*Daniel Bjerstedt*

# Rättssäkerhet – en källa för legitimitet inom socialförsäkringen?

De stigande ohälsotalen har under senare år tagit en allt större del av statens budget i anspråk. Trots att sjukskrivningarna har minskat kraftigt sedan 2002 har antalet personer med förtidspension ökat med i stort sett lika många (Socialdepartementet 2008:65). År 2007 uppgick antalet förtidspensionärer[3] till 550 000 personer (Ibid. s, 65.). Förtidspensionärerna utgör idag därför drygt 10 procent av befolkningen i arbetsför ålder. Socialförsäkringsutredningen, med uppdraget att göra en genomgripande analys av socialförsäkringen, menar i betänkandet Mera försäkring och mera arbete (2006:86, s. 52-5) att sjukförsäkringen är för mjuk. Mjukheten kommer bl.a. till uttryck genom att det finns skillnader och glidningar i tillämpningen av lagar och regler. Detta betraktas som ett problem för försäkringens ekonomiska stabilitet och för den enskildes rättssäkerhet. Det finns därför orsak att anta att framtida reformer, med målet om att minska tillämparens tolkningsutrymme, är att vänta.

Analysen är inte ny. Redan 1997 ansågs försäkringen vara för mjuk. Då ”tydliggjordes” det gällande sjukdomsbegreppet för att motverka den ”glidning i tillämpningen av sjukdomsbegreppet som skett hos patienter, läkare och inom socialförsäkringsadministrationen” (prop. 1996/97:28, s. 19). Konkret innebar förändringarna att ”förtidspensioneringen renodlas till att ge ersättning vid nedsatt arbetsförmåga på grund av medicinska faktorer” (prop. 1994/95:147, s. 32). Syftet med reformen var dels att se till att sociala och generella livsproblem inte hamnade inom förtidspensionen (ibid. s. 216), dels att skapa förutsättningar för en objektiv, likformig och rättssäker tillämpning av lagarna. Strävan för att höja rättssäkerheten för den enskilde medborgaren har fått legitimera förändringarna av de rättsliga rekvisiten. Rättssäkerheten ska höjas genom att begränsa beslutsfattarens (myndigheters, domstolars) tolkningsutrymme.

Dessa konstateranden väcker åtminstone två frågor. Lagstiftaren tycks ta för givet att ett minskat tolkningsutrymme i lagen leder till en högre rättssäkerhet. Men höjs rättssäkerheten verkligen per automatik när tolkningsutrymmet minskas? Och om så inte är fallet, vad händer med försäkringens legitimitet? I min framställning vill jag diskutera och problematisera detta antagande. Diskussionen förs med bakgrund i min undersökning av förvaltningsdomstolarnas domar i mål om förtidspension från tre perioder mellan 1983 och 2006.

---

1 Sedan 2003 sjuk- och aktivitetsersättning.

## Tolkningsutrymme och legitimitet

Det är, i alla fall teoretiskt, möjligt att skilja mellan formell och substantiell rätt som två kontrasterande styrtekniker (t.ex. Teubner 1983:257). Den substantiella rätten brukar förknippas med välfärdsstatens framväxt, och hur den rättsliga kontrollen ökades genom icke-juridiska kunskaper och discipliner (Garland 1981:38-9). En substantiell rationalisering av rätten betyder att ekonomiska, sociologiska och etiska faktorer tillåts påverka det formellt rationella beslutsfattandet (Savelberg 1992:1347). Lagarna blir i någon mening instrument för att realisera sociala mål (Hetzler 1984:39) och utomjuridisk kunskap tillförs för att på bästa sätt uppnå dessa mål (Åström 1998:99-101). Inom den substantiella rätten kan ett beslut inte vara rätt eller fel i sig, utan detta bestäms uteslutande av beslutets konsekvenser (Reidhav 2006:87). Eftersom konsekvenserna av beslutet är det viktiga blir beteendebeskrivningen i lagen nödvändigtvis vagt utformad, och stort tolkningsutrymme lämnas åt beslutsfattaren (Lindgren m.fl. 1971:77). Legitimiteten antas i denna modell framför allt grundas på vad som kommer ut ur processen, dvs. måluppfyllelse. Modellen brukar kritiseras för att det blir svårt för den enskilde att förutse beslutsfattarens ställningstagande.

Till skillnad från den substantiella rätten som lämnar stort tolkningsutrymme åt beslutsfattaren, står förutsebarhet i fokus inom den formella rätten. Tillämparen är här förpliktigad att handla i överensstämmelse med fastställda regler, oavsett vad konsekvenskerna av detta handlande blir. Legitimiteten inom denna modell antas emanera från reglernas utformning, inte dess innehåll (Lindvert 2006:48). Den formella rätten har beskrivits som att den:

> … tries to draw a sharp line between law and politics; it upholds a court-centered, rule-centered, rights-centered jurisprudence: and its main concern is with procedural fairness rather than substantive justice. Each of these attributes sustains the independence and legitimacy of the legal system (Selznick 1992:464-65).

En sådan rätt kan, i alla fall i teorin, tillämpas både objektivt och systematiskt. Därför menar t.ex. Weber att den kan betraktas som både formell och rationell (Trubeck 1986:136).

Genomgången av de två styrteknikerna ger för handa att en formalisering av reglerna och en begränsning av beslutsfattarens tolkningsutrymme kommer att förstärka den enskildes rättssäkerhet. Frågan är dock om denna slutsats även gäller vid en formalisering av ett redan existerande legala program med tillhörande institutioner, aktörer och förväntningar?

## Det praktiska beslutsfattandet i förvaltningsdomstolarna

Det material som används i analysen är hämtad från förvaltningsdomstolarnas transkriberade domar. Tre fyraårsperioder mellan 1983 och 2006 utgör materialet för analysen. Den första perioden sträcker sig mellan 1983 och 1986 och består av ett urval

av domar i mål om rätten till förtidspension från Försäkringsrätten för södra Sverige (405 mål). Den andra perioden sträcker sig mellan 1993 och 1996 och består av alla domar i mål om förtidspension från Kammarrätterna i Göteborg och Jönköping (419 mål). Den tredje perioden täcker in alla domar i mål om förtidspension från Kammarrätterna i Göteborg och Jönköping under perioden 2003 till 2006. På grund av att prövningstillstånd nu införts prövades enbart 89 mål i sak under den senaste perioden.[2]

Den statistiska analysen visar på betydande förändringar av domstolens beslutsrationalitet. Under perioden 1983-86 var det den behandlande läkaren som bestämde huruvida en individ skulle betraktas som sjuk eller inte. Domstolen gjorde ingen egen bedömning av sjukdomsbegreppet. Detta kan vi se eftersom diagnoser inte hade någon signifikant inverkan på domslutet. Vid bedömningen av individens arbetsförmåga vägdes ålder och arbetsstatus in. En högre ålder medförde en högre chans att erhålla pension. Arbetsstatus avser i detta sammanhang individens sysselsättning när frågan om förtidspension aktualiseras. Att kategoriseras som sjukskriven eller hemarbetande medförde 1983–86 en betydande ökning av chansen att erhålla förtidspension. Med de dåvarande reglerna vägdes alltså en individs anknytning till arbetsmarknaden in vid bedömningen av arbetsförmågan. Utöver denna av domstolen utförda bedömning var den behandlande läkarens rekommendationer och bedömning av arbetsförmågans nedsättning vägledande för domslutet.

Under perioden 1993-96 började domstolen att göra en egen bedömning av sjukdomsbegreppet. Sjukdomar i muskuloskeletala systemet bidrog då till en ökad chans för att få ersättning. En annan förändring är att försäkringsläkarens bedömning av arbetsförmågan nu blev den enskilt viktigaste faktorn för att kunna förutsäga domstolens beslut. Men domstolen vägde även in ålder och arbetslöshet i sin bedömning av rätten till förtidspension. En högre ålder bidrog till en högre chans att få förtidspension och arbetslöshet leder till en minskad chans att erhålla ersättning. Analysen visar att beslutsfattarens tolkningsutrymme under perioden användes för att minska utgifterna för förtidspensionen. Den ekonomiska krissituationen och målet om att renodla socialförsäkringen får antas förklara varför arbetslösa fick en striktare bedömning av arbetsförmågan än andra i liknande situationer.

Under perioden 2003-06 har varken kön, ålder, arbetsstatus eller yrke någon signifikant inverkan på domslutet. Endast försäkringsläkarens utlåtande om arbetsförmågan och om en individ fått en psykiatrisk diagnos är av betydelse för domstolens beslut efter förtydligandet av de rättsliga rekvisiten. En psykiatrisk diagnos leder till en minskad chans att erhålla förtidspension. Resultaten gäller när värdet för övriga variabler konstanthålls. Den snävare bedömningen av psykiatriska diagnoser tyder på att sjukdomsbegreppet blir biologiskt förankrat när de sociala aspekterna och konsekvenserna avlägsnas från bedömningen. Liknande slutsatser har dragits vid undersökningar av sjukdomsbegreppet inom sjukpenningssystemet (Westerhäll 1997, Stendahl 2003).

---

2 För en utförligare genomgång av undersökningen och redovisning av resultat, se Bjerstedt (2009) *Dömd till förtidspension*, kommande.

## Formaliseringens baksidor

Formaliseringen av rättsregeln/tillämpningen kan, enligt mitt förmenande, medföra två problem som kan skada försäkringens legitimitet. Det första gäller förutsebarheten i tillämpningen av begreppen sjukdom och arbetsförmåga. Det andra problemet gäller läkarnas roll i beslutsprocessen.

Den formella rättssäkerhetens viktigaste värden är förutsebarhet och likhet inför lagen. Syftet är att skänka skydd för individen mot statens tvångs- och våldsanvändning. Ibland talas det även om materiell rättssäkerhet. Peczenik menar t.ex. att materiell rättssäkerhet innebär att ”rättsskipning och myndighetsutövning baserar sig på en förnuftig avvägning mellan hänsynen till den på rättsnormerna baserade förutsebarheten och andra etiska värden” (Peczenik 1995:61). De två rättssäkerhetsaspekterna är relaterade till de rationalitetsformer som utgör grunden för det formellt rationella och substantiellt rationella rättskonstruktionerna som diskuterades ovan. Inom den första modellen har beslutsfattarens tolkningsutrymme begränsats till att bestämma huruvida de operativa fakta, som ska ligga till grund för den normativa konsekvensen, faktiskt föreligger. Inom den andra modellen har beslutsfattaren även rätt att ta ställning till rimligheten/lämpligheten av sitt eget beslut (MacCormick 1989:36). På samma sätt har analyser visat att arbetsförmågebegreppet åtminstone består av två komponenter. Staaf m.fl. (1995:457) menar att det analytiskt går att skilja på individers kapacitet eller förmåga och möjligheter. En bristande förmåga kan således bestå av inre hinder (arbetsförmåga) och yttre hinder (arbetsbrist). Dessa aspekter är dock relaterade till varandra så att en person med liten förmåga endast kan arbeta när möjligheterna är goda och att en person med hög kapacitet kan arbeta även när de yttre möjligheterna är begränsade (ibid. s, 458).

Under 1980-talet tog beslutsfattaren hänsyn till båda dessa komponenter. Dels tog man hänsyn till individens faktiska förvärvsmöjligheter, dels fick de inre förmågorna en vid definition där inte bara medicinskt grundad arbetsoförmåga, utan även t.ex. ålder, utbildning och yrkeserfarenhet vägdes in. Under 1990-talet användes tolkningsutrymmet i lagen på ett liknande sätt, med undantaget för de arbetslösa. Under 2000-talet kan vi se att hänsyn inte längre tas till yttre möjligheter eller till den vidare definitionen av de inre förmågorna. Nu är det bara sjukdomsbegreppet och försäkringsläkarens bedömning av arbetsförmågan som vägs in vid beslut om förtidspension.

Tillämpningen av lagen visar tydligt hur den materiella rättssäkerheten gått förlorad genom formaliseringen. Konsekvenserna av beslutet tillåts inte påverka själva beslutet. Frågan är dock om förutsebarheten har höjts genom reformerna? Åtminstone två faktorer tyder på att så inte är fallet. Den första faktorn som talar mot att den formella rättssäkerheten höjts är att formaliseringen skett genom negering. Istället för en detaljerad juridisk artikulering av den sociala verkligheten har förtydligandet av arbetsförmågebegreppet skett genom att slå fast vad det inte är. Den enskilde vet nu möjligtvis vad hon/han inte är försäkrad mot, men inte vad hon/han är försäkrad mot. Problemet är fundamentalt och går att härleda till förhållandet mellan rätten

och välfärdssystemet. Den juridiska dogmatismen är oförmögen att erbjuda en detaljerad juridisk artikulering av en komplex och föränderlig social verklighet (Broekman 1986:79-84). Den andra faktorn som talar mot att rättssäkerheten har höjts genom reformerna är att statliga omorganiseringar har tillåtigts styra den bild av människan som rätten ska uttrycka och upprätthålla. Renodlingen av välfärdsstatens olika verksamhetsgrenar medförde en precisering av rättsreglerna så att gamla, sjuka och arbetslösa skulle tillhöra varsitt specifikt fördelningssystem. Konsekvensen har blivit att individens kapacitet, förmåga och möjligheter hänförs till olika myndigheter. Om sociala problem ska regleras genom individer (som bärare av rättigheter och skyldigheter), förefaller det orimligt att ta bort de sociala aspekterna av individen vid bedömningen av hennes arbetsförmåga. Denna ”molekylarisering” (Rose 2001:13) av individen kan inte bidra till förutsebarheten eftersom den enskilde med största sannolikhet betraktar sig som en socio-biologisk helhet. Problemet accentueras av att arbetsförmedlingens tolkning av arbetsförmågebegreppet skiljer sig från det som gäller inom sjukförsäkringen (Melén 2008:115ff.).

Det andra problemet gäller läkarnas roll i beslutsprocessen. Experters medverkan i rättsliga beslut har ofta beskrivits som att de fungerar avpolitiserande och legitimerande för rätten. Besluten framstår som vetenskapligt objektiva och opolitiska. Men detta gäller bara under vissa förutsättningar. Expertkunskap kan bara skänka legitimitet då den är entydig. Om olika experter ger skilda förklaringar eller lösningar riskerar rättsprocessen att framstå som direkt politisk när beslutsfattaren tvingas välja mellan olika experters utlåtanden (Stryker 1994:851). Att det inom den medicinska vetenskapen åtminstone finns två sjukdomsbegrepp – ett biologiskt och ett socialmedicinskt – är allmänt vedertaget (Juul-Jensen 1985). Detta betyder att den medicinska expertisen aldrig uteslutande har kunnat fungera legitimerande för försäkringen. Problemet kan dock delvis sägas ha avvärjts genom att domstolen har tillämpat ett socialmedicinskt sjukdomsbegrepp, som innefattar även den biologiska definitionen. Att den behandlande läkarens utlåtande om arbetsförmågan nu helt saknar betydelse för domstolens beslut har en av-legitimerande effekt. Att domstolen så gott som alltid väljer att följa försäkringsläkarens bedömning får valet att framstå som direkt politiskt. När olika läkare förespråkar olika lösningar höjs givetvis inte förutsebarheten för den enskilde. Risken för konflikt ökar snarast när valet mellan olika expertutlåtanden framstår som politiskt. Att försäkringsläkaren är anställd och avlönad av försäkringskassan, som är part i domstolen, understryker givetvis problemet med att bedömningen framstår som politisk.

En ytterligare formalisering av rätten till förtidspension förefaller inte vara en framkomlig väg för att få ner antalet nya förtidspensioner. Den snävare bedömningen av kriterierna leder inte till en mer rättssäker tillämpning, vilket äventyrar försäkringens legitimitet – både till form och innehåll.

**Referenser**

Bjerstedt, D (2009) Dömd till förtidspension (kommande avhandling sociologiska institutionen Lunds universitet).

Broekman, J.M (1986) "Legal subjectivity as a precondition for the intertwinement of law and the welfare state", i G. Teubner (red.) *Dilemmas of law in the welfare state*. Berlin, New York: Walter de Gruyter.

Garland, D (1981) "The birth of welfare sanction", i *British journal of law and society*, vol. 8, No. 1 (summer 1981), s. 29–45.

Hetzler, A (1988) "Ramlagar – det moderna samhällets styrningsteknik", i *Blickpunkten. Tidskrift från forskningsdelegationen om den offentliga sektorn* 6-17. Stockholm: Nordstedts.

Hydén, H (2003) *Rättssociologi som rättsvetenska*. Lund. Studentlitteratur.

Juul Jensen, U (1985) *Sjukdomsbegrepp i praktiken i den kliniska arbetets filosofi och vetenskapsteori*. Solna: Esselte.

Lindgren, L, Magnusson, D, Stjernquist, P (1971) *Sociala styrningsformer*. Stockholm. A&W.

Lindvert, J (2006) *Ihålig arbetsmarknadspolitik? Organisering och legitimitet igår och idag*. Umeå: Boréa bokförlag.

Melén, D (2008). *Sjukskrivningssystemet – Sjuka som blir arbetslösa och arbetslösa som blir sjukskrivna*. Lund: Dissertations in Sociology 79, Media-Tryck, Sociologiska institutionen, Lunds universitet.

Reidhav, D (2006)"Klassisk utilitarism", i J. Nergelius (red.) *Rättsfilosofi: samhälle och moral genom tiderna*. Lund: Studentlitteratur.

Rose, N (2001) "The politics of Life itself", i *Theory, Culture & Society*; 10, s. 1–30.

Savelberg, J (1992) "Law that does not fit society: sentencing guidelines as a Neo-classical reaction to the dilemmas of substantivized law", i *American journal of sociology* 97, s. 1346–81.

Selznick, F (1992) *The moral community: Social theory and the promise of community*. Berkeley och Los Angeles, California: University of California Press.

Staaf, L, Berglind, H, Ekholm, J (1995) "Arbetsförmåga – ett nyckelbegrepp vid förtidspensionering", i *Socialmedicinsk tidskrift* 10, s. 455–62.

Stendahl, S (2003) *Communicating justice providing legitimacy: the legal practices of Swedish administrative courts in cases regarding sickness cash benefit*. Uppsala: Iustus.

Stryker, R (1994) "Rules, Resources, and Legitimacy processes: Some implications for social conflict, order and change", i *The American Journal of Sociology*, Vol. 99, No. 4, s. 847–910.

Teubner, G (1983) "Substantive and reflexive elements in modern law", i *Law & society Review* 17:2, s. 239–85.

Tubek, D.M (1986) "Max Weber's Tragic Modernism and the Study of Law in Society, i *Law & Society Review*, Vol 20, nr 4, s. 573–598.

Westerhäll, L (1997) *Rättsliga aspekter på arbetsoförmåga på grund av sjukdom*, i Socialmedicinsk tidskrift nr 8–9, s. 356–65.

Åström, K (1989) "Normbildning och beslutsfattande", i H. Bengtsson (1998) *Politik, lag och praktik: Implementeringen av 1994 års handikappsreform*, s. 88–103. Lund: Studentlitteratur.

**Statliga utredningar och propositioner**

Prop. 1994/95:147 Rätten till förtidspension och sjukpenning samt folkpension för gifta

Prop. 1996/97:28 Kriterier för rätten till ersättning i form av sjukpenning och förtidspension

SOU 2006:86 *Mera försäkring och mera arbete*

S 2008/1245/SF *Från sjukersättning till arbete*. Promemoria Socialdepartementet