

Retssikkerhed og velfærdsret

En kommentar til Kirsten Ketscher: Offentlig børnepasning i retlig belysning. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1990.

Anmeldt af Agnete Weis Bentzon

Offentlig børnepasning i retlig belysning er Kirsten Ketschers doktorafhandling. I Henrik Zahles anmeldelse af afhandlingen i Ugeskrift for retsvæsen 19.jan.1991 er bogens indhold gennemgået i detaljer. På tre områder går Zahle dybere ind i en drøftelse af forfatterens synspunkter. Det drejer sig om bogens model for kvinderetlig analyse af et retsområde, synet på grundlovsbeskyttelse af forsørgelsesrettigheder og spørgsmålet om den individuelle ret til en plads for et barn i en offentlig daginstitution. Læsere der ønsker et fyldigt billede af værket henvises til denne anmeldelse.

Jeg var medbedømmer og er enig med Zahle i, at der er tale om et pionerarbejde, og der tages klart stilling til flere vigtige spørgsmål, som lokker til debat, men jeg begrænser min kommentar her til at se på spørgsmålet om retssikkerhed på området for statens sociale serviceydelser, her i forbindelse med offentlig børnepasning. Dermed kan kommentaren siges at ligge i forlængelse af Zahles sidste to diskussionspunkter.

I bogen Retsstaten, Velfærdsstaten og hvad så? nævner Dalberg-Larsen to konsekvenser af den udvikling som han karakteriserer med sin titel. Konsekvenserne angår begge det forhold, at det ikke længere er rimeligt at studere retssystemet på samme måde som i den borgerlige retsstats storhedstid.

Den ene er at det i dag ikke er rimeligt alene at studere retten ud fra en klassisk retssikkerhedssynsvinkel, hvor spørgsmålet angår den enkelte borgers beskyttelse overfor statsmagtens overgreb. Reguleringen af forholdet mellem stat og borger er betydelig mere kompliceret og specielt det store reguleringsområde for serviceydelser må give anledning til nytænkning om retssikkerhed.

Dernæst formes og anvendes retten i vor tid en række andre steder end i det forrige århundrede. Derfor må en realistisk retsvidenskab inddrage studier af rettens fremkomst og anvendelse udenfor folketing og domstole overalt, hvor virkeligheden tilsiger det. Det er hvad Kirsten Ketscher har gjort. Hun peger på at det traditionelle juridiske verdensbillede med lovens primat ved retsanvendelsen og højesteret som autoritativ fortolker af loven er utilstrækkeligt. Det afbilder ikke den retlige

virkelighed på det velfærdsretlige område. Retsanvenderen er kun rent undtagelsesvis domstolene og den bindende fortolkning af de foreliggende skriftlige kilder, som læren tillægger højesteret, kan man ikke få. De reelle retsanvendere, de administrative sagsbehandlere, bruger ikke loven men cirkulærer som kilde. Disse er formelt ikke men opleves reelt som bindende. Det vil sige at socialministeren har fået en rolle som både lovgiver og højesteret. Det siger læren ikke noget om. Et vigtigt spørgsmål er herefter, hvem der måtte have problemer med en sådan virkelighed, der hverken falder sammen med en normativ eller en empirisk retskildelære, som den doceres på læreanstalterne. Som Kirsten Ketscher siger det "En gennemgang af et velfærdsretligt område vil målt med en traditionel alen altid kunne ende med en konstatering af et retssikkerhedsmæssigt vacuum og afvigende retskildeanvendelse."

Hun opstiller tre forskellige retlige strategier, man som kritisk jurist, praktiserende og forsker og specielt som varetager af kvinderetlige hensyn kan vælge. Jeg forstår dette således, at det er strategier for fremstilling af, hvad der må anses for gældende ret, nærmere bestemt hvad der er borgerens retsstilling på feltet. De tre strategier kalder hun oprydningstrategi, analysestrategi og offensiv fortolkningsstrategi.

Den første, oprydningstrategien har som mål at tilpasse de praktisk forekommende retlige fænomener indenfor socialretten til den traditionelle retskildelæres idealbillede. Det går ud på at påvise fejl i den administrative regeldannelse og retsanvendelse. Det vil sige afvigelser fra den traditionelle retskildebrug. Den anden, analysestrategien, kaldes pessimistisk. Pessimismen går på, at som feltet er reguleret kan gældende ret ikke fastslås med nogen styrke. Det ene resultat kan være lige så rigtigt som det andet. Kirsten Ketscher henviser til Anna Christensen (artikel i Retfærd no 14) som talerør for analysestrategien. Anna Christensen peger på, at de grundlæggende forudsætninger for en retsdogmatisk virksomhed ikke eksisterer på socialrettens område i dag. Retsreglernes funktion på området er ikke at løse enkeltindviders konflikter, men at være et statsligt værktøj til omfordeling af magt og ressourcer og styring af folks adfærd. Regelsystemet skal kunne tilpasses hurtige forandringer og kriser. Kriterier for rigtig retsanvendelse bygger ikke på konsensus om indholdet i et normsystem, men på socialtekniske mål/middel overvejelser. Målene er statens eller samfundets, ikke den enkelte borgers. Så langt denne beskrivelse passer på den retlige regulering indenfor socialretten er hendes bedømmelse af muligheden for en retsdogmatisk virksomhed til fastlæggelse af gældende ret vel rigtig. Den ville ikke have megen zveck.

Men der kan dog være plads for en oprydningstrategi alligevel. Den givne beskrivelse er ikke en udtømmende beskrivelse af feltets retlige

regulering. Det kan være en vigtig opgave at se til, at den ene reguleringsstypes rationale ikke smitter af på den andens. Sådant en oprydningsopgave har Kirsten Ketscher også givet sig i kast med og ydet væsentlige bidrag til. Men hendes ambition går videre, og her kommer den tredje strategi ind i billedet. Den offensive fortolkningsstrategi vil ikke lade sig nøje med oprydning på grundlag af en sortering af reguleringsstyperne. Strategien går ud på, at den manglende klarhed og præcision af de velfærdsretlige reguleringer må suppleres med et offensivt fortolkningsberedskab, der tager udgangspunkt i lovgivningens åbne formålsbestemmelser. Den brede ramme for fortolkning, som hænger sammen med reguleringsens særpræg på socialrettens område, giver aktørerne plads for en kamp om retten. Hvis et slag synes tabt i parlamentet, er der tid til at vinde et nyt på mere nedrige steder i statsapparatet. Kirsten Ketscher anbefaler, at den retsvidenskabelige skribent slår ind på den offensive strategi, som den mest tilfredsstillende. Jeg vil her til sige, at den er værd at prøve kræfter på, men en fremstilling af socialretten må vel indeholde elementer af alle tre strategier, hvis den skal være nyttig for de studerende og praktikerne og dertil have "et vist samsvar med livet."

Men hvad går den retsoffensive strategi ud på? Hvad er det for en virksomhed? Hvis vi ser på reglernes åbne formålsbestemmelser og den offensive brug af dem, så er det vel her, at retskilder som forholdets natur, reale hensyn og almindelig retsopfattelse kan komme i spil. Det er retskilder, som er tæt forbundne med den samfundsmæssige udvikling. De kan dermed egne sig som redskaber for retssystemets tilpasning til de hastige samfundsforandringer, som Anna Christensen til lægger en negativ betydning for retssikkerheden i nævnte artikel, som Kirsten Ketscher har henvist til. Det er imidlertid en vigtig pointe at det retssikkerhedsbegreb, der ligger bag oprydningstrategien og analysestrategien er et andet end det, den retsoffensive fortolkningsstrategi vil arbejde med. De to førstnævnte strategier bygger på et begreb om retssikkerhed i traditionel retsstatslig forstand. Lovgivningsmagten har monopol på at lave retsregler og gennem præcis udformning af disse regler defineres den enkelte borgers retsstilling. Administrationen er bundet af loven, og de uafhængige domstole kan gribe ind med legalitetskontrol, hvis der sker fravigelser fra dette mønster. Kirsten Ketscher viser meget klart, at en strategi, der støtter sig til et sådant retssikkerhedsbegreb, har meget begrænsede muligheder indenfor det af hende studerede område. Hele det individuelle rettighedsfelt er bortset fra en enkelt undtagelse reguleret ved circulæreforskrifter eller helt ureguleret. På det grundlag kan man ikke komme frem til en nærmere præcisering af, hvilke individuelle rettigheder der gælder på feltet. Skiftende

socialministeres opfattelse synes at gå ud på, at circulærerne alene indeholder råd og vejledning til kommunerne, og at hvor der ikke er bindende skrevne regler er der ingen gældende regler. Det er Kirsten Ketscher uenig i. På den offentlige børnepasnings område har der udviklet sig rettigheder gennem praksis. I mangel af positivretlig regulering får sædvaner -praksis - og overvejelser om forholdets natur stor betydning. Den offentlige børnepasning er af uhyre stor betydning for den enkelte bruger, der betaler for denne service direkte og indirekte gennem skatterne. Svinger denne service, kan det få vidtrækkende følger herunder tab af muligheden for egenforsørgelse gennem arbejde. I stedet for at tage udgangspunkt i lovgivers generelle behov for fleksibilitet og handlefrihed på baggrund af de vekslende økonomiske forhold tager Kirsten Ketscher sit udgangspunkt i borgernes behov for individuelle rettigheder i forhold til en service, der spiller en afgørende rolle for dem i deres hverdag. Som udgangspunkt for den offensive strategi fastslår hun, at en række af de forskrifter, der findes i cirkulæreform indenfor børnepasningen, burde være udstedt som bekendtgørelser. Det ville en oprydningstrategi også pege på. Men når selv ombudsmanden kæmper forgæves for orden på området, er det næppe en farbar vej at insistere på brug af bekendtgørelse til at udtrykke lovgivningens formål. I stedet bør der ske en opregulering af circulæret som retskilde på linie med bekendtgørelsen på dette område. Jeg har ikke ydet Kirsten Ketschers tanker om den offensive fortolkningsstrategi fuld retfærdighed med min redegørelse her. Jeg kan ganske tilslutte mig hendes syn på, hvad forholdets natur tilsiger, men jeg savner en klar redegørelse for, overfor hvem strategien skal og med udsigt til held kan sættes ind. Man kan selvfølgelig sige, at den skal sættes ind over en bred front overfor regeludviklere, sagsbehandlere og brugergrupper. Men når domstolskontrollen mangler, og når administrativ rekurs i vidt omfang begrænses også på dette område, forekommer det mig, at strategien savner en præciseret målgruppe. Hvilke midler skal sættes ind overfor hvem? Praktiske overvejelser af den karakter er der et markant behov for, men dem er der vel ikke plads for i en juridisk disputats.

Forfatteroplysninger:

Agnete Weis Bentzon, dr. jur. og professor, tilknyttet Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet.