

INDVANDREDE RETSKILDER OG DET SOCIALRETTLIGE SKØN

EN SAMMENLIGNING AF DANSK OG SVENSK
DISKURS

JAKOB SCHMIDTH

INDVANDREDE RETSKILDER OG DET SOCIALRETTLIGE SKØN

EN SAMMENLIGNING AF DANSK OG SVENSK DISKURS

JAKOB SCHMIDTH

*Examensarbete i (socialt arbete) 15 högskolepoäng. Malmö universitet:
Fakulteten för hälsa och samhälle, institutionen för socialt arbete, 2018.*

Opgaven tager afsæt i en undren over en tilsyneladende forskel i menneskeretlig diskurs i Danmark og Sverige. Menneskerettigheder er en central del af socialrådgiver(socionom)professionens selvforståelse og etiske grundlag i begge lande, hvorfor det er interessant at søge efter eventuelle forskelle i (social)juridisk diskurs i de to lande, der evt. kan medvirke til at give et billede af årsager til de forskellige perspektiver i de to lande. Opgaven indeholder herefter en kort beskrivelse af politiske perspektiver på menneskerettigheder i de to lande.

Metodisk anvendes diskursanalysen, konkret ved en tekstanalyse af danske og svenske juridiske tekster om dels det (social)retlige forvaltningsskøn (värdering) i afgørelsessager (förvaltningsbelsut), og dels tekster om betydningen af menneskerettighedsbetragtninger i kredsen af lovlige kriterier ved afgørelser.

Samlet skal det bidrage for det første at beskrive hvilke positioner, der overordnet eksisterer i henholdsvis dansk og svensk juridisk litteratur om det juridiske skøn og specifikt i forhold til socialret. For det andet beskrive hvilke positioner, der eksisterer i henholdsvis dansk og svensk juridisk litteratur om indvandrede retskilder som menneskerettigheder som relevante i forhold til de lovlige kriterier ved skønsudøvelse (på det sociale område) i de to lande. Og for det tredje diskutere om diskursen i den danske og svenske juridiske litteratur om skøn og menneskerettigheder eventuelt kan give bidrag til at forstå forskelle i politiske opfattelser af menneskerettigheder i politisk diskurs i Danmark og Sverige.

Nøgleord/nyckelord

Afgørelser/förvaltningsbeslut, diskursanalyse/diskursanalys, menneskerettigheder/mänskliga rättigheter, skøn/skön (värdering), socialjura/ socialjuridik

INTERNATIONAL LAW AND DISCRETIONARY DECISIONS IN SOCIAL LAW

A COMPARATIVE ANALYSIS OF DANISH AND SWEDISH DISCOURSE

JAKOB SCHMIDT

Degree project in social work, 15/30 högskolepoäng. Malmö University: Faculty of Health and Society, Department of social work, Year 2018.

The point of departure for the paper is an interest in an apparently different discourse over human rights in Denmark and Sweden. Human rights is seen as a vital part of the self-understanding and ethical platform of the social work profession in both countries, wherefore it is interesting to look for possible differences in the (social)legal discourse in the two countries, that possibly may contribute to give a picture of the various perspectives in the two countries. The paper also contains a short description of political perspectives on human rights in the two countries.

Methodically a discourse analysis is used, by making textanalysis of Danish and Swedish legal texts on partly the (social)legal administrative, discretionary decisions, and partly on texts relating to the importance of human rights considerations in finding the legal criteria for administrative discretionary based decisions.

Combined the chapters contribute to describing the positions, that generally exist in Danish and Swedish legal literature on discretion in decisionmaking and specifically in terms of Social Law. Secondly to describe the positions that exist in Danish and Swedish literature on the relevance of International Law such as Human Rights Law as sources of law in terms of the legal criteria for decision making (in the field of Social Law). And thirdly discuss whether the discourse in the Danish and Swedish legal literature on discretionary decisions and human rights may give a contribution to an understanding of the political perceptions of human rights in the political discussion in Denmark and Sweden

Key words: Administrative decisions, discourse analysis, human rights, discretionary decisions, social law

1 INDLEDNING OG PROBLEMSTILLING

1.1 Formål (syfta) og problemformulering (frågeställning) s. 5

1.2 Begrebsafklaring s. 7

1.2.1 Overordnet om begrebet (ordet) ”skøn” s. 7

1.2.2 Overordnet om juridisk skøn s. 7

1.2.3 Overordnet om socialfagligt skøn s. 8

1.2.4 Indvandrede retskilder s. 10

1.3 Sammenfatning s. 11

2 BAGGRUND

2.1 Menneskerettigheder i politiks diskurs – den danske regerings ønske om ændringer i ERMK, s. 12

2.2 Eksempler på synspunkter om menneskerettigheder i en politisk diskurs i Danmark, s. 13

2.3 Eksempler på synspunkter om menneskerettigheder i en politisk diskurs i Sverige, s. 16

2.3 Sammenfatning s. 17

3 TEORI OG METODE

3.1 Historik s. 18

3.2 Definitioner og afsæt s. 20

3.3 Sammenføjning af teori og metode, s. 21

3.4 Hvad indebærer diskursanalyse i forhold til opgaven?, s. 22

3.5 Afgrænsning og valg af litteratur, s. 23

4 RESULTATER OG ANALYSE

- 4.1 Indledning om skøn, s. 25**
- 4.2 Resultat af tekstanalyse dansk juridisk litteratur – skøn, s. 26**
- 4.3 Resultat af tekstanalyse svensk juridisk litteratur – skøn, s. 28**
- 4.4 Delanalyse I- Det (social)juridiske skøn, s. 31**
- 4.5 Indledning menneskerettigheder, s. 33**
- 4.6 Resultat af tekstanalyse dansk juridisk litteratur – menneskerettigheder, s. 34**
- 4.7 Resultat af tekstanalyse svensk juridisk litteratur – menneskerettigheder, s. 36**
- 4.8 Delanalyse II – Menneskerettigheder, s. 38**

5 SAMMENFATTENDE DISKUSSION

- 5.1 Diskussion, s. 41**
- 5.2 Forslag til fremtidig forskning, s. 43**

...jeg tænker videre på den måde, på hvilken en forskriftsmængde, som afstraffelsens system, har søgt sit grundlag eller sin retfærdiggørelse, først naturligvis i en teori om retten, senere, fra det 19. århundrede og frem, i en sociologisk, psykologisk, medicinsk, psykiatrisk viden: *som om lovens ord nu kun kunne autoriseres gennem en sandhedens diskurs* (Foucault, (1980), s. 40)

1 INDLEDNING OG PROBLEMSTILLING

Udgangspunktet for eksamensarbejdet er en undren over en - tilsyneladende - forskel i diskursen generelt og i den politiske offentlighed i Danmark og Sverige i forhold til lovgivning om menneskerettigheder. Mere konkret tager min undren sit udgangspunkt i vedtagelsen af København-erklæringen den 13. april 2018, hvor medlemsstaterne i Europarådet på dansk initiativ vedtog en erklæring, hvor formålet var at sætte mere snævre grænser for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstolens (EMDs) muligheder for at fortolke Den europæiske Menneskerettighedskonvention (ERMK) til skade for medlemsstaterne (The Copenhagen Declaration – regeringen 2018). Ville et tilsvarende initiativ kunne udgå fra det svenske regeringskanselli som verden ser ud i dag? Og hvis ikke, hvilke perspektiver kan der peges på som en mulig forklaring?

Menneskerettigheder er en central del af hvad den danske professor i socialret Kirsten Ketscher kalder ”de indvandrede retskilder” (Ketscher 2014). I den globale definition af socialt arbejde fra (socialarbejdernes organisation) International Federation of Social Workers ses menneskerettigheder – et vigtigt element i de indvandrede retskilder - som en central del af professionen:

Social work is a practice-based profession and an academic discipline that promotes social change and development, social cohesion, and the empowerment and liberation of people. Principles of social justice, human rights, collective responsibility and respect for diversities are central to social work. Underpinned by theories of social work, social sciences, humanities and indigenous knowledge, social work engages people and structures to address life challenges and enhance wellbeing. (IFSW.org)

I forbindelse med en kritik fra det danske Institut for Menneskerettigheder i 2017, hvor instituttet i en rapport kritiserede manglende fokus på lovgivning i menneskerettigheder (Institut for menneskerettigheder 2017) på socialrådgiveruddannelserne (i Danmark) udtalte næstformanden for Dansk Socialrådgiverforening Christian Barkholdt at: ”*menneskerettigheder, ligebehandling og ligestilling er en helt grundlæggende del af socialrådgivernes DNA*” (2017 – Dansk Socialrådgiverforening). Udtalelsen var indeholdt i en pressemeddelelse, hvor det også blev betonet at menneskerettighedsbetragtninger er en del af selve professionsetikken. I en svensk kontekst henviser de svenske socionomers forbund i dokumentet ”Etik i socialt arbete – Etisk kod för socialarbetare” (2017, s. 7) til menneskerettigheder som en central værdi, ligesom den menneskelige værdighed, der også ses som central i Lissabon-traktatens artikel 1 a.

Det sociale fænomen opgaven vil undersøge er således vinkler og perspektiver på evt. forskelle i den (social)juridiske faglitteratur mellem to nordiske lande i

forhold til den overordnede diskurs om menneskerettigheder i landene. For at afgrænse området konkret og med relevans for socialt arbejde, vil analysen i første række behandle (social)juridisk litteratur om skønsbegrebet og menneskerettighedsbetragtninger i forbindelse hermed, samt mere generel litteratur om menneskerettigheder som en platform for forskellige perspektiver på emnet.

Skønsbegrebet kan som idealtipe spaltes i det socialfaglige (*fackligt skön/facklig värdering*) og det juridiske skøn (se nedenfor om svenske synonymer), hvor det juridiske skøn er et blandt flere elementer i et socialfaglige skøn (Schultz, 2004, Henriksen 2016, Egelund 2004).

Diskursanalysen er valgt som teori og metode, da det sociale fænomen søges afdækket gennem juridisk litteratur og artikler. Opgaven vil på den baggrund ud fra analyser af faglige tekster analysere om forskelle i diskurs om skøn og menneskerettigheder - og i givet fald hvilke elementer af diskursen - kan bidrage til en forklaring til forskellene i opfattelserne i de to landes politiske offentlighed om det ønskelige i at foretage begrænsninger i anvendelsen af menneskerettighedsbetragtninger.

Opgaven tager på den baggrund afsæt i en socialjuridisk indfaldsvinkel, hvor det juridiske og socialjuridiske skønsbegreb anvendes, som den *prisme* der kan anvendes som en indgang til at betragte diskurser om menneskerettigheder.

Opfattelser om det socialfaglige skøn vil kort blive inddraget som perspektivering i afgrænsningen og analysen i afsnit 1.2.3.

Opgaven vil dels se på om skøn betragtes på samme måde i de (social)juridiske diskurser i Danmark og Sverige og dels på de overordnede juridiske menneskeretlige diskurser i de to lande.

På den baggrund er det ud fra både et socialfagligt og et socialretligt perspektiv interessant at se sammenhænge mellem de udvalgte dele af diskurser der finder sted i Danmark og Sverige, og de måder forskellige kilder dels forstår menneskerettigheder, og dels hvilken rolle menneskerettigheder har i det sociale arbejde ved udøvelsen af den juridiske del af det socialfaglige skøn.

1.1 Formål (syfta) og problemformulering (frågeställning)

Formålet med eksamensarbejdet er på den baggrund at undersøge, om der i første række i den (social)juridiske litteratur i Danmark og Sverige kan peges på forskelle i forståelsen af hvilken rolle menneskerettigheder og andre ”indvandrede retskilder” indtager i udøvelsen af det juridiske element i det socialfaglige skøn. Dette kan give en indikation om hvorvidt der er substantielle forskelle i den udvalgte litteratur mellem de to landes tilgange til menneskerettighedens rolle i praktisk socialt arbejde, eller om der er tale om et samsyn i diskursen på det sociale område i de to lande. Eksamensopgaven vil derfor forsøge at skabe et billede af hvordan det i dansk og svensk juridisk litteratur beskrives at det praktiske forvaltningsliv skal arbejde med og anvende skønnet og de indvandrede retskilder som grundlag for rådgivning og afgørelsespraksis.

Problemformulering (frågeställning):

- Hvilke positioner eksisterer der i henholdsvis dansk og svensk juridisk litteratur overordnet om det juridiske skøn og specifikt i forhold til socialret?
- Hvilke positioner eksisterer der i hhv. dansk og svensk juridisk litteratur om indvandrede retskilder som menneskerettigheder som relevante i forhold til de lovlige kriterier ved skønsudøvelse (på det sociale område) i de to lande?
- Kan diskursen i den danske og svenske juridiske litteratur om skøn og menneskerettigheder give bidrag til at forstå forskelle i politiske opfattelser af menneskerettigheder i politisk diskurs i Danmark og Sverige

1.2 Begrebsafklaring

I afsnittet vil blive tilstræbt, at opstille præliminære afsæt for en forståelse af skønsbegrebet. Senere i opgaven vil både det juridiske og det socialfaglige skøn blive udfoldet og analyseret. Når opgaven anvender udtrykket *afgørelse* tænkes i svenske termer i (*förvaltnings*)*beslut* og *begrundelse* er *motivation*.

1.2.1 Overordnet om begrebet (ordet) ”skøn”

Skal skønnet beskrives generelt i en sproglig kontekst kan et udgangspunkt være, at tage afsæt i etymologiske ordbøger for at finde ordets oprindelse. Det fremgår af den danske etymologiske ordbog Danmark (Gyldendal 2010), at ordet stammer fra det gammeldanske skyn, norsk skjønn, svensk skön (af germansk skunja) og kan betyde ”*agte på, høre, føle, mærke*”. Som verbum identificeres det som ”*opfatte, skelne*”. Den svenske etymologiske ordbog (Projekt Runeberg 1922) beskriver som det væsentligste: ”*gottfindande, åsikt, skiljande, prövning, undersöka, se, ha för ögonan, skåda*”. I Svenska Akademiens Ordbok (2018) fremgår følgende: ”*skön: oböjligt substantiv- gottfinnande, omdöme: efter eget skön.*”

Samlet kan et skøn beskrives overordnet beskrives som et led i en proces, hvor en person skal anvende sine *sanser* i en given situation – høre, føle, mærke. I forhold til opgavens emne vil skønssituationen være relevant i forhold til en afgørelse (föreltningsbeslut) inden for socialretten om eks. anbringelse af børn efter §§ 2-3 i lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, i en dansk kontekst § 52 i lovbekendtgørelse nr. 102 af 29/01/2018 om social service, udbetaling af kontanthjælp/(försörjningsstöd) efter 4. kap, 1 § Socialtjänstlagen (2001:453 – herefter SoL), § 25 i lovbekendtgørelse nr. 269 af 21/03/2017 om aktiv socialpolitik etc. De to eksempler er eksempler på afgørelsesfelter, hvor skønnet kan være mere eller mindre frit og indeholde enten mange eller få forskellige komponenter og oplysninger indhentet i sagsoplysningen/utredningen.

1.2.2. Overordnet om juridisk skøn

Det lægges i den juridiske og socialfaglige litteratur til grund, at de indvandrede retskilder såsom menneskerettigheder og EU-ret udfylder en rolle i de retskilder, der anvendes ved udførelse af praktisk forvaltning, herunder i forhold til skøn (skönsmässig bedömning, laglige ramar), se eks. Ketscher, K. (2014 s. 196), Andersen, J. (2016 s. 43-55 og s. 127), Fenger N. (2013, s. 56), Reichel, J. (2015s.

346), Wenander, H. (2016a, s. 69). Det antages på den baggrund således, at det kan lægges til grund at de indvandrede retskilder i begge lande skal indgå i den pligtmæssige del af det forvaltningsretlige skøn i en række situationer. Skønnet indgår som et led i en afgørelse/(forvaltnings)beslut. På dansk kan en afgørelse defineres som: ”udtalelser, der går ud på at fastslå, hvad der er eller skal være ret i et foreliggende tilfælde” (Andersen 2016, s 146.) I en svensk kontekst ”uttalanda, varvigenom myndigheten vill påverka andra förvaltningsorgans eller enskildas handlande” (Ragnemalm 2012, s. 21) eller ”uttalanda av en myndighet, avsett att verka bestämmande för antigen förvaltningsorgans eller enskildes handlande” (Strömberg og Lundell (2014, s. 60).

1.2.3. Overordnet om socialfagligt skøn

I afsnittet gennemgås en række fragmenter fra tekster, der kan give fingerpeg om perspektiver på hvordan det faglige skøn ses i litteratur fra socialrådgiveruddannelser. Teksterne kan befinde sig i et samfundsvidenskabeligt-socialfagligt eller juridisk-socialfagligt grænseland, men er valgt fordi de giver et billede af dels emnets kompleksitet, de mange aspekter der indgår i skønnet udover (lovlige) juridiske kriterier samt det mangfold af perspektiver der eksisterer. Teksterne er i størstedelen taget fra dansk litteratur, men der ses ingen årsag til at antage, at der skulle eksistere aspekter af det socialfaglige skøn i svensk litteratur, der ikke eksisterer i en dansk kontekst. Det falder uden for opgavens rammer at inddrage egentlige teoretikere på feltet som Lipsky, Grimen og Molander mv.

Hartoft og Svendsen (2017) beskriver fra et juridisk synspunkt, at *nogle bestemmelser forudsætter faglige skøn, fx servicelovens § 50, hvorefter kommunen skal træffe afgørelse om at iværksætte en børnefaglig undersøgelse, hvis en barn eller en ung må antages at have behov for særlig støtte. Dette kræver en socialfaglig vurdering, der kan være ganske vanskelig, ligesom det kan være fx kan være vanskeligt at fastlægge undersøgelsens omfang* (Hartoft og Svendsen, s.51)

I et perspektiv fra ligeledes den juridiske litteratur kan nævnes, at Høilund (2001) i forhold til socialretten beskriver, at

...konsekvenserne i den konkrete situation afhænger af en lang række faktorer, der tilsammen er indeholdt i det vi kalder det socialfaglige skøn. Dette skøn skal – som alt socialt arbejde – ligge inden for rammerne af en korrekt fortolkning af de relevante retsregler. Retsreglerne kan sætte en snæver grænse for de socialfaglige skøn, mens der i andre tilfælde er et betydeligt spillerum (Høilund, s. 66)

Egelund (2004) anfører et eksempel på skønnet som en proces – ”the middle game:

Abbott (1988) beskriver den professionelle proces, hvori et fagligt skøn indgår, som en proces, der ideelt set har videnskabeligt funderede diagnose- og løsningskategorier. Dvs. at diagnosen – hvad er der i vejen? – kan stilles på baggrund af videnskabelig kundskab, ligesom det er videnskabeligt verificeret, at de valgte løsninger og indgreb har en sandsynlighed for at afhjælpe, forbedre eller lindre problemerne. Selve det faglige skøn – “the middle game” – beskriver Abbott (ibid) som den proces, der søger at forbinde diagnose- med løsningskategorier (Egelund (s. 80-81).

I en juridisk kontekst kan de juridiske rammer i dels sagsbehandlingen (handlægningen) og selve afgørelsen udgøre en del af såvel ”diagnosticeringen” (i form af officialprincip/utredning), som af løsningsens form ved afgørelseskategorierne, mens ”the middle game” udgør en art socialfaglighedens svar på den juridiske subsumption, hvor faktum og regler sammenholdes med henblik på en konklusion.

Henriksen (2015) ser socialfaglige skøn således, at ”...*det socialfaglige skøn er aktuelt i forbindelse med socialfaglige vurderings- og beslutningsprocesser, når der – som der i langt de fleste tilfælde vil være - er flere muligheder til rådighed. Det vil sige, at A ikke nødvendigvis ikke følger af B, men også vil kunne følges af C, D eller E*” (Henriksen, s. 128). Det socialfaglige skøn ses i en bredere kontekst end det juridiske skøns vægtlægning af udelukkende lovlige kriterier (rekvisit), men også i en organisatorisk ramme, hvor doxa i organisationen er central i forhold til grundantagelser og policy i organisationen. Metodestandarder og handlingsrum ses som en tredje faktor, der påvirker det socialfaglige skøn, eksemplificeret ved forskellige metoder som ICS, der med større eller mindre relevans forsøger at indkapsle en given ”virkelighed” med de udfordringer, dette indebærer i forhold til den konkrete beslutningstagning – evidensdiskussioner kan måske antages at ville spille en tiltagende stor rolle. ”Vilde” og mere ”tamme” problemer kan også influere på den faglige del af skønsudøvelsen, ligesom forforståelser og dømmekraft i et etisk perspektiv sættes i spil, når der skal træffes beslutninger på et socialfagligt grundlag.

Det socialfaglige skøn vil typisk indeholde et magtperspektiv og et normaliseringsperspektiv (Egelund 2004). Mik-Meyer (2002) anfører:

i praksis involveres projektledere og andre ansatte i en asymmetrisk magtrelation til klienterne, da deres skøn om, hvad der er god henholdsvis dårlig udvikling for klienterne, har indflydelse på klienternes situation. Det er dette skøn, jeg her problematiserer, fordi de ansattes vurderinger afspejler den ubestridte viden, som institutionerne hviler på, og som til stadighed reproduceres i interaktionen mellem ansatte og klienter. (Mik-Meyer, s. 111)

Møller (2012) skriver, at ”*skønnet betragtes ofte fra politisk hold, men også fra de dele af det offentlige bureaukrati, der ikke er i kontakt med borgerne, som bureaukratiets kerneproblem par excellence (Brodkin 2006). Det er ikke svært at følge den demokratiske logik i problematiseringen af skønnet, fordi den markarbejder, der omsætter regel til praksis, ikke er folkevalgt og derfor ikke besidder legitimitet som endelig beslutningstager.*” (Møller, s. 168). Problemet indskrives sig i Lipskys *street level bureaucracy*, men måske også i den følgende diskussion om eks. EMDs demokratiske legitimitet, og modstanden mod de indvandrede retskilder.

Posborg (2016) skriver, at ”*i socialt arbejde må socialrådgiveren anvende faglige skøn og sin dømmekraft, da lovgivningen ikke er udtømmende i forhold til de afgørelser, som socialrådgiveren skal træffe. Og i anvendelse af faglige skøn og dømmekraft spiller den personlige kompetence en stor rolle...*” (Posborg, s. 145). Johansen anfører i samme værk, ”*eftersom der altid vil være tale om et skøn i vurderingen af hvad, der er den nødvendige foranstaltning/det nødvendige tilbud ifølge borgerens retskrav...*” (Johansen (2016) s. 585). Posborg (2016) definerer - med inddragelse af Michelsen (2014a) og Henriksen (2015) det faglige skøn det,

”at skulle foretage en konkret vurdering eller en afvejning i situationer, hvor socialrådgiveren ikke kan få flere eller nye informationer, men må basere vurderingen på de informationer, den viden og den erfaring, som hun allerede har, og anvende den i den konkrete situation og sag.” (Posborg, s. 273) Hun peger herefter på tre situationer, hvor hun ser skønnet som nødvendigt for at kunne afveje hvad der er *”godt og rigtigt”* i tre situationer. Den første er situationen, hvor socialarbejderen mangler viden, den anden situation er tæt på den juridiske – svaret kan ikke læses af loven/praksis, i den tredje situation skal der skønnes begrundet i manglende viden om fremtiden.

Skals (2016) anvender dels en nyinstitutionel, dels en professionssociologisk tilgang til skønsbegrebet i en afhandling om det beskæftigelsesfaglige skøn vedrørende sygedagpenge (sjukpenning), hvor begrebet *autonomi* anvendes. Hun anfører *”som det vil fremgår, opfatter jeg ikke skønnet som ubetinget frit (Evetts 2002), men begrænset og muliggjort at strukturelle standarder (Grimen & Molander 2008, Dworkin 1978). Den danske litteratur om beskæftigelsesområdet, anvender ganske ofte begrebet ”autonomi” frem for ”skøn”* (Skals, 2016, s. 36). Skals beskriver med afsæt i en Dworkinsk tilgang de strukturelle aspekter af skøn, dvs. de standarder, som ledelsen i et jobcenter sætter som autoritet, og som sagsbehandlernes skønsudøvelse skal ses som relativt i forhold til. I forhold afgrænsning til den juridiske litteratur på området anfører hun, at:

sådanne vurderinger baserer sig udover den retlige bemyndigelse på faglige skøn dvs. et beskæftigelsesfagligt skøn, hvor relevante dvs. professionsspecifikke faglige normer og viden (Schultz 2004:63f) får indflydelse på, hvilke afgørelser og handlinger, der er de mest ”rigtige” i situationen. Ifølge Schultz (2004:63) adskiller faglige skøn sig principielt fra det forvaltningsretlige (juridiske) skøn ved at der vil være afgørelser og handlinger, der fagligt set er mere rigtige end andre og stadigvæk lovlige. De beskæftigelsesfaglige skøn er i den forstand mindre frit end det forvaltningsretlige skøn på grund af de faglige normer og viden på området, hvilket imidlertid ikke udelukker fagligt begrundet uenighed, blandt sagsbehandlere (Ejrnæs 2004b) om hvilke afgørelser, handlinger og indsatser, som er de ”rigtige” i beskæftigelsesfaglig betydning (Skals, s. 269)

I en svensk kontekst anvender Lina Ponnert (2007) begrebet *”handlingsutrymme”* for begrebet *”discretion”*:

Handlingsutrymme är ett svenskt uttryck för engelskans ”discretion” och kan också översättas med diskretionär makt. Handler (1992, sid. 276) framhåller att ”discretion” handlar om valmöjligheter, till skillnad från beslutsfattande som baseras på fasta regler. Johansson (1992) benämner denna diskretionära makt för handlingsfrihet. Jag skiljer i denna avhandling på begreppet handlingsutrymme, vilket jag betraktar som de formella förutsättningar som socialsekreterare arbetar utifrån, och handlingsfrihet, vilket jag betraktar som det handlingsutrymme som socialsekreterare faktiskt kan utnyttja efter att hänsyn tagits till den motmakt som utövas av organisation, omvärld och klient. Jag betraktar därmed formellt handlingsutrymme som en större enhet än faktisk handlingsfrihet, då denna handlingsfrihet också är beroende av situation och klientens motmakt

Samlet peger det socialfaglige skøn i en række retninger. Det er vurderinger, der indeholder dels en juridisk(e) komponent(er) (Hartoft og Svendsen, Højlund), procesopfattelser (Egelund), dilemmaer vedrørende flere – mulige løsninger (Henriksen og Ponnert), organisatoriske rammer (doxa), evidens- og metodeudfordringer (Henriksen), magt- og normaliseringsperspektiver (Mik-Meyer) personlige kompetencer og etik, demokratiske/legitimitetsmæssige (Møller) etiske aspekter og moralrefleksioner over ”det gode og rigtige” (Posborg), strukturelt betingede standarder og professionsspecifik viden og normer (Skals) mv. Komplexiteten er enorm, og som den nedenstående gennemgang af juridiske tekster vil vise er alene det juridiske element i skønnet komplekst og indeholder en lang række dimensioner.

1.2.4 Indvandrede retskilder

Afsættet for indvandrede retskilder tager jeg i Kirsten Ketschers ”Socialret” (2014). Ketscher opererer med begrebet ”denationalisering” af retskilder, således at globaliseringen medfører en vægtforskydning fra den traditionelle tilgang i nordisk ret, hvorefter den skrevne ret fra i første række parlamenter og trindhøjere aktører ved domstole (Højesteret, Högsta Domstolen, Högsta Förvaltningsdomstolen, Landsretter, Hovrätter) spiller en markant større rolle i en klassisk, hierarkisk retlig argumentation end en værdibaseret argumentation fra eks. menneskerettighedsskabeloner eller konventioner som Børnekonventionen eller Handicapkonventionen. Ketscher (2014) ser en stor værdi i de indvandrede retskilder i en argumentativ mere end hierarkisk tilgang til at løse problemer, og anfører at:

argumenter bliver nøgleordet i stedet for hierarkier. Autoriteten bindes ikke til den hierarkiske, men til den argumentative værdi. Den retlige argumentation går fra en formel autoritet, bundet til retskildens og afgørelsesmyndighedens plads i hierarkiet til en materiel autoritet, hvor argumentationen hviler på den argumentative værdi, dvs. det kan accepteres i en retlig kvalificeret diskurs. (Ketscher, s. 194).

Imidlertid møder de indvandrede retskilder modstand:

de er indvandret i Danmark på baggrund af den danske stats og det danske folketings godkendelse, men de har beholdt deres fremmedartede udseende. Disse indvandrede retskilder har ikke integreret sig i det sædvanlige danske lovsprog. Såvel administrative myndigheder som domstole foretrækker derfor ofte de ”etnisk” danske retskilder, der er genkendelige. De indvandrede retskilder inddrages i meget begrænset omfang i den daglige administration og fortolkning. Der er stor uvidenhed om disse retskilder, og jeg vil påstå en ikke ubetydelig modvilje og irritation mod at sætte sig ind i dem grundet deres fremmedartede karakter... (Ketscher, s. 196).

1.3 Sammenfatning

I kapitlet er overordnet beskrevet formål med opgaven og de spørgsmål der vil blive forsøgt besvaret. I det næste kapitel vil opgaven give en baggrundsbeskrivelse af politiske diskurser om menneskerettigheder, hvorefter teori og metode beskrives i det tredje kapitel. I det fjerde kapitel analyseres de valgte tekster og i det afsluttede femte kapitel forsøges en konklusion.

2 BAGGRUND

Kapitlet vil forsøge at give et billede af og perspektiver på opfattelser af menneskerettigheder. Kapitlet udfolder først den danske regerings ønske om ændringer i ERMK og EMDs dynamiske fortolkningsstil. Det beskriver også en politik diskurs i de to lande med afsæt i de to partier Dansk Folkeparti og Sverigedemokraterne, da det antages at de to partier vil være mest kritiske overfor menneskerettighedsbetragtninger. I forhold til valget af de to partier, er disse valgt af to årsager. For det første ud fra en stofmæssig afgrænsning. For det andet - og vigtigst - dels ud fra en antagelse om at Sverigedemokraterne i lighed med Dansk Folkeparti vil have en kritisk tilgang til menneskerettighedsbetragtninger, da disse vil kunne opleves som en barriere for en mere restriktiv udlændingelovgivning i den situation, hvor Sverigedemokraterne i lighed med Dansk Folkeparti i Danmark og Fremskrittspartiet i Norge enten bliver støtteparti eller koalitionspartner for en regering.

2.1 Menneskerettigheder i politisk diskurs - den danske regerings ønske om ændringer i ERMK

Det fremgår af regeringsgrundlaget for den danske regering fra 2016, at:

Danmark har en klar interesse i en stærk international retsorden, herunder respekt for menneskerettigheder. Regeringen ønsker at indgå i et aktivt internationalt samarbejde og overholde de internationale konventioner, som Danmark har tilsluttet sig. Der er imidlertid behov for at se kritisk på den måde, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dynamiske fortolkning har udvidet rækkevidden af dele af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Regeringen vil afholde en international ekspertkonference om konventionen som led i det kommende danske formandskab for Europarådet. (s. 55)

Den nævnte konference blev afholdt i november 2017 på Kokkedal Slot og skulle danne grundlag for mulige ændringer i Den europæiske menneskerettighedskonvention (ERMK). Det var blandt andet et stærkt dansk ønske, at det skal være enklere at udvise eksempelvis kriminelle udlændinge. Konkret tog den danske regering således spørgsmålet om revision af dele af Den europæiske Menneskerettighedskonvention fra 1949 op som et centralt led i sit formandskab for Europarådet i 2018 ("Europa i en brydningstid – stærke værdier og et fremtidssikret Europaråd" Det danske formandskab for Europarådets Ministerkomité (november 2017 – maj 2018). Det fremgår af det danske formandskabsprogram, at Danmark ud over konferencen tog initiativ til at:

med afsæt i resultatet af ekspertkonferencen vil ...det danske formandskab afholde et ministermøde med justitsministeren som vært i Danmark i april 2018 med det formål at vedtage en politisk erklæring, som gør status for den nuværende reformproces, foreslår målrettede tiltag, som kan styrke konventionssystemet, og udstikker retningslinjer for det videre reformarbejde vedrørende konventionssystemet. (s. 3)

Svenske og øvrige nordiske politikere i Europarådet viste sig afvisende i forhold til at støtte den danske regering på dette område, skønt de nordiske lande typisk har en tradition for at samarbejde og understøtte øvrige landes dagsordner i internationale fora (JyllandsPosten 2018). Der er ikke i konferencematerialet fra 2017 umiddelbare holdepunkter for at øvrige nordiske lande støttede en dansk profilering på at overføre kompetence fra menneskerettighedsdomstolen til medlemsstaterne. I februar 2018 frygtede det svenske udenrigsministerium, at det danske forslag på baggrund af det første udkast, at det i den eksisterende form kunne "undergrave konventionssystemet samt domstolens myndighed og uafhængighed" (Politiken 2018). Den endelige udgave af København-erklæringen blev et markant anderledes dokument end det danske udspil, og der kunne på den baggrund opnås enighed om dokumentet blandt medlemsstaterne i Europarådet (menneskeret.dk).

I kapitlet beskrives herefter overordnet den politiske diskurs i Danmark og Sverige om menneskerettigheder i første række med udgangspunkt i Den europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og diskursen omkring den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (EMDs) virke. Antagelsen er, at der eksisterer en offentlig, politisk debat om menneskerettigheder i Danmark, der er mere kritisk/skeptisk overfor indvandrede retskilder end i en svensk kontekst (men ikke nødvendigvis kritisk over for menneskerettigheder *per se* blot de er funderet i en national, retlig tradition), hvilket kan have betydning også på den mere specialiserede diskurs omkring emnet i eksempelvis juridiske kredse. Begrebet menneskerettigheder ses af langt de fleste som et positivt begreb. Der eksisterer kritik mod menneskerettighedsbegrebet fra forskellige positioner, men det sædvanlige i en skandinavisk kontekst har været kritik af at menneskerettighedsbegrebets basis er en individualiseret, vestlig tankegang, hvor menneskerettighedsbegrebet kan kritiseres for, at være et element i en atomisering af mennesker fra fællesskaber (Thulin 2008). Klassisk kan menneskeretsbetragtninger også kritiseres for at være en art skalkeskjul, der blot skal sikre den private ejendomsret, som den centrale rettighed (Koch 2013). Der har altid eksisteret en teologisk kritik af menneskerettighedsbetragtninger. I Thulin (2008) indgår en række bidrag til en antologien, hvor menneskerettigheder bl.a. behandles kritisk ud fra teologisk/filosofisk tilgang. Den nyere danske teologisk-konservative kritik af menneskerettigheder kan måske betragtes som relativ ny i en skandinavisk kontekst. Begge perspektiver udfoldes nedenfor.

2.2 Eksempler på synspunkter om menneskerettigheder i en politisk diskurs i Danmark

I en dansk kontekst har menneskerettighedsbegrebet i nyere tid været til diskussion igennem to spor.

Dels i en politisk-religiøs dimension gennem eks. Krarups (2000) kritik af menneskerettigheder og dels – tidsmæssigt nyere - i et juridisk spor gennem eksempelvis Bryde Andersen og andre juristers kritik af især EMD siden 2001, senest Bryde Andersens kritik af EMD (Bryde Andersen 2017). Danmark adskiller sig ikke fra Sverige og de øvrige nordiske lande ved en vis tilbageholdenhed i inkorporering af menneskerettigheder i konkret lovgivning (Wind og Rytter 2011, Langford og Schaffer (2012)). Men den danske diskurs kan måske - for dele af den - betragtes som mere vidtgående end diskursen i øvrige nordiske lande i forhold til dels *debatten om selve fundamentet* for

menneskerettighederne i almindelighed og den juridiske debat *om tydelighed for grænserne for menneskerettighederne* i national ret.

Der er stor forskel på de to former for kritik af menneskerettighedsskabelonen. Hvor Krarup kritiserer selve fundamentet for menneskerettighederne er Bryde Andersens kritik rettet mod en bekymring for dommerskabt ret, der unddrager sig demokratisk kontrol.

Krarup har som medlem af Folketinget, og som udlændingepolitisk ordfører for Dansk Folkeparti haft stor betydning for udviklingen i dels den danske (udlændinge)lovgivning og dels den danske diskurs om udlændinge og menneskerettigheder. Dansk Folkeparti var støtteparti for den tidligere regering fra 2001 til 2011 og er støtteparti for den siddende regering. Krarup er rundet af en dansk, religiøs retning, der hedder Tidehverv med et tysk-angelsaksisk udspring fra ca. midten af 1920'erne. Det fremgår af bevægelsens hjemmeside, at:

Tidehverv – det er gammeldags luthersk kristendom i en tid, der er alt for moderne til at respektere det elementært menneskelige: at være et enkelt menneske mellem fødsel og død og i ansvar og skyld. Tidehverv er derfor umoderne, for Tidehverv undsiger den modernitet, der er et andet ord for overfladiskhed. Tidehverv er derfor også reaktionært, for Tidehverv reagerer imod den dyrkelse af udviklingen og fremskridtet, der betyder åndelig tomhed og personlig uansvarlighed.

Medlemmer af Tidehvervsbevægelsen var aktive i den væbnede modstand mod den tyske besættelse af Danmark i tidsrummet 1940-45, og den tyske besættelse er et væsentligt referencepunkt for bevægelsen, hvor en række medlemmer er og har været aktive i Dansk Folkeparti.

Kraups (2000) kritik af menneskerettigheder kan måske sammenfattes ud bagsiden fra hans bog ”*Dansen om menneskerettighederne*”:

I tiden efter 1945 er menneskerettighederne kommet til at indtage Vorherres plads. De skiller mellem godt og ondt, retfærdigt og uretfærdigt. Som det viste sig i Golfkrigen, ved NATOs angreb på Serbien og ved EU's boykot af Østrig. Jeg betragter denne udvikling som et skæbnesvangert brud med den vestlige verdens egentlige kristne forudsætning, et brud, som i sin konsekvens betyder menneskeforagt, ideologisk ensretning og hellige krige. Kristendommen har været Vesterlandets åndelige baggrund, indtil Oplysningstidens humanisme forkyndte menneskets retfærdighed i stedet for Guds retfærdighed, og i denne forbindelse vil jeg anfægte USAs ideologiske udvikling og nuværende lederskab af den vestlige verden: Vor tids afgudsdyrkelse ses afspejlet i den amerikanske Uafhængighedserklæring og FNs menneskerettighedserklæring, og den humanistiske fundamentalisme er efter min opfattelse vor tids virkelige fare baggrunden for den nye verdensordens hensynsløse krænkelse af det enkelte menneske og det enkelte folk.

Menneskerettigheder ses således som en negativ kraft, der globalt slavebinder individer og ”folk” i et sæt af normer, der tager afsæt i abstrakte ideer, i stedet for den lokale, nationale ret og kutymen...*das gutes, altes Recht* med et udtryk lånt fra den tyske (rets)historiker Fritz Kern.

Menneskerettigheder indgår ikke i Dansk Folkepartis principprogram, og nævnes ikke i de såkaldte ”mærkesager” på partiets hjemmeside.

Lejlighedsvis dukker betragtninger om menneskerettigheder dog op i eksempelvis taler, hvor begrebet problematiseres. Den tidligere formand – Pia Kjærsgård - skrev således om menneskerettigheder i 2008:

...men var det meningen med menneskerettighederne, at de 60 år senere skulle føre til vestlig selvopgivelse og selvhad? Nej, selvfølgelig ikke. Meningen var faktisk, at de skulle overholdes og efterleves af alle nationer og folkeslag. Meningen var, at de skulle gøre verden til et bedre sted. Set i det lys må menneskerettighederne sige at være en fiasko. En fiasko fordi vi grundlæggende ikke tør kræve det samme af andre, som vi forlanger af os selv.

Og den nuværende partiformand Kristian Thulesen Dahl i en tale på den danske Grundlovsdag 2017:

Der er meget at gøre. Og vi ved jo godt, det tager tid. Der er simpelthen for groteske eksempler på en forkert politik. At domstolene vurderede, at Levakovic ikke kunne udleveres fra Danmark på grund af hans menneskerettigheder var grotesk. Grotesk er det også, at Højesteret i sidste uge nåede frem til, at 4 rumænere ikke kunne hjemsendes til en retssag om menneskehandel. Disse 4 EU-borgere fra EU-landet Rumænien vurderes at være indblandet i en kæmpe sag om menneskehandel. De skulle have udnyttet nogle af de mest sårbare på den mest nederdrægtige facon. Men når Højesteret når frem til, at de ikke kan udvises, skyldes det, at bliver de dømt for deres ugerninger, vil der ikke være sikkerhed for, at de vil få et stort nok privat lokale til rådighed i fængslet, mens de afsoner straffen. Ja – I hørte rigtigt! Menneskerettighederne beskytter altså de her personer fra strafforfølgning i deres eget land. Et EU-land. Fordi lokalet i fængslet – EFTER de i givet fald er blevet dømt – ikke vurderes til at være stort nok.

Dansk Folkeparti fremsatte i efteråret 2017 beslutningsforlag B 22 om at skrive Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ud af dansk lov. Som motivation anførte partiet, at:

Med forslaget pålægges regeringen at fremsætte et lovforslag om, at den europæiske menneskerettighedskonvention bliver skrevet ud af dansk lovgivning, da dele af konventionen efter forslagsstillernes opfattelse strider imod dansk lovgivning, eksempelvis udlændingeloven. Forslaget indebærer, at inkorporeringsloven ophæves, og at dansk lovgivning skal have forrang, hvis der opstår konflikt mellem dansk lov og konventionen.

Forslaget blev forkastet med 23 stemmer for og 83 stemmer imod i Folketingssalen. Ordet menneskerettigheder indgår ikke i partiets principprogram, og findes heller ikke under punkterne ”mærkesager” på partiets hjemmeside (DanskFolkeparti 2018).

I en dansk kontekst har debat om udvisning af kriminelle udlændinge optaget meget plads i medier i 2017. En meningsmåling fra efteråret 2017 fra Norstat gengivet i Altinget.dk vist at 48 procent af vælgerbefolkningen i Danmark ønskede at forlade den europæiske menneskerettighedskonvention (EMK), mens kun 34 procent ønskede at forblive, hvis det ikke lykkes for den danske regering,

at få indført en enklere tilgang til at udvise kriminelle udlændinge. Undersøgelsen kan givetvis problematiseres – set fra en juridisk synsvinkel er spørgsmålet i undersøgelsen ikke umiddelbart meningsfuldt, da konventionen ikke eksplicit tager stilling til spørgsmålet om udvisning af kriminelle udlændinge, men lægger op til en praksis fra den europæiske menneskerettighedsdomstol. Tallene blev ikke desto mindre en vigtig del af den offentlige debat i Danmark. Spørgsmålet var formuleret som følger:

Regeringen vil forsøge at genforhandle den europæiske menneskerettighedskonvention, så det bliver lettere at udvise kriminelle uden dansk statsborgerskab. Bør Danmark udtræde af konventionen, hvis det ikke bliver nemmere at udvise kriminelle?

Vedsted-Hansen problematiserer undersøgelsen i en artikel i Juristen nr. 6 2017 – ”Danske udfordringer af det europæiske menneskerettighedssystem” (Juristen (2017, s. 236).

2.3 Eksempler på synspunkter om menneskerettigheder i en politisk diskurs i Sverige

I en svensk kontekst har et parti, der på nogle punkter kan sammenlignes med Dansk Folkeparti – Sverigedemokraterne – et anderledes tilgang til menneskerettigheder. Det fremgår således af partiets hjemmeside, at partiet i forhold til dødsstraf mener, at:

Sverigedemokraterna tar avstånd från tanken på att staten ska döda sina egna medborgare. Dödsstraffet strider mot grundläggande mänskliga rättigheter och är ett oåterkalleligt beslut som vid många tillfällen visat sig vara fattat på felaktiga grunder.

Under rubrikken kulturpolitik anføres det, at:

Vi accepterar och stödjer att den svenska staten hjälper en inhemsk opposition i andra länder som arbetar för att förändra de aspekter av ett lands kultur som står i direkt strid med demokrati och grundläggande mänskliga rättigheter.

Og senere:

Det är uppenbart så att vissa kulturer är bättre än andra på att slå vakt om grundläggande mänskliga rättigheter, skapa demokrati och materiellt välstånd, god sjukvård, hög utbildningsnivå och likhet inför lagen. Detta gör att dessa kulturer, i våra ögon är bättre än de kulturer som inte vill eller förmår att skapa goda levnadsvillkor för de människor som lever i dem.

Menneskerettigheder ses i dette perspektiv som et værdifuldt element i en ”bättre kultur”, der betragtes som en kultur, der på en række målepunkter – eks. sundhedsydelse, uddannelsesnivea mv. - udmærker sig ved en særlig høj standard i forhold til andre nationer eller ”kulturer”, der synes at savne enten evne eller vilje til at skabe gode levevilkår for deres borgere. Målepunkterne opleves som ”kulturelt betingede”.

Der kan samlet peges på ganske forskellige udgangspunkter i forhold til menneskerettigheder og diskurs om menneskerettigheder i Sverigedemokraterne og Dansk Folkeparti, to partier, der ellers overordnet på mange felter besidder et værdifællesskab og ensartede opfattelser af en række udfordringer for de to samfund.

Wenander (2016) anfører i en svensk kontekst, at der ikke i det politiske liv i Sverige er partier, der ikke støtter menneskerettighedsbetragtninger og den europæiske menneskerettighedskonvention, eks. anfører han, at:

”Interestingly, Sverigedemokraterna (the Sweden Democrats), a nationalist party opposing immigration and EU Membership, has not publicly criticised the ECHR (EMRK) or the ECtHR (EMD). In a number of private member’s motions in the Riksdag (the parliament) on the freedom of association and situations of exclusion from trade unions with reference to political views, representatives of that party have expressed support for the rights under the Convention system....the Social Democrats have traditionally opposed judicial assessment of matters perceived to be political. However, in the current debate there appears to be little opposition the Convention system from that party. As all other parties represented in the Riksdag, the Social Democrats today seem to endorse the convention system”. (Wenander s. 251)

Overordnet anfører han om EMD, at den er:

”rarely discussed in critical terms in Swedish media or in contemporary legal or political debate in Sweden. The limited discussion...may be linked to the historical development of the constitutional protection of human rights in Sweden...and aspects of legal culture in Sweden”.

Samlet beskrives der en beskeden debat om EMRK og EMD uden for juristkredse, og det kan virke som om det umiddelbart ville være vanskeligt at bevæge et flertal af befolkningen i Sverige til at ønske en svensk udtræden af EMRK.

2.4 Sammenfatning

Samlet ses der holdepunkter for en ganske forskellig tilgang til menneskerettighedsbetragtninger i de to lande. Hvor der i Danmark siden ca. 2000 har eksisteret en religiøs-politisk og juridisk kritik af EMRK og – fra juridisk hold især – EMD, har der i Sverige i første række været ren faglig juridisk kritik af EMD, jf. gennemgang i afsnit 4.x. De to politiske partier Sverigedemokraterne og Dansk Folkeparti har helt forskellige tilgange til menneskerettigheder, hvor det svenske parti ser menneskerettigheder som et led i mere avancerede kulturer, eksisterer begrebet ikke på Dansk Folkepartis principprogram og politikker, men ses i vid udstrækning som en udemokratisk indskrænkning af nationale retssystemer.

Der eksisterer tilsyneladende en mere vidtgående negativ diskurs om indvandrede retskilder i Danmark end i Sverige, i hvert fald i det politiske liv. En stor forskel er ifølge sagens natur den rolle i det politiske liv, som enkelte sager om eksempelvis kriminelle udlændinge spiller, og derved den gennemslagskraft som ytringer får, som relaterer sig til relativt konkrete spørgsmål. Men der ikke holdepunkter for at en negativ diskurs omfatter andre indvandrede retskilder såsom Børnekonventionen eller Handicapkonventionen.

3 TEORI OG METODE

Afsnittet består af en sammenføjning af teori og metode. Dette er begrundet i at diskursanalysen er anvendt som metode. Afsnittet består af fem dele. I første del beskrives diskursanalyse i en historisk kontekst. I anden del gives en række definitioner og afsættet for opgaven beskrives. I tredje del diskuteres ligheder og forskelle i forhold til teori og metode, og det argumenteres for hvorfor teori og metode udgør en samlet hele i opgaven. I fjerde del forklares hvordan diskursanalysen mere konkret tænkes anvendt i opgavens analysekapitel. I femte del afgrænses og beskrives litteraturvalg.

3.1 Historik

Diskursanalysen omfatter et meget stort antal retninger, der indbyrdes indeholder meget forskellige træk. Den centrale diskursteoretiker er Michel Foucault, der tog afsæt i historisk forskning i sine analyser af diskurser i forskellige perioder (Guldager, 2015). Diskursanalysen anvendes i dag i en række forskellige videnskabelige discipliner – litteratur og andre humanistiske fag, psykologi og samfundsvidenskabelige fag (Börjesson og Palmblad, 2007). En teoretisk og metodisk tilgang, der kan finde anvendelse indenfor såvel sprogvidenskab som samfundsvidenskab må ifølge sagens natur indeholderet stort antal metodiske tilgange og varierende ontologisk og epistemologiske afsæt.

En entydig definition af diskursanalyse er således vanskelig, men hvis vi skal se på litteraturen kan vi finde et antal udsagn, der peger i samme retning. Guldager ser diskurs som ”*en bestemt formuleret opfattelse af et givet emne*” (Guldager, s. 189, 2015). Jørgensen og Philips ser det præliminært som ”*en bestemt måde at tale om og forstå verden (eller et udsnit af verden) på*” (Jørgensen og Philips, s. 9 1999).

Foucault ser diskursen således, at: ”*vi vil kalde en gruppe af ytringer for diskurs i det omfang, de udgår fra samme diskursive formation.. (Diskursen) består af et begrænset antal ytringer, som man kan definere mulighedsbetingelserne for*” (citeret efter Jørgensen og Philips, s. 22, 1999). Börjesson og Palmblad definerer præliminært diskurs som: ”*ett bestemt sätt att tala om och förstå världen – betoningen här ligger på ”ett bestemt sätt*” (Börjesson og Palmblad, s. 13, 2007).

Laclau og Mouffe definerer det således, at:

vi kalder enhver praksis artikulation, som etablerer en relation mellem elementer på en sådan måde, at deres identitet omdannes som et resultat af den artikulatoriske praksis. Den strukturerede totalitet, der er resultatet af denne artikulatoriske praksis, kalder vi diskurs.

Jacob Torfing ser det som: ”*a differential ensemble of signifying sequences in which meaning is constantly renegotiated*” (Torfing, s. 85 1999). Glebe-Møller definerer det således, at:

vi vil kalde en gruppe af ytringer for diskurs i det omfang, de udgår fra samme diskursive formation.. (Diskursen) består af et begrænset antal ytringer, som man kan definere mulighedsbetingelserne for (citeret efter Jørgensen og Philips, s. 22, 1999).

Norman Fairclough (2008) anfører at hans fokus er på sprog, hvorfor han anvender betegnelsen ”*diskurs mere snævert end man normalt gør i samfundsvidenskaben, til at referere til mundtlig eller skriftlig sprogbrug. Jeg bruger begrebet ”diskurs”, hvor lingvister normalt har skrevet om ”sprogbrug”, ”parole” eller ”performance”.* Han uddyber ”*når jeg bruger begrebet ”diskurs” anser jeg dermed sprogbrug for at være en form for social praksis mere end en rent individuel aktivitet eller en afspejling af situationsbestemte variable*” (Fairclough 2008). Dette indebærer ifølge Fairclough dels at diskurs er en måde at handle på og en måde at repræsentere verden på. Dels eksisterer en dialektisk relation mellem diskurs og sociale strukturer og mellem sociale praksisser. I det hele kan diskursanalyser uanset forfatter og baggrund ses at tage afsæt i en dialektisk opfattelse af, at de virkeligheds- og sprogkonstituerende diskurser indgår i et dialektisk vekselvirkning, hvor sprog skaber og opløser sammenhænge, og konstituerer ny virkelighed og nye muligheder for handling – samtidig med at diskursen i lange perioder kan virke begrænsende og ekskluderende for nogle grupper. Sammenhængene kan afhængig af perspektiv erkendes og muligvis ændres – dekonstrueres. Heraf afsættet i socialkonstruktivismen og heraf Foucaults betragtning af magtperspektivet, som ikke udelukkende undertrykkende.

To tidlige forfattere med en tilgang der kan beskrives som forløbere for diskursanalyse er Simone de Beauvoir og Victor Klemperer. Simone de Beauvoir beskriver i sit værk *Det andet køn* hvordan kvindebegrebet skabes gennem dominerende diskurser, med det berømte dictum ”Kvinde er man ikke født som, det bliver man”. Den anden er Victor Klemperer, der som tysk jøde måtte leve under falsk identitet i Tyskland under 2. verdenskrig. Som filolog beskrev han i bogen LTI ”Lingua Tertii imperii” de løbende ændringer af sprogbruget – diskursen – i Tyskland fra den nationalsocialistiske magtovertagelse til slutningen af 2. verdenskrig.

Det videnskabsteoretiske udgangspunkt er i et socialkonstruktivistisk afsæt, med elementer af en subjektivistisk hermeneutik i forhold til tolkning af perspektiver i udsagn i de analyserede tekster. Ontologisk kan der sondres mellem to hovedretninger, dels hvad Guldager beskriver som ekstrem socialkonstruktivisme, og dels hvad han beskriver som moderat socialkonstruktivisme. Foucaults udgangspunkt var realisme og moderat socialkonstruktivisme (Guldager 2015), men senere skoler inden for den diskursanalytiske tradition har taget afsæt i en opfattelse, af at der ikke kan eksistere en uafhængig virkelighed (Börjesson og Palmblad 2007).

Jørgensen og Philips (2015) mener at kunne identificere tre hovedområder af relevans for humaniora og samfundsvidenskab. For det første diskursteorien, der er funderet i en kritik af den materialistiske tilgang, i særdeleshed den strukturelt-marxistiske tilgang til viden, her ses Laclau og Mouffe som centrale gestalter. For det andet den kritiske diskursanalyse, hvor Faircloughs kritiske analysemodel står centralt. Og for det tredje diskurspsykologien, der er en udfordring til den kognitive psykologi. De tre modeller er ifølge sagens natur idealtyper, og der findes overlap mellem de tre idealtyper. Endvidere eksisterer en række andre teori- og metodetendenser på feltet, i flæng kan nævnes fransk strukturalistisk diskursanalyse, kritisk lingvistik, socialemiotik, socio-kognitiv analyse, diskurs-historisk metode, læsningsanalyse og Duisburgskolen.

Fælles for de enkelte retninger er, at de – ved siden af diskursens konstituerende rolle – lægger vægt på betoningen af (konkrete) Hvordan (hur)-spørgsmål, og at man afstår fra bagvedliggende, egentlige eller utvetydige essenser. De enkelte retninger vægtlægger også en kilderelativisme, kilderne befinder sig ikke – som i juraen - i et hierarkisk orden, hvor kildens (sandheds – eller forudsigelses)værdi bestemmes af en given dignitet. Kilderne ses i udgangspunktet som lige afslørende om en given ”virkelighed” eller sproglig konstituering af en virkelighed, uanset deres afsender, deres motiv mv. - de er både konstruerede og konstruerende, der findes intet objektivt konstaterbart sandhedshierarki (Börjesson og Palmblad, 2007). Centralt er også, at diskursanalysen aldrig afsluttes – den er *going concern*. Fraværet af en ekstern målestok og fraværet af rationalistisk indstilling til sproget åbner for en kontinuerlig diskussion og nye forslag til forståelse af diskurser – og ændringer af dem i et dialektisk hjul.

3.2 Definitioner og afsæt

Opgaven indeholder en fyldig juridisk del. Der vil ikke blive redegjort for juridisk teori i større omfang, da teorien og metoden er forankret i diskursanalysen. Dog kan det nævnes, at juraen traditionelt opdeles i fire hovedkategorier. Den juridiske dogmatik, som er den centrale del af juridisk forskning, og som udgør hovedvægten af de værker der analyseres i opgaven. Endvidere eksisterer der tre ”metafag” – retshistorie, retssociologi og retsfilosofi/retslære. Nogle af de analyserede værker har en retssociologisk indfaldsvinkel.

Vigtigt for opgaven er diskursanalysens vægtlægning på, at den er velegnet til at finde viden om hvordan det der ”findes/er/tages for givet” sprogligt og socialt konstrueres, ikke mindst i forhold til skrevne tekster (Wreder, 2007). Dette giver et interessant møde med juraen, der som videnskab epistemologisk i stort omfang har et dogmatisk afsæt, der stammer tilbage fra det 11. århundredes Bologna-skole. Bologna-skolen udforskede den (verdslige) romerret, og juraens kamp for at etablere sig som en selvstændig position og et selvstændigt perspektiv i (til tider livsfarlig) konkurrence med teologiens kanoniske ret. De oprindelige glossatorer skrev gloser og kommentarer mellem linjer i eksisterende tekster, og blev efterfulgt af kommentatorerne, der udgav kommentarer og afhandlinger om forståelsen af (verdslige) retsregler og skillelinjer mellem verdslig og religiøs ret (Tamm, D. (1989), Morrison, W (1997)).

Dette er baggrunden for at juraen i dag stadig i stort omfang består i dogmatiske studier af (retlige) tekster. Den juridiske dogma og logik er på den baggrund et sandhedsregime i sin egen ret, og på den baggrund i sin natur fremmed over for et fænomen som diskursanalyse, da juraen som videnskab både i positivistisk og naturretlig form tager afsæt i en søgen efter ”gældende ret”. Begrebet ”gældende ret” medfører, at juraen i yderste konsekvens idealtypisk kun kan føre til et – om ikke ”rigtigt” (eller ”moralsk/etisk rigtigt”) så ”gældende” resultat, hvilket medfører at der i den sidste analyse kun kan være *et* ”rigtigt” eller ”gældende” svar på en juridisk problemstilling. Juraen sonderer derfor mellem *de lege lata* – ”det, der gælder” og *de lege feranda* – ”det, der burde gælde” - det retspolitiske. Enhver jurist vil typisk forsøge at fremstille sin position som *de lege lata* i en konkret tvist - internt i den juridiske diskurs kæmper forskellige perspektiver også om sandhedsregimer, som eks. diskussionen i Danmark om EMK og EMD kan belyse. I situationer, hvor skønnet indgår vil flere forskellige løsninger på en

problemstilling dog kunne være acceptable i en juridisk prisme - forudsat de holder sig indenfor ringen i Dworkins (1978) ”doughnut”-konstruktion:

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. Discretion, like the hole in the doughnut, does not exist except as an area left open by a surrounding belt of restriction. It is therefore a relative concept. It always makes sense to ask, “Discretion under which standards?” (Dworking, s. 31)

Da diskursanalysen beskæftiger sig med aktører i sociale arenaer, og netop tilstræber at afdække lag og aktører i tolkningsret (tolkningsforetræde) (Börjesson og Palmblad 2007) bliver diskursanalysen også givende i forhold til analyse af juridisk litteraturs opfattelser af menneskerettighedsbegreb og skønnets rolle. Börjesson og Palmblad beskriver, at ”så snart språk har använts så har verklighet konstruerats”, og dette fører i sin tur til at der produceres en given virkelighed. Samtidig ses det som en grundlæggende pointe, at diskurser afgrænser og udelukker, men samtidig giver os punkter gennem hvilke vi kan udskille hvad der er sandt, relevant, rimeligt og muligt (Börjesson og Palmblad, 2007, s 11). Sproget er således ikke en færdig proces, men en handling, der medfører nye diskurser, nye associationer, logikker og sammenhæng. Diskursen kan således begrænse et eller flere handlerum – diskursen kan skabe tabuer - men også åbne mulighed for at åbne nye, og derved (ny) (politisk) handling. Laclau og Mouffe ser politisk handling som en relevant konsekvens af diskursanalysen (Jørgensen og Philips 1999).

I forhold til relativisme anvender Börjesson og Palmblad billedet af en kunstner, der anvender perspektivet som arbejdsredskab. Flytter man sit staffeli, sin position med nogle centimeter ændres også fokus og billedet af virkeligheden – eller det billede af virkeligheden, der kan opfattes fra den anvendte position. I denne forstand indtager den konstruktionistiske diskursforsker et relativistisk afsæt. Der kan på den baggrund sondres mellem rollen som forsker og den deraf følgende intellektuelle bearbejdning af fænomener, og rollen som privatperson og borger, hvor forskeren er fri til at tage absolutistiske stillingstagen i (samfunds)spørgsmål.

3.3 Sammenføjning af teori og metode

Teori og metode vokser i et omfang sammen i eksamensopgaven. Som Jørgensen og Philips anfører, ”i diskursanalyse..er *teori* og *metode*...kædet sammen, og man skal acceptere de grundlæggende filosofiske præmisser for at bruge diskursanalyse i empiriske undersøgelser”. (Jørgensen og Philips 1999).

Diskursanalysen er valgt fordi den som metodisk udgangspunkt giver mulighed for at sammenligne en række tekster, der i et omfang har forskellige ontologiske og epistemologiske udgangspunkter. Diskursanalysen kan være frugtbar ved en sammenligning af forskellige perspektiver, hvor positioner i forhold til fænomener i samfundet træder frem i større eller mindre tydelighed, bl.a. baseret på forskellige fagtraditioner. Aktørerne bliver i første række forfatterne til værkerne, der analyseres.

Værkerne er i sig bærere af dels juridisk dogma og en juridisk praksis, der sætter – mere eller mindre – snævre grænser for hvad forfatterne meningsfyldt kan ytre inden for den juridiske ramme. Men de enkelte forfattere kan påvirke en diskurs

gennem prioriteringer af deres stof og deres nedslag i deres stofområder, som er med til at skabe en ramme om en given samtale – en diskurs.

Eksamensarbejdet indeholder en litteraturgennemgang baseret på i første række litteratur med en retsdogmatisk eller retssociologisk tilgang til en menneskeretlig og socialretlig kontekst – nogle af værkerne er rene ”forvaltningsretsværker”; udbuddet af socialforvaltningsretlige værker er ikke stort værdigt sig i Danmark eller Sverige. Opgaven vil også lægge fokus på opfattelser af ”indvandrede retskilder” i litteraturen og undersøge tilgange til indvandrede retskilder, især menneskerettighedsbegreber.

3.4 Hvad indebærer diskursanalyse i forhold til opgaven?

Metodisk vil opgaven låne elementer fra Laclau og Mouffe i forhold til anvendelsen af begreber som emne, nodalpunkter, ækvivalenskæder, konnotationer, moddiskurs, hegemonisk diskurs, differenskæde, flydende betegnelser, og antagonismepar (Jørgensen og Philips, 2015, Torfing, J. 1999). Begreberne emne og nodalpunkt (Jørgensen og Philips, 2015) kan i et omfang være sammenfaldende, men nodalpunktet i sin rene form er det nøgleord som diskursen i teksten handler om. De øvrige begreber i en tekst vil typisk kredse om nodalpunktet, der er et knudepunkt i en tekst (nodal betyder knude). Således holder nodalpunktet en række af den øvrige begreber man møder i teksten bundet sammen. Kernen i diskursanalysen bliver herefter at analysere, hvordan nodalpunktet indsættes i den analyserede tekst – hvor den typisk er et centralt begreb eller nøgleord.

Ækvivalenskæder (Jørgensen og Philips, 2015) er ord der giver nodalpunktet bestemte betydninger. Ækvivalenskæden består af en række ord og formuleringer, der virker til at indkredse betydningen af nodalpunktet. Ækvivalenskæden er medvirkende til at emnet - og nodalpunktet – italesættes på en bestemt måde og ordene i ækvivalenskæden findes altid i teksten. Konnotation er ”medbetydning”, og en betydning som mere eller skjult følger med brugen af et ord eller en formulering – herfra kan analysen af, hvordan emnet italesættes uddybes – typisk i ækvivalenskæden.

De flydende betegnelser (Jørgensen og Philips, 2015) er ord, der kan anvendes i en række sammenhænge, de har ikke i sig selv en klart afgrænset betydning, ordene har ofte(st) en positiv betydning. De kan imidlertid grundet deres mangel på klar betydning mulighed for at indgå i vidt forskellige diskurser.

Ved en moddiskurs forstås en antagonisme (Jørgensen og Philips, 2015), altså en diskurs der står i et modsætningsforhold til en anden diskurs. De enkelte diskursers tilhængere og aktører kæmper i de forskellige arenaer for overtaget og derved at opnå hegemoni, altså herredømme. Dette er endemålet for en diskurs, således at den ikke konkurrerer, men besidder en konstituerende rolle i forhold til virkelighedsopfattelsen hos personer, der er omfattet af diskursen. – og derved bliver konstituerende for virkeligheden.

Ved differenskæder forstås det fænomen, at ækvivalenskæder står i modsætning til hinanden i par, de enkelte diskurser kan ikke opfatte andre differenskæder som sande.

Det sidste element der metodisk vil blive anvendt i analysen er antagonismepar, hvorved forstås modsætningspar. Begrebet anvendes når en diskurs er bygget op omkring en helt grundlæggende modsætning – typisk fokuseret omkring begreber som inde/ude – før/efter og oppe/nede.

Sammenfattende er den juridiske litteratur – overfladisk set – måske som udgangspunkt vanskelig at analysere ud fra et diskursivt udgangspunkt, da en stor del af den dogmatiske litteratur bevidst tilstræber en neutralitet, et fravær af holdninger og personlige synspunkter og vurderinger, og i første række ønsker at forholde sig beskrivende til et fænomen.

Metodisk ser Börjesson og Palmblad (2007) nogle grundlæggende spørgsmål som velegnede til diskursanalysen, som opgavens analyse vil forsøge at runde i analysedelen:

- Tales der om fænomenet på samme måde uanset hvilket materiale der analyseres?
- Findes der altid konsensus omkring diskursen?
- På hvilke forskellige måder tales og berettes der om virkeligheden?
- Hvilke versioner kan udskilles og i hvilken relation står de til hinanden?

3.5 Afgrænsning og valg af litteratur

Størstedelen af de valgte tekster er valgt fra materiale der indgår i uddannelser, altså lærebøger samt artikler. Valget er af en praktisk natur, der er kun begrænsede kanaler til at tilkendegive mængder af juridiske tilkendegivelser. Dette er valgt med henblik på at forsøge at fange en så bred som mulig tilgang til en faglig diskursen i forhold til de to emner skøn og menneskerettigheder. Måske vil (lære)bøger ofte vil have flere læsere end fagartikler. Nogle af materialerne er fra artikler, der er mere specialiserede i deres tilgang til emnerne, og for en enkelt artikels vedkommende – Bryde Andersen (2017) – måske udtryk for en ændret tilgang til diskursen i feltet – en ændring af mulighedsbetingelserne. Endvidere optræder et par betænkninger (SOU:er) ud fra en vurdering af, at de er egnede til at give et billede af officielle perspektiver på en diskurs på et område. Opgaven undersøger udelukkende det samfundsmæssige fænomen, der er beskrevet i problemformuleringen ikke hverken det socialfaglige eller juridiske skøn i en bredere kontekst i betydningen øvrige skønskriterier såsom legalitetsprincip, formålsbetragtninger, finansielle hensyn, almindelige lighedsbetragtninger, administrativ praksis og andre almene kriterier.

I den diskursanalytiske tradition eksisterer som nævnt ikke en tradition for videnshierarkier som det ses indenfor eksempelvis den akademiske verden. Opgaven kunne på den baggrund have taget afsæt i eksempelvis hjemmesider, avisartikler mv. Når der anvendes juridisk litteratur begrundes dette i, at den juridiske litteratur kan være en – ikke-bindende - retskilde i egen ret (Ketcher 2014), og derfor må antages, at have en væsentlig værdi som indgang til diskursen generelt.

Der er i forhold til afsnittet om dansk juridisk litteratur i forhold til skønnet anvendt 5 danske juridiske kilder i analysedelen og , og i forhold til svensk litteratur 8 svenske juridiske kilder. I forhold til litteratur om menneskerettigheder er der i analysedelen anvendt 6 danske juridiske kilder og 4 svenske juridiske kilder. Samlet er der i opgaven anvendt 19 danske forfattere og 11 svenske forfattere, hvilket giver en overvægt af danske forfattere. En årsag kan være, at det

i løbet af opgaven virkede som om den juridiske diskurs i Danmark om menneskerettighedsbetragtninger fremstod som mere præget af modsætninger end den svenske, hvorfor disse kilder fik tillagt mere vægt med hensyn til at finde et billede af evt. årsager til modsætningerne i Danmark.

De mest centrale forfattere er valgt ud fra en vurdering af, at de fremstår som de mest centrale kilder til den juridiske diskurs, og både repræsenterer en dogmatisk og en mere retssociologisk/retsfilosofisk tilgang til belysning af opgavens problemstilling.

I afsnittet om det socialretlige skøn er de fem danske forfattere fordelt på 1 forfatter med en klassisk dogmatisk indgang til stoffet (Jon Andersen, der er tidligere kommitteret hos Folketingets Ombudsmand), tre forfattere med en retssociologisk tilgang (Dalberg-Larsen/Kristiansen), Svendsen og Vangsgaard, der alle er forskere) samt endelig en forfatter med en retsfilosofisk tilgang (Høilund, der også er forsker). I forhold til de svenske forfattere består de syv anvendte kilder af fire dogmatiske fremstillinger (Cleveskiöld; Cleveskiöld, Lundgren og Thunved; Strömberg og Lundell samt Reichel), samt tre fremstillinger med en enten retssociologisk eller juridisk/psykologisk indgang til emnet. Alle de anvendte tekster er forfattet af forskere.

I forhold til afsnittet om menneskerettigheder er de seks danske kilder alle dogmatiske, og alle forfattere er forskere. I forhold til de svenske tekster er der en blanding af en dogmatisk tilgang (Thulin og Wenander) og en bredere retssociologisk/psykologisk/filosofisk tilgang. Alle forfatterne er også her forskere.

4 RESULTATER OG ANALYSE

4.1 Indledning om skøn

I generel dansk og svensk juridisk tradition sondres typisk mellem på den ene side *retsanvendelse/”rättstillämpning”* og *skøn (udfyldning)/”en lämplighetsprövning eller, som man också säger en diskretionär eller skönsmåssig prövning (skön = fri bedömning)”* (Schultz (2004, s. 9) Strömberg og Lundell (2014, s. 67). Den rene retsanvendelse/rättstillämpning forudsætter en absolut normbundenhed, som eksempelvis i skatteret, lovgivning af optælling af stemmer ved offentlige valg (eksempler fra Strömberg og Lundell 2014), beregning af sociale ydelser fastsat i lovgivning mv. – det kaldes også i dansk tradition *”de præcise bestemmelser”* (Det specialiserede socialområde 2011, s. 19). Skønnet anvendes således når der træffes afgørelser efter hvad der i Danmark kaldes eks. *”vage og elastiske bestemmelser”* (Andersen 2016, Schultz 2004) eller *”bestemmelser med et stort element af skøn”* (Det specialiserede socialområde, 2011, s. 19). De tre kategorier er naturligvis idealtyper, og der kan forekomme stor usikkerhed om skønnets rolle i den konkrete afgørelse (Andersen 2016) (Strömberg og Lundell 2014). Ifølge § 24 i lovbekendtgørelse nr. 433 af 22/04/2014 om Forvaltningsloven (herefter FVL) skal

en begrundelse for en afgørelse (motivering av beslut) ... indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet. I det omfang, afgørelsen efter disse regler beror på et administrativt skøn, skal begrundelsen tillige angive de hovedhensyn, der har været bestemmende for skønsudøvelsen.

I svensk ret er den eksisterende formulering i 20 § i Förvaltningslag (1996:223 – herefter FL) formuleret således:

20 § Ett beslut varigenom en myndighet avgör ett ärende skall innehålla de skäl som har bestämt utgången, om ärendet avser myndighetsutövning mot någon enskild.

Fra 1. juli 2018 formuleres bestemmelsen således:

32 § Ett beslut som kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt ska innehålla en klagörande motivering, om det inte är uppenbart obehövligt. En sådan motivering ska innehålla uppgifter om vilka föreskrifter som har tillämpats och vilka omständigheter som har varit avgörande för myndighetens ställningstagande..

Altså et skifte fra *”skäl”* til *”motivering”*.

På s. 509-512 i betænkningen (SOU 2002:2010:29) redegøres for overvejelserne bag den nye formulering, men det forvaltningsmæssige skøn nævnes ikke konkret som en af årsagerne bag skiftet, det er heller ikke beskrevet eksplicit i denne del af betænkningen. Der er således ikke i den svenske søsterbestemmelse i 20 § (32 § FL) til FVL § 24 et specifikt krav om at beskrive hvilke faktorer – kriterier/rekvisit, der har indgået i et administrativt skøn. I dansk lovgivning skal hovedhensyn bag skønnet derimod beskrives, Imidlertid fremgår det af den juridiske litteratur i Sverige, at *”inom områden för myndigheters fria skön kan finnas skäl att ställa tydliga krav på myndighetens förmåga att motivera sina ställningstaganden”* (Reichel 2015, s. 354). Reichel ser 20 § (og antagelsesvis 32 §), som en minimumsbestemmelse. Det må samlet antages, at der også i svensk ret

er en pligt for myndigheden til at beskrive hovedhensyn bag skønnen i begrundelsen for – motiveringen af – afgørelsen.

I betænkningen til den nye forvaltningslov anføres, at:

Förvaltningsrättsliga bestämmelser ger ofta med nödvändighet myndigheterna ett större eller mindre utrymme att göra lämplighetsbedömningar. Just i samband med användningen av vad man något oegentligt brukar benämna "fritt skön" – friheten är naturligtvis aldrig total utan styrs av olika ändamålsbestämningar – framstår kravet på objektivitet som en nödvändig spärr mot excesser. (SOU 2010:29 s. 149).

Der er her tænkt et klassisk processuelt retssikkerhedssynspunkt ind.

Det juridiske skøn kan dels defineres positivt, dels negativt som en beskyttelse mod "godtycke och skönsmåssighet" (Staaft, A. 2005) eller med en myndighedsformulering som "med skönsmåssig bedömning menas att bedömningen bygger på en uppskattning. Det finns inga uttryckliga bestämmelser för hur en bedömning ska ske, utan det finns ett utrymme för en egen uppskattning av situationen. En bedömning av vad som kan anses vara skäligt är oftast en skönsmåssig bedömning" (MSB 2016, s. 152). Et eksempel på en art "godtycka" ses måske i forhold til nogle typer af hjælpemidler til personer med funktionsnedsættelse i en svensk kontekst (Krantz, 2014, s. 141), hvor beslutninger om hjælpemidler ikke er undergivet klagemidler, da lovgivningen ligger i 8 kap 7 § i Hälso – och sjukvårdslagen (2017:30), området er forankret i en sundhedsfaglig kontekst og må antages at betragtes som ren faktisk forvaltningsvirksomhed

Centralt i læren om skøn er kredsen af lovlige (og ulovlige) kriterier (rekvisit) (Schultz (2004), Andersen 2016. Hvor kredsen af ulovlige kriterier i nogle situationer kan være relativt enkel – egentlig diskrimination, manglende proportionalitet og magtfordrejning (illoyal maktanvändning) – kan de lovlige kriterier være vanskelige at operationalisere. Blandt de centrale elementer i kredsen af lovlige kriterier er bl.a. formålet (syftat) med reglerne, love, forarbejder (eventuelle "efterarbejder"), menneskerettighedsbetragtninger mv. Både dansk og svensk ret vil dog være underlagt samme principper i forhold til skøn efter EU-retten, men retsstillingen her adskiller sig ikke fra et dansk og svensk udgangspunkt. Eks. kan domstole "prøve, om forvaltningsmyndigheden åbenbart har overskredet grænserne for sit skøn", men det følger ikke af EU-retten, "at domstolene må prøve forvaltningsmyndighedernes skönsmåssige afvejning af lovlige skön" (Fenger s. 56, 2010). Wenander anvender – i prøvelsessammenhæng - som svensk oversættelse "bedömningar knutna til lämplighet inom den lagliga ramen" af det danske begreb "forvaltningens frie skön" (Wenander (2016b), s. 69).

4.2 Resultat af tekstanalyse dansk juridisk litteratur - skøn

Jon Andersen (2014) beskriver afgrænsningen af de lovlige kriterier i forhold til det skøn, der skal udøves i en konkret sag inden for socialretten. Værket er en klassisk, dogmatisk socialforvaltningsretlig fremstilling. Han beskriver menneskerettighedshensyn som et af de skönskriterier, der lovligt kan opstilles (Andersen, J. 2016, s. 127). Som centralt ser han Den europæiske Unions charter af 7. december 2000 om grundlæggende rettigheder og ERMK, men også

Børnekonventionen og Handicapkonventionen. Det centrale i forhold til at inddrage menneskerettigheder i et skøn er, om rettigheden ”efter sit indhold, formulering og målsætning sigter på generelt at beskytte den enkelte borgers retsstilling” (ibid. S. 128). Ligeledes ved *afvejningen* af de enkelte lovlige kriterier kan menneskerettighedssynspunkter indgå med væsentlig vægt (ibid. S. 134.)

I en klassisk retssociologisk fremstilling beskriver Dalberg-Larsen og Kristiansen (2014) skønnet ud fra Lipskys klassiske afsæt om street-levels bureaucrats, og ser skønnet som et *valg af handlemåde* i en bestemt situation i en konkret situation, hvor kontakten med en borger opstår (Dalberg-Larsen og Kristiansen (2014), s. 217). Den sociale sagsbehandler ses som en figur, der både reelt og formelt er i en situation, hvor der ud fra *flere komplicerede skønstemaer* skal træffes en afgørelse ud fra sociallovgivningens krav. I forhold til rammerne for socialarbejderens arbejde peger forfatterne i en retssociologisk tradition på en række elementer af betydning for skønnet, der ligger uden for den dogmatiske juras domæne – i lighed med den socialfaglige litteratur i afsnit 1.2.3.; organiseringen af arbejdet og interne styremekanismer, metodekrav, arbejdspress (antal sager/handlægninger), socialarbejderens personlige egenskaber og uddannelsesmæssige baggrund. I fremstillingen beskrives også Anna Christensens (1980) klassiske, retssociologiske arbejde i forhold til udelukkelse fra arbejdsløshedsdagpenge (avstängning från arbetslöshetsersättning), hvor det konkluderes, at arbejdsmarkedspolitiske hensyn – og politiske faktorer - som styringsinstrument i forhold til skønnet kan indgå med tungere vægt end intentioner i lovgivningen (ibid. s. 280), et eksempel på hvad Håkan Hyden kalder planerende systemer i socialretten (ibid. S. 270). Refleksioner over menneskerettighedens betydning for det konkrete arbejde er ikke beskrevet i fremstillingen eksplicit i forhold skøn inden for socialretten.

Høilund (2002) ser skønnet som centralt i socialretten, og ser skønnet som et samspil mellem borger og socialrådgiver inden for rammerne af den konkrete lov, bl.a. ud fra dansk socialrets lovfæstede dialogprincip – der af Ketscher ses som et aktivt princip i modsætning til forvaltningsrettens traditionelle – passive – kontradiktionsprincip, den såkaldte partshøring (17§ i Förvaltningslagen og § 19 i Forvaltningsloven (Ketscher 2002).

Skønsprincippet...indebærer, at reglen har et eller flere kriterier, som ikke er entydige, men forudsætter, at der trækkes på andre momenter, der ikke er beskrevet i reglen (ibid. S. 22).

Høilund ser skønnet ”i den konkrete situation afhænger af en lang række faktorer, der tilsammen er indeholdt i det, vi kalder det socialfaglige skøn” (ibid. S. 23), der skal ligge inden for rammerne af en korrekt fortolkning af de relevante retsregler. På baggrund af et empirisk studie anfører Høilund ”at man får det indtryk, at vurderinger og skønsudøvelse ikke foretages i relation til en retlig kontekst” (Høilund, 2006). Videre anfører han, at det i forbindelse med skønsudøvelse på det sociale område er vigtigt:

at bygge på sådanne formålsbestemmelser (portalparagraffer), som på det socialretlige felt har fået en ganske stor betydning, sammenholdt med en ofte mindre præcision i de retlige kriterier i de enkelte regler. Man kan derfor sige, at en af de vigtigste vejledninger om skønsudøvelse, ud over at den skal bygge på lovlige kriterier, er inddragelse af disse formålsbestemmelser (ibid. S. 213).

Høilund anfører endeligt, at formålsbestemmelser skal være i overensstemmelse med menneskerettighedsdokumenter, som den Europæiske menneskerettighedskonvention, EU-charteret mv. (ibid. 2006, s. 320).

Svendsen (2015) ser skønnet som centralt i arbejde med børn og unge-sager, og anfører:

forvaltningsretligt sondres mellem, om uklarhed optræder på faktum-side eller på jus-side (Rønsholdt, 2010:48). Uklarhed på jus-siden kan angå både retsfaktum, dvs. fx hvem der skal føres tilsyn med efter reglerne om tilsyn, og retsfølgen, dvs. hvad skal/kan der gøres. Ved upræcise regler anvendes fortolkning, som er en tekstnær virksomhed, der består i at fastlægge/præcisere betydningen af ord og sætninger i skrevne regler, mens betegnelsen skøn eller udfyldning anvendes, når en regel ikke er helt præcis (Andersen, 2012:63). (Svendsen (2015), s. 41)

Vangsgaard (2017) beskriver situationen, hvor:

..den lov, der skal tale, (...er) upræcis, selv når der er taget højde for de mange helt legitime faktorer, der eventuelt kan bidrage til en præcisering, eller kompleks, er et "reelt rum" for inddragelsen af reelle hensyn og for den enkelte retsanvenders kreativitet og friere hensigtsmæssighedsbetragtninger. Eksistensen af et sådant rum kan af indlysende grunde opfattes som et potentielt – retsstatsligt – problem, men problemet kan indkapsles og et stykke ad vejen kontrolleres, i det omfang det lykkes, at afmærke og tydeliggøre dets grænser (Vangsgaard, s. 101)

Han ser skønnet i en prisme hvor kompleksitet og usikkerhed spiller en stor rolle (ibid. s. 172). Udgangspunktet kan minde om en juridisk udgave af Ponnerts socialfaglige (2013) usikkerhedsbegreb. Han udfolder - med baggrund i René Dejbjerg Pedersen (2006) - det "formelle skønsbegreb" og det "materielle retsbegreb". Forskellen er at det traditionelle formelle skønsbegreb står i modsætning til det juridiske fortolkningsbegreb, og forholder sig til reglens opbygning og fremtræden i en konkret tekst. Er reglen forholdsvis præcis fortolkes der, er den vag og elastisk skal der skønnes (eller udfyldes). Det materielle skønsbegreb tager derimod udgangspunkt i selve reglens indhold, dens retlige mening, i den situation, hvor der er flere muligheder for handling. Det giver et retlig spillerum, der ikke kan udfyldes med reglen.

4.3 Resultat af tekstanalyse svensk juridisk litteratur - skøn

Edvardsson og Westerhäll beskriver – og problematiserer - i de "grundläggande värderingar rörande socialtjänsten", at loven er en rammelov, hvilket medfører, at "kommunerna därigenom får stor frihet att själva bestämma vilken verksamhet som ska bedrivas" (Edvardsson og Westerhäll 2017, s. 32). Dette medfører dels, at den enkelte skal opleve, at hendes sag "bedöms på et objektivet och korrekt sätt enligt lagstiftning" (ibid., 35). Dette stiller stor krav til oplysningen – "utredningen" – som:

"hör...till den rättsliga verksamhet som innebär att skyndsamt undersöka vilka faktiska företeelser eller händelsesförlop som föreligger och utifrån dessa göra värderanda överväganden, vilka i sin tur relateres till olika rättsliga villkor.

I forhold til lighedsprincippet anføres, at *"i den mån myndigheten är utrustade med fri prövningsrätt (min understregning) kan det tänkas att de vid fattandet av et beslut kan välja mellan olika alternativ, utan att något av alternativen kan sägas strida mot kravet på saklighet och opartiskhet"* (ibid. S. 63), hvilket indebærer et krav om konsekvens. Centralt i retsikkerheden ser forfatterne, at en retsregel må have en vis grad af præcision, den må ikke være *"alltför vag och mångtydig"*, således at *"godtycklig maktutövning minimeras"* – etiske overvejelser er her centrale (ibid. S. 65). Imidlertid må lighedskravet "anpassas" til en skiftende virkelighed, således at lovens generelle, standardiserede løsninger anvendes med *"skälighet och rimelighet, det vill säga ett visst mått av flexibilitet, ett frit skön för att undvika att den högsta rätt blir högsta orätt"* (ibid. S. 68).

Clevesköld, Lundgren og Thunved (2007) beskriver i en klassisk dogmatisk fremstilling af svensk socialforvaltningsret, at afgørelser (beslut) skal begrundes (motiveres) (Clevesköld s. 201). Dette følger af 20 § FL, hvorefter der skal redegøres for *"de skäl som har bestemt utgången"*, i de situationer hvor der træffes afgørelse i forbindelse med myndighedsudøvelse mod enkeltperson. Svensk (social)forvaltningsret indeholder således ikke som dansk en eksplicit norm om at myndigheden skal angive hovedhensynene bag skønnet (FVL § 24) Det må dog lægges til grund at også svenske myndigheder har en pligt til at angive de vigtigste. Værket vægtlægger ikke indvandrede retskilder, såsom menneskerettighedsskabelonen, som udgangspunkt for beskrivelsen af sagsbehandlingsreglerne, men beskriver uddybende formålsbestemmelsen og dennes forankring i politiske retningslinjer. Den svenske SoL bygger således på en grundlæggende menneskerettighedsnorm, jf. formålsbestemmelsen (portalparagraffens) udformning: 1 § *"Verksamheten skall bygga på respekt för människornas självbestämmanderätt och integritet"*.

Clevesköld (2011) anfører i forhold til motivation, at det *"är de springande punkter", som ska komma fram i motiveringen*, i modsætningen til en detaljeret redegørelse for sagsforholdene og *"vidlyftiga resonemang"* om hvordan disse er bedømt retligt af myndigheden. I lighed med dansk ret, hvor der skal *"hovedhensyn bag skön"* skriver Clevesköld, at *"är skälen många och ligger de så att säga i bredd, bör det räcka med att nämna de väsentligsta (s. 175-176)."*

I antologien *"Juridik och rättsvetenskap i socialt arbete"* af Hollander og Borgström (2009) tages et retssociologisk og samfundsvidenskabeligt afsæt til at beskrive en række fænomer omkring den praktiske anvendelse af jura i socialt arbejde. Borgström (2009) beskriver koblingen mellem retsregler, vurderinger og etiske principper. Hun anfører om anvendelse af lovgivningen, at *"denna typ av avvägningar kan i inte obetydlig utsträckning sägas innefatta en sorts moraliska ställningstaganden"* (Borgström, s. 34). Hun henviser til IFSW/IASSWs etiske retningslinjer. Jacobsen (2009) skriver om socionomers *"bedömningar"*, at de i stort omfang tager afsæt i tolkninger af såvel lovtekster, som af menneskers livsvilkår. Skønnet skal indlejres i en række kontekstbestemte faktorer, og eks. udredninger skal styres af *"saklige, objektiva og styrkta påståenden"*, men det kan for mennesket være *"svårt eller nästan omöjligt att frigöra sig från sin egna moraliska värderingar"* (s.104).

Ragnemalm (2012) beskriver i svensk ret lämplighetsprövning, hvorved han forstår en prøvelse (ved domstole og klagemyndigheder) af eks. afgørelser. En laglighetsprövning *"som saknar varje utrymme för värdering av i någon mån"*

diskretionär typ, torde knappast förekomma". En prøvelse "helt obunden av rättsliga normer är utesluten". Især bliver prøvelsen relevant ved "betungande beslut", hvor "maktanvändningen bör i görligsta mån undandras myndigheternes "fria skön" (Ragnemalm, s. 112). Ved beskrivelsen af objektivitetsprincippet anfører Ragnemalm, at lighedsprincippet især er vigtigt, hvor "en myndighet är anförtrödd att göra skönsmässige bedömningar. Avvikar myndigheten...från den givne ändamålsbestämningen, bryter man mot grundlagen". (ibid. S. 113).

Reichel (2015) skriver - efter at have nævnt det svenske udgangspunkt i den komponent af den svenske forfatning der hedder Regeringsformen (herefter RF) med kollektiv regeringsform og forbud mod ministerstyre - at

förvaltningsmyndigheterna har ett visst utrymme för självständigt beslutsfattande genom att ingen, vara sig regeringen, riksdagen eller annan får bestämma hur en förvaltningsmyndighet i ett särskilt fall ska besluta i ett ärende som rör myndighetsutövning mot en enskild eller mot en kommun eller som rör tillämpningen av lag (RF 12:2). Dualismen är dock relativ. Förvaltningsmyndigheterna lyder under regeringen (RF 12:1) och utgör regeringens förlängda arm i dess uppgift att styra landet (RF 1:6)." (Reichel s. 344).

Herved adskiller Sverige sig fra Danmark, der har ministerstyre, se også Wenander (2016b). Reichel anfører også om begrundelsespligten i 20 § FL, at: "genom kravet på beslutsmotivering måste myndigheten redovisa hur det utrymme som lagen tilldelat myndigheten att besluta har använts i det konkreta fallet" (Reichel, s. 354)

Staff (2005) anvender en retssociologisk indgang til beskrivelse af anvendelse af hjælp uden samtykke ved tvangsbehandling for misbrugere, og de retssikkerhedsmæssige aspekter heraf, ikke kun i forhold til at træffe afgørelser. Hun beskriver eks. udførligt de enkelte elementer i kredsen af lovlige kriterier (rekvisit), der indgår i det samlede skøn i en afgørelse af hvorvidt en person kan tvangsbehandles og problematiserer eksempelvis i et retssikkerhedsperspektiv, at: "lagstiftningen anger vidare att det skall föreligga ett misbruk, men förarbetena innehåller ingen definition av begreppet misbruk, vilkat är betänkligt då det ger utrymme för subjektiva värderingar eftersom begreppet i sig ingenlunda är entydigt" (Staaf, s. 171).

Strömberg og Lundell (2014) fremfører i tråd med Ragnemalm, at myndighedens handlefrihed er begrænset gennem forskrifter, som mere eller mindre præcist – "noggrant" – angiver afgørelsernes forudsætninger og indhold. De nævner eksempler på forvaltningsområder, hvor der "kan finnas ett större eller mindre utrymme för en lämlighetsprövning eller...en diskretionär eller skönsmässig prövning (skön = fri bedömning)" (Strömberg og Lundell, s. 67). De beskriver efterfølgende grænserne i diverse kriterier (rekvisit) og deres tilladte indhold og anfører herefter, at "den skönsmässige prövningen inom rättsreglernas ram innebär inte något godtycke". Det centrale er formålet med reguleringen samt andre lovlige kriterier. Menneskerettigheder nævnes ikke direkte blandt disse, men må antages at være inden for kredsen af lovlige kriterier. De ulovlige kriterier nævnes også, herunder diskrimination, magtfordrejning (illojal maktanvändning på svensk – eller *détournement de pouvoir*).

Wenander (2017) anfører at om prøvelse af afgørelser, at:

the main form of judicial review of administrative decisions is carried out under what is called administrative-judicial appeal (förvaltningsrättsligt överklagande or förvaltningsbesvär) (Ragnemalm 1991:209). In this form of appeal, the administrative court has the same decision making competence as the deciding administrative authority. Therefore, the court may carry out an all-round assessment of the appealed decision, including both matters of legality (laglighet) and what traditionally has been labelled suitability or reasonableness (lämplighet). The dichotomy between these two concepts is recurrent in Swedish administrative law discourse, even though the usefulness of the distinction has been questioned (Marcusson 1991:129; von Essen 2017:23). In difference to the West-Nordic systems of Denmark, Iceland and Norway, the concept of discretion (skön) plays a very limited role when determining the scope for judicial review of an administrative decision (Smith 2011:625) (Wenander, s. 5).

4.4 Delanalyse I- Det (social)juridiske skøn

Emnet for analysen er det juridiske skønsbegreb i første del af analysen isoleret. Nodalpunktet i analysen vil være begrebet skøn, der som begreb er den knude de øvrige begreber bindes sammen af. En række ord dukker op i forbindelse med begrebet skøn og indgår i ækvivalenskæder. De centrale ord i ækvivalenskæderne i en tekst om skønnet vil være ord som ”udfyldning”, ”vurdering”, ”utrymme”, ”lämpligt” og ”skäl”.

De enkelte elementer i ækvivalenskæder kan betegnes som flydende betegnelser, der typisk er positivt ladede ord, men også kan være bærere af negative konnotationer. Som eksempler på de (afhængig af kontekst) positive ord nævnes ord som ”utrymme”, ”frit”, ”lämplighet”, ”fackligt”, ”noggrant”, ”saklige”, ”objektiva”, ”opartiskhet”, ”rettigheden”, ”rimelighet”, ”självbestämmelsesrätt”, ”beskytte”.

Der kan også identificeres en mere neutral gruppe af ord såsom ”subjektiva värderingar”, valg af handlemåde”, ”kriterier, som ikke er entydige”, ”konsekvens”, ”diskretionär” (kan også være både positivt og negativt ladet), ”anpassning”, ”flexibilitet”.

I den negative (afhængig af kontekst) ende kan nævnes ord som ”osäkerhet”, ”godtycke/forgodtbefindende”, ”upræcished”, ”illoyal maktanvändning/magtfordrejning” ”ulovligt/olagligt”, ”diskrimination”, ”problematiske”, ”betänkligt”, ”godtycklig maktutövning”. Dette er billeder på risikoen ved et skøn, der ikke er underlagt (retlige) begrænsninger af forskellig art, men vel også skøn, der ikke er underlagt fagligt/etiske begrænsninger indenfor den faggruppe, der i det praktiske liv træffer afgørelserne.

Skønnet funktion problematiseres i et omfang i fagteksterne, men overordnet lægger teksterne til grund, at en given virkelighed må være indrettet, således at der skønnes. Der er ingen diskurs, der problematiserer skønnet som helt og holdent som begreb – det vil måske også i en juridisk kontekst være meningsløst. Men der ses ingen form for stærk eller organiseret moddiskurs, der ses ikke i teksterne nogen form for antagonisme mod skønnet som begreb, eller problematisering *per se* af den asymmetriske magtstruktur, der må følge som en konsekvens af skønnet.

Derimod ses der blandt juristerne i både Danmark og Sverige et stort fokus på de retssikkerhedsmæssige aspekter af, at skønnet holdes inden for et retligt aflukke med henblik på at sikre borgernes rettigheder ud fra overordnede principper som lighedsgrundsætning/proportionalitet/magtfordrejning mv. Dalberg-Larsen anvender Anna Christensen til at belyse, at den retlige tilgang kan komme under særdeles stort pres i mødet med ”virkeligheden” i form af konkurrerende styringsregimer – økonomi/politik mv. Dette italesættes sjældent i de dogmatiske juridiske tekster – og vil i en ren, beskrivende juridisk kontekst måske også fremstå som mindre relevant. Retssociologiens styrke er dens evne til at give perspektiver på diskrepansen mellem ”kortet” (lovgivningen, den juridiske dogmatik og de politisk/administrative forventning til en regulering) og ”skoven” (”virkeligheden/praksis” – de egentlige, manifesterede konsekvenser af reguleringen i samfundet).

I forhold til antagonismepar vil skønnets umiddelbare ”antagonismepartner” i den juridiske teori være den rene retsanvendelse – situationen, hvor der ikke levnes mulighed for skøn/bedømmning/vurdering og der kun er ét rigtigt resultat, som eks. store dele af skattelovgivningen; ren beregning af kontante, sociale ydelser; regler om optælling ved offentlige valg og lign. Politiske og administrative ønsker om øget evidensbaseret socialt arbejde og anden myndighedssagsbehandling, og den deraf muliggjorte digitalisering af sagsbehandling generelt, herunder socialt arbejde, må antages at være en – meget stærk - faktor der kan trække i retning af en mindre anvendelse af skønnet som normerende for socialt arbejde, og i retning af den rene retsanvendelse. Litteraturgennemgangen har ikke i den valgte juridiske litteratur kunnet finde repræsentanter for en mere begrænset anvendelse af skøn i afgørelsessager, hvilket måske også kan beskrives som en holdning til området – nemlig at vil være umuligt i stort omfang at garantere et juridisk udgangspunkt om individuel konkret vurdering i enkelte sager, som i den danske Servicelov § 1, stk. 3, 2. pkt. i lovebekendtgørelse nr. 102 af 29/01/2018 om social service, hvorefter ”hjælpen tilrettelægges på baggrund af en konkret og individuel vurdering af den enkelte persons behov og forudsætninger og i samarbejde med den enkelte”.

Ren sprogligt fremstår teksterne i et stort omfang umiddelbart som lidenskabsløse. Der anvendes i det store hele ikke værdiladede ord, appellformer (etos, logos, patos), metaforer, ironi, latterliggørelse, overdrivelse eller andre sproglige virkemidler der kan påvirke læseren direkte til at være enig med forfatterne. Imidlertid er teksterne ikke uden holdninger, selvom sprogbrugen ikke er flamboyant. Nogle tekster kan indeholde problematiseringer af (anvendelsen af) gældende ret, eks. Ketschers anvendelse af begreberne ”borgerhensyn”- ”systemhensyn” (Ketscher 2014), Staaf anfører personlige oplevelser som baggrund for sit studie, og henviser blandt andet til ”borgerhensyn” i Ketschers forstand som en vigtig drivkraft – arbejdet skal ”gagna”- (Staaf (2005), Jon Andersen anvender ordet ”kafkask” om en dansk forvaltningsafgørelse (Andersen 2016), Høilund anvender begrebet ”kærlighedskamp” i sin socialrettsfilosofi (Høilund, 2002).

Samlet viser teksterne et overordnet samsyn mellem forfatterne i forhold til de retssikkerhedsmæssige følger af skønnet. Hvor der kan være en forskel, er den større umiddelbare betoning af beskrivelsen af skønnet eller ”hovedhensyn bag” i selve afgørelsen i den danske FVL, hvor der i svensk ret ses ved prøvning af sager

en vægtlægning på ”læmplighet”, der på dansk nok bedst kan oversættes med ”billighed”, ”rimelighed” ”hensigtsmæssighed”.

Ud fra Börjesson og Palmblad kan det argumenteres for, at der tales om fænomenet på samme måde næsten uanset hvilket materiale der analyseres. I forhold til spørgsmålet om konsensus vil der i forhold til en juridisk diskurs sjældent være konsensus omkring eks. konkrete afgørelser, men ved italesættelsen af et begreb som skønnet vil rammerne for diskursen typisk være indeholdt i en art konsensus. Virkeligheden beskrives typisk gennem en juridisk, abstrakt prisme. I retssociologiske værker kan anvendes egentlige kvalitative metoder, såsom casestudier eller lignende (se eks. Staaf (2005), der anvender en enqueteundersøgelse (enkät), samt interview). I forhold til spørgsmålet om versioner kan udskilles og i hvilken relation står de til hinanden vil det være det (social)forvaltningsretlige udgangspunkt i lovgivningen, der virker bestemmende for de enkelte ”stemmers” positionering i forhold til hinanden.

4.5 Indledning menneskerettigheder

I det praktiske forvaltningsliv har de nordiske lande en fælles tilgang til indvandrede retskilder, og derved menneskerettigheder kendt som den nordiske ekseptionalisme (Langford og Schaffer (2013), Rytter og Wind (2011), Husa, J. (2011). Ved den nordiske ekseptionalisme forstås en diskrepans mellem de nordiske landes tradition for i stort omfang at underskrive internationale traktater om eks. menneskerettigheder, og så en efterfølgende manglende tydeliggørelse og gennemførelse i national ret. Dette kan være baseret på en opfattelse af, at de eksisterende retlige normer i de nordiske lande typisk alligevel vil sikre en overlegen retsstilling i forhold til konventionerne, samt en bekymring for at national ret kan påvirkes udefra af de indvandrede retskilder uden demokratisk kontrol. Det hænger sammen med den nordiske tradition for såkaldt dualisme i forhold til international ret, hvor internationale aftaler først betragtes som en integreret del af national ret, når der har fundet en inkorporering/införlivning sted, se eks. den svenske Højesteret i NJA 2004.255 H:

Enligt den dualistiske principen, så som Sverige tillämpar den, får visserligen som huvudregel folksrättsliga åtaganden inte tillämpas direkt av svenska rättsliga myndigheter om de inte är införlivade i svensk rätt. Om en diskrepans mellan svensk rätt och en av Sverige tillträd d traktat uppkommer, anses den svenska regeln ha företräde. Av allmänna principer följer dock, att svensk lag skall tolkas i belysning av våra folksrättsliga åtaganden.

I dansk ret eksisterer i lighed med Sverige og de øvrige nordiske lande en doktrin om, at internationale aftaler skal overholdes gennem de såkaldte formodnings-, fortolknings- og instruktionsprincipper, hvorefter danske myndigheder skal lægge til grund af indvandrede retskilder gælder selvom de ikke er egentlig inkorporerede i dansk ret. (Spiermann 2006). Som i Sverige gælder en instruktionsbeføjelse, hvoraf følger, at administrative myndigheder har pligt til at inddrage folkeretlige forpligtelse ved udnyttelse af skønsmæssige beføjelser (Spiermann 2006). På det socialretlige område skal de indvandrede retskilder således indgå i det pligt-mæssige del af et skøn (Koch 2013, Pedersen (2006). Bekymringerne i de nordiske lande for at national ret fortrænges udefra er måske i et omfang unødvendige. Det fremgår af Justitsministeriets betænkning 1546/2014 om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet (modsvarende en SOU i Sverige), at den del af de indvandrede retskilder, der behandles i betænkningen

kun i ekstremt beskedent omfang har været anvendt ved domstole, administrative myndigheder mv. Praksis fra Ankestyrelsen (en administrativ klagemyndighed, der modsvarer Förvaltningsrätten i Sverige) henviser også kun i meget beskedent omfang til indvandrede retskilder.

4.6 Resultat af tekstanalyse dansk juridisk litteratur - menneskerettigheder

I antologien ”Menneskerettigheder i socialt arbejde” (2013) beskrives en lang række aspekter af menneskerettighedsbetragtninger i socialt arbejde, eksempelvis børns rettigheder, ældres rettigheder, flygtning og indvandreres rettigheder, hjemløses rettigheder, prostituerede og handlede menneskers rettigheder mv. Fremstillingen er i første række dogmatisk. Koch (2013) anfører, at

når socialrådgivere...skal træffe skønsmæssige afgørelser, er der god mening i at være opmærksom på menneskerettighederne, og det samme gælder Socialrådgiverforeningens etiske retningslinjer, som jo i høj grad bygger på respekten for menneskerettighederne det drejer sig bl.a. om frigørelse gennem solidaritet, ikke-diskrimination, menneskerettigheder, demokrati og proportionalitet. (Koch s. 36).

Hansen (2013) anfører at ”de fleste afgørelser inden for det sociale område beror på et skøn, og her skal socialrådgiveren også iagttage nogle uskrevne retsgrundsætninger om saglig forvaltning – grundsætninger som er nært forbundne med respekten for grundlæggende menneskerettigheder, som f. eks. EMRK art. 14” (ibid. s. 48). Ikke mindst er rettighedsbetragtninger vigtige ved anvendelse af skøn på børn og unge-området (Kronborg og Leth-Svendsen 2013). Rytter (2003) beskriver i et klassisk, dogmatisk arbejde hvem forpligtelserne i EMK i en dansk kontekst omfatter. Det anføres således at:

EMRK forpligter staten – det vil sige enhver offentlig myndighed...statens ansvar omfatter handlinger og forsømmelser fra enhver offentlig myndighed – Folketinget, domstolene, regeringen, centraladministrationen, regioner, kommuner, særlige forvaltningsorganer m.fl., jf. bl.a. Wille (1999, para. 46) og Kurts Nielsen (2000, para. 25). Statens ansvar omfatter offentlige myndigheder uanset i hvilken egenskab de handler, herunder hvor offentlige myndigheder indgår i aftaler” (Rytter, s. 38-39)

I en serie artikler i tidsskiftet Juristen (2017, nr. 3, 5 og 6 og 2018, nr. 2) blev en dansk juridisk kritik af menneskerettighedsdomstolen og menneskerettighedsbetragtninger fremført og imødegået af en række danske juridiske forskere. Indledningsvis skrev Bryde Andersen en artikel i Juristen - på baggrund af den danske regerings program for formandsskabet i Europarådet - med titlen ”Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem” (Bryde Andersen 2017). Allerede i 2005 kritiserede Bryde Andersen og andre danske professorer i avisartikler i ”Berlingske Tidende” og ”Information” menneskerettighedsdomstolen for at være politiserende og uden demokratisk legitimitet i forhold til en meget dynamisk fortolkningsstil, og således stridende mod et nordisk udgangspunkt om, at domstole - og jurister - ikke har demokratisk legitimitet og ikke skal være retsskabende. Han anførte således at:

Den europæiske menneskeretsdomstol har tiltaget sig en magt, der går på tværs af de principper, vores demokrati bygger på. Menneskeretsdomstolen udøver sin magt på alle områder af samfundslivet, og domstolens dommere er blevet til politiske overdommere i et system, hvor politik gøres til menneskeret.

I artiklen i Juristen nr. 3 i 2017 redegjorde han for dels den kritik af i første række Menneskerettighedsdomstolens praksis, der stammer fra jurister og dommere, og dels den politiske kritik, der i en dansk kontekst især er kommet fra Dansk Folkeparti, men også senere har fået følgeskab af den siddende regering og fra 2016 Socialdemokratiet. I artiklen gjorde han en række overvejelser over hvordan Danmark kunne enten vælge helt at udtræde af EMK eller retsvirkningerne af at ophæve den danske lov, der inkorporerer EMK i dansk ret. Et vigtigt afsæt for hans kritik beskriver han som den tidligere britiske premierminister Camerons kritik af EMD fra 2011 og den britiske regerings efterfølgende skridt til at begrænse EMDs rolle, og at ophæve den britiske inkorporering af EMK:

The truth is, the interpretation of human rights legislation has exerted a chilling effect on public sector organisations, leading them to act in ways that fly in the face of common sense, offend our sense of right and wrong, and undermine responsibility. (Juristen, 2017, s. 82)

Schultz (2004) betoner i lighed med Staaf (2011) menneskerettigheder som centrale elementer i skønsudøvelse i forhold til *lighedsprincipperne* i dansk ret. Værket er i første række et dogmatisk forvaltningsretlig arbejde, men inddrages i dette afsnit grundet menneskerettighedsbetragtningerne. Den almindelige grundnorm om ligebehandling som en del af at *udvælge de centrale kriterier* for afgørelsen suppleres af en række internationale aftaler om forbud mod diskrimination, og den lovgivning der i en dansk kontekst er en følge heraf, eks. lov om forbud mod forskelsbehandling på baggrund af race, lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet mv., lov om lige løn til mænd og kvinder, lov om ligestilling af mænd og kvinder etc. I forhold til selve afvejningen af skønnet. Generelt ses menneskerettighedsbetragtninger også at være væsentlige ud fra de almene kriterier i øvrigt, Schultz skriver:

”endvidere synes menneskerettighedsideal, som udtrykt i form af menneskerettigheder eller frihedsrettigheder i grundloven og internationale menneskerettighedskonventioner, at have betydning for skønsudøvelsen. Beskyttelsen i grundloven og i internationale konventioner af visse rettigheder mod indgreb fra lovgivers og myndigheders side har således retlig betydning ud over den udtrykkelige indskrænkning i lovgivers kompetence.” (Schultz (2004), s. 237.)

Også i forhold til selve afvejningen af de valgte lovlige kriterier har menneskerettighedsbetragtninger en stor rolle. Centralt er, at hvor forvaltningens *udvælgelse af de lovlige kriterier* for afgørelsen ikke er retligt frie, således forstået at domstole og klagemyndigheder kan tilsidesætte disse som ulovlige, og Ombudsmanden udtale kritik. I forhold til afvejningen gælder at ”i de tilfælde hvor de lovlige kriterier ikke alle trækker i samme retning og hvor afvejningen som konsekvens bliver nødvendig, står forvaltningsorganet som udgangspunkt retligt frit” (ibid. s. 239). Domstole, klagemyndigheder og Ombudsmand har disse tilfælde mere begrænset mulighed for at kunne prøve afgørelserne og tilsidesætte

afgørelser eller udtale kritik. Dog vil det i en række situationer være muligt at prøve afvejningen af afgørelser, bl.a. på baggrund af menneskerettighedsbetragtninger, da disse i en række situationer skal inddrages som lovlige, relevante, saglige hensyn. Især ved egentlige indgreb, Schultz skriver: ”dette medfører navnlig et skærpet hjemmelskrav (skærpt krav om laglig grund) ved offentlige myndigheders indgreb i individets frihedsrettigheder og et krav om at forvaltningen positivt inddrager friheds- og lighedsrettigheder og tillægger disse principper vægt i sin skønsudøvelse” (ibid. s. 256).

Svendsen (2014) anfører om skøn i et menneskeretligt perspektiv i børn og unge sager, at: ”I 1979 blev de første skridt taget i denne retning, da Menneskerettighedsdomstolen i dommen Sunday Times mod Storbritannien fastslog, at: ”the law must be adequately accessible” og senere ”secondly, a norm cannot be regarded as a ‘law’ unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.” Domstolen har ifølge Svendsen siden intensiveret sin interesse for skønsmæssige regler, der kan indebære risiko for magtmisbrug og arbitrære indgreb. Menneskerettighedsdomstolen har imidlertid også fastslået, at et vist element af fortolkning er uundgåeligt: ”Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.”

Svendsen anfører videre:

”Skønsmæssige afgørelser i forvaltningsretten og vage, upræcise bestemmelser, der lægger op til fortolkning, er således anerkendt af domstolen. Hensynet til aktørernes mulighed for at forudse retsstillingen - som jo svækkes jo videre skønnet er, og jo mere vage bestemmelserne er - (Nielsen i: P. Andersen, 2009:149) er imidlertid også vigtigt for Domstolen. Den har derfor med udgangspunkt i tvangsfjernelsessager udviklet krav om, at formålet med skønnet og eventuelle grænser for myndighedens kompetence skal være angivet i loven og har suppleret med at udvikle krav om en processuel beskyttelse.” (Svendsen 2014, s. 60)

4.7 Resultat af tekstanalyse svensk juridisk litteratur – menneskerettigheder

Antologien ”Allas värde och lika rätt”(Gunner og Namli, 2005) indeholder er en række perspektiver på menneskerettigheder, bl.a. ud fra et teologisk og filosofisk perspektiv. Fremstillingen er på den baggrund atypisk inden for den øvrige valgte litteratur, selvom den også indeholder klassiske, dogmatiske elementer af beskrivelse af gældende ret, eks. Björk (2005). De teologisk (og filosofisk) funderede forfattere beskriver i kapitler dels en filosofisk indgang til menneskerettigheder med hovedvægt på forståelsen af mennesket som frit og rationelt (med afsæt i Kant) – det autonome mennesker vi også ser i skabeloner såsom *homo economicus* og *bonus pater*-figuren – beskriver oplysningstidens betydning, og opstiller en række refleksioner over hvad menneskelivet egentlig er ud fra diskussionen om rettighederne (Namli 2005). Et kapitel skrevet af en teolog handler om religions- og samvittighedsfrihed, kapitlet tager langt hen af vejen et

dogmatisk udgangspunkt i konkrete regler og afgørelser, og afsluttes med en diskussion af hvad religion er (Gunner 2005). To tilgange til en teologisk kritik af menneskerettigheder formuleres i værket. Dels en kritik af antropocentrismen, hvorefter mennesket er altings målestok, samt en kritik baseret på tanker om det kristne fællesskabs etik. Eks. anføres, at for teologen Hauerwas er: *”generella teorier om vad som i allmänhet kännetecknar moraliskt riktiga eller goda handlingar ömögliga. Lösryckta ur ett berättelsessammanhang kan vi inte veta vad deras olika alternative riktighetskriterier betyder.”*

Antologien ”Mänskliga rättigheter i svensk belysning” redigeret af Staaf og Zanderin (2011) beskriver i en antologi om menneskerettigheder en række tilgange til menneskerettighedsskabelonen. Der er dogmatiske elementer i værket, men samlet er udgangspunktet rets sociologisk. Bogen behandler bl. a. lighedsgrundsætningen, der er et bærende princip i menneskerettighedsskabelonen. Bl.a. granskes lighedsprincippet i rammelove, som eks. de socialretlige, hvor det anføres at: *”ett större rättsligt utrymme förblir således rättsligt oreglerat och utan preciseringar annat än ofta tämligen vaga mål- och syfteformuleringar, som praxis är tänkt att fylla.”* (Staaf (2011)) Formålet er således, at ”utifrån en helhetssyn på den enskildas unika behov och förutsättningar, kunne anpassa insatsen till denna individ” (Staaf 2011, s. 131). Videre anføres, at: *”likhetsprincipen är i socialrättsliga bedömningar om vård svår att upprätthålla i utredningarna eftersom beslut om vården ska individualiseras utifrån et helhetssyn på den enskildas behov och förutsättningar. Socialtjänstens klienters individuella behov av insatser ska bedömmas utifrån kriterier som inte är fastslagna i tydliga regler”* (ibid. S. 133). Mere normativt anfører Hydén efter en oplistning af menneskerettigheder: ”det är inte svårt att hålla med om dessa ideal” Hydén (2011, s. 27).

Betænkningen ”En ny förvaltningslag” (2010:29) betoner behovet for et menneskeretligt udgangspunkt og nævner overvejelser om en egentlig bestemmelse, der henviser til menneskerettighedsbetragtninger og EU-retten (SOU 2010:29, s. 135). Dette blev dog ikke gennemført i loven, ud fra en række reale hensyn til bl.a. konsekvens i lovgivningen, da tilsvarende formuleringer ikke optræder i anden lovgivning. Betænkningen problematiserer ikke menneskerettighedsbetragtninger.

I antologien ”Allas värda och lika rätt” tager Thulin (2008) i et kapitel afsæt i en klassisk dogmatisk tilgang til menneskerettigheder. Værket ser et lineært perspektiv i udviklingen af menneskerettigheder, dog med tilbageslag i forhold til indsatserne mod terrorisme. Indsatserne – herunder den forstærkede overvågning, risikoen for anvendelsen af tortur - ses som egnede til bevirke en indskrænkning af rettigheder. Indskrænkningen opfattes ikke som fuldt proportional med de tilsigtede gevinster (Thulin, s. 256). Bogen problematiserer fattige menneskers manglende rettigheder, og beskriver de strukturelle problemer forbundet hermed (Thulin, s. 58, 245). Værket beskriver også den grundlæggende kritik af menneskerettighedsskabelonen, som et udtryk for vestlig individualisme og kulturhegemonisme (Thulin, s. 19-20). Nationalisme nævnes også som en kritisk tilgang til menneskerettigheder, uden dog at blive udfoldet (Thulin, s. 20). I forhold til den praktiske anvendelse af reglerne tager værket i første række afsæt i domstoles og anti-diskrimineringsmyndigheders rolle (Thulin, s. 215), men beskriver ikke i dybden menneskerettighedens rolle i praktisk forvaltningsliv i form af bidrag til forvaltningsafgørelser, ud over en overordnet norm i forhold til

eks. ligebehandling, kommunal planlægning, hensyn til barnets bedste mv. (Thulin, s. 83). Fokus er i første række på staternes forpligtelser (Thulin, s. 206). Samlet ser værket menneskerettigheder som en slags going concern der har en retning: *"klart är att de mänskliga rättigheter ständigt måsta hävdas och försvaras. De är inte ännu inte självklara"*.

Wenander (2009) beskriver den – snævre – adgang til ikke at anerkende afgørelser truffet af en udenlandsk myndighed ud fra menneskerettighedshensyn (Wenander (2009 s. 246). I bogen beskrives også vanskeligheden med at fremkomme med en entydig definition på afgørelsesbegrebet i en transnational kontekst, hvor stater har en – større eller mindre – pligt til at anerkende afgørelser fra andre lande. I en analyse af en svensk juridisk menneskerettighedsdebat anfører Wenander (2016), at kritik mod menneskerettighedsbetragtninger i første række er faglig juridisk og ikke strukturel kritik rettet mod konkrete afgørelser fra domstolen (Wenander 2016, s. 264-265)

4.8 Delanalyse II - Menneskerettigheder

I forhold til diskurs om menneskerettigheder i juridisk litteratur ses der umiddelbart en større forskel mellem Danmark og Sverige end i forhold til juridisk litteratur om skønnet.

Nodalpunktet i analysen vil være begrebet menneskerettigheder, der som begreb er den knude de øvrige begreber bindes sammen af. En række ord dukker op i forbindelse med begrebet menneskerettigheder og indgår i ækvivalenskæder. De centrale ord i ækvivalenskæderne i en tekst om menneskerettigheder vil være ord som "lighed", "rettighed", "certainty", "rule of Law".

De enkelte elementer i ækvivalenskæder kan betegnes som flydende betegnere, der typisk er positivt ladede ord, men også kan være bærere af negative konnotationer. Som eksempler på de (afhængig af kontekst) positive ord nævnes ord som "demokratisk legitimitet", "etik", "præcision", "moralisk", "individualisering" "antidiskriminationsmyndigheder".

Der kan også identificeres en mere neutral gruppe af ord såsom "ansvar", "forpligter"

I den negative (afhængig af kontekst) ende kan nævnes ord som, "indskrænkning af rettigheder", "tortur", "overvågning", "oregulerat", "diskrimination", "problematisk", "forsømmelser" (afsnævning af) "tydlige regler", "nationalisme".

I de valgte tekster anses menneskerettigheder overordnet som et konstaterbart faktum, indholdet forsøges udfoldet, og kun en enkelt af teksterne i opgaven tager entydigt afstand fra menneskerettigheder som begreb (Krarup 2000). Men teksterne afslører en mere vidtgående uenighed end i forhold til de forvaltningsmæssige tekster.

I forhold til antagonismepar vil den – realistiske - "antagonismepartner" for den del af menneskerettighedsbetragtningerne, der især er under kritik - EMRK og EMD- i den juridiske teori og praksis være de nationale menneskerettigheder i medlemsstaters egne forfatninger og egne juridiske doktriner. Mindre realistisk en logik, der tager afsæt i et egentligt totalitære samfund, og en logik der vægtlægger eks. "orden", "udvælgelse", "nødvendighed" "kraft", "struktur" evt. "race"; den slags kritik synes ikke at være tilgængelig i en bredere offentlighed, selvom den må antages at eksistere.

Ren sprogligt fremstår teksterne i et stort omfang de forvaltningsretlige som saglige. Men tilgangen til menneskerettighedsbetragtninger er for langt de fleste forfattere ikke præget af direkte kritik, typisk vil de dogmatiske tekster tendere at

være rent beskrivende. Men det kan – forsigtigt – argumenteres for, at de fleste forfattere opfatter menneskerettighedsbetragtninger som et gode for samfundet.

Der er dels de mere direkte ytringer ”mänskliga rättigheter ständigt måsta hävdas och försvaras”, det är inte svårt att hålla med om dessa ideal” osv. Det ville nok være vanskeligt, at finde tilsvarende ytringer i en bog om mere jordnære juridiske spørgsmål såsom tinglysning/”lagfart” af jord, eller beregning af boligstøtte/bostadsbidrag. Men også den kendsgerning, at kritikken fra Bryde Andersen og andre forfattere i Juristen 2017, har medført et stort antal indlæg kan indikere, at den juridiske debat har været præget af en relativ uniform, konsensuspræget tilgang til menneskerettighedsbetragtninger fra indvandrede retskilder, som et eftertragtellesværdigt supplement til de – mere beskedne – menneskeretlige retskilder i national lovgivning. Den danske Grundlov fra 1953 er rettighedsmæssigt i det store og hele en videreførelse af den oprindelige Grundlov fra 1849, og indeholder således ikke som eks. RF kap. 1, 1 § egentlige diskriminationsbestemmelser, kap. 2 § 4 bestemmelser om forbud mod dødsstraf mv. Disse grundrettigheder er typisk i Danmark afledt af indvandrede retskilder.

Der anvendes som i den forvaltningsretlige analyse om skøn i det store hele ikke værdiladede ord, appelformer (etos, logos, patos), metaforer, ironi, latterliggørelse, overdrivelse eller andre sproglige virkemidler der kan påvirke læseren direkte til at være enig med forfatterne.

Samlet viser teksterne på det menneskeretlige område ikke det samme overordnede samsyn mellem forfatterne i de to lande, hvor den danske diskurs synes at være præget af en større skepsis over for menneskerettigheder både juridisk og politisk.

I det politiske rum ved tilstedeværelsen af et støtteparti for en siddende regering, der ønsker ERMK skrevet ud af dansk ret, og en regering, der gennem sit formandskab for Europarådet har forsøgt at begrænse EMDs rolle i arbejdet menneskerettigheder. Også på dette område kan en dansk politik diskurs læne sig op ad en britisk debat.

I det juridiske rum med en juridisk kritik af i første række EMD, der ikke ses at have sidestykke i svensk juridisk diskurs. Debatten i 2017 og 2018 i Juristen tyder på at der eksisterer forskellige perspektiver i den juridiske diskurs om menneskerettigheder i Danmark.

Med afsæt i Börjesson og Palmblad kan det svares bekræftende, at der som udgangspunkt er et samsyn om selve fænomenet omtales på samme måde uanset materiale – rent håndværksmæssigt juridisk kan menneskerettigheder ses som en del af en metode, der skal indgå til at løse konkrete problemer, og hvor tilkendegivelser fra eks. EMD kan pege i en retning, snarere end mod andre løsninger. Der er ingen konsensus omkring diskursen i den forstand, at mulighedsbetingelserne for diskursen kan være ændret ved, at der er åbnet for en dels en diskussion om muligheden for at opsiges og helt at trække sig ud af ERMK, dels en diskussion om konsekvenserne af at opsiges ERMK, dels en diskussion om at ophæve den danske inkorporeringslov om ERMK, hvorefter ERMK udelukkende vil være et folkeretligt instrument danske myndigheder og domstole kan tilpasse til en national diskurs.

En tidligere konsensus i en dansk kontekst blev oprindeligt forrykket ved den første kritik i 2001 af professor Gorm Toftegaard-Andersen i aviser og efterfølgende af Bryde Andersen, men er nu blevet en del af en mere faglig diskussion ved at blive optrykt i Juristen. I de analyserede tekster tages typisk en

relativt abstrakt virkelighedsopfattelse som udgangspunkt, udover nogle af antologierne, der forsøger at indkapsle mere konkrete problemstillinger. De to juridiske hovedfortællinger er i udgangspunktet positive overfor menneskerettighedsbetragtninger *per se*, men har forskellige tilgange til eks. EMDs rolle.

5 SAMMENFATTENDE DISKUSSION

5.1 Diskussion

I forhold til de positioner der eksisterer der i hhv. dansk og svensk juridisk litteratur generelt om det juridiske skøn og specifikt i forhold til socialret kan det på baggrund af diskursanalysen - forsigtigt – konkluderes, at der i forhold til forståelsen af bedømmingen af det ”frie skøn” eller et ”handlingsutrymme” i Lisa Ponnerts forstand overordnet ses en fælles forståelse blandt de udvalgte tekster – også over landegrænser - om betydningen af at et socialfagligt handlerum i et omfang begrænses af retlige barrierer, således at der ikke opstår situationer, hvor borgeres retssikkerhed arbitrært tilsidesættes.

Risikoen opstår i praksis ikke mindst, hvor organisationer af økonomiske hensyn forsøger at gennemføre besparelser, og sætter det individuelle, faglige skøn ud af kraft, eller i situationer hvor offentlige organisationer i perioder er dysfunktionelle grundet manglende ledelse, medarbejderflugt mv. I en dansk sammenhænge kan henvises til hhv. ”Guldborgsund-sagen” og ”Odense-sagen”, to situationer, hvor kommuner fik kritik fra Folketingets Ombudsmand på baggrund af ønsker om at et stort antal børn skulle hjemgives fra anbringelser uden for hjemmet udelukkende af økonomiske årsager (Klausen, J. 2016). Økonomi ses også som en bekymring i svensk litteratur (Marcusson, L. 2017, s. 27). I eksempelvis disse situationer bliver menneskerettighedsbetragtninger om rammerne for skønnet – eller begrænsninger i ”handlingsutrymme” – relevante. Der er ikke holdepunkter i den analyserede litteratur for at den (social)forvaltningsretlige litteratur i Danmark og Sverige i dag ikke i samme grad tillægger menneskerettighedsbetragtninger samme status i skønsbaserede afgørelsessituationer, hvor eksempelvis en given regulering fra Folketinget eller Riksdagen vil medføre resultater, der kan stride mod grundlæggende rettigheder.

Analysen viser også, at der i en dansk og svensk juridisk kontekst muligvis er forskellige tilgange til skønsbegrebet i en prøvelsessammenhæng, ikke mindst ved domstolsprøvelse (Wenander 2016), hvor der kan være forskelle på forståelsen af hvilke elementer i afgørelsen, der prøves – er prøvelsen strikt relateret til anvendelse af retsgrundlaget, eller lægges der også vægt på læmplighed/rimelighed i et omfang.

Diskursen på området kan samlet beskrives som hegemonisk i lyset af den overordnede enighed der eksisterer på hvad der vel også kan beskrives som et relativt teknisk juridisk spørgsmål. Når spørgsmålet derimod i *konkrete* sager udsættes for eks. retssager ved domstolene, vil der kunne opstå situationer, hvor der kan være stor forskel mellem de enkelte forfatters opfattelse af et konkret udfald.

Udover de i praksis forekommende risici for at økonomiske betragtninger kan risikere, at spille en rolle der bliver uproportional i forhold til dels formål, som lovgivningen fastsætter skal være baggrunden for forvaltningens virksomhed, og dels de konkrete opgaver forvaltningen er pålagt at løse, kan der mere spekulativt på sigt være en risiko/mulighed/sandsynlighed for at det faglige skøn – og det juridiske element i det faglige skøn – kan komme under pres fra dels evidensbaseret, metodeafhængig, standardiseret sagsbehandling (handlægning),

og de muligheder for digitalisering af sagsbehandling, der er ved at udvikle sig. I forhold til en digitaliseret sagsbehandling, der ikke inddrager menneskerettighedsbetragtninger, men tager afsæt i en ren retsanvendelsesmodel, kan det konkluderes, at det også være et betydeligt samsyn i de to landes litteratur om, at det konkrete, individuelle, fagligt velbegrundede skøn ikke kan erstattes uden at være opmærksom på risikoen for at grundlæggende rettigheder overtrædes.

I forhold til positioner i hhv. dansk og svensk juridisk litteratur om indvandrede retskilder (som menneskerettigheder) som relevante i forhold til de lovlige kriterier ved skønsudøvelse (på det sociale område) i de to lande, ses der også i den analyserede litteratur i det store og hele en ensartet tilgang mellem forfattere i de to lande til at anvende menneskerettighedsbetragtninger som lovlige, relevante kriterier (rekvisit). Overordnet ses tilgangen til at skulle anvende menneskeretsbetragtninger både i selve udvælgelsen af de lovlige kriterier, som i selve afvejningen af dem for at sikre proportionalitet, hindre diskrimination mv. som ensartede.

Betydningen for det sociale arbejde er, at socialarbejderen ved at skulle inddrage menneskeretsbetragtninger ud over de juridiske krav også kvalificerer sine afgørelser ud fra et etisk perspektiv, jf. afsnit 1.2.3, samt ikke risikerer at skulle medvirke til de ”excesser”, der problematiseres i SOU 2010:29. Kendskab for socialrådgiverstuderende til det juridiske skøn og dets menneskeretskomponent må betragtes som væsentlige i forhold til dels at kunne træffe afgørelser uden at være bekymret for at afgørelserne bliver hjemviste eller ændrede, dels at kunne agere indenfor rammerne af professionsetikken, dels med henblik på at kunne sige fra overfor organisatorisk pres til at handle ulovligt grundet eksempelvis sparehensyn, dels ved at juridisk praksis måske i nogle situationer vil kunne indsnævre handlingsveje i forhold til mange forskellige handlemuligheder i komplekse sager.

Samlet viser litteraturen en orientering mod menneskerettighedsbetragtninger som en del af retskildegrundlaget for forvaltningens arbejde, som der ikke ses grundlæggende modstand mod, eller modsætningsforhold mellem de enkelte forfattere

I forhold til diskursen i den danske og svenske juridiske litteratur om skøn og menneskerettigheder må det samlet konkluderes, at en gennemgåede litteratur som udgangspunkt kun kan give ganske beskedne bidrag til en forståelse af de opfattelser om menneskerettigheder, der gør sig gældende i en politisk diskurs i relation til det konkrete problem i opgaven med det danske udspil om begrænsning af EMDs rolle. Et bud er, at den politiske diskurs lever en tilværelse ganske løsrevet fra den juridiske fagdiskussion, og følger andre dagsordner der sættes i andre fora, ikke mindst i medier.

Derimod kan der måske føres en stærk argumentation for, at den juridiske litteratur påvirker en generel diskurs i samfundet ved at sætte en standard, hvor menneskerettigheder kan diskuteres i åbne fora, men hvor det grundlæggende narrativ er en positiv indgang til menneskerettigheder *per se*. Selv skarpe kritikere af ERMK og EMD i juridiske kredse har antagelsesvis ingen intention om at leve i en verden uden menneskerettigheder, ønsket er blot en større fokus på demokratisk legitimitet ved at domstole, der ikke opleves som udrustet med demokratisk legitimitet får en mere begrænset adgang til at være retsskabende,

samt naturligvis den mere sagligt begrundede kritik af EMDs praksis for at være for bredt funderet.

Den egentlige kritik af menneskerettigheder som fænomen synes at være meget begrænset til mindre egentlige – selvbeskrevne - reaktionære bevægelser, og i en dansk kontekst til et enkelt politisk parti med en vidtgående skepticisme mod den del af menneskerettighedskataloget, der fastsætter begrænsninger for nationale restriktioner på udlændingelovgivningsområdet. Der ses på kort sigt ingen reel afstandtagen fra de indvandrede retskilder i juridiske kredse *per se*, kritikken er rettet mod processuelle og demokratiske bekymringer i forhold til menneskerettighedsbetragtningers inddragelse i EMDs praksis. Enkelt-sager i medier kan imidlertid fylde meget i en offentlig, politisk diskurs - som eksemplet har været i Danmark - og påvirke holdninger til eks. EMRK eller EMD generelt i et tidsrum, hvilket kan åbne politiske vinduer for handling. I Danmark har kombinationen af en ændret politisk diskurs, og et medialt fokus på enkelt-sager åbnet mulighed for et dansk politisk initiativ til ændring af EMRK, som højst sandsynligvis ikke ville have været mulig i en svensk politisk kontekst, og i en dansk politisk kontekst for få år siden ville have været vanskeligt at forudse. I denne situation kan de argumenteres for, at der kan opstå en mulighed/risiko/sandsynlighed for at menneskerettighedsbetragtninger i et længere tidsperspektiv kan tabe i betydning i forhold til ønsker om effektivisering og markedsindretning af den offentlige sektor, hvis der ikke i den del af diskursen om menneskerettigheder, der udgøres af den juridiske litteratur er et fokus på at tydeliggøre behovet for menneskerettighedsbetragtninger i forhold til konkrete, behovsvurderede forvaltningsafgørelser. Både ud fra et retligt og et socialfagligt perspektiv kan dette - med begreber lånt fra Kirsten Ketscher - indeholde en risiko for at borgerhensyn taber terræn til systemhensyn.

5.2 Forslag til fremtidig forskning

Interessante elementer for videre forskning kunne være dels en komparativ retssociologisk analyse af prøvelsens omfang i danske og svenske klagemyndigheder (Förvaltningsdomstol/Ankestyrelsen) samt evt. ved domstolene af lämplighet/rimelighed i skønsbaserede afgørelser indenfor socialretten – hvilke opfattelser har aktørerne i klageinstanserne af skønnets omfang og af hvilke juridiske doktriner anvendes i de to lande for at afgrænse hvad der i dansk forvaltningsret hedder ”retlige spørgsmål”, se eks. § 69 i lovbekendtgørelse nr. 188 af 08/03/2018 om retssikkerhed og administration på det sociale område, hvorefter ”Ankestyrelsen kan efterprøve retlige spørgsmål”. Et andet element der ville være interessant at undersøge i det praktiske liv kunne være en retssociologisk undersøgelse af hvordan socialarbejdere dels selv opfatter deres handlerum og omfanget af det faglige skøn, samt hvilke opfattelser, der eksisterer omkring det juridiske element i skønnet og menneskerettighedsbetragtninger heri.

Litteratur:

- Andersen, J. (2016) *Socialforvaltningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Börjeson, M. og Palmblad, E. (2007) *Diskursanalys i praktiken*, Liber
- Clevesköld, L. (2011) *Förvaltningslagen – en lagkommentar*, (Infonet Förlag)
- Clevesköld, L., Lundgren, L. og Thunved, A. (2007) *Handläggning inom socialtjänsten*, Norstedts juridik
- Dalberg-Larsen, J. og Kristiansen, B. (2015) *Lovene og livet*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Dworkin, R (1978): *Taking Rights Seriously.*, Harvard University Press
- Edvardsson, B. og Westerhäll, L. (2017) *På saklig grund*, Glerups
- Egelund, T. (2004) ”*Det faglige skøn i socialt arbejde med børn og unge*” i *Det kommunale råderum - Kvalitet, effektivitet og forskellighed i velfærdsydelserne*, Socialforskningsinstituttet
- Fairclough, N. (2008) *Kritisk diskursanalyse* (Hans Reitzel)
- Fenger, N. (2010) *EU-rettens påvirkning af dansk forvaltningsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Foucault, M. (2001) *Talens forfatning*, Hans Reitzel
- Guldager, J. (2015) *Videnskabsteori*, Akademisk forlag
- Glebe Jørgensen (forord) i Habermas (1996) *Diskursetik*, det lille Forlag
- Hartoft, H. og Svendsen, I (2017) ”*Vidensdeling i arbejdet med børn og unge set fra det juridiske perspektiv*” i Moesby-Jensen (red.) *Når professioner samarbejder – praksis med udsatte børn og unge* (2017), Samfundslitteratur
- Henriksen, K. (2012) *Kvalificering af socialrådgiveres socialfaglige vurderinger*, Institut for Sociologi og socialt arbejde, Aalborg universitet
- Henriksen, K. (2015) *Socialfagligt skøn* i Hougaard og Højbjerg (red.) *Socialt arbejde med børn, unge og familier*, Hans Reitzels Forlag
- Henriksen, K. (2016) *Socialfagligt skøn* i Porsborg m.fl. (2016) *Socialrådgivning og socialt arbejde – en grundbog*, Hans Reitzels Forlag
- Højlund, P. (2001) *Socialrettsfilosofi – retslære for socialt arbejde*, Socialpædagogisk bibliotek
- Højlund, P (2006) *Social retfærdighed – udkast til en retslære for socialt arbejde*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

- Johansen, H. (2016) *Dokumentation og evaluering* i Posborg, R., Nørrelykke H. og Antczak, H. *Socialrådgivning og socialt arbejde*, Hans Reitzels Forlag
- Jäger, S. (1993) *Kritische Diskursanalyse*, DISS-Studien
- Jørgensen og Philips (2015), *Diskursanalyse som teori og metode*, Samfundslitteratur
- Ketcher, K. (2014) *Socialret*, (Karnov Group)
- Klausen, J. (2016) *Fordeling af opgaver og økonomiske byrder* i Peter Bundesen og Claus-Arne Hansen *Kommunal økonomisk styring - på det sociale område*, Hans Reitzels Forlag
- Koch, I. (2013) *Danmarks nationale og internationale forpligtelser* i Rasmussen, N. (red.) *Menneskerettigheder i socialt arbejde* (2013) Nyt juridisk Forlag
- Krantz, O. (2014) ”Fysiska funktionsnedsättningar och social utsatthet – tekniska hjälpmedel som möjlighet och hinder för delaktighet” i Lalander og Svensson (red.) *Perspektiv på social utsatthet* Studentlitteratur
- Krarup, S. (2000) *Dansen om menneskerettighederne*, Gyldendal
- Kronborg, A. og Svendsen, I. (2013) *Kommunernes almindelige tilsynsforpligtelse* i Kildedal, K. (red.) *Socialfaglig ledelse - børne- og ungeområdet* (2013), Samfundslitteratur
- Langford, M. & Schaffer, J. (2014) *The Nordic human rights paradox: Moving beyond exceptionalism*
- Marcusson, L. (2017) *Det offentliga uppdraget och de mänskliga rättigheterna* i Lind, A. og Namli, E. *Mänskliga rättigheter i det offentliga Sverige*, Studentlitteratur
- Mik-Meyer, N. (2002) *Omsorgens herredømme* i Järvinen, M., Larsen, J. og Mortensen, N. *Det magtfulde møde mellem system og klient* (2002) Aarhus universitetsforlag
- Monberg, T. (2015) *Sagsbehandling*, Hans Reitzels Forlag
- Morrison, W. (1997) *Jurisprudence*, Cavendish Publishing Ltd.
- Møller, M.Ø. (2012) *Socialrådgiverrollen under aktiveringspolitikken* i Järvinen, M. og Mik-Meyer, N. (red.) *At skabe en professionel* (2012), Hans Reitzels Forlag
- Nielsen, N. (2010) *Etymologisk ordbog*, Gyldendal
- Pedersen, R. (2006) *Det forvaltningsretlige skøn*, Jurist- og økonomforbundets forlag
- Ponnert, L. (2007) *Mellan klient och rättssystem - Tvångsvård av barn och unga ur socialsekreterares perspektiv*, Lunds universitet, Socialhögskolan
- Ponnert, L. (2013). *Osäkerhet: ett nödvändigt uttryck för professionalitet eller tecken på okunskap?* I: Linde, S., & Svensson, K. (red). *Förändringens*

entreprenörer och tröghetens agenter: Människobehandlande organisationer ur ett nyinstitutionellt perspektiv. ss. 42–55. Liber.

Posborg, R (2016) ”Personlige kompetencer i socialrådgivning” i Posborg, R., Nørrelykke H. og Antczak, H. *Socialrådgivning og socialt arbejde*, Hans Reitzels Forlag

Posborg, R (2016) ”Myndighedsudøvelse og sagsbehandling” i Posborg, R., Nørrelykke H. og Antczak, H. *Socialrådgivning og socialt arbejde*, Hans Reitzels Forlag

Ragnemalm, H. (2012) *Förvaltningsprocessrättens grundar*, jure Förlag AB

Rasmussen, N. (2013) *Menneskerettigheder i socialt arbejde* (Nyt juridisk forlag)

Rytter, J. E. (2006) *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret*, Forlaget Thomsen

Schultz, T. (2004) *Retsanvendelse og skøn*, DJØF Forlag

Skals, A. (2016) *Uarbejdsdygtig og hvad så – et casestudie om faglige skøn i beskæftigelsesrettet socialt arbejde med sygemeldte i et jobcenter*, Aalborg universitet

Spiermann, O. (2006) *Moderne Folkeret*, DJØF-forlag

Staafl, A. (2005) *Rättsäkerhet och tvangsvård*, Lund studies in Sociology of Law

Staafl, A. og Zanderin, L. (2011) *Mänskliga rättigheter i svensk belysning*, Liber

Strömberg og Lundell (2014) *Allmän förvaltningsrätt*, Liber

Svendsen, I. (2015) ”Der er faresignaler her...” om ret og heuristik i det almindelige kommunale tilsyn med børn og unge, Roskilde universitet

Tamm, D. (1989) *Lærebog i dansk retshistorie*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Thulin, K.H. (2008) *Lika i värde och rättigheter*, Norstedts juridik

Torfin, J. (1999) *New Theories of Discourse*, Blackwell

Vangsgaard, P. (2017) *Det socialretlige kompleksitetskort*, Jurist- og økonomforbundets forlag

Wenander, H. (2010) *Erkännanda av utländska förvaltningsbelsut* Juristforlaget i Lund

Wenander, H. (2016) *Sweden: European Court of Human Rights endorsement with some reservations* i Patricia Popelier, Sarah Lambrecht, Koen Lemmens (eds.) ”*Criticism of the European Court of Human Rights : shifting the convention system: counter-dynamics at the national and EU level*” (2016) Intersentia Uitgevers N V

Wreder, M. (2007) *Ovanliga analyser av vanliga material: vad diskursteorien kan göra med enkäter* i Börjeson, M. og Palmblad, E. (2007) *Diskursanalys i praktiken*, Liber

Publikationer:

Institut for menneskerettigheder (2016) *Undervisning i menneskerettigheder på socialrådgiveruddannelsen*

Indenrigs- og Sundhedsministeriet, KL, Socialministeriet, Finansministeriet (2011) *Det specialiserede socialområde – en analyse af den statslige regulering og ankesystemet*

Myndigheten för samhällsskydd och beredning (MSB) (2016), *Kommunal tillsyn enligt lagen om skydd mot olyckor*

Artikler:

Bryde Andersen, A. (2017) *Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem*, Juristen nr. 3, 20167, s. 81-97

Fura, E. og Svensson, A. (2015) *Motiveringsskyldigheden ur ett JO-perspektiv*, Förvaltningsrättsligt tidsskrift 2015, s. 539-549

Husa, J., (2011) *Nordic Constitutionalism and European Human Rights - Mixing Oil and Water?* Scandinavian Studies in Law, 55, pp.101–124.

Langford og Schaffer (2013) *The Nordic human rights paradox: Moving beyond exceptionalism*, University of Oslo – Faculty of Law Research Paper no. 2013-25

Reichel, J. (2015), *Rättsliga begränsningar av myndigheters fria skön – från ett EU-rättsligt och svensk perspektiv*. Upphandlingsrättslig tidsskrift 2015, nr. 4, s. 338-361

Rytter, J. & Wind, M. (2011). *In need of juristocracy? The silence of Denmark in the development of European legal norms*. International Journal of Constitutional Law, 9(2), pp.470–504.

Schaffer, J.K. & Langford, M., (2012) *Därför nedprioriterar Norden mänskliga rättigheter*. *Axess*, (5).

Wenander, H. (2016b) *Rättsliga ramar för styrning av förvaltningen i Danmark och Sverige*, Nordisk Administrativt Tidsskrift nr. 1/2016

Wenander, H. (2017) *Sweden: Deference to the Administration in Judicial Review*, Paper presented at the XXth Congress of International Academy og Comparative Law

Avisartikler:

Jyllandsposten (2018) *Nordiske politikere går imod Danmarks prestigeprojekt i Europarådet*

<https://jyllands-posten.dk/international/ECE10236802/nordiske-politikere-gaar-imod-danmarks-prestigeprojekt-i-europaadet/>

Politiken (2018) Slovensk skepsis overfor Papes erklæring, men russisk ros
<https://politiken.dk/indland/politik/art6441759/Slovensk-skepsis-over-Papes-erkl%C3%A6ring-men-russisk-ros>

Berlingske Tidende (2005) Opgør med menneskeretstænkningen
<https://www.b.dk/din-mening/opgoer-med-menneskeretstaenkningen-kronikken>

Websider:

Akademikerförbundet (2017) Etik i socialt arbete – Etisk kod för socialarbetare,
https://akademsr.se/sites/default/files/files/etik_och_socialt_arbete_2017_w.pdf

Altinget (2017) Opbakningen til menneskerettigheds-konventionen er på vippen
<https://www.alinget.dk/christiansborg/artikel/opbakningen-til-menneskerettigheds-konventionen-er-paa-vippen>

Dansk Folkeparti (2008) Formandens Ugebrev
<https://danskfolkeparti.dk/noedvendig-debat-om-menneskerettigheder/>

Dansk Folkeparti (2017) Kristian Thulesen Dahl Grundlovstale
<https://danskfolkeparti.dk/kristian-thulesen-dahls-grundlovstale-2017-2/>

Dansk socialrådgiverforening (2017) DS og uddannelsesleder afviser kritik af for lidt undervisning i menneskeret
<http://www.socialraadgiverne.dk/faglig-artikel/uddannelse-ds-uddannelsesleder-afviser-kritik-lidt-undervisning-menneskeret/>

Hellquist, Elof (1922) Svensk etymologisk ordbok
<http://runeberg.org/svetym/0866.html> side 778

Institut for menneskerettigheder (2017) Undervisning i menneskerettigheder på socialrådgiveruddannelsen
https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/udgivelser/udd_2017/pixi_undervisning_socialudd_2017.pdf

International Federation of Social Workers (2014) Global Definition of Social Work
<http://ifsw.org/get-involved/global-definition-of-social-work/>

Institut for menneskerettigheder (2018) Københavnerklæring skruer op for dialog
<https://menneskeret.dk/nyheder/koebenhavn-erklaering-skruer-dialog>

Regeringen (2018) København-erklæringen
<https://www.regeringen.dk/media/5101/koebenhavn-erklaering-13-4.pdf>

Regeringen (2016) FOR ET FRIERE, RIGERE OG MERE TRYGT DANMARK
file:///C:/Users/jasc/Downloads/final02_regeringsgrundlag2016_upload.pdf

Sverigedemokraterne (2018) Partiet for kulturarvet
<https://sd.se/var-politik/kulturpolitik/>

Tidehverv (2018) Tidehvervs anliggende

http://www.tidehverv.dk/index.php?option=com_content&view=article&id=158&Itemid=41

Udenrigsministeriet (2017) "Europa i en brydningstid – stærke værdier og et fremtidssikret Europaråd" Det danske formandskab for Europarådets Ministerkomité
file:///C:/Users/jasc/Downloads/Det%20danske%20formandskab%20for%20Europarådets%20Ministerkomité%20%20Program%20og%20akti%20(3).pdf

Lovgivning:

Lovbekendtgørelse nr. 433 af 22/04/2014 om Forvaltningsloven

Förvaltningslag (1996:223)

Förvaltningslag (2017:900)

Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga

Socialtjänstlagen (2001:453)

Lovbekendtgørelse nr. 102 af 29/01/2018 om social service

Lovbekendtgørelse nr. 269 af 21/03/2017 om aktiv socialpolitik

Förvaltningslagsutredningen (2010) *En ny förvaltningslag* SOU 2010:29