentrale rolle som premissleverandør overfor trygdeforvaltningen, ikke minst fordi legen befinner seg i en vanskelig posisjon mellom pasientens ønsker og behov og samfunnets interesser. Det blir derfor interessant å følge

⁴ Se Habermas (1981; 1992) og Alexy (1978).

myndighetenes veivalg, om det blir spesialister eller egne trygdeleger som skal vurdere uføresaker slik praksisen er i mange land. Endelig har vi pekt på rettslige prosedyrer som en måte å avhjelpe rettsikkerhets- og usikkerhetsproblemer generelt.

Referanser

- Abbott, A. (1988) *The System of Professions. An Essay on the Division of Labor*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Alexy, R. (1978) 'Eine Theorie des praktischen Diskurses', i W. Oelmüller (red.) *Normenbegründung – Normendurchsetzung, Materialien zur Normendiskussion*, Bd. 2, Paderborn, pp.22-58.
- Alexy, R. (1989) 'Probleme der Diskurstheorie', i *Zeitschrift für philosophische Forschung* 43, pp. 81-93.
- Alvsvåg, H (2002) 'Klinisk skjønn', i I. T. Bjørk et al. (red.) *Møte mellom pasient og sykepleier*. Oslo: Gyldendal akademisk.
- Bleiklie, I., K. D. Jacobsen og J. Thorsvik (1992) 'Forvaltningen og den enkelte', i T. Christensen og M. Egeberg (red.) *Forvaltningskunnskap*, Oslo: Tano.
- Davis, K.C. (1969) *Discretionary Justice: a preliminary inquiry*, Baton Route State: Louisiana University Press.
- Dworkin, R. (1977) *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth.
- Dworkin, R. (1985) 'Is There Really No Right Answer in Hard Cases', i *A Matter of Principle*. Oxford: Clarendon Press.
- Eriksen, E. O. (2001) *Demokratiets sorte hull. Om spenningen mellom fag og politikk i velferdsstaten*. Oslo: Abstrakt forlag.
- Eriksen, E. O. & M. Skivenes (2001) 'Legitimeringsproblemer i Barnevernet?', i E. O. Eriksen, *Demokratiets sorte hull. Om spenningen mellom fag og politikk i velferdsstaten*. Oslo: Abstrakt forlag.
- Eriksen, E. O. og L. I. Terum (2001) 'Frontlinjebyråkratene mellom fag og politikk', i E. O. Eriksen, *Demokratiets sorte hull. Om spenningen mellom fag og politikk i velferdsstaten*. Oslo: Abstrakt forlag.
- Eriksen E.O. og J. Weigård (1999) *Kommunikativ handling og deliberativt demokrati*, Bergen: Fagbokforlaget.
- Eriksen, E. O. og A Molander (2008) 'Profesjon, rett og politikk i velferdsstaten', i Molander, A. og Terum, L. I. (red.) *Profesjonsstudier*, Oslo: Universitetsforlaget.
- Funksjonsutvalgets rapport (2003)
- Galligan, D. J. (1986) *Discretionary Powers: a legal study of official discretion*, Oxford: Clarendon.
- 17
- Getz, L. og S. Westin (1995) 'Rådgivende legers og primærlegers vurdering av komplekse uførepensjonssaker', i *Tidsskrift for Den norske lægeforening*, 15 (14): 1748-53.
- Goodin, R. E. (1986) 'Welfare, Rights and Discretion', *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 6, No. 2.
- Goodin, R. E (1988) *Reasons for Welfare*, Princeton, NJ: Princeton University Press.

Gulbrandsen, P., R. Førde og G. A. Aasland (2002) 'Hvordan har legen det som portvakt?', *Tidsskrift for Den norske lægeforening* nr. 122: 1874-1879.

Grimen, H. og A. Molander (2008) 'Profesjon og skjønn', i A.Molander og L. I. Terum (red.) *Profesjonsstudier*, Oslo: Universitetsforlaget.

Habermas, J. (1981) *Theorie des kommunikativen Handelns*, Vol. 1, Frankfurt: Suhrkamp.

Habermas, J. (1992) *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Hansen, H.T. og M. Kvalvåg (2003) 'Fra hierarkisk regel anvendelse til tjenesteproduksjon? Trygdefunksjonærens oppfølging av sykemeldte', *Tidsskrift for Velferdsforskning* nr. 4 2003.

Hawkins, K. (1992) *The Uses of Discretion*, Oxford: Clarendon Press.

Lipsky, M. (1980) *Street-Level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York: Russel Sage Foundation.

Norges Offentlige Utredninger (1999) 'Kvinnens helse i Norge', NOU 1999: 13, Oslo: Statens forvaltningstjeneste, Statens trykning.

Norges Offentlige Utredninger (2000) 'Sykefravær og uførepensjonering. Et inkluderende arbeidsliv', NOU 2000: 27, Oslo: Statens forvaltningstjeneste, Statens trykning.

Rawls, J. (1993) *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.

Rothstein, B. (1994) *Vad bör staten göra?* Stockholm: SNS-förlag.

Schaffer, B. og Huang, W. (1975) 'Distribution and the Theory of Access', *Development and Change*, vol. 6. nr. 2.

Terum, L.I. og T. Nerdgård (1999) 'Medisinsk skjønn og rettstryggleik', *Tidsskrift for Den norske lægeforening* 119 (15):2192-2196.

Trygderettens rapport 2004

Wittgenstein, L. (1953) *Philosophical Investigations*, Oxford: Basil Blackwell.