

OM UGYLDIGE FORVALTNINGSAKTER

MED SÆRLIGT HENBLIK PAA UGYLDIGHEDS-
GRUNDENE

AF

POUL ANDERSEN

ARNOLD BUSCK :: KJØBENHAVN

1924

*Denne Afhandling er af det rets- og stats-
videnskabelige Fakultet antaget til at forsvares
for den juridiske Doktorgrad.*

Kbhvn., d. 26.—5.—1924.

Knud Berlin,
D. A. Dekanus.

FORORD

Dansk juridisk Literatur er i kvantitativ Henseende fattig paa Fremstillinger af forvaltningsretlig Art. Foruden *Holcks*: „Den danske Statsforvaltningsret“, *Nyholms*: „Grundtræk af Danmarks Statsforvaltning“, nogle Afsnit i *Goos og Hansens*: „Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark“, *Ussings*: „Om Afgørelsen af Tvistigheder med Forvaltningen“ samt *Poul Johs. Jørgensens* utrykte: „De almindelige statslige og kommunale Forvaltningsmyndigheders Organisation“ og „Forelæsninger over nogle Afsnit af Forvaltningsretten“ finder vi kun en Række — i sin Art ofte udmærkede — Kommentarer og Kompendier, nærmest beregnet til praktisk Brug i denne eller hin Gren af den statslige eller kommunale Forvaltning.

I det hele tør det vel derhos siges, at medens vi paa den juridiske Videnskabs øvrige Omraader har Værker, som metodisk og iøvrigt fuldtud staar paa Højde med Udlandets juridiske Literatur, er dette ikke helt Tilfældet for Forvaltningsrettens Vedkommende. De her foreliggende Arbejder indskrænker sig enten til at give en Fremstilling af Organisation af Forvaltningsmyndighederne, eller ogsaa indeholder de — i Paraphrasens Form eller i Skikkelse af Kommentarer til de enkelte Love — en blot og bar Gengivelse af det positive Lovstof med Henvisninger til Forvaltningens og Domstolenes Praksis.

Sammenligner vi hermed vor øvrige juridiske Literatur, navnlig den civilretlige, vil det hurtigt ses, at det, der karakteriserer denne i Modsætning til de omtalte forvaltningsretlige Skrifter, er den *syntetiske* Behandling af det givne Stof: Hovedsagen er ikke en Fremstilling og Fortolkning af de enkelte Lovbestemmelser, men en *sammenfattende Virksomhed*, der — som Videnskaben i det hele — sætter sig til Formaal at finde Enhed i Mangfoldigheden, at udfinde de *retlige Principer*, som

ligger bagved de enkelte Regler og Afgørelser. Som Følge heraf kommer Fremstillingerne til at gruppere sig om de enkelte *Retsinstituter* (Retshandel, Pant, Leje, Køb og Salg o. s. v.).

Det er ved Hjælp af en tilsvarende „syntetisk“ eller om man vil „konstruktiv“ eller „juridisk“ Metode, at den moderne, udenlandske forvaltningsretlige Literatur har formaaet at tilkæmpe sig en Plads i Solen, og Forfatteren til denne Afhandling er af den Opfattelse, at dansk Forvaltningsretsvidenskab maa følge samme Vej, om den ellers skal formaa at hævde sig som jævnbyrdig med de andre juridiske Discipliner.

At nærværende Afhandling vil blive udarbejdet i Overensstemmelse med dette metodiske Princip er antydet i selve Titlen: „Ugyldige Forvaltningsakter“, der i Civilretten har sit Sidestykke, til Dels sit Forbillede, i Begrebet „ugyldige Retshandler“. — Fremstillingen vil iøvrigt være et Resultat af retssammenlignende Studier, hvis Genstand — udenfor nordisk Ret — især har været fransk og tysk Forvaltningsret. I Kraft af en frugtbar Vekselvirkning mellem Forvaltningsretsvidenskaben og Forvaltningsdomstolenes Praksis indtager begge disse Lande en saadan Førerstilling, at det navnlig bliver fra dem der vil kunne hentes Impulser og Belæring. Omvendt har jeg, i Betragtning af den engelske Forvaltningsrets hele ejendommelige Udvikling og Stilling, anset det for rigtigst at holde dette Land udenfor Undersøgelserne — saameget mere som det uden nogen Tids Ophold i England, hvortil jeg ikke har haft Lejlighed, vil være særdeles vanskeligt at naa til sikre Resultater vedrørende det foreliggende Emne.

Det er da mit Haab, at denne Bog ikke blot maa have Værdi i sig selv, men ogsaa — i Kraft af de omhandlede Spørgsmaals centrale Stilling indenfor Forvaltningsretten i det hele — maa kunne tjene som Forarbejde til en almindelig videnskabelig Fremstilling af dansk Forvaltningsret.

For modtagne Understøttelser, navnlig Hurtigkarls Rejsestipendium og Understøttelse fra det Finneske Legat, bringer jeg min bedste Tak.

Kapitel I.

INDLEDNING

§ 1.

Forvaltningshandling og Forvaltningsakt. Definitioner.

Overalt i Love, Anordninger, ministerielle Bekendtgørelser, Cirkulærer, Tjenesteinstruktioner o. s. v. finder vi Regler for de offentlige Forvaltningsmyndigheders Handling. Snart opstilles der „materielle“ Betingelser for Foretagelsen af denne eller hin Handling: kun den, der har Indfødsret, maa optages paa Valglisterne eller ansættes som Tjenestemand, til Ansættelse i de og de Embeder kræves juridisk Embedseksamen, en vis Alder m. m., Aldersrente kan som Hovedregel kun tildeles Personer over 65 Aar, i Gymnasiet skal der undervises saa og saa mange Timer ugentlig i Dansk osv. osv. Snart er Forskrifterne af „formel“ Art: kongelige Embedsudnævnelser skal medunderskrives af en Minister, Kommunalbestyrelsernes Møder skal — som Regel — være offentlige, Indenrigsministeren kan *efter Forhandling med Forsvarsministeren* i visse Tilfælde fritage for Indkaldelse til Militærtjeneste¹⁾ osv. osv.

Kun rent undtagelsesvis er derimod det Spørgsmaal besvaret: Hvad bliver den juridiske Følge af disse Reglers Overtrædelse? Hvori bestaar Reglernes „Sanktion“? Har vedkommende Regel overhovedet nogen „Sanktion“?

Undertiden vil den Embedsmand, der bærer Ansvar for den ulovlige Foranstaltning, kunne straffes, efter Omstændighederne med Embedsfortabelse; Tilfælde af mildere Art kan medføre Suspension, Afkortning i Lønningen, Forbigaaelse ved For-

¹⁾ Se Lov Nr. 244 af 6. Maj 1921 § 1.

fremmelser o. l. Har den ulovlige Foranstaltning hidført en Skade, kan der blive Tale om Erstatningsansvar for vedkommende Embedsmand, for Stat eller Kommune. I denne Afhandling er alene Spørgsmaalet om *Gyldigheden* af de administrative Handlinger, ved hvilke der klæber en eller anden Uregelmæssighed, Genstand for Behandling.

Ugyldighedssanktionen adskiller sig fra de foran nævnte Sanktioner navnlig derved, at den ikke finder Anvendelse paa alle Arter af administrative Handlinger. Den Lærer, som underviser i Strid med Undervisningsplanen, har handlet ulovligt og kan derfor muligen straffes eller afskediges; om nogen Slags „Ugyldighed“ bliver der i juridisk Forstand ikke Tale. Har derimod Kongen afskediget en Dommer i Strid med Grundlovens Regel¹⁾ om, at saadan Afsættelse kun kan ske ved Dom, foreligger der et klart Tilfælde af *Ugyldighed*, idet den af Kongen udtalte Retsvirkning ganske udebliver.

Denne Sanktion finder saaledes ingen Anvendelse paa Forvaltningens *rent faktiske* Handlinger. Naar der derfor i denne Afhandling tales om ugyldige Forvaltningsakter, er det paa Forhaand givet, at Udtrykket *Forvaltningsakt* er taget i en *snævrere Betydning end den rent sproglige*, og det er som Følge heraf nødvendigt nærmere at præcisere denne Forskel mellem Ordet og Begrebet.

— Historisk har Begrebet „acte administratif“ udviklet sig indenfor *fransk Forvaltningsret* fra Begyndelsen af det 19. Aarhundrede, efter at den af Revolutionen fremgaaede ny Forfatningsret havde gennemført — eller dog bestræbt sig for at gennemføre — Principet om Adskillelsen mellem Statsmagterne og navnlig givet meget kategoriske Forbud mod, at Domstolene blander sig i Forvaltningens Anliggender. Uagtet Begrebet ikke fra Teoriens Side — endsige af Lovgivning eller Praksis — er blevet udformet med synderlig Skarphed, betragtes det nu som en Hovedhjørnesten indenfor det franske, forvaltningsretlige System.²⁾

Fra Frankrig er Begrebet blevet akcepteret i *tysk Retsvidenskab*. I Begyndelsen brugte man imidlertid her Ordet „Verwaltungsakt“ i en fra det franske „acte administratif“ meget

¹⁾ Grundlov af 5. Juni 1915 med Ændringer af 10. Sept. 1920 § 71.

²⁾ Jfr Otto Mayer I p. 60—61.

forskellig Betydning, nemlig som Udtryk for Forvaltningens Handlinger overhovedet, herunder de rent faktiske Handlinger.¹⁾ Endnu hos *Meyer-Dochow*²⁾ finder vi følgende Definition: „Verwaltungsakte heissen die von den Verwaltungsorganen in Ausübung ihrer Befugnisse vorgenommenen Handlungen“. I denne vide Forstand omfattede Begrebet Forvaltningsakt saa vidt forskellige Tilfælde, at det naturligvis maatte blive uden nogen videnskabelig eller praktisk Værdi. Først gennem *Otto Meyers* banebrydende Forfatterskab faar det tyske „Verwaltungsakt“ nogen juridisk Prægnans, og det faar da i det væsentlige samme Betydning som det franske „acte administratif“.

— Nordisk Retsvidenskab staar saa godt som helt fremmed over for Begrebet Forvaltningsakt.³⁾ Forinden vi gaar over til en selvstændigere Karakteristik af Forvaltningsakten som retsligt Fænomen, vil det derfor være naturligt i Korthed at gøre Rede for, hvorledes de vigtigste, udenlandske Forfattere opfatter og benytter Udtrykket Forvaltningsakt („acte administratif“, „Verwaltungsakt“, „atto amministrativo“).

Hauriou et Guillaume de Bezin forstaar ved „acte administratif“ „une décision exécutoire, ce qui signifie: une décision prise par une autorité administrative dans la forme exécutoire et en vue de produire un effet de droit.“⁴⁾ I sin „Précis de Droit administratif“, 1919, definerer *Hauriou* nærmere Begrebet „décision exécutoire“ som „toute déclaration de volonté en vue de produire un effet de droit, émise par une autorité administrative ... dans une forme exécutoire, c'est à dire dans une forme qui entraîne l'exécution d'office.“⁵⁾

Jèze opererer med et for Privatretten og den offentlige Ret fælles Begreb „acte juridique“, hvorved han forstaar „la mani-

¹⁾ Jfr. *Otto Mayer* I p. 63 Note 15: „Anfänglich, wo uns das französische Verwaltungsrecht noch nicht recht vertraut war, hat man allerdings häufig jede Art von Geschäften der Verwaltung unter dem voller tönenden Wort verstanden, also das Beschottern der Strassen, das Schulehalten ...“

²⁾ *Georg Meyer*: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts p. 44. 4. Opl. 1913. Bearbejdet af *Franz Dochow*.

³⁾ Jfr. dog *Reutgerskiöld*: Föreläsningar i svensk Stats- och Förvaltningsrätt 1914 p. 212.

⁴⁾ p. 549.

⁵⁾ p. 461.

festation de volonté en exercice d'un pouvoir légal en vue de produire un effet de droit".¹⁾ „Acte administratif“ defineres derefter som „les actes juridiques accomplis par les individus préposés à un service public ...“²⁾

Duguif henfører ligeledes Forvaltningsakten under det almindelige Begreb „acte juridique“, d. v. s. „tout acte de volonté intervenant avec l'intention qu'il se produise une modification dans l'ordonnancement juridique tel qu'il existe au moment où il se produit, ou tel qu'il existera à un moment future donné“.³⁾ Ved „l'ordonnancement juridique“ forstaas ikke alene „l'état social existant à un moment donné d'après les règles de droit s'imposant aux hommes du groupement social considéré“, men ogsaa „les situations juridiques qui s'y rattachent“;⁴⁾ altsaa Retten baade i objektiv og subjektiv Forstand (Rettigheder). Det saaledes definerede Begreb anses for anvendeligt baade i den offentlige og i den private Ret.⁵⁾ — Specielt om Forvaltningsakten bemærker han: „L'acte administratif, comme tout acte juridique, est constitué par quatre éléments: 1) la manifestation de volonté; 2) la compétence; 3) le but légal; 4) la situation juridique subjective.“⁶⁾

Berthélemy sonderer mellem „acte de gestion“ og „acte d'autorité“, men giver ingen nærmere Definition af, hvad han overhovedet forstaar ved „acte“.⁷⁾

¹⁾ p. 7.

²⁾ p. 246.

³⁾ p. 219.

⁴⁾ p. 220.

⁵⁾ p. 534.

⁶⁾ Afhandlingen: „L'acte administratif et l'acte juridictionnel“ i *Revue du Droit public* 1906 (p. 413—471), se p. 414. — *Trentin* (p. 130, Note 2) betragter det som selvindlysende, at Punkt 4 ikke er et Element i Akten, men en Virkning af Akten. Denne Indvending beror paa en Misforstaelse. *Duguif's* Definition er jo givet i et Slags Telegram-Sprog; men af den følgende Udvikling (p. 422) fremgaar det, at det anførte Udtryk skal forstaas som „... l'intention de faire naître une situation juridique subjective“.

⁷⁾ p. 42 ff.

⁸⁾ Heller ikke *Alcindor* giver nogen selvstændig Definition, men udtaler blot: „d'après la définition couramment admise, l'acte administratif est une manifestation de volonté, faite par un agent ou un groupe d'agents attachés à un service public, dans les limites fixées par la loi“; se p. 17.

Otto Mayer ser i Forvaltningsakten „ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertan im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll“.¹⁾ Det siges ikke udtrykkeligt i denne Definition, at Forvaltningsakten er en Viljesytring, men senere²⁾ tales der om „die obrigkeitliche Willensäußerung“.

Fleiner sonderer mellem Forvaltningsakter i videre og snævrere Forstand. Ved Forvaltningsakter i videre Forstand forstaar han simpelthen — som *Meyer-Dochow*³⁾ — „die Handlung einer Verwaltungsbehörde“.⁴⁾ I snævrere Forstand er en Forvaltningsakt derimod „die mit obrigkeitlicher Autorität vorgenommene Handlung einer Verwaltungsbehörde“. Nærmest svarende til Begrebet Forvaltningsakt, saaledes som dette nu almindeligt forstaas i Tyskland, taler *Fleiner* om „die obrigkeitlichen Verfügungen rechtsgeschäftlicher Natur, d. h. die Verfügungen, die auf Begründung, Abänderung oder Aufhebung eines öffentlichen Rechtsverhältnisses zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Untertan abzielen“.⁵⁾

Kormann — Forfatteren til Hovedværket indenfor tysk Litteratur vedrørende det Emne, som her behandles — har erstatet „Verwaltungsakt“ med „Staatsakt“, fordi han inddrager Domstolenes Afgørelser under sine Undersøgelser, og Processretsspecialisterne næppe vilde antage, at „Verwaltungsakt“ ogsaa omfatter egentlige Domme. Iøvrigt karakteriserer han Genstanden for sine Undersøgelser som „das amtliche, publizistische Rechtsgeschäft“.⁶⁾ Hans Forbillede er den privatretlige Retshandel, d. v. s. „Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten“.⁷⁾

W. Apelt gentager nærmest *Otto Mayers* Definition: „Verwaltungsakte sind diejenigen Willensakte einer öffentlichen Verwaltung führenden Stelle, durch welche sie kraft obrigkeitlicher

¹⁾ I. p. 95.

²⁾ I. p. 97.

³⁾ Jfr. ovenfor p. 9.

⁴⁾ p. 175.

⁵⁾ p. 176.

⁶⁾ p. 27.

⁷⁾ p. 18.

Gewalt für einen Einzelfall bestimmt, was Rechtens ist“.¹⁾ — Det samme gælder *Karl Apelt*.²⁾

Ifølge *Trentin* er Forvaltningsakten „en særlig Art af de offentlige Retshandler, d. v. s. en fra en offentlig, administrativ Myndighed hidrørende Viljestilkendegivelse, som Retsordenen tildeler en bestemt Virkning“.³⁾

de Valles betoner Modsætningen mellem Forvaltningsakten („atto amministrativo“) og „fatto amministrativo“. Ved først nævnte forstaar han „enhver Viljestilkendegivelse, som gaar ud paa at hidføre praktiske Virkninger, som er anerkendte og beskyttede af Retsordenen“.⁴⁾

— I Modsætning til flere af de ovennævnte Forfattere, som i deres Definitioner omtaler Begrebsmærker, der er særlige for den gyldige Forvaltningsakt (*Duguit*⁵⁾, *Jèze*⁶⁾, *Alcindor*⁷⁾), skal i det følgende søges gennemført en Bestemmelse af *Forvaltningsakten overhovedet*, d. v. s. uden Hensyn til Gyldigheds-spørgsmaalet. Forinden vi i de følgende Kapitler gaar ind paa den detaljerede Undersøgelse af de Omstændigheder, som bevirker Forvaltningsaktens Ugyldighed, synes det naturligt her i Indledningen at gøre nogle Bemærkninger om den begrebsmæssige og praktiske Forudsætning for, at Spørgsmaalet „gyldig — ikke gyldig“ overhovedet kan rejses. Med andre Ord: det drejer sig her om at drage en Grænse overfor de Kendsgernin-

¹⁾ p. 112.

²⁾ Jfr. „Das königlich Sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900“, p. 225 og 241—42.

³⁾ p. 128: „l'atto amministrativo è una specie particolare dei negozi giuridici pubblici, cioè una manifestazione volitiva della personalità pubblica di un ente amministrativo cui l'ordinamento giuridico attribuisce una determinata efficacia“.

⁴⁾ p. 11: „Atto amministrativo ... è ogni manifestazione di volontà diretta a raggiungere conseguenze pratiche, riconosciute e protette dall'ordine giuridico. — p. 43 bemærker *de Valles* imidlertid, at der gives Forvaltningsakter, som ikke udtrykker nogen Vilje: en Vurdering, et Skøn, et Ønske eller et ikke forpligtende Raad.

⁵⁾ „la compétence“, „le but légal“.

⁶⁾ „en exercice d'un pouvoir légal“.

⁷⁾ „dans les limites fixées par la loi“.

ger, der hverken bør betegnes som gyldige eller som ugyldige Forvaltningsakter.¹⁾

Her som over alt staar den juridiske Videnskab overfor en Livets Mangfoldighed, som kun modstræbende lader sig klassificere eller udtrykke i juridiske Begreber. Fra Barnet, der med Sværd ved Lænd leger Konge og Kejser, udsteder sine Befalinger og ikender sine Straffe, til den fuldt fejlfri og derfor fuldt gyldige Forvaltningsakt ligger en Skala med ofte umærkelige Overgange: den utilslørede Usurpation, Privatdetektiven, der giver Rollen som Embedsmand, en Kaptajn Köpenicks uniformerede Fremtræden, Embedsmænd, der træffer Dispositioner paa Omraader, som enten aldeles ikke er undergivet det offentliges Indblanding, eller dog ikke henhører under den handlende Embedsmands Forretningsomraade, Dispositioner med ulovligt Indhold eller i Former, der ikke fyldestgør Lovens Forskrifter, osv. osv.

§ 2.

Er Forvaltningsakten en Viljeserklæring?

I alle de ovenfor gengivne Opfattelser af Forvaltningsakten sættes denne i Modsætning til de øvrige Forvaltningshandlinger derved, at den karakteriseres som en *Viljeserklæring* eller en *Viljestilkendegivelse* (Willenserklärung, Willensäusserung, acte de volonté, manifestation de volonté, manifestazione volitiva, manifestazione di volontà). Som et Middel til at skabe Orden og Systematik i Forvaltningshandlingernes Kaos, har man — som paa en Række andre Omraader — søgt at overføre en af

¹⁾ Jfr. Jul. Lassen, Nullitet og Anfægtelighed, p. 1: „Den ugyldige Retshandel danner Modsætningen paa den ene Side til visse Kendsgerninger (Retshandelsbestanddele), som man vægrer sig ved at tillægge Benævnelsen Retshandel, paa den anden Side til den gyldige Retshandel“. de Valles taler (p. 16) om Forvaltningsaktens „faktiske Eksistens“ („esistenza di fatto“) og Trentin bemærker (p. 131): „L'esistenza dell'atto amministrativo come in genere di tutti gli atti giuridici, non decide però della sua validità, la quale è fondata sulla presenza di determinati requisiti ...“, jfr. ogsaa Hauriou et Guillaume de Bezin p. 551: „... la nullité juridique postule l'existence juridique de l'acte ...“.

Civilrettens Teorier paa offentligretlig Grund: det ærværdige Retshandels-Dogme om Viljen som retstiftende Kendsgerning søges frugtbargjort i nye Omgivelser.

I det følgende skal det søges paavist, at denne Karakteristik af Forvaltningsakten som en *Viljeserklæring* er urigtig eller i hvert Fald uden juridisk Interesse, og at de Forfattere, som opfatter Forvaltningsakten saaledes, i Virkeligheden ikke lægger noget som helst *reelt* ind i Udtrykket „Viljeserklæring“.

Selve den omtalte Overførelse af Viljesdogmet fra Retshandlen til Forvaltningsakten beror for det første paa en manglende Erkendelse af den Væsensforskel, som bestaar mellem disse. I Privatretten er Forholdet det, at Subjektet med sin Udtalelse (Retshandlen) binder *sig selv* (Løftet); kun rent undtagelsesvis kan en Privatperson med sin Udtalelse lægge retlige Baand paa andre (Paalæg, Testamentet). Det er da forstaaeligt, at man har grebet til Viljesdogmet som begrundende Princip for de indtrædende Retsvirkninger: at man bindes til det, man har villet, og kun til det, man har villet, er begge Dele i lige Grad Udtryk for Respekt for Individet og dets Frihedssfære. Al retslig Tvang mod Løftegiveren faar en retsfilosofisk Begrundelse gennem Viljesdogmet.

Forvaltningsakten er derimod i første Række *retsforbindende for den, til hvem Udtalelsen rettes*, altsaa for Borgerne. Her bliver aldeles ingen Anvendelse for Viljesdogmet som retbegrundende Princip *paa den ovenfor nævnte Maade*, efter som Viljen ikke her supponeres hos den, for hvem Bundetheden indtræder. Vil man da *paa anden Maade* søge at begrunde Forvaltningsaktens Retsvirkninger med, at Forvaltningsakten er en Viljestilkendegivelse, er et af to muligt:

Man kan i Forvaltningsakten se et Udtryk for „Statsviljen“, der som den retligt stærkere maa realiseres paa Trods af den enkeltes Vilje.¹⁾ Bortset fra, hvad der iøvrigt kan indvendes

¹⁾ Dette er Otto Mayers Betragtningssmaade, naar han kalder Forvaltningsakten „ein obrigkeitlicher Ausspruch“. „Den Willen“ siger han (I p. 65) „der namens des Staates von der dazu verordneten Stelle geäußert wird, nennen wir den Staatswillen. Er ist ausgestattet mit der öffentlichen Gewalt, vermöge deren er den Untertanen gegenüber als der rechtlich stärkere wirkt, sie überwiegt und bestimmt“.

herimod,¹⁾ maa det i hvert Fald fastholdes, at med Antagelsen af en saadan „Statsvilje“ er vi udenfor de psykologiske Kendsgerningers Omraade. Viljen som psykologisk Fænomen er bundet til Individet;²⁾ en „Statsvilje“ er en Fiktion eller et rent konstrueret Begreb, der, som det er sagt, kun har „eine logische Bedeutung“.³⁾

Naar vi imidlertid her beskæftiger os med Spørgsmaalet om, hvorvidt Forvaltningsakten bør karakteriseres som en Viljeserklæring, har vi kun *Viljen som psykologisk Kendsgerning for Øje*. Forlader man dette reale Udgangspunkt, havner man i oskesløs og tom Teoretiseringen. Som en deus ex machina har man paa de forskelligste Omraader indenfor Retsvidenskaben anvendt en konstrueret eller fingeret „Vilje“ til Begrundelse af Retsvirkninger, som ikke paa anden Maade lod sig forklare, d. v. s. bringe i Samklang med den herskende historiske og dogmatiske, juridiske Opfattelse. Inden for Formueretten saa man i expropriati „Vilje“ Aarsagen til Ejendomsrettens Overgang til Exproprianten, idet man opfattede Expropriationen som et Tvangssalg; *condictio indebiti* beroede paa et stiltiende Forbehold ved Erlæggelsen o. s. v. I Strafferetten har man endog begrundet Straffen med, at den egentlig er villet af Forbryderen, og i den almindelige Statslære har man søgt Statsmagtens Begrundelse i en „Contrat social“. — Disse Eksempler er Spor, der skræmmer den, som i Forvaltningsretten ser en juridisk Disciplin, hvis videnskabelige Trivsel først og fremmest er betinget af en absolut realistisk Metode.

Skal der være Mening i at betegne Forvaltningsakten som en Viljeserklæring, maa vi derfor se den i Forhold til *det handlende Forvaltningsorgan*.⁴⁾ Kun dette kan „ville“ Forvaltningsakten i psykologisk Forstand. Men den Vilje, der her kan blive Tale om, spiller i hvert Fald en langt ringere retlig Rolle end en Løftegivers eller en Testators:

I Privatretten, og især indenfor Formueretten, er det Hoved-

¹⁾ Se navnlig Duguit p. 515.

²⁾ Jfr. Hans Kelsen: Ueber Staatsunrecht i: Zeitschrift für das Privat- und öff. Recht der Gegenwart, herausgegeben von Dr. C. S. Grünhut, B. 40 (1914) p. 8—9.

³⁾ Jfr. Hans Kelsen loc. cit.

⁴⁾ Saaledes ogsaa Kormann p. 45.

reglen, at Individet — for en retlig Betragtning — vilkaarligt afgør, om det vil afslutte en Retshandel, samt Retshandlens nærmere *Indhold*. Økonomiske, sociale, familiære og andre Forhold kan have en til Tvang grænsende Indflydelse i begge de nævnte Henseender;¹⁾ *retlig set* staar Individet derimod frit, *Kontraktfrihedens Grundsætning* er den herskende. — Helt forskjelligt herfra er Forholdet indenfor Forvaltningen.²⁾ Mangfoldige af dennes Handlinger, ikke mindst af dem, der sædvanligt henføres under Forvaltningsakterne, er under visse Betingelser *foreskrevet af Loven*, saaledes at den paagældende Forvaltningsmyndighed, naar disse Betingelser foreligger opfyldt, aldeles ikke har noget Valg, hverken med Hensyn til, om Forvaltningsakten overhovedet skal foretages, eller med Hensyn til dennes Indhold.³⁾ „Darum muss ihn der Beamte wollen“ har man sagt.⁴⁾

Det sædvanlige Forhold er dog imidlertid det, at Loven indrømmer eller efterlader Forvaltningen en større eller mindre Frihed med Hensyn til Spørgsmaalet om, hvorvidt en Forvaltningsakt skal foretages, hvornaar den skal foretages, og hvilket Indhold den skal have. Det frie Skøn („freies Ermessen“, „le pouvoir discrétionnaire“) fremhæves i Reglen som det, der karakteriserer Forvaltningsakten i Modsætning til Dommen. I saadanne Tilfælde kunde man være tilbøjelig til at hævde, at

1) For saa vidt er det rigtigt, naar Trentin p. 55 bemærker „... che ogni specie di attività e di volontà umana non sia spontanea: ciò è ugualmente vero per la volontà privata e per la volontà pubblica“. Naar Trentin imidlertid bemærker, at det er urigtigt at karakterisere Forvaltningens Virksomhed som bunden i Modsætning til de private for dermed at betegne dens nødvendige Overensstemmelse med et bestemt Formaaf, noget som ogsaa gælder den private Virksomhed, saa overser han her en afgørende Forskel: intet retligt Baand binder den private til med sine Retshandler eller Handlinger i det hele taget at forfølge den eller den Interesse; en Forvaltningsmyndighed derimod er retlig bundet til at handle i Overensstemmelse med den offentlige Interesse, den er sat til at varetage. Jfr. derimod rigtigt de Valles p. 64 nederst.

2) Jfr. ogsaa Robert Neuhäuser p. 17.

3) Kormann p. 46 ff, Fleiner p. 132, W. Apelt p. 96, Trentin p. 52 ff.

4) W. Apelt p. 96. Ogsaa Trentin taler (p. 74) om at „la volontà pubblica“ er en „volontà necessaria e perciò vincolata e controllabile.“

der tilkommer Forvaltningsmyndighedens Vilje en retlig Frihed, der kan sidestilles med den privates Frihed i Henseende til Afslutning af Retshandler. — Dette er dog for en nærmere Betragtning urigtigt. Hvor forskellige end Opfattelserne er vedrørende det administrative frie Skøns Væsen — herom vil der senere blive talt — saa er dog *alle* enige om, at dette Skøn ikke er ensbetydende med Vilkaarlighed. Forvaltningen vælger — som det er sagt — ikke paa samme Maade frit, som den, der udvælger sig Smørrebrød efter en Smørrebrødsseddel. Det handlende Forvaltningsorgan er *bundet til at forfølge en udenfor Personen selv liggende Interesse*. Bernatziks Formel: „Tue was Du glaubst, dass es durch das öffentliche Wohl bedingt ist“¹⁾ er *vel ikke en lex perfecta*, hvis Overtrædelse medfører Ugyldighed, men som *Norm for det handlende Forvaltningsorgan* tør Sætningen ikke frakendes retlig forbindende Kraft.

Spiller saaledes, efter det ovenfor udviklede, Viljen i *hvert Fald en langt ringere Rolle* ved Forvaltningsakten end ved Retshandlen, rejser det Spørgsmaal sig naturligt, om det overhovedet er rigtigt at *karakterisere* Forvaltningsakten som en Viljeserklæring; og vi mener, at dette Spørgsmaal i den *moderne* Forvaltningsret maa besvares benægtende. Anerkendelsen af Principet om den lovmæssige Forvaltning, de mangeartede „indre“ Grænser, som de nyere Forvaltningsteorier og Forvaltningsdomstolene opstiller for det frie Skøn, især Læren om Magtfordrejning („détournement de pouvoir“), er i Virkeligheden uforenelig med en saadan Karakteristik. Og Opfattelsen af Forvaltningsakten som en Viljeserklæring kaster paa en uheldig Maade et Legitimitetens Skær over den Tendens til Vilkaarlighed, som — fra et Retsstandpunkt betragtet — i alle Lande er en af Forvaltningens Grundskader.

Undersøger vi nu nærmere, hvad Forfatterne lægger ind i deres Karakteristik af Forvaltningsakten som en Viljeserklæring, vil det da ogsaa vise sig, at det er lidet eller intet, naar Begrebet Viljeserklæring tages i real Forstand.

— Længst ude i Konstruktionernes og de falske Analogiers Ødemark befinder sig *Trentin* og *de Valles*. Den førstnævnte

¹⁾ Bernatzik: Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, Wien 1886, p. 46.

Forfatter udvikler,¹⁾ hvorledes de forskellige psykologiske Led i Viljesdannelsen („il perceptive“, „il sentire“), som i Privatretten unddrager sig enhver Betragtning og Vurdering, indenfor den offentlige Ret konstituerer og begrænser de forskellige Organers Kompetence og derved faar en selvstændig Betydning. Navnlig under Forberedelsen af en Forvaltningsakt finder der en Samvirken Sted mellem flere Forvaltningsorganer, som altsaa alle medvirker til en endelig „Viljesdannelse“.²⁾ Og selve denne foregaar undertiden ved Samvirken mellem flere fysiske Personer, nemlig hvor Forvaltningsorganet er af kollegial Natur. Alt dette bevirker, at „det psykologiske Moment“ indenfor den offentlige Ret kan antage „en ydre Konsistens“, en „autonom Objektivitet“.³⁾

Det ses let, at Forfatteren her benytter rent billedlige Udtryk, som kun er egnede til at skabe Forvirring. At sidestille en Afstemning og den Samvirken mellem flere Forvaltningsorganer, der undertiden finder Sted som en Slags Forberedelse af Forvaltningsakten (Høring m. v.), med Viljesdannelsen som psykologisk Fænomen, er naturligvis ganske ufrugtbart i videnskabelig og praktisk Henseende.

Ogsaa *de Valles* konstruerer en Art ydre Vilje. Udgangspunktet er ganske vist det, at den offentlige juridiske Persons Vilje er de fysiske Personers Vilje, som beklæder dens Tjenestestillinger.⁴⁾ Som rent indre „psykologisk“ Fænomen foreligger denne Vilje uadskillelig knyttet til disse fysiske Personer, og den juridiske Persons Vilje kommer først til Eksistens, naar de gennem deres indre Erkendelse bestemmer og erklærer en Vilje, som de henfører til den juridiske Person. „Den virkelige Vilje, som kan henføres til den juridiske Person, er derfor alene den, som Tjenestemanden har tillagt denne gennem en eller anden Tilkendegivelse“.⁵⁾ Den Hensigt derimod, som ikke paa en eller anden Maade manifesteres, er irrelevant for den offentlige

¹⁾ p. 74—79.

²⁾ p. 76—77.

³⁾ p. 86 „... può spesso ... il momento psicologico assumere una consistenza esteriore ed una obiettività autonoma“.

⁴⁾ p. 141 ff.

⁵⁾ „La volontà reale, riferibile alla persona giuridica, è perciò soltanto quella che con qualche manifestazione l'agente le ha attribuita“.

Forvaltning, hvilket Forfatteren ogsaa anser for stemmende med fransk og italiensk Domspraksis, idet der efter denne ikke kan afkræves Tjenestemanden Oplysninger om Motiverne til hans Handlinger.¹⁾ Hvis saadanne Motiver skal faa Betydning, maa de fremgaa af de Handlinger og Dokumenter, som vedrører Sagen. Ved Spørgsmaalet om Uoverensstemmelse mellem Erklæring og Vilje maa dette have i Erindring, saaledes at Viljen kun kommer i Betragtning, for saa vidt den har fundet Udtryk i saadanne Handlinger og Dokumenter.²⁾

Det, *de Valles* opfatter som „la volonté reale, riferibile alla persona giuridica“, er altsaa ikke nogen virkelig, psykologisk Vilje, hvilken, som han rigtigt erkender, kun kan findes hos Forvaltningsorganet. Vi staar atter over for en ren Konstruktion.

En noget lignende Opfattelse, hvorefter vel ikke Forvaltningsorganets (psykologiske) Vilje, men derimod „Administrationens“ Vilje har Betydning, møder vi hos *Hauriou et Guillaume de Bezin* og hos *Hauriou*. — *Hauriou et Guillaume de Bezin* skriver: „Le droit administratif français ne connaît que des actes, il ignore, sauf en des théories accessoires, les individus, c'est à dire les agents qui représentent l'administration, il ne se préoccupe point de leurs intentions subjectives, il a pour unique objet l'acte qu'ils ont accompli, et qui constitue la déclaration de volonté de l'administration“.³⁾ Og *Hauriou* bemærker i „Précis de Droit administratif“: „Il s'agit de la volonté de l'administration et non pas de la volonté de l'organe, car celui-ci agit au nom de l'administration. Cette volonté est déclarée, et, comme elle l'est selon les procédures de l'administration, on l'appréciera, non pas d'après les intentions subjectives de l'autorité qui a pris la décision, mais d'après les intentions objectives qui auraient dû être celles de la bonne administration“.⁴⁾

Heller ikke her er der Tale om nogen egentlig Vilje, men om *Administrationens* Vilje, „les intentions objectives qui auraient dû être celles de la bonne administration“. Herved synes at maatte forstaas hele Forvaltningsrettens normative Sys-

¹⁾ Jfr. nedenfor p. 173—174.

²⁾ p. 142—143.

³⁾ p. 546.

⁴⁾ p. 465.

stem, og det bliver den erklærede Viljes Uoverensstemmelse med dette, der kan bevirke Forvaltningsaktens Ugylldighed.¹⁾

Heller ikke *Duguit* tillægger Forvaltningsorganets Vilje nogen Betydning: I Afhandlingen: „L'acte administratif et l'acte juridictionnel“ bemærker han: „... en droit administratif on ne sera ... jamais admis à prouver que la volonté réelle de l'administrateur est différente en qualité ou en quantité du contenu de la déclaration“.²⁾

Otto Mayer og *Fleiner* kommer ikke nærmere ind paa Viljesmomentets Betydning. Den sidstnævnte Forfatter bemærker ganske vist, at „da sich in der Verfügung eine Willenserklärung verkörpert, so muss sie ... frei von Willensfehlern sein“; i modsat Fald er Akten ugyldig.³⁾ Men der siges intet nærmere om, hvad der forstaas ved „Willensfehler“.

Kormann's Udgangspunkt er det, at Forvaltningsakten hører til de offentligretlige Retshandler („publizistische Rechtsgeschäfte“), der ligesom Privatrettens Retshandler er „Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten“. ⁴⁾ Her ved sigtes aabenbart til en virkelig Vilje hos det handlende Forvaltningsorgan, og ikke til Administrationens Vilje eller andre billedlige Opfattelser. — Undersøger vi imidlertid, *hvilke Konsekvenser Kormann i Ugylldighedslæren drager af denne*

¹⁾ En lignende Betragtningssmaade kommer frem hos *Alcindor*, der (p. 56—57) fremhæver, at medens den civilretlige Ugylldighedsteori navnlig beskæftiger sig med Spørgsmaalene manglende og mangelfuld Vilje („absence totale de consentement, erreur sur la personne, erreur sur l'objet, dol, violence, lésion, incapacités diverses résultant de l'âge ou de la condition“), spiller dette ikke nogen væsentlig Rolle inden for den offentlige Ret. „Il nous suffira donc d'examiner dans quelle mesure influe sur l'acte administratif l'inobservation des règles conditionnant les pouvoirs des agents de l'état, sans avoir à nous inquiéter des vices qui peuvent affecter la volonté de ces agents“.

²⁾ *Revue du droit public* 1906 p. 418. I „*Traité de Droit constitutionnel*“ p. 239 siger han derimod: „La déclaration n'est la condition de la naissance d'une situation juridique que dans la mesure où elle correspond à une intention; par conséquent, l'effet ne peut pas naître pour ce qui est déclaré sans qu'il y ait intention correspondante du sujet“. Men han taler her under cet om offentlige og private Viljeserklæringer.

³⁾ p. 194.

⁴⁾ p. 18.

Opfattelse af Forvaltningsaktens Begreb, viser det sig, at disse er faa eller ingen, og det er dog netop dèr, Begrebet har sin vigtigste Funktion. Han opstiller vel en Kategori af Ugyldighedsgrunde under Overskriften „Nichtigkeit wegen Willensmängeln“, hvorunder han henfører manglende Handleevne og absolut Tvang. Men Forklaringen paa disse Omstændigheders Evne til at bevirke Ugyldighed behøver ingenlunde at søges i en Viljesteori. Under den anden Hovedgruppe af Ugyldighedstilfælde, de anfægtelige Forvaltningsakter, opstiller han, som „die überhaupt möglichen Anfechtungsgründe“, „Zweckwidrigkeit“ og „Gesetzwidrigkeit“, og det fremgaar ikke af den følgende Udvikling, at Viljesmangel skal være indbefattet i disse Kategorier, hvilket ogsaa vilde være en højst ejendommelig Sprogbrug. I Læren om „Widerruf kraft Anfechtung“ tales endelig i § 40 om „Die Anfechtung wegen Täuschung und sonstiger rechtswidriger Beeinflussung des Verwaltungsakts“, og i § 41 om „Die Anfechtung wegen Irrtums“.

Som Forudsætning for, at *Vildfarelse* kan faa Betydning som Anfægtelsesgrund, opstilles imidlertid, at der maa foreligge „Irrtum über obligatorische Hinderungsgründe, also über solche Gründe, aus denen die Behörde, wenn sie ihr früher bekannt gewesen wären, den Geschäftsabschluss hätte verweigern müssen, nicht etwa bloss hätte verweigern können.“¹⁾ — Som det senere skal ses, faar *Vildfarelse* paa den Maade slet ingen *selvstændig* Betydning som Ugyldighedsgrund. Forvaltningsakten vil — under den anførte Forudsætning — være materielt retsstridig, og *Vildfarelsen* er kun *Anledningen* til denne Retsstridighed. — Derimod antages „*Täuschung*“, hvorved *Kormann* forstaar alle „objektiv unrichtige Angaben des Antragstellers“, at bevirke Ugyldighed uden Hensyn til, om den har fremkaldt en Forvaltningsakt med materielt retsstridigt Indhold; for saa vidt kan man sige, at den af Andrageren fremkaldte *Vildfarelse* (Viljesmangel) faar en vis selvstændig Betydning. — Som det senere skal ses, er *Kormanns* Mening paa dette Punkt imidlertid næppe holdbar, idet det vistnok maa kræves, at Skuffelsen er den private tilregnelig som forsætlig eller uagtsom. Ugyldigheden maa da nærmest opfattes som en „Sanktion“ af et util-

¹⁾ p. 377.

børligt Forhold fra den privates Side, og ikke som beroende paa en Mangel ved Forvaltningsorganets Vilje.

— Som det fremgaar af foranstaaende, er Læren om, at Forvaltningsakten er en Viljeserklæring, i de fleste Tilfælde Udtryk for en blot og bar Konstruktion. Hvad enten man taler om „Administrationens“ Vilje eller om en Vilje, der har faaet „en ydre Konsistens“ osv., er man ude i et juridisk Billedsprog af en Art, der erfaringsmæssigt kun medfører Misforstaaelse og Forvirring. En enkelt Forfatter, nemlig *Kormann*, søger vel sit Udgangspunkt i en virkelig Vilje, men hans Ugyldighedslære er aldeles ikke præget af nogen Viljesteori. Der synes da, ogsaa i den foreliggende Literatur, kun at være liden Opfordring til at bringe Læren om Forvaltningsakten ind under et mere eller mindre omfattende Viljesdogme.

Ved dette negative Resultat kan vi naturligvis ikke blive staaende. I den følgende Paragraf skal der da gives en positiv Bestemmelse af, hvad der i nærværende Afhandling forstaas ved en Forvaltningsakt.

§ 3.

Positiv Bestemmelse af Forvaltningsaktens Begreb.

I. Ved Forvaltningen haves her den offentlige Forvaltning for Øje. Den første Betingelse, som i Almindelighed maa være opfyldt, for at der kan foreligge en Forvaltningsakt, bliver saaledes den, at Akten hidrører fra et offentligt Organ, en offentlig Myndighed i videste Forstand.¹⁾ Udenfor Begrebet falder derfor de privates Handlinger,²⁾ hvad enten de er af privatretlig eller offentligretlig³⁾ Beskaffenhed.

De offentlige Organer er imidlertid fysiske Personer ligesom de privatretlige Retssubjekter og Organerne for privatretlige

¹⁾ C. d. E. 20/1 1911, Naudet, D. 1913. 3. 3.: ... Cons. que ladite assemblée ne constituant point une autorité administrative, il n'appartient pas au c. d. E. de prononcer, par application de l'art. 9 de la loi du 24. mai 1872, l'annulation de la délibération dont s'agit; ...“

²⁾ Jfr. W. Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt p. 54.

³⁾ F. Eks. Andragender, Optionserklæringer og Klager til Forvaltningsmyndigheder.

Sammenslutninger, og det bliver derfor et Spørgsmaal, hvad der udkræves for, at en Person (eller et Kollegium) kan anses som et offentligretligt Organ. I den moderne, konstitutionelle Stat vil denne Egenskab sædvanligt bero paa en Udnævnelse eller et Valg. Er Udnævnelsen eller Valget ugyldigt, maa det undersøges, hvorvidt den af det udnævnte eller valgte Forvaltningsorgan foretagne Forvaltningsakt af den Grund bliver ugyldig. Dette Spørgsmaal vil blive behandlet nedenfor i Afsnittet om Habilitetsmangler, og det skal der ligeledes vises, at der undertiden kan blive Tale om at anerkende Gyldigheden af „Forvaltningsakter“, der hidrører fra Personer, som overhovedet ikke er indsatte som offentlige Organer ved nogen — gyldig eller ugyldig — Akt.

Ikke blot de egentlige Forvaltningsorganer, men ogsaa Lovgivningsmagten og Domstolene foretager Handlinger, som i *materiel* Forstand kan karakteriseres som Forvaltningsakter.¹⁾ Et saadant rent materielt Begreb vil dog være ubrugeligt som Udgangspunkt for en Undersøgelse af Spørgsmaalet om Forvaltningsaktens *Gyldighed*. Dette Spørgsmaal kan efter visse Landes Retsforfatninger overhovedet ikke rejses med Hensyn til Akter, der foreligger i Lovens Form, og selv i Lande, hvor Domstolene kan prøve Lovgivningsakternes Overensstemmelse med Forfatningen,²⁾ har Gyldighedsproblemet med Hensyn til saadanne Akter ikke nær den Betydning, som naar Talen er om de forvaltende Organers Handlinger. De Forudsætninger, hvorunder en Lovgivningsakt kan erklæres ugyldig, er selvsagt

¹⁾ Jfr. Meyer-Dochow p. 3—5.

²⁾ Se om fransk Rets Stilling til ukonstitutionelle Love, Lov 15/8 1790 Afsnit II §§ 11 og 12, Konstitutionen af 3/9 1791 Afsnit III, Kap. V. § 3, samt Jèze p. 207 ff., Berthélemy p. 14, Hauriou p. 1023 Note 1. Om tysk Rets Stilling til Spørgsmaalet kan henvises til G. Anschütz: Die Verfassung des deutschen Reichs p. 129—130, 136—137, 171—172. — Den tyske Forfatning udtaler imidlertid i § 13: „Reichsrecht bricht Landesrecht“; hermed er der — iøvrigt i Overensstemmelse med § 2 i Forfatningen af 16/4 1871 — givet Domstolene en Prøvelsesret overfor Enkeltstaternes Lovgivning; se herom G. Anschütz: op. cit. p. 45—48.

En Prøvelsesret overfor Lovgivningsakterne tilkommer navnlig Domstolene i de nordamerikanske Fristater, Norge og ligeledes i Danmark, se Højesteretsdom U. f. R. 1921 p. 148, p. 153 og p. 168.

langt færre end de, der kan medføre Ugylldighed af Akter, som hidrører fra Forvaltningsorganerne. — Udelukket fra Forvaltningsaktens Begreb er derfor alle *Lovgivningsakter*, selv de, der i materiel Forstand er af forvaltningsretlig Karakter, saasom Naturalisations- og Koncessionslove.

Udenfor vort Begreb om Forvaltningsakten falder ligeledes *Domstolenes Handlinger*, for saa vidt angaar jurisdictio contentiosa. Spørgsmaalet om saadanne, judicielle Afgørelsesers Gylldighed undersøges formentlig rettest i Processen i Forbindelse med Fremstillingen af selve Procesreglerne. I hvert Fald er det bundet til saa mange *specielle* Forudsætninger, at Besvarelsen bør holdes udenfor nærværende Undersøgelse.¹⁾

Anderledes med Hensyn til den saakaldte jurisdictio voluntaria. Her optræder Domstolene som Forvaltningsorganer i en Virksomhed, der i alt væsentligt har samme Karakter som den, der udøves af de sædvanlige Forvaltningsmyndigheder.²⁾ Saa danne Akter maa derfor karakteriseres som Forvaltningsakter.

For at en Handling skal kunne betragtes som Forvaltningsakt, maa den altsaa hidrøre fra et offentligt Forvaltningsorgan, hvortil ogsaa henregnes Dommere, for saa vidt disse udøver jurisdictio voluntaria. Om det paagældende Organ er statsligt eller kommunalt, om det — hvilket kun er tænkeligt med Hensyn til Statsorganerne — henhører under Centraladministrationen, eller dets Virksomhed er lokalt begrænset, er der imod uden Interesse i denne Forbindelse.

II. Søger vi dernæst at bestemme selve den *Handling*, som udgør Forvaltningsakten, vil det formentlig være vejledende — saaledes som *Otto Mayer*³⁾ gør det — at kaste et Blik paa

¹⁾ K o r m a n n (p. 27) medtager i sin Undersøgelse ogsaa „Urteile der Verwaltungs- wie der bürgerlichen und Straferichte insoweit ... als ihre rechtliche Behandlung auf Rechtssätzen beruht, die allen verwaltungsrechtlichen Rechtsgeschäften gemeinsam sind ...; dies gilt vor allem von der Nichtigkeitslehre“. Dette har ført ham til i Bogens Titel at anvende Udtrykket „rechtsgeschäftliche Staatsakte“ i Stedet for „Verwaltungsakte“. Ogsaa W. Jellincks Bog: „Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen“ medtager de for melle Domme. Med Rette kalder begge de nævnte Forfattere der for deres Fremstillinger „Verwaltungs- und prozessrechtliche (Studie, Untersuchungen)“.

²⁾ Jfr. M e y e r D o c h o w p. 5.

³⁾ p. 56—64.

Domstolenes Virksomhed. Kravene om de moderne Forvaltningsreformer, der som bekendt sammenfattedes i Slagordet „Retsstaten“, havde netop Domstolenes Virksomhed for Øje som en Slags Idealbillede for Forvaltningen. Det, det gjaldt om, var at faa indført lignende Principer i Forvaltningen som de, der beherskede Retsplejen, nemlig for det første en lignende *Bundethed af Loven* som den, Dommerne var undergivet, og dernæst en Indretning, der ligesom Dommen kunde danne *et Mellemed mellem Loven og den materielle Magtudfoldelse*, som Staten bringer til Anvendelse til Gennemførelse af Loven. „Der Rechtsstaat bedeutet die Justizförmigkeit der Verwaltung“.¹)

— Navnlig før Begrebet Forvaltningsakt begyndte at vinde Borgerret i den offentlige Ret, saa længe man altsaa betragtede alle Forvaltningens Handlinger som een broget Kategori, laa det imidlertid nær først og fremmest at betone *Forskellen* mellem Forvaltningens og Domstolenes Virken. Medens Retsplejens Opgave ses i Opretholdelsen af den objektive Ret, saaledes at Dommeren bliver *viva vox legis*, er Retsordenen kun Middel og Grænse for Forvaltningens Virksomhed, hvis egentlige Væsen er praktisk Handlen til Opnaaelse af andre statslige og kulturelle Formaal end Retsordenens Opretholdelse (Militærvæsen, Vejbygning, offentlig Undervisning, social Forsorg osv. osv.) Bestemmende for denne Handlen er ikke først og fremmest Betragtninger vedrørende den objektive Ret, men et frit Skøn over det praktisk hensigtsmæssige, nødvendige, kulturfremmende osv.²)

Med Rette har man imidlertid advaret mod at lægge for me-

¹) Otto Mayer p. 64. Jfr. til det anførte ogsaa Reuterskiöld II p. 19.

²) Meyer-Dochow p. 1, Jhering: Der Zweck im Recht, 5. Oplag, p. 301 ff, Berlin II p. 131 ff, Matzen II p. 122.

Jfr. om Spørgsmaalet ogsaa Otto Mayer I. p. 5—7 og p. 101, Fleiner p. 3—9, Léon Michoud: Annales de l'Université de Grenoble 1913 t. 25 p. 446 Note 1 („Le jugement doit être la conséquence nécessaire de la constatation du fait rapprochée de la règle de droit, alors que l'acte administratif échappe à cette nécessité“), Léon Duguit: Revue du droit public 1906 p. 450 („... juger ... c'est constater soit l'existence d'une règle de droit, soit l'existence d'une situation de droit ... la décision qu'il rend doit être la conclusion syllogistique de la constatation qu'il a faite“), Jèze, p. 32 ff.

get ind i denne Modsætning,¹⁾ idet man har fremhævet, at Udviklingen inden for Retsplejen utvivlsomt mere og mere gaar i Retning af større Frihed for Dommeren,²⁾ medens omvendt Forvaltningens Virksomhed stedse mere bindes til udtrykkelige Lovbestemmelser („Administration légale“, „Gesetzsmässige Verwaltung“). *Kormann* anser det simpelthen for umuligt at finde et materielt Skelnemærke mellem Justits og Forvaltning.³⁾

Grænseområdet — i materiel Henseende — overfor Retsplejen er nu netop Forvaltningsakten. Materielt er en Række Forvaltningsakter ganske ensartede med Dommen, hvilket træder særlig klart frem i de Tilfælde, hvor Afgørelsen af en Rets tvist først er henlagt til et Forvaltningsorgan, hvis Afgørelse imidlertid kan indbringes for Domstolene.⁴⁾ Her er det kun Aktens Subjekt og de Former, hvorunder Afgørelsen træffes, der er forskellige.

1). Forvaltningsakten er ligesom Dommen en *Udtalelse*. *Otto Mayer* mener, at Udtalelsen maa være udtrykkelig: „Die Form der stillschweigenden Willenserklärung passt jedenfalls nicht für den obrigkeitlichen Akt. Sie muss hier ebenso ausgeschlossen sein wie beim Urteil.“⁵⁾ Spørgsmaalet vil nærmere blive drøftet nedenfor i Afsnittet om Forvaltningsaktens Form. Dog skal det allerede her bemærkes, at da Forvaltningsakten som Hovedregel er formløs, vil den stiltiende Forvaltningsakt oftest være lige saa gyldig som den udtrykkelige.⁶⁾

Udenfor Forvaltningsakterne falder altsaa — som tidligere nævnt — de Handlinger, der ikke er Udtalelser: en Anholdelse, en Besigtigelse, Modtagelse og Gennemlæsning af Andragender,

¹⁾ *Stier-Somlo*: Justiz- und Verwaltung, Handbuch der Politik I p. 296 ff., *Kormann*: Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart Bd. 7 (1913) p. 1—19.

²⁾ *Stier-Somlo* nævner B. G. B. §§ 151, 328, 612, 638, 119, 157, 242, 826, 226. Fra dansk Ret kan anføres talrige Bestemmelser i Myn- dighedsloven og i Ægteskabsloven, begge af 30/6 1922.

³⁾ *op. cit.* p. 3—5.

⁴⁾ Se t. Eks. § 15 i Lov Nr. 139 af 11. April 1920 om Valg til Rigs- dagen, hvorefter Kommunalbestyrelsens Kendelse, hvorved Valgret er nægtet, kan indbringes til Afgørelse ved Domstolene.

⁵⁾ I p. 246.

⁶⁾ Saaledes *Kormann* p. 175 ff.

Anlæg af Veje og Jernbaner, Beplantning og Vedligeholdelse af offentlige Anlæg, Nedslagting af Dyr, der lider af visse smitsomme Sygdomme, Afspærring af Veje, der er under Reparation, Bispisning af Soldater, Straffefanger og Fattiglemmer — saavel som „officielle Middage“ — Fabrikation af Vaaben og Ammunitionsgenstande, Slukning af Ildebrande osv. osv.

2) Udtalelsen maa have et *konkret* Indhold. Derved udelukkes navnlig alle Retssætninger, til hvis Væsen det jo hører, at de har et *abstrakt* Indhold.¹⁾ Den nærmere Afgrænsning er i denne Henseende forbundet med betydelige Vanskeligheder.²⁾ Som det ene Yderpunkt har man den Udtalelse, der kun er rettet til *en enkelt Person*, og som kun vedrører *een Handling* (eller Undladelse), der kan henføres til *et bestemt Tidspunkt*, *et bestemt Sted* og *een bestemt Genstand*.³⁾ Som Eksempel kan nævnes Afvisning fra Adgang til et offentligt Retsmøde i Henshold til Rpl. § 32, enkeltvise Tilladelser til at holde aabent en enkelt Aften udover den sædvanlige Lukketid osv. — Paa den anden Side har vi som den „ideelle“ Retssætning⁴⁾ den Udtalelse, der er *rettet til Almenheden*, og som vedrører et *ubegrænset Antal Handlinger* (eller Undladelser), der — *tidsligt og rumligt ubegrænset* — kan henføres til et *ubegrænset Antal Genstande*. Mellem disse Ydertilfælde ligger et Utal af Mellemformer, der i en, flere eller alle de nævnte Henseender tenderer snart mod det konkrete, snart mod det abstrakte Idealbillede; for saa vidt kunde det synes haabløst at ville forsøge paa at angive en Grænse.

Opgaven lettes imidlertid betydeligt derved, at — som af W. Jellinek paavist — kun et af de i de nævnte Idealtilfælde

1) Altsaa navnlig Forordninger, idet de formelle Love af andre Grunde falder udenfor Begrebet, se ovenfor under I); jfr. ogsaa K o r m a n n p. 58—62. I denne Forbindelse skal det dog bemærkes, at C. d'E., der ifl. § 9 i Loven af 24. Maj 1872 „statue sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives“, annullerer abstrakte, administrative Forskrifter („actes réglementaires“) p. G. af „excès de pouvoir“, se A l c i n d o r p. 92—93.

2) Jfr. W. Jellinek: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung p. 139—156; J è z e p. 9—18.

3) W. Jellinek: op. cit. p. 143.

4) W. Jellinek: op. cit. p. 146.

anførte Kendemærker kommer i Betragtning som Kriterium for, om et givet Tilfælde bør henføres til den ene eller den anden Gruppe. Det afgørende bliver nemlig alene Udtalelsens passive Subjekt, altsaa Spørgsmaalet om, hvorvidt dette Subjekt er konkret eller abstrakt bestemt. Selve dette kan dog naturligvis give Anledning til Tvivl. Afgørende er ikke Antallet af de passive Subjekter, til hvem Udtalelsen henvender sig, endssige Antallet paa dem, for hvem det udtalte bliver af aktuel Betydning, men derimod, om Udtalelsen henvender sig til en enkelt Person eller en bestemt Flerhed af Personer eller, i Modsætning hertil, til en ubestemt Flerhed af Personer.

3) Ikke enhver fra et Forvaltningsorgan hidrørende, konkret Udtalelse er en Forvaltningsakt. *Otto Mayer* kræver, som tidligere nævnt, at der skal foreligge en „*obrigkeitlicher Ausspruch*, der dem Untertanen im Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll“,¹⁾ og denne „*Rechtssetzung für den einzelnen Fall*“ har man²⁾ med Rette betegnet som Kærnen i Forvaltningsaktens Væsen. Undertiden drejer det sig om en blot og bar Anvendelse af Retsnormen paa det foreliggende Enkelttilfælde, men oftere bliver der Tale om skønsmæssige Afgørelser inden for de af Loven givne Rammer. I nogle Tilfælde afgør Forvaltningsakten en aktuel Retstvist, i andre Tilfælde virker den konstitutivt, idet den skaber Retsforhold mellem det offentlige og den private. Overalt kendetegnes Forvaltningsakten imidlertid — som Dommen — ved sin *forbindende Virkning*,³⁾ dels for den eller de enkelte, Sagen angaar, dels for det offentlige, d. v. s. de offentlige Organer, selv.⁴⁾

— Det er herefter klart, at en Række af Forvaltningens Udtalelser ikke er Forvaltningsakter. Dette gælder for det første a) de Udtalelser, som er *retligt irrelevante*: Kongens, Forsvars-

¹⁾ I p. 95.

²⁾ W. Apelt p. 87.

³⁾ *Otto Mayer* I p. 98.

⁴⁾ At Forvaltningsakten som Regel kan ophæves og ændres ved en ny Forvaltningsakt kan ikke anføres imod dens nævnte, tosidigt forbindende Kraft. Saalænge den ikke er tilbagekaldt, binder den baade den Myndighed, der har det i sin Magt at kalde den tilbage, og navnlig alle andre offentlige Myndigheder. Se O. V. G. XXIX p. 371 og *Otto Mayer* I p. 99 Note 9.

ministerens eller en Generals „Nytaarshilsen“ til Hæren, en Opfordring til Befolkningen om at iagttage neutral Holdning overfor krigsførende Magter,¹⁾ Anmodning fra et Forvaltningsorgan til et andet eller til en Privatmand om at ville meddele sine „gode Ytringer“ over en Sag, saafremt en saadan Høring ikke er foreskrevet, og den, til hvem Anmodningen er rettet, ikke har Pligt at efterkomme den.²⁾

Udenfor Forvaltningsaktens Begreb falder dernæst alle de Forvaltningsudtalelser, der kun har b) *interne Retsvirkninger*, d. v. s. Retsvirkninger for de offentlige Organer selv.³⁾ Saa-danne Udtalelser kan indeholde en almindelig Regel: Cirkulæ-

¹⁾ Se kgl. Budskab af 1/8 1914 (Nr. 207 i Lovtidende).

²⁾ Spørgsmaalet, om en Udtalelse fra et Forvaltningsorgan hører til denne Gruppe, er naturligvis ofte tvivlsomt: I Sagen C. d'E. 17/2 1911, Poupard, D. 1913. 3. 22., havde Ministeriet for offentlige Arbejder d. 17/11 1906 under Henviisning til en Klausul i den paagældende Kontrakt paalagt en af sine Leverandører at indbetale et Beløb som Erstatning for en Skade, der var forvoldt ved en mangelfuld Leverance. Leverandøren forholdt sig passiv, og Ministeriet traf da d. 26/6 1907 en ny Afgørelse, i Henhold til hvilken Beløbet skulde fradrages i Leverandørens Tilgodehavende. Leverandøren forlangte derpaa denne Afgørelse annulleret for C. d'E. Ministeriet paastod Sagen afvist under Henviisning til, at dets sidste Beslutning var „purement confirmatif“. Klageren gjorde herimod gældende, bl. a. at „la première dépêche du ministre n'avait pas le caractère d'une décision, et était simplement l'expression des prétentions de l'administration“. C. d'E. udtalte imidlertid, at Ministerens første Udtalelse „constituait une décision de nature à être déferée au C. d'E.“. Da Klageren ikke havde angrebet denne første Afgørelse i rette Tid, og Afgørelsen af 26/6 1907 som „purement confirmative“ ikke kunde bringe en ny Klagefrist til at løbe, afvistest Klageren. Se ogsaa C. d'E. 12/6 1885, Desplanques, D. 87. 3. 12.

³⁾ Otto Mayer I p. 104 taler her om „Anweisung im Gewaltverhältnis“, hvorved han forstaar „die verschärfte Abhängigkeit, welche zu Gunsten eines bestimmten Zweckes öffentlicher Verwaltung begründet wird für alle Einzelnen, die in den vorgesehenen besonderen Zusammenhang treten. Beispiele liefern die Dienstgewalt über die Beamten, die Ueberwachungsgewalt über die Benutzer gewisser Einrichtungen des Zoll- und Steuerwesens, die Anstaltsgewalt über alles, was in den Betrieb der öffentlichen Anstalt aufgenommen ist“. Jfr. ogsaa Fleiner p. 62—67 og p. 155—158, Meyer-Dochow p. 18, Bühler p. 23, 24 Note 39, 49; W. Jellinek: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung p. 116, 151, 223

rer, almindelige Tjenesteinstruktioner m. v. (Forvaltningsanordning — i Modsætning til Retsanordning¹⁾) og falder da allerede af den Grund udenfor Begrebet. Men de kan ogsaa bestaa af Forskrifter om, hvorledes det Organ, hvortil de er rettet, skal forholde sig i det eller det enkelte Tilfælde (konkrete Tjensteordrer). Her bliver det da af Vigtighed at fastholde, at saadanne interne, konkrete Forvaltningsudtalelser ikke er Forvaltningsakter, men i det højeste kan tjene til at forberede saadanne.

Til disse interne Udtalelser kan ikke henregnes Udtalelser fra en Statsmyndighed til en Kommunalbestyrelse, for saa vidt angaar Kommunens egne Anliggender; derimod nok i Tilfælde, hvor Kommunalbestyrelsen fungerer som statsligt Organ; ej heller Udtalelser fra en Stats- eller Kommunalmyndighed til en anden Stats- eller Kommunalmyndighed vedrørende disse sidstes *privatrellige* Virksomhed, f. Eks. naar Bygningskommissionen meddeler Tilladelse til, at Kommunen opfører en Bygning.²⁾

c) Ikke alle de fra Forvaltningen hidrørende, konkrete Udtalelser, som har Retsvirkning udadtil, er Forvaltningsakter, men *kun de, som bestemmer, hvad der er eller skal være Ret i det foreliggende Tilfælde*, altsaa kun de, der har *dispositivt Indhold*. De blotte *Meddelelser*, saasom Udstedelse af Bevis for, at en Person har erhvervet dansk Indfødsret, Kundgørelse i Statstidende af en Anmeldelse til Aktieselskabsregistret³⁾ osv.⁴⁾

med de i Note 99 anførte Domme, p. 338; W. Apelt p. 113—115; Duguit: Revue du droit public 1906 p. 426 ff., de Valles p. 50—56 og p. 222 Note 10, Trentin p. 91—96, Jèze: Revue du droit public p. 246 ff. og 1911 p. 684 ff.

¹⁾ Jfr. Laband: Deutsches Reichsstaatsrecht 1919, p. 136.

²⁾ Otto Mayer I. p. 122 og W. Apelt p. 114—115.

³⁾ Lov No. 458 af 29/9 1917, § 48.

⁴⁾ Kormann (p. 22—25 og 124—135) opstiller her Begrebet „Rechtshandlungsmässige Verwaltungsakte“, hvorved han — i Overensstemmelse med B. G. B.'s Motiver — forstaar „diejenigen erlaubten Handlungen, an die sich rechtliche Wirkungen ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden anknüpfen“. Trentin (p. 170) taler om „atti amministrativi impropri . . . : da codesti atti non viene creato alcun rapporto giuridico, non sorge alcun diritto subiettivo, o, per meglio dire, tutte quelle situazioni che possono da essi conseguire trovano il loro riferimento immediato, la loro fonte diretta nella legge positiva preesistente“.

Grænsen her kan naturligvis undertiden være vanskelig at fastholde: naar Lov Nr. 474 af 5. September 1920 § 1 bestemmer, at de Personer, som den 15. Juni 1920 havde fast Bopæl i de sønderjydske Landsdele og indtil dette Tidspunkt var i Besiddelse af tysk Statsborgerret, har dansk Indfødsret, med mindre de har bosat sig i Landsdelene efter 1. Oktober 1918, og at Indenrigsministeren meddeler *Bevis* for, at en Person har erhvervet Indfødsret i Medfør af denne Bestemmelse, saa maa det vel — paa Grund af Lovens Udtryksmaade — principielt fastholdes, at et saadant *Bevis* kun er en Meddelelse, ikke en Forvaltningsakt. Men paa Grund af Usikkerheden om, hvorvidt Bopælsbetingelsen i det enkelte Tilfælde skal anses for opfyldt, kommer der dog let et dispositivt Moment ind i Udstedelsen af de nævnte *Beviser*.

I mange Tilfælde knytter Loven endog vidtgaaende Retsvirkninger til Forvaltningens Meddelelser, jfr. til Eksempel Lov om Aktieselskaber § 51. Disse Retsvirkninger er imidlertid altid udtømmende angivet i Loven¹⁾, medens derimod *Forvaltningsaktens Retsvirkninger finder Udtryk i selve Udtalelsen*.

d) Endelig skal det betones, at Forvaltningsakten er en *ensidig* Udtalelse fra Forvaltningen. De saakaldte *Forvaltningskontrakter* er derfor ikke Forvaltningsakter. Om det overhovedet er rigtigt at tale om offentligretlige Kontrakter, er et i Theorien meget omtvistet Spørgsmaal.²⁾ Det hævdes navnlig, at Kontrakter kun er mulige mellem retligt sideordnede Retssubjekter, derimod ikke i Forvaltningsretten, som beherskes af Principet om den offentlige Viljes Overvægt overfor den enkeltes Vilje.

— Denne Indvending rammer nu for det første ikke alle de Aftaler, der kaldes Forvaltningskontrakter. Naar to eller flere

¹⁾ Jfr. Trentin p. 170 og ovenfor p. 30 Note 4.

²⁾ Jfr. W. Apelt: Der verwaltungsrechtliche Vertrag, Fleiner, p. 199—204, Kormann, p. 29—44, Otto Mayer: Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, Arch. für öff. Recht III 1888 p. 1—86, Hans Kelsen: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Arch. des öffentlichen Rechts, 1913 p. 53—98 og 190—249, Otto Mayer p. 262, Note 11, Hauriou 856—864, 905—908, Berthélemy p. 672—681, Jèze p. 408 Note 2. Duguit 534—539, de Valles p. 27—28, Trentin 146—150.

Kommuner slutter Overenskomst vedrørende Fattigvæsen, Skolevæsen, Vejvæsen og lign., f. Eks. om Tilvejebringelse af Bygninger eller andre Indretninger, kan det dog ikke nægtes, at de optrædende Retssubjekter jo er sideordnede. Paa den anden Side er det utvivlsomt, at disse Forhold beherskes af offentligretlige Principer — i Modsætning f. Eks. til Statens og Kommunens Køb af Jordstykker til Byggegrunde, af Løsøregenstande til Kontorbrug osv.

Men selv hvor Talen er om Aftaler mellem det offentlige og en Privatmand, til Eksempel vedrørende Størrelsen af en Erstatningssum i Anledning af Ekspropriation¹⁾ eller af et Skattebeløb,²⁾ eller mellem Stat og Kommune, se t. Eks. § 17 i Lov om Indkvartering af 29. Marts 1924, synes Betragtningen ikke at være afgørende. Der er jo Enighed om, at Forvaltningen og den enkelte Borger kan indgaa Kontrakter af privatretlig Karakter; men kan Forvaltningen „deklassere“ sig selv saa langt, hvorfor skulde den saa ikke, retlig set, kunne nedlade sig til at afslutte en offentligretlig Aftale med den enkelte? Hvad der kan siges at være uforeneligt med Kontraktens Princip er dette, at den ene Part i *selve Kontraktsforholdet* skulde besidde en retlig Overlegenhed overfor den anden, altsaa ikke være bundet ved Aftalen i samme Grad som denne, ikke derimod den Omstændighed, at Forvaltningen under visse nærmere Betingelser tilige er i Stand til at binde den enkelte ved sine eensidige Udtalelser (Forvaltningsakter). Naar man overhovedet — i Overensstemmelse med „Retsstatens“ Princip — erkender, at Forvaltningen er underkastet Loven, saa ses det ikke, hvorfor den principielt skulde indtage en Særstilling overfor Reglen „*pacta sunt servanda*“. — Noget ganske andet er, at Forvaltningsorganerne ifølge den gældende Ret som oftest kun har en meget begrænset Adgang til at anvende Kontrakter til Opnaaelse af Formaal, som har en offentligretlig Karakter.³⁾

Erkender man da, at Forvaltningsmyndighederne har en vis Adgang til at afslutte Kontrakter, der snart er af privatretlig, snart af offentligretlig Karakter, saa bliver det nødvendigt at

¹⁾ Jfr. Fleiner 203.

²⁾ Jfr. Otto Mayer I p. 351.

³⁾ Fleiner p. 202—204.

betone, at alle saadanne Kontrakter falder udenfor Forvaltningsaktens Begreb. Naturligvis er Grænsen heller ikke her skarp. Særlig kan der rejses Tvivl om, hvorledes man skal karakterisere de Tilfælde, hvor en „Forvaltningsakt“ kun kan foretages med Indvilgelse¹⁾ fra den, i hvis Forhold den griber ind.²⁾ Det vigtigste Tilfælde er her Ansættelser i en offentlig Stilling, og det er navnlig disse, man snart³⁾ har villet henføre til de offentligretlige Kontrakter, snart⁴⁾ til de egentlige Forvaltningsakter.

Den sidstnævnte Anskuelse synes dog — og formentlig med Rette — at vinde mere og mere Tilslutning. Tjenestemændenes Stilling er i den moderne Stat i stedse stigende Grad bestemt af den objektive Ret („une situation juridique légale et réglementaire“⁵⁾) og underkastet de Forandringer, som de dem vedkommende Retsregler maatte undergaa. Disse Retsregler er af præceptiv Natur, saaledes at en Ansættelse paa andre, med Tjenestemanden aftalte Vilkaar, end de, der stemmer med den gældende Ret, er helt eller delvis ugyldig, og kommer Ansættelsesvilkaaene i Strid med den senere Lovgivning, maa denne dog være afgørende.⁶⁾ — Vel kunde nu alt dette for saa vidt siges ikke at være afgørende, som man dog andetsteds kender Overenskomster af et lignende lovbestemt Indhold, f. Eks. Ægteskab; men dels er man allerede her langt fjernet fra Kontrakternes egentlige Virkefelt, karakteriseret ved „de privées Autonomi“, dels gør der sig vedrørende Embedsbesættelser den særlige Betragtning gældende, at det ikke kan anses for prin-

¹⁾ Denne vil ofte foreligge i Skikkelse af et Andragende. Undertiden har Andragendet den videregaaende Betydning, at Forvaltningsakten skal foretages, naar der andrages derom, se t. Eks. Meyer-Dorschow p. 56 om Løsning af tysk Statsborgerforhold.

²⁾ Otto Mayer benævner disse Forvaltningsakter „Verwaltungsakte auf Unterwerfung“.

³⁾ de Valles p. 28 nederst, jfr. p. 282—283 og Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht p. 101—102 og 154. — Duguit kalder Ansættelsen af Embedsmænd „une union, une Vereinbarung“.

⁴⁾ Kormann p. 37, Otto Mayer p. 100, Fleiner p. 182—83, W. Apelt p. 103, Stengel-Fleischmann I. p. 362, Hauriou p. 670—679, Berthélemy p. 51, Jèze p. 408—410, Trentin p. 304.

⁵⁾ Jèze p. 408.

⁶⁾ Jfr. Østre Landsrets Dom af 13. Marts 1923 angaaende Forhøjelse af Statsskolelærernes Timetal udover det i Ansættelsesbrevet angivne.

cipielt udelukket, at Staten ansætter en Tjenestemand uden hans Indvilgelse,¹⁾ og det opstaaede Retsforhold vilde i saa Fald ikke i Hovedsagen adskille sig fra det, der fremkommer, hvor Ansættelsen sker efter Ansøgning. — Det naturligste er da sikkert at betragte Andragendet eller det efterfølgende Samtykke blot som en Betingelse for Forvaltningsaktens Gyldighed.

For *Otto Mayer* er Forvaltningsakten saavel som Loven og Dommen et Udtryk for den med offentlig Magt udrustede Statsvilje. Denne har flere Styrkegrader. Øverst staar Loven, men Justits og Forvaltning giver, skønt underordnet Loven, Statsviljen Udtryk og er derfor begge i Forhold til Borgerne „der rechtlich stärkere“.²⁾ Og medens nu Justitsen kun har til Op-gave at *anvende* Loven og derfor kun udfører en tjenende Funktion, finder vi i Forvaltningen en „auf eigenen Bahnen einhergehenden Staatswillen, der nicht bloss dient, sondern selber herrscht“.³⁾ Det er paa Baggrund af saadanne almindelige Betragtninger, at *Otto Mayer* kalder Forvaltningsakten „ein obrigkeitlicher Ausspruch“.

Det vilde føre for vidt her at komme nærmere ind paa denne Opfattelse, som jo iøvrigt kun er Udtryk for den i Tyskland, i hvert Fald før Krigen, næsten eneraadende almindelige Teori om Staten som Herskermagt. Kun skal det bemærkes, at den Kritik, som navnlig fra fransk Side, især af *Duguit*, er rejst mod denne Teori, i det hele forekommer mig berettiget. — Den tyske „Staatswille“ anser *Duguit* med Rette for en „volonté surnaturelle“, som ikke har noget med Virkeligheden at gøre. Paa den ene Side er Staten „une pure abstraction“; *Duguit* anerkender hverken nogen „Statsvilje“ eller nogen „Nationens

1) Mere praktisk kan det forekomme, at en Afskedsansøgning ikke bevilges. Ogsaa her træder det frem, at Tjenestemandsstillingen beror paa det offentliges eensidige Akt. Thi beroede den paa Overenskomst, kunde denne dog ikke være bindende for Tjenestemanden paa ubegrænset Tid, og det maatte derfor staa i hans Magt at ophæve Forholdet.

2) I. p. 69.

3) I. p. 69.

Vilje“.¹⁾ Paa den anden Side kan *Statsorganernes* Vilje ikke spille nogen anden retlig Rolle end den private: „Que ce soit un empereur, un roi, un consul, un président de la République qui fassent une déclaration de volonté, ce n'est jamais qu'un homme, et cette déclaration de volonté n'a pas en soi plus de force créatrice dans le domaine du droit que celle du dernier des sujets.“ — Forvaltningsaktens Retsvirkninger udspringer derfor ikke af nogen Statsvilje eller Herskermagt, men beror paa de objektive Retsnormer. Den indtager i saa Henseende ikke nogen Særstilling overfor den privatretlige Retshandel eller de retstiftende Kendsgerninger i øvrigt.²⁾

— Jeg kan som sagt ganske slutte mig hertil og mener, at det er hensigtsmæssigt at understrege dette, forinden vi gaar over til de følgende Undersøgelser. Thi i samme Grad som Forvaltningsaktens Begreb holdes fri for taagede og unyttige Konstruktioner, vil Ugyldighedsteorien kunne bygges op paa Virkelighedens Grund.

¹⁾ D u g u i t p. 515: „L'état est une pure abstraction. La réalité, ce sont les individus qui exercent la puissance étatique“, og p. 61: „... parler de la volonté nationale, de l'âme nationale, c'est parler par métaphore, rien de plus“.

²⁾ Ganske tilsvarende H a n s K e l s e n: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. Arch. des öffentlichen Rechts 1913 p. 231.

Kapitel II.

OM UGYLDIGE FORVALTNINGSAKTER I ALMINDELIGHED

§ 4.

Ugyldighedsbegrebet.

Som det fremgaar af Indledningen prætenderer Forvaltningsakten visse Retsvirkninger, nemlig dem, der angives af dens Indhold. Normalt indtræder ogsaa disse Retsvirkninger; Forvaltningsakten har dermed opfyldt sin Bestemmelse. — Undertiden udebliver imidlertid de nævnte Retsvirkninger; Forvaltningsakten er i saa Tilfælde *ugyldig*.

Uden Interesse for Ugyldighedsspørgsmaalet er det naturligt, om *Forvaltningsaktens praktiske, eller om man vil faktiske Virkninger* indtræder eller ej: undertiden forbliver den fuldtud gyldige Forvaltningsakt uden praktiske Virkninger, f. Eks. en Bevilling, der ikke benyttes, en Politibefaling, der ikke efterkommes og ej heller gennemtvinges; og omvendt forefalder det, at en ugyldig Forvaltningsakt faar de praktiske Virkninger, der svarer til dens Indhold;¹⁾ ogsaa i Forvaltningsretten gælder det, at hvor ingen klager, er der ingen Sag, og det Tilfælde kan jo let forekomme, at alle vedkommende har handlet i Overensstemmelse med en ugyldig Forvaltningsakts Indhold: Bevillingshaveren har benyttet den ugyldige Bevilling, en Person har oppebaaret den ham ugyldigt tillagte Understøttelse osv. Den ugyldige Forvaltningsakt kan endelig ogsaa være eksekveret: den ulovligt paalignede Skat inddrives, en ugyldig Udvisningsordre gennemtvinges, osv.²⁾

¹⁾ Jfr. de Valles p. 433.

²⁾ Dette sidste hænger sammen med, at heller ikke Forvaltningsaktens Eksigibilitet er afhængig af dens Gyldighed, jfr. de

Det afgørende for, om Forvaltningsakten bør betegnes som gyldig eller ugyldig, er alene, om den medfører *de i dens Indhold angivne Retsvirkninger, ikke derimod om den overhovedet medfører Retsvirkninger*. En ugyldig Forvaltningsakt kan f. Eks. i Kraft af sin Ulovlighed paaføre vedkommende Embedsmand et strafferetligt Ansvar, ligesom ogsaa denne kan have paadraget sig selv eller Staten et Erstatningsansvar. Et saadant Erstatningsansvar er ikke Ækvivalens for Udeblivelsen af de med Forvaltningsaktens Indhold overensstemmende Retsvirkninger, og der kan derfor ikke være Tale om, at dets Indtræden skulde kunne berettigge til at karakterisere Forvaltningsakten som gyldig.¹⁾

Ofte betones det, at Ugyldighed er et snævrere Begreb end Uvirksomhed.²⁾ Naar til Eksempel ved den suspensivt betin-

Valles p. 62, hvor det siges, at den ugyldige Akt undertiden er praktisk virksom, idet den kan gennemføres paa Grund af sin eksistible Karakter; og Hauriou p. 463 Note 1: „... il faut reconnaître que la force exécutoire est un élément de forme, tandis que la vertu de produire effet de droit est proprement l'élément de fond. Se ogsaa Hauriou et Guillaume de Bezin p. 549, Duguit p. 549, de Valles p. 356, W. Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt p. 146—147, Bühler p. 133 og p. 138—139, p. 144, 274—275, 322.

¹⁾ Ifølge den herskende Terminologi, jfr. Jul. Lassen, Læren om Af-taler p. 71 og Nullitet og Anfægtelighed p. 42, er den civilretlige Retshandel ugyldig, naar den ikke binder en Part hverken i Overensstemmelse med sit umiddelbare Indhold, eller til Ydelse af Opfyldelsesinteressen. Det i Teksten omtalte Erstatningsansvar kan som Regel aldeles ikke sidestilles med den civilretlige Opfyldelsesinteresse.

²⁾ Jfr. Jul. Lassen, Nullitet og Anfægtelighed p. 39, Læren om Af-taler p. 71, Jèze p. 51, de Valles p. 60—68, Trentin p. 303—304. Sidstnævnte Forfatter bebrejder (304) W. Jellinek, at han (Der fehlerhafte Staatsakt p. 32—33) „qualifica come difettoso o invalido (fehlerhaft) l'atto in ordine al quale il singolo abbia omesso di svolgere la propria attività, quando la sua partecipazione sia richiesta da diritto positivo“. Rent bortset fra, at „fehlerhaft“ det nævnte Sted aldeles ikke er ensbetydende med ugyldig („invalido“), hvilket bl. a. fremgaar af p. 3 og p. 44 i W. Jellineks nævnte Skrift, er det Trentin, der gør sig skyldig i Misforstaaelse. Hvis den privates Medvirkning ved Forvaltningsaktens Givelse er foreskrevet, f. Eks. saaledes, at Akten kun kan udfærdiges ifølge Ansøgning, er den Forvaltningsakt, der gives uden den nævnte Medvirkning, netop ugyldig.

gede Retshandel Betingelsen udebliver, eller ved den resolutivt betingede Retshandel Betingelsen indtræder, siges det, at Rets-
handlen vel bliver uden retlig Virkning, men at dette jo stem-
mer med Retshandlens Indhold, hvorfor saadanne Tilfælde maa
holdes udenfor den egentlige Ugyldighed, der beror paa, at *de*
i Indholdet angivne Retsvirkninger udebliver. — Sondringen er
vigtig, men det er formentlig ikke helt korrekt, hverken med
Hensyn til Retshandlen eller Forvaltningsakten, at tale om, at
Retsvirkningerne udebliver, naar en suspensiv Betingelse ude-
bliver eller en resolutiv Betingelse indtræder. A lover B en be-
stemt Ting, saafremt B inden sit 25 Aar opnaar en Eksamen,
gifter sig eller lignende. Naar nu Betingelsen udebliver, kan
man ikke af den Grund kalde Løftet retlig uvirksomt; det har i
Tiden indtil B's 25aarige Fødselsdag betingelsesvis bundet A,
hvilket bl. a. viser sig deri, at han handler retsstridigt, hvis han
tilintetgør eller afhænder den lovede Ting. Det særlige ved
de Retshandler, som man kalder blot uvirksomme i Modset-
ning til Ugyldigheden, er derfor ikke, at de ikke har *Retsvirk-*
ninger, men derimod det, at de tilsigtede *praktiske* Virkninger
udebliver.¹⁾ — Saaledes ogsaa med Hensyn til Forvaltningsakter.
Soldaten faar ved Hjemsendelsen udleveret en Mødebefaling,
der gaar ud paa, at han i Tilfælde af Mobilisering uopholdelig
skal give Møde ved sin Afdeling. Bevilling til at drive Bevært-
ning med Ret til Udskænkning af stærke Drikke gøres under-
tiden betinget af, at Politiet og Sundhedskommissionen god-
kender de paagældende Lokaler. Naar nu Mobiliseringen eller
Godkendelsen udebliver, vil det være ukorrekt at sige, at Mø-
debefalingen og Bevillingen har været *retligt* uvirksomme. De
har derimod været *praktisk* uvirksomme: Mødet finder ikke
Sted, Beværtningen kommer ikke i Drift.

De ovennævnte Eksempler paa uvirksomme Retshandler
eller Forvaltningsakter er Tilfælde, hvor den svigtende Betin-
gelse er en Bibestemmelse i *selve Retshandlens eller Forvalt-*
ningsaktens Indhold. Forvaltningsakternes Virksomhed er
imidlertid ofte af *Lovgivningen* gjort afhængig af en højere
Myndigheds Approbation²⁾, af at der gives Meddelelse om Ak-

¹⁾ Saaledes ogsaa de Valles p. 62.

²⁾ Se til Eks. Landkommunalloven af 6/7 1867 § 26, Købstadkommunal-
loven af 26/5 1868 § 20.

ten til en højere Myndighed,¹⁾ af vedkommende Borgers Akcept²⁾ og lign. — altsaa Kendsgerninger, der ligesom Betingelsen er *fremtidige* og *uvisse*. Man taler her om en *conditio juris*.³⁾ Denne har det fælles med den egentlige Betingelse, at den hidfører en retlig Svævetilstand; Forskellen ligger i, at den *egentlige Betingelse* er optaget som Bibestemmelse i selve *Forvaltningsaktens Indhold*, medens en *conditio juris* beror paa *den objektive Retsorden*. Hvis nu en saadan *conditio juris* svigter, kan det være tvivlsomt, om Forvaltningsakten bør betegnes som ugyldig eller som kun uvirksom.⁴⁾

Endnu skal det anføres, at Gyldighedsspørgsmaalet ikke maa forveksles med Hensigtsmæssighedsspørgsmaalet. Dette — som for de privatretlige Retshandlers Vedkommende vilde være en for selvfølgelig Bemærkning — er der, naar Talen er om Forvaltningsakter, den særlige Grund til at fremhæve, at det Midde, hvormed de ugyldige og uhensigtsmæssige Forvaltningsakter bringes ud af Verden, undertiden for begges Vedkommende benævnes *Annulation*.⁵⁾ En saadan *Annulation* af uhensigtsmæssige Forvaltningsakter, der til Eks. er hjemlet i Købstadkommunalloven af 26/5 1868 § 12 og Landkommunalloven af 6/7 1867 § 33, idet der begge Steder tales om Beslutninger, som „gaar ud paa at træffe en for Kommunen fordærlig Foranstaltning“,⁶⁾ har intet at gøre med Ugyldighedsspørgsmaalet,

¹⁾ Jfr. fransk Kommunallov af 5/4 1884, Art. 47 og 48, Lov om Politiet udenfor København af 4/2 1871 § 7 og Lov om Københavns Politie af 11/2 1863 § 8.

²⁾ Til Eks. Ansættelse som Tjenestemand.

³⁾ de Valles p. 61—62 og 317—327, Kormann p. 136.

⁴⁾ Jfr. de Valles p. 62 og 320 og Kormann l. c.

⁵⁾ Se vedrørende den franske Kommunallov af 5/4 1888 § 95, C. d'E. 16/12 1900, Comm. de Saint-Marc, D. 12. 3. 141: „Cons. que si l'art. 95 de la loi du 5/4 1888 dispose que le préfet peut annuler ou suspendre l'exécution des arrêtés pris par le maire, ce droit n'a été conféré au préfet qu'en vue de lui permettre de prévenir l'application des prescriptions qu'il juge illégales ou inopportunes; ...“. Vedrørende den franske Lov om Départementsraadene af 10/8 1871 §§ 48 og 49 se Hauriou p. 182, Berthélemy p. 227.

⁶⁾ Købstadkomml. § 12 er nu ændret ved Lov No. 112 af 1. Marts 1919 § 10, der ikke indeholder den anførte Passus. Jfr. om *Annulation* paa Grund af Uhensigtsmæssighed ogsaa Fleiner p. 117.

der alene beror paa Forvaltningsaktens Ulovlighed.¹⁾ — Med Hensyn til Forvaltningsakter, der er frit tilbagekaldelige, vil Forskellen imidlertid tilsløres, saafremt det er Forvaltningsmyndigheden selv, der angriber Akten. Angrebet virker her saa at sige „abstrakt“;²⁾ en mulig foreliggende Ulovlighed kan være *Anledningen* til Forvaltningsaktens Tilbagekaldelse, men den er ikke nogen *nødvendig Forudsætning* for Tilbagekaldelsen.

§ 5.

Ugyldighed og Retsstridighed.

En Forvaltningsakts Ugyldighed forudsætter, at Akten er givet i Strid med en eller anden retlig forbindende Forskrift. Kun en vis Strid med den objektive Retsorden, ikke derimod med moralske eller andre udenfor Retsordenen liggende Handlenormer, kan medføre Ugyldighed. Det skal dog i denne Forbindelse bemærkes, at visse franske Forfattere opfatter „excès de pouvoir“ og herunder navnlig „détournement de pouvoir“ som beroende paa Overtrædelse af særlige, administrative Morralregler.³⁾ Denne Opfattelse er dog ikke den almindelige. Sædvanligt hævdes det — og formentlig med Rette — at „re-

¹⁾ Duguit p. 95—96, Jèze, Revue du droit public 1914, p. 595—599. — Anderledes Hauriou p. 473—474 og i en udførlig Note til C. d'E. 4/4 1914, Gomet, Sirey 1917, 3. 25.

²⁾ Kormann p. 312—313: „Der Widerruf ist die abstrakte Vernichtung eines Verwaltungsakts durch einen neuen Verwaltungsakt und kann aus den verschiedensten causae heraus geschehen ebenso wie im Privatrecht die abstrakte Ueberceignung ebenso schenkungshalber wie in Erfüllung eines Kaufvertrags wie in Erfüllung eines Vermächtnisses u. s. w. geschehen kann; die Anfechtung dagegen ist eine der möglichen causae des Widerrufs“.

³⁾ I en Note til C. d'E. 4/4 1914, Gomet, Sirey 1917. 3. 25., hævder Hauriou, at „excès de pouvoir“ i sin Helhed hviler paa et særligt Princip, som er forskelligt fra Legalitetsprincippet, og i 6. og 7. Udgave af „Précis du Droit administratif“ (derimod ikke i 8. Udgave) bemærker han, henh. p. 452 og 450, om „détournement de pouvoir“, at „... dans cette ouverture le point de vue de la légalité stricte est dépassé, et ... le recours pour excès de pouvoir ... s'élève jusqu'à être la sanction d'une moral juridique“.

cours pour excès de pouvoir“ er et Retsmiddel, der tilsigter en Kontrol med Forvaltningsaktens *Legalitet*.¹⁾

— Adskillige Forfattere og Domsafgørelser gaar imidlertid i Retning af, at en vis Gruppe af Retsforskrifter paa Forhaand, d. v. s. uden Hensyn til deres Indhold, skulde være uegnede til at bevirke Ugyldighed, nemlig de Retsforskrifter, som kun henvender sig til de administrative Organer selv (interne Forskrifter: Tjenesteinstruktioner, Cirkulærer, Forretningsordener osv.).²⁾ Under en Retstilstand som Politistatens, hvor de offentligtretlige Regler i det hele har Karakteren af saadanne interne Forskrifter,³⁾ der kun forbinder Myndighederne, vilde da Ugyldighedsspørgsmaalet overhovedet ikke kunne rejses. — Denne Anskuelse beror formentlig paa en uklar Opfattelse af Ugyldighedens Væsen; navnlig gør man sig vistnok ikke tilstrækkeligt klar den afgørende Forskel, der bestaar mellem Ugyldighed og visse andre retlige Følger af Forvaltningens normstridige Virksomhed. Hvor Talen er om at *kræve Erstatning* af det offentlige for Forvaltningens retsstridige Handlinger, maa Retsstridigheden referere sig til en egentlig, tosidigt⁴⁾ — d. v. s. saa-

¹⁾ Jfr. Michoud, Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration. Annales de l'Université de Grenoble 1914 p. 27 ff, Laferrière II p. 532.

²⁾ W. Jellinek: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung p. 223, de Valles p. 177 („... per il loro carattere non giuridico, non è giuridico il vincolo che esse stabiliscono, e quindi non si potrebbe dire l'atto che le sorpassasse viziato nel suo contenuto, poiche non è possibile che l'atto leda un diritto soggettivo“), Kormann p. 339. Af Domme kan anføres: C. d'E. 22/6 1917, Amadiou, D. 18. 3. 24; C. d'E. 19/3 1868, Champy, Rec. 1868 p. 326 („Cons. que, si les circulaires ministérielles précitées déclaraient, qu'il convenait qu'aucune demande en révision d'anciens règlements ne fût soumise aux enquêtes avant que l'administration supérieure eût d'abord consultée, ces circulaires ne constituaient qu'une instruction adressée par l'administration à ses agents, dont l'inobservation ne pouvait donner droit aux parties de faire annuler les arrêtés pris par le préfet ...“). Jfr. C. d'E 3/2 1911 Rossi, Rec. 125, og Jèze i Rev. du droit public 1906 p. 246—249 og 1911 p. 684—689. — Fra tysk Praksis kan anføres O. V. G. XXIX. 354.

³⁾ Jfr. Otto Mayer I p. 39—55, navnlig p. 48, Fleiner p. 32—38, de Valles p. 73.

⁴⁾ Se om denne Terminologi Jhering: Zweck im Recht (5. Udg.) I p. 259 ff. og Otto Mayer I p. 75 ff.

vel i Forhold til Borgerne som til det offentlige — forbindende Retsnorm.¹⁾ I mangfoldige Tilfælde er det en *processuel Betingelse for at kunne rejse Klage for Forvaltningsdomstolene*, at den paagældende er krænkede i en subjektiv Ret.²⁾ En saadan forudsætter naturligvis ogsaa Krænkelse af en i Forhold til Borgerne forbindende Retsnorm, in casu en Retsnorm, der beskytter den krænkede Interesse. Der er i disse Tilfælde Tale om et vist materielt eller processuelt Krav fra Borgernes Side, og til Begrundelse heraf er det nærliggende — om end ikke altid rationelt — at kræve, at en i Forhold til dem forbindende Retsnorm maa være krænkede. — Ugyldighed derimod er en Sanktion af ganske anden Art. Den skaber ikke Beføjelser for den ene eller den anden Part, men bestaar i det rent negative, at de tilsigtede Retsvirkninger ikke kommer til Eksistens.³⁾ Denne negative Omstændighed beror paa, at Loven knytter disse Retsvirkningers Indtræden til visse Forudsætninger, som ikke er opfyldt — Forudsætninger, der kan sammenfattes i Kravet om, at Forvaltningsakten maa være i formel og materiel Overensstemmelse med visse Normer, der tilsigter at skabe direkte eller indirekte Garantier for Forvaltningsmyndighedens rette Udøvelse. Om saadanne Normer henvender sig baade til Forvaltningsorganerne og til Borgerne eller kun til de førstnævnte, bliver i denne Forbindelse uden principiel Betydning. Det afgørende er alene *Indholdet* af Normen, nemlig om de formelle eller materielle Krav, dette stiller til Forvaltningsakten, er af væsentlig eller uvæsentlig Karakter. En Forskrift om, at en Bevilling eller Tilladelse kun kan meddeles efter Ansøgning, bør saaledes formentlig altid betragtes som afgørende for Gyldighedsspørgsmaalet, selv om den kun indeholdes i et til vedkommende Myndigheder rettet og kun for disse kundgjort Cir-

1) At man ikke altid bør lade et saadant Erstatningskrav være betinget af en retsstridig Handling er en Sag for sig, se U. f. R. 1921 B p. 129 ff.

2) Saaledes som Regel i Tyskland, jfr. Fleiner p. 252 med Note 67. Tidligere ogsaa saaledes i Frankrig, naar Talen var om den 3. „*ouverture*“ i „*excès de pouvoir*“ („*violation de la loi et des droits acquis*“), jfr. Laferrière II p. 505.

3) Her kan dog nævnes J a p i o t, der — noget skruet — opfatter Ugyldigheden som en „*droit de critique*“, se p. 369.

kulære. Omvendt vilde en Sessionsbehandling ikke vitieres, selv om den værnepligtige imod en Bestemmelse i Værnepligtsloven maatte have fremstillet sig i urenvasket Stand.

— Denne Anskuelse, at Ugyligheden alene beror paa den tilsidesatte Retsnorms Indhold, om dette er væsentligt eller uvæsentligt, set i Forhold til Forvaltningsakten, er nu heller ikke helt uden Tiislutning, skønt den som nævnt ikke finder almindelig Tiislutning hos Forfatterne og i de foreliggende Domsafgørelser. I Sagen C. d'E. 223 1912, Le Moign, der angik Spørgsmaalet om, hvorvidt den Omstændighed, at Conseil général har tilsidesat sin Forretningsorden, medfører, at den trufne Beslutning bliver ugyldig, besvarer C. d'E. i Overensstemmelse med nogle tidligere Afgørelser dette Spørgsmaal benægtende. Dommen fremhæver, at Conseil général i Følge § 26 i Loven af 10. August 1871 selv fastsætter sin Forretningsorden. — I en Note til Dommen¹⁾ kritiserer *Hauriou* imidlertid dette Resultat, idet han dels anfører, at C. d'E. i nogle Tilfælde har overskredet „la limite assez imprécise qui sépare les règlements territoriaux des règlements intérieurs“, dels gør gældende, at den Omstændighed, at Conseil général suverænt har vedtaget sin Forretningsorden, ikke kan berettige det til at fravige den i det enkelte Tilfælde. Det *konkrete* Tilfælde er undergivet de *almindelige Regler*, siger *Hauriou*, og man bør med Hensyn til „règlements intérieurs“ reservere Dommeren samme Mulighed for at sondre mellem „dispositions impératives“ og andre Forskrifter som den, der tilkommer ham med Hensyn til Love.²⁾ — Denne Anskuelse deles i Virkeligheden af *Jèze*. Denne Forfatter bemærker vel, at „l'instruction générale, ... n'(est) pas juridiquement obligatoire pour l'agent subordonné, en ce sens que s'il ne se conforme pas à l'instruction générale ... son acte est nul.“³⁾ Men ved Afgørelsen af Spørgsmaalet om, hvorvidt de fra en Minister hidrørende generelle Bestemmelser i materiel Hensende bør anses som „instructions“ eller „règlements“, lægger han Vægten paa, om Bestemmelserne indeholder „des garanties nouvelles aux particuliers ou aux agents publics;“⁴⁾

¹⁾ Sirey 1913. 3. 195, jfr. Revue du droit public 1913 p. 714 ff.

²⁾ Jfr. ogsaa hans Précis de droit administratif p. 507.

³⁾ Gaston Jèze: Cours de Droit public, Paris 1923, p. 68.

⁴⁾ Jèze, anførte Værk p. 73.

er dette sidste Tilfældet, har vedkommende Bestemmelse Ugyldighedsvirkning.

I dansk Retspraksis er det antaget, at Nægtelse af en Tilladelse til at afholde offentlige Oplæsninger og Foredrag var ugyldig, fordi Oplæsning og Foredrag „ikke nævnes blandt de i Justitsministeriets Cirkulære af 27. Marts 1861 ommeldte Forlystelser, Præstationer og Forevisninger, til hvilke der ifølge samme kræves Politimesterens Tilladelse, ligesom de ej heller skønnes ganske at kunne stilles ved Siden af disse“.¹) Idet Dommen saaledes paaberaaber sig manglende Hjemmel i det nævnte Cirkulære, synes man at kunne gaa ud fra, at Højesteret ogsaa i et vist Omfang vil betragte positiv Uoverensstemmelse med saadanne „interne“ Forskrifter som Ugyldighedsgrund.

— Kan altsaa ingen Retsforskrift paa Forhaand, d. v. s. uden Prøvelse af dens materielle Indhold, frakendes Betydning for Spørgsmaalet om Forvaltningsaktens Gyldighed, maa det omvendt betones, at dette Spørgsmaal netop kun kan afgøres ud fra en Undersøgelse af, hvorvidt Kompetenceregler, Formforskrifter o. s. v. er af *væsentlig eller uvæsentlig* Betydning for Forvaltningsaktens indholdsmæssige Lovlighed og Rigtighed. En saadan Undersøgelse har man²) dog undertiden ment at kunne skyde fra sig ud fra følgende Betragtning: Forvaltningsaktens Egenskab af retsstiftende Kendsgerning, specielt dens Evne til at fremkalde de med dens Indhold stemmende Retsvirkninger, altsaa dens Gyldighed, beror paa den objektive Retsorden. Denne indeholder paa den anden Side en Række Regler om Forvaltningsaktens Subjekt, om dens Form og Indhold. Heraf kan ad rent logisk Vej drages den Slutning, at hvis Forvaltningsakten ikke stemmer med disse Regler, kan den ikke være anerkendt.

¹) H. R. D. i U. f. R. 1900. 318.

²) Jfr. de Valles p. 64 og 483, Bernatzik Rechtsprechung u. materielle Rechtskraft p. 283, Hans Kelsen: Ueber Staatsunrecht, Grünhuts Zeitschrift Bd. 40 (1914) p. 48 og p. 74 ... („... an sich ist kein Mangel juristisch mehr oder weniger von Bedeutung ...“) og p. 85—86 („... indem (die positive Rechtsordnung) ein Erfordernis für den Staatsakt aufstellt und im übrigen über die Wirkung des Mangels schweigt, muss die Interpretation Nichtigkeit als Wirkung des Mangels annehmen“).

kendt af Retsordenen. — Hvis Ugyldigheden var den irregulære Forvaltningsakts eneste „Sanktion“, kunde denne Slutning for saa vidt synes rigtig, som det kun rent undtagelsesvis kan antages, at Retsordenen giver Regler, hvis Overtrædelse er uden nogensomhelst Sanktion (leges imperfectae). Som allerede ovenfor berørt kender Lovgivningen imidlertid andre Sanktioner af den irregulære Forvaltningsakt end dennes Ugyldighed, nemlig Straf og Erstatning og Foranstaltninger overfor vedkommende Forvaltningsorgan af rent disciplinær Natur,¹⁾ f. Eks. langsommere Avancement, Afkortning i Lønnen og lign. Under denne Tingenes Tilstand kan man ikke uden videre gaa ud fra, at enhver retlig Uregelmæssighed medfører Forvaltningsaktens Ugyldighed. Den Mulighed maa altid have for Øje, at Uregelmæssigheden finder en anden, tilstrækkelig Sanktion eller maa ske endog forbliver uden enhver Sanktion.²⁾

§ 6.

Forskellige Slags Ugyldighed.

I Civilretten har man som bekendt delt Ugyldighedstilfældene i to Hovedgrupper: Nullitet og Anfægtelighed. Nullitet omfatter de Tilfælde, hvor den retlige Uvirkomhed er absolut, medens der foreligger Anfægtelighed, hvor den retlige Uvirkomhed er betinget af, at den Part, mod hvem Overenskomsten gøres gældende, paaberaaber sig de foreliggende Ugyldighedsgrunde.³⁾ Denne Sondring har været Genstand for Angreb, som i Hovedsagen gaar ud paa, at naar Læren har henført en Ugyldighedsgrund under den ene eller den anden af de to Grupper, tillægger den *uden nogen real Undersøgelse* den paagældende Ugyldighedsgrund en Række Virkninger, der formenes at staa i nødvendigt Sammenhæng med Gruppens ovennævnte Hovedkendemærke.⁴⁾

¹⁾ Se § 18 i Lov No. 489 af 12. Sept. 1919 om Statens Tjenestemænd.

²⁾ J e z e p. 62.

³⁾ Jul. Lassen, Nullitet og Anfægtelighed p. 47—56 og Læren om Aftaler 1917 p. 72.

⁴⁾ Jul. Lassen, Nullitet og Anfægtelighed 1. c. og Læren om Aftaler p. 75.

I den offentlige Ret har man søgt at gennemføre en tilsvarende Sondring indenfor de ugyldige Forvaltningsakter, dog saaledes, at Kriteriet her ikke er en Reaktion fra den, mod hvem Forvaltningsakten gøres gældende, men derimod, om den retlige Uvirksomhed er betinget af en derpaa rettet, autoritativ Udtalelse fra det offentlige (fra det Forvaltningsorgan, der har foretaget Forvaltningsakten, eller et dette kontrollerende, administrativt Organ, eller fra en administrativ eller almindelig Domstol).¹⁾

W. Jellinek²⁾ skelner mellem den „absolut“ uvirksomme og den „gyldige“ Statsakt. Den absolute Uvirksomhed er den stærkeste Følge af Statsaktens Mangler. Akten har ikke hidført nogen som helst Ændring af Retsforholdene og kan derfor ignoreres af ethvert Statsorgan og af enhver Privatmand. Da den imidlertid paa Grund af sin Lighed med en gyldig Statsakt kan medføre „eine gewisse tatsächliche Gefahr“, har Staten Interesse i — til Fjernelse af enhver Tvivl — paa autoritativ Maade at erklære Akten „nichtig“, hvilket ogsaa ofte finder Sted. En saadan Erklæring er kun *konstaterende*. — Alle andre Statsakter kalder W. Jellinek gyldige, idet de paa en eller anden Maade er virksomme. Saadanne Akter maa anerkendes af alle vedkommende Statsorganer og private, indtil en dertil kompetent Myndighed har tilbagekaldt Statsakten eller erklæret den for „nichtig“. En saadan Tilintetgørelseserklæring virker *ex tunc*, i Modsætning til den blotte Tilbagekaldelse, der kun har Virkning *ex nunc*.³⁾

Kormann⁴⁾ sondrer mellem „Nichtigkeit“, „relative Unwirksamkeit“ og „Anfechtbarkeit“. For den *førstnævnte Kategori* angiver han de samme Kendemærker, som dem W. Jellinek knytter til den absolute Uvirksomhed, specielt anføres, at den

¹⁾ Jfr. Jul. Lassen, Nullitet og Anfægtelighed p. 77.

²⁾ Der fehlerhafte Staatsakt p. 44—53, jfr. samme Forf.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung p. 208 ff.

³⁾ Med Rette indvender Hans Kelsen (Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 40 (1914) p. 67 mod denne Systematik, at to af hinanden ganske uafhængige Synspunkter krydser hinanden i Jellineks Kategori: „Der zurücknehmbare Staatsakt“, nemlig *ex nunc* Virkningen og det Subjekt, som gør Manglen gældende.

⁴⁾ p. 204—209.

„nichtige“ Befaling ikke har Krav paa Lydighed, og at den „nichtige“ Akt ikke kan medføre Forpligtelse til Erlæggelse af Gebyrer. Yderligere opstiller *Kormann* som en Grundsætning, at der gives ingen „Heilung der Nichtigkeit“. — *Den relative Uvirksomhed* kan ligesom „Nichtigkeit“ gøres gældende, uden at der behøver at foreligge nogen autoritativ Erklæring om Ugyligheden; men medens alle og enhver kan paaberaabe sig „Nichtigkeit“, virker den relative Uvirksomhed kun til Gunst for visse Personer. — *Anfægteligheden* karakteriseres ved, at den retlige Uvirksomhed ikke foreligger fra først af, men maa hidføres ved en Uvirksomhedserklæring.

Ogsaa *Otto Mayer*¹⁾ og *Fleiner*²⁾ sonderer mellem „Nichtigkeit“ og „Anfechtbarkeit“ eller, som *Otto Mayer* kalder det, „einfache Ungültigkeit“, „Vernichtbarkeit“.

Alcindor inddeler de ugyldige Forvaltningsakter i „les actes inexistants“, „les actes irréguliers“ og „les actes annulables“³⁾. „*L'acte inexistant*“ er blottet for enhver Retsvirkning, og Ugyligheden kan gøres gældende uden Sagsanlæg, („d'agir en justice“). Hvis Myndigheden skrider til at gennemføre Forvaltningsakten, har vedkommende Borger Ret til at yde Modstand, og hvis den er gennemført, kan han gøre Ansvar gældende mod den Tjenestemand, der er ansvarlig for det stedfundne Overgreb. „*L'acte irrégulier*“ er ikke uden videre blottet for Retsvirkninger. Et Sagsanlæg („action en justice“) er nødvendigt til Undertrykkelse af Akten. Annulationen, der virker ex tunc, kan paaberaabes af enhver, som er krænket ved den skete Ulovlighed, enten direkte i Form af et Sagsanlæg til Forvaltningsaktens Omstødelse, eller indirekte, idet Sagsanlægget ikke rettes mod selve den mangelfulde Forvaltningsakt, men derimod enten vedrører en Afgørelse, der er truffet paa Basis af den, eller gaar ud paa Oprettelse i Anledning af materielle Følger af den mangelfulde Forvaltningsakt. — Modstand mod Eksekution er ulovlig; har Eksekution fundet Sted, kan der forlanges Erstatning hos den skyldige Tjenestemand eller hos det offentlige. „*L'acte annulable*“ adskiller sig fra „l'acte irrégulier“

¹⁾ I p. 97—98.

²⁾ p. 194—199.

³⁾ p. 8 ff.

lier“ derved, at dens Ugyldighed kun virker *ex nunc*. Dommeren, som skal træffe Bestemmelse om dens Annulation, kan udøve et vist, friere Skøn, hvori der indgaar „*considération de fait ou d'opportunité*“. Den indirekte Rekurs er udelukket; den direkte kan kun finde Sted indenfor en kort Frist, efter hvis Forløb Akten er fuldt gyldig.

*Trentin*¹⁾ tager som Udgangspunkt Privatrettens traditionelle Sondring mellem „*inesistenza*“ og „*invalidità*“, idet han dog fremhæver forskellige Omstændigheder, som indenfor den offentlige Ret modificerer Betydningen af denne Sondring. Den Forvaltningsakt, som i sig selv er en Nullitet („*inesistente*“), kan saaledes til Forskel fra den tilsvarende privatrettlige Akt hidføre juridiske Virkninger i Kraft af sin Eksigibilitet. Og Forvaltningsmyndighederne kan selv udtale deres Viljestilkendegivelser Ugyldighed — i saa Henseende har Sondringen mellem den absolute Nullitet og Annulabiliteten overhovedet ingen Interesse.²⁾

Alle de nævnte Forfattere anvender, under forskellige Betegnelser, Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed. Beretigelsen heraf bestrides af *Jèze*, der om den af Alcindor anvendte Inddeling bemærker, at den aabenbart er for ubøjelig og ikke systematiserer alle de faktisk forekommende Tilfælde.³⁾ *Jèze* opstiller da følgende Gruppering af „*les sanctions attachées, actuellement, en France, par la loi ou par la jurisprudence, aux irrégularités des actes juridiques*“⁴⁾, idet han gaar fra de stærkere til de svagere Arter af Ugyldighed:

1) „*Inexistence*“. Akten har slet ingen Retsvirkninger; en autoritativ Konstatering af Nulliteten er ufornöden. Enhver, som har Interesse deri, kan paaberaabe sig Ugyldigheden, og denne kan ikke bortfalde ved Forældelse eller Ratifikation.

2) „*Nullité radicale*“. Aktens Ugyldighed er betinget af Annulation, men vedkommende Dommer er forpligtet til paa Forlangende at udtale Annulationen, uden at der er aabnet ham nogen Adgang til at bygge sin Afgørelse paa et friere Skøn.

¹⁾ p. 305—316.

²⁾ p. 314.

³⁾ p. 55, Note 1.

⁴⁾ p. 57.

Iøvrigt har denne Gruppe de samme Kendemærker som den foregaaende.¹⁾

3) „*Nullité simple*“. Det, som karakteriserer denne Gruppe i Forhold til „*Nullité radicale*“, er dette, at der her gælder en vis Frist for Adgangen til at gøre Nulliteten gældende ad direkte Vej (ved en *actio*). Iøvrigt finder vi her de samme Kendemærker, som ved „*Nullité radicale*“.

4) „*Nullité relative*“. Akten kan kun forlanges annulleret af visse af de deri interesserede, og der er fastsat en Frist for saavel den direkte som den indirekte Adgang til at gøre Ugylldigheden gældende. Endvidere kan Ugylldigheden fjernes ved Konfirmation. Iøvrigt genfinder vi de for „*la nullité simple*“ gældende Kendemærker.

5) „*Nullité facultative pour le juge*“. Her er Ugylldigheden yderligere afsvækket, idet Loven tillægger Dommeren Adgang til at skønne frit over, om Annulation bør finde Sted.

6) „*Non opposabilité de l'acte irrégulier à certains individus*“. Akten frembringer i Almindelighed sine Retsvirkninger, men kan blot ikke gøres gældende overfor visse særlige Personer. Denne relative Ugylldighed er betinget af en derpaa rettet Udtalelse fra en kompetent Domstol, der paa rettidigt Forlangende af en af de interesserede Personer undertiden kan, undertiden skal udtale Ugylldigheden.

7) „*Privation de certains effets juridiques*“. Her mangler Akten kun visse af sine Retsvirkninger; en Pantsætning, der ikke sker i den foreskrevne Form, kan til Eksempel være ugylldig som saadan, men dog begrunde en Forpligtelse til at foretage den omhandlede Pantsætning.

8) „*Absence de toute sanction juridique*“.²⁾

¹⁾ Vi ser i Gengivelsen af denne Systematik bort fra de af Jèze berørte Spørgsmaal om, hvorvidt Aktens Eksekution betegner „*voie de fait*“ eller begrunder Straf, Erstatning og Ret til at øve passiv Modstand.

²⁾ de Valles forkaster for de ugyldige Forvaltningsakters Vedkommende de fra Civilretten kendte Sondringer (*Inesistenza, Nullità, Annullabilità*), væsentlig ud fra følgende rent formalistiske Betragtninger: „... è del tutto arbitrario il dire che per certe violazioni la legge abbia voluto negare assolutamente ogni riconoscimento alla volontà, mentre per certe altre abbia voluto accordare un riconoscimento, ma subordinandolo all'inerzia di altro soggetto interessato“, p. 483.

— *Jèze* har aabenbart Ret i, at en Ugyldighedslære, som skal være et sandt Udtryk for den juridiske Virkelighed, maa være stærkt nuanceret. Retslivets Ugyldighedstilfælde lader sig ikke udtømmende indordne under 2 eller 3 Rubriker. Men dette er i sig selv ikke nogen Indvending mod at foretage en *Hovedsondring* mellem Nullitet og Anfægtelighed, hvilket jo ikke udelukker en yderligere Underinddeling, og de af *Jèze* opstillede Kategorier bekræfter nærmest, at den *overvejende* retlige Interesse netop knytter sig til Sondringen mellem Nullitet og Anfægtelighed. Vi ser herved bort fra, at *Jèze's* System omfatter ikke blot ugyldige Forvaltningsakter, men ogsaa ugyldige privatretlige Retshandler, og at samtlige Kategorier undtagen „inexistence“ og „nullité radicale“ alene belyses med Eksempler, der er hentet fra Privatretten. Thi den franske Kommunallov af 5/4 1884 § 64 frembyder f. Eks. et Tilfælde af „Nullité facultative pour le juge“,¹⁾ og *Jèze* anfører selv andetsteds²⁾ Eksempler paa „Non-opposabilité“ indenfor den offentlige Ret. Derimod skal det fremhæves, at alle de af *Jèze* opstillede Grupper undtagen „inexistence“ kendetegnes ved, at Ugyldigheden, d. v. s. Retsvirkningernes Udebliven, er betinget af en Annulation. Dette Kendemærke er altsaa fælles for alle de nævnte Grupper og derved egnet til at benyttes som Hovedinddelingsgrund. Indenfor hver af de to Hovedgrupper af Ugyldighedstilfælde, som derigennem fremkommer, kan i *andre Henseender* findes vigtige Forskelligheder, som muligen kan begrunde ny Inddelinger. I nærværende Afhandling, hvor Vægten i det hele vil blive lagt paa en Fremstilling af selve Ugyldighedsgrundene, skal saadanne yderligere Inddelinger af Ugyldighedstilfældene ikke søges gennemført; derimod vil der i Forbindelse med Fremstillingen af de enkelte Ugyldighedsgrunde blive gjort nogle Bemærkninger om, hvorvidt den af dem bevirkede Ugyldighed hører til Nullitets- eller Anfægtelighedsgruppen. I den følgende Paragraf skal dog først omhandles de almindelige retlige Betragtninger og reale Hensyn, paa hvilke Sondringen beror.

¹⁾ Jfr. Alcindor p. 121 ff.

²⁾ Revue du droit public 1910 p. 684—695.

**Almindelige Synspunkter for, om Ugyldigheden bør betragtes
som Nullitet eller som Anfægtelighed.**

Nogle Forfattere har ment, at Spørgsmaalet: Nullitet eller Anfægtelighed, maa løses ad rent „logisk“ (eller „retslogisk“) Vej, og de kommer da til det Resultat, at alle ugyldige Forvaltningsakter — hvor der ikke er positiv Hjemmel for andet — er Nulliteter. *De Valles*¹⁾ anstiller saaledes følgende Betragtning: Viljen har ikke Retsvirkninger ved sin egen Kraft, men fordi Retsordenen — under visse Betingelser — tillægger den Retsvirkninger. Det synes derfor „logisk“ at drage den Slutning, at Retsordenen ikke lader Retsvirkningerne indtræde, hvis Viljen er fattet eller erklæret paa en Maade eller med et Indhold, der strider mod Retsordenen. „Det er fuldkommen vilkaarligt at sige, at naar der foreligger visse Krænkelser af Loven, har den villet nægte Viljen enhver Anerkendelse, medens den, naar visse andre Krænkelser foreligger, har villet yde den en Anerkendelse, der dog er betinget af, at der ikke reageres fra et andet, interesseret Retssubjekts Side.“ Og *Hans Kelsen*²⁾ bemærker følgende vedrørende W. Jellineks og Kormanns Udtalelser angaaende Manglen af positive Bestemmelser om, hvilke Mangler der medfører Nullitet: „Dass ... gerade das Stillschweigen für die Entscheidung der Frage, wann Nichtigkeit vorliegt, bestimmend sein muss, ist den Autoren im Dunkeln geblieben. Die positive Rechtsordnung braucht ... gar nicht ausdrücklich hervorzuheben, dass der Mangel irgend eines Erfordernisses Nichtigkeit bewirke. Denn indem sie ein Erforderniss für den Staatsakt aufstellt und im übrigen über die Wirkung des Mangels schweigt, muss die Interpretation *Nichtigkeit* als Wirkung des Mangels annehmen. ... Es (ist) ganz und gar verkehrt von der Rechtsordnung zu erwarten, dass sie neben den positiven Erfordernissen an den Staatsakt noch ausdrücklich dessen Nichtigkeitsgründe systematisch aufzählen solle, weil es unsinnig ist, dass die Rechtsordnung, wenn sie bereits die Voraus-

¹⁾ p. 483.

²⁾ Ueber Staatsunrecht. Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 40 (1914) p. 85.

setzungen aufgestellt hat, an welche sich bestimmte Rechtswirkungen knüpfen, noch ausdrücklich hinzufüge, dass mangels dieser Voraussetzungen die Rechtswirkungen *nicht* eintreten sollen.“

Saa simpel er Løsningen naturligvis ikke. Hvor Retsvidensskaben, som her og i Ugyldighedslæren i det hele, maa virke retsproduktivt, gaar det ikke an saaledes at skyde alle reale Hensyn i Baggrunden til Fordel for slige, rent formale Betragtninger. At nu stærke reale Hensyn taler for, at Ugyldigheden i hvert Fald i visse Tilfælde kun kan gøres gældende, naar den er autoritativt udtalt, vil fremgaa af det følgende, og det vanskelige Spørgsmaal bliver da kun, efter hvilke almindelige (vejledende) Principer Grænsen mellem Nullitets- og Anfægtelighedstilfældene maa drages.

I saa Henseende synes — bortset fra de to nævnte Forfattere — den Mening at være fremherskende, at medens Nullitetstilfældene er langt talrigere end Anfægtelighedstilfældene indenfor den civilretlige Ugyldighed, forholder det sig omvendt i den offentlige Ret.¹⁾ Kun undtagelsesvis medfører her Mangler ved en Forvaltningsakt den højeste Grad af Ugyldighed, Nullitet; naar den overhovedet bevirker Ugyldighed, hvilket ingenlunde altid er Tilfældet, vil der som Regel foreligge Anfægtelighed, idet Forvaltningsakten ytrer sine Retsvirkninger, indtil dens Ugyldighed udtales af den dertil kompetente — administrative eller judicielle — Myndighed.

Denne Modsætning mellem den privatretlige og offentligretlige Ugyldighed har man paa forskellig Maade søgt at begrunde. *Otto Mayer*²⁾ henviser til „die grundsätzliche Verschiedenheit des Rechtswertes der Willenserklärungen der Obrigkeit von dem der Rechtsgeschäfte der Einzelnen. Die letzteren sind wirkungslos, wenn sie nicht ihre Rechtmässigkeit nachweisen. Die Obrigkeit aber, wenn sie innerhalb ihrer allgemeinen Zuständigkeit bestimmt, *bezeugt* damit zugleich, dass die besonderen Voraussetzungen für die Gültigkeit ihres Aktes gegeben sind. Diese *Selbstbezeugung* und damit die Wirksamkeit des

¹⁾ Kormann p. 216—217, Alcindor p. 18; jfr. ogsaa Jul. Lassen: Læren om Aftaler p. 72—75.

²⁾ I p. 98.

Aktes kann nur überwunden werden durch eine stärkere Zuständigkeit“.¹⁾) — Bortset fra, at det formentlig er urigtigt at tillægge de offentlige Myndigheders Viljeserklæringer større „retlig Værdi“ end de private, idet begge kun har den Værdi, dvs. Retsvirkning, som Loven tillægger dem,²⁾) skal det til denne Opfattelse kun bemærkes, at Forvaltningsakten i Virkeligheden jo ikke indeholder nogen saadan „Selbstbezeugung“. Og selv om den gjorde det, hvad Virkning kunde det vel have? En udtrykkelig eller stiltiende Bevidnelse af Forvaltningsaktens juridiske Rigtighed, hidrørende fra samme Organ som selve Akten, yder dog i sig selv ingen særlig Garanti. Det ene — Bevidnelsen — kan være lige saa mangelfuldt som det andet — selve Forvaltningsakten.³⁾)

*Fleiner*⁴⁾) begrunder Nødvendigheden af en Ugyldighedserklæring med „Verkehrsrücksichten“. „Die Rechtssicherheit wäre gefährdet, stünde jeder Behörde und jedem Bürger die Befugnis zu, einen der äusseren Erscheinung nach gesetzmässigen Staatsakt als nicht vorhanden zu betrachten“. — Dette er i og for sig rigtigt, men *Retssikkerheden* er ikke Retsordenens eneste, end ikke dens principale Formaal. Først og fremmest fremtræder Retsordenen med Krav paa Respekt i det konkret foreliggende Tilfælde.

At Anfægteligheden spiller den overvejende Rolle indenfor den offentligretlige Ugyldighed, medens Nullitetstilfældene er de hyppigste indenfor de ugyldige Retshandler, beror formentlig paa følgende: De private, retsstiftende Udtalelser frembyder meget faa Garantier for deres juridiske Rigtighed (at de hidrører fra en habil og kompetent Person, at de ikke er afgivet under Tvang o. s. v.). Privatretten opstiller nok en Række Regler om Habilitet og Competence, om Tvang, Svig osv., hvis

¹⁾ Jfr. K o r m a n n p. 218.

²⁾ I første Udgave (p. 97 Note 3 og p. 100 Note 7) bestrider O t t o M a y e r udtrykkeligt dette, idet han bemærker: „dass der Akt seine Kraft nicht dem Gesetz entlehnt“. Denne Bemærkning er udgaet i anden Udgave, men Konsekvensen, Forvaltningsaktens større „retlige Værdi“, er — uden nogen ny Begrundelse — fastholdt.

³⁾ H a n s K e l s e n kritiserer ogsaa O t t o M a y e r s Lære om „Selbstbezeugung“, se Ueber Staatsunrecht p. 81.

⁴⁾ p. 199.

Overholdelse er en Betingelse for, at en gyldig Retshandel kan komme til Eksistens. Men den forbyder normalt ikke¹⁾ Personer at indgaa Retshandler under Tilsidesættelse af disse Regler og skaber overhovedet ingen direkte Garantier for, at de ikke gør det. I det praktiske Retsliv vrimler det da ogsaa med ugyldige Retshandler. — Anderledes er Forholdet med Hensyn til Forvaltningsakter. Disse hidrører for det første fra et administrativt Organ, d. v. s. fra en Person, som dels fyldestgør Lovens Betingelser for at kunne beklæde vedkommende Stilling (en vis Alder, Eksamen, anden forudgaaende Uddannelse, et vist Minimum af økonomisk Selvstændighed og moralske Kvalifikationer m. v.), dels hidleder sin Egenskab af offentligt Organ fra en Udnævnelse eller Valg; i begge Tilfælde er den paagældende som Regel *udvalgt* blandt flere. For det andet skaber Lovgivningen gennem den hierarkisk ordnede Administration og særlige tilsynsførende Myndigheder, gennem Straffebestemmelser for Embedsforseelser, gennem Formforskrifter o. s. v. en Række objektive Garantier for de administrative Handlingers, derunder Forvaltningsakternes, juridiske Rigtighed.

Alt dette bevirker, at der er en særlig begrundet Formodning for, at Forvaltningsakterne er mangelfri og derfor gyldige. Paa Trods af denne Formodning at give andre offentlige Myndigheder og private Adgang til uden videre at ignorere en Forvaltningsakt, som de anser for ugyldig, vilde bevirke, at Forvaltningens Gang i vidt Omfang kunde blive hæmmet at *ugrundede* Indvendinger.²⁾

Tør det saaledes anses for rigtigt, at Anfægteligheden spiller en langt betydeligere Rolle i den offentlige end i den private Ret, er hermed endnu ikke afgjort, *hvornaar* en Mangel medfører den ene eller den anden Art af Forvaltningsaktens

¹⁾ Jfr. dog til Eks. Forordning af 6/10 1753 om Hasardspil.

²⁾ En gammel fransk Dom, Cour de Cass. 5/1 1821, Luis Bernard, Journal des audiences de la Cour de Cass. 1821 p. 111, vedrørende Modstand mod Anholdelse udtrykker sig saaledes: „... cette illégalité ne peut, en aucun cas, autoriser un particulier à s'y opposer avec violence et voies de fait; ... le système contraire qui conduirait directement à autoriser chaque particulier à se constituer juge des actes émanés de l'autorité publique, serait subversif de tout ordre public ...“ Jfr. Ørsted: Supplement til Nørregaards Forelæsninger, p. 219 (i Kapitlet „Om Øvrighed“).

Ugyldighed. Man har ved Besvarelsen af dette Spørgsmaal snart lagt Vægt paa Manglens „indre“, snart paa dens „ydre“ Karakter.

Efter *W. Jellinek* skulde det komme an paa den tilsidesatte Regels „juridiske Vægt“, om den er af „tvingende Natur“ eller „væsentlig“. Dette formenes som Regel at være Tilfældet med Reglerne vedrørende Forvaltningsaktens Subjekt, Objekt og Former; Nullitet er derfor den hyppige Følge af disse Reglers Tilsidesættelse. Det samme gælder derimod ikke om Reglerne angaaende Forvaltningsaktens saglige Rigtighed; den sagligt urigtige Statsakt er i de færreste Tilfælde ipso jure uvirksom.¹⁾ — Med Rette har man herimod indvendt,²⁾ at naar man saaledes lægger Vægten paa Manglens „indre“ Betydning, synes det vanskeligt at forstaa, hvorfor Krænkelse af f. Eks. en Kompetencerregel medfører Nullitet, medens den saglige Urigtighed kun bevirker Anfægtelighed. En Mangel som sidstnævnte er dog saa at sige en Mangel i selve Forvaltningsaktens Resultat, hvis saglige Rigtighed er et Hovedformaal ogsaa for Kompetencerreglerne. En Tilsidesættelse af disse sidste udelukker jo derimod ikke, at Forvaltningsaktens Indhold kan være i enhver Henseende fejlfrit.

Andre har villet tillægge Manglens „ydre“ Karakter, d. v. s. Spørgsmaalet om den er aabenbar eller skjult, afgørende Betydning. *Hatschek*³⁾ taler saaledes om, at en Forvaltningsakt „dann nicht bloss anfechtbar, sondern *nichtig ist, wenn er den Missbrauch der Organisationsgewalt gewissermassen auf der Stirne trägt*“. Og *Fleiner*⁴⁾ mener, at Retssikkerheden vilde være i Fare, „stünde jeder Behörde und jedem Bürger die Befugnis zu, einen *der äusseren Erscheinung nach*⁵⁾ gesetzmässigen Staatsakt als nicht vorhanden zu betrachten“. *Alcindor*⁶⁾ beskriver „les cau-

¹⁾ Der fehlerhafte Staatsakt p. 103—104. Ogsaa *Otto Mayer* synes at ville lade Manglens indre Betydning være afgørende for, om Ugyldigheden faar Karakter af Nullitet eller Anfægtelighed, se I p. 97. I denne Retning gaar ogsaa nærmest Noten til C. d'E. 17/2 1911, Poupart, i Rec. p. 213.

²⁾ *Hans Kelsen*, Ueber Staatsunrecht p. 69.

³⁾ p. 115.

⁴⁾ p. 199.

⁵⁾ Fremhævet her.

⁶⁾ p. 118.

ses d'inexistence" saaledes: "... l'agent a fait un acte que *manifestement* il n'avait aucune qualité pour accomplir. La violation de la loi commise par lui est *flagrante*. L'acte *apparaît* comme une prétention insoutenable; il est dénué de toute force. L'atteinte portée au disposition réglementaire est si *nette*, qu'elle lui enlève toute valeur; nul ne peut faire crédit à une décision *manifestement* condamnée, puisqu'il manque un élément essentiel à sa formation ...".¹⁾

En nærmere Betragtning vil nu formentlig godtgøre, at det af disse sidstnævnte Forfattere hævdede Synspunkt er det rette. Grunden til, at den forvaltningsretlige Ugyldighed i vidt Omfang maa karakteriseres som Anfægtelighed, er som ovenfor nævnt en særlig begrundet Formodning for Forvaltningsaktens Rigtighed, idet Forvaltningen i betydelig Grad vilde blive hæmmet i sin Virksomhed ved *ugrundede* Indvendinger, saafremt man paa Trods af denne Formodning gav offentlige Myndigheder og private Adgang til at ignorere en Forvaltningsakt, som de anser for ugyldig. Denne Begrundelse strækker sig imidlertid *kun* til de Tilfælde, *hvor det virkelig kan være tvivlsomt*, om Forvaltningsakten er gyldig eller ej. Hvor Ugyldigheden er saa utvivlsom, at Muligheden for Fejltagelser praktisk talt er udelukket, bør saavel private Borgere som offentlige Myndigheder kunne behandle Forvaltningsakten som i retlig Henseende ikke eksisterende.

For at Ugyldigheden kan siges at være utvivlsom, maa det for det første udkræves, at den foreliggende Mangel i sig selv er saa væsentlig, at den *givet* medfører Ugyldighed. Om mange Formmangler og Mangler vedrørende den ydre Fremgangsmaade ved Forvaltningsaktens Skabelse kan det være tvivlsomt, hvorvidt de medfører Ugyldighed, og saadanne Mangler vil da *under ingen Omstændigheder* kunne medføre Nullitet. — For det andet maa selve *Tilstedeværelsen af Manglen være aabenbar*. At der foreligger Inkompetence, Overtrædelse af en Formforskrift osv. maa være utvivlsomt.

Begge disse Momenter maa fastholdes ved Bedømmelsen af, om en Mangel medfører Anfægtelighed eller Nullitet; mangler *et* af dem, vil der højst kunne være Tale om, at der foreligger

¹⁾ Udhævelserne er foretaget her,

Anfægtelighed. Naar man saaledes har været tilbøjelig til at anse enhver Kompetencemangel for en Nullitetsgrund, saa er dette vel for saa vidt rigtigt, som normalt *enhver* saadan Mang~~el~~ *givet* medfører Ugyldighed; men for saa vidt urigtigt, som selve Spørgsmaalet, *om der* foreligger en Kompetencemangel, kan være endog særdeles tvivlsomt paa Grund af Kompetence-reglens Uklarhed m. m. — Omvendt forholder det sig med Form-regler. Sædvanligt vil her Spørgsmaalet om Formmanglens *Tilstedeværelse* ikke volde synderlig Tvivl, medens det nok undertiden kan omtvistes, om en Formforskrift overhovedet har Evne til at bevirke Ugyldighed.¹⁾

¹⁾ Alcindor karakteriserer „l'inexistence“ med en Sætning, der i koncis Form ganske dækker den ovenfor udviklede Mening: „... Il est patent qu'un élément essentiel d'un acte administratif fait défaut ...“ (Udhævelserne foretaget her). Men aldeles ulogisk omtaler han derpaa som en Omstændighed, der menes at maatte „limiter et ... corriger la théorie des actes inexistants“, at Forvaltningsakten undertiden er Resultatet af en „opération solonnelle“, hvis forskellige Stadier udkræver en Samvirken fra et stort Antal Personer, saaledes at der skabes „une apparence dont on ne peut pas ne pas tenir compte. Une irrégularité substantielle des plus graves commises au cours de l'opération ne prévaudrait pas contre l'ensemble des formes observées; l'intervention de juge reste nécessaire pour faire tomber le tout; ...“ (p. 43—45). — Det er jo aabenbart, at naar Forvaltningsakter som de beskrevne kun er anfægtelige, betyder dette ikke nogen „Indskrænkning“ eller „Berigtigelse“, men kun en simpel Anvendelse af det af Alcindor selv angivne Kriterium.

Kapitel III.

DE FORSKELLIGE UGYLDIGHEDSGRUNDE. KOMPETENCEMANGLER.

Forvaltningsakter kan være ugyldige paa Grund af Mangler vedrørende deres Indhold, Form eller Skabelse. I sidstnævnte Henseende maa sondres mellem Mangler vedrørende den eller de Personer, ved hvis materielle eller sjælelige Virksomhed Forvaltningsakten kommer til Eksistens, og Mangler, der har Hensyn til selve denne Virksomhed. Mangler vedrørende Forvaltningsaktens Subjekt kan atter bero dels paa, at den Enkeltperson eller det Kollegium, som har givet Forvaltningsakten, enten slet ikke fyldestgør Lovens Betingelser for at kunne udøve de offentligretlige Funktioner, som henhører under det paagældende Myndighedsomraade, eller dog — paa Grund af personlig Interesse i Sagen — er udelukket fra at kunne optræde i det enkelte, foreliggende Tilfælde (Habilitetsmangler), dels paa, at det handlende Forvaltningsorgan ikke er det rette offentligretlige Organ til Foretagelse af den paagældende Forvaltningsakt (Kompetencemangler). Og Virksomhedsmanglerne kan angaa enten den *ydre* eller den *indre* Fremgangsmaade ved Forvaltningsaktens Skabelse (procédure, Verfahren — *détournement de pouvoir* m. m.).

Vi kommer da til følgende Hovedinddeling af Forvaltningsakternes Ugyldighedsgrunde:

- 1) Kompetencemangler,
 - 2) Formmangler,
 - 3) Mangler vedrørende den *ydre* Fremgangsmaade ved Forvaltningsaktens Skabelse,
 - 4) Mangler vedrørende den *indre* Fremgangsmaade ved Forvaltningsaktens Skabelse,
 - 5) Indholdsmangler,
 - 6) Habilitetsmangler.
-

§ 8.

Begrebet Inkompetence.

I Literaturen og i Praksis raader stor Uklarhed over, hvilke Mangler der egentlig bør henføres under Begrebet Inkompetence. Undertiden ses dette eller tilsvarende Udtryk brugt i saa vid Forstand, at det egentlig indbefatter *alle* de Mangler, som kan klæbe ved en Forvaltningsakt. Saaledes synes *Holck*¹⁾ at identificere Competenceoverskridelse med Overskridelser af „Øvrighedsmyndighedens Grænser“, og det uagtet han er klar over, at disse Grænser kan være overskredet, selv hvor det er den *rette* Øvrighed, der har handlet, idet denne kan have tilsidesat visse formelle eller materielle Betingelser for Handlingens Lovlighed. — *Meyer-Dochow*²⁾ bemærker, at „Zuständigkeit (Kompetenz) ist das Recht gegenüber einer bestimmten Person von ... (obrigkeitlichen) Befugnissen Gebrauch zu machen.“ For saa vidt herunder ikke skal være indbefattet samtlige positive og negative Betingelser for den paagældende Forvaltningshandlings Lovlighed, peger Udtalelsen nærmest paa de *materielle* Betingelser. I en af *B. V. G. H.* afsagt Dom³⁾ udvikles det, at Kommunalbestyrelsen har manglet „Zuständigkeit“ til at frakende en Person den ham en Gang paa lovlig Maade tildelte Borgerret, idet denne kun kan bortfalde ved Bortfald af de for dens Erhvervelse i Loven opstillede Betingelser, — her refererer „Zuständigkeit“ sig aabenbart ligeledes til Spørgsmaalet om Lovligheden af Forvaltningsaktens *Indhold*. — I fransk Teori og Praksis holder man vel som Regel „incompétence“ ude fra „violation de la loi“ (Indholdsmangler)⁴⁾; derimod synes saa vel *Jèze*⁵⁾ som *Berthélemy*⁶⁾ at henføre alle Mangler vedrørende

¹⁾ p. 323.

²⁾ p. 32—33.

³⁾ *B. V. G. H.* 10. 89 (91), jfr. ogsaa til *Dels O. V. G.* 70. 57.

⁴⁾ Se dog *Alcindor* p. 26, der taler om en „incompétence absolue“, der foreligger „... lorsqu'un fonctionnaire ... fait un acte que manifestement aucun agent de l'administration n'avait le pouvoir d'accomplir“. Det fremgaar nemlig af Sammenhængen, at der trods Udtrykket „agent de l'administration“ tænkes paa Tilfælde, hvor heller ikke Domstolene er kompetente.

⁵⁾ p. 7: „La compétence, c'est le pouvoir de vouloir un effet juridique.“

⁶⁾ p. 1050: „Incompétence. — C'est le défaut d'aptitude légale à accomplir l'acte déterminé.“

Forvaltningsaktens Subjekt under det nævnte Begreb, herunder dem, der i nærværende Afhandling vil blive benævnt *Habilitetsmangler*. Og *Berthélemy*¹⁾ opfatter yderligere *Formmangler* som Grænser for den forvaltningsretlige Competence. — Overfor denne terminologiske og begrebsmæssige Forvirring er det nødvendigt nærmere at præcisere, hvilke Mangler der bør henføres under Begrebet Inkompetence.

Enhver offentligretlig Competenceregulering tilsigter en *Fordeling* af Statens Opgaver mellem de forskellige offentlige Organer. Som en øverste Competenceregulering kunde man da nævne det klassiske Princip om „la séparation des pouvoirs“, der jo behersker de moderne Forfatninger (Sovjet-Rusland dog undtaget!), og fremtrædende Eksempler paa forvaltningsretlig Inkompetence vilde da foreligge, naar Forvaltningsorganerne overskrider Grænserne overfor den lovgivende eller den dømmende Magt, altsaa træffer Bestemmelser, som er forbeholdt Lovgivningsmagten, eller til Eks. Afgørelser i private Retstrætter.

Dette er formentlig ogsaa rigtigt m. H. t. Forvaltningens Overskridelser af Grænsen overfor de *judicielle Myndigheder*. Hvis f. Eks. en Person, hvad der ikke er helt usædvanligt, henvender sig til en Minister med Anmodning om en Afgørelse af en privat Retstvist, og Ministeren skulde indlade sig paa en saadan Afgørelse, vil det være naturligt at betragte Afgørelsens Ugylldighed som begrundet i Inkompetence.²⁾

Urigtigt vil det derimod være at henføre Administrationens Overskridelser af Grænsen overfor *Lovgivningsmagten* under Inkompetence.³⁾ Thi da Lovgivningsmagten er omnipotent,⁴⁾

¹⁾ p. 1050: „Les formes substantielles exigées pour l'accomplissement des actes sont en somme des limitations à la compétence administrative“.

²⁾ Anderledes de Valles (p. 115), som bemærker, at det i saadanne Tilfælde drejer sig om „... atti che rimangono privi di propria energia giuridica, simili a quelli che qualsiasi privato potrebbe compiere; ... soltanto nel caso in cui l'amministrazione coattivamente li eseguisca, per il fatto dell' esecuzione, danno luogo a lesione di diritti di altri soggetti, contravvenendo ad una norma di legge. Allora noi diremo che questi atti peccano per violazione di legge“.

³⁾ Saaledes ogsaa de Valles p. 115; anderledes Aschehoug II p. 315.

⁴⁾ Vi bortser her fra Spørgsmaalet om grundlovstridige Love.

vil den altid kunne foretage en Forvaltningsakt som den, der lider af en eller anden formel eller reel Mangel, og *alle* Mangler vilde altsaa kunne siges at være en Overskridelse af denne Grænse.

Ogsaa indenfor selve Forvaltningen findes imidlertid et udviklet Komplex af Kompetenceregler, Love, Anordninger m. v., som fordeler de administrative Forretninger til de forskellige *Forvaltningsorganer*. Dette sker snart efter saglige Synspunkter — saglig Kompetence —, idet der navnlig sondres mellem almindelige og specielle Forvaltningsmyndigheder, hvilke sidstes Forretningsomraader kan være af indbyrdes højst forskellig Art (Sundhedsvæsen, Skattevæsen, Værnepligtsforhold osv. osv.). En saadan Fordeling af de administrative Forretninger efter saglige Synspunkter finder ofte Sted saaledes, at visse Sager er henlagt til en lavere, andre til en højere administrativ Myndighed; eksempelvis kan nævnes, at nogle Bevillinger i Henhold til Beværterloven af 10. Maj 1912 meddeles af Bevillingsnævnet (§ 14), andre af Indenrigsministeriet (§ 21).¹⁾ — Undertiden sker Fordelingen af Forretninger mellem overordnede og underordnede Myndigheder derimod saaledes, at disse udøver *forskellige Funktioner i den samme Sag*. Man taler her om den *funktionelle Kompetence*.²⁾ Kompetenceregler af denne Slags er navnlig de Bestemmelser, som anordner, at en administrativ Afgørelse kan forlanges prøvet af en højere administrativ Myndighed. — Endelig bestemmer Kompetencereglerne en Fordeling af de administrative Forretninger efter rent kvantitative Hensyn mellem Forvaltningsorganer, der har samme saglige og funktionelle Kompetence; man taler her om den *stedlige Kompetence*, fordi Fordelingen i Almindelighed — om end ikke nødvendigt — sker saaledes, at Forretningerne vedrørende et vist stedligt Omraade udgør et Kompetenceomraade.

Inkompetence — som Mangel ved en Forvaltningsakt — foreligger herefter, naar et Forvaltningsorgan har foretaget en Forvaltningsakt, der henhører under et andet administrativt Organ eller angaar et Forhold, der henhører under Domstolenes

¹⁾ Jfr. nu Beværterloven af 29. Marts 1924 (No. 99) §§ 14 og 21.

²⁾ Med Hensyn til Ugyldighedsspørgsmaalet kan denne dog formentlig ganske sidestilles med den saglige Kompetence.

Virksomhedsomraade. Afgørelsen af, om en Forvaltningsmyndighed har været inkompetent, maa da i første Række bero paa, hvad Forvaltningsakten *umiddelbart* bestemmer. Denne umiddelbare Bestemmelse forudsætter imidlertid ofte en Afgørelse af visse præjudicielle Spørgsmaal, som henhører under Domstolenes eller et andet Forvaltningsorgans Competence. At saadanne præjudicielle Spørgsmaal ikke kan forrykke Competencen med Hensyn til det Forhold, som Forvaltningsakten *umiddelbart* afgør, er givet; derimod kan der spørges, hvilken Myndighed der i deslige Tilfælde er kompetent med Hensyn til det præjudicielle Spørgsmaal.

For saa vidt det præjudicielle Forhold efter sin Beskaffenhed henhører under et *andet Forvaltningsorgans* Competence, har man intet Steds villet frakende det Forvaltningsorgan, som er kompetent i Hovedforholdet, Competence til ogsaa incidenter at træffe Afgørelse i det præjudicielle Spørgsmaal. Hvis dette derimod henhører under *Domstolenes* Competence, stiller Sagen sig paa forskellig Maade. I *Frankrig* har man udfra en streng Fastholden af Principet om „la séparation des pouvoirs“ og navnlig som Følge af Revolutionslovenes kategoriske Forbud imod, at Domstolene blander sig i Forvaltningens Anliggender,¹⁾ opstillet den Regel, at hvis Afgørelsen af en for Domstolene verserende Sag beror paa et præjudicielt Forhold, der henhører under en administrativ Myndigheds Competence, kan Dommeren ikke selv afgøre dette Forhold; han maa derfor udsætte Sagen, indtil der foreligger en Afgørelse af det præ-

¹⁾ Lov 16.—24. August 1790 II art. 13: „Les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ni citer devant eux les administrations pour raison de leurs fonctions.“ Lov 16 fructidor Aar III: „Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit“. — Det omvendte Princip, at Forvaltningen ikke tør blande sig i Domstolenes Anliggender, er ikke saa udtrykkelig udtalt. Nævnes kan dog Konstitutionen af 3. September 1791 titre III chap. V art. 1 og 4: „Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le corps législatif, ni par le roi. Les citoyens ne peuvent être distraits des juges que la loi leur assigne par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi“.

judicielle Spørgsmaal fra den dertil kompetente administrative Myndighed. Og omvendt — hvilket er det, som umiddelbart er af Interesse paa dette Sted — kan en Forvaltningsmyndighed ikke afgøre præjudicielle Spørgsmaal, som henhører under Domstolenes Kompetence.¹⁾

I Tyskland og Østrig har derimod som Regel den judicielle eller administrative Myndighed, der er kompetent med Hensyn til Hovedspørgsmaalet, ogsaa Kompetence til incidenter at afgøre præjudicielle Spørgsmaal, selv om disse i og for sig henhører under henholdsvis en anden administrativ eller judiciel Myndigheds Kompetence, saa længe vel at mærke denne anden Myndighed ikke *har* truffet en Afgørelse vedrørende det præjudicielle Spørgsmaal.²⁾ Det samme maa antages at gælde hos os. De vedkommende administrative Myndigheder (Skifteretten, Finansministeriet) maa til Eksempel ved Afgørelser om Arveafgiftsspørgsmaal incidenter kunne afgøre, om en Person er Arving, saavel som andre præjudicielle, privatretlige Spørgsmaal.

— Til et Forvaltningsorgans Inkompetence svarer altid en Kompetence hos et andet Forvaltningsorgan eller en judiciel Myndighed. Hvis et Forvaltningsorgan træffer en Afgørelse, der ikke henhører under noget administrativt eller judicielt Organs Kompetence, vil Afgørelsen vel altid være ugyldig, blot ikke paa Grund af Inkompetence, men paa Grund af ulovligt Indhold.³⁾

Medens i Civilprocessen Reglerne om Værneting sædvanligt kan fraviges ved Parternes Samtykke,⁴⁾ kan noget tilsvarende ikke ske med Hensyn til de ovenfor omhandlede Kompetenceregler.⁵⁾ — Ændres Kompetencereglerne, maa den afgørende Regel være den, der er gældende ved Forvaltningsaktens Gi-

¹⁾ Se Berthélemy p. 797—799 og Laferrière I p. 419—464.

²⁾ Fleiner p. 20—24, Herrnritt p. 151—160.

³⁾ Jfr. Michoud: Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Annales de l'Université de Grenoble 1914 p. 22. Ukorrekt er det formentlig, naar Michoud, jfr. ogsaa Laferrière II p. 469, bemærker, at der ligeledes foreligger en Kompetencemangel, naar en Forvaltningsmyndighed med Urette erklærer sig inkompetent. Her er jo selve Afgørelsens Indhold urigtigt.

⁴⁾ Munch-Petersen II p. 32.

⁵⁾ Laferrière II p. 468—469 og Herrnritt p. 142.

velse. Er et Andragende vel indgivet under den tidligere Lov, men endnu ikke afgjort, naar den ny træder i Kraft, maa dens Kompetenceregler være afgørende.¹⁾

At en Forvaltningsakt hidrører fra et inkompetent Forvaltningsorgan udelukker naturligvis ikke, at den iøvrigt, navnlig ogsaa i Henseende til sit Indhold, kan være fuldkomment mangelfri.

§ 9.

Inkompetence som Ugyldighedsgrund.

I. *Saglig Inkompetence.*

A. *Forholdet til Domstolene.* Som ovenfor²⁾ bemærket er det vistnok umuligt at drage nogen egentlig *materiel* Grænse mellem Forvaltningens og Domstolenes Virksomhedsomraader. Grænsen her er overalt af *formel-positiv*³⁾ Beskaffenhed, ofte præget af den historiske Udvikling. En nærmere Undersøgelse af de herhen hørende Spørgsmaal ligger iøvrigt udenfor denne Afhandlings Rammer.

Her skal derimod spørges: *Naar* Forvaltningen har truffet Afgørelse i et Spørgsmaal, der henhører under Domstolene, er da den paagældende Forvaltningsakt ugyldig? Dette Spørgsmaal maa utvivlsomt besvares bekræftende. For Domstolenes Virksomhed er der ikke blot overalt i Lovgivningerne opstillet særlige Garantier, som mangler indenfor Forvaltningen: Uafhængighed af Regeringen, navnlig Uafsættelighed, særlige Procesformer osv., men hele Milieuet er forskelligt: „L'énergie, l'activité, la clairvoyance, une certaine habileté, la promptitude dans la décision, la fermeté dans le commandement sont les qualités maîtresses qui distinguent l'administrateur de mérite. Le juge a moins besoin d'autorité que de savoir; il importe peu qu'il soit actif, d'esprit habile et caractère énergique. Avant tout, il doit être intègre, impartial, réfléchi, exempt de passion.“⁴⁾ Det, som Dommeren saaledes har forud for Forvalt-

¹⁾ Jfr. O. V. G. 47. 401.

²⁾ p. 26.

³⁾ Jfr. E. Kaufmann i Stengel-Fleischmann III p. 696—697.

⁴⁾ Berthélemy p. 18.

ningsorganet, betinger en forøget Sikkerhed for en *juridisk rigtig* Afgørelse.

At den omhandlede Slags Inkompetence bevirker Forvaltningsaktens Ugyldighed, er da ogsaa anerkendt overalt i Teori og Praksis. *Laferrière*, som henfører denne Inkompetence under „*usurpation de pouvoir*“ i Modsætning til „*l'incompétence d'ordre administratif*“, der bestaar i Indgreb i en *anden administrativ* Myndigheds Kompetence, mener, at „*dans des cas graves d'empiétement d'un administrateur sur le pouvoir judiciaire*“ er Forvaltningsakten en ren Nullitet (*inexistant*), medens der kun foreligger Anfægtelighed, hvis „*les limites de la compétence administrative, ... a l'égard de l'autorité judiciaire ... sont assez difficiles à tracer ...*“¹⁾ Ogsaa *Berthélemy*²⁾ og *Alcendor*³⁾ tillægger udtrykkelig denne Art af Kompetencemangler Ugyldighedsvirkning. Fra *C. d'E's Praksis* kan anføres *C. d'E. 30.6 1893, Adam*⁴⁾: Ifølge Lov af 15. Juli 1889 (nu afløst af Militærloven af 21. Marts 1905 med senere Ændringer) § 18 paakender „*Conseil de revision*“ Klager vedrørende Udskrivning af Rekrutter, saa vel som de herunder paaberaabte Undtagelses- og Fritagelsesgrunde. Om en af Krigsministeriet truffet Afgørelse vedrørende Fritagelse udtaler Dommen, at den „*ne constitue pas une décision susceptible d'être déféré au Conseil d'Etat*“. Afgørelsen er altsaa anset for en ren Nullitet.

Ogsaa i *Tyskland* har den omhandlede Ugyldighedsgrund vundet Anerkendelse. I Teorien er den udtrykkelig anerkendt af *W. Jellinek*,⁵⁾ og i Praksis til Eks. i *O. V. G. 70. 69.*⁶⁾ Dommen udtaler, at Afgørelsen af Stridigheder vedrørende en Kommunes Bidrag til Politiforvaltningen maa ske ved *Domstolene*, og at en af Regeringspræsidenten foretagen Tvangsetatisering,

¹⁾ Il p. 470—471. Nogle af *C. d'E.* afsagte Domme fra Begyndelsen af det 19. Aarhundrede vedrørende den her omhandlede Kompetencemangel kalder *Laferrière* (p. 377) „*le point de départ le plus certain de la jurisprudence des excès de pouvoir*“.

²⁾ p. 998.

³⁾ p. 22—24.

⁴⁾ D. 1894. 3. 59.

⁵⁾ Der fehlerhafte Staatsakt p. 93, jfr. *Dyroff* p. 655.

⁶⁾ Jfr. *R. G. 91. 248.*

der i Modstrid med § 19 i Lov af 18 1883¹⁾ havde fundet Sted, uden at der forud var sket nogen Fastsættelse af Ydelsespligten, ogsaa vilde have været ugyldig, hvis Regeringspræsidenten selv forud havde foretaget en særlig Fastsættelse af Ydelsespligten. Det maa herved være forudsat, at en saadan forudgaaende Fastsættelse fra Regeringspræsidentens Side vilde have været ugyldig.²⁾

For *dansk Rets* Vedkommende betoner *Matzen*, at Øvrigheden efter Grundlovens § 72 (nu § 70) „aldrig kan være besøjet til selv at afgøre Spørgsmaalet om sin egen Myndigheds Grænser“, hvilken Afgørelse altid skal være forbeholdt Domstolene;³⁾ men han udtaler intet om Gyldigheden af den Bestemmelse, som Øvrigheden maatte træffe under Overtrædelse af Grænserne over for Domstolenes Competence. Ej heller ses dette Spørgsmaal at have fundet nogen Besvarelse i vor Domstols praksis, hvilket formentlig simpelthen beror paa, at Domstolene i saadanne Tilfælde tager det paagældende Spørgsmaal under Paakendelse uden at bekymre sig om den af Forvaltningen trufne Afgørelse. Der kan imidlertid ikke være Tvivl om, at denne under den angivne Forudsætning maa anses for ugyldig.⁴⁾

B. Forholdet mellem Forvaltningsorganerne indbyrdes. Sagslig Inkompetence foreligger endvidere, hvor en Forvaltningsmyndighed foretager en Forvaltningsakt angaaende et Forhold, der efter sin Art henhører under *en anden* Forvaltningsmyndighed.

1) Ser vi foreløbig bort fra de Tilfælde, hvor det handlende (inkompetente) og det kompetente Forvaltningsorgan staar i et Over- og Underordningsforhold til hinanden, er det utvivlsomt,

¹⁾ „Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden“.

²⁾ Jfr. O. V. G. 32. 421.

³⁾ III p. 218.

⁴⁾ For Sveriges Vedkommende kan anføres en Afgørelse fra Regeringsretten, hvori denne annullerer en administrativ Afgørelse vedrørende et Kontraktsforhold, der antages at høre under de almindelige Domstoles Competence. Reg. R. 1911. 62.

at denne Slags Inkompetence medfører Forvaltningsaktens Ugylldighed. Ogsaa i den offentlige Ret gælder det: Skomager bliv ved din Læst! Naar Loven i saglig Henseende har fordelt Forvaltningens Opgaver mellem forskellige Organer, saa er disse Kompetencenormer ikke blot indre *Ordensforskrifter*, hvis Overtrædelse medfører retlige Følger for de paagældende Forvaltningsorganer; de virker tillige — og først og fremmest — *over for Borgerne og det offentlige som en retlig Garanti for en sagkyndig Administration*. Hvor Kompetenceloven overtrædes, svigter denne Garanti, og saavel Hensynet til den enkelte som til det offentlige udkræver da, at den paagældende Forvaltningsakt anses for ugyldig.

Dette er ogsaa anerkendt i Teori og Praxis. I førstnævnte Henseende skal for udenlandske Forfatters Vedkommende kun henvises til de i det foregaaende anførte Steder. *Matzen* bemærker, at sideordnede Embedsmænd ikke kan erstatte hinanden, og at derfor, naar en vis Myndighed f. Eks. er henlagt til Justitsministeren eller Indenrigsministeren, „vil kun den vedkommende Minister retsgyldig kunne øve den“.¹⁾ — Fra *Retspraksis* skal anføres følgende Tilfælde:

Ifølge den tyske Næringslovs²⁾ § 33 a, 2. Stk. No. 2 skal Til-ladelsen til Udøvelse af de i Paragrafens 1. Stk. ommeldte Forestillinger m. v. nægtes, naar det til Udøvelsen bestemte Lokale ikke tilfredsstiller de politimæssige Krav. Ifølge O. V. G.s Praxis tilkommer det herefter den koncessionerende Myndighed selvstændigt at prøve, hvilke Krav der af Hensyn til Udøvelsen af den nævnte Næring skal stilles til Lokalet, og naar Nærings-tilladelsen er meddelt, er Politiforvaltningen ikke kompetent til at meddele Paalæg i den nævnte Henseende, hvorfor saadanne Paalæg fra Politiets Side er ugyldige paa Grund af Inkompetence.³⁾

I § 25, 3. Stk. i Kredsordningen for Westphalen af 31. Juni 1886 er det bestemt, at Landraaden, ogsaa for saa vidt han tidligere udnævnte Landkommunernes Tjenestemænd, nu kun bekræfter de stedfundne Ansættelser, der i Henhold til § 75 i

¹⁾ III p. 218.

²⁾ Af 21/6 1869 med senere Ændringer.

³⁾ O. V. G. 5. 286; 54. 444.

Landkommunalloven for Provinsen Westphalen af 19. Marts 1856 foretages af Amtsforsamlingen.¹⁾ Som Følge heraf er det antaget, at Kompetencen til at *opsige* de ansatte Tjenestemænd tilkommer Amtsforsamlingen; en af Landraaden foretagen Opsigelse er derfor ugyldig paa Grund af Inkompetence.²⁾

Ifølge § 27 i den preussiske Lov af 1. August 1883³⁾ træffer Kommunerepræsentationen selv Beslutning om Gyldigheden af dens Medlemmers Valg. Ud fra den Antagelse, at de nyvalgte Medlemmer alle var personligt interesserede i Afgørelsen og derfor retligt forhindrede i at træffe Beslutning, ansaar en Kommuneforstander sig for kompetent til at afgøre en indkommen Valgklage, hvilken han afviste som ubegrundet. O. V. G. hævdede imidlertid, at Kommuneforstanderen aldrig er kompetent hertil, end ikke selv om Kommunerepræsentationen er retlig eller faktisk forhindret i Varetagelsen af sine Anliggender. Om Kommuneforstanderens Beslutning siges det derefter, at den hidrører fra „einer unter keinen Umständen zuständiger Stelle ... demzufolge auch weder für die Begrenzung des Laufes der Klagefrist noch für die Gültigkeit oder Ungültigkeit der in Betracht stehenden Wahlen irgend welche Rechtswirkungen zu begründen vermochte.“⁴⁾

Fra *fransk Praksis* kan anføres følgende Tilfælde:

Under Henviisning til, at Omdannelse af en Del af en Kommune til en selvstændig Kommune i Algier finder Sted ved et Dekret fra Republikens Præsident, og at det, bortset fra positive Undtagelser, er et Princip, at Vilkaarene vedrørende Adskillelse eller Sammenlægning af Kommuner bør fastsættes af den samme Myndighed, som træffer Bestemmelse om saadan Adskillelse eller Sammenlægning, har C. d'E. annulleret en af Præfekten i Algier foretagen Fordeling af Aktiver og Passiver mellem en nyoprettet Kommune og Moderkommunen.⁵⁾

¹⁾ Jfr. O. Braunbehrens: Die Gemeindeverfassungsgesetze für die Provinz Westphalen (Berlin 1899) p. 137, Note 83.

²⁾ R. G. 1/4 1902 hos Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts p. 1142.

³⁾ Se ovenfor p. 66 Note 1.

⁴⁾ O. V. G. 57, 98; se ogsaa O. V. G. 64, 69, S. O. V. G. 5, 33, jfr. Kormann p. 256 og B. V. G. H. 4, 54, jfr. Kormann p. 257 og W. Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt p. 95.

⁵⁾ C. d'E. 27/2 1880, Comm. de Chébli, D. 81. 3. 33, Alcindor p. 68.

Kompetent til Afgørelse af Pensionsspørgsmaal er alene den Minister, under hvem vedkommende Funktionær henhører. En af Generalguvernøren paa Madagaskar om et Pensionskrav truffen Afgørelse er derfor en Nullitet: „... ladite décision ne fait pas obstacle à ce que la dame Segui obtienne la pension qu'elle réclame sur le Trésor public; ...“¹⁾

I Henhold til Dekret af 25. Marts 1852 træffer Præfekten Afgørelse om kommunale Tjenestemænds Pensionskrav. Om en Kommunalbestyrelses Vedtagelse angaaende et saadant Krav udtaler C. d'E.: „... sa délibération ne constitue pas une décision et n'est pas susceptible d'être déferée à la juridiction contentieuse;“ — altsaa en ren Nullitet.²⁾

2) En særlig Stilling indtager de Tilfælde, hvor den kompetente og den handlende Myndighed staar i et Over- og Underordningsforhold til hinanden. Der er her almindelig Enighed om, at det underordnede Organ ikke gyldigt kan handle i Stedet for det overordnede.³⁾ Undertiden er det vel bestemt, at den underordnede Myndighed i *paatrængende Tilfælde* kan optræde i Stedet for den overordnede,⁴⁾ men i saa Fald er den jo netop, naar den angivne Forudsætning indtræder, kompetent.⁵⁾ — Naar det saaledes med Sikkerhed tør antages, at den kompetencemangel medfører Ugyldighed, beror det paa, at den kompetente Myndighed, ligesom i de under A. omtalte Tilfælde, frembyder flere almindelige Garantier for Afgørelsens Lovlighed og Rigtighed end den Myndighed, der har handlet.

Mere Tvivl frembyder det Tilfælde, at et overordnet Organ har handlet i Stedet for et underordnet, f. Eks. Ministeren i Stedet for Præfekten, Regeringspræsidenten eller Amtmanden. —

¹⁾ C. d'E. 30/3 1906, Dame Segui, Rec. 266, Alcindor p. 25.

²⁾ C. d'E. 11/3 1892, Favrot, Rec. 269, Alcindor p. 25.

³⁾ Jfr. Laferrière II p. 472, Fleiner p. 194 Note 59, O. V. G. 67. 324, Matzen III p. 219. I. U. f. R. 1893. 923 er det statueret, at Skoledirektionen ikke kan træde i Stedet for Kirke- og Undervisningsministeriet. Fra fransk Praksis kan nævnes C. d'E. 27/2 1880, Comm. de Chébli, D. 81. 3. 33. og 30/3 1906, Dame Segui, Rec. 266, jfr. ovfr.

⁴⁾ Se t. Eks. Forordn. af 9/5 1806 ang. den overordentlige Indkvartering § 6, hvorefter Sognefogden kan optræde i Stedet for „Øvrigheden“. Nu Lov No. 91 29/3 1924 § 30, 1. Stk.

⁵⁾ Der foreligger her „compétence conditionnelle“, jfr. Laferrière II. p. 490.

Foreløbigt kan bemærkes, at hvorvel det kommunale Selvstyre overalt er undergivet et vist Tilsyn fra Statens Side, kan der ikke være Tale om, at Statsmyndighederne skulde have en almindelig Adgang til indenfor Kommunens egen Virkekreds at træffe gyldige Beslutninger i Stedet for de kommunale Organer.¹⁾

Foreligger der derimod ikke blot et saadant Tilsynsforhold, men et egentligt Underordningsforhold, taler flere Omstændigheder for at lade den overordnede have Adgang til at „indtræde“²⁾ i den underordnede's Kompetence. For det første yder det overordnede Organ normalt større Garantier for en juridisk rigtig Afgørelse end det underordnede. Og dernæst kunde en saadan Adgang synes at være en simpel Konsekvens af selve Underordningsforholdet. Det lavere Forvaltningsorgan er underkastet almindelige og specielle Ordre fra det højere vedrørende sine Funktioner, og man kunde da mene, at det vilde være overflødigt Omsvøb, om det overordnede Organ, der har fattet Interesse for en Sag, som henhører under det underordnede Organs Kompetence, skulde være nødt til at meddele en detaljeret Ordre til dette, som derefter blot skulde udføre Ordren.

¹⁾ De Valles p. 128. — Undertiden finder vi positiv Hjemmel for, at Statstilsynet kan indtræde i Kommunalbestyrelsens Kompetence; nævnes kan saaledes den franske Kommunallov af 5/4 1888 § 99, hvorefter Præfekten kan tiltage sig de politimæssige Beføjelser, som normalt tilkommer Mairen (§ 91), jfr. C. d'E. 19/7 1913, Berthoin, D. 20. 3. 17 og C. d'E. 16/12 1910, Commune de Saint Marc., D. 12. 3. 141. — I Frankrig og Tyskland har man den Ordning, at saafremt en Kommunalbestyrelse ikke optager en obligatorisk Udgift paa Budgetet, kan den opføres paa dette af de tilsynsførende Myndigheder („l'inscription d'office“ „Zwangsetatisierung“), se Hau-riou p. 180 og Stengel-Fleischmann II p. 148. I vor Lands kommunallov af 6. Juli 1867 § 47 er det bestemt, at hvis Sogneraadet har foretaget ulovhjemlede Udgifter eller nægtet at udrede Udgifter, som det er pligtigt at afholde, eller undladt at udføre nogen anden Foranstaltning, hvortil det er forpligtet, eller det i andre Maader har overtraadt sin Myndighed, træffer Amdsraadet „de i den Anledning nødvendige Foranstaltninger ...“. Den citerede Passus, der som et Kompromis blev indsat i Loven under Behandlingen i Landstinget, sigter dog formentlig kun til Anvendelse af Tvangs- midler overfor Sogneraadet, se Schou p. 67 ff., Oksholm p. 116—120 og Rigsdagstidende 1866—1867, Landstinget Sp. 3940—3941.

²⁾ Jfr. Hatschek p. 92.

*Poul Johs. Jorgensen*¹⁾ og *Matzen*²⁾ antager da ogsaa, at den overordnede Embedsmand maa kunne optræde i Stedet for den underordnede, og *Ørsted* bemærker herom, at „da Øvrighedsforanstaltninger i Almindelighed have Interesse for det Offentlige, og ofte kræve en hurtig Iværksættelse, saa vilde det og være unaturligt, om den højere Øvrighed ej skulde kunne iværksætte, hvad den fandt rigtigt og gavnligt, førend den havde prøvet, hvad den underordnede Øvrighed vilde gøre.“³⁾

Den modsatte Anskuelse er dog den herskende i Udlandets Literatur og Praksis. „Principiell“, siger *Hatschek*,⁴⁾ „gilt natürlich im Rechtsstaat der Grundsatz, dass die vorgesetzte Behörde nicht beliebig Verwaltungsakte der unteren Behörden an sich ziehen und an deren Stelle setzen darf“; og denne Grundsætning er anerkendt i O. V. G.'s Praksis.⁵⁾ Dog gøres der her i Politisager en Undtagelse „in denjenigen Fällen, in welchen . . . der im öffentlichen Interesse polizeilicherseits zu erreichende Erfolg nicht auf dem als Regel gegenbenen Wege, der Anweisung zum Zwecke der Ausführung durch den Ortspolizeiverwalter, sondern mit Sicherheit nur durch das unmittelbare Einschreiten der Aufsichtsinstanz erwartet werden kann.“⁶⁾

*Laferrière*⁷⁾ gør rigtigt opmærksom paa, at det Spørgsmaal, som her omhandles, ikke maa forveksles med Spørgsmaalet om, hvorvidt den overordnede Myndighed kan omgøre eller annullere den underordnede Myndigheds Beslutning; denne er netop en Forudsætning for disse Beføjelser.⁸⁾ Spørgsmaalet om, hvorvidt et overordnet Forvaltningsorgan „*de plano*“ kan træffe Afgørelse i en Sag, der af Loven er henlagt under et underordnet Organs Forretningsomraade, besvarer *Laferrière* benægtende. „Nous admettons volontiers que le pouvoir hiérarchique comporte, outre le droit de réformer ou d'annuler les décisions pri-

¹⁾ Salmonsens Konversationsleksikon under „Embedsmand“.

²⁾ III p. 218.

³⁾ *Ørsted*, Haandbog III p. 29.

⁴⁾ p. 92.

⁵⁾ Se O. V. G. 20. 298; 23. 209; 24. 347; 24. 410.

⁶⁾ Se O. V. G. 2. 424 og 20. 302.

⁷⁾ II p. 482—484.

⁸⁾ De to Spørgsmaal holdes ikke klart adskilte hos *de Valles* p. 122—128.

ses, celui d'indiquer, de conseiller — nous irions volontiers jusqu' à dire de prescrire — les décisions à prendre. Mais il s'arrête certainement là; ...¹⁾ Dette, at Beføjelsen til at *instruere* den underordnede Myndighed ikke medfører, at det overordnede Organ *selv* kan træffe Afgørelsen, fremhæves ogsaa af Jèze.²⁾ De Valles mener derimod, at det underordnede Organs udelukkende Kompetence er uforenelig med en Beføjelse for det overordnede Organ til at meddele forbindende Ordre.³⁾ Iøvrigt hælder han nærmest til den Anskuelse, at det overordnede Organ i Almindelighed kan tiltage sig Afgørelsen „de plano“.⁴⁾ *Morgenstjerne* vil lade det være afgørende, om Afgørelsen eller Beslutningen angaar „et Omraade, som ogsaa berører Borgernes Retssfære“, idet den overordnede Myndighed i dette Tilfælde er udelukket fra at tiltage sig Afgørelsen eller give bindende Instruktioner.⁵⁾

¹⁾ II p. 482—483.

²⁾ Revue du droit public 1906, p. 246—249, hvor han omtaler følgende, af C. d'E. afgjorte Retstilfælde (C. d'E. 7/7 1905, Vittoriani, D. 1907 3. 46): Marineministeren havde sendt Guvernøren i Guyana følgende Telegram: „Suspendez de leur emploi ... surveillant ... (Navne). Guvernøren traf derpaa Bestemmelse om Afskedigelse af de paagældende Opsynsmænd. En af disse paastod imidlertid, at Suspensionen var ugyldig, bl. a. under Paaberaabelse af, at Guvernøren havde foretaget Afskedigelsen paa Ministerens Befaling, „méconnaissant ainsi les pouvoirs propres à lui conférés“. Men C. d'E. udtaler: „... le requérant doit être réputé avoir été suspendu de son emploi non par l'effet seul de ses décisions (instructions envoyées à une autorité subordonnée), mais par les décisions prises ensuite par le gouverneur; ainsi il n'est pas fondé à soutenir qu'il a été frappé par une autorité incompétente“. Med Rette bemærker Jèze, at Ordet „seul“ burde have været udeladt. — Dommen synes iøvrigt at forudsætte, at Suspensionen vilde have været ugyldig, hvis Ministeren direkte havde afskediget Sagsøgeren. — Jfr. om Spørgsmaalet ogsaa Jacques Frénay: „Le Conseil d'Etat et les nominations illégales dans les fonctions publiques“. Paris 1913. p. 100.

³⁾ p. 127: „se l'organo superiore potesse dare degli ordini, sarebbe frustrato il voto della legge, perchè la volontà di quello verrebbe sottoposta ad una volontà superiore e vincolante, che toglierebbe all'organo inferiore quella libertà, che la legge gli ha data“.

⁴⁾ p. 125—126.

⁵⁾ Bredo *Morgenstjerne*, Den norske Forvaltnings- og Næringsret, 1912, p. 79.

— Hvor den underordnede Myndighed ikke ligefrem maa betragtes som den overordnede Myndigheds stedlige Repræsentant¹⁾ eller hidleder sin Handlebeføjelse fra en Bemyndigelse, men derimod af Loven har faaet tillagt en vis Kompetence, maa det formentlig — ogsaa for dansk Rets Vedkommende — antages, at denne Kompetence er *udelukkende* i Forhold til overordnede Myndigheder. Dette synes navnlig utvivlsomt, hvor Loven, til Eks. Fattiglovens § 59, giver Regler om Indankning for den højere Myndighed af den underordnede Myndigheds Afgørelse. Men ogsaa uden udtrykkelig Hjemmel kan jo i Almindelighed en administrativ Afgørelse indankes for de overordnede Myndigheder, og denne Adgang til at faa Sagen undergivet en *gentagen* Prøvelse kan formentlig ikke berøves Borgerne derved, at den overordnede Myndighed træffer en Afgørelse a prima instantia. Dertil kommer yderligere, at det underordnede Organ normalt tillige vil være et *stedligt* Organ og som saadant være i Besiddelse af et Kendskab til Personer og Forhold, som det overordnede Organ savner, se herom nærmere nedenfor.

At en saadan udelukkende Kompetence skulde være uforenelig med den overordnede Myndigheds Adgang til at meddele bindende Instruktioner kan ikke erkendes. Navnlig kan det underordnede Organ jo altid gøre Forestillinger, saafremt det finder, at et Direktiv eller en Ordre hviler paa mangelfuldt Kendskab til Sagens Omstændigheder.²⁾

¹⁾ „Der verlängerte Arm“, som Tyskerne siger.

²⁾ I U. f. R. 1907. B. p. 80 ff. er gengivet en interessant Brevveksling mellem Justitsministeriet og Den alm. danske Lægeforening vedrørende §§ 6 og 7 i Lov No. 81 af 30/3 1906. Der er her bl. a. Spørgsmaal om, hvorvidt Justitsministeriet kan meddele Paalæg til Lægerne med Hjemmel i Instruks for Sundhedskollegiet af 15/6 1813 § 20, som tillægger Sundhedskollegiet en vis Myndighed hertil. Lægeforeningens juridiske Konsulent begynder med at hævde, at „Justitsministeriet ikke kan optræde i Stedet for det kgl. Sundhedskollegium i de Tilfælde, hvor en Myndighed udtrykkelig er henlagt til Kollegiet“. (Senere erklærer han sig enig med Ministeriet i, „at Forholdet mellem over- og underordnede Myndigheder i Almindelighed er et saadant, at den overordnede Myndighed maa have Ret til at optræde i Stedet for den underordnede“; men han mener, at Sundhedskollegiet her indtager en Særstilling). — Justitsministeriet bemærker hertil, at „en Opfattelse som den anførte af Forhol-

II. *Den stedlige Inkompetence.* Ved Siden af Reglerne om den saglige Kompetence, der fordeler Forvaltningens Opgaver mellem de flere Forvaltningsorganer *efter Opgavernes forskellige Art*, finder vi et Komplex af Regler, der fordeler *ensartede* Forvaltningsopgaver mellem forskellige Forvaltningsorganer, saaledes at hvert Organ faar anvist sit *stedlige* Forretningsomraade.¹⁾ Naar det for et saadant stedligt Forretningsomraade beskikkede Organ med sin Forvaltningsakt gør Indgreb i et andet — i saglig Henseende ensartet — stedligt Forretningsomraade, foreligger der stedlig Inkompetence.²⁾

Saadanne Kompetenceregler hviler naturligvis i første Række paa Retshensyn af rent *kvantitativ og forvaltningsteknisk Art*. De administrative Forretningers Mængde gør en Arbejdsdeling, selv med Hensyn til ensartede Sager, nødvendig, og det er da

det mellem over- og underordnet Myndighed i det højeste efter Omstændighederne kan være hjemlet, naar en enkelt bestemt Forretning er henlagt til den underordnede Myndighed, men at der i § 20 i Instruksen for Sundhedskollegiet af 15. Juni 1813 er Tale om dettes almindelige Stilling og Kompetence ...". Det paaberaaber sig dernæst Reskript af 13. Maj 1803 angaaende Sundhedskollegiets Oprettelse, hvori det siges, at „Sundhedskollegiet skal under det Danske Cancellis Overbestyrelse have et vedvarende Tilsyn med det hele Medicinalvæsen ...“.

Intet af disse to Argumenter kan tiltrædes. Hvad særlig angaar Reskriptet af 13. Maj 1803, saa synes dette — som ogsaa fremhævet af Lægeforeningens juridiske Konsulent — kun at stille Sundhedskollegiet i det sædvanlige Underordningsforhold til Justitsministeriet (Cancelliet), der altsaa bl. a. kan meddele det almindelige og specielle Instrukser. Men heraf følger ingenlunde, jfr. Teksten, at Ministeriet kan tiltage sig Sundhedskollegiets Kompetence.

- 1) Teoretisk set kan en saadan kvantitativ Fordeling naturligvis ogsaa finde Sted paa andet Grundlag.
- 2) Se vedrørende Spørgsmaalet, om det i saa Henseende er afgørende, inden for hvis Omraade den Person eller Ting befinder sig, som Forvaltningsakten angaar, eller om det til Begrundelse af Kompetencen er fornødent og tilstrækkeligt, at en indenfor vedkommende Myndigheds Omraade lokaliseret Interesse er krænkert, Otto Gerland: Ueber die örtliche Zuständigkeit der Ortspolizeibehörden. Verwaltungsarchiv 4 (1896) p. 197—208. — Ikke et hvert stedligt Forvaltningsorgan har en stedligt begrænset Kompetence. De Valles taler om „organi localizzati“, t. Eks. visse Undervisningsanstalter, i Modsætning til „organi della vera e propria amministrazione locali di Stato“.

forvaltningsteknisk fordelagtigt, at de forskellige Forvaltningsorganer spredes ud over Landet og faar tildelt hvert sit, i stedlig Henseende nærmest liggende, Forretningsomraade. Forbindelsen med de Personer og Forhold, som berøres af den paagældende Forvaltningsgren, lettes, og der spares paa mangfoldige Omraader Tid og Ulejlighed for alle Parter. — Alt saadant kan imidlertid ikke føre til, at stedlig Inkompetence anerkendes som Ugyldighedsgrund. Thi intet af disse Hensyn gaar ud paa at skabe Garantier for Forvaltningsaktens Lovlighed og Rigtighed.

Med det anførte er imidlertid ej heller udtømmende angivet Betydningen af de stedlige Kompetenceregler. Disse maa tiligeses paa Baggrund af følgende Betragtning: Blandt de talrige Opgaver, som frembyder sig for den offentlige Forvaltning, er der en Del, som er Udtryk for et vist *fælles offentligt Behov* (Forsvarsvæsen, udenrigske Anliggender, Finansvæsen, Post- og Telegrafvæsen osv.), medens andre udspringer af de *forskellige Egenes og den stedlige Befolknings særlige Behov*.¹⁾ Lovgiverens og Centralforvaltningens Virksomhed med Hensyn til disse særlige Behov bliver — som man har sagt²⁾ — Udtryk for et *quid medium*, der kræver en til de omtalte Forskelligheder særlig Tilpasning. Denne finder i den moderne Stat Sted paa 2 Maader, gennem *Decentralisation* og *Deconcentration*. Ved *Decentralisation* overlades Bestyrelsen af lokale Anliggender til Organer, der ikke er indsat af Centralforvaltningen, men valgt af den stedlige Befolkning, og over for hvilke Centralforvaltningen kun har en vis kontrollerende Myndighed; Hovedeksemplet herpaa er det kommunale Selvstyre. *Deconcentration* er systematisk — og ofte historisk³⁾ — en Mellemløst mellem Centralisation og Decentralisation. De lokale Anliggender varetages ligesom under den decentraliserede Forvaltning af et særligt, stedligt Forvaltningsorgan, men dette indsættes af de stats-

¹⁾ Berthélemy p. 102: „Les règles nécessaires de l'Hygiène sont-elles les mêmes pour le Nord et pour le Midi, pour les pays de sécheresse et pour les régions humides, pour les ports en contact permanent avec l'étranger, et pour les villes soustraites à tout contact de ce genre?“

²⁾ de Valles p. 129.

³⁾ Berthélemy p. 104.

lige Myndigheder og indgaar som Led i det almindelige administrative Hierarki.

Hvad nu først angaar Inkompetence med Hensyn til de Anliggender, som er Genstand for en decentraliseret Forvaltning, er det klart, at hvad enten det handlende, inkompetente Forvaltningsorgan er en statslig Myndighed¹⁾ eller et andet, decentraliseret Forvaltningsorgan, savner det baade *det særlige Mandat* og — normalt — *det særlige Kendskab til Personer og Forhold*, som Retsordenen maa antages at tillægge væsentlig Betydning som Garanti for Forvaltningsaktens Lovlighed og Rigtighed. Naar en saadan væsentlig Garanti svigter, maa Følgen blive Forvaltningsaktens Ugyldighed.

Vedrørende Indgreb i stedlige, men ikke decentraliserede Forvaltningsorganers Forretningsomraader gælder det, hvad enten Indgrebet hidrører fra en overordnet²⁾ eller sideordnet Myndighed, at det handlende Forvaltningsorgan savner det anførte stedlige Kendskab til det Anliggende, som er Forvaltningsaktens Genstand.³⁾ Ogsaa her svigter altsaa en væsentlig Garanti for Lovligheden og Rigtigheden, hvilket bør medføre, at Forvaltningsakten anses for ugyldig.

At den stedlige Inkompetence lige saa vel som den saglige medfører Forvaltningsaktens Ugyldighed er anerkendt i Teori⁴⁾ og Praxis. I sidstnævnte Henseende skal anføres følgende Retsafgørelser:

Vejpolitiet paalagde en preussisk Kommune at bygge en Bro over et Vandløb, hvis Midterlinje dannede Grænse mellem Kongeriget Preussen og Fyrstendømmet Lippe. Kommunen klagede, og O. V. G. udtalte: „... Der angefochtene Beschluss

¹⁾ Se ovenfor p. 70.

²⁾ Jfr. ovenfor p. 73.

³⁾ Berthélemy p. 103—104: „... un administrateur local, même subordonné en tous ses actes au pouvoir central, est plus à même d'adapter ses décisions au besoin du pays qu'il administre que ne peut l'être un chef de division d'un ministère. Pour administrer la Provence, il vaut mieux, même lorsqu'on dépend du ministre, être à Marseille qu'à Paris“.

⁴⁾ Se saaledes W. Jellinek: *Der fehlerhafte Staatsakt* p. 96—99 og *sammes Gesetz, Gesetzesanwendung osv.* p. 253—254 og 270, *Korrmann* p. 247—249, *Laferrière* II p. 488—489, jfr. ogsaa de *Valles* 129—130.

ist ... mit Recht ausser Kraft gesetzt worden, weil die Beklagte sich bei seinem Erlasse nicht in den Grenzen ihrer örtlichen Zuständigkeit gehalten hat ...¹⁾

I Henhold til en for Provinsen Sachsen gældende Politiforordning vedrørende Kørsel med Motorvogne havde Politiet forbudt en Person at føre Motorkøretøjer. O. V. G. udtaler: „... keine Polizeibehörde (ist) befugt mit ihren Anordnungen in einen fremden Polizeibezirk hinüberzugreifen. ... Die angefochtene Verfügung verstösst gegen diesen Rechtsgrundsatz, indem sie den Kläger in unzweideutiger Weise das Führen nicht nur, wie es allein hätte geschehen können, für den Zuständigkeitsbezirk des Beklagten, sondern ganz allgemein, also für den Bezirk der gesamten Monarchie, untersagt.“²⁾

En Forvaltningsakt kan paa en Gang lide baade af saglig og stedlig Inkompetence: Politipræsidenten i Berlin havde i 1887 meddelt Tilladelse til Drift af en Sindssygeanstalt i en i Charlottenburg beliggende Bygning, medens først en Lov af 13. Juni 1900, der tildelte ham Landspolitiforvaltningen i Charlottenburg m. m., gjorde ham kompetent i et saadant Anliggende. Indtil denne Lov var Bezirksausschuss i Potsdam kompetent til at meddele en Tilladelse som den nævnte (§ 115 Zuständigkeitsgesetz 1/8 83). — Politipræsidenten havde altsaa 1) udenfor sit stedlige Forretningsomraade udøvet en Myndighed, 2) som der slet ikke tilkom Politimyndigheden. O. V. G.³⁾ erklærede Tilladelsen „unwirksam und nichtig“.

I C. d'E.s *Praksis* synes der sjældent at forekomme Annulation paa Grund af stedlig Inkompetence.⁴⁾ Nævnes kan dog følgende Tilfælde: det stedlige Omraade for en „association syndicale“ (herved forstaas visse i større eller mindre Grad under det offentlige Medvirken dannede Sammenslutninger af Grund-

¹⁾ O. V. G. 52. 330. Der foreligger her noget yderligere end stedlig Inkompetence, nemlig Indgreb i et fremmed Statsomraades Anliggender.

²⁾ O. V. G. 48. 248.

³⁾ O. V. G. 40. 300.

⁴⁾ Laferrière bemærker (II p. 488), at denne Slags Inkompetence er „peu fréquente par ce que notre système administratif se rattache depuis 1789 à des circonscriptions territoriales uniformes et nettement déterminées ...“ jfr. Hauriou p. 508 Note 2.

ejere til Udførelse af fællesnyttige Arbejder)¹⁾ var beliggende i to Departementer. I saadanne Tilfælde er det antaget i Praxis, at den offentlige Autorisation af Sammenslutningen foretages af Præfekten i det Departement, hvor Forretningssædet („siège sociale“) befinder sig, og i Analogi hermed havde Præfekten i Aude truffet Bestemmelse om Afgiftsfortegnelsens Eksigibilitet, ogsaa med Hensyn til de Afgifter, der vedrørte Omraadet inden for Departementet Herault. C. d'E. annullerede denne Forvaltningsakt paa Grund af Præfektens stedlige Inkompetence („n'a pas qualité pour rendre exécutoire la partie du rôle applicable à des terrains situés dans un autre département“).²⁾³⁾

§ 10.

Fortsættelse. Delegation af Kompetence.

Af det foregaaende fremgaar det, at Inkompetence, saavel den saglige som den stedlige, medfører Forvaltningsaktens Ugyldighed. Der er herved tænkt paa Tilfælde, hvor det handlende Organ *ensidigt* har gjort Indgreb i et andet Organs Kompetence. I det følgende skal det undersøges, hvorvidt Forvaltningsakten ogsaa er ugyldig i det Tilfælde, at det inkompetente Organ har handlet efter Anmodning eller med Samtykke fra det kompetente Organ.⁴⁾

Som vi overhovedet ikke i Forvaltningens Forhold til Lovgivningsmagten ser noget Kompetenceproblem, vil vi heller ikke her gaa nærmere ind paa Spørgsmaalet om Bemyndigelser fra

¹⁾ Se f. Eks. Berthélemy p. 693—708.

²⁾ C. d'E. 20/4 1904. Barral, D. 1906. 3. 17.

³⁾ Spørgsmaalet om Ugyldighed paa Grund af stedlig Inkompetence har været fremme i Landsover- samt Hof- og Stadsrettens Domme U. f. R. 1882. 815 og 1900. 345. I begge Tilfælde antoges den paagældende Forvaltningsmyndighed at have været kompetent. I HRD. U. f. R. 1916. 60. er det antaget, at et i København givet Polititilhold ogsaa bandt den paagældende Kvinde, efter at hun havde taget Ophold paa Frederiksberg.

⁴⁾ Ukorrekt er det, naar Korman n (p. 254) bemærker, at Tjenestemanden er inkompetent („unzuständig“) til at foretage Delegation af sin Kompetence. Selve Delegationsaktens Ugyldighed beror ikke paa Inkompetence, men paa dens ulovlige Indhold.

Lovgivningsmagten til Forvaltningen.¹⁾ I det følgende tænkes kun paa Delegation af Kompetence til et Forvaltningsorgan fra et andet Forvaltningsorgan eller fra en judiciel Myndighed.

Undertiden er der særlig Hjemmel²⁾ for, at Delegation af Kompetence kan finde Sted; for dansk Rets Vedkommende kan t. Eks. nævnes Ægteskabsloven af 30/6 1922 § 32, 2. Stk. — Tvivlsomt er det, hvorledes man skal opfatte de højere ministerielle Embedsmænds Underskrifter „paa Ministerens Vegne“. *De Valles* betragter nærmest en saadan Underskrift som en Attestation af Ministerens Vilje; men dette er jo — da Ministeren i de fleste af den Slags Tilfælde ikke har nogensomhelst Viden om Sagens Eksistens eller Indhold — en ren Fiktion.³⁾ Den naturligste Betragtning er vistnok den, at der foreligger Delegation af Kompetence fra Ministerens Side. En saadan Delegation er undertiden udtrykkelig hjemlet i Lovgivningen,⁴⁾ men Hjemmelelen maa ogsaa kunne bero paa Retssædvane. Saaledes er Forholdet formentlig hos os.⁵⁾

— Bortset fra særlig Hjemmel er det med Rette almindelig antaget,⁶⁾ at den forvaltningsretlige Kompetence ikke kan overdrages. Anmodningen eller Samtykket fra den kompetente Myndighed fjerner i Virkeligheden ingen af de Grunde, som fører til at antage Ugyldigheden af det *ifølge Loven* inkompetente Organs Forvaltningsakt. „Die amtliche Tätigkeit der Bez-

¹⁾ En i sammentrængt Form givet Oversigt vedr. dette Spørgsmaal findes i en Note af Hauriou til C. d'E. 6/12 1907, *Chem. de fer de l'Est, du Midi* osv., Sirey 1908. 3. 1., jfr. *Revue du droit public* 1908 p. 74.

²⁾ Kormann p. 168 nævner bl. a. B. G. B. § 1321 og den preussiske Kommunalafgiftslov af 14/7 1893 § 77. 3. Stk. (Indenrigsministeren og Finansministeren kan overdrage de dem underordnede Myndigheders heder at meddele Samtykke til nogle nærmere angivne kommunale Beslutninger). Om Tilfælde i italiensk Ret se de Valles p. 131—132.

³⁾ De Valles p. 132, Note 7.

⁴⁾ Jfr. de Valles p. 132.

⁵⁾ I Frankrig har C. d'E. udtalt: „qu'il n'appartient pas aux ministres de déléguer, hors des cas prévus par la loi, aucune partie de décision dont ils sont investis“, C. d'E. 21/2 1890, Mimieux, D. 91. 3. 83, jfr. C. d'E. 26/6 1891, Cuenne, Rec. 491.

⁶⁾ W. Jellinek: Gesetz osv. 257—260, Kormann 167—169 og 254—256, Alcindor 21—22, de Valles 130—132, Hatschek p. 89.

hörden und Kollegien ist ein Ausfluss des öffentlichen Rechts und sonach jeder Modifikation und Einschränkung durch Ver-
zichte und Ueberweisungen entzogen.“¹⁾

Man kunde vel anføre, at naar den kompetente Myndighed *in concreto* finder det forsvarligt eller endog heldigt at overlade en Afgørelse til et andet offentligt Organ, saa formindskes de Betænkeligheder, som i Almindelighed er forbundet med inkompetente Myndigheders Optræden. Rent bortset fra, at det jo ingenlunde er givet, at de Borgere, hvem Forvaltningsakten angaar, er af samme Mening som den delegerende, vil det være urigtigt at tillægge den anførte Betragtning afgørende Vægt for Gyldighedsspørgsmaalet. Retsregler, der iøvrigt er leges perfectae, kan ikke miste denne Egenskab, selv om Ugyldighedsvirkningerne *in concreto* maatte findes at være upaakrævede.

Retspraksis har ofte anerkendt dette. O. V. G. har saaledes flere Gange udtalt, at Politimyndighederne ikke kan overdrage de dem ifølge Loven tilkommende Beføjelser,²⁾ end ikke om det sker til en underordnet Politimyndighed.³⁾ — Udenfor dette Omraade kan anføres følgende Tilfælde:

Den katolske Menighed havde overdraget Købstadkommunen Köln at udarbejde Ligningslisten for Kirkeskatter og at opkræve disse. En Person, som Købstadkommunen i Overensstemmelse hermed havde paalignet Kirkeskat, klagede, og O. V. G.⁴⁾ udtalte, at Menighederne vel er beføjede til at overlade Kommunerne *Opkrævningen* af Kirkeskatter; men i det foreliggende Tilfælde var yderligere med Opstillingen af den enkelte skattepligtige og deres Skattebeløb indeholdende Ligningsliste *den selvstændige Afgørelse af alle Spørgsmaal vedrørende den konkrete Skattepligt i subjektiv og objektiv Henseende* overdraget til de købstadkommunale Myndigheder, hvilket er stridende mod Kirkeskatteoven af 14. Juli 1905, som i § 16, 1. Stk. forlener Menighedens Bestyrelse med Ligningsretten: „dass die gesetzlich festgelegte Befugnis einer Behörde auch mit deren Zustimmung durch eine andere Behörde nicht ausgeübt werden kann ohne die betreffende Handlung rechtsunwirksam zu ma-

¹⁾ O. V. G. 24. 38.

²⁾ O. V. G. 6. 206, 10. 203, 19. 367, 28. 197. — Jfr. ogsaa 54. 376.

³⁾ O. V. G. 26. 380.

⁴⁾ O. V. G. 71. 283. Jfr. ogsaa 75. 312.

chen, ist vom Gerichtshofe mehrfach ... ausgesprochen worden“.

Heller ikke i Frankrig anerkendes det, at den forvaltningsretlige Competence kan overføres: Ifølge §§ 22 og 24 i Lov af 9/6 1853 træffer den Minister, under hvis Forretningsomraade en afskediget Tjenestemand henhører, Afgørelse af Pensionskravet. Under Henvisning hertil har C. d'E. udtalt: „Considérant que la lettre portant la date du 22 févr. 1889, attaquée par le requérant comme contenant un refus de pension, ne porte pas la signature du ministre de l'Agriculture, compétant pour statuer; qu'elle est seulement signée de son chef de cabinet, pour le ministre et par autorisation; — Mais considérant qu'il n'appartient pas aux ministres, de déléguer hors des cas prévus par la loi, aucune partie du droit de décision dont ils sont investis; qu'il suit de là, que la lettre ... ne constitue pas une décision susceptible d'être déferée à la juridiction contentieuse; que dans ces conditions le recours ... doit être déclaré non recevable ...“¹⁾

Fra dansk Praksis kan anføres en Overrettsdom,²⁾ der udtaler, at det i Snedkastningsloven — uanset at der herom intet udtrykkeligt er udtalt — maa anses som en Forudsætning, at den, der beskikkes til Snefoged, i Almindelighed *selv* skal udføre Hvervet. I en justitsministeriel Skrivelse³⁾ er det udtalt, at en Brandfoged ikke paa egen Haand kan lade en anden udføre Forretningerne for sig, og Indenrigsministeriet har udtalt,⁴⁾ at Fattiginspektøren ikke kan bemyndiges til at underskrive paa Fattigudvalgets Vegne.

Fra norsk Retspraksis kan nævnes en Højesteretsdom: Lov 17/5 1904 § 50, hvorefter Bystyrets Beslutning angaaende Afgift for Smaasalg af Vin bliver at bekendtgøre paa den Maade, som Bystyret bestemmer, antages ikke at give Bystyret Adgang til at overlade Magistrat og Formandsskab at træffe Bestemmelse

¹⁾ C. d'E. 21/2 1890. Mimieux, D. 1891. 3. 83, jfr. C. d'E. 21/12 1894, Fortin, D. 96. 3. 5. og 26/6 1891, Cuenne, Rec. 491. — Se om et Tilfælde, hvor Delegation har særlig Hjemmel i Loven, C. d'E. 1/5 1885, Plard, D. 1886, 3. 128.

²⁾ U. f. R. 1892. 1005.

³⁾ 11/1 1877. M. T. A. p. 6.

⁴⁾ 21/3 1894. M. T. A. p. 118.

om Bekendtgørelsen. Da dette in casu var sket, antoges en Vinhandlers Forsømmelse med at betale Afgiften ikke at medføre Fortabelse af Retten til Smaasalg af Vin.¹⁾

§ 11.

Bevirker Inkompetence Nullitet eller Anfægtelighed?

Det siges sædvanligt, at Forvaltningsakten er en Nullitet, naar der foreligger *absolut* Inkompetence.²⁾ Desværre faar man kun højest ufuldkommen Besked paa, hvilke Omstændigheder det er, der kvalificerer Inkompetencen som absolut. *Kormann* bemærker vel, at den absolute Inkompetence i det store og hele falder sammen med saglig Inkompetence, men tilføjer, at dette ganske vist ikke er helt nøjagtigt, idet der dels er Tilfælde, hvor Forvaltningsorganet er saglig inkompetent og alligevel absolut kompetent, dels Tilfælde, hvor den stedlige Inkompetence er absolut Inkompetence. Dette sidste gælder, hvor „das Objekt, auf das sich der Verwaltungsakt bezieht, der Herrschaftsgewalt des örtlich unzuständigen Beamten entzogen ist“.³⁾

Ifølge *Hatschek*⁴⁾ foreligger der absolut Inkompetence, „wenn der Verwaltungsakt unter keinen wie immer gearteten Umständen in die Zuständigkeit des betreffenden Statsorgans fallen konnte, weil sie auf eine *Ressortverwechslung* beruhte.“ Som Eksempel nævnes, at Landraaden foretager en judiciel Handling, eller at en Forvaltningsmyndighed foretager en Forvaltningsakt, „der nur durch rechtswidrige Delegation der Befugnisse einer anderen Behörde möglich war“.⁵⁾ Den stedlige

¹⁾ N. R. T. 1907 p. 195. Se derimod H. R. D. i N. R. T. 1912 p. 665.

²⁾ *Kormann* p. 247, *W. Jellinek*: Gesetz osv. p. 217, *Otto Mayer* I. p. 97, *Hatschek* p. 112 og 116. Ogsaa *Alcindor* taler om „incompétence absolue“, men i Betydning af visse Indholds mangler („... lorsqu'il fait un acte que manifestement aucun agent de l'administration n'avait le pouvoir d'accomplir“) p. 26.

³⁾ Det fremgaar af *Kormanns* følgende Udvikling, at han ved „Objekt“ baade forstaar Ting og Personer. Det bliver derfor vanskeligt at tænke sig en stedlig Inkompetence, som ikke kan karakteriseres ved den citerede Udtalelse.

⁴⁾ p. 116.

⁵⁾ En noget uklar og skruet Udtalelse, der jo egentlig kun kan betyde, at det handlende Organ har været inkompetent.

Inkompetence formenes som Regel kun at medføre Anfægtelighed, ikke Nullitet, dog opstilles her den samme Undtagelse som hos Kormann.¹⁾

Disse Forfattere lægger altsaa Hovedvægten paa, om der foreligger saglig eller stedlig Inkompetence. Nogen egentlig Begrundelse af dette Standpunkt giver de ikke, men den bagved liggende Betragtning er vistnok den, at saglig Inkompetence i sig selv er en alvorligere Mangel ved Forvaltningsakten end den stedlige Inkompetence. Vel medfører begge Forvaltningsaktens Ugylldighed, men i Almindelighed maa det dog antages, at den sagligt inkompetente Myndigheds Uegnethed er større end den blot stedligt inkompetentes; af den Grund kunde man mene, at den Ugylldighed, der skyldes saglig Inkompetence, er den „stærkeste“, altsaa en Nullitet.

Den anførte Omstændighed er imidlertid uden umiddelbar Interesse for Spørgsmaalet Nullitet eller Anfægtelighed. Ved Afgørelsen af, om en eller anden Mangel *overhovedet* bør medføre Ugylldighed, maa i første Række undersøges, om Manglen er *væsentlig*, d. v. s. egnet til at paavirke Forvaltningsakten saglig uheldigt eller — ved Indholdsmangler — endog er ensbetydende med saglig Urigtighed. Men er en Gang selve Ugylldighedsspørgsmaalet afgjort, saaledes at Spørgsmaalet kun er dette, om Ugylldigheden først kan gøres gældende, naar den officielt er udtalt (Anfægtelighed), eller om den ikke er betinget af en saadan Udtalelse (Nullitet), saa er det ikke længere Manglens Væsentlighed, der er afgørende, jfr. ovfr. p. 55 ff. Udgangspunktet maa, som det der er paavist, være om den af Inkompetence bevirkede Ugylldighed er *utvivlsom* eller ej.

Det kan i saa Henseende betragtes som *givet*, at *enhver Art* og *ethvert Tilfælde* af Inkompetence har Ugylldighedsvirkning. Kompetencemangler har ikke — som til Eks. Formmangler — Grader, saaledes at der skulde kunne rejses Spørgsmaal om, hvorvidt ogsaa visse ubetydelige Kompetenceoverskridelser kommer i Betragtning. Et Forvaltningsorgan er overfor en foreliggende Sag simpelthen kompetent eller inkompetent, — *tertium non datur*.²⁾ Om der derimod i et givet Fald foreligger Inkompetence kan i forskellig Henseende være tvivlsomt.

¹⁾ Hatschek p. 117.

²⁾ O. V. G. 29. 354 (371) taler ukorrekt om en „völlig unzuständige Behörde“.

Selve Kompetencereglerne er saaledes ofte — endog i særlig Grad — tvivlsomme. Det administrative Maskineri er i Nutiden saa omfattende, at det selv for Fagmanden er vanskeligt at holde rede paa de enkelte Hjul og disses Funktioner. Dette gælder saa meget mere, som hele Komplekset af Kompetenceregler jo ingenlunde blot hviler paa nogle faa, ledende Synspunkter, men først og fremmest beror paa talrige forvaltningsteknisk Hensyn, der, hvor Reglen ikke har faaet et positivt og ganske centydigt Udtryk, maa være medbestemmende for dens Indhold. Dertil kommer yderligere følgende: ved Anvendelse af Kompetenceregler saavel som af enhver anden Retsregel staar man ofte over for *ny Situationer*, der ikke har kunnet forudses hverken ved Reglens Givelse eller dens hidtidige Udformning i Praksis. Paa den anden Side *skal* Situationen absorberes under en eller anden Kompetence, og dette volder da, paa Grund af Kompetencereglernes „teknisk tilskaarne“ Karakter, særlige Vanskeligheder.

— Ogsaa det, at en foreliggende Sags rent *faktiske Omstændigheder* er uvisse, kan naturligvis fremkalde Tvivl om Kompetencen.

Hvor nu en Forvaltningsakt paastaas at være ugyldig paa Grund af Inkompetence, men det af en af de anførte Grunde er usikkert, om den lider af denne Mangel, tør den i hvert Fald kun anses for anfægtelig. Resultatet bliver herefter ingenlunde — som hævdet af *Kormann* og *Hatschek* — det, at Nullitetstilfældene navnlig findes indenfor de Ugyldighedstilfælde, der skyldes den saglige Inkompetence, medens den stedlige Inkompetence oftest kun skulde bevirke Anfægtelighed. Et Forvaltningsorgans stedlige Kompetence er netop ofte klart afgrænset gennem det rent ydre Kriterium, som her finder Anvendelse; dette gælder især, hvor Forvaltningsakten angaar faste Ejendomme, t. Eks. Byggetilladelser.¹⁾ Den stedlige Inkompetence vil derfor lige saa vel som den saglige kunne være Nullitetsgrund.

I det følgende skal refereres nogle Tilfælde, hvor Praksis har antaget, at Forvaltningsakten er en Nullitet. Det vil ses, at det drejer sig om Situationer, hvor Ugyldigheden har været

¹⁾ *Kormann* p. 248. Jfr. her Overrettsdom i U. f. R. 1900. 345.

aabenbar: En Person havde modtaget skriftligt Paalæg om at indrette Vandkloset i en ham tilhørende Ejendom. Skrивelsen var undertegnet af en Tjenestemand „par autorisation du préfet“. C. d'E. udtalte: „Cons. que l'acte ... ne porte pas la signature du préfet ..., et ni celle d'aucun fonctionnaire à qui le pouvoir du préfet puisse être délégué; que par suite cet acte ne constitue pas un arrêté susceptible d'exécution, et de nature à être déféré au C. d'E. ...: la requête ... est rejetée“.¹⁾ — Ifølge § 29 i Dekret af 10 11 1903 ikendes en nærmere angivet disciplinær Straf mod Brandmandskab af Administrationsraadet for det paagældende Korps. I Strid hermed havde Generalforsamlingen i Brandmandskabets Understøttelsesforening ikendt en saadan Straf. Om denne Vedtagelse udtaler C. d'E., at den „... doit ... être regardée comme inopérante ... Cons. toutefois, que ladite assemblée ne constituant point une autorité administrative, il n'appartient pas au C. d'E. de prononcer ... l'annulation de la délibération dont il s'agit ...“.²⁾ Som det vil ses, falder dette Tilfælde uden for det Begreb om Forvaltningsakten, som ligger til Grund for nærværende Afhandling, jfr. ovfr. § 3.

Som Tilfælde fra *Tyskland*, hvor Retspraksis har anerkendt, at en Kompetencemangel begrunder Nullitet, kan anføres: Distriktsudvalget (Bezirksausschuss) havde tilbagekaldt en Beværterbevilling, som var meddelt af en inkompetent Myndighed, nemlig det stedlige Politi i Stedet for som bestemt i Kredsordningen af 13 12 1872 (V. 2. i § 135, jfr. § 33 i Rignæringsloven) Kredsudvalget. O. V. G.³⁾ udtaler, at „da Beklagte auf Grund der ihm den Vorschriften des Gesetzes zuwider von einer unzuständigen Behörde erteilten Schrankerlaubniss die Befugniss zum Betriebe dieses Gewerbes überhaupt nicht erlangt hat, ihm eine solche auch nicht wieder entzogen werden kann ...“.

Politipræsidenten i Berlin havde i 1887 meddelt A. Tilladelse til Drift af en Sindssygeanstalt i Charlottenburg; denne Tilladelse var ugyldig, idet der baade forelaa saglig og stedlig Inkompetence, jfr. ovfr. p. 77. Ugyldigheden blev opfattet

¹⁾ C. d'E. 21/12 1894, Fortin, D. 96. 3. 5., jfr. C. d'E. 21/2 1890, Micieux, D. 1891, 3. 83. — Derimod C. d'E. 21/5 1880, Min. des affaires étrangères, D. 1881, 3. 3.

²⁾ C. d'E. 20/1 1911, Naudet, D. 1913, 3. 3.

³⁾ O. V. G. Dom af 2/1 1886. P. V. Bl. 7. 139, jfr. K o r m a n n p. 238.

som Nullitet, hvilket kommer frem paa 2 Punkter: I 1900 ansøgte Politipræsidenten i Charlottenburg Bezirksausschuss om at frakende A. den meddelte Bevilling. Denne Anmodning blev afvist, idet Bezirksausschuss gjorde gældende, at A. paa Grund af den foreliggende Inkompetence overhovedet ikke var Indehaver af nogen Tilladelse til Drift af den omhandlede Anstalt. Derefter paalagde Politipræsidenten i Charlottenburg paa sin berlinske Kollegas Vegne A. inden 4 Uger at ansøge Politipræsidenten i Berlin om en ny Tilladelse; i modsat Fald maatte han forvente Straf og Anstaltens Lukning. A. klagede over dette Paalæg, idet han gjorde gældende, at den meddelte Tilladelse maatte være virksom, indtil den blev sat ud af Kraft. Denne Opfattelse forkastede O. V. G.¹⁾ — I et Tilfælde, hvor Landraaden havde opsagt en Politifunktionær, hvorved han havde gjort Indgreb i Amtsforsamlingens Kompetence, ansaa O. V. G. den skete Opsigelse for „an sich bedeutungslos und von dem gekündigten nicht zu beachten.“²⁾

Paa den anden Side indeholder O. V. G.'s Praksis ikke faa Afgørelser, der kun tillægger Inkompetence Anfægtelighedsvirkning. Følgende Tilfælde viser, hvorledes *Kompetencereglens* Usikkerhed kan bevirke, at den foreliggende Inkompetence kun medfører Anfægtelighed: Bezirksausschuss i Potsdam havde meddelt Dispensation fra det gældende Bygningspolitireglement. En Nabo besværede sig herover overfor Regeringspræsidenten, der tilskrev Landraaden, at den stedlige Politimyndighed havde at anse denne Dispensation som ikke forhaandenværende: da Sagen drejede sig om en forlængst fuldført Bygning, var en Dispensation ikke mere tilladelig. Afgørelsen af, hvorvidt Bygningen fremtidig kunde tolereres i den politistridige Tilstand, tilkom den stedlige Politimyndighed. Regeringspræsidenten betragtede altsaa den meddelte Dispensation som en Nullitet. — O. V. G. kom imidlertid — *efter en Udvikling paa 14 Sider i Dommens Motiver* — til det Resultat, at Bezirksausschuss havde været kompetent til at meddele Dispensationen. Spørgsmaalet om dens Nullitet eller Anfægtelighed blev saaledes ikke aktuelt. Alligevel bemærke O. V. G.: „... die dem

¹⁾ O. V. G. 40. 300.

²⁾ R. G. 1/4 1902. Gruchot 46. 1142.

Landrath erteilte Weisung ... würde dann selbst rechtswidrig sein, wenn der Dispens zu Unrecht gegeben wäre. Der den Dispens aussprechende Beschluss des Bezirksausschusses ist *keinesfalls ein nichtiger Akt wie etwa der einer völlig unzuständigen Behörde*. Derselbe hat die rechtliche Wirkung, dass er, so lange seine Aufhebung nicht erfolgt ist, den Kläger den Bestand des gestatteten Fensters in baupolizeilicher Beziehung sicherte“.¹⁾

— Hos os vil der vistnok være Tilbøjlighed til at anse enhver Kompetenceugyldighed som en Nullitet. Dette synes undertiden ligefrem forudsat i Lovgivningen. Forordningen af 5. Maj 1847 angaaende Beskadigelser af Jernbaner m. v. fastsætter saaledes i § 8 Straf for den, „der ikke uvægerlig retter sig efter de Bestemmelser, som Jernbaneselskabets ... Betjente *indenfor Grændserne af deres Forretningskreds* finde sig foranledigede til at træffe“, og Politilov for Statsbanerne af 11. Maj 1897 § 11 samt Politianordning for private Jernbaner af 17. November 1903 § 11 foreskriver ligeledes kun Lydighedspligt overfor abstrakte og konkrete Bestemmelser, der træffes af Jernbanestyrelsen eller Personalet „*indenfor dens Myndighedsomraade*“ og „*i Embeds Medfør*“. — I den tidligere nævnte Overrettsdom i U. f. R. 1893 p. 923 siges det vel, at Ministeriet for Kirke- og Undervisningsvæsenet har været berettiget til at „*annullere*“ en af Skoledirektionen som inkompetent Myndighed i et Kaldsbrev indsat Bestemmelse om, at Læreren skulde spille gratis Orgel; men nogen Forudsætning om, at Bestemmelsen ikke i sig selv er en Nullitet, at altsaa Læreren ikke uden videre skulde kunne ignorere den, ligger der dog næppe i den anvendte Udtryksmaade.

¹⁾ O. V. G. 29. 354.

Kapitel IV.

FORMMANGLER¹⁾

§ 12.

Indledning. Særligt om Skriftlighedsformen.

Til Forvaltningsaktens Begreb hører bl. a. en fra et Forvaltningsorgan hidrørende Udtalelse. Saafremt det er paabudt, at denne Udtalelse skal afgives i en nærmere bestemt Form, kaldes vi den paagældende Forvaltningsakt formbunden, og der opstaar i saadanne Tilfælde Spørgsmaal om Gyldigheden af den Forvaltningsakt, der ikke opfylder de givne Formforskrifter.

Vi beskæftiger os altsaa her kun med Formerne for selve den Forvaltningsakten konstituerende Udtalelse. Undertiden bruger man imidlertid Udtrykket Former i videre Forstand, idet man herunder indbefatter visse Forskrifter angaaende den ydre Fremgangsmaade ved Forvaltningsaktens Skabelse (Verfahren“, „procédure“); naar saaledes den franske Lære om „excès de pouvoir“ taler om „vice de forme“, sigtes der herved navnlig til Overtrædelse af disse sidstnævnte Forskrifter.²⁾ — Disse to Grupper af Mangler frembyder dog saa væsentlige Forskelligheder, at der er Grund til at behandle dem hver for sig. For det første har Formerne for selve Forvaltningsakten og

¹⁾ Kormann 175—182, 260—272; W. Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt 103—104; Fleiner 194—195; W. Jellinek: Gesetz osv. 225—235; Friedrichs 75; K. Appelt 292 jfr. 468; Laferrière II p. 492 ff.; Hauriou 507—508; Berthélemy 1050; Jèze: Cours de Droit public 276—296.

²⁾ Se Laferrière og Hauriou l. c. og sidstnævntes Note til C. d'E. 27/3 1914, Laroche i Sirey 1914. 3. 97 og Rev. du droit public 1915. 97. — Jfr. ogsaa B. V. G. H. 28. 11, 10. 208, 11. 123. O. V. G. bruger derimod sædvanlig Udtrykket „Verfahren“, se t. Eks. O. V. G. 18. 236.

Forskrifterne vedrørende den ydre Fremgangsmaade ved Forvaltningsaktens Skabelse ganske forskellige Hovedformaal, idet de forstnævnte, navnlig da Skriftlighedsformen, hovedsageligt tilsigter at skabe Bevis eller sikker Kundskab angaaende Forvaltningsaktens Indhold, medens de sidstnævnte oftest tilstræber en gavnlig Indvirkning paa selve dette Indhold, t. Eks. naar et Forvaltningsorgan skal indhente et andet Forvaltningsorgans Udtalelse, inden det træffer sin Afgørelse. Det er klart, at omend begge Slags Mangler muligen bør medføre Ugyldighed, vil denne dog bero paa helt forskellige Retshensyn, hvilket t. Eks. bliver af Betydning, naar der spørges, om Ugyldigheden er definitiv, eller den kan afhjælpes ved Indhentning af det for sømte (ny Udfærdigelse, efterfølgende Indhentning af den Erklæring, der skulde have foreligget for Foretagelsen af Forvaltningsakten o. s. v.). Definitiv vil Ugyldigheden som Regel være, naar den skyldes Tilsidesættelse af Forskrifter vedrørende den ydre Fremgangsmaade, derimod ikke i Tilfælde af egentlige Formmangler.¹⁾

Dernæst bliver det for Spørgsmaalet, om Ugyldigheden skal betragtes som Nullitet eller Anfægtelighed, af Betydning, at medens egentlige Formmangler altid for saa vidt er notoriske, som Talen her er om den ydre Skikkelse, hvori Forvaltningsakten henvender sig til Omverdenen, savner udenforstaaende i Reglen Adgang til Kundskab om den Fremgangsmaade, Forvaltningen har fulgt under Forberedelsen af Forvaltningsakten. Denne Forskel medfører, som det senere skal ses, at medens egentlige Formmangler normalt medfører Nullitet, bevirker Mangler vedrørende Fremgangsmaaden sædvanligt kun, at Forvaltningsakten bliver anfægtelig.

— I Privatretten gælder det som bekendt, at Retshandlerne principielt — d. v. s. saafremt ikke andet positivt er bestemt — er formlose. Mundtligt og skriftligt, telefonisk og telegrafisk, udtrykkeligt eller stiltiende indgaaede Retshandler er principielt lige forbindende. Gælder nu en tilsvarende Grundsætning m. H. t. Forvaltningsakten?

¹⁾ S. O. V. G. 14 p. 18: „... Der Mangel (ist geheilt worden) durch die nachträglich auf Ansuchen erfolgte abschriftliche Zufertigung samt Gründen an den Kläger, in der unbedenklich eine schriftliche Eröffnung der Entscheidung erblickt werden kann“.

Positive Regler, der i *Almindelighed* fastslaaer Forvaltningsaktens Formbundethed, finder vi ikke. Dog skal i denne Forbindelse anføres Grl. 1915 § 13, hvorefter Kongens Underskrift under de Lovgivningen og Regeringen vedkommende Beslutninger giver disse Gyldighed, naar den er ledsaget af en eller flere Ministres Underskrift. Denne Regel maa antages ikke blot at give en Formforskrift vedrørende Kongens *skriftlige* Beslutninger, men den udelukker tillige, at han gyldigt skulde kunne udtale *mundtlige* Beslutninger vedrørende Lovgivningen og Regeringen.

Heller ikke *specielle* Formforskrifter er særdeles hyppige, men de findes dog spredt i Lovgivningerne. I Reglen gaar de ud paa, at visse Forvaltningsakter skal foreligge i *skriftlig* Form. For dansk Rets Vedkommende kan eksempelvis nævnes Tjenestemandsløven af 12. September 1919 § 7, 1. Stk., hvorefter der ved enhver Ansættelse som Statstjenestemand skal tilstilles Tjenestemanden et Ansættelsesbrev. Indirekte er Skriftlighedsformen foreskrevet i Lov om Invalidforsikring af 6. Maj 1921 § 16, der bestemmer, at Invalidforsikringsretten træffer sine Afgørelser ved Kendelse, hvorefter et Eksempplar tilstilles den forsikrede.¹⁾

Uden positiv Hjemmel tør Forvaltningsakten ikke anses for bundet til nogen Form. — Meget kunde vel tale for, at vigtigere Forvaltningsakter altid bør udfærdiges skriftligt.²⁾ Forvaltningsakten udfører i mangfoldige Tilfælde samme materielle Funk-

¹⁾ Kormann anfører fra tysk Ret B. G. B. 1321, Gewerbeordnung § 18 og § 91 b, pr. Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung 30/7 1883 § 132 Z. 2 d, (skal formentlig være Z. 2, 3. Stk.), Vereinsgesetz 19/4 1908 § 7, 2. Stk., pr. Kommunalabgabengesetz 14/7 1893 § 63. 2. Stk. Alle disse Bestemmelser paabyder Skriftlighed. — Iøvrigt mener Kormann (p. 180), at hvor Loven forlanger en formel „Zustellung“ følger deraf med Nødvendighed, at Forvaltningsakten maa foreligge i skriftlig Form. Dette er dog ikke anerkendt i Praxis, se O. V. G. 17. 441 og 35. 135. Derimod er det naturligvis rigtigt, naar denne Forfatter anfører, at en Forskrift om Kontrasignatur inkluderer et Paa bud om Anvendelse af den skriftlige Form. Det samme tør formentlig antages om en Forskrift om Forvaltningsaktens Forsyning med Motiver, jfr. Kormann det nævnte Sted. Fra fransk Ret kan nævnes Kommunalloven af 5/4 1884 § 96, der kræver „notification individuelle“, jfr. C. d'E. 1/6 1900, Cuisinier, D. 1901, 3. 90.

²⁾ Jfr. Otto Mayer I. p. 245.

tion som Dommen, nemlig at afgøre Retstrætter eller fastslaa Retsforhold, altsaa at skabe retlig Klarhed og Sikkerhed, hvor der før herskede Uklarhed og Usikkerhed, og til dette Formaals Opnaaelse er det først og fremmest nødvendigt, at der hersker Klarhed og Sikkerhed m. H. t. Forvaltningsakten *selv*, hvilket bedst kan betrygges gennem Anvendelse af Skriftlighed. Bortset fra, at det naturligvis ogsaa har sine *Betænkeligheder* at binde Forvaltningsakten til den langsommeligere og besværligere Skriftform, staar alle Formregler imidlertid for den moderne Retsopfattelse som noget singulært, der kræver positiv Hjemmel, og denne Opfattelse finder for saa vidt angaar Skriftlighed ogsaa Støtte i, at denne Form i ikke faa Tilfælde er positivt udtalt af Lovgivningerne.¹⁾

— Snarere kunde man efter Forholdets Natur anse det for gældende Ret, at Forvaltningsakten i hvert Fald skal foreligge som en *udtrykkelig* Udtalelse. Saaledes bemærker *Otto Mayer*²⁾: „Die Form der stillschweigenden Willenserklärung passt jedenfalls nicht für den obrigkeitlichen Akt. Sie muss hier ebenso ausgeschlossen sein wie beim Urteil“. Som paavist af *Kormann*³⁾ er Nødvendigheden af en udtrykkelig Udtalelse dog ikke anerkendt i tysk Praksis, og der er jo endog Omraader indenfor Forvaltningen, hvor Forvaltningsakten naturligt udtrykkes gennem Tegn, t. Eks. Politibetjenten, der standser Færdslen ved at række Haanden i Vejret.⁴⁾

Principielt gælder det da, at Forvaltningsakten er formløs.⁵⁾ Undertiden er der imidlertid som nævnt gjort Undtagelser fra dette Princip; som saadanne skal fremhæves:

1) *Skriftlighed*. Hensigten med at forlange, at Forvaltnings-

¹⁾ O. V. G. 13/11 1903. i Pr. Vbl. 25, p. 578: „... schriftliche Form ist, wofern sie nicht nach einer Spezialvorschrift geboten sein sollte, keineswegs notwendige Bedingung der Rechtbeständigkeit der Anordnung einer Polizeibehörde ...“. Jfr. *Friedrichs* p. 278. — Se ogsaa Overrettsdom U. f. R. 1871 p. 235 og U. f. R. 1893 p. 350, jfr. HRD. i U. f. R. 1882 p. 672.

²⁾ I. p. 246.

³⁾ p. 175 ff.

⁴⁾ *Reuterskiöld* p. 217 anerkender baade „tysta och uttryckliga förvaltningsakter“. — ORD. i U. f. R. 1895. 782 tillægger en stiltiende Godkendelse fra en Bygningsautoritet Retsvirkning.

⁵⁾ *Kormann* p. 175, jfr. O. V. G. 51, 156, 52. 426 og navnlig 47. 394:

akter skal udgaa i skriftlig Form, er i første Række den at give den paagældende *Borger* en *direkte, sikker og varig* Adgang til at forskaffe sig Kundskab om Forvaltningsaktens Indhold.¹⁾ Skriftlighedsformen kan derfor ikke anses for iagttaget derved, at Forvaltningsakten udgaar som en „Meddelelse til Protokollen“,²⁾ der i Forhold til Adressaten kun har Karakter af en *mundlig* Udtalelse. — Ogsaa for vedkommende Forvaltningsorgan er det af Betydning, at have en skriftlig Udfærdigelse af Forvaltningsakten, og man kunde derfor spørge, om Skriftlighedsformen ikke udkræver, at der udfærdiges et Originaleksemplar af Forvaltningsakten til Sagens Akter eller dog i det mindste, at der hos den paagældende Forvaltningsmyndighed foreligger en Kopi eller et af den kompetente Person underskrevet eller paa anden Maade godkendt Koncept. I Processen finder vi som bekendt overalt Regler om, at Domme — hvis Slægtskab med Forvaltningsakten tidligere er betonet — skal foreligge i Skriftform for Retten selv.³⁾ I Almindelighed maa det dog antages, at Skriftlighedsformen er iagttaget, naar blot Adressaten faar et Eksempplar.⁴⁾

Spørger vi dernæst, hvorledes dette Eksempplar nærmere skal

„... für polizeiliche Verfügungen hat das Gesetz eine besondere Form überhaupt nicht vorgeschrieben ... Eine polizeiliche Anordnung kann daher auch mündlich erfolgen.“ Jfr. ogsaa C. d'E. 1/6 1900, Cuisinier, D. 1901. 3. 90.

¹⁾ Jfr. Verordnung des kgl. sächs. Min. d. Inn. 34/I 1909, 4. Stk., Reger 30. p. 6.

²⁾ O. V. G. 4. 394. udtaler, at den i Zuständigkeitsgesetz 26. Juli 1876 § 33 fastsatte, skriftlige Form for Politiets Trusler med Tvangsmidler ikke kan erstattes med „Eröffnung zu Protokoll“, og begrunder dette saaledes: „eine solche ist in der Tat nichts anderes als die öffentliche Beurkundung einer mündlich erfolgten Androhung. Jedemfalls hat es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen, den verpflichteten die Möglichkeit zu gewähren, dass er sich durch Einsicht der ihm mitgeteilten schriftlichen Verfügung jeden Augenblick Gewissheit darüber verschaffe, was er zu tun oder zu unterlassen habe und welche Strafe ihn in Uebertretungsfalle treffe ...“

³⁾ Se f. Eks. Rpl. § 35.

⁴⁾ O. V. G. 47. 393.: „Ob ... die Polizeibehörde von Anfertigung eines in den Akten zurückbleibenden Entwurfes ganz abgesehen hat, und ob ein etwa vorhandener Entwurf überhaupt von dem zuständigen Beamten nicht gezeichnet ist, entzieht sich der Rüge des Empfängers wie der Nachprüfung des Verwaltungsrichters“.

være beskaffent, maa det først fremhæves, at det er ligegyldigt, om Teksten er haandskrevet, maskinskrevet eller trykt. Ogsaa et Telegram maa antages at fyldestgøre Skriftlighedsformen.¹⁾ Alle disse Fremstillingsmaader fyldestgør i lige Grad Skriftformens Formaal.²⁾ Hvad derimod Underskriften angaar, har den skrevne *Underskrift* for saa vidt en særlig Betydning, som den i visse Tilfælde kan bidrage til at individualisere sin Ophavsmand og derigennem bidrage til at skabe Sikkerhed med Hensyn til, om Forvaltningsakten virkelig hidrører fra en kompetent Myndighed. I Praksis spiller dette dog en saa ringe Rolle, at der ingen Anledning er til i Fordringen om Skriftlighed at se et Krav om, at Forvaltningsakten skal være forsynet med skrevet Underskrift.³⁾ Underskrift med Faksimilestempel maa i hvert Fald være tilstrækkeligt,⁴⁾ ligeledes almindelig trykt Underskrift. Mere tvivlsomt er det, om det blotte Aftryk af et Tjenestestempel⁵⁾ („Indenrigsministeriet“, „Odense Amt“, „Bezirksausschuss“, osv.), altsaa uden noget Personnavn, er tilstrækkeligt. Dette tor næppe antages. Enhver Forvaltningsakt kan kun være udfærdiget af en eller flere bestemte fysiske Personer, hvem Egenskaben af offentligt Organ er tildelt. Forvaltningsaktens Adressat har — dette gælder iøvrigt ikke blot i de Tilfælde, hvor den skriftlige Form er paabudt — Krav paa at vide, gennem Navns Nævnelse, om Forvaltningsakten overhovedet hidrører fra et Forvaltningsorgan og da fra hvilket. — Om Navnet findes som *Underskrift*⁶⁾ eller paa anden Maade, f. Eks. *foran* Teksten, maa derimod være ligegyldigt.

Vi spørger nu: Medfører Tilsidesættelse af Skriftformen, hvor en saadan er paabudt, Forvaltningsaktens Ugyldighed?

Sagen ligger her noget anderledes end ved Overtrædelse af Kompetencereglerne eller Reglerne vedrørende Fremgangsmaa-

¹⁾ Jfr. B. G. B. § 127; anderledes § 126.

²⁾ O. V. G. 31. 428: „... Dieser Absicht des Gesetzes wird auch dann völlig entsprochen, wenn die Behörden bei Erlass der Androhungen mechanisch hergestellte Formulare verwenden ...“

³⁾ Se derimod om B. G. B. § 126 Staudingers Kommentar p. 495 (7.—8. Udg. 1912).

⁴⁾ O. V. G. 31. 428.

⁵⁾ O. V. G. 31. 428.

⁶⁾ Dette kræves af § 126 i B. G. B., se Staudingers Kommentar p. 496.

den ved Forvaltningsaktens Skabelse. Medens nemlig disse to sidstnævnte Grupper af Regler tilsigter at skabe Garantier for Forvaltningsaktens lovlige og rigtige Indhold, er dette i hvert Fald ikke Hovedformaalet med de Regler, der paabyder Skriftform. Dennes Anvendelse betrygger naturligvis i nogen Grad mod uovervejede, overilede Beslutninger, men det afgørende Rets hensyn er dog som foran nævnt, at der skabes en direkte, sikker og varig Adgang til Kundskab om Forvaltningsaktens Indhold, i første Række for vedkommende Borger, men dernæst normalt ogsaa for Forvaltningen selv. Er nu dette Rets hensyn af den Vægt, at dets Tilsidesættelse bør medføre Ugyl dighed?

Spørgsmaalet maa besvares bekræftende. Den, hvis Rets eller Interessesfære bestemmes gennem Forvaltningsakten, har ikke blot — som det senere skal ses — Krav paa, at der skal herske en vis Klarhed i Forvaltningsaktens Indhold, saaledes at Forvaltningsakter med ubestemt eller meningsløst Indhold bliver ugyldige; han maa tillige være beskyttet imod, at hans Rets eller Interessesfære afgrænses af Forvaltningsakter, *hvis Indhold ikke lader sig erkende og konstatere paa den af Retsordenen foreskrevne, klare Maade*. Begge Dele kan være ham til øjensynlig Ulempe og Skade, og herimod værges han bedst derigennem, at de nævnte Mangler anerkendes som Ugyl dighedsgrunde.¹⁾

At Tilsidesættelse af en Retsregel, der paabyder Anvendelse af Skriftformen, medfører Forvaltningsaktens Ugyl dighed, er *anerkendt i Praksis*:

Den preussiske „Kommunalbeamten-gesetz“ af 30. Juni 1899 § 1 sidste Punktum bestemmer, at Ansættelse af kommunale Tjenestemænd finder Sted „durch Aushändigung einer Anstellungs-surkunde.“ Om et Tilfælde, hvor denne Regel ikke var

¹⁾ O. V. G. 31. 428 er inde paa den Betragtning, at en Forskrift vedrørende Skriftlighed, som findes i en Tjenesteinstruktion, kun angaar „die Ordnung des Geschäftsverkehrs der ... Beamten“. Det skal nu ikke benægtes, at en Tjenesteinstruktion med Paabud om Skriftlighedsformer kan have denne indskrænkede Betydning, nemlig hvor den alene er motiveret ved kontormæssige Hensyn. I al Almindelighed gaar det ikke an at udelukke generelle Tjenesteinstruktioner fra Ugyl dighedsvirkning, jfr. ovfr. § 5.

efterkommet, udtaler O. V. G.¹⁾: „Es fehlt an einem notwendigen formalen Erfordernisse für die Begründung der von ihm in Anspruch genommenen Beamteneigenschaft ...“. — Vedrørende Tilsidesættelse af Bestemmelsen i Gewerbeordnung § 18 bemærker S. O. V. G.,²⁾ at „... der Mangel geheilt worden ist“. Det forudsættes altsaa, at Manglen i sig selv medfører Ugyldighed. — Om Skriftlighedsformen ifølge Landesverwaltungsgesetz § 132 No. 2 bemærker O. V. G.³⁾: „Der Kläger würde ... berechtigt sein, die Aufhebung einer, in ungesetzlicher Form erlassenen polizeilichen Verfügung ... zu verlangen“ (i den foreliggende Sag ansaas imidlertid den nævnte Formforskrift for opfyldt).

I C. d'E. *Praksis* synes den omtalte Ugyldighedsgrund ikke at have spillet nogen synderlig Rolle. Nævnes kan dog C. d'E. 1/6 1900, Cuisinier,⁴⁾ der klart forudsætter, at saafremt det i en kommunal Vedtægt er bestemt, at Afskedigelse af en kommunal Tjenestemand skal ske skriftligt, er den mundtlige Afskedigelse ugyldig. — Fra dansk Domspraksis kan nævnes, at et i Henhold til Lov om Løsgænger og Betleri af 3. Marts 1860 § 2 meddelt Tilhold, der ikke som foreskrevet var tilført Politiprotokollen, er blevet anset for ugyldigt.⁵⁾

§ 13.

2. Begrundelse.

Man har hævdet, at den Begrundelse, der i visse Tilfælde er foreskrevet som Bestanddel af Forvaltningsakten, ikke hører til Aktens Form, men til dens Indhold.⁶⁾ Der foreligger her for-

¹⁾ O. V. G. 42. p. 68.

²⁾ S. O. V. G. 14. p. 18. Se ogsaa Landmann 7. Aufl. 223—224 med Henvisninger, og det sachsiske Indenrigsmin. Forordn. af 23/1 1909, Reger 30. 6.

³⁾ O. V. G. 31. 428.

⁴⁾ D. 1901. 3. 90.

⁵⁾ Overrettsdom i U. f. R. 1885. 516.

⁶⁾ Kormann p. 180, 282—283. Sidstnævnte Sted bemærkes, at manglende Begrundelse maa henføres under Indholdsmangler, ikke under Formmangler, „weil sonst bei ihrem Mangel Nichtigkeit angenommen werden müsste, während ... höchstens Anfechtbarkeit vorliegt“. Naar dette er det afgørende for, om en eller anden Mangel skal henføres til Formmangler eller Indholdsmangler, bliver der ikke megen

mentlig en Forveksling af Forvaltningsaktens Indhold og Indholdet af det Dokument, som fremkommer ved Aktens skriftlige Udfærdigelse.¹⁾ At Begrundelsen horer til dette sidste er givet. Ved Forvaltningsaktens Indhold forstaas derimod rettest kun Udtalelsens dispositive Del, altsaa den Del, som bestemmer, hvad der i det foreliggende Enkelttilfælde er eller skal være Ret. Denne Del af Udtalelsen har dog en ganske anden juridisk Karakter end de Bemærkninger, der kan anføres til Begrundelse af den. Og taler man f. Eks. om Ugyldighed paa Grund af lovstridigt eller ubestemt Indhold, sigtes der dog hermed alene til denne dispositive Del af Udtalelsen.²⁾

I forskellig Retning er det af Betydning, at Forvaltningsakten ledsages af en Begrundelse af sin dispositive Del. For det første vil Begrundelsen ofte yde værdifulde Bidrag til Forstaaelsen af, hvad Forvaltningsakten egentlig bestemmer, undertiden vil der end ikke være nogen skarp Grænse mellem den dispositive og den begrundende Del af Udtalelsen.³⁾ Endvidere er det for de underordnede Forvaltningsmyndigheder af stor Interesse, at de overordnede Myndigheders Forvaltningsakter er fyldigt motiverede. Aktens blot dispositive Indhold giver sjældent nogen synderlig Oplysning om vedkommende Myndigheds Stilling til principielle Fortolkningsspørgsmaal, den forvaltningsretlige Anskuelse eller den Praksis, som Forvaltningsakten er Udtryk for. For at Centraladministrationens Forvaltningsakter — foruden at træffe en Bestemmelse i den foreliggende Sag — skal kunne opfylde den vigtige Funktion at tjene

Realitet i en Udtalelse som den, at Mangel af væsentlige Former medfører Nullitet (p. 260). — O. V. G. synes at betragte manglende Begrundelse som en „Mangel des Verfahrens“. Se O. V. G. 70. 280 og 70. 311.

- ¹⁾ Det erindres, at hvor Loven kræver en Begrundelse af Forvaltningsakten, maa den antages implicite at foreskrive den skriftlige Form.
- ²⁾ Naar Hauriou (p. 507) bemærker: „Le fait que les formalités sont prescrites par les lois et règlements devait rapidement faire de cette ouverture une simple dépendance de la violation de la loi“, overser han denne afgørende Forskel mellem den forvaltningsretlige Udtalelses dispositive og blot begrundende Del.
- ³⁾ O. V. G. 30. 110 taler om manglende Begrundelse i et Tilfælde, som man muligen ogsaa kunde henhøre under den Gruppe af Mangler, der senere vil blive betegnet som „ubestemt Indhold“.

de underordnede Organer til Vejledning ved Behandlingen af lignende Tilfælde og derigennem skabe Fasthed og Ensartethed i Administrationen, er det en Nødvendighed, at disse Forvaltningsakter indeholder en Begrundelse af deres Resultat.

Af størst Betydning er Forvaltningsaktens Begrundelse dog, naar der bliver Tale om at anvende Retsmidler mod den, være sig gennem Rekurs til en højere Forvaltningsmyndighed eller til Domstolene (almindelige eller administrative).¹⁾ Finder en saadan Begrundelse ikke Sted, vil den, hvem Forvaltningsakten angaar, ofte være ude af Stand til at afgøre, om der er Grundlag for Rekurs, fordi han ikke ved, hvilke Retsregler og faktiske Omstændigheder man har lagt til Grund for Afgørelsen. Undertiden er det maaske et Faktum, som er den paagældende aldeles ubekendt, til Eks. en ex officio indhentet Oplysning om Andragers Vandel. — En ganske særlig Rolle spiller Begrundelsen med Hensyn til Magtfordrejning, der jo navnlig i fransk Forvaltningsret er en saa betydningsfuld Ugyldighedsgrund („détournement de pouvoir“). Som det senere skal ses, foreligger denne Ugyldighedsgrund, hvor et Forvaltningsorgan træffer sin Beslutning ud fra andre Bevæggrunde end dem, af Hensyn til hvilke det har faaet tillagt sin Kompetence. Ugyldigheden beror her paa det handlende Organs Bevæggrunde, saaledes at en Forvaltningsakt, som, foretaget ud fra Bevæggrundene A, er fuldtud gyldig, bliver ugyldig, hvis den foretages ud fra Bevæggrundene B. Begrundelsen kan naturligvis her benyttes til Camouflage, men i mange Tilfælde vil den dog yde værdifuld, ofte den eneste, Vejledning ved Afgørelsen af, om den nævnte Ugyldighedsgrund foreligger. Hertil kommer iøvrigt for fransk Rets Vedkommende, at C. d'E. kun tillægger de Bevæggrunde Betydning, der fremgaar af de foreliggende Dokumenter eller indrømmes af vedkommende Forvaltningsorgan.

¹⁾ O. V. G. 56. 308 udtaler om „Vercinsgesetz“ af 19. April 1908 § 7 (ophævet ved Folkekommissærernes Opraab og § 123, 1. Stk. i den ny Forfatning), der bestemmer, at Afslag paa Andragender om Tilladelse til Afholdelse af offentlige Forsamlinger m. m. under aaben Himmel skal være forsynet med Grunde: „... diese Vorschrift bezweckt, dem Anfechtungsberechtigten die Möglichkeit einer Nachprüfung der Gründe zu eröffnen, welche für die polizeiliche Entschliessung massgebend gewesen sind“.

I første Række kommer da naturligvis den formelle Begrundelse i Betragtning.

Trods det, at Forvaltningsaktens Begrundelse saaledes synes at maatte være af særlig Interesse i *Frankrig*, finder vi dog ikke der *almindelige* Paabud derom.¹⁾ Af *specielle* Bestemmelser kan derimod nævnes Kommunalloven af 5/4 1884 § 86, hvorefter Suspension og Afskedigelse af Mairen og Raadmænd („adjoints“) skal motiveres, og Dekret af 3/8 1909²⁾ § 15, hvorefter det samme gælder om visse Afgørelser vedrørende Adgang til offentlig Hjælp.

Interessant er Forholdet i Tyskland.³⁾ Her eksisterer der for det første *en Del almindelige* positive Bestemmelser om, at Forvaltningsakten skal begrundes, først og fremmest den badiske Forordning af 31. August 1884⁴⁾ § 3: „Entschliessungen der Bezirksräte, wie alle auf gepflogenes Verfahren ergehende Entscheidungen müssen in gedrängter Fassung die Gründe enthalten, auf die Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen, auf welchen sie beruhen, hinweisen ... Auch anderen Verfügungen soll ein Hinweis auf die massgebenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen, sowie in der Regel eine kurze Angabe der Gründe beigefügt werden“. — I de tidligere sachsiske og württembergske Forfatninger fandtes Bestemmelser om, at enhver kan indanke Forvaltningsmyndighedernes Afgørelser for højere Myndighed, som, hvis Klagen findes ubeføjet, er forpligtet til at meddele Klagens Grundene til Afgørelsen.⁵⁾ I Bayern

¹⁾ I en Note hos Sirey 1903, 3. 113 bemærker Hauriou: „... Il serait désirable que les lois nouvelles généralissent l'obligation de motiver; ce serait une extension précieuse du domaine de l'excès de pouvoir ...“ Uden positiv Hjemmel antages det ikke, at Forvaltningsmyndighederne er forpligtede til at begrunde deres Afgørelser, se Jèze: Cours de Droit public p. 220 („Les agents publics ne sont tenus de motiver leurs actes que lorsque la loi ou un règlement les y oblige.“) og de samme Sted Note I anførte Domme.

²⁾ Décret portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 14. juillet 1905 sur l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables.

³⁾ Jfr. navnlig W. Jellinek: Gesetz p. 233—234.

⁴⁾ Thoma: Badische Gesetze des Verfassungsrechts und des allgemeinen Verwaltungsrechts 1921 p. 133.

⁵⁾ Den sachsiske Forfatning af 4/9 1831 § 36; den württembergske Forfatning af 25/9 1819 § 37.

har B. V. G. H.¹⁾ udtalt som „ein Grundsatz des administrativen Verfahrens, dass Beschlüsse mit Motiven zu versehen sind“.

Nødvendigheden af, at Forvaltningsakten begrundes, har — uden noget positivretligt Grundlag — i Preussen fundet vidtgaaende Anerkendelse i O. V. G.s Praxis.²⁾ Allerede i en Dom fra 1881³⁾ udtaler O. V. G.: „Wenn das Gesetz gegen Verfügungen der vorliegenden Art (d. v. s. „polizeiliche Verfügungen“) eine Klage im Verwaltungsstreitverfahren gewährt hat, so kann dabei nur vorausgesetzt sein, die Behörde werde, wie dies auch ohnehin in ihrer Aufgabe liegt, ihre Verfügung nach der rechtlichen wie nach der tatsächlichen Seite hin so weit begründen, dass dadurch dem Betroffenen die Möglichkeit gewährt wird, die Verfügung in ihren Grundlagen durch das ihm zustehende Rechtsmittel anzugreifen.“⁴⁾ Andetsteds⁵⁾ udvides dette til at gælde „jede Behörde“. Imidlertid antages det, at Manglen paa Begrundelse kan gores god ikke blot af højere administrativ Myndighed, naar der klages til en saadan,⁶⁾ men ogsaa derved, at Forvaltningsorganet (Politiet) under Sagens Behandling for Forvaltningsretterne giver en fyldestgørende Begrundelse.⁷⁾

¹⁾ B. V. G. H. 1. 481.

²⁾ „Was in anderen Ländern gute Gesetze vermochten, vermochte in Preussen eine gute Rechtsprechung“, siger W. Jellinek, Gesetz p. 234.

³⁾ O. V. G. 7. 252.

⁴⁾ Denne, flere Gange senere (O. V. G. 24. 340, 45. 428, 58. 405) næsten ordret gentagne Udtalelse synes at gaa ud fra, at O. V. G. overfor de paagældende Forvaltningsakter er indskrænket til at kritisere Begrundelsen, saaledes at Annulation kun kan finde Sted, hvor Begrundelsen i retlig eller faktisk Henseende er uholdbar. Saaledes forholder det sig dog ikke. O. V. G. fastslaar selv (O. V. G. 58. 405) som fast antaget Praxis, at „eine polizeiliche Verfügung auch abgesehen von den darin angegebenen Gründen auf ihre Rechtmässigkeit zu prüfen ist...“. Hofacker: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform p. 243, mener dog, at der hos de tyske Forvaltningsdomstole er en uheldig Tendens til kun at kritisere Begrundelsen.

⁵⁾ O. V. G. 30. 110.

⁶⁾ O. V. G. 24. 340.

⁷⁾ O. V. G. 45. 428, 56. 308. Dette synes i fuldkommen Strid med det Retshensyn, der ifølge Citatet skulde ligge bagved Begrundelsestvangen; thi en Begrundelse ex post giver jo ingen Vejledning m. H. t. Anvendelse af Retsmidler mod Forvaltningsakten.

Som *specielle* Regler om Forvaltningsaktens Begrundelse kan anføres Rignæringslovens § 18, hvorefter Svar paa Andragender om Tilladelse til de i § 16 omhandlede Virksomheder skal indeholde Grunde for den trufne Afgørelse, saafremt Tilladelser nægtes eller kun meddeles under Betingelser, og den nu¹⁾ ophævede § 7 i Foreningsloven af 19. April 1908, hvorefter Afslag paa Andragender om Tilladelse til Afholdelse af offentlige Forsamlinger under aaben Himmel skal indeholde en Angivelse af Grundene til Afslaget.

Hvor det nu maa anses for en Regel, at Forvaltningen *skal* begrunde sine Forvaltningsakter, bliver Spørgsmaalet, om en saadan Regels Tilsidesættelse medfører Aktens Ugyldighed. Det maa da først betones, at disse Regler ikke i synderlig Grad tilsigter at indvirke gavnligt paa Forvaltningsaktens Indhold, om end den Omstændighed, at Forvaltningsorganet er tvunget til at begrunde sin Afgørelse, nok kan blive medvirkende til, at Sagen gøres til Genstand for omhyggeligere Overvejelser. — Fra et offentligretligt Standpunkt er det imidlertid ikke blot vigtigt, at ulovlige eller paa anden Maade urigtige Forvaltningsakter ikke *kommer til Eksistens*; det er tillige af største Betydning, at saadanne Forvaltningsakter, naar de engang eksisterer, dog ikke *kommer til at ytre retlige eller faktiske Virkninger*. Her har netop Reglerne om Forvaltningsaktens Begrundelse deres egentlige Mission. Først naar det gennem Begrundelsen er klart, paa hvilke Retsregler og Fakta Forvaltningsakten støtter sig, faar *Borgeren* den fulde Adgang til at reagere, enten saaledes, at han ignorerer Forvaltningsakten (Nullitet), eller derved, at han søger at fremkalde en autoritativ Udtalelse om dens Ugyldighed (Anfægtelighed). En ganske tilsvarende Rolle spiller Begrundelsen over for andre Forvaltningsorganer, som skal kritisere eller respektere Akten. Manglende Begrundelse betyder, at ulovlige Forvaltningsakter faar en forøget Chance for at blive retligt og faktisk realiserede.

Dette fører aabenbart til, at den manglende Begrundelse bør medføre Ugyldighed overalt, hvor det staar fast, at Forvaltningsakten *skal* begrundes. — Dette Resultat er imidlertid ikke anerkendt af alle.

¹⁾ Se ovfr. p. 97, Note 1.

I Frankrig nævner *Laferrière*¹⁾ udtrykkeligt som Eksempel paa „vice de forme“ manglende Begrundelse, og skønt denne Mangel ikke ses at have spillet nogen større Rolle i C. d'E.s Praksis,²⁾ er der dog ikke Tvivl om, at den her vil blive anerkendt som Ugyldighedsgrund.

I Tyskland udtaler *Kormann* den Mening, at manglende Begrundelse ikke er Nullitetsgrund,³⁾ derimod nok Anfægtelighedsgrund,⁴⁾ og *W. Jellinek*⁵⁾ antager det samme. Derimod mener *Friedrichs*⁶⁾ ikke, at manglende Begrundelse alene bevirker Ugyldighed. — O. V. G. har indtaget et ejendommeligt Mellemstandpunkt derved, at det som nævnt er anerkendt, at manglende Begrundelse kan afhjælpes, endog under Sagens Behandling for Forvaltningsretten. Finder en saadan „Heilung“ ikke Sted, er det ofte anerkendt, at der indtræder Ugyldighed: Politiforvaltningen havde nægtet en Forening Tilladelse til Opførelse af et Teaterstykke i Forbindelse med en Gymnastikopvisning, Dans m. v. Som Begrundelse var alene anført, at en saadan Foranstaltning „im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung versagt werden müsse“. O. V. G.⁷⁾ annullerede, bl. a. med følgende Begrundelse: „... (es) fehlt an jeder tatsächlichen Begründung. Es ist aus der Verfügung nicht ersichtlich in welchen besonderen Tatsachen hier eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gefunden wird ...“

Undertiden kan det være tvivlsomt, om den statuerede Ugyldighed skyldes Indholdsmangel eller manglende Begrundelse: ifølge den preussiske „Kommunalabgabengesetz“ af 14. Juni 1893 kan der opkræves en Hundeskat saavel til Kommunen som til Kredsen. Opkrævningen sker for sidstnævntes Vedkommende sædvanligt ved de kommunale Myndigheder,

¹⁾ II. p. 493.

²⁾ C. d'E. 21/7 1911, Beau, D. 1913. 3. 133. annullerer en Kommunalbestyrelsesbeslutning, fordi der i Begrundelsen var anvendt „termes injurieux“ eller „diffamatoires“. Dette har jo intet med det her omhandlede Spørgsmaal at gøre.

³⁾ p. 282—283.

⁴⁾ p. 402.

⁵⁾ Gesetz. o. s. v. p. 234.

⁶⁾ Friedrichs p. 75.

⁷⁾ O. V. G. 45. 428, jfr. O. V. G. 7. 252.

ofte saaledes, at Skatteyderne kræves for begge Beløb samtidigt. O. V. G. har herom udtalt, at en saadan fælles Betalingsopfordring er utilbørlig, hvis den ikke indeholder en utvetydig Angivelse af, hvor meget der er Afgift til Kommunen og hvor meget til Kredsen, og i et Tilfælde, hvor en Betalingsopfordring omfattede begge Afgifter uden nogen saadan Angivelse, annulleredes Paakravet for saa vidt angik Kredsens Andel.¹⁾

Spørgsmaalet om, hvorvidt en Person var forpligtet til at svare Kirkeskat til Kirkebestyrelsen i S., beroede paa, om han i Kraft af sin Bopæl hørte til Kirkesognet S. Om Sagen var fort aarelange Forhandlinger mellem Parterne og med de højere kirkelige Myndigheder. Den for O. V. G. indbragte, administrative Afgørelse lød imidlertid kort og godt: „Es unterliegt keinem Zweifel, dass Ihr Wohnsitz in Leith, Pfarre Wattenscheid ist“. Herom bemærker O. V. G.: „... Es findet also eine Beurteilung der entscheidenden Frage weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Beziehung statt; an Stelle einer Darlegung, aus welchen Gründen anzunehmen sei, dass der Wohnsitz des Beklagten in dem Bezirke der Kirchengemeinde Wattenscheid liege, wird erklärt: diese Annahme unterliege keinem Zweifel. Dem Bescheide fehlt daher jede Begründung. Dies ist ein wesentlicher Mangel des Verfahrens. ... Der angegriffene Bescheid war hiernach aufzuheben.“²⁾

I *de nordiske Lande* har Spørgsmaalet om Nødvendigheden af Forvaltningsaktens Begrundelse sjældent været fremme. Skønt t. Eks. Boligloven af 1. April 1921 § 2, 9. Stk., udtrykkeligt bestemmer, at Huslejenævnenes Afgørelser „altid skal begrundes“, og skønt denne Regel vistnok meget ofte tilsidesættes, synes saadan manglende Begrundelse ikke at have været paaberaabt eller overhovedet at have spillet nogen Rolle i en eneste af de ikke faa Retssager, der har foreligget om disse Afgørelser. Fra Norge kan nævnes to Højesteretsdomme, som dog ikke tager afgjort Stilling til Spørgsmaalet. I den ene,³⁾ hvor der var Tale om Gyldigheden af Ligningskommissionens og Overligningskommissionens Afgørelser, hvilke ifølge Lov

¹⁾ O. V. G. 30. 109. Som Sagen forelaa, maatte vedkommende Skatteyder gaa ud fra, at hele Beløbet var til Kommunen.

²⁾ O. V. G. 70. 287. Jfr. O. V. G. 70. 311.

³⁾ N. R. T. 1910. 502.

om Bykommunernes Skattevæsen¹⁾ skal kortelig begrundes, er det udtalt, at den Omstændighed, at Begrundelserne var „temmelig knappe“, ikke kunde bevirke Ugyldighed. Den anden Døm²⁾ angaar et i Henhold til Lov 17. Maj 1904 § 16, 2. Stk. meddelt Paabud til Bestyreren af en Brændevinshandel om øjeblikkelig Lukning Kl. 10 Morgen. Under Sagen vedrørende Straf for Overtrædelse af Paabudet paaberaabte den tiltalte sig, at det var en Fejl ved Paabudet, at det ikke var begrundet; men førstvoterende, hvis Konklusion vedtoges, bemærkede, at det herom var tilstrækkeligt at sige, „... at paabudets grund mundtlig blev forklaret for domfældte før den i paabudet satte lukningsfrist“.³⁾

— Bevirker *manglende Begrundelse* Ugyldighed, maa dette saa meget mere gælde om *den urigtige Begrundelse*; en saadan kan bevirke Forvaltningsaktens Ugyldighed selv i Tilfælde, hvor Begrundelsen ikke er obligatorisk. I Sagen C. d'E. 20/1 1922, Trépont, var Forholdet det, at Republikens Præsident ved Afskedigelsen af en Præfekt havde anført i Dekretet, at Afskedigelsen fandt Sted efter Begæring („sur sa demande“), medens den paagældende tværtimod havde udtalt Ønske om at forblive i Stillingen. Afskedigelsen blev annulleret „pour excès de pouvoir“.⁴⁾ — Spørgsmaalet har nogle Gange været fremme i vor Domspraksis, som dog nærmest har været tilbøjelig til at fra-

¹⁾ Lov 15/4 1882 §§ 38 og 42.

²⁾ N. R. T. 1910. 17.

³⁾ Af de øvrige Dommere hævdede to, at et Paabud som det omhandlede ikke behøvede at være ledsaget af Grunde. Rigtigt bemærkede derimod Assessor Meidell, at Politiet er forpligtet til at anføre sin Hjemmel. „Hvis da denne Hjemmel i sig selv fremstiller sig som ganske uholdbar, maa Tiltalte være berettiget til at sætte sig ud derover.“ Assessor Reimers bemærkede, at hvis Paabudet ikke har Hjemmel, maa vedkommende ansvarsløst kunne undlade at tage det tilfølge. Heraf følger, at Paabudet maa være begrundet. „Thi antages det først, at Paabudet ikke er ubetinget bindende for vedkommende, men kun under forudsætning af, at dette har hjemmel i loven, maa vedkommende have krav paa af politiet at faa besked om de forhold og omstændigheder, paa hvilke paabudet er bygget.“ Ogsaa Assessor Reimers mener imidlertid, at Manglen er afhjulpet ved den senere Forklaring.

⁴⁾ J è z e: Cours de Droit public p. 223. Dommen er refereret herefter.

kende den urigtige Begrundelse Evne til at bevirke Ugyldighed: En Separationsbevilling angav „Gemytternes Uoverensstemmelse“ som Grund til Separationen, medens det fra Justitsministeriets Side var indrømmet, at den sande Grund var den, at Ministeriet havde fundet det bevist, at der forelaa Hor. En Part, som for Retten gjorde gældende, at Bevillingen var ugyldig, fordi Justitsministeriet manglede Hjemmel til at meddele Separation af den i Bevillingen anførte Grund,¹⁾ blev ved Højesteretsdom²⁾ idømt Mulkt for unødigt Trætte!

Under Paaberaabelse af en af Indenrigsministeriet i Henshold til Lov af 17. April 1868 om Anlæg og Overtagelse af Gader m. v. i Frederiksberg Kommune stadfæstet Vedtægt havde Frederiksberg Kommunalbestyrelse paalagt nogle Grundejere at bidrage til Asfaltering af en Gade. Overretten³⁾ frifandt disse for Betaling af de paalignede Bidrag, fordi den paabe- raabte Bestemmelse i Vedtægten ikke antoges at have Hjemmel i den nævnte Lov. Højesteret⁴⁾ ændrede Dommen med den Begrundelse, at den omstridte Bestemmelse havde Hjemmel i Lov af 14. December 1857 om Gader m. v. i København,⁵⁾ og „idet det ikke kan tillægges nogen Betydning, at Indenrigsministeriet som Hjemmel for Stadfæstelsen ... har paaberaabt sig Lov af 17. April 1868“.

— I modsat Retning gaar maaske en Overretsdom fra 1882⁶⁾: Under Paaberaabelse af Lov af 3. Marts 1860 havde Politiet givet en Kvinde et Tilhold, som Retten ikke fandt hjemlet i den nævnte Lov, hvorfor hun frifandtes for Straf for Overtrædelse af Tilholdet. To af de voterende vilde imidlertid idømme Straf med den Begrundelse, at Tilholdet, skønt det ikke kunde støttes paa den anførte Lov, „dog i og for sig selv maatte anses berettiget“.

¹⁾ Derimod synes han ikke at have paaberaabt sig den urigtige Begrundelse som saadan.

²⁾ U. f. R. 1909. 288.

³⁾ U. f. R. 1912. 134.

⁴⁾ U. f. R. 1913. 193.

⁵⁾ Jfr. Lov Nr. 69 af 7/4 1899 § 2 og Købstadkommunalloven af 26/5 1868 § 21.

⁶⁾ U. f. R. 1883. 356.

§ 14.

3. Bekendtgørelse.

Forvaltningsakten bestemmer, hvad der i et Enkelttilfælde er eller skal være Ret, giver altsaa en konkret Forskrift til Efterlevelse, ofte saaledes, at den skaber eller fastslaar Forpligtelser, som skal opfyldes, eller Rettigheder, der kan udøves. En saadan Efterlevelse forudsætter Kundskab om Forvaltningsaktens Indhold; som Folge heraf kunde man mene, at Forvaltningsaktens Retsvirkninger først indtræder, naar vedkommende Borger har faaet saadan Kundskab. Af retstekniske Grunde er en saadan Regel imidlertid uheldig, idet Spørgsmaalet om, hvorvidt Kundskab virkelig har foreligget, i Praksis ofte vanskeligt lader sig besvare. Forvaltningsaktens Retsvirkninger maa derfor knyttes til mere objektive Kendsgerninger, og i Stedet for hin faktiske Kundskab maa det kræves og være tilstrækkeligt, at der fra det offentliges Side er foretaget visse ydre Skridt, sigtende til at bibringe vedkommende Kendskab til den trufne Bestemmelse, nemlig saadanne Skridt, som *normalt* vil have denne Virkning: Forkyndelse for den paagældende selv eller visse ham nærstaaende Personer, almindelig skriftlig Meddelelse, Offentliggørelse m. v.

Paa spredte Steder i Lovgivningerne finder vi da Regler om, at de eller de Forvaltningsakter skal bekendtgøres og om Formen for en saadan Bekendtgørelse.¹⁾ Selv uden positiv Hjemmel maa det imidlertid antages, at Forvaltningsakter paa en eller anden Maade skal bekendtgøres, og Spørgsmaalet bliver da, paa hvilken Maade Bekendtgørelsen skal ske.

Det maa herved erindres, at Forvaltningsaktens Bestem-

¹⁾ Eksempler: Den preussiske „Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum“ af 11. Juni 1874 § 44, 1. Stk.: „Mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses (§ 32) an Eigentümer und Unternehmer geht das Eigentum des enteigneten Grundstücks auf den Unternehmer über.“ Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Maj 1898 § 16, 1. Stk.: „Gerichtliche Verfügungen werden mit der Bekanntmachung an denjenigen, für welchen sie ihrem Inhalte nach bestimmt sind, wirksam“. Om fransk Kommunallov 5/4 1884 § 96 se næste Note. Lov om Invalidforsikring af 6. Maj 1921, § 16 sidste Stk., bestemmer, at et Eksempel af Invalidforsikringsrettens Kendelse skal tilstilles den forsikrede; jfr. ogsaa Boligloven af 1/4 1921 § 2. 4-sidste Stykke.

melser er af *konkret* Indhold. I Modsætning til de Tilfælde, hvor Administrationen giver *abstrakte* Bestemmelser (Forordninger, Vedtægter osv.), som maa bekendtgøres paa en Maade, der er egnet til at bringe dem til *Almenhedens* Kundskab, nemlig ved *Offentliggørelse* (Avertissement, Læsning til Kirkestævne, Opslag osv.), maa det med Hensyn til Forvaltningsakter antages, at en *konkret* Bekendtgørelse er ikke blot tilstrækkelig men ogsaa fornøden.¹⁾ Normalt²⁾ maa det derfor kræves, at Forvaltningsakten *meddeles* den eller dem, hvem den angaar.³⁾ Hvor den skriftlige Form for Forvaltningsakten er paabudt, maa ogsaa Meddelelsen være skriftlig,⁴⁾ saaledes at det ikke er tilstrækkeligt, at den skriftligt udfærdigede Akt forbliver hos Forvaltningsmyndigheden, medens Borgeren kun faar en mundtlig Besked. Iøvrigt tor det ikke uden positiv Hjemmel antages, at andre Former for Meddelelsen er ude-

¹⁾ Otto Mayer I p. 97 og 244—247; Hauriou et Guillaume de Bezin p. 566. Se ogsaa fransk Kommunallov 5/4 1884 § 96, som kræver, at de af Mairen trufne Bestemmelser skal bringes til vedkommendes Kundskab „par voie de publications et d'affiches, toutes les fois qu'ils contiennent des dispositions générales, et, dans les autres cas, par voie de notification individuelle“.

²⁾ Kormann anfører p. 190—192 offentlig Opfordring til Afgivelse af Skatteopgivelser og Offentliggørelse af Skatteligningen som Eksempler paa „Fälle wo die Interessenten zwar individuell bestimmt sind, aber wegen ihrer grossen Zahl nach Gestattung des Gesetzgebers nicht einzeln brauchen benachrichtigt zu werden“. — En Opfordring til Afgivelse af Skatteopgivelser er imidlertid ikke nogen Forvaltningsakt. Undertiden er det blot en Bekendtgørelse af Lovens Bestemmelser, uden noget dispositivt Indhold. Hvor dette ikke er Tilfældet, er de trufne Bestemmelser af generel Natur og maa derfor stilles i Klasse med Forordninger, Vedtægter o. l. Jfr. Otto Mayer II p. 394.

Selve Skatteligningen bestaar derimod af en Række individuelle Forvaltningsakter, og dens Bekendtgørelse kan derfor med Rette nævnes i denne Sammenhæng som et Eksempel paa, at den positive Lovgivning af Hensigtsmæssighedsgrunde har ladet Offentliggørelse af en Forvaltningsakt træde i Stedet for den sædvanlige, individuelle Meddelelse. Se i denne Forbindelse Lov Nr. 149 af 10/4 1922 § 24, hvorefter der kun sker særlig Underretning til de skattepligtige, som rettidig har gjort Selvangivelse, men hvis Selvangivelse ikke er taget til Følge.

³⁾ Kormann 185.

⁴⁾ Kormann 194.

lukket.¹⁾ Mundtlig,²⁾ herunder telefonisk, Meddelelse, vil alt-
saa efter Omstændighederne være fyldestgørende. Medens de
højere Myndigheders Forvaltningsakter i Praksis næsten und-
tagelsesfrit vil foreligge i skriftlig Form og blive skriftlig med-
delt, gælder det samme ikke om de underordnede Organers
Forvaltningsakter.

En *Meddelelse*, d. v. s. visse positive Skridt fra Forvaltnin-
gens Side, som sigter til at sætte Adressaten i Kundskab om
Forvaltningsakten, maa paa den anden Side udkræves og kan
ikke erstattes af den Omstændighed, at vedkommende ad an-
den Vej har erfaret Forvaltningsaktens Indhold.³⁾ Først en
saadan Meddelelse forvandler Forvaltningsakten fra et indre,
kun Forvaltningsorganisationen vedrørende Anliggende til en
udadtil forbindende Bestemmelse.⁴⁾ Derfor maa ogsaa Medde-
lelsen, hvor andet ikke er positivt fastsat, hidrøre fra det Or-
gan, som er kompetent m. H. t. Forvaltningsakten.⁵⁾

Et andet Spørgsmaal er det, hvorvidt Kravet om Bekendtgørelse er fyldestgjort, naar Forvaltningsaktens Indhold er meddelt en anden end den, til hvem dens Indhold er rettet,

¹⁾ Otto Mayer I p. 246, der dog kræver en udtrykkelig Meddelelse. Reuterskiöld: Föreläsningar i svensk Stats- och Förvaltningsrätt II p. 21.

²⁾ O. V. G. 13/11 1903, pr. Vbl. 25. 577.

³⁾ S. O. V. G. 9. 157 „... Einer solchen amtlichen Eröffnung kann es aber nicht gleichgestellt werden, wenn der Beamte durch irgendwelchen Umstand ... nebenbei erfährt, dass die zur Kündigung berechtigte Stelle beschlossen habe, von dem Kündigungsrechte Gebrauch zu machen; denn es fehlt in diesem Falle an dem Verwaltungsakt, der allein die Wirkung der Kündigung haben kann ...“ Jfr. O. R. D. i U. f. R. 1875, 299. Se iøvrigt K o r m a n n 195, Otto Mayer I. 246, Note 14. — Ifølge Socialistloven af 21. Oktober 1878 § 28. 4. Stk. var Overtrædelser af de i Paragrafen omhandlede Anordninger straffbare, naar de var sket „mit Kenntnis oder erfolgte öffentlichen Bekanntmachung“. Denne Bestemmelse betegner Otto Mayer som eksorbitant, se anførte Sted Note 15.

⁴⁾ O. V. G. 6/10 1902, Gewerbearchiv 2. p. 411: „... Die Beschlussfassung über gestellte Anträge ist so lange ein nur die beschliessende Behörde selbst berührender, innerer Vorgang, als nicht das Ergebniss dem Antragssteller in vorgeschriebener Form amtlich bekannt gemacht ist ...“. Alcindor 64, Note 4: „... Il n'y aurait qu'une sorte de délibération d'ordre purement intérieur ...“

⁵⁾ O. V. G. 41. 382.

men rette Vedkommende dog har faaet Kundskab om den. Den kompetente Myndighed har her lagt sidste Haand paa Værket, og naar den private paa sin Side har Kundskab om de trufne Bestemmelser, kunde det synes, som om intet berettiget Hensyn er til Hinder for, at Retsvirkningerne nu indtræder. — Alligevel maa Spørgsmaalet besvares benægtende. Vel gør det en betydelig Forskel, om rette Vedkommende faar Kundskab om den *ubekendtgjorte* eller den *bekendtgjorte* Forvaltningsakt. Men ogsaa i sidstnævnte Tilfælde vil det dog komme til at bero paa en Tilfældighed, om Akten kommer til vedkommendes Kundskab, og denne vil i vidt Omfang kunne hævde at have haft eller savnet saadan Kundskab alt efter som det ene eller det andet er i hans Favør. Paa et i objektiv Henseende saa usikkert Kriterium tør man ikke lade Forvaltningsaktens Retsvirkninger bero.

For at Meddelelsen skal være fyldestgørende, maa den være kommet frem til Adressaten. Gaar den tabt under Vejs, maa der ske en fornyet Meddelelse. Det afgørende bliver, om Meddelelsen er kommen saaledes frem, at Adressaten *normalt* vil faa Kundskab om Forvaltningsakten. I Hovedsagen vil den Regel, som Civilretten opstiller for Spørgsmaalet om Tidspunktet for den *rene* Akcepts Forbindtlighed for Modtageren, kunne være vejledende.¹⁾

Disse skrevne og uskrevne Regler om Forvaltningsaktens Bekendtgørelse er ikke blot forbindende for Forvaltningsorganerne, saaledes at Overtrædelse vil kunne medføre ubehagelige Følger for disse; deres Tilsidesættelse har tillige Betydning for

¹⁾ Se Lassen, Læren om Aftaler p. 53—54. Kormann bemærker p. 189: „Es kommt nur darauf an, dass er rechtlich und tatsächlich in der Lage war, von ihr Kenntniss zu nehmen.“ O. V. G. 36, 360 udtaler angaaende Anmeldelse af Vildtskade til Politiet i Henhold til „Wildschadengesetz“ af 11/ 7 1891 § 6, altsaa en fra en Privatperson hidrørende offentligretlig Erklæring: „Da das Gesetz über die Form der Uebergabe des die Anmeldung enthaltenden Schriftstücks nichts bestimmt, so konnte die Uebergabe in jeder zulässigen Art erfolgen, und es genügt, wenn das Schriftstück innerhalb der Frist tatsächlich in die Gewalt der Ortspolizeibehörde gelangt ist“. O. V. G. 5. 261 udtaler, at det ved Beregningen af Klagefristerne alene kommer an paa „die wirklich erfolgte Aushändigung der Verfügung an den Kläger“.

Forvaltningsaktens Retsvirkninger. Som antydnet vil det være meningsløst at forlange eller tilstede Forvaltningsakten efterlevet, forinden den tilbørlige Bekendtgørelse har fundet Sted.

Sædvanligt opfatter man dog ikke Mangler vedrørende Forvaltningsaktens Bekendtgørelse som Ugyldighedsgrunde for selve Forvaltningsakten. *Kormann* sonderer saaledes skarpt mellem Formerne for selve Forvaltningsakten og Formerne for dens Bekendtgørelse, idet han imidlertid betragter den skriftlige Meddelelse som en Form for Forvaltningsakten. Mangler ved Bekendtgørelsen stilles i skarp Modsætning til Mangler ved Forvaltningsakten selv. De førstnævnte bevirker kun *Bekendtgørelsens* Ugyldighed, ikke Forvaltningsaktens;¹⁾ heraf følger, at en Forvaltningsakt, som er retlig uvirksom paa Grund af Bekendtgørelsens Ugyldighed, bliver retlig virksom, naar denne Ugyldighed fjernes gennem en senere Bekendtgørelse. — En lignende Opfattelse møder vi hos franske Forfattere,²⁾ og i C. d'E.s Praksis er det ofte udtalt, at Mangler vedrørende „la notification“ ikke medfører selve Forvaltningsaktens Ugyldighed („... les irrégularités que les requérants prétendent avoir été commises dans la notification de l'arrêté attaqué ne sauraient entacher de nullité cet acte considéré en lui même“).³⁾

— Givet er det dog i hvert Fald, at Bekendtgørelsen er en nødvendig Forudsætning for, at Forvaltningsakten kan ytre Retsvirkninger udadtil; og er Betingelserne for Forvaltningsaktens materielle Lovlighed ikke længere til Stede ved Bekendtgørelsen, medfører dette Forvaltningsaktens Ugyldighed.⁴⁾ Naar det da fastholdes, at en forsømt eller ufyldstgø-

¹⁾ p. 181—182, 268—269.

²⁾ Jèze, Rev. du droit public 1913 p. 678 og 1915 p. 97, jfr. C. d'E. 27/6 1913, Cornus, Rec. 764, C. d'E. 18/7 1913, Syndicat national des chemins de fer de France, D. 17. 3. 21. og C. d'E. 27/3 1914, Laroche, Sirey 1914. 3. 97 med Note af Hauriou. Se ogsaa Jèze: Cours de Droit public p. 295 med Note 1.

³⁾ C. d'E. 5/12 1908, Dame Marie Mas, D. 1910. 3. 77, C. d'E. 25/5 1908, Maire de la Comm. d'Auzay, D. 10. 3. 14, C. d'E. 28/12 1906, Lehmann et autres, D. 1908 3. 18, C. d'E. 2/2 1906, Clément D. 1907. 3. 100, C. d'E. 20/5 1904, Perrimond, D. 1905. 5. 22.

⁴⁾ Eksempel: Den internationale Kommission for Slesvig udfærdigede et Udvisningsdekret d. 11. Juni 1920. Først d. 16. samme Maaned blev det forkyndt for Vedkommende. Imidlertid var Suveræniteten

rende Bekendtgørelse ikke definitivt medfører Ugyldighed, hvilket iøvrigt ogsaa gælder Mangler vedrørende Skriftlighedsformen, kan det være nogenlunde ligegyldigt, om man opfatter Mangler vedrørende Bekendtgørelsen som Ugyldighedsgrunde for (hele) Forvaltningsakten¹⁾ eller kun for Bekendtgørelsen. Denne sidste Udtryksmaade dækker imidlertid ikke de Tilfælde, hvor en Bekendtgørelse overhovedet ikke har fundet Sted.

De anførte *franske Domme* angaar kollegiale Forvaltningsorganers Vedtagelse, og Meningen er den, at de omhandlede Mangler ikke nødvendiggør en ny Afstemning m. v. Men forinden Bekendtgørelsen er sket, foreligger der kun „une sorte de délibération d'ordre purement intérieure“. ²⁾ — Fra *tysk Praksis* skal anføres følgende: O. V. G. 6/10 1902³⁾ bemærker i en Sag vedrørende Næringsbevilling: „Die ... ausgefertigte Konzessionsurkunde ist ihm nicht zugestellt, sondern vor der Aushändigung zurückgezogen worden. Auch anderweite Bekanntmachung der Genehmigung ist an den Kläger nicht ergangen. Dieser hat also Rechte aus dem gefassten Beschlusse nicht erlangt ...“ I en Sag angaaende Opsigelse af en kommunal Tjenestemand udtaler S. O. V. G.,⁴⁾ at „... die Wirkungen der Kündigung treten ... erst dann ein, wenn dem Beamten eine Kündigungsverfügung zugeht“. At den paagældende tilfældigt erfarer, at den til at foretage Opsigelsen berettigede Myndighed har besluttet at gøre Brug af Opsigelsesretten, er ikke tilstrækkeligt.

Ogsaa nogle *danske Overretsdomme* har beskæftiget sig med Spørgsmaalet. Det er saaledes vedrørende en Ligningskommissions Afgørelse antaget, at da den var meddelt Klageren i et Brev, kunde det ikke komme i Betragtning, at den — fordi han var flyttet — faktisk ikke var kommen til hans Kundskab.⁵⁾ — Lov af 14. April 1865 om Istandsættelse og Vedlige-

gaaet over til Danmark d. 15. Juni, og den udviste var i H. t. Versailles Traktatens Art. 112, jfr. Lov 5/9 1920 § 1, blevet Dansk.

¹⁾ Otto Mayer I. 97 og 244—247, W. Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt p. 68—78 og Gesetz osv. p. 225, Alcindor p. 64, Note 4.

²⁾ Alcindor p. 64, Note 4.

³⁾ Gewerbearchiv 2. p. 411.

⁴⁾ 18/6 1906, S. O. V. G. 9. 157.

⁵⁾ O. R. D. i U. f. R. 1907. 166.

holdelse af private Veje § 3 kræver en *Forkyndelse* af Kommunalbestyrelsens Kendelse vedrørende Vedligeholdelsespligten. I et Tilfælde, hvor saadan Forkyndelse ikke havde fundet Sted, medens det dog var oplyst, at den paagældende paa anden Maade havde faaet Kundskab om den, blev en Udpantningsforretning vedrørende Betaling af det Beløb, Kommunalbestyrelsen havde udredet til Vejens Vedligeholdelse i Stedet for den ifølge Kendelsen forpligtede, ophævet.¹⁾

§ 15.

Bevirker Formmangler Nullitet eller Anfægtelighed?

Uden nogen egentlig Begrundelse antages det sædvanligt,²⁾ at „væsentlige“ Formmangler bevirker Forvaltningsaktens *Nullitet*. Afgørende for, om en Formmangel er væsentlig, er ifølge *Kormann* „die rechtliche Grundlage auf der die Formvorschrift beruht“. Findes Formforskriften i en *Lov*, maa den regelmæssigt anses for væsentlig, hvorimod en *Forvaltningsforordnings*³⁾ Formforskrifter kun antages at have Betydning inden for Forvaltningsorganisationen selv. Midt imellem staar *Retsforordningen*,⁴⁾ hvis Formforskrifter snart kan være „væsentlige“, snart „uvæsentlige“. — *Kormann* gaar her uden videre ud fra, at Grænsen for Nullitetstilfældene falder sammen med Grænsen for Ugyldighedstilfælde overhovedet, medens det Spørgsmaal, som bør besvares, netop er dette, *hvilken* af de to Slags Ugyldighed der bliver Følgen af Formmangler. Iøvrigt er det,

¹⁾ O. R. D. 1875. 299. — O. R. D. i U. f. R. 1913. 850 synes at forudsætte, at det er tilstrækkeligt, at den private er „kommen til Kundskab“ om Forvaltningsakten. H. R. D. i U. f. R. 1892. 613 statuerer, at det ikke af Lovgivningen kan udledes, at Overøvrighedens Resolution om Fastsættelse af Underholdsbidrag skal være forkyndt for Barnefaderen for at kunne benyttes som Grundlag for Udpantning. Heri ligger imidlertid ikke, at Udpantning ogsaa skulde kunne finde Sted, hvor Resolutionen ikke er meddelt den paagældende. I Sagen maatte en saadan Meddelelse vistnok siges at have fundet Sted.

²⁾ *Kormann* p. 260 ff., *W. Jellinek*, *Der fehlerhafte Staatsakt* 103—104, *Fleiner* 195—196.

³⁾ Jfr. *Laband* p. 136, jfr. 161—162.

⁴⁾ Jfr. *Laband* p. 136 ff.

som tidligere omtalt,¹⁾ vistnok forkert at udelukke de blot „interne“ Retsforskrifter fra Ugyldighedsvirkning.

Søger vi vort Udgangspunkt i den Hovedbetragtning, som nærmere er udviklet ovenfor i § 7, bliver det nødvendigt at sondre mellem de Tilfælde, hvor de foreskrevne Former ganske mangler, og de Tilfælde, hvor den anvendte Form er mangelfuld.

Hvor den foreskrevne Form *slet ikke* er iagttaget, vil der sædvanligvis foreligge Nullitet. En Forvaltningsakt, der overhovedet ikke er skriftlig udfærdiget, forsynet med Begrundelse eller bekendtgjort, vil i det Omfang, Forvaltningsakten er bundet til disse Former, *klart* være behæftet med en Formmangel, der efter det foregaaende *utvivlsomt* maa medføre Ugyldighed. Formerne vedrører Forvaltningsaktens *Ydre*, og deres Tilstedeværelse eller Fraværelse kan derfor uden Vanskelighed konstateres. — Er det saaledes bestemt, at militære Rekvisitioner skal ske *skriftlig*,²⁾ kan den, der modtager mundtligt Paa-krav om en Ydelse til Militæret, ganske ignorere dette Krav. Naar det i Boligloven af 1. April 1921 § 2, 4. sidste Stykke, er udtalt, at Huslejenævnenes Afgørelser altid skal *begrundes*, kan saavel Ejer som Lejer uden videre sætte sig ud over en „nøgen“ Afgørelse.³⁾ Saalænge en Forvaltningsakt ikke er *meddelt* vedkommende Borger, kan saavel denne som det offentlige betragte den som ikke eksisterende. En Udvisningsordre, der endnu henligger hos Politiet, forpligter naturligvis ikke vedkommende Udlænding, end ikke selv om han maatte kende den, og en Embedsudnævnelse har ikke Virkning, før den er meddelt vedkommende; før denne forinden, har hans Enke ikke Krav paa Pension.

Vanskeligere stiller Sagen sig, hvor den udkrævede Form *delvis* er iagttaget. For *Skriftlighedsformens* Vedkommende kommer Spørgsmaalet dog næppe synderligt frem i Praxis; i hvert Fald maa det antages, at den skriftbundne Forvaltningsakt, som ikke i sit fulde Omfang er skriftlig udfærdiget, er en Nullitet. Forvaltningsaktens *Begrundelse* vil derimod ofte

¹⁾ Jfr. ovfr. § 5.

²⁾ Se til Ekspl. svensk Lov af 24/5 1895 (med Ændringer af 11/7 1916) § 1, 4. Stk.

³⁾ Jfr. dog ovenfor p. 102.

som *ufyldestgørende* eller *urigtig* kunne bevirke Ugyldighed, uden at Forvaltningsakten dog tør anses for en Nullitet. At tillægge Ugyldigheden denne Karakter har vel ingen Betænkelighed, hvor Begrundelsen *aldeles intet reelt* anfører til Støtte for Resultatet („efter det oplyste“, „efter de foreliggende Omstændigheder“ og lignende Talemaader). Hvor der derimod er givet *nogen*, om end ikke tilstrækkelig Begrundelse eller endog en *udførlig* Begrundelse, som imidlertid er *urigtig*, fordi de anførte Kendsgerninger er i Uoverensstemmelse med Virkeligheden eller utilstrækkelige til at begrunde Resultatet, eller fordi den anførte Lovhjemmel er urigtig, der bør saadant vel medføre Ugyldighed — og det vel at mærke selv om der i *Virkeligheden* eksisterer Kendsgerninger og Retsregler, som kan retfærdiggøre Forvaltningsaktens Indhold —; men at lade Ugyldigheden indtræde ipso jure vil være betænkeligt. Vi befinder os her paa et Omraade, hvor det ofte kan være vanskeligt at afgøre, om en foreliggende Mangel er saa væsentlig, at den overhovedet bør bevirke Ugyldighed. *Hvor meget* der skal kræves i Retning af Begrundelsens Udførlighed, og hvad der bør anses for *uvæsentlige* Urigtigheder i Angivelsen af Faktum og Lovhjemmel, er Spørgsmaal, hvis Besvarelse in concreto ikke tør overlades til vedkommende private eller en hvilken som helst offentlig Myndighed, som skal tage Stilling til Akten. Her bør kræves en *Annulation* af den *dertil kompetente Myndighed*. — Hvor der ikke er foreskrevet noget særligt vedrørende Forvaltningsaktens Bekendtgørelse, vil, som foran nævnt, en simpel *Meddelelse* være tilstrækkelig, og hvor den mangler, vil det være ubetænkeligt at betragte Forvaltningsakten som en *Nullitet*. Er Meddelelsen derimod *formbunden*, t. Eks. Forskyndelse ved Stævningsmænd, anbefalet Brev, Meddelelse „til Protokollen“ osv., vil den *fuldkomne Undladelse* af at benytte disse Former sædvanlig begrunde *Nullitet*, medens Mangler ved den anvendte Form i det højeste vil kunne medføre Anfægtelighed.

Mangler vedrørende Fremgangsmaaden ved Forvaltningsaktens Skabelse („procédure“, „Verfahren“).

Naar den private afgiver retligt forbindende Udsagn, staar han ikke blot materielt,¹⁾ men ogsaa formelt frit; han er — for en retlig Betragtning — ikke blot eneraadig m. H. t. Dispositionens *Indhold*; tillige gælder det, at han træffer og udtaler sin Beslutning vedrørende dette, *naar* og *hvor* det passer ham, *paa det Grundlag* i Henseende til foregaaende Undersøgelser, Raadslagninger, Beregninger osv., *som han finder fornødent og tilstrækkeligt.*²⁾

Anderledes forholder det sig med Forvaltningsakten. Dens Lovbundethed i Henseende til Indholdet er tidligere berørt og vil udførligere blive omhandlet senere. Paa dette Sted skal det derimod vises, hvorledes Forvaltningsaktens Gyldighed i vidt Omfang er afhængig af, at vedkommende Forvaltningsorgan forud for Afgivelsen af den paagældende Udtalelse har iagttaget visse formelle Regler.

Disse kan være af *ydre* Art, idet de angaar Tiden og Stedet for den retsstiftende eller retskonstaterende Udtalelse, Offentlighed, forudgaaende Høring af andre Myndigheder m. m.³⁾

¹⁾ Se ovenfor p. 16—17.

²⁾ Jfr. her de Valles p. 218: „mentre nella volontà individuale la percezione e l'apprezzamento dei motivi, che ne sono presupposti, sono fenomeni puramente interni, irrilevanti per il diritto, nella volontà delle persone giuridiche gli stessi fenomeni, pur rimanendo interni, sono rilevanti per il diritto. ...“

³⁾ Hauriou bemærker p. 507, Note 3, om disse Regler: „... Il faut se rendre compte, que les formalités des procédures constituent avec la détermination précise des compétences, la principale condition de l'ordre et de la modération dans l'exercice du pouvoir administratif. L'administration n'est qu'un organisme automatique, il y manque une conscience centrale, toujours en éveil; cet élément de la conscience centrale est suppléé par la multiplicité des

Saadanne Regler vil som oftest bero paa Lovgivningen, og der opstaar da det almindelige Spørgsmaal, om nyere Love, der indeholder deslige formelle Bestemmelser, ogsaa bør bringes til Anvendelse paa Forvaltningsakter, som ved Lovens Ikrafttræden er under Forberedelse — et Spørgsmaal, der har sin Analogi ved ny Procesloves Ikrafttræden.¹⁾ — Bortset fra Tilfælde, hvor Spørgsmaalet er positivt besvaret i Loven, maa Løsningen normalt blive den, at de Forvaltningsakter, som udgaaar under den ny Lovs Herredømme, maa fyldestgøre de i denne Lov opstillede, formelle Krav. Dog bør man muligens herfra undtage Tilfælde, hvor det vilde blive nødvendigt ligeså frem at *omgøre*, ikke blot komplettere, de allerede foretagne Skridt.²⁾

Iagttagelsen af de Regler, som her omhandles, kræver ofte lang Tid, og man kunde derfor spørge, om der ikke i paaatrængende Tilfælde kan bortses fra dem. Undertiden har dette positiv Hjemmel, men iøvrigt tør det ikke antages, at den nævnte Omstændighed skulde kunne virke dispenserende.³⁾

Reglerne vedrørende Fremgangsmaaden ved Forvaltnings-

formalités qui font entrer dans la procédure de l'opération une quantité d'agents qui se contrôlent les uns et les autres ... On a beaucoup crié depuis quelque temps contre la paperasserie, il est possible qu'en temps de crise elle soit nuisible, mais en temps normal elle est une nécessité." Jfr. Laferrière II. 492.

¹⁾ Se Rpl. §§ 1033 ff. og Munch-Petersen: Den danske Retspleje I p. 42—48.

²⁾ Jfr. Laferrière II. 499. Se tillige Noten hos Dalloz til C. d'E. 11/12 1885, Ville de Limoges, D. 87. 3. 41: „... Il est de jurisprudence constante que le principe de la nonrétroactivité des lois ne s'applique qu'au fond du droit et non aux lois de procédure et d'instruction ...“

³⁾ Laferrière II. 495—496, F. Wodtke: Der recours pour excès de pouvoir p. 70. — W. Jellinek bemærker ganske vist (Gesetz p. 219 osv.): „die Dringlichkeit kann dazu führen, dass ... Polizeiverfügungen ohne Anhörung der Beteiligten (ergehen können)“ og anfører her O. V. G. 58. 342. I denne Sag er der imidlertid ikke Tale om nogen positiv Forskrift om en saadan „Høring“. Den afgørende Betragtning i Dommen er i Korthed følgende: Politiet tør kun bevirke de Indskrænkninger i bestaaende Rettigheder, som er fornødne til Opfyldelse af dets Opgaver, og det maa derfor i sine Anordninger materielt tage Hensyn til de interesserede Parter, f. Ex. m. H. t. Tid, Sted og den nærmere Udførelsesmaade for de paabudte Foranstaltninger; men dette forudsætter i Reglen det

aktens Skabelse kan imidlertid ogsaa have Hensyn til den *indre, psykologiske* Virksomhed, som gaar forud for Forvaltningsakten. Navnlig er det klart, at vi fjerner os fra den „ideale“ Forvaltningsakt overalt, hvor Beslutningen er fattet under Vildfarelse, Svig eller bestemt af uvedkommende Formaale („*détournement de pouvoir*“).

For Kortheds Skyld sammenfatter vi de Mangler af ydre og indre Art, som i Henhold til det foregaaende kan medføre Forvaltningsaktens Ugyldighed, under Betegnelsen *Virksomhedsmangler*. Deres Egenskab af Ugyldighedsgrunde beror paa, at de Regler, som tilsidesættes, er formelle, af Retsordenen opstillede Garantier for Forvaltningsaktens Lovlighed og Hensigtsmæssighed.

formelle Hensyn, at man hører Parterne, jfr. O. V. G. 51. 288. I det af W. Jellinek anførte Tilfælde var der imidlertid kun eet at gøre, nemlig øjeblikkelig Formindskelse af Vandtilførslen til en Mølleдам, der havde foranlediget og truede med yderligere Oversvømmelse, og der manglede derfor ikke blot Tid, men ogsaa Anledning til at høre de interesserede Parter. — Hvor der som her er Tale om Regler efter „Forholdets Natur“, kan disse naturligvis ogsaa kun bringes i Anvendelse med de Begrænsninger, det paa gældende „Forholds Natur“ tilsiger. En positiv Regel er derimod ikke modtagelig for saadanne Begrænsninger.

Kapitel V.

A. YDRE VIRKSOMHEDSMANGLER¹⁾

§ 16.

Mangler vedrørende Tiden og Stedet for Forvaltningsakts Foretagelse.

Regler angaaende *Tiden* for Foretagelsen af Forvaltningsakter er vel ikke ukendte, se saaledes Helligdagsloven af 22. April 1904 § c,²⁾ men det kan ikke antages, at disses Tilsetsættelse bevirker Ugyldighed. I Praksis synes en saadan Ugyldighedsgrund heller ikke at have gjort sig gældende. Hvad enten den paagældende Regel findes i en formel Lov eller har sit Udspring fra administrative Myndigheder, vil den bero paa Retshensyn, som er uden Forbindelse med de konkrete Interesser, som — paa det offentlige eller den private Side — berøres gennem Forvaltningsakten.

Som Eksempel paa herhen hørende Mangler kan naturligvis ikke nævnes Tilfælde, hvor et Forvaltningsorgan har foretaget Forvaltningsakter efter Udløbet af den Tid, for hvilket det er beskikket, eller med paastaaet Hjemmel i en Lov, der forinden er ophævet eller endnu ikke traadt i Kraft. Den Ugyldighed, som under disse Omstændigheder maatte foreligge, skyldes i første Tilfælde det uegnede Subjekt, se herom nedenfor under Habilitetsmangler; i sidste Tilfælde foreligger der en Indholdsmangel, se herom senere. Snarere kunde man i denne Forbindelse nævne de Tilfælde, hvor administrative Kollegier, som

¹⁾ Jfr. Holck, Den danske Statsforvaltningsret, p. 323, der taler om „en vis udvortes Fremgangsmaade“.

²⁾ Jfr. ogsaa Rpl. § 27 og W. Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt p. 36.

kun kan *fungere* i visse ordinære eller ekstraordinære Sessioner, har truffet en Vedtagelse udenfor disse.¹⁾ Saadanne Vedtagelser maa i hvert Fald anses for ugyldige.

Heller ikke kan det opstilles som Regel, at *Stedet* for Foretagelsen af Forvaltningsakten paavirker dennes Gyldighed. Hvis en Dommer under et Middagsselskab skulde give sig til at afsige Domme vedrørende Deltagernes retlige Mellemværender, saa vilde saadanne Domme vel nok blive anset for ugyldige, endog for Nulliteter. Anderledes hvis en Minister i en tilsvarende Situation maatte finde for godt f. Eks. at dispensere fra de gældende Lukkebestemmelser. En saadan Dispensation vil i hvert Fald ikke være ugyldig paa Grund af *Stedet* for dens Givelse.

Man kunde imidlertid mene, at saafremt et administrativt Organs Virksomhedsomraade er stedligt begrænset, maatte Forvaltningsakten ikke blot *angaa* dette Omraade, men ogsaa *udgaa* herfra.²⁾ Til Støtte herfor kunde anføres, at stedlige Kompetenceregler ikke blot har deres Begrundelse i Nødvendigheden af en vis Arbejdets Deling, men tillige støtter sig paa Hensynet til, at den paagældende Embedsmand bør have stedlig Tilknytning til det Omraade, hvis Anliggender det paahviler ham at varetage. Dette er nu ganske vist rigtigt, paa denne Betragtning beror de moderne Bestræbelser for Decentralisation og Deconcentration i Forvaltningen. Men Betragtningen sker Fyldest derved, at Forvaltningsorganet har sit almindelige Sæde indenfor det paagældende Omraade.

Det Spørgsmaal kunde endelig rejses, om der ogsaa gyldigt kan gives *Forvaltningsakter fra Udlandet*. Vedrørende Kongen

¹⁾ Se C. d'E. 12/1 1912, Ranoux, D. 1914. 3. 28, hvor Kommunalbestyrelsen havde fattet en Beslutning efter Midnat den Dag, den ekstraordinære Session udløb.

²⁾ Saavel Oxholm: Haandbog i dansk Kommunalvæsen I p. 95, som Schou: Landkommunernes Forfatning og Styrelse p. 75, mener, at Sogneraadets Møder bør afholdes indenfor Kommunens Grænser, med mindre i enkelte Tilfælde særlige Omstændigheder taler for at gøre en Undtagelse herfra.

Nogen *lex perfecta* kan der formentlig ikke her være Tale om. — Amsraadmøder afholdes derimod som Regel i en af Amtets Købstæder, altsaa udenfor Amsraadskredsen, se Oxholm I p. 401.

indeholder Lov af 11. Februar 1871 §§ 1 og 4 Bestemmelser om Regeringens Førelse under hans „Fraværelse“ (§ 1, 1. Stk.) eller „Fraværelse fra Riget“ (§ 4, jfr. ogsaa § 1, 2. Stk.: „rejser ud af Riget“.)¹⁾ Disse Bestemmelser er imidlertid uden synderlig Interesse for det Spørgsmaal, som her omhandles. — § 4 anordner, at enten Statsraadet eller en Rigsforstander indtil videre skal føre Regeringen i det Tilfælde, at Tronfølgeren ved Kongens Død er fraværende fra Riget, og forudsætter derved, at Tronfølgeren ikke selv kan føre Regeringen, altsaa heller ikke forvalte, saalænge han forbliver i Udlandet. Skulde han ikke desto mindre indlade sig herpaa, f. Eks. meddele Bevillinger eller Dispensationer, vil saadanne Forvaltningsakter utvivlsomt være ugyldige, og det selv om de iøvrigt maatte fyldestgøre Grundlovens og den øvrige Lovgivnings Krav, altsaa bl. a. være medunderskrevne af en Minister. Denne Ugyldighed beror imidlertid ikke paa selve Fraværelsen men paa, at Forvaltningsakten overhovedet ikke hidrører fra noget lovligt Forvaltningsorgan. Tronfølgeren har i det nævnte Tilfælde *endnu slet ikke tiltraadt Regeringen*, og han er af denne Grund udelukket fra paa gyldig Maade at tage Del i saavel Lovgivning som Administration.

Noget anderledes ligger Forholdet efter § 1, der omhandler Kongens Fraværelse, *efter at han har tiltraadt Regeringen*. Alligevel er ogsaa denne Bestemmelse uden Interesse her. Nødvendigheden af, at Regeringen overgaar til Tronfølgeren eller en Rigsforstander, indtræder nemlig ikke ved enhver Fraværelse fra Riget, men kun saafremt Fraværelsen er til Hinder for Regeringens lovlige Udøvelse. Er Kongen under sit Ophold i Udlandet i Stand til at regere i Overensstemmelse med Grundlovens Fordringer, hvortil navnlig hører, at Love og vigtige Regeringsforanstaltninger ifølge § 16 skal forhandles i Statsraadet, er han fuldt berettiget dertil, og de af ham foretagne Regeringshandling, herunder Forvaltningsakterne, vil være fuldt gyldige. Spørgsmaalet om Ugyldighed opstaar først, naar Opholdet i Udlandet bevirker, at Grundlovens og den øvrige Lovgivnings Krav om Forvaltningsaktens Tilblivelsesmaade ikke kan opfyldes. *En saadan Ugyldighed skyldes altsaa ikke Fraværelsen som saadan.*

¹⁾ Se Berlin p. 240—245 og Matzen II p. 31—41.

— Ogsaa iøvrigt maa det antages, at et Forvaltningsorgan gyldigt kan foretage Forvaltningsakter under Ophold i Udlandet. Det er ej heller helt ualmindeligt, at til Eksempel Ministre under saadanne Ophold træffer administrative Afgørelser.

§ 17.

Offentlighed.

Offentlighedsprincippet, som vel nu om Dage tør betegnes som et af *Retsplejens* væsentligste Kendemærker, spiller ikke paa langt nær en tilsvarende Rolle indenfor *Forvaltningen*, hvilket for saa vidt kunde synes paafaldende, som Retsplejen dog i vidt Omfang gaar ud paa Afgørelser af *privatretlige* Stridigheder, medens Forvaltningens Opgaver overvejende falder indenfor den *offentlige* Rets Omraade og *altid* beror paa Varetagelsen af *offentlige Interesser*. Forskellen hænger naturligvis sammen med den principielle Formløshed,¹⁾ som — i Modsætning til, hvad der er Tilfældet indenfor Retsplejen — behersker den Virksomhed, som ligger forud for selve Forvaltningsakten. En Minister og en Departementschef stikker et indkommet Andragende i Lommen og afgør uden yderligere Forhandling eller Oplysninger Sagen, liggende paa sin Chaise longue eller ved Kaffen efter Middagen — her lader Offentlighedsprincippet sig ikke gennemføre.

Helt ukendt er Princippet imidlertid ikke indenfor Forvaltningen. I den Skikkelse, hvori det er trængt igennem indenfor Retsplejen, nemlig som en lovhjemlet Adgang for Offentligheden, derunder Pressens Repræsentanter, til at overvære Forhandlingerne i Sagen, er det — som antydnet — udelukket fra store Omraader indenfor Forvaltningen af den simple Grund, at der ingen Forhandlinger, i hvert Fald ingen mundtlige Forhandlinger, finder Sted. Kun naar Talen er om kollegiale Forvaltningsorganer, altsaa navnlig Organerne for det kommunale Selvstyre, eller om Forvaltningsorganer, der — i Retsplejens Lignelse — træffer deres Afgørelser efter en forudgaaende mundtlig Partsforhandling, finder vi Offentlighedsprincippet i denne Skikkelse.

Indenfor Forvaltningen findes imidlertid en anden, for denne særlig Form for Offentlighed. Om visse Forvaltningsakter gælder

¹⁾ Jfr. Ø r s t e d: Haandbog III p. 31.

der det nemlig, at de kun kan foretages, efter at der er givet Offentligheden Adgang til at gøre sig bekendt med og ytre sig om nogle af de Skridt, som tjener til at forberede selve Forvaltningsaktens Indhold. Som Eksempler herpaa kan nævnes Bestemmelsen i Lov No. 149 af 10/4 1922 § 24 om, at Fortegnelserne over de foreløbige Skatteansættelser for visse af de skattepligtiges Vedkommende skal fremlægges til almindeligt Eftersyn, og Reglen i Lov No. 149 af 18 5 1906 § 4, hvorefter det af Kystkommissionen udarbejdede Forslag om Kystfredning skal fremlægges til almindeligt Eftersyn.¹⁾

a) Hvad angaar Tilfældene af den sidstnævnte Art, altsaa hvor der specielt er foreskrevet en eller anden Slags Offentliggørelse af Forslag, Projekter, Planer, foreløbige Ansættelser m. v., maa det utvivlsomt antages, at Undladelse af saadan Offentliggørelse og efter Omstændighederne Fejl ved denne — naturligvis bortset fra positiv Hjemmel for det modsatte²⁾ — medfører Forvaltningsaktens Ugyldighed. Vi har her at gøre med Forvaltningsakter, hvis Tilblivelsesmaade i særlig Grad har tildraget sig Lovgivningens Opmærksomhed, og den paa budte Foranstaltnings Formaal vil være at skabe Garanti for Forvaltningsaktens rigtige Indhold. I Modsætning til Bestemmelserne om, at Amsraadsmøder, Sogneraadsmøder osv. skal være offentlige, jfr. herom nedenfor, er disse Reglers Hensigt

¹⁾ Se Hauriou p. 810—815 om den „déclaration d'utilité publique“, som efter fransk Ret er det første Led i en Ekspropriation. Forud for denne Erklæring skal der iværksættes „enquêtes de commodo et incommode“, idet Projektet til de paagældende offentlige Arbejder skal fremlægges til offentligt Eftersyn. Der indrettes Protokoller, hvori indføres de Bemærkninger, som enhver maatte fremsætte om Projektet, se nærmere Ordonnanserne af 18. Februar 1834, 15. Februar 1835 og 23. August 1835. — I den preussiske Ekspropriationslov af 11. Juni 1874 handler Paragrafferne 15—23 om „Enteignungsverfahren“, og ogsaa her finder vi Regler om offentlig Fremlæggelse af Planer og Bilag „zu jedermanns Einsicht“.

²⁾ Se til Eks. O. V. G. 60. 399 om § 9 A 1. i Lov af 16/8 1905 „Gesetz zur Verhütung von Hochwassergefahr“: „Das Gesetz schreibt nur vor, dass der Entwurf ausgelegt werden soll ... also ... keine zwingende, für die Gültigkeit der Polizeiverordnung wesentliche Vorschrift“. Til Støtte for denne Mening anfører Dommen, foruden Udtryksmaaden „soll“, ogsaa Bestemmelsens Tilblivelseshistorie.

endog *alene* den at skabe Sikkerhed for Forvaltningsaktens lovlige og rigtige Indhold.

At den omhandlede Mangel medfører Forvaltningsaktens Ugyldighed er almindelig anerkendt. For *fransk Rets Vedkommende* nævner *Laferrière*,¹⁾ *Hauriou*²⁾ og *Berthélemy*³⁾ udtrykkeligt, at Undladelse af at iværksætte en foreskreven Enquete⁴⁾ som en „vice de forme“ medfører Ugyldighed,⁵⁾ og C. d'E. har ofte anerkendt saavel manglende Enquete⁶⁾ som Mangler ved denne⁷⁾ som Ugyldighedsgrund. Paa den anden Side har C. d'E. ofte nægtet at annullere, fordi den paaberaabte Mangel ved Enqueten ansaas for uvæsentlig.⁸⁾ Enqueten maa være anordnet af den dertil kompetente Myndighed.⁹⁾ — At der er iværksat en Enquete, uden at den er paabudt i Lovgivningen, kan ikke gøre Forvaltningsakten ugyldig.¹⁰⁾

For *tysk Rets Vedkommende* bemærker *Kormann*,¹¹⁾ at „Anfechtung wegen Nichtöfentlichkeit des Verfahrens kann, wo es nach Lage der Dinge wesentlich erscheint, auch anerkannt werden“. Naar han ikke er i Stand til at formulere en Regel af større Bestemthed, skyldes det formentlig den Om-

1) *Laferrière* II. 493.

2) p. 508.

3) p. 624.

4) Se om de forskellige Tilfælde, hvor en saadan er paabudt, Maurice Block og Edouard Maguéro: *Dictionnaire de l'Administration française* I. p. 1263 ff.

5) Den „déclaration d'utilité publique“, som efter fransk Ret er et Led i enhver Ekspropriation, skal i visse Tilfælde ske ved Lov. I saadanne Tilfælde bliver der naturligvis ikke Spørgsmaal om Ugyldighed paa Grund af Mangler vedrørende Enqueten, se Berthélemy det anførte Sted.

6) C. d'E. 7/8 1886, Besnier, D. 1887. 3. 117; C. d'E. 18/5 1888 Comm. de Cherré, D. 1889. 3. 83 (Art. 3 i Kommunallov 5/4 1884).

7) C. d'E. 28/11 1861, Maréchal, D. 1862. 3. 10. (Enqueten var kun iværksat i den ene af to til Vandløbet grænsende Kommuner).

8) C. d'E. 31/3 1911, Chambre de Commerce de Nice, D. 1913. 3. 61., C. d'E. 11/2 1910, Laurent, D. 1912. 3. 9. og C. d'E. 5/8 1901, Dame veuve Giroux, D. 1903. 3. 19.

9) C. d'E. 27/5 1903, Elections municipales de Saint Saturnin, D. 1904. 3. 102.

10) C. d'E. 3/8 1904, Séchaud, D. 1906. 3. 46, jfr. C. d'E. 14/1 1887, Langlard, D. 1888. 5. 78.

11) p. 402.

stændighed, at han ikke sondrer mellem de to Former for Offentlighed, som bør holdes ude fra hinanden, jfr. ovenfor. Holdt vi os til det, som her beskæftiger os, nemlig de Regler, som for specielle Arter af Forvaltningsakter foreskriver en Adgang for Offentligheden til at gøre sig bekendt med og ytre sig over visse af de Forvaltningsakten forberedende Skridt, er der formentlig ingen Tvivl om, at ogsaa tysk Ret betragter en Til-sidesættelse af saadanne Regler som Ugyldighedsgrund. *Kor-mann* anfører selv som Eksempel paa Ugyldighed, at et Patent er meddelt, uden at den paagældende Offentliggørelse af An-meldelsen og dens Bilag har fundet Sted,¹⁾ og at Godkendelse af de i Gewerbeordnung § 16 ommeldte „Anlagen welche einer besonderen Genehmigung bedürfen“ har fundet Sted uden Iagt-tagelse af Bestemmelserne i § 17 om Bekendtgørelse af det pro-jekterede Foretagende.²⁾ At denne sidstnævnte Bekendtgørelse er en Gyldighedsbetingelse hævdes ogsaa af *Landmann*³⁾ og *W. Jellinek*.⁴⁾ — Noget tilsvarende maa imidlertid antages at gælde ogsaa i andre Tilfælde. Den preussiske Ekspropriationslov af 11/6 1874 bestemmer som foran nævnt, at Planer og Bilag skal fremlægges til almindeligt Eftersyn, forinden der træffes Af-gørelse om Genstanden for Ekspropriationen. Undladelse af at iværksætte denne Fremlæggelse eller betydelige Fejl derved medfører utvivlsomt Ugyldighed.

Ogsaa efter *dansk Ret* maa saadanne Mangler anses som Ugyldighedsgrunde. Eksempelvis kan nævnes Vandløbslovens⁵⁾ § 4, hvori det er bestemt, at „forinden ... noget Vandløb optæ-ges blandt de offentlige Vandløb, lader vedkommende kommu-nale Bestyrelse udgaa Bekendtgørelse om, at saadant er under Overvejelse, med nøjagtig Angivelse af den paagældende Vandløbsstræknings Beliggenhed og med Opfordring til en hver Vedkommende om ... at fremsætte sine skriftlige Erin-dringer“. Tilsidesættelse af denne Bestemmelse er af Overret-ten anset som Ugyldighedsgrund⁶⁾ under en Sag, der drejede sig om forskellige Lodsejerne paalagte Arbejdspræstationer.

¹⁾ Rigslov af 7/4 1891 § 23, jfr. *MeyerDochow* § 338 og *StengelFleischmann* III p. 45.

²⁾ *MeyerDochow*, p. 279, *StengelFleischmann* II, 250—252.

³⁾ I. p. 184.

⁴⁾ Der fehlerhafte Staatsakt p. 162.

⁵⁾ Lov Nr. 63 af 28. Maj 1880.

⁶⁾ U. f. R. 1894, 834.

b) Den anden Form, hvorunder Offentlighedsprincippet kan siges at være gennemført indenfor Forvaltningen, bestaar som ovenfor berørt deri, at hvor et administrativt Organ er af kollegial Art, har Offentligheden normalt Adgang til at overvære dets Forhandlinger og Afstemninger.¹⁾ For saa vidt ogsaa disse sidste i Reglen er offentlige, ligger der heri en Modsætning til Forholdet indenfor de kollegiale Retter, hvis Voteringer ofte — saaledes i Danmark — sker for lukkede Døre. Nogen egentlig Partsforhandling — det er jo navnlig denne, som Offentligheden indenfor Retsplejens Omraade har Adgang til at overvære — bliver der paa den anden Side saa godt som aldrig Tale om indenfor Forvaltningen, naar man da som her bortser fra Forvaltningsdomstolene.

Disse Regler om, at de kollegiale Forvaltningsorganers Forhandlinger og Afstemninger er offentlige, har en noget anden Karakter end de ovenfor under a) omhandlede Bestemmelser. — Medens der der var Tale om Regler, som, idet de var givet med bestemte Arter af Forvaltningsakter for Øje, har til udelukkende Formaal at etablere en særlig Garanti for disse Forvaltningsakters lovlige og rigtige Indhold, har vi her at gøre med Bestemmelser, der ikke er givet for de eller de *specielle Arter* af Forvaltningsakter, men derimod er gældende for *vedkommende kollegiale Organers Forhandlinger og Vedtagelser*

¹⁾ Uden positiv Hjemmel gælder dette ikke, jfr. Hauriou p. 240. I Frankrig er Offentlighed foreskrevet for Møder, der afholdes af „Conseils généraux“ og „Conseils municipaux“, derimod ikke med Hensyn til „Conseils d'arrondissement“, „Commissions départementales“, „Commissions administratives d'établissements charitables“. Berthélemy kritiserer iøvrigt (p. 210, Note 2), at Kommunalbestyrelsernes Møder ved Loven af 5/4 1884 er gjort offentlige: „On travaille médiocrement quand on travaille pour la galerie“. — For Preussens Vedkommende er Borgerrepræsentationernes (Stadtverordnetenversammlung) Møder offentlige, Stier-Somlo, Handbuch I p. 338; for Landkommunernes Vedkommende er Ordningen forskellig i de forskellige Provinser, se nævnte Værk I p. 507.

I Danmark er saavel Amsraadenes som Byraadenes og Sogneraadens Møder principielt offentlige, se Landkommunalloven § 45, jfr. Schou 484 og Oxholm p. 402, Købstadkommunalloven § 11, jfr. Schou 456, samt Landkommunalloven § 13, jfr. Schou p. 76 og Oxholm p. 96.

overhovedet, altsaa uden Hensyn til *hvad* der forhandles og vedtages. Den ligegyldigste Bagatel er i saa Henseende ligestillet med den vigtigste Afgørelse.

Dette hænger sammen med, at disse Bestemmelser Formaal ofte er af almindelig *politisk* Art, idet de sigter til at vække eller vedligeholde Befolkningens Interesse for det offentlige Liv, hvorved maa erindres, at vi her navnlig har at gøre med Organerne for det kommunale *Selvstyre*. Undertiden har man endog hævdet, at Hovedformaalet simpelt hen er det, at Offentligheden skal kunne *gøre sig bekendt med de trufne Beslutninger*.¹⁾

Endvidere er Forholdet i Reglen det, at det paagældende Kollegium har en vidtgaaende diskretionær Myndighed til i det enkelte Tilfælde at bestemme, at Mødet *ikke* skal være offentligt.

Endelig er Offentlighedens Medvirken her af *rent passiv Art*, idet den kun bestaar i Adgangen til direkte eller indirekte (gennem Pressen som Mellemlid) at blive bekendt med det, som foregaar paa Møderne. Nogen aktiv Medvirken til de foreliggende Sagers Afgørelse yder den — bortset fra Betydningen af „den offentlige Mening“ — ikke, hvilket jo derimod som Regel finder Sted i de under a) omtalte Tilfælde, enten *positivt*, idet der er aabnet Adgang til at stille Forslag m. v., eller *negativt* i Skikkelse af Protester, Indsigelser o. s. v.

Disse Omstændigheder fører nu alle til, at Tilsidesættelse af den her omhandlede Form for Offentlighed ikke med samme Sikkerhed som de under a) omtalte Mangler kan antages at burde medføre Forvaltningsaktens Ugyldighed, og det vil da ogsaa nedenfor ses, at Meningerne om Spørgsmaalet er delte. — Det rette er dog formentlig, at der ogsaa her bør indtræde Ugyldighed. Selv om disse Regler om Offentlighed ikke blot, eller ikke engang i første Række, beror paa Hensynet til den konkrete Afgørelses Upartiskhed og Rigtighed iøvrigt, er det dog ubestrideligt, at de yder en særdeles værdifuld Garanti i den nævnte Retning.²⁾

I *fransk Ret* er den omhandlede Mangel anerkendt som en

¹⁾ B. V. G. H. 28. p. 11.

²⁾ Se dog Berthélemy p. 210, Note 2, jfr. ovenfor p. 124, Note 1.

„vice de forme“, der medfører Ugyldighed.¹⁾ I et Tilfælde, hvor en Kommunalbestyrelse havde formået sig som en af alle dens Medlemmer bestaaende Kommission, der for lukkede Døre havde forhandlet om de paa Dagsordenen opførte Sager, indskrænkede Mairén sig i det offentlige Møde til at lade Kommissionens Betænkning oplæse og lod derefter foretage Afstemning over Betænkningens Resultater en bloc. C. d'E.²⁾ udtaler herom, at Behandlingen i Kommissionen ikke kan erstatte Forhandlingerne i et offentligt Møde; Vedtagelserne blev derpaa annulleret.³⁾

For tysk Rets Vedkommende anser *Fleiner*⁴⁾ og *Landmann*⁵⁾ de Beslutninger for ugyldige, som er truffet af et Forvaltningskollegium under Til sidesættelse af Forskrifterne om Mødernes Offentlighed. Tvivlende stiller sig derimod *W. Jellinek*⁶⁾ og nærmest ogsaa *Kormann*.⁷⁾ — Fra Praksis kan anføres, at S. O. V. G. har udtalt, at Bestemmelsen i Gewerbeordnung § 21. 3. Stk. er „zwingende; ihre Nichtbeachtung hat die Nichtigkeit des Rekursverfahrens und der darauf gestützten Entscheidung zur Folge“.⁸⁾ Den anførte Regel siger imidlertid ikke blot, at Afgørelsen skal træffes i et offentligt Møde, men yderligere, at Parterne skal indkaldes og høres. Da den nævnte Dom angaar Undladelse af begge Dele, kan man ikke af den drage nogen sikker Slutning vedrørende den blotte Mangel paa Offentlighed.

Herom haves imidlertid en Afgørelse fra B. V. G. H.,⁹⁾ som ikke betragter denne Mangel som Ugyldighedsgrund. Dette

¹⁾ Hauriou, Note til C. d'E. 27/3 1914, Laroche, Sirey 1914. 3. 97: „Une délibération de conseil municipale ou de conseil général doit être prise publiquement a moins que le huis clos n'ait été régulièrement prononcé; si la condition de la publicité n'a pas été observée, il y a vice de forme et possibilité d'annulation.“

²⁾ C. d'E. 1/5 1903, Bergeon, Sirey 1905. 3. 1.

³⁾ d. v. s. C. d'E. annullerer Præfektens Beslutning om ikke at ville annullere.

⁴⁾ p. 195. Note 60.

⁵⁾ Kommentar Anm. 2 til § 21.

⁶⁾ Gesetz osv. p. 240.

⁷⁾ p. 402.

⁸⁾ Jahrbücher 1912. 103, Reger 32. 414.

⁹⁾ B. V. G. H. 28. p. 11.

Resultat begrundes i Dommens Motiver ikke blot med Argumenter hentet fra selve Teksten i den bayerske Kommunallov af 29. April 1869, men ogsaa med, at Offentlighedens Hovedformaal, naar Talen er om Kommunalbestyrelsens Møder, er det, at Kommunens Medlemmer skal kunne faa Kendskab til de fattede Beslutninger.¹⁾

§ 18.

Høring og Meddelelser under Forvaltningsaktens Forberedelse.

De administrative Myndigheder handler for saa vidt efter en Officialmaksime, som det paahviler dem enten selv at fremskaffe fornødne Oplysninger om de foreliggende Sager eller dog at foranledige, at private, navnlig Parterne, eller andre offentlige Myndigheder yder Medvirkning til Sagernes Oplysning. Det er endvidere det handlende Forvaltningsorgans Pligt at foranledige, at de fornødne Oplysninger skaffes til Veje paa den hensigtsmæssigste og mindst tidsspildende Maade. — Til sidesættelse af disse Pligter kan have Karakteren af Embedsforsømmelse og i denne Egenskab medføre forskellige Følger for vedkommende Embedsmand (Straf, Forbigaaelse ved Avancement m. v.). Spørger vi derimod, om Opfyldelsen af disse Pligter er en Betingelse for Forvaltningsaktens Gyldighed, maa Svaret blive benægtende. Om Sagen har været tilstrækkelig oplyst, hvorledes Oplysningerne er blevet tilvejebragt, og om den paagældende Myndighed muligvis rent i Blinde har truffet sin Afgørelse, bliver principielt uden Betydning i den nævnte Henseende.²⁾

Denne principielle Formløshed brydes dog i en Række Tilfælde af Regler, som paalægger Forvaltningsmyndighederne at

¹⁾ Man maa give Kormann (p. 402 Note 26) Ret i, at det ikke er helt klart, om Dommen kun udtaler, at der ikke foreligger „Nichtigkeit“, eller om Meningen er den, at der heller ikke foreligger „Anfechtbarkeit“.

²⁾ Karl Friedrichs: Das Landesverwaltungsgesetz vom 30/7 1883 p. 77 „... für die Gültigkeit unerheblich, ob und wie die Behörde sich informiert hat, oder ob sie zufällig das richtige trifft“, jfr. O. V. G. 44. 423. Ørsted fremhæver (Haandbog III p. 31), at der i Øvrighedssager ikke gælder „et saa fuldstændigt og alsidigt Gehør ... eller gensidig Communication“ som i Retssager.

indhente Raad eller Oplysninger paa den eller den nærmere angivne Maade. Ovenfor er allerede omhandlet Betydningen af, at *Offentligheden* undertiden er kaldet til aktiv Medvirksomhed under Forvaltningsaktens Forberedelse. Paa dette Sted skal nu undersøges Betydningen af visse Regler om Indhentning af Raad eller Oplysninger hos andre *offentlige Myndigheder* eller private *Enkeltpersoner*.

Hvad nu først angaar den saakaldte *fakultative Høring*,¹⁾ saa fremgaar det allerede af, hvad ovenfor er bemærket, at en saadan kan iværksættes uden nogen som helst positiv Hjemmel, som et Udslag af de administrative Myndigheders Frihed i Valget af Midler under Sagens Forberedelse. Undertiden giver imidlertid Lovgivningen Anvisning paa, at de eller de Erklæringer *kan* indhentes, og man kunde i saadanne Tilfælde spørge, om det ikke, naar Høring har fundet Sted, er en Betingelse for Forvaltningsaktens Gyldighed, at den indhentede Udtalelse tages til Følge, idet en Regel om fakultativ Høring ellers kunde synes at blive indholdslos. — Dette er imidlertid urigtigt; disse Regler finder deres tilstrækkelige Forklaring i, at de normalt gør det til en Pligt for det Organ eller den private, hvis Erklæring forlanges, at afgive den begærte Udtalelse.

Regler, som gør det til en *Pligt* for de administrative Organer at indhente andre Myndigheders eller private Erklæringer (*obligatorisk Høring*),²⁾ forinden en endelig Afgørelse finder Sted, er hyppige i de forskellige Lovgivninger. Fra dansk Lovgivning kan eksempelvis nævnes Ulykkesforsikringsloven af 6. Juli 1916 § 12 og § 76 sidste Stk., Lov om Tillæg til Værnepligtslovene af 6. Maj 1921 § 1 og Landkommunallovens § 31.³⁾

Spørgsmaalet er imidlertid, om der ikke ogsaa gives Tilfælde, hvor det uden noget positivt Paabud er Forvaltningens Pligt at indhente andres Erklæringer, før Forvaltningsakten udgaar. — Hvad nu først angaar Høring af *andre offentlige Myndigheder*, saa tør en saadan næppe anses for obligatorisk

¹⁾ „avis facultatif“, jfr. Laferrière II. 503.

²⁾ „avis consultatif“, Laferrière II. 503.

³⁾ Nogle Eksempler fra tysk og fransk Ret vil fremgaa af de Afgørelser fra Praksis, som nedenfor skal omtales.

uden positiv Hjemmel. Mellem de administrative Organer indbyrdes bestaar en, som Regel paa positive Regler hvilende, detaljeret Kompetencefordeling, der ganske vist kun umiddelbart udsiger, at det udelukkende tilkommer denne eller hin Forvaltningsmyndighed at træffe *selve Afgørelsen*, men som dog maa siges at have til sin naturlige Forudsætning, at hvor ikke andet er udtrykkelig fastsat, kræves der heller ikke til Aktens *Forberedelse* Medvirkning fra noget sideordnet, overordnet eller underordnet Organ.

En særlig Anledning til at høre et andet Forvaltningsorgan foreligger dog i det Tilfælde, at en Forvaltningsakt beror paa et præjudicielt Spørgsmaal, som, hvis det havde foreligget til umiddelbar Afgørelse, vilde have henhørt under denne anden Myndigheds Competence. Ligesom man, selv i saadanne Tilfælde, dog ikke vil indhente Erklæringer fra *Domstolene*, saaledes maa det, ogsaa i Forhold til andre *administrative* Myndigheder — bortset fra positive Regler — i hvert Fald bero paa det i Hovedspørgsmaalet kompetente Organ, om det uden videre eller først efter en indhentet Erklæring vil tage Stilling til det præjudicielle Spørgsmaal.

Noget anderledes er Forvaltningsorganerne stillet overfor de *private*, i hvis *Rettigheder den paatænkte Forvaltningsakt gør Indgreb*. Selv om der haves Hjemmel i den objektive Retsorden for, at saadanne Indgreb kan finde Sted — og uden saadan Hjemmel er de normalt utilstedelige og ugyldige, se nærmere nedenfor Kap. X — saa betyder dette dog ikke, at vedkommende Forvaltningsorgan har *carte blanche* til vilkaarligt at bestemme, at Indgrebet skal finde Sted, Indgrebets Omfang eller den nærmere Udførelsesmaade. Forvaltningsorganet er først og fremmest forpligtet til *materielt* at tage Hensyn til den private, saaledes at Indgrebet kun finder Sted, hvor det er *nødvendigt*¹⁾ og *egnet* til Opnaaelse af det foreliggende Formaal. Det maa dernæst lægges, at det *ikke gaar videre* end dette Formaal tilsiger.

For at disse, efter Forholdets Natur gældende, *materielle* Grænser for Forvaltningens Beføjelser skal kunne forventes

¹⁾ Se O. V. G. 49. 301: "... Die Polizei (darf) dem einzelnen nur die zur Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Einschränkungen auferlegen ...", jfr. A. L. R. § 10. II. 17.

tilbørligt respekterede, maa Forvaltningen i *formel* Henseende være bundet til at give den truede Rettigheds Indehaver Lejlighed til at udtale sig, inden Indgrebet finder Sted. Med Rette har man derfor i *tysk Teori* opstillet en „Grundsatz des vorgängigen rechtlichen Gehörs“,¹⁾ der synes at være anerkendt af Forvaltningsdomstolene: en Annulation af en Politibefaling begrundes saaledes med, at „die Polizeibehörde hat ... nichts getan, um die in Frage kommenden Interessen des Klägers so weit als möglich zu schonen. Sie ist in Betreff der streitigen Anordnung nicht zuvor an den Kläger herangetreten und hat sich überhaupt nicht mit ihm in Verbindung gesetzt“,²⁾ og i en anden Dom siges det, at „sofern die Einschränkung des Musizierens auf bestimmte Stunden des Tages überhaupt gerechtfertigt war, die Auswahl dieser Stunden jedenfalls nicht ohne zuvorige Anhörung des Klägers hätte erfolgen dürfen.“³⁾ S. O. V. G.⁴⁾ har udtalt: „... zu diesen, zwar nicht aus den Grundsätzen des geschriebenen, wohl aber aus denen des ungeschriebenen Rechtes folgenden notwendigen Erfordernissen eines geordneten Verfahrens gehört es, dass derjenige, zu dessen Gunsten ein Verwaltungsakt ergangen ist, zuvor gehört wird, wenn dieser Verwaltungsakt auf Anfechtung eines anderen Beteiligten zu seinem Nachteil wieder geändert werden soll.“⁵⁾

Efter *fransk* Forvaltningsret forudsætter „vice de forme“

¹⁾ W. Jellinek: Gesetz osv. p. 243.

²⁾ O. V. G. 51. 289. W. Jellinek taler om „der hohe Geist“ i denne Afgørelse: „sie erhebt den Interessenberücksichtigungsanspruch Georg Jellineks (System S. 132) zum vollwertigen subjektiven öffentlichen Recht“ (Gesetz o. s. v. p. 342 Note 18).

³⁾ O. V. G. 49. 302.

⁴⁾ S. O. V. G. 13. 97.

⁵⁾ S. O. V. G. 3. 273 (K. Apelt 293). — Gewerbeordnung § 53, 2. Stk. bestemmer bl. a., at visse Bevillinger kan tages tilbage, „wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel derjenigen Eigenschaften, welche bei der Erteilung der Genehmigung oder Bestallung nach der Vorschrift dieses Gesetzes vorausgesetzt werden musste, klar erhellt“. B. V. G. H. 2. 618 har antaget, at Bevillingshaveren maa høres vedrørende de Handler, som lægges ham til Last, og at Undladelse heraf medfører Tilbagekaldelsens Ugyldighed, jfr. ogsaa Landmann I. p. 535 og B. V. G. H. 11. 340.

derimod, at Formforskriften findes udtalt i „les lois et règlements“.¹⁾

I dansk Retspraksis findes ingen Afgørelser, der bygger paa den omhandlede Retssætning. Snarere synes forskellige Domme at gaa ud fra, at der ikke bestaar nogen Pligt for Forvaltningen til at indhente Erklæringer fra den private, uden hvor saadant har positiv Hjemmel.²⁾

— Er Høring undladt i et Tilfælde, hvor den ifølge foranstaaende burde have været iværksat, medfører dette Forvaltningsaktens Ugyldighed. Drejer det sig om Høring af *andre offentlige Myndigheder*, følger dette af lignende Betragtninger som de, der fører til at antage Ugyldighed paa Grund af Inkompetence. Vel er ikke selve *Afgørelsen* truffet af urette Myndighed — for saa vidt er Manglen hverken saa aabenbar eller grov som Inkompetence — men Sagen har dog ikke været til *Behandling og Overvejelse* hos de Myndigheder, som Lovgivningen har anset for dertil egnede og derfor udpeget dertil. Det maa derhos erindres, at Høring ofte er foreskrevet i Tilfælde, der ligger paa Grænsen mellem flere Kompetenceomraader, saaledes at det i nogen Grad er tilfældigt, om Loven erklærer Forvaltningsmyndigheden A. kompetent med Pligt til at høre B. eller omvendt.³⁾ Navnlig i saadanne Tilfælde vil de reale Grunde, som taler for Ugyldigheden, i det væsentlige være de samme, som hvor Talen er om Inkompetence.

¹⁾ Laferrière II. 492, Hauriou 507, Frénoy 104. — Selv meget grove Mangler af den Art, som indbefattes under Udtrykket „vice de forme“, har C. d'E. ladet være uden Indflydelse paa Aktens Gyldighed, naar ingen udtrykkelig Regel var tilsidesat. Frénoy nævner C. d'E. 28/6 1907, Monod, D. 1908. 3. 123: i Udnævnelsen af en Embedsmand var det anført, at Forgængeren i Embedet var blevet afskediget efter Ansøgning. Dette sidste var urigtigt, og Urigtigheden blev for C. d'E. af Forgængeren i Embedet paaberaabt som Annulationsgrund for den stedfundne Udnævnelse. — Som det er fremhævet i Noten hos D., var den foreliggende Mangel i og for sig betydningsfuld, idet den, som det ogsaa blev gjort gældende af Klageren, var egnet til at fremkalde en Vildfarelse hos Statschefen m. H. t. Karakteren af den Akt (Udnævnelsen), som var forelagt til Underskrift. Alligevel udtaler C. d'E., at den nævnte Omstændighed ikke er „de nature à entacher d'illégalité ledit décret“.

²⁾ H. R. D. i U. f. R. 1887. 861, O. R. D. i U. f. R. 1892. 394 og 1916. 193. Nævnes kan ogsaa her H. R. D. 1921. 233.

³⁾ Se t. Eks. § 1 i Lov 6/5 1921 om Tillæg til Værnepligtslovene.

Hvad dernæst angaar den obligatoriske Høring af *den private*, hvem Forvaltningsakten angaar, saa har denne som oven for berørt i første Række Karakteren af en *formel* Garanti for, at der *materielt* vises ham det rette Hensyn, og Undladelse af at iværksætte Høringen bør da ogsaa her medføre Ugyldighed.

Imod saaledes at anse den obligatoriske Høring som en Gyldighedsbetingelse kan naturligvis ikke anføres, at den kompetente Myndighed *kan undlade at tage Hensyn* til den indhentede Erklæring, og at det derfor vil være inkonsekvent at lade Forvaltningsaktens Gyldighed være afhængig af, om Høringen er iværksat, eftersom den paagældende Myndighed ogsaa *paa Forhaand* maa kunne beslutte ikke at ville tillægge dens Resultat nogen Betydning.¹⁾ Thi der er netop en afgørende Forskel paa, om man paa Forhaand indtager dette Standpunkt eller først, naar Erklæringen foreligger.²⁾

I tysk og fransk Praksis er den omhandlede Ugyldighedsgrund fast anerkendt: C. d'E. har annulleret Afskedigelsen af en Reserveofficer, der havde fundet Sted under Tilsidesættelse af Reglen i Dekret af 9/9 1914 § 1, 6. Stk.³⁾ om, at der forinden skal gives den paagældende Lejlighed til at udtale sig om de Handlinger, som lægges ham til Last.⁴⁾ — § 65 i Lov af 22. April 1905⁵⁾ bestemmer, at alle civile og militære Tjenestemænd m. fl. har Ret til at faa Meddelelse om Sagens Akter, forinden de gøres til Genstand for disciplinære Forholdsreg-

¹⁾ Se dog Matzen II. p. 106.

²⁾ Medens det anførte stemmer overens med den alm. Opfattelse i fransk og tysk Literatur, gaar de sparsomme Udtalelser i Literaturen hos os nærmest ud paa, at Høringsforskrifter normalt ikke har Ugyldighedsvirkning, se Matzen II. p. 106, III. p. 225, Holck p. 323, Goos og Hansen p. 117—118, Berlin p. 300. I 2. Udgave af Statsforfatningsretten (1923) betegner Berlin dog — bortset fra Grundlovens § 16, se herom senere — Spørgsmaalet som tvivlsomt.

³⁾ D. 1915. 4. 25.

⁴⁾ C. d'E. 11/5 1917, Martin, D. 1918. 3. 14. Dommen faar yderligere Interesse derved, at denne Høring kun er foreskrevet „autant qu'il sera possible“. Det er saaledes statueret, at denne Indskrænkning ikke giver den militære Myndighed Adgang til at skønne aldeles frit. (Noten hos D).

⁵⁾ D. 1905. 4. 146.

ler, forflyttes eller overspringes ved Avancement. Ogsaa denne Bestemmelses Tilsidesættelse har C. d'E. anerkendt som Ugyldighedsgrund.¹⁾ — Nævnes kan endelig ogsaa, at Tilsidesættelse af Bestemmelsen i § 3 i Lov af 10. August 1871²⁾ om, at Præfekten tilvejebringer de fornødne Oplysninger (l'instruction préalable) i de Sager, som angaar Departementet, er antaget at maatte medføre Ugyldigheden af en i „commission départementale," fattet Beslutning.³⁾

Fra tysk *Praksis* kan nævnes: I Strid med Gewerbeordnung § 33 og Zuständigkeitsgesetz af 1/8 1883 § 114, 3. Stk. havde et Kredsudvalg meddelt en Tilladelse til at drive Krohold, uden forud at have hørt den paagældende Kommunalbestyrelse. O. V. G.⁴⁾ annullerede Tilladelsen. — R. G.⁵⁾ har flere Gange udtalt, at Bestemmelsen i „Städte-Ordnung" af 30. Maj 1853 om, at Magistraten ansætter kommunale Tjenestemænd efter forudgaaende Høring af Borgerrepræsentationen,⁶⁾ er „öffentlich-rechtlicher und daher zwingender Natur".⁷⁾ — B. V. G. H. har vedrørende Gewerbeordnung § 53, 2. Stk.⁸⁾ antaget, at Undladelse af at høre Bevillingshaveren angaaende de Handlinger, som lægges ham til Last, medfører, at Tilbagekaldelsen af Bevillingen bliver ugyldig. Ogsaa S. O. V. G. har anerkendt den heromhandlede Mangel som Ugyldighedsgrund.⁹⁾

I norsk *Praksis* har den omtalte Ugyldighedsgrund flere Gange været fremme: i Lov om Folkeskolen paa Landet af 26. Juni 1889 § 32, 2. Stk. er det fastsat, at de fast ansatte Lærere og Lærerinder under visse nærmere Forudsætninger kan afskediges af Skolestyret og Overtilsynet i Forening, efter at der er givet vedkommende og Tilsynsudvalget Anledning til at udtale sig. Trondhjem Overret¹⁰⁾ har anset en Afskedigelse, der

¹⁾ C. d'E. 14/6 1918, Sieur Boize, Rec. 584.

²⁾ D. 1871. 4. 118.

³⁾ C. d'E. 11/1 1918, Préfet de l'Aveyron, Rec. 26. Se yderligere C. d. cass. 27/12 1911. Comm. de Villers, D. 12. 1. 136.

⁴⁾ O. V. G. 36. 371.

⁵⁾ R. G. 37. 225, 37. 241, 30. 181.

⁶⁾ Jfr. Stier-Somlo: Handbuch I p. 372.

⁷⁾ Se ogsaa O. V. G. 12. 48.

⁸⁾ Se ovfr. p. 130, Note 5.

⁹⁾ S. O. V. G. 1. 293, jfr. K. Apelt 294, S. O. V. G. 3. 273 og 13. 97, jfr. K. Apelt 293.

¹⁰⁾ N. R. T. 1910. 430.

fandt Sted med Tilsidesættelse af denne Betingelse, for ugyldig. Ogsaa den norske Højesteret synes at dele denne Anskuelse.¹⁾

Dansk administrativ og judiciel *Praksis* synes derimod at staa usikkert vedrørende dette Spørgsmaal. En ældre Skrivelse fra Indenrigsministeriet²⁾ udtaler om Landkommunallovens § 31, at „den Omstændighed, at Sogneraadet ikke, skont det ganske vist kunde have haft Grund til at vente det, er bleven hørt, forinden Amtsraadet indgik til Ministeriet med Indstilling om den her omhandlede Vejs Nedlæggelse som Landevej, ikke kan bevirke, at den ... tagne Beslutning skulde blive ugyldig.“ Dette synes nærmest af Ministeriet at være blevet anset for selvfølgelig; Udtalelsen er i hvert Fald ikke nærmere motiveret. — Alligevel tør den ikke betragtes som rigtig, hverken naar henses til selve den nævnte Lovbestemmelse eller til, hvad ovenfor er anført om Høringens Betydning i al Almindelighed. I førstnævnte Henseende skal det navnlig anføres, at det i Reglen — saaledes som det ogsaa under Rigsdagsforhandlingerne blev udtalt³⁾ — er vedkommende Kommune, der er stærkest interesseret i de omhandlede Sagers Afgørelse. Dette gælder i særlig høj Grad det Tilfælde, der forelaa til Afgørelse, nemlig Spørgsmaalet om Nedlæggelse af en Vej som Landevej. Er Vejen nemlig nedlagt som Landevej, kan Amtsraadet bagefter forlange den optaget som offentlig Bivej,⁴⁾ hvorefter Kommunen altsaa maa bære Udgifterne til dens Vedligeholdelse.⁵⁾

¹⁾ N. R. T. 1919. 120.

²⁾ Skr. af 27/4 1871, M. T. A. p. 88.

³⁾ Af Indenrigsministeren, Rigsdagstidende 1866—1867, Landstinget Sp. 3599—3600. Under Forhandlingerne fremkom der endog Ønske om, at hvis Sogneraadet bestemt havde modsat sig en eller anden Foranstaltning, skulde denne ikke kunne iværksættes, Landstinget 1866—1867, Sp. 3571. — Bortset fra disse Udtalelser findes der ikke i Rigsdagsforhandlingerne noget Bidrag til den nærmere Forstaelse af Paragrafen, der iøvrigt først blev indsat under Lovforslagets Behandling i Folketingets Udvalg.

⁴⁾ Se Indenrigsmin. Skr. 27/4 1871 M. T. A. p. 88.

⁵⁾ Som et interessant Sidestykke til denne Afgørelse kan anføres C. d'E.s Stilling til Bestemmelsen i den franske Lov af 10/8 1871 om „Conseils généraux“ § 86: „La commission départementale prononce, sur l'avis des Conseils municipaux, la déclaration de vicinalité, ...“. Ikke alene er Gyldigheden af Departementskom-

En Højesteretsdom af 1898¹⁾ synes at staa paa samme Standpunkt som Indenrigsministeriet i den ovennævnte Skrivelse, idet den om § 52 i den dagældende Lodslov²⁾ udtaler, at denne Forskrift, hvorefter Ministeren, forinden han træffer Bestemmelse om en Række nærmere angivne Spørgsmaal, skal forelægge Forslaget „for det vedkommende Lodseri til Forhandling og Erklæring“, „ikkun kan anses for en instruktorisk Forskrift, hvis Ikke-lagttagelse ikke kan have nogen Indflydelse paa det paagældende Reglements Gyldighed“.³⁾

Nogen som helst særlig Grund til at anse den omhandlede Lovbestemmelse fremfor andre Høringsforskrifter for „instruktorisk“ foreligger imidlertid næppe, og saavel den nævnte Højesteretsdom som Indenrigsministeriets Skrivelse er i Virkeligheden Udtryk for, at Principet om Forvaltningsaktens Lovbundethed, ogsaa i formel Henseende, der er fuldt anerkendt i Lande med en udviklet Forvaltningsretspleje, endnu ikke har formaaet at trænge igennem hos os, hverken i administrativ eller judicial Praksis. Nogen almindelig Hindring for, at Domstolene paa dette formelle Punkt udøver fuld Kontrol med Forvaltningsmyndighedernes Afgørelser, foreligger hverken i Grundlovens § 70⁴⁾ eller andetsteds i Lovgivningen, og det maa derfor haabes, at Praksis i højere Grad end hidtil vil anerkende det nævnte Princip. Det kan iøvrigt her anføres, at forskellige Domme synes at forudsætte, at Tilsidesættelse af Regler om Indhentning af de *private interesseredes Erklæringer* medfører Forvaltningsaktens Ugylldighed.⁵⁾

Et særligt Spørgsmaal, der udførligt drøftes hos *Berlin*, frem-

missionens Afgørelse naturligvis afhængig af, at der er indhentet en Erklæring over Sagen fra Kommunalbestyrelsen, men C. d'E. har endog fortolket Bestemmelsen saaledes, at der maa foreligge „avis conforme“ — udfra den Betragtning, at disse Forvaltningsakter har særlig stor Betydning for Kommunerne. Se Laferrière II. 504.

1) U. f. R. 1898. 54.

2) af 13. Juni 1879; tilsvarende Bestemmelse findes nu i § 52 i Lodsloven af 17. April 1916.

3) I denne Forbindelse kan nævnes, at Holck, Den danske Statsforvaltningsret p. 323—324 anser Forskriften om Indhentning af Sognepræstens Erklæring efter Pl. 12. Juni 1827, jfr. D. L. 6. 13. 3., for kun „instruktorisk“.

4) Jfr. Matzen III p. 224 ff.

5) H. R. D. U. f. R. 1877. 861 samt O. R. D. U. f. R. 1892. 394.

byder Bestemmelsen i Grundlovens § 16, hvorefter „alle Love og vigtige Regeringsforanstaltninger forhandles i Statsraadet“. Medens *Holck*¹⁾ og *Matzen*²⁾ har gjort gældende, at Tilsidesættelse af denne Regel ikke kan medføre den trufne Beslutnings Ugyldighed, hævder *Berlin*,³⁾ formentlig med fuldkommen Ret, at Regelen maa have Ugyldighedsvirkning. Naar denne Forfatter da senere⁴⁾ bemærker, at den omtalte Grundlovsbestemmelse er „en *lex imperfecta*, idet Grundloven ikke nærmere angiver, hvilke Regeringsforanstaltninger der er at betragte som vigtige“, maa det fastholdes, at Ufuldkommenheden kun refererer sig til Regelens *Anvendelsesomraade*, ikke til dens *Sanktion*. — Naar man i Praksis lader sig nøje med en efterfølgende Bekræftelse i Statsraadet (Korroboration), er dette utvivlsomt i Strid med Grundlovens § 16.⁵⁾

— Endnu skal gøres nogle Bemærkninger om, hvorvidt Forvaltningsaktens Gyldighed undertiden er betinget af dens *Overensstemmelse* med den indhentede Erklæring.⁶⁾

I al Almindelighed betyder en Regel om Høring kun, at Høringen skal *iværksættes*, ikke tillige at den modtagne Erklæring skal *følges*.⁷⁾ Undertiden er det imidlertid positivt bestemt, at Høringens Resultat er bindende („avis impératif“); hvor dette er Tilfældet, er den derimod stridende Forvaltningsakt ugyldig.⁸⁾ For saa vidt angaar Høring af et andet Forvaltnings-

¹⁾ Den danske Statsforfatningsret p. 172.

²⁾ II p. 105—106.

³⁾ p. 300—304, jfr. 2. Udg. p. 295—299.

⁴⁾ Andel Del 1918 p. 136.

⁵⁾ Berlin p. 303—304.

⁶⁾ Dette Spørgsmaals rette systematisk Plads kan omtvistes. Man kunde sige, at det her ikke drejer sig om en formel Mangel, men om en Mangel ved Forvaltningsaktens Indhold, der strider mod den modtagne Erklæring; saaledes Wodtke, Der Recours pour excès de pouvoir p. 70 med Henviisning til C. d'E. 8/8 1882, Bacquerol, D. 84. 3. 5. — L'afferrière (II. 505) betragter Manglen som en Art Kompetencemangel. Det paagældende Forvaltningsorgan „a fait seul ce qu'il ne pouvait faire qu'en s'associant une autre autorité; il a ainsi usurpé la part du pouvoir réservée à cette autorité“.

⁷⁾ Der foreligger med andre Ord ikke nogen „Interessenbefriedigungsanspruch“, men kun „Interessenberücksichtigungsanspruch“. Jfr. iøvrigt H. R. D. i N. R. T. 1919 p. 120.

⁸⁾ Jfr. C. d'E. 19/3 1875, Piron, D. 1876. 3. 6. og C. d'E. 12/5 1869, Comm. de Seignelay, D. 1870. 3. 83.

organ foreligger der nemlig her en særlig Form for Inkompetence,¹⁾ hvis Egenskab af Ugyldighedsgrund følger af det ovenfor om Inkompetence udviklede. Hidrører den tilsidesatte Erklæring derimod fra en Privatmand, betegner Forvaltningsakten et ulovligt Indgreb i dennes Rettigheder eller Interesser, se herom senere vedrørende Indholdsmangler.

Fra dansk Ret kan nævnes Lov af 2. Marts 1861 om Brandpoliti paa Landet § 47, som bl. a. bestemmer, at Brandfogederne beskikkes af Amtmanden efter Forslag af vedkommende Sogneforstanderskab. Justitsministeriet har herom udtalt,²⁾ at „Amtet ikke kan beskikke nogen til Brandfoged, der ikke er foreslaaet af Sogneraadet“; heri ligger formentlig, at Beskikkelse af en ikke foreslaaet er ugyldig.³⁾

Ligeledes kan her nævnes Lov Nr. 96 af 10/4 1895 om Eneret til Anlæg og Drift af Sporveje § 1, jfr. *Frederik V. Petersen*: Om Jernbaner og Sporvejskoncessioner p. 60, samt Fattiglov af 9/4 1891 § 35, jfr. *Krieger og Haarlov* p. 96.

I det foregaaende er talt om, at der kan indtræde Ugyldighed, fordi den paagældende Forvaltningsmyndighed har vist andre Forvaltningsorganer eller den private *for ringe* formelt Hensyn. Man kan imidlertid spørge, om ikke ogsaa den Omstændighed, at der er taget *for stort* formelt Hensyn, kan medføre Forvaltningsaktens Ugyldighed. Spørgsmaalet har foreligget til Afgørelse for C. d'E., idet det blev paastaaet, at en administrativ Afgørelse i en Vejsag var ugyldig, fordi den henviste til Ønsker fra vedkommende Kommunalbestyrelses Side, som først var fremkommet, efter at Enqueten var sluttet.⁴⁾ Afgørelsen blev dog ikke annulleret.

¹⁾ Jfr. Laferrière II. 505 og ovenfor p. 136 Note 6.

²⁾ Skr. 21/12 1872. M. T. A. p. 295.

³⁾ Amtet behøver derimod ikke at beskikke den foreslaaede, jfr. Justitsministeriets nævnte Skr.

En saadan delvis Bundethed af den indhentede Erklæring er ret sædvanlig. Som Eks. fra svensk Ret kan nævnes Frd. af 14/6 1917 om Salg af Rusdrikke § 17, 5. Stk.: Ansøgninger om Tilladelse til Detailsalg, der fraraades af de kommunale Myndigheder, maa ikke bevilges, og Tilladelse maa kun gives med de af de kommunale Myndigheder foreslaaede Indskrænkninger. Se ogsaa Beværterl. af 29/3 1924 § 16, 1. Stk.

⁴⁾ C. d'E. 14/1 1887, De Langlard, D. 1888. 5. 78, jfr. ogsaa Friedrichs p. 77.

— Det kan nu heller næppe antages, at en Forvaltningsakt nogensinde skulde kunne anses for ugyldig, *blot fordi* Forvaltningsmyndigheden har indhentet Erklæring, uden at der var Anledning dertil. Men ligesom *Undladelse* af at fremskaffe de fornødne Oplysninger og Erklæringer i en Sag kan skabe Formodning for, at det paagældende Forvaltningsorgan har forfulgt et ulovligt Formaal¹⁾ med Forvaltningsakten („détournement de pouvoir“), saaledes kan dette blive i endnu højere Grad sandsynligt, hvor der er *indhentet en uvedkommendes* Erklæring. Thi den Antagelse kan da ligge nær, at Forvaltningsakten er givet i dennes — sagligt set uvedkommendes — Interesse. Dette faar saa meget større Betydning, som ulovligt Formaal saa godt som aldrig vil kunne oplyses ad direkte Vej.

I Forbindelse med Spørgsmaalet om Høring skal nævnes de i Lovgivningerne jævnlgt forekommende Regler om, at det kompetente Forvaltningsorgan samtidigt med Forvaltningsakten skal give Meddelelse om denne til en anden, sædvanligt overordnet Myndighed.²⁾ Hovedformaalet med saadanne Bestemmelser er det at give den overordnede Myndighed Lejlighed til at annullere eller omgøre den trufne Beslutning.

Der foreligger, hvor en saadan Regel er tilsidesat, vel ikke nogen egentlig Mangel ved Forvaltningsakten, som er egnet til at indvirke uheldigt paa dens Indhold; derimod yder den paabudte Foranstaltning en vis Garanti for, at ulovlige og urigtige Forvaltningsakter bringes ud af Verden, jfr. ovfr. p. 100 om Betydningen af Forvaltningsaktens Begrundelse. De omhandlede Reglers Tilsidesættelse bevirker derfor en væsentlig Formalitetsmangel, der bør medføre Ugyldighed.

Spørgsmaalet har foreligget til Afgørelse for Viborg Overret i Anledning af et af en Politimester til en Entreprenør i

1) C. d'E. 14/6 1918, Boize, Rec. 584: En Afskedigelse havde fundet Sted, uden at Tjenestemanden havde faaet Lejlighed til at forsvare sig. Dommen udtaler, at den afskedigede „est fondé de soutenir que l'arrêté attaqué, inspiré d'ailleurs par des considérations étrangères à l'intérêt du service, a été pris en violation des dispositions de l'art. 65 de la loi du 22 avr. 1905.

2) Se f. Eks. fransk Kommunallov 5/4 1884 § 95 og Lov om Politiet udenfor København af 4/2 1871 § 7.

Henhold til § 7 i Lov No. 21 af 4. Febr. 1871 givet Tilhold vedrørende Antagelse af Jernbanearbejdere. Om dette Tilhold udtaler Dommen, at det „efter Paalæggets Beskaffenhed i det hele (findes) betænkeligt at tillægge det en saadan Gyldighed, at Tilfalte ved dets Overtrædelse skulde anses at have paadraget sig Strafansvar“.¹) Vel begrundes nu denne Afgørelse navnlig ved Paalæggets „Beskaffenhed“, hvilket formentlig nærmest peger hen paa dets Indhold, som i sig selv var ulovligt, men til Støtte for Resultatet paaberaabes ogsaa, at Paalæget ikke var meddelt til Amtmanden.

¹) U. f. R. 1875. 488.

B. Indre Virksomhedsmangler.

Kapitel VI.

VILDFARELSE OG SVIG

§ 19.

Indledende Bemærkninger. Analogi fra Privatrettens Regler?

Naar et Forvaltningsorgan har befundet sig i Vildfarelse eller endog er blevet besveget m. H. t. de faktiske Omstændigheder, der danner Grundlaget for Forvaltningsakten,¹⁾ vil denne oftest faa et urigtigt, undertiden endog et ulovligt Indhold, idet de faktiske Forudsætninger, som maa foreligge for, at Udtalelsens Indhold kan anses for rigtigt og lovligt, oftest ikke vil være tilstede. Hvis saaledes en Ansøger til en eller anden offentlig Stilling bilægger sin Ansøgning med et falsk Bevis for juridisk Embedseksamen, og den udnævnnende Myndighed — i den fejlagtige Antagelse, at Ansøgeren virkelig har bestaaet denne Eksamen — antager ham til det ledige Embede, foreligger der en Forvaltningsakt med ulovligt Indhold, saafremt der ifølge Loven kræves juridisk Embedseksamen til Opnaaelse af det paagældende Embede; er dette ikke Tilfælde, men det dog under Hensyn til Arten af de Embedsforretninger, som Stillingen medfører, vil være rettest at foretrække en Jurist, har Forvaltningsakten vel intet ulovligt, men dog et urigtigt Indhold. Paa tilsvarende Maade vil en saadan Vildfarelse eller Svig kunne medføre, at Forvaltningsakten kommer til at lide under andre Mangler, t. Eks. Inkompetence.²⁾

¹⁾ Udenfor Undersøgelsen falder Spørgsmaalet om Betydningen af Fejlskrift, Fortalelse m. v., samt Vildfarelse om selve Erklæringens Indhold, jfr. H. Ussing: Bristende Forudsætninger p. 5—15. Disse Mangler spiller formentlig ingen væsentlig Rolle m. H. t. Forvaltningsakter.

²⁾ Jfr. Robert Neuhäuser: Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher

— *Neuhäuser* synes at mene, at „Erschleichung“ altid maa resultere i en saadan *anden* Mangel¹⁾ (Indholdsmangel, Formmangel osv.), som er den umiddelbare Ugyldighedsgrund og som derfor ogsaa bliver afgørende for Ugyldighedens nærmere Beskaffenhed, navnlig for Spørgsmaalet, om der foreligger Anfægtelighed eller Nullitet.

Hvis dette var rigtigt, maatte formentlig det samme gælde om Vildfarelse, og en særskilt Fremstilling af Vildfarelsens og Svigens Indflydelse paa Forvaltningsaktens Gyldighed vilde savne systematisk Berettigelse. Thi det vilde da ikke være rigtigt at behandle Vildfarelse og Svig som *selvstændige* Mangler, sidestillede med Inkompetence, Formmangler osv. Vildfarelsen og Svigen kunde kun anses for *Anledningen* til, at Forvaltningsakten bliver behæftet med en af disse Mangler, paa samme Maade som f. Eks. den paagældende Embedsmands Uerfarenhed og Uduelighed, manglende literære og tekniske Hjælpemidler osv.

Spørgsmaalet er imidlertid, om Vildfarelse og Svig er Mangler, som *selvstændigt* kan medføre Ugyldighed. Den ansatte Embedsmand opfylder alle Lovens Betingelser for Udnævnelse til Stillingen og er iøvrigt fuldt kvalificeret. Kan da Udnævnelsen anfægtes, hvis man ved Ansættelsen — paa Grundlag af Ansøgerens eller Tredjemands Opgivelser eller uden saadanne — er gaaet ud fra, at han havde bestaaet en Eksamen, til hvilken han i Virkeligheden var dumpet?

Naar Spørgsmaalet stilles paa denne, formentlig rigtige Maade, bliver der her Tale om en *Mangel af formel Karakter*. I Modsætning til de under A. omhandlede, *ydre* Mangler ved Forvaltningsaktens Skabelse drejer det sig imidlertid her om

Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden, p. 85—87. — Det maa iøvrigt overhovedet erindres, at de forskellige, i denne Afhandling undersøgte Mangler ved en Forvaltningsakt meget ofte optræder sammen. En inkompetent Myndighed vil være særlig udsat for at komme til at give Forvaltningsakten et forkert Indhold, at tilsidesætte Formforskrifter og de formelle Regler vedr. Aktens Forberedelse osv.

¹⁾ *Neuhäuser* p. 85—87, se ogsaa *Kormann* p. 372, der taler om, at „Täuschung ... (berechtigt) ... nicht nur zu einer Anfechtung wegen Gesetzwidrigkeit, sondern zu einer solchen wegen Zweckwidrigkeit“.

en *indre, psykologisk Mangel*: det handlende Forvaltningsorgans Forestilling om Forvaltningsaktens faktiske Forudsætninger svarer ikke til Virkeligheden.

Almindelige Regler om disse Manglers Betydning indeholder Lovgivningerne ikke.¹⁾ Derimod finder vi en Del spredte Bestemmelser vedrørende *specielle* Forvaltningsomraader. *Kormann* nævner saaledes for tysk Rets Vedkommende Gewerbeordnung § 53, 1. Stk., B. G. B. § 43, forskellige Byggelovgivninger m. m.,²⁾ og for *dansk Rets Vedkommende* kan til Eks. anføres den ved § 4 i Lov Nr. 91 af 23. Maj 1902 indførte Regel om, at Kommunen har Krav paa Erstatning mod den, som i sin Begæring om Alderdomsunderstøttelse meddeler væsentlig urigtige Oplysninger om sine Indtægter eller sin Formue,³⁾ samt Lov Nr. 253 af 6. Maj 1921 § 18, 4. Stk. om, at hvis en forsikret mod bedre Vidende uberettiget har oppebaaret Invaliderende, vil Beløbet være at tilbagebetale.⁴⁾

En vis Betydning for Spørgsmaalet har *Neuhäuser* ment at kunne tillægge de Lovbestemmelser, som omhandler *Bortfald* af Forvaltningsaktens Forudsætninger. Er nemlig Forholdet det, at Loven tillægger en *indtrædende* Omstændighed den Virkning, at Forvaltningsakten skal eller kan tilbagekaldes, saa skulde det deraf kunne sluttet, at saadan Tilbagekaldelse (Anfægtelse) ogsaa kan eller skal finde Sted, hvis den paagældende Omstændighed *allerede forelaa fra først af*.⁵⁾ Som Eksempel nævnes bl. a. B. G. B. § 73.⁶⁾ Fra dansk Lovgivning kunde man anføre Invalideforsikringsloven af 6. Maj 1921 § 18, 3. Stk., hvorefter den videre Udbetaling af Renten standses, saafremt der er indtraadt en saadan Forbedring i Rentenyderens Er-

1) Nævnes kan dog den badiske Forordning af 31. August 1884 § 43, se herom senere.

2) Kormann p. 372—374.

3) Jfr. nu Lov om Aldersrente af 7. August 1922 § 14.

4) Den Tilbagebetalingspligt, som er hjemlet i disse to Tilfælde, maa forudsætte, at Forvaltningsakten, som har bevilget Understøttelsen, er ugyldig. Derimod kan man naturligvis ikke slutte omvendt, at saadan Ugyldighed altid medfører Forpligtelse til Tilbagebetaling af de oppebaarne Beløb.

5) *Neuhäuser* p. 23—25.

6) „Sinkt die Zahl der Vereinsmitglieder unter 3 herab, so hat das Amtsgericht ... dem Vereine die Rechtsfähigkeit zu entziehen“.

hvervsevne, eventuelt gennem Tilvænnning, at han ikke længere kan anses berettiget til at oppebære Invaliderente. Ligeledes Lov Nr. 272 af 6. Maj 1921 om Pantelaanervirksomhed og Hænder med brugte Genstande § 3, 2. Pkt.: „Filantropiske Selskaber kan Politiet ... fratage Bevillingen, naar de Forudsætninger, under hvilke Bevillingen er meddelt, ikke skønnes at *blive opfyldt*“.

Ret beset har saadanne Bestemmelser dog ingen virkelig Tilknytning til Spørgsmaalet om Ugyldighed paa Grund af Vildfarelse eller Svig, naar det fastholdes, at vi her kun taler om Vildfarelse og Svig som selvstændige Ugyldighedsgrunde. Foreskriver Loven, at en Forvaltningsakt *skal* tilbagekaldes, naar den eller den Omstændighed indtræder (t. Eks. Invalidforsikringslovens § 18, 3. Stk.), ja, saa kan deraf ganske vist sluttes, at saadan Tilbagekaldelse ogsaa skal finde Sted, hvor den paagældende Omstændighed har foreligget fra først af. Men dette maa gælde, selv om Forvaltningsorganet slet ikke har været i Vildfarelse. Det er overhovedet et Spørgsmaal om Forvaltningsaktens *materielle* Lovlighed og Rigtighed. — Er Forholdet det, at Forvaltningsakten *kan* tilbagekaldes, naar der indtræder en eller anden Omstændighed, er det maaske ofte berettiget at slutte, at Tilbagekaldelse ogsaa maa *kunne* finde Sted, naar den paagældende Omstændighed oprindeligt har foreligget; men i hvert Fald har dette heller ikke noget at gøre med Ugyldighed paa Grund af Svig eller Vildfarelse. Thi *dels* forstaar vi i nærværende Afhandling ved Ugyldighedsgrunde kun saadanne Mangler, som enten *eo ipso* medfører Ugyldighed eller dog gør en *Annulation obligatorisk*, *dels* virker Svig og Vildfarelse derigennem, at de, rent psykisk, bestemmer Forvaltningsorganet til en vis Afgørelse, hvilket derimod ikke kan spille nogen Rolle i det andet Tilfælde.¹⁾

¹⁾ Naar saaledes den nævnte Bestemmelse i Loven om Pantelaanervirksomhed m. v. lader det være afgørende, om de Forudsætninger, under hvilke Bevillingen er meddelt, ikke skønnes at blive opfyldt, refererer dette sig formentlig ikke til det handlende Forvaltningsorgans individuelle, psykiske Forudsætninger. Der sigtes antagelig blot til visse objektive Mangler ved Pantelaanerselskabets senere Virksomhed, navnlig saadanne, som gør det uberettiget til Prædikatet „filantropisk“.

— Undertiden har man villet anvende *Privatrettens* Regler om Svig og Vildfarelse *analogt* paa Forvaltningsakter.¹⁾

Hele Spørgsmaalet om Anvendelse af civilretlige Normer indenfor Forvaltningsrettens Omraade hører til Forvaltningsrettens fundamentaleste og skal ikke her drøftes i sin Almindelighed.²⁾ Blot skal det anføres, at den moderne Udvikling indenfor Forvaltningsretten paa adskillige Felter snarest er Udstryk for en Emancipation fra Civilrettens Herredømme,³⁾ og at der antagelig oftere vil blive Tale om en *Omdannelse* af civile Retsinstituter til Brug for den offentlige Ret⁴⁾ end en lige frem analog Anvendelse.

Derimod skal der gøres nogle Bemærkninger om en saadan Analogis Berettigelse netop med Hensyn til Vildfarelse og Svig. — *Vogels* har udtalt sig for en saadan Analogi; men dette Standpunkt har allerede af den Grund ikke større Vægt i denne Forbindelse, at han kun undersøger Vildfarelsens Indflydelse paa Embedsbesættelser, hvilke han, i Modsætning til Flertallet af de nyere Forfattere, opfatter som Kontraktsforhold, altsaa Overenskomster, hvori de to Parter Erklæringer principielt spiller samme Rolle. Vi beskæftiger os imidlertid — her som overalt i denne Afhandling — kun med *eensidige* Forvaltningsakter, og selvom Analogien muligen kan drages til offentligretlige Kontraktsforhold, er det ikke dermed givet, at den ogsaa kan drages til de egentlige (eensidige) Forvaltningsakter.

Betragter vi da paa den ene Side Forvaltningsakten og paa den anden Side den privatretlige Retshandel, falder det først i Øjnene, at Muligheden for, at den handlende har afgivet sin Erklæring paa Grundlag af en Vildfarelse, er langt større i sidstnævnte end i førstnævnte Tilfælde. Fra Dag til Dag, ofte fra Time til Time, veksler Vilkaarene for Handel og Vandel, og den private individuelle Tilværelse er økonomisk og iøvrigt underkastet Omskiftelighedens Lov. „Det skulde jeg bare have vidst“ bliver Dagliglivets bagkloge, bekymrede Suk. Og

¹⁾ Se *Vogels*: Willensmängel bei der Beamtenanstellung. Verwaltungssachverh. 27. 247 ff. Jfr. R. G. 83. 429.

²⁾ Jfr. *Neuhäuser* p. 8—11.

³⁾ Se som et enkelt Eksempel fra fransk Forvaltningsret U. f. R. 1922 B. p. 132.

⁴⁾ Se *Fleiner*: Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. Tübingen 1906.

Adgangen til at forbinde sig ved Retshandler er i Privatretten uden Censur. Den uerfarne og ukloge Optimist har samme Evne til at forpligte sig som den erfarne Skeptiker, hvem Livet har paatvunget Eftertæksomhed og Omsigt.

Anderledes naar Talen er om Forvaltningsakter. De Personer, som her har Afgørelsen, er — al menneskelig Skrøbelighed til Trods — dog udvalgte. Oftest handler de i deres Livskald, til hvis rette Udførelse de medbringer en speciel Uddannelse, og som omvendt giver sin Udøver Skole og Erfaring. Hvor de — som Organer for det kommunale Selvstyre — udøver forvaltningsretlige Funktioner ved Siden af deres egentlige Livsgerning, gælder det anførte vel ikke, men dels vil Afgørelserne her ofte være forberedt af egentlige Embedsmænd, dels er der her særlige Garantier for de paagældendes Modenhed og Livserfaring.

Af større Interesse er det dog, at Forvaltningsaktens faktiske Forudsætninger — som nævnt — er langt mere stabile end Rets handlens, og at Forvaltningslovgivningen gennem Regler om Forvaltningsaktens Forberedelse (Høring osv., jfr. Kap. V) har indrettet særlige Garantier bl. a. mod Vildfarelser.

Endnu et Punkt maa fremhæves. Den af Vildfarelse fremkaldte, private Retshandel møder i sine Virkninger ingen Skranker. Disse Virkninger kan for Løftegiveren være nok saa ufornuftige og tabbringende, for Modparten nok saa ugrundet fordelagtige: kan ikke *selve Vildfarelsen* paaberaabes som Ugyldighedsgrund, bestaar disse Virkninger. Retshandlens konkrete Indhold interesserer Retsordenen sig — bortset fra rene Undtagelser som Udnyttelse af andres Nød, Aager og lign. — ikke for. — I Forvaltningsretten er derimod *Indholdsmangler* Forvaltningsaktens vigtigste Ugyldighedsgrund, og en af Vildfarelse fremkaldt Forvaltningsakt vil netop meget hyppigt falde for denne Skranke. Ogsaa denne Forskel gør det betænkeligt at overføre Civilrettens Regler om Vildfarelse paa Forvaltningsrettens Omraade.¹⁾

¹⁾ Mod det anførte kan ikke indvendes, at den Omstændighed, at Vildfarelse er sjældnere og af ringere Betydning ved Forvaltningsakter end ved private Retshandler, ikke kan anføres som Argument mod den analoge Anvendelse af Civilrettens Regler i Tilfælde, hvor der netop foreligger en Vildfarelse, som ikke med

For en saadan analog Anvendelse af Civilrettens Regler udtaler R. G. sig imidlertid i den hos *Vogels* omhandlede Dom,¹⁾ der vedrørende Viljesmangler i al Almindelighed udtaler: „Bei dem Mangel selbständiger Vorschriften, die etwa in dieser Beziehung das öffentliche Recht enthielte, (kann es) keinem Bedenken unterliegen, die auf dem insoweit rechtsähnlichen Gebiete des bürgerlichen Vertragsrechts bestehenden Bestimmungen entsprechend anzuwenden, d. h. so weit dem nicht die besondere Natur der hier in Betracht kommenden öffentlichrechtlichen Verhältnisse entgegensteht.“ Derfor maa ogsaa i det foreliggende Tilfælde, hvor der er Spørgsmaal om, hvorvidt en Embedsbesættelse var ugyldig paa Grund af Vildfarelse eller Svig („arglistige Täuschung“), den borgerlige Rets Regler om disse Mangler komme til Anvendelse.

Rent bortset fra, at Dommen ikke gør nogen positiv Anvendelse af denne Analogi, idet den kommer til det Resultat, at der ikke forelaa nogen relevant Vildfarelse eller Svig, maa det erindres, at Dommen, der iøvrigt kun kommer ind paa disse Spørgsmaal som Incidenspunkter, angaar Vildfarelse og Svig ved en Embedsbesættelse. En saadan opfattes imidlertid af R. G. som en offentligretlig Kontrakt,²⁾ og Dommen kan saaledes i hvert Fald ikke anføres til Støtte for Analogiens Berettigelse ved eensidige Forvaltningsakter, jfr. ovenfor p. 144.

I Frankrig har *Jèze* udtalt sig for en analog Anvendelse paa Forvaltningsakterne af Code civil's Regler om Svig og Vildfarelse, dog med det i Virkeligheden meget vidtgaaende, i hvert Fald meget ubestemte Forbehold, at man fra disse Regler bør undtage „... les cas exceptionnels où l'application des règles du droit privé sur les vices du consentement entraverait le bon fonctionnement du service public. Dans ces cas, et dans cette mesure, la règle du droit privé devrait être écartée ou modifiée en conséquence.“³⁾

fører ulovligt Indhold. Thi enhver Ugyldighedsgrund svækker i al Almindelighed Trygheden og Sikkerheden i Retslivet, og Ulemperne herved opvejes kun, naar den praktiske Trang til Ugyldighedsgrunden er af en vis Styrke.

¹⁾ *Vogels* p. 247, R. G. 83. p. 429; jfr. om denne Dom ogsaa *Neuhäuser* p. 56.

²⁾ R. G. 53, 423.

³⁾ *Jèze*, Cours de Droit. public p. 196—199. De her anførte Domme,

§ 20.

Særligt om Vildfarelse.

I *fransk Teori* findes kun faa Bidrag til Besvarelse af Spørgsmaalet om Vildfarelsens Betydning for Forvaltningsaktens Gyldighed, hvilket staar i Forbindelse med den ringe Opmærksomhed C. d'E. har skænket denne Mangel. Her som paa adskillige andre Omraader savner man i fransk Forvaltningsrettsvidenskab — der jo ellers er førende — det selvstændige, „retsproduktive“ Initiativ i Forhold til Praxis' Afgørelser. Saalænge C. d'E.s Stilling da er den, at Vildfarelse ikke kan gøres gældende som „excès de pouvoir“, nøjes man i Hovedsagen med at konstatere denne Tingenes Tilstand. *Jéze* fastslaar saaledes,¹⁾ at C. d'E. ikke tager Hensyn til faktiske Vildfarelser, medmindre den paagældende Kendsgerning „est, pour le requérant, la condition de l'exercice d'un pouvoir légal“. Til sidst opkaster han ganske vist det Spørgsmaal, om et Forvaltningsorgan, der træffer en Afgørelse under en faktisk Vildfarelse, ikke foretager en „acte irrégulier“ lige saa vel som det, der benytter sin Myndighed til et Formaal, som ligger udenfor dem, for hvis Skyld Myndigheden er givet. Men der gøres intet Forsøg paa at *besvare* Spørgsmaalet. — *Hauriou*²⁾ bemærker, at C. d'E., som i lang Tid ikke har villet anerkende Vildfarelse som Grund til Annulation, nu har annulleret en Afgørelse, der beroede paa en faktisk Vildfarelse.³⁾

Denne Afgørelse er dog ikke noget virkeligt Præjudikat for, at C. d'E. nu anerkender *faktisk* Vildfarelse som Ugyldighedsgrund. Det, der forelaa, var et fra Præfektens Side urigtigt Skøn over, hvorvidt en offentlig Plads i Lovens⁴⁾ Forstand kunde betegnes som „une perspective monumentale“. Den urigtige Afgørelse kan lige saa godt skyldes en *error juris* som en *error facti*.

Denne C. d'E.s afvisende Stilling overfor Annulation paa

C. d'E. 28/12 1917, Belmont (ikke i Dalloz) og C. d'E. 29/3 1917, Péchin, D. 1919. 3. 14., angaar offentlige Kontraktsforhold.

¹⁾ Revue du droit public 1911. 286, 291; jfr. ogsaa Laferrière II. p. 364.

²⁾ p. 513.

³⁾ C. d'E. 4/4 1914, Gomel, Sirey 1917. 3. 25.

⁴⁾ § 118 i Lov af 13. Juli 1911, jfr. § 4 i Lovdekret af 26. Marts 1852.

Grund af Vildfarelse sætter *Hauriou*¹⁾ i Forbindelse med, at Udviklingen i det 20. Aarhundrede er gaaet i Retning af at forene „excès de pouvoir“s fire „ouvertures“ (incompétence, vice de forme, violation de la loi, détournement de pouvoir) i en højere Enhed, Krænkelse af Loven.²⁾ Men „Legalitetsprincipet“ er simpelthen dette, at „toutes les sources gouvernementales du droit doivent être subordonnées à cette source particulière et spéciale qui s'appelle la loi“. Og Krænkelse af Loven (Retsvildfarelse) forfølges, fordi den er en Vildfarelse, en Fortolkning af Loven, der ellers vilde blive til en almindelig Regel. Heraf følger, at Krænkelse af Loven („Legalitetsprincipet“) ikke kan paaberaabes overfor Afgørelser, som — „statuant en fait“ — ikke indeholder nogen Fortolkning af Loven, som er egnet til at slutte sig til denne i Form af Retspraksis, og den faktiske Vildfarelse rammes saaledes ikke af en Haandhævelse af Legalitetsprincipet.³⁾

Denne Unifikation af „excès de pouvoir“ i Legalitetsprincipet forkaster *Hauriou*, som i „excès de pouvoir“ ser en Slags „délit professionnel“, hvis Væsenmærke ikke er en Ringeagt for Loven, men for faglige Grundsætninger („maximes professionnelles“), der kan være langt mere vidtrækkende end Lovens Forskrifter. Kun efter denne Opfattelse bliver det muligt at inddrage den faktiske Vildfarelse under Begrebet „excès de pouvoir“ som en Slags femte „ouverture“.

Udførligere er Spørgsmaalet behandlet af tyske Forfattere. Vildfarelse kan ifølge *Kormann*⁴⁾ kun medføre Anfægtelighed, naar den angaar „obligatorische Hinderungsgründe“, „also ... solche Gründe, aus denen die Behörde, wenn sie ihr früher bekannt gewesen wären, den Geschäftsabschluss hätte verweigern

¹⁾ *Noten Sirey* 1917. 3. 25.

²⁾ Jfr. *André Georgin*: *La violation de la loi. Cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir*; navnlig p. 354—358.

³⁾ „Le principe de la légalité est une police du système juridique. Ce n'est pas une police de la magistrature ni de l'administration“. Jfr. ogsaa *Laferrière* II. p. 370: „Si l'erreur de droit, à la différence de l'erreur de fait, donne ouverture à cassation, c'est parce qu'il importe d'assurer l'unité de la loi par la jurisprudence d'une cour régulatrice, ...“.

⁴⁾ p. 377—388.

müssen, nicht etwa bloss hätte verweigern können. ... Fakultativer Versagungsgründe dagegen verschweigt sich die Behörde, wenn sie dieselben nicht alsbald geltend macht. Auch wenn sie diese Gründe nicht gekannt hat, so hätte sie ... sie gemäss der Untersuchungsmaxime, die das hier allein in Frage kommende engere Gebiet des eigentlichen Verwaltungsrechts beherrscht, doch jedenfalls kennen müssen; es ist ihre Schuld, wenn das nicht der Fall war, jedenfalls ist kein Grund einzusehen, weshalb der betroffene unter solchem Mangel behördlicher Aufmerksamkeit leiden sollte".¹⁾ — Dog mener Forfatteren, at hvor en Forvaltningsakt, der paalægger Forpligtelser, Byrder eller Indskrænkninger, undtagelsesvis ikke er frit genkaldelig, jfr. f. Eks. Gewerbeordnung § 35, 4. Stk., vil den kunne tilbagekaldes paa Grund af Vildfarelse,²⁾ ligesom dette naturligvis kan finde Sted overalt, hvor Loven selv siger det.

W. Jellinek³⁾ mener, at Vildfarelse alene ikke begrunder Ugyldighed.

— Naar man saaledes som *Kormann* kun anser Vildfarelse som Ugyldighedsgrund i de Tilfælde, hvor den medfører, at Forvaltningsakten bliver materielt ulovlig, kan man overhovedet ikke opstille Vildfarelse som selvstændig Ugyldighedsgrund.⁴⁾ Dette har *Kormann* iøvrigt fuldtud selv erkendt⁵⁾ — hvad *Vogels* synes at have overset. Vigtigere er imidlertid det reelle Spørgsmaal, om det er rigtigt, at Vildfarelse ikke bevirker Ugyldighed, hvor den kun medfører, at Forvaltningsakten bliver uhensigtsmæssig eller i Tilfælde, hvor end ikke dette er Tilfældet.

Vogels fremhæver i sin Kritik af *Kormann*,⁶⁾ at der meget vel kan foreligge Vildfarelse hos vedkommende Myndighed, uden at der kan lægges denne noget til Last, og at iøvrigt Privatretten aldeles ikke afgør Gyldighedsspørgsmaalet under Hensyn til, om Vildfarelsen er tilregnelig. *Kormann* tager —

¹⁾ *Kormann* p. 377.

²⁾ Jfr. W. Jellinek: Der fehlerhafte Staatsakt p. 156 og Aschehoug I. p. 304—305.

³⁾ Der fehlerhafte Staatsakt p. 159.

⁴⁾ Jfr. ovfr. p. 141 og *Vogels*: Willensmängel bei der Beamtenanstellung; Verwaltungsarchiv 27. 247 ff.

⁵⁾ *Kormann* p. 381.

⁶⁾ *Vogels*' anførte Afhandling p. 254 ff.

ifølge Vogels — ikke tilstrækkeligt Hensyn til, at det i Privatretten er selve *Viljesmanglen* (d. v. s. Manglen ved Viljen), der er det afgørende, og han undersøger ikke, hvorvidt denne Grundsætning kan overføres paa de offentligretlige Retshandler. En saadan Overførelse er efter Forfatterens Mening tilladelig¹⁾ og nødvendig, og Vildfarelsen faar derfor samme Betydning for offentligretlige Retshandler som i Privatretten.²⁾

Som det ovenfor er udviklet i § 19 bestaar der imidlertid en Væsensforskellighed mellem Forvaltningsakten og den privatretlige Retshandel, som gør en saadan Analogi betænkelig. Dermed er det dog naturligvis ikke endelig afgjort, om Vildfarelse bør medføre Forvaltningsaktens Ugyldighed, idet det vel kunde tænkes, at en saadan Ugyldighed *selvstændigt* lod sig begrunde:

Det er i saa Henseende klart, at Vildfarelse vedrørende et væsentligt Punkt i de foreliggende faktiske Omstændigheder er egnet til at bevirke, at Forvaltningsakten faar et *tilfældigt* Indhold. De grovere Tilfælde heraf vil nu ganske vist falde ind under Reglen om Ugyldighed paa Grund af *ulovligt Indhold*, men overalt, hvor Indholdet ikke bliver materielt lovstridigt, hvor Afgørelsen altsaa, skønt truffet under Indflydelse af Vildfarelse, dog ligger indenfor det frie Skøns materielle Grænser, der vil *Vildfarelsen* normalt have *vildledt* Forvaltningen til en Afgørelse, som fjerner sig fra det rette, uden dog at rammes af nogen af de øvrige, i denne Afhandling omhandlede Ugyldighedsgrunde.

Betydningen heraf maa dog ikke overvurderes. Det frie Skøn har talrige Fejlkilder, blandt hvilke Vildfarelse næppe engang kan siges at høre til de betydeligste. „... die Menschen ... denen die Handhabung dieses Ermessens obliegt (begehen) ... doch recht häufig im alltäglichen Gange der Verwaltungspraxis nicht weniger Fehler ... infolge eines vom Tatsachenirrtum zwar freien Handelns, das aber getrübt ist durch unrichtige Werturteile und zweckwidrige Sachauffassung, ohne dass eine nachträgliche Ermessenskorrektur möglich wäre — als der *Irrtum* selbst sie zu erzeugen vermag.“³⁾

¹⁾ Se ogsaa Laband m. H. t. Forlening af Titler, D. J. Z. XII p. 207.

²⁾ B. G. B. § 119.

³⁾ Neuhäuser p. 32.

Naar det da paa den anden Side erindres, at Forvaltningsakten til en vis Grad udfører samme Funktion som Dommen, idet den, hvad enten dens Indhold er konstitutivt eller blot konstaterende, vil skabe retlig Sikkerhed i den konkrete Situation, den angaar, og at denne Sikkerhed vil blive stærkt undergravet, hvis Vildfarelse anerkendes som Ugyldighedsgrund, maa man formentlig give *Kormann* Ret i, at Vildfarelse ikke *selvstændigt* bør have Ugyldighedsvirkning.¹⁾

Tysk Retspraksis synes at staa ret usikkert over for Spørgsmaalet:

En Enke androg Magistraten i Bamberg om at erholde meddelt Hjemstedsret²⁾ i denne By, idet hun anførte, at hun i fulde 10 Aar uafbrudt havde været beskæftiget der og i den Tid hverken andraget om eller modtaget Fattighjælp. Da hun sammen med sin afdøde Mand tidligere havde haft Ophold i Potenstein, anmodede Magistraten denne Bys Fattigbestyrelse om Meddelelse vedrørende det Beløb, som i de forløbne Aar maatte være ydet som Fattighjælp til Enken, og fik til Svar, at hun intet havde modtaget eller forlangt. Magistraten bevilgede derpaa Andragendet. — Da den imidlertid senere erfarede, at en Søn af Enken i flere Aar havde opholdt sig i et Døvstummeinstitut for Fattigvæsenets Regning, tilbagekaldte den — uagtet den Omstændighed, at en Andrager har modtaget Fattighjælp, *ikke ifølge Loven* er til Hinder for Meddelelse af Hjemstedsret — den tidligere trufne Afgørelse. Denne Tilbagekaldelse blev annulleret af B. V. G. H.³⁾

¹⁾ At Vildfarelse saaledes ikke bevirker Forvaltningsaktens Ugyldighed, synes anerkendt i den badiske Forordning af 31. August 1884 § 43, 2. Stk., som i al Almindelighed hjemler en Anfægtelighedsret „wenn eine erteilte Bewilligung oder Genehmigung ... erschlichen wurde“. Herfra maa modsætningsvis kunne sluttes, at den blotte Vildfarelse ikke kommer i Betragtning som Ugyldighedsgrund.

Ørsted bemærker i Haandbog I. p. 161, at Domstolene ikke synes paa egen Haand at kunne tage Hensyn til den Omstændighed, at et Privilegium „er erhvervet ved Usandheder, naar kun de Betingelser ere tilstæde, som i Privilegiet enten ere udtrykte, eller dog, af tilstrækkelige Retsgrunde, kunne ansees stiltiende forudsatte“.

²⁾ Om „Heimatsrecht“ se *Stengel-Fleischmann* II. p. 386 ff.

³⁾ Dommen, B. V. G. H. 6. 29, begrunder sit Resultat med, at det i det foreliggende Tilfælde ikke drejer sig om Vildfarelse, „sondern um

Som stridende mod den her forsvarede Anskuelse anfører *Kormann*¹⁾ følgende Afgørelse:²⁾ Efter at Politiet havde meddelt Tilladelse til en Ombygning, erfarede man, at Ombygningen efter O. V. G.'s Praksis maatte anses som en Ombygning udover Flugtlinjen. Tilladelse til en saadan Ombygning *kan* ifølge Loven nægtes, og den meddelte Tilladelse tilbagekaldtes da med den Begrundelse, at den var „irrhümlich erteilt“. O. V. G. godkendte denne Tilbagekaldelse. — Det ses imidlertid let, at der her slet ikke er Tale om en faktisk Vildfarelse, men om en Retsvildfarelse. Denne Retsvildfarelse har nu ganske vist ikke medført nogen Forvaltningsakt med ulovligt Indhold, men kun, at vedkommende Myndighed har anset sig for udelukket fra at træffe en skønmæssig Afgørelse i et Tilfælde, hvor det ifølge den rette Forstaaelse af Loven netop tilkom den at skønne frit. At en saadan Retsvildfarelse³⁾ gør Forvaltningsakten ugyldig

eine ungenügende Sachinstruktion seitens des Stadtmagistrats Bamberg“, i hvilken Henseende det anføres, at det mangelfulde Svar fra Pottenstein beroede paa, at Magistraten i Bamberg ikke i sin Skrivelse angav Anledningen til det stillede Spørgsmaal og kun udtrykkelig spurgte, om Enken havde modtaget Fattighjælp, medens Børnene ikke blev nævnt. — Under alle Omstændigheder kommer man dog ikke bort fra, at der forelaa en Vildfarelse fra Magistratens Side. Naar Dommen anser denne Vildfarelse for betydningsløs, synes den at lægge Vægt paa, at den skyldtes en Forsømmelighed hos det handlende Forvaltningsorgan. Om der nu virkelig kan siges at have foreligget en saadan Forsømmelse maa dog anses for tvivlsomt, og Dommen kan vistnok tages som Udtryk for, at Vildfarelse slet og ret ikke bevirker Ugyldighed. Anføres kan ogsaa følgende af *Neuhäuser* refererede Dom af 13/1 1914 fra Overlandretten i Brunsvig: Før Ansættelsen af en Tegnelærer havde Magistraten modtaget en Erklæring vedrørende den paagældende fra en preussisk Skoleinspektør, som imidlertid fortiede, at Ansættelsen tidligere var idømt en disciplinær Straf. Nogen Tid efter Ansættelsen meddelte Magistraten Tegnelæreren, at den anfægtede „Tjenestekontrakten“ paa Grund af Vildfarelse. — Under en Proses om vedkommendes Gage udtalte Retten, at Forvaltningsretten ikke kender nogen almindelig Retssætning af det Indhold, at en Forvaltningsakt kan anfægtes (genkaldes) paa Grund af Vildfarelse, hvorfor ogsaa Anfægtelse paa Grund af objektiv Skuffelse er uberegtiget. (Dommen er her gengivet efter *Neuhäuser* p. 55.).

¹⁾ *Kormann* p. 379.

²⁾ O. V. G. 40. 377.

³⁾ „Die irrige Annahme eines Gebundenseins“, som W. Jellinek kalder det. (Gesetz osv. p. 339).

skal senere paavises. Den nævnte Dom er et Eksempel derpaa og har intet med faktisk Vildfarelse at gøre.

Derimod kan som Eksempel paa, at man har tillagt saadan Vildfarelse Ugyldighedsvirkning, anføres en Dom fra B. V. G. H.,¹⁾ som lader et Afkald paa en Gebyrfordring være ugyldigt paa Grund af, at det var givet under den — paa en *error facti* beroende — urigtige Formening, at der ikke bestod noget retligt Krav. „Ein rechtsgültiger Verzicht ... würde dann nur anzunehmen sein, wenn der Stadtmagistrat bei seiner Erklärung ... in dem Bewusstsein und in dem Absicht ein Recht aufzugeben gehandelt hätte“. Og ifølge *Friedrichs*²⁾ har O. V. G. anset Politiets Afslag paa et Dispensationsandragende for ugyldigt, naar vedkommende Politimyndighed har troet sig bunden, fordi den med Urette har nægtet Tilstedeværelsen af Kendsgerninger, der retfærdiggjorde Dispensationen.

I *dansk Retspraksis* har Spørgsmaalet paa typisk Maade været fremme i en Overretsdom fra 1885, som klart nægter Vildfarelse Anerkendelse som Ugyldighedsgrund: Efter at der var meddelt en Person Næringsbevis „som Købmand i Store Lyngby“, blev det oplyst, at den af Andrageren beboede Ejendom, i hvilken Forretningen blev drevet, laa en Ubetydelighed indenfor det i Næringslovens § 54 fastsatte Læbælte (in casu for Hillerød). Indenrigsministeriet resolverede, at han skulde tilbagelevere til Kassation det ham formentlig i Strid med Næringslovgivningen meddelte Næringsbevis. Medens nu Dommen — selvfølgelig — udtaler, at Næringsbeviset ikke kan hjemle nogen Ret til at drive Købmandshandel i den nævnte Ejendom, i hvilken Henseende det ikke kunde komme i Betragtning, at Købmanden havde været i god Tro ved Meddelelsen af Næringsbeviset, forkastedes Paastanden om Næringsbevisets Kassation, idet Dommen gaar ud fra, at Næringen kunde drives i den Del af Byen, som laa udenfor Læbæltet. — Dommen maa anses for rigtig og stemmende med den ovenfor forsvarede Lære. Politimesteren havde aabenbart ved Meddelelsen af Næringsbeviset svævet i en Vildfarelse, som var kausal, forsaavidt som han ikke vilde have meddelt Beviset, hvis han havde kendt det rette Forhold. Men da denne Vildfarelse

¹⁾ B. V. G. H. 26. 189, jfr. K o r m a n n p. 380.

²⁾ *Friedrichs* p. 283.

dog ikke havde bevirket en materielt ulovlig Forvaltningsakt, hvilket derimod vilde have været Tilfældet, hvis hele Store Lyngby havde været beliggende indenfor Læbæltet, kunde den ikke bevirke Ugyldighed.¹⁾

— End mindre end Vildfarelse kan den Omstændighed, at Forvaltningsmyndigheden senere kommer til en anden Anskuelse vedrørende *Bedømmelsen* af de faktiske Forudsætninger, bevirke Ugyldighed. Dette har fundet Udtryk i en Række Domme, som O. V. G. har afsagt om Tilbagekaldelse af Byggetilladelser. Disse Domme gaar ud paa, at medens en Byggetilladelse, der tilsidesætter tvingende Forskrifter, ikke frembringer Retsvirkninger til Gunst for Bygherren, og derfor kan tilbagekaldes, stiller Forholdet sig anderledes, hvor Politimyndigheden efter sit frie Skøn skal tage Stilling til et Byggeforetagende. „In solchen Fällen kann von einem den Widerruf rechtfertigenden Irrtume nicht die Rede sein, wenn nach Erteilung des Konsenses — ohne Veränderung der Sache und Rechtslage, besonders ohne das Hervortreten eines von der Polizei wahrzunehmenden öffentlichen Interesses — nur die Anschauung der Behörde hinsichtlich der Angemessenheit und Zweckmässigkeit der Zulassung des Bauvorhabens wechselt, die Behörde in dem ihr zustehenden Ermessen geirrt zu haben glaubt, und sie zu der Ansicht gelangt, dass die Verhältnisse anders als geschehen zu beurteilen sein.“²⁾

§ 21.

Særligt om Svig.

Ifølge *Kormann*³⁾ medfører „Täuschung“ som Regel, at Forvaltningsakten bliver anfægtelig, og han betoner herved, „dass es sich nicht um eine arglistige Täuschung im Sinn von B. G. B. 123, also nicht um einen Betrug zu handeln braucht. Erforderlich ist nur, dass der Verwaltungsakt durch objektiv unrichtige Angaben des Antragstellers hervorgerufen ist. ... Ein Unter-

¹⁾ U. f. R. 1885. 897. Saaledes ogsaa den U. f. R. 1913 p. 749 ommeldte Dom fra Landsover- samt Hof- og Stadsretten af 23/3 1909.

²⁾ O. V. G. 55. 438, jfr. O. V. G. 2. 422; O. V. G. 8. 215; 10. 384; 24. 349; 28. 272; 29. 369.

³⁾ Kormann p. 371—377.

schied zwischen objektiver und „arglistiger“ subjektiver Täuschung wird überhaupt im öffentlichen Recht grundsätzlich zu leugnen sein“.

Den indre Begrundelse for denne Anskuelse finder Forfatteren i Grundsætningen om *exceptio doli*:¹⁾ „Es ist zwar nicht *dolos*, objektiv unrichtige Angaben zu machen, derartiges kann sehr entschuldbarer Weise vorkommen; aber es ist *dolos* Rechte oder rechtliche Vorteile zu beanspruchen, die man auf Grund solcher unrichtigen Angaben erlangt hat; ...“. Af denne Begrundelse menes det at følge, at Anfægtelse overfor Successor kun kan ske, hvis han kendte den stedfundne Skuffelse af Forvaltningsmyndigheden. — Heroverfor betoner nu *Neuhäuser*,²⁾ at Spørgsmaalet, om det er „uanstændigt“ at tilegne sig Rettigheder og Fordele, som er opnaaede paa Grundlag af objektivt urigtige Angivelser, der ikke kan tilregnes den paagældende, er overordentlig problematisk. Ud fra den Betragtning, at den Virksomhed, den private kaldes til at udøve vedrørende Forvaltningsaktens Forberedelse, originært henhører til de offentlige Organers egen Kreds af Funktioner,³⁾ kommer han til det Resultat, at saadanne objektivt urigtige Angivelser maa sidestilles med den blotte Vildfarelse hos Forvaltningsorganet, idet den private ifølge denne Anskuelse netop handler som en Slags Medhjælper for det offentlige.

Det maa nu sikkert ogsaa erkendes, at der ikke er Anledning til at behandle den simple Vildfarelse og Kormanns „objektive Täuschung“ forskelligt. Er det, som Kormann mener, doløst at udøve Rettigheder eller tilegne sig retlige Fordele, som man har erhvervet paa Grund af objektivt urigtige Angivelser, maa det samme gælde i Tilfælde, hvor Forvaltningsakten er fremkaldt af en Vildfarelse. Det indses i det hele taget ikke, hvad Forskel det kan gøre, om en foreliggende Vildfarelse skyldes en positiv Handling fra den privates Side, „objektive Täuschung“, eller andre Omstændigheder. Først i det Øjeblik en Person *forsætligt* eller *uagtsomt* afgiver en urigtig Erklæring, som bevirker en Forvaltningsakt i hans Favør, fore-

¹⁾ Se Jul. Lassen: Lærebog i romersk Privatrecht, 1904 p. 107, om „*exceptio doli (generalis)*“.

²⁾ *Neuhäuser* p. 37.

³⁾ *Neuhäuser* p. 39.

ligger der et Forhold, som der muligen er Grund til at behandle anderledes end den simple Vildfarelse.¹⁾

— Hvad der kan tale for at lade en Vildfarelse, der saaledes skyldes et tilregneligt Forhold fra den privates Side, betvirke Ugyldighed, er dette, at den subjektive Skyld her som paa andre Retsomraader maa have sin Sanktion. Vel er der nu for visse Tilfældes Vedkommende foreskrevet *Straf* for Afgivelse af urigtige Erklæringer overfor det offentlige, jfr. den danske Straffelovs § 155²⁾ om den, der til Brug i Retsforhold, der vedkommer det offentlige, afgiver falsk skriftlig Erklæring eller skriftligt bevidner noget, hvorom han ingen Kundskab

¹⁾ At positive Lovregler kan lade blot objektivt urigtige Angivelser være Ugyldighedsgrund er selvfølgeligt. Kormann anfører en Række Eksempler herpaa, hvilke dog ikke alle er velvalgte. Ganske ubegrundet er det saaledes, naar han anfører den foran omtalte Bestemmelse i den badiske Forordning af 31. August 1884 § 43: „Die Behörde von welcher eine Verfügung oder Entscheidung erlassen ist, oder die ihr vorgesetzte höhere Behörde kann solche abändern oder ganz aufheben ... wenn eine erteilte Bewilligung oder Genehmigung ... erschlichen wurde.“ „Erschleichen“ forudsætter — hvad Kormann iøvrigt et Par Linjer forud selv erkender — et Skyldmoment, og det er derfor utilladeligt, jfr. ogsaa Neuhausers p. 64, naar han, uden nogen som helst Begrundelse, erklærer, „dass die Verordnung sich den Unterschied zwischen objektiv und subjektiv unwahren Nachweisen nicht klar gemacht ... hat.“

Heller ikke Gewerbeordnung § 53, 1. Stk., som Kormann dernæst p. 372—373 anfører, kan paaberaabes som Udtryk for den objektive Teori. Paragrafen bestemmer, at „die in dem § 29 bezeichneten Approbationen können von der Verwaltungsbehörde nur dann zurückgenommen werden, wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargetan wird, auf Grund deren solche erteilt worden sind ...“ Saa fremt Begrebet „objektive Täuschung“ overhovedet skal have Eksistensberettigelse ved Siden af almindelig Vildfarelse, maa det fastholdes — hvad Kormann ogsaa gør i sin Definition (p. 371) — at det drejer sig om objektivt urigtige Angivelser fra Andragers Side. Men Gewerbeordnung § 53, 1. Stk. taler i al Almindelighed om „Unrichtigkeit der Nachweise“, og som Landmann bemærker (I. p. 526), udkræves det ikke, at Indehaveren af Approbationen eller Koncessionen selv har foranlediget Urigtigheden; jfr. B. V. G. H. 10. 382.

²⁾ Jfr. Goos: Den danske Strafferets specielle Del 1896 III. p. 70—72. Se om Code pénale § 147 Garçons Kommentar Paris 1901, I. p. 320. Nr. 298 ff., og om den tyske Straffelovs § 271 og § 272, Olsenhauzens Kommentar, Berlin 1916, p. 1166 ff.

har; men dels vil saadanne Straffebestemmelser ofte ikke være givet med det særlige Forhold for Øje, som her foreligger, nemlig at Erklæringen hidrører fra en Person, som gennem de urigtige Anbringender søger at fremkalde en for sig fordelagtig Forvaltningsakt,¹⁾ dels vil der, selv hvor dette Forhold er underkastet *fuld* strafferetlig Sanktion, dog være Trang til yderligere — som en Art Konfiskation — at lade den svigagtigt fremkaldte Forvaltningsakt være ugyldig.

Det kan ganske vist indvendes, at i det *enkelte*, foreliggende Tilfælde indvirker den svigagtigt fremkaldte Vildfarelse ikke uheldigere paa Forvaltningsaktens Indhold end den simple Vildfarelse. En af Andrageren udfærdiget falsk anbefaling vildleder ikke mere end en tilsvarende Udtalelse afgivet af en Ven uden Andragerens Vidende. Men heroverfor maa det have i Erindring, at den *almindelige Trang* til Ugyldighedsvirkningen er saa langt større i de førstnævnte end i de sidstnævnte Tilfælde. Det er i sig selv naturligt og fremmede for Sagernes hurtige Afgørelse, at Forvaltningen henvender sig til vedkommende private om Oplysninger i Stedet for at gaa den omstændeligere Vej at indhente Erklæringer fra Tredjemand eller andre Forvaltningsmyndigheder. Men kan da den, der ved usande Anbringender har opnaaet en Bevilling eller Dispensation, fastholde Forvaltningsakten uanset sit utilbørlige Forhold, vil deslige usande Erklæringer blive hyppige, og Forvaltningen vil i *særlig Grad* være udsat for Vildfarelser og derigennem for at komme til urigtige Resultater i sine Afgørelser.

*Neuhäuser*²⁾ er af den Anskuelse, at Ugyldigheden maa indtræde, hvad enten de urigtige Anbringender skyldes *Forsæt* eller *Uagtsomhed*. Denne Forskel fra Privatretten, som jo ikke kender „uagtsom Svig“,³⁾ begrundes Forfatteren navnlig med, at den private staar frit i sit Valg af Medkontrahenter, som han derfor kan vælge under Hensyn til den enkeltes Troværdighed og forretningsmæssige Omhu, medens det offentlige, der ikke saadan kan vælge og vrage, gennem Forvaltningsakten maa træde i Forbindelse med enhver som helst.

¹⁾ Jfr. dog den tyske Straffelovs § 272.

²⁾ *Neuhäuser* p. 39—40.

³⁾ Jfr. *Jul. Lassen*: Læren om Aftaler p. 133, jfr. 140. Se ogsaa *B. G. B.* § 123.

Denne Begrundelse er vel ikke meget overbevisende, men i dens Resultat maa man være enig. Kunde den private, som ønsker at opnaa en Tilladelse, Understøttelse, Koncession osv., uden at tage det saa nøje anføre løst og fast til Støtte for sit Andragende og efter den trufne, for ham gunstige Afgørelse sige Bordet fanger, vilde Forvaltningen ofte komme til at træffe sine Afgørelser paa Grundlag af urigtige, eller dog tendentiøst forskudte Oplysninger.

I Analogi med B. G. B. § 123, 2. Stk. antager *Neuhäuser*,¹⁾ at hvis den, til hvem Forvaltningsakten henvender sig, vidste eller burde vide, at Forvaltningsakten skyldes en „irreführende Willensbeeinflussung des Staates durch einen dritten“, maa dette sidestilles med hans egen tilregnelige Handeln. Et tilsvarende Udgangspunkt for en Analogi kunde man finde i Aftalelovens § 30, hvorefter en Viljeserklæring ikke er bindende for Afgiveren, „hvis den, til hvem Erklæringen er afgivet, ... har indset eller burdet indse, at den var fremkaldt ved Svig fra Tredjemands Side“.²⁾

En saadan Analogi er imidlertid uberettiget. At Privatretens Løfte er ugyldigt, naar Løftemodtageren vidste eller burde vide, at det er fremkaldt ved Svig, staar i Sammenhæng med, at det i Læren om Retshandlen i *al Almindelighed*, ikke blot naar Talen er om Svig, men ogsaa ved en Række andre Ugyldighedsgrunde, spiller en saa overordentlig stor Rolle, om Løftemodtageren har været i god eller ond Tro. Noget tilsvarende gælder aldeles ikke om Mangler ved Forvaltningsakten. Her er det principielt aldeles ligegyldigt, om den, Forvaltningsakten henvender sig til, er vidende eller uvidende om de Mangler, der maatte foreligge.³⁾

Hvad specielt angaar de Forvaltningsakter, der her omhandles, saa følger det ligefrem af den ovenfor⁴⁾ givne Begrundelse for deres Ugyldighed, at denne kun tør antages at foreligge, hvor saadanne Anbringender hidrører fra den, til hvis Gunst Forvaltningsakten er udgaaet. Ugyldighedens reale Grund er nemlig ikke udtømmende angivet ved, at den foreliggende urig-

¹⁾ *Neuhäuser* p. 42.

²⁾ Jfr. *Jul. Lassen*: Læren om Aftaler p. 132.

³⁾ Jfr. *O. R. D. i U. f. R.* 1885. 897.

⁴⁾ p. 156—157.

tige Erklæring har virket vildledende paa det frie Skøn; det afgørende bliver, at den private har *fremkaldt* Forvaltningsakten gennem *tilregneligt*, d. v. s. *forsætligt* eller *uagtsomt* urigtige Anbringender. Dette Forhold — og kun dette — altsaa ikke det Tilfælde, at Tredjemand f. Eks. af Interesse for den paagældende, kendeligt for denne, har meddelt de urigtige Oplysninger — udkræver Ugyldigheden som Sanktion. — Her ved er dog selvfølgelig forudsat, at der ikke foreligger *Medskyld* hos Forvaltningsaktens passive Part, idet Tredjemand t. Eks. har handlet efter Aftale med denne, efter dennes Tilskyndelse, Trusel osv. Er dette Tilfældet, indtræder der naturligvis Ugyldighed.

Ikke enhver urigtig Erklæring fra vedkommende private bør dog — selv om den er forsætlig eller uagtsom — bevirke Ugyldighed.

1) For det første maa Urigtigheden være *væsentlig*. Dette er kiart Tilfældet, hvor den vedrører en af de i Lovgivningen opstillede Betingelser for Forvaltningsaktens Foretagelse. Naar til Eks. Uformuenhed er en Betingelse for Opnaaelse af en offentlig Understøttelse, og Andrageren urigtigt angiver sin Formue til et Beløb, der ligger under det fastsatte Maksimum, bliver den Forvaltningsakt, som tilstaar Understøttelsen, ugyldig. Men dette skyldes Resultatets materielle Ulovlighed, ikke (direkte) Svigen og vedkommer os derfor ikke paa dette Sted. Her skal alene undersøges de Tilfælde, hvor Urigtigheden angaar Punkter, som ikke saaledes er lovbestemte Forudsætnin-

ger. Ifølge *Kormann* maa de urigtige Oplysninger vedrøre væsentlige Kendsgerninger, d. v. s. saadanne, som har været bestemmende for Forvaltningsaktens Foretagelse,¹⁾ men han kommer iøvrigt ikke nærmere ind paa Spørgsmaalet. *Neuhäuser*²⁾ udtaler, at „der maa være gjort Indgreb i vedkommende Myndigheds Beslutningsfrihed, d. v. s. Skuffelsen maa have været kausal for Forvaltningsaktens Foretagelse“. Dog anser han det for tilstrækkeligt, at Skuffelsen har været *medbestemmende*.³⁾

¹⁾ *Kormann* p. 372.

²⁾ *Neuhäuser* p. 13.

³⁾ *Neuhäuser* p. 14: „Ob dolus causam dans oder nur dolus incidens ... vorliegt, ändert an dem Tatbestand der Erschleichung nichts“.

— Disse Forfattere lader det altsaa være afgørende, om Urigtigheden *in concreto* har været bestemmende eller medbestemmende for Forvaltningsakten. Ikke Urigtigheden i sig selv, men den psykologiske Rolle, den i det enkelte Tilfælde har spillet, bliver afgørende for Gyldighedsspørgsmaalets Besvarelse.

Man kunde imidlertid spørge, om det ikke vilde være rigtigere at lægge Vægten paa Urigtighedens objektive Karakter. Dette vilde først og fremmest give en større Sikkerhed i den praktiske Afgørelse af Ugyldighedsspørgsmaalet, saa sandt som Udforskningen af den psykologiske Virkning altid vil være forbundet med særlig Vanskelighed. Gør denne Vanskelighed sig allerede gældende, hvor den retsstiftende Erklæring — som normalt i Privatretten — hidrører fra en enkelt Person, bliver Op-gaven særlig kompliceret, hvor en Flerhed af Personer har truffet en Afgørelse, hvilket jo indenfor Forvaltningsretten er et særdeles hyppigt forekommende Tilfælde.

Alligevel bør det principielt afgørende være, om Urigtigheden *in casu* har været bestemmende eller dog medbestemmende ved Forvaltningsaktens Foretagelse.¹⁾ At saaledes paa den ene Side en Urigtighed, der for en objektiv Betragtning maa anses for grov, fordi den vedrører en for en objektiv Betragtning vigtig Forudsætning for Forvaltningsakten, dog bør forblive uden retlige Følger, saafremt dette Punkt *in concreto* ikke har spillet nogen Rolle i Overvejelserne om Forvaltningsakten, synes klart. Det svingagtige Anbringende har her været et Slag i Luften. Snarere kunde det vække Betænkelighed, at en Urigtighed, der angaar en for en objektiv Betragtning underordnet eller endog ligegyldig Kendsgerning, skal bevirke Ugyldighed, saafremt denne Kendsgerning *in concreto* har spillet en Rolle ved Afgørelsen. Man kunde mene, at det ikke bør vitiere Gyldigheden, at vedkommende Forvaltningsorgan saaledes lader sig bestemme af et for en objektiv Betragtning underordnet, faktisk Moment.

Denne Betragtning overser imidlertid, at vi her kun har at gøre med de faktiske Forudsætninger, som ikke af Loven er gjort til positive eller negative Betingelser for Forvaltningsakten, og hvis Afvejelse derfor beror paa Forvaltningens *frie Skøn*. Et saadant Skøn kan nemlig ikke *materielt* kritiseres,

¹⁾ Se H. R. D. i H. R. T. 1858. 771.

kun formelt (*détournement de pouvoir*, urigtig Antagelse af Bundethed m. m., jfr. senere). *Retlig* set er det en Modsigelse at hævde, at en Forvaltningsmyndighed har grebet materielt fejl, hvor den i Henhold til den gældende Ret kunde udøve et frit Skøn. Det, som skal bekæmpes, er de Indvirkninger, som betager Skønnet dets fri, om man vil uhildede Karakter, og kun disse. — Angaar Urigtigheden Kendsgerninger, der i Forhold til Afgørelsen maa betragtes som *aabenbart usaglige*, vil man dog næppe turde statuere Ugyldighed.¹⁾

2) *Neuhäuser*²⁾ gør gældende, at svigagtige Anbringender kun bevirker Ugyldighed, naar de angaar Spørgsmaal, ved hvis Besvarelse Forvaltningsmyndigheden er *henvist* til at søge Medvirkning hos den private.³⁾ For at illustrere Nødvendigheden af denne Fordring, anfører Forfatteren følgende — formentlig konstruerede — Eksempel: til en ledig Stilling under Finansstyrelsen havde kun meldt sig faa Ansøgere, der alle syntes uegnede til Pladsen. Til Slut bestemte den paagældende Forvaltningsmyndighed sig til at ansætte Ansøgeren B, men fik dog — inden Ansættelsen fandt Sted — Betænkeligheder med Hensyn til hans Kvalifikationer. Da man nu gik ud fra, at man ikke senere vilde kunne anfægte Ansættelsen under Paaberaabelse af Vildfarelse med Hensyn til Ansøgerens Egnethed, stillede man denne det Spørgsmaal, om hans Foruddannelse som Fagforeningskasserer vilde muliggøre det for ham i det seneste efter et halvt Aars Forløb at arbejde selvstændigt i den ny Virksomhed. Andrageren svarer ja, og da hans Uduelighed senere lægger sig for Dagen, anfægter den udnævrende Myndighed Ansættelsen med den Begrundelse, at Andrageren enten har vidst eller dog burde vide, at hans tidligere Virksomhed ikke var tilstrækkelig Foruddannelse til den ny Stilling. — Eksemplet skal vise, hvor let et Forvaltningsorgan, hvis en saadan Anfægtelse kan finde Sted, vil kunne dække sig mod Faren for

¹⁾ En Dame bilægger sin Ansøgning om en Kontorstilling med et Fotografi fra et noget yngre Alderstrin eller hidrørende fra en Tid, der ligger forud for en vansirende Ansigtsoperation. Chefen faar gennem Fotografiet et gunstigt Indtryk af Ansøgerinden og lader sig deraf bestemme til at foretrække hende fremfor de øvrige Ansøgere. Kan Ansættelsen da anfægtes, naar det sande Forhold kommer for Dagen?

²⁾ *Neuhäuser* p. 41—42.

³⁾ „Das Angewiesensein auf die Mitwirkung der Untertanen“.

Vildfarelse ved at fremkalde en oplysende Erklæring fra den private, og saaledes vælte Ansvaret for Prøvelsen af Forvaltningsaktens faktiske Forudsætninger over paa denne. Kan hvor den private Medvirken er *nødvendig*, bør derfor hans tilregneligt urigtige Anbringender bevirke Ugyldighed.

Denne af *Neuhäuser* opstillede Begrænsning er dog formentlig overflødig. I det anførte Eksempel vedrører Erklæringen slet ikke noget Faktum, men derimod en almindelig *Vurdering* af visse faktiske Forhold, som ikke i egentlig Forstand kan have fremkaldt nogen error *facti*. — Hvor det paa den anden Side drejer sig om rent faktiske Omstændigheder, maa Forvaltningsorganerne have en vis Frihed i Valget af Oplysningsmidler, og de kan ikke være indskrænket til kun at benytte den private Medvirken, hvor denne er *nødvendig* til Forvaltningsaktens Forberedelse. Ofte vil en Udtalelse fra den private kunne indeholde en Oplysning, som, hvis den skulde tilvejebringes gennem Forvaltningens egne Undersøgelser, vilde koste meget Besvær og megen Tid. Fastholdes det da, at den private ikke hæfter for Rigtigheden af sine Udtalelser, undtagen hvor Forvaltningen ikke paa anden Maade kan faa Sagen oplyst, vil dette i højeste Grad modvirke den med Rette saa eftertragede Simplificering i Forvaltningens Forretningsgang. Om nogen Ubillighed overfor den private bliver der jo ikke Tale, al den Stund kun den forsætlige eller uagtsomme Urigtighed vil kunne faa Ugyldighed til Følge.

— Nogen overvættes stor praktisk Betydning har den omhandlede Ugyldighedsgrund — at dømme efter de faa i Domsamlingerne forekommende Tilfælde — ikke.¹⁾ I *fransk Praksis* — og det samme gælder fransk Teori — har den, lige saa lidt som Vildfarelse, vundet Anerkendelse som „*excès de pouvoir*“, og dette kan ikke — som *Hauriou et Guillaume de Bezin*²⁾ synes tilbøjelige til at mene — sættes i Forbindelse med, at „*recours pour excès de pouvoir*“ er et Retsmiddel for Borgerne, medens Vildfarelse (og Svig) skulde skabe en Adgang for Viljeserklæringens Ophavsmand til at anfægte Forvaltningsakten. Thi det er, navnlig efter C. d'E.s Praksis som den har udviklet sig i den nyeste Tid, givet, at ogsaa andre Borgere end den,

¹⁾ Jfr. Folketingets Forhandlinger om Alderdomsunderstøttelsesloven 1901—2, Sp. 4916.

²⁾ *Revue trimestrielle* 1903 p. 572.

Forvaltningsakten henvender sig til, kan anlægge Sag: A har paa Grundlag af sine urigtige Oplysninger faaet overdraget et Embede. Efter C. d'E.s Praksis kan en forbigaaet Medansøger anlægge Sag til Annulation af Udnævnelsen, saafremt der foreligger excès de pouvoir, og der vilde i dette Tilfælde i og for sig intet være til Hinder for under dette Begreb at henhøre Vildfarelse og Svig, selv om disse Omstændigheder ikke maatte have hidført en materielt ulovlig Forvaltningsakt („violation de la loi“).

Fra *tysk Praksis* nævner *Kormann*¹⁾ bl. a. en Dom af 11/2 1885 fra den württembergske Forvaltningsdomstol, hvorefter en tilsneget Næringsbevilling blev anset for ugyldig, samt at det i ældre preussisk Praksis var almindeligt, at Naturalisationsbeviser, der var udstedt paa Grundlag af urigtige Angivelser, blev annulleret. Nogen større Rolle synes den omhandlede Ugyldighedsgrund dog heller ikke at spille i Tyskland. — Som et Tilfælde af svigagtigt fremkaldte Forvaltningsakter kan maaske nævnes den ovenfor p. 151 omtalte Dom, B. V. G. H. 6. 29. Ligeledes kan nævnes O. V. G. 4. 289. Ingen af disse Domme statuerer dog Ugyldighed. I den sidstnævnte var Forholdet ifølge Dommen det, at den Omstændighed, hvis Fortielse blev lagt Andrageren til Last, overhovedet ikke kunde have Indflydelse paa Afgørelsen.

Fra *dansk Retspraksis* kan nævnes adskillige Eksempler paa, at tilsnegne Forvaltningsakter er ugyldige, navnlig fra Understøttelseslovgivningens Omraade. Oftest angaar de urigtige Oplysninger dog *de af Loven fastsatte Forudsætninger* for Ydelse af Hjælpen, og Tilfældene hører da ikke systematisk hjemme her. Dette gælder navnlig ogsaa, hvor der er ydet Fattighjælp til Personer, som urigtigt har opgivet at være uden Midler til Livets Ophold;²⁾ thi Lovens Forudsætning for Ydelse af Fattighjælp er, at der foreligger Trang.³⁾

Som Udslag af den Sætning, at den *privates* svigagtige og

¹⁾ Kormann p. 375.

²⁾ Se H. R. D. i U. f. R. 1870. 629, og H. R. D. i U. f. R. 1880. 530.

³⁾ Grundl. 5/6 1915 § 82, Fattigloven af 9. April 1891 § 1 („Det offentlige er pligtigt at komme enhver til Hjælp, for saa vidt og saalænge han ikke er i Stand til at forskaffe sig og sine det nødvendige til Livets Ophold osv. ...“). Jfr. ogsaa Plan for Fattigvæsenet i København 1/7 1799 § 1 og § 5, samt de to Reglementer for Fattigvæsenet i Købstæderne og paa Landet af 5/7 1803 henh. § 3 og § 5.

uagtsomme, urigtige Oplysninger gør Forvaltningsakten ugyldig, tør i hvert Fald kun anføres Tilfælde, hvor Urigtigheden vedrører Forudsætninger, hvis Vægt for Afgørelsen maa *bedømmes mere skønsmæssigt*: en Person havde i Aarene 1860—62 erholdt Fattighjælp under det Foregivende, at han havde sin Hustru og hun 4 Børn at forsørge, uagtet han kun i en kort Tid af dette Tidsrum havde et af sine Børn til Forsørgelse. Højesteret¹⁾ dømte ham blandt andet til at tilbagebetale det modtagne Beløb.²⁾

Et andet Tilfælde, hvor Højesteret ligeledes dømte en fattigunderstøttet, der havde meddelt Fattigbestyrelsen urigtige Oplysninger, til at tilbagebetale de modtagne Beløb, illustrerer Rigtigheden af det ovenfor anførte om, at Ugyldigheden kun indtræder, naar Forvaltningsakten er *fremkaldt* af de urigtige Oplysninger.³⁾ I den indankede, af Højesteret stadfæstede Dom, er det nemlig fremhævet, at Borgmesteren for Københavns Magistrats 3. Afdeling havde ytret „at dersom Tiltalte havde forklaret Sagens sande Sammenhæng, vilde der ... (dog) ikke være bleven nægtet hende Understøttelse af Fattigvæsenet, men at der var al Sandsynlighed for, at den vilde være bleven inddragen, saasnart det oplystes, at Manden var kommen tilbage ... , hvorfor ogsaa Paastand om Erstatning ... (kun) er nedlagt m. H. t. den i det sidstnævnte Tidsrum ydede Understøttelse“.⁴⁾

¹⁾ H. R. T. 1862. 517.

²⁾ En saadan Tilbagebetaling maa naturligvis forudsætte Ugyldigheden af den Forvaltningsakt, hvorved Beløbet er tilstaaet.

³⁾ HRT. 1858. 771. — I denne Forbindelse kan ogsaa nævnes Viborg Overretsdom i U. f. R. 1892. 1083, hvori det siges, at Andrageren kunde være gaaet ud fra, at Sogneraadet efter dets Kendskab til hans økonomiske Forhold ikke uden videre vilde lægge hans Angivelse til Grund ved Afgørelsen. Dette er i Dommen anført til Begrundelse for Frifindelse for Bedrageri, men vilde ogsaa være af Betydning m. H. t. Spørgsmaalet om den paagældende Forvaltningsakts Gyldighed.

⁴⁾ Jfr. ogsaa A. Krieger og V. Haarløv, Lov No. 67 af 9/4 1891 om det offentlige Fattigvæsen, p. 93.

Kapitel VII.

FORVALTNINGSAKTENS UGYLDIGHED PAA GRUND AF DENS FORMAAL. FRANSK RETS TEORI OM DÉTOURNEMENT DE POUVOIR.

§ 22.

Indledende Bemærkninger.

Det kunde for en første Betragtning synes mærkeligt, at en Forvaltningsakt kan være ugyldig paa Grund af det Formaal, vedkommende Forvaltningsorgan forbinder med den. Hidrører Forvaltningsakten fra en habil og kompetent Myndighed, som har handlet med Kendskab til de foreliggende retlige og faktiske Forudsætninger, under Iagttagelse af de rette Former og den foreskrevne Fremgangsmaade, og er yderligere dens materielle Lovlighed utvivlsom, kunde man synes, at Forvaltningsaktens „Idealbillede“ var virkeliggjort. Om den paagældende Embedsmand har ladet sig bestemme af egennyttige eller andre Motiver, der er det offentlige eller dog *hans* Forvaltningsopgave uvedkommende, kunde forekomme uden Interesse for Bedømmelsen af selve Akten, og højst at give Anledning til disciplinære Forholdsregler mod Embedsmanden.

Ved denne Betragtning maa man nu ogsaa blive staaende, saafremt Forvaltningsakten er underkastet fuld materiel Bundethed. Hvor Loven — undtagelsesvis — udtømmende angiver saavel de faktiske Forudsætninger for Forvaltningsaktens Foretagelse som dennes Indhold, er der ingen Betænkeligheder ved — i Henseende til Gyldighedsspørgsmaalet — at se bort fra de nævnte, subjektive Momenter.¹⁾ Egennytte, Hævnlyst, Skade-

¹⁾ Jfr. Michoud: Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, Annales de l'Université de Grenoble, 1914, p. 42, om, at

fryd osv. kan naturligvis ogsaa i disse Tilfælde have været de afgørende indre Motiver hos vedkommende offentlige Funktionær, men da dennes Virksomhed ved de heromhandlede Forvaltningsakter er *eentydigt bestemt af Loven*, vil, hvor saadanne Motiver har foreligget, et af to blive Tilfældet: enten vil Forvaltningsakten, de illoyale Motiver til Trods, være netop den af Loven for det foreliggende Tilfælde fastsatte, i saa Fald *kan* disse Motiver overhovedet ikke have givet sig noget ydre Udslag; eller ogsaa vil de have hidført en Forvaltningsakt, som er materielt ulovlig, i saa Fald vil denne kunne annulleres alene under Paaberaabelse af denne Ulovlighed.

Saadanne *fuldt bundne* Forvaltningsakter forekommer imidlertid ret sjældent.¹⁾ Som Eksempler nævner *Kormann*²⁾ Løsning af Statsborgerforhold i Henhold til § 15, 1. Stk. i den tidligere tyske Statsborgerlov af 1. Juni 1870, samt Optagelse og Genoptagelse som Statsborger efter Lovens §§ 7 og 21, 5. Stk.³⁾ Fra dansk Ret kan eksempelvis nævnes Næringsloven af 29. December 1857 § 3, hvorefter Borgerskab eller Næringsbevis ikke kan nægtes nogen, som er i Besiddelse af de lovbestemte Egenskaber, og Lov om Rentebevillinger af 27. Marts 1912. Adskillige Forvaltningsakter vedrørende Værnepligtsforhold og Skatteligningen vil ligeledes have denne Karakter.

Betragter vi derimod nærmere de *Forvaltningsakter, hvis Foretagelse og Indhold i større eller mindre Grad beror paa Forvaltningens frie Skøn* — og disse er langt de hyppigste — bliver det forstaaeligt, at det handlende Forvaltningsorgans Formaal med Akten kan blive af Betydning for dens Gyldighed.⁴⁾

Teorien om détournement de pouvoir kun er til Nytte m. H. t. de Forvaltningsakter, der indeholder et skønsmæssigt Element, og Laun: Das freie Ermessen und seine Grenzen p. 206. Anderledes Wodtke p. 77 ff.

¹⁾ Michoud: Etude 1913 p. 435, fremhæver, at Bestemmelsen af Tiden for Forvaltningsaktens Foretagelse næsten altid i et vist Omfang vil være overladt til Forvaltningsmyndighedernes Skøn.

²⁾ Kormann p. 48.

³⁾ Jfr. nu §§ 18—24, 7 og 31 i den tyske Statsborgerlov af 22. Juli 1913.

⁴⁾ Kun med Hensyn til saadanne Forvaltningsakter er det rigtigt, naar de Valles p. 161 bemærker, at i den offentlige Ret „è, per principio, permesso di ricercare non soltanto se si è voluto, ma perchè si è voluto“.

I *objektiv Henseende* handler Forvaltningsorganet her, indenfor Lovens Grænser, aldeles frit. Hvor der f. Eks. til en Tjenestestilling er flere Ansøgere, der alle har de ifølge Loven nødvendige Kvalifikationer, har Retsordenen overladt til den udnævnnende Myndighed selv at afgøre, om der i det enkelte Tilfælde skal lægges afgørende Vægt paa de eller de Egenskaber hos Ansøgerne: Eksamen, Alder, tidligere Uddannelse, Sprogkundskaber, Flid, Intelligens osv. osv. Den udnævnnende Myndighed kan fejle i denne Afgørelse, som derfor bliver *materielt urigtig*. Men *materielt retsstridig* bliver Udnævnelsen ikke af den Grund. Retsordenens Standpunkt er det, at Frihed for Forvaltningen her er nødvendig, idet en Række vekslende Hensyn, som ikke lader sig udforme til legale Regler, kan være afgørende for den Beslutning, som bør tages.

At Forvaltningen saaledes i visse Tilfælde staar materielt frit i sine Afgørelser, betyder imidlertid ikke, at Borgerne og det offentlige, saa langt det administrative frie Skøn er raadende, er uden *retlige* Garantier for Afgørelsens Rigtighed. Det frie Skøn („le pouvoir discrétionnaire“, „Das freie Ermessen“), der ofte nævnes som Forvaltningens særlige Prærogativ, refererer sig netop kun til det *materielretlige*. I *formel* Henseende er Forvaltningen lige saa bundet indenfor det frie Skøns Omraade, som hvor dens Forvaltningsakter materielt er af bunden Art.¹⁾ Inkompetence, Habilitetsmangler, Formmangler og ydre Virksomhedsmangler kan naturligvis foreligge saavel i det ene som i det andet Tilfælde.

Indenfor det frie Skøns Omraade møder vi imidlertid en

¹⁾ Den afgørende Forskel mellem materiel og formel Bundethed overses oftest. Man taler om, at det frie Skøn ikke er det samme som Vilkaarlighed, og om det frie Skøns „indre“ Grænser (Laun p. 114, 176), uden nærmere at gøre sig klart, at saa langt det frie Skøn er raadende, kan man ikke — uden at have i en aabenbar Modsigelse — opstille nogen Slags materielretlig Bundethed. Bühler p. 219—220 er inde paa den rigtige Tankegang, som han dog ikke udtrykker med nogen stor Sikkerhed eller Klarhed: „Inhalt der Ermessenskontrolle ist ... mehr(!) die formelle als die materielle Seite der Entscheidung ... Um dem freien Ermessen wenigstens einen Schein(!) von Inhalt zu lassen, darf die verwaltungsgerichtliche Kontrolle ja nicht das Ergebnis der Erwägungen nachprüfen, sondern nur deren Zustandekommen“.

formel Mangel, som udenfor dette Omraade i hvert Fald ikke spiller nogen selvstændig Rolle: det ulovlige Formaals.

Det, som herved haves for Øje, er det Formaals eller om man vil den Hensigt, Forvaltningsorganet i *subjektiv Henseende* har forfulgt med Forvaltningsakten. Dette maa betones, fordi Forvaltningsakten ogsaa undertiden kan være mangelfuld paa Grund af det Formaals, den *objektivt* set forfølger: betegner vi til Eksempel Politiets almindelige Opgave som Opretholdelse af Ro, Sikkerhed og Orden,¹⁾ saa har Politimyndighederne heri Hjemmel for en Række Forvaltningsakter af højest forskelligt Indhold. Politiet kan eksempelsvis forbyde eller tillade et offentligt Bal, og Tilladelsen maa ogsaa kunne knyttes til Bibe- stemmelser. Men hvis nu Tilladelsen gives paa det Vilkaar, at Værten indbetaler 1000 Kr. til den kommunale Hjælpekasse, vil Tilladelsen i Kraft af selve sit *objektive Indhold* forfølge et Formaal (tendere imod en Virkning), som ligger udenfor Politiets nævnte Opgave. — Indenrigsministeriet maa antages diskretionært at kunne nægte eller meddele udskrevne Værnepligtige Rejsetilladelse til Udlandet.²⁾ Men Tilladelsen eller Nægtelsen er mangelfuld, hvis den knyttes henholdsvis til den suspensive eller resolute Betingelse, at den værnepligtige betaler sin Skatterestance, inden han forlader Landet. Disse Mangler vedrører os ikke paa dette Sted.³⁾

Læren om Forvaltningsaktens Ugyldighed paa Grund af det ulovlige, subjektive Formaal er af fransk Oprindelse („détournement de pouvoir“) og spiller vedblivende sin største Rolle i C. d'E.s Praksis. Uagtet den *videnskabelige Diskussion* om Læren navnlig er rejst af tyske (østrigske) Forfattere (v. Laun, Tezner, W. Jellinek, Ottmar Bühler) skal der først gives en Fremstilling af fransk Teori og Praksis vedrørende „détournement de pouvoir“.

§ 23.

Teorien om détournement de pouvoir.

Fra det andet Kejserdømmes Tid har C. d'E. — ved Siden

¹⁾ Jfr. den preussiske „Allgemeines Landrecht“ § 10, II, 17; Lov ang. Omordning af Københavns Politi 11/2 1863 § 9; Lov om Politiet udenfor København 4/1 1871 § 7.

²⁾ Værnepligtsloven 8/6 1912, § 44.

³⁾ Se derimod nedenfor § 35.

af „incompétence“, „vice de forme“ og „violation de la loi (et des droits acquis)“ — annulleret Forvaltningsakter paa Grund af „détournement de pouvoir“. I Dommene bruges ikke selve denne Betegnelse; Prototypen for disses Udtryksmaade er den, at vedkommende Myndighed har „usé des pouvoirs qu'il tient ... des art. ... de la loi du ... dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés“.¹) Udførlige teoretiske Udviklinger om denne Annulationsgrund finder vi ikke i den franske Literatur. Forfatterne nøjes i Reglen med ganske kort at karakterisere den og slutter sig da nær til den af Praksis opstillede Formel.

*Laferrière*²) siger saaledes, at den omhandlede Mangel „consiste à détourner un pouvoir légal du but pour lequel il a été institué, à le faire servir à des fins auxquelles il n'est pas destiné“, og *Berthélemy*³) bemærker: „Le recours pour détournement de pouvoir a été admis ... pour les cas où un administrateur se servirait de son autorité pour un objet autre que celui en vue duquel cette autorité lui aurait été dévolue“.

Andre Forfattere betoner, at den Forvaltningsakt, som lider af détournement de pouvoir, iøvrigt er mangelfri. Dette gælder saaledes *Hauriou*s Definition:⁴) „C'est le fait d'une autorité administrative qui, tout en accomplissant un acte de sa compétence, tout en observant les formes prescrites, tout en ne commettant aucune violation formelle de la loi, use de son pouvoir dans un but et pour des motifs autre que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été confié.“ Ogsaa *Michoud*⁵) har kun de Tilfælde for Øje, hvor Akten iøvrigt — d. v. s. bortset fra détournement de pouvoir — er mangelfri.⁶)

¹) C. d'E. 22/6 1917 Bouhey et Union régionale des patronages sportifs de l' Agenais, Rec. 495. — Laun og Wodtke angiver som Prototyp (Laun p. 126 og Wodtke p. 92): „Considérant que le préfet (le maire osv.) a usé de son pouvoir discrétionnaire dans un but et pour des motifs autre que ceux en vue desquels ce pouvoir lui a été attribué ...“

²) *Laferrière* II p. 521.

³) *Berthélemy* p. 1051.

⁴) *Hauriou* p. 509.

⁵) *Michoud*: La théorie de la personnalité morale, II p. 154, Etude 1914 p. 29. Jfr. ogsaa *Frénoy* p. 118.

⁶) Af andre Forfattere skal nævnes: *Duguit*: Les Transformations du droit public p. 157, L'acte administratif et l'acte juridictionnel *Rev. du droit public* 1906 p. 421, *Traité de droit constitutionnel* p. 250—251; *Jèze* p. 280 Note 1. — Se ogsaa de *Valles* p. 185.

De fleste Forfattere ser i détournement de pouvoir en *Krænkelse af Loven*, „une véritable illégalité“, som *Laferrière*¹⁾ udtrykker sig. Undertiden fremhæves det herved, at détournement de pouvoir er en *Krænkelse af Lovens Aand* i Modsætning til dens Bogstav.²⁾

Navnlig i de tidligere Udgaver af „Précis de droit administratif“ har *Hauriou* imidlertid gjort gældende, at détournement de pouvoir ikke i og for sig er nogen Ulovlighed: „... dans cette ouverture, le point de vue de la légalité stricte est dépassé et ... le recours pour excès de pouvoir ... s'élève jusqu'à être la sanction d'une morale juridique“.³⁾

Som det vil ses, beror Manglen détournement de pouvoir paa *det subjektive Formaal*, Forvaltningsorganet forfølger med Forvaltningsakten. Undertiden nævnes ganske vist som en Slags détournement de pouvoir det Tilfælde, at en Forvaltningsakt er givet, uden at de af Loven opstillede materielle Forudsætninger er opfyldt;⁴⁾ men i Virkeligheden foreligger der her kun en almindelig materiel Ulovlighed, „violation de la loi“.

Spørger man nu, *hvilke* subjektive Formaal, der bringer Forholdet ind under Begrebet détournement de pouvoir, saa giver den franske Teori oftest kun det negative Svar: andre Formaal end dem, af Hensyn til hvilke Loven har indrømmet den diskretionære Myndighed. *Hauriou*⁵⁾ føjer dog til: „c'est à dire autres que le bien du service“, og *Jèze* taler om „un but autre que l'intérêt général, — bien ou mal apprécié d'ailleurs“.⁶⁾ Medens

¹⁾ *Laferrière* II p. 522, se ogsaa navnlig *Michoud*, *Etude* 1914 p. 27—33, samt *Duguit*, *Traité* p. 251—252 og *Frénoy* p. 118.

²⁾ Jfr. *Hauriou* et *Guillaume de Bezin* p. 572 Note 2 og *Frénoy* p. 118.

³⁾ *Hauriou* 6. Udg. p. 452 (her citeret efter *Laun* p. 127—128). I 7. (jfr. *Michoud*, *Etude* 1914 p. 28 Note 1) og 8. Udg. findes denne Udtalelse ikke. — Jfr. iøvrigt ovfr. p. 148 om *Haurious* Note til C. d'E. 4/4 1914, *Gomel* (*Sirey* 1917. 3. 25), hvori den Anskuelse gøres gældende, at excès de pouvoir i sin Helhed hviler paa et særligt Princip, som er forskelligt fra Legalitetsprincippet.

⁴⁾ *Hauriou* p. 510. Det siges dog her, at „le véritable cas du détournement de pouvoir“ beror paa Forvaltningsorganets Motiver.

⁵⁾ *Hauriou* p. 509.

⁶⁾ *Jèze* p. 280 Note 1. Tankegangen synes at være den samme som *Launs*; det kommer an paa, om der er handlet i den offentlige Interesse, saaledes som Forvaltningsorganet opfatter denne, altsaa om der er handlet mod bedre Vidende, jfr. nedensfor p. 194—195.

Hauriou saaledes søger at give en, omend vag, almindelig objektiv Bestemmelse af de Formaal, der *ikke* konstituerer détournement de pouvoir, lader *Jéze* alt bero paa Forvaltningsorganets subjektive Opfattelse af, hvad den offentlige Interesse udkræver.

Som det fremgaar af foranstaaende, er Læren om détournement de pouvoir Udtryk for en Restriktion, som er særlig for de *diskretionære* Forvaltningsakter. Tidligere undtog man imidlertid fra denne Restriktion visse „actes de pure administration“, d. v. s. „actes que l'administration accomplit d'après sa libre appréciation, afin de pourvoir aux *intérêts* généraux ou particuliers, et non pour satisfaire à des *droits* ou à la loi“.¹⁾ Klager mod saadanne Akter erklæredes „non recevable“, saafremt de ikke støttede sig paa „incompétence“ eller „vice de forme“. *Laferrière*, som nævner en Del Eksempler fra C. d'E.s Praksis paa dette, forklarer imidlertid disse Afgørelser ud fra den Omstændighed, at der i de paagældende Tilfælde ikke forelaa en saadan Krænkelser af en individuel Ret (droit acquis), som den Gang var en Betingelse for at kunne gøre Annulationsgrunden „violation de la loi“ gældende. Ligesom man derfor altid har kunnet angribe disse Akter for „incompétence“ og „vice de forme“, saaledes kan ifølge *Laferrière*²⁾ ogsaa *Motiverne* til disse Akter diskuteres for C. d'E., naar det gøres gældende, at der foreligger détournement de pouvoir. (Naar en af disse 3 sidstnævnte Mangler paaberaabtes, behøvede der ikke at foreligge nogen individuel Retskrænkelser hos Sagsøgeren).

Ej heller de nyere Forfattere anerkender, at der findes Forvaltningsakter, som er undtaget fra enhver Prøvelse af Spørgsmaalet, om der foreligger détournement de pouvoir. *Michoud*³⁾ bemærker saaledes, at teoretisk set er der ingen Grund til at opstille den omtalte Undtagelse; men han erkender paa den anden Side, at C. d'E. ikke klart har opgivet det Standpunkt,

¹⁾ *Laferrière* II p. 393. Som Eksempler nævner han bl. a. Politiforanstaltninger vedrørende den offentlige Sikkerhed og Sundhed, Udnævnelse og Afskedigelse af Tjenestemænd, disciplinære Foranstaltninger.

²⁾ *Laferrière* II p. 395, Note 2 og 524—532.

³⁾ *Michoud*, Etude 1914, p. 43 ff.

at visse Akter er „entièrement discrétionnaires“ i den Forstand, at de vel kan annulleres paa Grund af Inkompetence og Formmangler, men ikke paa Grund af détournement de pouvoir (eller violation de la loi). Det drejer sig dels om visse Politiforanstaltninger,¹⁾ dels om nogle Forvaltningsakter med negativt Indhold, især Nægtelse af visse administrative Autorisationer og Tilladelser.²⁾

*Hauriou*³⁾ erklærer under Hensyn til nogle nye Afgørelser fra C. d'E., at „cette catégorie des actes discrétionnaires a aujourd'hui complètement disparu en ce sens qu'elle n'est plus une cause de non-recevabilité du recours ...“. Naar han til Begrundelse heraf anfører Loven af 17.7.1900 § 3, er dette dog formentlig mindre korrekt. I den nævnte Paragraf bestemmes, at naar der i Sager, som kun kan indbringes for C. d'E. i Form af en Klage mod en administrativ Afgørelse, er forløbet 4 Maaned, uden at den interesserede Part har faaet Svar paa sit Andragende, kan han betragte dette som afslaaet og indbringe Sagen (Afslaget) for C. d'E. *Hauriou* mener nu, at da denne lovhjemlede Adgang til at gaa til C. d'E. ogsaa omfatter Tilfælde, hvor Administrationens Tavshed kan betragtes som Udslag af dens diskretionære Myndighed, har Loven „condamné la théorie des actes discrétionnaires, particulièrement dans tous les cas de refus de l'administration de faire tel ou tel acte“.

Dette er aabenbart en urigtig Forstaaelse af den nævnte Lov.

¹⁾ Specielt nævnes de Dekreter vedrørende Opløsning af religiøse Kongregationer, som omhandles i Loven af 1. Juli 1901. Naar disse Dekreter er blevet anfægtet for C. d'E. under Paaberaabelse af détournement de pouvoir, har det altid været forgæves. C. d'E. begrundet denne sin Stilling saaledes: Considérant, qu'en conférant au Président de la République, en Conseil des ministres, le droit de dissoudre ces congrégations, le législateur a entendu ne subordonner le droit de dissolution à aucune condition, et laisser au Gouvernement le soin d'apprécier les circonstances exceptionnelles qui peuvent en motiver l'usage“.

²⁾ Navnlig de saakaldte „permissions de voirie“, d. v. s. Tilladelser til en speciel Benyttelse af offentlige Veje (Nedlæggelse af Ledninger m. v.), se *Laferrière* II, p. 526, *Hauriou* p. 803, *Berthélemy* p. 466 ff.: „Contre le refus de permission (de voirie) opposé par l'administration, il n'y a aucun recours possible. L'administration a, pour refuser, un pouvoir absolument discrétionnaire“. (C. d'E. 19/3. 1880, Comp. centr. du gaz, D. 1880. 3. 109).

³⁾ *Hauriou* p. 482.

Den Hindring, som denne vil rydde af Vejen for Adgangen til at indbringe Stridigheder med Forvaltningen for C. d'E., er den, som bestod i, at Administrationen undertiden simpelt hen undlod at besvare Andragender m. v., hvorved det blev umuligt for den paagældende at faa Sagen indbragt for C. d'E., som afviser de Klager for *excès du pouvoir*, der ikke retter sig mod en „*décision administrative*“. Den specielle Afvisningsgrund, som kunde ligge i, at Klagen vedrører en Forvaltningsakt, der er diskretionær i den ovenfor nævnte, særlige Forstand, er uberørt af Loven.

Ogsaa Teorien om „*actes de gouvernement*“ medfører, at en Kategori af Forvaltningsakter ikke vil kunne annulleres paa Grund af *détournement de pouvoir*, idet de *overhovedet ikke* antages at kunne indbringes for C. d'E., altsaa ej heller for „*incompétence*“, „*vice de forme*“ eller „*violation de la loi*“. Da denne Lære saaledes ikke staar i nogen særlig Forbindelse med Spørgsmaalet om *détournement de pouvoir*, skal den ikke her gøres til Genstand for nærmere Omtale.¹⁾

Det er naturligt, at en Ugyldighedsgrund, der som *détournement de pouvoir* beror paa et udelukkende subjektivt Moment, *processuelt* kun kan gøres gældende med særlige Indskrænkninger i Hensende til *Bevisførelse*. Medens Procesmaaden i Sager vedrørende *excès de pouvoir* ellers er inkvisitorisk,²⁾ gælder dette ikke, naar Talen er om at oplyse, at der foreligger *détournement de pouvoir*. C. d'E. kan ikke af Administrationen forlange Oplysning om Motiverne til en Forvaltningsakt eller iværksætte en Enquete til Oplysning herom. Som *processuelt* Grundlag for en Annulation paa Grund af *détournement de pouvoir* nævner *Laferrière*³⁾ den i selve Akten givne Begrundelse, andre Dokumenter hidrørende fra det paagældende eller et andet Forvaltningsorgan, den forud for Akten

1) Teorien om *actes de gouvernement* søger — vistnok med Urette — et legalt Fundament i Loven af 24. Maj 1872 („*loi portant réorganisation du C. d'E.*“) § 26. Se iøvrigt *Laferrière* II. 30—64, *Hauriou* 483—490, *Berthélemy* 115—122, *Jèze* 229—240, *Mischoud Etude*, 1914, 54—58, *Laun* 139—144.

2) Se René Jacquelin: *L'évolution de la procédure administrative* (Rev. du droit public 1903 XIX p. 373—447 og XX 5—22) p. 390 ff. og *Berthélemy* p. 1059—1060.

3) *Laferrière* II. 523.

gaaende Korrespondance, Instrukser til Forvaltningsorganet fra overordnet Myndighed, Bemærkninger fra vedkommende Minister (til hvem der altid gives Meddelelse om Sagen efter dens Indbringelse for C. d'E.¹⁾) eller fra andre Forvaltningsmyndigheder, der har erholdt Meddelelse om Sagsanlægget, og endelig Sagens faktiske Omstændigheder. Ogsaa nyere Forfattere fremhæver, at C. d'E. ikke „ransager Hjerter og Nyrer“, men kun Forvaltningsakten. Det er af selve Akten og de administrative Dokumenter, som ledsager den, at Beviset for *détournement de pouvoir* maa kunne hidledes.²⁾

§ 24.

Conseil d'Etat.s Praksis vedrørende *détournement de pouvoir*.

Ligesom det ikke er Teorien, men C. d'E.s dristige Initiativ, der har skabt og udviklet Ugyldighedsgrunden *détournement de pouvoir*, saaledes er det ogsaa først gennem et nærmere Studium af Praksis' Afgørelser, at man naar til en fyldigere Forstaaelse af denne Ugyldighedsgrund. Det vilde derfor være urigtigt at underkaste denne Lære en nærmere Vurdering og at tage Stilling til de Angreb, som navnlig *von Laun* har rettet imod den, forinden vi har søgt at give et Billede af denne Praksis.

Helt let er dette imidlertid ikke. „Les applications pratiques de la théorie du *détournement de pouvoir* sont tellement nombreuses en jurisprudence, qu'il serait tout à fait vain de vouloir les passer en revue.“³⁾ Og paa den anden Side foreligger der ikke nogen egentlig videnskabelig Systematik over Praksis' Resultater.⁴⁾

Da den paa Grund af *détournement de pouvoir* foreliggende Ugyldighed beror paa det Formaal, som Forvaltningsorganet forfølger med Akten, er det formentlig rettest at betragte de Afgørelser i Sammenhæng, som statuerer Ugyldighed paa

¹⁾ Hauriou p. 514, Berthélemy p. 1063.

²⁾ Michoud, Etude 1914, p. 38.

³⁾ Michoud, Etude 1914, p. 33.

⁴⁾ I Registrene til Dalloz findes Afgørelserne henført under de forskellige ydre, administrative Inddelinger (Kommunalvæsen, Vejevæsen osv.).

Grund af samme eller dog indbyrdes beslægtede, ulovlige Formaal.¹⁾ Dette forudsætter naturligvis, at der kun bliver Tale om saadan Ugyldighed, naar der paavises et positivt ulovligt Formaal; men som det senere skal ses, forholder det sig ogsaa saaledes.

1) De mest flagrante Tilfælde af détournement de pouvoir foreligger, hvor Forvaltningsmyndigheden har forfulgt *sine egne private Formaal* med Forvaltningsakten. Særligt hyppige er Afgørelser fra C. d'E. vedrørende denne Art af détournement de pouvoir ikke — som Michoud siger, „non pas malheureusement que les faits de ce genre soient rares, mais parce que leur preuve nécessiterait le plus souvent la recherche du mobile intime qui a dirigé l'agent, et que ... (le C. d'E.) s'interdit cette recherche“.²⁾ Men de forekommer dog i ikke faa Tilfælde.

Prototypen og det mest omtalte Eksempel turde være C. d'E. 16. November 1900 Maugras:³⁾ Ifølge Kommunalloven af 5/4 1884 § 88, 2. Stk. tilkommer det Mairen at suspendere og afskedige de kommunale Tjenestemænd, som han udnævner. I Henhold hertil havde Mairen i Denain suspenderet 2 Politifunktionærer. Af et Brev fra Mairen til Politikommissæren fremgik det, at Grunden til Afskedigelsen var den, at de paa gældende havde optaget en Rapport over en Værtshusholder-ske, som var beslægtet med Mairens Tjenestepige. — Værtshusholdersken havde holdt aabent ud over Lukketid og blev idømt den højeste for denne Forseelse fastsatte Straf.

C. d'E. annullerede Suspensionen med følgende Begrundelse: „Considérant, que si les maires, chargés de la police municipale, peuvent prendre telles mesures qu'il appartient dans l'intérêt du maintien de l'ordre, du respect de la loi et de la discipline de la part des agents placés sous leurs ordres, et s'il n'appartient pas au C. d'E. de rechercher⁴⁾ les motifs des décisions par eux prises dans l'exercice de leur autorité, il résulte des termes mêmes de la lettre du maire ... qu'en frappant

¹⁾ Jfr. saaledes ogsaa Michoud, Etude 1914, p. 33—37.

²⁾ Michoud, Etude 1914. p. 33—34.

³⁾ D. 1902. 3. 10.

⁴⁾ Frénoy p. 120: „(le C. d'E.) veut bien examiner les motifs des actes administratifs pour en contrôler la légalité; il refuse de les rechercher“.

d'une peine disciplinaire l'agent Maugras ... ledit maire a agit dans un but autre que la sauvegarde des intérêts qui lui sont confiés et qu'il a, par suite, excédé les pouvoirs a lui conférés par la loi".¹⁾

2) Undertiden er Forvaltningsorganets Formaal ikke just det at tilfredsstille sin egen eller andres private Interesser, men derimod at realisere sine mere abstrakte, det offentlige uvedkommende Anskuelser. Saaledes traf Mairén i Châtellerault i 1874 følgende Bestemmelse:²⁾ „Da Salget ved offentlig Auktion af Fisk, Grønsager og Frugt er i Befolkningens Interesse, medens der samtidigt er Anledning til at regulere det for ikke at ødelægge de mindre Næringsdrivende, fastsættes følgende: (saa følger en Række Bestemmelser om, hvornaar og ved hvem Auktionerne maa finde Sted m. v.). Denne Bestemmelse var truffet som en Politiforanstaltning, men C. d'E. annullerer med føl-

¹⁾ Jfr. om détournement de pouvoir ved Embedsbesættelser Frénoy p. 118—127, hvorefter Vanskelighederne ved paa dette Omraade at føre Beviser paa tilladt Maade for det ulovlige Formaal (Favoritisme) har bevirket, at denne Annulationsgrund ikke her spiller nogen praktisk Rolle.

— Den ofte omtalte Dom C. d'E. 25/2 1864, Lesbats (D. 1864. 3. 25) vedrører ligeledes et Tilfælde, hvor Forvaltningsorganet havde handlet for at tilfredsstille en Privatinteresse, om end ikke sin egen: Byen Fontainebleau ligger et Stykke fra Banegaarden, og Byens Hoteller havde derfor iværksat Omnibuskørsel til og fra Banegaarden. Disse Køretøjer betjente imidlertid ikke et Nattog, og Jernbaneselskabet sluttede derfor Kontrakt med en enkelt Hotelejer, som gik ind paa at betjene alle Togene, paa Betingelse af, at han fik Eneret til at lade sine Vogne holde ved Banegaarden. Denne Kontrakt approberedes af Præfekten og Ministeren for offentlige Arbejder. — Disse Forvaltningsakter annullerede C. d'E.: „Cons. que l'arrêté du préfet ..., qui a refusé au sieur Lesbats l'autorisation de faire entrer et stationner ses omnibus dans la cour de la gare ..., n'a eu pour objet que d'assurer l'exécution du traité par lequel la compagnie ... garantit au sieur Richard ... le droit d'être admis, a l'exclusion de tout autre entrepreneur de transports, dans la cour de ladite gare ..., cons. que, si l'article 1 de l'ordonnance ... donne aux préfets le droit de régler l'entrée, le stationnement et la circulation des voitures publiques ou particulières dans les cours dépendant des stations des chemins de fer, cette attribution ne doit s'exercer que dans un intérêt de police et de service public; ...". — Om andre lignende Tilfælde se Laferrière II p. 525.

²⁾ C. d'E. 3/12 1875, Clairouin, D. 1876. 3. 41.

gende Begrundelse: „Cons. que, des termes mêmes de l'arrêté attaqué, il résulte qu'il a pour but non de pourvoir à un des objets de police confiés à l'autorité municipale ... mais de régler les ventes à la criée .. „de manière a ne pas détruire les petites industries“; qu'aucune loi n'autorisait le maire à restreindre la liberté de la concurrence *dans le but de protéger certaines catégories de vendeurs* au détriment du requérant ...“.

Altsaa: objektivt set var Forvaltningsakten mangelfri, men *Formaalet* gør den ugyldig.¹⁾

3) Ofte — og dette gælder naturligvis ikke mindst i parlamentarisk regerede Stater — vil der stikke partipolitiske *Formaal* bagved Forvaltningens Afgørelser. I C. d'E.s Praksis findes talrige Domme, der annullerer Forvaltningsakter med saadanne *politiske Formaal*:

Mairen i Labassère²⁾ havde suspenderet en Polititjenestemand under Paaberaabelse af, at denne ved forskellige Lejligheder havde udvist pligtstridig Adfærd. Indenrigsministeren udtalte imidlertid i Sagen — efter at han havde iværksat en Enquete —: „Le maire qui est hostile à nos institutions, a voulu, en réalité, exercer une vengeance contre un agent dévoué aux anciennes municipalités républicaines“. C. d'E. sluttede sig til denne Opfattelse og annullerede med den Begrundelse, at „l'arrêté ... a été pris pour des motifs étrangers au bon fonctionnement du service confié à cet agent“;³⁾

¹⁾ I denne Forbindelse kan ogsaa anføres C. d'E. 8/6 1917, Rabé. (Mairen gør sig skyldig i détournement de pouvoir, naar han begrænser Antallet af Pladskøretøjer, ikke af Hensyn til god Orden i Færdslen, men alene for at imødekomme en Begæring fra „chambre syndicale des patrons cocher“), C. d'E. 21/6 1912, Fanfare la Libérale og 28/6 1912, Guislain, begge D. 1915. 3. 16. (Annulation af Afgørelser, hvorved Mairen nægter Musikforeninger Tilladelse til at drage gennem Gaderne. I det førstnævnte Tilfælde var Hensigten med Nægtelsen at favorisere en konkurrerende Forening, i sidstnævnte Tilfælde fremgik det af Sagen, at Tilladelsen var nægtet ud fra den Betragtning, at de private Musikforeninger skadede Tilgangen til det kommunale Musikkorps).

²⁾ C. d'E. 14/1 1910, Rigal, D. 1911. 3. 126.

³⁾ Denne Afgørelse er bemærkelsesværdig i Hensende til Beviset for det ulovlige *Formaal*. Suspensionen havde nemlig fundet Sted under Paaberaabelse af rent saglige Grunde, og Ministerens og C. d'E.s Antagelse af, at der forelaa détournement de pouvoir, støtter

Hyppigere er de Tilfælde, hvor Forvaltningsorganets *Følgagtighed* overfor Regeringen og de politiske Partier, som har Magten, eller selve Ministerens politiske *Favoritisme* eller Hævnlyst konstituerer *détournement de pouvoir*:

Krigsministeren havde truffet Bestemmelse om, at en Forretningsdrivende for Fremtiden skulde være udelukket fra enhver Deltagelse i Licitationer og Handeler vedrørende Militærets Forsyninger.¹⁾ Afgørelsen var motiveret med, at den paa gældende under en Valgkampagne havde udtalt, at Udgifterne til visse Leverancer til Krigsministeriet blev afholdt paa et endnu ikke vedtaget Budget, hvilket dels var ulovligt, dels var et Bevis for Statsfinansernes slette Forfatning. C. d'E. anmærkede: „Considérant ... que ... le ministre s'est fondé sur des motifs étrangers soit à l'exécution des marchés dont le requérant était titulaire, soit à la situation ou à la capacité professionnelle du sieur Lespinasse; ...“

Herhen hører ogsaa en Del Afgørelser, hvorved Mairen af *politiske* Grunde har nægtet Musikforeninger Tilladelse til at drage i Optog gennem Gaderne.²⁾

4) I det følgende skal vi se, at ogsaa hvor det Formaal, Forvaltningsorganet har forfulgt, i sig selv er et Statsformaal, kan der foreligge *détournement de pouvoir*. Dette gælder, hvor Forvaltningsorganet har haft til Formaal at afgøre en privatretlig Stridighed, der henhører under en almindelig Domstols Kompetence, eller en Sag, der hører under en Forvaltningsdomstols Kompetence. Selv om Forvaltningsorganet imidlertid har forfulgt et Formaal, som det i og for sig tilkommer den *aktive* Forvaltning at forfølge, bliver Forvaltningsakten dog ugyldig, saafremt Formaalet falder udenfor den Kreds af Opgaver, som er henlagt under det handlende Forvaltningsorgan.

Ugyldigheden paa Grund af *détournement de pouvoir* beror i disse Tilfælde paa reale Betragtninger, som er nær beslægtet med de Hensyn, som fører til at statuere Ugyldighed

sig alene paa en af førstnævnte iværksat Enquete, jfr. ovfr. p. 173—174 og Noten hos D.

¹⁾ C. d'E. 4/8 1905, Lespinasse, D. 07. 3. 60, jfr. Michoud, Etude 1914, p. 34 Note 1.

²⁾ Se navnlig C. d'E. 29/12 1905, Delloye, D. 1907. 3. 86. — Om Embedsbesættelser af politisk Favoritisme, se Frénoy p. 118—127.

paa Grund af Inkompetence. Det drejer sig her om Forvaltningsakter, med Hensyn til hvilke det handlende Forvaltningsorgan vel er kompetent i egentlig Forstand, nemlig naar alene Aktens materielle Indhold tages i Betragtning, men som — subjektivt set — er foretaget for et Formaals Skyld, som henhører under et andet Forvaltningsorgans Opgaver:¹⁾

Ifølge § 102 i Kommunalloven af 4/5 1884 tilkommer det Kommunalbestyrelsen at træffe Bestemmelse om, hvorvidt der i Kommunen skal være ansat en Markvogter (*garde champêtre*). Markvogteren udnævnes af Mairen, men alene Præfekten kan afskedige ham. En Kommunalbestyrelse vedtog nu at nedlægge en saadan Stilling „i Betragtning af, at Betjenten flere Gange har nægtet Lydighed overfor Mairen“. I samme Møde genoprettede man dog i Realiteten Stillingen, blot under et andet Navn. Under disse Omstændigheder godkendte C. d'E. Præfektens Annulation af den førstnævnte Vedtagelse: „... cette suppression n'a été ... qu'un moyen détourné de retirer cet emploi à son titulaire.“²⁾

Mellem to Brugere af Vandkraft hidrørende fra samme Vandløb verserede en Sag for Præfekturraadet, idet den ene, en vis Bouisson, gjorde gældende, at Modparten ved at stemme Vandet højere op end tilladt havde berøvet ham en Del af den Vandmængde, der tilkom ham i Henhold til en af Præfekten (som Indehaver af Politimagten med Hensyn til Vandløb) truffet Bestemmelse. Efter Sagsanlægget forandrede Præfekten imidlertid denne Bestemmelse derhen, at Bouisson nu kun skulde have Krav paa en Vandstandshøjde af 15,24 Meter mod tidligere 15,81 Meter. Denne sidste Forvaltningsakt annullerede C. d'E.: „... L'arrêté attaqué n'a été pris que dans le but de rendre non recevable sa réclamation devant le Conseil de préfecture ...“.³⁾

5) Paa lignende Maade som den under 4) omhandlede Ugyl-

¹⁾ Jfr. Michoud, Etude 1914, p. 36, der taler om „usage d'un pouvoir en vue d'empiéter indirectement sur une autre autorité ...“

²⁾ C. d'E. 16/7 1886, Comm. de Soustons, D. 1887. 3. 57.

³⁾ C. d'E. 10/11 1905, Bouisson, D. 1907. 3. 53, jfr. Michoud, Etude 1914, p. 36 Note 3. Se ogsaa C. d'E. 9/8 1880, Bonfort, D. 1882. 3. 5., og C. d'E. 19/6 1863, Duc de Conéglino, D. 1865. 3. 19, samt navnlig C. d'E. 18/1 1878, Villon, D. 1878. 3. 67.

dighed er et Supplement til Ugyldigheden paa Grund af Inkompetence, med hvilken den dog begrebsmæssigt intet har at gøre, findes der en Række Tilfælde af *détournement de pouvoir*, der saa at sige er et Supplement til Ugyldighedsgrunden „*violation de la loi*“. Det drejer sig om Forvaltningsakter, hvis materielle Indhold vel er lovligt, men som paa den anden Side er foretaget for et Formaals Skyld, som ikke direkte vilde kunne realiseres, uden at den dertil sigtende Forvaltningsakt *materielt* vilde komme i Strid med Loven.

Dette forekommer i Praksis ofte i den Skikkelse, at en Politimyndighed forfølger *pekuniære Formaal* med sine Forvaltningsakter,¹⁾ og den mest omtalte af C. d'E.s Afgørelser er her Sagen C. d'E. 26/11 1875, Laumonnier-Carriol:²⁾ Laumonnier-Carriol drev en Tændstikfabrik, som var grundlagt i 1845 i Henhold til en kongelig Ordonnans, der begrænsede Autorisationen til 5 Aar. Denne Autorisation blev senere forlænget med 15 Aar, men derefter blev den ikke fornyet. — Ved Lov 2/8 1871³⁾ fik Staten imidlertid Monopol paa Køb og Salg samt Fremstilling af Tændstikker, og det bestemtes, at de bestaaende Tændstikfabriker skulde eksproprieres mod nærmere fastsat Erstatning. Den 18/2 1874 udsendte Finansministeren et Cirkulære til samtlige Præfekter, hvori han paalagde disse snarest muligt — i Kraft af Lovgivningen om „*établissements classés*“ — at lukke de Tændstikfabriker, som ikke var behørigt autoriserede, og hvis Ejere havde afslaaet de Tilbud om Erstatning, som var givet af Administrationen i Henhold til ovennævnte Lov. Herefter erklærede Præfekten den nævnte Fabriks Virksomhed for ulovlig, og da Indehaveren dog ikke ophørte med Fabrikationen, lod Præfekten Fabriken lukke ved Anbringelse af offentlige Segl.

C. d'E. annullerede de to Foranstaltninger med følgende Begrundelse: „*Cons. qu'il est établi par l'instruction que le préfet, en ordonnant la fermeture . . ., en vertu des pouvoirs de police qu'il tenait des lois et règlements sur les établissements dangereux, incommodes ou insalubres, n'a pas eu pour but les intérêts que ces lois et règlements ont en vue de garantir;*

¹⁾ Jfr. Michoud, Etude 1914. p. 34.

²⁾ D. 1876. 3. 41.

³⁾ D. 1872. 4. 131.

qu'il a agit en exécution d'instructions émanées du ministre des finances à la suite de la loi du 2 août 1872 et dans l'intérêt d'un service financier de l'Etat; qu'il a ainsi usé des pouvoirs de police qui lui appartiennent ... pour un objet autre que celui à raison duquel ils lui était conférés ...".¹⁾

Nævnes kan ogsaa forskellige Afgørelser vedrørende „permissions de voirie“,²⁾ d. v. s. Tilladelser til en ud over det almindelige gaaende Brug af offentlige Veje (Anbringelse af Ledninger osv.). Da til Eksempel Præfekten i Departementet Cher engang tilbagekaldte en tidligere meddelt Tilladelse til at anbringe en Gangbro over en Vej, annullerede C. d'E. denne Tilbagekaldelse, fordi det fremgik af Sagen, at Tilbagekaldelsen skyldtes den Omstændighed, at den paagældende ikke havde villet indgaa paa for Tilladelsen at betale en aarlig Afgift til Kommunen. „... ainsi, le préfet ... a usé des pouvoirs de police ... non pour la conservation du domaine public, mais dans l'intérêt financier de la ville de Vierzon“.³⁾

¹⁾ v. L a u n (p. 162—164) hævder, at denne Afgørelse intet har at gøre med détournement de pouvoir, idet Præfekten ikke havde noget frit Skøn m. H. t. Lukningen af Fabriken. „Die Behörde war ... gesetzlich gebunden, den Betrieb zu gestatten, wenn er autorisiert, ihn zu verbieten, wenn er nicht autorisiert war.“ Hvis Annuleringen overhovedet er rigtig, kunde den kun finde Sted paa Grund af „violation de la loi“.

Denne Betragtning kan maaske synes bestikkende, men er dog næppe rigtig. Rent bortset fra, at „Legalitetsprincippet“ overhovedet næppe er gældende i fransk Forvaltning, jfr. ogsaa W. J e l l i n e k i Arch. des öffentlichen Rechts 27 (1911) p. 468, overser Forfatteren, at Forvaltningen i hvert Fald m. H. t. T i d s p u n k t e t for Lukningen af den ikke autoriserede Fabrik har haft et vist frit Skøn, jfr. M i c h o u d, Etude 1913, p. 434—440 jfr. 481—482. Naar Forvaltningen da, efter at have ladet Forholdet passere i ca. 10 Aar, skønner, at Lukningen bør finde Sted netop nu, da den vil kunne spare Staten for at udrede en betydelig Erstatningssum, saa er dette tidlige Skøn afgjort behæftet med détournement de pouvoir. — Afgørelsen anføres da ogsaa overalt hos franske Forfattere som en fremtrædende Illustration til Læren om détournement de pouvoir.

²⁾ Jfr. L a f e r r i è r e II p. 525.

³⁾ C. d'E. 15/6 1883, Société française du matériel agricole, D. 1885. 3. 21. — Derimod annullerer C. d'E. ikke Afslag paa Ansøgninger om „permissions de voirie“ p. Gr. af détournement de pouvoir, jfr. ovfr. p. 172 Note 2, samt L a f e r r i è r e II p. 526 og M i c h o u d, Etude 1914, p. 42 ff.

— Nogen udtømmende Oversigt over C. d'E.s Praksis vedrørende *détournement de pouvoir* frembyder det foregaaende naturligvis ikke. Hensigten har kun været at meddele nogle Hovedtyper paa denne Ugyldighedsgrund, der iøvrigt efter sin Natur kan foreligge i saa mange Variationer, som det handlende Forvaltningsorgan kan have Formaal, der ligger udenfor dets forvaltningsretlige Opgaver. Og det tør maaske siges, at netop fransk Forvaltningspraksis — i hvert Fald saavidt den giver sig til Kende gennem C. d'E.s Afgørelser — frembyder en rig Mark for Studier af denne Diskrepants.

§ 25.

Kritiken af Læren om *détournement de pouvoir*.

Den franske Teori og Praksis vedrørende *détournement de pouvoir* er navnlig blevet kritiseret af v. Laun,¹⁾ hvis Hovedindvending angaar Forholdet mellem *détournement de pouvoir* og materiel Retsstridighed (*violation de la loi*). Til Forstaaelse af denne Kritik er det imidlertid nødvendigt, allerede her, at forudsikke nogle Bemærkninger vedrørende *Launs Teori om det frie Skøn* („Das freie Ermessen“).

*Laun*²⁾ stiller dette Begreb i Modsætning til „Die gesetzliche Gebundenheit“: retlig Bundethed foreligger, hvor Lovgiveren gennem en Retsforskrift fastsætter Formaalet for et Statsorgans Virken eller umiddelbart selve denne Virken, mens det frie Skøn finder sin Plads, hvor Lovgiveren overlader den udøvende Magt — dette Udtryk taget i videre Forstand som omfattende saavel Forvaltningen som den dømmende Magt — selv i det enkelte Tilfælde at bestemme, uafhængigt af Retsregler, hvilket Formaal Staten skal forfølge.

Retlig Bundethed foreligger ikke blot, hvor Lovens „Vilje“, set i Forhold til Enkeltilfældet, er aldeles klar, som hvor det til Eks. foreskrives, at det er Aager, naar der tages mere end en vis Rente, og denne Kendsgerning ligger klart for Dagen, men ogsaa hvor Udfindelsen af Lovviljens Forhold til Enkeltilfældet kræver vidtgaaende Undersøgelser og Overvejelser. For denne Virksomhed, der gennem Bevisbedømmelse, Lovfor-

¹⁾ Laun p. 151—175.

²⁾ Se navnlig p. 47—90.

tolkning og Anvendelse af almindelige Erfaringssætninger søger at løse de forhaandenværende Tvivl, benytter Laun Betegnelsen „*bundet Skøn*“. Udøveren af dette bundne Skøn har kun den Opgave at erkende (fuldbyrde) Lovviljen. „Eine vom Gesetzgeber *unbeeinflusste* Wahl zwischen mehreren Arten des Verhaltens, die Möglichkeit, eigene Ansichten über Opportunität, Billigkeit u. dgl. zu verwirklichen, ist ihm nicht gewährt. ... der Richter oder Verwaltungsbeamte hat ohne Rücksicht auf das, was er selbst für zweckmässig, billig usw. hält, lediglich das zu vollziehen, was nach seinem besten Wissen und Gewissen der Gesetzgeber angeordnet hätte, wenn er den konkreten Fall statt durch eine abstrakte Norm durch ein Individualgesetz geregelt hätte“.

I Modsætning hertil staar det *frie Skøn*. Statens *sidste og højeste Formaal* (dens Selvopholdelse, Kulturens Fremme osv.) kan ofte naas paa de mangfoldigste Maader, og ikke altid er det muligt forud, gennem Normer, at fikserer *de nærmere, umiddelbare Formaal*, som fører til hine, og som Statsorganerne skal forfølge i det enkelte Tilfælde. Her indrømmer Retsordenen de udøvende Organer et *frit Skøn*. „Das heisst, sie werden ermächtigt, in solchen Fällen nach ihrer eigenen pflichtmässigen Ansicht und ihrem eigenen pflichtmässigen Wollen selbst zu bestimmen, was der nächste, unmittelbare Zweck ihres Handelns sein soll“.¹⁾

Spørgsmaalet bliver da, *hvornaar* det af Retsordenen indrømmede Spillerum giver Plads for det ene eller det andet af de to Slags Skøn. Dette Spørgsmaal maa i første Række besvares gennem en Fortolkning af de gældende Love, og Forfatteren angiver i saa Henseende en Række Fortolkningsmidler, der kommer til Anvendelse, hvor det frie Skøn ikke — gennem Udtryk som „Gemeinwohl“, „öffentliches Interesse“ osv. — kan anses som udtrykkelig indrømmet. Hvor Loven

¹⁾ Laun p. 62. — Det udøvende Organs Virksomhed ligner her Lovgiverens, men adskiller sig dog fra dennes dels derved, at Friheden kun bestaar indenfor Rammen af den givne Rets- og Samfundsorden („nicht die Ermittlung der rationalen, sondern die der positiven Formel des Staatszweckes ist die Aufgabe des freien Ermessens“), dels derved, at det udøvende Organ kun tør foretage sig, hvad det anser for det bedste og hensigtsmæssigste. (Laun 64—65).

ganske tier, maa man løse Spørgsmaalet ud fra Sagens Natur.¹⁾

Ud fra denne Modsætning mellem Begreberne „Lovbunds-dethed“ (herunder det „bundne“ Skøn) og „det frie Skøn“ hæveder nu Laun, at fransk Teori og Praksis ikke har haft Øje for den rette Grænse mellem *détournement de pouvoir* og materiel Retsstridighed („*violation de la loi*“), idet C. d'E. statuerer Ugyldighed paa Grund af *détournement de pouvoir* i et betydeligt Antal Tilfælde, hvor der i Virkeligheden ikke er nogen Plads for denne Ugyldighedsgrund, fordi Forvaltningen aldeles ikke har haft noget egentlig frit Skøn ved sin Afgørelse. Han nævner som Eksempel herpaa bl. a. en Række Domme vedrørende „*l'alignement individuel*“, hvilket er en Forvaltningsakt, som gaar ud paa — i Anledning af et Byggeforetagende — at bestemme Grænsen mellem den offentlige Vej og det paagældende Grundstykke. C. d'E. annullerer i disse Domme²⁾ Forvaltningsakter, der nægter „*l'alignement individuel*“ i den Hensigt gennem den derved skabte Hindring for Byggeforetagendet at muliggøre en billigere Ekspropriation af Grundden. Men en saadan Forvaltningsakt giver efter Forfatterens Mening ikke Lejlighed til Udøvelse af noget frit Skøn, idet der ved Grænsefastsættelsen alene skal tages Hensyn til den almindelige Reguleringsplan („*plan d'alignement*“) eller, hvis en saadan ikke eksisterer, Vejens faktiske Udstrækning.³⁾ Ugyldighedsgrunden er derfor „*violation de la loi*“. — Laun nævner ogsaa den ovenfor⁴⁾ omtalte Dom C. d'E. 26/11 1875, Lauzmonnier-Carriol, om hvis Rigtighed Forfatteren er noget i Tvivl. Hvis der imidlertid virkelig foreligger Ugyldighed, antager han, at den rette Grund hertil er „*violation de la loi*“.

De uheldige Konsekvenser af denne Sammenblanding af *détournement de pouvoir* og materiel Ulovlighed kommer efter Launs Mening frem derved, at de franske Forfattere af de nævnte Afgørelser drager den Slutning „*dass auch das äusser-*

¹⁾ Laun p. 89.

²⁾ Laun p. 161, Note 7. C. d'E. 12/1 1883, Matussièrre, D. 84. 3. 76, 23/1 1868, Terravalien og C. d'E. 23/1 1868, Vogt, D. 68. 3. 69 og 70, 23/2 1883, Dame Grellety, femme Sarlandie, D. 84. 3. 77.

³⁾ Jfr. nærmere om disse Forvaltningsakter Hauriou p. 774—778.

⁴⁾ p. 180—181.

lich plichtmässige Vorgehen der Behörde nichtig sei, wenn er einem andern Motiv entspringe als jenes war, welches den Gesetzgeber bei Aufstellung der befolgten Norm geleitet hatte ... ein Gedanke, der, in seine letzten Konsequenzen verfolgt, geeignet ist, alle Rechtssicherheit zu untergraben“.¹⁾

— Det vilde føre for vidt her at komme ind paa en indgaaende, almindelig Undersøgelse og Kritik af v. Launs Teori om det bundne og det frie Skøn. Den af Forfatteren paapegede Modsætning gør sig utvivlsomt gældende i Retslivet, om end det frie Skøn — som det ogsaa erkendes af v. Laun —²⁾ ingenslunde er noget for *Forvaltningen* særegent.³⁾ Modsætningen, — som Forfatteren stiller meget stærkt paa Spidsen, hvorved hans Udviklinger i nogen Grad faar Karakteren af en *petitio principii* — er dog i Virkeligheden kun den samme, som den *Bentzon* har for Øje, naar han taler om *Tendens* modsætningen Regelmæssighed overfor Individualisering.⁴⁾ Den juridiske Virkelighed frembyder ikke nogen skarp Modsætning mellem et „bundet“ og et „frit“ Skøn, endsi at en saadan Modsætning skulde falde sammen med Grænsen mellem Retspleje og Forvaltning. Derimod tør det formentlig nok hævdes, at *Tendensen til Regelmæssighed* i Afgørelserne er den overvejende indenfor Retsplejen, medens *Individualiseringstendensen* er fremherskende indenfor Forvaltningen.

Naar da Laun taler om, at Afgørelsen indenfor det bundne Skøn altid — teoretisk set — er eentydigt bestemt,⁵⁾ saa gælder dette netop kun „i Teorien“. Ingen Dommer, der paa Grundlag af en tvivlsom, maaske selvmodsigende Lovtekst har afgjort et indviklet Retstilfælde med usikkert Faktum, vil turde hævde, at den trufne Afgørelse er den eneste rette. Psykologisk og *retligt* har han staaet overfor et *Valg*, hvorefter følger, at en anden kunde have valgt anderledes. — I saadanne

¹⁾ Laun 163—164.

²⁾ Laun 78—79.

³⁾ Jfr. derimod Jhering, *Der Zweck im Recht* I (5. Oplag, Leipzig 1916) p. 302: „Auf diesem Gegensatz der beiden Ideen: der ihrer Natur nach gebundenen Gerechtigkeit und der ihrer Natur nach freien Zweckmässigkeit beruht der innere Gegensatz zwischen der Rechtspflege und der Verwaltung ...“

⁴⁾ V. Bentzon: *Skøn og Regel*, p. 53 ff, Retskilderne p. 67—38.

⁵⁾ Laun p. 59.

Tilfælde, saavel som hvor Loven aabner Plads for det egentlige, frie Skøn — i Launs Forstand — vil Afgørelsen tendere *dels* mod det konkret retfærdige, billige, hensigtsmæssige osv., *dels* mod den Regelmæssighed, som er nødvendig ikke blot i Domstolenes, men ogsaa i Forvaltningens Afgørelser. Om Skønnet bør kaldes bundet eller frit, vil bero paa, om den ene eller den anden af de to Tendenser har Overhaand, og en principiel, endsige skarp Grænse vil ikke kunne paapeges.¹⁾

Hvad man nu end vil mene om den af Laun opstillede Modsætning, saa er i hvert Fald det Angreb, han ved dens Hjælp retter mod fransk Teori og Praksis, ikke skæbnesvangert.

Det er vel rigtigt, at man ikke klart har fastholdt Forskellen mellem détournement de pouvoir og violation de la loi. Ovenfor er det saaledes omtalt, at Teori og Praksis har anført den førstnævnte Mangel som Ugyldighedsgrund i Tilfælde, hvor der forelaa Ugyldighed allerede paa Grund af violation de la loi, men i *Resultatet* er dette jo ligegyldigt. Meget betænkeligt vilde det derimod være, om det kunde paavises, at man har statueret Ugyldighed paa Grund af détournement de pouvoir i Tilfælde, hvor der 1) ikke foreligger violation de la loi (eller „incompétence“ eller „vice de forme“), og hvor 2) den paagældende Forvaltningsakt hører til de af Retsordenen een-tydigt bestemte og altsaa ikke har kunnet give Anledning til

¹⁾ Spørgsmaalet staar i en vis Sammenhæng med Fortolkningsproblemet. Naar man som v. Laun opfatter Retsreglen som en „Lovgiver-vilje“, som det blot er Dommerens og Forvaltningens Opgave at finde, overfor hvilken Retsudøveren altsaa staar blot receptiv, føres man til, som Laun gør det, at opstille følgende Sondring: indtil Retsreglen, Faktum og Erfaringssætningerne er fundne, virker eet Slags Skøn, nemlig det „bundne“. Undertiden giver disse Elementer, blot ved Hjælp af en logisk Subsumption, Enkeltafgørelsen, og der bliver da overhovedet ikke Brug for noget „frit“ Skøn; Løsningen er een-tydig bestemt. — I andre Tilfælde derimod giver disse Elementer ikke nogen centydig, bestemt Løsning; her maa da Skønnet, det frie, retsproduktive Skøn træffe det endelige Valg. — Stiller man derimod Fortolkningen den videregaaende (teleologiske) Opgave at finde (skabe) en praktisk brugbar Regel, saa virker Skønnet ogsaa paa dette første Stadium produktivt, og den af v. Laun opstillede Grænse udviskes. At dansk Ret anerkender dette sidste Fortolkningsprincip tør formentlig antages, jfr. Bentzon: Retskilderne p. 234 ff og Vinding-Kruse, U. f. R. 1918 B p. 357—359; se derimod Edmund Warburg sstds. p. 355—357.

Udøvelse af noget frit Skøn. At statuere Ugyldighed paa Grund af *détournement de pouvoir* i et saadant Tilfælde vilde, som Laun bemærker, være egnet til i sine Konsekvenser at undergrave al Retssikkerhed.

Som Eksempel paa, at C. d'E. har været inde paa denne Vej, anfører Laun imidlertid kun den ovenfor nævnte Dom, C. d'E. 26/11 1875 Laumonier-Carriol.¹⁾ Men dels synes v. Laun selv ikke at anse det for udelukket, at der der foreligger Ugyldighed paa Grund af materiel Retsstridighed, i saa Fald er han jo enig i Resultatet; dels er det ovenfor vist, at Annulationen paa Grund af *détournement de pouvoir* i Virkeligheden er fuldkomment rationel, fordi der i hvert Fald i Henseende til *Tidspunktet* for Forvaltningsaktens Foretagelse var udøvet et vidtgaaende, diskretionært Skøn.

— v. Launs Kritik af Læren om *détournement de pouvoir* angaar, som det ses, ikke denne Læres Grundsynspunkt, at *Formaalet, Motiverne* kan gøre Forvaltningsakten ugyldig. Heri er han, som det senere skal ses, enig med fransk Teori og Praksis, og han søger endog paa dette Grundlag at opbygge „naturlige Retsgrundsætninger“ om skønsmæssige Afgørelses Mangler. En indgaaende Kritik af dette Hovedpunkt i Læren om *détournement de pouvoir* er derimod fremsat af Tezner.²⁾

Denne hævder, at for en nøjere Betragtning er det væsentlige i de Tilfælde, hvor C. d'E. annullerer paa Grund af *détournement de pouvoir*, simpelthen dette, at de udkrævede faktiske Forudsætninger for Forvaltningsakten, „*ce cas*“ for Udøvelsen af „*ce pouvoir*“, ikke har foreligget. Naar der yderligere stadig spørges efter „*motifs autres*“, saa kommer dette Moment kun i Betragtning som et Indiciebevis for den ovennævnte, afgørende Kendsgerning, at de faktiske Forudsætninger ikke har foreligget. Men denne Søgen efter „*motifs autres*“ rummer efter Tezners Mening den Fare, at Tyngdepunktet i Kontrollen kommer til at ligge paa den *positive* Konstatering af de forkastelige *Motivers* Tilstedeværelse, i Stedet for paa

¹⁾ D. 76. 3. 41.

²⁾ Friedrich Tezner: „Das *détournement de pouvoir* und die deutsche Rechtsbeschwerde“, Jahrb. des öffentlichen Rechts V (1911) p. 67—135, der indeholder en Kritik af v. Laun.

den *negative*, at de *faktiske Forudsætninger* mangler. Denne Fare kan føre til, at objektivt korrekte Forvaltningsakter annuleres paa Grund af de forkastelige Motiver, hvorefter de maatte være udsprunget.¹⁾ Om Tilfældet Laumonnier-Carriol udtaler Tezner i Overensstemmelse hermed, at Afgørelsen dog alene maatte bero paa, om Lukningen af Fabriken var tilstedelig uden Hensyn til dens Sammenhæng med Indførelsen af Tændstikmonopolet.²⁾

Denne Tezners Opfattelse er et Forsøg paa at bringe den franske Annulationsgrund *détournement de pouvoir* i Overensstemmelse med hans Lære om, at Forvaltningsmyndighederne i Virkeligheden ikke kan udøve noget frit Skøn, idet Afgørelsen altid vil være objektivt bestemt, se om denne Lære nærmere i det følgende Kapitel. Men en saadan Overensstemmelse lader sig ikke tilvejebringe. Baade fransk Teori og C. d'E.s Praksis bygger — som det fremgaar af det tidligere udviklede — paa den afgørende Forudsætning, at der tilkommer Forvaltningen et virkeligt, materielt set frit Skøn. Et er, at Praksis ikke altid har draget Grænsen rigtigt mellem *détournement de pouvoir* og *violation de la loi*, men den Opfattelse, at *alle* C. d'E.s Afgørelser vedrørende *détournement de pouvoir* i Virkeligheden beror paa materiel Retsstridighed, er aldeles uholdbar.

I Tezners Stilling til Sagen Laumonnier-Carriol møder vi Problemet i konkret Tilspidsning: skal der ved Bedømmelsen af Lukningsdekretets Gyldighed tages Hensyn til dets Sammenhæng med Indførelsen af Tændstikmonopolet — altsaa til, at Lukningen fandt Sted *for at* spare det Erstatningsbeløb, som ellers vilde have været at udrede? C. d'E. besvarer Spørgsmaalet bekræftende og under enstemmig Tilslutning fra Teorien. Tezners benægtende Besvarelse betyder en Benægtelse af hele den fjerde „ouverture“ af „*excès de pouvoir*“. Thi denne forudsætter, „que le pouvoir d'agir existe et que le contenu de l'acte eût été par lui même irréprochable si le but avait été autre“. ³⁾ Er denne Forudsætning ikke opfyldt, vil den sande

¹⁾ Tezners Kritik munder altsaa ud i det samme som v. Launs, jfr. ovenfor p. 184—185.

²⁾ Jfr. ogsaa Laun p. 163.

³⁾ Michoud, Etude 1914, p. 29.

Annulationsgrund være Inkompetence eller materiel Retsstridighed.¹⁾

Ogsaa paa anden Maade har man søgt at bortforklare den *principielle* Betydning, som C. d'E. (og den gængse Teori) til lægger det ulovlige Motiv. I sine Bemærkninger mod Tezner hævder saaledes Michoud,²⁾ at det afgørende ikke er Eksistensen af et utilladeligt Motiv, „... cette existence n'est constatée que comme moyen de preuve démontrant l'inexistence du motif légal.“ For Michoud er det afgørende altsaa, at Forvaltningsorganet *ikke* har handlet i det Formaalets Tjeneste, som Loven har for Øje; i Modsætning til Tezners Anskuelse ligger Vægten her dog stadig paa det subjektive.³⁾

At denne Anskuelse stemmer med C. d'E.s Opfattelse, menes at fremgaa dels af, at C. d'E. i en Del Tilfælde konstaterer, at Forvaltningsorganet har handlet *for de offentlige Interessers Skyld*, som det er sat til at varetage, hvorefter Dommen afslaaer at komme ind paa en Undersøgelse af det paastaaede ulovlige Motiv, dels deraf, at C. d'E. i talrige Tilfælde anerkender, at der foreligger détournement de pouvoir alene fordi de Mo-

¹⁾ Tezner forklarer p. 116 den Vægt, C. d'E. lægger paa Motiverne, derved, at C. d'E. ikke underkaster Sagens Faktum nogen Prøvelse. Herved maa dog følgende have i Erindring: en Ting er, at C. d'E. ikke undersøger, om de af Forvaltningsorganet paaberaabte eller antagne faktiske Omstændigheder er stemmende med Virkeligheden, se herom ovenfor p. 147—148 og 162. Noget andet er, om disse Omstændigheder i den paaberaabte eller antagne Skikkelse kan motivere Forvaltningsakten. Denne Prøvelse unddrager C. d'E. sig naturligvis ikke.

Nu kan det jo nok hævdes, at naar C. d'E. ikke foretager den førstnævnte Undersøgelse, bliver det saa meget mere nødvendigt at underkaste Forvaltningsorganets Motiver en Prøvelse. Men iøvrigt er det snarest en Anomali, at C. d'E. prøver psykologiske, derimod ikke materielle Kendsgerninger. Den sande Grund hertil er naturligvis, at den praktiske Trang til en Prøvelse har forekommet større i det førstnævnte end i det sidstnævnte Tilfælde.

²⁾ Michoud, Etude 1914, p. 39.

³⁾ Spørgsmaalet er ikke blot af teoretisk, men ogsaa af betydelig praktisk Interesse: af flere Ansøgere til et Embede har man valgt en, der vitterligt og klart for Udnævneren er af de daarligst kvalificerede, men uden at der kan paavises nogen egentlig Favoritisme. Kan en saadan Ansættelse annulleres?

tiver, som havde kunnet begrunde Forvaltningsakten, ikke kan have eksisteret.

Denne Anskuelse er dog neppe holdbar og finder heller ikke nogen virkelig Støtte i de af Michoud anførte Domme.¹⁾ —

¹⁾ Af den førstnævnte Gruppe nævner Michoud bl. a., Etude 1914 p. 40, Note 1, følgende: C. d'E. 2/8 1912 Neveu-Roux: Mairen havde forbudt Afholdelse af et offentligt Bal. Dommen konstaterer, at dette er sket „par des motifs tirés de la nécessité de maintenir l'ordre public“, og tager herefter ikke Hensyn til en fremsat Paastand om, at Mairens Motiv havde været at begunstige en anden „entrepreneur de bals publics“. C. d'E. har altsaa ment, enten at denne Paastand var urigtig, eller at det ulovlige Motiv dog har været af saa underordnet Betydning, at det ikke kunde begrunde Annulation; jfr. Laun p. 198 om, at naar der er forfulgt flere Formaaler, maa det af disse blive afgørende, som har givet Udslaget.

Endnu mindre Vægt har C. d'E. 21/1 1908, Sauvelet, D. 1909. 3. 84, hvorefter den Omstændighed, at en Bestemmelse vedrørende Oktroiafgifterne er foranlediget ved en Ansøgning fra visse Privatpersoner, som var økonomisk interesseret i den paagældende Foranstaltning, ikke kan begrunde Annulation: „... le préfet ... usant des pouvoirs qu'il tient ... de la loi ... s'est borné a prescrire à l'administration de l'octroi de faire au requérant application du tarif dans des conditions qu'il estime être conformes aux lois et règlements en vigueur; ... la circonstance que cette décision a été prise à la suite de la pétition qu'a été adressée au préfet ... n'est pas de nature à l'entacher de détournement de pouvoir ...“

Af afgørende Betydning for Spørgsmaalet vilde det være, om det kunde paavises, at C. d'E. — som paastaaet af Michoud — undertiden annullerer paa Grund af détournement de pouvoir, uden at der foreligger noget positivt ulovligt Formaaler. Men dette finder vistnok ikke Sted. Michoud anfører bl. a. følgende Dom: C. d'E. 10/3 1911 Bourgoin, D. 13. 3. 19. Mairen havde nægtet en Gymnastikforening Tilladelse til at afholde Øvelser m. m. paa en offentlig Vej, og C. d'E. annullerede, „cons. que ... il résulte des termes de l'arrêté attaqué et de la délibération du conseil municipale visée dans ledit arrêté que le maire ... n'a eu en vue ni le maintien de la tranquillité publique, ni la sûreté de la circulation“. Det siges altsaa ikke direkte, at Mairen med sin Nægtelse positivt har forfulgt et utilladeligt Formaaler. Derimod siges det indirekte ved Henvisningen til Kommunalbestyrelsens Vedtagelse. Thi af denne fremgik det, at politiske Grunde havde været afgørende for Kommunalbestyrelsens og Mairens Stilling. — Michoud anfører ligeledes C. d'E. 28/6 1912, Guislain, D. 1915. 3. 16. At der ogsaa i dette Tilfælde forelaa et positivt ulovligt Formaaler er tidligere anført, se ovenfor p. 177 Note 1.

Forvaltningsaktens „Idealbillede“ i subjektiv Henseende foreligger naturligvis kun realiseret, hvor Forvaltningsorganet positivt har handlet i de Interessers Tjeneste, som det er sat til at varetage. Men ikke enhver Afvigelse fra Idealbilledet konstituerer en Annulationsgrund. Annulation finder kun Sted paa Grund af visse *grovere* Mangler, og Manglen *détournement de pouvoir* foreligger netop kun, naar Forvaltningsorganet er gaaet saa vidt, *at det positivt forfølger et utilladeligt, ulovligt Formaal*. Intetsteds finder man, at C. d'E. har annulleret paa Grund af *détournement de pouvoir*, uden at der har foreligget et saadant Formaal. At man undertiden i de særdeles kortfattede Domsmotiver ikke kommer nærmere ind paa at karakterisere dette Formaal, men — muligen ogsaa af en Slags Courtoisie — vælger den negative Formulering, ændrer intet herved.

Der foreligger i Læren om détournement de pouvoir en retsteknisk Forskydning. Som Annulationsgrund har Retspraksis grebet et Moment, der i sig selv har Karakteren af et Indicium, men som af retstekniske Grunde er gjort til det principale.¹⁾

En Annulationsgrund, der som *détournement de pouvoir* beror paa et rent subjektivt Moment, maa naturligvis anvendes med megen Varsomhed og Takt, navnlig i Henseende til Beviset, og C. d'E. har i fremragende Grad haft Forstaaelsen heraf. Uagtet *Laferrière*²⁾ har Ret, naar han udtaler, at man næppe vil kunne nævne noget andet Land, hvor Kontrollen med „la légalité administrative“ er saa omfattende som i Frankrig, saa bærer dog C. d'E.s Afgørelser ingenlunde Præget af Anmasselse overfor den aktive Forvaltning. At denne selv ejheller opfatter C. d'E. Praksis saaledes, hænger iøvrigt sammen med, at dette Statsorgan opfattes som havende sin Plads *indenfor* Administrationen, som sideordnet med den aktive Forvaltning.

Kritiken mod C. d'E.s Praksis i Forholdet til det administrative frie Skøn maa da snarere henpege paa, hvad denne

¹⁾ Se Regnar Knoph: Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett, p. 206 Note 1 og p. 215—216 om, at Vanskelighederne ved at lade Motivet spille en positiv Rolle er større end ved at lade det spille en negativ Rolle.

²⁾ *Laferrière* II p. 532.

Praksis *ikke* har ydet. Thi det kan ikke nægtes, at C. d'E.s Praksis i denne Henseende bærer Præg af en vis Eensidighed. Idet man saa konsekvent har lagt Vægten paa Forvaltningsorganets *Formaal* med Forvaltningsakten, har man savnet Blik for *de andre Mangler*, som kan have en uheldig Indvirkning paa Skønnet. Ovenfor er det allerede omtalt, at faktisk Vildfarelse og Svig ikke ses at have spillet nogen Rolle i C. d'E.s Annulationspraksis. Af de „indre Grænser“ for det frie Skøn, hvormed tysk Teori og Praksis opererer — undertiden i broget Forvirring — kender man i Frankrig kun een: det ulovlige *Formaal*. Men givet er det dog, at til Eksempel den *Retsvildfarelse*, som bestaar i, at Forvaltningsorganet anser sig for bundet, skønt det i Virkeligheden staar frit, hvorved det frie Skøn sættes helt ud af Funktion, er en Mangel, som fortjener den største Paaagtning.

— I Frankrig holder man sig til „excès de pouvoir's“ fire „ouvertures“. De er blevet til et System, hvis Rammer vel er elastiske, men — tildels netop af denne Grund — ogsaa ubrydelige.

Kapitel VIII.

FORVALTNINGSAKTENS UGYLDIGHED PAA GRUND AF DENS FORMAAL EFTER TYSK OG NORDISK RET.

§ 26.

Launs og Tezners Teorier.

I den nyeste Tid har navnlig *v. Laun*,¹⁾ *Walter Jellinek*²⁾ og *Ottmar Bühler*³⁾ behandlet Spørgsmaalet om de særlige Mangler, som kan knytte sig til Udøvelsen af det administrative, frie Skøn. Derimod har *Kormann* i sin ellers saa udførlige Fremstilling ikke behandlet disse Mangler.⁴⁾

v. Laun tilstræber „efter at det franske Statsraad (C. d'E.) har vist os Vejen“ Resultater, der kan have Gyldighed i enhver moderne Stats Retsorden, hvilke han anser for mulige, fordi „Sagens Natur“ med Hensyn til det frie Skøn og dets Grænser overalt er den samme.⁵⁾ Hans Udviklinger faar her ved et lidet positivt Præg; Forfatteren vil opstille „naturlige Retsgrundsætninger“, der alene faar Gyldighed, saa langt den positive Lovgivning ikke bestemmer anderledes.

Trods den Kritik, der er kommet til Orde mod denne Behandlingsmaade,⁶⁾ maa den dog i det foreliggende Tilfælde anses for tilstedelig. Det drejer sig nemlig om retlige Pro-

¹⁾ Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig und Wien 1910.

²⁾ Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung. Tübingen 1913.

³⁾ Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.

⁴⁾ Om andre, navnlig ældre, tyske Forfattere se *W. Jellinek*, Gesetz osv. p. 333 ff.

⁵⁾ *Laun* p. 175.

⁶⁾ Jfr. til Eks. *Thoma*, Verwaltungsarchiv 1912 p. 452.

blemer, som i enestaaende Grad savner en positiv Losning i de forskellige Retsforfatninger. Dette gælder ogsaa Tyskland. De forskellige Landes Love om den administrative Retspleje indholder nok en Række Bestemmelser vedrørende de administrative Domstoles Kompetence m. H. t. Mangler ved det frie Skøn. Men disse Regler har intet at gøre med det Spørgsmaal, som her skal behandles, nemlig Spørgsmaalet om, hvorvidt saadanne Mangler medfører Ugyldighed. De er kun afgørende for det processuelle Spørgsmaal, om Retten skal afvise eller paakende den foreliggende Sag, men bliver uden Betydning baade for, hvilket Resultat Retten i sidstnævnte Fald kommer til i Realiteten, og for Spørgsmaalet om, hvorvidt Forvaltningsakten, trods Sagens Afvisning, maa anses for gyldig eller ugyldig.

Naar *Laun's* „naturlige Retsgrundsætninger“ har et saa tilforladeligt Præg, som Tilfældet er, skyldes det utvivlsomt ogsaa den Omstændighed, at de først opstilles efter et ret indgaaende Studium af fransk Teori og Praksis vedrørende *détournement de pouvoir*. Naar Forfatteren udtaler, at det er C. d'E., som har vist ham Vej, er dette til den Grad rigtigt, at selve Grundidéen i Launs Teori er hentet fra Læren om *détournement de pouvoir*. Kriteriet for, om Skønnet retligt er behæftet med en Mangel, søger han nemlig — som hin Lære — i det handlende Forvaltningsorgans subjektive Formaal med Forvaltningsakten. Har Forvaltningsorganet forfulgt de eller de Formaal, er Forvaltningsakten ugyldig; har det forfulgt andre Formaal, er den gyldig.

Hvilke Formaal er da utilladelige, eller om man vil ulovlige, i den anførte Forstand? Med andre Ord: af hvilken nærmere Art er disse „indre“ Grænser for det frie Skøn?

Ifølge *Laun* er de af to Slags: de subjektive og de objektive.

1) *De subjektive Grænser*¹⁾ bestaar i, at det handlende Forvaltningsorgan kun tør træffe saadanne Bestemmelser og Afgørelser, som *efter dets Overbevisning* stemmer overens med den offentlige Interesse. „Akte des freien Ermessens, welche keine sonstigen von der Rechtsordnung gezogenen Schranken

¹⁾ *Laun* p. 176—186.

überschreiten, sind ... immer dann und nur dann nichtig, wenn das behördliche Organ vorsätzlich gegen das öffentliche Interesse gehandelt hat“.¹⁾ Saadanne Tilfælde benævnes „*Ermessensmissbrauch*“.

2 a) *De objektive Grænser*²⁾ foreligger, hvor det kun er tilladt Forvaltningsorganet at forfølge *visse Formaal*, ikke andre. Disse objektive Grænser kan dels være *positive*, nemlig hvor Retsordenen angiver, hvilke Formaal der tør forfølges,³⁾ dels *negative*, idet Retsordenen angiver de Formaal, som ikke tør forfølges.⁴⁾

Disse Grænser kan Forvaltningsorganet overskride paa Grund af Retsvildfarelse, eller fordi det ved at forfølge et med Retsordenen uforeneligt Formaal mener at handle mere i det offentlige Interesse end ved at efterkomme Loven. Disse Tilfælde benævner *Laun* „*Diskretionsverletzung*“.

b) Endelig nævner *Laun*, at selv om Forvaltningsorganet subjektivt forfølger et tilladt Formaal, er Forvaltningsakten dog ugyldig, saafremt den objektivt er egnet til at realisere et af Loven forbudt Resultat. Der foreligger i dette Tilfælde „*Ermessensverirrung*“. — Det er imidlertid klart, at i dette sidste Tilfælde foreligger der slet og ret materiel Retsstridighed. „*Ermessensverirrung*“ har intet med det her omhandlede Problem at gøre.

Det principielle Synspunkt i *Launs* Teori — og dermed ogsaa i Læren om *détournement de pouvoir* — nemlig, at det afgørende for Skønnets Retmæssighed er det ved dets Udøvelse forfulgte, subjektive Formaal, er energisk blevet bekæmpet af

¹⁾ *Laun* p. 183.

²⁾ *Laun* p. 186—217. Udtrykket maa ikke misforstaas. Det drejer sig ikke om materiel Retsstridighed, altsaa om Indholdsmangler, men om visse af den objektive Retsorden fastsatte Grænser for, hvilke Formaal Forvaltningsorganet subjektivt tør forfølge. I de under 1) nævnte Tilfælde sættes den tilsvarende Grænse derimod af den handlendes egen Overbevisning.

³⁾ Ethvert Forvaltningsorgan tør kun forfølge saadanne Formaal, som er forenelige med den bestaaende Stats Rets og Samfundsorden; Politiet tør kun handle ud fra politimæssige Motiver.

⁴⁾ Til Eksempel Reglerne om materiel Ligestillethed mellem de to Køn eller mellem flere Nationaliteter. Forvaltningsakter foretaget med det Motiv at krænke en saadan Ligestillethed overskrider disse objektive, negative Grænser.

Tezner,¹⁾ der mener, at den „antikorruptionistiske“ Funktion, som v. Laun tillægger Forvaltningsdomstolene, vilde udviske Grænsen mellem paa den ene Side Forvaltningsjurisdiktionen og paa den anden Side den aktive Forvaltning og den disciplinære og strafferetlige Retspleje.²⁾ Tezner bestrider ikke, at der forekommer Tilfælde, hvor Forvaltningsorganet har handlet af Egen nytte, Lune, Chikane eller af Uvilje mod personlige eller politiske Modstandere, men Spørgsmaalet er, om Forvaltningsretsbeskyttelsen („Verwaltungsrechtsschutz“) nødvendiggør, at disse disciplinærstridige og kriminelle Motiver omtales og afsløres.³⁾ Dette Spørgsmaal besvarer Tezner benægtende. Er Forvaltningsorganets Handlen, Forvaltningsakten, i Overensstemmelse med den Norm, som afgrænser dets Beføjelser overfor den enkelte, eller er den endog gjort til Pligt for Forvaltningsorganet, saa er den retmæssig, selvom Viljen til Pligt opfyldelse maatte være fremkaldt af Motiver som de nævnte. Og omvendt: har Forvaltningsorganet overskredet Grænserne for sine Beføjelser overfor den individuelle Retssfære, saa er allerede dermed Retskrænkelsen givet og en Undersøgelse af Motiverne overflødig.⁴⁾

At Tezner saaledes *kun* vil anerkende en *objektiv* Bundethed for Forvaltningsakten hænger sammen med, at han saa godt som borteliminerer det frie Skøn i Forvaltningen:⁵⁾ „Von freier Zweckwahl kann nur die Rede sein, sofern *sie möglich ist ohne erkennbare Verletzung des Gesetzes der rationellsten Verwaltung*, also nur innerhalb dieses Gesetzes.“⁶⁾ Og For-

¹⁾ „Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde“, Jahrb. des öff. Rechts 1911. Bd. V, p. 67—135. *Samme Forfatter*: Zur Lehre von dem freien Ermessen, Wien 1888.

²⁾ Tezner p. 79.

³⁾ Tezner p. 111.

⁴⁾ Tezner p. 82, Note 4: „Auf dem Gebiete der Verwaltung gilt der Erfolg und nicht der Satz: Ut desint vires, tamen est laudanda voluntas. Die Verwaltung stellt Ansprüche an den Intellekt und begnügt sich nicht mit dem guten Willen. Dummheit ist hier schlimmer als Verbrechen.“

⁵⁾ Michoud, Etude 1913, 443—445.

⁶⁾ Tezner p. 81. „Es muss ... entschieden bestritten werden, dass die Behörden zwischen den verschiedenen öffentlichen Zwecken, welche durch einen von ihnen zu fassenden Entschluss berührt werden, nach ihrem persönlichen Geschmack verantwortungs-

valtningsorganet er forpligtet til — for behørig at kunne varetage de det betroede offentlige Interesser — at forskaffe sig Kendskab til anerkendte Forvaltningsgrundsætninger („bewährte Lehren“) og til ikke at fravige disse.¹⁾ Alle Forvaltningsorganer er i Kraft af Tjenestemandslovgivningen og deres Embedsed forpligtet til at tilstræbe de objektivt bedst mulige Resultater,²⁾ og den handlendes personlige Synspunkter vedrørende Spørgsmaalet om, hvad den offentlige Interesse udkræver i det foreliggende Tilfælde, kan ikke være afgørende. — Naar saaledes *Laun* som Eksempel paa det forvaltningsretlige, frie Skøn nævner, at Forvaltningen ved Afgørelsen af Spørgsmaalet om Meddelelse af en Jernbanekoncession selv afgør, om den skal lade sig lede af økonomiske, trafikpolitiske, strategiske, fiskale eller politimæssige Motiver,³⁾ saa bestrider *Tezner* Rigtigheden af denne Paastand. Da Selvopholdelsesformaalet staar over alle andre Formaal, tør f. Eks. en i nationaløkonomisk Henseende gavnlig Jernbanekoncession ikke meddeles, hvis den strategisk er højst farlig,⁴⁾ og omvendt maa en pligtopfyldende Jernbaneforvaltning fremme et Jernbaneprojekt, der er strategisk ubetænkeligt og kommercielt betydningsfuldt.

Det frie Skøn kommer da kun til Anvendelse, hvor Forvaltningen i et givet Tilfælde har Valget mellem flere Muligheder, der *alle* tilfredsstiller den objektive Ret, bl. a. Kravene til den mest rationelle Forvaltning. Grænserne for denne Frihed mener *Tezner* ikke paa Forhaand kan bestemmes, fordi den samme Norm, der i nogle Tilfælde frembyder en Fylde af Fuldbyrddelsesmuligheder, i det enkelte Tilfælde kan udvise („bewähren“) en saadan Kontraktionskraft, at der ikke bliver Tale om noget Valg. Forfatteren trøster sig med, at „selbst Laband hat über die Verwaltungsfreiheit nicht mehr vorzubringen gewusst“!⁵⁾

frei wählen können, wie ein Blumenliebhaber zwischen den Blumen für einen Strauss, der Gast im Wirtshause zwischen den Speisen und Getränken der Speisekarte“.

¹⁾ *Tezner* p. 83.

²⁾ *Tezner* p. 81.

³⁾ *Laun*, freies Ermessen p. 63.

⁴⁾ *Tezner* p. 82.

⁵⁾ *Tezner* p. 84.

Om en særegen Art Ugyldighed paa Grund af Fejl vedrørende det frie Skøns Udøvelse bliver der i Konsekvens af denne Lære ikke Tale. Idet den *subjektive Bundethed*, som er det afgørende i Læren om *détournement de pouvoir* og Launs Teori, forkastes og erstattes med den af Tezner forfægtede *objektive Bundethed*, bliver det afgørende alene, om Forvaltningsaktens *Indhold* er stemmende med den objektive Ret, herunder Kravene til den mest rationelle Forvaltning, og om de af den objektive Ret opstillede, faktiske Forudsætninger for Forvaltningsakten har været til Stede. Med andre Ord: den fjerde Klagegrund i *excès de pouvoir* (*détournement de pouvoir*) forsvinder til Fordel for den tredje (*violation de la loi*).

— Naar Tezner overfor Laun gør gældende, at dennes Resultater beror paa en fra de reale Forhold abstraherende, *ideologisk* Betragtningssmaade, saa forekommer det mig, at dette snarere gælder Tezners egne Udviklinger. At en Ugyldighedslære, der bygger paa et subjektivt Kriterium, kan føre til praktisk brugbare Resultater, er nemlig tilstrækkelig godtgjort gennem C. d'E.s Praksis vedrørende *détournement de pouvoir*. Derimod turde det netop kun fra et rent ideologisk Synspunkt være muligt — saaledes som Tezner forsøger det — at indvirke normativt paa Forvaltningsakterne gennem Anvendelse af Begreber som „den bedste“ eller „den rationelleste“ Forvaltning. En Kritik, der overfor en given Forvaltningsakt kun formaar at anføre, at den er „daarlig“ eller „irrationel“, vil intet Steds være virkningsfuld. Saa abstrakte Begreber kan muligen gøre deres Nytte paa det etiske eller andre filosofiske Omraader — til at udtrykke *Retsregler* er de af den Grund uegnede, at det ikke er muligt at paavise nogen objektiv Maalestok for det retlig set „gode“ eller „rationelle“.

For at tage Tezners eget Eksempel: ved Meddelelsen af en Jernbanekoncession maa i første Række det strategiske Hensyn være afgørende „paa Grund af Selvopholdelsesformaalets Overvægt over alle andre Formaal“. Ja, hvis det in concreto kan paavises, at Landets Bestaaen som selvstændig Nation er alvorlig truet ved det paatænkte Jernbaneanlæg, saa kan han have Ret.¹⁾ Men vil Forholdet nogensinde komme til at ligge saaledes? I Virkeligheden vil der lige fra den Anskuelse, der

¹⁾ Dog maaske under Protest fra Pacifister og Defaitister.

paastaar, at Landet overhovedet ikke har militære Opgaver at løse, til den, der hævder, at Baneanlægget netop vil være Landets militære Interesse tjenligt, ligge et Utal af forskellige Meninger, der kan være mere eller mindre stemmende med de herskende politiske og forvaltningsretlige Anskuelser, men hvoraf dog ingen kan gøre Krav paa at være „den bedste“ eller „rationelleste“. Og gaar det saaledes, hvor et af de konkurrerende Hensyn er af en vis absolut Karakter, bliver det endnu mere praktisk umuligt at ophøje det rationelle til retlig Norm, hvor de stridende Interesser er af *udpræget relativ Værdi*, til Eksempel hvor kommercielle Hensyn staar mod industrielle, agrariske Interesser mod Skibsfartens.

I Reglen vil nu ganske vist intet Forvaltningsorgan savne virkeligt *retlige* Direktiver for Forvaltningsaktens Indhold og faktiske Forudsætninger. Mellem de — relativt fåa — Tilfælde, hvor Indholdet og disse Forudsætninger er eentydigt bestemt af Loven, og de — endnu færre — Tilfælde, hvor Retteensoren kun er „det rationelle“, „det bedst mulige“ osv., ligger en Række Overgange med større eller mindre Bundethed for Forvaltningen. Undertiden vil da de Normer, som afgrænser Frihedsomraadet, være præcise og skarpe; at Forvaltningen her kan udøve et virkeligt frit Skøn, kan ikke betvivles. I andre Tilfælde kan Loven derimod anvende mere eller mindre ubestemte Udtryk, som naar det til Eksempel i den almindelige preussiske Landret¹⁾ siges, at Politiets Opgave er at sørge for den offentlige Ro, Sikkerhed og Orden. Om saadanne Tilfælde gælder det imidlertid — som Tezner²⁾ siger — „dass es keine noch so *elastische* Abgrenzung der behördlichen Eingriffsbefugnis der *Machtsphäre* gegenüber der *Rechtssphäre* (gibt), die nicht auch eine Elastizitätsgrenze besitzt ...“. Ogsaa her bliver der altsaa, indenfor denne Grænse, Plads for det frie Skøn.

Maa det da vedrørende Striden mellem Tezner og Laun erkendes, at førstnævntes Forsøg paa at bringe det frie Skøn ind under en *materiel* Bundethed er resultatløst, er det dermed ikke givet, at v. Laun (og den franske Lære om „*détournement de pouvoir*“) har Ret i Teorien om Skønnets *subjektive*

¹⁾ § 10, II. 17.

²⁾ Tezner p. 107.

Bundethed. Det kunde hævdes, at denne er overflødig, fordi Reglerne om Forvaltningsorganernes Habilitet og Kompetence, om den ydre Fremgangsmaade vedrørende Forvaltningsakternes Skabelse osv. yder tilstrækkelige Garantier for Skønnets Rigtighed. Og selv om man i og for sig vilde anse disse Regler for utilstrækkelige, kunde man dog nære Betænkelighed ved at supplere dem med en saadan konkret Prøvelse af Forvaltningsorganets Motiver, som den v. Launs Lære og Læren om *détournement de pouvoir* er Udtryk for.

I førstnævnte Henseende maa det imidlertid erindres, at Reglerne om Habilitet og Kompetence m. v. kun yder rent *abstrakte* Garantier for Skønnets rette Brug, samt at de Sanktioner, der formentlig knytter sig til svigagtig Fremkaldelse af Forvaltningsakter, jfr. ovenfor, er rettet imod et utilbørligt Forhold fra *den private*, ikke fra Forvaltningsorganets Side. Erfaringerne fra alle Tider og alle Lande viser imidlertid, at de Personer, som har Lod og Del i den offentlige Magt, er stærkt udsat for Fristelsen til at bruge denne Magt til Opnaaelse af private Formaal, eller dog andre Formaal end dem, for hvis Skyld Retsordenen har tillagt dem hin Magtstilling. Denne Fristelse virker med særlig Styrke overfor Forvaltningsorganerne, fordi disse i saa vidt Omfang træffer skønsmæssige Afgørelser i *konkrete* Anliggender; og ingen kyndig vil heller kunne nægte, at Misbrug af den angivne Art i vidt Omfang finder Sted. Favoritisme ved Embedsbesættelser, Sammenblanding af offentlig og privat Virksomhed, højtstaaende Embedsmænds Stillinger i Aktieselskabsbestyrelser osv. er Kendsgeringer, som hver paa sit Sprog taler herom. —

Og i jo højere Grad Retsordenen aabner Plads for det frie, administrative Skøn, i desto større Omfang vil Misbrug af dette Skøn kunne finde Sted, uden at der kommer til at foreligge nogen materiel Magtoverskridelse.

At der saaledes bestaar et *praktisk Behov* for denne Ugyl-dighedsgrund er givet. Dens Brod er ganske vist rettet mod odiøse Tendenser i Forvaltningen, som ikke i alle Lande gør sig gældende med lige Styrke; og det er næppe uden Forbindelse hermed, at Teorien om *détournement de pouvoir* har sit Hjemland i Frankrig. Men Forvaltningsorganerne er overalt kun Mennesker, og Erfaringerne viser i hvert Fald, hvor van-

skeligt det er, selv for et relativt højtstaaende Forvaltningspersonale, at holde „den rene Linje“.

Naar det fastholdes, at Spørgsmaalet foreligger *der, og kun der, hvor Forvaltningen staar materielt frit* i sin Afgørelse, synes Svaret heller ikke ud fra et almindelig teoretisk Synspunkt at kunne være tvivlsomt. Denne Frihed er nemlig Magt til at bestemme, hvad der i den konkrete Situation skal være Ret for den eller de interesserede Parter, og at Retsordenen skulde lade denne Retsvirkning indtræde, hvor Motivet til Forvaltningsakten *givet* har været Egennytte, Hævnerrighed, Favoritisme osv., er aldeles uforeneligt med *den moderne Opfattelse af den offentlige Magts Væsen*. Der har visselig været Tider, hvor offentlige og private Magtforhold ikke lod sig adskille, fordi begge lod sig udtrykke i Sætningen jubeo quia jubeo. Men det er netop en af Grundpillerne i den moderne Statsopfattelse, at den offentlige Magtudøvelse sker i *Almenhedens Interesser* og retfærdiggøres ved disse. Men hvor Forvaltningsorganet *subjektivt* har handlet med et privat Formaal for Øje eller dog i et Formaal, som ligger udenfor de ham betroede Forvaltningsopgaver, er der en til Vished grænsende Sandsynlighed for, at Resultatet heller ikke *objektivt* er disse Opgaver tjenligt.

At den omhandlede Ugyldighedsgrund beror paa et subjektivt Kriterium kan ret beset ikke vække Betænkelighed. Retslivet har forlængst gjort sig fortrolig med Brugen af saadanne Kriterier, ikke blot indenfor Strafferettens Omraade, men ogsaa i Civilretten (god og ond Tro, culpa osv.). Noget andet er, at Ugyldighedsgrundens subjektive Karakter maa medføre, at den bringes i Anvendelse med en vis Diskretion, og i saa Henseende bemærker Tezner¹⁾ ikke helt med Urette, „dass sich die diskrete Formulierung des détournement de pouvoir²⁾ wesentlich unterscheidet von der derben, wenn nicht gar insultativen Formel, die Laun an ihre Stelle setzt“. Medens C. d'E., som det ovenfor er vist, kun annullerer paa Grund af détournement de pouvoir, naar der er oplyst et positivt ulovligt Formaal, lader v. Laun uden videre Ugyldigheden ind-

¹⁾ Tezner p. 90.

²⁾ Formentlig ved en Trykfejl staar der hos Tezner „excès de détournement“.

træde, „wenn das behördliche Organ vorsätzlich gegen das öffentliche Interesse gehandelt hat“¹⁾ — i hvilken Henseende man ved Udtrykket „das öffentliche Interesse“ maa underforstaa: saaledes som Forvaltningsorganet opfatter denne. Forskellen er iøjnefaldende og betydningsfuld: af flere Ansøgere er A — ogsaa i vedkommende Ministers Øjne — den bedst egnede. Alligevel vælger han B, ikke paa Grund af Venskab for denne eller Fjendskab mod A, men til Eksempel fordi B er indstillet til Embedet af en underordnet Myndighed. Dette Tilfælde rammes af Launs Formulering, men næppe nogen Forvaltningsdomstol — i hvert Fald ikke C. d'E. — vil her statuere Ugyldighed. v. Laun synes at have overset den *retstekniske Forskydning*, som Teorien om *détournement de pouvoir* er Udtryk for — i alt Fald har han ikke draget Lære af den.

§ 27.

Tysk Retspraksis.

Vender vi os nu fra Teoriernes Abstraktioner til Retspraksis' konkrete Udtalelser, finder vi ikke faa Afgørelser, som statuerer Ugyldighed paa Grund af Forvaltningsorganets ulovlige Formaal, hvilket altsaa bekræfter v. Launs og andre subjektive Teorier. Navnlig *Walter Jellinek*, som i det hele er den, der udførligst har gjort rede for Retspraksis' Stilling til „die Ermessensfehler“,²⁾ har anført en Række Eksempler paa, hvad han kalder „Berücksichtigung eines unsachlichen Gesichtspunkts, insbesondere die Verfolgung eines unsachlichen Zwecks“;³⁾ denne Ugyldighedsgrund svarer ret nøje til Launs „innere Grenzen“ og fransk Rets „*détournement de pouvoir*“. Ogsaa v. Laun fremfører adskillige tyske Retsafgørelser til Støtte for sin Teori.⁴⁾

¹⁾ Laun p. 183.

²⁾ Gesetz osv. p. 331—359.

³⁾ Gesetz osv. p. 347.

⁴⁾ Begge de nævnte Forfattere har dog medtaget Tilfælde, der ikke med Rette kan anføres i denne Forbindelse. Laun anfører t. Eks. (p. 207 Note 2) O. V. G. 15. 427: Politipræsidenten havde forbudt Indehaveren af en Forretning, der besørgede Breve og Pakker, at anvende Ordet „Post“ i Bekendtgørelser m. v. og paa de af Forretningen anvendte Frimærker, „da ... durch die Anwendung der-

Ejendommelig er den preussiske Overforvaltningsdomstols Stilling til Politiets Forvaltningsakter („Polizeiverfügungen“). I en Afgørelse fra 1877¹⁾ siges det, at „erst dann ... ist ... in Verwaltungsstreitverfahren ein Angriff möglich, wenn behauptet wird, die Verfügung überschreitet die äussersten, jenem Ermessen gezogenen Grenzen, sie beruhe überhaupt nicht sowohl auf objektiven, polizeilichen Motiven als vielmehr auf Willkür oder sonstige Pflichtwidrigkeit der Behörde“. Lignende Vendinger gaar igen i talrige senere Afgørelser,²⁾ idet Paabe-

artiger Bezeichnungen das Publikum leicht irregeleitet werden könne und wesentliche Interessen desselben gefährdet würden ...“ Domstolens undersøger nu rent objektivt, om der har foreligget en saadan Almenfare, som den, der omhandles i Forordningen om Politiforvaltningen af 20. September 1867 § 6 og kommer til et benægtende Svar. — W. Jellinek omtaler (p. 345, Note 25) 2 Afgørelser fra den bayerske Forvaltningsdomstol (B. O. V. G. 19. 319 og 25. 77) som Eksempler paa den her omhandlede Ugyldighedsgrund. Dette er for begges Vedkommende urigtigt. Ugyldigheden skyldes i det sidst citerede Tilfælde udelukkende objektive Omstændigheder vedrørende den paagældende Forvaltningsakt (materiel Retsstridighed), og heller ikke det forstnævnte Tilfælde kan anføres i denne Forbindelse.

¹⁾ O. V. G. II. 390.

²⁾ Se O. V. G. 3. 337, 5. 404 („... massgebend ... dass die angefochtene Verfügung jedenfalls nicht der objektiven polizeilichen Unterlage gänzlich entbehrt, dass sie nicht willkürlich ist“), 6. 220 („bewusst pflichtwidrige und chikanöse Handlungsweise“), 7. 304 („... [es] fragt sich nur noch, ob (der Verfügung) objektive polizeiliche Gesichtspunkte zum Grunde liegen“), 22. 344, 24. 410, 29. 442 („... der Verwaltungsrichter kann nicht sein Ermessen ... dem der Polizeibehörde überordnen, vorausgesetzt nur, dass sich letztere erkennbar durch objektive polizeiliche Gesichtspunkte hat leiten lassen“), 37. 338, 39. 365 („... einer polizeilichen Verfügung muss in jedem Falle ein objektiv erkennbares polizeiliches Motiv zu Grunde liegen“), 40. 434, 41. 414, 42. 398 („... aus Willkür oder Chikane würde sie natürlich nicht die wiederholte Einreichung von Mitgliederverzeichnissen fordern dürfen“), 44. 75, 50. 366 („danach könnte die Klage nur Erfolg haben, wenn das ablehnende Verhalten der Polizeibehörde nachweisbar weder auf den der Polizeiverordnung zu Grunde liegenden noch überhaupt auf polizeilichen Erwägungen beruhte, wenn sich also dartun liesse, dass die Polizeibehörde bei der in Rede stehenden Versagung gar nicht auf die Erreichung polizeilicher Zwecke, sondern, unter Ueberschreitung der äussersten ihrem Ermessen gezogenen Grenzen, d. h. pflichtwidrig auf die persönliche Verletzung und

raabelsen af en saadan „Overskridelse“ snart — som i den citerede Afgørelse — synes opfattet som en processuel Forudsætning for, at O. V. G. overhovedet underkaster Spørgsmaal et en Prøvelse i Realiteten,¹⁾ medens andre Afgørelser opfatter de anførte Omstændigheder som en egentlig Ugyldighedsgrund.²⁾ — I det hele taget er det vanskeligt at komme til en klar Forstaaelse af, hvad Meningen er med disse Udtalelser. „Objektive polizeiliche Motive“ kan — navnlig da Udtrykket undertiden erstattes med „objektive polizeiliche Unterlage“³⁾ — forstaas som ensbetydende med Forvaltningsaktens faktiske Forudsætninger. I saa Fald bliver det et Spørgsmaal om materiel Retsstridighed. Meningen med den nævnte Vending er dog sikkert at kendetegne det subjektive Formaal (Motiver, Bevæggrunde). Dette fremgaar dels deraf, at Ordene bruges som ensbetydende med det i de nævnte Afgørelser forekommende Udtryk, „objektive polizeiliche Gesichtspunkte“,⁴⁾ dels af, at Manglen af „objektiv polizeiliche Motive“ opfattes som Chikane og Vilkaarlighed,⁵⁾ eller endog som „persönliche Verletzung und Schädigung des Klägers“. ⁶⁾

*Laun*⁷⁾ anfører en Del af disse Tilfælde som Eksempler paa Ugyldighed paa Grund af Overskridelse af det frie Skøns objektive Grænser, idet selve Begrebet Politi indeholder en positiv Begrænsning af de Formaale, som Politiets Organer tør følge.

Schädigung des Klägers ausgegangen sei“), 50. 417, 57. 302 („der Verwertungsrichter darf ... nur nachprüfen, ob die Erwägungen, welche die Polizeibehörde bei Uebung ihres Ermessens geleitet haben, noch auf polizeilichem Gebiete liegen, oder ob sie etwa auf Willkür oder sonstiger Pflichtwidrigkeit der Behörde beruhen“), 58. 273, („Die Handhabung eines solchen Ermessens unterliegt einer Nachprüfung ... nur darauf hin, ob nicht die Polizeibehörde ohne jedes polizeiliches Motiv oder, wie es auch ausgedrückt wird, aus Chikane oder in Willkür gehandelt hat, mit anderen Worten in Wirklichkeit keine Uebung dieses Ermessens vorliegt“), 59. 374, 60. 286, 66. 341.

¹⁾ O. V. G. 29. 442.

²⁾ O. V. G. 39. 365. og 50. 366.

³⁾ O. V. G. 5. 404.

⁴⁾ O. V. G. 7. 304.

⁵⁾ O. V. G. 2. 390, 58. 273.

⁶⁾ O. V. G. 50. 366.

⁷⁾ *Laun* p. 210.

— Undersøger man imidlertid Sagen nærmere, viser det sig, at Udtalelserne i Dommene overvejende er af rent teoretisk Art. De giver ganske vist — undertiden aldeles utvetydigt, om end forudsætningsvis —¹⁾ Udtryk for den Opfattelse, at Politiets Forvaltningsakter er ugyldige, hvis Politiorganet ikke har forfulgt et politimæssigt Formaål. Men *denne Lære bringes meget sjældent i praktisk Anvendelse.*²⁾ Alle de anførte Domme resulterer saaledes i, at den nævnte Ugyldighedsgrund *ikke* har foreligget. Iøvrigt giver O. V. G. i andre Domme Udtryk for en Opfattelse, der synes uforenelig med de nævnte Udtryk.³⁾

Urigtigt er det dog, naar *Walter Jellinek* rent ud betragter disse Udtalelser fra O. V. G. som en Talemaade. *v. Laun*⁴⁾ nævner saaledes følgende Tilfælde, hvor O. V. G. har gjort Alvor af sin saa ofte anvendte Trusel: Efter at det ved Politiforordning var paalagt Lodsejere ved en offentlig Vej at forsyne deres Lodder med Hegn efter Politiets Skøn, paalagde dette en Lodsejer at opføre et „tætssluttende“ Hegn for at beskytte Vejen mod Snedriver. O. V. G. annullerede dette Paalæg, fordi Politiet havde forfulgt „andere Zwecke, als für welche die Bestimmung in der Polizeiverordnung gegeben ist.“⁵⁾ Dette er ganske analogt med C. d'E.s „but autre“.

Nævnes kan ogsaa den meget omtalte⁶⁾ „Strandkurvsag“: Mellem en Kommune, der ejede et Badeetablissement ved Østersøen, og Regeringspræsidenten paa Domænefiskus' Vegne var indgaaet en Overenskomst om, at sidstnævnte tillod Kommunen at opstille Strandkurve paa Stranden bl. a. mod, at Kommunen svarede en Lejeafgift til Staten af 10 Mark aarlig

¹⁾ O. V. G. 50. 367: „... Die Klage (könnte) nur Erfolg haben, wenn das ablehnende Verhalten der Polizeibehörde nachweisbar weder auf den der Polizeiverordnung zu Grunde liegenden noch überhaupt auf polizeilichen Erwägungen beruhte, wenn sich also dartun liesse, dass die Polizeibehörde ... gar nicht auf die Erreichung polizeilicher Zwecke ... ausgegangen sei.

²⁾ Jfr. *Walter Jellinek*, Gesetz p. 65—66.

³⁾ O. V. G. 66. 336, jfr. 36. 237, samt 6. 359. og 61. 238.

⁴⁾ *Laun* p. 210—211.

⁵⁾ Citeret efter *Laun*.

⁶⁾ Se til Eksempel *Laun* 211, *W. Jellinek*, Gesetz 325, Note 13 og 335, Note 3. *Tezner* p. 113. Dommen findes O. V. G. 54. 261.

for hver Kurv. Kommunen besluttede herefter at paalægge de Badegæster, som selv medførte Strandkurve, en Afgift svarende til Halvdelen af dette Beløb, og da en saadan Badegæst under Paaberaabelse af, at Stranden var til offentlig Brug, nægtede at betale, fik han af Kommuneforstanderen, der tillige var Amtsforsender og i denne Egenskab Indehaver af Politimyndigheden, Meddelelse om, at hvis han ikke betalte, vilde hans Strandkurv blive fjernet. — Efter at denne Trusel var bleven virkeliggjort, besværede Badegæsten sig til Landraaden, som imidlertid tilbageviste Besværingen, og derefter til Regeringspræsidenten, der vel for saa vidt ansaa Besværingen for begrundet, som der var forlangt et Gebyr for Opstilling af Strandkurven, men dog i Resultatet godkendte de tidligere Afgørelser. Den offentlige Brugsret til Stranden indbefattede vel en Ret for den enkelte til at medbringe og benytte en Siddeplads, men ikke til at lade den paagældende Brugsgenstand henstaa efter Benyttelsen. Politiet var derfor berettiget til saavel af Hensyn til de øvrige Besøgende som til den almindelige Færdsel paa Stranden at forlange Strandkurven fjernet, hvis det, som i det foreliggende Tilfælde, var nødvendigt ud fra disse Hensyn.

O. V. G. annullerede saavel Amtsforsenderens som Regeringspræsidentens Afgørelser. Om *Regeringspræsidentens Standpunkt* siges det, at han med Rette har misbilliget den anfægtede Politibefaling („Verfügung“), for saa vidt som den forfulgte det Formaal at bevæge Klageren til at betale det fastsatte Gebyr, og at „die Ausführungen des Bescheids sich auf den Boden an sich berechtigter polizeilicher Erwägungen stellen“. Til Begrundelse af Annulationen anføres det imidlertid, at Politiet ikke kunde skride ind mod en *enkelt* af Strandkurvenes Ejere, med mindre der var *særlige* Grunde, der talte imod, at *han* skulde kunne lade sin Kurv henstaa paa Stranden. „Ein berechtigter Grund dieser Art war die Nichtentrichtung der von der Gemeinde geforderten Gebühr nicht, und im übrigen fehlt es, wie der Kläger mit Recht bemerkt, an jedem erkennbaren Anhalte, der eine verschiedenartige Behandlung des Klägers zu rechtfertigen vermöchte“.

Som det ses lægges der her udelukkende Vægt paa den rent *objektivt* ulige Behandling, jfr. nedenfor § 36.

Vedrørende *Amtsforstanderens* Afgørelse udvikles det derimod i Dommen, at det vel tilkommer Politiet at regulere og beskytte den offentlige Brug af Stranden, men Udøvelsen af denne Brug er alene undergivet de Begrænsninger, „til hvis Fastsættelse Politimyndigheden ud fra politimæssige Synspunkter var kaldet“. Mente Kommunen at have Fordringer mod Klageren i Anledning af den omtalte Strandkurv, maatte Amtsforsanden overlade den at gøre disse Fordringer gældende paa den Maade, den fandt egnet. „Dagegen war es nicht berechtigt zu Gunsten dieser Forderungen von seiner polizeilichen Verfügungsgewalt Gebrauch zu machen, denn diese ist nicht zur Wahrung der Interessen des Fiscus oder der kommunalen Finanzwirtschaft von Gemeinden gegeben.“¹⁾

Begrundelsen for Annulationen er, som det ses, ganske analog med de typiske Tilfælde af *détournement de pouvoir*. Alene den Omstændighed, at Amtsforsanden har anvendt Politimyndigheden i et andet Formaal end det, for hvis Skyld den er givet, anses for tilstrækkelig Grund til Annulation, og *det uden Hensyn til, om den Fordring, hvis Betaling Amtsforsanden vil fremkalde, var lovlig eller ulovlig*.

Noget helt afgørende Bevis for, at O. V. G. har anerkendt det ulovlige Formaal som Annulationsgrund, er „Strandkurvdommen“ imidlertid heller ikke paa dette Punkt. Thi denne Annulationsgrund forelæa ikke i sin Renhed; det ulovlige Formaal — Betalingen af det fastsatte Gebyr — havde *som Betingelse* fundet Udtryk i selve Forvaltningsaktens dispositive Indhold, og det er da et Spørgsmaal, om ikke denne objektive Omstændighed har været afgørende for Ugyldigheden. Herom maa imidlertid henvises til et senere Sted.²⁾

En klarere Anerkendelse som Ugyldighedsgrund har det ulovlige Formaal fundet i følgende Domme:

Politipræsidenten i Berlin nægtede en Byggetilladelse, fordi

¹⁾ Jfr. C. d'E.s Vending: „Il a ainsi usé des pouvoirs de la police ... pour un objet autre que celui a raison duquel ils lui étaient conférés ...“ (C. d'E. 26/11 1875, Laumounier-Carriol, D. 1876. 3. 41).

²⁾ Nedenfor § 35. Den af Laun p. 212 omtalte Dom, O. V. G. 51. 302, udtaler kun, at Politiet ikke kan skride ind, blot fordi private Interesser er truede; der maa foreligge en vis Almenfare. Dette er jo imidlertid et Spørgsmaal om Forvaltningsaktens objektive Forudsætninger, og har intet med det her omhandlede Spørgsmaal at gøre.

der vilde blive Brug for det Areal, der skulde bebygges, til et projekteret nyt Havneanlæg, og den dertil fornødne Ekspropriationsforretning allerede var paabegyndt. O. V. G. annullerer og udtaler, at „die Polizeibehörde nicht als berechtigt angesehen werden kann, der Durchführung des Unternehmens auch ihrerseits mit polizeilichen Mitteln ... zu Hülfe zu kommen“. ¹⁾

Politiforvaltningen i M. havde nægtet en Grundejer Tilladelse til at indhegne nogle Arealer, blandt andet med den Begrundelse, at de tilhørte Købstadkommunen. O. V. G. annullerede denne Forvaltningsakt, „da nur öffentlich-rechtliche Gründe, nicht aber entgegenstehende Privatinteressen, massgebend seien“. ²⁾

Undertiden annullerer O. V. G. med en Begrundelse af *objektiv* Art i Tilfælde, hvor det kunde have været nærliggende at paaberaabe sig det uvedkommende Formaal: Politiet havde meddelt Formanden for en socialdemokratisk Forening, at „bei der ... beabsichtigten Feierlichkeit die intendierte Demonstration mit einer roten Fahne polizeilich nicht geduldet, sondern mit allen zu Gebote stehenden Mitteln dagegen werde eingeschritten werden“. O. V. G. annullerede ud fra den Betragtning, at den forbudte Foranstaltning ikke kunde give Anledning til en Forstyrrelse af den offentlige Sikkerhed, og kommer saaledes ikke ind paa Spørgsmaalet, om der har foreligget et ulovligt (politisk) Formaal.

Annulationer, der udtrykkeligt begrundes med, at der har foreligget et saadant Formaal, finder man iøvrigt næppe i det gamle Tyskland. O. V. G. har derimod en Gang udtrykkelig billiget, at en Person er udelukket af en Skolekommission, fordi han var Medlem af det socialdemokratiske Parti. Afgørelsen er af 29. April 1910! ³⁾

¹⁾ O. V. G. 23. 361 (368), jfr. O. V. G. 14. 306.

²⁾ O. V. G. 45. 413, 12. 366 („die der Polizeibehörde überwiesene Prüfung der Baugesuche darf nicht dazu benutzt werden, um Privatrechte, welche einem dritten oder auch der Behörde selbst zustehen, zur Geltung zu bringen“).

³⁾ O. V. G. 56. 229.

§ 28.

Teori og Praksis i de nordiske Lande.

I de nordiske Lande savnes, som tidligere nævnt, næsten ganske literære Bidrag til Løsning af Forvaltningsrettens almindelige Spørgsmaal. Dette gælder ikke mindst m. H. t. Spørgsmaalet om Forvaltningsaktens Gyldighed, og hvad specielt angaar det ulovlige Formaals Betydning, finder vi kun helt spredte og tilfældige Bemærkninger i de almindelige Fremstillinger af Stats- og Forvaltningsretten. Og disse angaar oftest ikke direkte det Spørgsmaal, som her omhandles, nemlig selve Gyldighedsspørgsmaalet uden Hensyn til, hvilke Myndigheder der træffer Afgørelse herom, men derimod Spørgsmaalet om *Domstolenes Kompetence* til at kritisere Forvaltningens Handlinger og Undladelser.

*Matzen*¹⁾ bemærker saaledes, at en Øvrighedsmyndigheds Beslutning kan underkendes af Domstolene, „selv om en Beslutning af den Art kan fattes af den, naar den dog er fattet i det Øjemed at værne om Interesser, som vedkommende Myndighed ikke er kaldet til at tage sig af“, og han anfører som Eksempler herpaa nogle Domme, som nedenfor skal omtales. Denne Udtalelse refererer sig baade til Spørgsmaalet om Domstolenes Kompetence og Gyldighedsspørgsmaalet.

Anføres kan maaske ogsaa en Udtalelse af *N. Cohn*,²⁾ der vedrørende det offentliges Raaden over en offentlig Vej bemærker, at „denne Raadighed kun maa udøves i det offentliges Interesse, og at det ligger udenfor Kommunernes Kompetence at disponere over Vejen til andre Formaal“. Til saadanne andre Formaal henregner han — med Rette — ogsaa offentlige Formaal, som ikke tjener de almene Færdselsinteresser.

*Aschehoug*³⁾ udtaler, at „om en Amtmand ved Besættelsen af en Bestilling af Uforstand eller endog af slet Bevæggrund tilsidesætter en Ansøger, er dette kun en Forseelse mod det offentlige, ikke en Krænkelse af nogen Ansøgeren tilkommende Rettighed“, hvorfor Fejlen kun kan paatales af Regeringen, ikke af ham. Det er ikke ganske klart, om dette skal betyde,

¹⁾ *Matzen* III (1909) p. 221.

²⁾ p. 62 i Afhandl.: Privates Rettigheder over offentlige Veje, i Juridisk Tidskr. 1917 p. 10—23 og 57—66. Til Støtte for den citerede Udtalelse anfører Forf. H. R. D. 19/1 1915, som nedfr. skal omtales.

³⁾ *Aschehoug* III (1893) p. 356.

at Bevæggrunden (Formaalet, Hensigten) overhovedet ikke vider Gyldigheden. Dette er dog nok Meningen.

Nylig har *Regnar Knoph*¹⁾ i mere Almindelighed undersøgt Hensigtens Betydning for Forvaltningsaktens retlige Bedømmelse. Han søger her at paavise, at „den Hensigt, som har ledet det Forvaltningstjenestemanden, er af Betydning for Bedømmelsen af hans Handlings Retmæssighed“,²⁾ og specielt for Norges Vedkommende mener han, „at de i Teori og Praksis antagne Resultater rettest maa opfattes som kasuistiske Udtryk for Retsordenens generelle Bud om, at al Forvaltningsvirksomhed, uden Hensyn til det Forvaltningsorgan, som optræder, skal udøves i den Aand og skal følge de Formaaler, som det Retsbud havde for Øje, som hjemler Organet dets Myndighed“.

Gennem Aerkendelsen af denne Retssætning mener Forfatteren, at norsk Ret har vist sig i Pagt med den nyere Udvikling indenfor den offentlige Ret.³⁾ Og med Føje fremhæves det, at Sætningens Karakter af *Retssætning* ikke kan fordunkles af den Omstændighed, at Domstolene i visse Tilfælde savner Adgang til at udtale den af Hensigten bevirkede Retsstridighed, fordi kun de Borgere, hvis subjektive Rettigheder er krænkede, kan søge Beskyttelse hos Domstolene.⁴⁾

— Spørger vi dernæst om *nordisk Retspraksis*' Stilling til denne Ugyldighedsgrund, frembyder de norske Domsafgørelser særlig Interesse. Navnlig har de hæftige politiske Stridigheder om Alkoholspørgsmaalet medført, at Forvaltningsorganerne er kommet ud i en illoyal Anvendelse af den Myndighed, som de gældende Love tillægger dem, idet man ved Fastsættelsen af Afgifter og Lukningsbestemmelser — Forvaltningsakter, til hvilke Loven indrømmer et vidtgaende frit Skøn, — har forfulgt Formaaler, som ligger udenfor dem, de paagældende Lovbestemmelser har for Øje:

¹⁾ *Regnar Knoph*: Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett. Kristiania 1921.

²⁾ *Knoph* p. 80.

³⁾ *Knoph* p. 103.

⁴⁾ Ejendommelig er *Reuterskiölds* Opfattelse af Begrebet *dé-tournement de pouvoir* (p. 265) som „vägran att använda magtbefogenhet, som bort begagnas“.

Efter § 11 i Slutningen i Lov af 18. Juni 1884 om Udsalg af Øl, Vin m. v. i Købstæderne og Ladestæderne kunde Kommunalbestyrelsen, hvor „særlige Forhold“ forelaa, forhøje Afgiften for Ret til Udskænkning af Øl m. v. over den almindelige Maksimumsgrænse, 400 Kr. om Aaret. I Haugesund forhøjede Kommunalbestyrelsen i Henhold hertil Afgiften saaledes: 1897 til 800 Kr., 1899 til 1200 Kr. og 1902 til 3000 Kr. Denne sidste Beslutning krævede en Bevillingshaver tilsidesat, men Underret og Overret frifandt Kommunen. Højesteret dømte imidlertid, at Beslutningen af 1902 kendes uforbindende for Bevillingshaveren, forsaavidt den fastsatte Afgift overstiger 1200 Kr. — Den først voterende, hvis Konklusion vedtoges, begrundede udførligt dette Resultat, idet han gennem en historisk Redegørelse paaviste, „at Bestemmelserne om Afgiften ikke er givet med specielt fiskale Hensyn for Øje“, men som en Forholdsregel, der har Hensyn til Modvirkning af de Misbrug, Udskænkning af Øl kan lede til. Ved at sætte en Afgift som Bettingelse for Udøvelsen af Næringen har man ment at „faa det i sin Haand at føre bedre Opsyn og Kontrol med de Personer, der udøvede Næringen“, ligesom det kunde være naturligt, at de forøgede Udgifter til „Politiopsyn, Fattigbyrder, Arrestvæsen eller lignende“, som eventuelle Misbrug kunde foranledige, i væsentlig Grad blev godtgjort Kommunen. — Denne Afgiftens Karakter maatte fastholdes ogsaa i de Tilfælde, hvor der er aabnet Adgang til at forhøje den udover det almindelige Maksimumsbeløb, og heraf følger, at heller ikke hvor de „særlige Forhold“, som kan begrunde en saadan Forhøjelse, er til Stede, har Kommunen „Adgang til under afgørende Hensyn til Kommunens budgetmæssige Interesser i deres Almindelighed at fastsætte Størrelsen af Afgiften ad libitum“.

To Dommere afgav dissenterende Votum, men ogsaa disse synes at have lagt Hovedvægten paa det med Afgiften forfulgte Formaal. De begrunder nemlig deres Standpunkt med, at de ikke kan overbevise sig om, „at selve Basis eller Kardinalpunktet ved Beslutningen af 1902 skulde have været Appellantens store Indtægter af Øludskænkningen og den Hensigt at lægge en Efterbeskatning paa denne, kvalitativt helt forskellig fra Øl-afgiften ved Udskækningsrettigheder“. ¹⁾

¹⁾ N. R. T. 1912. 97. Jfr. Knoph p. 98.

I et andet Tilfælde¹⁾ havde en Kommunalbestyrelse ligeledes forhøjet Afgiften til 3000 Kr. Det var her blevet paastaet, at Kommunalbestyrelsens virkelige Hensigt med Forhøjelsen havde været at hindre Bevillingshaveren i at udnytte sin livsvarige Ret og saaledes paa en Maade at ekspropriere denne uden Vederlag; men førstvoterende, hvis Konklusion vedtoges, mente hverken, at der var Grund til at antage, at denne Hensigt havde foreligget, og ej heller, at Forhøjelsen var sket i udelukkende fiskalt Øjemed. Herefter blev Kommunen frifundet, idet dog en Dommer afgav dissenticrende Votum, hvori det bl. a. gøres gældende, at det for at statuere Ugyldighed ikke kan kræves, at der *udelukkende* er taget fiskale Hensyn; det er tilstrækkeligt, at fiskale Hensyn har været „bestemmende“ ved Ansættelsen af Afgiftsbeløbet.

Kommunalbestyrelsen i Stavanger havde vedtaget nogle meget vidtgaaende Lukkebestemmelser angaaende Salg og Udsækning af Øl, Vin m. v. En Person, der var tiltalt for Overtrædelse af disse Bestemmelser, gjorde gældende, at de var ugyldige, fordi Hensigten dermed ikke var den at regulere, men at „ramme Vinhandelen“. Førstvoterende, hvis Konklusion vedtoges, udtalte imidlertid, at Kommunalbestyrelsens Beslutning „tilsigter at hæmme Drikkeondet, befordre Ædrueligheden og ikke maa karakteriseres som et maskeret Forsøg paa at udhule de ældre, livsvarige Salgsrettigheder for derigennem at opnaa billig Værdsættelse ved en fremtidig Ekspropriation“.²⁾

Ogsaa i andre Tilfælde er det af Højesteret anset for afgørende, om Forvaltningen saaledes har tilsigtet at „udhule“ Rettigheden³⁾ eller — som det udtales i Dissensen til Dommen i N. R. T. 1919 p. 462, jfr. ndrfl., at ramme „de af Forbudet omfattede Rettigheders Substans ... for ad indirekte Vej at borteliminere det offentliges Erstatningspligt til Rettighedshaverne“.⁴⁾

En provisorisk Anordning af 7. August 1914 bemyndigede Politiet til at forbyde Indhaveren af en Forretning at sælge

¹⁾ N. R. T. 1913. 273, jfr. Knoph p. 99.

²⁾ N. R. T. 1913. 773, jfr. Knoph p. 99.

³⁾ N. R. T. 1919. 120, jfr. Knoph p. 99.

⁴⁾ Se ogsaa ovenf. om Dommen N. R. T. 1913. 273.

eller udskænke Vin eller Ol, „naar samfundsmæssige Hensyn gør det paakrævet“. Da Politiet i Kristiania i Henhold hertil havde forbudt en Handlende saadant Salg, anlagde han Sag til Ophævelse af dette Forbud, idet han gjorde gældende, at Forbudet udelukkende var dikteret af *afholdspolitiske* Grunde. Højesterets Flertal giver ham dog ikke Medhold heri, men udtaler tværtimod, at der ved Forbudets Nedlæggelse maa antages at være taget „Hensyn til den ved Krigen skabte ekstraordinære Situation og de Farer, denne kunde indebære for Samfundet“. Man har altsaa ogsaa her lagt afgørende Vægt paa *Formaalet* med den trufne Foranstaltning.¹⁾

Gennem disse Domme har Norsk Retspraksis uomtvistelig anerkendt, at en Forvaltningsakt kan være ugyldig paa Grund af sit Formaal. Det er vel rigtigt, at den anførte Praksis for saa vidt er ensidig,²⁾ som de omtalte Domme alle angaar Alkohollovgivningen. Men dette er ikke nogen *retlig* Ensidighed; de faktiske Omstændigheder kan forme sig paa ganske tilsvarende Maade paa andre Forvaltningsomraader, og der vil da ikke være nogen Grund til at antage, at Højesteret ikke ogsaa her skulde anerkende det ulovlige Formaal som Annulationsgrund. — At denne Annulationsgrund særlig er blevet praktisk paa Alkohollovgivningens Omraade hænger sammen med, at den politiske Strid om hele Alkoholspørgsmaalet har tilspidset Anskuelserne og gjort Forvaltningen „uneutral“ i Anvendelsen af den gældende Ret. Et tilsvarende Fænomen kan iagttages i Frankrig. Næppe paa noget andet Forvaltningsomraade trives her Magtfordrejelsen saa frodigt som indenfor den kirkelige, eller rettere antikirkelige Lovgivning. Den lange politiske Kamp om disse Spørgsmaal har ført Forvaltningsorganerne, først og fremmest naturligvis Ministrene, ud af den uhildede Stilling, som i *retlig Henseende* maa være det første og sidste Bud.

Iovrigt har norsk Retspraksis ogsaa paa andre Omraader anerkendt Betydningen af det Formaal, hvoraft Forvaltningsakten udspringer. Allerede i 1901³⁾ udtaler Højesteret i en

¹⁾ N. R. T. 1919. 449, jfr. Knoph p. 100—101. Se om en ganske lignende Sag N. R. T. 1919. 462.

²⁾ Jfr. Knoph p. 97.

³⁾ N. R. T. 1901. 649, jfr. ogsaa den af Knoph p. 102 refererede Dom, N. R. T. 1918. 648.

Sag vedrørende en Vejs Omlægning, at „der er ikke Grund til at antage, at det er andet end offentlige Hensyn, der har ledet Autoriteterne. Hensynet til en saa stor Bedrift indenfor Kommunen som Bergens mekaniske Værksted, der beskæftiger en Arbejdsstok af 600—700 Mand, maa nemlig ... utvivlsomt ogsaa siges at være et offentligt Hensyn“.

Fra *den svenske Regeringsrets Praksis* foreligger en Dom, der klart anerkender Magtfordrejning som Ugyldighedsgrund:

En Kommunalbestyrelse havde i Medfør af Bypalanloven vedtaget, at et nærmere angivet Areal ikke maatte bebygges. Denne Bestemmelse annullerer Regeringsretten med følgende Begrundelse: ... enär den ... klandrade bestämmelsen ej påkallades för att på lämpligt sätt kunna ordna byggnadsverksamheten inom kvarteret, utan allenast tillkommit för underlättande framdeles av kajens förlängning västerut ..., men ett dylikt ändamål, jämlikt grunderna för hithörande stadsganden i gällande stadsplanlag, icke finge tillgodoses genom särskilda, mot vederbörande tomtägarers bestridande beslutade byggnadsbestämmelser, ...¹⁾

I *dansk* judicial og administrativ *Praksis* findes adskillige Tilfælde, hvor den omhandlede Ugyldighedsgrund er anerkendt, dels direkte, dels forudsætningsvis. Domstolene har altsaa ikke ved Grundlovsbestemmelsen om, at det (kun) tilkommer dem at paakende Spørgsmaal om *Øvrighedsmyndighedens Grænser*, fundet sig afskaaret fra at efterprøve, om det administrative Skøn er udøvet i et Formaal, som ligger udenfor det handlende Organs forvaltningsretlige Opgaver. Naar Spørgsmaalet iøvrigt forholdsvis sjældent kommer til Domstolenes Prøvelse, beror det i væsentlig Grad paa, at disse kun tilsteder Spørgsmaal fra den, i hvis *Rettigheder* Forvaltningsakten gør Indgreb.

En Bygningskommission havde meddelt Dispensation fra visse Bestemmelser i Byggeloven af 12/1 1858 bl. a. paa det Vilkaar, at Brandgavlens Højde ikke kommer over Underkanten af Naboejendommens Vinduer. Overretten, hvis Dom blev

¹⁾ Reg. R. 1917. 126. — Reg. R. 1920. 107 angaar et Tilfælde, hvor det kan være tvivlsomt, om Motivet til den trufne Beslutning tør kaldes sagligt eller usagligt.

stadfæstet af Højesteret,¹⁾ ansaa dette Vilkaar (og *et senere til dens Opfyldelse sigiende Paalæg* fra Bygningsinspektøren) for ugyldig, idet det antoges motiveret ved, at en Beboelseslejlighed i Naboejendommen ved Hævd formentes berettiget til at forlange tilstrækkelig Lys og Luft. „Det maa imidlertid anses at ligge udenfor Bygningsinspektørens eller Bygningskommissionens Competence“, siger Dommen, „at varetage Naboejendommens Ejers Interesse m. H. t. Spørgsmaalet, om der for denne Ejendom maatte være vundet Hævd paa en Servitut over Ejendommen“.

*Matzen*²⁾ nævner endvidere en Overretsdøm, der frikender en Grundejer for Overtrædelse af et af Bygningsinspektøren for Byggeapprobationen stillet Vilkaar, nemlig at Bygningen ikke anbragtes paa en nærmere betegnet Del af Grunden, „da dette Forbud maa antages motiveret ved den Ejendommen i Medfør af kgl. Resolution af 14. November 1810 paahvilende Servitut, hvorefter Forhaven ikke maa bebygges, men det ligger udenfor Bygningsinspektørens Competence at paase denne Servituts Overholdelse.“ — Et Vilkaar som det omhandlede kunde Bygningsinspektøren dog naturligvis ikke diskretionært indføje i Approbationen, og der foreligger derfor en Forvaltningsakt med *ulovligt Indhold*.³⁾

Anføres kan derimod Højesteretsdøm af 19.1 1915,⁴⁾ der dog ikke angaar Spørgsmaalet om Ugyldighed af en Forvaltningsakt, men derimod et Erstatningskrav: Et Sogneraad havde meddelet en Forening Tilladelse til at anlægge en Træksporbane paa og langs en Strækning af en offentlig Bivej, bl. a. paa Be-

¹⁾ H. R. D. U. f. R. 1881, 157, jfr. U. f. R. 1880, 1052, jfr. *Matzen* III, 1909, p. 221.

²⁾ III, 1909, p. 221. U. f. R. 1877. 717.

³⁾ *Matzen* anfører (III p. 221), at *détournement de pouvoir* ogsaa kan forekomme ved en faktisk Foranstaltning, idet der da bliver Spørgsmaal om Straf og Erstatning. Dette har imidlertid intet med Forvaltningsakter at gøre, dette Ord taget i moderne Forstand. De af *Matzen* anførte Domme, U. f. R. 1877, 1138 (Hustugt), 1899, 203 (Skoletugt) og 1908, 543 (Tilbagebetaling af Tilladelse til at hensesidde i uskiftet Bo) synes iøvrigt ikke at kunne anføres i denne Forbindelse.

⁴⁾ U. f. R. 1915. 257, jfr. U. f. R. 1913. 603—604. Jfr. N. Cohn, *Juridisk Tidsskrift*, 1917, p. 62.

tingelse af, at Selskabet i Forbindelse med Anlægget lod udføre et Opfyldningsarbejde paa vedkommende Vejstrækning. En tilgrænsende Lodsejer protesterede mod denne Opfyldning og gjorde senere Krav paa Erstatning for de derved forvoldte Vanskeligheder i Ejendommens Adgangs- og Vandafledningsforhold. Højesteret frifandt Kommunen, idet Dommen bl. a. fremhæver, at „der (maa) gaas ud fra, at Vedtagelsen af ... de ommeldte Forandringer ... har fundet Sted for at faa disse Veje grundforbedrede og ikke — eller dog ikke alene — *for at skaffe det indstævnte Selskab en Mergelbane*“. Det forudsættes her, at Vedtagelsen vilde have været retsstridig (ugyldig), hvis dette sidste havde været Formaalet.

Ogsaa i administrative Afgørelser har Sætningen om Ugyldighed paa Grund af Formaalet fundet en vis Anerkendelse:

Til Erhvervelse af Forsørgelsesret i en Kommune kræves efter Fattiglovens § 16 Ophold i Kommunen i 5 Aar, uden at vedkommende i den Tid har nydt Fattighjælp. Erfaringen viser nu, at Kommunalbestyrelserne, navnlig paa Landet, er i Besiddelse af rig Opfindsomhed i Henseende til at træffe Foranstaltninger, der sigter til at skaffe en Person Ophold udenfor Kommunen og til, at den paagældende ikke under et saadant Ophold erholder Fattigunderstøttelse.¹⁾ Saadanne „uværdige Transaktioner“, der tilsigter „at frigøre Kommunen ... for en økonomisk Byrde ved at vælte denne over paa en anden Kommune“, har Indenrigsministeriet frakendt den tilsigtede Rets-

¹⁾ Indenrigsministeriets Skrivelse No. 195, 25/9 1874, Ministerialtidende A. p. 172 (vedkommende blev „ved Foranstaltning“ af 3 Medlemmer af Sogneraadet „transporteret“ ud af Sognet). Indenrigsministeriets Skrivelse No. 144, 26/8 1878, Min. Tid. A. p. 115 (Indsamling af Bidrag fra Beboerne i Sognet til Indkøb af et Hus i et andet Sogn, til Rejsen og Forplejning undervejs og i Tiden umiddelbart efter Ankomsten, 50 Rd. til Indkøb af en Ko, samt Skatter og Renter af Huset! — Ikke uden Støtte i de faktiske Forhold udtaler Ministeriet her, at „Bidragene ingenlunde ere blevne ydede for at sætte den paagældende i Stand til at føre en selvstændig Tilværelse ... men netop for at fjerne ham fra Kommunen ...“). Indenrigsministeriets Skrivelse No. 128, 25/3 1892, Min. Tid. A. p. 119 (Ydelse af Alderdomsunderstøttelse ganske kort Tid inden 5 Aars Fristens Udløb og efter at vedkommende af Sogneraadet var opfordret til at søge om saadan Understøttelse, jfr. § 7 i Alderdomsunderstøttelsesloven af 9/4 1891).

virkning. Ofte vil de paagældende Foranstaltninger være af faktisk Art, men de kan ogsaa forekomme som egentlige Forvaltningsakter, der da vil være ugyldige. Da Sogneraadet saaledes en Gang havde beordret en Vogn til at befordre den paagældende ud af Sognet, betegnede Indenrigsministeriet dette som „aabenbar og uforsvarlig Misbrug af Sogneraadets Ret til at udskrive Sognekorsler“.¹⁾

Ifølge § 10 i Bygningsloven for Frederiksberg²⁾ skal ny Vej- anlæg approberes af Kommunalbestyrelsen. I Anledning af en til saadan Approbation foreliggende Vejplan spurgte Kommunalbestyrelsen Justitsministeriet, om den var berettiget til at nægte Approbation — uanset at Planen i og for sig opfyldte de Fordringer, der kan stilles efter den nævnte Lovbestemmelse — af Hensyn til, at den eventuelle Etablering af et Forbindelsesspor vilde faa Indflydelse paa Grundens Benyttelse. Justitsministeriet besvarede dette Spørgsmaal benægtende.³⁾

Det er dog ingenlunde altid eller paa alle Omraader, at Forvaltningen selv har haft Øje for det forkastelige og ulovlige i, at Forvaltningsorganerne forfølger uvedkommende Formaal. Eksempelvis skal her nævnes, at da nogle Højskoleforstandere under den politiske Kamp i Provisorietiden nægtede at betale de kongelige Skatter (under Henvisning til den dagældende Grundlovs § 49), lod Kirke- og Undervisningsministeren under Paaberaabelse heraf vedkommende Folkehøjskoler udgaa af Fortegnelsen over de Skoler, hvis Elever kunde erholde Understøttelse fra Skoleraadene.

I et andet Tilfælde begrundedes en saadan Nægtelse af Understøttelse rent ud med Forstanderens Udtalelser paa et politisk Møde.⁴⁾

¹⁾ Indenrigsministeriets Skr. No. 195, 25/9 1874, Min. Tid. A. p. 172.

²⁾ Bekendtgørelse No. 212 af 1/8 1912.

³⁾ Justitsministeriets Skr. No. 227 af 7/1 1918, Min. Tid. A. p. 323.

⁴⁾ Skr. fra Kirke- og Undervisningsministeriet No. 113 20/9 1886, Min. Tid. A. p. 119.

Kapitel IX.

ANDRE MANGLER VED DET FRIE SKØN. MEDFØRER VIRKSOMHEDSMANGLER NULLITET ELLER ANFÆGTELIGHED?

§ 29.

Andre Mangler ved det frie Skøn.

Med en Ensidighed, der tillige har været en Styrke, har C. d'E. i sin Kritik af de diskretionære Forvaltningsakter slaact ned paa *Formaalet*; dette er gjort til Kriteriet paa godt og ondt. Man har nok været klar over, at ogsaa andre Omstændigheder end det subjektive Formaals kan være bestemmende for Skønnets Rigtighed, f. Eks. faktisk Vildfarelse, men endnu har man ikke dristet sig til at søge Annulationsgrunde udenfor de klassiske 4 „ouvertures“.

Æren for at have henledet Opmærksomheden paa saadanne andre Mangler ved det administrative, frie Skøn tilkommer tysk Teori og Praxis. Man er her gaaet meget vidt i Retning af at opstille „indre“ Grænser for det frie Skøn. De forskellige Forfattere søger at opstille hver sine Kategorier af saadanne Grænser, og naar man da¹⁾ forsøger at danne et System med almindelig Gyldighed ved en Slags Addition af alle disse Kategorier, bliver Resultatet naturligvis temmelig broget. En tysk Politieembedsmand skal se sig godt for, hvis han vil undgaa at komme i Strid med en af *Walter Jellineks*) „indre“ Grænser.

Der har da ogsaa lydt Advarsler mod, at Forvaltningsdomstolene udøver en *for vidtgaaende Prøvelse* af det frie Skøn³⁾:

¹⁾ Jfr. W. Jellinek, Gesetz osv. p. 335.

²⁾ W. Jellinek, Gesetz osv. p. 337—349.

³⁾ Hofacker p. 248—261.

dette kan undergives saa mange „Grundsätze“, „dass die gebundenste Gesetzesanwendung gegenüber dieser Häufung von Fesseln als Freiheit erscheint“.¹⁾

Under Benævnelsen „Die fehlerhaften Erwägungen“ opstiller W. Jellinek²⁾ saaledes ikke mindre end 9 Ugyldighedsgrunde, nemlig: 1) „Die irrige Annahme eines Gebundenseins durch Gesetz, Tatbestand oder Dienstbefehl“, — 2) „Die irrige Annahme der Freiheit von einer durch Gesetz, Tatbestand oder Dienstbefehl gesetzten Schranke“, — 3) „Die Meinung nach freiem Belieben wählen zu dürfen“. Disse 3 Kategorier er alle Former, om end ikke udtømmende, for Retsvildfarelse og faktisk Vildfarelse. — Forfatteren nævner dernæst: 4) „Die Nichtberücksichtigung der dem Untertan günstigen Umstände“. Her ved forstaas nærmest Mangel ved den ydre Fremgangsmaade („Verfahren“), — 5) „Die Berücksichtigung von etwas unrichtigem zu Ungunsten des Untertans“. Her er, ligesom under 1—3, Tale om faktisk og retlig Vildfarelse. — 6) „Berücksichtigung eines unsachlichen Gesichtspunkts, insbesondere die Verfolgung eines unsachlichen Zwecks“. Disse Mangel svarer til det ulovlige Formaal (*détournement de pouvoir*). — 7) „Mangelnde Sorgfalt bei Abwägung der Gründe und Gegenstände“. Der tales her om Vurderingen og den indbyrdes Afvejelse af de forskellige Interesser, som spiller ind ved Afgørelsen (Forfatteren forestiller sig denne som et Karaktersystem, hvor Pointene opføres pro et contra, sammentælles og sammenholdes). Den egentlige Vurdering af de enkelte Interesser tør Forvaltningsdomstolene ikke kritisere, men derimod „die Art und Weise des Zustandekommens der Bewertung“. (Pointenes Sammentælling og Sammenholden). Bortset fra, hvad der iøvrigt vilde kunne indvendes mod denne Betragtningssmaade, skal det her kun fremhæves, at Paavisningen af den omhandlede Mangel — Udtrykket „Art und Weise“ til Trods — synes at maatte være Udslag af en *materiel* Kritik af det udøvede Skøn, ikke en Kritik af „die Erwägungen“. — 8) „Grundsatzlosigkeit oder die Willkür“ foreligger efter W. Jellinek, hvor Forvaltningen behandler ensartede Tilfælde forskelligt. Dette er imidlertid en Omstændighed, der vedrører Forvaltningsaktens *Indhold*,

¹⁾ Hofacker p. 258.

²⁾ W. Jellinek, Gesetz osv. p. 337.

hvilket Forfatteren ogsaa synes at erkende.¹⁾ — 9) „Mangelnde Folgerichtigkeit“. Her gøres det gældende, at naar Forvaltningsorganet har indstillet sit Skøn paa et af flere Synspunkter, saa vil Forvaltningsakten være at bedømme efter *dette* Synspunkt og være ugyldig, hvis den ikke dækkes deraf. Eksempel: Politiet træffer en Vejpoliti-Foranstaltning angaaende Renholdelse af en *Privatvej*. Naar da Dommeren kommer til den Erkendelse, at private Veje ikke er undergivet *Vejpolitiet*, tør han ikke gaa ind paa en Undersøgelse af, om Forvaltningsakten muligen lader sig begrunde som *Sikkerhedspoliti-Foranstaltning*.

Af disse Mangler skal her kun omtales Retsvildfarelse og „manglende Følgrigtighed“; nedenfor i Afsnittet om Indholds- mangler skal gøres nogle Bemærkninger om de under 8) nævnte Forhold. De andre af W. Jellinek her opregnede Mangler er der efter det tidligere udviklede ikke Anledning til nærmere at drøfte paa dette eller et senere Sted.

a) Hvad nu angaar „manglende Følgrigtighed“, saa maa det erkendes, at en Forvaltningsakt, der kun kan retfærdiggøres af et Synspunkt, som slet ikke har ligget bagved det udøvede Skøn, lider af en i sig selv alvorlig Fejl. Saa langt en Forvaltningsakt er diskretionær, er den i Henseende til Gyldigheds- spørgsmaalet udenfor enhver retlig Kritik *quoad sit materielle Indhold*; dette fastsættes retlig set suverænt af det handlende Forvaltningsorgan. Naar da Retsordenen tillægger Forvaltningen en saadan Magtstilling, saa er det ud fra en Præsumption om, at hvad det paagældende Forvaltningsorgan under en Række, til Dels tidligere omtalte, retlige Garantier skønner rigtigt, det *er* ogsaa rigtigt. Men denne Præsumption synes ikke at kunne gælde, hvor det eller de Synspunkter, som alene kan retfærdiggøre den trufne Foranstaltning, slet ikke har været fremme under Udøvelsen af Skønnet. Der er her saa at sige handlet i Blinde. Den trufne Bestemmelse *kan* være rigtig, men der mangler en meget væsentlig Garanti for, at den er det.

¹⁾ W. Jellinek p. 349: „Als eigentlicher Ermessensfehler kommt das Verbot der Grundsatzlosigkeit kaum in Betracht. Es kann sich höchstens um den Fall handeln, dass die Behörde in den Gründen die Ansicht vertritt, sie dürfe gleiche Sachlagen ungleichmässig beurteilen“. — Dette sidste er altsaa allerede indbefattet under 2) („Die irrige Annahme der Freiheit“).

Imod at lade denne Mangel bevirke Ugyldighed kunde det anføres, at hvis Forvaltningsorganet, naar der bliver Spørgsmaal om at annullere Forvaltningsakten, fastholder denne udfra et nyt Synspunkt,¹⁾ der er i Stand til at retfærdiggøre Afgørelsen, saa har det handlende Organ jo netop skønnet paa rette Maade, saa svæver Afgørelsen ikke længere i Luften. Hertil skal dog bemærkes, at dette ny Skøn, der altsaa kommer *post festum*, netop af denne Grund som oftest ikke vil være uhildet. Naar det ikke drejer sig om Annulation fra selve det Forvaltningsorgan, der har givet Forvaltningsakten — og undertiden ogsaa i dette Fald — vil den paagældende Myndighed staa *som Forsvarer* for sine egne Handlinger, og den vil i en saadan Situation let blive for opfindsom i Retning af at fremdrage alle mulige Synspunkter for den trufne Foranstaltning.

Hvad Resultat man nu end maatte komme til udfra saadanne, rent teoretiske Overvejelser, saa synes der i hvert Fald ikke at være tilstrækkelig *praktisk Trang* til at ophøje denne Mangel til Ugyldighedsgrund. Forholdet er her et ganske andet, end naar Talen er om det ulovlige Formaål, hvor, efter Retspraksis' Vidnesbyrd, en saadan praktisk Trang netop gør sig stærkt gældende. Denne Forskel beror paa, at den sidstnævnte Mangel gennemgaaende har sit psykologiske Udspring i egoistiske og andre dadelværdige, men stærkt virkende menneskelige Tilbøjeligheder, medens der ikke er Tale om noget saadant ved den Ugyldighedsgrund, som her omhandles.

Denne Betragtning finder ogsaa Støtte, naar man kaster et Blik paa Retspraksis, der i hvert Fald kun undtagelsesvis her har statueret Ugyldighed. Udenfor Tyskland synes man ikke at have været inde paa saadant. Fra O. V. G. foreligger der derimod nogle, af W. Jellinek anførte²⁾ Domme, der gaar i den anførte Retning:

I en Sag,³⁾ der drejede sig om Politiets Beføjelse til at overvære en Forætningsfest, udtaler O. V. G. saaledes: „Aus den vorgelegten polizeilichen Akten ergibt sich, dass die Entsendung der Beauftragten nicht aus sicherheitspolizeilichen Gründen, sondern ausschliesslich zum Zwecke der Ueber-

¹⁾ Se saaledes O. V. G. 56. 299.

²⁾ W. Jellinek, Gesetz osv. p. 323 Note 7 og 8.

³⁾ O. V. G. 56. 299, jfr. 58, 288.

wachung der Veranstaltungen erfolgt ist ... Es kommt daher lediglich in Frage, ob die Entsendung der Beauftragten in die beiden Veranstaltungen nach den Vorschriften des Reichsvereinsgesetzes zulässig war". (Politiet havde bagefter paa-
staaet, at Foranstaltningen ifølge en særlig Politiforordning ogsaa var hjemlet af Grunde vedrørende *Sikkerhedspolitiet*).

I en anden¹⁾ af O. V. G.s Afgørelser siges det, at „der Verwaltungsrichter (kann) nicht an Stelle der Polizeibehörde ein Ermessen eintreten lassen, an dem es bei der Polizeibehörde gänzlich gefehlt hat“.

I andre Domme synes dog den modsatte Anskuelse at være den herskende.²⁾ Det siges saaledes: „... nach der feststehenden Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts kommt es nicht darauf an, ob die Polizeibehörde selbst bei Erlass ihrer Verfügung überall von zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist, sondern nur darauf, ob die Verfügung objektiv dem bestehenden Rechte entspricht“.³⁾

b) Retsvildfarelse vedrørende det Anliggende, som er Genstand for en Forvaltningsakt, kan være af den Art, at den overhovedet ikke influerer paa Afgørelsen. En Husejer i Königsberg modtog til Eksempel Meddelelse fra Politiet om, at da Gavlen i hans Ejendom i Henhold til Byggevedtægten vilde være at betragte som Brandmur ved den paabegyndte Bebyggelse af Nabogrunden, maatte de i Gavlen værende Vinduer straks tilmures. Efter den rette Forstaaelse af Byggevedtægten var Husgavle som denne at betragte som Brandmure ogsaa før den tilstødende Grund blev bebygget; men denne Vildfarelse kunde naturligvis ikke paavirke Forvaltningsakten, al den Stund det i ethvert Fald var givet og antaget af vedkommende Politimyndighed, at den omhandlede Egenskab var til Stede, da Paa-
lægget blev meddelt.⁴⁾

Omvendt vil en Retsvildfarelse kunne medføre, at Forvaltningsakten bliver materielt ulovlig; denne Mangel vil endog

¹⁾ O. V. G. 42. 381.

²⁾ Ja, endog i den sidstnævnte Dom siger O. V. G., i Forbindelse med den citerede Udtalelse, at en Politiforanstaltning maa opretholdes, „sobald sie aus irgend einem Grunde gerechtfertigt ist“.

³⁾ O. V. G. 36. 403, jfr. 6. 307 og 40. 371.

⁴⁾ O. V. G. 6. 307.

oftest bero paa, at vedkommende Forvaltningsorgan har misforstaaet eller savnet Kendskab til den gældende Ret.

Ingen af disse Tilfælde giver her Anledning til særlige Drøftelser. Det første konstituerer overhovedet ikke nogen Mangel ved Forvaltningsakten, og det sidste faar ingen selvstændig Betydning, idet det for Bedømmelsen af en materielt ulovlig Forvaltningsakt er ligegyldigt, om Ulovligheden skyldes Retsvildfarelse, bevidst Tilsidesættelse af Retsreglen, faktisk Vildfarelse eller andre Grunde.¹⁾ — *Selvstændig Betydning* for Forvaltningsaktens Gyldighed faar Retsvildfarelsen kun, naar den paa den ene Side har kunnet have Indflydelse paa den trufne Bestemmelse, medens den dog paa den anden Side ikke har bevirket, at denne er blevet materielt ulovlig; med andre Ord, naar den har *virket paa det administrative, frie Skøn*. Her antager W. Jellinek, som ovenfor nævnt, at der indtræder Ugyldighed, hvis Forvaltningsorganet har handlet i den fejlagtige Antagelse at være bundet ved Loven til at give en Forvaltningsakt som den foreliggende, medens det i Virkeligheden havde en vis Frihed til at træffe en skønsmæssig Afgørelse, samt hvor Forvaltningsorganet vel har været sig en Del af sit Frihedsomraade, men ikke hele dette bevidst. — Denne Forfatter mener ogsaa, at det omvendte Tilfælde, at Forvaltningsorganet tror sig frit stillet, medens det i Virkeligheden var bundet, eller dog friere stillet end efter Loven, kan faa en vis selvstændig Betydning, om end Forholdet her sædvanlig vil være det, at Forvaltningsakten bliver materielt retsstridig.

Disse Forhold er nær beslægtet med den ovenfor omtalte „manglende Følgerigtighed“ og med faktisk Vildfarelse, idet Forvaltningsakten i alle disse Tilfælde ikke bæres oppe af noget paa *rigtige Forudsættninger* hvilende Skøn. Spørgsmaalet er da, om der er Grund til at anlægge et i Forhold til de nævnte Mangler særlig strengt Synspunkt for Bedømmelsen af Gyldighedsspørgsmaalet, hvor Forvaltningsorganet har befundet sig i Ukendskab eller Misforstaaelse m. H. t. den gældende, objektive Ret. Hertil vil der formentlig ikke være tilstrækkelig

¹⁾ de Valles p. 176: „... l'atto è viziato nel suo contenuto, per violazione di legge, e si rende allora inutile porre in luce il vizio che affetta la volontà, nel momento della sua formazione“.

Anledning, hvor Retsvildfarelsen¹⁾ alene bestaar i Antagelsen af en vis større eller mindre Frihed i Afgørelsen end den, der virkelig tilkommer Forvaltningsorganet. Det er vel rigtigt, at en saadan Vildfarelse ofte vil medføre et urigtigt Udfald af Skønnet, men dog næppe i højere Grad end en Række andre Omstændigheder, saasom manglende Sagkundskab i det enkelte Tilfælde, Overfladiskhed osv., der ikke vil kunne vitiere Gyldigheden.

Kun hvor Forvaltningsorganet i Strid med Loven har troet sig *udelukket fra ethvert Skøn*, altsaa følt sig bundet til at træffe netop den foreliggende Afgørelse, kan der være Grund til at antage, at Forvaltningsakten bliver ugyldig; den trufne Afgørelse er her en *nødvendig Følge* af Retsvildfarelsen.

Imod at statuere Ugyldighed i saadanne Tilfælde kunde det ganske vist anføres, at en lignende urigtig Forudsætning om, at en Skønsafgørelse er udelukket, ogsaa kan forekomme ved faktisk Vildfarelse, som dog, efter hvad ovenfor er udviklet, ikke bør anerkendes som selvstændig Ugyldighedsgrund.²⁾ — Der kan dog sikkert anføres gode Grunde for at stille sig noget strengere overfor Retsvildfarelse end overfor den faktiske Vildfarelse. Denne sidste ligger det i et vist Omfang i Borgernes Magt at fjerne eller hindre; men Retsvildfarelsen er det alene de offentlige Myndigheders Sag at vogte sig for. Retsvildfarelsen er ogsaa farligst af de to, fordi den gennem Gentagelse kan blive til urigtig Retspraksis.³⁾ Den faktiske Vildfarelse har derimod udspillet sin Rolle med Afgørelsen af det foreliggende Tilfælde. Det er saaledes ikke urimeligt, at Retsvildfarelsen faar en strengere „Sanktion“ end den faktiske Vildfarelse, selv

¹⁾ Om denne angaar en egentlig Retsregel eller kun en intern Forskrift (Tjenesteinstruktion, Cirkulære) bliver i denne Forbindelse uden Interesse, jfr. ogsaa W. Jellinek, Gesetz osv. 339—340.

²⁾ Jfr. Friedrichs p. 283, Note 13, der bemærker, at hvorvel Politiets frie Skøn er særlig vidtgaaende m. H. t. Nægtelse af Dispensationer, „so kann doch durch die Versagung ein Recht des Antragstellers verletzt werden, wenn die Polizeibehörde ... sich gebunden glaubt, weil sie die rechtliche Zulässigkeit der Dispensation oder das Vorhandensein eines der Dispensation rechtfertigenden Tatbestandes zu Unrecht verneint“. Her sidestilles netop de to Slags Vildfarelse.

³⁾ Jfr. ovfr. p. 148.

om de to Slags Mangler i det enkelte Tilfælde kan føre Forvaltningsorganet lige langt bort fra den materielt rigtige Afgørelse.

Hvad Retspraksis angaar synes der næppe at kunne tillægges de ovenfor p. 222 anførte Afgørelser fra O. V. G.¹⁾ nogen afgørende Betydning i denne Forbindelse. De udtaler, at det ikke kan komme an paa, om Politimyndigheden „überall von zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten ausgegangen ist“. I en anden Dom udtaler O. V. G.,²⁾ at den af forrige Instans truffene Afgørelse vilde have været at ophæve, „wenn etwa der Vorderrichter sich auf den grundsätzlichen Standpunkt gestellt hätte, dass das pflichtmässige Ermessen, nach welchem ... der Amtsvorsteher zu entscheiden hat, dergestalt massgebend und bindend sei, dass eine weitere Erörterung und etwaige Berichtigung im Verwaltungsverfahren überhaupt nicht mehr erfolgen dürfe.“³⁾ Ogsaa B. V. G. H. synes at anse en saadan urigtig Antagelse af Lovbundethed for Ugyldighedsgrund. Denne Forvaltningsret udtaler i en Dom, at den selv er inkompetent til at træffe Afgørelse af, om en omdebatteret Foranstaltning er til unødvendigt Besvær for Handel og Produktion, men at den forrige Instans var baade berettiget og forpligtet til ogsaa at afgøre et saadant Skønsspørgsmaal. Da denne Instans imidlertid slet ikke havde taget dette Spørgsmaal under Behandling, idet den var gaaet ud fra, at det endeligt var afgjort i de tidligere Instanser, ophævede B. V. G. H. dens Afgørelse i Sagen.⁴⁾

§ 30.

Medfører Virksomhedsmangler Nullitet eller Anfægtelighed?

Det er almindelig antaget, at de i Kapitel V—IX omhandlede Mangler ikke medfører Nullitet, men kun Anfægtelighed,⁵⁾ hvilket formentlig er rigtigt og stemmende med det ovenfor § 7 anførte.

¹⁾ O. V. G. 36. 403, 6. 307, 40. 371.

²⁾ O. V. G. 1. 255.

³⁾ Jfr. W. Jellinek, Gesetz osv. 338 Note 10. Dommen angaar, som det ses, Retsvildfarelse i en Forvaltningsdomstols Afgørelse.

⁴⁾ B. V. G. H. 22. 19 (25), jfr. ogsaa B. V. G. H. 25. 244 samt 4. 261.

⁵⁾ Otto Mayer I. 97—98, Kormann 272, 401, 402; Alcindor p. 18, jfr. p. 49. Se derimod Fleiner p. 195.

Hvad først angaar de „indre“ Virksomhedsmangler, vil det af det foregaaende være klart, at saadanne Mangler nok kan være særdeles *grove*, d. v. s. egnede til at hidføre Forvaltningsakter med et Indhold, som fjerner sig langt fra det rette; men de vil dog hverken gennem selve den Forvaltningsakten konstituerende Udtalelse eller iøvrigt lægge sig for Dagen paa ydre, let iagttagelig Maade. Manglen er af *indre, psykologisk Art*, og Spørgsmaalet, om den foreligger, vil derfor normalt alene kunne besvares efter indgaaende Undersøgelse og Overvejelse. Heraf følger, at Forvaltningsakten bør anses for gyldig, indtil den dertil kompetente offentlige Myndighed har udtalt Ugyldigheden. Ingen har heller turdet hævde, at Svig, ulovligt Formaal eller andre indre Virksomhedsmangler skulde kunne bevirke Nullitet.

De „ydre“ Virksomhedsmangler, (manglende Offentlighed, Høring osv.) vil derimod umiddelbart bero paa visse objektive Forhold og kan derfor lettere konstateres. Men det Forhold, som konstituerer Manglen, giver sig dog normalt ikke til Kende i eller i Forbindelse med selve Forvaltningsakten, saaledes som Tilfældet derimod er til Eksempel ved Formmangler. Ofte vil det vel i Afgørelser, som ifølge Lovgivningen kun kan træffes efter forudgaaende Høring af et andet Forvaltningsorgan, være anført, at en saadan Høring har fundet Sted; men *forpligtet* til at anføre dette er Forvaltningsorganet ikke. At Forvaltningsakten ikke, hvor en saadan Høring er paabudt, henviser til denne, kan derfor ikke tages som Bevis for, at den ikke har fundet Sted. *Normalt* vil det først efter en nærmere Undersøgelse kunne bringes paa det rene, om Forvaltningsakten er behæftet med en af disse Mangler. — Heller ikke de ydre Virksomhedsmangler kan da begrunde Nullitet.

Kapitel X.

INDHOLDSMANGLER. PRINCIPET OM LOVMÆSSIG FORVALTNING.

De Normer, hvis Tilsidesættelse bevirker de i det foregaaende omhandlede Mangler, er alle af formel Art, idet de intet udsiger om Forvaltningsaktens dispositive Indhold; de tilsigter derimod alle — udelukkende eller delvis — at skabe *Garantier* for dette Indholds Retmæssighed og materielle Rigtighed iøvrigt.

Ved Siden heraf findes der imidlertid talrige, udtrykkelige og stiltiende Retsregler og Retsprinciper, der indvirker direkte normativt paa Forvaltningsaktens Indhold. Denne normative Indvirkning er dog af højst forskellig Intensitet. Undertiden er Forvaltningsaktens Indhold og faktiske Forudsætninger udtømmende (eentydigt) bestemt af Reglen. Forvaltningsakten er her kun *viva vox legis*. I andre Tilfælde aabner Regelen et vist Spillerum i de nævnte Henseender, indenfor hvilket da det frie Skøn maa finde den endelige Løsning. Og endelig er visse forvaltningsretlige Principer, selv om de direkte normerer Forvaltningsaktens Indhold, dog af en vis formel Natur, idet de kun gaar ud paa, at Indholdet skal være af en vis Bestemthed, eller at der skal herske en vis „Lighed for Skønnet“.

En udtømmende Fremstilling af disse Regler og Principer er naturligvis umulig indenfor denne Afhandlings Rammer. Den maatte først og fremmest beskæftige sig med hele den positive, materielle Forvaltningsret, hvis Regler udgør Hovedmassen af hele den positive, offentlige Ret og derigennem af den nyere Lovgivning i det hele taget. En saadan Fremstilling er overhovedet — betragtet som *een videnskabelig Opgave* — umulig. Den kan — med den moderne Overflod af forvaltningsretlige, navnlig af de „socialc“ Love for Øje — kun finde Sted efter en vis katalogiserende Metode.

Ej heller er Opgaven her just den at undersøge, hvorvidt Overholdelsen af saadanne, *positivt udtalte* Retsregler er en Betingelse for Forvaltningsaktens Gyldighed. Dette maa nemlig i og for sig betragtes som en Selvfølge, idet Lovens Forrang fremfor andre Statsytringer ikke kan drages i Tvivl under moderne, konstitutionelt Statsstyre. Hvor en Forvaltningsakts Indhold er uforeneligt med en positivt udtalt Retsnorm, er dens Ugyldighed derfor givet.¹⁾

Genstanden for Fremstillingen i dette og det følgende Kapitel er derimod *visse, ikke positivt udtalte Retsprinciper* vedrørende Forvaltningsaktens Indhold. Først skal da, i dette Kapitel, omhandles Principet om „den lovmæssige Forvaltning“.

§ 31.

Om lovmæssig Forvaltning. Særligt om Forholdet i Tyskland.

At en Forvaltningsakts Indhold ikke maa være i *positiv Strid* med de abstrakte Retsnormer, som behersker det paagældende Forhold, er ikke noget for den moderne, konstitutionelle Stat ejendommeligt.²⁾ Ogsaa i den absolutistiske Stat er de underordnede Forvaltningsorganer bundet af saadanne abstrakte Retsnormer, og de Forvaltningsakter, der er i Strid med disse, vil for saa vidt her lige saa vel som i Forfatningsstaten kunne være ugyldige. Ej heller er det i sig selv udelukket, at *manglende Hjemmel* i en abstrakt Retsnorm under den absolutistiske Statsform kan bevirke saadan Ugyldighed. Ligesom i den konstitutionelle Stat visse Anliggender ved Grundlov eller almindelig Lov kan være forbeholdt Lovgivningsmagten med Udelukkelse af Forvaltningen, saaledes kan ogsaa i den absolutistiske Stat de eller de Anliggender stiltiende være undtagne fra de sædvanlige Forvaltningsorganers Herredømme og forbeholdt en Ordning gennem almindelige Retsregler.

Ikke desto mindre er det med god Grund, at Principet om den lovmæssige Forvaltning sædvanligt sættes i Forbindelse med Forfatningsstaten.³⁾ Thi dels var i den førkonstitutionelle

¹⁾ Særdeles uklar paa dette Punkt er K o r m a n n, se p. 232 ff. og 279 ff.

²⁾ Jfr. dog Matzen III. 198.

³⁾ Jfr. Otto Mayer I. 57; Fleiner p. 121 („Der Verfassungsstaat hat den Grundsatz der „gesetzmässigen Verwaltung“ eingeführt“); de Valles p. 73.

Stat kun de *underordnede* Forvaltningsmyndigheder bundne af de almindelige Retsnormer, idet den øverste Statsmagts Indehaver til enhver Tid kunde træffe konkrete Bestemmelser, som var i Strid med saadanne Retsnormer,¹⁾ dels var disses Forrang over for konkrete Bestemmelser i det hele naturligvis *mindre stærkt betonet*, saalænge begge Grupper af Bestemmelser direkte eller indirekte havde deres Udspring fra samme statslige Organ, nemlig Fyrsten. Forst i det Øjeblik Folkerepræsentationen træder frem som den væsentligste Magtfaktor ved Givelsen af abstrakte Retsnormer, faar disse paa afgjort Maade Forrangen overfor Forvaltningens Dispositioner. „Nichtbeachtung des Gesetzes durch den Fürsten und seine Leute ist jetzt eine Verletzung der Rechte der Volksvertretung und des hinter ihr stehenden Volkes.“²⁾

Naar vi da, saaledes som det her er Opgaven, søger at klare os Forholdet i den moderne Forfatningsstat mellem Forvaltningsaktens Indhold og Retsnormerne, saa er der som foran nævnt ingen Vanskelighed forbundet med Bedømmelsen af de Tilfælde, hvor Forvaltningsakten er i positiv Strid med Normen, idet den t. Eks. tillader, hvad denne forbyder. At et Forvaltningsorgan ikke tør træffe en saadan Disposition, og at denne vil være ugyldig, er en given Ting.³⁾ I Principet om den lovmæssige Forvaltning ligger der ogsaa noget mere end dette. Som dette Princip sædvanligt opfattes, er det *Udtryk for, at Indgreb fra Forvaltningsmyndighedernes Side i Borgernes Frihed og Ejendom kun kan finde Sted med direkte eller indirekte Hjælp i en formel Lov eller dermed sidestillet Retsnorm.*⁴⁾

¹⁾ Jfr. Ørsted, Haandbog I. p. 161, om Privilegiers Collision med almindelige Love.

²⁾ Otto Mayer I. 58—59.

³⁾ Kun maa det erindres, at en Tilladelse, der er meddelt, uden at de for en saadan i Loven opstillede Betingelser er til Stede, muligen kan opfattes som en gyldig Dispensation, se t. Eks. O. R. D. af 23. Marts 1909, omtalt i U. f. R. 1913. 747.

⁴⁾ Jfr. Otto Mayer I. 71 ff., Fleiner 121 ff., Hatschek p. 8, Bühler p. 67, Berthélemy: De l'exercice de la Souveraineté par l'autorité administrative, Rev. d. d. publ. 1904, p. 209—227. Fredc Castberg opstiller følgende Princip: „Enhver statsviljesytring, som er rettet paa at stifte eller bringe til ophør for borgerne pligter eller rettigheder, som ikke er hjemlet i den eksisterende retsorden, maa afgøres i lovs form“, se N. R. T. 1918 p. 730.

Man taler her om „Vorbehalt des Gesetzes“, hvorved saadanne Indgreb er *forbeholdt* den lovgivende Magt. Saadanne Forbehold kan være udtrykkelig udtalt gennem Bestemmelser i Forfatningen (Grundrettigheder, Frihedsrettigheder)¹⁾ eller ved almindelige Love. Men ogsaa udenfor saadanne positive Bestemmelser er det mere end „et af den monarkiske Konstitutionalismes øverste Postulater“, at saadanne Indgreb kræver Lovhjemmel.²⁾ Navnlig gennem Forvaltningsretternes Praksis³⁾ tør det siges at have vundet Anerkendelse som en gældende Retsgrundsætning,⁴⁾ hvis Overtrædelse medfører Forvaltningsaktens Ugyldighed.

I Tyskland staar Teorien i Almindelighed paa dette Standpunkt. *Laband*⁵⁾ lader det være Kendemærket for Retsstaten, „dass der Staat von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, ihnen nichts befehlen und nichts verbieten kann, als auf Grund eines Rechtssatzes. Diese Rechtsregeln können im Gewohnheitsrecht begründet sein, bei den modernen staatlichen und rechtlichen Zuständen sind sie ge-

¹⁾ En Opregning af saadanne er almindelig i de konstitutionelle Forfatninger, ogsaa i de førrevolutionære tyske, se *Fleiner* 122—123 og *G. Anschütz*: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 181 ff. En Undtagelse dannede dog Rigsforfatningen af 1871 og den nordtyske Forbundsforfatning af 1866. „Es erklärt sich dass vornehmlich daraus, dass für die Schöpfer dieser Verfassungen die grossen nationalen Einheitsfragen begrifflicherweise durchaus und so sehr im Vordergrund standen, dass der in den Grundrechten sich verkörpernde Freiheitsgedanke dahinter ganz zurücktrat. (Anschütz p. 182).

Om saadanne „Grundrettigheder“ eller „Frihedsrettigheder“ betyder en Skranke for Statsmagten overhovedet eller kun for Forvaltningen er for nærværende Udvikling uden Interesse. Se iøvrigt *W. Jellineks* Forord til 3. Udg. af *Georg Jellineks* Skrift: Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte p. VII—IX, jfr. *Otto Mayer I.* p. 71 Note 12.

²⁾ Citatet fra *Thoma*, Der Polizeibefehl im badischen Recht, efter *Otto Mayer I.* p. 72, Note 13.

³⁾ Jfr. *Bühler* p. 87 og 102 om Forholdet i Preussen og Sachsen.

⁴⁾ *Otto Mayer I.* p. 72: „Wenn einmal in einer Verfassung gar nichts davon gesagt ist, versteht es sich jetzt von selbst“.

⁵⁾ *Deutsches Reichsstaatsrecht* 7. Opl. 1919. p. 153.

wöhnlich durch Gesetz sanktioniert“. — *Fleiner*¹⁾ siger: „Jeder Eingriff der öffentlichen Verwaltung in Freiheit und Eigentum der Bürger bedarf der gesetzlichen Grundlage“. — *Otto Mayer* taler om, at „das verfassungsmässige Gesetz ... für gewisse besonders wichtige Gegenstände zur notwendigen Bedigung aller Staatstätigkeit gemacht worden (ist),“²⁾ og han sigter her netop til Indgreb i Borgernes Frihed og Ejendom.³⁾ — *Georg Meyer* var derimod af den Anskuelse, at Politiet ikke behøvede nogen udtrykkelig Bemyndigelse i en Lov for at kunne skride ind over for Borgerne; den sidste Udgave af hans „Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts“⁴⁾ er imidlertid i Overensstemmelse med den almindelige Lære.⁵⁾

Udforligt og paa udpræget positivt Grundlag er Spørgsmaalet nylig undersøgt af *Bühler*:⁶⁾

Principet om den lovmæssige Forvaltning kan ikke udledes af de forrevolutionære tyske Forfatninger. I *Preussen*⁷⁾ blev det imidlertid anerkendt som gældende Retsgrundsætning af O. V. G. straks fra Begyndelsen af dennes Virksomhed.⁸⁾ Den herved opstaaede Vanskelighed ved at finde det lovmæssige Grundlag for *Politiets* vidtforgreneede Dispositioner har O. V. G. løst ved at drage den i lang Tid næsten glemte Bestemmelse i A. L. R. § 10, II, 17⁹⁾ frem i Dagslyset. Dette Lovsted, der ikke er givet som en Bemyndigelse, men derimod som en Grænsbestemmelse, der havde til Hensigt at *indskrænke* *Politiets* Virksomhed til Fareafvending med Udelukkelse af Velfærdsbefordring, maa nu tjene til at lukke det største af de Huller, som ved Principets Anerkendelse naturligvis maatte staa aabne i Grundlaget for Forvaltningens Virksomhed.

¹⁾ *Fleiner* p. 122.

²⁾ *Otto Mayer* I. p. 71.

³⁾ *Otto Mayer* p. 72, Note 13. Jfr. ogsaa *Hatschek* p. 8.

⁴⁾ 1913 ved *Franz Dochow*.

⁵⁾ *Meyer-Dochow* p. 23 med Note 36.

⁶⁾ *Bühler* p. 61—157.

⁷⁾ *Bühler* p. 69—87.

⁸⁾ Se om forskellige af O. V. G.s Afgørelser, *Bühler* p. 81. Yderligere skal her nævnes O. V. G. 12. 397, der udtrykkelig vender sig mod *Georg Meyers* Anskuelse, jfr. ovfr.

⁹⁾ Herefter tilkommer det Politiet „die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahr zu treffen“.

I de *sydtyske Stater* havde Principet vanskeligere ved at trænge igennem. I *Sachsen*,¹⁾ hvor en særlig Forvaltningsretspleje jo først blev indført i Aaret 1900, sluttede man sig ganske vist til O. V. G.s Anerkendelse af Principet;²⁾ som Hjemmel for Politibefalinger maatte man da tage til Takke med Sædvaneretten. — Ogsaa i *Baden*³⁾ havde fra 1880'erne — under Paavirkning fra Preussen — Principet vundet Anerkendelse i Teori og Praksis. Her kom man lettere over Vanskeligheden ved at finde Hjemmel for Politibefalingerne, idet man i Politistrafeloven af 31. Oktober 1863 § 30 havde en Bestemmelse, der i hvert Fald efter sin Ordlyd lod sig opfatte som saadan Hjemmel („... den Polizeibehörden (bleibt) die Befugnis vorbehalten ... rechts- und ordnungswidrige Zustände innerhalb ihrer Zuständigkeit zu beseitigen und deren Entstehung oder Fortsetzung zu hindern“). — I *Württemberg* blev Spørgsmaalet navnlig sat under Diskussion i 1909 i Anledning af, at Opførelsen af et Teaterstykke i Stuttgart var bleven forbudt. Diskussionen, der var saavel af videnskabelig som parlamentarisk Art, viste nærmest Anerkendelse af Principet om den lovmæssige Forvaltning. Imidlertid har den württembergske Forvaltningsdomstol ikke villet give det sin Tilslutning. Den har saaledes i en Afgørelse fra 1910⁴⁾ udtalt følgende: „... den Polizeibehörden steht als Ausfluss der in der allgemeinen Staatsgewalt enthaltenen Polizeigewalt das Recht an, in dem ihre Fürsorge anvertrauten Bereich der öffentlichen Verwaltung und innerhalb ihrer gesetzlichen Grenzen die unumgänglich notwendige Ordnung im Gemeinwesen entsprechend dem Bedürfnis der Bevölkerung gegen drohende Gefahren zu schützen und insoweit die persönliche Handlungsfreiheit der einzelnen entspre-

¹⁾ Bühler p. 98—104.

²⁾ Af de hos Bühler nævnte Afgørelser skal her anføres S. O. V. G. 7. 12, som under Henviisning til Laband begrunder sit Resultat med, at „nach der herrschenden Rechtsauffassung muss der in einer verwaltungsbehördlichen Verfügung enthaltene Befehl rechtlich begründet, d. h. die Befugnis des Staates, jemandem ein Tun oder Unterlassen aufzugeben, muss durch einen Rechtssatz anerkannt sein“. Dette Retsprincip antages indeholdt i Forfatnings § 27. Se iøvrigt K. Apelt p. 282—83.

³⁾ Bühler p. 87—93.

⁴⁾ Ref. hos Bühler p. 114 ff.; her cit. efter Bühler.

chend zu beschränken ...“ — For *Bayerns* Vedkommende¹⁾ anser Bühler Principet for anerkendt i Teorien, men ikke i Praxis.²⁾

— Overfor den forskellige Stilling, som de betydeligere tyske Lande saaledes synes at indtage overfor Spørgsmaalet, maa det imidlertid ikke overses, at naar man anser Kravet om lovmæssig Forvaltning for fyldestgjort ikke blot, naar Indgreb i Frihed og Ejendom kun finder Sted med Hjemmel i en formel, paa konstitutionel Maade tilbleven Lov, men ogsaa søger saadan Hjemmel i de førkonstitutionelle Retsregler og navnlig i subsidiære Retskilder som Sædvane, Analogi, almindelige Retsgrundsætninger m. v., saa bliver der langt snarere Tale om et „mere eller mindre“ end om et „enten eller“. Karakteristisk er det ogsaa, at medens O. V. G. af politimæssige Grunde, nemlig Hensynet til den offentlige Orden, har godkendt et Forbud mod Ligbrænding, har S. O. V. G. *ophævet* et saadant Forbud, skønt dette ligesaavel — eller ligesaalidt — her som i Preussen kunde begrundes med en Henviisning til Politiets almindelige Opgaver.³⁾ Selv om vi holder os til de formelle, konstitutionelle Love, indeholder disse jo iøvrigt ofte Bemyndigelsesklausuler af saa vidtgaende og almindeligt Indhold, at det derved skabte, lovmæssige Grundlag for Forvaltningens Virksomhed bliver af fuldkommen formel Beskaffenhed.⁴⁾

I det foregaaende har kun været Tale om Forvaltningsakter, der gør Indgreb i Borgernes Frihed og Ejendom. Kun for dis-

¹⁾ Bühler p. 93—98.

²⁾ I sin udførlige Anmeldelse af Bühlers Bog (Archiv des öffentlichen Rechts XXXII, 1914, p. 580—610) kritiserer W. Jellinek bl. a. en Række Enkeltheder vedr. Bühlers Udviklinger angaaende Principet om den lovmæssige Forvaltning. Navnlig hævder W. Jellinek, at dette Princip har været anerkendt i Teorien fra c. 1830, medens Bühler kun fører dets Anerkendelse tilbage til Slutningen af 70'erne. — En nærmere Prøvelse af dette Spørgsmaal vilde føre udenfor denne Afhandlings Genstand.

³⁾ Jfr. Bühler p. 100.

⁴⁾ Stier-Somlo nævner i Handbuch der Politik I. (1920) p. 300 den preussiske Lov af 11. Marts 1850 § 6 i, som til det stedlige Politis Opgaver henfører „alles andere, was im besonderen Interesse der Gemeinden und ihrer Angehörigen polizeilich geordnet werden muss“. (Stier-Somlo: Sammlung pr. Gesetze p. 73). Nævnes kan ogsaa selve Bestemmelsen i A. L. R. § 10. II. 17.

ses Vedkommende udkræver Principet om den lovmæssige Forvaltning, saaledes som dette Princip opfattes i tysk Teori og Praksis, positiv Lovhjemmel eller dog Hjemmel i en dermed sidestillet Retssætning. For andre Forvaltningsakters Vedkommende fastholdes det vel, at de ikke tør være i positiv Strid med Loven, men iøvrigt virker Forvaltningen her „aus eigener Kraft, nicht auf Grund des Gesetzes“.¹⁾ Denne Opfattelse lægger saaledes Hovedvægten paa, at Loven er en *Beskyttelsesnorm for Borgerne*. Man gaar derimod ikke saa vidt som til at opfatte Loven eller den abstrakte Retsforskrift i det hele som et nødvendigt Grundlag for enhver Forvaltningsakt, hvad enten den er i Borgernes retlige Favor eller Disfavor eller maa ske helt uden Berøring med Borgernes Retssfære, altsaa som en Garanti, ikke blot i *Borgernes*, men ogsaa i *Offentlighedens* Interesse.²⁾

§ 32.

Den franske Opfattelse af Principet om lovmæssig Forvaltning.

En i Forhold til det i § 31 udviklede videregaaende Opfattelse³⁾ af Principet om lovmæssig Forvaltning møder vi i Frankrig. I sin Afhandling: „De l'exercice de la Souveraineté par l'autorité administrative“⁴⁾ vender *Berthélemy* sig skarpt mod en Udtalelse i den franske Oversættelse af *Otto Mayers* tyske Forvaltningsret, gaaende ud paa, at Administrationen har en Mulighed for at handle udenfor „la sphère d'exécution de la loi, en dehors de toute direction de la part de la loi. Tel est le cas toutes les fois qu'il n'y a pas de loi en la matière“.⁵⁾

¹⁾ *Otto Mayer* I. p. 71.

²⁾ I Samklang hermed staar det, at Adgangen til at faa en Forvaltningsakt annulleret af Forvaltningsdomstolene i Tyskland som Regel kun tilkommer den private, som er krænket i en subjektiv Ret. — Det anførte, videregaaende Princip synes delvis tiltraadt af *Fred. Castberg*, jfr. ovenfor p. 229 Note 4.

³⁾ At Forvaltningen ikke uden Lovhjemmel kan gøre Indgreb i Frihed og Ejendom maa anses at have positiv Hjemmel i Erklæringen om Menneske- og Borgerrettighederne Art. 5. „Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas“.

⁴⁾ *Rev. d. d. publ.* 1904. p. 209—227.

⁵⁾ „Cette formule peut être vraie au delà du Rhin“, siger *Berthélemy*, „Nul, en France, n'y peut souscrire,“ *op. cit.* p. 213.

Revolutionen indenfor den offentlige Ret har imidlertid, efter Berthélemy, ikke blot flyttet Suveræniteten fra Monarken til Majoriteten, den har *tilintetgjort* Suveræniteten i dens ældre Betydning. Nu eksisterer der kun een Slags Suverænitet, nemlig Lovgivningens. „L'expression souveraineté nationale n'a qu'un sens raisonnable: c'est la négation de la subordination du peuple à toute souveraineté personnelle“. I denne Udtalelse synes iøvrigt endnu Lovens Egenskab af Beskyttelsesnorm for Borgerne at staa i Forgrunden. I Slutningen af sin Afhandling sammenfatter Berthélemy imidlertid sin Anskuelse i dette billedlige Udtryk: „l'acteur à qui le programme n'assigne aucun rôle ne doit pas paraître sur la scène“. Herefter er Forvaltningsorganernes Opgave den at gennemføre Lovgivningens Program. Lovgivningen er i intet Tilfælde blot en Skranke for Forvaltningens Virksomhed, den er tillige det retligt nødvendige Grundlag. At Forfatteren strængt begrænser Forvaltningens Virksomhed til det, som saaledes har Hjemmel i Loven, fremgaar af hans Stilling til nogle Domsafgørelser,¹⁾ som nærmere skal omtales paa et senere Sted.²⁾

Ifølge Hauriou er vel „le régime administratif ... subordonné à la légalité“,³⁾ hvilket bl. a. viser sig i, at en Forvaltningsakt, der strider mod en Lov eller en Forordning („règlement“), er ugyldig; men paa den anden Side godkender Hauriou dog ikke, at „les droits de l'administration sont limités par la loi, en ce sens qu'elle n'aurait que ceux qui lui seraient formellement accordés par des textes légaux“. Herimod anfører han, *dels* at Forvaltningen i Frankrig er i Besiddelse af en Autonomi, der viser sig i en selvstændig Adgang til at give Forordninger, *dels* at det vilde være „fâcheux“ at anerkende, at Loven arbitrært kan begrænse Administrationens Rettigheder; „il doit y avoir un domaine normal qui s'impose même au législateur, et qui permette la critique des lois“. ⁴⁾ — En nødvendig Forudsætning

¹⁾ Cour de cass. 31/12 1903, Knittel, D. 1904. 1. 281, og Trib. des conflits 2/12 1902, Soc. immobilière de Saint-Just, D. 1903. 3. 41.

²⁾ Om Politiforvaltningen siger Berthélemy i *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 9. Udg. 1920 p. 245: „C'est une règle de notre droit public qu'aucun ordre ne puisse être donné, qu'aucune défense ne puisse être faite par l'administration, qu'en application d'un texte législatif“.

³⁾ Hauriou p. 75.

⁴⁾ Hauriou p. 62.

for Forvaltningsaktens Gyldighed er det imidlertid efter Hauriou, at den har Hjemmel i en „*décision générale et réglementaire préalable*“,¹⁾ være sig altsaa en formel Lov, en i Henhold til en saadan givet abstrakt Forskrift eller en af Forvaltningens Autonomi udsprunget Forordning.

Den positive Besvarelse af det her omhandlede Spørgsmaal — som iøvrigt af de fleste andre principielle Spørgsmaal i fransk Forvaltningsret — finder vi C. d'E.s Praksis. Ifølge denne kan der næppe være Tvivl om, at en konkret Forvaltningsakt kun anses for gyldig, naar den har Hjemmel i en abstrakt Retsætning, og det hvad enten Forvaltningsakten gør Indgreb i Frihed og Ejendom eller dette ikke er Tilfældet. Dette fremgaar af den Udvikling, som har fundet Sted i C. d'E.s Praksis m. H. t. Klagegrunden „*violation de la loi*“. Herom skal følgende bemærkes:

De Forudsætninger, som maa være opfyldt, for at C. d'E. overhovedet tager en Klage, der paaberaaber sig *excès de pouvoir*, under Paakendelse i Realiteten, sammenfattes under Betegnelsen „*conditions de recevabilité*“ i Modsætning til Forvaltningsaktens Gyldighedsbetingelser,²⁾ der er bestemmende for, om Søgsmålet er „*bien ou mal fondé*“. ³⁾ Mangler en af de nævnte Forudsætninger, foreligger der en „*fin de non-recevoir*“, og Sagen afvises.

Til saadanne Forudsætninger for, at C. d'E. „modtager“ Sagen til Paakendelse, hører⁴⁾ bl. a., at den, der rejser Klage, staar i *et vist nærmere Forhold* til den Afgørelse, der anfægtes — en *actio popularis* finder ikke Sted. For den, der paaberaaber sig Inkompetence, Formmangel eller „*détournement de pouvoir*“ har man dog aldrig krævet, at der skulde foreligge Krænkelser af en Ret i subjektiv Forstand; det er anset for tilstrækkeligt, at vedkommende er krænket i en „direkte og personlig Interesse“. Og denne Interesse behøver ikke at være materiel eller pekuniær; den kan ogsaa være af blot moralsk Art, hvil-

¹⁾ Hauriou p. 458, jfr. ogsaa p. 62: „*Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'elle n'a que les droits qui ont été réglementés*“.

²⁾ Negativt: „*moyen d'annulation*“, Laferrière II p. 468 ff.

³⁾ Laferrière II p. 389.

⁴⁾ Om „*La recevabilité*“ i det hele skal henvises til Laferrière II, p. 389—467; Berthélemy 1042—1048; Hauriou 478—501; Wodtge 27—35.

ket til Ekspl. er Tilfældet, hvor det vil være uden praktisk Betydning at faa den paagældende Forvaltningsakt annulleret, fordi den allerede er eksekveret, eller de faktiske Forudsætninger har forandret sig, saaledes at den materielle Interesse er forsvundet.¹⁾

Den tredje „ouverture“, Krænkelse af Loven, indtog imidlertid heroverfor en Særstilling. Denne Klagegrund indbefattedes oprindeligt ikke under Begrebet „excès de pouvoir“. C. d'E. har ganske vist altid anerkendt, at Forvaltningsakter kan annulleres, naar der foreligger en Uoverensstemmelse med Loven, der har medført en Krænkelse af den enkeltes Ret. Men denne Annulationsgrund betragtedes som en særlig „recours contentieux ...“ eller „recours par la voie contentieuse“,²⁾ og da C. d'E. i Tiden efter 1830 begyndte at citere Loven af 7.—14. Oktober 1790³⁾ som det legale Grundlag for Beføjelsen til at annullere Forvaltningsakter paa Grund af „excès de pouvoir“, fik Forskellen mellem excès de pouvoir og Annulation paa Grund af materiel Ulovlighed et ydre Udtryk derved, at Domme af den sidstnævnte Art *ikke* paaberaaber sig den anførte Lov.

Udvidelsen af Begrebet „excès de pouvoir“ til at omfatte ogsaa den materielle Ulovlighed skete efter Dekretet af 2. November 1864, der fritog for Sagførertvang og for Afgifter undertagen til Stempel og Registrering „les recours portés devant le Conseil d'Etat, en vertu de la loi des 7.—14. octobre 1790, contre les actes des autorités administratives, pour incompetence ou excès de pouvoir“. C. d'E. anvendte nemlig — ved Analogi eller udvidende Fortolkning — denne Bestemmelse ogsaa paa Sager om Annulation paa Grund af materiel Retsstridighed.⁴⁾

Denne Annulationsgrund indtog dog stadig en Særstilling, idet den vedblivende kun kunde gøres gældende af den, der

¹⁾ Laferrière II, 405—409.

²⁾ Laferrière II, p. 379.

³⁾ „Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont dans aucun cas du ressort des tribunaux; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale; ...“ — Som det ses tales der her kun om Inkompetence, men C. d'E. sidestillede fra først af Formmangler hermed.

⁴⁾ Laferrière II, 379—380; Hauriou 476.

var krænket i sine Rettigheder, hvorfor den ogsaa hos *Laferrière* benævnes „violation de la loi et des droits acquis“. *Laferrière* opfatter Sagen saaledes, at denne Forskel mellem „violation de la loi“ og de øvrige tre Klagegrunde ikke vedrørte „la recevabilité“, men selve Ugyldighedsgrunden („moyen d’annulation“).¹⁾ — *Hauriou* bemærker derimod i 1901,²⁾ at der kun er Tale om en „condition de recevabilité“, og at „recours pour excès de pouvoir ... reste une voie de nullité objective même dans sa quatrième ouverture“.³⁾

Om den ene eller den anden af disse Opfattelser er den rette er nu uden Interesse, idet Forholdet efter C. d'E.s nyeste Praksis utvivlsomt er det, at Annulation paa Grund af materiel Retsstridighed nu til Dags finder Sted paa rent objektivt Grundlag. *C. d'E. har nemlig siden Begyndelsen af dette Aarhundrede opgivet Kravet om, at der foruden den objektive Retskrænkelse tillige skal foreligge en subjektiv, i den ovenfor omhandlede Forstand.*⁴⁾ C. d'E. annullerer nu Forvaltningsakter blot paa Grund af Indholdets objektive Retsstridighed og kræver kun som en „condition de recevabilité“, at Klageren skal være krænket i en Interesse,⁵⁾ altsaa det samme som ved excès

¹⁾ *Laferrière* II, 507—508.

²⁾ 4. Udgave af „*Précis de droit administratif*“ p. 311 Anm. 1., cit. efter *Wodtge* p. 18 Note 2; jfr. nu *Hauriou* 9. Udg. p. 476.

³⁾ Sædvanligt kaldes „violation de la loi“ den tredje Klagegrund.

⁴⁾ Jfr. *Hauriou* 476—477, *Berthélemy* 1043—1045. Det første Tilfælde, hvor den ny Anskuelse klart kom til Udtryk, er Dommen C. d'E. 11/12 1903, *Lot* (og Dommen af samme Dato i Sagen *Molinier*), D. 1905. 3. 22.: Efter at en vis *Dejeau* var blevet ansat som Direktør for Nationalarkivet, anfægtede en anden Ansøger til Embedet denne Ansættelse, idet han gjorde gældende, at *Dejeau* ikke opfyldte de i Dekret af 14. Maj 1887 opstillede Krav, hvorefter der til Opnaaelse af den omstridte Stilling kræves Diplom som „archiviste-paléographe“. En Krænkelse af en Klageren tilkommende Ret forelaa jo ikke her, men C. d'E. erklærede dog Sagen for „recevable“: „... Le sieur *Lot*, en sa qualité d'archiviste-paléographe, a un intérêt personnel et est par suite recevable à demander l'annulation de toute nomination faite contrairement aux dispositions qui précèdent“.

⁵⁾ Siden Begyndelsen af dette Aarhundrede er det anerkendt, at en Skatteyder i denne sin Egenskab kan paaklage Kommunalbestyrelsens eller Departementsraadens Vedtagelser, se navnlig C. d'E. 29/3 1901, *Casanova*, D. 1902. 3. 33.

de pouvoir iøvrigt. For selve Gyldighedsspørgsmaalet er kun den objektive Retmæssighed afgørende.¹⁾ — Det franske Legalitetsprincip rækker altsaa videre end det tyske „*Prinzip der gesetzmässigen Verwaltung*“. Medens dette kun kræver Lovhjemmel for *Indgreb i Frihed og Ejendom*, kræver det franske Legalitetsprincip Lovhjemmel for Forvaltningsakter *overhovedet*.

— En særlig Maade, paa hvilken Spørgsmaalet kan komme til at foreligge i Praxis, er den, at en Lov foreskriver visse Forpligtelser for Borgerne uden samtidigt at give Regler angaaende Lovens Gennemførelse, enten direkte, eller indirekte derved, at en Forvaltningsmyndighed faar tillagt Beføjelse til at træffe de nærmere Bestemmelser desangaaende. Kan i saa Fald Forvaltningen dog træffe de fornødne Foranstaltninger til Lovens Gennemførelse? Dette Spørgsmaal har været indgaaende drøftet i fransk Teori og Praxis:

Ved Lov af 10. Juli 1894 vedrørende Forbedring af Sundhedstilstanden i Paris § 2²⁾ blev det bestemt, at Ejerne af faste Ejendomme beliggende i Gader, der er forsynet med offentlig Kloak, skulde være forpligtet til at tilføre denne „souterrainement et directement les matières solides et liquides des cabinets d'aisance ...“. Præfekten traf uden nogen særlig Hjemmel i Loven forskellige reglementariske Bestemmelser angaaende dens Gennemførelse, idet han bl. a. foreskrev, hvilke Indretninger Ejendomsbesidderne skulde indføre for at efterkomme Lovens Bud. Disse Præfektens Forskrifter annullerede C. d'E.³⁾ „... considérant qu'il ne lui appartenait pas de suppléer, comme il l'a fait par l'arrêté attaqué, au silence de la loi ... en édictant un véritable règlement d'administration public à l'effet notamment de fixer uniformement le nombre des cabinets d'aisance ...“. — C. d'E. havde imidlertid i Dommen angivet en Række mindre vidtgaaende Foranstaltninger, som Præfekten

¹⁾ Som det ses af ovenstaaende Udvikling, er det urigtigt, naar det i Artiklen „Administrative Retter“ i Salmonsens Konversationsleksikon hedder, at der i Frankrig opstilles den Hovedregel, „at de administrative Retter er kompetente, naar den administrative Akt har krænket en „Ret“, Administrationen derimod, naar der kun klages over Tilsidesættelse af en Interesse“.

²⁾ D. 1895. 4. 56.

³⁾ C. d'E. Boucher d'Argis, 1/5 1896, D. 1897. 3. 60.

maatte anses for befojet til at foreskrive i Medfør, ikke af *Loven af 10. Juli 1894* men af *den almindelige Lovgivning* om Præfektens Beføjelser vedrørende Sundhedspolitiet. Præfekten benyttede sig af denne Tilkendegivelse og udstedte paa Grundlag af den et nyt Reglement, som C. d'E. opretholdt.¹⁾ Imidlertid gik Ejerne nu over til den passive Modstands Politik. Man lod simpelthen det sidstnævnte Reglement uændret, og Spørgsmaalet blev da, om denne Overtrædelse var strafbar ifølge Code pénal Art. 471. 15.²⁾ Dette Spørgsmaal blev i de to første Instanser besvaret bekræftende, men Cour de cassation kom til det modsatte Resultat.³⁾

Efter dette sidste Nederlag stod kun en Vej aaben, nemlig den, som fra først af burde have været benyttet: en Lovbestemmelse, som bemyndigede Præfekten til at træffe Foranstaltninger til Gennemførelsen af den ovenfor omtalte „nøgne“ Regel. Et hertil sigtende Lovforslag blev ogsaa fremsat i Deputeretkammeret.

Resultaterne i den skildrede Kamp om Legalitetsprincippet viser, med hvilken Styrke C. d'E. og Cour de cass. fastholder, at en administrativ Foranstaltning maa have et legalt Grundlag. *Berthélemy* slutter sig fuldt ud til disse Resultater.⁴⁾ Ogsaa *Jéze* synes at give dem sin Tilslutning.⁵⁾

Den tredje af Frankrigs øverste Domstole, nemlig *Trib. des conflits*, har imidlertid truffet en Afgørelse,⁶⁾ som indgaaende

¹⁾ C. d'E. 9/3 1900, Boucher d'Argis, D. 1901. 3. 94.

²⁾ Straf af Bøde fra 1—5 Francs for „Ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative, et ceux qui ...“.

³⁾ Frifindelsen begrundes bl. a. med, at „ni la loi des 16—24 août 1794, ni aucune autre disposition législative ne lui confère le droit de soumettre les propriétaires à de pareilles obligations.“

⁴⁾ Se hans udførlige Note til Cour de cass. 21/12 1903, Knittel, D. 1904. 1. 281. *Berthélemy* slutter saaledes: „Il peut être fâcheux que l'ordre de la loi soit méprisé; il serait plus fâcheux encore, et plus dangereux pour les libertés publiques que l'autorité administrative sous prétexte d'exiger l'obéissance aux lois, pût s'investir elle-même des pouvoirs que les lois ne lui ont pas attribués.“

⁵⁾ Rev. du d. public 1904. p. 101—111, hvor han bl. a. kritiserer Romieus Konklusioner i Sagen *Trib. des conflits* 2/12 1902, Soc. immobilière de Saint-Just, D. 1903. 3. 41., jfr. ndfr.

⁶⁾ *Trib. des conflits* 2/12 1910., Soc. immobilière de Saint-Just, D. 1903. 3. 41.

er bleven drøftet¹⁾ i Forbindelse med de ovenfor omhandlede Afgørelser, fordi den muligen kan siges at være i Strid med disse: Efter at et Dekret i Henhold til Lov af 1/7 1901 § 13, 3. Stk.²⁾ havde paabudt Lukning af nogle „établissements congréganistes“, lod Præfekten, uden nogen særlig Hjemmel, give Ordre til, at Ordenssøstrene øjeblikkelig skulde rømme Bygningen, hvorhos han lod Døre og Vinduer forsyne med offentlige Segl. Trib. des conflits, der skulde afgøre, om der forelaa „voie de fait“, saaledes at de almindelige Domstole var kompetente, eller „des mesures administratives“, hvorefter kun de højere administrative Myndigheder, herunder C. d'E., vilde være kompetente, statuerede, at dette sidste var Tilfældet, idet Præfekten havde handlet „dans le cercle de ses attributions.“ —

Denne Afgørelse fremkaldte megen Kritik. Til Støtte for den havde vel *Romieu*³⁾ gjort gældende, at Præfektens Foranstaltninger til umiddelbart Formaal kun havde Gennemførelsen af den i Henhold til Loven trufne Foranstaltning. Men herimod indvendte *Berthélemy*⁴⁾ med Rette, at Loven kun siger: „... La fermeture de tout établissement pourra être prononcée ...“, og at dette kun betyder, at *Skolen* skal ophøre at eksistere. Lukning af *Lokalet* er noget yderligere.⁵⁾

Det ses imidlertid ikke, at denne Afgørelse kan siges at være i Strid med de foran anførte. En Ting er nemlig, om Præfekten havde handlet udenfor „le cercle des ses attributions“ — dette bestrider Dommen; noget andet, om der foreligger „excès de pouvoir“ — dette er uafgjort i Sagen, men *Berthélemy*⁶⁾ har formentlig Ret i, at der foreligger en saadan.⁷⁾

¹⁾ Se *Berthélemy*, Rev. de d. publ. 1904, p. 209—227, *Hauriou* Note i *Sirey* 1904. 3. 17., *Jèze* Rev. de d. publ. 1904 p. 101—111, *Rogez* p. 111—143.

²⁾ D. 1901. 4. 105.

³⁾ Regeringskommissæren under Sagens Behandling for C. d'E.

⁴⁾ I den tidligere omtalte Afhandling, Rev. de d. publ. 1914 p. 209—227.

⁵⁾ „Vous pensez que si vous ne mettez pas les scellés sur les portes du local, l'établissement s'y reconstituera; mais il peut tout aussi bien se reformer dans le local voisin, fermerez-vous donc toutes les maisons du village pour assurer l'exécution de la loi?“

⁶⁾ Rev. de d. publ. 1904 p. 219.

⁷⁾ *Hauriou* (Noten *Sirey* 1904. 3. 17) opfatter derimod Dommen som en Afgørelse af selve Spørgsmaalet om den materielle Lovlighed.

§ 33.

Principet om lovmæssig Forvaltning i nordisk Forvaltningsret.

I de nordiske Landes *Literatur* har det Spørgsmaal, som her omhandles ligesaa lidt som Forvaltningsrettens almindelige Problemer i øvrigt været taget op til selvstændig Behandling, men enkelte, spredte Udtalelser foreligger dog. Sædvanligt opfattes Sagen saaledes, at *Lovene danner Grænser* for Forvaltningens Virksomhed, og en Forvaltningsakt, hvis Indhold er i Strid med Loven, bliver derfor virkningsløs. Klarest finder denne Opfattelse Udtryk hos *Ussing*,¹⁾ der angaaende Grundlovens § 70 (72) udtaler, at „Grænserne ere de Forvaltningens Handlefrihed indskrænkende Love (Forvaltningslovene)“, og hos *Matzen*,²⁾ der om samme Grundlovsbestemmelse bemærker, at „de Grænser for Myndigheden, som her kommer i Betragtning, ere retlige, dragne ved Retsnormer“.³⁾

Derimod synes *Holck*⁴⁾ at forudsætte, at en Øvrighedshandling godt kan være (materielt) ulovlig, uden at derfor Grænserne (Grl. § 70) er overskredet.

Angaaende Embedsmændenes Stilling anfører *Nyholm*,⁵⁾ at de maa adlyde deres foresattes Paabud, „hvor de falder indenfor Embedets Omraade og *derhos ikke stride mod Landets Love og Forfatning*“.

*Reuterskiöld*⁶⁾ sonderer mellem Forvaltning og Regering („re-

¹⁾ *Ussing*, p. 237, jfr. ogsaa p. 233—234, hvor det overfor *Nellemann*, *Holck* og *Matzen* betones, at Spørgsmaalet om, hvorledes Grænsen mellem Øvrighedssager og Retssager skal drages, og Spørgsmaalet om, hvad der skal forstaas ved Grænser for Øvrighedsmyndigheden, i Virkeligheden er identiske.

²⁾ *Matzen*, III p. 214.

³⁾ Dette Begreb bruger *Matzen* her i vid Forstand, nemlig ikke blot som omfattende positive Forskrifter og Analogi, men ogsaa „Lovenes Aand og Grundsætninger, hvorved i denne Sammenhæng nærmest maa forstaas Grundsætningerne for Ordningen af de forskellige Statsmyndigheders almindelige Virken og Formaal, idet disse under Henblik paa det enkelte foreliggende Forholds Beskaffenhed maa være væsentlig bestemmende for deres Stilling overfor samme.“

⁴⁾ *Holck* p. 229—330.

⁵⁾ *Nyholm* p. 18.

⁶⁾ *Reuterskiöld*: *Föreläsningar i svensk Stats- och Förvaltningsrätt*, I. 1914. p. 187 ff.

gemente“) i snævrere Forstand. Til Forvaltningen henregnes „det fortsatta suveräna förfogandet öfver höghetsmakten från fall till fall ... såvidt detta förfogande sker genom särskildt bemyndigade och juridisk ansvariga organ *i enlighet med där- för gifna normer och generella eller speciella befallningar*, medens der foreligger „regemente“, „om och när förfogandet beror af pröfning under allenast konstitutionellt ansvar *utan bundenhet af eller vid gifna normer*“. Paa den anden Side forudsættes begge Former af den udøvende Magt at ske „under beaktande af hvad genom lagstiftning og statsreglering fastställt“, og det er derfor ganske uklart, hvori Forfatteren ser Modsætningen mellem de to Arter af Statsvirksomhed.

For *norsk Rets Vedkommende* anerkendes det baade af *Aschehoug*¹⁾ og *Morgenstierne*²⁾ som noget selvfølgeligt, at Lovene er *Grænser* for Forvaltningens Virksomhed.

— Et andet Spørgsmaal er det imidlertid, om Forvaltningen kun kan handle *med Hjemmel* i en Lov eller dermed sidestillet Regel. Til dette Spørgsmaal tager kun enkelte Forfattere klart Standpunkt. At en saadan Hjemmel er fornøden, hvor Forvaltningen gør Indgreb i Borgernes subjektive Rettigheder, maa nu vistnok siges at være en ligefrem Følge af, at Forvaltningen ikke tør handle *i Strid* med Lovene. Thi Indgreb i en saadan Rettighed vil være i Strid med den Norm, hvorpaa Rettigheden beror.³⁾ Men hvorledes stiller det sig med Forvaltningens Handlen, naar denne enten slet ikke berører Borgernes Rets- sfære eller dog ikke ligefrem kommer i Strid med subjektive Rettigheder?⁴⁾

¹⁾ *Aschehoug* II, p. 141—142.

²⁾ *Morgenstierne* p. 489 ff.

³⁾ Jfr. ogsaa *Ussing* p. 237, hvor Sætningen imidlertid er vendt om: „Rettigheden beror netop paa Loven, Overtrædelse af den Forvaltningen forpligtende, i den enkeltes Interesse givne Lov er Indgreb i en Ret (offentlig Ret)“. Det fremgaar imidlertid af Sammenhængen, at Meningen er den samme som den i Teksten anførte. — Jfr. i denne Forbindelse ogsaa §§ 75 og 76 i de 2 svenske Forordninger af 21/3 1862 om Kommunestyret henholdsvis paa Landet og i By, samt *Hammar skjöld's* Udkast § 3: „kränker klagandens enskilda rätt eller eljest hvilat på orättvis grund“.

⁴⁾ Til Eks. Indgreb i et Statusforhold som Indfødsret eller Myndighed.

*Morgenstjerne*¹⁾ sondrer her mellem „Varetagelsen af Statens Interesser indenfor dens særegne Retssfære“ og „Lovenes forvaltningsmæssige Udøvelse lige overfor Borgerne“. Til den førstnævnte Gruppe af Handlinger henregnes ikke blot generelle og specielle Henvendelser til Statens egne Organer, men tillige „Beslutning om Anvendelse af Statsmidler i bestemt Øjemed, Indkøb eller Salg af Statsejendom, Optagelse af Statslaan, Udnævnelse af Embedsmænd ...“. Her gælder det, at Kongen vel er *bundet* ved Lov, men at han dog paa den anden Side ikke behøver at søge *Hjemmelen* for sin Myndighed i nogen Lov. Beføjelsen til at handle her antages at følge af Grundlovens § 3 („den udøvende Magt er hos Kongen“) og modsætningsvis af § 75 og andre Bestemmelser i Grundloven.

Med Hensyn til den anden Gruppe af Handlinger, der forudsættes at indeholde Indgreb i Borgernes Retssfære,²⁾ og hvor til henregnes bl. a. Ekspropriation, militære Rekvisitioner, Umyndiggørelse, Ægtefællers Separation, Fastsættelse af Opfostringsbidrag, Fuldbyrkelse af Domme m. v., vil Forvaltningen have at spørge, ikke „om der er nogen Lov, som *forbyder* Afgørelsen, men om der er nogen Lov, som *tillader* den“.³⁾

Som det ses, falder denne Anskuelse ganske sammen med den i tysk Teori almindeligt herskende.

Med Hensyn til *Retspraksis* maa det for *Danmarks* og *Norges* Vedkommende have i Erindring, at kun den, der paastaar sig krænket i sine Rettigheder, opfylder den almindeligt udkrævede *processuelle* Forudsætning for overhovedet at kunne paakalde Domstolens Bistand overfor den paagældende For-

¹⁾ *Morgenstjerne* p. 489—495.

²⁾ *Morgenstjerne* p. 492.

³⁾ *Aschehoug*, II p. 144, synes nærmest at være af samme Anskuelse. („Hvis Foranstaltningen hverken strider imod Lovgivningen eller griber ind i private Retsforhold, indskrænker Borgernes Handelfrihed eller medfører en Anvendelse af Statsmidler, til hvilket Stortingets Samtykke udfordres, vil Kongen i Almindelighed være berettiget til at træffe den“.)

Berlin bemærker (II p. 1), at „i den Forstand, at al Statsmagt udøves i Henhold til Loven, er ... den danske Stat ... udviklet som en Retsstat“, men paa den anden Side tillægger han (II p. 133) Kongen Ret og Pligt til at handle „overalt hvor Statens Velfærd kræver det“.

valtningsakt. Naar derfor Domssamlingerne alene indeholder Eksempler paa, at Forvaltningsakter, der gør Indgreb i subjektive Rettigheder, kendes ugyldige, saa tør man ikke herfra drage nogen Modsætningsslutning vedrørende andre Forvaltningsakter.

For *Sveriges* Vedkommende staar Sagen derimod anderledes. I „Regeringsrätten“ har man der en Forvaltningsdomstol af moderne Tilsnit; for at kunne indbringe en Forvaltningsakt for dette Forum er det ikke en Nødvendighed, at Klageren paa-
staar sig krænkert i en Rettighed.¹⁾

At nu Forvaltningsakter, hvis Indhold er i positiv Strid med Loven, anses for ugyldige, hører saa at sige til Dagens Orden.²⁾ — Paa dette Sted skal alene omhandles nogle Afgørelser, som viser, i hvilket Omfang nordisk Retspraksis kræver, at en Forvaltningsakt skal have *Hjemmel i en Retsnorm*.

Fra *dansk* Retspraksis kan anføres følgende: En Person, der var tiltalt for Overtrædelse af et Polititilhold om ikke at have nogen siddende til Spil eller Svir i sit Hus efter Kl. 9 om Aftenen, blev frifundet, fordi „der . . . ikke i Lovgivningen indeholdes nogen Hjemmel for Politimesteren til under Straffetrusel at meddele et Tilhold som det omspurgte“. ³⁾ Ligeledes blev

¹⁾ Jfr. ovfr. p. 236—238.

²⁾ Som et Greb i Bunken af Afgørelser kan anføres: H. R. D. U. f. R. 1895. 285, der frifinder en Person, som var tiltalt for Overtrædelse af et i Henhold til Fremmedloven af 15/5 1875 § 2 givet Tilhold om ikke at lade sig finde her i Landet. Den nævnte Lovbestemmelse foreskriver de Betingelser, under hvilke et saadant Tilhold kan gives, hvortil hører, at den paagældende ikke har Forsørgelsesret her i Landet. Da man i det foreliggende Tilfælde kom til det Resultat, at vedkommende havde Forsørgelsesret her, ansaas Tilholdet for ugyldigt. — En Kommunalbestyrelse havde erklæret et Værgeraadsmedlems Mandat for ophørt inden Udløbet af den i Lov af 14. April 1905 § 4 fastsatte Valgperiode. Justitsministeriets Skrivelse af 3/12 1910 (Min. Tid. A. p. 441) anser denne Beslutning for ugyldig. — I Anordning af 29. Juli 1814 er det bestemt, at der af Skolekassens Midler kan udredes „Belønninger for de Børn, som ved Undervisningen særdeles udmærkes for Flid og Sædelighed“. Et Sogneraad havde nu bestemt, at indkomne Skolemulter skulde anvendes til Præmie for flittige Børn af fattige Forældre, men Indenrigsministeriet tilsidesatte denne Bestemmelse. (Min. Tid. A. 1878 p. 83).

³⁾ O. R. D. i U. f. R. 1881. 327.

2 Personer, der var tiltalt for at have overtraadt et af Amtmanden udstedt Forbud mod at betræde og færdes paa nogle nærmere angivne Steder, frifundne, „eftersom der ikke efter den gældende Ret tilkommer Amtmanden nogen almindelig Bemyndigelse til at udstede Forbud som det her omhandlede“.¹⁾

Spørgsmaalet om Nødvendigheden af Lovhjemmel for Forvaltningsakten bliver — som ovenfor nævnt (p. 239) — ofte praktisk ved *Gennemførelsen* af en Lov. Kan Forvaltningen til saadan Gennemførelse træffe andre Foranstaltninger, end dem Loven selv giver Anvisning paa eller som dog maa anses for indbefattet under den ofte forekommende Klausul, at den eller den Minister bemyndiges til at træffe de til Lovens Gennemførelse fornødne Foranstaltninger. — Spørgsmaalet har hos os været fremme i en interessant Diskussion mellem Justitsministeriet og den almindelige danske Lægeforening²⁾ i følgende Anledning:

Den saakaldte „Oktoberlov“ foreskriver i §§ 6 og 7, at Lægerne skal give kønssyge Patienter visse Paalæg og Meddelelser, og det siges derhos, at Blanketter til dette Brug kan faas hos vedkommende Stads- eller Distriktslæge. I en Instruks („Underretning“) til Lægerne³⁾ gør Ministeriet imidlertid Brugen af de ommeldte Skemaer *obligatorisk*. Herimod protesterede den nævnte Forening, der formentlig med Rette gjorde gældende, at Loven ikke indeholder Hjemmel herfor. Regeringsforslagets Udtryk: „dette Paalæg gives ved en dertil bestemt udfyldt Blanket ...“ var netop blevet ændret i Landstingsudvalget. Justitsministeriet hævdede paa sin Side, at dette „efter almindelige Fortolkningsregler kun kan betyde, at det nærmere ikke slaas fast ved Lov, men maa være overladt til Afgørelse paa sædvanlig Maade, saaledes som det til enhver Tid af rette Vedkommende findes praktisk.“ Den første Del af den citerede Udtalelse er rigtig, men den sidste Del af den er Udtryk for en fundamental, juridisk Misforstaaelse. Naar Loven ikke selv har villet gøre Brugen af særlige Blanketter obligatorisk, kan det aldrig tilkomme Forvaltningen at gøre det. Thi i hvert Fald Indgreb i „Frihed og Ejendom“ kan kun

¹⁾ O. R. D. i U. f. R. 1883. 658.

²⁾ Se U. f. R. 1907, B. p. 80—86.

³⁾ Cirkulære Nr. 287 af 5/10 1908.

ske med særlig Hjemmel; saa vidt er ogsaa Danmark naaet paa Vejen mod „Retsstaten“.

Trods det, at i *Sverige* Regeringsrätten — i Modsætning til de almindelige Domstole i Danmark og Norge — kan paakende ogsaa rene Hensigtsmæssighedsspørgsmaal,¹⁾ viser en Undersøgelse af dens Praksis dog, at det i hvert Fald aldeles overvejende er Forvaltningsakternes Legalitet, der er Genstand for dens Prøvelse. Dette er først og fremmest en Følge af, at Lovene ved den enumerative Fastsættelse af Kompetencen naturligvis har haft for Øje, at netop de Sager, hvor retlige Synspunkter var de overvejende, burde henlægges til Regeringsretten.

¹⁾ Hammar skjöld havde foreslaaet, at „alla mål, som hos konungen fullföljas genom besvär och icke äro af beskaffenhet att böra i högsta domstolen handläggas“, skulde overføres til Regeringsrätten og til Gengæld opstillet en kvalitativ Grænse for Regeringsrettens materielle Prøvelsesret, udtrykt saaledes: „Regeringsrätten äger pröfva, huruvida det öfverklagade beslutet kränker klagandens enskilda rätt eller eljest hvilat på orättvis grund eller ... står i strid med allmän lag eller författning (eller annorledes öfverskrider dens befogenhet, som beslutet fattat).“ Og det var tilføjet, at Regeringsretten ikke maatte prøve Spørgsmaal om „lämplighet och ändamålsenlighet“. Den sidstnævnte Begrænsning havde Hammar skjöld formuleret efter Lovene om Kommunalstyrelse paa Landet og i By af 21. Marts 1862, henh. § 75 og § 76, idet han fandt en Analogi mellem paa den ene Side Kommunernes Autonomi i Forhold til Statsmagten og paa den anden Side Administrationens Selvstændighed i Forholdet til en udenfor staaende Kontrolmyndighed, se Hammar skjöld p. 190 og 267. Saafremt Besværingen vedrørte Punkter, der ikke faldt indenfor denne Grænse, maatte Sagen efter at være behandlet i Regeringsretten med Hensyn til de indenfor Grænsen faldende Spørgsmaal, føres videre til Foretagelse i Statsraadet.

De formentlige Ulemper ved denne dobbelte Behandling bevirke, at allerede Regeringsforslaget valgte en anden Sondring, nemlig en enumerativ. Det blev positivt opregnet, hvilke Besværinger der skulde falde under Regeringsrettens Kompetence. Med Indførelsen af denne kvantitative Begrænsning opgav man da Hammar skjölds foran nævnte kvalitative Begrænsning i Prøvelsesretten. Regeringsretten er da efter den gældende Lov (af 26. Maj 1909) ikke udelukket fra at paakende Spørgsmaal vedrørende „lämpligheten eller ändamålsenligheten“. Omvendt kan det naturligvis hyppigt forekomme, at de Sager, der er unddraget Regeringsrettens Kompetence, giver Anledning til rene Retsspørgsmaal. Jfr. Lagutskottets Utlåtande No. 15 p. 6—18, Bihang till Riksdagens Protokoll 1909. 7. Saml.

ten. Men dertil kommer, at i det Øjeblik Afgørelsen af en Række Sager flyttes fra et rent administrativt Organ til en Forvaltningsdomstol, gør Legalitetsprincippet sig gældende med forøget Styrke. De processuelle Former og den grundigere Overvejelse medfører, at en Del af det, der før kun var vejledende Synspunkter, som „efter Omstændighederne“ kunde fraviges, i et vist Omfang bliver ophøjet til gældende Ret.

Regeringsretten har navnlig udøvet en skarp Retskontrol med de kommunale Myndigheders Beslutninger. Der findes en righoldig Praksis vedrørende Spørgsmaalet om, hvad der kan henregnes til Kommunernes „gemensamma ordnungs- och hus-hållningsangelägenheter“, jfr. § 1 i Lovene om Kommunalstyrelse paa Landet og i By af 21. Marts 1862, og meget hyppigt er Forvaltningsakter (Kommunalbestyrelsernes Vedtagelser) blevet annulleret, fordi de faldt udenfor denne Grænsce,¹⁾ altsaa fordi vedkommende Myndighed *savnede Hjemmel* i det nævnte Udtryk til den paagældende Forvaltningsakt. Som Eksempler paa saadanne ugyldige kommunale Beslutninger kan nævnes følgende:

Anvisning af Midler til Fremme af det frivillige Skyttevæsen,²⁾ Beslutning om Indkøb af fast Ejendom (Værdi 30000 Kr.), idet Indkøbet ikke „afsåge något ändamål, som kunde vara att hänföra till ... kommunens gemensamma ordnungs- och hus-hållningsangelägenheter“,³⁾ Vedtagelser om betydelig Financiering af en Hotel- og Restaurationsforretning⁴⁾ og af en Kuranstalt, hvis hovedsagelige Formaal var som Forretning at drive Sanatorier for Patienter andetsteds fra,⁵⁾ Tegning af Aktier i Elektricitetsværk, der kun kom en Del af Kommunen til Gode,⁶⁾ Beslutning om Opførelse af en Hotelbygning,⁷⁾ Tilskud til private Veje⁸⁾ og til en Forening til Indretning af Soldaterhjem.⁹⁾

¹⁾ At dette er Ugyldighed paa Grund af en *Indholdsmangel* og ikke paa Grund af *Inkompetence* fremgaar af Bemærkningerne ovenfor p. 60 ff.

²⁾ Reg. R. 1910. 274; se derimod Reg. R. 1911. 241 og 1911. 304.

³⁾ Reg. R. 1909. 55.

⁴⁾ Reg. R. 1916. 48.

⁵⁾ Reg. R. 1916. 226.

⁶⁾ Reg. R. 1915. 38. Jfr. 1917. 151.

⁷⁾ Reg. R. 1911. 229.

⁸⁾ Reg. R. 1914. 8.

⁹⁾ Reg. R. 1913. 245.

Som Tilfælde, hvor Regeringsretten er kommet til det Resultat, at Forvaltningsakten falder *indenfor* Kredsen af de kommunale Anliggender, kan nævnes Vedtagelse om Tilskud til Telefonanlæg, der kom hele Sognet til Gode,¹⁾ Bevilgelse af Penge til en Idrætsforening²⁾ og en Foredragsforening,³⁾ Tilskud til en Frugtavlforening⁴⁾ og en Understøttelsesforening,⁵⁾ Anlæg af eget Elektricitetsværk, skønt der fandtes et privat Værk,⁶⁾ Paatagelse af Ansvar for et Jernbaneselskabs Forpligtelser, i hvilket Byen ejede en betydelig Aktiemængde,⁷⁾ Bevilgelse af 500 Kr. til et Mindesmærke for en Person, der havde testeret til Fordel for Byen,⁸⁾ Tilskud til Afholdsforening⁹⁾ og Folkhøjskole,¹⁰⁾ Salg af Mælk fra Kommunens Ejendom (i Krigsaarene) til lav Pris,¹¹⁾ Tilvejebringelse af Apotekerlokale og Bolig for Apotekeren,¹²⁾ Ydelse af gratis Grund til en Bygning til gudeligt Brug.¹³⁾

Hvor en Forvaltningsakt falder indenfor Kredsen af de kommunale Anliggender, er dens Indhold *iøvrigt* naturligvis ikke dermed unddraget Regeringsrettens Prøvelse. Eksempelvis skal nævnes, at da en Kommunalbestyrelse havde besluttet, at Opkrævning af Forlystelsesskat skulde overdrages en Person, der som Vederlag skulde oppebære, hvad der kom ind ud over et vist Beløb, blev denne Beslutning annulleret, da „Kommunen icke lagligen kunde anses berättigad att paa sätt som skett träffa förfogande öfver en kommunen tillkommande intäkt av ifrågavarande slag ...“¹⁴⁾

¹⁾ Reg. R. 1915. 38.

²⁾ Reg. R. 1909. 3.

³⁾ Reg. R. 1909. 23.

⁴⁾ Reg. R. 1921. 49.

⁵⁾ Reg. R. 1920. 45.

⁶⁾ Reg. R. 1910. 22. Jfr. 1909. 85.

⁷⁾ Reg. R. 1910. 193.

⁸⁾ Reg. R. 1915. 118.

⁹⁾ Reg. R. 1909. 129. og 152.

¹⁰⁾ Reg. R. 1909. 83.

¹¹⁾ Reg. R. 1917. 70.

¹²⁾ Reg. R. 1921. 9.

¹³⁾ Reg. R. 1917. 90.

¹⁴⁾ Reg. R. 1921. 58, jfr. ogsaa Reg. R. 1916. 160 (Eftergivelse af kommunale Skatter opretholdt, fordi den kun omfattede uerholdelige Beløb). Reg. R. 1910. 327 og 294 samt 1920. 99.

Det fremgaar af de anførte Afgørelser, at Regeringsretten, paa det ommeldte Forvaltningsomraade, annullerer *ganske uden Hensyn til, om nogen er krænkede i en Rettighed*, blot der objektivt set foreligger en Retskrænkelse (manglende Hjemmel).

Udenfor Retskontrollen med Kommunerne giver Regeringsrettens Praksis ikke noget sikkert Holdepunkt for Bedømmelsen af, i hvilket Omfang Principet om lovmæssig Forvaltning er anerkendt i svensk Praksis. Paa den ene Side maa det her erindres, at de svenske Forvaltningsmyndigheder indtil Oprettelsen af Regeringsretten overhovedet ikke har været underkastet nogen almindelig judiciel Kontrol, idet de almindelige Domstole kun undtagelsesvis var kompetente i Forvaltningsanliggender.¹⁾ Forvaltningen har derfor kunnet føle sig forholdsvis „frit“ stillet. Paa den anden Side kan det, som foran nævnt, nu forventes, at Regeringsretten vil virke fremmende paa Forvaltningens Lovmæssighed.

I Norge har det siden Grundloven været fastslaaet, at Forvaltningsakter er underkastet de almindelige Domstoles Kontrol, og Principet om den lovmæssige Forvaltning har i hvert Fald for saa vidt angaar Indgreb i Frihed og Ejendom vundet klar Anerkendelse i Domspraksis. Eksempelvis kan anføres følgende Domme:

Ifølge Lov af 23. Juni 1888 § 1 tilkommer det Distriktets Overovrighed „at fordele Sommerbeistrækningerne for Ren paa Finmarkens Amts Halvøer og Øer ...“, og i § 4 er fastsat Straf for Overtrædelse af de i Henhold til § 1 trufne Bestemmelser. Amtmanden havde nu ved en Anordning fordelt Sommerbeite paa *Fastlandet*, men en Person, der var tiltalt for Overtrædelse af denne Anordning, blev frifundet for Højesteret.²⁾ Førstvoterende udtalte bl. a.: „Jeg er enig med Meddomsretten i, at den nævnte Anordning ... ikke har Hjemmel i Loven ... For mig har den Betragtning været afgørende, at Loven ikke giver Udtryk for den Mening at overlade til Amtmanden at ordne alt Sommerbeite inden Finmarkens Amt. ... Har Forholdenes Udvikling medført Nødvendigheden af en Anordning i videre Udstrækning, end Lovens Ord tilsiger, saa faar det være Lovgivningens Sag at skride ind“. — I en anden

¹⁾ Jfr. *Hammar skjöld* p. 32 ff.

²⁾ N. R. T. 1909. 442.

H. R. D.¹⁾ frifandtes en Tiltalt for Overtrædelse af Kommunalbestyrelsens Beslutning om Udsækningens Begrænsning til Kl. 5 om Eftermiddagen, fordi Beslutningen, der ansaas for at gøre Indgreb i Skænkerettighedens „Substans“, maatte „blive at anse som manglende Hjemmel i Lovgivningen“ ...²⁾

I det foregaaende er fremstillet det almindelige Princip, at Forvaltningsaktens Indhold *maa have Hjemmel i Loven*, i det mindste hvor der gøres Indgreb i Borgernes Frihed og Ejendom; ligeledes er det anført, at Loven har *Forrang* overfor Forvaltningsakterne, saaledes at disse bryder sammen, hvor Indholdet er uforeneligt med Lovreglen. Hvad forstaas da i denne Sammenhæng ved „Loven“?

Som det lejlighedsvis fremgaar af det foregaaende tages Udrykket „Loven“ her i samme Betydning som „Retsnorm“.³⁾ Derunder falder ikke blot Love i formel Forstand, men tillige de fra administrative Myndigheder udgaaede Retsforskrifter af generelt Indhold, altsaa Forordninger, Vedtægter, Reglementer osv., og det hvad enten de maatte hidrøre fra statslige eller kommunale, almindelige eller specielle, centrale eller lokale Organer. At *Normen* maatte hidrøre fra det samme Forvaltningsorgan, som træffer den *konkrete* Afgørelse, bliver ogsaa uden Betydning. Uden særlig Hjemmel kan et Forvaltningsorgan ikke „dispensere“ fra sine egne generelle Forskrifter.

Disse Normer har dog kun Evne til at være Hjemmel og Grænser for Forvaltningsakten, naar de selv er gyldige.⁴⁾

Om Sædvaneret kan forekomme som Forvaltningsretskilde er et omdebatteret Spørgsmaal. *Otto Mayer*⁵⁾ fremhæver med

¹⁾ N. R. T. 1909. 156.

²⁾ Se derimod N. R. T. 1919. 449, hvor Højesteret opretholder en Salgsindsækning under Henvisning til, at Lovgivningen og — i Medfør af denne — den udøvende Magt havde forøgede Beføjelser under de ved Verdenskrigen opstaaede ekstraordinære Forhold.

³⁾ Jfr. Einführungsgesetz zum B. G. B. Art. 2: Gesetz im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

⁴⁾ Se U. f. R. 1912. 134.

⁵⁾ Otto Mayer, I. p. 91.

Rette, at Domstolenes „Hunger nach Rechtssätzen“ ikke gør sig tilsvarende gældende indenfor Forvaltningen. „Sie ist lange Zeit ihren Weg gegangen ohne alle“. Han mener derfor, at der kun kan blive Tale om en „ererbtes Gewohnheitsrecht“ paa samme Maade som førkonstitutionelle Love endnu, men i aftagende Grad, spiller en Rolle som forvaltningsretlige Normer.¹⁾

¹⁾ Jfr. om Spørgsmaalet ogsaa Fleiner, p. 83—88, der mener, at Dannelsen af ny Sædvaneret vilde være i Modstrid med Grundsætningen om den lovmæssige Forvaltning.

Kapitel XI.

INDHOLDSMANGLER. FORTSÆTTELSE.

§ 34.

Modstrid mellem Forvaltningsaktens Indhold og konkrete, offentligretlige eller privatretlige Dispositioner.

Det forekommer ikke sjældent, at en Forvaltningsakt anordner Handlinger eller Undladelser, som er uforenelige med tidligere konkrete Dispositioner af offentligretlig eller privatretlig Natur. Under Verdenskrigen skete det saaledes, at Forvaltningen forbød en Virksomhed at udlevere Varepartier, uagtet disse var afhændet til Tredjemand,¹⁾ men ogsaa under normale Forhold vil Retslivet frembyde Eksempler paa det anførte: Kommunalbestyrelsen vedtager, at Renterne af et Legat skal bortgives til et andet Formaal end af Testator bestemt, eller fastsætter lavere Priser paa Gas eller Elektricitet end de, der er aftalt med vedkommende koncessionerede Selskab. Bevirker dette, at disse Vedtagelser bliver ugyldige? — Her maa sondres mellem, om den Disposition, der yder Modstand mod Forvaltningsakten, er af privatretlig eller offentligretlig Art.

I. Vi betragter da først Forvaltningsakter, som er uforenelige med en privatretlig Kontrakt eller et Testamente.²⁾ Kommunalbestyrelsen beslutter at anvende Legatrenter til bedste for en anden Kreds af Personer end i Testamentet bestemt; Sundhedsautoriteterne erklærer en Ejendom for ubeboelig og paalægger Ejeren at ryddeliggøre den, uagtet Lejerne har en

¹⁾ Eks.: Bekendtgørelse Nr. 97 af 27/2 1917 om midlertidige Bestemmelser vedrørende Beholdningerne af Spiritus. — Saadanne Forbud forekom ogsaa — hvad der her er af Interesse — i konkret Skikkelse.

²⁾ M. H. t. Testamenter kommer Spørgsmaalet frem, hvor der er oprettet en Stiftelse, som bestyres af en offentlig Myndighed.

kontraktmæssig Ret til at blive boende. Ved Bedømmelsen af Gyldighedsspørgsmaalet har vi her kun Forholdet til *Tredjemand* for Øje, idet Betydningen af, at der sker Indgreb i dens Rettigheder, til hvem Forvaltningsakten henvender sig, er tilstrækkelig belyst i det foregaaende.

Undertiden vil nu Forholdet være det, at Tredjemands Rettigheder vil bevirke, at det *bliver umuligt* for vedkommende at efterkomme et af Forvaltningen givet Paabud. Politiet havde paalagt en Husejer at lade de i Stueetagen bortlejede 5 Værelser rømme i Løbet af 24 Timer. Herom udtaler O. V. G.¹⁾: „Der aus der Natur der Sache sich ergebende Rechtssatz, dass eine polizeiliche Verfügung nichts unmögliches verlangen darf, umfasst nicht nur die Fälle, in denen das verfügte tatsächlich nicht ausgeführt werden kann, sondern auch diejenigen, bei denen sich die Ausführung der Anordnung aus rechtlichen Gründen als untunlich erweist“. Selv kunde Ejeren ikke retsmæssigt sætte Lejeren ud, og den eneste anden Udvej — Retsvejen — kunde ikke føre til noget Resultat i den korte Frist. Paabudet skulde have været rettet til *Lejeren*.

Bortset fra saadanne Tilfælde kan det ikke i Almindelighed antages, at *privatretlige Aftaler* kan bevirke Forvaltningsaktens Ugyldighed. Hvor Forvaltningen overhovedet kan gribe ind i Borgernes Rettigheder, nemlig hvor der er Lovhjemmel derfor, betyder dette, at de offentlige Interesser er i Besiddelse af en retlig Overvægt overfor de private Interesser; Spørgsmaalet bliver da i Virkeligheden kun, *til hvem* Forvaltningsakten bør henvende sig, om det er nødvendigt, at den udgaar *til alle*, i hvis Rettigheder den gør Indgreb (t. Eks. baade til Ejer og Lejer), eller om den med bindende Virkning for alle kan rettes til en enkelt af de vedkommende (t. Eks. Ejeren),²⁾ hvilket maa bero paa en Fortolkning af den Retsregel, der indeholder Hjemmelen for Indgrebet.³⁾

Hvor Forvaltningsakten er et Paalæg om Betaling af en Afgift, der er i Strid med en mellem det offentlige og den private

1) O. V. G. 24. 385, jfr. 24. 439 og 38. 179.

2) Saaledes O. V. G. 16. 392.

3) Om den rette Adressat for Politiets Forvaltningsakter, se W. Jellinek, Gesetz osv. p. 304—326; jfr. iøvrigt Fleiner p. 137—153.

indgaaet, privatretlig Overenskomst, f. Eks. en Vandklosetafgift af en Grund, der af Kommunen er solgt paa det Vilkaar, at saadan Afgift ikke skal svares, vil den private gennem *Modregning* muligvis kunne paralisere Forvaltningsaktens Virkninger, idet han paa Grund af *Kontrakten* vil faa et Erstatningskrav, der svarer til, hvad han i Henhold til *Forvaltningsakten* er forpligtet til at yde. At det offentlige herefter muligens ikke kan faa Dom for Beløbet, maa imidlertid ikke forlede til den urigtige Antagelse, at Forvaltningsakten er ugyldig.¹⁾

O. V. G. har flere Gange udtalt, at „privatrechtliche Abmachungen ... die Behörde unter keinen Umständen hindern (können) ... die im öffentlichen Interesse für geboten erachteten, rechtlich begründeten Anordnungen, sei es dem Hauseigentümer, sei es dem Mieter gegenüber durchzuführen.“²⁾

Fra C. d'E.s Praksis kan nævnes en Afgørelse af 15/5 1908³⁾: Oversosteren ved et Hospital, der var blevet afskediget i Strid med den Kontrakt, som var indgaaet mellem Søsterordenen og Hospitalet, klagede for C. d'E. over den herom af Hospitalets Administrationskommission tagne Beslutning. Men C. d'E. forkastede Klagen; „c'est devant le juge de contrat qu'elle devait porter sa réclamation; que, dès lors, elle n'est fondée à demander l'annulation pour excès de pouvoir ... de la décision de la commission administrative“ ...⁴⁾ Dette skal naturligvis ikke forstaas saaledes, at hun muligens for den almindelige Domstol („le juge de contrat“) har en Mulighed for at faa Afskedigelsen annulleret. Derimod vil der kunne være Tale om Tilkendelse af Erstatning for eventuelt Kontraktsbrud.

Et særdeles interessant Tilfælde er nylig bleven paadømt af

¹⁾ Jfr. her H. R. D. i U. f. R. 1912 p. 26, hvor H. R. imidlertid kommer til det Resultat, at der slet ikke var nogen Uoverensstemmelse mellem *Kontrakten* og det af Kommunen rejste Afgiftskrav.

²⁾ O. V. G. 24. 384, jfr. 1. 363 og 16. 392. Se ogsaa B. V. G. 3. 555 (560).

³⁾ Sagen Dame Valtat, D. 1910. 3. 13.

⁴⁾ I Noten hos D. bemærkes: „il y avait donc lieu d'appliquer la règle qu'une partie, pour demander l'annulation d'un acte administratif, ne peut se fonder sur ce qu'il porterait atteinte aux droits résultant pour elle d'une convention“. Jfr. ogsaa C. d'E. 21/2 1908, Francq, D. 1909. 3. 82 med Note 1, og Note 3 hos D. 1911. 3. 21 til C. d'E. 22/1 1909, Lesage.

Norges Højesteret¹⁾: Ved Salg af en Byggegrund til Opførelse af en Kirke blev det i Skødet bestemt, at Sælgeren ikke maatte bebygge den tilbageværende Del af Ejendommen nærmere end 12 m. Parterne var uvidende om Reglerne i Forordningen af 13. August 1734 § 7, hvorefter der ikke maatte bygges nærmere end 100 Alen til Kirker paa Landet. Da Sælgeren senere havde solgt de tilstødende Parceller, og disse skulde bebygges, blev der første Gang approberet Byggeplaner med den nævnte Afstand af 12 m, men i senere Tilfælde blev saadan Approbation nægtet, fordi Kirkedepartementet havde udtalt, at de *legale* Afstandsbestemmelser var gældende. — Højesteret gik imidlertid imod denne Opfattelse, idet Myndighederne blev anset for bundne af Aftalen om de 12 m. „Det vilde“, siger Højesteret, „komme i Strid med en præsumptivt væsentlig Kontraktsbetragtning, om efter Kapelets Opførelse Juul skulde anses forpligtet til uden nogen Godtgørelse at lade sin Ejendom henligge ubebygget i større Udstrækning end den kontraktmæssigt vedtagne“.

Der foreligger her et iøjnefaldende Eksempel paa, hvorledes de udelukkende civilretligt skolede Dommere kan tage fejl, naar de kommer ind paa den offentlige Rets Omraade. Højesteret hager sig fast i en Fortolkning af Kontrakten, denne Civilrettens primus motor, og tror ad denne Vej at kunne løse den foreliggende Konflikt. Det overses ganske, at denne slet ikke vedrører Spørgsmaalet om den rette Forstaaelse af den foreliggende Kontrakt — denne er iøvrigt paa det Punkt, som her kommer i Betragtning, aldeles klar — men udelukkende en Strid mellem paa den ene Side en Forvaltningsakt, der har Hjemmel i Loven (Kirkemyndighedernes Bestemmelse om, at der ikke maatte bygges nærmere end 60 m),²⁾ og paa den anden Side den foreliggende Kontrakt. At Forvaltningsakten her maa have Overvægten følger af den offentlige Rets fundamentaleste Grundsætning, nemlig at de offentlige Interesser gaar forud for de private. — Det bliver da et Spørgsmaal for sig, hvilken Indflydelse Forvaltningsaktens Opretholdelse og Gennemførelse kan faa paa det kontraktmæssige Mellemværende.³⁾

¹⁾ N. R. T. 1919, p. 33.

²⁾ Hertil var de 100 Alen afrundet ved Lov af 3/8 1897 § 24.

³⁾ Overrettens Dom blev afsagt under Dissens, som er inde paa den

Anderledes stiller Sagen sig, hvor en Forvaltningsakt er i *Strid med en testamentarisk Bestemmelse*. Naar en offentlig Myndighed bortgiver Stipendier, Legater osv., saa maa selve den retlige Hjemmel for disse Handlinger søges, ikke i Loven, men i vedkommende testamentariske Disposition. Her kan ikke foreligge en Konflikt mellem en Forvaltningsakt, der støtter sig til en offentligretlig Norm, og en privat Viljeserklæring, men kun en *Strid mellem den oprindelige, private retsstiftende Viljeserklæring (Testamentet) og en senere Disposition, der henter sin retlige Virkekraft fra hin Viljeserklæring*. At den sidste Disposition her maa vige, synes indlysende.¹⁾

C. d'E. har ikke altid anset en saadan Strid med en testamentarisk Disposition for Annulationsgrund. I en Sag, hvor under det blev paastaat, at det medicinske Fakultet i Paris havde bortgivet en Prisbelønning i Strid med de Vilkaar, som Legatstifteren havde opstillet, udtales det, at „le grief tiré de ce que cette délibération aurait méconnu les conditions mises par le sieur Lacaze au legs fait par lui a la faculté ... ne saurait être retenu comme un moyen de nature a faire annuler ladite délibération ...”²⁾ — I en senere Afgørelse er C. d'E. imidlertid kommet til et rigtigere Resultat: en vis Michaud havde testamenteret sine Ejendele til Kommunen „pour venir en aide aux pauvres, comme médicaments, médecin et autres soulagements qui leurs seront nécessaires“. Administrationskommissionen

rigtige Betragtning: „... naar der først ved kgl. Resolution er givet Tilladelse til Opførelse af Kirker eller til Indvielse til gudstjenlig Brug af en allerede opført Kirkebygning, bliver eo ipso Lovens ... Bestemmelse gældende for vedkommende Strøg ...“. Og det anføres, at der højst kan være Tale om et Erstatningskrav „mod en eller anden“.

¹⁾ Dette maa ikke misforstaas derhen, at jeg skulde bestride det offentlige Ret til at gøre Ændringer i Legater og Stiftelser, jfr. Ørsted: „Om Regjeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet“, Eunomia p. 1—38. Givet er det jo, at denne Ret er snævert begrænset, og her tænkes kun paa Dispositioner, der gaar ud over denne Grænse.

²⁾ C. d'E. 22/1 1909, Lesage, D. 1911. 3. 21. I Noter hos D. opstilles dette Resultat som en Konsekvens af C. d'E.s Praksis, hvorefter „recours pour excès de pouvoir“ ikke kan støttes paa en Krænkelse af Rettigheder, der beror paa „contrats ou conventions“. Det maa iøvrigt bemærkes, at Dommen af andre Grunde annullerede Beslutningen.

for Kommunens „bureau d'assistance“, som bestyrede Legatet, vedtog nu en Gang at tilstaa Kommunens „bureau de bienfaisance“ et Tilskud paa 600 fr. af de nævnte Legatmidler til Anvendelse som Hjælp til „convalescents“, men C. d'E. — som iøvrigt anerkender, at „bureau d'assistance“ selv lovligt kunde have uddelt Beløbet til dette Øjemed — siger om Beslutningen, at Kommissionen har „méconnu l'étendue de ses pouvoirs“. Beslutningen blev derfor annulleret.¹⁾

I Tyskland bestemmer B. G. B. § 87, 1. Stk., at hvis Opfyldelsen af en Stiftelses Formaal er blevet umulig eller bringer Almenvellet i Fare, „so kann die zuständige Behörde der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben“. Heraf maa følge, 1) at hvor disse Forudsætninger ikke er til Stede „kan“ den paagældende Myndighed ikke ændre Formaalet eller ophæve Stiftelsen, og en herpaa sigtende Forvaltningsakt vil være ugyldig, samt 2) at saalænge en saadan Ændring af Formaalet ikke lovligt har fundet Sted, maa Stiftelsen forvaltes i Overensstemmelse med sit oprindelige Formaal. Ganske vist vil der ofte savnes Retsmidler mod Forvaltningsakter, hvis Indhold strider mod dette Formaal,²⁾ men i Bayern, hvor Forvaltningsdomstolen er kompetent m. H. t. „Rechtsansprüche auf den Genuss oder Mitgenuss von Stiftungen, Rechte im Betreff der Stiftungsverwaltung und der Verleihung des Stiftungsgenusses“,³⁾ har B. V. G. H. anerkendt en saadan Strid som Ugyldighedsgrund.⁴⁾

II. At det offentlige er Part i en rent *privatretlig* Aftale kan ikke bevirke, at denne faar nogen større retlig Modstandsevne overfor Forvaltningsakten, end ikke om denne udgaar fra selve den Forvaltningsmyndighed, der har indgaaet Aftalen. Hvorledes gaar det imidlertid, hvor Stat eller Kommune træffer Aftaler med en privat Mand eller et privat Selskab angaaende et *offentligretligt* Forhold, som bringer Aftalen ind under den offentlige Rets Grundsætninger? Noget saadant finder navnlig Sted ved Koncessioner, og det praktisk foreliggende Spørgs-

¹⁾ C. d'E. 1/3 1918, Comm. de Nouan-sur-Loire, Rec. 207.

²⁾ Jfr. Staudingers Kommentar til B. G. B. I. p. 328.

³⁾ Loven om Forvaltningsdomstolen af 8/8 1878 § 8 Nr. 35, jfr. Dyroff p. 9—10.

⁴⁾ B. V. G. H. 10. 269 og 13 p. 14, jfr. ogsaa Dyroff p. 373.

maal er da dette, om en Forvaltningsakt, der strider mod Koncessionsvilkaarene, er gyldig eller ugyldig.

Medens man tidligere var tilbøjelig til at betragte Genstanden for en Koncession som en *privat Virksomhed*, der paa Grund af sin særlige Natur maatte være underkastet det offentlige Kontrol, altsaa under samme Synspunkt som Beværter- eller Apotekerbevillinger, Sagførerbestallinger og lignende (de private Virksomheder, som *Otto Mayer* træffende karakteriserer ved Udtrykket „*Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt*“),¹⁾ er der nu Enighed om, at den retlige Hovedbestanddel i en Koncession er en Forvaltningsakt, hvorved det overdrages en privat Person eller et privat Selskab at udøve *en Virksomhed, der efter sin Natur er en Del af den offentlige Forvaltning*.²⁾ Denne Forvaltningsakt fastsætter — ensidigt som alle Forvaltningsakter — nærmere Beskaffenheden af den offentlige Virksomhed, der saaledes overføres til den private, og navnlig giver den Regler for Virksomhedens Udførelse baade i Henseende til *Anlæg og Drift* (hvor mange Tog, Køreplan, Togenes og Sporvognenes Indretning osv.) — Ved Siden heraf indeholder Koncessionen imidlertid et kontraktmæssigt Moment, idet den private naturligvis ikke paatager sig den paagældende Virksomhed, uden at der tilsikres ham visse Modydelser, hvilke han hovedsagelig opnaar derigennem, at han kan kræve sig betalt af det Publikum, som betjener sig af Virksomheden. Hvis der nu efter Koncessionens Meddelelse sker tekniske Fremskridt eller opstaar Trang til at skabe forøget Sikkerhed eller Bekvemmelighed i Driften, vil Koncedenten have stærk Opfordring til at *ændre* Koncessionen i Overensstemmelse med den stedfundne Udvikling, f. Eks. til at foreskrive elektrisk Drift af en Sporvejslinje i Stedet for Hestekraft, flere Tog end oprindelig fastsat, elektrisk Belysning i Stedet for Gasbelysning osv. Herved kan imidlertid det kontraktlige Balanceforhold mellem Koncedent og Koncessionar blive forstyrret, og Spørgsmaalet er da, om en Forvaltningsakt, der indfører saadanne Forandringer og derved gør Indgreb i Koncessionens kontraktlige Forhold, er gyldig eller ugyldig.

¹⁾ *Otto Mayer*, p. 249 ff.

²⁾ *Jèze* p. 283 ff., *Otto Mayer* II 431 ff., *Fleiner* 321 ff., *Hatschek* 404 ff., *Frederik V. Petersen* p. 77 ff. („Statsmandater til Udøvelse af en offentligretlig Forvaltningsfunktion“.)

Argumenterne for den sidstnævnte Løsning ligger for Dagen. Koncessionaren havde, før der blev meddelt ham Koncession, ingen Forpligtelser overfor det offentlige, og naar han er indgaaet paa at overtage den koncessionerede Virksomhed, er det i Forventning om, at han opnaar de derved forbundne Fordele, eller rettere udtrykt, at de Koncessionsvilkaar, som er afgørende for disse Fordele, ikke ændres.

Denne Betragtning, der vilde være afgørende, hvis det drejede sig om en Virksomhed af privatretlig Natur, maa imidlertid vige her, hvor Talen er om en Virksomhed, der er af offentligretlig Art — fordi den spiller en for Offentligheden, Stat eller Kommune, afgørende Rolle, der endog (man tænke blot paa Jernbanernes strategiske Betydning) kan berøre Statens ydre og indre Sikkerhed. Her maa det være Koncessionarens *ubetingede* Pligt uden Hensyn til de oprindelige Koncessionsvilkaar at drive Virksomheden i Overensstemmelse med de Krav, som under Hensyn til tekniske og sociale Fremskridt til enhver Tid maa stilles til en Virksomhed af den paagældende Art. Den kontraktlige Balance maa da eventuelt genoprettes derved, at der tilstaas ham et *Erstatningskrav*.

Det er særlig i *fransk Praksis*, at disse Spørgsmaal har været fremme. Oprindeligt stod C. d'E. paa det Standpunkt, at det offentlige ikke gyldigt kunde ændre Koncessionsvilkaarene, naar der derved gjordes Indgreb i det kontraktmæssige Forhold. I en Dom fra 1903 siges det saaledes, at Bestemmelsen i en Anordning om, at Præfekten fastsætter Køreplanen, „doit être conciliée avec l'art. 14 du cahier des charges de la compagnie ...; que le nombre des voyages fixé par cet art. ... constitue ... un minimum contractuel, qui ne peut être modifié que par l'accord réciproque des parties; ...“ Præfektens Bestemmelse, hvorefter Antallet af Tog skulde forøges ud over det i Koncessionsvilkaarene fastsatte, blev derfor annulleret.¹⁾

Denne Praksis har C. d'E. imidlertid ændret ved en Afgø-

¹⁾ C. d'E. 23/1 1903, Chemins de fer économiques du Nord, D. 1904. 3. 59, jfr. ogsaa C. d'E. 30/6 1905, Comp. des tramways de Paris, D. 1907, 3. 30; men derimod C. d'E. 29/12 1905, Bardy, D. 07. 3. 77, hvorefter Spørgsmaalet, om en Kommune i Strid med Koncessionsvilkaarene kan forhøje eller paalægge Skatter paa Kul og Gas, besvares bekræftende — dog mod Erstatning.

relse fra 1910, der angaar et ganske tilsvarende Spørgsmaal, idet Præfekten ogsaa her havde foreskrevet et større Antal Tog end fastsat i Koncessionsvilkaarene. C. d'E. udtaler, stik imod den ovennævnte Dom: „... la circonstance que le préfet aurait ... imposé ... un service différent de celui qui avait été prévu par les parties contractantes ne serait pas de nature à entraîner à elle seule, dans l'espèce, l'annulation de l'arrêté préfectoral ...“ Dommen udtrykker sig, som det ses, med stor Varsomhed („à elle seule“, „dans l'espèce“), men den ændrede Retsanskuelse giver sig dog klart til Kende.¹⁾

I Forbindelse med ovenstaaende kunde man rejse Spørgsmaalet om Gyldigheden af en Forvaltningsakt, hvis Indhold er i Strid med en tidligere Forvaltningsakt. Hermed er man imidlertid inde paa det omfattende, forvaltningsretlige Problem om Tilbagekaldelse og Ændring af (gyldige) Forvaltningsakter — et Problem, der vilde kræve saa vidtgaaende Undersøgelser, at Rammen for nærværende Afhandling derved ganske vilde blive sprængt, og som det derfor er nødvendigt at forbigaa.²⁾

§ 35.

Om Bibestemmelser til Forvaltningsaktens Indhold, særligt om Betingelser.

Undertiden sonderer Indholdet af en Forvaltningsakt sig — paa tilsvarende Maade som de private Retshandlers Indhold — i et Hovedindhold og visse Bibestemmelser, hvilket giver Anledning til nogle særlige Spørgsmaal vedrørende Gyldigheden af disse forskellige Bestanddele.

Som saadanne Bibestemmelser nævner *Kormann*³⁾ Betingel-

¹⁾ C. d'E. 11/3 1910, Comp. gén. française des tramways, D. 1912. 3. 49. med Regeringskommissærens udførlige Begrundelse af det ny Standpunkt.

²⁾ Se om Spørgsmaalet t. Eks. Jèze: Kap. VI („Dans quelle mesure peut-il être touché aux actes juridiques et leurs effets peuvent-ils être modifiés? — Du retrait des actes juridiques“.)

³⁾ Kormann p. 135.

ser, Tidsfrister, Forbehold om Genkaldelse af Forvaltningsakten, Paalæg, samt Bestemmelser, der gaar ud paa at udelukke visse til Forvaltningsakten normalt knyttede Retsvirkninger. Der er dog næppe Anledning til her at gaa nærmere ind paa alle disse Arter.

Om Paalægene („die Auflagen“) indrømmer Kormann selv, at de kun er „Befehle, die sich nur mehr äusserlich einem anderen Verwaltungsakt anhängen“. ¹⁾ Dette er rigtigt. Naar det fastholdes, at Forvaltningsaktens Hovedindhold ikke er afhængigt af, om Paalæget efterkommes, er der ingen Grund til at betragte dette sidste under et særligt Synspunkt.

Noget ganske tilsvarende gælder vedrørende Bestemmelser i Forvaltningsakten om Udelukkelse af visse af dens normalt indtrædende Retsvirkninger. Om saadanne Bestemmelser i sig selv er gyldige, maa bero paa den Retsnorm, der ligger bag ved Forvaltningsakten. De egentlige Tjenestemandsstillinger i Stat og Kommune er saaledes oftest af Lovgivningerne udtrykkeligt eller stiltiende karakteriseret som livsvarige. Dette maa betragtes som en præceptiv Ordning, der ikke for det enkelte Tilfælde kan fraviges derved, at Ansættelsen sker paa et vist Aaremaal eller paa Opsigelse. Noget tilsvarende maa gælde om Lønningsbestemmelserne, hvorfor en Bestemmelse i Ansættelsesbrevet om højere eller lavere Løn end den normerede maa være ugyldig. ²⁾ Ej heller vil der ved Meddelelse af Separations- eller Skilsmissebevilling kunne træffes Bestemmelse om, at Formuefællesskabet skal vedblive at bestaa, jfr. Ægteskabslovens § 66, eller at Forældremyndigheden over Børnene vedblivende skal tilkomme Forældrene i Forening, se Umyndighedslovens § 24, jfr. § 21. — Hvor det overhovedet, som i disse Tilfælde, kan paapeges, at Loven selv har fastsat Retsvirkningerne af en Forvaltningsakt, maa disse i deres Helhed

¹⁾ Kormann p. 165.

²⁾ Jfr. Jézé's Bemærkning om C. d'E. 5/12 1919, Préfet de Creuse, i Rev. du d. publ. 1920 p. 90—91. Se ogsaa O. V. G. 66. 251, jfr. 18. 55. — Fra dansk Ret kan nævnes H. R. D. i U. f. R. 1920. 565, hvorefter en Bestemmelse i en Jordemoderbeskikkelse om, at visse Naturalpræstationer skulde omsættes i Pengeydelse, blev anset for uforbindende for Jordemoderen, idet de savnede Hjæmmel i Jordemoderinstruksen.

være ufravigelige,¹⁾ og det uden Hensyn til, om den private maatte give sit Samtykke til en anden Ordning.

Tidsfrister og Forbehold om Genkaldelighed er i Virkeligheden kun Underarter af de nys omhandlede Bibestemmelser. Forbehold om Genkaldelighed maatte iøvrigt behandles i Forbindelse med hele Genkaldelighedsspørgsmaalet, jfr. ovfr. p. 261.

Udførligere skal her kun omhandles *de betingede Forvaltningsakter*, d. v. s. Forvaltningsakter, hvis Retsvirkninger ved en Bestemmelse i selve Indholdet er gjort afhængige af en uvis eller som uvis betragtet Kendsgernings Indtræden.²⁾ Uden for Begrebet falder de saakaldte *conditiones juris*, d. v. s. de af *Loven* fastsatte Betingelser for Retsvirkningernes Indtræden, jfr. herom ovenfor p. 37—39, hvor tillige Forskellen mellem paa den ene Side betingede Forvaltningsakter, hvis Betingelse udebliver, og paa den anden Side de ugyldige Forvaltningsakter nærmere er præciseret. Indenfor de betingede Forvaltningsakter kan man — som i Civilretten — sondre mellem de *suspensivt* betingede Forvaltningsakter, hvis Retsvirkninger kun *indtræder*, naar den betingende Kendsgerning indtræder, og de *resolutivt* betingede Forvaltningsakter, hvis Retsvirkninger *ophører*, saafremt den betingende Kendsgerning indtræder. Sondringen er her som andet Steds uden større Interesse.

I Modsætning til de ovenfor nævnte Bibestemmelser opstaar der her kun *et* Gyldighedsspørgsmaal, nemlig kun m. H. t. Forvaltningsaktens Hovedindhold (det betingede Indhold); selve Betingelsen (det betingende Indhold) har ifølge Sagens Natur ingen selvstændige Retsvirkninger. Det, som her skal undersøges, er da alene Spørgsmaalet om, hvornaar Indføjelsen af en Betingelse *gør Forvaltningsaktens Hovedindhold ugyldigt*.

I. Hvad nu først angaar selve *Tilladeligheden* af, at Forvaltningsorganerne gør en Forvaltningsakt betinget, da gaar *Kormanns*³⁾ Lære i Tilslutning til *Otto Mayer*⁴⁾ ud paa, at Be-

¹⁾ Saaledes ogsaa Kormann p. 159.

²⁾ Jfr. Kormann p. 135—136. Begrebsbestemmelsen svarer til Privatrettens, se Jul. Lassen, Læren om Aftaler p. 10.

³⁾ Kormann p. 150.

⁴⁾ Otto Mayer I. p. 259.

tingelser — som andre Bibestemmelser — kun er mulige, hvor Forvaltningen har et vist Spillerum; de kan derfor ikke indføjes i Forvaltningsakter, til hvis Foretagelse den private har en egentlig Ret. I andre Tilfælde skulde der, selv uden Hjemmel i Loven, intet være til Hinder for, at Forvaltningsakter gøres betingede, dog bortset fra de saakaldte *actus legitimi*, hvortil navnlig henregnes Domme i materiel Forstand („Feststellung und Entscheidung“), Statusbestemmelser (Meddelelse af Statsborgerret eller af kommunal Borgerret, Myndighedsbevilling, Umyndiggørelse m. v.), Godkendelser, Ekspropriationsbeslutninger og Tronafkald. Endelig kan ifølge Kormann en Forvaltningsakt ikke gøres suspensivt betinget, hvor Loven selv træffer Bestemmelse om Ophør af Forvaltningsaktens Retsvirkninger;¹⁾ dette Tilfælde foreligger f. Eks. i Gewerbeordnung § 40, der bestemmer, at visse Approbationer og Godkendelser hverken maa meddeles paa Tid eller genkaldes.

Otto Mayer og Kormann har Ret i, at det her maa være af Betydning, om Forvaltningsakten er fri eller lovbundet, og som det er paavist af Kormann har dette Synspunkt endog fundet Udtryk i den positive Lovgivning.²⁾ Sagen er nemlig den, at hvor de af Loven som fornødne og tilstrækkelige opstillede Forudsætninger for en Forvaltningsakt er til Stede, er det ikke blot givet, at vedkommende Forvaltningsmyndighed ikke rent ud kan undlade at foretage Forvaltningsakten, *indtil en eller flere yderligere Kendsgerninger foreligger*, hvilket vilde være direkte lovstridigt; det maa ogsaa være udelukket, at den vel foretager Forvaltningsakten, naar de af Loven opstillede Forudsætninger er opfyldt, men saaledes, at Retsvirkningernes

¹⁾ Kormann p. 156. Med samme Ret synes det at kunne være fremhævet, at Forvaltningsakten ikke kan gøres suspensivt betinget, hvor Loven selv bestemmer Tidspunktet for Retsvirkningernes Indtræden.

²⁾ Se den tyske „Rayon-Gesetz“ af 21/12 1871 § 28: „Insoweit nach Massgabe dieses Gesetzes die Genehmigung nicht zu versagen ist, darf dieselbe auch nicht an Bedingungen geknüpft werden“. — Derimod er det af mindre Interesse, om der bestaar en Ret til Forvaltningsakten; fuldkommen Lovbundethed kan meget vel være til Stede, uden at der eksisterer en saadan Ret, først og fremmest ved alle de Forvaltningsakter, der ikke tjener, men gør Indgreb i den enkeltes Interesser (Paalæg, Befalinger).

Indtræden eller Forbliven gøres afhængig af en *udenfor Loven* liggende Betingelse. De to Ting kommer praktisk talt ud paa det samme. Eksempel: I Næringslovens¹⁾ § 2 er udtømmende angivet de nødvendige og tilstrækkelige Betingelser for at erholde Borgerskab eller Næringsbevis, se § 3, hvori det siges, at naar nogen er i Besiddelse af de lovbefalede Egenskaber og har opfyldt de foreskrevne Betingelser, kan Borgerskab eller Næringsbevis ikke nægtes ham. Herefter vil det ikke blot være lovstridigt, hvis Borgerskab eller Næringsbevis nægtes i et Tilfælde, hvor de af Loven opstillede Forudsætninger er til Stede, men ogsaa hvis Bevillingen kun gives til Eks. paa Betingelse, at Andrageren godtgør at have ført en moralsk Vandel.²⁾

Ved det anførte maa dog bemærkes følgende: Ofte vil det ikke være klart for vedkommende Forvaltningsmyndighed, om Lovens Forudsætninger for Forvaltningsakten er til Stede eller ej. I saa Fald kan der formentlig intet være til Hinder for, at selv den lovbundne Forvaltningsakts Retsvirkninger gøres afhængige af, om det senere maatte vise sig, at vedkommende Betingelse virkelig var til Stede ved Aktens Forretning eller dog senere er indtraadt. Man kunde kalde saadanne, allerede af Loven opstillede Forudsætninger, som optages i Forvaltningsaktens Indhold, for *uægte* Betingelser. — Eksempelvis kan nævnes, at en Næringsbevilling meddeles paa Betingelse af, at Andrageren opnaar dansk Indfødsret, idet han ved Meddelelsen af Bevillingen vel er optaget paa Lovforslaget om Indfødsrets Meddelelse, men dette endnu ikke er vedtaget af Rigsdagen.

Bortset fra saadanne uægte Betingelser bliver Reglen den, at kun Forvaltningsakter, som i større eller mindre Grad er fri, kan gøres betingede. Loven opstiller her kun visse *nødvendige* Forudsætninger for Forvaltningsakten, og det staar Forvaltningen frit for at undlade Forvaltningsakten, indtil visse *yderligere* Forudsætninger er opfyldt. Men i samme Omfang, som Forvaltningen efter sit frie Skøn *helt kan undlade* at foretage en

¹⁾ Lov af 29. Dec. 1857.

²⁾ Loven kræver kun, at han ikke ved Dom maa være „funden skyldig til Straf paa Æren eller offentligt Arbejde eller er under Tale for en Forbrydelse, der kan medføre saadan Straf.“

Forvaltningsakt, maa den — bortset fra *actus legitimi*, jfr. herom nedenfor — kunne gøre *Forvaltningsakten suspensivt eller resolutivt betinget*. Har et Forvaltningsorgan efter sit frie Skøn Valget mellem at tillade eller ikke tillade, forbyde eller ikke forbyde, kan det henholdsvis tillade og forbyde med Betingelse.¹⁾ — *Kormann*²⁾ anser dette for at være almindelig anerkendt i tysk Teori og Praksis.

Tilladeligheden af, at en Forvaltningsakt gøres betinget, afhænger imidlertid ikke *alene* af dette, hos *Kormann* og *Otto Mayer* fremhævede Kriterium, om Forvaltningsakten er fri eller lovbunden. Hvor en Forvaltningsakt efter det foregaaende *overhovedet* kan gøres betinget, nemlig hvor den ikke er lovbundet, kan dog aabenbart *ikke enhver* Betingelse indsættes. Lad os tænke os, at en Rejsetilladelse til en værnepligtig gøres betinget af, at den paagældende forinden betaler sin forfaldne Skat eller forfaldne Underholdsbidrag, at en Tilladelse til Afholdelse af et offentligt Karneval gøres betinget af, at 10% af Entréindtægten tilfalder den kommunale Hjælpekasse, eller at Indførseltilladelse for levende Kvæg meddeles paa Vilkaar, at der betales en vis Indførselsafgift til Statskassen. Alle disse Forvaltningsakter er i vidt Omfang fri, men ingen vil dog være i Tvivl om, at Forvaltningen i de nævnte Tilfælde har handlet ulovligt — med mindre da de anførte Betingelser maatte have særlig Lovhjemmel. Hvorledes finder vi da Kriteriet for, *hvilke Betingelser* der lovligt kan indsættes og hvilke ikke?

Den foreliggende Literatur giver ikke væsentlige Bidrag til Spørgsmaalets Løsning. *Kormann* kommer slet ikke ind paa denne Side af Sagen. *Otto Mayer*³⁾ udtaler derimod m. H. t. Polititilladelser, at Bibestemmelser kun er mulige, naar de ikke strider „gegen den ausdrücklichen oder aus Zweck und Natur der polizeilichen Massregel sich ergebenden Willen des Rechtsatzes . . ., der die Erlaubnis vorbehält und damit die Behörde

¹⁾ Jfr. Overrettsdom i U. f. R. 1885 p. 923, hvori det siges, at naar Betingelserne efter § 9 i Lov af 29. Dec. 1857 for at (k u n n e) forbyde Indførsel af Hornkvæg er til Stede, kan Indenrigsministeren ogsaa bestemme, at Indførselen kun maa ske paa visse indskrænkende Betingelser.

²⁾ *Kormann* p. 150.

³⁾ *Otto Mayer* I. p. 259.

zu ihrer Verfügung ermächtigt“. — Ihvorvel denne Henvisning til Lovens „Vilje“ — eller om man vil, dens „Aand“ — peger i den rigtige Retning, giver den dog næppe nogen virkelig Vejledning. I det følgende skal det forsøges nærmere at angive det Hovedsynspunkt, som maa blive afgørende:

Ethvert Forvaltningsorgan er forpligtet til at forfølge offentligretlige Formaal og indenfor disse atter en af Kompetence-love og andre Retsnormer nærmere afgrænset Kreds af Forvaltningsopgaver. Ovenfor i Afsnittet om Forvaltningsaktens Ugyldighed paa Grund af ulovligt Formaal er det ud fra denne Grundbetragtning udviklet, hvorledes, indenfor det frie Skøns Ramme, den *subjektive Afvigelse* fra disse Formaal kan medføre Forvaltningsaktens Ugyldighed, idet saadan Afvigelse kompromitterer Skønnet. Manglen er der af *subjektiv og formel* Karakter; objektivt set falder Forvaltningsaktens Indhold indenfor Skønnets Grænser.

Ogsaa her ved Spørgsmaalet om Betingelser maa *Formaalet* med den betingede Forvaltningsakt blive det afgørende for Gyldighedsspørgsmaalet, men her drejer det sig om Forvaltningsaktens *objektive Formaal*, saaledes som dette træder frem i den indføjede Betingelse. Naar det saaledes, jfr. ovenfor, maa anses for ulovligt at gøre en Rejsetilladelse til en værnepligtig betinget af, at han inden Afrejsen betaler sine Skatterestancer eller resterende Underholdsbidrag, saa beror Ulovligheden paa, at Forvaltningsakten med sit objektive Indhold forfølger — *virker* hen til — et Formaal, som ligger ganske udenfor de Statsformaal, som Værnepligtsordningen eller Forsvarsordningen forfølger. Derimod er der naturligvis intet til Hinder for, at Rejsetilladelsen, saaledes som det ogsaa sker i Praksis, gøres betinget af, at den værnepligtige opgiver en her bosiddende Person, hvem Indkaldelsesordre med bindende Virkning for den værnepligtige kan tilstilles. Denne Betingelse virker netop objektivt hen til et Formaal, der falder indenfor Værnepligtsordningen. — Paa lignende Maade forholder det sig f. Eks. med en Polititilladelse til Afholdelse af et offentligt Bal paa Betingelse af, at en vis Del af Indtægten tilfalder f. Eks. den kommunale Hjælpekasse. Politiet skal haandhæve Ro, Orden og Sikkerhed i Samfundet,¹⁾ og det har et meget

¹⁾ Jfr. Lov om Københavns Politi af 11/2 1863 § 9 og Lov om Politiet udenfor København af 4/2 1871 § 7.

vidtgaende, frit Skøn i Henseende til, hvilke Foranstaltninger det vil træffe til disse Formaals Opnaaelse. Lige saa lidt som Politiet imidlertid kan benytte sig af denne Frihed til Forfølgelse af *subjektive* Formaals, som ligger udenfor Politiets Opgave („détournement de pouvoir“), lige saa lidt tør det indenfor sit Frihedsomraade *objektivt* forfølge uvedkommende Formaals. Noget saadant kan ikke blot finde Sted, hvor en Forvaltningsakt, der er i *den privates Favør*, gores betinget af en eller anden Handling fra hans Side, men ogsaa hvor et *Indgreb i den privates Interessesfære* gores resolutivt eller suspensivt betinget af en saadan Handling. Politiet forbyder f. Eks. en Ejer at bebo sit faldefærdige Hus, hvis han vedblivende driver ulovlig Udsækning af stærke Drikke.

Selv Betingelser, hvis Indtræden er uafhængig af den *privates* Vilje, kan ud fra dette Synspunkt være ulovlige. Politiet gør f. Eks. en Tilladelse til Afholdelse af en offentlig Forestilling betinget af, at Værten opnaar Husejerens Samtykke dertil, idet man har haft for Øje, at denne muligvis i Kraft af Lejekontrakten er berettiget til at modsætte sig en saadan Anvendelse af Lokalet. Beskyttelsen af en saadan privatretlig Interesse ligger imidlertid udenfor Politiets Opgaver.

Resultatet bliver da dette, at hvor en Forvaltningsakt *overhovedet* er modtagelig for Betingelser, kan dog ingenlunde *enhver* Betingelse indføjes, men kun saadanne, som tjener Interesser, hvis Væretagelse ligger indenfor det paagældende Forvaltningsorgans Opgaver paa det specielle Forvaltningsomraade, Forvaltningsakten angaar.

— Der gives imidlertid nogle særlige Grupper af Forvaltningsakter, m. H. t. hvilke man maa gaa endnu videre i Henseende til at udelukke Betingelser, idet disse Forvaltningsakter ikke vil kunne fyldestgøre deres Formaal — at skabe en fast og sikker Retssituation — saafremt deres Indhold *overhovedet* er betinget: de saakaldte *actus legitimi*.¹⁾ Hertil maa i første Række henregnes de Forvaltningsakter, som gaar ud paa at tillægge en Person en vis offentligretlig eller privatretlig *Status*: Umyndiggørelse, Myndighedsbevilling, Adoption, Beskikkelse af Lavvæрге, Ægteskabsstiftelse, Udnævnelser af Embedsmænd

¹⁾ Kormann 152—156.

osv. Det retligt karakteristiske ved disse Forvaltningsakter er dette, at de vel angaar en enkelt Person og for saa vidt er af konkret Beskaffenhed, men at — bortset herfra — den Rets-situation, som indtræder, er *generelt bestemt af Lovgivningen*.¹⁾ Det, Forvaltningen her har at afgøre, er kun, om Forudsætnin-gerne for en Forvaltningsakt af den paagældende Art er givne, hvorved der bliver Plads for et mere eller mindre frit Skøn; derimod kan Forvaltningen *ikke* give Forvaltningsakten *noget individuelt Indhold*. Her er altsaa Tale om en Gruppe af Mel-lemtilfælde, dels overfor de Forvaltningsakter, der er helt lov-bundne, dels overfor de Forvaltningsakter, som er fri i begge de nævnte Henseender.

Saadanne Statusforhold maa være *ubetingede*. Dette er vel ikke en logisk nødvendig Følge af, at Retssituationen er lov-bestemt; thi dette gælder netop kun i Henseende til *Indholdet*, ikke i Henseende til dens Indtræden eller Ophør, der under-tiden kan fastsættes helt diskretionært. Men det følger af Statusforholdets Natur iøvrigt, idet reale Hensyn i høj Grad modsætter sig, at et Statsborgerforhold, et Ægteskab, Stillin-gen som Embedsmand osv. skulde bero paa en uvis Kendsger-nings Indtræden eller Ikke-Indtræden. Disse Retssituationer er af saa afgørende, *almindelig* Betydning i en Række vigtige Livs-forhold, at Spørgsmaalet om deres *Tilstedeværelse*, lige saa vel som Spørgsmaalet om deres *Indhold* maa bringes paa det rene i selve Forvaltningsakten. En Vielse, en Embedsudnævnelse, en Meddelelse af Statsborgerret maa derfor *definitivt* tage Stil-ling til dette Spørgsmaal.²⁾ I B. G. B. § 1724 er dette positivt udtalt m. H. t. den Forvaltningsakt, hvorved et uægte Barn

¹⁾ Jèze, der benævner disse Forvaltningsakter „actes-conditions“, be-mærker (p. 29): „La situation juridique dans laquelle va être placé l'individu existe déjà; de plus, cette situation est une situa-tion générale et impersonnelle“.

²⁾ Jfr. O. V. G. 13. p. 417: „Es knüpfen sich an die Erteilung der Staatsangehörigkeit so weitragende Folgen für den rechtlichen Status des Betheiligten, so zahlreiche Begründungen von Rechts-verhältnissen im öffentlichen, Familien- und Vermögensrecht, dass für den Erwerb wie für den Verlust die legislatorische Forderung überall hervortrat, durch einen Formalakt den Eintritt des neuen Status zu konstatieren, und demgemäss durch das Gesetz ... den Zeitpunkt des Eintritts definitiv zu bestimmen“.

— Det siges undertiden, at visse Personer i Henhold til Lov Nr. 54 af 25. Marts 1871 „har en af deres Tilbagevenden til Dan-

erklæres for ægte („Ehelichkeitserklärung“), jfr. ogsaa §§ 1317, 1598 og 1742. At den ægteskabsstiftende Erklæring efter Ægteskabsloven af 30. Juni 1922 ikke tør være betinget fremgaar af den i kgl. Anordning Nr. 481 af 17. November 1922 § 4 foreskrevne Form.¹⁾

Uimodtagelige for Betingelser er efter Kormanns Mening²⁾ ogsaa Forvaltningsakter, der godkender Retmæssigheden eller den øvrige Rigtighed af en Forvaltningsakt, i hvert Fald hvor den Forvaltningsakt, der godkendes, ikke selv er modtagelig for Betingelser, samt naturligvis de *lovbundne* Godkendelser, der dog næppe spiller nogen større Rolle. Som Eksempel paa saadanne Godkendelser kan nævnes Centralforvaltningens Approbationer paa stedlige Vedtægter (Købstadvedtægter,³⁾ Sundhedsvedtægter,⁴⁾ Politivedtægter⁵⁾ osv.), Stadfæstelser paa visse Udnævnelser eller Valg⁶⁾ m. v. Nævnes kan ogsaa „Afviklingsloven“ af 30. August 1919 § 1, hvorefter Indenrigsministeren kunde træffe visse overordentlige Foranstaltninger med et Rigsdagsudvalgs (eller Rigsdagens) Godkendelse.⁷⁾

mark betinget dansk Indfødsret“, jfr. Berlin I p. 130. Dette maa naturligvis ikke forlede til den Antagelse, at der i saa Fald foreligger en betinget Indfødsret i den Forstand, hvori Udtrykket her bruges. Der er Tale om en „*conditio juris*“. Det er iøvrigt i flere Henseender uheldigt at karakterisere det ommeldte Retsforhold som en betinget Indfødsret.

Ved visse af de omhandlede Tilfælde gaar man endnu videre i Retning af at stabilisere den paagældende Retssituation, idet man betragter Forvaltningsakten som en *Formal* akt, der ikke er undergivet de samme Ugyldighedsgrunde som Forvaltningsakter i Almindelighed, jfr. herom K o r m a n n p. 365—371 og N e u h ä u s e r p. 67—81. Spørgsmaalet har især været fremme i Tyskland m. H. t. Naturalisationsakten, se O. V. G. 13. 408 og 27. 410.

¹⁾ Se J u l. L a s s e n, Romerret p. 161 om, at *emancipatio* ikke kan være betinget.

²⁾ K o r m a n n p. 154—155.

³⁾ Købstadkommunalloven af 26/5 1868 § 35.

⁴⁾ Lov 12/1 1858, jfr. Lov 28/3 1868.

⁵⁾ Lov 4/2 1871 § 5 angaaende Politivedtægter i Landjurisdiktioner. Efter § 3, der angaar Politivedtægter for Købstæderne, er det derimod hovedsagelig Justitsministeriet selv, der endeligt fastsætter Indholdet af Vedtægten.

⁶⁾ Se saaledes om de sagkyndige Medlemmer af Sø- og Handelsretten, Rpl. § 9, 2. Stk., jfr. Lov 19/2 1861 § 3.

⁷⁾ Nærmere bestemt er en saadan Godkendelse et efterfølgende Sam-

Kormann har formentlig Ret i, at hvor den til Godkendelse foreliggende Forvaltningsakt ikke selv er modtagelig for Betingelser, kan heller ikke Godkendelsesakten gøres betinget. Men det samme kan næppe gælde, hvor den foreliggende Forvaltningsakt godt selv kan have et betinget Indhold. Naar saaledes ifølge Landkommunallovens § 26 Amtsraadets Samtykke udfordredes til, at der af Kommunen blev ydet Bidrag til de Fattiges Kasse,¹⁾ saa kunde formentlig ikke blot *Sogneraadets Beslutning* om Ydelse af et saadant Bidrag gøres betinget, for Eksempel af, at Kassen kun yder Hjælp under de eller de Forudsætninger; men ogsaa *Amtsraadets Godkendelse* af Beslutningen maatte kunne være betinget til Eks. af, at Kommunen fører et vist Tilsyn med Tilskudets Anvendelse.

II. Maa det i Henhold til foranstaaende antages, at en Forvaltningsakt ulovligt er gjort betinget, bliver det næste Spørgsmaal, om Forvaltningsakten af den Grund bliver ugyldig, eller om Betingelsen skal anses for uskrevet (uudtalt).

*Walter Jellinek*²⁾ er af den førstnævnte Mening, idet han finder det naturligere at drage en Analogi fra Privatrettens Retshandler inter vivos, hvor den ulovlige Betingelse medfører Retshandelens Ugyldighed (B. G. B. § 139³⁾), end fra de sær-

tykke fra en Forvaltningsmyndighed til en fra en anden, sædvanligt underordnet, Forvaltningsmyndighed hidrørende Forvaltningsakt, hvis Retsvirkninger er afhængige af, at Samtykket meddeles, medens der derimod ikke tilkommer det godkendende Forvaltningsorgan nogen Beføjelse til at ændre den foreliggende Forvaltningsakt. — Som det heraf ses, henvender Godkendelsen sig ikke direkte til Borgerne, men til et andet Forvaltningsorgan. Strengt taget falder den derfor kun indenfor nærværende Afhandlings Ramme i det Tilfælde, at dette andet Forvaltningsorgan er et *Selvstyreorgan*, jfr. ovfr. p. 30.

¹⁾ Jfr. derimod m. H. t. Hjælpekasserne Lov Nr. 101 af 29/4 1913 § 2.

²⁾ Der fehlerhafte Staatsakt p. 92—93.

³⁾ „Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde“. — Denne Bestemmelse omhandler iøvrigt slet ikke Spørgsmaalet om betingede Retshandler, jfr. Kormann p. 161 og Staudingers Kommentar til B. G. B. 7.—8. Udg. I p. 541—543 og 595—596, idet Betingelsen ikke er en „Del“ af Retshandelen i den Forstand, hvori Udtrykket er brugt i B. G. B. § 139. Jfr. derimod Code civile art. 1172: „Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs

lige Regler om Testamenter, hvorefter en *conditio impossibilis* anses for uskrevet (B. G. B. § 2085¹⁾). — En saadan Analogi slutning er imidlertid paa dette Punkt ganske utilstedelig. Den erklærendes „Viljesbegrænsninger“ spiller en langt betydningsfuldere Rolle og har Krav paa langt større Hensyntagen i Privatretten end i den offentlige Ret,²⁾ jfr. ogsaa ovenfor p. 144 ff. om Vildfarelsens forskellige Betydning indenfor de to Retsomraader.

*Kormann*³⁾ kommer til det modsatte Resultat, idet han anser en utilladelig Betingelse for uskrevet⁴⁾ og derfor uden Indflydelse paa Forvaltningsaktens Gyldighed. Hans Begrundelse herfor er nærmest kun den, at denne Antagelse er i Overensstemmelse med den almindelige Mening i Literatur og Praxis.

— En selvstændigere Prøvelse af Spørgsmaalet tør imidlertid lige saa lidt slaa sig til Taals med en saadan Henvi-
sing til den herskende Mening som med *W. Jellineks* Forsøg paa at finde en Løsning ved at drage en Analogi fra Privatrettens Retshandler. Undersøgelsen maa derimod være rettet paa at udfinde, om de Retshensyn, der i Henhold til den ovenstaaende Udvikling gør en Betingelse utilladelig, medfører 1) at Betingelsen betragtes som uskrevet, eller 2) at Forvaltningsakten bliver ugyldig, eller endelig 3) maaske slet ikke fører videre end netop til at anse Betingelsen for utilladelig, medens

ou prohibée par la loi, est nulle est rend nulle la convention qui en dépend“.

¹⁾ „Die Unwirksamkeit einer von mehreren in einem Testament enthaltenen Verfügungen hat die Unwirksamkeit der übrigen Verfügungen zur Folge, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser diese ohne die unwirksame Verfügung nicht getroffen haben würde“. Heller ikke her er der imidlertid Tale om nogen betinget Retshandel.

²⁾ Som *Kormann* p. 161 udtrykker det: „Der Gesetzwille überragt hier den Verwaltungswillen“.

³⁾ *Kormann* p. 164—165.

⁴⁾ Han ser heri „eine anerkannte Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz ... wonach unzulässige Verwaltungsakte ... nicht nichtig, sondern nur anfechtbar sind“. For Betingelsers Vedkommende (Forfatteren taler det anførte Sted om Betingelser, Tidsfrister osv. under et) er denne Udtalelse uden fornuftig Mening, jfr. ovenfor p. 263 om, at Betingelser ikke kan være „gyldige“ eller „ugyldige“.

hverken den ene eller den anden af de to førstnævnte Virkninger indtræder. I sidstnævnte Fald vil der altsaa kun blive Tale om, at der paa en eller anden Maade skrides ind imod det *Forvaltningsorgan*, der har handlet ulovligt.

Et Tilbageblik paa disse Rets hensyn vil dog straks overbevise om, at denne sidstnævnte Mulighed ikke kommer i Betragtning. Thi disse Hensyn er alle *materielle Rets hensyn*, og de kan derfor ikke resultere i en blot indre Ordensforskrift. Vanskeligere stiller Afgørelsen sig m. H. t. de to førstnævnte Muligheder.

Hvad angaar de Tilfælde, hvor Betingelsen er utilladelig, fordi Forvaltningsakten er lovbunden, saa taler her afgørende Grunde for, at Betingelsen anses som uskrevet. Det drejer sig her om Forvaltningsakter, som *skal foretages med det og det bestemte Indhold*. Naar nu dette ulovligt er gjort betinget, kan man ganske vist sige, at Forvaltningsorganet ikke har „villet“ den ubetingede Forvaltningsakt. Men ganske bortset fra, hvorvidt en saadan „Viljesmangel“ overhovedet bør spille nogen Rolle, saa maa den i hvert Fald her blive uden Betydning, fordi vedkommende Embedsmand slet ikke har haft nogen „fri“ Vilje i retlig Forstand. Og paa den anden Side giver den ulovligt indføjede Betingelse ingen særlig Anledning til at antage, at Situationen ikke iøvrigt skulde være gennemprøvet i faktisk og retlig Henseende. — Som Eksempler paa det anførte kan nævnes følgende: I Tilfælde af, at Fællesboet kommer under Konkurs i Mandens levende Live, eller at Manden ulovligt ophæver Samlivet, *skal Overøvrigheden efterkomme Hustruens Begæring om Bosondring*.¹⁾ Hvis Overøvrigheden nu af den sidstnævnte Grund træffer Beslutning om Bosondring paa Betingelse af, at Mandens Fraværelse fortsættes yderligere en vis Tid, saa foreligger der en gyldig Bestemmelse om Bosondring, der er uafhængig af den ulovligt indsatte Betingelses Opfyldelse.²⁾ Ifølge Aldersrenteloven af 7. August 1922 § 1 har enhver Person, der har Indfødsret og er bosiddende her i Riget eller forhyret med dansk Skib, Ret til Aldersrente efter det fyldte 65 Aar i

¹⁾ § 30 i Lov Nr. 75 af 7. April 1899.

²⁾ Det forudsættes, at Samlivet paa Beslutningens Tidspunkt virkelig er ophævet.

Overensstemmelse med de nærmere Regler i Loven. Naar deres for Lovens Betingelser er til Stede, skal Kommunalbestyrelsen tilstaa Aldersrenten, og selv om Vedtagelsen herom maatte indeholde, at Andrageren kun skal være berettiget under en Betingelse, der falder udenfor de i § 4 omtalte, f. Eks. at han indmelder sig i en Afholdsforening, vil Beslutningen lige fuldt være gyldig; den tilføjede ulovlige Betingelse maa betragtes som uudtalt.¹⁾

Hvorvidt noget tilsvarende bør gælde ved de Forvaltningsakter, der gaar ud paa at skabe et *juridisk Statusforhold*, kan være tvivlsomt. Her kan der tilkomme Forvaltningsmyndigheden et endog meget vidt Raaderum for Skønnet, f. Eks. ved Naturalisation,²⁾ og den ovenfor anførte Begrundelse slaar altsaa ikke til her. Der er her — i Modsætning til de lovbundne Forvaltningsakter — netop en retlig Mulighed for, at Naturalisationen, Embedsbesættelsen osv. ikke vilde have fundet Sted, saafremt Forvaltningsorganet havde vidst sig afskaaret fra at træffe en gyldig betinget Afgørelse.

Alligevel er det vistnok rettest ogsaa i disse Tilfælde at betragte Betingelsen som uskrevet. For visse af disse Tilfældes Vedkommende er man endog gaaet saa vidt i Retning af at stabilisere Forvaltningsaktens *normalt indtrædende* Retsvirkninger, at man har udelukket de fleste af de Ugyldighedsgrunde, som ellers kommer i Betragtning, saaledes navnlig ved Ægteskab, se Ægteskabsloven af 30. Juni 1922 § 38, og Naturalisation, jfr. ovenfor p. 269 Note 2 om de saakaldte *Formalakter*. I saadanne Tilfælde bør ogsaa en Anfægtelse paa Grund af en ulovlig Betingelse være udelukket.³⁾ Om dette Resultat tør anses for

¹⁾ I Praxis vil Tilfældene sædvanligt ikke foreligge i den juridiske Form, der her omhandles: Forvaltningsakter med betinget Indhold, men derimod — hvad reelt kommer ud paa det samme — saaledes, at det paagældende Forvaltningsorgan ligefrem undlader Forvaltningsakten, indtil et eller andet, udenfor Loven liggende Krav er opfyldt.

²⁾ Jfr. Code civile art. 8. 5: „Peuvent être naturalisés: ...“ og den tyske Statsborgerlov af 22/7 1913 § 8: „Ein Ausländer ... kann von dem Bundesstaat ... eingebürgert werden ...“

³⁾ Noget andet kan selvfølgelig være positivt bestemt, se saaledes B. G. B. § 1724: „Die Ehehichkeitserklärung kann nicht unter einer Bedingung ... erfolgen“. Her maa Betingelsen medføre Ugyldighed, jfr. K o r m a n n p. 162 og S t a u d i n g e r s Kommentar til B. G. B. 7.—8. Udg. IV p. 1139.

stemmende med Ægteskabsloven af 30. Juni 1922 § 38, hvorefter Vielsens Retsvirkninger er udelukkede, hvis Reglerne i § 36, 2. Stk. er tilsidesat, beror paa en Fortolkning af Udtrykket „forkyndes at være Ægtefolk“. — Men selv i Statusforhold, hvor Ugyldighedsgrundene virker *normalt*, f. Eks. ved Embedsbesættelser, er det vistnok naturligt, at den ulovlige Betingelse ikke medfører Ugyldighed. Statusforholdene er af særlig Interesse for Forholdet mellem den paagældende Person og en ubestemt Kreds af Tredjemænd og offentlige Myndigheder; det er dette, som har medført, at deres Indhold er fastsat generelt af Retsordenen, og at de er uimodtagelige for Betingelser, jfr. ovenfor p. 268—270. Af denne Statusforholdenes Natur følger ganske vist kun, at der maa foreligge et „enten—eller“, ikke derimod med Sikkerhed, at Betingelsen, naar den engang er indføjet, bør anses for uskrevet. Naar denne Løsning dog i Almindelighed maa anses for den rette, beror det paa, at hin ubestemte Kreds af Tredjemænd og Myndigheder faktisk vil gaa ud fra, at den, hvem den betingede Forvaltningsakt angaar, er indtraadt i det paagældende Statusforhold.¹⁾

Tilbage staar endnu de Tilfælde, hvor en Betingelse maa anses for *utilladelig*, fordi den *objektivt forfølger et Formaal, som ligger udenfor det paagældende Forvaltningsorgans Op-gaver* paa det specielle Forvaltningsomraade, Forvaltningsakten angaar, jfr. ovenfor p. 267 f. Det kunde her være nærliggende at antage, at disse Tilfælde maatte behandles som de tidligere omtalte Forvaltningsakter, der *subjektivt* forfølger et ulovligt Formaal, jfr. Kap. VII og Kap. VIII.

Herved maa det dog haves i Erindring, at det ulovlige, subjektive Formaal kun medfører Ugyldighed, naar det har foreligget som det handlende Forvaltningsorgans *Hovedformaal*²⁾

¹⁾ B. V. G. H. 7. 322: Magistraten havde gjort en Beslutning om Til-deling af Borgerret i Kommunen betinget af, at Andrageren betalte det herfor foreskrevne Gebyr. Dommen betegner denne Betingelse som „ungiltig und als nicht beigefügt“. — O. V. G. 13. 408 udtaler, at „das Gesetz kennt keine Naturalisierung unter Bedingungen, weder unter einer Suspensivbedingung ... noch unter Resolutivbedingungen“. At Meningen med denne Udtalelse er, at Betingelsen betragtes som uskrevet, fremgaar af Dommens Indhold iøvrigt. —

²⁾ Jfr. ovenfor p. 190 Note 1.

med Forvaltningsakten. Men en Betingelse kan godt være *utilstedeligt*, selv om den kun forfølger et Formaål, som er *underordnet*, set i Forhold til Forvaltningsaktens Hovedindhold, t. Eks. hvor en Bevilling ulovligt gøres betinget af Erlæggelsen af et Gebyr.¹⁾ I saa Fald vil der ikke være Grund til at statuere Forvaltningsaktens Ugyldighed. Resultatet synes da at maatte blive følgende:

Hvor — undtagelsesvis — Betingelsen i Sammenligning med Hovedindholdet spiller en saa overvejende Rolle, at dens Opfyldelse maa antages at have været Hovedformaålet med Forvaltningsakten, vil denne være ugyldig. I andre Tilfælde maa Betingelsen derimod betragtes som udtalt.²⁾ — „Strandkurvesagen“³⁾ er et Eksempel paa, at en ulovlig Betingelse har *Ugyldighedsvirkning*. Amts- og Kommuneforstanderen havde, udelukkende i Kommunens pekuniære Interesse, paabudt en Bade-gæst at fjerne sin Strandkurv, saafremt han ikke udredede det Vederlag (Gebyr), der var fastsat for Tilladelsen til at opstille saadanne Kurve. O. V. G. ansaa dette Paabud for ugyldigt.⁴⁾ — Fra *fransk Praksis* kan anføres et Eksempel paa, at den ulovlige Betingelse er anset som *uskrevet*. I Sagen, C. d'E. 7/6 1865 Lesbats,⁵⁾ havde Præfekten indrømmet Klageren Tilladelse til at have Holdeplads ved Banegaarden i Fontainebleau paa den Betingelse, at han betjente alle Togene. C. d'E. „annulerede“ denne Betingelse.

§ 36.

Om Lighed for Skønnet.

Et af Konstitutionalismens virkningsfuldeste Slagord var og er „Lighed for Loven“. Heri ligger ikke blot det rent formelle, at Loven er bindende for alle, hvom den angaar,⁶⁾ det vender

¹⁾ B. V. G. H. 7. 322.

²⁾ Jfr. K o r m a n n p. 162—165.

³⁾ O. V. G. 54. 261.

⁴⁾ Jfr. ovenfor p. 205—207.

⁵⁾ D. 1866. 3. 29, jfr. ovenfor p. 176 Note 1. Se ogsaa C. d'E. 22/6 1917, Bouhey, Rec. 495.

⁶⁾ Forsaavidt er Ligheden, som J h e r i n g siger, „prinzipiell mit der Norm als solcher gesetzt, denn jeder abstrakter Satz beruht auf der Statuierung der Gleichheit des Konkreten ...“ Der Zweck im Recht I. p. 352 (5. Udg. p. 274).

ogsaa sin Brod mod Klasselovgivning, Særlove.¹⁾ — I den moderne Forvaltningsret finder vi, baade i Teori og Praksis, opstillet en tilsvarende Lighedsgrundsætning for Udøvelsen af det *frie Skøn*. *Fleiner*²⁾ taler om, at Øvrigheden ogsaa under Udøvelsen af det frie Skøn maa iagttage Retslighedens Grundsætning. „Sie (die Behörde) darf bei Gleichheit der tatsächlichen Verhältnisse und Gleichheit der Rechtslage einen Bürger oder eine Kategorie von Bürgern nicht anders behandeln, als alle übrigen“. Til Støtte for denne Sætning anfører han fra Praksis bl. a. „Strandkurvsagen“³⁾ og en anden Afgørelse fra O. V. G., hvorefter det er utilladeligt at paalægge *nogle* af de Grundejere, der høster Fordel af en offentlig Foranstaltning (in casu Brolægning af et Fortorv), Bidrag til de dermed forbundne Udgifter.⁴⁾

Det er dog navnlig *W. Jellinek*,⁵⁾ som betoner denne Lighedsgrundsætning for Skønnets Udøvelse, men rigtignok med Indrømmelse af, at Forvaltningsdomstolene er utilbøjelige til at anerkende Sætningen, hvilket godtgøres ved en Række Afgørelser fra de tyske Forvaltningsdomstole. Dog findes der ikke faa Afgørelser, som anerkender Lighedsgrundsætningen, heriblandt „Strandkurvsagen“. — Forfatteren karakteriserer iøvrigt Forholdet saaledes: „Der Kläger kann nicht behaupten, ihm sei *an sich* Unrecht geschehen, sondern nur ihm sei Unrecht geschehen *im Verhältnis zu andern, besser behandelten Personen*.“⁶⁾

I Frankrig udtaler C. d'E. i en Dom fra 1913⁷⁾ følgende ved

¹⁾ Se Erklæringen om Menneske- og Borgerrettighederne, Art. 6: „La loi ... doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse“.

²⁾ *Fleiner* p. 131.

³⁾ O. V. G. 54. 266: „Die Polizei ... kann ... nicht nach Belieben einen der Strandkorbbesitzer auswählen und in seinem Gebrauchsrechte beschränken, alle übrigen aber unbehelligt lassen. Das wäre Willkür, zu der die Polizei niemals berechtigt ist“.

⁴⁾ Jfr. en analog Betragtning hos *Torp—Grundtvig* 1905, p. 161 angaaende Erstatningsberegningen ved Ekspropriation.

⁵⁾ *W. Jellinek*, Gesetz osv. p. 323—326.

⁶⁾ *W. Jellinek*, anførte Værk p. 324.

⁷⁾ C. d'E. 9/5 1913, Roubeau, jfr. C. d'E. 7/3 1911 Roubeau, D. 1913. 3. 55, og *Jézé* i Rev. du d. p. 1913 p. 685 ff.

rørende Dispensationer fra Reglerne i en Sundhedsvedtægt: „Si l'article 11 bis du règlement sanitaire de V ... prévoit que des dérogations à ses prescriptions, compatibles avec la protection de la santé publique, pourront être autorisées, dans des cas particuliers. ... *cette disposition ne fait pas échec au principe d'égalité de tous les citoyens devant les règlements administratifs, ...*“

— Spørger man nu, om der i Retslivet er en *praktisk Trang* til denne Ugyldighedsgrund, saa maa det først og fremmest have i Erindring, at de fleste og navnlig de mest graverende Tilfælde af ulige Behandling vil rammes af Læren om Forvaltningsaktens Ugyldighed paa Grund af *ulovligt Formaal*. W. Jellinek beretter¹⁾ om et Tilfælde, hvor Forvaltningsdommeren under Paaberaabelse af ulige Behandling havde annulleret Landraadens Bestemmelse om Fratagelse af et Jagttegn. Landraaden havde som Grund til sin Beslutning anført, at den paagældende maatte gøres „politisch tot“. Det ses let, at Forvaltningsakten her er ugyldig paa Grund af det angivne Formaal.

Selv om Forvaltningsorganet ikke saaledes har handlet *illoyalt*, kan det jo imidlertid godt have handlet *vilkaarligt*,²⁾ og det er sikkert rigtigt, at saadan Vilkaarlighed i visse Tilfælde bør medføre Ugyldighed. — Det siger dog sig selv, at denne Ugyldighedsgrund kun virker indenfor ret snævre Grænser.

Den Omstændighed, at ganske ensartede Tilfælde af Forvaltningen eller endog af samme Forvaltningsorgan er afgjort paa forskellig Maade, er saaledes ikke i sig selv tilstrækkelig til at begrunde Ugyldighed. Hvilken af de flere Forvaltningsakter skulde man iøvrigt i dette Tilfælde lade undgælde? W. Jellinek³⁾ nævner følgende Eksempel: En Bygherre opfører 4 ganske ens Ejendomme, alle med et Tagværelse, der har et lidt

¹⁾ W. Jellinek, Gesetz osv. 325 Note 13.

²⁾ Ikke enhver Vilkaarlighed (W. Jellinek: Grundsatzlosigkeit) er stridende just mod Lighedsprincippet. Det fortælles om en Minister, at han, naar han var i Tvivl ved Besættelsen af Præstembeder, undertiden spredte Ansøgningerne ud paa Gulvet og lod sin Jagthund udvælge den, der skulde komme i Betragtning. Her var jo i og for sig udvist den størst mulige Lighed overfor Andragerne! — Mon iøvrigt nogen Domstol vilde betænke sig paa at erklære en saadan Udnævnelse for ugyldig?

³⁾ W. Jellinek, Gesetz. p. 325.

mindre Kubikindhold end det for Beboelse normalt foreskrevne. Politiet tillader i de 3 Tilfælde, at Tagværelset bruges til Beboelse, men nægter det i det fjerde.“ ... eine solche Verfügung (ist) anfechtbar wegen ungleichmässiger Behandlung“ siger W. Jellinek. Men det Spørgsmaal er dog nærliggende, om man ikke lige saa gerne kan anse de 3 *Tilladelser* for ugyldige.

Ej heller kan Forvaltningen være afskaaret fra at ændre en selv langvarig og fast Forvaltningspraksis, naar denne dog ikke er Udtryk for en egentlig Retsnorm (Retssædvane).¹⁾ End ikke Domstolene er jo *bundne* af deres (Højesterets) Praksis.

Om Ugyldighed paa Grund af ulige Behandling vil der herafter kun blive Tale, hvor der foreligger *en enkelt, rent vilkaarlig Fravigelse fra en af Forvaltningen almindelig fulgt, men ikke retlig forbindende Regel*. Et smukt Eksempel foreligger i den ofte omtalte Strandkurvsag. Paabudet om, at Klageren — men ikke de andre Badegæster — skulde fjerne sin Kurv, „konnte nur geschehen, wenn besondere Gründe gerade der Belassung des dem Kläger gehörigen Korbes am Strande entgegenstanden.“²⁾

Ogsaa i *nordisk Retspraksis* har Grundsætningen om Lighed for Skønnet afsat Spor. I Henhold til den *norske* Lov af 18/6 1884 § 14, jfr. Lov af 17/5 1904 § 27, om Lukningstid for Øludskænkning havde en Kommunalbestyrelse fastsat en Lukketid fra Kl. 5 Eftermiddag paa Dage før Helligdage til paafølgende Mandag Morgen Kl. 8, men med Ret for Magistrat og Formandsskab til at dispensere. Da Højesteret fandt, at denne Dispensationsret var praktiseret saaledes, at Tidsindskrænkningen ikke fik Karakteren af en almindelig Regel, men blev en *skærpet Særindskrænkning* ligeoverfor livsvarige Udskænkningsrettigheder, som derved blev praktisk værdiløse, antoges Indehaveren af en saadan Udskænkningssret at være ubunden af Beslutningen og blev derfor, da han havde overtraadt den, frifundet for den foreskrevne Straf.³⁾

¹⁾ Se til Eks. Fleiner p. 83—88 om Sædvanerettens ringe Betydning i Forvaltningsretten.

²⁾ O. V. G. 54. 266.

³⁾ Norsk Retstidende 1911, p. 503. R. Knoph anfører p. 97 Dommen som et Eksempel paa Ugyldighed paa Grund af den ulovlige Hensigt. Som det fremgaar af Teksten, har Ugyldigheden tilstrækkelig Forklaring i rent objektive Omstændigheder.

Fra *dansk administrativ Praxis* kan maaske anføres Kirke- og Undervisningsministeriets Skrivelse til Hjørring Amt af 18 1895:¹⁾ Skoleraadet havde indført den Regel vedrørende Uddelingen af Understøttelser til trængende Elever paa Folkehøjsskoler, at Understøttelser til *Vinterkursus* ordentligvis kun skulde tilstaaes Karle, og Understøttelser til *Sommerkursus* ordentligvis kun tildeles Piger. Ministeriet anser dette for at være stridende mod Lov Nr. 76 af 12/4 1892. Denne Lov siger imidlertid kun, at „den videre Fordeling“ (nemlig til de enkelte Elever) „foretages af Amtsskoleraadene“, se § 2, uden at der opstilles nogensomhelst materielle Regler for Fordelingen. Ministeriets Udtalelse bliver da i Virkeligheden Udtryk for, at den almindelige Regel om Kønnenes Ligestillethed, hvor andet ikke følger af Lovgivningen, ikke vilkaarligt kan fraviges paa det særlige Omraade, hvorom der her er Tale — og det uagtet Uddelingen af Understøttelserne *iøvrigt* sker ganske diskretionsnært.

§ 37.

Om Forvaltningsakter med umuligt eller ubestemt Indhold.

I. En Forvaltningsakt, hvis Indhold gaar ud paa at paabyde eller tillade noget faktisk umuligt, er ugyldig.²⁾ Til det umulige kan der hverken i den offentlige Ret eller i Privatretten bestaa nogen Pligt eller Tilladelse. Ifølge § 3 i den tyske Rigsforvaltningslov af 19. April 1908 er Bestyrelsen for en politisk Forening forpligtet til inden 2 Uger efter Foreningens Stiftelse at indsende Foreningsvedtægterne og Medlemsfortegnelsen til Politiet. I et Tilfælde, hvor Politimyndigheden fandt de indsendte Vedtægter utilstrækkelige og derfor havde forlangt, at Bestyrelsen skulde indgive ny, fuldstændigere Vedtægter, udtalte O. V. G.,³⁾ at da Bestyrelsen ikke kunde fremtvinge ny Vedtægter, idet saadanne er Udtryk for alle Medlemmernes Vilje,

¹⁾ M. T. A. 1895, Nr. 205, p. 206.

²⁾ Kormann 233, W. Jellinek, Gesetz 224, Reuterskiöld 215.

³⁾ O. V. G. 56. 334.

havde Politiet givet Paalæg om noget umuligt, og Paalægget maatte derfor ophæves.¹⁾

Som det heraf ses, bevirker ikke alene den *absolute*, men ogsaa den *relative* Umulighed, at Forvaltningsakten bliver ugyldig. Og ikke blot fysisk Umulighed kommer i Betragtning. Er Efterkommelsen af et Paalæg forbunden med aldeles uforholdsmæssigt Besvær eller ganske uforholdsmæssige Udgifter, maa saadant sidestilles med egentlig Umulighed.²⁾

I *norsk Praksis* findes en Højesteretsdom,³⁾ hvori Spørgsmaalet kommer frem: Sundhedskommissionen i Trondhjem havde givet en Husejer Paalæg om at indrette „ordentlig Bingesaaavel til Privet som til Grisehus“. Husejeren paastod imidlertid, at den paabudte Foranstaltning var umulig, idet den omtalte Indretning paa Grund af Ejendommens særlige Beliggenhed vilde blive skyllet bort af Søen. — Højesteret gaar uden om Spørgsmaalet; førstvoterende bemærker — og faar heri Tilslutning fra de øvrige Dommere —, at Spørgsmaalet om Foranstaltningens Gennemførlighed er „en faktisk(!) Afgørelse, som er overladt til Sundhedskommissionens Bestemmelse“.

II. I Processen er det en Grundsætning, at Domme maa have en vis endelig og bestemt Karakter,⁴⁾ og noget tilsvarende maa gælde om Forvaltningsakter. Mangler en Forvaltningsakts Indhold den fornødne Bestemthed, er den ugyldig.⁵⁾

Denne Fordring til Forvaltningsaktens Indhold maa navnlig stilles af Hensyn til den Borger, som Forvaltningsakten vil paa-

¹⁾ Jfr. ogsaa O. V. G. 24. 384. Men derimod O. V. G. 56. 289: Politipræsidenten havde paalagt en Købstadkommune af Sundhedshensyn at kanalisere Slotsgraven. Kommunen indvendte bl. a., at Paalægget gik ud paa noget umuligt, idet den ikke var Ejer af Slotsgraven. Men O. V. G. siger herom: „Ist die Klägerin (d. v. s. Kommunen) kraft öffentlichen Rechtes zu der angesonnenen Leistung verpflichtet, so hat sie ... die Anlage auch auf ihr nicht gehörigem Gebiete gegeben. Falles nach Auseinandersetzung mit dem Eigentümer auszuführen“ (eventuelt ved Ekspropriation).

²⁾ Walter Jellinek, Gesetz p. 58 og de der citerede Domme. O. V. G. 42. 250 (hos Jellinek fejlagtigt 225), 45. 209.

³⁾ N. R. T. 1886. 710.

⁴⁾ Munch-Petersen: Den danske Retspleje I. p. 263, jfr. D. L. 1—5—12, om Forbudet mod „uendelige Domme“.

⁵⁾ Jfr. Kormann 279—281 og W. Jellinek 227—228.

lægge retlige Baand, idet han har et selvfølgeligt Krav paa at vide, hvad disse Baand nærmere gaar ud paa.¹⁾ I Overensstemmelse hermed har O. V. G. gentagne Gange betonet Nødvendigheden af, at en *Politibefaling* har den fornødne Bestemthed. O. V. G. har saaledes paa Grund af Ubestemthed annulleret et Paalæg om at „udlægge og beplante en Vej i den oprindelige Bredde“.²⁾ Ligeledes er Paabud som „den schadhaften ... öffentlichen Kommunikationsweg von W. nach T. „ordnungsmässig herzustellen““³⁾ og „für eine vermehrte gründliche Reinigung des Bürgersteigs vor Ihrem Grundstücke Sorge zu tragen“⁴⁾ anset for at savne den fornødne Bestemthed.⁵⁾ Undertiden er det antaget, at en tilstedeværende Ubestemthed bliver uden Betydning, naar der i Forvaltningsakten er givet den forpligtede Lejlighed og Opfordring til at erfare det nærmere ved Henvendelse til vedkommende Politimyndighed.⁶⁾

*Norges Højesteret*⁷⁾ har kendt en Ekspropriationsforretning ufterrettelig, fordi Angivelsen af, hvad der var eksproprieret, var for ubestemt („de til Flødningens Fremme nødvendige Indretninger“). Fra den *svenske Regeringsrets* Praksis kan nævnes Afgørelsen Reg. R. 1911 p. 21, hvor Forholdet dog er det, at den paaklagede Landstingsbeslutning paa Grund af sit ubestemte Indhold var i Strid med en positiv Lovforskrift (Forordning om Landsting af 31/3 1862 § 40, 2. Stk.). Jfr. ogsaa Reg. R. 1917, 72.

I *dansk Retspraksis* findes adskillige Eksempler paa den omhandlede Ugyldighedsgrund: Vedrørende et af Sundhedskommissionen givet Tilhold om „at drive Virksomheden paa en Maade, der saa lidt som muligt forulemper de Ombøende“, er

¹⁾ Jfr. W. Jellinek, Gesetz p. 228, og O. V. G. 28 p. 206—7: „Auch darf sie (die polizeiliche Anordnung) dem Verpflichteten gegenüber nicht in Zweifel lassen, was in Wirklichkeit von ihm verlangt wird. Derselbe muss von vornherein übersehen können, was er mindestens zu leisten hat, um den Anforderungen der Behörde zu genügen“.

²⁾ O. V. G. 28. 202.

³⁾ O. V. G. 20. 270.

⁴⁾ O. V. G. 55. 268.

⁵⁾ Som et Tilfælde, hvor en Paastand om Ugyldighed paa Grund af Ubestemthed blev forkastet, kan anføres O. V. G. 52. 279.

⁶⁾ O. V. G. 65. 415, se derimod nedenfor p. 283 om HRD. U. f. R. 1896. 407.

⁷⁾ N. R. T. 1893, 775.

diet statueret, at det „ikke kan anses at have Hjemmel i Sundhedsvedtægten ... eftersom der savnes ethvert Holdepunkt for, med hvilke Begrænsninger Driften vilde være at udøve for ikke at komme i Strid med Tilholdet.“¹⁾ — Amtmanden havde resolveret, at der skulde gives „Tilhold i Overensstemmelse med Straffelovens § 178“. Derefter gav Politiretten „Tilhold i Overensstemmelse med Amtmandens Paalæg med Betydende at, hvis de sidde dette overhørig, ville de blive straffede med Fængsel“. Landsover- samt Hof- og Stadsretten²⁾ frifinder for Straf paa Grund af Tilholdets Ubestemthed, idet det ikke indeholdt „en tydelig Advarsel mod at føre forargeligt Samliv“. — Denne Ret har ligeledes anset et Paalæg om, at „de ... paaklagede Mangler ... fjernes, saaledes at Vandklosetterne bringes i den Stand, hvori de i sin Tid ere approberede ...“ som ugyldigt, idet det „hverken indeholder en tilstrækkelig tydelig Angivelse af, hvilke Mangler det er, der paaklagedes, eller en tilstrækkelig tydelig Angivelse af, hvad der forlangtes foretaget til Afhjælpning af disse Mangler“.³⁾

I modsat Retning gaar maaske en Højesteretsdom,⁴⁾ der straffer for Overtrædelse af et Paalæg fra Sundhedskommis-sionen om „at drive Smedeværkstedet paa en saadan Maade, at de Omboende forulempes saa lidt som muligt, og særligt at udføre larmende Arbejde i Værkstedslokalerne og ikke under aaben Himmel i Ejendommens Gaarde“. Den første Del af dette Paalæg er, som det ses, ganske ubestemt, men Dommens Resultat forklares muligen ved, at den sidste, mere koncise Del af Paalæget var overtraadt.

At Forvaltningsakten aabner den forpligtede et vist Spille- rum m. H. t. *de Midler, ved hvilke det paabudte Resultat kan opnaas*, gør naturligvis intet. Dette *bør* Forvaltningsakten netop normalt gøre.⁵⁾ Det kan derfor ganske billiges, naar Landsover- samt Hof- og Stadsretten⁶⁾ har opretholdt et Paa-

¹⁾ H. R. D. i U. f. R. 1898. 680.

²⁾ U. f. R. 1903. 792.

³⁾ U. f. R. 1914. 331. Om Indholdets nærmere Fastsættelse efter forud indsendte Planer se H. R. D. i U. f. R. 1896. 407, jfr. den ovfr. p. 282 nævnte Dom, O. V. G. 65. 415.

⁴⁾ U. f. R. 1913. 229.

⁵⁾ Jfr. W. Jellinek, Gesetz 228.

⁶⁾ U. f. R. 1916. 207.

læg „om at træffe saadanne Foranstaltninger med Hensyn til det ommeldte Benskereri, at Beboerne af de omliggende Ejendomme ikke forulempes ved Stanken fra dette“. Tiltalte paa stod, at Sundhedskommissionen maatte være forpligtet til nærmere at angive, *hvilke Foranstaltninger* der skulde iværksættes for at bringe den ommeldte Ulempe til Ophør, men heri gav Retten ham ikke Medhold.¹⁾

— Ogsaa vor *administrative Praxis* har været opmærksom paa det Forhold, som her omhandles. En Skrivelse fra Indenrigsministeriet²⁾ udtaler saaledes, at i et Tilfælde, hvor en Svinebesætning blev stillet under offentligt Tilsyn, var det ikke rigtigt kun at udtale dette i Dekretet til Politiprotokollen — ogsaa de særlige Foranstaltninger, der er truffet til Sygdommens Undertrykkelse og Forhindring af videre Udbredelse, burde angives.³⁾

Hvor Forvaltningsakten i Modsætning til de Tilfælde, som ovenfor er omtalt, er en *Tilladelse eller paa anden Maade i den privates Favør*, er Spørgsmaalet om Ugyldighed paa Grund af ubestemt Indhold mere tvivlsomt. W. Jellinek⁴⁾ opfatter kun Bestemthedskravet som „eine Einrichtung zum Schutze des Untertans“. Dette er formentlig ogsaa rigtigt. Som bekendt er der endog ved Privatrettens Retshandler en vis Tilbøjelighed til at lade Ubestemthed i Indholdet gaa ud over den, fra hvem Erklæringen hidrører. Ved Forvaltningsakter maa dette saa meget mere gælde, fordi Forvaltningsakten fremtræder med autoritativt Præg. Saalænge derfor Ubestemtheden ikke gaar over til *Meningsløshed*,⁵⁾ maa det offentlige finde sig i, at den

¹⁾ I denne Forbindelse kan ogsaa nævnes H. R. D. i U. f. R. 1903, B. p. 182.

²⁾ Af 21/11 1891, Nr. 335. M. T. A. p. 360.

³⁾ Som et Tilfælde fra Statsforfatningsretten kan nævnes den kgl. Kundgørelse Nr. 164 af 21/7 1907, hvorved Regeringsførelsen under Kongens Rejse til Island og Færøerne overdroges Kronprinsen i det Omfang, som Kongens Fraværelse i de fjernere liggende Dele af Riget havde nødvendiggjort, jfr. Matzen II, p. 36—38.

⁴⁾ W. Jellinek, Gesetz p. 228.

⁵⁾ Jfr. K o r m a n n p. 281—282. Se ogsaa Justitsministeriets Skrivelse 5/4 1895 M. T. A. p. 108 (Bevilling til Opløsning af et bigamisk Ægteskab ikke udstedes, fordi den er overflødig).

private udnytter Tilladelsen med videre indenfor de af Ubestemtheden betingede vide Grænser — dog naturligvis kun indenfor de af *Loven* dragne Grænser. Selv om man saaledes ved Meddelelse af en Bevilling i Henhold til Beværterlovens¹⁾ § 21 til at drive Beværtning „i Sommermaanederne“ ved dette Udtryk har sigtet til Juni, Juli og August, vil der formentlig ikke kunne forekastes den paagældende nogen Ulovlighed, om han allerede aabner sin Forretning i Maj eller fortsætter den ind i September.

Anmærkning. I Lande, hvor der er indrettet en effektiv, judiciel Kontrol med Forvaltningen, altsaa navnlig hvor der findes særlige Forvaltningsretter, vil der paa adskillige Omraader opstaa en Domspraksis, der kan gaa over til at blive gældende Sædvaneret. Saadanne Retsnormer kan naturligvis bevirke, at en Forvaltningsakt bliver ugyldig efter de almindelige, i det foregaaende omhandlede Principer.

Derimod kan det ikke antages, at en Forvaltningsakt er ugyldig, fordi dens Indhold er i Strid med en af Domspraksis almindelig fulgt Regel, og endnu mindre blot fordi den er i Strid med den i en enkelt Dom fremkomne Retsopfattelse. End ikke den Omstændighed, at Domstolene tidligere har udtalt Ugyldigheden af en Forvaltningsakt, der i Indhold og Forudsætninger er identisk med den foreliggende, at Forvaltningsmyndigheden altsaa *gentager* en Forvaltningsakt, hvis Ugyldighed tidligere er judicielt udtalt, medfører eo ipso Ugyldighed. Naturligvis vil den ny Forvaltningsakt rammes af den samme Ugyldighedsgrund som den tidligere, men — som det er udtalt af O. V. G. —: „eine selbständige Prüfung der neuen Verfügung ist ... an sich unentbehrlich.“²⁾ — Undertiden har det været paastaet, at blot den Omstændighed, at der svæver en Forvaltningsproces vedrørende et Politipaalæg, skulde hin-

¹⁾ Lov Nr. 99 af 29. Marts 1924.

²⁾ O. V. G. 19. 383. Det drejer sig dog i denne Sag ikke om en tidligere afsagt Dom, men om en tidligere truffet administrativ Afgørelse, der ophæver et Paalæg fra det stedlige Politi. Da dette Paalæg gentoges, paastod Klageren, at det ved den nævnte Afgørelse var retskraftigt fastslaaet, „dass die damals gestellten und jetzt nur wiederholten Anforderungen der städtischen Polizeiverwaltung ungerechtfertigt seien“.

dre vedkommende Politimyndighed i at gentage Paalæget. O. V. G. har dog udtrykkeligt taget Afstand fra denne Opfattelse.¹⁾

I dansk *administrativ og judiciel Praksis* foreligger ingen Afgørelse, der principielt tager Stilling til disse Spørgsmaal. Har Domstolene underkendt Administrationens Standpunkt i et forvaltningsretligt Spørgsmaal, retter denne sig vel i Almindelighed efter Domstolenes Mening,²⁾ men undtagelsesfrit synes dette dog ikke at finde Sted.³⁾ I et Tilfælde, hvor Amtet ansaa en Paternitetsdom for urigtig, har Justitsministeriet endog udtalt,⁴⁾ at Amtet alligevel *kan* udfærdige Bidragsresolution. Der kunde dog formentlig ikke være Tvivl om, at Amtet her var *forpligtet* til at udfærdige Resolutionen.

§ 38.

Medfører Indholdsmangler Nullitet eller Anfægtelighed?

Indenfor de Forvaltningsakter, der lider af Indholdsmangler i videre Forstand, sonderer *Kormann* — aabenbart med Henblik paa Spørgsmaalet om, hvorvidt den paagældende Mangel bør medføre *Nullitet* eller *Anfægtelighed* — mellem 1) *Forvaltningsakter med umuligt Indhold*,⁵⁾ hvilke foreligger, naar den paa budte eller tilladte Handlen er faktisk, retligt eller sædeligt umulig, og naar Forvaltningsakten angaar et ikke eksisterende Objekt, hvormed maa sidestilles Tilfælde, „wo kraft positiver Gesetzesvorschrift bestimmte Personen oder Sachen für unfähig zu gewissen Rechtsverhältnissen, oder bestimmte Rechtsverhältnisse, Rechte oder Pflichten für unmöglich erklärt werden,“⁶⁾ 2) *Forvaltningsakter med utilladeligt, lovstridigt, men dog ikke umuligt Indhold*⁷⁾ og endelig 3) *Forvaltningsakter, der*

¹⁾ O. V. G. 37. 232: „Von einer Rechtshängigkeit im Sinne des § 235 (nuværende § 263) der Zivilprozessordnung kann hier nicht die Rede sein“.

²⁾ Just. Min. Skrivelse 12/1 1885 Nr. 9, M. T. A. p. 7.

³⁾ Ind. Min. Skr. 11/1 1873 Nr. 17, M. T. A. p. 13.

⁴⁾ Just. Min. Skr. 28/8 1903, Nr. 340, M. T. A. p. 361.

⁵⁾ *Kormann* p. 232 ff., jfr. *W. Jellinek*, *Der fehlerhafte Staatsakt* 89—93.

⁶⁾ Inddelingen synes blottet for enhver Logik.

⁷⁾ *Kormann* p. 217 ff.

lider af Indholdsmangler i snævrere Forstand: „Hier ist nicht sowohl, wie in jenen Fällen, der vorhandene Inhalt mangelhaft; es fehlt vielmehr überhaupt an einem gewissen Inhalt“.¹) Han anfører her Ubestemthed, Meningsløshed og Ufuldstændighed. — Forvaltningsakter med *umuligt* eller *meningsløst* Indhold er ifølge Kormann *Nulliteter*; det samme gælder Forvaltningsakter med *ubestemt* Indhold, naar Ubestemtheden er „so hochgradig ... dass sie einen Mangel der inhaltlichen Requisite bedeutet“. Iøvrigt medfører Indholdsmangler kun *Anfægtelighed*.²)

Sondringen mellem 1) og 2) er i højeste Grad uklar. Hvorledes kan et lovstridigt Indhold være andet end retlig umuligt? Kormann betoner nok, at „keineswegs jede Gesetzeswidrigkeit eine Unmöglichkeit (bedeutet)“, men nogen Definition eller Karakteristik af det „retligt umulige“ i Modsætning til det blot lovstridige gives ikke og kan formentlig ikke gives. — Naar Forfatteren som Eksempel paa retlig umuligt Indhold anfører Udnævnelse til Embedsmand af en med Tugthus straffet Person³) og som Eksempel paa blot lovstridigt, men ikke umuligt Indhold nævner, at den udnævnte Embedsmand ikke har naaet den af Loven foreskrevne Alder,⁴) saa viser disse Eksempler ogsaa tilfulde det uholdbare i denne Sondring og den Betydning, der tillægges den. De to Tilfælde bør dog aabensbart behandles ganske ens.

Alcindor er inde paa den rigtige Betragtning, naar han henfører under „inexistence“ Forvaltningsakter „que *manifestement*⁵) aucun agent de l'administration n'avait le pouvoir d'accomplir“.⁶) En saadan Forvaltningsakt anføres vel som Eksempel paa Inkompetence, men som ovenfor nævnt er den foreliggende Mangel ret beset en Indholdsmangel.⁷) Og det afgørende Moment for, om Ugylldigheden er Nullitet eller An-

¹) Kormann p. 279 ff.

²) Under Ufuldstændighed omhandler Kormann navnlig manglende Begrundelse af Forvaltningsakten. At der ikke her er Tale om nogen egentlig Indholdsmangel er paavist ovfr. p. 96.

³) Kormann p. 239.

⁴) Kormann p. 219.

⁵) Udhævet her.

⁶) Alcindor p. 26.

⁷) Jfr. ovfr. p. 59, Note 4.

fægtelighed, er netop, hvorvidt Ugyldigheden er *aabenbar* („manifestement“).

For den nærmere Betragtning af Spørgsmaalet bliver det da af Interesse, hvorvidt Indholdsmanglen er absolut eller relativ. *Absolute Indholdsmangler* foreligger, hvor Indholdet *under alle Omstændigheder* er mangelfuldt; *de relative Indholdsmangler* foreligger, hvor Indholdet vel er mangelfuldt, set i Forhold til de foreliggende faktiske Forudsætninger, medens det under andre faktiske Forudsætninger kan være mangelfrit. Som Eksempler paa det første kan anføres ubestemt eller umuligt Indhold, Indgreb i Frihed og Ejendom uden Hjemmel i Retsordenen, Udnævnelse af en Kvinde til en Stilling, der kun kan beskæftiges af Mænd, Meddelelse af Næringsbevis til en gift Kvinde,¹⁾ Udskrivning af en i Udlandet bosat Udlænding til Aftjening af Værnepligt.²⁾ Som Eksempler paa relative Indholdsmangler kan nævnes ulovlig Tildeling eller Nægtelse af Aldersrente eller andre Understøttelser, Besættelse af et Embede med en Person, der ikke fyldestgør de af Loven opstillede Krav, Meddelelse af Næringsbevilling i Strid med Reglerne i Næringslovens § 2 osv.³⁾

De *absolute* Indholdsmangler vil lægge sig for Dagen i selve Forvaltningsaktens Indhold og kunne erkendes som saadanne gennem en Sammenholden af dette med den gældende Ret. Ugyldigheden vil her normalt springe i Øjnene og derfor have Karakteren af *Nullitet*, jfr. ovfr. p. 54 ff.

Ved de *relative* Indholdsmangler stiller Forholdet sig anderledes. Manglerne vil ikke her kunne konstateres gennem en blot og bar Betragtning af Forvaltningsaktens dispositive Indhold; om de foreligger eller ej beror tillige paa, ud fra hvilke faktiske Forudsætninger Afgørelsen er truffet. Ugyldighedsspørgsmaalet vil derfor sædvanligt ikke kunne besvares uden forudgaaende Undersøgelse og Vurdering af disse (objektive) Forudsætninger, og det vil da i Reglen være betænkeligt at tilstede, at Forvaltningsakten anses for ugyldig, forinden Ugyldigheden er udtalt af en dertil kompetent Myndighed. Herfra maa dog navnlig gælde en Undtagelse, hvor Forvaltningsakten

¹⁾ Jfr. Næringsloven af 29. Dec. 1857 § 7.

²⁾ Jfr. Værnepligtslov 8. Juni 1912 § 2.

³⁾ Selve denne Sondring er naturligvis kun relativt bestemt.

ledsages af en Begrundelse, og det af denne fremgaar, at de faktiske Omstændigheder er utilstrækkelige til at begrunde Resultatet;¹⁾ saadanne Tilfælde bør formentlig ganske sidestilles med Forvaltningsakter, der lider af *absolute* Indholdsmangler, og derfor betragtes som Nulliteter.

Fra dansk Retspraksis kan nævnes nogle Domsafgørelser, som i Tilfælde, hvor et Polititilhold lider af *absolute Indholdsmangler*, frifinder for Straf for Overtrædelse af Paabudet: Sundhedskommissionen i København havde givet en Husejer Tilhold om inden en vis Frist at omordne Spildevandsledningen fra hans Ejendom efter Magistratens Bestemmelse „overensstemmende med en af Samme forud godkendt Plan“. At den paagældende havde siddet dette ganske *ubestemte* Tilhold overhørig ansaas ikke for at kunne begrunde Strafansvar.²⁾ Det samme er antaget vedrørende forskellige *in abstracto uhjemlede* Polititilhold: Til en Gæstgiver om ikke at lade afholde Dans i sine Lokaler efter Kl. 2 om Natten,³⁾ til en Entreprenør vedrørende dennes Antagelse af Arbejdere,⁴⁾ og til en straffet Person om ikke at forlade det Pastorat, hvor han var hjemmehørende.⁵⁾ — Disse Afgørelser tør dog ikke uden videre tages til Indtægt for den ovenfor opstillede Sætning, at Forvaltningsakter med *absolute* Indholdsmangler er Nulliteter. Thi der findes ogsaa Domme, som frifinder, uagtet det overtraadte Paabud lider af relative Indholdsmangler, som efter det ovenstaaende kun kan medføre Anfægtelighed: En Person havde i Henhold til Fremmedloven af 15. Maj 1875 § 2 faaet Tilhold om ikke paany at lade sig finde her i Landet. Den paagældende overtraadte Tilholdet, men Højesteret⁶⁾ frifandt for Straf, idet det antoges, at den tiltalte ifølge den før 1. Januar 1892 gældende Lovgivning ved Ophold havde erhvervet Forsørgelsesret her i Landet, hvilken Ret ikke antoges bortfalden ved Bestemmelserne i §§ 23 og 25 i Fattigloven af 9. April 1891. — Denne Anskuelse, at Overtrædelse af en ugyldig Øvrigheds-

¹⁾ Begrundelsen er her mangelfuld i materiel Forstand.

²⁾ H. R. D. U. f. R. 1896. 409.

³⁾ O. R. D. U. f. R. 1897. 508, jfr. ogsaa H. R. D. U. f. R. 1875. 619.

⁴⁾ U. f. R. 1875. 488.

⁵⁾ U. f. R. 1863. 149, jfr. H. R. T. 1862. 284.

⁶⁾ U. f. R. 1895 p. 285, jfr. 1894 p. 1289.

befaling, som dog kun er anfægtelig, ikke nødvendigvis er strafbar, har fundet Udtryk i en Højesteretsdom fra 1868, der udtaler, at „selv om det antages, at der med Hensyn til den under Sagen omhandlede Kørepligt haves en i formel Henseende gyl dig Bestemmelse, om hvis Overtrædelse fra de Tiltaltes Side der kunde være Spørgsmaal, maa Højesteret i alt Fald i Hens hold til de i den indankede Dom anførte Grunde billige, at der er tillagt dem Frifindelse ...“.¹⁾ De Grunde, hvortil der saaa ledes sigtes, gaar blot ud paa, at det meddelte Paabud om Vandkørsel i et Ildebrandstilfælde var materielt ulovligt, fordi den paagældende ikke besad nogen Gaard, jfr. Lov 2. Marts 1861 § 33.²⁾

Det er vistnok overhovedet umuligt at fastslaa noget Resultat med Hensyn til vor Domspraksis' Stilling til Spørgsmaalet om, *hvornaar* Indholdsmangler medfører Nullitet eller Anfægtelighed. En enkelt Dom³⁾ synes endog at gaa ud fra, at Borgerne *ubetinget* er forpligtet til at efterkomme Øvrighedens Befalinger, men dette — som i hvert Fald ikke følger af Grundlovens § 70 — er ikke den almindelige Antagelse hverken i Teori⁴⁾ eller Praksis, jfr. de ovenfor nævnte Afgørelser. Omvendt kan Matzens Mening dog ikke tiltrædes, naar han udtaler, at „kun lovlige Befalinger i og for sig have Krav paa at efterleves“, se nærmere ovenfor § 7.

¹⁾ I denne Dom synes det direkte anerkendt, at visse Indholdsmangler, der medfører Ugyldighed, dog kun begrunder Anfægtelighed, jfr. ogsaa Dommen i U. f. R. 1870. 995, der udtaler, at „tiltalte ikke burde have unddraget sig fra foreløbigt at efterkomme Amtsraadets Bestemmelse (i en Vejsag) ...“

²⁾ Se som Eksempel paa det anførte ogsaa H. R. T. 1863. 261.

³⁾ Landsover- samt Hof- og Stadsrettens Dom i Juridisk Ugeskrift 1859. 442. Man har til Støtte for denne Mening ogsaa villet anføre H. R. D. i Jur. Ugeskr. 1854. 289, men dog formentlig med Urette, se Jur. Ugeskr. 1854, 513—519.

⁴⁾ Matzen III, 233—235.

Kapitel XII.

HABILITETSMANGLER

§ 39.

Indledende Bemærkninger. Forvaltningsorganernes almindelige Habilitet.

Endnu staar tilbage at undersøge, hvorvidt de Mangler vedrørende Forvaltningsaktens Subjekt, som ovenfor p. 58 benævnes Habilitetsmangler, medfører Ugyldighed. Saadanne Mangler kan i Forvaltningsretten — paa tilsvarende Maade som i Processen¹⁾ — angaa Forvaltningsorganets „*almindelige*“ eller „*specielle*“ Habilitet. I denne og den følgende Paragraf skal først omtales Manglerne vedrørende den almindelige Habilitet.

Det kunde maaske synes ejendommeligt, at disse Mangler omhandles i Slutningen af denne Fremstilling og ikke i Begyndelsen. Dette finder imidlertid sin Forklaring i, at Forvaltningsaktens Subjekt i første Række hidleder sin offentligretlige Handleevne fra sin Egenskab af offentligretligt Forvaltningsorgan, hvilken Egenskab normalt beror netop paa en Forvaltningsakt (eller et af Borgerne foretaget Valg). I første Række skyldes de Mangler, som her skal omtales, da den Omstændighed, at hin Forvaltningsakt er ugyldig, og det maatte da forekomme naturligt først at behandle alle Forvaltningsaktens *øvrige* Ugyldighedsgrunde.

Det forvaltningsretlige Habilitetsproblem betragtes dog ikke altid ud fra dette Hovedsynspunkt. *Kormann*²⁾ kommer saaledes i sin Udvikling om „Geschäftsfähigkeit bei Verwaltungs-

¹⁾ Jfr. Munch-Petersen, Den danske Retspleje I. p. 68—80.

²⁾ Kormann p. 290—297.

akten" slet ikke ind paa Betydningen af selve den Akt, der konstituerer Forvaltningsaktens Subjekt som Forvaltningsorgan og derved begrunder den offentligretlige Handleevne. Denne Forfatter har ved Spørgsmaalets Behandling kun Øje for det handlende Organs *rent personlige, fysiske og psykiske* Egenskaber, skønt dette Spørgsmaal dog aabenbart her kun spiller en rent underordnet Rolle — i Modsætning til den privatretlige Handleevne, der udelukkende er bestemt ved disse personlige Egenskaber. *Kormanns* Opfattelse staar formentlig i Sammenhæng med, dels at han så stærkt betoner Forvaltningsaktens Karakter af *Viljeserklæring*, dels at han i sin Udvikling søger sit Udgangspunkt i „*nichtamtliche* publizistische Rechtsgeschäfte“. — Hans Lære gaar iøvrigt ud paa følgende:

Hvor der ikke indenfor den offentlige Ret findes særlige Bestemmelser om den offentligretlige Handleevne, „müssen wir die Bestimmungen des B. G. B. entsprechend anwenden und zurückgreifen auf die privatrechtliche Geschäftsfähigkeit“. ¹⁾ Som Følge heraf maa Børn under 7 Aar og sindssyge, hvis Tilstand er varig, anses for helt udelukket fra den offentligretlige Handleevne (B. G. B. § 104, 1 og 2), og det samme maa i Overensstemmelse med B. G. B. § 105, 2. Stk. gælde den hypnotiserede og berusede, samt efter § 104, 3. Stk. den paa Grund af Sindssyge umyndiggjorte. Forvaltningsorganer med en *begrænset* Handleevne som den, der navnlig tilkommer den mindreaarige i Henhold til B. G. B. § 106, findes derimod ikke.

En saadan analog Anvendelse af Privatrettens Regler om Handleevne paa den offentlige Rets Omraade maa imidlertid anses for ganske uberettiget. Indenfor Privatretten vedrører Handleevnen overvejende Spørgsmaalet om Personers Adgang til at bestemme *deres egne* Retsforhold; hvor der, som ved Testamentet, er indrømmet dem en Adgang til at bestemme *andres* Retsforhold, er Habilitetsbetingelserne straks andre, se B. G. B. § 2228 og Arvelovens § 21 sammenholdt med de almindelige Habilitetsregler. Forvaltningsakten derimod gaar ud paa — ganske vist i Overensstemmelse med Loven, men dog oftest med vidt Spillerum for det frie Skøn — *eensidigt* at træffe Bestemmelser om *andres* Retsforhold. At der her maa stilles

¹⁾ *Kormann* p. 294.

større Krav til den handlendes personlige Habitus synes indlysende og har jo ogsaa overalt givet sig talrige Udslag i den positive Lovgivning, hvor denne fastsætter Betingelserne for Valgbarhed eller Udnævnelse til offentlige Stillinger. — Naar Kormann om 7 Aars-Reglen i B. G. B. § 104 bemærker: „*Praktisch*¹⁾ bedeutsam ist das nur für die nichtamtlichen publizistischen Willenserklärungen. Für die amtlichen kommt es weiter nicht in Betracht“, og herved synes at forudsætte, at denne Regel har en „teoretisk“ Gyldighed indenfor Forvaltningsretten, at altsaa et 7aarigt Barn kunde tænkes at optræde som Indehaver af Forvaltningsmyndighed — saa viser dette tydeligere end noget andet Uholdbarheden af den hele Anskuelse.

Nogen udførligere positiv Besvarelse af Spørgsmaalet om, hvilke personlige, fysiske og psykiske Egenskaber Forvaltningsorganet maa være i Besiddelse af for gyldigt at kunne foretage Forvaltningsakter, skal ikke her gives, af den simple Grund, at dette Spørgsmaal ikke spiller nogen praktisk Rolle. Det vilde iøvrigt *næppe være muligt* at opstille en *almindelig*, for alle Forvaltningsorganer *fælles* Regel. Allerede indenfor Privatretten er Kravene i Henseende til Handleevne undertiden forskellige ved forskellige Grupper af Dispositioner, og indenfor Forvaltningsretten, hvor den positive Lovgivning opstiller ganske forskellige Krav til Indehaverne af de forskellige offentlige Stillinger, gaar det overhovedet næppe an at udfylde det eventuelt „*tonne Rum*“ med *een* almindelig Regel. Hver Gruppe af Forvaltningsorganer maatte i saa Henseende behandles for sig; den Regel, der opstilles efter „Forholdets Natur“, maatte harmonere med *den særlige* positive Ordning.

— Egenskaben af offentligt Forvaltningsorgan vil i den moderne Stat, som nævnt, næsten undtagelsesfrit bero paa en Forvaltningsakt eller et af Borgerne foretaget Valg. Dette sidste, der navnlig finder Sted indenfor det kommunale Selvstyre, kan iøvrigt betragtes som en Række Forvaltningsakter af særlig Art, idet Vælgeren i denne sin Egenskab jo udøver en offentligretlig Funktion.²⁾ For saa vidt nu de materielle og formelle Betingel-

¹⁾ Fremhævet her.

²⁾ Jfr. G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Udg. 1915, p. 136—193 om „Der aktive Status (Status der aktiven Zivität)“.

ser for Valgets eller Udnævnelsens Gyldighed er opfyldt, vil Forvaltningsorganets almindelige Habilitet ab initio være i Orden. Selv om den udnævnte (valgte) er nok saa ukvalificeret, kan der — naar han, som forudsat, opfylder Lovens Betingelser for Opnaaelse af Stillingen — ikke være Tale om, at saadanne manglende Kvalifikationer kan paaberaabes som Habilitetsmangler. Foreligger der derimod ikke en gyldig Udnævnelse eller et gyldigt Valg, stiller Sagen sig forskelligt.

1. Hvor Udnævnelsen eller Valget vel kan *anfægtes*, medens disse Akter dog ikke er rene Nulliteter, vil Forvaltningsorganet kunne foretage Forvaltningsakter med fuld Gyldighed, *lige indtil Udnævnelsens eller Valgets Ugyldighed er udtalt af en dertil kompetent Myndighed*.¹⁾ Den valgte eller udnævnte Person vil

¹⁾ Undertiden har denne Grundsætning fundet positivt Udtryk i Lovgivningerne, se saaledes til Eksp. den franske Kommunallov af 5/4 1885 § 40, 7. Stk.: „Les Conseillers municipaux proclamés restent en fonction jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur les réclamations“. Se ligeledes den nye badiske Kommunallov af 5/10 1921 § 41, 6. Stk.: „Das Anfechtungs- und Prüfungsverfahren hat bei der Wahl der Gemeindeverordneten keine aufschiebende Wirkung“. Jfr. ogsaa forskellige Afgørelser fra Praxis: Til Medlemmer af en fransk Kommunalbestyrelse var fejlagtigt valgt 13 Personer i Stedet for 12. C. d'E. 10/6 1887, Election de Marengo (D. 1888. 3. 109), udtaler: „... les Conseillers en exercice de cette commune n'étaient pas moins investis, dès le jour de leur élection, de l'ensemble des attributions afférentes à leur fonction et pouvaient procéder à la nomination du maire et des adjoints“. Fra Tyskland kan anføres O. V. G. 31. 108 og fra vor egen Retspraksis en H. R. D. i U. f. R. 1923. 10. — Denne Dom er i anden Henseende mærkelig: Ved et Sogneraadvalg havde Valgbestyrelsen med Urette tilbagevist en Kandidatliste med den Begrundelse, at Listen ikke var ledsaget af en Fortegnelse over Stillerne med tydelig Angivelse af deres Navne, Stilling og Bopæle, jfr. § 9, 2. Stk. i Lov No. 79 af 20/4 1908. Amtsraadet godkendte først Valget, men efter at Indenrigsministeriet havde udtalt sig om Sagen, kasserede Amtsraadet Valget. H. R. udtaler, at Amtsraadet vel havde haft Myndighed til at kassere Valget, hvorimod det ikke fandtes at have haft Beføjelse til at omgøre sin egen Gang trufne Beslutning, „idet der efter Proceduren ikke har foreligget Amtsraadet nye Oplysninger, der kunde begrunde saadan Omgørelse“. — Man spørger efter Medningen. Hvis Sagen havde angaaet en Skønssafgørelse fra Amtsraadets Side, kunde Dommen maaske tiltrædes. Men i det foreliggende Tilfælde var der ikke Tale om Udøvelse af

i dette Fald i *det hele* forelobigt være at anse som værende i Besiddelse af den Tjenestestilling, Udnævnelsen eller Valget gaar ud paa at tillægge ham; han vil saaledes have Krav paa Gage, Reglerne om den særlige Beskyttelse for hans Person eller Handlinger vil kunne komme til Anvendelse, ligesom han omvendt er underkastet det særlige Ansvar, som følger med den offentlige Stilling.

Men hvis nu Udnævnelsen eller Valget annulleres, bliver saa ikke disse af Forvaltningsorganet tidligere foretagne Forvaltningsakter ugyldige? Nu er det jo paa det rene, at den paa gældende Tjenestemand eller det valgte Kollegium med Urette har faaet tillagt Egenskaben af offentligt Forvaltningsorgan, og man kunde da mene, at disse Forvaltningsakter maatte anses for ugyldige og det endda som Nulliteter, eftersom den Mangel, der bevirker Ugyldigheden, ligger klart for Dagen gennem den stedfundne Annulation. *Alcindor* nævner adskillige Eksempler fra C. d'E.s Praksis paa saadanne „nullités en cascade“.¹⁾

Reale Grunde taler dog med afgørende Vægt mod denne Løsning. Utryghed hos Borgerne og Forstyrrelse af de offentlige Funktioner vilde uvægerlig blive Følgen, dersom Annulation af en Udnævnelse eller et Valg til en offentlig Stilling saaledes skulde have „tilbagevirkende Kraft“. Og heroverfor vejer Hensynet til disse Funktioners rette Udøvelse ikke tungt. De fleste af de Mangler, der kan begrunde Annulationen, vil ikke have kunnet udøve nogen væsentlig, uheldig Indflydelse paa den enkelte Forvaltningsakt, idet de overtraadte Forskrifter ofte kun

noget Skøn fra Amtsraadets Side, saaledes at flere Afgørelser kunde være retlig set lige rigtige. Enten maatte Fejlen medføre Valgets Ugyldighed, eller være uden Betydning for Gyldigheden. Naar nu Højesteret statuerer, at det første er Tilfældet, synes Følgen heraf at maatte være, at Amtsraadets Godkendelse ogsaa er ugyldig. Det bliver da uforstaaeligt, at Amtsraadet skulde være afskaaret fra at „anfægte“ denne ugyldige Beslutning (kassere Valget).

¹⁾ *Alcindor* 109—111: Hvis en underordnet Myndigheds Forvaltningsakt annulleres, bortfalder uden videre den fra en overordnet Myndighed hidrørende Forvaltningsakt, som kun gaar ud paa at godkende den annullerede Akt (C. d'E. 15/5 1891, *Sieur et dame Ribous*, D. 1892. 3. 114); annulleres Valget af et Kommunalbestyrelsesmedlem, bliver dermed eo ipso Valget af den paagældende til Maire uden Retsvirkning (C. d'E. 19/6 1893, *Election de Tain*).

yder rent *abstrakte* Garantier for den konkrete Afgørelses Rigtighed (Alder, Indfødsret m. v.).¹⁾

At de omhandlede Forvaltningsakter bevarer deres Gyldighed er da ogsaa anerkendt baade i Teorien²⁾ og i Praksis. Det forudsættes saaledes klart i C. d'E. 9/2 1912, Victor Gonod,³⁾ hvorunder C. d'E. annullerer en Beslutning, som var truffet af en Kommunalbestyrelse, efter at Valget af 10 af dens Medlemmer var annulleret: „... le requérant est fondé à soutenir qu'au moment ou le conseil a pris les cinq délibérations visées dans la requête, *postérieurement à la décision précitée*, il se trouvait irrégulièrement composé et que ... lesdites délibérations étant nulles de droits ...“. — I et Tilfælde, som er paadømt af B. V. G. H.,⁴⁾ havde 4 den 17. Januar 1890 valgte Medlemmer af et Kommunalraad deltaget i en Beslutning, der senere paastodes at være ugyldig, fordi Valget d. 15. Februar s. A. var blevet annulleret. B. V. G. H. gaar imod denne Paastand under Fremhævelse af, at Annulationen først fandt Sted, *efter* at den omhandlede Beslutning var truffet.

II. Hvorledes gaar det imidlertid, hvis Udnævnelsen eller Valget eo ipso er ugyldige, eller er erklæret for ugyldige? Eller hvis Forvaltningsorganet optræder paa det offentliges Vegne efter Udløbet af den for dets Funktion fastsatte Tid, eller efter at være afskediget eller suspenderet? Eller endelig, hvis — f. Eks. under Oprør eller Revolution — Personer, som hverken har eller har haft nogen Udnævnelse eller noget Valg som offentligt Organ, dog foretager Handlinger, der prætenderer at være foretaget paa det offentliges Vegne?

Kormann skænker ikke disse Spørgsmaal synderlig Interesse. Under Læren om „Nichtigkeit wegen Unmöglichkeit“ opstiller han som et Tilfælde af relativ Umulighed „der Verwaltungsakt des Nichtbeamten“. Hertil henføres imidlertid ikke blot Handlinger, hidrørende fra en Privatmand, herunder pensionerede eller suspenderede Embedsmænd, men ogsaa visse Embedshandlinger, hvis Ugyldighed — efter de i denne Afhandling givne Begrebsbestemmelser — beror paa Inkompetence.⁵⁾

¹⁾ Jfr. om de almindelige Habilitetsbetingelser for Dommere *Munch Petersen*, Den danske Retspleje I. p. 74.

²⁾ *Kormann* p. 317.

³⁾ D. 1914. 3. 43.

⁴⁾ B. V. G. H. 12. 395.

⁵⁾ *Kormann* p. 242 ff.

Jèze har derimod søgt at opstille en „théorie générale des fonctions de fait“:¹⁾ Saavel Hensynet til *Tredjemand* som *den offentlige Interesse* maa føre til i et vist Omfang at anerkende Forvaltningsakter, der ikke hidrører fra lovligt udnævnte Embedsmænd. I *førstnævnte Henseende* anføres, at *Tredjemand* har en legitim Interesse i, at de Akter, der i ydre Henseende fremtræder som hidrørende fra regulære Embedsmænd, i Forhold til ham anses for gyldige, selv om de er foretaget af Personer, ved hvis Udnævnelse der klæber en eller anden Mangel. Praktisk talt kan det ikke forlanges, at *Tredjemand* under de anførte Omstændigheder skal kræve af Embedsmanden, at han skal godtgøre Lovligheden af sin Udnævnelse. En Betingelse for, at *Tredjemands Interesse* bør nyde Beskyttelse, er det dog, at han er i god Tro. — Og *den offentlige Interesse* falder ifølge *Jèze* sammen med *Tredjemands*. Den kræver nemlig, at de offentlige Funktioner holdes i Gang uden Afbrydelse, og dette Princip udkræver, at Borgerne ikke nødes til at forlange, at Personer, som overfor Omverdenen fremtræder som regulære Embedsmænd, skal føre Bevis for, at de ogsaa lovligt er det.

I Krisetider — Borgerkrig, Epidemier osv. — naar de regulære offentlige Myndigheder er forsvundet, og de offentlige Funktioner som Følge deraf ikke kan holdes i Gang uden ved andres Mellemkomst, bør man endog anerkende de Forvaltningsakter, som foretages af Personer, der i Kraft af en irregulær Indsættelse fra Beboernes eller højere offentlige „Myndigheders“ Side paatager sig at holde disse Funktioner i Gang.

Udfra disse Betragtninger opstiller *Jèze* Sondringen mellem „le fonctionnaire de fait“ og „l'usurpateur de fonction“:²⁾ „il y a fonctionnaire de fait si l'investiture est plausible, usurpateur de fonction si l'investiture n'est pas plausible.“ — Betydningen af Sondringen er den, at de facto-Embedsmandens Akter er gyldige, Usurpatorens er ugyldige, og det afgørende for Son-

¹⁾ *Jèze* p. 444 ff. Han betoner her med Rette, at „les argumentations exclusivement déductives et logiques sont très dangereuses. Le juriste a à résoudre non pas des problèmes de mathématique pure, mais des problèmes sociaux éminemment complexes; il doit s'efforcer de concilier des intérêts divers en conflit, d'obtenir le maintien de la paix sociale“.

²⁾ *Jèze* p. 454.

dringen er, om vedkommende Person fungerer under saadanne ydre Omstændigheder (i et offentligt Kontor, med Anvendelse af de officielle Protokoller, officielle Segl osv.), at der ikke er rimelig Anledning til at tvivle om, at den fungerende er en lovligt udnævnt Embedsmand.

Det ses imidlertid ikke rettere, end at *Jêze* ikke har haft Øje for det *Hovedhensyn*, som her maa komme i Betragtning. Ved Siden af *Hensynet til Tredjemand* (Borgerne) og til *de offentlige Funktioners uforstyrrede Gang* maa dog først og fremmest disse Funktioners *rette Udøvelse* være afgørende. Denne er i og for sig kun sikret, naar Funktionerne udføres af dertil gyldigt beskikkede Personer.

— Naar det i Overensstemmelse med det tidligere udviklede erkendes, at Forvaltningsakter hidrørende fra Personer, hvis Egenskab af Forvaltningsorgan kan *anfægtes*, medens Valget eller Udnævnelsen ikke tør anses for en *Nullitet*, dog maa være fuldt gyldige, er det omhandlede Spørgsmaal imidlertid ikke af større praktisk Betydning under *normale Samfundsforhold*. Det vil her vel ikke høre til Sjældenhederne, at *offentlige Valghandlinger* er *anfægtelige*; derimod er det vistnok saa godt som ukendt, at Ugyldigheden af et Valg kan betragtes som en *ren Nullitet*. Selv i saa Fald vil der imidlertid aldrig mangle en — *konstaterende* — Udtalelse fra de dertil kompetente Myndigheder om den foreliggende Ugyldighed, og en fra det „valgte“ Organ hidrørende Forvaltningsakt kan da højst anses for gyldig, saafremt den er *ældre* end denne Udtalelse. Og de *egentlige Embedsudnævnelser* vil praktisk talt meget sjældent kunne henføres til de ipso jure ugyldige Forvaltningsakter.

Nogen praktisk Trang til at hævde Forvaltningsaktens Gyldighed udenfor de p. 294—296 omtalte Tilfælde foreligger altsaa ikke, og det er da formentlig forsvarligt *under normale Forhold* at lade Valgets eller Udnævnelsens Nullitet medføre Ugyldighed af de udnævnte eller valgte Personers Forvaltningsakter. Navnlig vil — da Tilfældene kun kan forekomme som rene Undtagelser — det af *Jêze* fremhævede Hensyn til Forvaltningens uforstyrrede Gang ikke derved blive kompromitteret.

I *Krisetider* ligger Sagen anderledes. Her mangler jo oftest det retlige Grundlag for den offentlige Magtudøvelse og de offentlige Funktioner i det hele. Den retlige Kontinuitet er

brudt, og naar Retsordenen giver den foreliggende Tingenes Tilstand Retmæssighedens Stempel, sker det saa at sige *originært* ikke *derivativt*, — udfra den til Grund liggende Idé, at en hvilkenksomhelst retlig Ordning er at foretrække for Anarkiet. Her bliver der Plads og Trang til *Jèze's Teori* om „l'investiture plausible“, idet Dispositioner, som er foretaget af Personer uden noget retligt Mandat (Oprørsregeringen, Arbejders og Soldaters raad) ex post maa betragtes som gyldige Forvaltningsakter. Spørgsmaalet om, under hvilke nærmere Betingelser dette maa ske, skal ikke her forfølges videre.

— Endnu skal det nævnes, at Betingelserne for at *blive* Forvaltningsorgan i Reglen tillige er Betingelser for, at den paa gældende kan *vedblive* at beklæde den opnaaede Stilling. Hvorledes gaar det da med Forvaltningsakter, foretagne efter at en saadan Betingelse er bortfalden? — I Processen er det antaget,¹⁾ at denne Omstændighed m. H. t. Dommere *ikke* influerer paa Dommens Gyldighed, og det tilsvarende maa gælde i Forvaltningsretten. Saalænge vedkommende Embedsmand ikke er endeligt eller midlertidigt afskediget, maa han — bortset fra rent ekstraordinære Tilfælde som pludseligt indtrædende Sindsforvirring — vedblivende antages at være i Besiddelse af sin offentligretlige Handleevne.

§ 40.

Særligt om kollegiale Forvaltningsorganer.

Et særligt Spørgsmaal vedrørende Forvaltningsorganernes almindelige Habilitet opstaar, hvor Organet er kollegialt sammensat. Dette gælder jo først og fremmest indenfor den kommunale Forvaltning, men ogsaa indenfor Statsforvaltningen finder vi saadanne Forvaltningsorganer (Arbejderforsikringsraadet, Invalidforsikringsretten, Landsoverskatteraadet osv.). Et saadant kollegialt sammensat Forvaltningsorgan er nemlig ikke — som et „bureaukratisk“ Forvaltningsorgan — umiddelbart handledygtigt, men maa først *konstitueres* under Iagttagelse af visse Regler om Indkaldelse til Møderne, om det mindste An-

¹⁾ Munch-Petersen: Den danske Retspleje I p. 75.

tal Medlemmer, som skal deltage i disse og i Afstemningen, om Dagsordenen osv.¹⁾

Disse Regler betragtes oftest som en Slags Forskrifter vedrørende den ydre Fremgangsmaade ved Forvaltningsaktens Skabelse (Verfahren, procédure),²⁾ men de bør formentlig omhandles i Forbindelse med Spørgsmaalet om Forvaltningsorganernes almindelige Habilitet. De angaar nemlig ikke — som hine Forskrifter — *den eller den særlige Gruppe af Forvaltningsakter*, men deres Overholdelse er derimod en Betingelse for, at det paagældende Kollegium *overhovedet* kan have offentligretlig Handleevne.

1) Af Betydning for Forvaltningsaktens Gyldighed er i første Række Reglerne om *Indkaldelse til Møderne*, og det hvad enten de kun paabyder, at Indkaldelse overhovedet skal finde Sted, eller de tillige fastsætter en særlig Indkaldelsesfrist eller Indkaldelsesmaade. Overalt er det anerkendt, at Tilsidesættelse af disse Regler normalt medfører, at de paa Mødet trufne Beslutninger bliver ugyldige.³⁾ C. d'E.⁴⁾ har saaledes annulleret en Kommunalbestyrelses Valg af Maire, fordi Medlemmerne ikke var indkaldt til Mødet med 3 Dages Varsel i Overensstemmelse med Kommunallovens § 48. Alle Medlemmerne havde endda deltaget i Mødet. I Tyskland har saavel O. V. G.⁵⁾ som B. V. G. H.⁶⁾ anerkendt, at lovlig Indkaldelse til samtlige Medlemmer af en Kommunalbestyrelse er en Betingelse for de trufne Beslutningers Gyldighed. — *Den svenske Regeringsret* synes at lægge Vægt paa, om alle Medlemmerne, uanset den urigtige Indkaldelse, dog har været til Stede, og om der har været tilstrækkelig Tid til Overvejelse af den paagældende

¹⁾ Se eksempelvis Landkommunalloven af 6/7 1867 §§ 13 og 14 samt 44 og 45, Købstadkommunalloven af 26. Maj 1868 § 11, jfr. Oxholm p. 94—102 og Schou p. 457—463.

²⁾ C. d'E. 9/3 1917, Bordat, Rec. 229; B. V. G. H. 28. 11.

³⁾ Dette er positivt udtalt i den nye badiske Kommunallov af 5/10 1921 § 58: „Zur Gültigkeit eines Beschlusses des Bürgerausschusses wird erfordert: a) dass sämtliche stimmberechtigten Mitglieder derselben zur Versammlung eingeladen wurden ...“. Tilsvarende Regel findes i § 70 om „Die Gemeindeversammlung“.

⁴⁾ C. d'E. 27/3 1885, Elect. d'Ailloncourt, D. 1886. 3. 110; jfr. ogsaa C. d'E. 3/2 1911, Comm. de Sauvelade D. 1913. 3. 32.

⁵⁾ O. V. G. 41. 40, jfr. Stier-Somlo, Handb. I, p. 337.

⁶⁾ B. V. G. H. 28. 11, jfr. Art. 145, 2. Stk. i „Gemeindeordnung für die Landestheile diesseits des Rheins“ af 29. April 1869.

Sag.¹⁾ — I Norge har Domstolene beskæftiget sig udførligt med Spørgsmaalet i en Sag, der blev endelig paadømt ved H. R. D. af 27 3 1917.²⁾ Sagen angik Gyldigheden af en Kommuneafstemning, der i Henhold til § 6 i Lov af 17. Maj 1904 om Salg og Skænkning af Brændevin, Øl m. v. fandt Sted vedrørende et af de i Lovens § 5 ommeldte Samlag. Om denne Afstemning siges det i § 6, 4. Stk., at den skal være bekendtgjort mindst 30 Dage forud, men i det foreliggende Tilfælde var Varslet 2—3 Dage for kort. Under Sagen blev det gjort gældende, at Fristbestemmelsen er en til de offentlige Myndigheder rettet Forskrift, og at det ikke er givet, at enhver Mangel ved Varslets Længde medfører Afstemningens Ugyldighed. Om dette er Tilfældet maa — i Lighed med Forholdet ved de statsborgerlige og kommunale Valg — bero paa en konkret Overvejelse af, om Fejlen kan antages at have haft Indflydelse paa Afstemningens Udfald. — Denne Betragtning vandt dog ikke Tilslutning i nogen af de 3 Instanser, der alle er enige om, at Fristbestemmelsen maa virke absolut, og at Virkningen maatte blive Afstemningens Ugyldighed.³⁾ H. R. udtaler udtrykkeligt, at Ugyldighed maa indtræde, „selv om det maatte anses for overvejende sandsynligt, at den ... korte Frist har været uden Betydning for Afstemningens Resultat“.

Uden særlig Hjemmel tør det næppe antages, at Indkaldelsen skal indeholde en Angivelse af Forhandlingsgenstandene, men hvor dette er foreskrevet,⁴⁾ som til Eks. i § 47 sidste Punkt

¹⁾ Reg. R. 1921. 186 og 1915, C. 132.

²⁾ N. R. T. 1917. 584.

³⁾ H. R. D. blev afsagt under Dissens, idet to Dommere mente, at der var „fuld Føje til at opstille den Regel, at en Fejl ved en Samlagsafstemning ikke kan medføre Afstemningens Ugyldighed, hvis det maa anses overvejende sandsynligt, at Fejlen ikke har haft nogen Betydning for Afstemningens Resultat“.

⁴⁾ I vor Landkommunallov findes for Sogneraadenes Vedkommende intet saadant Paabud. Derimod maa det kunne optages i den Vedtægt, som ifølge Lovens § 14, sidste Stykke, kan gives vedrørende Raadenes Forretningsorden m. m., og Paabudets Tilside sættelse faar da Ugyldighedsvirkning. For Amtsraadenes Vedkommende bestemmer § 44, at Formanden „saavidt muligt“ skal underrette Medlemmerne før Mødet om Forhandlingsgenstandene.

tum i den franske Kommunallov af 5/4 1884 med Hensyn til ekstraordinære Møder og i § 40 i den preussiske „Städteordnung“ af 30/5 1853, maa Manglen paa saadanne Angivelser og væsentlig urigtige Angivelser medføre, at den vedkommende Beslutning bliver ugyldig.¹⁾

For *Preussens* Vedkommende er den omhandlede Ugyldighedsgrund anerkendt i den ovenfor nævnte Dom O. V. G. 41. 40, jfr. Stier-Somlo, Handbuch I. 337. — *Den svenske Regeringsret* har kendt en „kyrkostämmas“ Valg af Lærer ugyldigt, fordi den forudgaaende Bekendtgørelse²⁾ havde opført de tre Kandidater i denne Orden: Drake, Norman, Andrén, medens Skole-raadet havde indstillet dem i følgende Orden: Drake, Andrén, Norman. Bekendtgørelsen antoges at have virket vildledende derved, at de stemmeberettigede kunde være gaaet ud fra, at Andrén var den daarligst kvalificerede med Hensyn til Eksamen, hvilket ikke var Tilfældet. — I en *norsk Højesteretsdom* af 28/5 1919³⁾ er det antaget, at Tilsidesættelsen af Bestemmelsen i Lov af 14/1 1837 om Formandsskaberne i Købstæderne m. v. § 36, hvorefter Forhandlingsgenstandene skal angives i Mødeindkaldelsen, bliver uden Betydning i et Tilfælde, hvor Bystyret enstemmigt havde vedtaget at behandle Sagen. Højesteret tiltræder Byretsdommens Begrundelse for dette Resultat, nemlig at Bestemmelsen maa antages alene at ville sikre Medlemmernes tilstrækkelige Forberedelse til Mødet. Dette er for-

Hermed er det ikke overladt til Formandens frie Skøn, om saadan Underretning skal finde Sted, og har Underretning urigtigt ikke fundet Sted vedrørende en Sag, hvorom der træffes Beslutning paa Mødet, bør Beslutningen anses som ugyldig.

Købstadkommunallovens § 11, sidste Stykke, indeholder for Byrådsmødernes Vedkommende en tilsvarende Bestemmelse.

¹⁾ C. d'E. 23/6 1911, Arnal et autres, D. 1913. 3. 129, C. d'E. 16/11 1906, Marié, D. 1908. 3. 48. — C. d'E. 24/6 1910, Pleux, angaar et Tilfælde, hvor det kunde være tvivlsomt, om Angivelsen var tilstrækkelig tydelig. — C. d'E. 3/2 1911, Comm. de Sauvelade, D. 1913. 3. 32, synes endog at tillægge den Omstændighed Ugyldighedsvirkning, at Kommunalbestyrelsen er kommet sammen til et ekstraordinært Møde, uden at Underpræfekten i Overensstemmelse med Kommunallovens § 47 var underrettet.

²⁾ Se „Fr. om kyrkostämman samt kyrkoråd och skolråd“ af 21/3 1862 § 12, som ændret ved Lov af 26/5 1909.

³⁾ N. R. T. 1919. 742.

mentlig rigtigt; men Forberedelsen er dog anset for nødvendig i det *offentliges Interesse*, og det synes derfor urimeligt, at Medlemmerne skulde kunne give Afkald derpaa.

2) For de kollektive Forvaltningsorganers Handedygtighed er det oftest en Betingelse, at et vist Antal Medlemmer deltager i Moderne¹⁾ eller endog i Afstemningerne.²⁾ At Iagttagelsen af de herhen hørende Bestemmelser maa være en Betingelse for Beslutningens Gyldighed, er indlysende; udtrykkeligt er det sagt i den ny badiske Kommunallov af 5.10.1921 §§ 58 og 70. — Selv om nogle af de ikke tilstedeværende Medlemmer senere maatte have tiltraadt den fattede Beslutning, kan dette ikke gøre Beslutningen gyldig.³⁾

3) Naar lovlig Indkaldelse til Medlemmerne af det kollektive Forvaltningsorgan har fundet Sted, og det foreskrevne Antal Medlemmer har givet Møde og deltaget i Afstemningen, har Organet i og for sig været handledygtigt.⁴⁾ For en strengt systematisk Betragtning er der derfor ikke Anledning til yderligere Bemærkning i denne Sammenhæng. — Imidlertid skal det dog her anføres, at den Beslutningstagelse, som gaar forud for selve Forvaltningsakten, og som hos det *bureaukratiske Forvaltningsorgan* alene er af *indre psykologisk Natur*, her tillige har faaet en *ydre Tilværelse*, idet den sker gennem en efter visse Regler stedfindende *Afstemning*. En Betingelse for Beslutningens Gyldighed er det da, at det i Loven foreskrevne Antal Medlemmer stemmer i dens Favør. Dette kan være det absolute eller relative, simple eller kvalificerede Flertal af de stemmende, af de

1) Se til Eks. Landkommunallovens § 14 og Købstadkommunallovens § 11, der begge kræver Tilstedeværelsen af Halvdelen af henholdsvis Sogneraadets og Byraadets Medlemmer.

2) Se til Eks. Landkommunallovens § 45, hvorefter ingen Beslutning kan tages af Amdsraadet, naar ikke i det mindste Halvdelen af dets Medlemmer er til Stede og deltager i Afstemningen. Børneloven af 12. Juni 1922 § 12 kræver, at over Halvdelen af Medlemmerne skal være til Stede. — Jfr. her fransk Kommunallov 5/4 1884 § 50.

3) Landsover- samt Hof- og Stadsrettens Dom U. f. R. 1913, 850 og O. V. G. 19. 4. Se ogsaa Friedrichs p. 29 ad § 15 Note 2.

4) Jfr. de Valles p. 195: „... la questione sulla regolare costituzione dell'organo si complica nella ricerca sulla legale formazione del collegio, per il numero degli intervenuti, per la convocazione dei membri, per la partecipazione alla discussione ed al voto“.

nærværende eller af samtlige Kollegiets Medlemmer. At Stemmetallet senere suppleres vil ikke være fyldestgørende.¹⁾ — Ogsaa andre Bestemmelser om Afstemningen har i Reglen Ugyldighedsvirkning. Iøvrigt skal her henvises til, hvad ovenfor er anført angaaende den ydre Fremgangsmaade ved Forvaltningsaktens Skabelse. Især maa det fremhæves, at Tilsidesættelse af Reglerne om hemmelig eller aaben Afstemning vil medføre Ugyldighed.²⁾

4) Saafremt nogle, men dog ikke alle Medlemmer af et kollegialt Forvaltningsorgan savner den almindelige Habilitet, opstaar det særlige Spørgsmaal, om disse inhabile Medlemmers Deltagelse i Forhandlingen og Afstemningen medfører Beslutningens Ugyldighed. Tilfældet vil navnlig kunne forekomme, hvor en vis Del af Medlemmerne afgaar efter Tur ved hvert stedfindende Valg, idet Valgets Ugyldighed da naturligvis bliver uden Indflydelse paa de øvrige Medlemmers Stilling.

Har da et saadant inhabilt Medlem deltaget i Kollegiets *Møder* — det er saaledes passeret, at en Politibetjent har givet Møde ved Sessionshandlingen i Stedet for Politimesteren (Lægdsforstanderen)³⁾ — maa de trufne Beslutninger anses for ugyldige. Der vil vel ikke være den samme konkrete Fare for, at det inhabile Medlem skal blive Aarsag til en sagligt urigtig Afgørelse, som hvor et personlig interesseret Medlem har deltaget i Mødet, jfr. nedenfor p. 309. Men Forvaltningsorganet mangler dog under alle Omstændigheder et af Loven foreskrevet Led; de forlangte Garantier for en sagkyndig og grundig Behandling har ikke været til Stede.

Normalt vil de inhabile Medlemmer, som deltager i Afstemningen, ogsaa have deltaget i det forudgaaende Møde, og Forvaltningsakten vil da af denne Grund være ugyldig. Men hvor til Eksempel en Sag kan afgøres paa den Maade, at den cirkulerer blandt Medlemmerne til skriftlig Votering, uden forudgaaende Forhandling og uden at de enkelte Medlemmer skriftligt begrunder deres Vota, og der afgives 7 Stemmer for det foreliggende Forslag og 2 imod, ses der ingen Grund til at lade Afstemningen være ugyldig, fordi en af de 7 har manglet den al-

¹⁾ Jfr. ovfr. p. 303 Note 3.

²⁾ Se saaledes C. d'E. 15/5 1908, Souet, D. 1910. 3. 6.

³⁾ Se Værnepligtslov 8/6 1912 § 8.

mindelige Habilitet. Denne Omstændighed *kan* kun have indvirket paa *een* Stemme, og ser man bort fra denne, er Flertallet dog i Behold.¹⁾

§ 41.

Den specielle Inhabilitet.

1) Hvis et Forvaltningsorgan er personlig interesseret i den Sag, der skal finde sin Afgørelse gennem en Forvaltningsakt, er der — efter Erfaringens Vidnesbyrd — en nærliggende Fare for, at Afgørelsen bliver paavirket af den foreliggende personlige Interesse og derfor faar et saglig urigtigt Udfald. Hvor det *in concreto* kan paavises, at Forvaltningsorganet har forfulgt en privat Interesse med Forvaltningsakten, vil denne kunne være ugyldig i Henhold til, hvad der er udviklet i Afsnittet om Forvaltningsaktens Ugyldighed paa Grund af ulovligt Formaål. Da denne Ugyldighedsgrund imidlertid er af subjektiv Art, vil den ofte vanskeligt kunne godtgøres; og ved Siden af de Tilfælde, hvor Embedsmanden *med Hensigt* har handlet usågligt, vil der opstaa en Række Konfliktssituationer mellem offentlige og private Interesser, der maaske halvt ubevidst løses i de sidst nævntes Favør.

Selv hvor hin subjektive Ugyldighedsgrund er anerkendt, kan der derfor være Trang til en Regel om, at et Forvaltningsorgan er udelukket fra at fungere, hvor det — om end kun rent objektivt —²⁾ er væsentlig interesseret i den foreliggende Sag, saaledes at Forvaltningsakten er ugyldig, hvis denne Regel er tilsidesat.

Indenfor Processen finder vi overalt saadanne Lovregler om Dommerens „specielle Inhabilitet“.³⁾ Tilsvarende *almindelige*⁴⁾

¹⁾ Den anførte Sondring mellem Forhandlingerne og Afstemningen iagttages ikke altid, hvilket fører til Uklarhed i Opfattelsen, se til Eks. de Valles p. 196, Note 2.

²⁾ Se de Valles p. 195—196 samt O. V. G. 38. 223.

³⁾ Rpl. Kap. 5; den tyske „Zivilprozessordnung“ §§ 41—49; Code de procédure §§ 378—396. („De la Récusation“).

⁴⁾ Derimod nok visse specielle Bestemmelser. Eksempelvis kan anføres Lov af 1/4 1921 vedrørende Boligforhold § 2, 7. Stk., hvor efter Medlemmer af Huslejenævnene ikke kan deltage i Behand-

Regler findes ikke i Forvaltningslovgivningen, og Spørgsmaalet bliver da, om en Ugyldighedsregel som den foran nævnte for Forvaltningsrettens Vedkommende kan betragtes som en *Reisegrundsætning*, der maa være gældende uden positivt at være udtalt.¹⁾

Hvor der, som i *Frankrig*, oven en vidtgaende Kontrol med Forvaltningsakterne i Henseende til det subjektive Formaal, hvoraf de udspringer, er der forholdsvis ringe Trang til en saadan Regel. Læren om „*détournement de pouvoir*“ retter sig

lingen og Afgørelsen af Sager, hvori de selv er direkte eller indirekte interesseret, eller til hvis Parter de staar i Afhængighedsforhold eller i Slægtskabs- eller Svogerskabsforhold i op- og nedstigende Linje samt Sidelinjens første Grad. I Lov om Indkomst og Formueskat til Staten af 10/4 1922 § 18 er det kun sagt, at ingen af Medlemmerne eller Stedfortræderne i Skatteraadene kan deltage i Afgørelse af en Klage over den for hans eget Vedkommende stedfundne Skatteansættelse. — Om Bevillingsnævnene indeholder Beværløven af 10/5 1912 ingen herhen hørende Regler, men i det hos Schlichtkrull (Tekstudgave af Loven med Bemærkninger) p. 89—91 trykte Udkast til en Forretningsorden for Bevillingsnævnene, jfr. Lovens § 14 sidste Stykke, er det i § 5 foreslaaet, at i Sager, der berører et Medlems eller hans nærmeste Slægtninges personlige eller private Interesser, skal han, forinden Sagens Behandling begynder, vige sit Sæde, med mindre Nævnets øvrige Medlemmer opfordrer ham til at blive til Stede for at give Oplysninger eller Forklaringer. Under Afstemninger maa han altid forlade Mødet.

Af de talrige specielle Regler, som findes spredt i Lovgivningerne, kan nævnes § 108 i den preussiske „Landgemeindeordnung für die sieben östlichen Provinzen“ af 3. Juli 1891 („derjenige nicht teilnehmen, dessen Interesse mit dem der Gemeinde im Widerspruch steht“). Og „Kreisordnung für die Provinzen Ost- und Westpreussen, Brandenburg, Pommern, Schlesien und Sachsen“ af 13—12—1872 § 57, 5. Stk., hvorefter Amtsforstanderen er udelukket fra at træffe Afgørelse i Sager, hvori han er „persönlich betheilig“. — Om Magistraterne se Stier-Somlo I p. 365.

- ¹⁾ Bekræftende de Valles p. 195: „Il conflitto di interessi di per sè è elemento obbiettivo, che può colpire la volontà nei motivi, dai quali viene determinata, ed è perciò sempre causa di vizio, sia o non sia tassativamente previsto dalla legge“ (udhævet her).

netop direkte mod de Misbrug, som Regler om Forvaltningsmyndighedernes specielle Inhabilitet vil skabe Garantier imod. Forholdet er da ogsaa det, at hverken Teori eller Praksis i Frankrig synes at have udviklet nogen almindelig Regel om en saadan forvaltningsretlig Inhabilitet. Paa et praktisk overordentlig vigtigt Omraade finder vi derimod en positiv Lovbestemmelse herom, nemlig Kommunalloven af 5/4 1884 § 64.¹⁾

I Tyskland, hvor Kontrollen med Forvaltningsaktens Formaal ikke paa langt nær spiller den Rolle som i Frankrig, er den her omhandlede Ugyldighedsregel derimod anerkendt som gældende for Forvaltningsakter i Almindelighed. Klarest er dette sket i O. V. G.s Praksis. Allerede i en Dom af 12. Oktober 1878²⁾ udtaler O. V. G.: „... für alle Gebiete des Verwaltungsrechts im Allgemeinen (ist) der Grundsatz als massgebend anzuerkennen, dass Beamte, deren persönliches Interesse ... von einer Amtshandlung wesentlich betroffen wird, sich der Beteilung an solcher zu enthalten haben“. Denne Udtalelse er gentaget flere Gange senere hen i O. V. G.s Praksis,³⁾ og det er stedse udtalt eller forudsat, at Reglens Tilsetsættelse medfører Forvaltningsaktens Ugyldighed. — Ogsaa B. V. G. H. har anerkendt denne Retssætning.⁴⁾

— Medens Proceslovene indeholder detaljerede Regler om, hvad der begrunder Dommerens specielle Inhabilitet, navnlig om de Slægtskabs- og Svogerskabsforhold til Sagens Parter, som bliver af Betydning,⁵⁾ kan det i Forvaltningsretten — uden for de Tilfælde, hvor der er positive Regler — kun i Almindelighed siges, at et Forvaltningsorgan er udelukket fra at fungere, hvor vedkommende Embedsmand har en *personlig* og *væsentlig* Interesse i den paagældende Forvaltningsakt. I sidstnævnte Henseende maa det kræves, at den foreliggende Interesse er af en saadan Betydning, at den med Rimelighed kan antages at kunne øve Indflydelse paa Afgørelsen. Hvis en Politimester nægter Tilladelse til Afholdelse af et offentligt Bal i den Ejens-

¹⁾ „Sont annulables les délibérations auxquelles auraient pris part des membres du Conseil intéressés ...“. Jfr. ovfr. p. 50 og Alciné dor p. 121 ff.

²⁾ O. V. G. 4. 326.

³⁾ O. V. G. 23. 209; 26. 355; 75. 94.

⁴⁾ B. V. G. H. 28. 104; jfr. Fleiner p. 195, Note 60.

⁵⁾ Retsplejelovens Kap. 5.

dom, han personlig bebor, *kan* han derved have ladet sig paavirke af Hensynet til sin egen og Familiens Nattero; men inhabil vil han dog ikke af den Grund blive.

Stærkt maa det betones, at kun en *særlig*, personlig Interesse i Sagen kommer i Betragtning, eller som O. V. G. har udtrykt det: „Nur ein von dem allgemeinen Interesse verschiedenes, besonderes Privatinteresse (des Amtsvorstehers) begründet ... (dessen) persönliche Beteiligung ...“.¹⁾ At til Eks. Politimyndighedens Indehaver som Grundejer i Byen bliver delagtig i den almindelige Værdiforhøjelse af faste Ejendomme, som fornuftige Politiforanstaltninger kan medføre, gør ham derfor ikke inhabil.

Ikke blot *materielle*,²⁾ men ogsaa rent *immaterielle* Interesser, saasom personligt Uvenskab, kan medføre speciel Inhabilitet.³⁾ Derimod vil selv udpræget *personligt Venskab* næppe kunne anerkendes som Inhabilitetsgrund. Snarere kunde dette — i Analogi med Proceslovenes Regler — være rimeligt om visse nære *Familie- og Svogerskabsforhold*. Dog kender jeg intet Eksempel paa, at saadant har medført Annulation af en Forvaltningsakt.⁴⁾

Som ovenfor berørt er det tilstrækkeligt, at vedkommende Embedsmand *rent objektivt* er interesseret i Forvaltningsakten. Dette er udtrykkelig anerkendt af O. V. G.: „Eine polizeiliche Verfügung ist wegen persönlicher Beteiligung ... nicht

¹⁾ O. V. G. 6. 359. (364). I Sagen var der Tale om Nedlæggelse af en Kirkegaard. Kredsudvalget havde annuleret Amtsforstanderens Bestemmelse med den Begrundelse, at han, der ejede et Hus i Nærheden af Kirkegaarden, var interesseret i, at der ikke foregik Begravelseshøjtideligheder i Nærheden, idet Ejendommen vilde stige i Værdi, naar Kirkegaarden blev nedlagt osv. — Men O. V. G. gør herimod gældende, at disse mulige Fordele ikke er særlige for Amtsforstanderen; de vilde indtræde i Almindelighed for en Række andre, i Kirkegaardens Nærhed beliggende Ejendomme.

²⁾ O. V. G. 44. 18; 4. 326.

³⁾ Se O. V. G. 16. 355 („persönliche Zerwürfnisse“).

⁴⁾ I en hos Fr. V. Petersen p. 226—227 omtalt, utrykt Skr. har Indenrigsmin. udtalt, at den Omstændighed, at et Medlem af Taksationskommissionen er Broder til en af Bevillingshaverne paa vedkommende Baan anlæg, ikke kan gøre de afholdte Taksationer ugyldige. Men dette var formentlig, som fremhævet det nævnte Sted, udelukket allerede fordi Bevillingshaverne ikke havde nogen egl. personlig Interesse i Sagen. — Se iøvrigt ovenfor p. 305 Note 4.

nur dann aufzuheben, wenn der Beamte sie nachweisbar in seinen persönlichen Interesse erlassen und die Amtsgewalt zur Wahrnehmung seiner eigenen Angelegenheiten *pfllichtwidrig gemissbraucht hat*. Es kommt vielmehr lediglich darauf an, ob tatsächlich die Verhältnisse so liegen, dass ein persönliches Interesse des Beamten *berührt* wird“.¹⁾

— Saafremt nogle, men dog ikke alle Medlemmer af et *kollegialt Forvaltningsorgan* savner den specielle Habilitet, vil disses Deltagelse i Møderne og Afstemningerne faa tilsvarende Betydning for Beslutningernes Gyldighed som ovenfor p. 304 udviklet.

Hvad først angaar det Tilfælde, at de i Afgørelsen personligt interesserede Medlemmer har deltaget i *Møderne*, da er det klart, at saadant kan øve en meget uheldig, usaglig Indflydelse paa Afgørelsen (Afstemningen). De enkelte Medlemmer vil ofte først tage deres Standpunkt i selve Mødet, og den, der er personlig interesseret i en vis Løsning, vil hyppigt fremsætte sine „Meninger“ med særlig Styrke. Faren herved formindskes naturligvis, hvor de øvrige Medlemmer kender den personlige Interesse, som bevirker Inhabiliteten, men de vil dog aldrig med Sikkerhed kunne bedømme, *i hvilken Grad* de faldne Udtalelser udspringer af saglige eller usaglige Bevæggrunde. Endelig maa det erindres, at Virkningerne af det personligt interesserede Medlems Deltagelse i *Forhandlingerne* jo rækker videre end Virkningen af hans Deltagelse i selve Afstemningen, idet han i førstnævnte Tilfælde kan paavirke alle Stemmeafgivningerne, medens i sidstnævnte Tilfælde kun hans egen Stemme er usagligt motiveret. — Hvor Forholdet er ordnet ved positive Lovregler, er Deltagelse i Forhandlingerne oftest sidestillet med Deltagelse i Afstemningen.²⁾ — At inhabile Medlemmers Deltagelse i Forhandlingerne ogsaa uden udtrykkelig Hjemmel maa bevirke Ugyldighed har fundet Udtryk i C. d'E.s Praksis: I Henhold til Kommunallovens § 64³⁾ har man annuleret en Vedtagelse under Fremhævelse af, at et af Kommunalbestyrelsens Medlemmer, der var personligt interesseret i Sagen, havde taget Del i Forhandlingen, om end ikke i Afstem-

¹⁾ O. V. G. 38. 223.

²⁾ Se ovenfor p. 305 Note 4.

³⁾ Se ovenfor p. 307 Note 1.

ningen.¹⁾ — I et Tilfælde, hvor nogle Medlemmer af Kommunes Økonomiudvalg („drätselkammare“) vel ikke havde deltaget i Kommunalbestyrelsens endelige Afstemning om Godkendelsen af den økonomiske Forvaltning, men derimod i nogle forudgaaende Afstemninger om Sagens Behandlingsmaade, har *den svenske Regeringsret* anset den endelige Afstemning for ugyldig.²⁾

I Modsætning til de personligt interesserede Medlemmers Deltagelse i Møderne, hvis Indflydelse paa Beslutningen jo slet ikke kan bedømmes talmæssigt, vil det ved en isoleret *Afstemning* komme an paa, om dennes Resultat bliver anderledes, hvis man ser bort fra det inhabile Medlems Stemme, jfr. nærmere ovfr. p. 304—305.

§ 42.

Medfører Habilitetsmangler Nullitet eller Anfægtelighed?

Walter Jellinek henfører til de „absolut unwirksame“ Statsakter ikke blot saadanne, som hidrører fra en *Privatmand*, men ogsaa Statsakter foretagne af en *Embedsmand*, der midlertidigt er udenfor Tjeneste,³⁾ til Eks. fordi han har Orlov. Det samme skulde endvidere gælde om den Statsakt, som fra et mangelfuldt besat, offentligretligt Kollegium henvender sig *umiddelbart* til Omverdenen; indskyder der sig derimod et selvstændigt Enkeltorgan mellem selve Beslutningerne og Omverdenen, idet hine „durch den Mund oder die Feder ihres gesetzmässigen Verkündungsorgan in die Welt der Erscheinungen treten“, saa bevirker Manglen kun Anfægtelighed. Til Støtte for dette sidste anføres en Afgørelse fra B. V. G. H.,⁴⁾ hvorefter en af Borgmesteren udfærdiget Magistratsbeslutning vedrørende Tildeling af Hjemstedsret anses for gyldig, uagtet det foreskrevne Antal Magistratsmedlemmer og Kommunefuldmægtige ikke havde del-

¹⁾ C. d'E. 11/11 1892, Mahé, Ruben de Conder et autres, D. 1894. 3. 12. — Udtrykket „délibération“ (i den franske Kommunallovs § 64) dækker iøvrigt over baade Forhandlingerne og Afstemningen.

²⁾ Reg. R. 1909. 33.

³⁾ W. Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt 54—59.

⁴⁾ B. V. G. H. 11. 123, jfr. W. Jellinek op. cit. p. 64, samt Gesetz osv. p. 238 ff.

taget i Beslutningen. — Dommen beviser imidlertid i denne Forbindelse for meget, idet vedkommende Magistratsbeslutning ikke blot ikke blev anset for et Nullum, men endog for uanfægtelig. Og dertil kommer, at den begrunder sit Resultat med en Betragtning, som i hvert Fald maa anses for uholdbar, nemlig, at Andragendet om og den stedfundne Overdragelse af Hjemstedsretten konstituerer en *Overenskomst* mellem Parterne.

Kormann, der behandler disse Spørgsmaal under Kategorien „die relative Unmöglichkeit“, er enig med W. Jellinek i, at en Forvaltningsakt hidrørende fra en Privatmand, herunder den pensionerede og suspenderede Embedsmand, eller fra en Embedsmand med Orlov, er en Nullitet.¹⁾ Overfor *Jellineks* Mening om kollegiale Forvaltningsorganers Forvaltningsakter gør han derimod gældende, at kun hvor det mellemkommende Enkeltorgans Handlen er af „rechtsgeschäftlicher Art“, kan der være Tale om, at denne Handlen kan træde i Stedet for Kollegiets, ikke derimod, hvor Enkeltorganets Virksomhed kun er en Retshandling („Rechtshandlung“), til Eks. Forkyndelse af Beslutningen. I sidste Fald skulde det efter *Kormann* være afgørende, om Forkyndelsen sker uden eller under Modsigelse fra de øvrige Medlemmers Side. — Har Kollegiet ikke været besat med det udkrævede Antal Medlemmer, er dets Beslutning at anse for en Nullitet.

Man bliver let enige om, at „Forvaltningsakter“ hidrørende fra private, herunder pensionerede og suspenderede Embedsmænd, eller fra Embedsmænd, der har Orlov, *normalt* er Nulliteter. Kaptajn Köpenicks Befalinger, der jo faktisk kunde opvise en Række Resultater, var retlig set aldeles uvirksomme. Naar da B. G. B. § 1319 udtaler: „Als Standesbeamter im Sinne des § 1317 gilt auch derjenige, welcher *ohne Standesbeamter zu sein* das Amt eines Standesbeamten öffentlich ausübt, es sei denn, dass die verlobten den Mangel der amtlichen Befugnis bei der Eheschliessung kennen“, saa er dette en rent singulær Regel.²⁾ — Som ovenfor nævnt kan der dog under ekstraordinære Forhold som Revolution, Oprør og lign. blive Tale om at

¹⁾ *Kormann* p. 242—244.

²⁾ Jfr. W. Jellinek, *Der fehlerhafte Staatsakt* p. 55 og *Kormann* p. 242.

anerkende Gyldigheden af Dispositioner, der hidrører fra private, som uden noget retligt Grundlag har overtaget offentlige Funktioner.

Vanskelighederne kommer frem, hvor Forvaltningsakten hidrører fra et ved en ugyldig Akt (Valg, Udnævnelse) indsat Forvaltningsorgan. Forsaavidt denne Akt kun er *anfægtelig*, er det imidlertid ovenfor antaget, at saadanne Forvaltningsakter er gyldige, og vi behøver følgelig her kun at beskæftige os med de i Praksis overordentlig sjældent forekommende Tilfælde, hvor Udnævnelsen eller Valget af det handlende Forvaltningsorgan maa betragtes som en *Nullitet*. Vi tænker yderligere her naturligvis kun paa det Tilfælde, at det ulovlige Forvaltningsorgan har været *kompetent* til at foretage den paagældende Forvaltningsakt, at denne opfylder de *foreskrevne Former* osv., saaledes at Spørgsmaalet alene er dette, om *Investiturens Mangelfuldhed* medfører Nullitet eller Anfægtelighed.

Det maa da have i Erindring, at Udnævnelsens eller Valgets Nullitet ikke behøver at være Udtryk for, at den Mangel, som bevirker Ugyldigheden, er *særlig grov* i den Forstand, at den har hidført eller været egnet til at hidføre et Resultat, som materielt eller formelt fjerner sig langt fra det rette. Er til Eks. en Regel om, at Embedsudnævnelser skal ske *skriftligt*, tilside sat, er det ikke af den Grund sandsynligt, at den udnævnte Embedsmand ikke skulde sidde inde med de ifølge Loven og iøvrigt nødvendige Kvalifikationer til at kunne bestride Embedet. Og dog vil Udnævnelsen være et Nullum. Afgørende i denne Henseende er det derimod, om Ugyldigheden er *utvivlsom*, jfr. ovfr. § 7. Heraf følger, at den omhandlede Form for Inhabilitet ikke gør de foretagne Forvaltningsakter mere suspekte i materiel eller formel Henseende end de Forvaltningsakter, som hidrører fra et Forvaltningsorgan med *anfægtelig* Investitur.

Dernæst maa det fremhæves — og dette er det afgørende for det Spørgsmaal, som her behandles — at Udnævnelsens eller Valgets Nullitet paa ejendommelig Maade træder i Skyggen overfor den i Reglen foreliggende Kendsgerning, at vedkommende Forvaltningsorgan *rent faktisk* overtager den med Stillingen forbundne Funktion, betjener sig af Embedsseglene og det sædvanlige Embedskontor, optræder i den foreskrevne

Uniform, osv.¹⁾ Dette vil hos Bergerne i Almindelighed skabe en fast Antagelse om, at den paagældende lovligt udøver de til Stillingen hørende, offentligretlige Funktioner.

Disse Omstændigheder kunde i og for sig synes at maatte medføre, at de omhandlede Forvaltningsorganers Forvaltningsakter — i hvert Fald naar der foreligger god Tro hos den private — anses for gyldige, saaledes som det ogsaa er antaget af Jèze i hans Teori om „les fonctionnaires de fait“.²⁾ Naar denne Anskuelse dog ikke har kunnet tiltrædes, beror det paa, at Hensynet til de offentlige Funktioners rette Udførelse, som — taget for sig — maa fore til at statuere Ugyldighed, ikke her stoder paa Modhensyn af synderlig Vægt, jfr. ovfr. p. 298. Derimod er det rimeligt, at Ugyldigheden ikke indtræder ipso jure. At en — iøvrigt mangelfri — Forvaltningsakt, der skrives sig fra et Forvaltningsorgan, som faktisk har overtaget de til Stillingen hørende Funktioner, er gyldig, har i den Grad *Formodningen* for sig, at Akten ikke uden videre bør kunne ignorerers. Forvaltningsaktens „apparance“³⁾ virker her med særlig Styrke.

At den *specielle Inhabilitet* ikke kan medføre Nullitet maa anses for givet. Om den Akten vitierende Interesse virkelig har foreligget og været af en saadan Vægt, at den i Overensstemmelse med, hvad ovenfor er anført, gør Forvaltningsorganet inhabilt, maa henskydes til en kompetent offentlig Myn- digheds Afgørelse; indtil denne foreligger, bør Akten respekteres af alle Vedkommende.

Ej heller vil Mangler vedrørende *de kollegiale Forvaltningsorganers Konstituering* kunne medføre Nullitet, jfr. dog ovfr. p. 310—311 om *W. Jellineks* og *Kormanns* Teorier. Om Medlemmerne er lovligt indkaldt, om der er udsendt Dagsorden osv. er Omstændigheder, som hverken gennem selve Forvaltningsakten eller paa anden Maade lægger sig for Dagen udadtil. — *Har det foreskrevne Antal Medlemmer ikke gennem Afstemningen udtalt sig for Forvaltningsakten*, maa Forholdet vistnok sidestilles med de Tilfælde, hvor Udtalelsen slet ikke

¹⁾ Jfr. Jèze p. 455.

²⁾ Jfr. ovfr. p. 297—298. Se ogsaa B. G. B. § 1319.

³⁾ Jfr. Jacques Piédelièvre: Des effets produits par les actes nuls. Paris 1911 p. 487 ff.

hidrører fra noget offentligretligt Organ. „Forvaltningsakten“ vil da være et Nullum. — Er det bestemt, at alle eller et vist Antal Medlemmer skal underskrive Beslutningen, og denne Regel ikke er fyldstgjort, maa Beslutningen ganske vist anses for en Nullitet, men Manglen er her en Formmangel.

Afgørelserne fra Retspraksis vedrørende det her omhandlede Spørgsmaal gaar i noget forskellig Retning. — C. d'E. har anerkendt, at en Kommunalbestyrelsesbeslutning, der var ugyldig, fordi nogle af de i Mødet deltagende Medlemmer var personligt interesserede i Afgørelsen, blev „konfirmeret“ ved en senere, uden disse Medlemmers Tilstedeværelse, truffet Beslutning.¹⁾ — B. V. G. H. har karakteriseret en Bestemmelse i den bayerske Kommunallov af 29/4 1869 vedrørende Indkaldelse af Kommunalbestyrelsens Medlemmer som „für den inneren Bereich der Verwaltung bestehende Vorschriften“. I Dommen antoges disse Reglers Tilsidesættelse overhovedet ikke at medføre Ugyldighed. Dette skyldes dog formentlig Forvaltningsaktens særlige Akt („Heimatsverleihung“).²⁾ — *Den svenske Regeringsret* synes utilbojelig til overhovedet at tillægge selv en udtrykkelig udtalt Regel om Indkaldelsesvarselet Ugyldighedsvirkning,³⁾ endsiige da Nullitetsvirkning. I lignende Retning kan anføres den ovfr. p. 302 nævnte *norske H. R. D.* af 28/5 1919. — Norsk H. R. D. af 24/6 1913⁴⁾ anser derimod en Beslutning, der ikke er truffet med det foreskrevne Stemmetail ($\frac{2}{3}$ Pluralitet), for ugyldig og uforbindende, og Overtrædelse af Beslutningen for straffri. — Det tilsvarende er antaget i Lands- over- samt Hof- og Stadsrettens Dom af 11/6 1913⁵⁾ vedrørende en Værgeraadsbeslutning, der ikke var fattet i et Værgeraads- møde med det foreskrevne Antal Stemmer.

¹⁾ C. d'E. 2/6 1911, Isambert, D. 1913. 3. 116. Anføres kan ogsaa C. d'E. 23/6 1911, Arnal et autres, D. 1913. 3. 129.

²⁾ B. V. G. H. 10. 208, jfr. ogsaa den ovenfor p. 310 Note 4 omtalte Dom, B. V. G. H. 11. 124. I B. V. G. H. 3. 371 tales selvmodsigende om, at „der Beschluss ... als nichtig ausser Wirksamkeit gesetzt (wurde)“.

³⁾ Reg. R. 1921. 186 (alle var til Stede og kendte Sagen), jfr. 1915 not. C. 132 og 1918 ref. nr. 13.

⁴⁾ N. R. T. 1913. 683.

⁵⁾ U. f. R. 1913. 850.

LITERATUR

- Aleindor, Léon:** Des différentes espèces de nullités des actes administratifs. Paris 1912.
- Anschütz, Gerhard:** Verwaltungsgerichtbarkeit. Handbuch der Politik I 1920 p. 302—310.
— Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Berlin 1921.
- Apelt, Karl:** Das Königlich Sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900. Leipzig 1911.
- Apelt, Willibalt:** Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Leipzig 1920.
- Aschehoug, T. H.:** Norges nuværende Statsforfatning. Anden gennemsette og forøgede Udgave I—III. Kristiania 1891—93.
- Balle, Thomas:** Politiet i Sin ægte Glands som en Grundsætning til en Stats Magt og Lyksalighed. København 1775.
- Bentzon, V.:** Retskilderne. Købh. 1905 og 1907.
— Skøn og Regel. Købh. 1914.
- Berlin, Knud:** Den danske Statsforfatningsret. Første Del. Købh. 1916. Andet Dels første Hæfte, Købh. 1918.
— Samme Værk. Første Del. 2. Udg. 1923.
- Bernatzik, Edmund:** Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886.
- Berthélemy, H.:** De l'exercice de la Souveraineté par l'autorité adm. Revue du droit public 1904 p. 209—227.
— Traité élémentaire de droit administratif. Neuvième édition. Paris 1920.
- Bruun, Conrad Malthé:** Beviis, at en monarkisk Regjering ikke er for bunden til at bortgive Embeder efter de Søgendes Dulighed. Købh. 1798.
- Bühler, Ottmar:** Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914.
- Castberg, Frede:** Hvilke statsviljesytringer maa afgives i lovs form? Norsk Retstidende 1918 p. 721—730.
- Cohn, N.:** Privates Rettigheder over offentlige Veje. Juridisk Tidsskrift 1917 p. 10—23 og 57—66.
- Duguît, Léon:** L'acte administratif et l'acte juridictionnel. Revue du droit public, 1906 p. 413—471.

- Duguit, Léon:** Les transformations du droit public. Paris 1913.
- Théorie générale de l'acte juridique. Revue du droit public 1919 p. 313—337.
 - Traité de droit constitutionnel. Deuxième édition. I og II, Paris 1921 og 1923.
- Dyroff, Anton:** Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz. Fünfte Auflage. Ansbach 1917.
- Fleiner, Fritz:** Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1913.
- Ueber die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öff. Recht. Tübingen 1906.
- Frénoy, Jacques:** Le conseil d'état et les nominations illégales. Paris 1913.
- Friedrichs, Karl:** Das Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883. Berlin 1910.
- Garçon, E.:** Code pénal (annoté) I—III. Paris 1901, 1904, 1906.
- Gerland, Otto:** Ueber die örtliche Zuständigkeit der Ortspolizeibehörden. Verwaltungsarchiv 1896, p. 197—208.
- Georgin, André:** La violation de la loi. Cause d'ouverture du recours pour excès de pouvoir. Paris 1915.
- Goez, Karl:** Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg. Tübingen und Leipzig 1902.
- Goos, C. und Henrik Hansen:** Das Staatsrecht des Königreichs Dänemark. (Das öff. Recht der Gegenwart Bd. XX). Tübingen 1913.
- Hammar skjöld, Hj. L.:** Om Inrättande af en administrativ högsta Domstol eller Regeringsrätt. Stockholm 1907.
- Hatschek, Julius:** Institutionen des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts. Leipzig, Erlangen 1919.
- Hauriou et Guillaume de Bezin:** La Déclaration de volonté dans le droit administratif français. Revue trimestrielle de droit civil, 1903 p. 543 ff.
- Hauriou, Maurice:** Précis de droit administratif et de droit public. Neuvième édition. Paris 1919.
- Herrnritt, Rudolf Herrmann:** Grundlehren des Verwaltungsrechts. Tübingen 1921.
- Hofacker, Wilhelm:** Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1919.
- Holck, Carl Georg:** Den danske Statsforvaltningsret. Ved C. Goos og J. Nellesmann. København. 1870.
- Den danske Statsforfatningsret. Ved C. Goos og J. Nellesmann. København. 1869.
- von Jhering, Rudolph:** Der Zweck im Recht. Fünfte Auflage. Leipzig 1916.
- Jacquelin, René:** L'évolution de la procédure administrative. Rev. du droit public 1903 p. 373—447 og 5—22.
- Japiot, René:** Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle. Paris 1909.

- Jellinek, Georg:** Allgemeine Staatslehre. Dritte Auflage, unter Wertung des handschriftlichen Nachlasses durchgesehen und ergänzt von Walter Jellinek, Berlin 1920.
- Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. In dritter Auflage neu bearbeitet von Walter Jellinek. München und Leipzig 1919.
 - System der subjektiven öffentlichen Rechte. Anastatischer Neudruck der Ausgabe 1905. Tübingen 1919.
- Jellinek, Walter:** Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908.
- Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung. Tübingen 1913.
- Jèze, Gaston:** Les principes généraux de droit administratif. Deuxième édition. Paris 1914.
- Cours de droit public. Paris 1923.
- Jørgensen, Poul Johs.:** De alm. statslige og kommunale Forvaltningsmyndighedens Organisation. Mimeograferet. Udgivet af Socialøkonomisk Samfund.
- Forelæsninger over nogle Afsnit af Forvaltningsretten. Mimeograferet. Udgivet af Socialøkonomisk Samfund.
- Kelsen, Hans:** Ueber Staatsunrecht. Zeitschrift für das Privat- und öff. Recht der Gegenwart (Grünhut) 1914 p. 1—114.
- Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft. Archiv des öff. Rechts 1913 (31) p. 53—98 og 190—249.
- Knoph, Regnar:** Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett. Kristiania 1921.
- Koellreutter, Otto:** Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtsprechung im modernen England. Tübingen 1912.
- Kormann, K.:** Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung. Jahrbuch des öff. Rechts der Gegenwart VII, 1913, p. 1—19.
- System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.
- Krieger, A. og V. Haarlov:** Lov No. 67 af 9/4 1891 om det offentlige Fattigvæsen. Købn. 1906.
- Laband, Paul:** Deutsches Reichsstaatsrecht. Nach dem Tode des Verfassers bearbeitet von Otto Mayer. Tübingen 1919.
- Laferrière, E.:** Traité de la Juridiction administrative et des recours contentieux. II Paris 1888.
- Lambert-Ribot, Alfred:** Des Moyens dont dispose l'Administration pour mettre fin aux situations qu'elle a irrégulièrement créées. Paris 1913.
- Landmann:** Kommentar zur Gewerbe-Ordnung. 7 Aufl. München.
- Lassen, Jul.:** Haandbog i Obligationsretten. Almindelige Del. Købn. 1908.
- Lærebog i romersk Privatrecht. Købn. 1904.
 - Læren om Aftaler. Købn. 1917.
 - Nullitet og Anfægtelighed. Købn. 1899.
- Lassen, Niels:** Viljen som Forpligtelsesgrund. Købn. 1874.

- v. Laun, Rudolf:** Das freie Ermessen und seine Grenzen. Leipzig und Wien 1910.
- Loth, René:** L'Autorité de la chose jugée en matière administrative. Lille 1911.
- Matzen, Henning:** Den danske Statsforfatningsret. Første Del Købn. 1910. Anden Del Købn. 1908. Tredje Del Købn. 1909.
- Mayer, Otto:** Deutsches Verwaltungsrecht. Erster Band, zweite Auflage, München, Leipzig 1914. Zweiter Band, zweite Auflage, München, Leipzig 1917.
- Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, Archiv für öff. Recht III, 1888, p. 1—86.
- Meyer, Georg:** Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Bearbeitet von Franz Dochow. Vierte Auflage. Erster Teil. München—Leipzig 1913.
- Michoud, Léon:** Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration. Annales de l'Université de Grenoble 1913. t. 25 p. 429—500, 1914 t. 26 p. 19—58.
- La théorie de la personnalité morale I og II. Paris 1906—1909.
- Morgenstjerne, Bredo:** Lærebog i den norske Statsforfatningsret. Anden omarb. Udgave. Kristiania 1909.
- Munch-Petersen, H.:** Den danske Retspleje. Købn. 1917—1919.
- Møller, Ernst:** Forudsætninger. Købn. 1894.
- Neuhäuser, Robert:** Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden. Hamburg 1921.
- Nyholm, C. V.:** Grundtræk af Danmarks Statsforvaltning. Købn. 1893.
- Oxholm, W.:** Haandbog i dansk Kommunalvæsen I. Landkommuner-nes Styrelse. Købn. og Kristiania 1916.
- v. Olshausen, Justus:** Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich I—II. Berlin 1916.
- Petersen, Frederik V.:** Om Jernbaner og Sporvejskoncessioner efter dansk Ret. Købn. 1915.
- Piédelièvre, Jacques:** Des effets produits par les actes nuls. Paris 1911.
- Preuss, Hugo:** Die Entwicklung der kommunalen Selbstverwaltung in Deutschland. Handbuch der Politik I 1920 p. 266—286.
- Reuterskiöld:** Föreläsningar i svensk Stats- och Förvaltningsrätt. Uppsala og Stockholm, 1914.
- Rogez, Zéphirin:** L'acte administratif de puissance publique. Paris 1906.
- Scheie, Jon:** Af den norske Ekspropriations- og Stats-Ret. Kristiania 1907.
- Schlichtkrull, A.:** Lov om Beværtning og Gæstgiveri samt om Handel med stærke Drikke. Købn. 1914.
- Schou, P. F.:** Kjøbstædernes Forfatning og Styrelse. Købn. 1901.
- Landkommunernes Forfatning og Styrelse. Købn. 1881.
- v. Staudinger, J.:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze. München und Berlin 1912—1922.

- Stier-Somlo:** Handbuch des kommunalen Verfassungs- und Verwaltungsrechts in Preussen I—II. Oldenburg i Gr. 1916—1919.
- Justiz und Verwaltung. Handbuch der Politik I 1920 p. 296—301.
- Teissier, G.:** La Responsabilité de la puissance publique (i B é q u e t: Répertoire du droit administratif, t. 23).
- Tezner, Friedrich:** Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde. Jahrbuch des öff. Rechts der Gegenwart V, 1911, p. 67—135.
- Zur Lehre von dem freien Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte. Wien 1888.
- Thoma, Richard:** Rudolf v. Laun: Das freie Ermessen. Verwaltungsarchiv 1912 p. 444—453.
- Torp, Carl:** Dansk Tingsret. Anden gennemsette og forøgede Udgave ved L. A. Grundtvig. København. 1905.
- Trentin, Silvio:** L'atto amministrativo. Roma 1915.
- Ussing, Henry:** Bristende Forudsætninger, København. 1918.
- Ussing, J.:** Om Afgørelsen af Tvistigheder med Forvaltningen. København. 1893.
- De Valles, Arnaldo:** La validità degli atti amministrativi. Roma 1917.
- Villey, Edmond:** La Souveraineté nationale. Revue du droit public 1904 p. 5—26.
- Vogels:** Willensmängel bei der Beamtenanstellung. Verwaltungsarchiv XXVII p. 247 ff.
- Walton, F. P.:** The French Administrative Courts. Juridical Review, December 1919, p. 225—243.
- Wodtge, F.:** Der recours pour excès de pouvoir. Tübingen 1912.
- Ørsted, Anders Sandø:** Haandbog over den danske og norske Lovkyns dighed. III Kap. 9, Om Øvrighed (p. 1—118).
- Supplement til afdøde Generalauditeur Nørregaards Forelæsninger over den Danske og Norske private Ret, Kap. 10, Om Øvrighed (p. 209—283).
- Om Regeringens Ret til at ophæve eller forandre Stiftelser, som private Mænd have oprettet. Eunomia p. 1—38.
-
- Berthélemy, H.:** Recueil des lois et règlements administratifs. Paris 1914.
- Block, Maurice og Edouard Maguéro:** Dictionnaire de l'Administration française. Paris, Nancy 1905.
- Braunbehrens, O.:** Die Gemeindeverfassungsgesetze für die Provinz Westphalen. Berlin 1899.
- Dalloz:** Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique. Paris.
- Deutsche Juristen-Zeitung.** Berlin.
- Entscheidungen** des königlich preussischen Oberverwaltungsgerichts. Berlin.
- Entscheidungen** des Reichsgerichts in Civilsachen. Leipzig.

Gewerbearchiv.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Gündert: Badische Gemeindeordnung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1921.

Højesteretstidende.

Jahrbücher des kgl. Sächs. Obergerwaltungsgerichts.

Juridisk Ugeskrift. København.

Lebon: Recueil des arrêts du Conseil d'Etat. Paris.

Ministerialtidende A.

Morgand: La loi municipale. Paris 1917.

Norsk Retstidende. Kristiania.

Preussisches Verwaltungsblatt.

Reger, A.: Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Gebiete des Verwaltungs- und Polizeistrafrechts.

Regeringsrättens Årsbok. Stockholm.

Revue du droit public et de la science politique. Paris.

Rigsdagstidende.

Sammlung von Entscheidungen des königlich bayerischen Verwaltungsgerichtshofs. München.

Sartorius, Carl: Sammlung von Reichsgesetzen staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts. Textausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. München 1921.

Sirey: Recueil général des lois et des arrêts. Paris.

Sogneraadstidende, København.

Stengel-Fleischmann: Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts. Zweite Auflage. Tübingen 1911, 1913 og 1914.

Stier-Somlo: Sammlung preussischer Gesetze staats- und verwaltungsrechtlichen Inhalts. Textausgabe mit Sachregister. München 1921.

Thoma, Richard: Badische Gesetze des Verfassungsrechts und des allgemeinen Verwaltungsrechts. Mannheim, Berlin, Leipzig 1921.

Ugeskrift for Retsvæsen.

FORKORTELSER

Betydningen af de i Fremstillingen anvendte Forkortelser vil for de flestes Vedkommende uden videre fremgaa af en Sammenholden med ovenstaaende Fortegnelse. Særligt maa dog mærkes, at:

A. L. R. bet. Preussisches Allgemeines Landrecht.

Berthélemy bet. H. Berthélemy: *Traité élémentaire de droit administratif*.

B. V. G. H. bet. Sammlung von Entscheidungen des königlich bayerischen Verwaltungsgerichtshofs.

D. bet. Dalloz: *Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique*. Paris.

D. J. Z. bet. Deutsche Juristen-Zeitung.

Duguít bet. *Traité de droit constitutionnel* I.

Fleiner bet. Fritz Fleiner: *Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts*.

Hauriou bet. Maurice Hauriou: *Précis de droit administratif et de droit public*.

Holck bet. Holck: *Den danske Statsforvaltningsret*.

H. R. T. bet. Højesteretstidende.

Jèze bet. Gaston Jèze: *Les principes généraux de droit administratif*.

Kormann bet. K. Kormann: *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*.

M. T. A. bet. Ministerialtidende A.

Michoud bet. Léon Michoud: *Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*.

N. R. T. bet. Norsk Retstidende.

Otto Mayer bet. Otto Mayer: *Deutsches Verwaltungsrecht*.

O. V. G. bet. Entscheidungen des königlich preussischen Obergerwaltungsgerichts.

pr. V. Bl. bet. Preussisches Verwaltungsblatt.

Rec. bet. Lebon: *Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*.

Reger bet. A. Reger: *Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden*.

Reg. R. bet. Regeringsråttens Årsbok.

R. G. bet. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Sirey bet. Sirey: *Recueil général des lois et des arrêts*.

S. O. V. G. bet. Jahrbücher des kgl. Sächs. Obergerwaltungsgerichts.

Tezner bet. Friedrich Tezner: *Das détournement de pouvoir und die deutsche Rechtsbeschwerde*.

U. f. R. bet. Ugeskrift for Retsvæsen.

INDHOLDSFORTEGNELSE

Forord	5
Kapitel I. Indledning	7
§ 1. Forvaltningshandling og Forvaltningsakt. Definitioner	7
§ 2. Er Forvaltningsakten en Viljeserklæring?	13
§ 3. Positiv Bestemmelse af Forvaltningsaktens Begreb	22
Kapitel II. Om ugyldige Forvaltningsakter i Almindelighed	36
§ 4. Ugyldighedsbegrebet	36
§ 5. Ugyldighed og Retsstridighed	40
§ 6. Forskellige Slags Ugyldighed	45
§ 7. Almindelige Synspunkter for, om Ugyldigheden bør be-	
tragtes som Nullitet eller Anfægtelighed	51
Kapitel III. De forskellige Ugyldighedsgrunde. Kompetence-	
mangler	58
§ 8. Begrebet Inkompetence	59
§ 9. Inkompetence som Ugyldighedsgrund	64
§ 10. Fortsættelse. Delegation af Kompetence	78
§ 11. Bevirker Inkompetence Nullitet eller Anfægtelighed?..	82
Kapitel IV. Formmangler	88
§ 12. Indledning. Særligt om Skriftlighedsformen	88
§ 13. Begrundelse	95
§ 14. Bkendtgørelse	105
§ 15. Bevirker Formmangler Nullitet eller Anfægtelighed? ..	111
Mangler vedrørende Fremgangsmaaden ved Forvaltnings-	
aktens Skabelse („procédure“, „Verfahren“)	114
Kapitel V. A. Ydre Virksomhedsmangler	117
§ 16. Mangler vedrørende Tiden og Stedet for Forvaltnings-	
aktens Foretagelse	117
§ 17. Offentlighed	120
§ 18. Høring og Meddelelser under Forvaltningsaktens For-	
beredelse	127

B. Indre Virksomhedsmangler (§§ 19—29)	140
Kapitel VI. Vildfarelse og Svig	140
§ 19. Indledende Bemærkninger. Analogi fra Privatrettens Regler?	140
§ 20. Særligt om Vildfarelse	147
§ 21. Særligt om Svig	154
Kapitel VII. Forvaltningsaktens Ugyldighed paa Grund af dens Formaal. Fransk Rets Teori om „détournement de pou- voir“	165
§ 22. Indledende Bemærkninger	165
§ 23. Teorien om „détournement de pouvoir“	168
§ 24. Conseil d'Etat's Praksis vedrørende „détournement de pouvoir“	174
§ 25. Kritiken af Læren om „détournement de pouvoir“	182
Kapitel VIII. Forvaltningsaktens Ugyldighed paa Grund af dens Formaal, efter tysk og nordisk Ret	193
§ 26. Launs og Tezners Teorier	193
§ 27. Tysk Retspraksis	202
§ 28. Teori og Praksis i de nordiske Lande	209
Kapitel IX. Andre Mangler ved det frie Skøn. Medfører Virksom- hedsmangler Nullitet eller Anfægtelighed?	218
§ 29. Andre Mangler ved det frie Skøn	218
§ 30. Medfører Virksomhedsmangler Nullitet eller Anfægte- lighed?	225
Kapitel X. Indholdsmangler. Principet om lovmæssig Forvaltning	227
§ 31. Om lovmæssig Forvaltning. Særligt om Forholdet i Tyskland	228
§ 32. Den franske Opfattelse af Principet om lovmæssig For- valtning	234
§ 33. Principet om lovmæssig Forvaltning i nordisk Forvalt- ningsret	242
Kapitel XI. Indholdsmangler. Fortsættelse	253
§ 34. Modstrid mellem Forvaltningsaktens Indhold og kon- krete, offentligretlige eller privatretlige Dispositioner..	253
§ 35. Om Bibestemmelser til Forvaltningsaktens Indhold, sær- ligt om Betingelser	261
§ 36. Om Lighed for Skønnet	276
§ 37. Om Forvaltningsakter med umuligt eller ubestemt Ind- hold	280
§ 38. Medfører Indholdsmangler Nullitet eller Anfægtelig- hed?	286

Kapitel XII. Habilitetsmangel

§ 39. Indledning. Forvaltn
tet

§ 40. Særligt om kollegiale

§ 41. Den specielle Inhabil

§ 42. Medfører Habilitetsn
hed

Literatur

—

.....	291
gsorganernes almindelige Habili-	
.....	291
Forvaltningsorganer	299
et	305
ingler Nullitet eller Anfægtelig-	
.....	310
.....	315
