

Af Peter Vangsgaard

# SOCIALRETLIG DØMMEKRAFT

– dimensioner og faldgruber

*”Socialretlig dømmekraft” er et komplekst begreb, som for at ydes retfærdighed må udfoldes komplekst. Det vil sige i alle dets dimensioner. Sagsdimensionelt, socialdimensionelt og tidsdimensionelt. På baggrund af en ret alvorlig situation, hvad angår omsætningen af socialretten i de dertil indrettede samfundsinstitutioner, søges dømmekraftbegrebet udfoldet i overensstemmelse med den socialretlige virkelighed og den udfordring, der møder myndighedsudøveren på området. Det vises hvorledes tre retsteoretiske perspektiver kan præcisere fordringen til den moderne myndighedsudøver.*



Kommunale sociale myndigheder udsættes for jævnlig og tiltagende kritik. Kritikken går på manglende eller begrænset efterlevelse af centrale retlige regler og principper. Samtidig beskyldes administrative ankeinstanser, ankestyrelsen og ankestyrelsens beskæftigelsesudvalg, for at prioritere systemhensyn højere end hensynet til borgerens retssikkerhed og retsbeskyttelse. Der er på den baggrund god anledning til at gøre sig nogle overvejelser om socialretlig dømmekraft. Frontlinjemedarbejderen i den kommunale forvaltning møder borgeren in persona i første instans, hvor borgeren typisk selv kommer og ansøger om hjælp. Den juridiske fuldmægtig eller ankechef i ankesystemet møder derimod kun borgeren som en sag i stakken af klagesager. Forskellen på de to situationer er åbenlys. Det må dog antages, at der på trods af disse forskelle kan siges noget alment om kravene til myndighedsudøvelsen under overskriften ”socialretlig dømmekraft”. Selvom udgangspunktet for de følgende overvejelser vil være den kommunale myndighedsudøvelse, kan de fleste pointer altså overføres direkte til klagesystemet.

For den moderne jurist er begrebet dømmekraft et fremmedord. Juristen vil hellere tale om juridisk metode og fortolkningsteknik og om retten som en vigtig ramme omkring den sociale indsats. En ramme, der i dag ikke iagttages med den omhu, der burde være en selvfølge. Men netop dette at reducere retten til ramme, metode og teknik udtrykker måske en ikke uvæsentlig del af dagens misere. Det gælder formentlig særligt, når den tekniske udgave af juraen videregives til ikke-jurister, fx socialrådgivere, som ikke får alt det usagte ind under huden som led i den almindelige opdragelse på et juridisk institut. Ikke-jurister spiller, som det vil være mange bekendt, en stor rolle for omsætningen af socialretten i første instans. Andre årsager spiller dog utvivlsomt også ind på de ovenfor nævnte problemer med at efterkomme gældende regler og principper. Fx det ressourcepres og sagspres, som alle véd, er en del af den kommunale virkelighed.

Artiklens udgangspunkt er, at socialretten er blevet stadig mere *kompleks*. Med ordet ”kompleksitet” betegnes først og fremmest det forhold, at socialretten indeholder forskellige og (til dels) modstridende rationaler, der alle skal integreres i den socialretlige praksis, i processerne såvel som i afgørelserne. Der hentydes altså ikke i første række til retskildernes store antal og regelværkernes ditto omfang, hvilket ellers er realiteter, som kan gøre myndighedsudøvelse til en temmelig *kompli-ceret* affære. Begge dele, men særligt de forskellige rationaler (kompleksiteten), betyder, at der stilles betydelige krav til myndighedsudøverens dømmekraft. Krav der, omend de ikke er nye, dog må anses for klart stigende – og mere udtalte i dag end fx på bistandslovens tid.

I denne artikel er omdrejningspunktet for brugen af dømmekraftbegrebet en interesse for at bidrage til forståelsen af den *retlige udfordring*, der møder den professionelle myndighedsudøver på socialområdet og de krav til *indstilling og tilgang til opgaveløsningen*, som modsvarer denne udfordring. Det ovennævnte ressourcepres kan udgøre en selvstændig udfordring for den retlige dømmekraft, når presset giver sig udslag i tvivlsomme (muligvis ulovlige) ordrer eller serviceniveauer, som den kommunale myndighedsudøver må forholde sig til. Denne særlige situation, hvor relevant den end er, vil ikke blive behandlet i det følgende.

Etikken er en integreret del af en undersøgelsesinteresse, der benytter sig af dømmekraftbegrebet. I artiklen er praksis, den udfolde(n)de dømmekraft, dog først og fremmest forstået som en meningsbaseret og meningsføgende aktivitet, der bevæger sig i mellem tre arke-dimensioner: Sag, relation (socialitet) og tid.

Mening og dømmekraft i den sociale indsats understøttes ikke nødvendigvis af nye metoderedskaber. De redskaber, der i de senere år med lind centraladministrativ hånd er blevet strøet ud over området, udgør tværtimod ofte en særlig udfordring for dømmekraften. Dømmekraften må nemlig til enhver tid modsætte sig mekanisering og standardisering af et arbejde, som i al væsentlighed skal bygges på den konkrete og individuelle vurdering af den enkeltes hjælpebehov. Dømmekraft er indbegrebet af dette som professionel at kunne se og forstå en situations *nødvendigheder* og *mulighe-*

der og at evne at reagere på dem på en adækvat måde<sup>1)</sup>. Mange metoderedskaber, hvor nyttige de i øvrigt kan være, skærer i den forbindelse virkeligheden for hårdt til – uden at tilbyde passende refleksionsstøtte.

Som så mange andre jurister er denne artikels forfatter vokset op med Jørgen Dalberg-Larsens retsteoretiske inspiration og hans modtagelighed overfor internationale teoriudviklinger og tendenser, som i kraft heraf er blevet kyndigt introduceret i en dansk kontekst. Formålet med denne artikel er at vise, hvorledes man til karakteristik af et moderne socialretligt dømmekraftsbegreb kan indkredse tre dimensioner, svarende til de ovennævnte meningsdimensioner. Formålet er endvidere at vise, hvorledes dette kan ske ved at trække på forskellige retsteoretiske tankesæt og perspektiver. Det viser sig, at nogle højst relevante tankesæt og perspektiver udspringer af impulser, som har fundet særligt markant udtryk i Dalberg-Larsens forfatterskab. De omhandlede perspektiver og tankesæt skal både have noget at bidrage med i forhold til at indkredse indsatsens nødvendigheder (de forhold der virker bestemmende ind på myndighedsopgavens karakter) og muligheder (forståelse af betydningen af, hvad det vil sige at have ansvaret for at løse opgaven og gå til den med den rette indstilling).

I sagsdimensionen er det den moderne systemteori<sup>2)</sup>, der skal trækkes frem som inspirationskilde. I socialdimensionen er det dekonstruktionismen. Og i tidsdimensionen pragmatismen. Ved at skelne mellem tre dimensioner af dømmekraften gøres det muligt at fremstille dømmekraften komplekst samtidig med, at det understreges, at dømmekraften er en enhed. Dimensionerne er altså ikke udtryk for forskellige typer af dømmekraft, men sider af samme dømmekraft. I sagsdimensionen kommer man ikke udenom, at socialretlig dømmekraft tager afsæt i en forståelse for den formelle side af juraen. I relation til socialdimensionen lader det sig selvsagt ikke forbigå, at retlig myndighedsudøvelse på socialområdet omhandler en hjælperelation. I socialdimensionen kommer derfor myndighedsudøverens til tider besværlige samspil med borgeren, den anden part i hjælperelationen, i fokus. Præcis dette fokus og de paradokser, der har deres udspring her, er dekonstruktionismens hovedfokus<sup>3)</sup>. Pragmatismen<sup>4)</sup> minder os på sin side med stor overbevisningskraft om, at den moderne socialret er kompleks, ikke bare sagligt og socialt set, men også tidsligt set. Prognoser og konsekvensberegninger har stor betydning for socialretten og det handler om at have fornemmelse for og kunne finde en argumentation, der – nu og her! – fungerer ikke bare bagudrettet og normativt, men også fremadrettet i relation til fremskrivningen af en given afgørelses (mulige) virkninger.

#### DØMMEKRAFTENS SAGSDIMENSION – SYSTEMTEORI OG AUTOPOIESIS – PARADOKSER OG APPARADOKSERING

Ret og ikke mindst socialret er en alvorlig sag og handler grundlæggende om forventninger. Nærmere bestemt stabilisering af forventninger i et foranderligt samfund, hvor særligt socialretten ændrer sig i hastig takt. Menneskelig velfærd kræver, at der på en rimelig gennemsigtig, stabil og systematisk måde kan skabes forventninger i nutiden, som kan bære og holde vand – bare et stykke af vejen – ind i en ellers usikker fremtid. Forventningsbeskyttelse er måske særlig vigtig, når det drejer om den enkeltes basale forsørgelsessituation. Spørgsmål om offentligretlig forsørgelse er reguleret af en på samme tid stadigt mere detaljeret og abstrakt lovgivning – gennemført lag på lag over et længere tidsspænd med vekslende politiske idéer og målsætninger. Kort sagt en lovgivning, der kendetegnes ved en stadigt stigende kompleksitet. Retten skal på denne baggrund, hvor risikoen for at møde skuffelse alt andet lige må blive større, kunne skabe tillid. Tillid til fremtiden. Og tillid til, at en kompleks lovgivning administreres med sans for kompleksiteten og øje for muligheden for at integrere de mere fundamentale hensyn, der vedvarende kan anses for at være en del af gældende ret.

På den anden side er det også vigtigt, at retten kan forandre sig og tilpasse sig nye ændrede forhold og funktioner. På det sociale og beskæftigelsesmæssige område er det oplagt, at rettens funktion må ses i lyset af de mere specifikke ydelser, der skal leveres på netop disse områder. Socialretten har en væsentlig rolle at spille i forhold til både at beskytte den enkeltes velfærd, kompensere for manglende habilitet eller forsørgelsesevne og at udvikle den udsatte borgers evne til at klare sig selv.

Systemteorien placerer retten i en samfundsmæssig og kommunikativ kontekst, hvor den – ligesom andre funktionssystemer – virker ved autopoiesis. Den moderne ret er altså, ifølge teorien, både selvskabende og selvregulerende. Den bærer så at sige i sig selv sit eget grundlag. Spørgsmålet er nu, hvorledes retten kan være ret og levere den rette (legitime) balance mellem stabilitet og foranderlighed og dertil sekundære ydelser som de ovennævnte, uden andet grundlag end sig selv. Svaret er, at det lader sig gøre, når og kun når det lykkes at håndtere det problem, som er rettens primære paradoksproblem, nemlig at retten kun vanskeligt (og så at sige alene ved at overvinde sig selv) kan afgøre, om det nu også er helt ret at skelne mellem ret og ikke ret. Cirklen skal med andre ord brydes, og det skal gøres muligt at begrunde spørgsmålet om, hvorfor fx netop denne kommunale forvaltningsbeslutning skal være ret. Og ikke en anden. Med til svaret hører dog også, at det netop er i kraft af rettens selvstændighed og den cirkularitet, der er prisen for den, at retten har mulighed for at tilpasse sig og skabe de løsninger, som virker i praksis.

Sondringen mellem ret og ikke-ret er rettens ledende skelnemåde, som ligger til grund for al retlig kommunikation, herunder socialforvaltningsretlig kommunikation. Det er altså afgørende for den retlige legitimitet, at den kommunikative praksis, der kommer ud af anvendelsen af denne sontring, fortjener betegnelsen ret. At den kan forbindes med noget autoritativt. At den besidder en vis saglighed og gennemsigtighed. At den repræsenterer noget forudsigeligt, noget man kan fæste lid til.

Anlægges et historisk helikopterblik på retsudviklingen, er det den hierarkiske (feudale og gud-givne) ordens afløsning af en funktionelt uddifferentieret samfundsorden, der danner grundlag for den moderne ret og dens paradoksproblem(er). Selvom cirkularitetens udfordring altså langt fra er ny, viser den sig i disse år med stigende styrke, jr. nedenfor. Det er derfor rimeligt at sige, at retten først i nyere tid er kommet på overarbejde med sine afparadokseringsbestrebelse. Udfordringen med afparadoksering er principielt den samme på alle retsområder, men det er oplagt, at den viser sig på forskellig vis og har forskellige praktiske implikationer på forskellige områder. Retshistorien har budt på forskellige måder at etablere hierarki og nødvendighed på og dermed legitimitet, herunder i relation til forvaltningens myndighedsudøvelse. Forskellen mellem naturret og positiv ret er et eksempel fra denne historie, der stadig har en vis magt over sindene. Andre begrebsforskelle er dog med tiden blevet vigtigere. En retlig grundlagsrefleksion vil i dag typisk trække på ”forfatningsretlige” eller ”menneskeligretlige” overvejelser og argumenter. Og det er ofte overvejelser af denne karakter, der anses for at være forventningsbeskyttelsens yderste værn, herunder værnet i relation til velerhvervede (sociale) rettigheder<sup>5)</sup>.

For myndighedsudøveren i den moderne socialforvaltning er det tilstrækkeligt, som grundlag for at træffe den lovlige og rigtige afgørelse, at skabe en overbevisende sammenhæng mellem afgørelsen på den ene side og det positive retsgrundlag på den anden side. Ved at gøre etableringen af det positive retsgrundlag til en *politisk* beslutning, har retten etableret et beslutningshierarki, der har sit øverste punkt uden for retten selv. Man kan sige, at retten ved eksternalisering har skabt en bredt accepteret forestilling: At loven bliver til forud for og uafhængigt af retsanvendelsen, der herved bliver lovbaseret og forankret i i sidste instans folkets vilje.

Dette at træffe *den* lovlige og rigtige afgørelse, ikke mindst på et komplekst område som det socialretlige, kan imidlertid være en særdeles stor udfordring. At myndighedsudøvelse ikke kun handler om deduktion og subsumption og objektiv bevisbedømmelse har siden retsrealismens indtog i

retsteorien været en veletableret sandhed. Men i de senere år er det også blevet en sandhed, der indgår i mere populære forestillinger om retten. Det skyldes som sagt først og fremmest den positive lovs kompleksitet. Fx anvender den sociale lovgivning komplekse begreber som arbejdsevnebegrebet, funktionsevnebegrebet og forældreevnebegrebet. Disse indgår i sammenhænge, hvor der – som forudsætning for, at rettigheder og pligter kan fastlægges – skal udarbejdes særdeles vanskelige *prognoser*. Prognoserne skal forudsige borgerens evne til at forsørge sig selv og sin familie, når han eller hun har modtaget en passende hjælp dertil.

Et andet forhold, der spiller ind på myndighedsudøverens udfordring, er antydet ovenfor og har med selve afgrænsningen af det positive retsgrundlag at gøre. I dag er der ikke længere kun et enkelt center for retsdannelsen, folketinget, at forholde sig til. Forskellige internationale instanser, herunder ikke mindst EU, gør sig med stigende styrke gældende. Selvom myndighedsudøveren som regel kan nøjes med at holde sig til danske retsakter, herunder sådanne der implementerer internationale ditto, er udviklingen med til at komplicere det samlede billede af en lovgivning, der skal varetage mange og til dels modsatrettede hensyn.

Under alle omstændigheder skal i forvaltningspraksis det forhold håndteres så følsomt som muligt, at der ikke sjældent vil kunne træffes flere forskellige beslutninger med baggrund i samme hjemmelsgrundlag. Der skal etableres en klar, autoritativ, begrundelse, der viser, at netop denne beslutning er nødvendig og dermed legitim. I nogle tilfælde vil et spillerum ude i regelomsættningens yderste led kunne forsvares med henvisning til hjemmelsgrundlagets åbne karakter. Således vil loven i nogle sammenhænge kunne hævdes at indebære en delegation fra lovgiver (skønssituationen) med den virkning, at der skal ske en "udfyldning" af reglen. I rigtig mange tilfælde er det dog, på socialrettens område, forudsat, at *den* lovlige og rigtige afgørelse kan træffes, omend det samtidig kræves, at det skal ske på baggrund af en konkret vurdering, der tager højde for borgerens individuelle behov. Vanskeligheden ved konkret at fremvise en nødvendighed vil i den forbindelse uvægerligt få paradoksproblemet til at titte frem: Loven kommer til syne som en størrelse, der først rigtig bliver til i omsætningen af reglerne. Den moderne myndighedsudøver vil da i princippet kunne træffe afgørelser med forskelligt indhold, om eksempelvis retten til revalidering, ressourceforløb eller pension, og ingen af dem vil jo så være *den* lovlige og rigtige afgørelse. Og hvad er da grundlaget for at kalde retten ret, kan man spørge.

Udfordringen for myndighedsudøveren er at omgå dette forhold med passende omhu og ydmyghed. Dette at træffe retsafgørelser er en alvorlig affære, og må altid være en tekstnær virksomhed, med "den positive lov" (herunder forarbejder mv.) som centralt omdrejningspunkt. På den anden side er den rigtige afgørelse ikke en afgørelse, der blot og bart kan "udledes". Jura er ikke først og fremmest teknik eller logik. Den rigtige afgørelse må fremstilles og fremstilles så overbevisende som overhovedet muligt og i overensstemmelse med normerne for god juridisk (og socialfaglig) argumentation.

Forskellen mellem materielt lovgrundlag og retsafgørelse/forvaltningsafgørelse kan, som det fremgår af ovenstående, vanskeligt stå alene som apparadokserende begrebsforskel. Dette forhold er blevet stadigt tydeligere. Der har derfor i de senere år været stigende fokus på en anden begrebsforskel med apparadokserende potentiale: Forskellen mellem afgørelse og processkridt. Metodereguleringen på ikke mindst socialområdet er tiltaget. Det er vel at mærke sket i en periode, der indledtes med indførelsen af en *retssikkerhedslov*. Tanken er naturligvis, at når de processkridt, der kan antages at føre til den lovlige og rigtige afgørelse, identificeres og fastlægges i loven, så kan dette kompensere for den eksisterende "materielle" retssikkerhed. Selvom mange af de omhandlede metoderegler og principper ifølge den forvaltningsretlige teori vil have karakter af retssikkerhedsgarantier, virker det dog ikke helt overbevisende, at deres iagttagelse alene skulle kunne udgøre tilstrækkelig garanti for, at den lovlige og rigtige afgørelse træffes.

Nok kan de enkelte afparadokseringsstrategier hver for sig synes utilstrækkelige. Det er dog ret oplagt, at de i praksis repræsenterer argumentationslinjer, der, når de kædes sammen på en kompleksitetsfølsom måde, fint kan opfylde kravene til en fremstilling af retlig nødvendighed. Dygtigt bragt i spil som hinandens komplementærstrategier vil de i de fleste tilfælde utvivlsomt kunne understøtte en argumentation, der kan vinde bred forståelse og endda accept.

Det er en faldgrube i forvaltningsarbejdet, at karakteren af den moderne retsudfordring glemmes eller negliseres. Mindst to forhold synes her at have betydning. For det første kan en hjemmel i situationen virke sikker. Så sikker, at myndighedsarbejdets iboende karakter af afparadoksering (kompleksitetshåndtering) kan fortrænges. For det andet kan myndighedsudøveren være optaget af at forholde sig til andre paradokser i det moderne forvaltningsarbejde. Med baggrund i systemteorien kan "forvaltningsrummet" som beslutningsrum karakteriseres som polyfonisk eller heterofonisk<sup>9</sup>. Mange stemmer i rummet kan forvirre og trække myndighedsudøverens opmærksomhed væk fra den retlige udfordring.

Afslutningsvis skal det i relation til dømmekraftens sagsdimension nævnes, at der for den enkelte myndighedsudøver kan være reel aflastning at hente i det netværk af beslutninger og afgørelser, som udgør den socialretlige praksis. Ikke alle myndighedsafgørelser på området kræver trods alt den tidligere nævnte konkrete og individuelle vurdering. I tilfælde, hvor traditionelle tolknings-spørgsmål optræder i forbindelse med en i øvrigt ikke-kompleks beslutningssituation, kan fx en ledende afgørelse fra ankeinstansen være den krog, som myndighedsudøveren i den kommunale forvaltning kan (ja, faktisk skal!) hænge sin hat på. Her er det så blot afgørende for systemets samlede præstation, at den pågældende afgørelse faktisk repræsenterer god socialretlig dømmekraft og kondenserer kompleksiteten på en nogenlunde dækkende måde. At dette ikke altid er tilfældet i praksis kan illustreres med en Østrelandsretsdømme, U2017.2686 Ø, der tilsidesætter ankestyrelsens noget rigide og mekanisk-kompleksitetsforkortende afgørelse i sagen.

Ankestyrelsen havde truffet afgørelse om, at en borger i afklaringsforløb, som ikke ønskede at modtage ressourceforløbsydelse af hensyn til sin mulighed for senere at opnå tidsbegrænset opholdstilladelse i Danmark, heller ikke var berettiget til jobafklaringsforløbet. Et sådant forløb var borgeren ellers som udgangspunkt berettiget til, da hans sygedagpengerefter var udløbet efter et længere sygeforløb, der startede med en arbejdsulykke. Ankestyrelsen havde lagt vægt på en ordlydsfortolkning af beskæftigelsesindsatslovens §2 nr. 14, hvorefter "personer, der som led i et jobafklaringsforløb efter kapitel 12b modtager ressourceforløbsydelse". Landsretten fandt imidlertid, at loven måtte forstås således, at deltagelse i jobafklaringsforløb er en ret, der ikke er betinget af samtidig pligt til at modtage ressourceforløbsydelse. I stedet for at læse bestemmelsen isoleret og udenfor dens sammenhæng, afgjorde landsretten sagen ud fra ordlyden af hjemmelsbestemmelsen, indholdet af de øvrige relevante bestemmelser og disses indbyrdes sammenhæng sammenholdt med den tidligere gældende retstilstand, formålet med lovændringen i 2014 og reale grunde.

*Sammenfattende kan man om det systemteoretiske begreb "afparadoksering" sige, at det er egnet til at fastholde myndighedsudøverens blik på den socialretlige kompleksitet og nødvendigheden af at kunne håndtere den med den rette følsomhed. Det er netop denne følsomhed, der kendetegner det retlige perspektiv på myndighedsudøvelsen i forvaltningen. En vigtig dimension af den socialretlige dømmekraft ligger i erkendelsen af, at det er nødvendigt at kunne begrunde retlige handlinger i forvaltningen med henvisning til retsnormer og forpligtende fortilfælde. Det er samtidig en del af denne erkendelse, at en begrundelse for en afgørelse altid vil indeholde et element af "konstruktion". Retten er i den forstand indbegrebet af en særlig form for "elastisk" bundethed. Den retlige vurderings særlige karakter kan ikke udtømmes med henvisning til hverken fortolkningsmetoder eller bevisvurderingsregler. Der*

*findes ej heller sådan noget som en "naturlig forståelse", endsige vurdering af enkelttilfældet. Men retten repræsenterer et perspektiv på og en tilgang til myndighedsudøvelse, der kan bruge forestillingen om en "naturlig forståelse" i en argumentation – så længe den virker rigtig og legitim i situationen. Retten er en konstruktionspraksis, der tager loven alvorligt og sin funktion i samfundet lige så alvorligt. Når "reale grunde" tages i betragtning, hvad de altid bør (vil blive), taler vi om grunde eller hensyn, der ligeledes er farvet af det retlige perspektiv.*

## DØMMEKRAFTENS SOCIALDIMENSION

### – DEKONSTRUKTIONISME OG UAFGØRLIGHED (DEN UMULIGE BALANCE)

Retfærdighed i en retlig sammenhæng er en noget luftig (transcenderende) størrelse. Ikke desto mindre står retfærdigheden i tæt forbindelse med de helt praktiske overvejelser, som er en integreret del af den gode socialretlige praksis. Det lyder paradoksalt. Og det er det også! – retfærdigvis. Både systemteori og dekonstruktionisme har et stærkt udviklet blik for paradokser. Teoriene er dog – til trods for, at de deler en veludviklet sans for kompleksitet og kontingens og bruger nogle af de samme metodiske redskaber og tanksæt – tillige meget forskellige. Systemteorien opfatter og sætter – som nævnt – fokus på systemer, herunder retssystemet, som *selvskabende kommunikationssystemer*. Teorien er uhyre konsekvent i denne henseende, hvilket selvfølgelig har både fordele og ulemper. En omkostning er, at systemteorien er *blind for systemers relationer*, herunder eksempelvis rettens relation til borgeren. I systemteorien foregår alt så at sige på indersiden af det enkelte kommunikative system. Alt, hvad der ikke hører til på indersiden, udgrænses. Det gælder psykiske systemer såvel som andre kommunikationssystemer. Koblingen til andre systemer er således også "indersidefænomener". Omvendt med konstruktionismen. Dennes fixpunkt er lige præcis relationen – og dermed enheden af de systemer, der indgår i relationen.

Hvilke fordele og ulemper er forbundet med de to tilgange, kan man spørge. Ser vi på systemteorien, er fordelene ved denne, at den kan vise, hvorledes relationelle ur-paradokser transformeres til kommunikative, men til enhver tid håndterbare, ditto. Historisk set er transformation og afparadoksering sket på forskellig – og kontingent – vis i forskellige kommunikationssystemer. Men det er altid sket. Systemerne går ikke bare i stå – og for systemteorien er dette den væsentlige pointe. I retssystemet har ingredienserne i afparadokseringsbestrebelse altid været de samme: Hierarkisering af begreber og normer – og udarbejdelse af metoder og programmer til brug for fastlæggelsen af den centrale sondring mellem ret og ikke-ret. Ulempen ved systemteorien er, at den, for at udvikle sin følsomhed for kommunikative systemers evne til at forsætte under cirkulære forhold, har måttet afstå fra at dyrke det "uafgørlige".

Det relationelle ur-paradoks er indbegrebet af det uafgørlige. Vi taler om den låste (cirkulære) situation, der opstår i mødet mellem to personer, der ikke kan undvige hinanden. Begge gør i udgangspunktet deres handlinger og måde at forholde sig på afhængig af den andens ditto<sup>7</sup>). Dekonstruktionismen har i sit klassiske udgangspunkt denne situation ufravigeligt for øje. Da situationen er principielt uløselig, er den dekonstruktionistiske bestræbelse ensbetydende med en rejse længere og længere ind i uafgjorthedens mysterium. Et mysterium, hvis udfoldelse selvsagt må trække lige lig på kommunikation og erfaring, hvilke områder som nævnt er præcis så skarpt adskilte i systemteorien, at de ikke evner "at tale sammen". Retten har i dekonstruktionismens blik en tydelig og magtfuld side, en positivretlig side, der nemt lader sig kommunikere. Men den har også en mindre tilgængelig, nærmest hellig side, med potentiale for både tilintetgørelse og livsbekræftelse. Denne anden side er retfærdighedens side. Pointen er her, at de to sider er principielt uadskillelige.

Dekonstruktionistiske retsanalyser, der løfter sig lidt fra ur-paradokset, handler – i første skridt – altid om at identificere dominerende værdier og hensyn i lovgivningen på specifikke retsområder

(den "naturlige forståelse", jr. ovenfor). Næste skridt er så at udfinde de hermed sammenhængende, men undertrykte ditto og trække dem frem til ære og værdighed – med den rystelse af etablerede tolkninger, som dette kan indebære. Med lidt andre ord drejer det sig om at identificere det centrale begrebspar, der indeholdes i loven – og det af begreberne, der ud fra den herskende opfattelse dominerer forståelsen. Ved efterfølgende at fremhæve det undertrykte og marginaliserede begreb, kan man give teksten en ny mening. Denne nye mening er ikke nødvendigvis mere rigtig end den oprindelige. Men man har opnået at gøre opmærksom på, at loven ikke er en modsigelsesfri helhed. At det tværtimod er muligt at fortolke loven på forskellige indbyrdes modstridende – og alligevel acceptable – måder. Som eksempel på en dekonstruktionistisk analyse refererer Dalberg-Larsen til Daltons analyse indenfor aftaleretten<sup>8)</sup>. I aftaleretten beskæftiger man sig med to modstående parter udveksling af gensidigt forpligtende viljeserklæringer. Aftaleretten er i den forstand indbegrebet af lige parter udfoldelse af *selvbestemmelse*: Ved at bøje deres viljer mod hinanden opnår parterne enighed om, hvad der fremadrettet skal gælde for deres indbyrdes forhold. Overfor dette står imidlertid de *samfundshensyn*, der også må gøre sig gældende, når det skal afgøres, om der faktisk bør kunne støttes ret på en aftale. Med henblik på at identificere de tilfælde, hvor en aftale enten bør kunne anfægtes eller simpelthen anses for at være en nullitet, har man indenfor aftaleretten udformet en ugyldighedslære. Kernen i denne er et katalog af "mangler ved viljeserklæringen". Mangler ved en viljeserklæring, at den ene fx har ført den anden bag lyset, kan imidlertid ikke stå alene, når grænsen mellem den gyldige og ikke-gyldige aftale skal fastlægges. Der må også indføres andre kriterier. Fx er parterne måske ikke helt så lige som forudsat i modelsituationen. Det virker heller ikke nødvendigvis rigtigt, om åbenbart urimelige aftalevilkår skal kunne gøres gældende som gyldige vilkår – det gælder for så vidt også i tilfælde, hvor parterne i udgangspunktet har været ligestillede. Ved at betone de sidstnævnte samfundsmæssige hensyn og gøre dem til de primære, kommer en anden tolkning af aftaleretten til syne, som ikke bare vil kunne afvises. Pointen er, at retten har vanskeligt ved at trække en klar grænse mellem de forskellige hensyn og bærende forestillinger på aftaleområdet. Disse vil med andre ord altid ligge der som baggrunds-tæppe for forsøgene på i enkelttilfælde, hvor der *skal* trækkes en grænse, at skabe entydighed og konsistens (nødvendighed).

Dekonstruktionismen repræsenterer, som begrebet siger, først og fremmest en forstyrrelse. Den beroliger ikke med – hvad systemteorien i en vis forstand gør -, at der historisk set altid har kunnet findes passende og acceptable afparadokseringsstrategier. For dekonstruktionismen er det alene åbningen af en tekst mod andre fortolkningsmuligheder, der står på dagsordenen.

Retfærdigheden kan selvsagt ikke udgøre et selvstændigt hjemmelsgrundlag. Og da slet ikke i et dekonstruktionistisk perspektiv. Skulle nogen finde på at hævde, at retfærdigheden er den juridiske handlings sikre grund, måtte det umiddelbart blive en kærkommen opgave for dekonstruktionismen at opløse det. Missionen vil først være tilendebragt, når det er påvist, hvorledes "grundlaget" er modsætningsfuldt og i dyb splid med sig selv.

På trods af de principielle vanskeligheder forbundet hermed kan det ud fra en praktisk interesse være svært at modstå fristelsen til dog at forsøge at operationalisere retfærdighedsovervejselen. Selvfølgelig her med tanke på den sociale myndighedsudøvers opgave. Det synes i den forbindelse naturligt at tænke i en både nødvendig og uopnåelig balance. En balance i måden, hvorpå forholdet til borgeren etableres eller tilgås. Men balance hvordan? Kernen i hensynet til den anden er respekten for denne andens radikale suverænitæt. En suverænitæt, der dog kun kan forstås på baggrund af en positiv retsorden, i henhold til hvilken der – om nødvendigt – må kunne træffes afgørelser, som den anden ikke er enig i. Den konkrete grænsedragning mellem offentlig og privat, mellem myndighedsudøvelse og borgersuverænitæt, må til enhver tid og i enhver situation være følsom overfor den historiske erfaring med at omgås og håndtere dette paradoks. En tese kan herefter være, at det – i hvert fald for den "lille retfærdigheds" skyld – må handle om i praksis at skabe en form for balance mellem de værdier og hensyn, der kendetegner henholdsvis retsstaten, velfærdsstaten og for-





bruger- eller konkurrencestaten<sup>9)</sup>. Og dermed mellem hensyn og værdier, der udspringer af relationen til den anden som borgeren, klienten henholdsvis den reflekterende aktør eller rationelle forbruger. Med inspiration fra retssociologisk faseteori, som var en (anden) af Dalberg-Larsens interesseområder<sup>10)</sup>, er det muligt at fremstille socialretten som et retsområde, der er præget af flere historiske fasers successive aftryk. Aftryk, som har givet og til stadighed giver sig til kende i form af forskellige kerneværdier, retssikkerhedsforestillinger, lovgivningsmetoder og -skematikker og opfattelser af forholdet mellem forvaltning og borger. I både den offentlige debat og teorien har der i nogen tid været megen opmærksomhed på betydningen af den senere udvikling, hvor de fleste er enige om, at man er gået fra et "passivt medborgerskab" til et mere "aktivt medborgerskab" med større fokus på både ressourcer og selvforsørgelse og dialog og samarbejde<sup>11)</sup>.

Balancen mellem de forskellige hensyn og rationaler må på den ene side skabes med tilbørlig hensyntagen til aktuelle politiske målsætninger og bestræbelser. Og på den anden side med respekt for de historiske lag i lovgivningen, som vedvarende er en del af gældende ret. Moderne og populære tænkemåder og ledetråde må ikke få myndighedsudøvelsen til at stivne. Sansen for den stabiliseringsopgave, som er en vigtig opgave på et vildt område som det socialretlige, må ikke gå tabt.

Et helt aktuelt eksempel på hvorledes vekselvirkningen mellem "åbning" og "lukning" af historisk kompleksitet fungerer i socialretlig praksis kan findes på beskæftigelsesområdet. Nærmere bestemt fleks- og førtidspensionsområdet. På dette område handler reguleringen om samfundets forhold til nogle af de mest udsatte borgere. I 2012 vedtog et bredt flertal i folketinget fleks- og førtidspensionsreformen. Formålet med reformen var at bidrage til at sikre, at flest muligt kommer i arbejde og forsørger sig selv og at færrest muligt ender på varig, passiv forsørgelse. Reformen ligger i god tråd med den ressourceoptimeringstænkning, som har vundet så stor gennemslagskraft i de seneste tiår. Reformen indebærer indførelsen af et ressourceforløb, der, sammen med en tilpasning af fleksjobordningen, skulle skabe bedre muligheder for at udvikle henholdsvis udnytte selv meget begrænsede arbejdssevner. Førtidspension skal siden lovændringen som udgangspunkt ikke kunne tilkendes, uden at borgeren har deltaget i mindst eet ressourceforløb. Dog skal man ikke visitere borgere til ressourceforløb, hvis det er dokumenteret eller af særlige grunde er helt åbenbart, at arbejdssevnen ikke kan forbedres.

I årene siden dens vedtagelse er reformen blevet mødt med tiltagende kritik. I en fremrykket evaluering fra 2018, der omfatter gennemgang af en række sager fra forskellige kommuner, har man fundet, at der i praksis er forskellige forståelser af, hvordan kravet til dokumentation i lov om social pension skal fortolkes, og at der i nogle kommuner anlægges en endog meget stram – mekanisk! – fortolkning af reglerne. Nogle kommuner har simpelthen fortolket pensionsloven således, at kravet om dokumentation kun kan opfyldes, hvis borgeren har deltaget i et ressourceforløb<sup>12)</sup>. Kommunerne fortolkning af reglerne støtter de – med rette eller urette – på ankestyrelsens praksis, herunder en praksisundersøgelse fra 2015, der går ganske hårdt til kommunerne.

Både i 2015 og 2017 blev der, med sigte på at forbedre indsatsen for de mest udsatte borgere, iværksat implementeringsunderstøttende såkaldte initiativpakker, initiativpakke 1 og 2. Initiativpakke 2 indeholdt bl. a. en orienteringsskrivelse, der skulle adressere de enkeltsager, der i løbet af 2015 og 2016 havde givet indtryk af, at kommunerne var for stramme i deres tilgang til loven<sup>13)</sup>. Skrivelsen understregede således, at indsatsen aldrig må forværre borgerens situation. Desuden gjorde den det klart, at indsatsen skal give mening for den enkelte borgers situation. Alle indsatser skal ikke være afprøvet i praksis, før der kan tilkendes førtidspension. Kort sagt: Budskabet var, at kompleksiteten skal tilbage i sagsbehandlingen. Der skal foretages konkrete individuelle vurderinger med udgangspunkt i den enkelte sags særlige omstændigheder. Da kommunerne imidlertid fortsatte med at rejse tvivl om deres muligheder for at justere praksis inden for rammerne af de principper, ankestyrelsen havde lagt, er der senest taget initiativ til at præcisere (ikke ændre!) lovgivningen på området.

Opsummerende kan man om forløbet sige, at praksis forstenede for hurtigt. Der udvikledes en rigid måde at tilgå sagerne på. Sager omhandlende meget udfordrede borgere med komplekse problemer og ofte betydelige og langvarige eller ligefrem varige nedsættelser af arbejdsevnen. Flere kommuner og måske også ankestyrelsen har arbejdet for mekanisk med regelværket. Man har undladt at foretage de ”åbne- og lukkeøvelser”, som er en integreret del af den gode socialretlige dømmekraft. Den del af dømmekraften som her forbindes med en elementær ”retfærdighedsovervejelse”. Aktuelle (ressourceorienterede) ledetråde har herved fået for stor magt og ældre (mere beskyttende) lag i gældende lov er udgrænset og negligeret.

*Den dekonstruktive impuls i retsvidenskaben fastholder først og fremmest retsanvenderens blik på den sociale interaktions mest oprindelige paradoks. Med dette paradoks følger et svært afgrænset ansvar for at yde omsorg for den anden. Omsorgen finder udtryk i den positive retsorden, men kan ikke endeligt afgrænses heraf, i hvert fald ikke uden sans for det marginaliserede. Retsordenen har en meget håndgribelig magtfuld side og en transcenderende guddommelig side. Og de to sider kan vanskeligt adskilles. Dekonstruktionens bidrag til den retlige dømmekraft ligger i erkendelsen af, at retfærdigheden som mellem menneskeligt anliggende kalder på både kommunikation ud fra positive retsnormer og erfaring af den fordring, der udgår fra den andens eksistens.*

*Vedrører retfærdighed en form for afbalancering af forskellige synspunkter eller hensyn, udgør den tillige en fordring der ikke kan bringes på – programmatisk – formel. Hvad, der højst kan tydeliggøres, er de faldgruber, der åbner sig bagved den helt ensidige og uafbalancerede indsats. En fornemmelse for dette, er imidlertid også en vigtig del af den socialretlige dømmekraft.*

## DØMMEKRAFTENS TIDSDIMENSION

### – PRAGMATISMEN SOM DET FORENENDE OG FREMTIDSRETTEDE PERSPEKTIV

Systemteorien er grundlagt indenfor samfundsvidenskaben, dekonstruktionismen indenfor humaniora. Pragmatismen er perspektivet, der kan rumme såvel en samfundsmæssig og kommunikativ orientering efter funktion og ydelse som en etisk-humanistisk interesse for at fastholde den menneskelige erfaring med og udfordring i mødet med den anden.

Pragmatismen er nært forbundet med ideen om, at sandheden viser sig i praksis. Sand er altså den praksis, der virker (viser sig at virke) godt. Retspragmatismen er i forlængelse heraf blevet opfattet som en retning, der nedgør enhver form for formalisme i retstænkningen. Det er ikke en sådan form for vulgærpragmatisme, der skal trækkes på her. Efter forfatterens opfattelse fungerer pragmatismen – paradoksalt nok – i dag som en påmindelse om, at formalisme og konsekvensorientering i en retlig sammenhæng er to sider af samme sag. Det er med andre ord et udtryk for pragmatisme at give formalismen passende plads. Ret uden formalisme er som rugbrød uden kerner. Det mætter ikke tilstrækkeligt. Kun ved hjælp af formelle begreber og skillelinjer kan de strukturer dannes, der skal bære den samfundsmæssige forventningsdannelse, som retten er garant for. Det handler om, at der i et hvert samfund skal kunne dannes normer, som kan gøres gældende på trods af modstand. Og at disse normer trives bedst i et formelt støttekorset. En strukturerende ramme for systematik og gennemsigtighed.

Omvendt betyder det forhold, at retten i dag også skal understøtte alle mulige mere specifikke formål, herunder sociale og beskæftigelsesmæssige formål, at retten må kunne tage ved lære. Retten må kunne tilpasse sine formelle strukturer, så de virker understøttende for levering af de ydelser, som skal præsteres af retssystemet på de forskellige, mere specifikke, funktionsområder. Hvordan formelle begreber og strukturer prioriteres og anvendes må således til dels være et pragmatisk spørgsmål.

En af pragmatismens vigtigste erkendelser er, at værdier og fakta i en meningsfuld verden ikke kan skilles ad. Da en væsentlig del af forvaltningsretten bygger på forestillingen om, at beslutningsrummet kan parcelleres og opdeles i en grundform, der skelner hårdt mellem norm og faktum, er pragmatismen altså en udfordring til hele disciplinen og dens tilgrundliggende tænkemåde. Eller rettere: Pragmatismen foreslår både praktikere og teoretikere at forlade en helt basal sondring, der emmer af retlig erkendelsesteori. Men kun når myndighedsrollens *principielle* indhold overvejes og reflekteres. Det betyder altså ikke, at sondringen ikke kan være central i mere *praktiske* sammenhænge – hvor pragmatiske grunde kan tale stærkt for vedvarende at holde sig den for øje.

På det *principielle* plan er det vigtigt for myndighedsudøveren at gøre sig klart, at sondringen mellem ret og faktum er en sondring, der foretages på indersiden af retssystemet. Særligt for den socialrådgiveruddannede myndighedsudøver er det afgørende at forstå, at jura ikke er en størrelse, der kan reduceres til ramme og teknik. Vil socialrådgiveren vinde indsigt i, hvad det vil sige at udøve myndighed på retlig grund, må den pågældende altså se ”socialfagligheden” som integreret i og sammenfiltret med juraen. Den forvaltningsretlige terminologi anviser ellers socialfagligheden en særlig plads i ”beslutningsrummet” med termen ”helhedsorienteret bevisbedømmelse”. Den helhedsorienterede bevisbedømmelse er både den løbende bedømmelse af det grundlag, den komplekse sag til enhver tid bygger på, og den opsamlende del af arbejdet med fx en konkret arbejds- evnevurdering (vurdering her forstået som en vurdering af sagens ”faktum”). Denne måde at beskrive opgaven på, i relation til inddragelse af socialfaglige overvejelser i retsanvendelsen, kan nok have sin fordel, men må ikke forlede myndighedsudøveren til at tro, at nogen del af den komplekse evnevurdering kan afgrænses fra juraen. Der er først og fremmest ikke noget rum for inddragelse af værdier og hensyn, der ikke bygger på en retlig vurdering og stillingtagen. Helhedsorienterede vur-

deringer vil, som de komplekse vurderinger de er, altid være værdiprægede og således ikke kun have ”bevisvurderingens” neutrale karakter. Det ved socialrådgiveren. Netop derfor er bevisvurderingens indersidekarakter en pointe. Det er en fare for myndighedsudøvelsen i forvaltningen, hvis juraen kun kan tale om bevisbedømmelse som et område, der kan konciperes i sandsynlighedstermer. Et fattigt sprog kan tvinge den ikke-juridisk uddannede retsanvender ud i andre måder at forstå sin opgave på, der leder væk fra det retlige perspektiv – og væk fra en understøttelse af den retlige dømmekraft.

Alt dette betyder som sagt ikke, at der ikke kan være ganske tungtvejende *praktiske* grunde til at ”eksternalisere” en del af den kompleksitetsbyrde, som er forbundet med at lave de komplekse prognostiske vurderinger, som er en uadskillelig del af omsætningen af den moderne socialret. Socialretten skal understøtte sociale og beskæftigelsesmæssige formål og bidrage til såvel udvikling som beskyttelse af borgeren. Dertil skal den bidrage med en grundlæggende gennemsigtighed og forudsigelighed. For at kunne træffe bestemmelser i nutiden, som virker overbevisende, herunder med hensyn til chancen for (fremtidigt) at nå målet med indsatsen, må retten bygge på et kvalificeret empirisk-prognostisk grundlag. Et grundlag bestående af nogenlunde sikre trædesten. Det vil sige trædesten, der kan fremstå med god bæreevne og rimeligt faste konturer vis a vis retten. Sådanne sten er ikke ”socialfaglige helhedsskøn”, men fx lægefaglige vurderinger. Udviklingen indenfor social- og beskæftigelsesretten har gjort evnebegreberne – arbejdsevnebegrebet, funktionsevnebegrebet og forældreevnebegrebet – til stadigt mere komplekse begreber, omfattende stadigt flere elementer. Alligevel er klassiske lægefaglige, men også fx psykologfaglige erklæringer, fortsat helt centrale i den samlede analyse og vurdering.

En god fornemmelse for, hvorledes trædesten som de omhandlede kan skubbes frem som (afparadokserende) afsæt for den socialretlige- og faglige helhedsbedømmelse og afgørelsesvirksomhed, er en meget vigtig side af den socialretlige dømmekraft. De omhandlede bidrag er helt nødvendige for bl. a. at kunne tilgodese de mere velfærdsretlige beskyttelseshensyn, som (fortsat) er indlejret i den sociale lovgivning. I det omfang den indeværende faser lovgivning kan siges at indeholde en formodning om, at borgeren har ressourcer, der til enhver tid bør satses på at videreudvikle, er kravet til den faglighed, der konkret kan realitetsteste og om fornødent imødegå en sådan selvsagt skærpet. Også muligheden for fx at træffe en *tvangsmæssig* afgørelse af hensyn til det udsatte barn, vil ofte afhænge af faglige bidrag (og prognostiske erklæringer) fra ikke mindst læger eller psykologer. Den borger, som møder forvaltningen med en forventning om at blive kompenseret for et tab af selvforsørgelsesevne vil endvidere også ofte som grundlag for sin forventning have en lægeerklæring eller en anden fagkyndig erklæring.

Et vigtigt forhold, som gør helhedsvurderingen i komplekse sager til en vedvarende udfordring, er, at der i sådanne sager ofte vil indgå flere supplerende, og jævnligt *modstridende*, erklæringer. I en situation med modstridende erklæringer, er det først og fremmest afgørende, at myndighedsudøveren identificerer og reagerer adækvat på den eller de særligt centrale erklæringer. Gør myndighedsudøveren ikke det, som et centralt led i sagens oplysning eller opfølgning, kan det være direkte ansvarspådragende for en kommune. Et illustrerende eksempel herpå findes i en meget omtalt dom fra retten i Randers, afsagt i 2015<sup>14</sup>). Overordnet vedrørte sagen et problematisk samarbejde mellem en midtjysk kommune og en psykiater, der angav at være ekspert i såkaldte funktionelle lidelser. Med betegnelsen ”funktionel lidelse” karakteriseres tilfælde, hvor patienter, ofte ubevidst, efterligner sygdomssymptomer, som der ikke er somatisk dækning for – i form af objektive fund på scanningsbilleder eller i blodprøver eller andet. En funktionel lidelse er altså ikke en organisk lidelse, men borgeren eller patienten, der snarere har psykiske problemer, vil opføre sig som om vedkommende har en sådan. Sagsøger i den konkrete sag var en kvinde, der i perioden siden 2006 gennemgik et forløb med sygemelding, undersøgelser og udredninger, behandlinger og arbejdsprøvninger, indtil hun omsider, ultimo 2012, blev bevilget det fleksjob, som hun i årevis havde ment sig beretti-

get til og ansøgt om. Det var sagsøgers påstand, som retten gav hende medhold i, at hun allerede i 2010 burde være blevet visiteret til fleksjob. På det tidspunkt (i november 2010) havde en overlæge i reumatologi afgivet en erklæring til sagsøgers sag i kommunen, der utvetydigt fastslog kvindens diagnose. Der var iflg. speciallægen tale om følger efter artrit i forbindelse med reaktiv artrit, og fordi tilstanden havde været uden de store svingninger i de sidste fire år var den endvidere at betragte som stationær. Erklæringen burde ifølge retten, sammen med resultaterne af de arbejdsprøvningsundersøgelser, der var gennemført og som viste en ret stabil men også væsentligt nedsat arbejdsevne, have fået kommunen til at acceptere sagsøgers ønske om at få en second opinion på den psykiatriske erklæring fra 2009, der fastslog, at sagsøger var præget af simulation. Kommunen tog først i 2012 initiativ til at få indhentet en second opinion på den omhandlede psykiatriske erklæring, der derfor først blev tilbagevist i november 2012. Herefter blev sagsøger som nævnt bevilget sit fleksjob, men altså iflg. retten alt for sent.

I sager, hvor fx flere somatiske speciallæger er uenige eller afgiver erklæringer, der ikke umiddelbart er forenelige, er det ikke nødvendigvis oplagt, at der iblandt dem skulle kunne udpeges en "kongeerklæring". Det er i sådanne tilfælde vigtigt at være opmærksom på, at borgeren kan lægge megen vægt på en erklæring, som kommunen lægger mindre vægt på. Den gode socialretlige dømmekraft leder i den situation myndighedsudøveren i retning af at være meget omhyggelig med at begrunde sin stillingtagen. Og selvfølgelig i den forbindelse grundigt overveje, om borgeren kan have ret i sin opfattelse af sagens oplysninger (som jo omhandler *borgerens situation*).

I en ombudsmandsudtalelse fra 2011<sup>15)</sup> finder ombudsmanden ikke grundlag for at kritisere selve afgørelsen af en pensionssag, i hvilken myndighederne havde givet en borger afslag på førtidspension. Derimod mente ombudsmanden, at der var klar anledning til, at beskæftigelsesankenævnet i begrundelsen for sin afgørelse tog stilling til betydningen af en speciallægeerklæring, herunder redegjorde for hvorfor den ikke blev tillagt afgørende betydning. Ombudsmanden lagde vægt på, at der var stor divergens mellem den speciallægeerklæring, der blev lagt vægt på, og den speciallægeerklæring der ikke blev lagt vægt på, herunder at den sidstnævnte erklæring kunne tale for et andet resultat i sagen end det, afgørelsen kom til at lyde på. Ombudsmanden lagde også vægt på, at borgeren overfor ankenævnet havde gjort særlig opmærksom på den speciallægeerklæring, der ikke blev lagt vægt på, og at det efter borgerens opfattelse var den erklæring, der måtte tillægges afgørende betydning. Det var altså efter ombudsmandens opfattelse en fejl, at beskæftigelsesankenævnet ikke i begrundelsen for sin afgørelse tog stilling til betydningen af den speciallægeerklæring, der ikke blev lagt vægt på.

Den gode socialretlige dømmekraft er ensbetydende med en veludviklet fornemmelse for sagkyndige erklærings betydning for socialsager generelt – og altså ikke blot på beskæftigelsesområdet. På børneområdet bruges der mange ressourcer på indhentelse af bl.a. psykologerklæringer, byggende på undersøgelse af forældres evne til at øve omsorg for deres børn. Desværre er ressourceforbruget ikke en garanti for, at potentialet i sådanne undersøgelser og erklæringer udnyttes tilstrækkeligt. Indhentes erklæringerne mekanisk og uden nøje overvejelse af, hvilke spørgsmål der skal besvares i den konkrete sag, kan det vise sig, at man får erklæringer tilbage, der ikke kan bruges til så frygtelig meget.

*Pragmatismens bidrag til dømmekraften ligger i erkendelsen af, at værdi og fakticitet er sammenhængende størrelser. Fortolkning af normer og bagudrettet orientering efter forpligtende fortilfælde kan ikke stå alene, når myndighedsudøveren skal handle på retlig grund. Den komplekse mål-middel-orienterede lovgivning på socialområdet kræver en orientering mod fremtiden, baseret på prognoser og konsekvensberegninger. Umiddelbart kan man tænke, at der her er tale om to verdener, som står skarpt overfor hinanden – som hinandens modsætninger. På den ene side en rent normativ, retlig verden. På den anden side en empirisk ditto, der snarere end at behøve fortolkning, må beskrives, forklares og kalkuleres. Set fra et retligt perspektiv*

*ville det for så vidt være en kærkommen reduktion af den overvældende kompleksitet, om det var muligt at ramme en del af socialfagligheden ind og derpå "eksternalisere" den som noget ikke retligt. Kan man forestille sig at afgrænse en del af socialfagligheden og skubbe den frem som fundament for retlige beslutninger, vil en form for aflastning af retten kunne opnås. Dog, den empirisk orienterede socialfaglighed har, i modsætning til fx sundhedsfagligheden, ikke nogen klar adskillelse fra juraen. Selvom det hører med til den socialretlige dømmekraft at kunne adskille og sammenholde ret og faktum, fortolkningsspørgsmål og bevisspørgsmål, er det tillige en afgørende dimension af samme at kunne se socialfaglighed og jura som to integrerede og tæt sammenfiltrede størrelser, hvor førstnævnte er påmindelsen til sidstnævnte om, at socialretlig kommunikation (tillige) er risikokommunikation. Og at man må gå efter det, der fungerer.*

*God socialretlig dømmekraft indebærer altså en skepsis i forhold til at anskue retten som en ramme omkring den sociale kommunale forvaltningsindsats. Retten er gennemtrængende i forhold til den sociale indsats og alle interaktioner i forbindelse med denne*

## AFSLUTTENDE OVERVEJELSER

Ovenfor er søgt udfoldet tre dimensioner af, hvad der er kaldt "en moderne socialretlig dømmekraft". Dimensionerne er udfoldet med inspiration fra tre teoretiske perspektiver, der har fundet særlig markant udtryk i Dalberg-Larsens omfattende retssociologiske forfatterskab. Undervejs har artiklen peget på forskellige udfordringer og faldgruber i relation til det sociale myndighedsarbejde. Fordi artiklen er bygget op omkring abstrakte teorier og begreber og fordi faldgruber i arbejdet som oftest er blevet identificeret med en "mekanisk" eller for "forkortet" vej til handling i en kompleks socialretlig virkelighed, vil man nemt kunne få det indtryk, at socialretlig dømmekraft udelukkende har med den bevidste faglige refleksion at gøre. Det er dog ikke forfatterens pointe. Udfoldelse af god socialretlig dømmekraft bør være en *vanesag*. I overensstemmelse med det pragmatiske perspektiv, som er artiklens samlende perspektiv på opgavevaretagelsen i den sociale myndighed, er vaner i udgangspunktet at betragte som et gode. Faktisk må man stille spørgsmålet, om arbejdet overhovedet kan udføres uden vaner. Vaner er ikke per definition passive fænomener eller udtryk for en forsimplet vej til handling. Tværtimod er vaner aktive og en måde at forandre på verden på. Vaner er udtryk for, at noget har et fast greb i os i stedet for, at vi har et fuldstændig frit greb om tingene. Vaner skal imidlertid udvikles, rodfæstes og plejes. Det sker formentlig bedst i gode faglige og lærende fællesskaber, der har fokus på myndighedsopgaven – *i et miljø, i hvilket det retlige perspektiv opfattes som bærende for forståelsen af, hvad der nærmere ligger heri*. Tilføjelsen om vigtigheden af, at det retlige perspektiv er det bærende, er central. Derfor kursivering. Der er efter forfatterens opfattelse en del tilbage at ønske, når det gælder netop dette at indtage og opretholde et fokus på det retlige perspektiv på myndighedsopgaven. I både uddannelsespraksis og myndighedspraksis forekommer for mange uhensigtsmæssige forstyrrelser og distraktioner, til at gode socialretlige vaner kan få lov at dannes, sætte sig fast og udfolde sig. Dette betyder ikke, at andre perspektiver end det retlige ikke har en berettigelse. Pointen er alene, at det retlige perspektiv bør anerkendes som værende det bærende i myndighedsudøvelsessammenhæng, hvis man ønsker at tage et skridt i retning af at ændre på den situation som skitseres i artiklens indledning.

*Peter Vangsgaard er adjunkt, Aalborg Universitet.*

## LITTERATUR:

- Andersen, Niels Åkerstrøm (2003a), "Borgerens kontraktliggørelse", Hans Reitzels Forlag.
- Andersen, Niels Åkerstrøm og Asmund Born (2003b), "Shifters" i: Højlund, Holger og Morten Knudsen (red.): "Organiseret kommunikation – systemteoretiske analyser", Samfundslitteratur.
- Brinkmann, Sven (2006), "John Dewey", Hans Reitzels Forlag.
- Critchley, Simon (1999), "The Ethics of Deconstruction – Derrida and Levinas", Purdue University Press.
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1984), "Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?", Akademisk Forlag.
- Dalberg-Larsen, Jørgen (2001), "Pragmatisk retsteori", Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Dalberg-Larsen, Jørgen (2005), "Lovene og livet – en retssociologisk grundbog", Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Dalberg-Larsen, Jørgen (2010), "Ret, tekst og kontekst", Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Derrida, Jacques (1990), "Force of Law", *The Mystical Foundation of Authority*, *Cardozo Law Review* 11, s. 919-1046.
- Doublet, David Roland (1995), "Rett, vitenskap og fornuft", Alma Mater.
- Gottrup, Rikke (2011), "Officialprincippet og sagsoplysning – mod øget borgerinddragelse?", Jurist- og Økonomforbundets forlag.
- Henrichsen, Carsten (1997), "Retssikkerhed og moderne forvaltning – Et retspolitisk studie i samspillet mellem stat, forvaltning og borger", Akademisk Forlag.
- Højlund, Peter (2000), "Socialrettsfilosofi – Retslære for socialt arbejde", Socialpædagogisk Bibliotek, Gyldendal.
- Højlund, Holger (2004), "Markedets politiske fornuft – Et studie af velfærdens organisering i perioden 1990-2003", Samfundslitteratur.
- Ketscher, Kirsten (2008), "Socialret – principper, rettigheder, værdier", forlaget Thomson.
- Luhmann, Niklas (1995), *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag.
- Luhmann, Niklas (2000), "Sociale systemer: grundrids til en almen teori", Hans Reitzels Forlag.
- Teubner, Günther (1993), "Law as an Autopoietic System", London Blackwell
- Teubner, Günther (2001), "Economics of Gift – Positivity of Justice: The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann", *Theory, Culture and Society* 18, 2001, s. 29-47.
- Vangsgaard, Peter (2017), "Det sociale kompleksitetskort", Jurist- og Økonomforbundets Forlag.

## NOTER:

1. Inspireret af Højlund (2000) gennemgang af dømmekraftens vilkår i samfundets institutioner (s. 78 ff.).
2. Dalberg-Larsen (2005, s. 61 f). Luhmann (1995).
3. Dalberg-Larsen (1998). Teubner (2001). Derrida (1990).
4. Dalberg-Larsen (2001).
5. Se fx Kirsten Ketschers analyse af sociale ydelsers beskyttelse som ejendomsrettigheder (Ketscher, 2008, s. 214 f.).
6. Andersen og Born (2003b).
7. Teubner (2001).
8. Dalberg-Larsen (1998, s. 35 ff.).
9. Denne pointe er udførligt udfoldet af Vangsgaard (2017).
10. Dalberg-Larsen (1984).
11. Andersen (2003a). Gottrup (2011). Vangsgaard (2017).
12. Udkast til forslag til Lov om ændring af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats og lov om social pension (Præcisering af regler om ressourceforløb og dokumentationskrav for tilkendelse af førtidspension), Troels Lund Poulsen.
13. "Redegørelse om ressourceforløb", Beskæftigelsesministeriet, 2017.
14. Dom afsagt d. 14. juli 2015 i sag nr. BS 4-505/2014.
15. Ombudsmandens afgørelse 2011 1-2 (krav til indholdet af begrundelsen i en sag om førtidspension).