

Michael Gøtze

Magtfordrejning

Et begreb under forvandling



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1999

Magtfordrejning – et begreb under forvandling
1. udgave

© 1999 by Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse eller
mangfoldiggørelse af denne bog eller dele heraf er
uden forlagets skriftlige samtykke ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.

Omslagsillustration: Morten Højmark
Tryk: Gentofte Tryk

Printed in Denmark 1999
ISBN 87-574-0138-1

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Gothersgade 133
Postboks 2126
1015 København K

Telefon: 33 95 97 00
Telefax: 33 95 99 97
e-mail: fl@djoeef.dk
Homepage: <http://www.djoeef.dk/flhome.htm>

Oversigt over indhold

I Indledning

- A. Emneafgrænsning
- B. Sigte og fokus
- C. Problemstillinger
- D. Metode og retskilder

II Præsentation af begrebet

- A. Introduktion
- B. Definitioner og termer
- C. Tre udviklingsforløb
- D. Forholdet til legalitetsprincippet

III Teoretiske positioner

- A. Introduktion
- B. Begrebsopbygning
- C. Kredsen af ulovlige formål
- D. Delopsamling

IV Praktiske anvendelsesmuligheder

- A. Introduktion
- B. Kontrollens rækkevidde
- C. Kredsen af ulovlige formål
- D. Delopsamling

V Lovgivers bidrag

- A. Introduktion
- B. En indirekte generel virkning
- C. Sagsbehandlingslovgivning
- D. En eventuel lovramme

VI Afslutning

- A. Rekapitulation
- B. Perspektivering

Indholdsfortegnelse

Kapitel I

Indledning	15
A. Emneafgrænsning	16
1. Betoning af den subjektive side	19
2. En variabel kreds af uønskede formål	19
B. Sigte og fokus	20
C. Problemstillinger	22
D. Metode og retskilder	23
1. Inspiration fra andre retssystemer	24
2. En trinvis undersøgelse af retskilder	24

Kapitel II

Præsentation af begrebet	31
A. Introduktion	31
1. Saglighed i retsstaten	32
2. Den formålssammenlignende metode	35
3. Saglighed som alment ideal	37
B. Definitioner og termer	38
1. Myndighedsmoral eller legitimationsteknik	39
2. Vilje eller indhold som normativt sigte	41
3. Odiøse eller usaglige formål	43
4. Terminologiske variationer	45
C. Tre udviklingsforløb	46
1. Danmark	47
2. Frankrig	50
3. Norge	56
D. Forholdet til legalitetsprincippet	58
1. Magtfordrejning og legalitet	59
2. Legalitetsopfattelsen i den subjektive variant	61
3. Legalitetsopfattelsen i den objektive variant	63

Kapitel III

Teoretiske positioner	67
A. Introduktion	67
B. Begrebsopbygning	68
1. Klassisk magtfordrejning	68
2. Opgør med viljesteorien	74
3. Moderne hjemmelsorientering	78
4. Bearbejdet reprise	85
C. Kredsen af ulovlige formål	89
1. Negativ formålstypologi	90
2. Specialitetsprincipper	94
3. Kombinerede kriterier	99
D. Delopsamling	102
1. Teoriens underliggende valg	102
2. Begrebsobjektivering	104
3. Fast typologisering	106

Kapitel IV

Praktiske anvendelsesmuligheder	109
A. Introduktion	109
1. Prøvelsessprog	110
2. Prøvelsesintensitet	112
B. Kontrollens rækkevidde	114
1. En objektiv model	115
2. En subjektiv model	120
3. Bevisspørgsmål	129
C. Kredsen af ulovlige formål	132
1. Opblødning af grænser	132
2. Private formål	133
3. Politiske formål	137
4. Finansielle formål	144
5. Finansielle enkeltområder	149
D. Delopsamling	156
1. Teori i praksis	156
2. Nyttens af subjektivering	157
3. Stabil og dynamisk saglighed	158
4. Ombudsmandens særstilling	161

Kapitel V

Lovgivers bidrag	169
A. Introduktion	169
B. En indirekte generel virkning	170
1. Almene formålsangivelser	172
2. Enkeltbestemmelser	174
C. Sagsbehandlingslovgivning	177
1. Speciel inhabilitet	177
2. Dækkende begrundelse	181
D. En eventuel lovramme	184
1. Forskellige indgrebsmuligheder	185
2. Magtfordrejningsbegrebet som måske egnet	187

Kapitel VI

Afslutning	191
A. Rekapitulation	191
1. Subjektiv magtfordrejning	191
2. Dynamisk saglighed	192
B. Perspektivering	193
1. Udviklingen på tilgrænsende områder	193
2. Fremtidsudsigter	196

Litteraturfortegnelse	199
------------------------------	-----

Stikordsregister	211
-------------------------	-----

Anvendte forkortelser

FT		Folketingstidende
FOB		Folketingets Ombudsmands Beretning
NAT		Nordisk Administrativt Tidsskrift
NRt		Norsk Rettstidende
rec		Recueil Lebon
saml		Samling af EF-domstolens afgørelser
TfR		Tidsskrift for Retsvidenskab
UfR		Ugeskrift for Retsvæsen

Forord

Denne afhandling er udarbejdet som et led i en Ph.D.-uddannelse på Det Retsvidenskabelige Institut B, Københavns Universitet. Det offentlige forsvar af afhandlingen for den juridiske Ph.D.-grad fandt sted i november 1998.

Det følgende er en revideret udgave af afhandlingen. Jeg har søgt at gøre min fremstilling klarere og mere nuanceret på en del punkter. Hovedbudskaberne er ikke ændret. Der er medtaget materiale til og med maj 1999.

I løbet af Ph.D.-stipendiet har jeg modtaget bistand og vejledning fra Jens Kristiansen. Jeg takker for en samvittighedsfuld og solid indsats. Herudover er jeg i forbindelse med udarbejdelsen og revisionen af afhandlingen blevet inspireret af Henrik Zahle, Steen Rønsholdt og Erik Boe. Jeg sender også en varm tak til Marianne Nørregaard, som sammen med blandt andre Pernille Boye Koch og Thomas Elbæk-Jørgensen har bidraget med ideer og kritik.

Endelig skylder jeg Det Finneske Legat at sige tusind tak for økonomisk støtte til udgivelse af afhandlingen.

Michael Gøtze

Kapitel I

Indledning

Et begreb under forvandling

Forbudet mod offentlige myndigheders magtfordrejning har en lang historie bag sig og har som udgangspunkt været en betydningsfuld drivkraft i udviklingen af forskellige idealbilleder og saglighedskrav i den almindelige forvaltningsret. Reguleringen af magtfordrejning var oprindeligt helt sin egen, og selve begrebet indtog en næsten magisk særstilling i den retlige forestillingsverden. Meget har siden ændret sig, og magtfordrejningsbegrebet er ikke, hvad det har været. Den retlige stræben efter det lovlige og rigtige har fortsat stor aktualitet og praktisk betydning f.eks. i forbindelse med ansættelser og afskedigelser i den offentlige forvaltning men er ikke knyttet til en lære om magtfordrejning på samme måde som tidligere. Spørgsmålet er, om det er den rette vej at gå.

Selve ideen om magtfordrejning har sammen med dogmet om det frie skøn været en af de tykkeste grundpiller i forvaltningsrettens intellektuelle fundament. Der er tale om et kontroversielt grundbegreb. Det hører hjemme i de situationer, hvor offentlige myndigheder må forholde sig til en lovbestemmelse, der er udformet så ufuldstændigt, at den fordrer en supplerende retsdannelse uden for lovteksten. Arten og kredsen af de udfyldende formål, som legitimt kan forfølges på dette grundlag, begrænses af magtfordrejningsreglen. Det er en regel, der med andre ord virker for en udstødelse af usaglige formål.

Hvorfor *magtfordrejning*?

Mit valg af emne har været begrundet i en almen forskningsmæssig interesse for retsdannelse og -udvikling. Læren om det ulovlige formål har for mig været en god illustration af, hvordan en uskreven retsgrundsætning tager form og udsættes for forskellige påvirkninger fra teori, praksis og lovgivning. Et andet incitament for mig til at tage emnet op har været et behov for en retlig nuancering af, at saglighed er en af de kilder til legitimitet, som forvaltningen allermost orienterer sig efter i sin virksomhed. Endelig har emnet helt konkret udfordret mig i kraft af sine mange dobbeltheder. Der er f.eks. rent terminologisk noget forvirrende i, at magtfordrejning kan bruges både som klichéagtigt slagord for det uønskede og som fagspecifik betegnelse for en kompliceret retsgrundsætning. Begrebet har med sine mange lag og forvandlinger trængt til afklaring.

I.A. Emneafgrænsning

Magtfordrejningsbegrebets abstrakte budskab er, at forvaltningsmyndigheder er forpligtet til at varetage saglige *almennyttige* interesser. En af begrebets første konkrete manifestationer er forbudet mod administrativ varetagelse af *egennyttige* formål. Udgangspunktet for teoriudviklingen har været at dæmme op for bevidste misbrug af eksekutive beføjelser samtidig med, at begrebet på sin vis har været med til at bestyrke forvaltningens udøvelse af magt. I praksis har begrebet dog vundet indpas på et bredere felt end forventet, og prøvelsesmyndighederne har også i andre henseender fraveget den kurs, som i første omgang blev udstukket. Det er generelt kendetegnende for begrebets teoretiske og praktiske anvendelse, at der har været tale om en betydelig udvikling. Det er dette forløb og dets implikationer, som er afhandlingens emne.

En almindelig magtfordrejningslære

Min behandling af magtfordrejningsbegrebet har forvaltningsrettens regler om skønsudøvelse som sin indgang. Disse regler og principper er *uskrævn*e og luftige i den forstand, at de ikke er nedfældede eller formaliserede i almindelige love. Det betyder imidlertid ikke, at de ikke har et skriftligt udtryk. Tværtimod er der en voluminøs teori og praksis til illustration af reglerne og principperne.

Afhandlingens emne falder altså inden for den *almindelige* forvaltningsret, som er en uskarp samlebetegnelse for de regler og retlige problemer, som er fælles for hele eller dog en overvejende del af den offentlige forvaltning.¹⁾ Betegnelsen den almindelige forvaltningsret er doktrinen opfindelse, og den går tilbage til fagets videnskabelige gennembrud i begyndelsen af dette århundrede. Selv om der i lyset af de skete forandringer i forvaltningen og i reguleringen heraf kan stilles spørgsmål ved den fortsatte berettigelse af en generaliserende fremstilling af forvaltningsretten, anlægger jeg i afhandlingen et almindeligt perspektiv på magtfordrejningsprincippet. Der er tale om et af de mest markante eksempler på en retsgrundsætning af præsumptiv interesse for alle offentlige myndigheder og for alle administrative ressortområder. Perspektivet betyder, at grundsætningens anvendelse på *specielle* retsområder f.eks. socialretten og miljøretten ikke undersøges nærmere, og at grundsætningens nærmere forhold til f.eks. reglerne om kommunalfuldmagten ikke belyses i denne afhandling.

Administration kontra borger

Indfaldsvinklen i litteraturens fremstilling af den almindelige forvaltningsret har været forholdet mellem den enkelte borger og administrationen, og offentligrettens opgave har været set som at *afskærme* borgeren mod øvrighedens indgreb i den private sfære. Forestillinger af den art er også indbygget i læren om borgerens krav på saglige forvaltningsafgørelser. Helt overset i teorien er derimod forvaltningens behov for en saglig og lødig behandling fra borger side.

1. Se f.eks. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 25 og 27.

Problemstillingen er dog naturligvis her en helt anden, idet borgerne ikke har direkte beslutningskompetence over for øvrigheden. Det er som et kuriosum blevet sagt, at en subjektiv version af læren om magtfordrejning vil kunne indebære en fare for chikanøse processer *mod* forvaltningen.²⁾ En sådan version kan måske åbne op for, at *alle* administrative hensigter drages i tvivl. Denne betragtning har ikke været relevant i dansk ret, da en subjektiv regel ikke for alvor synes at være slået igennem i retspraksis. Et centralt udviklingstræk er netop en *objektivering* af magtfordrejningsreglen. Karakteren og perspektiverne heraf vil bl.a. blive analyseret og vurderet i afhandlingen.

Magtfordrejning og skøn

I nyere teori er magtfordrejningslæren placeret i den materielle del af den almindelige forvaltningsret, hvormed der først og fremmest forstås reglerne om hjemmel. I en beskrivelse af disse regler er det de ulovfæstede principper om udfyldende og fortolkende forvaltningsvirksomhed, der dominerer. Et upræcist eller tomt hjemmelsgrundlag, f.eks. en bestemmelse der ikke siger andet end, at en myndighed *kan* træffe afgørelse om dette eller hint, er udtryk for en latent delegation af magt til forvaltningen. Det bliver forvaltningen selv, der må komplettere bestemmelsen og finde frem til et resultat i det individuelle tilfælde. En "kan"-bestemmelse er så abstrakt, at den må udfyldes, og det må bero på et skøn, om et konkret tilfælde kan henføres under bestemmelsen.

Det typiske skøn udgør altså en retlig *nultekst*, som forudsætter en kreativ indsats fra forvaltningens side, men en indsats og retlig præstation, som ikke kan sprænge de rammer, som sættes af magtfordrejningsfiguren og andre udfyldningsteknikker. Hvor nulteksten er den udløsende faktor for den administrative optræden, skabt af lovgiver, udgør disse supplerende rammer en medfølgende instruktion, som produceres af teori og praksis.³⁾ Udøvelsen af skøn er en retlig opgave, som i særlig grad kræver aktørens nærvær og indlevelse.

Den materielle forvaltningsret har til formål at besvare spørgsmålet om hvilke saglige omstændigheder eller kriterier, som den udøvende magt kan og skal lægge vægt på i forbindelse med retlige nultekster. Det retlige grundlag for det, eller undertiden de, lovlige og rigtige svar er ikke på forhånd præciseret men må udledes eller konstrueres på baggrund af *flere* faktorer f.eks. lovforarbejder, præjudikater eller interne regler. Hertil kommer så den mere fritstående lære om magtfordrejning, som er en ofte påberåbt regulator af forvaltningens skøn. I afhandlingen behandles magtfordrejning som tæt forbundet med lanceringen af det frie skøn, selv om det også nævnes, at den klassiske opbygning af skønnet som forudsætning for magtfordrejningslærens anvendelse er under opløsning i praksis. En diskussion af selve skønsebegrebet er ikke afhandlingens sigte.

2. Se Ragnar Knoph (1921) p. 87. Se for lignende tanker på inhabilitetsområdet V.C.1.

3. Se for nyere praksis f.eks. FOB 94.56 og U 97.827 H.

Udvalgte grænseflader

Afhandlingen tager magtfordrejningslærens afgrænsning over for udvalgte andre principper og regler i den almindelige forvaltningsret op til nærmere overvejelse. Grænsefladespørgsmålet er efter min mening i almindelighed interessant og kan bl.a. være med til at fremme forståelsen af de enkelte regler.

I det følgende kan man finde refleksioner om magtfordrejningsfigurens placering og position som et materielt krav og om dens berøringsflade over for forskellige krav til den procedure, som administrative afgørelser skal træffes på grundlag af. Mest udførligt behandles magtfordrejningsgrundsætningens afgrænsning over for *legalitetsprincippet*, altså princippet om, at forvaltningen kun kan træffe afgørelser med hjemmel i lov eller anden anerkendt retskilde. Legalitetsprincippet er det mest grundlæggende af forvaltningsrettens saglighedskrav, og udviklingen i magtfordrejningsbegrebets status over for det almindelige krav om lovmæssighed beskrives og diskuteres i kapitel II.

Forholdet mellem magtfordrejning og *inhabilitets-* og *begrundelsesregler* er desuden medtaget i gennemgangen af lovens betydning i kapitel V. Der spørges her bl.a. til, om behovet for en markant magtfordrejningslære kan antages at glide i baggrunden i og med, at kravene til administrativ sagsbehandling tydeliggøres og strammes.

Berøringsfladen mellem magtfordrejning og usaglig forskelsbehandling eller lighedsgrundsætningen analyseres derimod ikke.⁴⁾ En behandling af forbudet mod procedurefordrejning og af proportionalitetsprincippet falder uden for, ligesom forholdet mellem magtfordrejningsgrundsætningen og adgangen til at forsyne afgørelser med vilkår er udgrænset.⁵⁾

Relevansspørgsmålet

Endelig er det en vigtig præcisering, at læren om magtfordrejning belyses for så vidt angår fastlæggelsen af kredsen af lovlige kriterier. Afhandlingen vedrører reglerne om skønnets *ydre* grænse eller spørgsmålet om kriteriers *relevans*, som er lærens traditionelle virkningsfelt. Over for reglerne om fastlæggelse af kredsen af lovlige kriterier står forskellige regler om skønnets *indre* grænse. Der gælder retlige krav til den *afvejning*, som forvaltningen må foretage af forskellige saglige formål. På dette senere stadie i skønsudøvelsen kan magtfordrejningstankegangen også have en vis betydning, idet f.eks. en overvægt til saglige formål, eller en

4. For en behandling heraf se f.eks. Carl Aage Nørgaard (1965) p. 19, Ole Krarup (1969) p. 128 ff., Karsten Revsbech (1992) p. 69 ff. og Ole Spiermann (1995) p. 418 ff.

5. For en behandling heraf se henholdsvis f.eks. René Chapus (1990) p. 722 f., Jens Garde m.fl. (1997) p. 220 f. og Bent Christensen (1994) p. 209.

undladelse af at iagttage et sagligt formål ved helhedsvurderingen, f.eks. også vil være afarter af magtfordrejning. Jeg beskæftiger mig dog ikke nærmere med afvejningsproblematikken.⁶⁾

I.A.1. Betoning af den subjektive side

Udover disse samspilsspørgsmål drejer afhandlingen sig om to hovedtemaer, nemlig magtfordrejningslærens forvandling som normkonstruktion og som værn mod bestemte formålskategorier. En almindelig forklaring på forvandlingens *intensitet* kan findes i den enkle kendsgerning, at ideen om retlinet udnyttelse af diskretionære beføjelser ikke er udklækket og formet i en nordisk kontekst men har sin oprindelige base i fransk retstænkning. Det er herfra, at det i begyndelsen af dette århundrede er blevet hentet hjem til bl.a. Danmark og Norge.

Det komparative perspektiv gør det klart, at en grænseoverskridende overførsel af juridisk tankevirksomhed på magtfordrejningsområdet er en refleksion af et generelt behov i en eller anden form for retlige formuleringer af *skranker* for forvaltningens magt. Et krav om forsvarlig myndighedsudøvelse er en logisk og naturlig komponent i forvaltningsretlige teories modtræk over for en stigende koncentration af administrativ kompetence, det være sig for så vidt både i nationalt og supranationalt regi. Den geografiske udbredelse vidner i sig selv om stor omstillingsevne og om *fleksibilitet*.

Det er herudover en rød tråd i afhandlingen, at fleksibiliteten består i, at figuren stadig kan være af betydning som juridisk regel, og det vel at mærke med et *subjektivt* sigte. En subjektiv magtfordrejningslære går for mig at se dybere og mere præventivt ind i forvaltningens tankemønstre end en objektiv anvendelse. Min grundtanke er, at værdien af en regel om subjektiv magtfordrejning ikke går tabt, fordi den ideologiske og faktiske sammenhæng, som figuren er konstrueret til at operere inden for, ændrer sig. Figuren kan og *bør* efter min opfattelse fastholdes som et selvstændigt prøvelses- og sanktionsgrundlag på trods af såvel praktiske retshåndhævelsesvanskeligheder som teoretiske nyorienteringer.

Sondringen mellem en subjektiv og objektiv begrebsanvendelse er central, men dog i sig selv ret uafklaret, i den danske debat om magtfordrejning. Sondringen omtales derfor bl.a. i en indledende begrebsafklaring i kapitel II.B.

I.A.2. En variabel kreds af uønskede formål

Ud over spørgsmålet om den subjektive hensigt som magtfordrejningslærens normative sigte tager afhandlingen altså kredsen af uvedkommende formål op. Det

6. Magtfordrejningslærens refleksvirkninger på afvejningen er i dansk ret bl.a. behandlet af Ellen Margrethe Basse (1987) p. 188 f. Jf. også f.eks. Bent Christensen (1997) p. 179. Se for nyere praksis om vægtingen af formål f.eks. U 92.227 II og FOB 97.323.

er et vigtigt spørgsmål, som på mange måder er lettere at have med at gøre end objektiviseringstendensen, og den hermed forbundne vurdering af betydningen af en subjektiv norm. Kredsen af formål er ud fra en almindelig retsdogmatisk synsvinkel meget velbeskrevet. Det er således i de fleste nyere fremstillinger af magtfordrejning en nøje og meget anvendelig beskrivelse af typer af usaglig og eventuelt saglig interessepåvirkning, som er hovedsagen. En diskussion af formålstyperne og udviklingsperspektivet har man imidlertid savnet.

De negative dele af disse beskrivelser har *fastholdt* den klassiske stigmatisering af bestemte private og offentlige formålskategorier som sit teoretiske underlag samtidig med, at en higen efter et subjektivt magtfordrejningsbegreb er *udgået* af hovedparten af nyere magtfordrejningsværker. Afhandlingens hovedspørgsmål tager, som det ses, netop afsæt i denne begrebsmæssige dobbelthed.

Min vurdering af navnlig retspraksis munder ud i, at læren om usaglige hensyn har vist sig stabil i relation til en kerne af uetiske og selvfikserede formål, men at der er en tendens for så vidt angår sagligheden af visse som udgangspunkt moralsk acceptable og almennyttige formål til at anlægge en lempeligere bedømmelse end tidligere. Et af de formål, som i den forbindelse underkastes et indgående studie, er det samfundsøkonomiske. Der er meget, der her peger i retning af, at offentlige myndigheder har fået større bevægelsesfrihed. Dette eksempel bruges til at understøtte min grundtanke om, at saglighed som begreb ikke har et fast indhold men er en dynamisk størrelse.

I.B. Sigte og fokus

Mit sigte har i første omgang været det analytiske og beskrivende men har altså ført det vurderende og retspolitiske med sig. Afhandlingens hovedformål at altså gentænke og genoverveje af magtfordrejningslærens aktuelle og potentielle betydning for den almindelige forvaltningsret. Mere konkret sigter undersøgelsen mod at afprøve og nuancere følgende forforståelser.

Arbejdet med emnet udspringer primært af en hurtigt formet forhåndsantagelse om, at der er sket mange forandringer og navnlig om, at en af de disse er en markant omstilling af magtfordrejningsbegrebets normative sigte. Fornemmelsen af forandring har især været knyttet til det teoretiske forløb, og den såkaldte omstillingsproblematik vedrører afhandlingens første hovedtema, som især bliver taget op i kapitel III. Omstillingen er min karakteristik af bevægelsen væk fra den subjektive lære om det ulovlige formål.

Herudover er det i løbet af bearbejdelsen af emnet blevet et selvstændigt formål at påvise og vurdere forskydninger og udviklingstendenser i den typiske kreds af hensigter eller hensyn, som magtfordrejningsgrundsætningen i begyndelsen især var et værn imod, nemlig private, politiske og finansielle formål. Dette andet hovedtema behandles især i kapitel IV. Det er her de store linier, der søges

indfanget, og retsudvikling og -tilstand anskues i et slags fugleperspektiv. Med hensyn til dette hovedtema har jeg haft ikke klare forhåndsforventninger, men min søgen har først og fremmest været styret af et behov for en bedre indsigt i den traditionelle typologi over magtfordrejningsformer.

Et retligt udgangspunkt

Udgangspunktet for min bearbejdelse af magtfordrejning er retligt og ikke faktisk. Min analyse handler om magtfordrejning som begreb, ikke som fænomen. Bogens altdominerende fokus er *retlige* regler og tankegange af betydning for lovligheden af supplerende formål. Det ligger uden for afhandlingen at afdække det reelle omfang af selve fænomenet magtfordrejning i den offentlige administration; en afdækning, som altid vil være vanskelig. Mit mål er at undersøge de briller, som navnlig teoretikere og retlige efterprøvere tager på i magtfordrejningssager, og ikke det, som er på den anden side af glassene, så som foreteelsens *faktiske* forekomst.

Der ligger her en traditionel, men ikke artikulere, begrænsning af emnet. Uden en empirisk præcisering bliver det vanskeligt at sige noget kvalificeret om, hvad behovet for en retlig inddæmning af fænomenet magtfordrejning er.⁷⁾ Det er altså retsanvenderne selv, der definerer, hvilken adfærd fra forvaltningens side, der udgør en magtfordrejning. Et udsagn om hyppigheden af magtfordrejning er i første omgang afhængig af, at fænomenet opdages, eller dog med en vis sikkerhed materialiserer sig i de stikprøver, der når frem til kontrolinstansernes bord. Der findes ingen eksakte beregninger af omfang og art, og der er ikke fremsat bud på, hvad opklaringsprocenten må antages at være på dette område.⁸⁾

Den er efter min vurdering formentlig lav bl.a. i betragtning af, at forvaltningen træffer et hav af afgørelser, og af, at det kun er en lille del heraf, som forelægges for prøvelsesmyndigheder. Hertil kommer, at det i de sager, hvor magtfordrejning påberåbes eller undersøges, ofte er vanskeligt at *bevise* usaglige elementer i den pågældende skønsmæssige afgørelses indhold.

Disse bevisvanskeligheder er dog for mig at se ikke uoverkommelige og er f.eks. ikke ukendte led i prøvelsen af *andre* former for umiddelbart vanskelig identificérbare motivationskæder f.eks. strafferetligt forsæt. Den retlige efterprøver kan efter min opfattelse vælge selv at konstruere eller dog at oparbejde forskellige formodningsregler og typiske sammenhænge. Spørgsmålet om bevis er ikke en af afhandlingens hovedtemaer, men det berøres dog i kapitel IV.B.3.

7. Teoriens afsæt er ikke desto mindre et postulat om, at den foreteelse, som magtfordrejning dækker, "har vid Udbredelse i alle Landes Forvaltning" jf. Poul Andersen (1965) p. 364.

8. Se for en undersøgelse af forskellige former for korruption i forskellige lande (som altså ikke omfatter magtfordrejning) det årlige korruptionsindeks offentliggjort bl.a. i Politiken 1/8-1997. Danmark er i følge denne liste et af de mindst korrumpere lande.

En antagelse om en relativ høj usaglighedsfrekvens, om et toppen-af-isbjerget syndrom, omend for så vidt angår de uopdagede tilfælde formentlig kun sjældent grove og ondsindede misbrug, taler i sig selv for at granske og genoverveje magtfordrejningsbegrebet meget nøje.

Omfanget og arten af eksterne prøvelsessager om magtfordrejningsrelaterede tilfælde kan give et vist men bearbejdet indtryk af fænomenets udbredelse og karakter, men man kan ikke uden videre slutte fra f.eks. en nedgang i antallet af magtfordrejningsstatueringer til en nedgang i forvaltningens tilbøjelighed til at begå denne forseelse. Det kan f.eks. være, at forvaltningen generelt, eller på et bestemt område, er blevet bedre til at maskere usaglige indslag i sine afgørelser, eller omvendt at prøvelsesmyndighederne er blevet mindre villige til at statuere magtfordrejning og/eller måske hellere anvender andre reaktionsmuligheder.

Retlige grundværdier

De forskellige retlige teorier om forvaltningens uvedkommende formål ses som vidnesbyrd om bestemte modforestillinger over for forvaltningens tilbøjelighed til at favorisere sig selv eller lade sig friste af andre uvedkommende interesser. Den retlige regulering udtrykker i sig selv en forventning om fænomenets omfang og art. Magtfordrejningsreglen anskues altså som en værdimættet størrelse, hvis oprindelige retsstatslige indhold uddybes i kapitel II.A. En diskussion af magtfordrejningsbegrebet i en velfærdsstatslig sammenhæng er ikke medtaget.

I.C. Problemstillinger

Afhandlingen ønsker som udgangspunkt at besvare det helt brede spørgsmål, om der er sket en udvikling i forståelsen og anvendelse læren om usaglige hensyn. Det svares der ja til, og det bliver herefter vigtigt at tage stilling til, hvilke årsager og konsekvenser de forskellige udviklingslinier må antages at have.

For så vidt angår den nævnte *omstilling* af reglens normative sigte, spørges der i afhandlingen til, om det overhovedet er et problem, og i bekræftende fald hvad omstillingens implikationer er? Det sidste er hovedproblemet med hensyn til dette tema. Afhandlingen problematiserer ikke selve sondringen mellem subjektiv og objektiv magtfordrejning men søger at explicitere, hvad sondringen går ud på, hvad den beror på, og hvad den indebærer.

Der redegøres i afhandlingen som led i et svar herpå for de hovedpositioner, som forvaltningsretslitteraturen har indtaget til valget mellem en subjektiv og en objektiv prøvelse. En nærmere påvisning af de enkelte teoris overensstemmelse med retspraksis er ikke mit ærinde, idet hovedsigtet er at fokusere på fordele og ulemper ved de forskellige modeller. Analysen af *praksis* tager også spørgsmålet om en subjektiv eller objektiv regel op til overvejelse, og det sker i forbindelse med en drøftelse af udvalgte eksempler på inddragelse af uvedkommende formål.

Spørgsmålet om *ændringen* af kredsen af usaglige formål er gået langt mere upåagtet hen end objektiveringstendensen. Det er som nævnt den klassiske lære om magtfordrejning, der først har omsat prøvelsesmyndighedernes kritik af konkrete formål til typologier eller kataloger over forbudte interesser. Indholdet i den klassiske formålstypologi udforskes. Den valgte hovedproblemstilling går her på, om der er sket en udvikling, og navnlig om udviklingen har resulteret i større eller mindre bevægelsesfrihed for forvaltningen på typeområderne. Er der i praksis tegn på udvidelser eller (yderligere) begrænsninger af den skønsfrihed, som forbudet mod uforsvarlige formål oprindeligt var møntet på? Og er eventuelle ændringer i den retlige bedømmelse af kredsen af formål ønskelige?

Forholdet mellem lov og uskreven ret

I kapitlet om betydningen af lovgivning er magtfordrejning som emne vinklet på en ny måde. Der sættes spørgsmålstegn ved den almindelige *udelukkelse* af loven fra mængden af kilder til fastlæggelse af magtfordrejningsbegrebets indhold; en udelukkelse, som hører til de gængse antagelser om emnet. Jeg ønsker her at problematisere, om en manglende generel lovramme om begrebet helt afskærer lovgiver fra indflydelse på indholdet af begrebet. Dette er for så vidt en biproblemstilling i forhold til afhandlingens to hovedspørgsmål. Der rejses dog i forlængelse af denne diskussion det konkrete spørgsmål, om der er på baggrund af en række loveksempler kan udledes en almen retsdannelse i relation til visse former for *finansielle* hensyn. Er en indirekte påvirkning af kredsen af formål her ved at vokse frem? Hermed knyttes diskussionen af lovens betydning an til afhandlingens gennemgående interesse for kredsen af ulovlige formål.

I.D. Metode og retskilder

Afhandlingens hovedtemaer behandles på baggrund af en analyse af teori, praksis og lovgivning. Undersøgelsen af disse kilder føres op til nutiden og omfatter et tidsrum på ca. et århundrede. Afhandlingen består groft sagt af en begrebsteoretisk analyse suppleret med en behandling af udvalgte praktiske spørgsmål.

Undersøgelsen er udarbejdet med det systematiserende tilsnit for øje, som undertiden nævnes som kendetegnende for en retsvidenskabelig fremgangsmåde.⁹⁾ En systematisering, der skal skabe *overblik* over et langt forløb. Der er dog mange måder, hvorpå et sådant overblik kan skabes og formidles.

Mit valg af metode har taget sit udgangspunkt i en retskildeorienteret tilgang til emnet. Dette er for så vidt den hævdvundne struktur i juridiske redegørelser for gældende ret bortset fra, at loven normalt placeres i spidsen for gennemgangen af en regels indhold og grundlag. Årsagen til, at loven er anbragt til sidst, er, at læren om ulovlige formål (endnu) ikke er ophøjet til lov.

9. Se f.eks. Preben Stuer Lauridsen (1992) p. 100.

I.D.1. Inspiration fra andre retssystemer

Til støtte for analysen og diskussionen af magtfordrejningsgrundsætningens fremvækst og konsolidering i dansk forvaltningsret trækker fremstillingen veksler på fremmedretlige erfaringer og indsigter. Afhandlingen har som udbygning på det diakronistiske hovedperspektiv en *komparativ* dimension, som først og fremmest omfatter oversigter over fransk og norsk ret.

En skelen til den oprindelige franske referenceramme giver i nærværende sammenhæng sig selv, idet den traditionelle konstruktion af forvaltningens pligt til at se bort fra egennyttige og andre dadelværdige intentioner er rodfæstet i fransk retsdogmatik og forvaltningskultur. Magtfordrejning er en oversættelse af den franske term "détournement de pouvoir" og er som sådan et kunstord.

Hvad angår valget af norsk magtfordrejningstænkning, er dette også oplagt og nærliggende, omend mere af praktiske end af evolutionære grunde. Det er således en høj grad af lighed mellem dansk og norsk jura på dette forvaltningsretlige kerneområde, og der er ydermere flere interessante indspil til læren om ubeføjede administrative interesser i nyere norsk retslitteratur; indspil, som til og med er direkte rettet mod nogle af de danske diskussioner.

Bortset fra et præsenterede afsnit om fransk og norsk magtfordrejningstænkning er brugen af de fremmedretlige diskussioner indarbejdet i afhandlingen. Jeg har i mine problematiseringer og pointer hentet megen inspiration fra udenlandsk ret. Min skildring af dansk teoriudvikling som uhyre *polariseret* er f.eks. opstået som et led i sammenligningen med de franske og norske udviklingsforløb.

Magtfordrejningsbegrebets stilling som traktatmæssigt inventar i EU-retten strejfes i kapitel VI, men en egentlig analyse af EU-magtfordrejning er udskilt fra denne afhandling. Der er også andre nationale retssystemer, som kunne sætte de danske erfaringer i relief. Navnlig tysk forvaltningsret men måske også engelsk og svensk ret. Det har dog af praktiske grunde været nødvendigt at foretage et udvalg.

I.D.2. En trinvis undersøgelse af retskilder

Min analyse har i kapitlerne III-V retskildegrundlaget som sin hovedstruktur. Som antydnet i disse kapitlers titler består afhandlingens danske materiale af følgende fire teksttyper: retslitteratur, domme, ombudsmandsudtalelser og lovgivning. Rækkefølgen har som udgangspunkt til formål at understøtte det dynamiske perspektiv i den forstand, at den afspejler kronologien i kildeforekomsten. De første doktrinære bidrag ligger før de første principielle domme og ombudsmandssager, og de loveksemples, som her er af interesse, er af nyere dato.

Et fremstillingsmæssigt alternativ havde været at behandle udviklingen i begrebets normative sigte og kredsen af ulovlige formål i en samlet form med en *integreret* brug af de relevante retskilder på hver af disse to områder. Den successive

afskalning har udover at betone udviklingsperspektivet dog haft den praktiske fordel, at den har bidraget til at strukturere arbejdet. Mit valg af form beror desuden på et ønske om at få de mange teoretiske aflejringer klart frem i lyset og om at synliggøre lovens betydning for magtfordrejningsbegrebet.

Afhandlingens interesse for magtfordrejningsteoriene skyldes som udgangspunkt en vis fascination af teoretisk fordybelse i et forvaltningsretligt grundbegreb.¹⁰⁾ Noget andet er, at doktrinen indvirkning på retlige beslutningstagere efter min vurdering ikke skal undervurderes.

Teoretiske positioner

I den almindelige retslære finder man kilden til besvarelse af spørgsmålet om doktrinen som retskilde i doktrinen selv. Den ulovfæstede retskildelære er i sit skriftlige udtryk selv et produkt af retslitteraturen samtidig med, at det er i retskildelæren, der findes anvisninger på, hvilken rolle den juridiske teori spiller som retskilde. Forholdet mellem doktrinen og retskildelæren er dobbelt,¹¹⁾ og spørgsmålet om teoriens rolle er således et spørgsmål om selvopfattelse.

Doktrinen som retskilde er dog ikke velbelyst i dansk ret. Der findes ingen større analyser af emnet i retskildeteorien men efterhånden dog en del spredte ideer, som bl.a. viser, at der kan tages forskellige udgangspunkter. Disse kan lidt forenklet opdeles på følgende måde.

I den eksisterende "teori om teorien" tages der ofte et *formelt* udgangspunkt. Der fokuseres på, om doktrinen er bindende eller opleves som forpligtende for den retlige beslutningstager, og her traditionelt dommeren. Den traditionelle antagelse er herefter, at doktrinen ikke er en (fuldgyldig) retskilde. Teoriens selvforståelse kan generelt siges at være præget af stor beskedenhed eller måske af et ønske om at underspille sin indflydelse på og sit ansvar for retsdannelsen. Der er dog også fortalere for andre og mere nuancerede svar, f.eks. for en klassifikation af doktrinen som en "uegentlig" retskilde eller "kan-faktor".¹²⁾

En anden indgang til spørgsmålet om doktrinen som retskilde er den *normative*, hvor det afgørende ikke er, om en teoretisk praksis låser retsanvenderen i større eller

10. Det er blevet påpeget af Peter Blume (1998) p. 115 i en anmeldelse af Carsten Henrichsen (1997), at der er fornyet interesse for den retsteoretiske forvaltningsret. Et andet markant forvaltningsretligt teoristudie af nyere dato er Karsten Revsbech (1992).

11. Jf. Ruth Nielsen (1989) p. 140. Det begrundes ikke af Mogens Heide-Jørgensen (1993) p. 21, hvorfor man ikke kan lovgive om retskildelæren. Et formaliseret retskildesystem for domstolsprøvelsen findes i Statut for den Mellemlandlige Domstol jf. artikel 38.

12. Teorien er ikke behandlet i kapitlet om retskilder hos Alf Ross (1953) p. 90 ff., og eksklusionen er implicit. Se også f.eks. Peter Blume (1985) p. 118 ff., Svend Gram Jensen (1989) p. 98, W.E. von Eyben (1991) p. 169 ff. og Jens Evald (1997) p. 52 f.

mindre grad, men om teorien i kraft af f.eks. sin videnskabelige kvalitet eller autoritet *bør* indgå i mængden af kilder til ret. En hierarkisering af forskellige teoretiske fremtrædelsesformer er her noget savnet. I en formel afvisning af doktrinen berettigelse som retskilde kan der i øvrigt implicit ligge en normativ vurdering. Det kan svække værdien af en teoretisk fremstilling, at der f.eks. er tvivl om dens objektivitet over for det materiale, som beskrives.¹³⁾

Et tredje udgangspunkt er det *faktiske*, hvor det centrale er doktrinen empiriske og kvalitative påvirkningskraft. En reaktion mod den retskildeteoretiske tradition i dansk ret er anfægtelsen af selve spørgsmålet om doktrinen er en retskilde og pointeringen af, at doktrinen *er* retten og som sådan den uundgåelige vej til forståelse af retsordenen og reglerne for dens beskrivelse. Der er mange udtalelser om teoriens rolle, som synes at bygge på et faktisk udgangspunkt, men der er langt fra tale om en sammenhængende bevægelse.¹⁴⁾

Generelt tager denne afhandling i sin retskildeanvendelse et faktisk udgangspunkt og behandler altså f.eks. doktrinen som en retskilde af stor faktisk betydning. I den forbindelse er jeg af den opfattelse, at det er på områder, hvor de øvrige retskilder ikke er udviklede enten i form eller indhold, at doktrinen selvstændigt kan bidrage og skabe. Det gælder f.eks. på et så åbent og flydende reguleringsfelt som det her behandlede, hvor lovgiver har afholdt sig fra at yde et generelt indspil, og hvor også navnlig domstolene været vage i sine udmeldninger om, hvordan forvaltningens magtfordrejning skal håndteres.

For så vidt angår den specifikke magtfordrejningsteori har den gjort et stort forberedende arbejde og har været initiativtager til en eksplicit retsdannelse. Begrebet magtfordrejning er dog over tid blevet til i et samspil mellem teori og praksis. Begrebets videnskabelige fader er Poul Andersen, hvis tænkning i mine øjne repræsenterer en slags uautoriserede forarbejder.

Fravalg af forholdets natur

I retslæren behandles doktrinen og *forholdets natur* undertiden som forbundne.¹⁵⁾ Man kunne således med en vis føje overveje at sætte fokus på betydningen af den sidstnævnte retskilde, hvad der mere konkret også støttes af, at Poul Andersens argumentation til støtte for en magtfordrejningslære i hvert fald implicit havde

13. Se om sådanne indvendinger mod værdien af Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) Henrik Zahle (1995b) p. 375. Jf. også Karsten Revsbech UfR 1994B.462. I svensk teori er der mere generelt blevet sat fokus på doktrinen manglende demokratiske legitimitet se bl.a. Jan Kleineman (1995) p. 624 ff. og Hans Gunnar Axberger (1996) p. 24 ff.

14. Ideen om doktrin = ret lanceres i Preben Stuer Lauridsen (1977) p. 375, der dog falder tilbage på formelle kriterier i (1992) p. 169. Se også f.eks. Morten Wegener (1994) p. 137 og for en tilgang til EU-doktrin som integrativ faktor Henrik Zahle (1995a) p. 89 f.

15. Se f.eks. Morten Wegener (1994) p. 138 f. og Jens Evald (1997) p. 52.

forholdets natur som een af sine kilder. I nyere tid er der ligeledes antydninger af lærens "naturlige" karakter, og det er f.eks. blevet anført, at læren har præg af originær ret.¹⁶⁾ Såvel domspræmisser som domskommentarer taler også om, at der er formål, som det ikke naturligt påhviler forvaltningen at forfølge jf. f.eks. U 25.906 H og TfR 31.100 om U 29.452 H. Forholdets natur er en meget diffus størrelse, når den f.eks. separeres fra doktrinen. Den belyses ikke yderligere her.

Praktiske anvendelsesmuligheder

Den eksterne kontrol med forvaltningen udøves af Folketingets Ombudsmand og de almindelige domstole, og den praksis, som de producerer i den forbindelse, udgør det eksemplariske grundlag for min diskussion af magtfordrejningsbegrebets praktiske anvendelsesmuligheder. Det kan indledningsvis nævnes, at det er studiet af doktrinen, som har været katalysator for udarbejdelsen af denne afhandling, og at min læsning af retspraksis uundgåeligt er blevet farvet af litteraturen.

Generelt er retskildeværdien af domspraksis blevet undergivet en meget udførlig behandling i retsteorien, og det er netop dommeren, der traditionelt her har været det dominerende omdrejningspunkt. Det følgende vedrører kun enkelte aspekter af domspraksis som retskilde i den almindelige forvaltningsret.

Set fra et sagsbehandlersynspunkt er eksponeringen af domspraksis noget overdreven og misvisende, fordi behovet for en forudsigelse af domstolenes bedømmelse af en sag generelt er langt mindre end behovet for en forudsigelse af f.eks. ombudsmandens opfattelse.

Det er kun en lille del af forvaltningens enkeltafgørelser, der bliver synet af de almindelige domstole. Der er i senere årgange af UfR optaget 10-15 domme årligt om almindelige forvaltningsretlige emner.¹⁷⁾ Med meget få stikprøver bliver det ekstra vigtigt, at domstolene sender *klare* signaler. Ombudsmanden er sin forvaltningskontrol i talmæssig henseende langt foran domstolene jf. statistikken i f.eks. FOB 97.44. Hertil kommer, at Folketingets Ombudsmand i form af en forventning om god forvaltningsskik råder over en supplerende målestok, som slet ikke indgår i domstolenes bedømmelsesgrundlag. En fuldstændig retskildeanalyse af ombudsmandens udtalelser er til trods herfor endnu ikke foretaget.

Der henvises i de foreliggende ombudsmandsbeskrivelser først og fremmest til, at ombudsmandsinstitutionen ikke råder over formelle sanktionsmuligheder.¹⁸⁾ Mange tillægger derfor udtalelsspraksis en anden og *lavere* retskildeværdi end

16. Se henholdsvis Ole Krarup (1969) p. 191 og 121 og Jens Garde m.fl. (1997) p. 99

17. Se antal af forvaltningsretlige domme Jens Garde m.fl. (1989) p. 151 og Bent Christensen (1994) p. 19. Den eneste egentlige optælling er Bent Christensen UfR 1976B.110 ff.

18. Se f.eks. Jens Garde m.fl. (1997) p. 431 f. og W.E. von Eyben (1991) p. 220 ff.

domstolspraksis, som har en mere retlig karakter.¹⁹⁾ Selv om det er vigtigt, at institutionens hovedopgave er at danne sig opfattelser af sager, og ikke at fælde domme, betinger det ikke i sig selv en nedskrevet retskildeværdi i faktisk forstand.

Udtalelsernes karakter af "soft law" opvejes efter min opfattelse af bl.a. argumentationstekniske fordele frem for meget summariske domspræmisser, og udtalelsernes større fylde og nuancerighed, herunder en meget tydelig brug af teoretiske grundlag, kan øge deres overbevisnings- og gennemslagskraft.

Ombudsmandens reaktionsform er dog ikke det eneste grundlag for en distinktion mellem ombudsmands- og domstolspraksis. Der kan herudover f.eks. peges på, at ombudsmanden står i et personligt afhængighedsforhold til Folketinget og at han (eller måske engang hun) åbent tegner embedet i almindelighed og i udtalelserne. Den fragmentariske behandling af retskildespørgsmålet kontrasteres i øvrigt af, at indholdet af ombudsmandens praksis er meget velsystematiseret.²⁰⁾

I min diskussion af magtfordrejningsbegrebets praktiske anvendelse skelnes der ikke i retskildemæssig henseende mellem doms- og ombudsmandspraksis. Ud fra et faktisk udgangspunkt antages ombudsmandsinstitutionen på visse områder at have haft en væsentlig indvirkning på magtfordrejningsfiguren.

Fravalg af administrativ praksis

Administrativ praksis kunne også være en givende kilde for en afhandling som denne, men min afgrænsning til teori, praksis og lovgivning skal forstås sådan, at forvaltningens *interne* prøvelsespraksis falder uden for. Når f.eks. tilsynspraksis om kommunale myndigheders misbrug af beføjelser ikke behandles, skyldes det bl.a., at administrative afgørelser ikke er frit tilgængelige. Offentliggørelsen i Ministerialtidende af offentlige myndigheders afgørelser er selektiv, idet der i dette tidende kun optages de resolutioner og tilkendegivelser vedrørende enkelte tilfælde, der har "almindelig interesse" jf. Lovtidendelov § 5. Det ændrer dog på den anden side ikke ved, at der er langt flere administrative retsakter, der bliver underkastet den interne kontrol end den eksterne.

Mere principielt kan man måske pege på, at en afgrænsning til domstols- og ombudsmandspraksis er berettiget ud fra en traditionel hierarkisk forestilling. Det

19. En distance til ombudsmandspraksis som retskilde findes navnlig i Bent Christensen (1991) p. 125 ff. De nævnte reservationer er ikke gentaget i 1997-udgaven. Nogle opfatter ombudsmandspraksis som en mellemform mellem doktrin og domspraksis jf. Preben Stuer Lauridsen (1992) p. 103 og p. 143 Jens Garde m.fl. (1989) p. 166. Se for en lidt "højere" ombudsmandsplacering Jon Andersen (1989) p. 308 og Jan Fridtjof Bernt (1984) p. 141.

20. Det grundlæggende retskildespørgsmål indtager en forholdsvis beskeden rolle i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 32 jf. p. 601. Se om spørgsmålet i øvrigt Claus Haagen Jensens interessante kapitel i Jens Garde m.fl. (1989) p. 165 f.

er denne praksis, som i en udstrakt prøvelseskæde er den afgørende og endelige, og som administrative rekursinstanser formodes at rette sig efter.

Betydningen af lovgivning

Min undersøgelse af magtfordrejningsbegrebet runder til sidst spørgsmålet om lovgivningens betydning. Loven har ligget uden for magtfordrejningsteoriens horisont. Det snævre synsfelt bunder til en vis grad i, at lovproduktionen i ældre tid var helt anderledes insulær, end den er i dag.

Lovens faktiske betydning som retskilde i en magtfordrejningssammenhæng vil herudover blive belyst i kapitlet V og skal ikke yderligere foregribes. Min tilgang til lovgivning som en sekundær retskilde med en indirekte *generel* virkning er en analytisk pointe og ikke blot en indledende præcisering.

Grundlaget for analysen af lovgivningens betydning for magtfordrejningslæren er for så vidt stadig sparsomt. En generel lov om forvaltningsakters materielle indhold er ikke udviklet og er heller ikke på tegnebrættet. I modsætning hertil er et flertal af forvaltningsrettens formelle regler i kodificeret form blevet omsat til forvaltnings- og offentlighedslov. *Fraværet* af almindelige lovfæstede principper om afgørelses indhold sættes endvidere i relief af en intens lovgivning for så vidt angår visse specielle forvaltningsretsdiscipliner.

I min redegørelse for betydningen af lovgivning er også indlagt en diskussion af fordele og ulemper ved en generel lovfæstelse af læren om magtfordrejning. Diskussionen er affødt af den nævnte asymmetri i legal aktivitet. En retsteoretisk indvending mod en lovfæstelse er, at en lovramme (om magtfordrejningslæren) ikke udløser en ny norm men blot er et formaliseret udtryk for en normdannelse, der allerede har fundet sted.²¹⁾ En retsregel bliver med andre ord ikke mere gældende af at være lovfæstet, men selv en ren kodifikation af uskreven ret kan for mig at se udløse forskellige sidegevinster.

Afhandlingens afslutning

En sammenfatning af undersøgelsens hovedpointer er at finde først i kapitel VI. Afhandlingen opsummeres som et forsvar for *både* en stramning og smidiggørelse af magtfordrejningstankegangen.

Emnet afrundes herudover med en perspektivering til magtfordrejningsrelaterede problemstillinger og udviklingstendenser på andre retsområder. Der er for nylig afsagt en bemærkelsesværdig dom over lovgivningsmagten, som kan tolkes ud fra en tillempet *subjektiv* magtfordrejningsmodel. Tendensen til større *finansielle* frihedsgrader for offentlige myndigheder synes endvidere at kunne genfindes på et tilgrænsende forvaltningsretligt område af stor betydning.

21. Se om betragtningen generelt f.eks. Mogens Heide-Jørgensen (1993) p. 21.

Kapitel II

Præsentation af begrebet

II.A. Introduktion

Hovedformålet med dette kapitel er at præsentere magtfordrejningsbegrebet i et bredere perspektiv. Kapitlet danner baggrund for de følgende kapitler om teori, praksis og lovgivning af betydning for begrebet.

Der lægges i kapitlet ud med en identifikation af begrebsdannelsens forankring i retsstatslige værdier. Ideen om magtfordrejning har fået form i et retligt opgør med enevælden, og det er fra denne kontekst, at ideen henter sin ideologiske urkraft og flere af sine særpræg. Udover at præcisere denne fortid peges der på magtfordrejningsfigurens anvendelighed på andre retsområder jf. II.A.1-3.

Herudover indeholder kapitlet et grundlæggende bidrag til de følgende analyser og diskussioner af magtfordrejning, og det gælder først og fremmest spørgsmålet om betydningen af enten et subjektivt eller objektivi begreb. Kapitlet indeholder en indledende afklaring af denne sondring, som ydermere ledsages af eksempler og forskellige terminologiske præciseringer. Den begrebsmæssige sammenhæng mellem afhandlingens to hovedtemaer, magtfordrejningslærens normative sigte og typiske kreds af ulovlige formål, berøres også jf. II.B.

Der følger herpå en nærmere præsentation af selve udviklingen i henholdsvis dansk, fransk og norsk ret. Der skitseres en række hovedvarianter af det danske begreb, som udbygges i de følgende kapitler. Udover en oversigt over begrebets udvikling og position i Frankrig og Norge peges der her på udvalgte forskelle og ligheder i forhold til dansk retstænkning jf. II.C.

Endelig tages forholdet mellem magtfordrejningslæren og legalitetsprincippet op til overvejelse. Den sidste del af kapitlet belyser lærens systematiske placering og samspilsmuligheder i forhold til det almindelige hjemmelskrav og peger på, at begrebet er konstrueret som et nøje specificeret og værdifuldt supplement til princippet om lovmæssig forvaltning. Det sammenholdes med, at eftertiden har omformet det til at være en vanskelig identificerbar og udglattet del af almene hjemmelsstandarde. Denne del af kapitlet konfronterer således legalitetsprincippet med henholdsvis en subjektiv og objektiv magtfordrejningsvariant jf. II.D.

II.A.1. Saglighed i retsstaten

Set i retshistorisk perspektiv har vi med magtfordrejningsbegrebet at gøre med en prøvelsesfigur, hvis ideologiske grundindhold ligger i forlængelse af reaktionen mod en enevældig kongemagt. Begrebet vender sig imod forekomsten af en retligt ubunden og ukontrollabel administration. I den enevældige statsopbygning er der ingen formel tredeling af den statslige magt. Al offentlig beslutningskompetence er i princippet samlet hos monarken, som egenrådigt udnævner både embedsmænd og dommere. Disse aktører er således i henhold til kongeloven af 1665 reduceret til at være kongens "betjente" jf. lovens artikel IV. Det er for så vidt angår forvaltningens forhold endvidere kendetegnede for absolutismen, at domstolene ikke uden videre kan efterprøve administrativ virksomhed, og at forvaltningens udøvelse af magt ikke er omgærdet af et almindeligt krav om lovmæssighed.

Som led i opgøret hermed bliver den enkelte *borgers* retssikkerhed sat i centrum, og med udgangspunkt heri bliver en række retsstatslige og liberale ideer omsat til retlige regler og principper. Fordømmelsen af konkrete forvaltningsakter, der tilgodeser egennyttige og andre for staten helt uvedkommende interesser, kan ses som en af flere retlige manifestationer af den bølge af sympati for en *retsstat*, som herhjemme først og fremmest har givet sig udslag i grundloven af 1849.

Den klassiske lære om magtfordrejning ophøjes ikke til at være del af grundlovens tekst eller ånd.¹⁾ Grundloven af 1849 knæsætter dog en række andre retsstatslige beskyttelsesregler bl.a. domstolenes almindelige prøvelsesret, uden om kongen, af øvrighedsmyndighedens grænser jf. § 77 (nu § 63 stk. 1). Desuden bliver et katalog af borgerlige frihedsrettigheder gjort til et centralt led i sikringen af privatssfæren over for primært parlamentet men også forvaltningsapparatet.

Hvad begrebet "den borgerlig retsstat" herudover kan og skal dække over, er der meget diskussion om i teorien, og den falder uden for min gennemgang. I relation til retsstatstænkningens indvirkning på forbudet mod magtfordrejning lægges det altså blot simplificeret til grund, at retsstatens ideal og kendetegn er skabelse og opretholdelse af mere eller mindre vidtgående krav til staten, både lovgiver og administration, med henblik på at beskytte de enkelte samfundsmedlemmer mod vilkårlige og unødvendige indgreb fra oven.²⁾

Magtfordrejningskonceptet er udviklet af domstolene som den formelle drivkraft og er en udkrystallisering af dommernes forfatningshjemlede ret til at føre *kontrol* med forvaltningens virksomhed. Det er et koncept, der fra først af er klart retssikkerhedsorienteret, og som er blevet indpasset i en filosofi om, at staten skal have så afgrænsede funktioner som overhovedet muligt.

1. Kravet om saglig forvaltning er del af den gældende svenske grundlov jf. V.D.

2. Mine tanker om magtfordrejning i retsstaten er inspireret af Carsten Henrichsen (1997) p. 55 ff., Jørgen Dalberg-Larsen (1994) p. 184 ff. og Bent Christensen (1980) p. 26 ff.

Administrativt skøn som praktisk realitet

Med udgangspunkt i nødvendigheden af administrative skønsbeføjelser er en prøvelse af magtfordrejning skabt til at være et eksigibelt incitament for den offentlige forvaltning til at drage en grænse mellem offentlige og private formål og mellem politik og administration. Den separation mellem administratorers officielle embede og personlige idiosynkrasier, som er en af saglighedskravets traditionelle ingredienser, kan føres tilbage til udviklingen af embedsmandsstaten med et bureaukratisk organiseret korps af professionelle forvaltere. Dette korps kommer til at bestå af karriereembedsmænd, hovedsagelig universitetsuddannede jurister, som udvælges efter objektive og faglige kvalifikationer.³⁾ De afløser i løbet af det 18. århundrede enevældens statsjenerne.

Magtfordrejningslærens bidrag til en afgrænsning af bureaukратиets *rationalitet* består i en bestræbelse på at fremelske en mere sober og uselvisk indstilling til offentlige embeder end den, som blev lagt for dagen af enevældens adelige og udnævnte magtudøvere. Den klassiske lære om magtfordrejning kan ses som et forsøg på at skabe en retlig grobund for større resistens over for de fristelser og frihedsgrader, som offentlig magt under enevælden var forbundet med. Det er et absolut minimumskrav i retsstaten, at dens forvaltere hæver sig over det private.

Introduktionen af en magtfordrejningsbetinget skranke for forvaltningens legitime adgang til at føre lovgivningen ud i livet er dog i en vis forstand en *fravigelse* af det retsstatslige ideal om, at den udøvende magt i videst muligt omfang bindes ind i et finmasket net af tætte og udfyldte lovregler. Udgangspunktet er for så vidt, at forvaltningens selvstændighed og selvstændiggørelse per se skal modvirkes. Det optimale er, at den af *lovgiver* satte og nedskrevne ret bestemmer den enkeltes retsstilling på en utvetydig og forudberegnelig måde, og at disse regler udformes så eksakt, at så lidt som muligt overlades til individuelle skøn fra eksekutivens side. Forbudet mod at lægge vægt på magtfordrejende formål er ikke umiddelbart en bekræftelse af dette udgangspunkt men snarere en nødvendig justering heraf.

Den historiske pointe er, at magtfordrejningsprincippet er med til at rette op på og holde snor i den i sig selv betænkelige delegation af afgørelseskompetence til den offentlige forvaltning, som skønsbeføjelser eller lovfuldmagter må være udtryk for i et rent retsstatsligt univers.⁴⁾ Retstatsteoriernes målsætning om en allestedsnærværende lovgiver, selv inden for et begrænset virkefelt, har ikke kunnet realiseres som praktisk udgangspunkt. Den magt, nemlig loven forstået som utvetydig lydighedsinstans, som i første omgang stillede sig over for forvalteren, bliver *vendt* til en magt *for* forvalteren.⁵⁾

3. Se bl.a. Tim Knudsen (1995) p. 283 ff. og Jørgen Dalberg-Larsen (1984) p. 55 f.

4. Se om baggrunden for sonderingen retsanvendelse/skøn Bent Christensen (1994) p. 47.

5. Se om forvalterens forhold til loven Øjvind Larsen (1996) p. 73 ff.

Den klassiske sagligheds lære kan her netop ses som et retligt modtræk over for, at lovgiver deponerer dele af sine kompetencer til et administrativt apparat. Men hermed har retsstaten for så vidt allerede mistet sin oprindelige uskyld. Det er her, at forbudet mod administrativ magtfordrejning kommer ind i billedet.

Opgørelse af den retsstatslige arv

Den ideologiske sammenhæng, som magtfordrejnings læren på denne måde er født ind i, har naturligvis givet læren en række kendetegn. Nogle af disse er blevet fastholdt og kan i deres oprindelige form i dag forekomme arkaiske. Ved at se magtfordrejningsbegrebet som en fleksibel og foranderlig størrelse kan man dog for mig at se forsat drage nytte af bl.a. dets metodik.

Som den første af disse retsstatslige kendetegn kan der peges på, at den retlige tilgang til magtfordrejning har været en negativ og kontrolorienteret formulering. Forvaltningen skal tvinges til at tage højde for, at domstolene står parate til at håndhæve et *forbud* mod usaglige forvaltningsakter. Magtfordrejning konstituerer sig i et tilbageblik. Den negative tilgang har teori og praksis senere modificeret til også at være et videregående *krav* om saglig forvaltning, et handlingsideal, som alene i kraft af sin ændrede retlige struktur kan virke mere uklart end det traditionelle forbud.

For det andet har retstatstænkningen stået fadder til den accentuering af en *konflikt* mellem administration og individ, som gennemsyrrer den originale ramme om bl.a. magtfordrejning. Det er en indlejret forestilling, at den enkelte borger har et retligt relevant behov for *værn* mod en omend ikke direkte fjendtlig og ondsindet så dog fjern og lunefuld statsmagt. Retslitteraturen har dog efterhånden frigjort begrebet fra forestillingen om bestandig risiko for statslige indgreb over for individet. Der er i praksis en tilbøjelighed til at nedtone den retsstatslige dichotomi mellem det offentlige og private. Disse termer anvendes i hvert fald sjældent og i stedet kategoriseres formål f.eks. som enten saglige eller usaglige.

For det tredje udspringer den *moralske* dimension i formålstankegangen, som mere eller mindre åbenlyst er indbygget i forskellige teoretikers begrebsbrug, muligvis af en generel retsstatslig længsel efter at pålægge offentlige magthavere en uomgælig moralsk pligt til at sikre den enkelte mod indgreb.⁶⁾ I dansk domspraksis kan den sjældne brug af magtfordrejningsterminologien skyldes en uvilje blandt dommerne mod at fordømme forvaltningen moralsk.

Endelig kan man pege på, at magtfordrejningsbegrebets arvmasse omfatter en idealisering af den upolitiserede og neutrale embedsmand. Den retlige udfyldning af skønsmæssige bemyndigelser er ideelt set netop strengt retlig og skal udøves af kølige og vidtskuende administrative hjerner, som forventes at befinde sig i en

6. Se for denne del af retsstatsideologien f.eks. Jørgen Dalberg-Larsen (1984) p. 33.

højere og renere sfære end den politiske hverdag. Skønnet må ikke profaneres af politiske småligheder. Magtfordrejningsbegrebet har levet videre på enevældens embedsmandsideologi om at tjene helhedens og almenvellets interesser,⁷⁾ men en snæver forståelse af det politiske formål er i dag en anakronisme.

Udviklingen i teoriens værdigrundlag

Det er den juridiske doktrin, som har de bedste muligheder for at sætte ord på og for at agitere for retsstatslige eller andre værdiorienteringer i den retlige regulering af forvaltningens opgaver og virkemidler. Der er dog på dette område ikke er tale om et enten-eller, og der vil fra een og samme retsvidenskabelige fremstilling kunne udskilles både retssikkerheds- og systemorienterede indslag.⁸⁾ Det vil fremgå af kapitel III.

Her skal det blot nævnes, at den *klassiske* version af magtfordrejningsbegrebet, som forfatteren Poul Andersen fremfor alt står som ihærdig fortaler for, entydigt ligger i kølvandet på den modstilling mellem stat og borger, som er et af retsstatens kendingsmærker. Det skinner tydeligt igennem, at denne skribent udviklede sine holdninger på et tidspunkt, som lå tæt på retstatsideernes første storhedstid i slutningen af forrige århundrede. Karakteristisk for denne teoretiker er dog en *åben* bekendelse til sådanne værdier, hvorimod valget af værdigrundlag i senere teori ofte kun står skrevet mellem linierne.

En tilslutning i større eller mindre grad til retsstatslige værdier er ikke kun et tidsbestemt fænomen, og i *moderne* dansk teori har selv den mest fremadrettede og på sin vis emanciperede bearbejdelse af magtfordrejningsprincippet en sammensat karakter. Her refererer jeg til den retsvidenskabelige metamorfose, som princippet er undergået ved Bent Christensens mellemkomst, og som bl.a. kendes ved, at formålslæren er blevet markant objektiveret. I dette teoretiske system er fortidens svulstige og moralsk klingende retorik forstummet. Hermed er der umiddelbart lagt op til radikalt brud med den retsstatslige arv. Et så entydigt billede er der dog ikke grundlag for. Sagen er derimod den, at selv den mest moderne magtfordrejningsversion på nogle punkter uvægerligt må gribe tilbage til sit ideologiske udgangspunkt, og det sker fremfor alt via en understregning af *lovgiverviljen* som det altafgørende pejlemærke for den retlige beslutningstager i såvel første- som prøvelsesinstans.

II.A.2. Den formålssammenlignende metode

Det er ikke til at komme uden om, at krumtappen i den klassiske lære om ulovlige administrative formål er en dragelse mod *lovens* formål set som en mere

7. Se generelt herom f.eks. Jens Peter Christensen m.fl. (1997) p. 38 ff.

8. Se for en vurdering af de forskellige magtfordrejningsteoriens værdipræmisser Karsten Revsbech (1992) p. 61 ff.

eller mindre uangribelig abstraktion over almenvellet og det fælles bedste. De legale formål er på sin side dog ikke nødvendigvis åbenlyse og veldefinerede, men det ligger uden for den forvaltningsretlige magtfordrejningstænkning at sætte spørgsmålstejn ved lovgivningsmagtens interessevaretagelse. Lovens formål kan være eksplicite eller implicite. Der bortses her fra, at lovens formål måske i stigende grad lader sig supplere med almindelige uskrevne saglighedsstandarder.⁹⁾

Et brud på læren om usaglige forvaltningsformål må som udgangspunkt bero på foreneligheden mellem (1) den angivne eller formodede *lovgivervilje* bag en given lovregel og (2) de *administrative* hensigter eller hensyn, som en given konkret forvaltningsakt på sin side må udlægges som udtryk for. Spørgsmålet om den nærmere *grad* af forenelighed mellem (1) og (2), dvs. om de administrative formål f.eks. positivt skal fremme loven, behandles ikke i denne præsentation.¹⁰⁾

Uanset om der i relation til forvaltningens konkrete interessevaretagelse er tale om et objektivt eller subjektivt prøvelsesparadigme, er en retlig efterprøver nødsaget til at begive sig ud i en *sammenligning* af (1) og (2). Magtfordrejningsbegrebet er til for at opfange kongruensfejl. Metoden praktiseres med størst tydelighed af ombudsmanden men gælder også den primære efterlevelse af saglighedskravet.¹¹⁾

En stillingtagen til en påstået krænkelse af magtfordrejningsgrundsætningen kræver således som sit første led en afgrænsning af de legale intentioner, som jeg altså opfatter som den centrale målestok. Eller som det er blevet anført om den klassiske franske lære:

"En administrativ Myndighed gør sig skyldig i détournement de pouvoir, naar den benytter sin diskretionære Myndighed i et Øjemed, der maa siges at have ligget uden for *Lovgiverens* Hensigt" (her fremhævet).¹²⁾

Lovens hensigter vil være indirekte, hvis der er tale om en *upræcis* lovtekst. Det kan altså være behæftet med usikkerhed at afgøre, hvad lovens formål må antages at være, idet de f.eks. ikke, eller ikke fuldt ud, er objektiveret i forarbejder eller andet autoritativt materiale. Men det er dog en udpræget juridisk øvelse, som ikke er fremmed for retlige aktører, og som i et søgsmål mod forvaltningen automatisk iværksættes af prøvelsesinstanserne jf. f.eks. U 92.205 H.

9. Se f.eks. Jan Frithjof Bernt (1978) p. 264 ff.

10. Se for en belysning af dette spørgsmål bl.a. Erik Boe (1978) p. 376 ff.

11. Se f.eks. FOB 90.153 (158), 1988.100 (105), 1975.380 (385) og 1975.75 (76). Denne karakteristiske metodiske tilgang har også sat sig spor hos Bent Christensen (1997) p. 145. Se mere generelt om dommerskabt ret f.eks. Bent Christensen (1994) p. 44 f.

12. Jf. Johannes Ussing (1893) p. 92.

Danske prøvelsesmyndigheder er generelt da også gået aktivt og kreativt ind i eftersøgningen eller rekonstruktionen af en dybere mening med loven eller med sekundære retsforskrifter jf. f.eks. FOB 97.267, U 99.230 H og 98.968 V. De har derimod i det store hele forholdt sig tøvende over for magtfordrejningslærens andet traditionelle metodekrav: en efterfølgende identifikation og explicitering af forvaltningens subjektive intentioner. Det er her, at sagsøgere ofte har set sig ude af stand til at løfte den tunge bevisbyrde, som er et resultat af en forsigtig og tilbageholdende indsats fra domstolenes side.

II.A.3. Saglighed som alment ideal

Magtfordrejningslærens krav til den administrative udfyldning af skønsmæssige beføjelser er inden for forvaltningsretten eet ud af flere saglige krav. Det almindelige legalitetsprincip er det overordnede saglighedskrav, og læren om magtfordrejning gælder inden for den ramme, som sættes heraf. Saglighed er også et efterstræbt ideal i den administrative sagsbehandling. Flere *formelle* regler, f.eks. om inhabilitet, har således til formål at sikre, at forvaltningens afgørelser træffes på et sagligt grundlag jf. V.C.1.

Magtfordrejende lovgivning

I andre dele af den offentlige ret har man også diskuteret eksistensen og indholdet af et magtfordrejningsprincip. Det indgår f.eks. i forfatningsretten at tage stilling til, om lovgivningsmagten kan gøre sig skyldig i en usaglig formålsvaretagelse i en given lov. Spørgsmålet om *lovgivers* magtfordrejning er bl.a. blevet rejst i forbindelse med domstolsprøvelsen af ekspropriationsloves overensstemmelse med grundloven. Det er en forudsætning for en ekspropriation, at den forfølger almenyttige hensyn jf. grundlovens § 73 stk. 1. Afgrænsningen af udtrykket "almenvellet" sker i et vist omfang efter samme retningslinier som afgrænsningen af kredsen af lovlige samfundsgavnige formål efter den forvaltningsretlige magtfordrejningslære. Det antages således, at det ikke positivt er muligt:

"... udtømmende at angive alle de legitime hensyn, der kan danne grundlag for en ekspropriation, men det er muligt at angive hensyn, som ikke er omfattet af almenvellet".¹³⁾

Et af de konkrete tvivlsomme hensyn, som har været i det forfatningsretlige søgelys, er det finansielle. På dette område har f.eks. Poul Andersen plæderet for, at lovgiver fordrejer sin magt, hvis den i en *lov* om ekspropriation indrømmer forvaltningen adgang til i visse skønsmæssige afgørelser at lade det offentliges

13. Jf. Peter Germer (1995) p. 239. Se også p. 177 ff. Spørgsmålet om lovgivers varetagelse af uvedkommende formål opstod f.eks. i sagen om islandske håndskrifter jf. U 67.22 H.

rent finansielle hensyn være afgørende.¹⁴⁾ Lovgivningsmagtens aktivitet kan således også sammenholdes med en saglighedsmålestok. I den forbindelse opstår spørgsmålet om *forvaltningens* ulovlige varetagelse af finansielle formål dog ikke på grund af den særlige hjemmel. Jeg vender tilbage til spørgsmålet om lovgivers subjektive magtfordrejning i VI.B.1.

Arbejdsgivers magtfordrejning

Medens det ikke er overraskende, at den offentligretlige teori har interesseret sig for saglig magtudøvelse fra *statens* side, er det måske mindre nærliggende, at saglighed kan have betydning for forholdet mellem *private* parter. En regulering af forholdet mellem en præsumptivt stærk og svag part findes dog ikke mindst på arbejdsrettens område.

Der gælder her fra lang tid tilbage et forbud mod *misbrug* af ledelsesretten i private virksomheder. Der er tale om et forbud mod illegitime motiver, og det overordnede sigte er at begrænse den "skønsmæssige" ledelsesret. Tankegangen minder meget om det forvaltningsretlige saglighedskrav, men det arbejdsretlige princip er inden for sit system udviklet før magtfordrejningsbegrebets opståen i dansk teori.¹⁵⁾ Kravet om saglig ledelse er ikke skabt i det forvaltningsretlige magtfordrejningslæres billede men afspejler dog et nogenlunde tilsvarende behov for en retlig inddæmning af en kompetencekoncentration, nu i privat regi.

Saglighed som fleksibelt ideal

Disse bemærkninger skal først og fremmest illustrere, at magtfordrejningstanken til trods for sine bindinger til klassiske retsstatsideer har en almen og ret tidløs karakter og derfor bl.a. lader sig *overføre* til andre retlige sammenhænge end den forvaltningsretlige. Min pointe er for så vidt grundlæggende at pege på, at magtfordrejning er et begreb med en bestemt fortid og værdiforankring, men som har vist sig at kunne bruges til mere end et opgør med enevælden.

II.B. Definitioner og termer

Den ideologiske kraft i magtfordrejningslærens hovedafskygninger omtales også i den følgende optakt til begrebsafklaring, hvor jeg dog ikke er så optaget af det historiske perspektiv men primært går efter definatoriske afklaringer.

Afhandlingen betjener sig naturligvis af en lang række forvaltningsretlige grundbegreber, som forudsættes bekendte. Magtfordrejningsbegrebets udvikling og position i den almindelige forvaltningsret må uvægerligt beskrives gennem andre begreber. Begreber, som i sig selv kan være diskutabelt og foranderlige.

14. Se Poul Andersen (1935) p. 41 ff. Et nyere eksempel på et indlæg til støtte for en forfatningsretlig magtfordrejningslære er Karsten Revsbech (1991) p. 50 ff.

15. Se Jens Kristiansen (1997) p. 164 f. og 361 ff.

Det gælder f.eks. begrebet "afgørelse". Det benyttes i det følgende synonymt med konkret forvaltningsret, forvaltningsbeslutning og administrativ enkeltafgørelse o.lign., selv om der i en analyse af dette grundbegreb burde indgå en nuancering af de forskellige betegnelser. Forbudet mod administrativ magtfordrejning behandles i denne afhandling altså udelukkende med retlig afgørelsesvirksomhed for øje. Forbudet har her sin historiske kerne men kan også til en vis grad sætte sig igennem over for f.eks. generelle retsakter og offentligretlige aftaleforhold.¹⁶⁾ Afgørelsesbegrebet er på sin side også under udvikling. Det har ligesom læren om magtfordrejning bevæget sig væk fra sit klassiske udgangspunkt.¹⁷⁾

De øvrige grundbegreber, så som offentlig myndighed, bemyndigelse, ugyldighed etc. behandles heller ikke nærmere. Begrebet skøn er kort præsenteret ovenfor, og en række bemærkninger om det materielle skønsbegreb gives i kapitel V.

Formålet med en grundlæggende begrebsafklaring er navnlig at zoome ind på en udvalgt del af selve magtfordrejningsterminologien nemlig sondringen mellem en *subjektiv* og *objektiv* brug og forståelse. Der er en central begrebsdiskussion, som ofte kan forekomme vanskelig og abstrakt. Udviklingen af magtfordrejningslærens kreds af formål præsenteres også i det følgende som en forskydning af fokus fra *odiøse* til *usaglige* formål.

II.B.1. Myndighedsmoral eller legitimationsteknik

Man kan nærme sig spørgsmålet om magtfordrejningsprincippet opbygning som subjektiv og objektiv regel fra de yderpunkter, som kan findes i teorien. I så fald kan princippet f.eks. simplificeres til et moralsk eller teknisk spørgsmål.

I det *subjektive* yderpunkt er magtfordrejningsbegrebet et spørgsmål om at forebygge og fordømme myndighedspersoners misbrug og moralske fordærv. I sit franske bagland er den klassiske lære opstået som et redskab til at gribe ind over for offentlige beslutningstagere, der mod bedre vidende *misbruger* vide og luftige beføjelser. Læren har taget afsæt i konkrete eksempler på, at beslutningstagere har ladet sig lede af private lyster og behov, og på at disse personer tydeligvis har fået afløb for sådanne tilbøjeligheder i deres administrative virke.

Det subjektive magtfordrejningsbegreb har altså illoyalitet og tillidsbrud som sin historiske kerne. Magtmisbruget udspiller sig i sagsbehandlerens bevidsthed og på et "dybere" niveau end den konkrete forvaltningsakt. En subjektiv prøvelse bliver

16. Se om nogle af magtfordrejningsgrundsætningens randområder f.eks. Poul Andersen (1965) p. 365 ff., Jens Garde m.fl. (1997) p. 189 ff. og Jan Fridthjof Bernt (1978) p. 245.

17. Se om forvaltningslovens afgørelsesbegreb i § 2 stk. 1 bl.a. FT 85/86 tillæg A sp. 61 ff. Et indtryk af de teoretiske forudsætninger kan fås i Poul Andersen (1965) p. 247 ff., Peter Blume (1995) p. 198 ff. og Carsten Henriksen (1997) p. 161 ff.

et spørgsmål om at censurere forvaltningsaktens *subjekt* og hans eller hendes "værdimæssige valg".¹⁸⁾ En prøvelsesmæssig interesse for motivationsfaktorer og dybdeperspektiv kan tale for, at den retlige efterprøver udvikler en psykologisk indlevelsessevne som supplement til juridisk-tekniske færdigheder.

Det er navnlig i fransk teori, at man med domstolsprøvelsen for øje har pointeret, at en kontrol af forvaltningens indre sindelag og hensigter er noget *mere* end en kontrol af forvaltningsaktens objektive præmisser. Læren om "*détournement de pouvoir*" skiller sig ud fra de øvrige "*cas d'ouverture pour recours de excès de pouvoir*" ved at udgøre en *kvalificeret* mangelstype, der giver prøvelsesinstanserne mulighed for at gå tættere på administrationen end en ordinær hjemmelsprøvelse.

Det klassiske forbud mod subjektiv magtfordrejning har et andet normativt sigte end almindelige krav om hjemmel og saglighed. En magtfordrejningsdom er "*une condamnation morale de l'administration*".¹⁹⁾ Dette element indgå netop *ikke* i almindelig materiel ulovlighed, "*une violation de la loi*". En kritik af subjektiv magtfordrejning indebærer et større prestigetab for den involverede myndighed og/eller person end en kritik af en almindelig hjemmelsfejl, fordi det trækker en uacceptabel hensigt eller vilje frem i lyset. En magtfordrejningsunderkendelse er mere moralsk belastende for forvaltningen end en hjemmelsunderkendelse.

I det *objektive* yderpunkt forbigår læren om magtfordrejning nytten af, at prøvelsesinstanserne kan udtrykke en utvetydig afstandtagen fra den udøvende magt, og nytten af en regel, der skal træne den primære beslutningstager i saglige tankemønstre snarere end i fastlæggelse af lovlige afgørelseskriterier.

I et gennemført objektivt system sker der en explicit eller implicit afmontering af det moralske sigte. I moderne dansk teori lægges kravet om saglig udfyldning af skønsmæssige beføjelser som nævnt ind i langt mere steril og *metodisk* ramme end tidligere. Det er sagsbehandlerens indkredsning af acceptable og bæredygtige præmisser i forhold til det konkrete hjemmelsgrundlag, der er i fokus.²⁰⁾ En læsning af en så objektiveret udgave af magtfordrejningsbegrebet kan give indtryk af, at lovlig og rigtig afgørelsesvirksomhed primært handler om at finde gode og agtværdige grunde til at agere, men at man som beslutningstager er fredet i sin bagvedliggende moralopfattelse. Det er for mig at se et problem.

18. Jf. Jan Fridthjof Bernt (1978) p. 266. Hos Ragnar Knoph (1921) p. 85 vedrører hensigten "det intime sjælelige område". Det diskuteres også, om et moralbud kan være en retsregel.

19. Forfatteren Maurice Harious formulering i "*Précis de droit administratif*" fra 1933, som meget hyppigt citeres af nyere forfattere jf. f.eks. Louis Trotabas og Paul Isoart (1996) p. 279. Se også Poul Andersen (1924) p. 170 jf. 270 og Eivind Smith (1986) p. 617 f.

20. Det mest ekstreme eksempel på magtfordrejningslære som ren legitimationsteknik er Bent Christensen (1997) p. 146 ff.

II.B.2. Vilje eller indhold som normativt sigte

Sat helt på spidsen kan man sige, at en krænkelse af magtfordrejningslæren som viljesteori, som en ren subjektiv lære, fuldbyrdes på et tidligere tidspunkt, end hvis der er tale om en indholdsteori. En subjektiv regulering sigter så vidt som til den intellektuelle aktivitet, der går *forud* for vedtagelsen af forvaltningsakten.²¹⁾

En offentlig beslutningstager, der bevidst overvejer mulighederne for f.eks. at drage personlig fordel af en foreliggende afgørelsessag, er så at sige allerede på kollisionskurs med forbudet mod subjektiv magtfordrejning. Det er for så vidt irrelevant, om indholdet af den efterfølgende forvaltningsakt bliver ulovligt og urigtigt. Der kan være lovlige præmisser at underbygge afgørelsen med, selv om *motivet* har været uvedkommende. En udspekuleret beslutningstager kan desuden vælge at lægge røgslør ud ved at anføre en lovlig men fabrikeret begrundelse i stedet for den usaglige men reelle. Det vil være i strid med begrundelsesreglerne i forvaltningsloven, men det er næppe alle skinbegrundelser, der bliver opdaget. Den subjektive forståelse af administrativ magtfordrejning bygger i stil med de specielle inhabilitetsregler på en abstrakt forventning om et usagligt gennemslag i sagsbehandlingsens slutprodukt. Denne forventning behøver ikke konkret at blive indfriet, for at der kan statueres magtfordrejning i subjektiv forstand.

Omvendt vil den objektive lære ikke i sig selv afvise en objektivt forsvarlig afgørelse til trods for foreksistensen af usaglige bevæggrunde. Kan anførte eller andre saglige præmisser legitimere afgørelsens indhold, er der som udgangspunkt tale om en lovlig afgørelse, selv om den offentlige beslutningstager faktisk og oprindeligt har været motiveret af et uvedkommende formål.

Indledende eksemplificeringer

Vi kan til illustration af forskellen mellem vilje eller indhold som det normative sigte forestille os følgende: En offentlig myndighed forbyder med hjemmel i en skønsmæssig ordensforskrift brugen af reklameskilte i busser motiveret af et ønske om at tilgodese det lokale erhvervslivs interesse i at afskære konkurrence fra andre virksomheder. Forbudet har til hensigt at udelukke et udenlandsk firma fra at reklamere for sine produkter og dermed fra at få fodfæste på det lokale marked.

Forvaltningens beslutning udspringer af et motiv, hensyntagen til trediemands private interesser, som er situationen uvedkommende. Myndigheden er imidlertid bevidst om, at et sådant motiv er retligt tabueret, og angiver derfor som officiel forklaring på afgørelsen, at disse skilte hindrer de rejsende i at orientere sig og navnlig i at se, hvornår destinationen er nået. Efter en ren objektiv forståelse af magtfordrejning er en præmis af denne art saglig og selve afgørelse dermed lovlig

21. Se for magtfordrejning som et psykologisk og indre spørgsmål bl.a. Poul Andersen (1965) p. 368 og Jean Rivero og Jean Waline (1996) p. 224.

til trods for, at den faktiske motivation må bedømmes som uacceptabel og for så vidt er en helt anden end den givne.²²⁾

Eksemplet viser desuden, at magtfordrejning kan bestå i en total separation mellem den ulovlige subjektive hensigt (den undertrykte motivation) og afgørelsens objektive fremtrædelse (den givne overfladebegrundelse). Der kan således være tale om helt adskilte forløb. Det er en særlig form for usaglighed, som står i modsætning til det tilfælde, hvor en hensigt i et eller andet omfang afspejler sig i afgørelsens indhold og altså i det mindste i et vist omfang hænger sammen med afgørelsens objektive virkninger og "øvre" lag.²³⁾

Opdelingen i subjektive og objektive varianter har også været debatteret i fransk ret, uden at der dog hersker så meget tvivl om den abstrakte forskel. En subjektiv hensigt "un but" og en objektiv præmis "un motif" defineres på følgende måde:

"Sans doute est-il théoriquement facile de distinguer entre le *motif* et le *but*. Le motif a un caractère objectif: il est constitué par une situation de fait ou de droit à laquelle l'acte répond. Le but au contraire est subjectif: c'est l'intention de l'auteur de l'acte".²⁴⁾

En hensigt er altså knyttet til beslutningstageren, medens et hensyn er knyttet til selve beslutningen. En abstrakt distinktion af den art er umiddelbart til at forstå men bliver ofte vanskeligere at have med at gøre, når den skal konkretiseres.

For yderligere at eksemplificere subjektiv og objektiv magtfordrejning kan en problematik som denne overvejes: En medarbejder bliver uberettiget afskediget fra sit job som følge af, at arbejdsgiveren føler antipati over for ham eller hende. Vi forudsætter altså et personligt modsætningsforhold, der utvivlsomt er ulovligt.

Der er her tale om magtfordrejning i objektiv forstand, fordi medarbejderen bliver påført afskedigelsen som sanktion for noget, som medarbejderen ikke har begået. Den bebyrdende konkrete forvaltningsakt har i så fald på et præmisgrundlag, som er arbejdssituationen uvedkommende. I subjektiv henseende magtfordrejes der af arbejdsgiveren, fordi han eller hun her tilsigter at udnytte sin (skønsmæssige) ledelsesbeføjelse med en personlig modvilje for øje, og det er givetvis et formål, som en beføjelse af den art ikke er til for at varetage.

22. Dette eksempel er en moderniseret og bearbejdet udgave af en ældre fransk sag om diskrimination af et stort svejtsisk chokoladefirma jf. Frede Castberg (1955) p. 215.

23. Se om de prøvelsmæssige konsekvenser af disse to grundformer for bagvedliggende hensigter navnlig Steen Rønsholdt (1987) p. 770.

24. Jf. Georges Vedel og Pierre Delvolvé (1993) p. 332. Det følgende eksempel er i sine hovedtræk lånt herfra. Se for et lignende eksempel Eivind Smith (1986) p. 617.

Forskellen på et objektivt og subjektivt magtfordrejningsbrud kan især blive tydelig, hvis der er objektive præmisser (f.eks. en uacceptabel misligholdelse fra medarbejderens side) som ville kunne retfærdiggøre en afskedigelse samtidig med, at det er lederens personlige nag som er den egentlige motivation for afgørelsen. I så fald bliver det ud fra en ren indholdsteori vanskeligt at læse sig til, om den underliggende motivation overhovedet indfanges af læren om usaglige formål.

Bevispørgsmålet

En mistanke om subjektiv usaglighed i den ene eller anden form bliver efter en ren objektiv prøvelsesstrategi ikke ex officio taget op af domstolene men får i den i sig selv sjældent forekommende prøvelsessituation processuel skadevirkning. Den sagsøgte myndighed tvinges i så fald til modbevise påstanden om en subjektiv defekt eller til (blot) at så en vis tvivl om dokumentationsgrundlaget herfor.²⁵⁾

Det er ofte vanskeligt efterfølgende at afdække en ulovlig motivation. Dette forhold forstærkes af, at der nok ofte er en sammenhæng mellem forvaltningens (i sig selv ulovlige) kamoufleringsindsats og grovheden af den ulovlige motivation. Jo mere odiøst og tvivlsomt motivet måtte være, desto større og flere anstrengelser vil der ofte blive gjort for at maskere forløbet.

Uanset disse bevisvanskeligheder vil det i relation til valget mellem en subjektiv og objektiv model være min pointe, at det som udgangspunkt er meget vigtigt at have *klarhed* over, hvad magtfordrejningslærens sigte overhovedet er. Offentlige myndigheder vil måske umiddelbart rette sig efter en klar subjektiv formulering af magtfordrejningsbegrebet, selv om den måtte være svær at håndhæve.

II.B.3. Odiøse eller usaglige formål

Min disponering af afhandlingens hovedtemaer ligger i forlængelse af en generel tendens til at opsplitte magtfordrejningsgrundsætningen i stadig flere komponenter og detailspørgsmål. Valget af udviklingen af kredsen af ulovlige formål som min anden hovedsynsvinkel bekræfter begrebets atomisering. Ud over en præsentation af typologiens udvikling skal den begrebsmæssige sammenhæng med diskussionen om magtfordrejningslærens normative sigte her kort omtales.

Magtfordrejning som misbrug eller usaglighed

I sit subjektive univers er magtfordrejningstænkningen oprindeligt fikseret på at opstille værn mod *odiøse* tendenser i forvaltningen. Det er fænomener som f.eks.

25. Se Ole Krarup (1969) p. 99 ff. Jf. herom også Erik Boe (1978) p. 355. I Bent Christensen (1994) p. 172 f. er spørgsmålet om myndighedens subjektive forhold helt løsrevet fra læren om formålsbetragtninger (magtfordrejning).

egen nytte, hævnlyst, skadefryd og andre flagrante misbrug, som den klassiske teori har haft for øje under undfangelsen af en liste over ulovlige formål.²⁶⁾

Den traditionelle systematisering af formålstyper går som nævnt i det store hele igen i de objektive teorier. Dette er en illustration af, at typologien kan fungere på *både* et subjektivt og objektivt niveau. Der er dog tradition for, at den objektive typologi i *terminologien* lægger afstand til magtfordrejning som noget moralsk forkasteligt. Der tales om *usaglige* og ikke odieuse formål. I nyere tid er tendensen forstærket, og magtfordrejningsgrundsætningens etiske gennemslag er indkapslet til kun at angå nogle ret ekstreme fænomener som bestikkelse og nepotisme.²⁷⁾

Der er således en vis konsekvens i, at en subjektiv magtfordrejningslære ser de ulovlige formålstyper som produkter af beslutningstagerens onde og kyniske hensigter, og at den objektive retning opfatter usaglige indslag i afgørelses indhold som (uundgåelige) fejl og mangler. Det er denne historiske sammenhæng, som beskrives og diskuteres i flere detaljer i de følgende kapitler.

Spørgsmålet er, om det også er en logisk sammenhæng. Kan man f.eks. forestille et subjektivt magtfordrejningsbegreb, som kan bidrage til den almindelige saglighedsregulering i en moderne dansk sammenhæng, og som altså ikke primært er designet til at ramme moralsk graverende formålstyper. Det er der givet et bekræftende svar på i nyere teori. Pointen er her, at den kvalitative og moralske karakter af en uønsket administrativ interessevaretagelse i princippet er *uafhængig* af, om den sker i en persons bevidsthed eller udspiller sig på præmisniveauet:

"Uanset hvordan man afgrænser begrebet "odieuse" hensyn, kan prøvelsen af hensigten også få betydning i forhold til afgørelser, der bygger på fuldt *etiske* men *usaglige* hensyn" (her fremhævet).²⁸⁾

Ved at lancere en sådan begrebskonstruktion opnår man dels at frigøre sig fra den klassiske og historiske sammenhæng mellem subjektiv magtfordrejningstænkning og snæver fokus på odieuse formål og dels at pointere, at en subjektiv usaglighed ikke udgør noget mere dadelværdigt end en fejlagtig objektiv præmisudfyldning af et upræcist hjemmelsgrundlag. Tankegangen er formentlig den meget rimelige, at man selv i sit indre og i sine motivationer kan begå fejl, som altså er

26. Se Poul Andersen (1965) p. 371 ff. Den franske baggrund for formålstypologien fremtræder med størst tydelighed i Poul Andersen (1924) p. 165 ff.

27. Se Bent Christensen (1997) p. 141 jf. 138 f. Der tales ikke om uetiske formål i andre nyere standardværker. Cfr. dog Jørgen Mathiassen i Jens Garde m.fl. (1997) p. 344. I Karsten Revsbech (1992) p. 65 anvendes udtrykket "manipulation".

28. Jf. Steen Rønsholdt (1987) p. 768 men altså cfr. Poul Andersen (1924) p. 175 ff.

uforsætlige og som i hvert fald ikke er udtryk for ond vilje. Denne nyskabelse i bearbejdelsen af den klassiske magtfordrejningslære er med til at afdramatisere og nuancere det fordømmende potentiale i en subjektiv prøvelsesform.

Denne afstandtagen til den moraliserende magtfordrejningstænkning strækker dog næppe så vidt som til det tilfælde, hvor subjektiv magtfordrejning ledsages af et bevidst forsøg på at dække over usagligheden f.eks. i en falsk begrundelse. Men her er det altså skinbegrundelsen i sig selv, og ikke en fejlagtig hensyntagen til f.eks. et ulovligt finansielt formål, som er det usympatiske.

II.B.4. Terminologiske variationer

Udviklingen af magtfordrejningstænkningen har haft et sprogligt og terminologisk udtryk. Ordet magtfordrejning er den klassiske oversættelse af "détournement de pouvoir", og der er tale om et ord, som kan virke lidt konstrueret. Ordet har vist sig at være ret sejlivet, og det har naturligvis gjort det lettere at følge begrebets udvikling, end hvis det helt var udraderet af den forvaltningsretlige nomenklatura. Ordet er dog undertiden uden tvivl udelukkende brugt som en velkendt etikette på et *forandret* indhold af magtfordrejningsbegrebet.²⁹⁾

Jeg har ikke opfundet et ny og bedre fordanskning af "détournement de pouvoir" men har med de følgende præciseringer valgt at holde fast i eksisterende dansk sprogbrug for at undgå misforståelser. Ordet magtfordrejning bruges i denne afhandling altså om både subjektive og objektive varianter.

Holdbarheden af ordet magtfordrejning er lidt overraskende i betragtning af, at ordet ikke dækker de franske konnotationer helt præcist. En betegnelse som f.eks. myndighedsmisbrug ville til en vis grad have været mere rammende, eftersom ordet "pouvoir" betyder beføjelse eller myndighed snarere end magt. Man støder i øvrigt undertiden også på ordet "prérogative".³⁰⁾ Det danske ord *magt* er mere diffust end såvel "pouvoir" som "prérogative". Ordet magt har dog passet godt ind i den retsstatslige kontekst, fordi ordet per automatik synes at udløse en interesse for misbrug jf. II.A.1. Det er magt, og ikke myndighed, der korrumperer.

I engelsk teori anvendes det i den forbindelse mere præcise udtryk "abuse" eller "misuse of discretionary powers". Med hensyn til valget mellem "abuse" eller "misuse" er der eksempler i begge retninger.³¹⁾ I mine ører er "abuse" det mest moralsk ladede af de to, og "misuse of" f.eks. "administrative powers" er udtryk

29. Fremstillingen af emnet hos Ole Krarup (1969) er et eksempel på det.

30. Se f.eks. Fernand Schockweiler (1990) p. 435.

31. Se henholdsvis f.eks. L. Neville Brown og John S. Bell (1998) p. 245 ff. og David Foulkes (1995) p. 239 ff.

for en vis teknificering af den engelske terminologi. Der er ingen i øvrigt direkte pendant til "détournement de pouvoir" i engelsk ret, men domstolene kan på andet grundlag gribe ind over for forskellige former for "abuse of discretion".³²⁾

Den danske term *fordrejning* er heller ikke helt dækkende, idet den ikke som det franske udtryk "détournement" leder tankerne hen på strafferetten, hvor man f.eks. taler om "détournement de fonds" i forbindelse med underslæb. Mere kuriøst er det i den forbindelse, at "détournement d'avion" betyder flykapring. Både underslæb og flykapring kræver dog vilje og hensigt af en eller anden art. Det tyske udtryk "Ermessensmissbrauch" er ret godt, fordi det, som forbudet mod "détournement de pouvoir" historisk har handlet om, er "skønsmisbrug".³³⁾

I norsk ret er der forskellige betegnelser, og selve ordet magtfordrejning er ikke lige så fast indarbejdet, som tilfældet er i dansk ret. Der tales om en lære om "utenforliggende hensyn" eller om "myndighetsmisbrug". Det sidstnævnte udtryk er af mange anset for meget bombastisk og unødigt fordømmende i forhold til uagtsomme fejltagelser.³⁴⁾ Der har også fundet en sproglig udvikling sted i norsk ret, men den har, såvidt jeg kan se, været mindre drastisk end i dansk ret.³⁵⁾

Dansk terminologi er også på andre punkter præget af magtfordrejningsbegrebets franske udgangspunkt. Ordet "bevæggrund" er f.eks. en direkte oversættelse af "mobiles". I denne afhandling anvendes ordene "hensigt", "intention" og "øjemed" synonymt med "bevæggrund" og dermed med den *subjektive* forståelse af magtfordrejning. I modsætning hertil sigter ord som "hensyn", "præmis" og "kriterium" til den *objektive* model. Afhandlingen har valgt at anvende "interesse" og "formål" som en fællesbetegnelse for både "hensigter" og "hensyn".³⁶⁾

II.C. Tre udviklingsforløb

Generelt giver mange nyere fremstillinger af dansk forvaltningsret indtryk af en juridisk disciplin, som er ret nationalt afskærmet. Det begrebsmæssige afsæt for f.eks. en række uskrevne retsgrundsætninger har dog været og er til dels stadig andre nationale retsordener. Et nyere eksempel på en faktisk inspiration fra

32. Se f.eks. William Wade og Christopher Forsyth (1994) p. 379 ff.

33. For et indblik i tysk ret se f.eks. Deutsches Rechts-Lexicon Band 1, 1992 p. 1296 ff.

34. Se om norsk sprogbrug bl.a. Hans Petter Graver (1996) p. 179 ff. og Jan Fridthof Bernt (1978) p. 242 f.

35. Se herom bl.a. Erik Boe (1978) p. 356 ff.

36. Se i øvrigt for en oversættelse af nogle af de franske begreber og vendinger Ole Krarup (1969) p. 20 f., Eivind Smith (1986) p. 616 f. og Steen Rønsholdt (1987) p. 719 ff.

udenlandsk ret er teoriens udformning af et krav om afgørelsers egnethed.³⁷⁾ Ordet inspiration er valgt, fordi teori og praksis om f.eks. magtfordrejning ikke har været bundet af f.eks. franske eller tyske retsprincipper men har set gode grunde til at importere ideer og argumenter. Spørgsmålet om EU-retten, og om en eventuel påtvungen påvirkning herfra, taler jeg ikke om her.

Magtfordrejningsbegrebet har i sin først formative periode modtaget stærke impulser fra fransk (og tysk ret) men bl.a. også dele af norsk retstænkning. Derimod har det i dag nået en alder, hvor det synes at være blevet mindre modtagelig over for påvirkninger fra andre retssystemer.

Sigtet i oversigten over begrebsudviklingen i Danmark, Frankrig og Norge er at bryde denne tendens og at navnlig at genoptage kontakten til fransk ret. Jeg ser på de to valgte udenlandske udviklingsforløb gennem danske briller.

II.C.1. Danmark

Den danske udvikling præsenteres ved at udsondre fire magtfordrejningsvarianter, som bl.a. giver forskellige svar på navnlig præmisspørgsmålet og som herudover på flere punkter peger i hver deres retninger. Varianterne raffineres i de følgende kapitler. Udviklingen i dansk ret har været præget af store *udsving*.

Den subjektive variant: klassisk magtfordrejning

Den franske model og dens oprindelige selvforståelse som misbrugsvariant og som skønsbegrænsning bliver i Poul Andersens teori om magtfordrejning ført ind i dansk forvaltningsret, uden at der af ham foretages en explicit tilpasning af begrebet til dansk forvaltningskultur og til dansk prøvelsestradition. I sit videnskabelige gennembrudsværk "Om ugyldige forvaltningsakter" fra 1924 lægges de franske foranstaltninger relativt ukritisk til grund for formuleringen af et princip om ulovlige formål. Et princip, der viderefører Conseil d'Etats intention om at skulle nå ind til forvaltningens bevæggrunde.

Ved at trække på en indgående viden om fransk og tysk retstænkning opbygger Poul Andersen en overvejende *retspolitisk* argumentation for, at danske domstole kan og bør udstrække det grundlovssikrede eftersyn af øvrighedsmyndighedens grænser til også at omfatte sagligheden af administrative formål. Den danske skaber af en teori om ulovlige formål tilslutter sig dog i samme åndedrag, og ønsker at *understøtte*, tavlens øverste læresætning om, at forvaltningen har et urørligt skøn i den forstand, at den kan være frit stillet i forhold til domstolene.

37. Se for en oversigt over denne regel og dens *tyske* aner Karsten Revsbech (1992) p. 72 ff. Et praktisk gennemslag kan ses i Vestre Landsrets domme af 16/2-1998 og 12/2-1999.

"At Forvaltningen saaledes i visse Tilfælde staar materielt frit i sine Afgørelser, betyder ... ikke, at Borgerne og det offentlige, saa langt det administrative frie Skøn er raadende, er uden *retlige* Garantier for Afgørelsens Rigtighed ... Inden for det frie Skøns Omraade møder vi ... en formel Mangel, som uden for dette Omraade i hvert Fald ikke spiller nogen selvstændig Rolle: det ulovlige Formaal".³⁸⁾

Fremstillingen af læren som et formelt spørgsmål peger som så mange andre dele af den klassiske teori tilbage til den franske model, som det vil ses nedenfor. Der er dog også en selvstændig logik i at placere subjektiv magtfordrejning som et procesrelateret og ikke et indholdsrelateret spørgsmål, da det normative sigte ikke er sagsbehandlings endelige afkast men snarere den forudgående indstilling, som beslutningstageren kan danne sig allerede under sagsberedelsen. Magtfordrejning betegnes således rammende af Poul Andersen som en "tilblivelsesmangel".

Den subjektive tese er ikke blevet entydigt bekræftet i dansk prøvelsespraksis. Faktisk er der meget få domspræmisser og ombudsmandsudtalelser, hvor man kan finde gengivne overvejelser om en kontrol af de motiverende indstillinger bag en given forvaltningsakt. Årsagerne til den sparsomme anvendelse af en subjektiv kontrol kan være mange, men det har formentlig spillet ind, at navnlig danske dommere generelt ønsker at udvise en stor *respekt* og forståelse for forvaltningens virke, og de fejltagelser, som måtte blive begået af dens ansatte. Forholdet er derimod på visse punkter et andet, når det gælder Folketingets Ombudsmand.

De objektive varianter: opgør og nyorientering

Domstolenes tøven over for en selvstændig efterprøvelse af skjulte forsætter bag anfægtelige administrative retsakter er grundlaget for en objektiviseret teori om magtfordrejning. Der er flere markante fortalere for et *opgør* med, eller dog en gennemgribende revision af, det klassiske udgangspunkt.

For så vidt angår den første af disse objektivister, nemlig Ole Krarup, er det karakteristisk, at der tale om et bidrag, der definerer sig i en næsten demonstrativ modstilling til den subjektive tankegang. Forfatterens betragtninger er først og fremmest vendt mod dogmet om et injudiciabelt skøn. Det er i snæver forbindelse hermed, at den subjektive magtfordrejningslære udsættes for hård kritik. En kritik, som er nådeløs i sin dom over lærens systematiske opbygning, og som river erfaringsgrundlaget under den klassiske teori væk ved at pointere, at denne teori er baseret på formodninger, som fra starten har været forældede:

"Fejlgrebet består i, at teorien stirrer sig blind på hensigten med udgangspunkt i, at de situationer, hvorunder forvaltningsretten er udviklet i forrige århundredes Sydeuropa med dets særdeles tvivlsomme hæderlighedsstandard, skulle kunne danne

38. Jf. Poul Andersen (1924) p. 167 f. Den sidste sætning i citatet er i øvrigt næsten ordret gentaget i forfatterens senere fremstillinger, f.eks. Poul Andersen (1965) p. 253.

baggrund for juridiske problemstillinger i det 20. århundredes Skandinavien. De administrative misbrug, man har søgt bekæmpet med magtfordrejningsreglen, har aldrig spillet nogen dominerende rolle herhjemme i nyere tid".³⁹⁾

Den objektive teori har modsat den subjektive teori solid forankring i *praksis*, og Ole Krarups indlæg har karakter af en minutøs påvisning af, at domstolene følger hans paradigme. Magtfordrejningsgrundsætningen er af Ole Krarup anskuet som et brohoved i en generel prøvelsesekspansion på domstolsniveau.

Den moderne hjemmelsorientering

Domstolsperspektivet er derimod nedtonet noget i de nyeste fremstillinger af magtfordrejningskonceptet, men de er alligevel uden tvivl udtryk for en overbygning på det *objektive* gennembrud og for en yderligere nyorientering og distancering i forhold til den subjektive grundskole. Disse teoretikere bygger, med Bent Christensen som bevægelsens hovedskikkelse, videre på den igangsatte marginalisering af hensigten som selvstændigt prøvelsesstema.

Hele diskussionen om den rette prøvelsesgenstand er dog ude af fokus for denne anden generation af objektivister, idet det essentielle for dem er at fremstille magtfordrejningslæren i et samspil med andre udfyldningsprincipper.⁴⁰⁾ I nyeste teori anskues tankegangen som en *integreret* del af et sæt af hjemmelsspørgsmål. Den traditionelle fiksering på borgernes behov for en håndfast og domstolsstyret inddæmning af øvrighedens beslutningskompetence er som udgangspunkt forladt.

Magtfordrejning bliver omdannet til en række formålsbetragtninger, som indtager en meget central placering i både reguleringen af både administrativ skøns- og fortolkningsvirksomhed. Den klassiske interesse for *formål* synes dermed at gå yderligere fremgang i møde, men der er tale om en Pyrrhus sejr.

I Bent Christensens magtfordrejningsprototype anvendes i vid udstrækning *nye* begreber og fremfor alt en selvstændig systematik. I hans og andre skribenters skildring af læren om usaglige formål, som en af flere veje til fastlæggelse af et legitimationsgrundlag for den *primære* afgørelse, lægges der i virkeligheden langt større afstand til det klassiske design end i Ole Krarups teori.

Denne teori er både i sin adressering og sprogbrug blevet uhyre systemorienteret. Ved at orientere sig mod den administrative beslutningstager som første led, i en eventuelt længere beslutningsskæde, får formålstankegangen endvidere en langt mere retskildelignende og *luftig* karakter, end tilfældet er i Ole Krarups og Poul

39. Jf. Ole Krarup (1969) p. 121.

40. Se ud over Bent Christensen (1997) p. 133 ff. også fremstillingerne af saglighedskravet i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 250 ff. og Jens Garde m.fl. (1997) p. 186 ff.

Andersens ugyldighedsorienterede værker. Det bliver nu efter min vurdering for alvor uklart, hvad formålsbetragtningernes *normative* budskab er.

Den kombinerede variant: en bearbejdet reprise

Som en sidste hovedvariant skal her nævnes forsøget på skabe en alliance mellem det subjektive og objektive begreb. Teorien er fremsat af Steen Rønsholdt, som går i brechen for en vis genoplivning af den klassiske afskyning af læren om det ulovlig formål men i en *stærkere* og på nogle punkter mere nuanceret form end tidligere. Denne bestræbelse på at danne en syntese mellem de meget skarpt optrukne fronter i den fremherskende teori tager udgangspunkt i en polemisering af det objektive domstolsparadigme.⁴¹⁾ Teorien er herudover bygget op som en deskriptiv afkodning af nogle ret komplicerede domsafsigelser. Der er ingen eksempler fra ombudsmandens praksis. Forfatterens egen klare holdning er, at domstolenes prøvelse *bør* omfatte en selvstændig vurdering af både forvaltningens bagvedliggende hensigter og forvaltningsaktens objektive præmisser.

Endelig skal det her nævnes, at teorien tager fat i det ømfindtlige spørgsmål om kombinerede kriterier, som ikke må forveksles med det, som i afhandlingen kaldes for den kombinerede magtfordrejningsteori. Dette spørgsmål har ofte vist sig at være magtfordrejningslærens akilleshæl, eftersom det både i praksis og teori doceres, at man i prøvelsessituationen kun kan skride ind over et usagligt formål, hvis det har været en *conditio sin qua non* for afgørelsen i sin helhed. Den kombinerede teori plæderer for en *generel* væsentlighedsvurdering. Tanken er, at eksistensen af en uvedkommende motivation uanset de konkrete omstændigheder betyder, at der er svigtet en garanti for den pågældende afgørelses lovlighed.

Den kombinerede teori lægger således op til en mere virkningsfuld regel om saglighed end selv den subjektive variant og fremstår i det hele taget som den meste *radikale* af de danske magtfordrejningshovedvarianter.

II.C.2. Frankrig

Den danske retsudvikling udspringer af fransk rets- og forvaltningstradition.⁴²⁾ Det er den højeste franske forvaltningsdomstol Conseil d'Etat, som først satte magtfordrejning på en uskreven formel. Det skete som et led i at dæmme op for misbrug af administrative beføjelser, og det blev en formel, som i sit hjemland fra først af blev brugt til at statuere eksempler over for *lokale* udløbere af den udøvende statsmagt. Disse klassiske eksempler på misbrug har vedrørt tilfælde, hvor en beføjelse har givet forvaltningen valgmuligheder og typisk et egentligt

41. Se Steen Rønsholdt (1987) navnlig p. 766 ff.

42. Det samme gør norsk ret og til en vis grad også svensk ret se henholdsvis f.eks. Eivind Smith (1986) og Åke Victorin (1956) p. 34 ff.

skøn, "un pouvoir plus or moins discrétionnaire". Man taler i fransk ret ikke om magtfordrejning i forbindelse med lovbundne afgørelser.⁴³⁾

Skabelsen af begrebet "détournement de pouvoir" som en retlig begrænsning af embedsmænds udfoldelsesmuligheder blev aktualiseret i løbet af anden halvdel af forrige århundrede. Den lokale og regionale del af statens bureaukrati fik under Den Anden Republik (1852-1870) friere spil end tidligere og blev tildelt flere beføjelser. I kombination med at det i Frankrig har vist sig vanskeligere at styre lokale end centrale administratorer, affødte disse decentraliseringsbestræbelser behovet for en markant indskriden over for øvrighedspersoner, der var gået langt over stregen i deres forvaltning af vide bemyndigelser.⁴⁴⁾

Det har formentlig rystet datidens "conseillers d'Etat" at blive konfronteret med sager om f.eks. en borgmester, der suspenderer lokale politifolk som privat hævn for, at de har optaget rapport over en af borgmesterens bekendte, eller om en anden skruppelløs "maire", der udnytter sin position til at gennemtrumfe stramme åbningstider for egnens restauranter med henblik på at blive af med ubehagelig konkurrence til sit eget udskækningssted. Eller om en lidt for nidkær præfekt, der træffer afgørelse om lukning af en fabrikation af tændstikker for at undgå en for det offentlige bekostelig og besværlig ekspropriation af fabrikken.⁴⁵⁾

Magtfordrejning som reaktionsform

Den klassiske periodes mange eksempler grove krænkelse af loyalitetspligten over for opgaven som lovens betroede forvaltere har været med til at gøre Conseil d'Etats domfældelser bombastiske og forargede. Den graverende karakter af magtfordrejning som fænomen har omsat sig i tilsvarende skarpe reaktioner. Præmisserne i franske magtfordrejningsdomme er ofte hårdere formuleret end i danske domme, hvor der er en udbredt tendens til at gå uden om selve ordet magtfordrejning. Franske dommere har ved at statuere "détournement de pouvoir" derimod valgt at lægge mindre skjul på, at de har følt sig direkte frastødt af fænomenet. Det er desuden karakteristisk, at visse franske retsafgørelser har individer som sine domfældte. Det er en klar afspejling af, at magtfordrejning i subjektiv forstand forudsætter en person med hensigter. Dansk prøvelsespraksis

43. Se f.eks. Charles Debbasch og Jean-Claude Ricci (1994) p. 603.

44. Se om denne periodes dekoncentration og decentralisering René Chapus (1990) p. 268 ff. og Jean-Marie Aubry (1970) p. 551 f. Se om det lokale aspekt f.eks. Lily Yousry (1989) p. 553. Magtfordrejningsgrundsættningens opståen og første udvikling i fransk ret beskrives og diskuteres generelt af Roger Vidal (1952) p. 275 ff.

45. Se Conseil d'Etat sag af 16/11 1900, Maugras, af 14/3 1934, Dlle Rault, rec 337 og af 26/II 1875, Laumonnier-Carriol, rec 934. Den berømte sag om Laumonnier-Carriol og den parallelle sag om M. Pariset er også omtalt i Johannes Ussing (1893) p. 93. For flere klassiske krænkelse se Poul Andersen (1924) p. 174 ff. og Ragnar Knoph (1921) p. 89.

er derimod præget af et *institutionelt* perspektiv, og det kan i sig selv have modarbejdet det klassiske franske magtfordrejningsbegrebs indtog i dansk ret.⁴⁶⁾

Den franske model er interessant, ikke kun for sin egen skyld, men fordi den har ligget som en indbygget *begrænsning* i den danske lære om subjektive hensigter. Det har været en af den subjektive teoris svagheder i dansk ret, at den med ældre fransk ret som sit kreative forbillede har fremstået som overdimensioneret og dermed har været meget sårbar over for kritik.

Der er således næppe tvivl om, at grove myndighedsmisbrug er et sjældnere fænomen i en nordisk end i en fransk sammenhæng. Dem danske lancering af læren om ulovlige formål er ude af proportioner i sin genspejling af øvrigheds-personer som selviske og kynisk beregnende. Fænomenets mindre udbredelse er dog i dansk teori som nævnt ovenfor eo ipso blevet brugt som grundlag for en lidt hurtig antagelse om, at magtfordrejningsbegrebet er et fremmedelement i dansk ret. Det vil her være min pointe, at der er et nogenlunde konstant behov for variation og *graduering* i prøvelsesmyndighedernes sanktionering af forvaltningens virksomhed, og at magtfordrejning som reaktion er mere egnet til at markere en afsmag over for bevidste, og ofte maskerede, skønsmisbrug end hjemmelskritik. Begrebet kan alene af den grund være værd af fastholde jf. IV.D.

Marginaliseringen af "détournement de pouvoir"

I fransk tænkning har man måske bl.a. på grund af de vedvarende eksempler på lav forvaltningsmoral ikke kasseret den subjektive hældning i forbudet mod magtfordrejning. Fransk teori er i modsætning til nyere dansk teori fortsat domineret af domstolsperspektivet. Selve terminologien er i fransk ret heller ikke undergået så tydelige forandringer som herhjemme, og begrebet har ydermere gennemgående haft nogenlunde samme normative hovedsigte. Der synes at være stor enighed om, at magtfordrejning refererer sig til at:

"l'autorité administrative a usé de ses pouvoirs dans un *but* autre que celui pour lequel ils lui ont été conférés. Il s'agit pour le juge d'apprécier quelles ont été les intentions de l'auteur de l'acte, ses mobiles". Andre taler om, at magtfordrejning "implique, de la part du juge, un contrôle plus poussé de la légalité administrative pour découvrir une irrégularité plus cachée".⁴⁷⁾

46. Se for den personelle orientering i fransk magtfordrejningspraksis f.eks. Conseil d'Etat sag af 11/5 1984, Maire de Calacuccia. Den institutionelle tilgang er et generelt kendetegn ved dansk ombudsmandsprøvelse, og den har nu fået et gennemslag i ombudsmandsloven jf. f.eks. §§ 7 og 19 og betænkning nr. 1272 af 1994 p. 126 ff.

47. Jf. henholdsvis Jacqueline Morand-Devilier (1995) p. 638, helt på linie hermed er f.eks. René Chapus (1990) p. 718, og Jean-Marie Auby og Roland Drago (1984) p. 411.

Det franske begreb har dog ligesom det danske set sin klassiske særstilling i teori og praksis svinde gevaldigt ind. Det var oprindeligt meget centralt placeret i domstolsprøvelsen, som kun omfattede to andre ugyldighedsgrunde, men af mere enkelt tilsnit, nemlig inkompetence, "incompétence", og visse elementære sagsbehandlingsmangler, "vice de forme".⁴⁸⁾ Læren om "détournement de pouvoir" var på den baggrund et raffinement og blev set som frontfigur i en første udvikling af fransk forvaltningsret.⁴⁹⁾ Denne storhedstid er forbi. Begrebet er blevet *marginaliseret* som led i den videre udvikling.

Som en grundlæggende årsag til marginaliseringen kan der måske peges på, at Conseil d'Etats udvikling af magtfordrejningslæren oprindeligt var ansporet af domstolens trang til at udvide sin egen position. Begrebet "détournement de pouvoir" er nemlig opstået som led i Conseil d'Etats pres for at få ophævet en oprindelig inkompetence over for forvaltningssagers *faktum*.⁵⁰⁾

I en bestræbelse på at sno sig uden om denne påtvungne prøvelsesbegrænsning kan dommerne have været særligt åbne over for et subjektivt prøvelsesredskab, som indirekte kunne give dem mulighed for efterprøve forvaltningens fastlæggelse og brug af faktum. Conseil d'Etat kan i konstruktionen af en kontrol af grænsen mellem tilladte og forbudte bevæggrunde have været styret af et underliggende ønske om at give sig selv større magt. Ophævelsen af denne prøvelsesbegrænsning har derfor måske været medvirkende til, at domstolens iver efter at praktisere læren om magtfordrejning har mistet noget af sit momentum.

Fremvækst af en almindelig hjemmelsprøvelse

Læren om "détournement de pouvoir" er desuden blevet mere perifer i takt med, at forbudet mod "violation de la loi" har vundet indpas i prøvelsessystemet. Ud over magtfordrejningslæren er "violation de la loi" blevet en anerkendt indgang "un cas d'ouverture" til en prøvelse af forvaltningsakters indhold. En kontrol af "la légalité interne" (indholdsmæssig lovlighed) kan ske via de to separate ugyldighedsgrunde "détournement de pouvoir" og "violation de la loi". Selv om man i fransk ret som udgangspunkt opretholder et mere *opdelt* og formaliseret prøvelsessystem end tilfældet er i dansk ret, minder den faktiske forkærlighed for en indholdsprøvelse af forvaltningsakter til dels om den hjemmelsorientering, som man ser både i dansk teori og praksis.

48. Conseil d'Etats kontrol af forvaltningens virksomhed er udviklet efter den administrative (hierarkiske) rekurs, som nok til dels har vist vejen for de enkle annullationsgrunde men *ikke* magtfordrejning jf. Louis Trotabas og Paul Isoart (1996) p. 273 f. Se i øvrigt om magtfordrejning som en form for inkompetence Roger Vidal (1952) p. 277 ff.

49. Se f.eks. Jean-Claude Ricci (1995) p. 11 og Eivind Smith (1986) p. 616. Ragnar Knoph (1921) p. 90 ser Conseil d'Etat omkring århundredeskiftet som en generel "retsfornyelse".

50. Se f.eks. Ole Krarup (1969) p. 21, 76 og 120 og Torsten Eckhoff og Eivind Smith (1997) p. 286.

Den systematiske fremstilling af domstolskontrollen med øvrigheden har dog i fransk ret været meget mere konstant end i dansk ret, selv om der er sket store forskydninger i anvendelsen og indholdet af de enkelte "cas d'ouverture". Et system med fire (eller undertiden fem) *faste* grunde kan set med danske øjne umiddelbart virke rigid. Et system af den art har dog den fordel fremfor et meget *flydende* og samspilsorienteret, at det opretholder forskelle mellem de forskellige ugyldighedsgrundlag. Et eksempel på en dansk teoretisk ramme, som helt opløser grænserne mellem de forskellige krav, og deres valør som sanktioner, er Bent Christensens "hjemmelsspørgsmål" jf. III.B.3

Magtfordrejningslæren har i fransk ret virket som løftestang for den *senere* fremvækst af en almindelig kontrol af "violation de la loi". I dag opfattes "détournement de pouvoir" af næsten alle teoretikere som et afblomstret begreb og som et residual i forhold til "violation de la loi".⁵¹⁾ Anvendelsen af det i sig selv meget komplekse forbud mod "violation de la loi" er blevet mere og mere udstrakt i Conseil d'Etats eftersyn med forvaltningens virksomhed, og det har også klart udkonkurreret læren om "détournement de pouvoir" som det teoretiske hovedbegreb uden dog at fratage læren dens selvstændighed.

Beviskravet for subjektiv magtfordrejning og for en afvigelse fra "den rette indstilling" har i tidens løb også vist sig forbundet med stigende vanskeligheder for franske domstolsjurister. Fænomenet magtfordrejning er på den side generelt blevet mere subtilt og fordækt, end det var førhen, og det har bidraget til en nedgang i begrebets relative betydning. Der statueres således færre domme for magtfordrejning end tidligere.

Franske forvaltningsdommere har som svar på en øget kamouflering af fænomenet skiftet prøvelsesmæssig fokus til mere *objektive* kriterier men har dog gradvis udvidet granskningen af forvaltningen til at omfatte meget mere end afgørelsens skriftlige udtryk.⁵²⁾ Betegnelsen "détournement de pouvoir" anvendes dog fortsat i de færre sager. Anvendelsen af en så skrap irrettesættelse skal muligvis ses i sammenhæng med, at Conseil d'Etat generelt ikke udøver en så mild og forsigtig en kontrol af administrativ virksomhed, som der er tradition for i Danmark.⁵³⁾

51. Se for den almindelige antagelse f.eks. Charles Debbasch og Jean-Claude Ricci (1994) p. 606 f. og i (enestående) modsat retning Lucienne-Victoire Fernandez-Maublanc (1992).

52. Se om nyere praksis om subjektivt magtfordrejningsbevis f.eks. Jean-Marie Auby og Roland Drago (1984) p. 418 ff. og om domsantal og udvidelse af prøvelsesgrundlag f.eks. André de Laubadère m.fl. (1994) p. 502 f.

53. Se for eksempler på nyere sager f.eks. Conseil d'Etat sag af 22/11 1985, Jouclas, af 13/11 1987, Decou, af 23/3 1988, Ville de Puteaux, rec 130 og af 25/1 1991, Brasseur. Se generelt om udviklingen af Conseil d'Etats skønssprøvelse f.eks. John Bell (1986) p. 100 ff. og om de historiske forudsætninger for den milde domstolskontrol i Danmark f.eks. Tim Knudsen (1995) p. 230 ff.

Udviklingen af kredsen af ulovlige formål

Magtfordrejning forbindes i fransk ret med en mere eller mindre fast kreds af "des buts irreguliers", som i meget vidt omfang er blevet overført til dansk og norsk ret. Det anføres ofte som et abstrakt udgangspunkt for magtfordrejningstanken, at en offentlig myndighed i modsætning til en privat aldrig står *frit* i sit valg af de formål, som kan ligge bag og udløse en retlig handling. Myndigheden kan ikke forfølge egennyttige og partikulære interesser men altid skal orientere sig mod og stræbe efter det almennyttige og generelle:

"Tout acte administratif quel qu'il soit ne peut jamais viser qu'un *but d'intérêt général*. La poursuite de l'intérêt général est, en effet, la règle de conduite obligatoire pour toute autorité publique ... C'est ce que l'on exprime parfois en disant qu'en matière de but il n'y a jamais de pouvoir discrétionnaire".⁵⁴⁾

Som følge heraf slår læren om "détournement de pouvoir" i første række ned på varetagelse af private formål, som kategorisk må udstødes fra administrativ skønsudøvelse. Det fremhæves så i anden række, at læren finder anvendelse over for varetagelse af offentlige formål, som nok er almennyttige, men som i den enkelte situation ikke kan forfølges af forvaltningen. Denne grundlæggende distinktion bygger ofte på en explicit kvalitativ forhåndsvurdering af grovheden af den pågældende magtfordrejning, således at forvaltningens skelen til (per se ulovlige) private og (konkret ulovlige) offentlige formål udgør henholdsvis primære og sekundære krænkelse.⁵⁵⁾ Den traditionelle typologi over ulovlige formål har også i fransk ret vist meget langtidsholdbar.

Det *finansielle* formål har som typeeksemplet på et offentligt formål været ofret meget opmærksomhed i fransk ret og forbindes her først og fremmest med lokal magtfordrejning.⁵⁶⁾ Det er i øvrigt ofte med udgangspunkt i denne formålstype, at man er begyndt at reformere visse dele af læren om magtfordrejning.

Det har således især været i forlængelse af det finansielle formål, at man i fransk retspraksis har måttet tage stilling til en forekomst af kombinerede kriterier, "une pluralité de buts". Det er på dette område blevet mere og mere klart, at ideen om selvstændige og klart adskillelige formål ofte er naiv. Der er mange eksempler på sager, hvor et omtvistet formål har været vævet ind en kompliceret flerhed af formål, og hvor den indklagede afgørelse ikke er blevet mødt ugyldighed, fordi

54. Jf. André Laubadère m.fl. (1994) p. 499 f.

55. Se om distinktionen f.eks. Jean Rivero og Jean Waline (1996) p. 223 f. og om grader af grovhed f.eks. Jean-Marie Auby (1970) p. 556 ff. og René Chapus (1990) p. 718 f.

56. Se f.eks. Lily Yousry (1989) p. 553.

domstolen har set f.eks. det dubiøse finansielle formål som underordnet andre lovlige og mere tungtvejende formål.⁵⁷⁾

II.C.3. Norge

Norsk ret har ikke i sig selv været udgangspunktet for dansk ret men har i sin dyrkelse af fransk ret *foregrebet* og understøttet fremvæksten af det klassiske danske begreb. I mangel på en hjemlig forvaltningsdomstol har både dansk og norsk ret måttet finde argumentationen for en viljesteori i Conseil d'Etats praksis.

Den norske forløber for dansk teori er Ragnar Knoph, som i en tværdisciplinær analyse af *hensigtens* betydning for grænsen mellem ret og uret gør sig til fortaler for en norsk reception af det franske forbud mod "détournement de pouvoir":

"At denne rettsregel ... i sine virkninger har vært heldig, tør den enstemmige anerkendelse i den franske teori være bevis nok på. Den smidiggjør og gjenømtrenger hele forvaltningsretten, og beskytter borgerne mot administrativ vilkårlighet. Den er i pakt med den ånd som fyller den moderne offentlige rett".⁵⁸⁾

Udover en retsdogmatisk argumentation til støtte for eksistensen af en norsk tabuering af subjektiv usaglighed indeholder værket mange almene overvejelser om det, som hos Poul Andersen i en mere udpenslet form bliver til en lære om magtfordrejning og til en distinkt terminologi. Ragnar Knoph skelner bl.a. mere udtrykkeligt end sin danske efterfølger mellem retmæssigheden af en hensigt og muligheden for at tvangshåndhæve et forbud mod usaglige hensigter.⁵⁹⁾ Denne skelnen løsriver saglighedsbedømmelsen af en hensigt fra den prøvelsesspecifikke diskussion om kausal forbindelse mellem en ulovlig hensigt og selve afgørelsen. Det er i øvrigt en skelnen, som går igen i meget af senere norsk teori, hvorimod dansk teori ofte kun har haft prøvelsesperspektivet i tankerne.

Den klassiske norske lære vedkender sig de praktiske vanskeligheder, som vil kunne opstå i en eftersøgning af forvaltningens egentlige bevæggrunde. Uden at pege på en løsning af disse prøvelsestekniske udfordringer argumenterer Ragnar Knoph alligevel for vigtigheden af en primær regel med hensigten som normativt sigte. En anerkendelse af en klar subjektiv fordring til myndighedsudøvelsen ses som et afgørende led i skabelsen af retlige rammer om forvaltningens frie skøn;

57. Se f.eks. Jacqueline Morand-Deville (1995) p. 639, som anskuer domstolenes tolerance over for finansformål, som blot er "complémentaire", som udtryk for en liberalisering.

58. Jf. Ragnar Knoph (1921) p. 90. Den subjektive magtfordrejningslære er med visse sproglige fornyelser videreført af bl.a. Frede Castberg (1955) p. 204 ff.

59. Se Ragnar Knoph (1920) p. 83 ff. Denne skelnen bemærkes i øvrigt ikke i henvisningen til norsk teori hos Poul Andersen (1924) p. 210.

et skøn, som her i sig selv anses for at være værdifuldt. Tankegangen er, at en retsregel kan have signalværdi uanset dens håndhævelse.

En moderat objektivisering af læren om "utenforliggende hensyn"

Den norske begrebsudvikling hviler med Ragnar Knoph på en meget begejstret opbakning til en viljesregulering. Tendensen i nyere norsk ret er imidlertid en bevægelse væk fra den subjektive indfaldsvinkel, uden at objektiveringen synes at være blevet ført helt så *vidt* som i nyere dansk ret.

Objektiveringen af det norske magtfordrejningsbegreb har fundet sted i flere faser. I Torstein Eckhoffs oprindelige fremstilling af den almindelige forvaltningsret er den traditionelle interesse for forvaltningsmyndigheders faktiske motivation afløst af en mere præmisorienteret tilgang, selv om der langt fra er tale om en direkte *afvisning* af den subjektive lære. I denne mellempperiode er det spørgsmålet om hvilke hensyn, som kan karakteriseres som udenforliggende i forhold til loven eller en almindelig saglighedsnorm, som er i centrum.⁶⁰⁾

Det er først i nyere teori, at objektiveringen er blevet tydelig. Opmærksomheden på præmisspørgsmålet udspringer bl.a. af en iagttagelse af, at norske domstole gennemgående har været mest optaget af at efterprøve de objektive dele af konkrete forvaltningsakters præmisser. Selv i de tilfælde hvor en uvedkommende administrativ intention uden videre er kommet op til overfladen, har norske dommere ligesom danske dommere vist sig mest disponerede for at anvende objektive prøvelseskriterier som grundlag for en kontrol og for en kritik.

Det hører dog med i det samlede billede af norsk magtfordrejningstænkning, at man ikke helt har afskrevet en subjektiv formålsskontrol og en subjektiv teori. Domstolene prøver visse af de "øverste" led i en subjektiv motivationskæde, og kontrollen med subjektive administrative formål antages således trods alt at have bibeholdt en relativ *større* betydning i norsk ret end i moderne fransk ret.⁶¹⁾ For så vidt angår de forskellige teoretiske positioner i norsk magtfordrejningsteori er det med henvisning til den så polariserede debat i Danmark blevet påpeget:

" ... at det i norsk teori ikke har vært hevdet at den objektive premisskontroll skulle *erstatte* kontrollen med om forvaltningen har hatt subjektivt ulovlige hensikter. Det er i det hele tatt vanskelig å se hvorfor en objektiv kontroll med forvaltningens premisser skulle utelukke at domstolene satte til side en avgjørelse som var motivert

60. Se herom f.eks. Erik Boe (1978) p. 355 ff.

61. Se herom Eivind Smith (1986) p. 628 og om prøvelse af subjektive underlag f.eks. Erik Boe (1978) p. 355 ff. og Jan Frithjof Bernt (1978) p. 288 ff.

ut fra ulovlige hensikter, selv om det også skulle være mulig å begrunne avgjørelsen innenfor rammen av lovens hensyn".⁶²⁾

Norske domstoles hang til en objektiv prøvelse har bevirket et *strengene* faktisk eftersyn med forvaltningens skøn.⁶³⁾ En objektiveret prøvelse er nemmere at praktisere end et krav om saglighed på et dybereliggende men ofte uhåndgribeligt plan. Dette er vigtigt at få med i forståelsen af magtfordrejningsideens udbredte bevægelse væk fra det subjektive. De respektive domstole har for så vidt nok ønsket at udvide kontrollen med forvaltningens retlige virksomhed. Bevægelsen står imidlertid over for det dilemma, at domstolene dermed (formentlig utilsigtet) er kommet til at signalere, at der *ikke* stilles krav til motivernes lodighed.

Kredsen af ulovlige formål

Den praktiske baggrund for ældre norsk ret er navnlig eksempler på tvivlsomme afgørelser i henhold til alkohollovgivningen. De norske domstole har her bl.a. måttet tage stilling til lovligheden af fiskale og fagforeningsmæssige formål.⁶⁴⁾ Der er heller ikke i norsk ret oplagte panderter til de meget grove misbrug af administrative beføjelser, som kendes fra den klassiske periode i Frankrig. I Norge er myndigheders varetagelse af private formål således en sjældenhed.⁶⁵⁾

Interessen har i Norge samlet sig om de samme formålskategorier, som har domineret dansk magtfordrejningslære. Myndigheders varetagelse af parti- og fagforeningspolitiske formål har f.eks. fået meget opmærksomhed i forbindelse med ansættelser og afskedigelser i forvaltningen, ligesom spørgsmålet om hensyntagen til offentlige finanser har affødt debat.⁶⁶⁾

II.D. Forholdet til legalitetsprincippet

Med de forskellige danske magtfordrejningsvarianter i baghovedet går jeg nu videre til at behandle et fundamentalt grænsefladespørgsmål: afgrænsningen af læren om magtfordrejning over for forvaltningsrettens ideal om lovmæssighed eller legalitet.

62. Jf. Hans Petter Graver (1996) p. 186.

63. Se herom Erik Boe (1994) p. 328.

64. Se f.eks. Nrt 1912 s. 97, 1913 s. 273, 1919 s. 449 og 1933 s. 548. Om denne praksis er udtryk for en entydig subjektiv lære kan diskuteres jf. Eivind Smith (1986) p. 622 ff.

65. Se om magtfordrejning som fænomen i Norge f.eks. Frede Castberg (1955) p. 206.

66. En løs ansats til en typologi kan ses hos Ragnar Knoph (1921) p. 88 ff. og moderne videreførelse heraf findes mange steder f.eks. i Torstein Eckhoff og Eivind Smith (1997) p. 290 ff. Se om ansættelsessager f.eks. Eivind Smith (1981) p. 282 ff. og for nyere praksis om bl.a. lovligheden af finansielle formål Nrt 1990 s. 1235 og 1996 s. 78.

Afsnittet vedrører magtfordrejningsgrundsætningens begrebsmæssige indplacering i den almindelige forvaltningsret, og hovedformålet er at belyse *udviklingen* i forholdet mellem grundsætningen og legalitetsprincippet.

II.D.1. Magtfordrejning og legalitet

I den almindelige forvaltningsretlige litteratur er det den herskende opfattelse, at magtfordrejningslæren må anskues som en af flere:

"forvaltningsretlige regler, som gælder for den udfyldende virksomhed, som finder sted inden for de rammer, som legalitetsprincippet sætter".⁶⁶

Det er i forlængelse heraf også min anskuelse, at et grundprincip om lovmæssig forvaltning, hvordan det end måtte opbygges og praktiseres, må udgøre det *første* og mest vidtfavnende bud i forvaltningsretten, medens læren om usaglige hensyn i forhold hertil trods alt har en mere sekundær og specifik karakter. Det er af ombudsmanden udtrykt således:

"Forvaltningens konkrete afgørelsesvirksomhed er underlagt en række almene, retlige begrænsninger. Særligt væsentligt er legalitetsprincippet, som kort går ud på, at afgørelser der pålægger borgerne byrder eller tillægger dem rettigheder, skal have hjemmel, typisk i lov eller bekendtgørelse ... I den udstrækning afgørelsens retlige forudsætninger eller deres indhold ikke er beskrevet i hjemmelsgrundlaget, er det overladt til forvaltningen selv at fastlægge de relevante kriterier og foretage afvejningen samt udforme afgørelsens indhold. Denne udfyldende eller skønsmæssige virksomhed af styret af nogle grundprincipper der navnlig er udviklet i domstolenes og ombudsmandens praksis" jf. FOB 97.63

I det følgende præsenterer jeg forskellige overvejelser og tanker om den i det store hele givne "ramme" om bl.a. formålslæren. Sigtet er bl.a. derigennem at forberede den senere dissektion af teori og praksis om saglige afgørelser.

Det er efter min opfattelse ikke i en magtfordrejningssammenhæng nødvendigt at levere en udtømmende fremstilling af legalitetsprincippet i alle dets afkroge. Det er i sig selv vanskeligt at give et præcist svar på, hvad der efter dette princip samlet set gælder for forvaltningen, ligesom spørgsmålet om, hvad princippet bør dække og konkret indeholde, er kompliceret. En undersøgelse af disse spørgsmål er tiltrængt og for så vidt til stadighed et basalt emne for doktrinen.

Pointen med min diskussion af forholdet til legalitetsprincippet er først og fremmest at pege på de fundamentale uklarheder, der opstår i forbindelse med en objektivering af magtfordrejningsbegrebet.

66. Jf. Jens Garde m.fl. (1997) p. 131.

Fra autonomi til integration

Det naturlige mål for en diskussion af magtfordrejningsbegrebets forhold til legalitetsprincippet er en grænsedragning. Det er nærliggende at undersøge, om læren om ulovlige formål i teori og praksis er blevet udsondret fra "almindelige" hjemmelskrav. Det traditionelle udgangspunkt for teorien er således spørgsmålet om lærens selvstændige indhold, og det er også min tilgang men set over tid. Det afgørende for mig er at fremhæve forandringer, og til det brug er retslitteraturen igen valgt som undersøgelsens primære genstand. Det vil i det følgende blive beskrevet, at den subjektive hovedvariant lægger op til en *skarp* afgrænsning, og at forbudet mod ulovlige formål her er tiltænkt en fast plads.

Derimod bliver læren om objektiv magtfordrejning som nævnt gjort til en integreret del af hjemmelsproblematikken. Moderne objektiv teori behandler dog fortsat læren om magtfordrejning og det almindelige legalitetsprincip hver for sig, selv om de opfattes som snævert forbundne. I modsætning til den klassiske lære er det objektivisternes grundholdning, at legalitetsprincippet er det normative hovedbegreb, og at saglighedskonceptet må degraderes til at være en meget *diffus* del heraf. Rent logisk tages skridtet dog ikke fuldt ud i den objektive variant, idet det almindelige krav om lovgivers bemyndigelse alligevel ikke fortrænger "formålsbetragtninger" fra det retsvidenskabelige landkort. Selv den objektive teori synes at opretholde en vis selvstændighed for læren om formål.

Inden vi imidlertid ser nærmere på denne integrationstendens, vil jeg udpege de sider af legalitetsprincippet, som er relevante ud fra afhandlingens perspektiv.

Behovet for lovgivningsmagts bemyndigelse

Af interesse for afgrænsningen er først og fremmest den del af princippet om lovmæssig forvaltning, som kaldes for *hjemmelskravet*. Hovedbudskabet er, at offentlige myndigheder ikke kan træffe afgørelse uden den fornødne bemyndigelse fra lovgivningsmagten. Forvaltningen træffer afgørelse og agerer i øvrigt som udgangspunkt i henhold til lov eller eventuelt anden retskilde. Dette krav retter sig mod de betingelser og præmisser, der skal være opfyldt, for at en konkret forvaltningsafgørelse kan træffes.

Tankegangen om administrationens behov for lovgivningsmagts mandat er dog meget bredere end læren om usaglige hensyn, som dels traditionelt er knyttet til en bestemt slags lovregler, nemlig de skønsmæssige, og dels til en bestemt slags afgørelser, nemlig de bebyrdende. Dette uddybes nedenfor. Derimod griber legalitetsprincippets andet led, *den formelle lovs princip*, ikke på samme direkte måde ind i kravet om saglig supplering af upræcise lovregler. Den formelle lovs princip vedrører afgørelsens indhold og fremstilles ofte som forvaltningsrettens retskildelære. Forvaltningens handlinger må ikke stride mod gældende ret.

Behovet for overhovedet at stille et krav om lovgivningsmagts bemyndigelse skal ses i lyset af grundlæggende træk i forfatningen, hvorefter lovgiver er den

suveræne. Lovgivningsmagten kan inden for bl.a. grundlovens vide rammer lade sig lede af en *alsidig* og ubegrænset kreds af interesser og hensyn, hvorimod den udøvende magt principielt er underlagt snævre og *specielle* bindinger af sine retlige udfoldelsesmuligheder

Det er loven, og lovens formål, der definerer forvaltningens beslutningsgrundlag. Den administrative udfyldning af uklare bestemmelser i lov og bekendtgørelser må ikke vilkårligt lade sig påvirke af de berørte parter og skal respektere dommerskabte retsgrundsætninger f.eks. specialitetsprincipperne, som ikke (på samme måde) gælder den lovgivende magt. I *yderste* konsekvens afspejler et vidtgående krav om hjemmel i formel lov det nævnte retsstatslige ideal om, at den udøvende magt skal være afskåret fra at have selvstændige interesser. Ideen er, at lovgivers vilje og prioriteringer skal føres ufarvet ud i livet af en neutral og docil forvaltning, som henter sin (vigtigste) legitimation fra parlamentets vedtagelser.

"... lovgivningsmagtens retlige magt legitimeres ved den almindelige valgret. Ved at *kræve*, at folketinget skal være med til at bestemme, hvad forvaltningen skal foretage sig, bekræfter man den almindelige valgets demokrati og forvaltningens uselvstændige og *afluede* stilling i statsstyrelsen" (her fremhævet).⁶⁷⁾

Som nævnt ovenfor kan magtfordrejningsbegrebet dog ses som en modifikation af en optimal magtfordeling i retsstaten. Her kommer det til udtryk ved, at dette begreb netop *forudsætter* muligheden for egensindige målformuleringer på det udøvende niveau, og at der i forlængelse heraf kan være et behov for at dæmme op herfor. Læren er således et af forvaltningsrettens svar på de udfordringer, som er opstået, fordi den klassiske forestilling om et strengt regelbundet bureaukrati ikke er blevet realiseret og navnlig i dag virker helt utopisk.⁶⁸⁾

II.D.2. Legalitetsopfattelsen i den subjektive variant

Udviklingen går mod at omdanne eller reducere magtfordrejningsbegrebet til et almindeligt hjemmelskrav i den forstand, at den fremherskende objektivisering betyder en absorption af begrebet i kravet om hjemmel, her forstået som et krav til afgørelses materielle lovlighed og rigtighed.

Også i den subjektive variant er læren om magtfordrejning dog i en vis forstand inkorporeret i domstolenes kontrol af forvaltningsakters legalitet. Det judicielle eftersyn med forvaltningen kan ikke udstrækkes til skønsspørgsmål men kun til legalitetsspørgsmål i grundlovens forstand, *herunder* spørgsmålet om usaglige bevæggrunde. Læren om usaglighed er efter den subjektive model at betragte som et legalitetsspørgsmål, fordi det som en formel mangel kan legitimere en *kontrol*

67. Jf. Bent Christensen (1987) p. 192. Forfatteren er skeptisk over for et ufravigeligt krav.

68. Se generelt om disse udfordringer f.eks. Hans Petter Graver (1996) p. 14 ff.

af det frie skøn, men en sådan sprogbrug har ikke umiddelbart noget med det materielle legalitetsprincip at gøre.

Det er i teorien navnlig Poul Andersen, der opfatter magtfordrejning som en selvstændig og specifik størrelse ved siden af prøvelsen af forvaltningsakters indhold. En systematisk separation mellem en formel formålsskontrol og en materiel hjemmelskontrol er for så vidt vital for hans skønsteori jf. III.B.1. Princippet om lovmæssig forvaltning er i hans system delt op i to, dels et krav om at administrative afgørelser ikke må være i strid med gældende ret, og dels et krav om at afgørelser skal have hjemmel. Alene det faktum, at gennemgangen af disse krav er anbragt *efter* fremstillingen af ugyldighed på grund af ulovligt formål viser, at det er illegitime formål, der spiller hovedrollen.⁶⁹⁾

Det er Poul Andersens tanke, at et krav om hjemmel skal garantere den lovgivende magts aktive medvirken i forbindelse med *indgrebs*forvaltning. Der er med andre ord tale om et materielt hjemmelskrav:

"I Princippet om lovmæssig Forvaltning ligger ... at i hvert Fald Indgreb fra Forvaltningsmyndighedernes Side i Borgernes samt privatretlige og offentligretlige juridiske Personers, herunder Kommuner, Frihed og Ejendom kun kan finde Sted med direkte eller indirekte Hjemmel i en formel Lov eller dermed sidestillet Retsnorm" ... "Jo mere dybtgaaende Forvaltningsakten gør Indgreb i Borgernes Frihed og Ejendom, des sikrere maa i Almindelighed Hjemmelen være".⁷⁰⁾

I en konstitutionel retsstat er indgreb forbeholdt den lovgivende magt. Kravet om lovmæssighed er i sin traditionelle udformning således begrænset, idet kravet ikke kan fastholdes med "samme strengthed" i relation til forvaltningens begunstigende dispositioner. Det er i den forbindelse blevet nævnt, at læren om ulovlige formål har et *videre* sigte end legalitetsprincippet og skal ses som et "ideologisk supplement" til legalitetsprincippet.⁷¹⁾ Synspunktet er, at kravet om saglige hensigter/hensyn har en større aktionsradius end legalitetsprincippet, fordi det bl.a. kan legitimere en kontrol af konkrete forvaltningsakter til *gunst* for borgeren.

Det skal dog også nævnes, at magtfordrejningsbegrebet i Poul Andersens version er tiltænkt et bestemt anvendelsesområde, og at begunstigende afgørelser ligger i periferien af begrebets nedslagsfelt. Den danske lære om magtfordrejning er i øvrigt en selvstændig erstatning for, og ikke blot et supplement til, en materiel

69. Jf. Poul Andersen (1965) p. 387. Denne tvedeling videreføres i Jens Garde m.fl. (1997) p. 132, hvorimod legalitetsprincippet af Torstein Eckhoff og Eivind Smith (1997) p. 236 opfattes som *et* krav om hjemmel. Se for en tredeling Hans Petter Graver (1996) p. 160.

70. Jf. Poul Andersen (1965) p. 389 og 392.

71. Se Jan Fridthjof Bernt (1978) p. 243 f.

kontrol, og læren skal afbøde, at "materien" i den frie del af forvaltningens konkrete subsumption falder uden for domstolenes kompetence.⁷²⁾

Magtfordrejningsbegrebets faste plads

Det er karakteristisk, at magtfordrejningsteorien fra sin skabers hånd er tildelt et nøje angivet og ret snævert anvendelsesområde, ligesom læren inden for det frie skøn opererer inden for faste, omend ikke nødvendigvis logiske, rammer. Jeg sigter med dette forbehold til kritikken heraf i den objektive teori men også til, at grundsætningen om usaglige formål i retspraksis har fundet vej til helt andre situationer end den typiske skønsmæssige forvaltningsakt jf. IV.D.3.

Forbudet mod ulovlige hensigter udgør hovedhjørnestenen i den traditionelle liste over grænser for det frie skøn, og forbudets "raison d'être" er minutiøst afstemt med læren om et materielretligt unormeret og ukontrollabelt skøn. Som nævnt er det Poul Andersens kongstanke at holde læren om ulovlige formål i reserve som en autonom kontrolmekanisme inden for det frie skøn, og læren er markedsført som en ekstra garanti for borgeren mod forvaltningens misbrug af sin handlefrihed. Derimod har kontrollen af formål ingen betydning for den administrative fortolkning og retsanvendelse, idet der på disse områder i forvejen er sikret domstolene en materiel prøvelseskompetence jf. grundloven § 63 stk. 1.

Den subjektiv teori om ugyldighed på grund af ulovligt formål er knyttet til prøvelsen af konkrete forvaltningsakter, og det her den retligt *ubundne* afgørelse, der er omdrejningspunktet. Den efterfølgende formålsskontrol opfattes således som en nødvendig modvægt til den uindskrænkede myndighedsudøvelse i de tilfælde, hvor lovgiver ikke har markeret de retsbetingende kendsgerninger i en regel. Endvidere er Poul Andersens teori koncentreret om bebyrdende forvaltningsakter, idet hensynet til den begunstigede borger i en prøvelsessituation ofte vil opveje et ulovligt formål. Denne kerne i princippetets anvendelsesområde kompletteres af forskellige ikke-konkretiserede modifikationer så som f.eks., at forbudet mod ulovlige formål i en modificeret form kan være et værn mod usaglige elementer i forvaltningens generelle retsakter.⁷³⁾

II.D.3. Legalitetsopfattelsen i den objektive variant

Denne systematik ændrer sig radikalt i den tolkning af retspraksis, som Ole Krarup gør rede for i "Øvrighedsmyndighedens grænser". Forholdet mellem den formelle formålsskontrol og den materielle præmisbedømmelse vendes på hovedet i en argumentation for, at der reelt sker (og må ske) en sammensmeltning af den prøvelse, som tidligere teori har spaltet op i henholdsvis magtfordrejnings- og

72. Se også Torstein Eckhoff (1992) p. 259, der understreger, at magtfordrejningslærens optagelse i norsk ret gav domstolene mulighed for at *skærpe* kontrollen med forvaltningen.

73. Se fra praksis f.eks. U 57.311 H og 30.876 H.

legalitetskontrol. Fusionen består nærmere i, at legalitetsprincippet bliver gjort til hovedbegrebet, og at magtfordrejning som selvstændig kategori forsvinder.

Legalitetsprincippet er det overordnede princip i den forstand, at spørgsmålet om uvedkommende hensyn ikke bliver aktuelt, hvis prøvelsesmyndighederne i første række skrider ind over for en afgørelse med henvisning til manglende eller mangelfuld bemyndigelse. Efterprøvelsen af magtfordrejningsreglen er suspensivt betinget af der konkrete afgørelses overensstemmelse med legalitetsprincippet. Bortset herfra fastholder den objektive teori i en vis udstrækning den klassiske formulering af kravet om lovmæssig forvaltning, som dog også kritiseres for at være uklart på en række punkter.⁷⁴⁾

Det objektive hovedstandpunkt er, at domstolenes præmiskontrol omfatter *alle* de momenter, som tidligere er blevet henført under prøvelsen af magtfordrejning, og at saglighedslæren i praksis er blevet absorberet af en altfavnende materiel prøve. Princippet om lovmæssig forvaltning gælder altså også *inden* for den administrative skønsudøvelse, som heller ikke her uden videre er fri for retlige efterspil. Efter påvisningen af domstolenes objektive kontrol af ulovlige formål, er det blevet problematisk at trække en linie mellem kontrollen af kravet om hjemmel og kontrollen af saglighedskravet. Jens Garde konstaterer:

"at mange domstolsafgørelser, hvor magtfordrejningsgrundsætningen har været gjort gældende, i præmisserne udtrykker sig i en hjemmelsterminologi".⁷⁵⁾

Bemyndigelseskrav som moderne overbegreb

Også på dette område har Bent Christensen dannet sine egne begreber, som er frigjorte fra såvel den ældre forståelse af magtfordrejnings- som legalitetsprincip. Magtfordrejningslæren *fastholdes* imidlertid fremstillingsmæssigt som et vigtigt udfyldningsgrundlag, men denne retsfigur sættes af Bent Christensen ind i en meget facetteret ramme. Han benytter bl.a. et mere varieret retskildegrundlag end sine forgængere jf. III.B.3.

Hvor både Poul Andersen og Ole Krarup isolerer ugyldighed på grund af brud på magtfordrejningslæren til at være et anliggende mellem domstolene og øvrighed, er ombudsmandspraksis og lovgivning trukket ind under begrebet hos Bent Christensen. Denne åbning i retskildegrundlaget er dog muligvis en nødvendig følge af, at ombudsmandsinstitutionen har markeret sig så stærkt som ekstern forvaltningsretlig ekspert og af, at lovproduktionen er øget.

Fordringen om lovlige formål skildres af Bent Christensen desuden som noget helt nyt som et krav rettet til førsteinstansen, og bedømmelsen af mulige sanktioner

74. Se Ole Krarup (1969) bl.a. p. 80.

75. Jf. Jens Garde m.fl. (1997) p. 181.

er ikke mere uløseligt forbundet med det primære krav. Dette perspektiv fører en omfattende revision af magtfordrejningslære og legalitetsprincip med sig.

Bent Christensen anvender ikke udtrykket legalitetsprincip men koncentrerer sig om en kasuistisk analyse af hjemmelskravet, nu kaldet kravet om *bemyndigelse*. Dette udtryk betoner, at forvaltningen forudsættes at handle efter fuldmagt fra lovgiver, og at den udøvende magt afleder sin kompetence fra loven. Ud fra en pædagogisk synsvinkel er behandlingen af det grundlæggende bemyndigelseskrav i øvrigt lidt forvirrende placeret meget sent i fremstillingen og har til og med fået en lidt skitsepræget form i en ellers meget nuanceret bog.

Et generelt indhold af kravet om bemyndigelse er dog umuligt at tilvejebringe i følge Bent Christensen. Et af de få generelle spørgsmål, som imidlertid stilles er, om der af legalitetsprincippet kan udledes en nedre grænse for, hvor upræcis en retsregels beskrivelse af retsfaktum kan være. Med en vis tøven svares der ja.⁷⁶⁾

Den øvrige nyere forvaltningsretslitteratur anskuer også princippet om lovmæssig forvaltning som det mest grundlæggende hjemmelskrav, og en overlappning mellem dette hjemmelskrav og magtfordrejningslæren er uundgåelig.⁷⁷⁾

En definition af relationen mellem det generelle krav om hjemmel og det særskilte udfyldningsprincip, som dækkes af magtfordrejningslæren, findes i Jens Gardes kapitel om forvaltningsrettens saglige krav. Selve udtrykket "saglige krav" antyder, at magtfordrejningslæren i moderne forvaltningsret indgår i et team af *almene* fordringer om saglig forvaltning. Som nævnt ser Jens Garde denne lære som en retsgrundsætning, som gælder for den udfyldende virksomhed, som finder sted inden for de rammer, som legalitetsprincippet sætter. Og det tilføjes:

"*Udover de overordnede krav, som udspringer af legalitetsprincippet ... er forvaltningen bundet af en række forvaltningsretlige grundsætninger, som stiller krav til den udfyldende virksomhed, som må tilrettelægges inden for lovens rammer*" (her fremhævet).⁷⁸⁾

Det bemærkes, at magtfordrejningslæren her er et underordnet led i kravet om lovmæssig forvaltning, men at læren ikke umiddelbart frakendes et vist indhold. Magtfordrejningstankegangen er et dommerskabt udfyldningsprincip, som angår forholdet mellem den offentlige forvaltning og den dømmende magt, hvorimod legalitetsprincippet i sin abstrakte form fremtræder som et magtfordelingsprincip

76. Jf. Bent Christensen (1997) p. 250 ff. Se herom også Jens Garde m.fl. (1997) p. 184. Legalitetsprincippet er mere udførligt beskrevet i Bent Christensen (1980) bl.a. p. 35 ff.

77. Se Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 209 og Jens Garde m.fl. (1997) p. 131.

78. Jf. Jens Garde m.fl. (1997) p. 181 jf. p. 131 og 150.

af betydning for den udøvende magt og lovgivende magt. Herudover er forholdet mellem de to retsprincipper imidlertid selv i teorien blevet uklart.

Kapitel III

Teoretiske positioner

III.A. Introduktion

Hovedformålet med dette kapitel er at afdække og diskutere den teoretiske udvikling af magtfordrejningskonstruktionen. Kapitlet forfølger afhandlingens to hovedtemaer og uddyber desuden bl.a. doktrinens selvopfattelse.

I gennemgangen af magtfordrejningsbegrebets teoretiske opbygning analyseres de nævnte hovedvarianter. Jeg har valgt at opdele teorien i fire dele, selv om der for så vidt er flere enkeltstående bidrag. Den moderne hjemmelsorienterede variant dækker over en samling af forfattere, som er beslægtede i deres grundsynspunkter.

Den klassiske variant har udgjort det faste afsæt for den omfattende doktrinære bearbejdelse af præmisspørgsmålet, og nyere teoretikeres anvisning på en adækvat regulering af saglig udfyldningsvirksomhed er explicit eller implicit begyndt ved valget mellem en afvisning eller modernisering af viljesteorien. Der peges her på den begrebsmæssige sammenhæng med dogmet om det frie skøn, som for de to første hovedvarianter har været indgangen til magtfordrejning. Desuden uddybes bl.a. det synspunkt, at de normative yderpunkter udgøres af den klassiske viljesteori og den moderne konstruktion af abstrakte formålsbetragtninger jf. III.B.

Teoriudviklingen illustreres herudover gennem en behandling af den klassiske typologi over ulovlige formål. Udgangspunktet for denne del af kapitlet er en konstatering af, at den teoretiske debat om typologien har været begrænset. Det er den "sorte" liste over private, fagforeningspolitiske og finansielle formål, som præsenteres, medens de nyere "hvide" lister ikke omtales nærmere i denne afhandling. De traditionelle specialitetsprincipper og deres nutidige status samt bedømmelsen af formålsflerhed belyses også jf. III.C.

En samlet diskussion af magtfordrejningsteoriens valg og karakteristika afrunder kapitlet. Især præmisspørgsmålets udvikling vurderes nærmere. Det er min indstilling, at den meget udstrakte begrebsobjektivering, som har fundet sted i moderne dansk ret, repræsenterer en uheldig udvikling. Teorien bør efter min opfattelse *uanset* magtfordrejningsbegrebets faktiske praktisering klargøre den subjektive fordring til forvaltningens virksomhed jf. III.D.

III.B. Begrebsopbygning

Den følgende analyse behandler først den generelle opbygning af læren om usaglige formål navnlig teoriens angivelse og opfattelse af lærens normative sigte. Et af de danske hovedspørgsmål har været prøvelsens genstand, først og fremmest set fra et dommerperspektiv, og de forskellige sider af den praktiske kontrol er derfor gennemgående blevet sat meget højt på også den teoretiske dagsorden. Der er i dansk magtfordrejningsteori derimod kun fremsat relativt få bud på, hvad en lære om magtfordrejning ud fra friere og måske endog ideelle forestillinger kunne bruges til inden for en given sammenhæng.

III.B.1. Klassisk magtfordrejning

Der er Poul Andersen, som man altid forbinder med den oprindelige danske pendant til læren om "détournement de pouvoir", og han er da også hovedfiguren i dette afsnit. Han er den, der har skrevet mest om emnet.

Men det er faktisk forfatteren Johannes Ussing, som er den første til at beskrive denne del af fransk forvaltningsret. Det sker i hans disputats fra 1893 "Om Afgørelsen af Tvistigheder med Forvaltningen", hvor hovedformålet dog ikke er at opstille retlige principper om forvaltningens diskretionære beføjelser men at undersøge forskellige forvaltningsdomstole herunder den franske. Ud over at referere Conseil d'Etats praksis anføres ikke desto mindre følgende:

"Fra *dansk Retspraksis* kan der ikke nævnes ret mange Eksempler paa, at administrative handlinger ere blevne erklærede ugyldige af disse eller lignende Grunde. Alligevel kan det næppe betvivles, at vore Domstole ere kompetente til at erklære den Administrative Akt ulovlig i Tilfælde som de nævnte; Øvrigheden overskrider uomtvistelig sine Grænser ved at benytte sig af en Lovbestemmelse i et Øjemed, som denne ikke tilsigter".¹⁾

Johannes Ussing er her på forkant med den voldsomme teoretiske eksponering af det ulovlige formål, som siden sker i bl.a. Poul Andersens værker. Det er værd at notere, at Johannes Ussing ikke beskæftiger sig med magtfordrejningsfigurens betydning for læren om det frie administrative *skøn*, og at figuren alene af den grund virker mere enkel. Det afgørende er her den præliminære konstatering af prøvelsesrettens eksistens og hjemmel.

Herudover er der kun enkelte bemærkninger i ældre dansk teori om ulovlige formål. Som et eksempel kan nævnes udtalelsen om, at en myndigheds beslutning kan underkendes, når den er fattet i det øjemed at værne om interesser, som vedkommende myndighed ikke er kaldet til at tage sig af.²⁾

1. Jf. Johannes Ussing (1893) p. 94.

2. Jf. Henning Matzen (1909) p. 220 f. Se desuden Poul Andersen (1924) p. 209 f.

Endelig har Poul Andersen uden tvivl skelet til Ragnar Knoph, som i sin norske oversættelse af franske tankegange viste noget af vejen for magtfordrejningslærens klassiske gennembrud i dansk ret jf. II.C.3.

Den klassiske magtfordrejningslæres gennembrud

På denne baggrund er det klart, at bearbejdelsen af magtfordrejningstanken i Poul Andersens skrifter på sin tid har virket meget kompleks. Ideen om et forbud mod ulovlige formål udvikles i disputatsen "Om ugyldige forvaltningsakter" fra 1924 og i senere fremstillinger bl.a. "Dansk forvaltningsret" fra 1965 (seneste udgave). Selv om Poul Andersens offentligretlige produktion er omfattende, er det i særlig grad hans lancering af magtfordrejningslæren, som huskes og hyldes.³⁾

Det ligger allerede i vendingen "læren" om det ulovlige formål, at der for Poul Andersen er tale om mere end en idé. Forbudet beskrives som gældende ret selv på dette meget tidlige stadie i dansk forvaltningsret. I relation til værket fra 1924 ville det dog nok være mere rigtigt at anse analysen af magtfordrejningslæren for overvejende de sententia ferenda, da den første principielle domspraksis ligger efter "Om ugyldige forvaltningsakter".⁴⁾

Poul Andersen lader sig imidlertid ikke slå ud af fraværet af delvist objektiverede retskilder. Med implicit støtte i forholdets natur taler han til støtte for et retligt sanktioneret forbud mod misbrug af "det frie skøn". I hans senere affattelse af forvaltningsretten er kilderne blevet mere håndfaste, idet domstolene i den mellemliggende periode har skabt præcedens om bl.a. fagforeningspolitiske hensyn dog uden at anvende teoriens anbefaling af en subjektiv model.⁵⁾

Det er karakteristisk, at Poul Andersen aldrig har taget sin viljesteori op til en vis revision på trods af de afsagtes dommes reservation over for en efterprøvelse af bagvedliggende intentioner. Retspraksis har ikke taget den klassiske forståelse af magtfordrejning som *misbrug* på linie med f.eks. korruption og chikane til sig og har fra først af lagt afstand til de franske forbilleder.

EksPLICIT regulering af skøn

Hvad betyder det, at forvaltningen ikke må fordreje sin magt; den magt, som forvaltningen altså som udgangspunkt er legitimeret til at udøve. En central pointe er, at det traditionelle magtfordrejningsbegreb kun giver mening i sammenhæng

3. Nils Herlitz (1958) p. 149 skriver: "Man kan ickå taga miste på att begreppet om détournement de pouvoir ... tack vare honom blivit en gemensam egendom för nordisk rätt". Se også Gustaf Petrén (1958) p. 193 ff. og UfR 1956B.17 f.

4. Ud over en række norske retsafgørelser bygger Poul Andersen (1924) p. 214 ff. på meget få danske afgørelser. Se i øvrigt Torstein Eckhoff (1992) p. 259 for en næsten identisk kritik af det spinkle domsmateriale i Ragnar Knoph (1921) p. 102 ff.

5. En skelsættende dom er bl.a. U 32.505 H.

med læren om forvaltningens *skøn*. Magtfordrejning forudsætter et skøn. Skønnet er eksponent for den offentlige magt, som det er magtfordrejningsgrundsættningens udtrykkelige opgave at beskytte den enkelte borger imod.

Forvaltningen er ikke bundet af noget umiddelbart og formuleret direktiv i de tilfælde, hvor der er tale om et frit skøn. Forvaltningens skøn beror på hjemmelsgrundlagets ufuldstændighed, og Poul Andersen har altså et materielt skønsebegreb for øje. Et frit skøn i formel forstand betyder, at skønnet er et produkt af domstolenes undladelse af at prøve det. Denne sondring uddybes senere. For den klassiske teori er det lovgivers indrømmelse af et skønsmæssigt element, som udløser forvaltningens "særlige prærogativ".

Det indgår som en meget vigtig opdeling i denne teori, at forbudet mod usaglige bevæggrunde *ingen* selvstændig rolle spiller for de fuldt lovbundne, eller mere populært sagt de rutinemæssige, forvaltningsakter.⁶⁾ Den fuldstændigt lovbundne afgørelse er i sagens natur netop ufri og udgør den skønsmæssige forvaltningsakts modsætning. Som et eksempel på en nyere bestemmelse, der er forsynet med et færdigt materielt indhold, kan man nævne tjenstemandslovens § 29, hvorefter tjenstemænd afskediges fra udgangen af den måned, hvori de fylder 70 år.

Lovgivers præcisering af det materielle indhold afskærer den udøvende magt fra et aftryk på retsskabelsen i den forstand, at der ikke skal foretages en selvstændig vurdering af, om fakta passer til retsfaktum. Den administrative afgørelse kommer til at bero på en mekanisk konstatering af tilstedeværelsen af en bestemt alder, og retsstatens ideal om regelbundethed bliver dermed realiseret ved netop denne type afgørelser. Det er desuden ofte mere "ressourcekrævende" at administrere efter skønsmæssige beføjelser end at udstede fuldt lovbundne forvaltningsakter.⁷⁾ En ordentlig skønseudøvelse kræver et personelt nærvær, og det koster.

En fuldt lovbunden forvaltningsakt vil ikke nødvendigvis blive underkendt, hvis der skeles til ulovlige formål. Selv om baggrunden for afskedigelse af en 71-årig offentlig ansat har været misbilligelse med dennes politiske tilhørsforhold, vil dette uvedkommende formål ikke kunne begrunde et angreb på forvaltningssakten. Lovens betingelse er opfyldt. Magtfordrejningstankegangen får ikke noget udslag, da loven selv tager stilling til de afgørende kriterier. En sådan fastfrysning af relevante kriterier i lovens tekst punkterer på forhånd muligheden for den konkrete væsentlighedsvurdering, som anvendes over for kombinerede kriterier i skønsmæssige afgørelser. Poul Andersen udtrykker tanken på følgende måde:

6. Tidligere forekom de sjældent, hvorimod de i nyere tid forlængst er blevet hovedreglen jf. henholdsvis Poul Andersen (1924) p. 165 f. og f.eks. Jon Andersen (1997) p. 73 f. Se om opdelingen endvidere f.eks. Stephan Hurwitz (1962) p. 21 ff.

7. Se bl.a. FOB 1988.100 (106) og 95.400 (406).

"Egennytte, Hævnlyst, Skadefryd osv. kan naturligvis ogsaa i disse Tilfælde have været de afgørende indre Motiver hos vedkommende offentlige Funktionær, men da dennes Virksomhed ... er entydigt 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 også vil de have hidført en Forvaltningsakt, som er materielt ulovlig, i saa Fald vil denne kunne annulleres alene under Paaberaabelse af denne Ulovlighed".⁸⁾

Implicit cementering af skønsfrihed

Det indgår også i Poul Andersens teori, at kontrollen af det ulovlige formål fungerer som en *bekræftelse* af det administrative skøn. En ikke udtrykt (men formentlig tilsigtet) virkning af hans retliggørelse af ideen om udøvelsen af en konsekvent kontrol med forvaltningens hensigter kan have været at øge tilliden til den offentlige forvaltning og dens magtudøvelse.⁹⁾ Hvis der findes en, i hvert fald i teorien, så markant sikring af skønnet som magtfordrejning, må man som borger føle sig tryk ved sagligheden af de utallige forvaltningsafgørelser, der passerer igennem systemet uden påtale fra domstolene eller andre kontrollanter.

Den klassiske lære om magtfordrejning udfordrer således aldrig selve berettigelsen af det *frie* skøn men gør indirekte denne retlige magt *mere* legitim og spiselig, end hvis der ikke fandtes et forbud mod magtfordrejning. Set i det lys er den klassiske teori med til at befæste, at det efter en regel som tjenestemandslovens § 28 f.eks. helt overlades til forvaltningen at vurdere i hvilke tilfælde tjenestemænd "kan" afskediges.¹⁰⁾ Denne dobbeltheden er særegen for det klassiske design. Sigtet i senere teori har været at gøre op med forestillingen om et frit skøn, og tendensen har været at rive magtfordrejningssideen med ned.

Magtfordrejning som et særskilt fænomen

Forbudet mod at inddrage ulovlige formål har i Poul Andersens univers heller ingen selvstændig betydning for prøvelsen af administrationens fortolkende virksomhed. Det er dog svært at komme uden om, at forvaltningsregler, som indeholder visse materielle holdepunkter af betydning for retsanvendelsen, men som også kræver efterfølgende udfyldning, udløser en afgørelsestype, der på mange måder minder *mere* som en skønsmæssig afgørelse end om en fuldt lovbunden afgørelse. Fortolkningsspørgsmål er ofte behæftet med usikkerhed. Den skarpe adskillelse mellem magtfordrejningstænkning og fortolkningsfaktorer er

8. Jf. Poul Andersen (1924) p. 166.

9. Se om inhabilitetsreglernes utvetydige dobbelte sigte nedenfor V.C.1.

10. Magtfordrejningsbegrebet er af ombudsmanden omsat i en udtalelse om, at en afgørelse om afsked i henhold til den nævnte bestemmelse forudsætter, at der foreligger et *sagligt* grundlag for afskedigelsesbeslutningen jf. FOB 93.167 (171).

imidlertid nødvendig i Poul Andersens forståelse af judiciel prøvelseskompetence. I forhold til forvaltningens rene regelanvendelse og fortolkning er der ikke behov for en *særskilt* hensigtsprøvelse, idet domstolene her har *fuld* kompetence.

"Det afgørende bliver alene, om den paaklagede Retsanvendelses Resultat objektivt stemmer med eller afviger fra den efterprøvende Myndigheds Opfattelse".¹¹⁾

Det er således kendetegnede for den klassiske prøvelsesteori, at den bygger på en altoverskyggende sondring mellem domstolsprøvelse af forvaltningens afgørelser i materiel og formel henseende. Der skelnes mellem en formel *formål*s kontrol og en materiel *hjemmel*s kontrol. Det er Poul Andersens opfattelse, at domstolene ikke ved grundlovens § 63 stk. 1 har anset sig for afskåret fra at prøve, om et skøn er udøvet for at varetage formål, som ligger udenfor det handlende organs opgaver. For en umiddelbar betragtning er det nærliggende at tage domstolenes prøvelse af magtfordrejning som udtryk for, at der ikke eksisterer et egentligt skøn. Man kunne argumentere for, at en accept af dogmet om et frit skøn måtte indebære, at forvaltningen ikke var materielt bundet på nogen som helst måde og altså heller ikke af et forbud mod ulovlige hensyn.

Poul Andersen gør meget ud af at forklare, at læren om ulovlige formål er skruet sådan sammen, at en sådan disharmoni ikke opstår.¹²⁾ Da han har anset det for afgørende at bevare skønskonstruktionen intakt og dermed grunden til at promovere et forbud mod ulovlige formål, bliver magtfordrejning gjort til en *formel* mangel. Han undgår dermed, at lærens binding af det frie skøns formelle side kolliderer med tanken om, at kontrollen *kun* omfatter legalitetsspørgsmål.

"Det frie skøn vedrører ... kun det materielretlige Spørgsmål. I formel Henseende er Forvaltningen lige saa bundet indenfor det frie Skøns Omraade, som hvor dens Forvaltningsakter er materielt bundne ... En saaden formel Mangel er ogsaa det ulovlige Formaal".¹³⁾

Denne udformning lægges vist nok til grund af visse andre teoretikere og bygger på, at den usaglige bevæggrund "typisk", eller ud fra en abstrakt vurdering om man vil, fører til usaglige beslutninger.¹⁴⁾

11. Jf. Poul Andersen (1965) p. 369

12. Se f.eks. Poul Andersen (1924) p. 167 note 1.

13. Jf. Poul Andersen (1965) p. 361 sammenholdt med Poul Andersen (1924) p. 168.

14. Se Max Sørensen (1950) p. 279 og Carl Aage Nørgaard (1965) p. 19. Det moderne franske begreb rubriceres som intern (materiel) mangel jf. Ole Krarup (1969) p. 23 og 80.

"Grundsætningen om, at det administrative frie Skøn skal udøves ud fra saglige Bevæggrunde, maa da ligesom de andre regler om Forvaltningsaktens Tilblivelse opfattes som en Garanti for Forvaltningsaktens materielle rigtighed".¹⁵⁾

Hensigten som normeringsgenstand

Det er for mig at se et lidt svagt punkt i den subjektive magtfordrejningsdoktrin, at det ikke grundigt forklares, hvad den forstår ved en af sine egne hovedbegreber, den usaglige *bevæggrund*. Dette udtryk er sammen med vendingen "det ulovlige formål" det foretrukne i Poul Andersens teori. Årsagen til denne definatoriske usikkerhed er formentlig, at en fastlæggelse af den subjektive hensigts nærmere karakter er kommet til at stå i skyggen af, at den klassiske konstruktion primært er optaget af magtfordrejningsbegrebets forhold til dogmet om det frie skøn. Poul Andersen indskrænker sig stort set til at bemærke følgende:

"Hvad ... angaar de "indre" Tilblivelsesmangler, vil det ... være klart, at saadanne Mangler hverken gennem selve den Forvaltningsaktens konstituerende Udtalelse eller paa anden Maade lægger sig for Dagen paa *ydre*, let iagttagelig Maade. Manglen er delvis er *indre*, psykologisk Art, og Spørgsmaalet, om den foreligger, vil derfor normalt kun kunne besvares efter indgaaende Undersøgelse" (her fremhævet).¹⁶⁾

Man kan helt grundlæggende spørge, om sontringen mellem en subjektiv og objektiv side overhovedet er værd af fastholde. Det må der efter min vurdering svares bekræftende på samtidig med, at det må betones, at sontringen i hvert fald i meget af dansk teori ofte anvendes lidt implicit. Det er dog den almindelige opfattelse, at sontringen som udgangspunkt er nyttig. Det er om sontringens indhold bl.a. blevet anført, at den klassiske subjektive teori går ud på, at selve "hensigten" kan prøves, men at hensigtens ydre eller materialiserede "virkning" ikke kan prøves, fordi den hører under det frie skøn.¹⁷⁾

Prøvelsesmyndighederne betjener sig i øvrigt undertiden også af en *opdeling* mellem forskellige niveauer, omend teoriens begreber meget sjældent benyttes. I FOB 80.492 refereres der til "den egentlige begrundelse" for en afgørelse, medens ombudsmanden i FOB 65.29 og FOB 63.24 konstaterer, at der ikke kan godtgøres nogen ulovlig "hensigt". En fast og alment anerkendt definition af hensigt og hensyn findes således ikke i dansk teori og praksis.

15. Jf. Poul Andersen (1965) p. 365.

16. Ibid p. 386. Se for en oversigt over ugyldighedsgrundene p. 285 ff.

17. Jf. Karsten Revsbech (1992) p. 61. Sontringen kaldes undertiden også for årsag/virkning og hensigt/hensyn jf. Steen Rønsholdt (1987) p. 766 og Bent Christensen (1969) p. 300. Derimod slår Hans Petter Graver (1996) p. 180 ff. til lyd for at *opgive* sontringen.

De her fremdragne hovedtræk af den klassiske viljesteori vidner om en innovativ og igangsettende indsats fra teoretisk side, uanset hvad man ellers måtte mene om den. Der er tale om en begrebsdannelse, som set i bagklogskabens lys virker lidt unuanceret navnlig i sin tendens til at dæmonisere forvaltningens hensigter. Der er simpelthen for meget fokus på brådne kar efter dansk smag.

III.B.2. Opgør med viljeteorien

Den subjektive magtfordrejningsteori udsættes således for en sønderlemmende kritik i Ole Krarups doktordisputats "Øvrighedsmyndighedens grænser" fra 1969. Udover læren om ulovlige formål berører disputatsen en lang række andre emner, hvoraf udstrækningen af *domstolenes* grundlovssikrede prøvelse af forvaltningens afgørelser er det gennemgående tema.

Der er tale om en forfatter, som ser Poul Andersens konstruktion af et forbud mod ulovlige bevæggrunde som et helt mislykket og fortænkt forsøg på at understøtte ideen om det frie skøn. Ole Krarup påviser i sin analyse, at det subjektive saglighedsbegreb har levet et kunstigt liv i den videnskabelige forestillingsverden. Konklusionen er skarp og går på, at:

"danske domstole næppe i så meget som ét tilfælde har anvendt den klassiske magtfordrejningslære, efter hvilken præmisbedømmelsen er indskrænket til at angå myndighedernes motiverende indstilling ... Hvad man derimod kan undre sig over er, at teorien herhjemme ikke har taget magtfordrejningsbegrebet op til revision, når det dog ved gennemgang af praksis kan konstateres, at den præmisbedømmelse, der pågår i praksis under betegnelsen magtfordrejning, intet har at skaffe med den i teorien gængsne magtfordrejningslære".¹⁸⁾

Ole Krarups bidrag er vendt mod den herskende teoriopfattelse af det *frie skøn*, og det er i snæver forbindelse hermed, at læren om det ulovlige formål bliver omdannet til en prøvelsesfigur med objektivt fortegn.

Sondringen mellem et materielt og formelt skøn

I det følgende præsenteres Ole Krarups begrebsanalytiske dissektion af det klassiske skønsbegreb som en nødvendig optakt til hans magtfordrejningsteori. Den objektive lære om usaglige hensyn bliver konsekvensen af, at Ole Krarup ikke kun på empirisk men også *metodisk* grundlag forkaster holdbarheden af doktrinen om, at domstolene ikke prøver forvaltningsaktens diskretionære dele.

Opgøret med læren om indre usaglighed er et integreret led i et frontalangreb på Poul Andersens materielle og aprioriske skønsbegreb. Tanken er, at en lovmæssig ufuldstændighed, som for Poul Andersen var den udløsende faktor for skønnet,

18. Jf. Ole Krarup (1969) p. 76. Se også p. 119 ff.

ikke på forhånd kan afskære eller begrænse domstolsprøvelsen.¹⁹⁾ Ole Krarup dokumenterer, at der ikke findes områder, hvor domstolene er afskåret fra at prøve skønsmæssige forvaltningsakter, men derimod områder hvor domstolene har valgt at udvise en faktisk tilbageholdenhed. Prøvelsesmyndighederne kan give den udøvende magt et større eller mindre råderum, men de administrative præmisser er i princippet altid kontrolbare. Det *frie* skøn er en myte.

Til grund for den nærmere analyse af skønsbegrebet lægger Ole Krarup for det første, at man i den på det tidspunkt foreliggende forvaltningsretlige teori implicit opererede med en *materiel* forståelse.²⁰⁾ Denne betegnelse sigter til, at udtryk som "det frie skøn" og "skønsmæssig" henviser til en bestemt *egenskab* ved en afgørelse nemlig hjemmelsgrundlagets indholdsmæssige ufuldstændighed. Denne egenskab har en særlig eksistens uafhængig af domstolskontrollens udstrækning, og det for så vidt et selvstændigt spørgsmål, om domstolene ønsker at forholde sig passive over for forvaltningsakter med hjemmel i sådanne bestemmelser. Det frie spillerum opstår som begreb, når lovgivningsmagten vælger at undlade at fiksere indholdet af en forvaltningsregel, men det er ikke af den grund immunt over for efterfølgende kontrol. Det materielle skøn er lagt til grund i nyere teori, hvor sprogbrugen behændigt er korrigeret til "det forvaltningsretlige skøn".²¹⁾

I modsætning hertil er det *formelle* skønsbegreb ikke knyttet til graden af præcision i en hjemmelsbestemmelse. En formel anvendelse af ordet skøn betyder, at der er tale om en afgørelse, der er injudiciabel, og at det formelle skøn dermed er ensidigt knyttet til domstolenes *adfærd*. Kan domstolene efterprøve et givent spørgsmål, er der tale om et retligt indslag, og kan de ikke prøve spørgsmålet, er der tale om et skønsmæssigt indslag. Udsagnet om, at forvaltningsakter ikke kan indbringes for domstolene, i det omfang de er skønsmæssige, vil med et formelt skønsbegreb i tankerne betyde følgende: "i det omfang forvaltningsakter ikke kan indbringes for domstolene, kan de ikke indbringes for domstolene". Det er på den baggrund klart, at en formel terminologi blot er tautologisk omskrivning af, at forvaltningens virksomhed ikke trækkes ind under domstolenes kontrol.²²⁾

Et materielt og apriorisk skønsbegreb er en umulighed

Efter at have konstateret anvendelsen af det materielle skønsbegreb går Ole Krarup videre i sit ræsonnement og peger på den grundlæggende metodiske uklarhed, der præger den klassiske teori om det frie skøn. Denne teori hviler

19. Se herom Hans Gammeltoft-Hansen (1995) p. 168 og Bent Christensen (1969) p. 308.

20. Se Ole Krarup (1969) p. 6 f. og 25 ff. Sondringen mellem materielt og formelt skøn stammer fra svensk teori. Se også Ole Krarup og Jørgen Mathiassen (1975) s. 128 ff.

21. Se f.eks. Bent Christensen (1997) p. 120. Udtrykket materielt skøn bruges ikke.

22. Jf. Ole Krarup (1969) p. 8. En koncis gengivelse af disse tanker kan bl.a. findes i Bent Christensen (1969) p. 299 og Ole Krarup og Jørgen Mathiassen (1975) p. 205 ff.

nemlig ikke blot på et materielt men også på et apriorisk skønsbegreb, og hermed har teorien efter Ole Krarups opfattelse sat sig mellem to stole.

Der er nemlig i Poul Andersens skønsteori indbygget et aksiom om, at skønnet ikke kan prøves. Men hvis teorien anvender udtrykket "det frie skøn" i materiel forstand, kan en sådan sammenhæng ikke *på forhånd* opstilles, eftersom det materielle begreb netop ikke siger noget om en afgørelses judiciabilitet. Aksiomets gyldighed må bero på en konfrontation med den retlige virkelighed, som navnlig domstolenes praksis efter Ole Krarups opfattelse er udtryk for.

"Et *materielt* skønsbegreb anvendt i en teori om *domstolskontrollens* udstrækning kan i det højeste danne udgangspunkt for en arbejdshypotese, der efter sædvanlige principper må søges verificeret for at kunne danne grundlag for juridiske slutninger og udsagn om gældende ret" (her fremhævet).²³⁾

På denne måde er Ole Krarups polemisering af skønnet i første omgang rettet mod den teoretiske konstruktion, og der er for så vidt tale om en indre opløsning. Den begrebsanalytiske pointe med hensyn til formel og materiel begrebsbrug er, at den formelle tankegang rent logisk *ikke* ville være uforenelig med Poul Andersens aprioriske læresætninger om, at forvaltningen på visse områder har et frit skøn, og at domstolene er inkompetente til at prøve dette. Ole Krarup afviser dog både det materielle og det formelle begrebsapparat som uhensigtsmæssigt.²⁴⁾

Magtfordrejningslæren udvander det materielle skøn

Denne metodiske uklarhed *inden for* skønnet tilsløres yderligere af forestillingen om, at det er forvaltningens subjektive bevæggrunde, der gøres til genstand for domstolskontrol. Som anført ovenfor er den klassiske lære om det ulovlige formål udtænkt som en bekræftelse af tankegangen bag det frie skøn, idet læren udgør en begrænsning af den formelle side af forvaltningens skøn, men netop "kun" den formelle side. Det subjektive magtfordrejningsprincip forudsætter således efter Ole Krarups opfattelse, at en objektiv præmisbedømmelse er *udelukket* inden for rammerne af princippet, og retsanvenderen står altså over for en *ren* subjektiv grundsætning. I en anmeldelse af Ole Krarups disputats har Bent Christensen dog stillet sig tvivlende overfor, om det nu også er rigtigt, som hævdet af Ole Krarup, at den hidtidige teori virkelig klynger sig til det klassiske franske begreb med dets hovedvægt lagt på hensigten. Tvivlen konkretiseres desværre ikke.²⁵⁾

23. Jf. Ole Krarup (1969) p. 11.

24. Ibid p. 10. Det må vist derfor være en skrivefejl, at Jan Fridthjof Bernt (1984) p. 144 anfører, at Ole Krarup "insisterer på et *formelt* skønnsbegreb".

25. Se Bent Christensen (1969) p. 300. Jf. Ole Krarup (1969) p. 75. Den rene subjektive lære bliver dog betonet selv af Poul Andersen (1924) p. 173 sammenholdt med p. 214 ff.

Det problematiske metodiske forhold *mellem* magtfordrejningslæren og det materielle skønsbegreb skyldes, at Poul Andersen definerer sin skønslære med henvisning til hjemmelsgrundlagets karakter samtidig med, at han går i brechen for magtfordrejningsgrundsætningens betydning for spørgsmålet om det frie skøn. Den ubundne skønsudøvelse bliver dermed ikke alene knyttet til de konkrete lovbestemmelserne oprindelige åbenhed men også til domstolenes efterfølgende påvirkning af forvaltningens udfyldning af disse bestemmelser:

"En Forvaltningsakt er skønsmæssig i det Omfang, den ikke er undergivet nogen materielretlig Normering, *herunder den Normering, som finder Sted ved generelt retsproduktive Domme*" (her fremhævet).²⁶⁾

Dette er en bemærkelsesværdig revision fra forfatterens egen side i forhold til en tidligere udgave af "Dansk Forvaltningsret".²⁷⁾ Poul Andersen tager med den citerede definition nemlig pludselig konsekvensen af at betragte prøvelsen af skønnet som udslag af et *dommerskabt* magtfordrejningsprincip men fjerner også anvendelsen af skønskonceptet fra sin egen indre logik, dvs. ideen om at en diskretionær beføjelse udspringer af den pågældende *lovregel*. Det materielle skønsbegreb udvandes eller "formaliseres" af magtfordrejningslæren, hvad der gør en i forvejen inkonsekvent begrebsbrug endnu mere dunkel og fastlåst.

"Skønt der som udgangspunkt ... foresvæver den her diskuterende teori et materielt skønsbegreb, viser dette sig i et vist omfang at være formelt, idet begrebet til syvende og sidst fastlægges netop med henvisning til domstolenes behandling af de omdiskuterede spørgsmål".²⁸⁾

Magtfordrejningsbegrebets faktiske gennemslag

Efter begrebsteoretisk at have opløst Poul Andersens frie skøn og hans forsøg på at harmonisere begrebet med magtfordrejningslæren, dokumenterer Ole Krarup på en meget overbevisende måde, at domstolene på dette tidspunkt ikke aktivt har tilsluttet sig den subjektive lære om ulovlige formål. Domstolenes prøvelse af uvedkommende interesser har drejet sig om konkrete forvaltningsakters indhold og om forvaltningsakternes faktiske virkninger, ikke om motiverende hensigter.²⁹⁾ Denne gennemgang og tolkning af praksis forkaster både den subjektive lære om ulovlige formål og tesen om det materielt frie skøn, idet domstolene netop anser sig for kompetente til at prøve lovligheden af objektive hensyn jf. IV.B.1.

26. Jf. Poul Andersen (1965) p. 252.

27. Se 1946-udgaven p. 277: "En Forvaltningsakt er skønsmæssig i det Omfang, den ikke er undergivet nogen materielretlig Normering". Tilføjelsen er dog med i 56-udgaven p. 245.

28. Jf. Ole Krarup (1969) p. 27. Se i øvrigt p. 25 ff.

29. Ibid p. 77 ff. Som den eneste mulige undtagelse nævnes U 56.1017 H.

I det praktiske retsliv kan man hævde, at en objektiveret kontrolmodel lægger mere håndtérbare bånd på den administrative beslutningstager end en isolering af prøvelsen til den motiverende indstilling. Det er dermed også umiddelbart rigtigt, at borgerne med kravet om saglige præmisser har fået bedre muligheder for at anfægte en afgørelse end med et krav om subjektiv lovlighed.³⁰⁾

Det er dog efter min opfattelse vigtigt at understrege, at dette skyldes tekniske grunde og ikke en normativ stramning. En objektiv regulering afspejler en mere tillidsfuld holdning til administratorer, idet forvaltningen netop ikke tvinges til at tage højde for, at domstolene vil foretage et selvstændigt eftersyn af hensigter. Sagsbehandleren kan koncentrere sig om at træffe afgørelser i overensstemmelse med en objektiv saglighedsnorm. På dette punkt er det med rette blevet indvendt, at en objektiv lære i virkeligheden er "forvaltningsvenlig".³¹⁾

Opgør som et skridt på vejen

Ole Krarups bidrag på dette område står som den *moderne* magtfordrejningslæres gennembrud. Teoriens styrke har bl.a. været den banebrydende kritik af det frie skøn og dets parløb med den subjektive magtfordrejningsgrundsætning. I den senere teori lægges disse resultater til grund, og kravet om saglige formål bliver skildret på en langt mere utvungen måde i forhold til det forvaltningsretlige skøn. Den dominerende tænker i den senere begrebsudvikling er som nævnt forfatteren Bent Christensen, som fjerner sig fra den ensidighed (og destruktive kraft), som til en vis grad præger objektivismens gennembrud. Bent Christensen opgiver det domstolsperspektiv, som er styrende for både Ole Krarup og Poul Andersen, og tilfører dermed magtfordrejningstænkningen ny dynamik.

III.B.3. Moderne hjemmelsorientering

I "Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation" fra 1997 og "Forvaltningsret. Prøvelse" fra 1994 formulerer Bent Christensen sit bud på magtfordrejningslæren, og det sker navnlig i hjemmelsdelen af førstnævnte værk.

Medens Ole Krarups objektivering af retsgrundsætningen er et led i en reaktion mod skønnet, underkaster Bent Christensen magtfordrejning en mere fremadrettet og frigjort bearbejdelse.³²⁾ Medens det var den retrospektive ugyldighedstankegang, der tidligere var bestemmende for beskrivelsen af magtfordrejning, det være sig i subjektiv eller objektiv forstand, bliver grundsætningen inkorporeret i

30. Se Karsten Revsbech (1992) p. 62 og Hans Gammeltoft-Hansen (1993) p. 110.

31. Se Steen Rønsholdt (1987) p. 768.

32. Grundlaget herfor er "Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål" fra 1980, som videreføres i "Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation" fra 1991. Afsnittet om magtfordrejning i 97-udgaven heraf indeholder ingen nye synspunkter i forhold til 91-udgavens p. 146 ff.

et nyfremstillet katalog over "hjemmelsspørgsmål". Kataloget henviser den primære beslutningstager til en række "veje" til besvarelse af disse spørgsmål.

Magtfordrejningsfiguren er her fjernet fra sit udspring som kontrolmekanisme og i stedet gjort til en af flere anvisninger på en korrekt administrativ udfyldning af upræcise lovbestemmelser. Den anvendte terminologi antyder i sig selv, at figuren primært handler om *tilvejebringelse*, og ikke efterprøvelse, af lovlige og saglige præmisser for konkrete afgørelser, og at det i relation til det, som tidligere så bombastisk er blevet kaldt for magtfordrejningslære, nu tørt og teknokratisk skal hedde sig, at man "fastlægger en kreds af lovlige kriterier".

Der er ikke i Bent Christensens lærebog om forvaltningens opgaver, hjemmel og organisation nogen detaljerede kommentarer til diskussionen om den rette genstand for magtfordrejningsgrundsætningen. Det ville formentlig have gjort hans magtfordrejningsversion noget klarere. Der er dog ikke tvivl om, at han ligesom navnlig Jon Andersen tilslutter sig objektivismen, hvad der allerede skinner igennem i hans anmeldelse af Ole Krarups disputats.³³⁾

De subjektive forhold frakendes således heller ikke af Bent Christensen en vis vægt på det tekniske plan, men det er dog karakteristisk, at spørgsmålet om administrationens hensigter i systematisk henseende ikke mere behandles som et specifikt magtfordrejningsanliggende. Det synes at være Bent Christensens opfattelse, at betydningen af en ulovlig hensigt først kan få en indvirkning på den retlige del af *prøvelsesgrundlaget*, og at det dermed er Ole Krarups retstekniske accept af den usaglige bevæggrund, der er og bør være modellen.³⁴⁾

Domstolsperspektivet under opløsning

Det er på dette område en metodisk nydannelse, at en retsvidenskabelig forfatter kravler ned fra sit fiktive dommersæde og sætter sig i sagsbehandlerens sted. Som følge heraf forskydes det teoretiske perspektiv fra de klassiske annullationsgrunde til en række diffuse hjemmelsanvisninger, som kan gives til den retlige aktør i *første* instans. Fremstillingen af magtfordrejning som et binært spørgsmål om muligheden for sanktion eller ikke-sanktion over for den udøvende magt er forladt, hvad der formentlig ikke kun er udtryk for et formidlingsteknisk valg men også kan være fremprovokeret af ombudsmandens tilsynekomst og fremmarch.

Det kan i sig selv anspore til en facettering af den teoretiske konstruktion af bl.a. magtfordrejningsbegrebet, at ombudsmanden ikke er blevet udstyret med et formelt underkendelsesapparat men er henvist til at fremsætte sin opfattelse på mere nuanceret vis jf. ombudsmandsloven § 22. Det kan være af betydning at

33. Se Bent Christensen (1969) p. 300 og Jon Andersen i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 230 ff. Lidt mere forbeholden virker Jens Garde m.fl. (1997) p. 187 f.

34. Se Bent Christensen (1994) p. 169 ff. og Jens Garde m.fl. (1997) p. 346.

kunne konstatere eksistensen af en retlig mangel, selv om den ikke kan mødes med ugyldighed. I nyere teori er domstolsmodellen endvidere modificeret af, at der er et vist blik for *lovgivers* indflydelse på saglighedsproblematikken.³⁵⁾

Bent Christensens på denne måde mere udadvendte magtfordrejningslære er gearret til at møde det administrative systems behov for at finde omstændigheder og kriterier, som kan legitimere og "rationalisere" indholdet af en konkret afgørelse. Konceptet har netop ikke den bagudrettede kontrol som sit omdrejningspunkt. Det anføres bl.a. om det primære og sekundære niveau:

"Beskrivelsen af de primære regler - dem der søger at regulere de retsundergivnes adfærd - er skilt ud fra beskrivelsen af de reaktioner, der kan blive resultatet af, at reglerne ikke overholdes ... I forvaltningsretten er de primære regler først og fremmest dem, der gælder for forvaltningens 1. instanser".³⁶⁾

Systematiske og terminologiske forandringer

Med udgangspunkt i førsteinstansens situation og beslutningsproces underopdeles fremstillingen af "det forvaltningsretlige skøn" for så vidt angår retsfaktum i to stiliserede overvejelserfaser: dels spørgsmålet om fastlæggelsen af kredsen af lovlige kriterier og dels spørgsmålet om afvejningen af den flerhed af kriterier, som den forudgående fase som oftest vil munde ud i.

Magtfordrejningsbegrebet bliver her først og fremmest sat i forbindelse med det første stadie: fastlæggelsen af kredsen af lovlige kriterier. Denne beslutningsmodel er styrende for Bent Christensens gennemgang af forskellige udfyldningsregler. Med udtrykket "retsfaktum" forstås retsreglens sproglige beskrivelse af de fakta, der skal være til stede, for at retsfølge kan indtræde.³⁷⁾

Den systematiske pointe er, at opdelingen af stoffet beror på graden af præcision i beskrivelsen af retsfaktum og retsfølge i den lov eller anordning, der har behov for supplerende. Reglerne om skønsudøvelse *modstilles* reglerne om forvaltningens fortolkende virksomhed. Når forvaltningens træffer afgørelse på grundlag af en ufuldstændig regel, er behovet for supplerende stort, fordi hjemmelsreglens ordlyd ikke giver den administrative beslutningstager meget at holde sig til.

35. Se udover Bent Christensen (1997) p. 135 ff. således Jens Garde m.fl. (1997) p. 203 og Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 230.

36. Jf. Bent Christensen (1994) p. 170. Ændringen af indfaldsvinkel er klartest formuleret i Bent Christensen (1980) p. 57 f. Se herom også Karsten Revsbech (1992) p. 63.

37. Se Bent Christensen (1997) p. 119 jf. Ole Krarup (1969) p. 86 om udtrykket "præmis". Retsfølgen er et sprogligt direktiv til forvaltningen om, hvad afgørelsen skal gå ud på. Bent Christensens model genfindes hos Jon Andersen (1997) p. 71.

I modsætning hertil er behovet for at udfylde retsgrundlaget mindre, når lovgiver har givet forvaltningen et rimeligt præcist direktiv. En sådan regeltype må meget ofte underkastes en fortolkning for at kunne anvendes på et konkret tilfælde. Selv om der altså er tale om et materielt skønsbegreb, er det værd at bemærke, at Bent Christensen ikke anvender udtrykket "det frie skøn" men konsekvent taler om "forvaltningsretligt skøn". Et forvaltningsretligt skøn foreligger:

"... når et forvaltningsorgan udsteder en forvaltningsakt på grundlag af en lov eller en anordning, som ikke indeholder nogen beskrivelse af retsfaktum og/eller retsfølge overhovedet eller dog kun en meget upræcis beskrivelse".³⁸⁾

Da de retligt set uproblematisk fuldt lovbundne afgørelser kun kort behandles af Bent Christensen, bliver begreberne skøn og fortolkning altså antitetiske. For at opbløde denne kunstige skarphed belyses en række mellemformer bl.a. kategorien "vage og elastiske bestemmelser", som også kendes fra den klassiske teori.³⁹⁾ Den foretrukne term er dog det rent deskriptive udtryk "mellemtilfælde", og også her har den sproglige neutralisering sat sig igennem.

Ordet magtfordrejning er uglest i Bent Christensens værker og anvendes faktisk kun i titlen på afsnittet om "Formålsbetragtninger. Magtfordrejning" men må også her finde sig i en sekundær placering. Det virker i sig selv om et signal om, at Bent Christensen overhovedet ikke ønsker at anerkende begrebet magtfordrejning. Den foretrukne betegnelse er det værditomme ord "formålsbetragtninger", og der lægges udtrykkeligt afstand til det "følelsesladede", og derfor mindre velegnede, ord magtfordrejning, som for Bent Christensen at se hænger nøje sammen med det, som jurister plejer at samle under betegnelsen retssikkerhed.⁴⁰⁾ På den terminologiske plan har Bent Christensens fremstilling sat sig tydelige spor i det meste af den forvaltningsretlige litteratur, og den efter min opfattelse for vage term "formålsbetragtninger" er i dag den gængse. En lidt mere normativ sprogbrug kan dog findes i Jens Gardes gennemgang af "saglige krav", som her viser det klassiske begrebsapparat større respekt.⁴¹⁾

Fra forbud til påbud

Udover denne nye emballage er det kendetegnende for formålsbetragtningerne, at de repræsenterer en udglidning i forhold til den traditionelle forbudsmodel. Det bemærkes således i indledningen til afsnittet om formålsbetragtninger:

38. Jf. Bent Christensen (1997) p. 123. Se om norsk ret bl.a. Frode Innjord (1996) p. 163 f.

39. Ibid p. 243 ff. og Poul Andersen (1965) p. 607 ff.

40. Jf. Bent Christensen (1997) p. 144 og om "Formålsbetragtninger. Magtfordrejning" p. 133. Se om den mere saftige klassiske terminologi også f.eks. Jens Garde m.fl. (1997) p. 191.

41. Jf. Jens Garde m.fl. (1997) p. 187 ff. Se herom Jon Andersen (1989) p. 309, Karsten Revsbech (1992) p. 62 jf. 68 og Jan Frithjof Bernt (1984) p. 143.

"Det er ikke mærkeligt, at formålsbetragtninger spiller en stor rolle for fastlæggelsen af kredsen af lovlige kriterier. Tankegangen stemmer med grundlæggende forestillinger om forvaltningens stilling i statsstyrelsen. Forvaltningen skal *realisere* lovgivningsmagtens intentioner ... Forvaltningens anvendelse af sine retlige beføjelser ses som midler til at *opnå* bestemte formål i betydningen: bestemte, ønskede konsekvenser i samfundet" (her fremhævet).⁴²⁾

På denne måde bygger Bent Christensen sine betragtninger op som et påbud til indholdet af forvaltningens primære afgørelser, som et handlingsdirektiv. Læren om saglige formål får en abstrakt begrundelse i henvisningen til, at forvaltningens legitimation er afledt fra lovgivers intentioner. Denne strukturelle ændring giver i sig selv magtfordrejningstænkningen en løsere karakter end den traditionelle konkretisering af forbudte interesser.⁴³⁾ Det er vanskeligere at forholde sig til en flertydig handlingsmålestok end et specificeret forbud.

Man kan spørge, om denne ændring og f.eks. skiftet til et førsteinstansperspektiv medfører, at magtfordrejningslærens (objektive) bånd på forvaltningen bliver løsere end de var før. Det er der dog efter min mening ikke entydigt belæg for, idet det er vigtigt at få med, at Bent Christensen bl.a. er væsentligt mere lydhør over for lovgivningens betydning for forvaltningens interessevaretagelse end sine forgængere og generelt er meget optaget af netop førsteinstans-retssikkerhed.⁴⁴⁾ Endelig lægger det op til en styrkelse af formålsbetragtningernes gennemslagskraft og uomgængelighed, at spørgsmålet om konkret væsentlighed af et givent formål helt er skilt ud fra beskrivelsen af den primære regel jf. III.C.3.

Betoningen af den befordrende handlingspligt giver sig udslag i Bent Christensens fremstilling ved, at der opponeres imod den klassiske *negative* afgrænsning af formål dvs. en udskillelse af ulovlige kriterier jf. III.C.1. Hos ham er læren om saglige formål udtrykkeligt positivt tænkt som en ophøjet søgen efter rene linier og retlinethed ikke som en nedstirren af smudsigheder og skævheder.

Magtfordrejningslærens samvirke med andre principper

Det bredere synsfelt hos Bent Christensen og det utvungne forhold mellem læren om lovlige hensyn og skønsbegrebet demonstreres af, at formålstankegangens relevans ikke *begrænses* til udfyldningen af skønsmæssige beføjelser. Det er i vidt omfang det samme ræsonnement, der anvendes i forbindelse med anvendelsen af

42. Jf. Bent Christensen (1997) p. 135. Se om pligt til positiv og *aktiv* fremme af lovens formål som en skærpelse af målestokken f.eks. Erik Boe (1978) p. 376 ff.

43. Se for en tilsvarende ændring af regelstrukturen inden for menneskeretsteorien f.eks. Lars Nordskov Nielsen (1992) p. 42 ff.

44. Se diskussionen om magtfordrejningslærens værdigrundlag mellem Karsten Revsbech (1992) p. 63 og Hans Gammeltoft-Hansen (1993) p. 110 f.

nogenlunde præcise bemyndigelser, som dog i det enkelte tilfælde må underkastes forvaltningens fortolkning:

"Afgørelsen af om et vist kriterium er lovligt og derfor kan anvendes til supplerende af lovens eller anordningens manglende eller meget upræcise beskrivelse af retsfaktum er af samme art som typisk fortolkning. Ved fortolkning tages udgangspunktet i bestemte ord i loven eller anordningen. I de ekstreme tilfælde af forvaltningsretligt skøn er der ingen ord at tage udgangspunkt i. Men den videre virksomhed er ensartet. I begge tilfælde gælder det om at anvende retskilderne på det konkrete tvivsspørgsmål".⁴⁵⁾

I "Opgaver. Hjemmel. Organisation" indgår afsnittet om magtfordrejning i et kapitel om fastlæggelse af kredsen af lovlige kriterier. Kapitlet er en systematisk gennemgang af de vigtigste retskilder i den materielle del af forvaltningsretten. De forskellige indfaldsveje til den rette udfyldning af ufærdige lovbestemmelser er dog sjældent skarpt adskilte, og det er nu ukontroversielt at konstatere, at en stillingtagen til et kriteriums lovlighed må forudsætte "en bred og integreret anvendelse" af retskildefaktorerne.⁴⁶⁾

De moderne formålsbetragtninger er således ikke lette at skille ud fra den vejledning, som f.eks. forarbejder og forvaltningens interne regler i form af f.eks. cirkulærer kan give. Bent Christensen har netop ikke nogen ambition om at trække skarpe grænser mellem de forskellige retskildebetragtninger.⁴⁷⁾ De anviste "veje" til fastlæggelse af kredsen af lovlige kriterier er følgende:⁴⁸⁾

- 1) den lov, der danner grundlag for forvaltningsakten
- 2) forarbejder eller folketingsudtalelser
- 3) forvaltningens interne regler
- 4) organisation og proces
- 5) formålsbetragtninger: magtfordrejning
- 6) lighedsbetragtninger
- 7) retsbeskyttelseskriterier

Det er meget vigtigt at være opmærksom på, at de 7 "veje" i sig selv er *retlige*. Det fremgår ikke altid lige klart. "Vejene" indeholder bindende direktiver om den supplerende virksomhed, som forvaltningen i visse tilfælde må falde tilbage på for at subsummere et konkret tilfælde under en skønsmæssig regel. Valget af ordet

45. Ibid p. 127.

46. Jf. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 228. Det er et citat fra FOB 95.170.

47. Se Bent Christensen (1997) p. 127.

48. Ibid p. 128 ff.

"vej" kan i denne sammenhæng for mange i første omgang virke mystificerende snarere end illuminerende. Ordet lægger betydelig distance til det traditionelle begrebsapparat og antyder i mine ører en reduceret rettlighed i forhold til f.eks. en konsekvent brug af ord som "retskilder" eller "retskildebetragtninger".

Der går en usynlig grænse mellem "vej" 1-4 og "vej" 5-7, idet den første gruppe er mere eller mindre knyttet til den konkrete lovtekst, der er hjemlen for den pågældende konkrete forvaltningsakt, og som sådan er "afarter af sædvanlig fortolkning" af love eller anordninger. De to første veje har desuden selv et umiddelbart tekstuel udtryk. De sidste tre veje er betydeligt mere fritstående og åbne. De bygger i vidt omfang på uskrevne forvaltningsretlige grundsætninger og har således trods alt en mere *fagspecifik* karakter end de første veje.

Opstigning til metaniveau

I forhold til Poul Andersens teori er de 7 "veje" således udtryk for en fundamental anden måde at anskue stoffet på, og selv om læren om usaglige hensyn inden for denne ramme opfattes som en almindelig retsgrundsætning, gives den af Bent Christensen en anden opgave end af Poul Andersen. I Bent Christensens teori bliver formålsbetragtningerne et fortolknings- og metodeprincip, som i et *samspil* med andre retskildemæssige holdepunkter kan give den primære retsanvender et fingerpeg om skønnets udøvelse.⁴⁹⁾

Bortset fra en meget snæver kreds af uetiske formål giver kravet om saglighed i Bent Christensens version ikke på forhånd nogen eksakt materiel vejledning om kredsen af lovlige hensyn. Kravet siger ikke umiddelbart noget om hvilke interesser, som forvaltningen kan trække veksler på i den konkrete situation men angiver snarere en veletableret måde at ræsonnere på.

"... specialitetsprincipperne bruges med samme nuancerigdom og lige så præget af den konkrete situation, som de *fortolkningsgrundsætninger*, der anvendes ved brugen af rimeligt præcist formulerede lov- eller anordningstekster".⁵⁰⁾

En indlemmelse af magtfordrejningsprincippet i et flydende system af forskellige retskildebetragtninger betyder, at princippet oprindelige status som en *selvstændig* retsgrundsætning, "med egne ben at stå på", for alvor kommer under pres. I en objektiv form af denne art bliver reglen om saglige hensyn stadig mere ukonkret og får karakter af en metanorm, en metoderegulering om forståelsen og anvendelsen af *andre* retsregler. Tankegangen bliver gjort så abstrakt, at den reduceres til "et

49. Helt på linie hermed er Jon Andersen, som direkte taler om magtfordrejningslæren som et metodekrav og som en retskildefaktor jf. f.eks. Jon Andersen (1997) p. 81.

50. Jf. Bent Christensen (1997) p. 141.

fortrykt skema, hvis indhold beror helt på konteksten".⁵¹⁾ Det udvisker desuden magtfordrejningsbegrebets eventuelle subjektive side.

Man kan dog indvende, at magtfordrejningsbegrebets tendens til metanormativitet også kendetegnede den traditionelle lære. Det fremtrådte blot ikke med samme tydelighed, fordi bestræbelserne på at legitimere skønnet udgjorde et incitament til at fremstille læren som en *urokkelig* skranke. Ydermere hviler Poul Andersens begreb på en forestilling om en skarp adskillelse mellem private og offentlige formål, som i moderne ret er under nedbrydning. Den direkte udstødelse af prægnante formålskategorier har i sig selv gjort den klassiske lære mere håndfast end Bent Christensens abstraktioner jf. III.C.1.

Samlet set må Bent Christensens nytænkning af magtfordrejning og især hans systematisering af hjemmelsspørgsmål siges at være helt toneangivende i den moderne forvaltningsretsteori.⁵²⁾ Fremstillingen af formålsbetragtninger virker isoleret set da også som en uhyre overbevisende tolkningsmekanisme og synes at være et meget sobert ekstrakt af retspraksis.

Den sproglige sterilitet er dog efter min opfattelse ført for vidt og er i sig selv et vidnesbyrd om, at magtfordrejningstænkningen hos Bent Christensen når sit normative *nulpunkt*. Hertil kommer, at den fremstillingsmæssige interesse for myndigheders subjektive bevæggrunde⁵³⁾ er minimeret i forhold til spørgsmålet om objektive legitimeringsgrundlag. Objektiveringen er som tendens dog imødegået af det følgende forsøg på at opnormere og restituere kravet om subjektiv saglighed på såvel det begrebsteoretiske som på det praktiske plan. Det begrebsteoretiske pendul svinger nu delvist tilbage til den oprindelige viljesmodel.

III.B.4. Bearbejdet reprise

Det er Steen Rønsholdt, der i disputatsen "Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet" fra 1987 vender tilbage til de klassiske dyder for at finde en overset kraft i magtfordrejningstænkningen. Teorien tilslutter sig dog opgøret med den klassiske skønstænkning og ønsker netop at betone muligheden for en *anden* indfaldsvinkel til magtfordrejning end skønsbegrebet. Det er reguleringen af kommunal virksomhed, som er rammen om forfatterens opfattelse af magtfordrejningsbegrebet. Begrebet behandles i forlængelse af en omfattende analyse af inhabilitetstænkningen.

51. Se Jan Fridthjof Bernt (1978) p. 245 ff.

52. Se f.eks. Jørgen Mathiassen (1992) p. 143.

53. Illustreret af den sekundære placering af afsnittet i Bent Christensen (1994) p. 172 f.

Der er tale om en teori, der på forskellig vis ind for en *effektiviseret* reetablering af et subjektivt prøvelsesindslag. Hovedbudskabet er, at domstolenes prøvelse bør udstrækkes til såvel hensigter som hensyn, og at reglen om magtfordrejning således bør *udvides* til at omfatte de tidligere modstående standpunkter.

Hensynet til retssikkerheden udløser her en argumentation for en yderligere beskyttelse af borgeren mod den offentlige forvaltning end den, som der i en ren objektiv affattelse lægges op til. Indlægget er skrevet under indtryk af en række skandaler i den offentlige sektor, bl.a. i kommunalt regi, ligesom forfatteren tydeligvis har mærket sig de franske erfaringer med utilstedelige og umoralske embedsmandsadfærd på decentrale niveauer.⁵⁴⁾

Kommunal magtfordrejning

Disputatsens kommunale hovedperspektiv giver sig udslag i en betoning af forekomsten af kommunal magtfordrejning, og Steen Rønsholdt går her på tværs af gængse opremssninger af uvedkommende formål og deres fokus på formålet og ikke myndigheden. Den klassiske typologi nævner dog i punkt 4 det kommunale aspekt jf. III.C.1. Der er meget, der tyder på, at forbudet mod finansielle og politiske interesser især er af betydning for den kommunale forvaltning:

"Den enkelte kommunalbestyrelse ... kan opleve sammenfald mellem kommunens (offentlige) interesser og det kommunale samfunds (private) interesser, som er forståelig og legitim som følge af kommunalbestyrelsens ansvar for og interesse i kommunens almindelige trivsel i bred forstand, men som i det konkrete ikke er forenelig med gældende ret. Dette skisma kan eksempelvis komme til udtryk i forbindelse med spørgsmålet om støtte til det lokal erhvervsliv".⁵⁵⁾

Det er interessant, at Steen Rønsholdt opfatter kommunal hensyntagen til lokale erhvervsdrivendes økonomiske trivsel som en form for *privat* magtfordrejning og ikke som en form for offentlig magtfordrejning, hvad der ellers er tradition for. De offentlige hensyn er som udgangspunkt lovlige, hvorimod det som nævnt er en modsat forhåndsformodning, der gør sig gældende over for private formål.⁵⁶⁾ Hvis det *finansielle* hensyn derfor generelt indplaceres i den sidste kategori, strammer magtfordrejningsgrundsætningens net yderligere om den kommunale forvaltning. I almindelighed antages det, at mistænkeliggørelsen af økonomiske

54. Se Steen Rønsholdt (1987) p. 766 ff. navnlig p. 769.

55. Ibid p. 721, hvor der angives yderligere fem grunde til, at læren om magtfordrejning må antages at være af særlig relevans i forhold til kommunale afgørelser.

56. Se Poul Andersen (1965) p. 377 ff. Cfr. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 548.

formål netop modificeres af, at en kommunalbestyrelse inden for rammerne af kommunalfuldmagten kan inddrage hensynet til kommunale ressourcer.⁵⁷⁾

Det er desuden blevet påpeget, at en selvstændig efterprøvelse af bagvedliggende formål navnlig medfører en indskrænkning af kommunernes retlige handlefrihed, idet kommunale forvaltningsakter af skønsmæssig karakter synes at være mere åbne over for *politiske* bevæggrunde end tilsvarende centrale forvaltningsakter.⁵⁸⁾ En sådan stramning er dog netop sigtet med at genoptage den subjektive model.

Man kunne i øvrigt postulere, at den større saglighed på centralt end lokalt niveau til dels kunne være et overfladefænomen. Forskellen kunne bero på, at centrale beslutningstagere generelt er "dygtigere" og "bedre" til at kamouflere politiske bagtanker, navnlig med kontroversielt indhold, end de ofte ikke-juridisk skolede sagsbehandlere ude på kommununalkontorene. Antallet af krænkelse af magtfordrejningsgrundsætningen kan altså i princippet være jævnt fordelt mellem centrale og lokale myndigheder, men opklaringsprocenten blot være væsentligt højere for så vidt angår de sidstnævnte.

Dette indlæg til støtte for et *skærpet* magtfordrejningsprincip er i det store hele forblevet en undtagelse til den almindelige teoriaccept af en objektiv model, og domstolene synes heller ikke at have taget Steen Rønsholdts mange ideer til sig. Det er i hvert fald for mig vanskeligt at se de få domsafsigelser, som udgør den faktiske dokumentation for teoriens retlige gælden, som entydige bekræftelser af de fremførte budskaber og tolkninger jf. IV.B.1. Den kombinerede variant søger dog efter min opfattelse med rette at opdatere det klassiske begreb. Teoriens indtil videre udeblevne gennemslag kan have mange årsager men skyldes måske til dels, at den i sig selv har virket ufærdig og programmatisk.

En yderligere bearbejdelse

Den kombinerede magtfordrejninstænkning er imidlertid nu blevet udbygget og specificeret ikke mindst med en tydeliggørelse af hensigtens begrebsmæssige afgrænsning for øje.⁵⁹⁾ Ud over bl.a. en henvisning til, at magtfordrejning som retlig problemstilling ikke bortfalder i en moderne velfærdsstatslig sammenhæng, men antager nye og andre former, klargøres navnlig hensigtens nærmere karakter.

Det er således klart, at Steen Rønsholdt opererer med en mere specifik og snæver definition af magtfordrejning end den, som man ser anvendt i den klassiske teori.

57. Se f.eks. Jens Garde m.fl. (1997) p. 198 og Mogens Heide-Jørgensen (1993) p. 535 ff.

58. Se Henrik Zahle (1988) p. 29. Se om politiseret kommunalforvaltning Carsten Henriksen (1996a) p. 262 ff. og betænkning om fagligt etiske principper i offentlig administration, 1993 p. 35 f. Faren for lokal magtfordrejning nævnes også af Lily Yousry (1989) p. 553.

59. Se Steen Rønsholdt (1999).

Udgangspunktet for bestemmelse af den subjektive hensigt er en konstatering af, at hensigten som begreb i sig selv må have et substantielt indhold for overhovedet at kunne figurere som en retlig realitet i et afgørelses- som prøvelsesgrundlag. Den subjektive hensigt opfattes med andre ord som værende af en "objektiv" natur i den forstand, at det kun giver mening at tale om en subjektiv hensigt som en særlig kategori, hvis hensigten er noget reelt og noget konstaterbart.

Det er jeg så vidt enig i. En sådan grundantagelse er dog med til at fastholde magtfordrejningsproblematikken i en snæver fokus på den subjektive hensigts oprindelige form og fasthed, som måske kan være gået mere eller mindre tabt i løbet af den administrative beslutningsproces og navnlig ikke nødvendigvis lader sig genfremkalde i en prøvelssammenhæng. Den usaglige motivation er i særlig grad et tabu. En anden indgang til grundlaget for en hensigtsprøvelse kunne være en henvisning til, at domstole og andre efterprøvere i nogen grad kan vælge selv at tilvejebringe (visse dele af) grundlaget for forvaltningens formodede hensigt. Den subjektive hensigt kan måske netop kun "objektiveres" i en rekonstruktion initieret af prøvelsesinstansen.

En for mig lidt problematisk pointe i den bearbejdede magtfordrejningsreprise er, at den subjektive hensigt definitorisk indskrænkes til at betegne de tilfælde, hvor der er tale om en interessevaretagelse, som myndigheden *bestridet*:

"En eliminering af magtfordrejning som alment begreb ... er berettiget for så vidt forvaltningsmyndighedens varetagelse af usaglige hensyn/kriterier på ingen måde behøver at være ensbetydende med, at disse hensyn endsige det forvaltningsformål der sigtes mod, er uetisk. Det pågældende hensyn/kriterium er blot ikke omfattet af den bemyndigelse forvaltningen har fået overladt i hjemmelsgrundlaget ... I forhold hertil har *magtfordrejnings*begrebet relevans, hvor en forvaltningsmyndighed *ikke* umiddelbart vil vedstå varetagelsen af et ulovligt hensyn/formål".⁶⁰⁾

Er tanken her, at magtfordrejning udelukkende konstituerer sig som manglende bekendelse fra myndighedsside? I så fald er magtfordrejning blevet til et forbud mod efterfølgende cover-up. Og hvordan forholder tanken sig til de domme og ombudsmandssager, hvor der gøres magtfordrejning gældende, selv om den pågældende myndighed vedkender sig en usaglig interessevaretagelse?⁶¹⁾ Det er rigtigt, at magtfordrejning som fænomen ofte, men ikke nødvendigvis, er skjult, og at forvaltningen undertiden, men ikke nødvendigvis, arbejder for, at fænomenet *forbliver* skjult. En maskering er en skærpende omstændighed (og i strid med forvaltningsloven) men for mig at se ikke selve magtfordrejningsbruddet.

60. Jf. Steen Rønsholdt (1987) p. 720.

61. Se f.eks. U 86.864 H, hvor en af kommunens folk "indrømmede" betydningen af et omtvistet finansielt hensyn.

Domstolene bør dog efter min opfattelse statuere magtfordrejning, hvis en myndighed har været motiveret af f.eks. uvedkommende politiske mål, uanset om myndighedens repræsentanter i en prøvelsessituation nægter eller erkender eksistensen af denne motivation.

III.C. Kredsen af ulovlige formål

Jeg forlader nu den teoretiske debat om normativ "dybde" og går videre til den mindre omdiskuterede fastlæggelse af saglighedsbegrebets "bredde". Teorien har i sin tid kreeret en huskeliste over ulovlige formålstyper, som stadig står i høj kurs. Det statiske perspektiv sættes der dog spørgsmålstegn ved i næste kapitel. I dette afsnit præsenteres *typologien* og dens opbygning. Det er teorien, som herigennem har påtaget sig at systematisere praksis om magtfordrejning som retlig kategori og dermed for så vidt også fænomenet.

Hvad er det med andre ord f.eks. for underliggende hensigter, som læren om ulovlige formål forbyder den enkelte administrator at have, og hvad er det f.eks. for hensyn, som magtfordrejningsbegrebet afskærer en offentlig myndighed fra at anvende som afgørelseslegitimation. Hvordan afgøres det i den konkrete situation, om et formål ligger inden for eller uden for rammerne for en saglig supplering af upræcise bemyndigelsesparagraffer?

Udgangspunktet for besvarelsen heraf vil i afgørelses- som prøvelsessituationen være den specifikke lov- eller bekendtgørelsesbestemmelse, som er anvendt eller påberåbt som hjemmel for den pågældende forvaltningsakt. Selv om lovgiver som udgangspunkt vælger at lade en forvaltningsregels beskrivelse af de retsbetingende kendsgerninger stå åben og dermed afleverer en del af sin beslutningskompetence hos forvaltningen, vil der dog ofte kunne udledes en vis vejledning fra f.eks. bestemmelsens måske ikke helt tomme ordlyd. Hertil kommer, at der i forarbejder og intern regulering etc. ofte kan være oplysninger af retlig relevans for den administrative udfyldningsproces.⁶²⁾

Den litterære fremstilling af magtfordrejningsprincippet giver herudover en række generelle anvisninger på som ovenfor antydte *ulovlige* interesser, idet teorien på baggrund af praksis har haft for vane at opstille en formålstypologi eller et katalog over de formål, som forvaltningen typisk skal være meget varsom med at forfølge. Selv om nyere forvaltningsretlig teori i vidt omfang har opgivet den subjektive tankegang, som det er beskrevet i det foregående, har de klassiske fem formåls kategorier stadig magt over sindene. Desuden gør selv den ultimative objektivisering af magtfordrejningslæren i Bent Christensens værker en vis brug af de oprindelige specialitetsprincipper som et praktisk hjælpemiddel til at afgrænse

62. Se de tre første "veje" i Bent Christensen (1997) p. 128 ff. og næsten parallelt Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 228 ff. Se desuden Jens Garde m.fl. (1997) p. 181 ff.

de illegitime kriterier. Disse principper er i et vist omfang forudsat i den prototype af en typologi, som gennemgås i det følgende.

III.C.1. Negativ formålstypologi

En af teoriens mest direkte bidrag til magtfordrejningsbegrebets bestemmelse har været at typologiseringen. Den siger for så vidt intet om det faktiske omfang af magtfordrejningskrænkelser i det daglige administrative arbejde men er blot et koncentrat af prøvelsessager af forvaltningsretlig karakter. Den klassiske formålstypologi er ydermere kendetegnet ved, at den udelukkende bygger på domstolspraksis, til og med af ældre dato.

Det er den *negative* afgrænsning, der i overensstemmelse med den traditionelle lære om magtfordrejning stadig som udgangspunkt er den herskende.⁶³⁾ En generel positiv karakteristik af forvaltningens opgaver og funktioner er ikke forsøgt, fordi det generelt er forbundet med meget stor usikkerhed at foretage en indholdsmæssig bestemmelse af begrebet "den offentlige forvaltning".⁶⁴⁾ Imidlertid indeholder bl.a. Jens Gardes gennemgang af magtfordrejning udover en liste over negative formålstyper også en række spredte bemærkninger om hensyn, der i almindelighed er lovlige. I andre nyere fremstillinger tales der om "almene kriterier", som normalt er samfundsgavnlige, uanset om de er dækket af den konkrete lov jf. f.eks. FOB 94.56. Kriterierne er *supplerende* saglighedsnormer. Men de er altså ikke snævert knyttet til formålsbetragtningerne.⁶⁵⁾

Det er karakteristisk for magtfordrejningsteorien, at den har klassificeret retspraksis på grundlag af det formodede *formåls* karakter. Det synes ofte at blive glemt, at andre inddelingsgrundlag frembyder sig som alternativer. En mulighed være ville at lade karakteren af den omtvistede *afgørelse*, som begunstigende eller bebyrdende, være kernen i en systematisering, men en "afgørelsestypologi" ville formodentlig ikke tilføre forståelsen af magtfordrejning meget nyt. Der er uden tvivl en stor overvægt af retssager om bebyrdende forvaltningsakter, hvad der først og fremmest skyldes, at en begunstiget borger ikke har samme incitament til at anfægte magtfordrejende elementer i en afgørelse som en bebyrdet adressat. Læren om magtfordrejning finder således anvendelse over for begunstigelser.⁶⁶⁾

63. Den negative typologi er i øvrigt for så vidt angår reguleringen af speciel inhabilitet valgt som model i forvaltningsloven § 3.

64. Se f.eks. Henrik Zahle (1995) p. 199 ff. og Poul Andersen (1965) p. 256.

65. Se Jens Garde m.fl. (1997) p. 205 ff., Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 242 ff. og Bent Christensen (1997) p. 150 ff. Se f.eks. Jan Fritjof Bernt (1978) p. 265 ff.

66. I modsætning til det klassiske legalitetsprincip jf. Jan Frithjof Bernt (1978) p. 243 f.

Endvidere kunne teorien overveje at opdele prøvelsespraksis ud fra den sagsøgte *myndigheds* karakter som enten lokal (eventuelt kun decentraliseret) eller statslig (eventuelt herunder den lokale statsforvaltning). En "myndighedstypologi" ville højst sandsynligt give et helt andet billede end en traditionel formålsskategorisering, og det ville f.eks. blive afklaret, om der er flere angreb på det kommunale end det statslige skøn, og om der falder flere domme i kommunale sager.

Det ville være min tese, at kommunale myndigheder af *strukturelle* grunde er mere tilbøjelige til at lade sig friste af bl.a. finansielle og politiske interesser. Uanset om den kommunale administrator således måtte være mere korruperet end sin kollega i statsforvaltningen, er risikoen for magtfordrejning i en kommunal sammenhæng betydeligt forstærket ved, at den administrative og politiske beslutningsproces her er mere integreret end på det centrale niveau.

Rent faktisk kunne en eventuel overvægt af søgsmål mod og klager over kommunale myndigheder i hvert fald i nyere tid bero på, at departementernes deltagelse i den retlige regulering er kraftigt vigende, og at de fleste afgørelser over for borgerne i dag træffes i kommunalt regi.⁶⁷⁾ En myndighedsskategorisering af praksis siger umiddelbart intet om krænkelsens grovhed. Nogle ville dog nok mene, at central usaglighed er (endnu) værre end lokal usaglighed.

En myndighedsopdeling er ikke forsøgt i denne afhandling, men den presser sig måske på, efter at lovgiver har givet ombudsmanden fuldt indseende med kommunale myndigheder jf. ombudsmandslovens § 7 stk. 1. Der var tidligere en betydelig forskel på ombudsmandens kompetence over for statslige og kommunale myndigheder, hvad der har givet en skævhed i udtalelsernes fordeling.

Den klassiske formålstypologi

Den traditionelle formålsskategorisering har sin ypperste repræsentant i Poul Andersen, hvis grundsyn på læren om ulovlige formål er følgende:

"Alle administrative Beføjelser til at træffe Beslutninger efter et frit Skøn er underkastet en Begrænsning, som ligger i, at enhver administrativ Myndighed kun er sat til at varetage en vis Kreds af offentlige Anliggender og Interesser"..." Det ulovlige Formaal ... kan ... være af meget forskellig Art: personlig og politisk Hævngherrighed eller Favoritisme, Varetagelse af *private* Interesser, som er Forvaltningen uvedkommende, eller af *offentlige* finansielle Interesser, som ikke kan tilgodeses gennem Udøvelsen af det *paagældende* Skøn, Begunstigelse af den ene Part i en kollektiv Arbejdsstrid osv." (mine fremhævelser).⁶⁸⁾

67. Se f.eks. Bent Christensen (1997) p. 61 og 71.

68. Jf. Poul Andersen (1965) henholdsvis p. 362 og 363 f.

Den definition bygger videre på den analyse af fransk ret, som Johannes Ussing lagde frem i sin disputats. Det abstrakte hovedbudskab i læren om "détournement de pouvoir" opsummeres af ham som, at administrationen har at handle "ikke i en Enkelts, men i Samfundets Interesse".⁶⁹⁾ Den klassiske tænkning forudsætter således en klar distinktion mellem private hensyn og offentlige hensyn og står i tydelig gæld til retsstatslige principper. Den mere udviskede grænse i moderne stater mellem en privatsfære og en offentlig myndighedssfære gør det konkrete indhold af læren om ulovlige formål uskarpere og mere situationsbestemt end før, men det medfører ikke selve magtfordrejningsfigurens forsvinden.⁷⁰⁾ Fraværet af en formålstypologi hos Bent Christensen kan bero på distinktionens opløsning.

Poul Andersen gør i "Dansk Forvaltningsret" p. 371 ff. rede for i alt *fem former* for magtfordrejning. En offentlig myndighed begår magtfordrejning:

- 1) hvis en af dens ansatte varetager egne private interesser
- 2) hvis myndigheden forfølger private interesser, som er *den* eller *sagen* uvedkommende (disse hensyn *kan* altså være lovlige, f.eks. hvis de er legitimeret ved lov)
- 3) hvis myndigheden lader sin forvaltning af skønsmæssige beføjelser bevæge af parti- eller fagforeningspolitiske grunde
- 4) hvis myndigheden begunstiger kommunale erhvervsdrivende fremfor udenbys erhvervsdrivende eller
- 5) hvis myndigheden lader *ulovlige* finansielle hensyn være afgørende for en skønsmæssig afgørelse.

Gruppe 1 og 2 vedrører explicit private hensyn, medens gruppe 4 og 5 implicit drejer sig om offentlige formål, dvs. formål der "i sig selv er Statsformaal" men som undertiden kan konstituere magtfordrejning.⁷¹⁾ De politiske formål udgør en særlig mellemgruppe, som Poul Andersen ikke kategoriserer. Partipolitiske og fagforeningsmæssige formål er dog for mig at se at betragte som private eller ikke-offentlige, idet der er tale om en formålstype, der er et fremmedelement i det klassiske bureaukrati. Dette synes at ligge bag den følgende advarsel:

69. Jf. Johannes Ussing (1893) p. 92.

70. Se om fransk ret Lucienne-Victoire Fernandez-Maublanc (1992) p. 240 ff. og Georges Dupois m.fl. (1996) p. 543 f. Se også Erik Boe (1989) p. 206 f.

71. Jf. Poul Andersen (1924) p. 178.

"Denne Organisationsmagt er en Fare for det demokratiske Statsstyre, navnlig naar der er Tale om politisk prægede Organisationer, som favoriseres økonomisk ... af de politiske Partier for derved at sikre sig Støtte hos organisationerne.⁷²⁾

Den klassiske typologi er *progressiv* i den forstand, at ulovligheden af den form for magtfordrejning, der omtales under det første punkt, er mindre tvivlsom end ulovligheden af magtfordrejningskategorierne længere nede på listen. Med andre ord vokser usikkerheden fra punkt 1 til 2, fra 2 til 3 osv. Man kunne også tale om "system- eller forvaltningsfremmede" interesser jf. punkt 1-3 og "sagsfremmede" interesser jf. punkt 4-5. De fleste forbehold knytter sig med andre ord bl.a. til den konkrete lovlighed af finansielle hensyn, hvad der illustreres af, at der er ved at ske en begrænsning af magtfordrejningsgrundsætningens traditionelle nedslagsfelt. Det vil fremgå af IV.C.5., at prøvelsesmyndighederne synes at anlægge et mere imødekommende syn på visse samfundsøkonomiske hensyn.⁷³⁾

I fransk teori anvendes den negative afgrænsningsmodel, og man ser som nævnt ofte en opdeling af magtfordrejningssager i "primære" og "sekundære" krænkelse jf. II.C.2. Der er altså varetagelsen af private hensyn, der som kategori udgør de egentlige *misbrug* af administrativ magt uanset omstændighederne, hvorimod sekundær magtfordrejning nok er en uønsket forseelse men dog ikke umiddelbart noget graverende. I en sekundær situation kan man opfatte (forsøg på) maskering som det *utilbørlige* men altså ikke som selve magtfordrejningen.

De moderne formålstypologier

I nyere forvaltningsretlig teori er den klassiske formålstypologi i vid udstrækning videreført. Selv Ole Krarup sorterer i sin disputats praksis på grundlag af Poul Andersens opdelinger nemlig i grupperne fagforeningsmagtfordrejning, finansiell magtfordrejning og andre tilfælde. Derimod foretager Steen Rønsholdt ingen systematisering af retspraksis men introducerer som nævnt ovenfor kommunal magtfordrejning som et begreb på tværs af det gængse inddelingsgrundlag, og endelig *afholder* Bent Christensen sig fra det efter hans skøn forgæves forsøg på at harmonisere de tilsyneladende modstridende afgørelser om magtfordrejning.⁷⁴⁾

Det er således i nyere tid først og fremmest forfatterne Jens Garde og Jon Andersen, der bidrager til beskrivelsen af magtfordrejningsbegrebets konkrete indhold. Jens Garde anfører indledningsvis:

72. Jf. Poul Andersen (1965) p. 374. De politiske interesser placeres som en form for privat magtfordrejning i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 232 og i fransk teori jf. f.eks. Charles Debbasch og Jean-Claude Ricci (1994) p. 604.

73. Se også Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 229.

74. Se Bent Christensen (1997) p. 141 jf. Karsten Revsbech (1992) p. 63 f. Se Ole Krarup (1969) p. 77 ff., Ole Krarup og Jørgen Mathiassen (1975) p. 129 ff. og Jørgen Mathiassen (1975) p. 220 ff. Se om det kommunale aspekt Steen Rønsholdt (1987) bl.a. p. 718 ff.

"Det er ... ikke muligt at give en udtømmende opregning af saglige og usaglige hensyn. Et hensyn er ikke *uden videre* enten sagligt eller usagligt: Afgørende er, i hvilken sammenhæng det forekommer. Der er imidlertid ikke noget til hinder for at angive nogle hensyn, som *typisk* vil være usaglige" (mine fremhævelser).⁷⁵⁾

I Jens Gardes fremstilling behandles private hensyn, fagforeningsmagtfordrejning og finansielle hensyn, hvorimod Jon Andersen i højere grad sprænger rammerne for den traditionelle oversigt. Praksis opdeles af ham i private interesser, fagforeningsmagtfordrejning, partipolitiske hensyn og "specialitetsprincipperne". Inden for den sidste gruppe falder dels finansiell magtfordrejning og dels andre samfundsnyttige hensyn, der konkret må diskvalificeres, fordi de indholdsmæssigt ligger for langt fra det umiddelbare formål med den tildelte beføjelse.⁷⁶⁾ Det er noget nyt at indarbejde specialitetsprincipperne som en *særskilt* del af typologien, idet disse principper som udgangspunkt er almene.

III.C.2. Specialitetsprincipper

Den klassiske viljesteori opstillede to specialitetsprincipper som hjælpemidler til afgrænsning af et kriteriums lovlighed: et organisatorisk og et materielt. Den bagvedliggende idé er, at administrativ specialitet eller sektorisering er godt og efterstræbellesværdigt. Hvis en myndighed således har udnyttet sit skøn til at forfølge et formål, som er i strid med et af principperne, må formålet anses for ulovligt. Disse principper udgør en "subsidiær faktor" i udstødelsen af usaglige formål. Principperne optræder om man vil som momenter:

"der *først* tillægges selvstændig betydning for afgrænsningen af formåls eller kriteriers lovlighed, hvor denne ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan foretages på grundlag af *andre* retskilder, navnlig lovens upræcise retsfaktumbeskrivelse, eventuelle formålsangivelse samt forarbejder" (mine fremhævelser).⁷⁷⁾

Denne del af magtfordrejningsbegrebet tager sigte på udskillelsen af saglige og usaglige i den konkrete afgørelsessituation. Den overordnede tanke er, at den udøvende magt har en *speciel* kompetence i modsætning til lovgivningsmagten, som inden for navnlig den grundlovsmæssige ramme har en *generel* adgang til at varetage en ubegrænset kreds af interesser.

Det organisatoriske princip sætter fokus på den pågældende forvaltningsmyndighed og det materielle princip på det pågældende hjemmelsgrundlag.

75. Jf. Jens Garde m.fl. (1997) p. 191.

76. Se Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 230 ff.

77. Jf. Jens Vedsted-Hansen (1991) p. 436 sammenholdt med samme (1992) p. 304 f. Udgangspunktet herfor er Karsten Revsbech (1991a) p. 265 ff jf. (1992a) p. 166 ff.

Specialitetsprincipperne er af Poul Andersen hentet fra ældre fransk forvaltningsret. Har det specialitetskrænkende formål været af afgørende betydning for en afgørelse, vil domstolene betragte afgørelsen som magtfordrejende og vil skride ind med ugyldighed jf. III.C.3.

Det organisatoriske specialitetsprincip er det mest overordnede af de to principper eller tankegange, og det er et synspunkt om:

"at en forvaltningsmyndighed ikke ... kan benytte sine diskretionære beføjelser til varetagelse af opgaver, som er henlagt til ... andre forvaltningsmyndigheder eller domstolene"⁷⁸⁾.

Dette princip er et supplement til den almindelige lære om inkompetence, og det vedrører såvel forvaltningens interne opgavefordeling som forvaltningens forhold udadtil til den dømmende magt. Princippet vedrører for at mig se primært de formålskategorier, som traditionelt er blevet betragtet om *offentlige*. Selv om en myndighed har varetaget en interesse, som det i og for sig tilkommer den samlede forvaltning at varetage, er formålet dog udenforliggende, hvis det falder ved siden af den kreds af specifikke opgaver, som henlagt til det handlende organ.

Den materielle del af specialitetstankegangen består i et synspunkt om, at en skønsmæssig beføjelse "altid er indrømmet for visse mere eller mindre skarpt afgrænsede Formaaals skyld". De implicitte begrænsende forudsætningerne bag enhver skønsmæssig beføjelse betyder:

"at en Forvaltningsmyndighed ikke - selvom vedkommende Forvaltningsakt kan anses for lovlig, naar alene dens Indhold tages i Betragtning - kan benytte sine diskretionære Beføjelser til Opnaaelse af formaal, som ligger udenfor saadanne begrænsende Forudsætninger".⁷⁹⁾

Princippet virker som en generel udfyldning af skønsmæssige regler, i hvilke man må underforstå et krav om, at den skønsmæssige frihed:

"alene kan anvendes til formål, som har materiel sammenhæng med de hensyn, der har motiveret den regel, der udgør myndighedernes hjemmel".⁸⁰⁾

Det materielle specialitetsprincip betyder, at de administrative retsgrundlag skal holdes ude fra hinanden, og princippet fordrer i sin ultimative form en vidtgående

78. Jf. Poul Andersen (1965) p. 362. Se også f.eks. FOB 75.75, U 85.125 H og 87.449 H.

79. Jf. Poul Andersen (1965) p. 362. Se om fransk ret Poul Andersen (1924) p. 180. Se fra praksis f.eks. FOB 55.19, 69.52, 71.49, U 88.732 Ø, 91.373 H, 93.835 H og 99.172 V.

80. Jf. Ole Krarup (1969) p. 24. Se som eksempel fra praksis U 90.892 H.

respekt af lovgivers opdeling af retlig regulering i forskellige regelsæt. Det er lovgivers og regeringens opgave at foretage den politiske prioritering, som de forskellige love og formål er udtryk for.⁸¹⁾ Denne del af specialitetstankegangen begrundes såvel den almindelige udskillelse af private formål som den situationsbestemte udskillelse af visse offentlige formål, som er indarbejdet i de gængse formålsskategorier.

Princippernes nutidige status

Poul Andersens organisatoriske og materielle specialitetsprincip indgår som et vigtigt led i Bent Christensens gennemgang af magtfordrejning. Selv om Bent Christensen sætter et retspolitisk spørgsmål ved princippernes praktiske anvendelsesmuligheder i nyere tid, accepterer han dog begrebsmæssigt lige præcis denne del af den klassiske magtfordrejningslære.⁸²⁾

Bent Christensen skriver, at i det omfang disse "meget enkle tankefigurer" kan anvendes, giver de "ret præcis vejledning" om formålene med en ufuldstændig forvaltningsregel. Reservationen over for de to tankefigurer beror på, at Bent Christensen anser den skarpe sektorisering af myndigheder og lovgrundlag, som principperne i sin oprindelige affattelse lægger op til, for urealistisk. Bent Christensen peger på, at tendensen til *helhedssyn* inden for forvaltningen, navnlig på miljørettens område, i nogen grad neutraliserer specialitetstænkningen.

"Idealet er, at ethvert forvaltningsorgan, der skal træffe afgørelse om det ydre miljø, skal kunne bygge på alle miljørelevante betragtninger ...".⁸³⁾

Bent Christensens mere afdæmpede brug af specialitetsprincipperne tages i det store hele til efterretning i den øvrige nyere litteratur. Undtagelsen er Karsten Revsbech, som ikke er overbevist om, at helhedstanken er en generel tendens.⁸⁴⁾

Den mere åbne brug af de klassiske specialitetsprincipper afspejles af, at Bent Christensen ikke foretager en traditionel systematisk bearbejdelse af praksis. Domstolens og ombudsmandens praksis er kun delt op i to hovedgrupper alt efter, om netop specialitetsprincipperne har været afgørende for bedømmelsen af et formåls lovlighed, men Bent Christensen afholder sig som nævnt fra en generel typologi. En anden grund til nedtoningen af principperne er forfatterens gentagne henvisning til loven som den primære afgrænsningsfaktor.

81. Se f.eks. betænkning nr. 1075 "Fra monopollov til konkurrencelov" af 1986 p. 171.

82. Bent Christensens kritiske holdning til den klassiske begrebsdannelse er således (kun) et "delvist" brud med Poul Andersen jf. Karsten Revsbech (1992) p. 66.

83. Jf. Bent Christensen (1997) p. 143. Se også f.eks. Erik Boe (1989) p. 203 og Ellen Margrethe Basse (1987) p. 183 ff.

84. Se Karsten Revsbech (1992) p. 67 f.

Lovfortolkning eller specialitetstænkning

I magtfordrejningsteorien har man oprindeligt som nævnt opstillet læren om det ulovlige formål som et *særskilt* juridisk begreb. Forbudet mod magtfordrejning er her en retsgrundsætning med en anden funktion end lovfortolkningsprincipper.

Opdelingen mellem lovfortolknings- og magtfordrejningsbegrebet er imidlertid ikke skarpere end, at det medgives af Poul Andersen, at en usaglig bevæggrund kan forekomme i forbindelse med afgørelser, der er truffet ud fra en fortolkning af en given hjemmelsbestemmelse. Men her får magtfordrejning som retlig mangel ingen selvstændig betydning, idet afgørelsens objektive rigtighed efterprøves:

"Naar der ... er Tale om materiel Retsanvendelse, vil Efterprøvelsen tage Sigte paa selve Resultatet og, hvis dette findes ulovligt, fastslaa det rigtige Resultat".⁸⁵⁾

Objektiveringen af læren om ulovlige formål slører derimod grænsen mellem magtfordrejningsfiguren og den almindelige lovfortolkning. Når det således anerkendes, at domstolene prøver det administrative skøn i materiel henseende, fortøner læren om ulovlige formål sig som selvstændig mangelskategori.⁸⁶⁾

Nyere teori fastholder en opdeling af de retlige krav til forvaltningens fortolkende afgørelsesvirksomhed og til forvaltningen skønspregede afgørelsesvirksomhed, men opdelingen er bragt i harmoni med det *materielle* skønsebegreb ved at bero på hjemmelsreglens karakter og ikke på prøvelsesperspektivet. Bent Christensen holder reglerne om skønssudøvelsen (de tilfælde hvor en hjemmelsbestemmelse er tom eller meget upræcis) adskilt fra reglerne om den administrative fortolkning (de tilfælde hvor hjemmelsbestemmelsen er rimeligt præcis). Men reglerne om magtfordrejning, eller "formålsbetragtningerne", og reglerne om fortolkning, herunder formålsfortolkning, anses ikke for væsensforskellige:

"Afgørelsen af om et vist kriterium er lovligt ... er af samme art som typisk fortolkning. Ved fortolkning tages udgangspunktet i bestemte ord i loven eller anordningen. I de ekstreme tilfælde af forvaltningsretligt skøn er der ingen ord at tage udgangspunkt i. Men den videre virksomhed er ensartet. I begge tilfælde gælder det om at anvende retskilderne på det konkrete tvivlsspørgsmål".⁸⁷⁾

Det kan umiddelbart være vanskeligt at få øje på de praktiske implikationer af en sondring mellem magtfordrejningstænkning og almindelig fortolkning. I teoriens

85. Jf. Poul Andersen (1965) p. 369. Se også p. 252 ff. om skøn og retsanvendelse.

86. Se generelt om forvaltningsretlige tolkningsdata f.eks. Morten Wegener (1994) p. 284 f.

87. Jf. Bent Christensen (1997) p. 128. Rent sprogligt er begreberne ikke mere inkompatible, og det udtales f.eks., at "formålsbetragtninger" spiller en større rolle for "fortolkningen" af forvaltningsretlige regler, end den almindelige retslære lægger op til jf. p. 238.

drøftelse af f.eks. U 90.892 H fremhæves det bl.a., at specialitetsprincipperne er subsidiære i forhold til lovens formålsangivelse.

Frøstruplejrsagen

Denne sag handlede om et socialudvalgs afslag på en ansøgning om tilskud efter bistandsloven til en kvindes udgifter til leje af en skurvogn og til flytning af skurvognen til Frøstruplejren. Denne kommunale myndighed havde af principielle grunde afvist at bevilge hjælp til en husleje, da der var tale om ulovlig beboelse. Kvinden havde således ikke søgt om tilladelse efter zonelovgivningen til at opstille skurvognen til beboelse.

Kvinden gjorde over for retten gældende, at det for behandlingen af en ansøgning om kontanthjælp efter bistandslovgivningen var uvedkommende at inddrage hensynet til at undgå overtrædelse af en anden lov. Det blev desuden anført, at det ikke var socialudvalgets opgave at påse, at lov om by- og landzoner blev overholdt, men at ansvaret for zonelovgivningen påhvilede en anden myndighed. Der var fra sagsøgeres side tale om en argumentation for, at afslaget stred mod den specialitetstænkning, som indgår i magtfordrejningslæren.

Ved sagens behandling i domstolssystemet blev forvaltningens beslutning om at afslå ansøgningen underkendt. Dommerne i Vestre Landsret foretog en afvejning af bistands- og zonelovgivningen og anførte, at de sociale myndigheder under hensyn til beskaffenheden af den pågældende lovovertrædelse ikke havde været berettiget til at afvise en ansøgning efter bistandsloven med den begrundelse, at sagsøgerens anvendelse af skurvognen var en overtrædelse af zonelovgivningen.

Højesteret stadfæstede landsrettens afgørelse men ikke dens grunde. Der blev i stedet lagt vægt på, at afvejningen med bindende virkning var foretaget af amsankenævn og ankestyrelse. Hverken landsret eller Højesteret anvendte udtrykket specialitetsprincip, og sagen kan tolkes som afgjort ud fra almindelige fortolkningssynspunkter. Landsrettens ræsonnement tyder dog på den anden side på, at specialitetsprincipperne har inspireret retten, navnlig for så vidt angår den anvendte afvejningsmodel.⁸⁸⁾

Doktrinen har diskuteret magtfordrejningslærens betydning for rettens afgørelse. Med udgangspunkt i en opfattelse af, at landsretten legitimerede sin underkendelse af afslaget med forvaltningsretlige specialitetsprincipper, har Karsten Revsbech argumenteret for en generel accept af hensynet til at undgå overtrædelse af en anden lov. Dette hensyn kan *bryde* den adskillelse af forskellige lovgrundlag og myndigheder, som de klassiske specialitetsprincipper opererer med. I en kritik af denne udlægning har Jens Vedsted-Hansen peget på, at retten afgjorde striden ud fra almindelige lovfortolkningssynspunkter. Det konkrete lovgrundlag indeholdt

88. Se Hugo Wendler Pedersens kommentar i U 91B.157 ff.

i sig selv en angivelse af kredsen af lovlige kriterier, og underkendelsen af afslaget fulgte af en *fortolkning* af de pågældende sociallove. Sagen giver derfor efter Jens Vedsted-Hansen opfattelse ikke anledning til at overveje eventuelle modifikationer til specialitetsprincipperne.⁸⁹⁾

Uanset hvem af disse forfattere, der har ret i sin konkrete læsning af dommen, er det efter min opfattelse vigtigt og rigtigt at fremhæve, at specialitetsprincipperne er subsidiære i forhold til loven og andre retskilder:

"Det kan forekomme ... at det udtrykkeligt er fastsat i lovteksten eller dens forarbejder, at ... hensyn, der hører under andre love eller myndigheder, ikke kan varetages i forbindelse med udøvelse af en given skønsmæssig beføjelse. Her er det selvfølgelig meningsløst at anvende specialitetsprincipperne".⁹⁰⁾

Herudover kan man pege på, at den omstilling af saglighedsprincippet's normative sigte, der har fundet sted i nyere teori, mindsker forskellene mellem den almindelige lovfortolkning og det forvaltningsorienterede magtfordrejningsbegreb. Prøvelsesmyndigheder skelner heller ikke udtrykkeligt mellem de to metoder til at fastslå lovligheden af forvaltningens konkrete afgørelser, og domstolenes tilbøjelighed til at formulere sig i hjemmelstermer vidner om en opprioritering af fortolkningssynspunkter.

III.C.3. Kombinerede kriterier

I en fastlæggelsen af lovlige kriterier vil der som antydnet i flertalsformen kunne indgå en større eller mindre *mængde* kriterier (hensigter/hensyn) i det retlige grundlag for en skønsmæssig afgørelse. Det skal i første omgang forstås sådan, at der ofte er brug for at finde mere end eet kriterium som grundlag for en afgørelse. Det er dog også et varsel om, at forvaltningsaktens efterprøver ofte må forholde sig til afgørelser, der indeholder en infiltration af legitime og illegitime formål. Selv om denne blandingssituation synes at være blevet mere og mere almindelig, volder den ofte "problemer for prøvelsesorganerne".⁹¹⁾

Det kan i først omgang være et problem at identificere de forskellige formål, herunder eventuelt et tildækket usagligt formål, og dernæst at bestemme deres indbyrdes vægt, herunder eventuelt et vedkendt men så dog måske kunstigt

89. Se Karsten Revsbech (1991a) p. 265 ff. og Jens Vedsted-Hansen (1991) p. 436 ff.

90. Jf. Karsten Revsbech (1992a) p. 167 men cfr. Jens Vedsted-Hansen (1992) p. 305.

91. Jf. Bent Christensen (1997) p. 162. Se for franske domstoles holdning til "la pluralité de buts" f.eks. Conseil d'Etat sag af 30/10 1942, Compagnie générale des eaux, rec. 302, af 3/10 1980, Schwartz, rec. 353 og af 7/12 1983, Comm. de Lauterbourg, rec. 491.

underspillet usagligt formål. Læren om kombinerede kriterier hviler med andre ord generelt på en forestilling om selvstændigt klassificerbare formål.

Denne afhandling sigter som nævnt indledningsvis først og fremmest mod at belyse magtfordrejningsbegrebets betydning for relevansen eller retmæssigheden af det enkelte og separate formål uanset dets større eller mindre centrale placering i afgørelsesgrundlaget. Jeg er således som udgangspunkt mindre optaget af ugyldighedsproblematikken, og det følgende er derfor blot ment som en oversigt over nogle af elementerne i læren om kombinerede kriterier.⁹²⁾

Konkret eller generel væsentlighed

I den praktiske anvendelse af teorien om forvaltningsaktens ugyldighed på grund af ulovligt formål sker der ikke uden videre en identifikation mellem det ulovlige formål og afgørelsen. Den almindelige opfattelse er, at det uvedkommende formål skal have været af betydning for den pågældende forvaltningsakt, og at der omvendt kan være tilfælde, hvor en sådan kausal forbindelse ikke foreligger eller dog ikke med tilstrækkelig sikkerhed kan godtgøres af sagsøger. I så fald vil der ikke blive afsagt en magtfordrejningsdom over den omstridte afgørelse.

Det er værd at notere, at Poul Andersens fremstilling af magtfordrejning som udgangspunkt lægger op til en generel vurdering af et formåls væsentlighed:

"At det ulovlige Formaål medfører Forvaltningsaktens Ugyldighed, beror ikke paa, at det *med Nødvendighed* fører til en Forvaltningsakt med et sagligt urigtigt Indhold ... Erfaringen viser imidlertid, at usaglige Bevæggrunde oftest fører til sagligt urigtige Beslutninger. Grundsætningen om, at det administrative Skøn skal udøves ud fra saglige Bevæggrunde, maa ... ligesom de andre Regler om Forvaltningsaktens Tilblivelse opfattes som en garanti for Forvaltningsaktens materielle Rigtighed".⁹³⁾

Alligevel synes den klassiske teori at akkviescere ved den langt mere restriktive lære om ugyldighed, som har fæstnet sig i domspraksis. Her bliver det ulovlige formål kun mødt med ugyldighedssanktionen, hvis det har været "af afgørende Betydning for Beslutningen". Til magtfordrejningslærens retshåndhævelse som ugyldighedsgrund kræves således ikke kun en isoleret diskvalificering af en bestemt interessevaretagelse men også en afstandtagen til selve afgørelsen.

Eksempler fra praksis

Formuleringen af dette yderligere krav kan variere noget i praksis alt afhængig af de nærmere omstændigheder. I U 28.675 H blev to bogtrykkere tiltalt for at have overtrådt politivedtægten, fordi de havde ophængt plakater på forskellige

92. Se for mere omfattende drøftelser af vægtspørgsmålet f.eks. Ellen Margrethe Basse (1987) p. 193 ff. og Jan Frithjof Bernt (1978) p. 268 ff.

93. Jf. Poul Andersen (1965) p. 364 f. Se herom også Steen Rønsholdt (1987) p. 767.

ejendomme. De tiltalte gjorde dog gældende, at der ikke var hjemmel til et sådant forbud, og at grunden hertil var, at forbudet var udløst af en uvedkommende kommunaløkonomisk interesse i at beskytte en aftale med en privat virksomhed om anbringelse af plakattavler. Bogtrykkerne blev frikendt med henvisning til, at forbudet "alene" tilsigtede at skaffe kommunen en indtægt, og retten foretog således en faktisk identifikation mellem det ulovlige formål og afgørelsen. Men baggrunden var, at der efter rettens opfattelse ikke forelå konkurrerende formål.

En sag om ekspropriation i forbindelse med en udvidelse af strandvejen er derfor mere illustrativ jf. U 39.177 Ø. En privat grundejer slog her ned på forvaltningens inddragelse af et uvedkommende finansielt hensyn. Eksistensen af dette hensyn blev anerkendt af retten, som til trods for denne interferens lod den omstridte ekspropriationsbeslutning blive stående:

"Efter alt foreliggende maa det antages, at det af Amdtsraadet vedtagne og af Ministeriet godkendte Projekt saavel i det Helhed som i dets Enkeltheder er *tilstrækkeligt* begrundet ved trafikale Hensyn" (her fremhævet).

I nyere praksis vil domstole anse en inddragelse af et ulovligt kriterie som en væsentlig mangel, hvis det ulovlige kriterie efter domstolenes opfattelse har forårsaget forvaltningsaktens udstedelse jf. f.eks. U 1992.469 H.⁹⁴⁾

Konsekvenser af en konkret vurdering

Den konkrete vurdering af anfægtede formåls væsentlighed er taget til efterretning i den moderne objektive magtfordrejningsteori bl.a. hos Bent Christensen. Her giver det valgte førsteinstansperspektiv sig klart til kende, idet afsnittet om formålsbetragtninger vejleder om lovligheden af enkelte formål, selv dem der måtte være af perifer betydning.

Sigtet er som udgangspunkt er give anvisninger på, hvordan sagsbehandleren selv bør opleve sin udfyldningsopgave, og ikke på hvilke formålsskcombinationer, som må påregnes at blive mødt med annulation. Teorien går i dialog med den primære beslutningstager og ikke med dommeren. Denne fremstillingsform er med til at *skærpe* betydningen af formålsbetragtningerne, idet den som udgangspunkt lægger op til fuldstændig renhed i afgørelsesgrundlaget.

I prøvelsessituationen bliver magtfordrejningslærens gennemslag som sanktion dog afhængig af bl.a. kausalitetsbetragtninger.⁹⁵⁾ Den kalkulerende sagsbehandler kan således forsøge at sikre en "mudret" afgørelse over for en ugyldighedspåstand ved mere eller mindre bevidst at forberede en bagatellisering af det urene formål.

94. Se for andre domme om spørgsmålet om kriteriers væsentlighed bl.a. U 39.177 Ø, 53.757 H 67.262 H, 81.375 Ø, 86.864 H, 87.311 H, 90.601 H, 91.358 Ø og 93.727 Ø

95. Se Bent Christensen (1994) p. 143 ff. og Jens Garde m.fl. (1997) p. 188 f. og 358 ff.

Det er interessant, at den subjektive administrative hensigt i denne teoretiske fremstilling (omsider) dukker op som et skærpende moment i den efterfølgende stillingtagen til kombinerede kriterier. Det overvejes, om en usaglig hensigt skulle:

"gøre underkendelse til det nødvendige resultat, selv hvor det eller de lovlige kriterier efter domstolenes opfattelse kunne bære afgørelsen".⁹⁶⁾

Denne bevistekniske interesse for det subjektive gør det for så vidt endnu mere uklart, om der eksisterer en primær fordring om subjektiv lovlighed. Set ud fra et dommersynspunkt må det konstateres, at magtfordrejningstankegangen sløres og svækkes af brugen af konkrete væsentlighedsvurderinger.

Den konkrete stillingtagen til kombinerede kriterier er med til at understrege vigtigheden af klare signaler fra domstolene til forvaltningen. Det er uheldigt, hvis marginale usaglighedsmomenter generelt få lov til at løbe uhindret gennem prøvelsesfiltrene, fordi det implicit kan give udseende af, at afgørelsen og momentet så er accepteret.⁹⁷⁾

Det kan der i nogen grad kompenseres for, ved at ombudsmanden træder til og i sine sager (også) gør opmærksom på kritisable sideformål. Domstolene bør i hvert fald dog konfronteret med konkret *væsentlig* usaglighed for mig at se ikke tøve med at statuere magtfordrejning og ikke uden videre foretrække andre og blødere underkendelsesgrundlag. I modsat fald vil det blive vanskeligt at håbe på en normerende effekt på forvaltningens subjektive motivationsgrundlag.

III.D. Delopsamling

Den foregående analyse af magtfordrejningsbegrebets teoretiske forudsætninger illustrerer, at teorien i denne afhandling er anskuet som en mere eller mindre explicit formidler af retspraksis men *også* som selvstændig systembygger. Inden for den givne retskildemæssige ramme er de forskellige positioner, som de behandlede teoretikere har angivet i forhold til afhandlingens problemstillinger, som udgangspunkt set som forskellige tolkninger af en foreliggende praksis men også hver især som mulige begrebsanvendelser i prøvelsesmæssige sammenhænge. Det er en pointe, at teorierne ikke primært er bedømt ud fra deres påviselige forankring i praksis men som nogenlunde jævnbyrdige reguleringsforslag.

III.D.1. Teoriens underliggende valg

De fire teoretiske hovedretninger, som er gennemgået, kan dog i den forbindelse være vanskelige at sammenholde, fordi de (også) må antages at have forskellige

96. Jf. Bent Christensen (1994) p. 172. Se også Ole Krarup (1969) bl.a. p. 110 ff.

97. Som påpeget af Steen Rønsholdt (1987) p. 772 ff.

holdninger til rollen og opgaven som retskilde i magtfordrejningslæren. De har forskellige selvopfattelser og giver for så vidt svar på forskellige spørgsmål.

Det må således antages, at objektivisternes udgangspunkt har været at *beskrive* og aflæse navnlig domstolenes stillingtagen til en given samling af konkrete sager, hvori magtfordrejningsbegrebet er blevet aktualiseret. Hvorvidt disse forfattere også helst ser f.eks. en objektiv prøvelse praktiseret, fremgår ikke direkte af deres fremstillinger. Denne kreds af forfattere er dog af mig taget til indtægt for en tilslutning til prøvelsesmyndighedernes definition af magtfordrejning.

Heroverfor er det klart, at subjektivisterne har indtaget en friere holdning til den praktiske virkelighed, omend navnlig den klassiske men også den bearbejdede viljesteorier har været meget opsat på at fremlægge praktiske bekræftelser på deres respektive begrebskonstruktioner. Det er åbenbart, at disse skribenter mener, at magtfordrejningsbegrebet *bør* være af subjektiv observans. Det er dog i mine øjne muligvis en fordel for en argumentation til støtte for f.eks. subjektive tankegange, at eksistensen af et praktisk gennemslag ikke gøres til det afgørende argument. Det kan fjerne fokus fra f.eks. begrebets ideelle anvendelsesmuligheder.

Forholdet mellem teori og praksis

Det er min opfattelse, at teorien selv inden for en retsdogmatisk ramme har en række *valg*, og at der i selve formidlingen af det givne retsstof kan ligge en (tilsigtet eller utilsigtet) normerende kraft. Det er om navnlig Bent Christensens fremstilling påpeget, at den f.eks. i sin sprogbrug har valgt at forholde sig yderst loyalt, eller afventende om man vil, til prøvelsesmyndighedernes traditioner, og at de uklarheder, som er betinget af disse traditioner, uden nærmere eksplicitering overføres til det teoretiske plan. Den forsigtighed på det sproglige plan, som præger danske domstole og til en vis grad også ombudsmanden, skal for mig at se ikke nødvendigvis bekræftes i teoretiske fremstillinger.

Der er i hvert fald efter min opfattelse grund til at være meget bevidst om den subjektive farvning og bias, som teorien helt uundgåeligt kommer til at lægge ind i en fremstilling af et retligt emne. Den forvaltningsretlige teoriproduktion i Danmark er desuden ikke overvældende i kvantitativ henseende. De mange dele af denne teorimasse, som indgår som undervisningsgrundlag, har uden tvivl en betydelig indvirkning på de studerendes retlige dannelse og referencerammer. Den givne teori er for studerende undertiden anset, eller i hvert fald anvendt, som den *primære* retskilde.

Også på mange senere tidspunkter i et juridisk livsforløb eksempelvis i pressede arbejdssituationer kan det være nødvendigt at støtte sig meget til en teoretisk indføring eller bearbejdelse. Teorien tilbyder:

"i den mån den är praktisk inriktad och tilhandahåller färdiga lösningsförslag, en så värdefull arbetsekonomisk hjälp åt jäktade domare att åtskilliga i doktrinen

serverade lösningar torde få en större gennomslagskraft än deras intellektuella kvalitet motiverar".⁹⁸⁾

Disse kommentarer om teoriens ansvar har for så vidt til formål at betone, at teorien uanset magtfordrejningslærens faktiske praktisering efter min opfattelse bør gøre sig klart, om det er ønskværdigt, at forvaltningen i sine motivationer indfrier saglighedsfordringen. Den teori, der fremstiller magtfordrejningslæren, i en eller anden form, som gældende ret, medvirker formentlig til, at reglen overholdes uafhængigt af udsigterne til en tvangshåndhævelse. Et klart formuleret forbud mod subjektiv usaglighed disciplinerer måske i sig selv forvaltningen.

III.D.2. Begrebsobjektivering

Teoriens objektivering af magtfordrejningslæren kan først og fremmest ses som et produkt af domstolens praksis. Den praktiske objektivering kan dog også i en vis forstand opfattes som et faktisk modspil til den klassiske viljest teori og som danske domstoles ønske om at holde distance til den franske forvaltningsdomstols behov for at slå ned på meget grove former for misbrug af skønsbeføjelser. Vores prøvelsesmyndigheder foretrækker en mere værdineutral linie. Den subjektive regel er dog på den anden side ikke blevet entydigt *afkræftet* i praksis jf. IV.B.1.

Det er karakteristisk for udviklingsforløbet i dansk retslitteratur, at det klassiske magtfordrejningsbegreb med et slag er blevet afvist i den objektive teori. I modsætning hertil er udviklingen i f.eks. norsk retslitteratur forløbet mere harmonisk, som bemærket af navnlig Erik Boe, der tilføjer:

"Moderne norsk forvaltningsrettsteori tar et standpunkt mellom den gjennomført objektive og subjektive misbrukslæren. På den ene siden går ingen norske forvaltningsrettsteoretikere så langt i retning av å se objektiv premissprøvelse som det prinsipielt riktige som Krarup gør: En spør etter hva forvaltningen tok hensyn til og begrunnet vedtakene med, ikke etter hva som kunne eller ikke kunne begrunne vedtakene. - På den annen side går norsk rettsteori i utgangspunkt ikke særlig langt i å trevle opp de bakenforliggende motiver. Lovligheten bedømmes stort sett i forhold til "første premissstrinn", uten stadig å gå bakover i motivasjonskjeden og spørre hvorfor forvaltningen handlet som det gjorde".⁹⁹⁾

Dansk forvaltningretlig teori har med Ole Krarup i spidsen foretaget et angreb på selve begrebet magtfordrejning, som heller ikke har et sidestykke i fransk ret. Her er objektiveringen et resultat af den praktiske anvendelse af "détournement de pouvoir" og ikke af en indre begrebsteoretisk opløsning. Således ser nyere teoretikere ingen logiske problemer i, at denne "cas d'ouverture" har en subjektiv

98. Jf. Stig Strömholm (1988) p. 455. Se også f.eks. Torstein Eckhoff (1993) p. 239.

99. Jf. Erik Boe (1978) p. 355.

hældning. Det er for så vidt en anden diskussion, om begrebet på grund af de prøvelsestekniske vanskeligheder i dag måtte fremtræde som rudimentær.

Disse bemærkninger tjener til at understrege, at en principiel aflivning af den subjektive magtfordrejningslære ikke er noget globalt fænomen, og at de hårdt optrukne fronter i dansk retslitteratur utvivlsomt hænger sammen med opgøret med forestillingen om "det frie skøn". Termen "det frie skøn" er således ikke gået helt ud af nyere norsk forvaltningsretlig sprogbrug, ligesom der i toneangivende franske lærebøger stadig ganske uforbeholdent tales om "une zone de liberté" i forbindelse med "le pouvoir discrétionnaire".¹⁰⁰⁾

Teknisk eller normativ kritik

Ud over en konstatering af, at den definitive opløsning af en vidtgående regel om saglige *hensigter* i dansk ret til dels forekommer at være strategisk begrundet i en kamp mod en apriorisk fredning af forvaltningens skønsbeføjelser, er der grund til at understrege, at mange af indvendingerne mod det subjektive udgangspunkt har været af teknisk art.

Den teoretiske objektivisering affødes med andre ord ikke kun af en metodisk kritik af magtfordrejningsgrundsætningens kobling til dogmet om det frie skøn men også af en indlevelse i netop domstolenes problemer med at håndhæve et krav om subjektiv saglighed. Det er klart, at beviset for subjektiv magtfordrejning er vanskeligt, og at dette forhold kan mindske antallet af domfældelser. Et yderligere argument om, at domstolenes lære om kombinerede kriterier undergraver selve begrebet magtfordrejning er på samme måde knyttet til domstolsperspektivet og til domstolenes prøvelseteknik.

Denne prøvelsetekniske karakter af flere af argumenterne for en teori om usaglige hensyn er for mig at se vigtig at være opmærksom på. En påvisning af en besværlig håndhævelse af en regel og en forhåndsformodning om begrænsede afdækningsmuligheder kan efter min opfattelse nemlig ikke i sig selv bære en argumentation for den pågældende regels afskaffelse.

Endvidere mener jeg ikke, at en relativ høj hæderlighedsstandard i nordiske administrationer og den dermed forbundne antagelse om få overtrædelser af forbud mod primær magtfordrejning kan begrunde en afvisning af et selvstændigt krav om saglige hensigter. Der er rigtigt, at Poul Andersens formulering af magtfordrejningskonceptet er meget præget af den franske baggrund, og at konceptet virker overdrevent fokuseret på privat favoritisme og odiose tendenser. Det er dog ikke det samme som, at den subjektive lære om magtfordrejning overhovedet ikke kan være af værdi i praksis jf. IV.B.1.

100. Se f.eks. Frode Innjord (1996) p. 163 f. og Jean Rivero og Jean Waline (1996) p. 73 ff.

Opløsning eller abstraktion

Med henvisning til Bent Christensen og hans dominerede stilling i nyere dansk teori har Karsten Revsbech anført, at magtfordrejningsbegrebet i dag er under opløsning.¹⁰¹⁾ Der tænkes først og fremmest på den opløsning af det klassiske begrebsapparat, som der er redegjort for i det foregående.

Man kan dog sætte spørgsmålstejn ved entydigheden af magtfordrejningsbegrebets opløsning. Hvis man vælger at se Bent Christensen som strømpil, er det således vigtigt at få med, at hans "formålsbetragtninger" trods alt ikke direkte afviser den klassiske tankegang. Desuden kan det nævnes, at specialitetsprincipperne, i modificeret udgave ganske vist, genoptræder i den moderne hjemmelsteori. En inkorporering af formålsbetragtningerne i et afsnit om hjemmelsspørgsmål er en indiskutabel nydannelse, men Bent Christensen er på en vis måde præget af "veneration for de synspunkter ... som har fundet udtryk i traditionen".¹⁰²⁾

Herudover kan den systematiske forandring af læren om ulovlige formål ses som et led i en *generel* hævelse af abstraktionsniveauet i navnlig Bent Christensens bøger. Der bliver nødvendigvis tale om generaliseringer, når de forvaltningsretlige regelværk og emner vokser så drastisk som sket siden forvaltningsrettens opståen. Fremstillingen af den "almindelige" forvaltningsret er hos Bent Christensen og lignende skribenter alene af den grund blevet mere diffus.

Selv om Bent Christensen har givet læren om magtfordrejning en ny normativ og terminologisk indpakning, er der endelig tale om en centralt placeret tankegang i den almindelige forvaltningsret. Der rækkes ikke ved, at formålsbetragtningerne er den af de "7 veje", som oftest finder anvendelse i praksis.¹⁰³⁾

III.D.3. Fast typologisering

Der har ikke været rejst fundamentale indvendinger mod den systematisering af praksis, som har fundet udtryk i den negative formålstypologi. Til trods for denne accept af den klassiske kreds af formål indeholder nyere magtfordrejningsteori dog en række mindre justeringer og opdateringer bl.a. i form af en tilføjelse af en angivelse af formål, der i almindelighed må betragtes som *saglige*.¹⁰⁴⁾ Denne nydannelse vender op og ned på kredsen af formål. Den *positive* formålstypologi er i sin nuværende form meget løs men vil formentlig blive nuanceret i fremtidig

101. Se Karsten Revsbech (1992) p. 110 ff.

102. Jf. Jørgen Mathiassen (1992) p. 142.

103. I fransk ret er en diskussion om opløsning, "déclin", og ikke om objektivering, som præger teoriens dagsorden jf. Lucienne-Victoire Fernandez-Maublanc (1992) p. 239 ff.

104. Se navnlig Jens Garde m.fl. (1997) p. 205 ff.

magtfordrejningsteori. Disse moderne typologier er meget interessante men ikke nærmere behandlet i denne afhandling.

Endelig er *fraværet* af en katalogisering af usaglige/saglige interesser i Bent Christensens fremstilling af formålsbetragtningers betydning for skønnet et bemærkelsesværdigt brud med traditionen. Der er tale om en markant resignation over for den generaliserende opgave, som den juridiske doktrin så ofte vælger at påtage sig. I forhold til netop magtfordrejning vidner den manglende fokusering på et vist udsnit af administrative interesser om, at de mange afgørelser og udtalelser om varetagelse af dubiøse formål opfattes som spredte og konkrete udslag af en meget upræcis retsgrundsætning. Forestillingen om et selvstændigt indhold i magtfordrejningstanken er af Bent Christensen definitivt opgivet.

Kapitel IV

Praktiske anvendelsesmuligheder

IV.A. Introduktion

Hovedformålet med dette kapitel er at illustrere magtfordrejningsgrundsætningens praktiske anvendelse. Kapitlet forfølger afhandlingens hovedtemaer og visse andre delemner. Det sker ved hjælp af eksempler så vidt muligt fra nyere tid.

Det indledes med en pointering af, at den klassiske magtfordrejningsterminologi sjældent anvendes i praksis. Prøvelsesmyndighederne vælger i sine præmisser og udtalelser ofte rent konstaterende formuleringer, som f.eks. at en afgørelse (ikke) skyldes uvedkommende hensyn jf. U 96.797 H. Det tages som et udtryk for, at domstole og ombudsmand som udgangspunkt ønsker at holde sig tilbage fra at bebrejde den offentlige forvaltning, at der sker fejl jf. IV.A.1-2.

Det lægges herefter til grund, at de eksterne prøvelsesorganer koncentrerer sig om en objektiv præmisbedømmelse af forvaltningens virksomhed. I forlængelse heraf illustreres en mere subjektiv model, og det overvejes, hvad en sådan model i det hele taget går ud på og kan tilbyde. Mit synspunkt er, at en selvstændig kontrol af motivering i visse tilfælde kan være at foretrække fremfor den objektive model. I forlængelse heraf berøres bevisproblematikken jf. IV.B.

Kapitlet uddyber endvidere udviklingen i den retlige vurdering af kredsen af uønskede administrative formål. Med henvisning til den klassiske negative typologi opdeles den inddragne praksis i private, politiske og finansielle formål. De former for magtfordrejning, som falder uden for denne klassifikation, omtales ikke nærmere her. Det accentueres, at målestokken er foranderlig, og at navnlig finansiell saglighed synes at have et dynamisk indhold. Den beskrevne udvidelse af finansiell frihed opfattes som igangværende og ikke som et slutpunkt jf. IV.C.

En opsamling af magtfordrejningsbegrebets praktiske anvendelse afrunder kapitlet. Herudover tages samspillet mellem teori og praksis op. Endelig indeholder kapitlet refleksioner om ombudsmandsinstitutionens stilling og egenart. Der peges på, at domspraksis har domineret den teoretiske indgang til magtfordrejning, men at Folketingets Ombudsmand på flere punkter har særlige muligheder for at bidrage til en yderligere nuancering af begrebet jf. IV.D.

IV.A.1. Prøvelsessprog

Ordet "magtfordrejning" anvendes også i dette kapitel, men det er som tidligere nævnt dele af doktrinen, der har ønsket at konsolidere ordet i den juridiske sprogbrug jf. II.B.3. Når dommere og ombudsmænd har fordømt/kritiseret en konkret sag, har de for det meste foretrukket *neutrale* omskrivninger.

Man støder i ældre praksis således på vendinger så som, at en myndighed har inddraget "uvedkommende hensyn" jf. f.eks. Højesterets præmisser i U 35.516. I nyere tid har domstolene på lignende måde henvist til, at en afgørelse (ikke) savner "saglig begrundelse", og til at et udøvet skøn (ikke) hviler på et "usagligt eller i øvrigt ulovligt grundlag" jf. U 99.230 H og 97.827 H. Det sker, at domstolene skriver "magtfordrejning" men så primært i tilfælde, hvor der *ikke* er grundlag for at antages eksistensen heraf jf. f.eks. U 67.234 Ø og 85.254 Ø.

Den sproglige tilbageholdenhed er mindre udtalt i domskommentaren, der som bekendt er forfattet af en navngiven enkeltperson. I f.eks. U 1973B.318 taler Spleth om, at sagen blev afgjort på grundlag af læren om "magtfordrejning". En dommers kommentar til en afsagt dom er dog ikke en integreret del af dommen, og kommentaren ses undertiden primært som en privat meningstilkendegivelse.¹⁾

Det forekommer derimod relativt hyppigt, at prøvelsesinstanser anvender ordet "magtfordrejning" til at referere og klassificere en sagsøgers eller en klagers anbringender jf. f.eks. U 92.227 H og FOB 75.585. En sagsøger eller klager kan selv tage ordet "magtfordrejning" i sin mund og synes da også ofte at vælge netop dette ord for give sine indsigelser ekstra alvor og indignationskraft jf. f.eks. U 80.540 H og 91.373 H. Det blev i U 96.797 H gjort gældende af sagsøgeren, at en kommunal afgørelse var "udtryk for finansiell magtfordrejning".²⁾

Hjemmelssprog som produkt af respekt

Tendensen til, at retlige kontrollører som udgangspunkt viger tilbage fra at udtrykke det mishag, som "magtfordrejning" associeres med, kan ses som en refleksion af, at det er en del af navnlig dommernes selvopfattelse at vise *respekt* for forvaltningen. Den forsigtige tone over for myndigheders fejl og misbrug kan hænge sammen med, at mange domstolsjurister, især i appelinstanser, har en lang fortid som højt placerede beslutningstagere i centraladministrationen.³⁾ Den terminologiske systemvenlighed, som navnlig Bent Christensens værker er udtryk for jf. III.B.3., er således også forankret i navnlig dommersproget.

-
1. Se bl.a. Mogens Hvidt i U 81B.69 og Preben Stuer Lauridsen (1992) p. 149 f.
 2. Se om (manglende) terminologisk overførsel af magtfordrejningstanken på områder, der beherskes af privatretlige grundsætninger Jørgen Mathiasen (1975) p. 222. Se dog for et nyere forsøg på netop en sådan overførsel U 96.120 SH.
 3. Se domstolsudvalgets betænkning nr. 1319 af 19. juni 1996 p. 148 ff.

Den almene præference for teknisk udtryksmåde synes at have været nogenlunde konstant over tid og går helt tilbage til de første domsafgørelser jf. f.eks. U 25.906 H. Dommerne kan formulere præmisser i hjemmelstermer, selv om sagsøgeren har procederet på "magtfordrejning" jf. f.eks. U 29.452 H. I det judicielle sprog kan den mindre kontroversielle hjemmelskritik udvides til også at dække fejl, som efter min opfattelse burde kaldes "magtfordrejning".

Folketingets Ombudsmand har på det sproglige område som udgangspunkt valgt at indrette sig efter domstolenes terminologi. Der findes i registret i FOB 88.408 en fortegnelse over sager om "uvedkommende hensyn" (indtil 1988). I registret i FOB 97.534 (94-97) henvises man under stikordet "magtfordrejning" til omtalen af sager om "inddragelse af kriterier" og "skønsafvejningen". Til trods for sin normale selvbeherskelse på det sproglige område betjener ombudsmanden sig dog undertiden af et værdiladet ordvalg. I sine udtalelser om bl.a. forvaltningens inddragelse af ulovlige kriterier har ombudsmandsinstitutionen kompenseret noget for sine manglende formelle sanktionsmuligheder ved at benytte og udvikle et mere nuanceret og personligt ordvalg end det, der typisk anvendes af dommere.

Det blev f.eks. udtalt i FOB 1986.156, at en administrativ disposition måtte betragtes som usaglig og som faldende "ganske uden for rammerne" af den kreds af hensyn, som kunne varetages efter det pågældende hjemmelsgrundlag. En kritisk udtalelse kan i øvrigt forsynes med et klart stigmatiserende signal, selv om ordet "magtfordrejning" ikke indgår jf. f.eks. FOB 1988.100. Jeg vender tilbage til disse sager i IV.B.2. Folketingets Ombudsmand har i sine mange udtalelser gjort sig umage med at fremsætte kritik med *forskellige* bibetoninger.⁴⁾

Den sproglige purisme og tilbageholdenhed er naturligvis ikke noget særegent for magtfordrejningsprøvelsen men genfindes på mange af juraens områder. Inden for forvaltningsretten er ombudsmanden selv en ihærdig fortalere for en sober sprogbrug i *administrative* skrivelser og for fraværet af følelsesmæssige udfald.⁵⁾

Magtfordrejningsresponsum

Det kan i øvrigt bemærkes, at ombudsmanden i modsætning til domstolene har sat *ord* på magtfordrejningsgrundsætningens almene *indhold* i stedet for blot at anvende det forudsatte begreb på konkrete tilfælde jf. FOB 84.156:

"Hovedsynspunktet er ... et krav om, at de dispositioner, der skal træffes, skal forfølge formål, der kan anses som saglige i den givne sammenhæng, således at

-
4. Se generelt om ombudsmandens "kritikskala" f.eks. betænkning nr. 1272 p. 125 og Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 602 f. Ombudsmanden skal give meddelelse til retsudvalget om "fejl og forsømmelser af *større* betydning" jf. ombudsmandsloven § 24.
 5. Se f.eks. FOB 72.182, 83.259 og 90.162. Høflig sprogbrug er god forvaltningsskik. Se også Justitsministeriets vejledning til forvaltningsloven punkt 214-217.

dispositionen ikke blot efter sin karakter men også efter sin begrundelse falder inden for rammerne af de formål, som den udnyttede ... hjemmel er eller må antages at være tilvejebragt med henblik på at varetage".

Ombudsmandens tilbøjelighed til principovervejelser er ikke noget karakteristisk for magtfordrejningspraksis men er et udslag af institutionens afhængighed af en responderende stil.⁶⁾ De afgivne bedømmelsers status som retligt uforbindende udtalelser medfører, at det ikke er nok at nå et rigtig resultat.

IV.A.2. Prøvelsesintensitet

Medens domstole og ombudsmand i det valgte sanktionssprog i almindelighed må siges at holde sig meget tilbage fra at udtrykke explicit misbilligelse af en magtfordrejende inddragelse af kriterier, er den indholdsmæssige prøvelse af kriteriers lovlighed som udgangspunkt uforbeholden. Domstole og ombudsmand har anset sig for *egnede* til at vurdere administrative formåls overensstemmelse med lovens formål og/eller andre saglighedsnormer.

Det antages i moderne teori og praksis, at prøvelsesmyndighederne fuldt ud kan og vil tage stilling til, om en offentlig myndighed har foretaget en lovlig og rigtig supplerende af en upræcis hjemmelsbestemmelse i lov eller sekundær lovgivning. Forvaltningens udfyldende virksomhed er således *styret* af nogle grundprincipper, herunder læren om magtfordrejning, der navnlig er udviklet i domstolenes og ombudsmandens praksis jf. FOB 97.63.⁷⁾ Disse censorer skal altså:

"ikke foretage noget fornyet skøn, men alene tage stilling til, om grundlaget for sagsøgtets skøn har været usagligt eller i øvrigt ulovligt" jf. U 97.827 H.

Det er efter min opfattelse vigtigt her at tilføje, at den ubegrænsede prøvelse af magtfordrejningslæren er en realitet for så vidt angår sagligheden af afgørelses præmisgrundlag men *ikke* for så vidt angår lødigheden af egentlige bevæggrunde. Tendensen til en noget sporadisk efterprøvelse af forvaltningens subjektive magtfordrejning kan i sig selv anskues som et udtryk for tilbageholdenhed.

Spørgsmålet om tilbageholdenhed i prøvelsen er normalt først noget, der tales om i forbindelse med selve skønnet eller den indre skønsudøvelse. Forvaltningen antages her at være fri for en nærgående kontrol. Prøvelsesmyndigheder har således som udgangspunkt tillid til, at forvaltningen foretager en saglig vægtning af den kreds af formål, som i første omgang (under censur) er blevet indsluset i det administrative beslutningsgrundlag.

6. Stilen er især tydelig på sagsbehandlingsområdet jf. f.eks. FOB 90.227 og 93.315.

7. Se om domstolsprøvelsen af "kriteriers lovlighed" f.eks. Bent Christensen (1994) p. 93 f. og Jens Garde m.fl. (1997) p. 344 ff.

En i praksis meget vigtig undtagelse til læren om tilbageholdenhed over for den administrative afvejning er, at forbudet mod skøn under regel fuldt ud anses for en kontrolopgave. Det vil blive checket, om forvaltningen rent faktisk udfører den afvejning, som en skønsmæssig bestemmelse kræver.⁸⁾

Domstols- og ombudsmandsmålestok

Grundlaget for en bedømmelse af kriteriers lovlighed er gældende ret, nemlig i første række hjemmelslovens eller -bekendtgørelsens beskrivelse af retsfaktum, således som dommer og ombudsmand forstår denne beskrivelse. Ombudsmanden anlægger samme målestok som domstolene jf. ombudsmandslovens § 21:

"Ombudsmanden skal bedømme, om myndigheder eller personer, der er omfattet af ombudsmandens virksomhed, handler i strid med gældende ret eller på anden måde gør sig skyldige i fejl eller forsømmelser ved udøvelsen af deres opgaver".

Det er altså ikke generelt noget til hinder for en prøvelse af lovligheden af politiske og økonomiske formål, selv om en konkret vurdering af deres saglighed kan være kompliceret.⁹⁾ Ombudsmanden har for at imødegå en opfattelse af, at bl.a. henvisningen til "fejl og forsømmelser" antages at *begrænse* institutionens beføjelser i forhold til det administrative skøn, udtrykkeligt anført:

"En meget betydelig del af de klager, der indgives til ombudsmanden, vedrører skønsmæssige afgørelser. Der kan derfor være grund til at fremhæve, at den påpegede begrænsning i ombudsmandens beføjelser kun vedrører ombudsmandens bedømmelse af selve den administrative skønsudøvelse og er uden betydning for ombudsmandens undersøgelse af grundlaget for skønsudøvelsen".¹⁰⁾

Det har vist sig i ombudsmandens egen praksis, at spørgsmålet i relation til magtfordrejning ikke er, om ombudsmanden er mere hæmmet i sin målestok end domstolene, men om kvaliteten af forvaltningens inddragelse af kriterier ikke i *højere* grad påses af ombudsmanden end af de almindelige domstole. Denne forskel går på tværs af den almindelige fornemmelse af, at udviklingen af de materielle krav til forvaltningens virksomhed har haft domstolsprøvelsen som sit forum, og forfinelsen af de formelle krav har været et ombudsmandsanliggende.

8. Denne systematik anvender alle nyere teoretikere jf. Bent Christensen (1994) p. 93 f., Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 547 ff. og Jens Garde m.fl. (1997) p. 344 ff. Se for nyere praksis om skønssbinding U 96.583 Ø, 95.177 H, 93.307 H og FOB 95.112.

9. EF-domstolen mener sig f.eks. ikke kompetent til at tage stilling til retsaktsudstedelse for så vidt angår "komplekse økonomiske/politiske forhold" jf. Claus Gulmann (1995) p. 268.

10. Jf. FOB 82.9 i relation til 1986-lovens § 5. Se også betænkning nr. 1272 p. 53.

Årsagerne til ombudsmandens særligt intense indlevelse i forvaltningens formålsvaretagelse er funktionelt blevet søgt i, at ombudsmanden arbejder ud fra et officialprincip og ikke er bundet af en klagers snævre eller eventuelt fejlagtige angivelse af prøvelsestema. Der henvises også til, at ombudsmanden har en særlig mulighed for at tage sager op af egen drift jf. ombudsmandsloven § 17.¹¹⁾ Jeg ser nærmere på disse og andre ombudsmandskendetegn i IV.D.4.

IV.B. Kontrollens rækkevidde

Den prøvelsetekniske side af læren om magtfordrejning er ikke hovedtemaet i de følgende to afsnit. Sigtet er at behandle nytten af en hensyns- og hensigtsprøvelse ud fra mere ideelle overvejelser, om en praktisk anvendelse af den ene eller anden form for kontrol ville gøre en forskel i udvalgte sager.

Subjektiv forebyggelse af magtfordrejning

Det kan indledningsvis nævnes, at den objektive teori om magtfordrejning i sin analyse af bl.a. U 32.505 H pointerer, at den gennemførte objektive bedømmelse forudsætningsvis bygger på en retsregel om, at et byråd ikke kan favorisere medlemmer af bestemte fagforeninger. Den objektive prøve består i sagen i, at domstolene tager stilling til spørgsmålet, om byrådets beslutning om medlemskab af de almindelige fagforeninger som et vilkår for kontrakter mellem kommunen og private entreprenører *faktisk* indebærer en begunstiging af disse fagforeninger. Sagen viser omvendt, at den af dommerne forudsatte regel altså ikke har det indhold, at byrådet ved sine dispositioner ikke må *tilsige* en favorisering af fagforeningerne. Den kommunale afgørelse underkendes følgelig ikke:

"på grund af byrådsflertallets formodede *hensigt* ... men på grundlag af en selvstændig vurdering af, om byrådets beslutning efter sit indhold - og henset til de virkninger, der kunne påregnes knyttet til den - er begrundet".¹²⁾

Såfremt denne formodede hensigt var blevet anset for godtgjort, ville dommerne med en subjektivt begrundet dom over forvaltningen sanktionere det pågældende forløb på en hårdere og mere opsigtsvækkende måde, end en objektiv kontrol og reaktion lægger op til. Denne stigmatisering kunne man have valgt.

En anvendelse af en magtfordrejningsregel med et selvstændigt subjektivt indhold ville i relation til U 32.505 H desuden indebære, at kravet om saglighed ville opstå på et tidligere stadie af beslutningsprocessen. Bare det at overveje en begunstiging af bestemte fagforeninger ville være (et forsøg på) en krænkelse, og hensigtens usaglighed ville med andre ord ikke bero på, om en begunstiging også rent faktisk blev resultatet af hensigten jf. II.B.2.

11. Se Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 590.

12. Jf. Ole Krarup (1969) p. 78. Se om sagen også IV.C.2.

Et utvetydigt signal til forvaltningen om pligt til saglig motivation og begrundelse ville efter mit skøn nok kunne *forebygge* fænomenet magtfordrejning med større kraft end den for øjeblikket næsten sikre forvisning om, at kun den objektive side af forvaltningsakter skal kunne bestå en efterfølgende saglighedskontrol.

Objektiv standardisering som realitet men ikke ideal

En subjektiv prøvelse af forvaltningens saglighed foretages normalt ikke i dansk retspraksis. Prøvelsesinstansernes foretrukne løsningsmodel er uden tvivl det objektive paradigme, og kontrollen rækker som udgangspunkt ikke videre end til at konstatere, om de hensyn, der direkte er objektiveret i afgørelsen eller på anden måde, er saglige og legitime i forhold til det relevante hjemmelsgrundlag og forvaltningsområde. Prøvelsesmyndighederne ønsker typisk ikke at grave dybere end til forvaltningsaktens præmisser og faktiske virkninger. En gennemlysning af lovligheden af selve beslutningstagerens motivation vil i domstolssager først ske, hvis det lykkes for en sagsøger at udvirke noget sådant jf. IV.B.3.

Det lægges i det følgende til grund, at den objektive magtfordrejningsteoris tolkning af retspraksis er "sand" i den forstand, at en selvstændig prøvelse af forvaltningens subjektive hensigter ikke for alvor er slået igennem i dansk ret.¹³⁾ Denne teoris overensstemmelse med de praktiske realiteter fører dog efter min opfattelse ikke partout en konklusion om, at en objektiv regel om magtfordrejning er mere optimal end en subjektiv. Den objektive teori bygger selv som nævnt udelukkende på en *deskriptiv* afdækning af domspraksis jf. III.B.2.

Et mere ideelt udgangspunkt er, at en velbeskrevet og veludviklet subjektiv kontrol i sig selv bidrager til en prøvelsesmæssig facettering. En mangfoldighed af nogenlunde klare prøvelsesteknikker med tilhørende reaktionsmuligheder er at foretrække fremfor en total udviskning af forskelle og karakteristika. Det er vigtigt at holde fast i, at de respektive bedømmelsesgrundlag i hvert fald i nogen grad har særskilte kerneområder.

IV.B.1. En objektiv model

Det er i mange tilfælde vanskeligt at udlede, om prøvelsesmyndighederne bag den objektive fokus alligevel har eftersat administrationens motiver. Det er et åbent spørgsmål, om der overhovedet er *klare* eksempler på subjektive prøvelsessager.

Hjemmelsfejl eller magtfordrejning

Disse usikkerhedsmomenter illustreres af plakatdommen i U 28.675 H, som dømte to bogtrykkere for at have overtrådt politivedtægten i København, fordi de i strid med vedtægten havde anbragt plakater på private gader og ejendomme. Denne generelle retsakt krævede som hovedregel politiets samtykke til plakatoophæng. De

13. Se gennemgangen af domspraksis i Ole Krarup (1969) p. 77 ff.

tiltalte anførte til deres forsvar, at et forbud mod plakater savnede lovhjemmel og lagde altså op til en objektiv bedømmelse af politiets forbud.

Et dommerflertal i landsretten frifandt bogtrykkerne ud fra en anvendelse af magtfordrejningstankegange, og der blev henvist til, at forbudet ikke var begrundet ved "nogen egentlig politimæssig interesse". Landsrettens flertal hæftede sig ved, at forbudet alene skyldtes en henstilling fra kommunen, der mod en årlig afgift havde overdraget et privat selskab eneret til at opslå plakater. Bogtrykkernes ophænging af plakater havde ikke afstedkommet forstyrrelser af den offentlige orden. Oplysningen om kommunens henstilling var for landsretten tilstrækkelig til at konstatere, at forbudet skyldtes en ulovlig administrativ intention om at beskytte et selskab mod konkurrence og om at sikre kommunen den årlige afgift. Det anførtes i præmisserne, at politivedtægten ikke kunne hjemle et forbud, der "alene" tilsigtede at skaffe den pågældende kommune en indtægt.

En dissenterende landsdommer ville dømme bogtrykkerne ud fra en generel og tilbageholdende vurdering af, at en bestemmelse om opslag af plakater meget vel kunne siges at være en ordensbestemmelse. Til støtte for en subjektiv prøvelse taler både ordlyden af flertallets ræsonnement og landsrettens resultat. Som et tredje moment kan måske nævnes, at Højesteret i en fodnote til dommen henviser til det subjektive magtfordrejningsbegrebs første hovedværk nemlig Poul Andersens "Om ugyldige forvaltningsakter".

Imod antagelsen om en selvstændig subjektiv prøvelse taler det dog, at Højesteret valgte at *tilsidesætte* landsrettens dom. Forbudet blev opretholdt og bogtrykkerne dømt. Højesteret stadfæstede byrettens dom i henhold til dens grunde, og det fremgik, at der var tale om bedømmelse af sagen ud fra objektive betragtninger. Det afgørende var, at forbudet måtte "antages at have Hjemmel i Lov".

Denne tolkning af dommen modificeres ikke af den nævnte fodnote og dens henvisning til den subjektive teori som et centralt skriftsted, idet noten ikke indeholder en generel stillingtagen til holdbarheden af en sådan prøvelseslære. Det anføres dog noget gådefuldt i noten, at det ikke (for Højesteret) fandtes godtgjort, at øjemedet "alene var Kommunens økonomiske Interesse", og denne bemærkning peger i en anden retning end byrettens og Højesterets præmisser. Noten tyder på, at Højesteret opfattede det finansielle formål som ulovlig og magtfordrejende, men at formålet ikke kunne anses for konkret væsentligt.¹⁴⁾

Til trods for at plakatdommen primært må læses som objektiv, kan dommen illustrere nogle af forskellene mellem denne prøvelsesform og den subjektive. Højesterets dom bekræfter den objektive teoris opfattelse af, at en ulovlig hensigt

14. Det afvises efter gennemsyn af voteringsprotokollen af Ole Krarup (1969) p. 91, at noten dækker Højesterets opfattelse. Se også Poul Andersen (1965) p. 379.

ikke i sig selv er af interesse, hvis domstolen har *mulighed* for at basere sin efterprøvelse på en vurdering af den anfægtede afgørelses objektive betydning.

Derimod viser landsrettens afgørelse, at det efter en subjektiv model ikke var nødvendigt at tage stilling til, om politiets forbud betød en mærkbar og konstaterbar favorisering af det private selskab og dermed en ekstraindtægt for kommunen. Efter en selvstændig subjektiv vurdering ville forvaltningens finansielle hensigt have været tilstrækkeligt til at konstituere magtfordrejning i hvert fald i den forstand, at denne hensigt isoleret set (men altså ikke afgørelsen som helhed) måtte anses for ulovlig.

U 28.675 H og f.eks. U 32.1022 H giver anledning til at minde om, at en af de klassiske franske magtfordrejningsformer netop er lokale *politimyndigheders* forfølgelse af ulovlige offentlige interesser.¹⁵⁾

Tilbageholdenhed over for ren subjektiv kontrol

Den objektiviserede stil i danske domme kan ikke forklares med, at der ikke har foreligget sagsforløb, der gav chance for at tilvejebringe en principiel afklaring på spørgsmålet om et subjektivt prøvelsesgrundlag og chance for en dom over forvaltningens hensigter. Det illustreres af følgende sager.

I U 73.657 H tog retten stilling til, om vejdirektoratets beslutning om at ekspropriere en borgers grund i forbindelse med en omlægning af motorvejen mellem Holbæk og Roskilde var fremkaldt af et hensyn til at opnå en for det offentlige økonomisk fordelagtig aftale med en anden grundejer. Sagen vedrørte et billiggørelses hensyn. Sagsøgeren ejede en bebygget hovedejendom og en mindre ubebygget jordlod, som begge blev eksproprieret. Hovedejendommen grænsede mod syd op til motorvejen, og ekspropriationen heraf blev ikke anfægtet, hvorimod sagsøgeren gjorde magtfordrejning gældende med hensyn til jordlodden, som efter sagsøgers opfattelse slet ikke blev berørt af anlægget.

Ekspropriationskommissionen argumenterede for, at ekspropriationen af lodden skyldtes, at adgangen fra motorvejen over en markvej til lodden "måtte bortfalde af trafikale grunde". Jordlodden var ikke omtalt i de oprindelige planer om ekspropriation, og kommissionen havde tilbudt sagsøgerens nabo at overtage den mindre jordlod, *inden* den formelle beslutning om ekspropriation forelå.

Til støtte for en ophævelse af ekspropriationen anførte sagsøgeren, at det var muligheden for at få et billigt forlig med naboen, der havde motiveret vejevæsenet til at inddrage jordlodden i ekspropriationerne, og at dette formål var ulovligt.

15. Se f.eks. René Chapus (1990) p. 720. Der er også nyere sager, der handler om forvaltningens "pouvoir de police" bl.a. Conseil d'Etat sag af 20/10 1971, Estaynou.

Landsretten frikendte arbejdsministeriet og fandt "efter det foreliggende" ikke grundlag for at fastslå, at ekspropriationen var sket af andre grunde end trafikale. I modsætning hertil kom et flertal i Højesteret frem til, at beslutningen var fremkaldt af et ulovligt formål, idet "det egentlige formål" havde været at gennemføre den med naboen aftalte omfordeling af arealer. En dissenterende dommer vil frifinde, fordi det ulovlige formål "ikke var tilstrækkeligt godtgjort".

I relation til teoriens diskussion om prøvelsens genstand kan man hæfte sig ved, at Højesteret anførte, at myndighedernes ulovlige formål bl.a. havde manifesteret sig ved, at vejmyndighederne havde spurgt sagsøger, om han ville sælge grundstykket. Hertil kom, at det af en skrivelse fra vejmyndighederne fremgik, at ekspropriationen var sket af hensyn til "en rimelig magelægsordning" med naboen. Det var således, som det siges af dommer Spleth, de "mere objektive data, der gjorde udslaget" jf. U 1973B.318. Spleth indgik i Højesterets flertal.

De objektive momenter blev dog ifølge Spleth anvendt af Højesteret "som indicier for noget subjektivt".¹⁶⁾ Højesterets dom var ikke et resultat af en vurdering af de objektive data "i sig selv", som det siges af Spleth, der tilføjer, at dommerne i overensstemmelse med den klassiske magtfordrejningslære afgjorde sagen på grundlag af formålet med ekspropriationen. Spleths kommentar taler til støtte for, at prøvelsen var blevet udstrakt til forvaltningens subjektive formål. Derfor tager Steen Rønsholdt dommen til indtægt for, at forvaltningens subjektive hensigt *har* (og bør) have en selvstændig betydning for domstolsprøvelsen.¹⁷⁾

Det er imidlertid vigtigt at få med, at Spleth også skriver, at domstolene skal være forsigtige med at bruge en sags "særlige omstændigheder som indicium for ekspropriantens formål". Endelig henviser dommer Spleth selv til den objektive løsningsmodel, som ikke udelukker, at hensigten i visse tilfælde kan få en teknisk betydning bl.a. i form af en forskydning af bevisbyrden til fordel for sagsøger.¹⁸⁾ Samlet må U 73.657 H efter min opfattelse placeres som en objektiv prøvelsessag men dog med en afledet interesse for det subjektive. Forløbet burde efter min mening være blevet fordømt på mere direkte måde, end tilfældet blev.

Tilbageholdenhed over for klar fordømmelse

Teorien har desuden debatteret spørgsmålet om prøvelsens rette genstand i forbindelse med U 87.311 H om Københavns borgerrepræsentations beslutning om

16. Omvendt taler Ole Krarup (1969) p. 78 om hensigten som indicium for noget objektivt.

17. Se Steen Rønsholdt (1987) p. 781.

18. Se Ole Krarup (1969) p. 113 ff. og på linie hermed Jens Garde m.fl. (1997) p. 188. For en kritik af Steen Rønsholdts tolkning af dommen se også Henrik Zahle (1988) p. 29 f. Det er lidt overraskende, at U 73.657 H overhovedet ikke er omtalt i afsnittet om betydningen af forvaltningens hensigt hos Bent Christensen (1994) p. 172 f.

at flytte ansvaret for lokalplaner fra borgmester Villo Sigurdssons afdeling til overborgmesterens afdeling. Sagens hovedspørgsmål var, om overførslen havde været begrundet i lovlige strukturelle overvejelser, eller om der i virkeligheden var tale om en i forhold til det konkrete hjemmelsgrundlag ulovlig sanktion over for borgmester Sigurdsson. Baggrunden var borgerrepræsentationens beslutning var, at navnlig de socialdemokratiske og konservative medlemmer mente, at Villo Sigurdsson af politiske grunde forsinkede lokalplansarbejdet til skade for bl.a. kommunens erhvervsliv. Sigurdsson var valgt af partiet VS.

Østre landsret gav sagsøgeren medhold i sin argumentation til støtte for magtfordrejning og udtalte bl.a., at det hensyn, der *reelt* måtte antages at have begrundet beslutningen:

"findes at ligge udenfor det område, der ... lovligt kan være begrundelsen for en vedtægtsændring om sagsfordelingen i magistraten".

Landsretten antog, at ændringen var begrundet i utilfredshed med Sigurdssons lokalplansarbejde, og dette hensyn kunne kun varetages efter en bestemmelse i kommunestyrelsesloven, som indeholdt særlige garantier. Det var udslagsgivende for landsretten, at kommunen ikke havde været i stand til at give "nogen egentlig dokumentation for", at den foreslåede sagsfordeling strukturelt skulle være mere hensigtsmæssig end den hidtidige.

Også denne dom må efter min opfattelse læses som, at det var en procesteknisk accept af en ulovlig subjektiv hensigt og ikke ren hensigtsmodel, som udgjorde den baggrund for landsretsdommen.¹⁹⁾ En henvisning i Steen Rønsholdts disputats til sagen om Villo Sigurdsson til støtte for en genoplivning af den subjektive hensigt er blevet noget undermineret af, at teorien udelukkende bygger på landsrettens stillingtagen. Der faldt først dom i Højesteretssagen efter, at Steen Rønsholdt præsenterede sin teori, og den endelige dom går uden om det principielle spørgsmål, eftersom magtfordrejning slet ikke blev afgørende for ankesagen. Højesteret stadfæstede ikke landsrettens dom i henhold til dens grunde men afgjorde sagen på andre præmisser.

Man kan dog på den anden side heller ikke sige, at Højesteret direkte forkastede landsrettens subjektive ræsonnement. Et flertal af dommere fandt blot, at der ikke var grundlag for at tilsidesætte byrådsbeslutningen "som værende uden saglig begrundelse", idet flertallet accepterede kommunens anbringende om, at ændringen var begrundet i "strukturel uhensigtsmæssighed". Flertallet stemte sammen med mindretallet *alligevel* for ugyldighed, fordi den påberåbte bestemmelse i

19. Se om sagen Steen Rønsholdt (1983) p. 217 ff. Bent Christensen (1994) p. 172 og 144 anfører, at dommen ikke vedrører en typisk forvaltningsakt, og at den er svær at udlægge.

styrelsesvedtægten ikke gav fornøden hjemmel til, at en så væsentlig ændring i sagsfordelingen blev gennemført med virkning for den løbende funktionsperiode.

En dom for politisk "magtfordrejning" i subjektiv forstand ville uden tvivl have været et meget alvorligt indgreb over for magistraten, og det ville have medført et langt større prestigetab end den givne begrundelse og den domfældelse, som dog trods alt blev resultatet i sagen. Når Højesteret valgte at ignorere læren om magtfordrejning i sin begrundelse, kan det muligvis netop bero på, at en sådan stempling ville sende kommunalforvaltningen i krise i langt højere grad end den fremførte form for kritik.

Det kan desuden have spillet ind, at sagen angik et internt forvaltningsanliggende og ikke forholdet mellem stat og borger. Endelig kan som årsag til den milde dom nævnes, at sagens kommunale tilsnit kan have talt imod en dom for politisk defavoritisme. Dommerne kan have opfattet den ortodokse forestilling om en administrativ interessevaretagelse, der foregår upåvirket af politiske interesser, og dermed om et passivt eksekverende forvaltningsapparat, som noget formalistisk i en kommunal sammenhæng.

Udover disse eksempler på grænsetilfælde mellem den objektive og subjektive linie er der en lang række domstolsafgørelser og ombudsmandsudtalelser, som følger traditionen for objektiv hensynskontrol. Flere af disse sager omtales i analysen af forskellige magtfordrejningskategorier jf. IV.C.

IV.B.2. En subjektiv model

Der er herudover en række prøvelsessager, som man overveje som udtryk for en subjektiv kontrol i større eller mindre grad. Gennemlæsningen af ekstern praksis på dette område giver en fornemmelse af, at ombudsmanden umiddelbart synes at være mere subjektivt disponeret end domstolene. En ombudsmandsstatuering af magtfordrejning er udefra set måske i visse tilfælde dog mindre belastende end en domfældelse på det grundlag. Noget andet er, at forvaltningen *internt* i høj grad også synes at frygte ombudsmandens kontrol og kritik.

Den subjektive hensigt i artikulert form

Der er i praksis bl.a. eksempler på, at den subjektive motivering kommer op til overfladen. En myndighed eller snarere en myndighedsperson kan uforvarende komme til at give udtryk for sin reelle indstilling til sagen jf. f.eks. U 73.657 H, hvor det økonomiske formål fremgik af et af sagens dokumenter.

I visse tilfælde sker det desuden, at den pågældende beslutningstager efterfølgende søger at ændre den første (ægte) begrundelse til en mere acceptabel (konstrueret) motivering. En ændring af begrundelse vil ofte i sig selv give anledning til en vis skepsis over for forløbet.

I U 43.402 Ø benyttede et sogneråd en kvindes ansøgning om barselsorlov som anledning til at afskedige hende. Det fremgik af et referat fra rådsmødet, at man ikke fremtidig ønskede at beskæftige gifte kvinder. Over for kvindens fagforening oplyste forvaltningen dog på et senere tidspunkt, at afgørelsen om opsigelse var begrundet i personleindskrænkninger, altså et som udgangspunkt lovligt og sagligt formål. Der blev ikke givet nærmere oplysninger om eller dokumentation for, hvad disse indskrænkninger bestod i.

For så vidt angår samarbejdsvanskeligheder antages det i gældende praksis, at forvaltningen ikke *uden* nærmere kvalifikation kan påberåbe sig dette i sig selv saglige afskedigelsesgrundlag.²⁰⁾

Der blev fra sognerådets side derimod gjort meget ud af at bagatellisere den første begrundelse, og det blev bl.a. anført, at den var blevet tilføjet referatet "uden nogen overvejelse". Det var imidlertid ikke tilstrækkeligt til at overbevise landsretten om opsigelsens udspring i personaleprioriteringer.

"Der kan ikke gives Sogneraadet Medhold i, at der kan ses bort fra den for Afskedigelsen i sin Tid givne Motivering, der i øvrigt falder godt i Traad med, at Afskedigelsen blev vedtaget samtidig med Bevilgelsen af en Orlov i Anledning af forestaaende Nedkomst".

Opsigelsen blev underkendt med henvisning til usaglig motivering, men altså ikke "magtfordrejning". Forvaltningen havde under retssagen erklæret sig *enig* i, at et ønske om at undgå gifte kvinder i medarbejderstaben var ulovligt og stridende i mod den på det tidspunkt gældende lov om lige adgang for kvinder og mænd til tjenestestillinger og hverv.

På samme måde har ombudsmandsinstitutionen være konfronteret med sagsforløb, hvor den egentlige baggrund for en omstridt beslutning direkte fremgik af sagen jf. f.eks. FOB 69.52 vedrørende en sex-messe. Sagen illustrerer først og fremmest det materielle specialitetsprincip, som blev sat ind som argument imod en nægtelse af at dispensere efter nærings- og lukkeloven. Ved at give afslag på en ansøgning om tilladelse til at sælge forskellige artikler under messen sprængte ministeriet rammerne for de formål, som lovene måtte antages at skulle tjene. Ministeriet havde over for klager meget vagt begrundet afslaget med, at det ikke havde fundet tilstrækkelig anledning til at give den ansøgte tilladelse.

Klageren anførte heroverfor, at afgørelsen var truffet ud fra usaglige motiver, og at forvaltningen ønskede at lægge hindringer i vejen for udstillingen "på grund af dens karakter". Det blev desuden understreget af klager, at ministeriet under et

20. Se nærmere om samarbejdsvanskeligheder som afskedigelsesgrundlag f.eks. FOB 86.97, FOB 93.167, U 86.442 H, 86.791 H og 96.326 V

møde havde *tilkendegivet*, at "den egentlige grund" til afslaget var, at det ikke ønskede at medvirke til udbredelse af pornografiske sager.

I sin vurdering af dette anbringende, der for så vidt sigtede til forvaltningens subjektive bevæggrunde, lagde ombudsmanden vægt på, at ministeriets henvisning til, at afslaget var led i en generel skærpelse af "kursen med hensyn til meddelelse af dispensation" ikke havde sikkert belæg i de afgjorte sager. Dette objektive moment syntes at have været udløsende for ombudsmandens skepsis over for den ministerielle afgørelse, som blev underkastet en magtfordrejningsprøvelse. Det blev pointeret af ombudsmanden, at et administrativ skøn ikke var ensbetydende med, at administrationen stod "fuldstændigt frit" i valget af hvilke hensyn, der kunne lægges til grund for afgørelsen.²¹⁾

Ombudsmanden lagde klagers referat af det pågældende møde til grund, og det bagvedliggende formål med afslaget blev set som et udslag af bestræbelser på at hindre udstilling af anstødelige billeder. Disse bestræbelser var på andre retsområder utvivlsomt legitime, men i relation til de *konkrete* skønsmæssige beføjelser måtte ombudsmanden slå fast:

"... Der var ingen holdepunkter for at antage, at ønsket om at begrænse udbredelse af en vis kategori af varer, f.eks. pornografisk materiale, er et hensyn, der lovligt kan varetages ved administrationen af næringslovens og lukkelovens dispensationsbestemmelser".

Sagens konklusion byggede dog på en temmelig forsigtig anvendelse af læren om ulovlige formål, og udtalelsen mundede i en ret nedtonet kritik. Ombudsmanden fandt, at det "ville have været bedst stemmende" med hidtidig praksis, hvis handelsministeriet havde imødekommet ansøgningen.

Forarget kritik af magtfordrejning

Et klarere resultat af en magtfordrejningsprøvelse ses i sagen om en ministers opsigelse af et abonnement på dagbladet Politiken jf. FOB 84.156. Den daværende trafikminister havde opfattet en nærmere bestemt artikel i denne avis som et "groft og utilstedeligt blasfemisk overgreb" imod den danske folkekirke, og ministeren gav besked til samtlige ministeriets styrelser og postkontorer om at opsigelse alle tjenesteabonnementer på den pågældende avis. Efter henvendelse fra en række klagere gik Folketingets Ombudsmand ind i sagen af egen drift og udtalte, at opsigelsesbeslutningen var truffet af ministeren i egenskab af forvaltningschef, og at ministeren i denne egenskab i et vist omfang var undergivet forvaltningsrettens almindelige regler. Det var først og fremmest læren om magtfordrejning, som ombudsmanden sigtede til. Det hed sig bl.a.:

21. Der blev her henvist til definitionen af magtfordrejning i Poul Andersen (1965) p. 362.

"Medens visse hensyn *generelt* kan karakteriseres som usaglige, som f.eks. rent private særinteresser, er det ikke muligt omvendt at opstille et katalog over hensyn, der generelt må anses som saglige. Afgrænsningen heraf må foretages *konkret* på grundlag af en fortolkning af det foreliggende hjemmelsgrundlags udtrykkeligt eller forudsætningsvis udtrykte formål" (her fremhævet).

Konklusionen blev, at ombudsmanden tog afstand fra ministerens beslutning om opsigelse, som både fremtrådte og var blevet opfattet som en "straffeaktion". Gennemførelsen af en sådan aktion faldt "ganske uden for rammerne af den kreds af hensyn", som kontorholdskontoen tog sigte på at varetage.

Ombudsmanden lagde dog til grund, at ministerens opsigelse var sket for at varetage et alment *offentligt* hensyn nemlig hensynet til at modvirke et overgreb imod folkekirken, men han stillede sig afvisende over for varetagelsen af dette hensyn i den foreliggende sammenhæng. Hensynet lå indholdsmæssigt for *langt* fra det umiddelbare formål med den på ministeriets finanslovskonto optagne bevilling til afholdelse af kontorhold.²²⁾

Kraftfuld men indirekte magtfordrejningskritik

Som et yderligere eksempel på en vurdering af usaglige bevæggrunde står den bemærkelsesværdige sag i FOB 88.100 om en offentlig myndigheds behandling af tamilske flygtninges ansøgninger om familiesammenføring. Ud over en bedømmelse af subjektive momenter indeholder udtalelsen også en skarp markering af ombudsmandens misbilligelse. Jeg beskæftiger mig kun med FOB 88.100 og ikke med f.eks. undersøgelsesrettens senere beretning.²³⁾

Det skal siges, at der i FOB 88.100 ikke henvises til magtfordrejning som begrundelse for den retlige vurdering af sagen, men at begrebet "kvalificeret forsinkelse" finder anvendelse. Dette begreb minder dog meget om læren om det ulovlige formål. Udtalelsen vedrører desuden ikke umiddelbart en skønsmæssig afgørelse i traditionel forstand. Ombudsmandsinstitutionen forholder sig til en nogenlunde *præcis* bestemmelse i den dagældende udlændingelov, der giver herboende flygtninge et retskrav på familiesammenføring. Denne bestemmelse er udgangspunktet, men udtalelsen vedrører også forsinkelsesbegrebet. Den retlige bedømmelse af dette begreb er af samme art som bedømmelsen af et skøn.

Udtalelsen mundede som bekendt ud i, at ombudsmanden fandt det overordentligt kritisabelt, at Justitsministeriet og Direktoratet for Udlændinge i op til 16 måneder havde undladt at færdigbehandle ansøgninger fra herboende tamilske flygtninge

22. Se for en nyere sag om hensynet til retsfølelsen FOB 95.170.

23. En fylldig gennemgang af dette særlige undersøgelsesorgans indsats i Tamil-sagen findes i f.eks. Jens Peter Christensen (1997) p. 302 ff.

om familiesammenføringer. Ombudsmanden overvejede i udtalelsens sidste del, om myndighederne måtte anses for at have begået *kvalificeret* forsinkelse.

En usaglig begrundelse for en forsinkelse har ikke umiddelbart noget med den konkrete forvaltningsakt at gøre men ligner magtfordrejning på flere måder. En forsinkelse er lovlig, hvis den beror på en legitim "prioritering". Der er altså regler om denne prioritering på samme måde, som der er regler om skønnet.²⁴⁾ Forsinkelsesbegrebet er desuden i form og indhold tydeligvis beslægtet med den *subjektive* magtfordrejningslære, hvad der understreges af, at det navnlig er Poul Andersen, der har beskæftiget sig med kvalificeret "syltning":

"De typiske Forsinkelser skyldes Forsømmelse ... Personalemangel og andre Omstændigheder, som udelukker, at Forsinkelser kan anses for tilsigtede (*simple Forsinkelse*). Men det forekommer, at Forsinkelser er tilsigtede, idet Forvaltningsmyndigheden forfølger et bestemt Formaal med at trække tiden ud (*kvalificeret Forsinkelse*). Det drejer sig navnlig om, at Forvaltningsmyndigheden mener at faa Mulighed for den Afgørelse, som den ønsker ved en Lovændring".²⁵⁾

Overfor den kvalificeret forsinkelse står den *simple* forsinkelse, der på samme måde som almindelig hjemmelsmangel fremtræder som langt mindre dadelværdig end et brud på magtfordrejningsprincippet. Den simple passivitet eller forsinkelse består i, at en rimelig sagsbehandlingstid overskrides, og passiviteten beror på mere objektive forhold f.eks. manglende kontrol med sagsbehandlingen, mangel på personale eller andre ressource- og effektivitetshensyn.

En kvalificeret forsinkelse kan medføre erstatningsansvar for den offentlige forvaltning jf. f.eks. U 92.567 H. Begge forsinkelsesformer kan dog blive udsat for kritik fra ombudsmandsinstitutionen, som generelt er meget opmærksom på sagsbehandlingstider jf. f.eks. FOB 92.60.²⁶⁾

Ulovlig nedprioritering

I FOB 88.100 blev det af direktoratet oplyst, at det afgjorde ukomplicerede sager om familiesammenføring gennemsnitligt ca. 4 måneder efter modtagelsen af sagen. Ombudsmanden måtte dog i relation til de tamilske ansøgningssager lægge til grund, at sagsbehandlingstiden i en hel del tilfælde havde været mellem 7 og 16 måneder efter direktoratets modtagelse af fornøden dokumentation. Baggrunden

24. Den kvalificerede forsinkelse er "en særlig form for magtfordrejning" jf. Jens Garde m.fl. (1997) p. 201. Se også Carsten Henriksen (1989) p. 81 f. og Ole Krarup (1969) p. 122.

25. Jf. Poul Andersen (1965a) p. 204.

26. Der er med basis i ombudsmandspraksis i vejledningen til forvaltningsloven nu opstillet retningslinier for en "hurtig og smidig" sagsbehandling jf. punkt 200.

for denne forsinkelse var efter direktoratets eget udsagn, at det efter drøftelse med Justitsministeriet havde valgt at "prioritere" andre sager forud for tamilsagerne.

Det er administrationens som udgangspunkt legitime adgang til at foretage en prioritering, som ombudsmanden foretager en retlig vurdering af, og det udtales bl.a., at en prioritering generelt "skal ske ud fra korrekte og saglige kriterier". Det pointeres desuden, at administrative afgørelser om familiesammenføring er:

"afgørelser, der i meget begrænset omfang beror på et skøn; sagerne kan således næppe anses for særligt ressourcekrævende i henseende til mere indgående overvejelser vedrørende de enkelte sager og disses nærmere afstemning med en praksis, der følges på området".

Det er derfor ombudsmandens indstilling, at direktoratet "ikke med rette" har kunnet legitimere forsinkelsen med begrænsede ressourcer og prioriteringshensyn. Herefter bliver tonen i ombudsmandens gennemgang mere spids:

"Jeg har fundet at burde overveje, om der i de foreliggende sager er tale om "kvalificeret forsinkelse" i den forstand, at Direktoratet for Udlændinge ... har *tilsigtet* at øge muligheden for at få herboende tamilske flygtninge til at vende tilbage til Sri Lanka ... Uanset det mangelfulde grundlag for Justitsministeriets og Direktoratet for Udlændinges henvisninger til prioriteringshensyn ... finder jeg ikke med *tilstrækkelig* sikkerhed at kunne karakterisere forsinkelsen af sagsbehandlingen som udtryk for en sådan *hensigt*" (her fremhævet).

Dette er en klar tilkendegivelse om, at ombudsmanden anser sig for kompetent til at efterprøve lovligheden af subjektive bevæggrunde, og at kravet om korrekte og saglige kriterier også er en normerende faktor i forhold til det *reelle* sigte bag den påberåbte nedprioritering. Selv om en bestemt hensigt til at fremtvinge tamilernes hjemrejse ikke kan godtgøres, og selv om forsinkelsen derfor ikke kan betragtes som kvalificeret, måtte det efter ombudsmandens opfattelse "stå klart" for de ansvarlige udlændingemyndigheder som "en nærliggende mulighed", at den administrative forsinkelse kunne få de involverede flygtninge til at forsøge at vende tilbage til deres hjemland, "uanset risikoen derved".²⁷⁾

Selv om udtalelsen implicit ender med at anse administrationens passivitet for simpel, er formuleringen af ombudsmandens konklusion væsentligt hårdere og mere bombastisk, end hvad den ovenfor gengivne teoretiske karakteristik af simpel forsinkelse lægger op til. Folketingets Ombudsmand udtaler til sidst, at han finder det undersøgte forløb "overordentligt kritisabelt". Denne usædvanlige

27. Efter undersøgelsesrettens opfattelse var der derimod "helt utvivlsomt" tale om en *kvalificeret* forsinkelse uden saglig begrundelse jf. Tamil-beretningen p. 2196 f.

formulering kan lede tankerne hen på den *moralske* fordømmelse af forvaltningens opførsel, som især franske teoretikere har læst ind magtfordrejning jf. II.B.1.

Uagtsom magtfordrejning

Ombudsmanden mener sig af bevismæssige grunde ikke i stand til at statuere kvalificeret eller *forsætlig* forsinkelse i sin bedømmelse af Tamil-sagen. Selv om der ikke i udtalelsens afslutning vendes tilbage til Poul Andersens sontring mellem simpel og kvalificeret forsinkelse, synes ombudsmandens forståelse af simpel forsinkelse i modsætning til den teoretiske lære at indebære et selvstændigt subjektivt moment i form af *uagtsomhed*. Det er blevet nævnt, at ombudsmanden ikke direkte henregner forsinkelsen som udslag af magtfordrejning:

"tilsyneladende ud fra betragtningen, at der hertil kræves et direkte forsæt i form af en vilje eller hensigt til at fremtvinge tamilernes hjemrejse ... Efter min opfattelse må imidlertid også den indirekte form for forsæt, der følger af indsigt i de mulige konsekvenser af en beslutning ... konstituere magtfordrejning".²⁸⁾

Jeg er enig i denne udlægning af forsinkelsesbegrebet i FOB 88.100, men det skal tilføjes, at en sådan begrebsanvendelse *skærper* den klassiske forsinkelseslære. I henhold hertil skal der snarere sættes lighedstegn mellem den simple forsinkelse og den objektive hjemmelskontrol end mellem den simple forsinkelse og det subjektive magtfordrejningsbegreb. Udtalelsen illustrerer altså, at magtfordrejning ikke blot kan være bevidst eller forsætlig men også (groft) uagtsom.

Endelig er FOB 88.100 et eksempel på en fordømmelse af et beslutningsforløb, som ud fra en magtfordrejningstypologi må betegnes som politisk begrundet jf. IV.C.3. Det er blevet nævnt, at justitsministerens udtalte ønske om at reducere omfanget af familiesammenføringer gjorde det klart, at der var tale om et "politisk diktat".²⁹⁾

Institutionel eller individuel kritik

Udtalelsen i FOB 88.100 stiles til det pågældende ministerium, og ombudsmanden følger sin almindelige praksis om at rette eventuelt kritiske bemærkninger til en given sag eller klage til *institutionen* som sådan. I modsætning til sit svenske forbillede er den danske ombudsmandsinstitution først og fremmest en kontrol af myndigheder og ikke af ansattes adfærd, og spørgsmålet om det individuelle embedsmandsansvar spiller en helt anden rolle i Danmark end i Sverige. Til trods for sin bedømmelse af de subjektive forhold tager FOB 88.100 således ikke stilling til de involverede embedsmænds ansvar i sagen, ligesom den daværende

28. Jf. Carsten Henriksen (1989) p. 83. I U 96.797 H argumenterede sagsøgeren for, at forvaltningen *bevidst* ønskede at opnå et bestemt (usagligt) resultat.

29. Jf. Carsten Henriksen (1989) p. 82.

justitsministers rolle ikke vurderes. Udtalelsen er dog blevet fulgt op af undersøgelser af disse spørgsmål.³⁰⁾

Der er ikke tvivl som, at den magtfordrejningsrelaterede kritik, som der i FOB 88.100 rettes mod udlændingemyndighederne har haft en betydelig effekt. Selv om udtalelsen ikke er rettet mod konkrete personer, er det klart, at den anførte kritik af det egentlige sigte bag forsinkelsen går videre end til at belaste myndigheden som sådan. Der må nødvendigvis ligge en *personlig* vilje bag dette sigte, og kritikken går derfor *ind* i myndigheden ved at antyde, at der er passeret noget utilbørligt blandt personalet.

Det har ikke været afgørende, at kritikken ikke er bindende. Den almindelige beskrivelse af ombudsmandens forventede slagkraft er i relation til FOB 88.100 en kolossal understatement.³¹⁾

I øvrigt er kan der være en nær sammenhæng mellem konstateringen af en ulovlig subjektiv bevæggrund og 'bedømmelsen af en myndigheds erstatningsansvar.

"Det kan forekomme, at en offentlig Funktionær, der skal anvende et tvivlsomt Retsgrundlag, handler ud fra en Retsopfattelse, som han selv anser for urigtig, eller som han dog bringer i Anvendelse ud fra usaglige bevæggrunde ... Det er indlysende, at hvis den anvendte Retsopfattelse er groft urigtig ... foreligger der ogsaa i saadanne Tilfælde *Skyld* ..." (her fremhævet).³²⁾

Det objektive alternativ

Endelig kan man rent hypotetisk overveje, hvordan FOB 88.100 ville være faldet ud, hvis sagen var blevet bedømt på et rent objektivt grundlag. Ombudsmanden kunne i så fald ikke være gået ind i en vurdering af det egentlige sigte med nedprioriteringen og kunne formentlig ikke have tillagt det samme betydning:

"at forløbet i de enkelte sager hos klagerne selv har kunnet efterlade det *indtryk*, at man ... søgte at få dem til at vende tilbage til hjemlandet" (her fremhævet).

Ombudsmandsprøvelsen kunne efter en objektiv model ikke udstrækkes længere end til en undersøgelse af, om den foretagne prioritering rent faktisk var begrundet i ressourcemæssige hensyn. En sådan undersøgelse blev også foretaget i FOB 88.100, men ombudsmanden gik altså videre end til at konstatere, at myndighedernes argument om begrænsende ressourcer var uholdbart. Ud fra en

30. Se herom f.eks. Jens Peter Christensen (1997) p. 331 ff.

31. Carl Aage Nørgaard og Jens Garde (1995) p. 279 skriver, at en ombudsmandskritik i praksis må tillægges "en ikke ringe betydning, ikke mindst i præventiv henseende".

32. Jf. Poul Andersen (1938) p. 43. Se også Jens Garde m.fl. (1997) p. 482 ff.

objektiv prøvelse måtte afvisningen af ressourcehensynet være begrundelse for en kritik af den foreliggende passivitet, og det er klart, at en sådan kritik ikke ville markere samme harme over behandlingen af tamilsagerne som den givne kritiske vurdering af de indirekte intentioner.

Subjektive prøvelsesmomenter i nyere domspraksis

Domstolene har aldrig på en så kraftfuld måde som ombudsmanden i Tamil-sagen ønsket at skride ind over for usaglige (og usympatiske) hensigter. De har dog også i nyere tid udtalt sig om motivationssaglighed jf. f.eks. U 1991.358 Ø om Ishøjs kommunes indstilling til de almennyttige boligselskaber om ikke at nyudleje lejligheder til indvandrere.

Kommunen havde i en generel godkendelsesordning for boligselskabernes udlejning af boliger bl.a. indarbejdet et kvotesystem, således at der kun kunne udlejes til indvandrere, hvis antallet af indvandrere var under 10 % i den pågældende bebyggelse. Sagen blev afgjort efter lighedsgrundsætningen og ikke magtfordrejningslæren. I administrationen af denne ordning havde kommunen efter landsrettens opfattelse varetaget det bagvedliggende formål, at boligsøgende af fremmed nationalitet alene med baggrund i de pågældendes nationalitet ikke blev indstillet eller godkendt til en lejlighed. Dette formål blev benægtet af kommunen, som henviste til flere saglige grunde. Disse saglige grunde kunne dog ikke anses for tilstrækkeligt tungtvejende til at legitimere ordningen.

"Kommunen har herved varetaget et hensyn, der ikke findes hjemlet ... Det findes ikke at gøre nogen forskel heri, at kommunens overordnede formål har været at varetage hensyn til en rimelig integration af fremmedsprogede tilflyttere og til en løsning af stigende økonomiske problemer hos boligselskaberne".

Over for denne hjemmelsbegrundede og for mig at se meget afdæmpede afvisning af et diskriminationsformål står bl.a. U 1991.373 H vedrørende en motivation af *finansiell* karakter.

En privat antenneforening gjorde over for et offentligt krav om tvungen tilslutning til et kommunalt antennenet magtfordrejning gældende. Det var foreningens opfattelse, at en lokalplansbestemmelse om tvungen tilslutning ikke kunne fastsættes med hjemmel i planlovgivningen, og at kommunen ikke havde været bevæget af planmæssige men af usaglige kommunaløkonomiske formål.

Sagsøgeren havde et konkret belæg for denne antagelse i en kommunal skrivelse, hvori kommunen klart havde tilkendegivet over for antenneforeningen, at kommunen ønskede at sikre den investering, som den havde foretaget i bynettet, altså igen en erkendt eller dog artikuleret subjektiv motivation. Højesteret kunne dog ikke give antenneforeningen medhold men udtalte bl.a., at der ikke var grundlag for at antage, at lokalplansbestemmelsen ikke skyldtes planmæssige overvejelser.

IV.B.3. Bevisspørgsmål

Der er alt i alt få afgørelser og udtalelser, der utvetydigt støtter en teori om subjektiv magtfordrejning. En oplagt grund til det er naturligvis bevisproblemet, som jeg her ganske kort vil skitsere.

Mit udgangspunkt er en konstatering at, at dommere og ombudsmand, og deres hjælpere, som så mange andre retlige efterprøvere kan og bør udvikle intuitive evner til at registrere, at forvaltningen har ladet sig lede af de forkerte hensigter. Det er for mig at se ikke tvingende nødvendigt, at der navnlig for så vidt angår domstolenes forvaltningskontrol skal så meget til, for at en umiddelbar mistanke blive forfulgt.

Herudover kan man generelt om bevisproblematikken sige, at den bl.a. opstår, fordi eftersynet ofte udspiller på et meget senere tidspunkt end den oprindelige usaglige påvirkning i den administrative førsteinstans. En prøvelsesretlig genkaldelse eller rekonstruktion af det allerede passerede skal ofte overkomme en betydelig tidskløft. Ydermere kan det for en sagsøger siges at være et problem, at en magtfordrejningsdom eller -kritik alene i kraft af sin stigmatiserende virkning forudsætter et endnu *mere* sikkert grundlag end en mere ukontroversiel hjemmelsunderkendelse. Den retlige efterprøver skal på sin side kunne forsvare og forklare sin bedømmelse af et givent sagsforløb over for en kritisk omverden.

Endelig er det klart, at der fra forvaltningens side sjældent vil være tale om aktiv medvirken til opklaring af en magtfordrejningslignende beslutningsbaggrund. Ofte, men ikke altid, vil situationen være den, at forvaltningen såvel over for den berørte part som over for senere tilkomne kontrollanter vil udfolde en del anstrengelser for at undertrykke eller efterrationalisere sine usaglige hensigter. Det er her særligt problematisk, at disse undertrykkelsemekanismer synes at være bedst udviklede i forbindelse med grove saglighedsbrud jf. FOB 1988.100. Selv om ombudsmanden har friere og dermed bedre muligheder end domstolene for at gå aktivt og selvstændigt søgende ind i en undersøgelse af forvaltningens magtfordrejningstilbøjeligheder, er det et praktisk problem, at ombudsmandsloven ikke giver mulighed for at pålægge myndighedspersoner pligt til at vidne.

Teoriens bevisdiskussion

I magtfordrejningsteorien har man diskuteret bevisspørgsmålet og navnlig domstolenes håndtering heraf. Det er bl.a. blevet understreget, at et bevis for administrativ magtfordrejning altid vil foreligge indirekte, idet der er tale om et moment:

"... der i sig selv har Karakteren af et Indicium, men som af retstekniske Grunde er gjort til det principale".³³⁾

33. Jf. Poul Andersen (1924) p. 191.

Den traditionelle magtfordrejningslære er som tidligere nævnt opbygget sådan, at en hensigt ikke uden videre har et konkret udtryk men er af "indre, psykologisk art". Det er principielt ikke i forvaltningsaktens indhold, at retskrænkelsen opstår og efterfølgende skal søges. Et direkte bevis for hensigten bliver derfor næsten per definition umuligt.³⁴⁾ I følge Poul Andersen kan en bagvedliggende interesse dog godtgøres ved hjælp af:

"den i selve Akten givne Begrundelse, andre Dokumenter hidrørende fra det paagældende eller et andet Forvaltningsorgan, den forud for Akten gaaende Korrespondance, Instrukser til forvaltningsorganet fra overordnet Myndighed ... og endelig Sagens faktiske omstændigheder".³⁵⁾

Det udtales på linie hermed i U 73B.320, at det var de "mere objektive data" i U 73.657 H, som så ofte før "gjorde udslaget", og det på trods af, at netop denne sag i meget høj grad lagde op til en selvstændig bedømmelse af hensigten.

Disse uomgængelige håndhævelsesvanskeligheder indebærer således en fare for, at en beslutningstager *maskerer* sine magtfordrejende bevæggrunde ved at give en anden begrundelse for afgørelsen end den faktiske. I teorien er den kamouflerede begrundelse og risikoen for omgåelse traditionelt blevet knyttet til forvaltningens forfølgelse af egennyttige interesser og andres private interesser men kan i mine øjne i princippet obstruere retshåndhævelsen i relation til alle formålstyper.³⁶⁾

Degradering af hensigten til retsteknisk finesse

Med en objektivisering af magtfordrejningsbegrebet skulle man tro, at den subjektive hensigt blev frakendt enhver betydning. Så enkelt er det dog ikke.

"Tværtimod kan en væsentlig del af praksis kun tydes, dersom det erkendes, at hensigten tilskrives en betydning, der er placeret et sted imellem den ubetingede accept og den ubetingede forkastelse af den traditionelle magtfordrejningslære".³⁷⁾

Selv om det er et kardinalpunkt i Ole Krarups videnskabelige indlæg, at prøvelsen af forvaltningens subjektive bevæggrunde *absorberes* af prøvelsen af de objektive hensyn, antages en ulovlig hensigt dog alligevel at kunne få et ikke uvæsentligt proces teknisk udslag. Der nævnes to hovedtilfælde, hvor en indiceret eller godtgjort indre usaglighed kan influere på domstolenes prøvelse. Dette forhold

34. Se her også Hans Petter Graver (1996) p. 184.

35. Jf. Poul Andersen (1924) p. 173 f.

36. Se Poul Andersen (1965) p. 371 f.

37. Jf. Ole Krarup (1969) p. 111.

kan for det første udløse en udvidet objektiv præmisbedømmelse og kan for det andet bevirke en forskydning af bevisbyrden til gunst for sagsøger.³⁸⁾

Det første tilfælde går på, at en usaglig hensigt skaber en formodning for en forkert afgørelse, og at denne formodning kan få domstolene til at foretage en bedømmelse af en sags konkrete præmisser i tilfælde, hvor de normalt ville have generaliseret bedømmelsen. Der henvises navnlig til U 36.765 V og U 37.979 V som eksempler på, at området for domstolsprøvelsen udvides på grundlag af et byråds i sagen dokumenterede chikanehensigt.

Det andet tilfælde vedrører spørgsmålet om, hvem der under sagens behandling skal dokumentere den indklagede afgørelses objektive præmisser. En ulovlig *hensigt* kan forskyde den sædvanlige bevisbyrderegel, hvorefter den, som påstår en afgørelse tilsidesat, må godtgøre, at afgørelsen ikke bæres af sagligt holdbare *hensyn*. Det bliver i stedet forvaltningen som procespart, der må gøre en indsats for afkræfte formodningen mod afgørelsens saglige rigtighed.

Hensigtens principale betydning ligger således også her i, at der skabes en formodning for, at en afgørelse er forkert. Med henvisning til bl.a. U 52.226 Ø vedrørende en kommunes nægtelse af at udbetale et dyrtidstillæg til en pensioneret bademester på grund af personlige uoverensstemmelser mellem pensionisten og borgmesteren peger Ole Krarup i sin analyse på, at domstolene lader uvished om tilstedeværelsen af bæredygtige objektive præmisser gå ud over forvaltningen.³⁹⁾ Et dommerflertal refererer i sagen meget vagt til "omstændighederne forud for og i forbindelse med" den pågældende afskedigelse, og heri indgår formentlig den usaglige skelen til bademesterens fagforeningsmæssige tilhørsforhold.

Bevisbyrderegel eller selvstændig domstolskontrol

Objektivisternes betoning af hensigtens tekniske gennemslag gør den subjektive side til noget sekundært og ekstra forhold til den objektive præmisbedømmelse. På det retsteoretiske plan ligger en anerkendelse af hensigtens kontrolmæssige signifikans dog for mig at se stadig milevidt fra den oprindelige ophøjelse af den motiverende indstilling til at være magtfordrejningsfigurens egentlige sigte.

I en gennemført subjektiv magtfordrejningsprøvelse vil domstolene af egen drift være mere fokuserede på forvaltningens motivationer og vil i langt højere grad end efter en objektiv proces være villige til selvstændigt at finde de manglende brikker i forvaltningens gengivelse af det reelle forløb. Myndighedspersoner kan desuden af egen drift undertiden komme til at indrømme eller dog afsløre de egentlige motiver bag en anfægtet disposition.

38. Ibid henholdsvis p. 110 ff. og 113 ff.

39. Dette bevisbyrdebegreb har i sig selv affødt kritik se navnlig Henrik Zahle (1976) p. 549. Jf. herom også Steen Rønsholdt (1987) p. 768 og 775 ff.

IV.C. Kredsen af ulovlige formål

Nu går jeg så videre til den traditionelle fokus på bestemte formålskategorier. Det er vanskeligt at finde en stringent struktur til at sammenfatte denne side af magtfordrejningspraksis, da afgørelserne er talrige og ikke altid kompatible. Efter Bent Christensens opfattelse er dette naturligt, eftersom den retsgrundsætning, som disse sager er en illustration af, ikke er "en blot nogenlunde præcis retsregel".⁴⁰⁾ Selv en løs typologi kan dog give et vist overblik.

IV.C.1. Opblødning af grænser

Hovedsigtet er at diskutere nogle udviklingstendenser i den retlige bedømmelse af de klassiske formål. Analysen vil desuden give et indtryk af de forandringer, der uvægerligt har fundet sted i sagernes faktum. Det er dog næppe overraskende, at prøvelsesmyndighederne i dag forholder sig til langt mere sammensatte fakta og sagskomplekser end tidligere. Forvaltningens størrelse og funktioner er vokset markant i løbet af magtfordrejningsgrundsætningens levetid.

Analysen af den konkrete anvendelse af magtfordrejningslæren er opdelt i tre underafsnit, som viderefører den klassiske interesse for private, politiske og finansielle formål. Til kategorien *private* formål hører retspraksis om offentlige beslutningstagers inddragelse af forvaltningens egne private hensyn og andre fysiske eller juridiske personers private hensyn jf. IV.C.1.

De *politiske* formål er udskilt som en gruppe for sig, selv om de principielt hører til på den private side af hegnet. Jeg ser dels på fagforeningsmagtfordrejning og dels på spørgsmålet om saglige ansættelser og afskedigelser jf. IV.C.2.

Sagerne om *finansielle* formål er ofte mere indviklede end sagerne om privat magtfordrejning, og spørgsmålet om lovligheden af offentlige formål vil være vanskeligere at besvare. Prototyperne er kommunaløkonomiske hensyn og andre finansielle hensyn, og de er her samlet under et jf. IV.C.3.

Lovgivning på kryds og tværs

Den skarpe sontring mellem borger- og myndighedssfære hører den klassiske magtfordrejningstankegang til, og den hviler på et retsstatsligt ideal om en positivt afgrænset myndighedssfære jf. II.A.1. Magtfordrejningsbegrebets abstrakte indhold er, at myndigheder er sat til at varetage en vis kreds af offentlige anliggender.⁴¹⁾

Den liberalistiske ideologi har længe præget teorien om usaglige hensyn men er imidlertid med rette på tilbagetog, ikke mindst fordi moderne offentligretlig lovgivning gør op med klassiske fordomme og skel. Magtfordrejningsbegrebets

40. Jf. Bent Christensen (1997) p. 141.

41. Se Poul Andersen (1965) p. 362 og Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 230.

forbindelse til materielle specialitetstankegange bliver alt mere tydelig i og med, at det afgørende ikke mere bliver om:

"... de interesser, som loven vil værne, må betegnes som private, men om interesserne er omfattet af netop denne beføjelses formål".⁴²⁾

Der er også i mine øjne grund til at være på vagt over for det myndighedsbegreb, som den traditionelle typologi har indlejret, og det må i hvert fald være klart, at der i relation til privat og offentligt ikke er tale om artsbetegnelser. Begge former for formål kan i øvrigt forekomme i een og samme sag jf. f.eks. FOB 61.77.

Det er karakteristisk, at dommere eller ombudsmanden ikke klassificerer et eller flere foreliggende formål inden for sontringen mellem privat eller offentligt men for det meste bruger den kønsløse betegnelse "uvedkommende". Sontringen hører teorien til. Der er både afgørelser og udtalelser, der dog beskriver et givent formål som "økonomisk" eller "politisk" jf. f.eks. U 90.106 Ø og FOB 78.705.

IV.C.2. Private formål

Magtfordrejningsbegrebets første bud til den administrative beslutningstager er en forsagelse af *egne* interesser som privatperson, og det betyder, at familiemæssige, venskabelige og andre sociale relationer desavoueres som beslutningspræmisser. Denne del af saglighedstankegangen er en refleksion af en almen juridisk idé om, at offentligt hverv og privat person skal holdes adskilt.

Generelt om private formål

Ideen er på andre retsområder blevet *lovfæstet* jf. f.eks. forvaltningslovens regler i kapitel 3 om speciel inhabilitet og straffelovens forbud mod bestikkelse jf. §§ 144 og 145. Derimod er det kendetegnende for magtfordrejningsbegrebet, at det er forblevet ulovreguleret, og at en lovramme om magtfordrejningslæren end ikke er blevet diskuteret. Kravet om samfundsgavnlig og altså netop ikke privat skønsudøvelse har dog vist mere stabilt og skarpt end lærens mere relativistiske holdning til offentlige hensyn, og forbudet mod private formål er for så vidt mere egnet til at blive optaget i lov end de andre elementer i læren jf. V.D.

Per se-forbud eller konkret vurdering

Prøvelsesmyndighederne har til trods for sin bevarelse af den oprindelige udskillelse af private formål fra kredsen af samfundsgavnlig interesser ikke skabt et per se-forbud i den forstand, at private formål erklæres for usaglige *uden* hensyntagen til sagens konkrete omstændigheder. Det kunne således tænkes, at prøvelsesmyndighederne praktiserede den private del af magtfordrejningsreglen som et indispensabelt forbud, medens udskillelsen af andre formål måtte afvente

42. Jf. Bent Christensen (1997) s. 142. Se også Jens Garde m.fl. (1997) p. 192.

en undersøgelse af den konkrete hjemmelssituation. Man må dog på baggrund af praksis sige, at magtfordrejningsprøvelsen i forhold til *alle* formålstyper sker ud fra en vurdering af formålets overensstemmelse med det pågældende retsgrundlag.

Det må dog herudover siges, at magtfordrejningsbegrebet givetvis opererer med en stærk forhåndsformodning for ulovlighed, og at en administrators "private appetit" i almindelighed:

"... er hvervet uvedkommende. Den, der udøver skønnet, kan ikke råde over det, som over sin indtægt, for at opnå størst mulig personlig behovstilfredsstillelse". En anden måde at sige det samme på er: "Selv om forvaltningen træffer sine afgørelser i medfør af en ufuldstændig lovregel, er det ikke vanskeligt at indfortolke det forbehold, at al forvaltningsvirksomhed som social funktion skal foregå uafhængigt af den pågældende persons private interesser".⁴³⁾

Forbudet mod privat interessepåvirkning og -varetagelse er i dansk, fransk og norsk ret uden tvivl magtfordrejningsreglens egentlige kerne. Efter min opfattelse er der god grund til at holde fast i, at magtfordrejningsreglen indeholder et forbud mod private formål og i opfattelsen af, at brud på denne del af reglen er de mest uønskede. En modifikation af reglen i form af en opgivelse af eller slækkelse på kravet om almenyttige og uegennyttige formål ville være uheldig. Der er da heller ikke tegn på en sådan udvikling i de foreliggende prøvelsessager.

Karakteren af retspraksis giver derimod anledning til at overveje, om teorien i sin fremstilling af magtfordrejningspraksis fortsat skal ofre så meget plads på de private interesser. Der er nemlig meget få sager om denne del af den klassiske kreds af ulovlige formål, og det kan derfor virke ude af proportioner, at man i nyere teori ofte først og fremmest forbinder magtfordrejning med det private formål. Det er ikke umiddelbart til at sige, om det beskedne antal sager skyldes, at den offentlige beslutningstager generelt ikke lader sig bevæge af sådanne interesser, eller at introduktionen af magtfordrejningslæren på dette punkt har haft sin stærkeste effekt. Det er min fornemmelse, at det første er tilfældet.

Men det kan også tænkes, at Poul Andersens advarsler mod magtfordrejning rent faktisk har været virksomme i hvert fald i forhold til den generation af jurister, som er opdraget med hans fremstilling af forvaltningsrettens regler og værdier.

Sjælden prøvelsesforekomst af selvfikserede formål

Et eksempel på en sag om privat interessepåvirkning er FOB 73.60 om Præstø kommunes behandling af en byggesag, der vedrørte kommunens stadsingeniør. Ud over at påtale forskellige mindre uregelmæssigheder kritiserede Folketingets Ombudsmand den dobbeltrolle, som stadsingeniøren havde haft i byggesagen.

43. Jf. Bent Christensen (1997) p. 138 og Ole Krarup og Jørgen Mathiassen (1975) p. 129.

Stadsingeniøren havde som ansat i kommunens byggesagsafdeling været med til at godkende sit *eget* byggeri af et helårshus, idet han havde parafet en nødvendig byggeattest. Byggeattesten blev udstedt, selv om lovens betingelser ikke var opfyldt. Dette var dog ikke afgørende, da stadsingeniøren ville have været inhabil i forhold til behandlingen af sin egen byggesag.

FOB 73.60 blev ikke afgjort på grundlag af læren om magtfordrejning men på grundlag af de på den tid uskrevne inhabilitetsregler. Sagen ville i dag formentlig blive bedømt efter forvaltningslovens § 3 stk. 1 nr. 1 om inhabilitet som følge af personlig interesse.⁴⁴⁾ En grund til, at ombudsmanden ikke gjorde brug af læren om magtfordrejning, kan være et ønske om at vige uden om den nærgående kontrol med forvaltningen, som denne lære som nævnt er et udtryk for. Det kan også hænge sammen med, at inhabilitetsreglerne er nemmere at have med at gøre i den forstand, at der ikke kræves bevis for en usaglig interessepåvikning. Den abstrakte risiko er tilstrækkelig til at der foreligger inhabilitet jf. V.C.1.

I en anden nyere sag kunne ombudsmanden også været gået ind i en vurdering af forvaltningens skelen til egne private interesser. FOB 93.92 drejede sig om en borger, der klagede over forskellige krav om brandsikre lejlighedsskel. Disse krav blev stillet af Københavns kommune som vilkår for en tilladelse til at benytte en lejlighed til beboelse, men kravene var efter borgerens opfattelse udtryk for magtfordrejning. Der blev henvist til, at han var blevet udsat for chikanøs behandling af de ansvarlige myndigheder, fordi der pågik en privat magtkamp mellem en borgmester og direktøren for kommunens bygge- og boligdirektoratet. Byggeforvaltningen havde været modvillig, fordi den af borgmesteren var blevet opfordret til at give borgeren en hurtig og imødekommende behandling.

Ombudsmanden tog ikke klagers henvisning til magtfordrejning til sig men indskrænkede sig til en kritik af, at bygge- og boligstyrelsen ikke havde foretaget en nærmere undersøgelse af, hvorvidt kravet om bl.a. brandsikring var sagligt begrundet. Styrelsen havde som andre offentlige myndigheder pligt til at undersøge og oplyse sagen forsvarligt, inden afgørelsen blev truffet. Brandvæsenet havde ikke haft noget at indvende mod brugen af lejligheden til beboelse.

Endelig kan U 68.844 Ø nævnes som en illustration af praksis om egne private hensyn. En borger indgav en klage over støjgener fra et maskinværksted i en kommunal ungdomsklub. Retten gav ikke borgeren medhold i, at forvaltningen havde varetaget usaglige hensyn ved at administrere byggeforskrifterne på en måde, der betød en lempeligere vurdering af kommunens egen forstyrrende virksomhed (ungdomsklubben) end andre erhvervsvirksomheder i kvarteret.

44. Se for nyere sager herom f.eks. U 89.753 H og 99.689 Ø.

Der er således ingen klare eksempler på, at forvaltningen er blevet *dømt* for forfølgelse af egennyttige interesser i forbindelse med administrationen af vide offentlige beføjelser. I visse sager har der været mulighed for at irettesætte forvaltningen på dette grundlag, men prøvelsesinstanserne har besluttet sig for en anden måde at korrigere den administrative udfyldning på. Det er vigtigt, at forbudet mod private formål ikke opfattes som et hypotetisk prøvelsesgrundlag, men at det i de relevante tilfælde også anvendes som udtrykkelig begrundelse for en efterfølgende indskriden over for forvaltningen.

Lejlighedsvis forfordeling af trediemand

En anden form for privat magtfordrejning er forvaltningens hensyntagen til private personers, virksomheders eller organisationers interesser. Den retlige vurdering af dette fænomen er mindre skrap end vurderingen af egne private interesser, og der er generelt tale om en mindre graverende form for magtfordrejning.

Det kan i øvrigt være sagligt at inddrage en borgers interesse i en afgørelse, også selv om den pågældende ikke er part i sagen. Det er især ombudsmanden, der har insisteret på en inddragelse af alment lovlige kriterier som f.eks. en borgers berettigede forventninger. Ved bebyrdende skønsmæssige afgørelser kan der bestå en pligt til at tage hensyn til en *parts* privatøkonomiske interesser.⁴⁵⁾

Den her behandlede fremtrædelsesform af magtfordrejning belyses f.eks. af sagen U 56.289 H om Københavns havnevæsens hensyntagen til en privat virksomheds interesse i at undgå medarbejdernes drikkeri på arbejdspladsen. Kommunen havde forbudt en cigarhandler at parkere på et havnevæsenet tilhørende areal ud for B&W for at levere bestilt spiritus herunder snaps til skibsværftets arbejdere. Det administrative forbud var foranlediget af en henvendelse fra værftsledelsen, der af sikkerheds- og ordensmæssige grunde ønskede at få salget af spiritus standset.

Højesterets flertal underkendte imidlertid indgrebet, idet myndighederne havde forfulgt et formål, som det ikke "naturligt" påhvilede dem at varetage. Til støtte for ulovligheden af dette formål talte, at cigarhandlerens benyttelse af arealet i den aktuelle sag ikke gik ud over, hvad der omfattedes af almindelig færdsel, og at havnevæsenet ikke kunne tilgodese et hensyn til at sikre forholdene på en arbejdsplads. Udtrykket "privat" formål bruges i øvrigt ikke i dommen. Det er derimod antydnet, at havnemyndighederne formodentlig *kunne* have legitimeret sit forbud med henvisning til, at spiritussalget var til gene for færdslen. Dette "offentlige" hensyn blev imidlertid ikke gjort gældende af sagsøgte.⁴⁶⁾

45. Se fra nyere praksis f.eks. FOB 87.113, 90.291 og 95.56. Se endvidere om administrativ hensyntagen til parter betalingsvillighed bl.a. FOB 77.586.

46. Se om dommen bl.a. Ole Krarup (1969) p. 93 ff. Eksempler på sager om *andres* private formål ses f.eks. i U 62.521 V, 68.844 Ø, 73.657 H, 75.144 H, 80.540 H, 81.375 Ø og 90.106 Ø.

Ombudsmanden har også været involveret i sager om forvaltningens varetagelse af andres private interesser. FOB 1984.116 handlede om fredningsstyrelsens praksis med hensyn til at meddele tilladelse i henhold til råstofloven til indvinding af råstof på havbunden. Styrelsen administrerede denne skønsmæssige beføjelse således, at der som hovedregel ikke blev givet tilladelse til indvindingsarbejder men kun til bestemte fartøjer. Ordningen havde imidlertid den objektive virkning, at de etablerede indvindingsvirksomheder blev beskyttet mod konkurrence især fra udenlandske virksomheder.

Den konkrete baggrund for sagen var en licitation om et udgravningsarbejde i Århus havn. Et vesttysk selskab indgav det økonomiske mest fordelagtige tilbud men fik afslag fra fredningsstyrelsen på en ansøgning om råstoff tilladelse, hvorefter selskabet klagede til ombudsmanden. Klagers synspunkt var, at fredningsstyrelsens afslag var udtryk for en ulovlig varetagelse af den *danske* brancheforenings interesser, og at styrelsen lagde overdreven vægt på snævre erhvervsinteresser. Ombudsmanden bemærkede bl.a.:

"at det afgørende for meddelelsen af disse tilladelser ikke har været noget *enkelt* kriterium, men en *samlet* vurdering med hovedvægten lagt på, om væsentlige erhvervsmæssige hensyn i det foreliggende tilfælde kunne begrunde en fravigelse fra den almindelige tilladelsespraksis (her fremhævet)".

Under hensyn til at fredningsstyrelsen havde besluttet at imødekomme den kritik, der havde været rejst fra udenlandske firmaers side og lægge praksis om, fandt ombudsmanden ikke grundlag for at foretage sig videre i sagen.⁴⁷⁾

IV.C.3. Politiske formål

I tillæg til sin interesse for private formål er den traditionelle forståelse af magtfordrejning kendetegnet ved en stærk betoning af forbudet mod politiske formål. En offentlig myndighed fordrejer sin magt, hvis den trækker politiske hensigter og hensyn ind i grundlaget for en konkret forvaltningsakt. Den særlige retlige indkapsling af politiske formål har ofte også et lovmæssigt gennemslag.⁴⁸⁾

Generelt om politiske formål

Den politiske del af saglighedsreglen har klare historiske rødder. Den er opstået i en tid, hvor retten blev anvendt som et instrument til at adskille lovgivende og udøvende funktioner. Det var som led i opgøret med en enevældig styreform, at ideen om et upolitisk og *passivt* eksekverende bureaukrati opstod jf. II.A.1.

47. Se for en meget gammel dom om uvedkommende hensyntagen til trediemand U 1881.157. Denne sag er omtalt af Jørgen Mathiassen (1975) p. 221.

48. Se f.eks. om tilskud til politiske partier og andre politiske aktiviteter lov om økonomisk støtte til politiske partier m.v. i lovebekendtgørelse nr. 704 af 21/8 1995.

Idealiseringen af vandtætte skotter mellem retlig beslutningsproces og politiske impulser er imidlertid i flere henseender en noget problematisk komponent i magtfordrejningskonceptet. Man kan for det første nævne, at betegnelsen "politiske" formål i ekstrem grad er vag og intetsigende, idet alle interesser kan have et politisk indhold. I den kommunale forvaltning er lokalsamfundets finansielle interesser f.eks. i høj grad et politisk spørgsmål.

Det er for det andet i en moderne kontekst meget vanskeligt at opretholde det retsstatslige synspunkt om, at politiske formål er at betragte som *private* og som sådanne som udgangspunkt ulovlige. Det politiske formål er i et traditionelt saglighedsunivers ikke blot forstyrrende i den konkrete situation men også i princippet uønskede fremmedelementer i det administrative system. I sin oprindelige version skal magtfordrejningsbegrebet altså være med til at trække en linie mellem ret og politik og til at fremelske en "neutral" embedsmand, som loyalt og maskinelt forvalter gældende ret. Det klassiske embedsmandsideal er dog som nævnt i det følgende i dag afløst af andre kvalitetskriterier, og et forbud mod politisk interessevaretagelse virker på dette punkt klart anakronistisk.

Der kan for det tredje henvises til, at forbudet mod at lægge vægt på politiske formål under udøvelse af et skøn modsiger magtfordrejningsbegrebets kobling til det materielle skønsbegreb. Det materielle skøn går ud på, at det "frie" skøn opstår, når lovgiver undlader at fiksere indholdet af en lovbestemmelse jf. III.B.2. Lovgivers overladelse af et skøn netop fordrer en *aktiv* retsdannelse uden for lovtæksten. En uselvstændig og upolitisk retsanvendelse er ikke mulig. Lovgivers intention med upræcise love kan være at overlade en bred margin til den udøvende magt, og det administrative skøn skal netop holde døren åben for et retsskabende og "politisk" indslag.⁴⁹⁾

Endelig kan man måske gå så vidt som til at sige, at den klassiske forestilling om det administrative *skøn* som hævet over forvaltningskontrollen som udgangspunkt er en refleks af domstolenes traditionelle forsigtighed med at prøve og navnlig at underkende lovgivningsmagten. Tankegangen er, at domstolene må respektere, at lovgiver vælger at deponere dele af sin *politiske* magt hos forvaltningen.

Det har dog i prøvelsespraksis vist sig, at magtfordrejningslærens udstødelse af politiske formål har et mere begrænset nedslagsfelt end retsskabende virksomhed.

"Uanset at Forvaltningscheferne ... er politiske Ministre, maa det antages at være forudsat i Lovgivningen, at Forvaltningens frie Skøn skal udøves i sagligt Øjemed, og at hertil ikke kan henregnes partipolitiske Formaal".⁵⁰⁾

49. Se om henholdsvis forvaltningen og domstolene som *politisk* aktør f.eks. Carsten Henriksen (1996a) p. 72 f. David R. Doublet og Jan Fridtjof Bernt (1993) p. 159 ff.

50. Jf. Poul Andersen (1965) p. 372.

Fagforeningsmagtfordrejning

Den klassiske variant af det partipolitiske formål er fagforeningsmagtfordrejning, som ofte beskrives som en kategori for sig, og som ofte behandles i forbindelse med både magtfordrejnings- og lighedsregler. Fagforeningsinteressers indvirkning på skønsudøvelsen udløser afgørelser, som på samme måde som privat begrundede afgørelser præsumptivt vil være retsstridige.

Spørgsmålet om inddragelse af fagforeningsmæssige hensyn har af domstolene været brugt til udvikle forbudet mod uvedkommende hensyn. Der er en hel del afgørelser især af ældre dato, der belyser lovligheden af organisationsmæssigt tilhørsforhold. De første principielle domme er Esbjerg-sagerne.

Den første sag vedrørte en murermester, der af det socialdemokratiske byråd i Esbjerg blev nægtet tilslutning til kommunens vandværk og gasværk, fordi forskellige fagforbund havde erklæret strejke over for ham jf. U 25.707 V. Murermesteren havde som grundejer søgt om tilslutning til de kommunale værker men fik afslag, hvorefter han sagsøgte Esbjerg kommune med påstand om, at byrådet blev forpligtet til at acceptere murermesterens tilslutning til de to værker. Landsretten gav murermesteren medhold, men sagsøgers anbringender til støtte for sin påstand er ikke gengivet i domsreferatet, og der er ingen henvisninger til doktrinen i hverken noter eller præmisser. Der er derfor vanskeligt at afgøre, om magtfordrejningslæren har været udslagsgivende. Vestre Landsrets konklusion peger dog i retning af, at det materielle specialitetsprincip har inspireret retten. Den udtaler, at det findes at følge af vandværkets og gasværkets:

"... Egenskab af kommunale, at Adgangen til dem maa staa aaben for Kommunens Grundejere alene den de i Regulativerne indeholdte saglige Begrænsninger".

Regulativerne gav selvsagt ikke mulighed for varetagelse af det politiske formål, der lå bag kommunens forvaltningsakt: at yde de strejkende arbejdere bistand.⁵¹⁾

I U 32.505 H skulle retten tage stilling til en fagforenings protest mod, at Esbjerg byråds socialdemokratiske flertal havde vedtaget, at entreprenører til kommunens anlægsarbejder kun måtte benytte arbejdskraft organiseret i de almindelige fagforeninger. Det blev lagt til grund i dommen, at vedtagelsen ville medføre, at arbejdere, der var medlemmer af Kristeligt Dansk Fællesforbund, ikke kunne få beskæftigelse ved de af Esbjerg kommune iværksatte arbejder.

Fællesforbundet påstod bestemmelsen kendt ugyldig og fik medhold af Vestre Landsret, som anførte, at byrådet efter almindelige retsgrundsætninger måtte være pligtig at forvalte kommunale anliggende "under ligeligt Hensyn til alle Borgere",

51. Se nærmere om sagen Poul Andersen (1965) p. 366. Se for beslægtede sager også U 24.747 H, 29.452 H, 36.798 Ø og 45.532 V.

og at byrådet derfor var uberettiget til at hindre bestemte kredse af personer, fordi de tilhørte en bestemt organisation, "i at udøve de Rettigheder, der normalt vilde tilkomme dem". Højesteret stadfæstede landsrettens dom i henhold til dens grunde.

Flere har med henvisning til ordlyden af præmisserne talt til støtte for, at sagen blev afgjort ud fra en lighedsbetragtning. Poul Andersen har derimod anset læren om uvedkommende hensyn for at være den bærende begrundelse for dommen, idet byrådets beslutning "tilsigtede" en begunstiggelse af de partipolitisk prægede fagforeninger.⁵²⁾ Det er i mine øjne et moment til støtte herfor, at byrådets argumentation sprogligt er kalkeret over en subjektiv lære om magtfordrejning, idet det blev anført, at "hensigten" ikke havde været at udelukke Fællesforbundets medlemmer men alene at varetage kommunens tarv. Det findes ikke nogen teori om et subjektivt lighedsbegreb.

Et frisk eksempel på fagforeningsproblematikken er U 98.1322 H om Københavns Kulturby Fond. Denne fond havde indgået en aftale med et fagforbund om, at alle ansatte under overenskomstens område på et bestemt kulturhus skulle være medlemmer af dette forbund. Et andet fagforbund gjorde imidlertid gældende, at denne eksklusivaf tale ud fra en forvaltningsretlig saglighedsbetragtning var ulovlig. Forbudet mod hensyntagen til fagforeningsmæssig tilhørsforhold var der for så vidt enighed om, men det måtte dog forudsætte, at fonden måtte anses for en del af den offentlige forvaltning. Dermed blev myndighedsbegrebet og ikke saglighedskravet hovedspørgsmålet i sagen. Der er dog ingen tvivl om, at den fagforeningsmæssige binding blev anset for uønsket.⁵³⁾

Spørgsmålet om fagforeningsmæssigt tilhørsforhold synes i særlig grad at have lovgivningsmagtens opmærksomhed. Der er således siden 1982 ved lov forbudt for både offentlige og private arbejdsgivere at afskedige en lønmodtager på grund af medlemskab eller manglende medlemskab af foreninger, og også i andre vigtige lovsammenhænge har enkeltpersoners faglige organisering en særlig status.⁵⁴⁾

Det er bemærkelsesværdigt, at sager om fagforeningsmagtfordrejning har spillet en yderst beskedne rolle i ombudsmandspraksis, og det eneste tilfælde, som med lidt god vilje kan nævnes i den forbindelse, er FOB 1975.303. Derimod har ombudsmandsinstitutionen været meget aktiv i forbindelse med følgende emne.

52. Se henholdsvis Carl Aage Nørgaard (1965) p. 10 f., Ole Spiermann (1995) p. 427 ff. og Poul Andersen (1965) p. 375. Se også domskommentaren i TfR 33.342.

53. Se om institutioner organiseret på privatretligt grundlag John Vogter (1998) p. 57 ff. Se om domstolenes bedømmelse af magtfordrejning begrundet i fagforeningsforhold f.eks. U 46.353 H, 58.868 H, 67.46 H, 78.626 H og 86.898 H jf. 87B.50 ff. og 92.469 H.

54. Se for afskedigelsesbeskyttelsesloven lovbekendtgørelse nr. 443 af 13/6 1990 og for andre markante eksempler på lovinteresse f.eks. forvaltningslovens § 28 stk. 1 og forslag til behandling af personoplysninger lovforslag nr. 44, Folketinget 1998-99, § 7 stk. 1 og 3.

Offentlige ansættelsesforhold

Magtfordrejningslærens betydning viser sig også i forbindelse med forvaltningens beslutninger om ansættelse af personale, og der gælder her utvivlsomt et princip om saglighed. For så vidt angår ansættelsesforholdets etablering beror det på et skøn fra den offentlige arbejdsgivers side. Det fundamentale krav er, at det er den bedst kvalificerede, som skal ansættes. En offentlig myndighed har således en generel forpligtelse til at ansætte den ansøger, som ud fra en konkret vurdering på dette pågældende område er den bedst egnede.

Ansættelsesskønnet er således undergivet de almindelige forvaltningsretlige principper om skønsudøvelse, og af interesse i den forbindelse er ikke kun magtfordrejningslæren men også forbudet mod skøn under regel, ligheds- og proportionalitetstankegange jf. f.eks. U 99.172 V. Kravet om konkret vurdering har desuden haft meget stor betydning i forbindelse med afskedigelser.⁵⁵⁾

En offentlig arbejdsgiver skal desuden over for ansøgere iagttage procedureregler i forvaltningsloven f.eks. om partshøring og begrundelse. Både ansættelser og afskedigelser anses for at være afgørelser i forvaltningslovens forstand.⁵⁶⁾

Det kan være meget vanskeligt at anfægte en ansættelsesbeslutning, da det kan være vanskeligt at dokumentere, at der har ligget usaglige hensigter bag f.eks. et ønsket om at ansætte en person, der sympatiserer politisk med f.eks. sin foresatte. Bevisproblemerne er naturligvis særligt store i de tilfælde, hvor en ansøger opfylder de relevante kvalifikationskrav med i virkeligheden er ansat på grundlag af arbejdsgiverens uvedkommende politiske motivationer.

Politiske embedsmænd

Noget andet gælder de særlige politiske ansættelser i den offentlige administration. Har en politisk ansættelse særlig lovstøtte, opstår spørgsmålet om magtfordrejning naturligvis ikke. Det almindelige saglighedsprincip er således ikke blevet strakt så vidt som til at anfægte ansættelsen af embedsmænd, hvis kvalifikationer netop består i deres politiske tæft. Brugen af politiske embedsmænd er ikke en form for magtfordrejning, uanset at mange, f.eks. politikere uden regeringsmagt, synes at være stærkt kritiske over for denne ansættelsesform.

Emnet er dog kontroversielt og er f.eks. omtalt i magtudvalgets første beretning. Udvalget gør opmærksom på, at samspillet mellem embedsmænd og politikere efterhånden er ændret sådan, at embedsmænd tæt på ministrene i højere grad end

55. Se for eksempler fra nyere tid f.eks. FOB 93.167, U 93.307 H og 95.177 H. Se generelt om usaglig afskedigelse f.eks. Jørgen Rønnow Bruun (1996).

56. Se for en arbejdsretlig fremstilling af reglerne om ansættelsesskøn f.eks. Oluf Emborg og Peer Schaumburg-Müller (1998) p. 92 ff. og om partshøring i ansættelsessager Jon Andersen og Elizabeth Bøggild Nielsen (1999) p. 25.

tidligere åbenbart *forventes* at kunne tænke og handle politisk.⁵⁷⁾ Der sigtes altså ikke kun til politisk udpegede embedsmænd men også til de langt mere talrige "ordinære" embedsmænd. Ingen har tænkt på magtfordrejningsbegrebet som et argument imod politiske embedsmænd, og begrebet er ikke midlet til at dæmme op for en politisering af personalet i f.eks. ministersekretariater.

Skærpet interesse for saglig ansættelse

I andre sammenhænge er kravet om upolitisk skønsudøvelse i forbindelse med offentlige ansættelser dog helt centralt. Det illustreres bl.a. af følgende eksempler på ombudsmandskontrol af ansættelsessager. Det er sådanne sager, der udgør den største undergruppe af det samlede antal trykte ombudsmandssager om ulovlige formål og magtfordrejning. Saglighedskravet tages her meget alvorligt.

I FOB 74.156 havde udtalelser i pressen givet ombudsmanden indtryk af, at en kommune ved ansættelsen af skolelærere tillagde lærernes politiske indstilling en vis vægt. Formanden for kommunens skolekommission havde således til pressen bl.a. udtalt, at han ikke troede, at det var let for yderliggående venstreorienterede lærere at få ansættelse i kommunen. Skolekommissionen anførte i sin redegørelse til ombudsmanden, at kommissionen søgte at sikre, at de lærere, der blev indstillet til ansættelse, foruden at have de fornødne faglige kvalifikationer også havde visse menneskelige egenskaber. Det blev pointeret, at skolekommissionen på forhånd udelukkede ansøgere, der gennem deres pædagogiske virksomhed prøvede at påvirke børnene i en "samfundsnedbrydende retning". Dette kunne f.eks. ske ved at sætte dem op imod hjem eller skole. Undervisningsministeriet præciserede over for ombudsmanden, at kommissionen var forpligtet til at finde frem til den af ansøgerne, som ud fra faglige og pædagogiske hensyn måtte anses for bedst egnet:

"Ved bedømmelsen af ansøgernes kvalifikationer må en skolekommission ... være berettiget til at lægge vægt på, om en ansøger må antages at være i besiddelse af evnen til at etablere et godt samarbejde med kollegerne, overordnede myndigheder og forældre. - Det må derimod være udelukket ved kvalifikationsbedømmelsen at lægge vægt på ansøgerens politiske indstilling".

Denne tilkendegivelse gav ikke ombudsmanden anledning til bemærkninger. Sagen bekræfter, at ombudsmanden i ansættelsessager er meget på vagt over for inddragelse af politiske hensyn. Saglighedskravet synes her at have fået en stigende betydning. Dette betyder dog ikke, at ombudsmandens bevisbedømmelse er enkel. Det er tværtimod ofte vanskeligt for ombudsmanden, selv med bistand fra en forbigået ansøger eller andre interesserede,⁵⁸⁾ med tilstrækkelig sikkerhed

57. Se beretning af 19/3 1997 afgivet af "Udvalget vedrørende analyse af demokrati og magt i Danmark" bl.a. p. 5. Se også f.eks. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 146 f.

58. Enhver har ret til at indgive klage til ombudsmanden jf. ombudsmandslov § 13 stk. 1.

at fastslå, om der er "gået politik" i en sag. De fleste sager er således ironisk nok endt med, at ombudsmandsinstitutionen ikke har fundet grundlag for kritik.

Som eksempel kan nævnes sagen FOB 81.168 om kirkeministerens indstilling om udnævnelse af en ny provst. Med henvisning til, at ministeren havde valgt ikke at følge biskoppens indstilling, anmodede et folketingsmedlem ombudsmanden om at undersøge, om udnævnelsen af den pågældende sognepræst til provst havde været "objektiv og partipolitisk neutral". Sognepræsten havde tidligere været medlem af den socialdemokratiske folketingsgruppe og dermed partifælle til den pågældende kirkeminister. Som begrundelse for sin indstilling udtalte ministeren, at han havde valgt den person, som han havde fundet "bedst egnet til at beklæde stillingen". Ombudsmanden udtalte følgende:

"Der må tilkomme ... kirkeministeren som udnævnelsesmyndighed en ret betydelig frihed til at fastlægge de kriterier, der skal anses for afgørende ved sådanne stillingsbesættelser, idet dog alene saglige kriterier kan komme i betragtning ... Efter min gennemgang af sagen ... finder jeg ikke at have grundlag for at antage, at udnævnelsen ... skulle være usagligt begrundet, eller at der i øvrigt foreligger omstændigheder, som kan give mig grundlag for kritik af afgørelsen".

I FOB 74.139 om en ansættelse af en ungdomsskoleinspektør kom ombudsmanden efter en meget grundig undersøgelse af sagen ligeledes frem til, at der ikke var grundlag for at antage, at ansættelsen havde været partipolitisk motiveret. De fleste andre udtalelser om offentlig ansættelse har også været "frifindende".⁵⁹⁾

Derimod gav den fremgangsmåde, der var blevet anvendt af Århus skolevæsen ved besættelsen af nogle lærerstillinger anledning til kritik i FOB 78.705. Sagen vedrørte skoleforvaltningens afslag på en lærers ansøgning om ansættelse ved en skole i kommunen. Det kom ved ombudsmandens egen-drift undersøgelse for dagen, at der blandt de implicerede i sagen var modstridende opfattelser af hændelsesforløbet, hvorfor det viste sig at være særdeles vanskeligt at klarlægge de nærmere omstændigheder i forbindelse med ansættelsen.

Et af de momenter, der blev undersøgt nøje, var en fotokopieringsepisode, som bestod i, at læreren en sen natte-time var blev grebet i at anvende skolens fotokopieringsmaskine. Denne episode blev kædet sammen med oplysninger om, at læreren var politisk aktiv, hvortil kom, at flere af de implicerede i sagen mente, at det kopierede materiale kun kunne været af privat politisk art. Ombudsmanden overvejede på den baggrund, om skolenævnet havde lagt en vis vægt på en mere generel opfattelse af, at læreren var politisk aktiv. Det blev lagt til grund, at en sådan opfattelse for nogle af skolenævnets medlemmer var:

59. Se f.eks. FOB 63.44, 65.47, 75.303, 81.206.

"indgået som et modhensyn af en vis ... vægt ved den samlede vurdering af (A's) ansættelsesmulighed ... Bortset fra tilfælde, hvor en politisk aktivitet, navnlig på grund af dens omfang, må påregnes at begrænse den pågældendes muligheder for at løse sine opgaver som *lærer* på tilfredsstillende måde ... er det usagligt ved besættelsen af en lærerstilling at lægge vægt på den pågældende lærers (eventuelle) politiske aktivitet. At det i et vist omfang er sket i det foreliggende tilfælde, må efter min opfattelse anses for *meget* beklageligt" (her fremhævet).

Skoleforvaltningen havde begået politisk magtfordrejning. FOB 78.705 og f.eks. 93.167 kan ses som eksempler på ombudsmandens indgående undersøgelse af uvedkommende hensyn. Den store indsats for afklare faktum i sådanne beror bl.a. på, at ombudsmanden som nævnt har en selvstændig undersøgelsespligt.

Det er derimod ikke ombudsmandsinstitutionen, der har været den foretrukne platform, når forvaltningens finansielle formål har skullet efterprøves.

IV.C.4. Finansielle formål

Læren om finansiell magtfordrejning er på mange måder særligt interessant. Der kunne skrives meget om bare dette emne, hvis alle sammenhænge og delområder skulle med. Jeg belyser her nogle grænsefladespørgsmål, typologiens forestillinger om den finansielle virkelighed og udviklingen af den i praksis anvendte målestok for hvad, der på udvalgte områder betragtes som finansiell saglighed.

Generelt om finansielle formål

Jeg bevæger mig nu ind i en formålstype, der som udgangspunkt falder *inden* for forvaltningens obligatoriske mandat til at have almen nytte for øje. Det er som nævnt den almindelige regel, at en finansiell påvirkning ikke er per se ulovlig. Læren om magtfordrejning går på den anden side ikke så vidt som til en ubetinget accept af pekuniære interesser. Modellen har altid været en *konkret* vurdering.⁶⁰⁾

Lovligheden af hensyntagen til forvaltningens finanser beror i første række på det konkrete hjemmelsgrundlag og andre almindelige retskilder. Hvis det fremgår eller kan udledes af lovteksten eller af forarbejderne, at et bestemt økonomisk kriterie kan tillægges vægt, er sagen klar. Uden for de mere eller mindre explicit hjemlede tilfælde kan det dog også efter omstændighederne være relevant og undertiden pligtmæssigt for en myndighed at inddrage eller medinddrage finansformål. En skønsmæssig afskedigelse kan gennemføres for at skabe en besparelse, der dog i

60. Se om finansiell magtfordrejning i almindelighed Poul Andersen (1924) p. 180 ff., (1935) p. 17 ff., (1965) p. 378 ff., Ole Krarup (1969) p. 87 ff., Ole Krarup og Jørgen Mathiassen (1976) p. 130, Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard (1984) p. 192 f., Karsten Revsbech (1986) p. 284 ff., Steen Rønsholdt (1987) p. 720 f., Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 233 ff. og 549, Jon Andersen (1997) p. 113 f., Bent Christensen (1997) p. 134 jf. 209, Jens Garde m.fl. (1997) p. 198 ff. og Bendt Berg (1998) p. 113 f.

sig selv skal være saglig, og en skønsmæssig budgetbeslutning kan være motiveret og begrundet af et bredt spektrum af økonomiske overvejelser.

Det finansielle formål er i tvivlstilfælde ofte blevet påset i praksis. Selv om formålet anskues som anerkendelsesværdig del af administrative motivations- og legitimationsgrundlag, er det i de foreliggende sager ofte blevet *udstødt* fra kredsen af lovlige kriterier jf. f.eks. FOB 90.153. De oplagt lovlige eksempler på varetagelse af forvaltningsfinansielle formål er ikke blevet indbragt for eller eventuelt taget op af prøvelsesmyndighederne, og prøvelsesresultaterne kan prima facie give et fejlagtigt indtryk af en *generel* forhåndsformodning for ulovlighed.

Nogle grænseflader

Den særlige retlige fokus på finansiell skønsumfyldning er en refleks af den almindelige fordring om hjemmel ved opkrævning af afgifter og gebyrer. Det er i vidt omfang tale om forskellige sider af samme problemstilling i den forstand, at finansiell magtfordrejning typisk drejer sig om tilfælde, hvor et eller flere finansielle formål indgår som bestanddel af en afgørelses motivationer/præmisser, men uden at have fundet udtryk i afgørelsens indhold. I modsætning gælder kravet om skærpet eller klar hjemmel i forhold til retsakter af konkret og generel art, som typisk direkte i sit indhold pålægger borgerne en økonomisk byrde.

Gebyrforbudet er en traditionel del af det almindelige legalitetsprincip. Reglen er groft sagt, at en offentlig myndighed ikke af sig selv kan opkræve afgifter, der avler egentlige indtægt; dvs. afgifter, som er private dækningsbidrag ud over de faktiske omkostninger. Det vil være beskatning, og det kræver lovgiveraktivitet. Reglen er i forskellige sammenhænge fastslået af domstole og ombudsmand:

"Det følger af de almindelige hjemmelssynspunkter ... at der *ikke* kan sluttes modsætningsvis fra det forhold, at lovgivningsmagten ikke har forbudt gebyropkrævning, til, at gebyropkrævning da skulle være tilladt ved administrativ foranstaltning. Det centrale i hjemmelskravet er kravet om, at der skal foreligge en bemyndigelse fra lovgivningsmagten. Hvor en sådan bemyndigelse ikke foreligger, er administrationen afskåret fra at opkræve gebyr" jf. FOB 1987.47 (51).⁶¹⁾

Den tætte forbindelse mellem hjemmelskravet og magtfordrejningstankegange er i øvrigt blevet tydeliggjort på netop gebyrområdet. Der er henvist til, at en graduering af hjemmelskravet til administrativ afgiftsopkrævning bl.a. beror på en vurdering af, om opkrævningen tjener andre acceptable (accessoriske) formål end selve omkostningsdækningen, som altså eo ipso er legitim.⁶²⁾ En anvendelse af den pågældende indtægt, som f.eks. ligger langt fra myndighedens eller det pågældende regelsæts "specielle" område vil næppe kunne accepteres.

61. Se fra nyere tid især FOB 90.126, 96.75, 97.345, U 93.757 H og 98.956 V jf. 92.793 Ø.

62. Se Bent Christensen (1997) p. 270 og Jens Garde m.fl. (1997) p. 171.

Indholdet af det almindelige krav om hjemmel er kompliceret som nævnt i II.D., og det forfølges ikke yderligere her. Hjemmelskravet kan også ansues i et *dynamisk* perspektiv, og der er således måske en vis sammenhæng mellem den stedfundne udvikling i prøvelsesmyndighedernes holdning til finansielt skøn og til hjemmelskravet i relation til afgiftsopkrævning jf. VI.B.1.

Som et andet interessant grænsefladeproblem kan der kort peges på, at finansielle overvejelser indgår i andre udfyldningsgrundlag end formålsbetragtninger og magtfordrejning. Forvaltningen *opmuntres* inden for skønsreguleringen generelt til bestemte former for finansiell påvirkning. Der er således skabt retlige incitamenter til f.eks. at undgå administrativ værdispild og til at tilrettelægge administrativ sagsbehandling på en praktisk og effektiv måde; incitamenter, som peger i modsat retning end magtfordrejningslærens traditionelle forbeholdenhed over for finansielle formål. Værdispilds- og konveniensbetragtninger er alment lovlige, og magtfordrejningsprøveren må i sin bedømmelse af det finansielle formål respektere sådanne tværgående interesser.⁶³⁾

Typologiens myndighedsperspektiv

Den klassiske formålstypologi er i sin angivelse af det finansielle formål explicit orienteret mod det *kommunale* jf. f.eks. U 28.675 H og 30.876 V. Det er her, at finansiell magtfordrejning har sin historiske oprindelse. De første domme herom har ligesom sagerne om fagforeningspolitiske interesser været med at til at forme og udvikle domstolenes første kontrol af forvaltningens skøn. Der er i nyere praksis også mange eksempler på pekuniære indslag i konkrete forvaltningsakter, og det er formentlig netop denne del af magtfordrejningsuniverset, som fænomenologisk må antages at have undergået størst forandring og facettering. Der er f.eks. meget stor afstand mellem faktum i f.eks. U 29.452 H og 86.864 H.

Det er i den forbindelse karakteristisk, at ombudsmandsinstitutionen kun har været involveret i ganske få sager om uvedkommende økonomiske formål. En grund til det kan være, at det i relation til i hvert fald klagesager kan være af betydning, at disse sager ofte er vanskelige at gennemskue for en borger og desuden ikke nødvendigvis berører borgeren på samme måde som f.eks. en afskedigelsessag. En anden grund kan være, at netop det kommunale område indtil for nylig ikke har haft ombudsmandsinstitutionens fulde bevågenhed jf. IV.D.4.

Den kommunale indgangsvinkel til varetagelsen af finansielle formål må i lyset af nyere praksis fastholdes. Hovedparten af praksis om finansielle kriterier vedrører det decentrale niveau dog ikke f.eks. FOB 90.153. Det kan først og fremmest være en følge af, at det er kommunerne, som i henhold til lovgivningen er ansvarlig for store og tunge dele af det offentlige økonomiske forpligtelser

63. Se om konveniens f.eks. U 85.85 Ø, 88.1029 H, 92.227 H, 93.727 Ø, 96.678 H og FOB 97.323. Konveniensthensyn kan meget sjældent tillægges udslagsgivende betydning.

over for borgerne/brugerne. Kommunerne besidder på forskellige områder f.eks. byggelovgivningen en oplagt dobbeltrolle.⁶⁴⁾

Det finansielle formål er i hvert fald ofte mere synligt på det decentrale niveau. Den givne opgavefordeling er blevet betonet af en kommune i en sag om lovligheden af kommunale dispensationer til helårsbeboelse i sommerhusområder:

"Det må ... tages i betragtning, at lovgiver har fundet det rigtigst at henlægge den endelige kompetence til den enkelte kommune med den begrundelse, at det er den, som får den øgede økonomiske byrde af en helårsbosætning" jf. U 96.583 Ø (590).

Landsretten tog hensyn til dette forhold ved indirekte at anføre, at udsigten til øgede udgifter i forbindelse med helårsbeboelse ville kunne være en legitim del af de kommunale forudsætninger for en dispensation.⁶⁵⁾ Der er ovenfor peget på grunde til, at kommunerne er mere åbne over for bl.a. finansielle inputs jf. III.B.4.

Typologiens skarpe formålsseparation

Den klassiske formålstypologi er utilstrækkelig i sin beskrivelse af det finansielle formåls mangfoldighed og samspilsmuligheder. Det finansielle formål er det af de klassiske formålskategorier, som f.eks. synes at være mest disponeret for kollektive formålssammenhænge. En stor del af det offentliges dispositioner må uundgåeligt være styret af økonomiske overvejelser, uanset om det fremgår eller ej. Typologien vidner om en tydelig og i dag overdreven kassetænkning i lyset af de efterhånden mange eksempler på kombinerede kriterier jf. III.C.3. En accept af underordnede finansielle led i afgørelsens motivation og præmisser er i sig selv en slækkelse af de entydige bånd, som typologien lægger op til.

Det kan endvidere hævdes, at det finansielle formål er den formålstype, som for en udspekuleret administrativ beslutningstager nok er "nemmest" at stille i skyggen af andre og mindre kontroversielle hovedformål. Finansformål ligger i hvert fald ofte under for andre mere noble og forsvarlige forvaltningsformål.

Dette illustreres af f.eks. U 91.373 H om antenneforeningens kritik af en lokalplansbestemmelse, som blev angrebet for at tjene den pågældende kommunes økonomiske interesser jf. IV.B.2. Dette formål kunne efter sagsøgerens opfattelse ikke varetages i henhold til den pågældende bestemmelse i planloven. Det blev dog imødegået fra kommunalt hold, idet det bl.a. blev anført, at en økonomisk interesse klart lå inden for de formål, som kunne forfølges ved lokalplanen, og der intet odiøst var i, at planmæssige formål *tillige* indeholdt økonomiske formål.

64. Se f.eks. Bendt Berg (1998) p. 57.

65. Se om kommunale ressourceprioriteringer på socialområdet f.eks. FOB 92.264 og 95.400.

Kommunens anbringende var, at det økonomiske formål i hvert fald måtte anses som sagligt som et sideordnet formål. Det blev der argumenteret for, at det var, idet det *afgørende* sigte med lokalplanen var det planmæssige efter kommunens udsagn. Det blev bl.a. konkretiseret i et legitimt ønske om at sikre borgerne optimale kommunikationsmuligheder. I landsretten blev der ikke fundet grundlag for at antage, at der ikke skulle ligge langsigtede planmæssige overvejelser, men derimod et ønske om at tilgodese bynettet økonomisk, bag lokalplanen.

Højesteret tiltrådte, at der ikke var grundlag for at antage, at den omstridte lokalplanbestemmelse ikke beroede på planlægningsmæssige overvejelser. Der blev dermed ikke taget stilling til, om det økonomiske formål overhovedet var lovligt at indlemme i kredsen af kriterier, idet det forblev et hypotetisk spørgsmål. Opretholdelsen af lokalplansbestemmelsen kan skyldes, at dommerne anså kravet om tilslutning til bynettet for rimeligt, selv om det måtte være motiveret af en finansiell interesse i flere indtægter. Det er i hvert fald bemærkelsesværdigt, at dommerne som nævnt ovenfor ikke tog notits af, at forvaltningen i et brev til antenneforeningen havde udtalt, at det bl.a. lå kommunen på sinde at sikre, at den investering, der var foretaget i bynettet, kunne udnyttes bedst muligt.

Den tolerance over for visse finansielle formål, som U 91.373 H implicit kan ses som udtryk for, går på den anden side ikke så vidt som til at blåstemple en administrativ varetagelse af alle former for samfundsøkonomiske formål. Den retlige bedømmelse af finanshensyn beror stadig på situationen. Forvaltningen skal eksempelvis være meget varsom med at skele til formål, som er forbundne med en favorisering af *private* personer. Det blev fastslået i dommen om feriecentret Lalandia i U 90.106 Ø, at en kommune i en omtvistet lokalplan havde ladet sig styre af egne og/eller en privat grundejers økonomiske interesser, og at disse to former for finansielle formål ikke kunne varetages i henhold til planlovgivningen.

Lalandiasagen

Sagen vedrørte en kommunes salg af et areal til et stort feriecenter og den herefter vedtagne lokalplan, som havde til formål at fremme byggeriet af dette center og samtidig at hindre bebyggelse af naboarealerne. Ejerne af nabogrundene anfægtede lokalplanens gyldighed ved bl.a. at pege på det åbenbare misforhold, der bestod mellem lokalplanens bestemmelser om en meget ringe udnyttelsesgrad for nabogrundene og den intensive udnyttelsesret for ejeren af Lalandiaområdet.

Naboernes argumentation gik for så vidt primært på, at kommunalforvaltningen havde forfordelt ejeren af det planlagte feriecenter, og en sådan forfølgelse af andres *private* interesser ville være i modstrid med kravet om et sagligt begrundet skøn. Østre Landsret viste sig lydhør over for sagsøgerne og gik i sine præmisser videre end til at statuere privat magtfordrejning. Kommunens *egen* økonomiske interesse i at opnå en hurtig gennemførelse af centerbyggeriet blev af retten anset for usaglig, ligesom en hensyntagen til "den handels- og beskæftigelsesmæssige

udvikling" i kommunen ikke lovligt kunne varetages på grundlag af de beføjelser, som var tillagt kommunen i planlovgivningen.⁶⁶⁾

IV.C.5. Finansielle enkeltområder

For at beskrive mangfoldigheden af det finansielle formål nærmere kan der foretages en yderligere underopdeling. Det er der også mange og gode forslag til i flere af de almindelige fremstillinger af finansiell magtfordrejning. Det ses heraf, at det er vanskeligt at finde et gennemgående og konsekvent opdelingsgrundlag, og at f.eks. skattemæssige formål kan have mange former. Jeg henholder mig i det følgende i det store hele til de almindeligt anvendte specifikationer og opstiller ikke en liste over alle mulige finansielle formål men behandler kun:

- kommunale skatteformål
- bopælskrav
- miljøformål
- inddrivelse af offentlig gæld

Sigtet i resten af dette afsnit er at vurdere, om domstolenes og ombudsmandens bedømmelse af finansiell saglighed på disse udvalgte områder må antages at *bevæge* sig f.eks. i retning af lempelser eller skærpelser. En helt indledende pointe er, at der kan være forskel på udviklingen af målestokken på forskellige områder. Hertil kommer bl.a., at udviklingstakten kan variere. Der er endelig næppe tvivl om, at den igangværende udvikling vil fortsætte på forskellig måde.

Generel skepsis over uhjemlede skatteformål

Det er symptomatisk for flere ældre domme om finansiell magtfordrejning, at en forvaltningsmyndighed gribes i et efter nutidig målestok utænkeligt misbrug jf. f.eks. U 29.452 H. Den klassiske fordomsfuldhed over for det finansielle formål hænger altså på dette område ikke blot sammen med en retsstatslig accentuering af en snæver kreds af legitime administrative opgaver men også med, at flere ældre sager repræsenterer helt uacceptable brud på kravet om saglighed.

Dette illustreres af U 29.452 H om en kommunalbestyrelse, der i regulativerne for de kommunale gasværk og elværk bestemte, at forsyningen skulle afbrydes over for aftagere, der var i restance med skat og anden skyld til kommunen. Der var ingen hjemmel i skattelovgivningen til at afbryde gas og el som tvangsmiddel til inddrivelse af kommuneskatter. Byrådet havde anvendt disse bestemmelser over for sagsøgeren fru Jensen, hvis mand havde beskæftiget sig med fabrikation og salg af dametøj, indtil han på et tidspunkt gik konkurs. Da boet ikke kunne dække skatterestancerne, *afbrød* kommunen forsyningerne af gas og el til både parrets

66. Se generelt om planlægningslovens formål f.eks. Karsten Revsbech (1996) p. 23 ff. Også ud fra lighedsbetragtninger er der nyere praksis for, at forvaltningsøkonomiske hensyn ikke uden videre kan begrunde en forskelsbehandling jf. f.eks. U 91.358 Ø og 93.727 Ø.

bolig og mandens fabrik. Højesteret kom meget forståeligt frem til, at kommunen i mangel af lovhjemmel ikke med føje kunne iværksætte en leveringsnægtelse. Dommen er et klart udtryk for, at en kommune er forpligtet til at levere gas og el "indenfor de i Regulativerne indeholdte saglige Begrænsninger". Her kunne dommerne efter min mening med fordel have anvendt udtrykket "magtfordrejning" for at sende et utvetydigt signal om uønskeligheden af sådanne dispositioner.⁶⁷⁾

En af de relativt få sager, hvor ombudsmanden har udtalt sig om sagligheden af skattefinansielle formål, er FOB 75.380 vedrørende en kommunes beslutning om at forhøje vandafgiften. En virksomhed gjorde gældende, at kommunens mål var at tilvejebringe en væsentlig forhøjelse af overskuddet fra vandforsyningen og en reduktion i kommunens skatteudskrivning. Det fremgik af referatet fra det møde, hvor forhøjelsen blev vedtaget af kommunalbestyrelsen, at borgmesteren selv opfattede den som "en forbrugsafgift på vand". Virksomheden indbragte afgørelsen for tilsynsrådet, som valgte at henskyde sagen til indenrigsministeriets afgørelse. Det anførtes i ministeriets afgørelse, at en kommune ikke lovligt kan:

"føre en takst- og afgiftspolitik, der ved at tilstræbe overskud på driften af de kommunale værker øver direkte indflydelse på den kommunale skatteudskrivning".

Det økonomiske udvalg i Gladsaxe kommune vedtog efter indenrigsministeriets afgørelse at henlægge eventuelle overskud fra vandforsyningen til finansiering af fremtidig anlægsvirksomhed og udjævning af kommende driftsunderskud, og kommunen undgik hermed, at ministeriet foretog sig yderligere i tilsynssagen. Ombudsmanden lagde i sin gennemgang af sagen til grund, at kommunen havde budgetteret med et overskud på vandforsyningen med det *sigte* at nedbringe de kommunale skatter, og han kunne på den baggrund ikke anse beslutningen om forhøjelse af vandafgiften for "retmæssig".

Ombudsmanden henstillede til indenrigsministeriet at søge foranlediget, at kommunalbestyrelsen foretog en ny sagsbehandling af spørgsmålet om, hvorvidt der ud fra overvejelser om fremtidig investeringsvirksomhed var *behov* for henlæggelse af overskud med henblik på selvfinansiering af anlægsvirksomhed. Kommunen havde ikke oprindeligt eller efterfølgende lagt planer om fremtidige dispositioner på vandforsyningsområdet.

Ombudsmanden tilføjede, at forhøjelsen betød en forrykning af byrdefordelingen mellem kommunens borgere, navnlig den byrdefordeling som den kommunale skattelovgivning var udtryk for, og at en sådan forrykning måtte forudsætte et *særligt* retsgrundlag. Et sådant var ikke tilstede i sagen, og overprisen udgjorde med andre ord en uhjemlet skat. Læren om usaglige hensyn blev hverken nævnt

67. Se også landsrettens dom i f.eks. U 28.675 H. Se om ulovlig og uvedkommende administrativ "pression" også f.eks. U 24.747 H, 25.906 H, 26.990 Ø og 36.798 Ø.

af klager eller af ombudsmanden, idet sagen blev "procederet" af klager og "afgjort" af ombudsmanden med henvisning til grundlovens § 43 og almindelige hjemmelsbetragtninger. Ombudsmandens vurdering og kritik af beslutningen om afgiftsforhøjelsen blev altså formuleret i afdæmpede vendinger, og det pågældende finansielle formål var altså for ham at se ikke groft.

Var sagen opstået efter afsigelsen af U 86.864 H, som omtales i det følgende, kunne kommunen måske have håbet på større forståelse fra ombudsmandens side. FOB 75.380 minder på visse punkter om forløbet i denne vigtige dom, men der var dog ingen umiddelbar sammenhæng mellem vandafgiften og udgifterne til vandforsyningen. Det var desuden efter de foreliggende oplysninger klart, at kommunen (borgmesteren) forfulgte et direkte fiskalt sigte med afgiftsforhøjelsen.

Praksis synes på dette område at ligge nogenlunde fast, idet landsretterne for nylig på lignende måde har taget stilling til sagligheden af økonomiske bidrag til kommunale parkeringsfonde jf. U 92.793 Ø og 98.956 V. Det fremgår heraf, at beslutningerne om at betinge byggetilladelser af finansielle bidrag til kommunens parkeringsanlæg ikke uden videre er saglige men må opfylde en række nøje angivne krav om bl.a. øremærkning og individualiseret anvendelse.

Fasttømret forbud mod bopælskrav

Der kan af praksis desuden udledes en almindelig regel om, at bopælskrav i den ene eller anden form er usaglige. Det finansielle indslag i sådanne krav vil ofte være et ønske om at udvide beskatningsgrundlaget for den pågældende kommune.

Et tidligt eksempel er U 27.48 H om en premierløjtnant, der af sine foresatte blev pålagt at tage bopæl i Holbæk kommune, hvor hans bataljon var indkvarteret. Der var indgået en aftale mellem kommunen og krigsministeriet, som skulle sikre, at befalingsmænd betalte skat til den kommune, hvor de gjorde tjeneste. Premierløjtnanten påstod pålægget kendt ugyldig med henvisning til, at den ikke var givet af militære grunde men af hensyn til en overenskomst, som skulle være med til at skaffe kommunen skatteindtægter. Officeren fik overraskende *ikke* medhold ved Højesteret, der uden nogen egentlig begrundelse blot udtalte, at generalkommandoen ikke havde "overskredet grænserne for sin myndighed".

Også så tidlige afgørelser som U 15.257 H jf. 13.603 V og 24.747 H handler om usaglige kriterier, men dommerne statuerer ikke usaglighed/magtfordrejning. Disse sager har dog fungeret som løftestang for den senere domstolskontrol af, om den administrative skønsudøvelse er inficeret med uvedkommende hensyn.

I en serie af senere sager har prøvelsesmyndighederne cementeret ulovligheden af bopælskrav jf. U 35.516 H. Byrådet i Vordingborg havde her med henvisning til et cirkulære fra socialministeriet besluttet, at rabatkort til indkøb af margarine kun kunne indløses hos margarineforhandlere, der ikke blot havde forretning men også bopæl i kommunen. Socialministeriet oplyste, at formålet med cirkulæret bl.a. var

at gøre det muligt for kommunerne at gennemføre en enkelt administrativ ordning og at gøre muligt for kommunerne at lade ordningen omfatte butikker i de dele af lokalområdet, hvis beboere navnlig kom i betragtning ved hjælpens uddeling.

Kravet om bopæl i kommunen faldt uden for cirkulærets kreds af lovlige formål. Baggrunden for kravet var et ønske om at begunstige indenbys næringsdrivende fremfor udenbys og dermed at sikre kommunen skatteindtægter. Højesteret fandt denne begrundelse for usaglig og anførte, at bestemmelsen om at kun forhandlere med fast bopæl kan få margarinekort indløst, var truffet ud fra hensyn, der var "de af loven forfulgte Formaal uvedkommende". Dommen er meget overbevisende i betragtning af, at loven om hjælp til indkøb af margarine, som var grundlaget for det pågældende cirkulære, ikke havde noget som helst med skatteopkrævning at gøre. Selv om ordet magtfordrejning ikke optræder i domspræmisserne eller i domsreferatet, står rettens ræsonnementet tydeligt i gæld til læren herom.

Forbudet mod bopælskrav synes efterhånden at være blevet taget til efterretning af de fleste kommunale forvaltninger, og der er kun få nyere sager om denne form for finansiell interessevaretagelse.⁶⁸⁾

Accept af rummelige miljøformål

Der er nyere eksempler på en mere nænsom stillingtagen til visse økonomiske formål end man nok ville forvente efter traditionen. Den retlige bedømmelse af finansielle formål synes på flere områder at være på vej mod en liberalisering. Det er vanskeligt at dokumentere en generel bevægelse, da prøvelsesmyndighedernes afgørelser er løsninger af konkrete tvister. Der kan dog spores en tendens til større finansiell tolerance fra prøvelsesside.

Det illustreres f.eks. af affaldsregulativdommen, hvori Højesteret godkendte et væsentligt finansformål jf. U 86.864 H. Sagen drejede sig om et kommunalt affaldsforbrændingsanlæg, som leverede varme til kommunens borgere. Kommunen opkrævede afgift ved modtagelsen af affald, og det var kommunens forventning, at disse afgifter sammen med indtægterne ved salg af varme ville gøre anlægget rentabelt. Der var imidlertid i flere år underskud på kommunens renovationsvæsenet, og det måtte der gøres noget ved.

Retssagen opstod, fordi kommunen mistænkte en privat vognmand for at aflevere affald direkte på lossepladsen for derved at slippe for at betale afgift til forbrændingsanstalten. Vognmanden kørte containere med affald fra private virksomhederne ud til forbrændingsanlægget. Kommunen havde ansvar for lossepladserne og ønskede at omdirigere trafikken med brændbart affald derfra til forbrændingsanstalten. Kommunen var af hensyn til planlægningen af anlæg og

68. Se f.eks. U 36.765 V, 37.797 V, 58.455 Ø, 63.129 H og 83.986 Ø men cfr. 17.48 H.

udvidelse af lossepladser legitimt interesseret i at få styr på, hvor meget affald der var i den pågældende by.

De kommunale myndigheder vedtog et regulativ om bortskaffelse af affald, som indeholdt et påbud om, at affald fra erhvervsvirksomheder skulle afleveres til forbrændingsanstalten, og at kørslen skulle ske ved kommunens foranstaltning. Påbudet afskar vognmanden fra at udøve dele af sin virksomhed med kørsel af affald, hvorfor han sagsøgte kommunen med påstand om, at regulativet var ugyldigt. Hans anbringende var, at denne generelle retsakt ubeføjet var motiveret af hensynet til kommunens økonomi. Vognmanden baserede sin protest mod affaldsregulativet og kørselsordningen på, at disse beslutninger kun kunne træffes, når *miljømæssige* hensyn talte derfor.

Der var ingen oplysninger om miljøklager, og kommunen havde ikke ført bevis for, at vognmanden havde forsøgt at omgå afleveringspligten. Kommunen insisterede dog på, at regulativet fremfor alt havde legitime miljømæssige hensyn for øje, og kommunen anerkendte altså implicit, at en finansielt begrundet ordning kunne have været problematisk. En kommunal inspektør kom dog til at bemærke:

"Naturligvis spillede hensynet til økonomien ind, men det var ikke bevæggrunden for det nye regulativ. Princippet for de kommunale værker - til levering af el og vand - er, at de skal hvile i sig selv. Dette hensyn gør sig også gældende med hensyn til forbrændingsanlægget".

Inspektøren tilføjede, at selvfinansieringen af anlægget ikke var nødvendig, og at kommunen godt kunne "komme skattekroner i". Det ville så blive skatteyderne, og ikke de konkrete brugere af forbrændingsanstalten, der betalte for driften.

Et flertal på fire ud af fem højesteretsdommere stadfæstede landsrettens *frifindelse* af kommunen og fremhævede såvel miljømæssige som økonomiske præmisser for kommunens beslutning. Højesterets flertal tog stilling til tre spørgsmål. Dommerne fandt det for det første i overensstemmelse med miljølovgivningen, at kommunen opstillede et krav om, at erhvervsvirksomheder skulle lade deres affald brænde. Der var derimod tvivl om svaret på de næste to spørgsmål. Kunne kommunen i et regulativ kræve, at denne forbrænding skete ved kommunens anstalt, og var det i den forbindelse lovligt, at regulativet inddrog den private vognmandskørsel under det kommunale renovationsvæsen? Hertil anførte flertallet i Højesteret, at disse bestemmelser i regulativet:

"kan begrundes med ønskeligheden af kontrol hermed af miljømæssige grunde, men må efter det oplyste antages i *væsentlig* grad at skyldes ønsket om at nedbringe kommunens underskud ved driften af renovationsvæsenet. Efter *sammenhængen* mellem udgifterne til renovationsvæsenet og afgifterne ved forbrænding findes dette ønske imidlertid ikke at kunne føre til tilsidesættelse af den fastsatte ordning" (her fremhævet).

Det ville have gjort dommen betydelig klarere men også mere vidtrækkende, hvis det var blevet uddybet, hvad der præcist blev forstået som "sammenhængen". Den judicielle accept af det økonomiske formål er blevet forklaret med, at kommunens ønske om at *beskytte* skatteborgerne mod indirekte at bidrage til opretholdelsen af affaldsordningen blev anset for sagligt.⁶⁹⁾ Det var lovligt at sætte hensynet til den kommunale økonomi "i spidsen" for et regulativ, og affaldsordningen kunne altså selv begrunde afgifter og inddragelse af privat vognmandskørsel. Dommen betyder i denne udlægning, at love om kommunal forsyningsvirksomhed ikke explicit behøver at nævne økonomiske beslutningspræmisser for at gøre dem tilladelige. Det vil med andre ord åbne op for stor uskreven finansiell frihed.

Denne udlægning overser dog efter min opfattelse, at der indirekte var støtte for lovligheden af varetagelse af et finansielt hensyn i miljøretlige sammenhænge i formålsbestemmelsen til miljøbeskyttelsesloven. Denne lovs § 1 stk. 3 indeholdt indtil 1987 et princip om, at miljøhensyn lovligt kunne afvejes over for bl.a. hensynet til økonomiske konsekvenser. Denne interesseafvejningsregel er senere faldet ud af loven men er i henhold til forarbejderne fortsat af betydning.⁷⁰⁾ Selv om miljøbeskyttelsesloven ikke synes at have været af direkte betydning for det anfægtede regulativ, kan lovgivers legitimering af visse finansielle interesser have påvirket dommernes accept af den pågældende affaldsordning.

Den dissenterende dommers opfattelse af sagen er mere på linie med traditionel magtfordrejningstankegang, idet hensynet til forbrændingsanstaltens økonomi "ikke alene" fandtes at kunne begrunde den etablerede fællesordning med hensyn til bortskaffelse af brændbart affald. Dommeren hæftede sig konkret ved, at der ikke var konstateret miljømæssige gener ved vognmandens virksomhed, inden kommunen vedtog regulativet, og at formålet med dette "i alt væsentligt" måtte antages at have været at forbedre forbrændingsanlæggets økonomi. Denne dommer kan altså have set forvaltningens henvisning til miljøformål som et skalkeskjul for det økonomiske formål, og det kan i sig selv have frastødt dommeren.

Lovmæssig interesse for inddrivelse af offentlig gæld

Endelig vil jeg til belysning af finansielle formål nævne FOB 90.291 om afslag på to ansøgninger om køretilladelse med henvisning til ansøgernes økonomiske vanskeligheder. Vejtransportrådet og Persontrafikrådet kunne ikke imødekomme ansøgninger om henholdsvis vognmandstilladelse efter godskørselsloven og om tilladelse til turist- og bestillingskørsel efter busloven, fordi de pågældende ansøgere ikke opfyldte kvalifikationskravene. De to ansøgere havde tidligere haft økonomiske vanskeligheder ved driften af deres virksomheder. Det blev tillagt afgørende betydning, om disse vanskeligheder ved fornuftig drift kunne være

69. Se Mogens Heide-Jørgensen (1993) p. 535 ff.

70. Se Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 229 og Erik Pedersen (1987) p. 24 ff. Se om ekspropriationsaspektet i dommen f.eks. Jørgen Bjerring og Gorm Møller (1998) p. 534.

undgået. Myndighederne mente med henvisning hertil, at ansøgerne ikke kunne gøre det antageligt, at de vil kunne udøve vognmands- og bestillingsvirksomhed på forsvarlig måde og i overensstemmelse med god skik inden for branchen. Dette vandelskrav blev administreret sådan, at det for ansøgere, der tidligere havde været involveret i en konkurs og lign., i det følgende år "nærmest umuligt" kunne få de ønskede tilladelser.

Vejtransportrådet udtalte om baggrunden for denne praksis, at det ikke specielt var tilsidesættelse af hensyn til den tidligere virksomheds kunder, men snarere hensynet til dens kreditorer, herunder det *offentlige*, der havde betydning for rådets vurdering af ansøgningssager. Hertil kom, at myndighedernes praksis kunne medvirke til at begrænse det samfundsmæssigt uønskede "konkursrytteri". De søgte tilladelser blev altså i henhold til en vag og elastisk hjemmelsbestemmelse afslået med et samfundsfinansielt formål for øje nemlig det offentliges interesse i at skabe retlige incitamenter til indfrielse af gæld til det offentlige.

Ombudsmanden udtalte om godskørselsloven, at der ikke var hjemmel til en praksis af det beskrevne indhold. Vandelskravet måtte forstås som et krav om dadelværdigt forhold fra ansøgernes side. For at give afslag på en ansøgning om vognmandstilladelse måtte det således kræves, at en ansøger i forbindelse med de tidligere økonomiske vanskeligheder havde udvist personligt kritisabel adfærd. Det ville ikke være nok, at vanskelighederne skyldtes, at ansøgeren havde savnet økonomisk og forretningsmæssigt talent. Ombudsmanden anførte desuden:

"Modsat må det være min opfattelse, at fastholdelse af den nuværende praksis i uændret omfang kræver en lovændring. Jeg skal herefter udtrykkeligt bemærke, at jeg ikke har taget stilling til hensigtsmæssigheden af og det samfundsmæssige behov for en praksis som den omhandlede. Mine betragtninger ovenfor drejer sig alene om de retlige hjemmelsskrav" udtalelsen p. 297.

Der er som svar på denne udtalelse gennemført en ændring af de omhandlede love, og der nu åbnet op for en hensyntagen til det offentliges interesse som kreditor. Der er således indsat positiv hjemmel for, at de relevante myndigheder kan varetage det offentliges interesse som kreditor.⁷¹⁾

En hensyntagen til inddrivelse af offentlig gæld er blevet legitim i henhold til en lang række autorisationslove. Disse lovinitiativer uddybes senere. Denne explicite hjemmelsskabelse betyder, at der ikke længere er tale om skønsmæssige afgørelser i relation til gældsinddrivelseshensynet, og at læren om udfyldende finansielle formål dermed er ude af billedet på de specifikke lovområder. Spørgsmålet er, om lovgivers spredte signaler herudover kan påvirke *andre* reguleringsfelter jf. V.B.2.

71. Se henholdsvis lov nr. 839 af 18. december 1991 om ændring af lov om godskørsel og lov nr. 840 af 18. december 1991 om ændring af lov om buskørsel.

IV.D. Delopsamling

Som afslutning på analysen af retspraksis sammenfattes og diskuteres samspillet mellem teori og praksis, værdien af det subjektive, udviklingen i kredsen af ulovlige formål og ombudsmandens magtfordrejningsprøvelse.

IV.D.1. Teori i praksis

Det er i almindelighed vanskeligt at se, i hvilken grad og på hvilken måde en *dommer* har benyttet sig af den juridiske teori. Er den foreliggende litteratur om magtfordrejning f.eks. blevet inddraget og overvejet under sagen af dommeren, og har en bestemt teoretisk model været tillagt særlig vægt? Sådanne spørgsmål må ofte henstå som ubesvarede, fordi danske domsafsigelser i hverken noter eller præmisser indeholder konsekvente referencer til den juridiske doktrin.

Det kan derfor i hvert fald ikke direkte aflæses, om en forfatters standpunkt har været anvendt og inddraget i rettens ræsonnement.⁷²⁾ Teoriens indvirkning vil kunne fremgå indirekte af dommenes argumentation. Teorien har imidlertid på sin side været meget orienteret og loyal mod domspraksis, hvad der skinner igennem i opfattelsen af begrebet som uskrevent.⁷³⁾

En domstolsafgørelse ville næppe opfylde de krav til indholdet af en begrundelse, som efter forvaltningslovens § 24 gælder for forvaltningens afgørelser. I modsætning hertil forsyner *ombudsmanden* sine konklusioner med fyldige og generelle begrundelser, som bl.a. indeholder redegørelser for teoriens rolle.

For så vidt angår forholdet mellem magtfordrejningsspecifik teori og praksis kan man konstatere, at det teoretiske begrebsapparat har fundet meget lidt anvendelse i praksis, og at de forskellige diskussioner om kontrollens rækkevidde ikke har sat sig umiddelbare spor i prøvelsesmyndighedernes indstilling til begrebet. Det er først og fremmest bemærkelsesværdigt, at den klassiske doktrin om en subjektiv kontrol ikke for alvor er blevet reciperet af prøvelsesinstanserne, og at der i relation til den (alternative) objektive prøvelse er en høj grad af *kontinuitet* mellem de ældre og nyere praksis.

Objektiveringens vedrører som tendens således kun det teoretiske udviklingsforløb, idet praksis til stadighed først og fremmest har fulgt den objektive linie. Den kombinerede teori om magtfordrejning er i øvrigt efter min opfattelse vanskelig

72. For en kritik heraf se Peter Blume (1985) p. 118 ff. Den norske højesteret er blevet mere omhyggelig med litteraturhenvisninger jf. Jens Edvin Skoghøy (1996) p. 209 f.

73. Jens Garde m.fl. (1997) p. 187 taler om "et dommerskabt krav til forvaltningen. Dette krav er i øvrigt senere lagt til grund i ombudsmandens praksis". Bent Christensen (1997) p. 106 opfatter begrebet lidt bredere som skabt ved "prøvelsesorganernes praksis" jf. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 32. Se også f.eks. Morten Wegener (1994) p. 108.

at se som en praktisk realitet, og der synes ikke efter introduktionen af denne teori at være sket et større eller mindre omslag i retspraksis i retning af en skærpet kontrol af administrative bevæggrunde.

Der er dog som beskrevet i IV.B.2. eksempler på, at dommere og ombudsmænd af og til har været villige til at gå tættere på forvaltningens skønsudøvelse end hjemmelsniveauet, og det klareste tilfælde er ombudsmandens undersøgelse af udlændingemyndighedernes bevæggrunde i FOB 88.100. Denne sag er dog ikke i sig selv en tendens, og den er ikke ment som et svar på en teoretisk diskussion. Det er vanskeligt at afgøre, om tiden *generelt* arbejder for en subjektiveret magtfordrejningskontrol. I givet fald vil der være tale om en forsinket accept af teorien om ulovlige hensigter og ikke en tilbagevenden til en tidligere praksis.

IV.D.2. Nyten af subjektivering

Generelt kan man pege på, at en subjektiv model forudsætter en mere offensiv indsats end en hjemmelskontrol, og at ombudsmanden i nogle henseender virker mere oplagt som kontrollør af en sådant saglighedsprincip end domstolene.

Domstolene har indtaget en noget anden rolle end ombudsmandsinstitutionen i den forstand, at domstolene i vid udstrækning har ønsket at respektere baggrunden for den udøvende magts beslutninger. Folketingets Ombudsmand er derimod specifikt konstrueret til at varetage hensynet til borgerens retssikkerhed. En tættere og mere selvhævdende domstolskontrol i almindelighed med forvaltningen ville formentlig føre en mere dybtgående og subjektiv magtfordrejningsvurdering med sig.⁷⁴⁾

Det er min opfattelse, at den subjektive prøvelsesmodel navnlig i graverende sager har mere at tilbyde end det rent objektive. En voksende kompleksitet i den administrative virkelighed og saglighedsfastlæggelse bør i hvert fald ikke modsvares af et *mindre* varieret arsenal af indgrebs- og irettesættelsesformer. Tværtimod. Bare det at bruge ordet "magtfordrejning" og det at markere tydeligt, at administration på en uacceptabel måde har forbrudt sig mod det uskrevede saglighedskrav, kan have en normerende og forebyggende virkning, som rækker langt ud over den foreliggende sag og den indklagede myndighed.

Selv om sagen i FOB 88.100 ikke blev afgjort direkte på grundlag af læren om magtfordrejning, er dens budskab om subjektiv saglighed uden tvivl trængt ind. En ulovlig nedprioritering vil ikke ske igen. Det er en sag, der affødte mange tumulter og omvæltninger, men som i sin tydelighed har været konstruktiv.⁷⁵⁾

74. Ole Krarup (1969) p. 19 forklarer dogmet om et "frit" skøn med henvisning til (retsstatens) ideer om domstole som retsanvendende og ikke retsskabende.

75. Se for en sarkastisk tilgang til bl.a. Tamil-sagen Arne Gaardmand m.fl. i "Magtens galleri. Dansk forvaltningskunst" 1998 p. 14 ff.

Den subjektive lære om saglige formål kan endvidere være af værdi som reaktion på hensigter, som ganske vist ikke er *moralsk* forkastelige, men som strider mod en almindelig saglighedsstandard. Den primære efterlevelse af kravet om saglighed vil på alle områder blive mere effektiv, hvis de enkelte forvaltningsorganer ved, at de kan blive udsat for en hensigtskontrol. Endelig vil det styrke den enkelte borgers generelle tillid til forvaltningen, at selv de bageste led i den administrative motivationskæde er underkastet et saglighedskrav, og at man som borger kan føre og vinde en sag på grundlag af dette krav.

IV.D.3. Stabil og dynamisk saglighed

Magtfordrejningsbegrebet er opstået som en begrænsning af rammerne for den klassiske myndighedsudøvelse men er i relation til såvel finansielle som politiske interesser ved at blive justeret til nye former for forvaltningsvirksomhed.

En stabil kerne

Det klassiske forbud mod egennyttig og anden privat administration har derimod vist sig som et stabilt element i praksis. Der er ikke på dette punkt tendenser til liberalisering eller stramning, og der bør der efter min mening heller ikke være. Noget andet er, at spørgsmålet om forvaltningens varetagelse af egne private interesser kun sjældent har foreligget som problem for prøvelsesmyndighederne. De ansatte i den offentlige forvaltning synes uden videre at afholde sig fra privat udnyttelse og misbrug af beføjelser. Årsagerne til denne respekt for kravet om distance til private formål kan være mange. Der er tidligere peget på det ret enkle faktum, at vigtige administrative retsakter ofte træffes af jurister, og at mange af disse beslutningstagere under deres studie- og ansættelsesforløb er blevet påvirket og "skolet" af læsningen af ikke mindst teorien om klassisk magtfordrejning.

Det synes ikke efter antallet af indbragte sager at have gjort forvaltningens mere åben over for private interesser, at forvaltningen efterhånden agerer langt ud over det traditionelle myndighedsområde. Selv om betydelige dele af forvaltningens virksomhed, f.eks. på det sociale område, varetages af institutioner organiseret på privatretligt grundlag har det ikke efter magtfordrejningspraksis at dømme gjort forvaltningen mere "privatorienteret".

Dynamiske yderområder

En forandring i magtfordrejningsgrundsætningens oprindelige fastlæggelse af en kreds af typisk ulovlige formål kan iagttages i prøvelsesmyndighedernes vurdering af finansielle kriterier. Forvaltningen har her i visse tilfælde fået en større handlefrihed end tidligere, og kredsen af ulovlige formål er for så vidt blevet *smallere*.⁷⁶⁾ Derimod har saglighedstankegangen fået en stigende opmærksomhed

76. Se Karsten Revsbech (1992) p. 63 for en generel diskussion om sammenhængen mellem en bestemt magtfordrejningsteori og forvaltningens grad af bevægelsesfrihed.

i forbindelse med bedømmelsen af ansættelses- og afskedigelsessager inden for den offentlige forvaltning, og kravet om et sagligt beslutningsgrundlag for sådanne sager står i dag som en central del af navnlig ombudsmandspraksis. Der er tale om forvaltningsafgørelser, som indebærer følelige indgreb over for den enkelte ansøger eller afskedigede medarbejder, og det er for så vidt ikke overraskende, at ombudsmanden har været meget aktiv som borgerens beskytter på dette område.

Der har for mig at se været tale om en nødvendig og adækvat justering af bedømmelsen af visse finansielle og politiske formål. En justering er bl.a. aktuel på det kommunale område. Kravet om saglighed har ikke generelt forhindret kommunale myndigheder i at varetage lokalpolitiske hensyn, hvad der indirekte bekræftes af følgende udtalelse:

"I kommunerne har embedsmandsrollen gennemløbet en på mange måder lignende udvikling som i staten. Hertil kommer nogle forhold, som særligt har præget den kommunale sektor. Det økonomiske og strukturelle pres på kommunerne har givet cheferne en central rolle i omstillingsprocessen med en tættere involvering i den politiske prioritering. Det traditionelle embedsmandsideal med stærk fokusering på den faglige viden er ... blevet afløst af et nyt ledelsesideal" (her fremhævet).⁷⁷⁾

Prøvelsesinstanser har som grundlag for deres dynamiske holdninger ikke kun fundet belæg for saglighedsmålestokken inden for de konkrete lovrammer men har formentlig også taget pejling af andre mere almene saglighedsindikatorer f.eks. gennemgående tendenser i lovgivningen jf. V.B.

Til sammenligning kan det endelig nævnes, at princippet om saglig ledelse, eller forbudet mod misbrug af ledelsesretten, og om rimelige afskedigelser inden for det *private* område er blevet skærpet som led i udviklingen af denne del af arbejdsretten.⁷⁸⁾ Ved afskedigelser består rimelighedsprincippet i et krav om driftsmæssig begrundelse, og dette krav har til formål at udelukke forskellige uvedkommende hensyn fra kredsen af legitime afskedigelsesformål jf. II.A.3.

En dynamisk moralopfattelse bag retsudviklingen

Den klassiske teori har grundlæggende et andet syn på alvoren af brud på forbudet mod varetagelse af dubiøse finansformål end den opfattelse, som præger nyere forvaltningsret. Selv om det uvedkommende finansielle formål ikke i den klassiske teori betegnes som odiøst og utilbørligt på samme direkte måde som varetagelsen af private interesser, er en usaglig skelen til forvaltningens økonomi en *grov* forseelse. En lignende afvisning af finansformål findes ikke nyere teori.

77. Jf. Djøf-betænkning om fagligt etiske principper i offentlig administration, 1993 p. 37.

78. Se f.eks. Jens Kristiansen (1997) p. 370 ff.

Det moralske antydes f.eks. i en udtalelse om, at finansiel magtfordrejning er den form for magtfordrejning "som er af størst praktisk Betydning i Lande, hvis Regering og Forvaltning ligger over Korruptionsniveauet. Naar f.Eks. et forvaltningsorgan gør en administrativ, diskretionær Tilladelse afhængig af, at den begunstigede betaler et Beløb til en offentlig Kasse, foreligger der jo ikke nogen Udnyttelse af Forvaltningsmagten til egen personlig Fordel, men en for stærk Iver for at begunstige en offentlig Kasse på Borgerens Bekostning".⁷⁹⁾

Et eksempel fra praksis, som ikke vedrører finansielle formål, men som viser, at den moralske tolerancetærskel også i nogen grad kan være knyttet til tid og sted er FOB 69.52 jf. IV.B.2. Forvaltningen ville i dag næppe indtage en så stejl og afvisende holdning til en messe af den karakter.⁸⁰⁾

En udvidet anvendelsesområde

Saglighedsforestillinger har generelt vist sig meget succesfulde som bestanddele af retlige grænsedragninger for magtfulde aktører. Forestillingerne optræder som tidligere nævnt i mange forskellige retlige sammenhænge. Saglighed synes generelt at være blevet synonym med forsvarlighed og legitimitet, uanset at det undertiden kan være vanskeligt at gennemskue, hvad saglighed konkret er.

Inden for forvaltningsretten er magtfordrejningslærens bidrag til saglighedsidealet traditionelt blevet koblet til konkrete forvaltningsakter, der træffes med hjemmel i skønsmæssige bestemmelser jf. III.B.1. Denne kobling og forudsætning er under opbrud i praksis.

Magtfordrejningsbegrebet er også blevet overvejet og anvendt over for generelle retsakter. Det fremgår bl.a. af nogle af de tidligere omtalt afgørelser jf. f.eks. U 28.675 H om en politivedtægt og 87.331 H (landsrettens dom) om en kommunal vedtægtsændring.⁸¹⁾ Hertil kommer, at prøvelsesinstanserne i nyere sager ved stillingtagen til et fortolkningsresultat har fremhævet, at fortolkningen ikke har været påvirket af uvedkommende interesser⁸²⁾. I U 96.797 H blev forvaltningens udnyttelse af en nogenlunde *præcis* bestemmelse i loven om folkeoplysning bedømt ud fra magtfordrejningssynspunkter jf. også U 95.285 H.

79. Jf. Poul Andersen (1935) p. 19. De "groveste" eksempler på finansiel magtfordrejning er i henhold hertil politimyndigheders krav om bl.a. fiskale afgifter jf. ibid p. 22 ff.

80. Det anføres i Jens Garde m.fl. (1997) p. 344, at domstolene ved afgørelsen af, om der foreligger et uetisk hensyn, udtrykker "den gængse moralopfattelse i samfundet".

81. Se endvidere f.eks. U 86.864 H og 90.106 Ø. I FOB 88.100 var der slet ikke tale om en retsakt men om en prioritering af sagsbehandlingsarbejdet.

82. Dette bemærkes også af Bent Christensen (1997) p. 230.

Endelig er det forekommet, at "magtfordrejningslignende synspunkter" anvendes som et argument til støtte for at sætte grænser for *private* virksomheder, og at begrebet således vinder indpas på helt nye retsområder. Det illustreres af U 96.120 SH, hvor sådanne synspunkter blev gjort gældende af et enkeltindivid over for en bank. Sø- og handelsretten tog ikke synspunktet til sig men henviste til, at banken bl.a. havde handlet i strid med redelig handle måde ved at gøre en bestemt aftale gældende over for sagsøger jf. aftaleloven §§ 33 og 36. Resultatet blev, at sagsøgeren fik medhold i sit krav over for banken, og at kravet om rimelighed blev udledt af aftalelovens retlige standarder.

IV.D.4. Ombudsmandens særstilling

Læren om magtfordrejning er oprindeligt formuleret af en fransk domstol. Dansk teori har taget udgangspunkt i domstolsmodellen. Det er domstolene, som i dansk prøvelsesregi har været den første formelle drivkraft bag udviklingen af kravet om saglig skønsudøvelse. Indholdet af magtfordrejningsbegrebet og flere andre materielle mangelskategorier i den almindelige forvaltningsret har med andre ord ligget i nogenlunde faste baner, da ombudsmandsinstitutionen begyndte sit virke.

Alt dette har formentlig medvirket til, at ombudsmandens magtfordrejningskontrol har ført en slags skyggetilværelse i den ellers så righoldige litteratur om saglige formål. Det står dog i kontrast til, at ombudsmandsinstitutionen har fået en måske stigende faktisk betydning. I det følgende sættes der fokus på ombudsmands position og egenart for så vidt den er af betydning for magtfordrejning.⁸³⁾

Traditionelle ombudsmandskendetegn

Ombudsmanden har i modsætning til domstolene eftersynet med forvaltningen som sin *specifikke* opgave jf. ombudsmandslovens § 7. Ombudsmandsinstitutionen er ikke en domstol men er alligevel blevet en meget væsentlig aktør.

Det er kendetegnende for den danske ombudsmandskonstruktion, at dele af den retsstatstænkning, som magtfordrejningsbegrebet oprindeligt er en manifestation af, er lagt ned i institutionens regelgrundlag. I forhandlingerne til det oprindelige lovforslag om Folketingets Ombudsmand blev det således udtrykkeligt nævnt, at institutionen blev indført "som et led i bestræbelserne på at forbedre borgernes retssikkerhed" over for administrationen.⁸⁴⁾ Det er herfra, at ombudsmanden henter sin legitimation til at anse beskyttelsen af *borgerbehov* som sit ideologiske omdrejningspunkt. Oprettelsen skete i lyset af den udvidelse af forvaltningens magt, som var et resultat af lovgivers bemyndigelser. Det er formentlig forhold

83. Se om ombudsmandens stilling efter den gældende lov f.eks. betænkning nr. 1272 p. 64 ff., Jon Andersen (1996) p. 320 ff. (også trykt i FOB 1996 p. 449 ff.), Jens Garde m.fl. (1997) p. 403 ff., Jon Andersen (1997) p. 151 ff. og Bendt Berg (1998) p. 174 ff.

84. Jf. Rigsdagstidende 1952/53 sp. 4177.

som disse, der har givet Bent Christensen indtryk af, at ombudsmanden ikke blot er borgervenlig, hvad han altså efter reglerne skal være, men også i hvert fald i de offentliggjorte udtalelser er klagervenlig.⁸⁵⁾

Funktion og følger

Af mere funktionelle kendetegn kan jeg pege på, at ombudsmanden adskiller sig fra domstolene ved at kunne tage en sag op af egen drift jf. ombudsmandsloven § 17. Anledningen til en sådan egen drift-undersøgelse kan være presseomtale eller opfordringer udefra, og ombudsmanden tager ved afgørelsen af, om en sådan undersøgelse er påkrævet, navnlig hensyn til, om sagen forventes at være af væsentlig retssikkerhedsmæssig betydning. Det er klart, at forvaltningens respekt for magtfordrejningslæren har en sådan kvalificeret betydning.

Beføjelsen til ex officio undersøgelser kan være et vigtig og værdifuldt middel til at prøve afgørelser, som i de berørte borgeres øjne f.eks. ikke umiddelbart synes at kunne bære et sagsanlæg, men som ud fra ombudsmandens omfattende og specifikke erfaring bør underkastes en nærmere belysning jf. f.eks. FOB 88.100.

Det taler desuden til ombudsmandens fordel som kontrollant af magtfordrejende formål, at han ikke er afhængig af klagerens påstande. Det er ombudsmanden selv, der har ansvaret for en forsvarlig oplysning af hændelsesforløbet, og det kan i visse tilfælde være en styrke, at prøvelsestemaet kan udvides eller ændres. Der kan i undersøgelser af andre primære klagepunkter måske pludselig vise sig at være momenter, der peger i retning af et usagligt beslutningsgrundlag.

Offentlige myndigheder har oplysningspligt og dokumentudleveringspligt over for ombudsmanden jf. ombudsmandsloven § 19, men de har *ikke* vidnepligt efter retsplejelovens regler. Den større formløshed på dette område er en svaghed ved ombudsmandsprøvelsen, og den manglende vidnepligt kan være navnlig være med til at vanskeliggøre en afdækning af forvaltningens subjektive bevæggrunde. Ombudsmandsinstitutionen har formentlig oplevet at blive mødt med en mur af tavshed, hvis magtfordrejning er undersøgelsestemaet.

Det er endelig karakteristisk, at ombudsmandsprøvelse og -reaktion ikke er bundet af ugyldighedsbetragtninger på samme måde som domstole. Spørgsmålet om den konkrete væsentlighed bliver i ombudsmandsregi mindre fremtrædende og hæmmende for en kritik af et usagligt formål i og med, at han kan kritisere enkelte og accessoriske komponenter i en afgørelse og ikke nødvendigvis skal fokusere på hele afgørelsen jf. III.C.3. Selv om ombudsmanden ikke mener, at der er grundlag for at antage, at et uvedkommende hensyn har været udslagsgivende for en afgørelse i sin helhed, kan et bestemt hensyn trækkes frem som ulovligt.

85. Jf. Bent Christensen (1991) p. 127. Forfatterens forbehold over for ombudsmandspraksis er nedtonet i 1997-udgaven, hvor bl.a. den nævnte betragtning ikke er gentaget.

God forvaltningsskik som særligt bedømmelsesgrundlag

Det kan endvidere overvejes, om magtfordrejningslæren spiller en rolle for de uskrevne retningslinier om god forvaltningsskik, som ombudsmanden har stået fadder til. Disse retningslinier har i visse tilfælde lagt grunden til en senere lovgivning. God forvaltningsskik kan således undertiden være en første station på vejen mod en egentlig retliggørelse af et ønske om en bestemt forvaltningsadfærd.

Princippet om god forvaltningsskik stiller krav til forvaltningen, som går *videre* end de retlige krav, dvs. de regler og principper som må forventes at blive lagt til grund af domstolene.⁸⁶⁾ Det er klart, at reglerne om god forvaltningsskik ikke i sig selv kan indeholde kravet om saglige afgørelser, da dette krav uden tvivl er retligt og "eksigibelt".

Ombudsmanden henviser til god forvaltningsskik som begrundelse for kritik af forvaltningen i tilfælde, hvor der:

" ... *ikke* i gældende retsregler og retsgrundsætninger m.v. er grundlag for kritik. God forvaltningsskik kan derfor i en vis forstand siges at ligge på et trinlavere niveau end - og dermed *supplere* - almindelige retsregler" (her fremhævet).⁸⁷⁾

Ombudsmanden har medgivet, at det i visse tilfælde kan være vanskeligt at drage en præcis sondring mellem retsregler og god forvaltningsskik. Hvad angår indholdet af de supplerende regler, nævnes det i notatet, at offentlige myndigheder f.eks. skal optræde høfligt og hensynsfuldt over for borgerne.

I relation til magtfordrejningslæren er det interessant, at der i notatet opereres med et princip om, at forvaltningen bør optræde på en måde, der så vidt muligt styrker *tilliden* til den offentlige forvaltning. Dette princip kan ses i sammenhæng med forvaltningslovens regler om speciel inhabilitet, som delvist har samme sigte som magtfordrejningslæren nemlig at sikre, at der ikke *opstår* situationer, hvor der kan rejses tvivl, om en offentlig ansat har varetaget usaglige hensyn jf. V.B.1

Ombudsmanden har også i andre henseender givet udtryk for, at offentligt ansatte bør undgå at bringe sig en situation, der kan forringe tilliden til administrationen. Det fremgår bl.a. af FOB 85.70. Indenrigsministeriet udsendte en skrivelse til kommunerne om, at deres ejendomme ikke måtte afhændes til kommunalt ansatte uden forudgående offentligt tilbud. Det blev understreget i ombudsmandens udtalelse, at kravet om udbud var egnet til at styrke tilliden til, at der ikke skete begunstigelser af de pågældende på det offentliges bekostning.

86. Se f.eks. Carl Aage Nørgaard og Jens Garde (1995) p. 28.

87. Jf. ombudsmandens notat af 30. august 1993 om begrebet god forvaltningsskik, der er offentliggjort i Djøf-betænkningen om fagligt etiske principper, 1993 p. 213.

Prøvelsesmyndighedernes anvendelse af en subjektiv regel om magtfordrejning ville efter min opfattelse være med til at styrke tilliden til, at den offentlige forvaltning træffer afgørelser på et lovligt grundlag. Hvis subjektiv saglighed ikke kan anses for del af gældende ret, bør det i hvert fald være god forvaltningsskik. Det er klart, at en sådan tillid kan forekomme særligt tiltrængt i perioder, hvor den offentlige forvaltning er indblandet i spektakulære skandaler, men for den enkelte borger kan en forventning om saglige afgørelser være konstant.

Nye ombudsmandskendetegn

Ved lov nr. 473 af 12. juni 1996 blev loven om Folketingets Ombudsmand gennemgribende revideret med en udvidelse af kompetencen over for den kommunale forvaltning som den vigtigste ændring. Loven giver ombudsmanden mulighed for at efterprøve "alle dele af den offentlige forvaltning" jf. § 7 stk. 1. Ombudsmandsloven har fået samme anvendelsesområde som forvaltnings- og offentlighedsloven. Det var den manglende harmoni på dette punkt, der i 1989 fik Folketingets Retsudvalg til at sætte en revision af ombudsmandsloven i gang.⁸⁸⁾ Den nye lov trådte i kraft den 1. januar 1997.

Ordlyden af de tidligere ombudsmandslove var kendetegnet ved, at kontrollen af den offentlige forvaltning generelt lagde op til en personkritik og ikke en kritik af myndigheder i kollektiv forstand.⁸⁹⁾ Det anføres således i 1986-loven, at Folketingets Ombudsmand har indseende med, om "personer" gør sig skyldige i fejl eller forsømmelser under udøvelsen af deres tjeneste jf. § 5. Loven bestemmer endvidere, at disse "personer" har pligt til at meddele ombudsmanden forskellige oplysninger jf. § 7 stk. 1. Adgangen til at rejse tiltale og disciplinærsag fokuserer i sagens natur også på den enkelte administrative beslutningstagers handlinger og ansvar jf. § 9 stk. 1 og 2. Det er dog karakteristisk, at disse to eneste formelle sanktionsmuligheder i ombudsmandsordningen aldrig blev udnyttet.⁹⁰⁾

Endelig kan man som illustration af den legale personfiksering pege på den nu ophævede instruks, hvorefter ombudsmandsinstitutionen bl.a. har til opgave at være opmærksom på, om "nogen" forfølger ulovlige hensyn jf. § 3 stk. 1.

Disse bestemmelser gjorde altså som udgangspunkt op med forestillingen om forvaltningen som en anonym magtfaktor og lagde i kraft af sin personorientering

88. Se betænkning nr. 1272 af 1994 vedrørende ændringer i ombudsmandsloven p. 179.

89. Jf. f.eks. lovbekendtgørelse nr. 642 af 17. september 1986 og bekendtgørelse nr. 48 af 9. februar 1962 af instruks for folketingets ombudsmand.

90. Det var tidligere den teoretiske hovedregel, at ombudsmanden i to bestemte tilfælde kunne træffe *bindende* afgørelse jf. 1986-loven § 9 stk. 1 og 2, men den praktiske hovedregel var § 9 stk. 3. Bestemmelsen i stk. 3 er i revideret form videreført i den nugældende § 22 jf. herom bemærkningerne til lovforslag L 57 p. 13 f. og betænkning nr. 1272 p. 125 ff.

for så vidt præsumptivt op til en anvendelse af en *subjektiv* lære om usaglige formål. De udtalelser, der er afsagt med hjemmel i de tidligere ombudsmandslove vidner dog ikke om en generel forståelse af magtfordrejning som et spørgsmål om administrative hensigter bortset fra FOB 88.100.

Den tidligere betoning af en individualiseret kontrol kunne desuden umiddelbart give anledning til at tro, at ombudsmandsinstitutionen navnlig måtte forventes at være på vagt over for magtfordrejning i en *privat* form f.eks. personalets forfølgelse af egne private interesser. De andre eksempler på private formål f.eks. hensyntagen til en privat virksomheds særinteresser, er mindre relateret til en personterminologi. Der er dog ikke af den grund nogen overvægt af udtalelser om private formål, og en forhåndsformodning om særlig ombudsmandsfokus på netop denne del af kredsen af ulovlige formål kan ikke bekræftes.

Lovgivningsmagtens *prima facie* personinteresse er heller ikke på andre område end magtfordrejning blevet fulgt op af de forskellige ombudsmænd, hvis udtalelser efter deres formulering så godt som altid har været vendt mod myndigheder. Uanset hvilket retligt spørgsmål der var tale om, har Folketingets Ombudsmand typisk valgt at adressere sin opfattelse af sagen til det pågældende "ministerium" eller til den pågældende "styrelse". Det understreges på den baggrund i motiverne til den nye ombudsmandslov, at embedet gennem årene har udviklet sig:

"til en kontrolinstans i forhold til *myndigheder* og ikke som forudsat i 1955 en kontrollant af enkeltpersoner".⁹¹⁾

Denne diskrepans mellem de tidligere loves sproglige form og ombudsmandens faktiske virke har bevirket, at den nye ombudsmandslov er *ændret* på disse punkter. Det er blevet gjort helt tydeligt, at ombudsmandens virksomhed primært angår og *skal* angå myndigheder og myndigheders eventuelle ansvar jf. §§ 7 og 19 stk. 1. Muligheden for en undersøgelse af *personlige* fejl og forsømmelser er dog bevaret jf. § 21.⁹²⁾ Det siges i § 21, at ombudsmanden skal bedømme, om myndigheder eller "personer" handler i strid med gældende ret eller på anden måde gør sig skyldige i fejl eller forsømmelser ved udøvelsen af deres opgaver.

Man kunne også her overveje, om en myndighedsorientering har påvirket en kontrol af magtfordrejningsrelaterede spørgsmål. I så fald ville hypotesen være, at der på grund af det institutionelle perspektiv kunne spores en forkærlighed for en prøvelse af uvedkommende *offentlige* formål, f.eks. finansielle formål. Det er der imidlertid ikke tale om. Derimod vil ombudsmandslovens nye tilgang til den *kommunale* forvaltning kunne få stor betydning for læren om usaglige formål.

91. Jf. lovforslag nr. L 57 1995-96 p. 6.

92. Se betænkning nr. 1272 p. 126 f. om bl.a. den tidligere lovs § 9 stk. 1 og 2.

Ombudsmandslovens kommunale drejning

Den nye lovs inddragelse af den kommunale forvaltning under ombudsmandens kompetence repræsenterer afslutningen på et lang udviklingsforløb i retning af større og større kompetence over for denne vigtige del af den offentlige forvaltning. Ombudsmandens indseende med kommunernes forvaltning er ikke nævnt i grundlovens § 55 men blev i et meget begrænset omfang gjort til en del af ombudsmandens virksomhed ved en ændring af ombudsmandsloven i 1961.

I 1986-loven fik ombudsmanden yderligere muligheder for at kigge kommunerne efter i sømmene dog med en række vigtige undtagelse, fremfor alt et krav om adgang til rekurs til statslig myndighed jf. lovens § 4 stk. 2. I takt med at mulighederne for administrativ rekurs generelt er blevet beskåret, betød ordningens krav om statslig rekurs en udhuling af ombudsmandens kompetence over for den kommunale forvaltning. Ved revisionen af ombudsmandsloven har man standset denne udvikling.⁹³⁾ I den nye lov er kravet om rekurs således opgivet, og udgangspunktet er fuld kompetence over for alle dele af forvaltningen jf. ombudsmandsloven § 7 stk. 1. Den fulde kommunekontrol skal imidlertid sammenholdes med, at loven fastholder en del af den tidligere retstilstand, nemlig bestemmelsen om at ombudsmanden er forpligtet til at tage særlige *hensyn* til det kommunale styre:

"Ved bedømmelsen af den del af den offentlige forvaltning, der er kommunal, *skal* ombudsmanden tage hensyn til de *særlige* vilkår, hvorunder det kommunale styre virker" (her fremhævet) jf. § 8.⁹⁴⁾

Bestemmelsen fordrer respekt for den enkelte kommunalbestyrelses budgetmagt og fordeling af de kommunale ressourcer. Hertil kommer, at ombudsmanden i relation til skønsmæssige forvaltningsafgørelser må respektere den lokalpolitiske afvejning. Selv om bestemmelsen vedrører selve *afvejningen* og altså ikke umiddelbart fastlæggelsen af kredsen af lovlige kriterier, vil den særlige hensyntagen kunne være af betydning for en fremtidig anvendelse af læren om kommunal magtfordrejning.

Den hidtidige betydning af kravet om en hensyntagen til særlige kommunale vilkår har været meget beskeden. Den enslydende bestemmelse om særlige vilkår for det kommunale styre i den tidligere ombudsmandslov er således så godt som aldrig blevet direkte påberåbt af kommunerne som led i et eventuelt forsvar i konkrete sager. I praksis har bestemmelsen indtil videre kun været brugt til at legitimere, at ombudsmanden har afholdt sig fra en kritik af småfejl i den

93. Se lovforslag L 57 1995/96 p. 5 ff. og betænkning nr. 1272 navnlig p. 64 ff.

94. Også domstolene er opmærksomme på kommunernes behov for ud fra lokale hensyn at udøve vidtgående skøn jf. f.eks. U 97.38 Ø.

kommunale administration. Tilsvarende fejl i den statslige administration vil derimod normalt blive påtalt.⁹⁵⁾

Lovmæssige bidrag til dynamisk saglighed

Den nye ombudsmandslov vil også mere generelt kunne udløse en *forny*et og øget interesse for spørgsmålet om magtfordrejning i og med, at kommunale afgørelser nu uden videre kan underkastes ombudsmandskontrol.

Lovgivers udtrykkelige henvisning til særlige vilkår for det kommunale styre vil f.eks. kunne få en betydning *ud over* den, der er angivet i forarbejderne, f.eks. i form af en indvirkning på kontrollen af den *ydre* del af skønnet og dermed på spørgsmålet, om et formål overhovedet er lovligt. En bredere accept af de særlige kommunale vilkår vil måske kunne lægge en dæmper på saglighedsindvendinger mod kommunale afgørelser i den forstand, at der slækkes på de traditionelle krav om "upolitisk" og "ufmansiel" skønsudøvelse.

95. Se om bestemmelsen og dens begrænsede betydning efter den tidligere ombudsmandslov f.eks. lovforslag L 57 1996/96 p. 8 og betænkning nr. 1272 p. 38. Se om baggrunden for bestemmelsen også Jon Andersen (1996) p. 323 og Jens Garde m.fl. (1997) p. 430 f.

Kapitel V

Lovgivers bidrag

V.A. Introduktion

Hovedformålet med dette kapitel er at belyse lovens aktuelle og potentielle betydning for magtfordrejningsbegrebet. Kapitlet behandler flere nye spørgsmål men griber også tilbage til hovedtemaerne. Betydningen af lovforarbejder som kilde til fastlæggelse af saglige formål undersøges ikke.

Udgangspunktet for belysningen er en konstatering af, at magtfordrejningsbegrebet ikke er ophøjet til skreven lov i dansk ret. Lovgivningsmagten har kun passivt tilsluttet sig begrebets almindelige udvikling i teori og praksis. Det er derimod lovgiver, der skaber begrebets typiske reguleringsgenstand: skønnet.

Jeg overvejer i kapitlet, om f.eks. almene formålsparagraffer og specifikke enkeltbestemmelser i særlovgivningen kan have en *indirekte* betydning for den generelle forståelse af magtfordrejning. Det sker på grundlag af stikprøver. Spørgsmålet er, om lovgiver udover at producere bemyndigelser til at træffe skønsmæssige afgørelser sender spredte og videregående signaler om, hvad der kan være relevant eller irrelevant at inddrage i afgørelsesgrundlaget. Det forhold, at magtfordrejningsbegrebet i sin grundform er skabt og udviklet af andre end lovgiver, udelukker i hvert fald ikke, at retsanvendere kan tage bestik eller blive påvirket af f.eks. finansielle saglighedsforskydninger i lovsmassen jf. V.B.

Grænsefladeproblematikken suppleres herefter med to vigtige dele af den almene lovgivning nemlig reglerne om speciel inhabilitet og dækkende begrundelser. På sagsbehandlingsområdet har lovgiver medvirket aktivt til en konsolidering af idealet om lovlige og rigtige afgørelser. En retlig opprioritering og stigende faktisk efterlevelse af habilitets- og begrundelseskrav kan være en medvirkende årsag til magtfordrejningsgrundsætningens marginalisering i praksis jf. V.C.

Afslutningsvis ser jeg på fordele og ulemper ved en eventuel lovfæstelse af læren om magtfordrejning. Min indstilling er, at der ikke er noget principielt til hinder for at udvide den eksisterende almene minimumslovgivning med en generalklausul om f.eks. saglig forvaltning. En kodifikation vil kaste en værdifuld synliggørelse og retskildeekspansion af sig jf. V.D.

V.B. En indirekte generel virkning

Magtfordrejningsbegrebet beror på en almindelig uskreven retsgrundsætning. Der er mig bekendt heller ingen *specielle* forvaltningsretlige love, der inden for sit felt bekræfter princippet om saglig skønsudøvelse enten i form af en mere eller mindre abstrakt formulering af kravet eller af en henvisning til læren. Der er ikke inkorporeret et krav om saglig forvaltning i f.eks. lov om retssikkerhed og administration på det sociale område.¹⁾ Derimod er EU-Traktatens artikel 173 et eksempel på en skreven regel, der refererer til "magtfordrejning".

Fraværet af generel lovregulering ændres ikke af, at der er love inden for særlige sektorer, der indvirker på den særlige fastlæggelse af kriteriers lovlighed f.eks. i form af en almen angivelse af den pågældende lovs formål eller af en legitimering af et konkret hensyn. Disse to lovkomponenter undersøges nærmere her.

Jeg har langt fra foretaget en undersøgelse af samtlige forvaltningslove af mulig betydning for magtfordrejningstankegangen. Min analyse belyser kun et lille udsnit af en enorm lovgivningspraksis af forvaltningsretlig karakter. Det er meget muligt, at lovgivers specifikke (og afsmittende) saglighedspåvirkning har ændret sig på andre enkeltområder end det her fremdragne.

Det lovskabte skøn

Det forvaltningsretlige skønsbegreb er materielt. Det er lovgivningsmagten, der vælger at overvælde en beføjelse på den offentlige forvaltning. I den moderne hjemmelsorientering af magtfordrejningsfiguren får det konkrete lovgrundlag en yderligere fremskudt placering, idet skønnet ikke kun som begreb opstår ved lovens foranstaltning men også som (umiddelbart tomt) direktiv må udfyldes med nøje skelen til den skønmæssige regels lovforarbejder og sammenhæng med det øvrige lovkompleks. I Bent Christensens teoretiske omstilling af den uskrevne magtfordrejningslære fokuseres der i særlig grad på holdepunkter i lovrammen som legitimationsgrundlag for forvaltningens skøn jf. II.B.2.

Særlovgivningens direkte virkning

Almene formålsparagraffer og enkeltbestemmelser har utvivlsomt virkning *inden* for deres respektive områder. En formålsparagraf har ofte betydning for loven i sin helhed, hvorimod enkeltbestemmelser om lovligheden af et konkret hensyn regulerer en mere specifik *del* af et regelkompleks.

Uanset det større eller mindre lokale virkefelt har de to former for specielle lovregler det til fælles, at der ofte vil være tale om positiv legitimering af interesser, som efter det uskrevne magtfordrejningsbegreb måtte anses for uvedkommende. Lovgiver kan gribe specifikt ind i specialitetsprincipperne ved at *udvide* den umiddelbart forventede kreds af lovlige kriterier.

1. Se lov nr. 453 af 10/6 1997.

"Når lovgiveren indfører udtrykkelige regler om, hvilke formål lovanvenderen skal stræbe mod i udfyldningen/anvendelsen af loven, er det klart, at uskrevne regler ikke kan medføre nogen begrænsning i adgangen til at realisere lovgiverens vilje. Er der derfor i en lovs formålsbestemmelse indføjet en "pligt" til at varetage interesser/hensyn, der primært varetages af andre myndigheder efter andre love, er det naturligvis lovligt at varetage sådanne (for loven og den konkrete lovanvender) "fremmede" hensyn".²⁾

Det kan også forekomme, at man udpeger et allerede sagligt formål som *særligt* vigtigt og tungtvejende inden for forvaltningen af en bestemt lovramme f.eks. hensyntagen til parters berettigede forventninger.³⁾ Det sker vist ret sjældent.

Der er derimod så vidt jeg ved ingen særlove, der på det afgrænsede retsområde anerkender en formålstype inden for magtfordrejningslærens kerne som f.eks. forbudet mod forvaltningens varetagelse af egennyttige formål. Der er som tidligere nævnt derimod adskillige eksempler på lovinteresse for forvaltningens skelen til borgeres fagforeningsmæssige tilhørsforhold men oftest i form af en særlig retlig kategorisering heraf jf. III.C.2.

Særlovgivningens afsmittende virkning

Herudover deltager lovgivningsmagten på mere umærkelig vis i udviklingen og nuanceringen af den retlige bedømmelse af kriteriers lovlighed ved at sende spredte signaler om saglighed; signaler, der rækker *ud over* den konkrete lovsammenhæng.⁴⁾ En speciel forvaltningslov kan gå på tværs af det uskrevne principis udskillelse af ulovlige hensyn og kan dermed være med til at opløse den *generelle* holdning til en bestemt formålstype f.eks. det finansielle.

Teori og praksis bør være opmærksom på sådanne videregående legale tendenser, som kan stamme fra en ren dansk sammenhæng eller fra en international kontekst f.eks. materiel EU-regulering. Et lovperspektiv kunne også forfølges nærmere i relation til den almindelige lighedsskæbningsætning. Det er ikke en forudsætning for et faktisk generelt gennemslag, at der i forarbejder eller andre autoritative steder er gjort udtrykkeligt opmærksom på forholdet til magtfordrejningsbegrebet. Uanset om det er *tilsigtet* fra lovgiverside eller ej, må en stigende lovmæssig tolerance over for et bestemt kriterium kunne smitte af på retsanvendernes forståelse af magtfordrejningsbegrebets indhold.

2. Jf. Ellen Margrethe Basse (1987) p. 183.

3. Se om alment saglige kriterier f.eks. Jens Garde m.fl. (1997) p. 205 ff. Administrativ interesse for borgerens berettigede forventninger vil i almindelighed være pligtmæssig men ikke nødvendigvis et hovedformål jf. f.eks. U 96.583 Ø.

4. Min inspiration til spørgsmålet om en indirekte generel lovindvirkning på magtfordrejning er bl.a. Claus Haagen Jensens pointering af, at specielle forvaltningslovregler kan få betydning "uden for deres sikre anvendelsesfelt" jf. Jens Garde m.fl. (1989) p. 130 ff.

V.B.1. Almene formålsangivelser

Lovgiver kan vælge at indsætte formålsbestemmelser i en lovtekst i de tilfælde, hvor sigtet ikke er en direkte regulering af rettigheder og pligter i forhold til borgerne men at udstikke retningslinier for forvaltningen. Formålsbestemmelser kan være et led i lovgivers styring af forvaltningen, idet de overordnede rammer og værdier for en skønsmæssig beføjelse kan være defineret i formålsparagraffen. Enkelbestemmelser om konkrete hensyn i selve lovteksten vil i modsætning hertil som oftest have en mere explicit karakter ved f.eks. at indeholde en direkte *materiel* regulering af borgernes retstilling.

I den almindelige forvaltningsretslitteratur er det Bent Christensen, der har udvist størst interesse for formålsparagraffers betydning for læren om magtfordrejning. Formålsparagrafferne er i for ham et af flere mulige grundlag for en fastlæggelse af, hvor man kan finde det lovlige formål. Forfatterens relative opprioritering af betydningen af bl.a. formålsangivelser er en følge af, at magtfordrejningslæren i hans fremstilling er omdøbt til "formålsbetragtninger", og at den vejledning, som lå i den traditionelle formålstypologi, ikke er medtaget i forfatterens fremstilling.

De legale programudtalelser tillægges dog begrænset betydning, idet de ofte ikke er særligt detaljerede. Bent Christensen kan ikke tage indledende udtalelser helt alvorligt, fordi de spænder forventninger højere, end forvaltningen kan leve op til:

"Men naturligvis er sådanne formålsbestemmelser ikke uden retlig betydning for fastlæggelsen af de lovlige kriterier. De blot nogenlunde præcise giver god besked om hvilke formål, der i alt fald er lovlige".⁵⁾

Det siges også, at formålsbestemmelser flytter grænserne for de lovlige formål udover den vejledning, der ville følge af de specialitetsprincipperne. Ved at indsætte en formålsparagraf i en lov kan lovgiver med andre ord nulstille den uskrevne magtfordrejningstankegang ved f.eks. at foreskrive en *samordning* eller koordinering af formål og interesser, der efter de uskrevne principper snarere skulle varetages af forskellige myndigheder eller af samme myndighed i kraft af forskellige skønsbestemmelser.⁶⁾

Andre nyere teoretikere har ikke erklæret sig uenige i formålsparagraffens retlige relevans over for bl.a. magtfordrejningslæren men har dog minimeret de almene formålsparagraffers betydning for administrationens udfyldning af skønsmæssige bestemmelser ved at fremhæve, at det er de færreste love, der indeholder sådanne formålsangivelser. Det er endvidere blevet anført, at formålsparagraffer ofte ikke er udtømmende eller tilstrækkeligt *entydige* til at være til nogen retlig hjælp i de konkrete tilfælde. Det gælder typisk især fastlæggelsen af retsfølger. For så vidt

5. Jf. Bent Christensen (1997) p. 136. Se også f.eks. Torstein Eckhoff (1992) bl.a. p. 164.

6. Se også Ellen Margrethe Basse (1987) p. 183 ff. og Helle Tegner Anker (1996) p. 36.

angår f.eks. de nye socialretlige lovkomplekser, retssikkerhedsloven, serviceloven og aktivloven, har formålsbestemmelser imidlertid fået en øget betydning.⁷⁾

Miljøbeskyttelsesloven som eksempel

Legale formålsbestemmelser spiller en stor rolle i miljøbeskyttelsesloven.⁸⁾ Denne lov fremhæves undertiden som det første eksempel på lovgivers anvendelse af en moderne rammelovgivningsteknik og som en lov, der adskiller sig fra andre love ved sit delvis ufuldstændige *materielle* indhold. En rammelov bestemmer en række overordnede mål og retningslinier for den retlige regulering og overlader det herudover til forvaltningen at føre lovgivers angivne intentioner ud i livet.⁹⁾ Det hedder sig om miljøbeskyttelseslovens formål:

"Loven skal medvirke til at værne natur og miljø, så samfundsudviklingen kan ske på et bæredygtigt grundlag i respekt for menneskets livsvilkår og for bevarelsen af dyre- og plantelivet" jf. § 1 stk. 1.

Det anføres endvidere i § 1 stk. 2, at lovens sigte særlig er at forebygge og bekæmpe forurening af luft, vand jord og undergrund samt vibrations- og støjulemper. Bestemmelsen i § 1 stk. 1 er således et eksempel på en meget bred affattelse af en lovs formål, hvor lovens primære beskyttelsesinteresser angives til "menneskets livsvilkår" og "dyre- og plantelivet".

§ 1 er en såkaldt målsætningsregel, og bestemmelsens stk. 1 er helhedsorienteret, medens bestemmelsens stk. 2 angiver en række mere specielle formål. Over for målsætningsreglen står formålsbestemmelser af typen interesseafvejningsregel, som på sin side f.eks. kunne angive, hvorledes miljøinteresser skal vægtes i forhold til økonomiske interesser. Paragraffer af denne karakter er i følge teorien i vidt omfang udgået af miljølovgivningen:

"fordi det eksplicitte krav om afvejning af miljøinteresser over for økonomiske interesser ... har ført til en antagelse om, at økonomiske hensyn blev prioriteret på bekostning af miljøhensyn".¹⁰⁾

7. Se henholdsvis f.eks. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl (1994) p. 230 og Kirsten Ketscher (1998) p. 45 f. og 130 f.

8. Se lovbekendtgørelse nr. 625 af 15. juli 1997.

9. Se f.eks. Peter Blume (1990) p. 105 ff. og Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt (1987) p. 28 ff. Lovtypen er dog ikke noget nyt fænomen jf. Morten Wegener (1994) p. 55.

10. Jf. Helle Tegner Anker (1996) p. 33 f.

Miljøbeskyttelseslovens § 1 stk. 3 indeholdt indtil 1987 en afvejningsregel, som bestemte, at miljøhensyn bl.a. skulle afvejes mod hensynet til samfundsnyttens af den forurenende virksomhed.¹¹⁾

Miljøretten er et af de specielle forvaltningsområder, hvor den retlige holdning til kredsen af alment usalige formål er af interesse. Der kan dog ofte være vanskeligt at identificere varetagelsen af selvstændige (centrale eller sideordnede) finansielle formål jf. IV.C.3. Det er herudover spørgsmålet om magtfordrejningsbegrebets bidrag til *vægtningen* af forskellige saglige formål, som er blevet trukket frem som det vigtigste problem for miljømyndighederne.¹²⁾

De her behandlede formålsparagraffer vil kunne få en generel afsmittende indvirkning på magtfordrejningslæren på samme måde som enkeltbestemmelser, såfremt der begynder at danne sig et mønster bag de specifikke lovangivelser af et eller flere bestemte formål som anerkendelsesværdige. Jeg har ikke noget overblik over, om et sådant mønster er begyndt at tegne sig.

V.B.2. Enkeltbestemmelser

Derimod er det for så vidt angår enkeltbestemmelser af betydning for kredsen af lovlige kriterier min vurdering, at der er en tendens i lovgivningen til en mere imødekommende holdning over for visse samfundsøkonomiske hensyn.

Det illustreres i det følgende med lovregler om erhvervsudøvelse på grundlag af autorisation. Der er her blevet tilvejebragt hjemmel til at nægte at udstede en autorisation, såfremt ansøgeren står i gæld til det offentlige. Inden for en række specielle lovområder er dette sket på den måde, at lovgiver har gjort et bestemt finansielt hensyn lovligt og obligatorisk. Forvaltningen *skal* i henhold til de pågældende love nægte en borger en begunstigende forvaltningsakt, hvis den pågældende har en "betydelig forfalden gæld til det offentlige".

Disse bestemmelser sætter den almindelige magtfordrejningsforståelse af finansielt saglighed under pres i den forstand, at lovgiver ikke kun har accepteret men også befalet administrativ varetagelse af bestemte finansielle hensyn, som efter den uskrevne lære ville være uvedkommende. Det almindelige udgangspunkt i teori og praksis er som nævnt, at skønsmæssige beføjelser, der ikke umiddelbart har noget at gøre med skatte-, afgifts- og gældsopkrævning, ikke kan benyttes til at opnå økonomiske begunstigelser for den offentlige sektor. Ombudsmanden har inden lovindgrebet udtalt sig kritisk om forvaltningens skelen til mulighederne for at inddrive offentlig gæld jf. IV.C.5.

11. For dette afvejningsprincip se Erik Pedersen (1987) p. 24 ff. og Bent Christensen (1997) p. 205. Lovens § 1 er kommenteret af Jørgen Bjerring og Gorm Møller (1998) p. 46 ff.

12. Se herom navnlig Ellen Margrethe Basse (1987) p. 188 ff.

Hensynet til inddrivelse af offentlig gæld

Retsplejelovens kapitel 12 drejer sig eksempelvis om advokatbeskikkelse og udøvelse af advokatvirksomhed.¹³⁾ Det fremgår heraf, at advokater beskikkes af justitsministeren, og at en række krav skal være opfyldt for, at beskikkelse kan opnås jf. § 119. I henhold til § 121 kan justitsministeren desuden nægte en person beskikkelse af forskellige grunde, f.eks. hvis der er tale om en person, der er dømt for strafbart forhold, der gør den pågældende uværdig til den agtelse og tillid, der må kræves til udøvelse af advokatvirksomhed. Det hedder herefter:

"Beskikkelse kan ... nægtes den, der har betydelig forfalden gæld til det offentlige, hvorved forstås beløb i størrelsesordenen 50.000 kr eller derover" jf. § 121 stk. 3.

Det anføres endvidere, at retten til at udøve advokatvirksomhed kan frakendes ved dom, såfremt en advokat har betydelig forfalden gæld til det offentlige, hvorved der forstås beløb i størrelsesordenen 100.000 kr og derover jf. § 139 stk. 1, 2. pkt. Sigtet med bestemmelsen i § 121 stk. 3 er at forebygge stiftelse af betydelig gæld.

Det er forudsat, at den enkelte person, der har en betydelig gæld til det offentlige, skal have sine forhold vurderet individuelt, og at den enkelte selv har mulighed for at forhindre, at reglen om nægtelse og fratagelse af autorisation bringes i anvendelse ved at indgå en afviklingsaftale med de myndigheder, der har et økonomisk krav på vedkommende. Har en person alligevel fået frataget sin autorisation, kan den enkelte ved at bringe det økonomiske mellemværende med det offentlige ud af verden igen opnå autorisation.¹⁴⁾

Bestemmelserne om nægtelse og frakendelse af beskikkelse blev indsat ved en ændring af retsplejeloven i 1991 og var et led i en større lovændringspakke om erhvervsudøvelse på grundlag af autorisation af den ene eller anden art. I tillæg til retsplejelovens regler om advokatbeskikkelse blev forvaltningsmyndighedernes mulighed for og pligt til inddrage hensynet til det offentliges inddrivelse af skatterestancer gjort lovhjemlet i relation til f.eks. autorisation som elinstallatør, erhvervsdykker, registreret revisor, ejendomsrådgiver, translator og tolk.¹⁵⁾

Tendensen er desuden videreført i loven om taxikørsel, som efter samme model som retsplejelovens § 121 indeholder en specifik legitimering af hensyntagen til

13. Se lovbekendtgørelse nr. 752 af 15. august 1996 med senere ændringer.

14. Se generelt om disse regler f.eks. Karnov 1995 p. 2968. For en nærmere omtale af frakendelse af retten til at udøve advokatvirksomhed se Christen Østrup (1992) p. 70.

15. Se lov nr. 936 af 27. december 1991 om ændring af forskellige lovbestemmelser om erhvervsudøvelse på grundlag af autorisation m.v. Se også lov nr. 1093 af 21. december 1994 om begrænsning af skyldneres muligheder for at deltage i offentlige udbudsforretninger og om ændring af visse andre love og love nr. 839 og nr. 840 af 18. december 1991 om ændring af henholdsvis lov om godskørsel og lov om buskørsel.

en ansøgers gæld til det offentlige.¹⁶⁾ Loven bestemmer, at den, der udfører taxikørsel, skal have tilladelse hertil af kommunalbestyrelsen jf. §§ 1 og 2. De enkelte betingelser for meddelelse af tilkaldelse udspecificeres i lovens § 3, hvor det bl.a. anføres, at tilladelse i henhold til § 1 stk. 1 kan meddeles personer, der "ikke har betydelig forfalden gæld til det offentlige" jf. § 3 stk. 1 nr. 5.

"Har en ansøger således forfalden gæld til det offentlige i en størrelsesorden af ca. 50.000 kr, vil dette i almindelighed være tilstrækkeligt til at nægte ansøgeren bevilling til taxikørsel. Det er ikke afgørende, om gælden vedrører taxivirksomheden i henhold til en tidligere eller en eksisterende bevilling. Anden gæld, der hidrører fra tidligere virksomhed eller ansættelsesforhold, vil kunne medføre nægtelse, såfremt gælden af en sådan størrelse, at det må antages, at der fremtidig vil opstå restancer til det offentlige, hvis der gives bevilling til taxikørsel".¹⁷⁾

Bestemmelsen legitimerer altså ikke alene hensyntagen til gæld af en vis størrelse hidrørende fra ansøgerens taxivirksomhed men også fra ansøgerens tidligere taxivirksomhed og "tidligere ansættelsesforhold" i det hele taget. En gældspost, som er opstået i forbindelse med et ansættelsesforhold af en helt anden art end taxikørsel, kan altså efter loven diskvalificere en borgers ansøgning om tilladelse til taxikørsel, hvad der må siges at være en meget vid adgang til at inddrage hensynet til det offentliges inddrivelse af gæld.¹⁸⁾

Der er ikke i forarbejderne til disse forskellige regelsæt nogle kommentarer til forholdet til magtfordrejningsbegrebets almindelige holdning til det finansielle kriterium. Der er dog i teorien sat spørgsmålstegn ved, om det er hensigtsmæssigt, at lovgivningsmagten i de nævnte regler lader *særlige* forvaltningsmyndigheder med sagkundskab inden for specielle brancher varetage fiskale hensyn, som det normalt påhviler skattemyndighederne at tilgodese.

"Det forekommer uforeneligt med det almindelige specialitetsprincip, at f.eks. Elektricitetrådet ... nu i henhold til lov om autorisation af elinstallatører, skal påse ikke alene de faglige krav, men også restanceforhold i forbindelse med udstedelse eller tilbagekaldelse af autorisation. Særligt betænkeligt er det, hvis det nye økonomiske kriterium er et fremmedelement i forhold til de betingelser for at opnå autorisation ... som oprindeligt fandtes i de pågældende love".¹⁹⁾

16. Lov nr. 329 af 14. maj 1997 om taxikørsel m.v.

17. Bemærkninger til lovforslag nr. 141 af 22. januar 1997 p. 11

18. Om lovens betydning for tilbagekaldelse af hyrevognsbevilling se U 97.724 H.

19. Jf. Helle Bødker Madsen og Tom Latrup-Pedersen (1993) p. 60. Se for en gennemgang af reglerne også Lars Bo Langsted (1994) p. 181 ff. og samme (1995) p. 28 ff.

Disse bemærkninger indgår som led i en kritik af den nye autorisationsordning. Det er ikke mit sigte at tage stilling til den konkrete ordning, som her blot er brugt som eksempel på et særlovsindgreb i det uskrevne magtfordrejningsprincip og som illustration af en legal accept af visse finansielle formål. Det er i det foregående nævnt, at der også i retspraksis er en tendens til at give offentlige myndigheder større frihed til at varetage visse finansielle hensyn

V.C. Sagsbehandlingslovgivning

Forvaltnings- og offentlighedsloven regulerer ikke forvaltningens udfyldning og fortolkning af hjemmelsgrundlag. Der er i lovparagrafferne ingen reference til magtfordrejningsgrundsætningen.²⁰⁾ Der er dog flere dele af forvaltningsloven, som er af interesse for magtfordrejningsbegrebets position og anvendelse. Jeg tænker her på forholdet til reglerne om speciel inhabilitet og begrundelse, som der i det følgende gives en kort oversigt over. En fundamental indbyrdes forskel på disse to sæt af sagsbehandlingsregler er, at forbudet mod speciel inhabilitet finder anvendelse under sagsforberedelsen, medens kravet om samtidig og dækkende begrundelse er knyttet til sagens endelige afgørelse.

V.C.1. Speciel inhabilitet

Der består en særlig tæt forbindelse mellem magtfordrejningsreglen og reglerne om speciel inhabilitet. Der er i vidt omfang tale om en fælles stræben efter, at forvaltningens afgørelser henholdsvis er og bliver lovlige og rigtige. Der er dog bl.a. den forskel, at inhabilitetsreglerne aktiveres på et *tidligere* tidspunkt i den administrative beslutningsproces end magtfordrejningsgrundsætningen.

Udvalgte dele af inhabilitetslæren i lovsform

Reglerne om personlig speciel inhabilitet er i modsætning til læren om saglige formål optaget i almindelig lovsform. Forvaltningslovens kapitel 2 indeholder forholdsvis detaljerede regler om speciel inhabilitet i relation til *personer*, der virker inden for den offentlig forvaltning. Disse regler indeholder først og fremmest en fastlæggelse af en kreds af interessekonflikter, som generelt ikke anses for lovlige og ønskværdige jf. § 3 stk. 1. Hertil kommer bl.a. regler om substitution for så vidt angår personer jf. § 4. Lovreglerne har den administrative afgørelsesvirksomhed som sit primære anvendelsesområde men har også gyldighed over for andre dele af forvaltningens virksomhed jf. § 2 stk. 2. Lovfæstelsen har som udgangspunkt været en kodifikation af retspraksis, og lovgivningsmagten har til dels lade sig inspirere af retsplejelovens regler om dommerinhabilitet.²¹⁾

20. Det anføres i vejledningens punkt 199 om officialmaksimen, at en myndighed skal undersøge en sag så langt, som det er nødvendigt for at træffe en *forsvarlig* afgørelse.

21. Se FT 85/86 tillæg A sp. 118 ff. Se nærmere om § 3 f.eks. John Vogter (1992) p. 65 ff.

Uden for forvaltningsloven står stadig visse dele af den forvaltningsretlige inhabilitetstankegang. Spørgsmålet om *myndigheders* specielle inhabilitet blev f.eks. ikke medtaget i forvaltningsloven, fordi spørgsmålet ikke blev fundet egnet til lovfæstelse. Udeladelsen er ikke nærmere begrundet i forarbejderne men kan skyldes, at denne del af inhabilitetsproblemstillingen forekom meget kompliceret og på lovfæstelsestidspunktet måske af mindre praktisk betydning.²²⁾

Der findes regler om speciel habilitet i særlovgivningen bl.a. i den kommunale styrelseslov § 29. Disse regler finder fortsat anvendelse i det omfang, de medfører inhabilitet i videre omfang end efter forvaltningsloven jf. lovens § 34.

Dobbelt reguleringsigte

Inhabilitetslæren hviler på en betydelig mistillid til forvaltningen, nærmere bestemt til myndighedspersoners (og myndigheders) generelle evne til at modstå usaglige fristelser. De lovfæstede regler har i vidt omfang samme sigte som magtfordrejningsgrundsætningen men varetager dog et explicit *dobbelt* formål nemlig at tilvejebringe sikkerhed for og tillid til, at de afgørelser, der vil blive truffet af forvaltningen er saglige.²³⁾

Det første og mest grundlæggende formål, garantihensynet, er også baggrunden for magtfordrejningslærens krav om saglige afgørelser. Det andet formål, tillidshensynet, går ud på, at borgernes mulige men også helt ubegrundede mistillid til forvaltningens udøvelse af sine beføjelser på forhånd skal forebygges. Dette formål skal i virkeligheden beskyttes den inhabile selv, fordi inhabilitetsreglerne skal hindre, at myndighedspersoner tvinges til:

"at træffe afgørelser i sager, hvor de - *uanset* al god vilje og evne - alligevel må påregnes at blive kritiseret for usaglighed på grund af personlige interesser af den ene eller anden art" (her fremhævet).²⁴⁾

Varetagelsen af et tillidshensyn af denne art er ikke magtfordrejningsbegrebets mål, idet det kræver et *aftryk* på den administrativ vilje eller indhold. Der er dog den sammenhæng, at en subjektiveret anvendelse af magtfordrejning udover de nævnte bevisvanskeligheder for borgerne også kan skabe *mod*bevisvanskeligheder for forvaltningen. Der er formentlig derfor, at teorien oprindeligt har peget på den

22. Jf. FT 85/86 tillæg A sp. 86. Se specifik om dette emne i nyere tid bl.a. Folketingets Ombudsmands Beretning om Nørrebro-sagen 1996 bl.a. 251, Bent Unmack Larsen (1997) p. 241 ff. og Michael Møllegaard Jessen (1998) p. 89.

23. Jf. FT 85/86 tillæg A sp. 123.

24. Jf. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 177. Det dobbelte formål er fremhævet af ombudsmanden allerede inden forvaltningslovens vedtagelse jf. f.eks. FOB 74.262.

hypotetiske risiko for chikanøse processer mod forvaltningen i tilfælde af en vidtstrakt accept af subjektiv magtfordrejningslære jf. I.A.

På forkant med magtfordrejning

Det fører os videre over i den almindelige konstatering af, at reglerne om speciel inhabilitet er udformet som abstrakte risikoregler. En underkendelse af en afgørelse på grund af speciel inhabilitet kræver ikke, at forvaltningens lovbundne eller skønsmæssige afgørelse i sig selv er ulovlig som følge af usagligt indslag. Reglerne om inhabilitet er til for at *på forhånd* udelukke, at den, der abstrakt eller udefra set har en særlig interesse i en sag, beskæftiger sig med den.

Prøvelsen af magtfordrejning vil på grund af sin traditionelle tilknytning til skønsmæssige afgørelser derimod ofte være meget mere kompliceret, fordi det er vanskeligt at påvise fejl direkte i afgørelsens *indhold*²⁵⁾ eller i den pågældende beslutningstagers *motivation*. Læren om magtfordrejning har i sin subjektive version på samme måde som det lovfæstede forbud mod inhabilitet en personel drejning, men læren refererer sig til den ulovlige motivation og ikke til besiddelsen af et bestemt hverv. Som fremhævet af bl.a. Steen Rønsholdt med henvisning til Poul Andersens er inhabilitet altså *foregreben* magtfordrejning:

"Tilfælde af inhabilitet behøver ikke at føre til usaglige afgørelser, men hvor den inhabilitetsbegrundende interesse faktisk slår igennem, foreligger en retlig mangel af saglig karakter" (nemlig magtfordrejning).²⁶⁾

Man kan med andre ord sige, at det konkrete resultat af sagsforberedelsen ligger uden for inhabilitetsreglernes praktiske men ikke normative synsfelt. Reglerne skal modvirke, at en person, der i kraft af et bestemt tilhørsforhold til en sag må antages at være forudindtaget og dermed disponeret for en efterfølgende usaglighed, overhovedet bliver sat til at behandle endelige afgøre sagen.

Objektiv risikovurdering

Forvaltningslovens inhabilitetsregler er således af generel eller *objektiv* natur. Lovgiver har foretaget en pessimistisk abstraktion over de tilfælde, som efter erfaringen *ville* kunne føre til usaglige afgørelser. Reglerne har med andre ord karakter af worst-case scenarios.

"Er den pågældende interesse f.eks. af økonomisk art, er det således uden betydning, om den pågældende som følge af sine private økonomiske forhold må

25. Se Carl Aage Nørgaard og Jens Garde (1995) p. 72, som ud fra den anvendte terminologi må formodes at tænke udelukkende på magtfordrejning i objektiv forstand.

26. Jf. Steen Rønsholdt (1987) p. 718. Se f.eks. Poul Andersen (1924) p 305 ff.

anses for mere eller mindre tilbøjelig til at lade sig påvirke af *udsigten* til økonomisk tab eller vinding" (her fremhævet).²⁷⁾

Lovens valg af en objektiv vurdering af påvirkningsfaren gælder de forskellige inhabilitetsgrunde i § 3 stk. 1 og den generelle undtagelsesregel i § 3 stk. 2. Da der efter en sådan model ikke bliver tale om en konkret vurdering af den enkelte myndighedsperson og dennes subjektive forhåndsindstilling, er en dom eller kritik af speciel personlig inhabilitet renset for den *moraliske* og belastende stempling, som den subjektive magtfordrejningskontrol er kendetegnet ved jf. II.B.1.

Noget andet er, at en statuering af speciel inhabilitet kan være pinlig for den pågældende person jf. U 99.689 Ø. Heri fandt forvaltningsloven anvendelse over for en formand for et teknisk udvalg, der i en sag om påbud om fjernelse af kompost fra en landejendom blev anset for inhabil efter § 3 stk. 1 nr. 5. Det fremgik af sagen, at formanden havde haft et langvarigt intimt forhold til gårdejerens hustru. Landsretten lagde særlig vægt på inhabilitetsreglerne formål som tillidsskabende elementer:

"Selvom der ikke foreligger konkrete oplysninger om, at F's deltagelse i sagsbehandling har *medført*, at afgørelserne er blevet påvirket af uvedkommende hensyn, findes hans forhold til gårdejer G's daværende ægtefælle at være *egnet* til at vække en sådan tvivl om hans upartiskhed, at han må anses for at være inhabil ... Det må i den forbindelse tillægges særlig vægt, at faren for, at afgørelser i sagen ville kunne blive påvirket af uvedkommende hensyn, og *forestillingerne* herom, må anses for større, fordi F var formand for teknisk udvalg."

Typologi over inhabilitetsbegrundende forhold

Forvaltningslovens inhabilitetsregler bygger på en række udspecificerede fordomme, som er indarbejdet i en typologi jf. § 3. Lovgivningsmagten har valgt at benytte sig af en negativ afgrænsning:

"Inhabilitet foreligger ... ikke, hvis der som følge af interessens karakter ... ikke kan antages at være fare for, at afgørelsen i sagen vil kunne blive påvirket af *uvedkommende* hensyn" (her fremhævet) jf. stk. 2.

Bestemmelsen minder om, men er ikke identisk med den typologi, som anvendes i magtfordrejningsteorien jf. III.C.1. Grundstrukturen er i vidt omfang den samme. Der er tale om tabuering af *særinteresser* f.eks. af personlig eller økonomisk art og om en liste over særskilte interessekonflikter jf. stk. 1 nr. 1-4. Lovens typologi er ikke udtømmende jf. stk. 1 nr. 5. Særlovgivningen kan indeholde bestemmelser, der bryder med lovens generelle forestillinger om interessesammenfald.

27. Jf. FT 85/86 tillæg A sp. 124. Jf. vejledningen punkt 19. Abstraktionsmodellen er forklaret af bl.a. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 176 f. Se for en diskussion af subjektivt udvist forhold til specielle habilitetskrav Steen Rønsholdt (1987) p. 611 ff.

V.C.2. Dækkende begrundelse

Magtfordrejningsbegrebet er også forbundet med reglerne om begrundelse, som findes i forvaltningslovens kapitel 6. Disse regler forudsætter eksistensen af subjektive motivationer og indeholder et vigtigt forbud mod skinbegrundelser.

Selvstændig normdannelse i loven

En konkret forvaltningsakt træffes ikke ved tilfældighed men bygger på en række motiver og præmisser. Lovgiver stiller i forvaltningsloven krav til udformningen af begrundelser af hensyn til den borger, som en afgørelse vedrører jf. §§ 22-24. Formålet med disse reglerne er bl.a., at borgeren skal gives mulighed for at forstå en afgørelses indhold og baggrund, og at disse oplysninger skal være med til at få borgeren til at acceptere en eventuelt bebyrdende afgørelse. Begrundelseskravet skal herudover generelt øge tilliden til forvaltningen og skal være en *garanti* for afgørelses rigtighed, idet kravene tvinger myndigheder til større grundighed i sine undersøgelser og overvejelser.²⁸⁾

Begrundelsesreglerne blev over for den kommunale del af forvaltningen sat i kraft senere end de øvrige dele af forvaltningsloven jf. § 33. En efterlevelse af reglerne er ressourcekrævende, og især kommunerne har med sine mange afgørelsessager haft brug for tid til at omstille sig til de skærpede regler om begrundelse.²⁹⁾

Lovfæstelsen af begrundelsesreglerne var et led i kodifikationen af navnlig ombudsmandens nuancering af sagsbehandlingskontrollen men var dog herudover tildels en normdannelse. § 22 om samtidig begrundelse er en *ny* regel. Der fandtes inden forvaltningsloven et væld af specielle begrundelsesforskrifter.³⁰⁾

Krav om subjektiv rigtighed

Af interesse for magtfordrejningsproblematikken er navnlig bestemmelsen i § 24. Den stiller en række krav til begrundelsens indhold, herunder at en afgørelse skal indeholde en henvisning til de retsregler, i henhold til hvilke afgørelsen er truffet. Hertil kommer følgende krav:

"I det omfang, afgørelsen efter disse regler beror på et administrativt *skøn*, skal begrundelsen tillige angive de *hovedhensyn*, der har været bestemmende for skønsudøvelsen" jf. § 24 stk. 1, 2. pkt. (her fremhævet).

28. Se om baggrunden for begrundelsesreglerne f.eks. FT 1985-86 tillæg A sp. 95 ff.

29. Det fremhæves af Bendt Berg (1998) p. 89, at den udbredte anvendelse af EDB ikke har virket befordrende for opfyldelse af begrundelsesreglerne.

30. Se betænkning nr. 657 af 1972 om begrundelse af forvaltningsafgørelser og administrativ rekurs m.v. p. 14 ff.

Ordet "hensyn" og ikke "hensigt" kunne i parentes bemærket tale for, at lovgiver betragter magtfordrejning som objektivt. Denne slutning er der ikke grundlag for. Der er derimod ikke tvivl om, at lovgiver har *forudsat* eksistensen af subjektive bevæggrunde. Kravet om dækkende og retvisende forklaring betyder, at den pågældende myndighed er forpligtet til at angive de regler, hovedhensyn og faktiske omstændigheder, der har været det egentlige og bagvedliggende grundlag for afgørelsen.

Kravet i § 24 om subjektiv dækning har isoleret set ingen mening om sagligheden af de anførte grunde men kræver kun, at de eksponeres ved sagens afgørelse. En sand og fyldestgørende angivelse af magtfordrejende formål ville for så vidt være en opfyldelse af begrundelseskravet men ville være et vidnesbyrd om et forudgående brud på læren om saglige formål. Hvis efterlevelsen af kravet om subjektivt dækkende begrundelse var lig med 100 %, ville der ikke kunne opstå bevisvanskeligheder i forbindelse med efterprøvelsen af magtfordrejende afgørelser. Begrundelseskravet er dog mere end et subjektivt dækningskrav. Det fordrer også objektiv rigtighed. Forvaltningen skal lægge de regler, hovedhensyn og fakta til grund, som er *saglige* i den pågældende sammenhæng.³¹⁾

Kritik af skinbegrundelse

I praksis er fabrikation af skinbegrundelse bl.a. blevet anvendt i forbindelse med afskedigelser. En myndighed kan ønske at dække over afskedigelsesgrunde af usaglig art ved f.eks. at anføre det i sig saglige men ufyldstgørende kriterie "samarbejdsvanskeligheder" i den givne begrundelse. Det kan for prøvelsesinstanser være vanskeligt at anfægte mere end selve begrundelsen. En kritik af en suspekt begrundelse kan imidlertid indeholde en antydning af, at der har været tale om usaglig motivering, selv om dette ikke har kunnet bevises.

Ombudsmanden har i f.eks. FOB 91.200 undersøgt baggrunden for en kommunes beslutning om afskedigelse, her af en kontorassistent. Assistenten havde udtalt sig meget kritisk over for kommunens børnepasningsordning i lokalpressen, og disse udtalelser var i første omgang angivet af kommunen som baggrunden for fyringen. En sådan motivation ville uden tvivl være usaglig. Kommunen fejede dog over for ombudsmanden denne uheldige begrundelse af bordet og hævdede i stedet, at beslutningen skyldtes andre forhold af mere lødig karakter. Hertil havde ombudsmanden bl.a. følgende kommentarer:

"(K) Kommune har ... over for mig oplyst, at (A's) kritiske udtalelser om kommunens børnepasningsordninger ikke indgik ved beslutningen om at afskedige hende. Avisartiklen var blot anledning til, at man gennemgik hendes forhold og herved blev opmærksom på et afskedigelsesgrundlag. Jeg har ikke mulighed for at

31. Se nærmere herom f.eks. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 373 f.

foretage en nærmere vurdering af, hvad der var den faktiske årsag til afskedigelsen, og må lægge kommunens oplysninger herom til grund".

Ombudsmanden kritiserede dog, at den første begrundelse var åbenbart misvisende i forhold til den begrundelse, som senere blev givet. Udtalelsen mandede ud i en sammenfatning af, at kommunens fremgangsmåde i forbindelse med afskedigelsen var "stærkt kritisabel". Der kan i denne stærke afstandtagen ligge en indirekte kritik af den klart usaglige motivation, som indgik i den første begrundelse.³²⁾

Formkrav om konkurrenter til magtfordrejningskontrol

Forvaltningslovens regler om speciel inhabilitet og dækkende begrundelse kan have forebygget magtfordrejning på forskellig vis. Det er naturligvis en styrke ved disse sagsbehandlingsregler, at de bidrager til en sikring af også de saglige krav til forvaltningsvirksomhed. Samspillet kan dog også ses som en forklaring på, at læren om magtfordrejning har fået en mere tilbagetrukket position.

Denne konkurrencetankegang er nok mest oplagt med hensyn til lovfæstelsen af de specielle inhabilitetsregler. De er explicit konstrueret til at lette presset på en ofte vanskelig anvendelse af magtfordrejningsgrundsætningen i den forstand, at man på forhånd ønsker at fjerne de personer, som i en efterfølgende afgørelse ville kunne begå brud på kravet om sagligt afgørelsesindhold. Forvaltningslovens regler om inhabilitet kan i stigende grad komme til at overskygge den praktiske relevans af magtfordrejningsbegrebet.

Hvad angår de skærpede begrundelseskrav i forvaltningsloven, kan de formentlig også have bidraget til en vis mindsning af magtfordrejning i faktisk forstand. Bare det at fabrikere og udtænke en tilstrækkelig "vandtæt" skinbegrundelse kræver en vis indsats og kynisme, og bevidstheden herom kan måske medvirke til at afholde myndigheder fra overhovedet at overveje usaglige formål.

Det retlige eftersyn af magtfordrejning tager desuden ofte tage udgangspunkt i den foreliggende begrundelse og kan på sin side skærpe begrundelseskravet. En sløret begrundelse er i sig selv en mangel i forhold til forvaltningsloven men kan også vække en mistanke om, at forvaltningen ønsker at skjule noget. I hvert fald er det ofte blevet bemærket, hvis en myndighed ændrer sin første begrundelse for en given forvaltningsakt til en anden. I FOB 1986.156 kom forholdet mellem læren om magtfordrejning og begrundelseskravet tydeligt frem. Det blev som tidligere nævnt bl.a. udtalt, at indholdet af magtfordrejningsbegrebet er et krav om saglig varetagelse af formål, og at en administrativ disposition ikke blot efter sin karakter men også "efter sin begrundelse" skal falde inden for rammerne af det pågældende hjemmelsgrundlag.³³⁾

32. Se for nyere praksis om mangelfulde begrundelser f.eks. FOB 97.171, 97.188 og 97.219.

33. Se f.eks. også U 90.892 og FOB 93.92.

V.D. En eventuel lovramme

Magtfordrejningsbegrebet er forblevet uberørt af den kodificeringsbølge, som vedtagelsen af de almindelige sagsbehandlingslove kan ses som udtryk for i dansk forvaltningsret. Spørgsmålet er imidlertid, om tiden ikke er inde til i hvert fald at overveje en almindelig magtfordrejningslovgivning.

I det følgende funderer jeg over muligheden for at *styrke* kravet om saglige formål ved at forudskikke en direkte lovgivningsaktivitet. Der er mig bekendt ingen aktuelle overvejelser på politisk plan om en sådan indsats. Jeg kaster desuden et hurtigt blik på lovgivers bidrag på andre, og delvist tilgrænsende områder, så som aftaleret, speciel lighedsregulering og forvaltningsproces.

Teoretisk fokus på status quo

Den forvaltningsretlige teori har behandlet spørgsmålet om regelformalisering i forbindelse med de processuelle forvaltningsprincipper. Diskussionen har her handlet om overgangen fra uskreven til almindelig skreven ret.³⁴⁾ En lovbasis for de materielle krav til forvaltningens virksomhed som f.eks. lighed, saglighed og proportionalitet har ikke på samme måde optaget sindene, selv om der findes en frodig underskov af specielle lighedsregler og formålsparagraffer i lovsform.

Lovgivers hidtidige bidrag til den uskrevne lære om magtfordrejning er dog ikke ubeskrevet i den almindelige forvaltningsretsteori, hvor man har dvælet ved følgende tre karakteristika. For det første henter læren *ikke* sin gyldighed fra en vedtagelse i Folketinget men fra prøvelsesmyndighedernes praksis. En sådan relation mellem lovgivningsmagten og dommerskabte retsgrundsætninger er for Bent Christensen udtryk for:

"at Folketinget ved *passivitet* har tilsluttet sig, at forvaltningen er bundet af de almindelige retsgrundsætninger i samme omfang som af Folketingets love". Det anføres af andre forfattere: "Lovgivningsmagten kan siges (stiltiende) at have accepteret retsgrundsætninger som en del af gældende ret" (her fremhævet).³⁵⁾

For det andet anføres det, at de almindelige retsgrundsætninger dækker store dele af forvaltningsvirksomheden og ikke "som næsten alle love" bestemte begrænsede områder. Bent Christensen hæfter sig her for det tredje ved, at de almindelige retsgrundsætninger sjældent har et helt præcist indhold med derimod ofte et islæt af vurdering. De ligner de foreteelser, der kaldes retlige standarder. Det kan her tilføjes, at en lovfæstelse af magtfordrejningslæren for mig at se kun ville være mulig og *ønskværdig* i en fleksibel og standardiseret form.

34. Se f.eks. Carl Aage Nørgaard og Jens Garde (1995) p. 19 ff. Behovet for og virkningen af en grundlovsfæstelse af bl.a. formelle forvaltningsidealer overvejes i Pernille Boye Koch og Michael Gøtze (1998) p. 107 ff.

35. Jf. Bent Christensen (1997) p. 106. Se også Jens Garde m.fl. (1997) p. 99 f.

V.D.1. Forskellige indgrebsmuligheder

Formuleringen af en paragraf beror dog i første række på, om lovgiver ønsker at cementere, modificere eller dementere magtfordrejningslæren. Det er her klart, at magtfordrejningsbegrebet kan *stadfæstes* af lovgiver. Det er den mulighed, som er min primære overvejelse. En kodifikation ville indebære Folketingets aktive tilslutning til stræben efter administrativ saglighed. Forbudet mod magtfordrejning ville blive et anliggende for lovgivningsmagten.

En lovfæstelse af magtfordrejningsbegrebet behøver ikke at være særskilt men kunne gennemføres som led i en transformering af en vifte af forvaltningsidealer på det materielle områder. Omfanget af en eventuel lovpakke er op til lovgiver.

Muligheden for at *ændre* eller *ophæve* det uskrevne forbud mod magtfordrejning står desuden åben for den lovgivende forsamling. Selv om et behov for en vis justering af det uskrevne begreb ikke er helt usandsynlig, er fremvækst af et udbredt ønske blandt de folkevalgte om at slette forbudet mod magtfordrejning dystopisk. En grundlovsbekræftelse af saglighedsprincippet ville ideelt set kunne forsyne borgere og myndigheder med en retlig sikring mod lovgivningstiltag, der tilsigtede eller indebar princippets ophævelse.

Generel lovfæstelse af aftaleret

Uden for det offentligtretlige område har lovgiver indtil videre ikke holdt sig tilbage fra at positivere en stribe centrale retlige standarder. Som et markant eksempel på en lovfæstet retsstandard med et meget bredt anvendelsesområde kan man bl.a. nævne aftalelovens § 36, som har følgende ordlyd:

"En aftale kan tilsidesættes helt eller delvis, hvis det vil være urimeligt eller i strid med redelig handlemåde at gøre den gældende" jf. § 36 stk. 1.

Bestemmelsen i § 36 blev indsat i aftaleloven i 1975, og den gælder alle kontrakter på formuerettens område. Bestemmelsen har et endnu mere ubestemt indhold end lovens § 33 om "almindelig hæderlighed". De to generalklausuler i §§ 33 og 36 supplerer de almindelige ugyldighedsgrunde i aftalelovens §§ 28-32. Kravet om aftalers konfrontation med "redelig handlemåde" har ikke noget præcist og fikseret indhold, og opfattelsen af, hvad der er "redeligt" og "rimeligt" er i høj grad subjektiv. Når domstolene træffer afgørelse om aftalers rimelighed, må denne opfattelse objektiviseres. § 36 er i praksis bl.a. blevet anvendt som hjemmel til at ramme visse tilfælde, hvor en part har misbrugt en retsposition, som han efter gældende ret ellers lovligt kunne udøve.³⁶⁾

Kravet om rimelighed og redelighed var i hvert fald delvist en selvstændig lovmæssig normdannelse. Eksemplet viser herudover, at den aftaleretlige teori

36. Se Mads Bryde Andersen (1997) p. 323 ff.

anvender en terminologi, der kan minde om den forvaltningsretlige. Det kan desuden nævnes, at generalklausulen i aftalelovens § 36 i lighed med læren om magtfordrejning hyppigt påberåbes i praksis. Endelig vidner generalklausulen for mig at se om, at der ikke rent retsteknisk er noget til hinder for, at selv en uskarpt norm kan gives et lovmæssigt (uskarpt) udtryk.

Speciel lighed som forstadie til almen lov

Inden for forvaltningsretten er den almindelige lighedsgrundsætning på samme måde som magtfordrejningsbegrebet et uskrevent og praktiseret princip. Der findes ingen generel lovfæstelse af forvaltningsrettens abstrakte krav om, at det lige skal behandles lige. Der er dog efterhånden en hel del *specielle* lighedsregler i lovsform, og disse regler vil formentlig kunne have en indirekte *generel* indvirkning på lighedstankegangen på samme måde, som det vil kunne ske med magtfordrejningslæren jf. V.B. Man kan betragte almene formålsangivelser i de enkelte love som en form for specielle magtfordrejningsregler.

En speciel lighedsgrundsætning peger på et bestemt faktum og foreskriver om dette, at forvaltningen enten ikke må lægge vægt på dette faktum og dermed ikke vælge et kriterium, der gør dette faktum relevant, eller at forvaltningen skal tillægge dette faktum en særlig høj eller lav vægt under afvejningen.

Hensyntagen til kriteriet køn er f.eks. diskvalificeret som ulovligt i både ligebehandlingsloven og ligelønsloven. I loven om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. udskilles ikke blot et kriterium men en lang række kriterier som ulovlige i forskellige situationer.³⁷⁾ Efter loven må en arbejdsgiver f.eks. ikke forskelsbehandle ansøgere til ledige stillinger eller medarbejdere med hensyn til løn og arbejdsvilkår jf. § 2 stk. 1. Loven definerer selv, hvad der inden for lovens område forstås ved forskelsbehandling jf. § 1 stk. 1.

De mange specielle lighedsregler kan give anledning til at overveje, om de måske kan ses som forløbere for en generel lovfæstelse af lighedsprincippet, ligesom man kan overveje, om anvendelsen af almene formålsparagraffer måske indvarsler et lovbaseret forbud mod magtfordrejning i en generel form. Et første trin i en sådan hypotetisk udvikling kunne for så vidt angår magtfordrejning være en lovfæstelse af læren inden for et forvaltningsretligt særområde som f.eks. miljøretten eller socialretten og altså ikke kun en enkelt lov. Der er dog ikke umiddelbart tegn på en tendens til en sådan *gradvis* kodificering af magtfordrejningsbegrebet.

Sagsbehandlingsidealer i almen lov

De vigtigste krav til forvaltningens sagsbehandling blev som bekendt i midten af 1980'erne optaget i forvaltnings- og offentlighedsloven. Navnlig lovfæstelsen af

37. Se henholdsvis lovbekendtgørelse nr. 875 af 17. oktober 1994 om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v. og lovbekendtgørelse nr. 639 af 17. juli 1992 om lige løn til mænd og kvinder og lov nr. 459 af 12. juni 1996.

forvaltningslovens regler og principper var i en vis forstand irriteret af ombudsmanden, som havde slået meget til lyd for håndhævelsen og nuancering af formelle krav til forvaltningens virksomhed.

Forvaltningsloven blev først og fremmest udformet med henblik på at opstille visse minimumsgarantier for borgeren i forbindelse med behandlingen af sager, hvor der var eller ville blive truffet *afgørelse* jf. lovens § 2 stk. 1.³⁸⁾ Den bagvedliggende intention med vedtagelsen af forvaltningsloven var at gennemføre en samlet lovfæstelse af:

"de *væsentligste* rettigheder og beføjelser, der tilkommer den, der er part i en forvaltningssag. Gennemførelsen af lovforslaget skal medvirke til at forbedre sagsbehandlingen i den offentlige forvaltning og dermed øge sikkerheden for, at myndighedernes afgørelser bliver *lovlige* og *rigtige*" (her fremhævet).³⁹⁾

Det dobbelte sigte skal forstås således, at kravet om lovlighed gælder for alle afgørelser herunder også de fuldt lovbundne eller retsbestemte. Det yderligere krav om rigtighed gælder kun skønsmæssig virksomhed, som altså kan resultere i et slutprodukt, som er lovligt men urigtigt. Læren om magtfordrejning har sin primære berettigelse i forbindelse med forvaltningsretlige skøn.

Den tætte forbindelse mellem så vigtige dele af forvaltningsloven som f.eks. reglerne om inhabilitet og magtfordrejningslæren er et vidnesbyrd om, at lærens budskab og struktur ikke ville være helt nye normative elementer i en eventuel udvidet almindelig forvaltningslovgivning. En udvidelse, der for så vidt ville kunne gennemføres som led i en revision og komplettering af forvaltningsloven. Den meget strikte opdeling af forvaltningsret i formelle og materielle krav, som den eksisterende sagsbehandlingslovgivning bekræfter, kan i øvrigt i det hele taget ofte forekomme lidt søgt.

V.D.2. Magtfordrejningsbegrebet som måske egnet

For så vidt angår lovtekniske krav kan man udover erfaringerne med aftalerettens generalklausuler henvise til forvaltningslovens forarbejder, hvori der peges på flere kriterier af betydning for en lovfæstelse af forvaltningsretlige principper:

"Ved afgrænsningen af, hvilke af disse forvaltningsretlige principper der er egnet til en generel lovmæssig regulering, må det fremhæves, at der næppe opnås fordele

38. Offentlighedsloven gælder derimod både retlig og faktisk virksomhed jf. § 1 stk. 1. Magtfordrejningsgrundsættningens primære anvendelsesområde er forvaltningens retlige afgørelsesvirksomhed men kan strækkes meget videre jf. f.eks. Jens Garde m.fl. (1997) p. 189 ff. og ombudsmandens betragtninger i FOB 84.156 (158).

39. Jf. FT 1985/86 tillæg A sp. 76.

ved at lovfæste sagsbehandlingsprincipper, der alene kan formuleres som brede målsætninger af mere upræcis karakter. En lovfæstelse af sådanne regler vil ikke give borgeren nogen reel vejledning om de rettigheder, der tilkommer ham i forhold til forvaltningen, og der ville endog kunne opstå uberettigede forventninger hos de borgere, der eventuelt påberåber sig sådanne bestemmelser i tillid til, at reglerne i forvaltningsloven må være af samme karakter som andre egentlige lovregler".⁴⁰⁾

Magtfordrejningslæren bør efter disse tekniske betragtninger ikke ophøjes til lov, idet læren er for upræcis og kompliceret. Hertil kunne man dog indvende, at selv forvaltningsloven ikke fuldt ud opfylder ambitionen om præcision. Den er mere præget af generelle principbestemmelser end f.eks. retsplejeloven.⁴¹⁾

De fleste af forvaltningslovens sagsbehandlingsregler er på den anden side dog nok mere afgrænsede end et eventuelt katalog over usaglige interesser ville kunne være.⁴²⁾ Denne usikkerhed gælder især kredsen af de offentlige formål, som typisk må anses for uvedkommende, hvorimod holdningen til de klassiske *private* formål har meget fastere konturer jf. IV.C. Forbudet mod sidstnævnte formål kunne eventuelt være den del af læren, som *først* blev omsat til lov.

Uanset de refererede bemærkninger til forvaltningsloven er det efter min mening vigtigt at holde fast i, at det i sidste instans er lovgiver selv, der bestemmer, hvilket retsstof der er egnet til at blive optaget i love. Lovgiver vil formentlig være villig til at sænke kravene til præcision, hvis der kan peges på tilstrækkeligt mange gevinster ved en lovfæstelse af en forvaltningsretlig retsgrundsætning med fleksible konturer.

Nogle sidegevinster ved en magtfordrejningslov

En lovbasis for en del af eller hele læren om magtfordrejning ville umiddelbart give den en stærkere og mere markant position, idet en krænkelse af læren i så fald ville udgøre et egentligt *lovbrud*. En uskreven retsgrundsætning er dog lige så bindende for forvaltningen som en lovregel. Hvis et indgreb ikke bruges til at udvirke en *ny* norm, medfører en transformering således isoleret set ikke en bedre retsbeskyttelse for borgeren over for forvaltningen.

Der kan dog ligge en vigtig signalværdi i en lovfæstelse og i en politisk fokus på en given retsgrundsætning, som mere indirekte bl.a. kan give et løft i den primære regelefterlevelse. Et argument til støtte for en lovfæstelse er således efter min opfattelse, at princippet om saglighed ville blive langt mere *synligt* og tilgængeligt end i dets nuværende form. En lovfæstelse ville formentlig udbrede kendskabet

40. Jf. FT 1985/86 tillæg A sp. 78.

41. Se som eksempel forvaltningslovens § 7 stk. 1 om vejledning.

42. En typologi over usaglig påvirkning findes som nævnt allerede i forvaltningsloven § 3.

til magtfordrejningstanken blandt adressaterne for administrative afgørelser. Måske ville borgere med en ny erhvervet og korrekt forstået viden om sin retsposition kunne give relevante myndigheder et mere aktivt og kvalificeret modspil, og det inden en eventuel klageinstans lagde sig imellem.

En kodifikation ville endvidere formentlig få forbudet mod magtfordrejning til at fylde mere i bevidstheden hos de myndighedspersoner, som bl.a. administrerer de skønsmæssige beføjelser. Den opmærksomhed, som et budskab med lovskarakter af og til bliver gjort til genstand for, vil kunne omsætte sig i en større *respekt* for saglighedsidealet. Dette argument er dog for mig at se mindre vægtigt, da mange beslutningstagere, i hvert fald med juridisk uddannelse, må forudsættes at kende læren om magtfordrejning eller i hvert fald de moderne formålsbetragtninger. Det afgørende er her, at disse aktører indpodes og konfronteres med klare teoretiske budskaber og praktiske bedømmelser. En øget opmærksomhed på dette problem er en af hovedpointerne i min analyse af teori og praksis.

Selv om denne klarhed efter min opfattelse først og fremmest skal tilvejebringes af teori og praksis, kan lovgiver givetvis i grundlaget for en løs lovramme om magtfordrejning bidrage til en tydeliggørelse af bl.a. det subjektive aspekt. Det lovforberende arbejde er et oplagt forum for en præcisering af magtfordrejning også i denne henseende. Et retligt argument for en lovbasis er således, at den vil forudsætte en struktureret og opklarende bearbejdelse af magtfordrejningsbegrebets position og anvendelse. Det *tilskud* til retskildemængden og vidensgrundlaget, som et sådant forarbejde ville repræsentere, kunne vise sig at være af stor retlig betydning som fortolkningsbidrag. Den lange overvejelsesfase, der gik forud for vedtagelsen af den almindelige sagsbehandlingslovgivning kastede en nuancering af de bekræftede regler og principper af sig.⁴³⁾

Risiko for tab af fleksibilitet

Disse argumenter skal først og fremmest afvejes over for vigtigheden af at bevare magtfordrejningsbegrebets fleksibilitet og dynamik. Begrebets tilpasningsevne og den dermed forbundne holdbarhed er essentiel, og en lovfæstelse kan derfor *højest* bestå i at formulere læren om usaglige formål som en tekst, som i sig selv er fleksibel og dynamisk. Dette ville tillade konkrete ændringer i opfattelsen af f.eks. sagligheden af det finansielle formål at slå igennem uden lovrevision. Selv om lovgiver er nødsaget til at anvende relativt upræcise formuleringer i en eventuel kodifikationslov, vil der inden for denne ramme være valgmuligheder.

Et eksempel på en helt abstrakt formular findes i den svenske forfatning, som i løbet af 1970'erne blev udvidet til at omfatte målsætninger for administrativ virksomhed. Den svenske model vil også kunne anvendes i en almindelig dansk lov. Det fremgår af Regeringsformens (RF) kapitel 1 § 9:

43. Se herom f.eks. Carl Aage Nørgaard og Jens Garde (1995) p. 21 f.

"Domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andre som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttaga *saklighet* och *opartiskhet*".

Forbudet mod magtfordrejning er her kogt helt ned til et krav om iagttagelse af saglighed, som ganske vist er sidestillet bl.a. med et krav om habilitet. Der er herudover ingen vejledning at hente i bestemmelsens ordlyd.⁴⁴⁾

For mig at se vil selv en minimalistisk formel af denne art kunne bidrage til en synliggørelse og underliggende præcisering af magtfordrejningslæren. Udover at vælge en lidt mere udførlig klausul jf. aftalelovens § 36 kunne lovgiver overveje alternative vendinger eventuelt med en *subjektiv* klang. Et led i en fremtidig generel målsætning i lovsform kunne være en signalering af, at forvaltningen i sin virksomhed ikke må lade sig motivere af usaglige formål.

44. Se om denne bestemmelse f.eks. Erik Holmberg og Nils Stjernquist (1998) p. 45 f. I Sverige har også legalitetsprincippet konstitutionel forankring jf. RF kapitel 1 § 1.

Kapitel VI

Afslutning

IV.A. Rekapitulation

Inden for det valgte udsnit af den retlige virkelighed har jeg i det foregående beskæftiget mig med faktorer af betydning for grundbegrebet magtfordrejning. Mit mål har været at udpege og vurdere nogle af de impulser, som begrebet har modtaget fra teori, praksis og lovgivning snarere end f.eks. at give udtømmende samfundsmæssige forklaringer på de fremdragne forandringer.

IV.A.1. Subjektiv magtfordrejning

Min behandling af emnet er i første række bygget op som en kritik af den normative omstilling af magtfordrejningsbegrebet, som har fundet sted i meget af nyere dansk forvaltningsretlig teori. Min hovedindvending går på, at begrebet er blevet overdrevent teknisk. Teorien har for mig at se dermed et medansvar for den herskende *sløring* af de subjektive krav til forvaltningens virksomhed. Min anbefaling af en subjektiv magtfordrejningslære går i mod den generelle tendens i nyere teori til en opprioritering af systemtankegange fremfor retssikkerhed.¹⁾

Teoretisk afklaring som selvstændigt mål

Udgangspunktet for den teoretiske forvaltningsret må på dette punkt være et ideal om, at alle led i den administrative beslutningsproces skal opfylde kravet om saglighed. En forvalter kan have haft usaglige interesser for øje, uden at disse behøver at fremtræde som objektive præmisser for den konkrete afgørelse, og det er derfor ikke nok at kræve, at forvaltningsafgørelser udadtil kan legitimeres som lovlige og rigtige. For så vidt angår spørgsmålet om doktrinens potentielle bidrag til retskulturen er det min antagelse, at en explicit formulering af et almindeligt forbud mod subjektiv magtfordrejning i sig selv ville kunne tilskynde visse offentlige beslutningstagere til at ræsonnere og agere på en saglig måde. Teorien bør i hvert fald gøre sit til, at magtfordrejningsbegrebet *opstrammes*, og at dets særlige anvendelsesmuligheder ikke går i glemmebogen. Moderne teori kan vælge at vise vejen fremfor f.eks. slavisk at gå i domstolenes fodspor.

1. Se Karsten Revsbech (1992) p. 65 jf. 69.

Behov for nuanceret forvaltningskontrol

Afhandlingen forholder sig herudover kritisk over for nogle af de valg, som domstolene har truffet i forhold til prøvelsen af forvaltningens varetagelse af uvedkommende formål. Den forsigtige prøvelsesstil er efter min opfattelse ikke en retlig nødvendighed og indgår ikke som del af de forholdsvis løse rammer, som grundlovens § 63 stk. 1 sætter om den judicielle forvaltningskontrol. Der er efter min opfattelse grund til at efterlyse, at dommerne tager bladet fra munden og i højere grad viser initiativ til at evaluere forvaltningens motivationer.

Det er vigtigt, at ikke kun ombudsmandsinstitutionen men også de almindelige domstole i forvaltningsscensuren stræber efter at benytte *hele* karakterskalaen, herunder om nødvendigt "bundkarakteren" magtfordrejning. Min indstilling er selvsagt ikke, at prøvelsesmyndighedernes forkærlighed for en hjemmelsprøvelse i alle tilfælde kan og bør afløses af en magtfordrejningsprøvelse. Jeg ønsker heller ikke at sætte spørgsmålstejn ved magtfordrejningstankegangens oplagte slægtskab med mange andre prøvelsesteknikker.²⁾ Min pointe er blot at fremhæve, at det subjektive budskab ikke genfindes med lige så stor kraft og potentiel tydelighed i andre forvaltningsretlige grundbegreber.

En *ren* objektiv forståelse og anvendelse af læren om ulovlige formål betyder, at læren opsluges af den almindelige hjemmelskontrol. Udvidelsen af sidstnævnte prøvelsesgrundlag er i dansk ret ved at nå et punkt, hvor grundlaget synes så altfavnende, at det af og til er intetsigende. En subjektiv prøvelsesmodel giver mulighed for at *differentiere* mellem en kritik af en undskyldelig hjemmelsmangel og en fordømmelse af et uacceptabelt motiv. Et usagligt underliggende formål bør ydermere på grund af sin (ofte) fordækte karakter mødes med en stærkere og mere stigmatiserende sanktion end en tør konstatering af en hjemmelsmangel. Ved at fastholde læren om subjektiv magtfordrejning som en særskilt mangelskategori kan en kvalitativ forfladigelse af kontrollen med øvrigheden modvirkes.

VI.A.2. Dynamisk saglighed

Forbudet mod egennyttige formål af forskellig art har været konstant i praksis og må også fremover forventes at blive fastholdt. Det er herudover en iagttagelse i undersøgelsen af magtfordrejningslærens position i rets- og lovgivningspraksis, at holdningen til det finansielle formål er mere *dynamisk*. En vis opblødning i den retlige bedømmelse af forvaltningens skelen til samfundsøkonomiske interesser synes at have fundet sted. Det er min vurdering, at offentlige myndigheder formentlig i det hele taget går en noget større bevægelsesfrihed på dette område i møde. Det er en generel begrebsmæssig antagelse i afhandlingen, at en typologi kan fungere på både et subjektivt og objektivt niveau.

2. Se om magtfordrejningslærens samspil med nyere prøvelsesgrundlag, herunder kravet om et vist mindstemål at administrativ forsvarlighed, f.eks. Erik Boe (1994) p. 339 ff.

Det tydelige mønster i lovgivningsmagts regulering af hensynet til inddrivelse af offentlig gæld er brugt som et eksempel på, at lovgivning kan have en indirekte generel indvirkning på magtfordrejningsfiguren. Afhandlingen udelukker ikke, at der findes andre delområder, hvor der vil kunne identificeres almene retsdannelser af relevans. Mit ærinde er i den forbindelse mere principielt at imødegå den gængse tilgang til magtfordrejning som en uskreven grundsætning, der antages at være immun over for en afsmitning fra f.eks. særlovgivningens mange budskaber om saglighed. En retskildemæssig *smidiggørelse* af magtfordrejningstænkningen er efter min opfattelse her på sin plads.

VI.B. Perspektivering

Det var afhandlingens hovedpointer. Det følgende er et slags efterskrift, som i en lidt løsere form peger på visse udviklingstendenser på tilgrænsende områder og på en række yderligere fremtidsudsigter.

VI.B.1. Udviklingen på tilgrænsende områder

Der er også på andre områder end magtfordrejningslæren fokus på magtfulde aktørers motiver og på forvaltningens finansielle engagement. Jeg behandler i alt fire eksempler, som to og to sætter dele af afhandlingens hovedtemaer ind i et større retligt perspektiv.

Kontrol af lovgivers motivation

Spørgsmålet om magtfordrejende lovgivning har allerede jeg været ind på i II.A.3. Af interesse for mit indlæg til støtte for en øget opmærksomhed på brugbarheden af *subjektive* tankegange er Højesterets dom af 19. februar 1999 i Tvind-sagen.

Højesteret tilsidesatte heri som bekendt en lovbestemmelse som grundlovsstridig med henvisning til grundlovens § 3, 3. pkt. Der blev i præmisserne bl.a. refereret til den almindelige opfattelse i den forfatningsretlige litteratur i relation til spørgsmålet om singulær lovgivning. Set ud fra mit perspektiv er dommen navnlig bemærkelsesværdig, fordi den er udtryk for en *overførsel* af den subjektive lære om magtfordrejning til en helt anden disciplin. Dette er også bemærket af andre:

"Når Højesteret ... med sit referat fra lovforslagets bemærkninger ... pointerer det motiv, der har ligget lovgivningsmagten på sinde - den generelle mistillid til Tvind-skolernes vilje til at administrere offentlige tilskud i overensstemmelse med lovgivningen - ledes tanken i retning af ... lovgivers magtfordrejning."³⁾

Det var lovgivningsmagts bevæggrunde bag ønsket om at foretage ændringer af friskolelovgivningen, som af Højesteret blev underkastet en prøvelse. Der

3. Jf. Jens Peter Christensen og Michael Hansen Jensen (1999) p. 232.

opstod *ingen* bevisvanskeligheder under retssagen, da lovgivers intentioner var nedfældet i forarbejderne. Dommen er i den forbindelse et godt eksempel, at en eftersøgen af dybereliggende indstillinger ikke altid er umulig.

EU-magtfordrejning

Spørgsmålet om subjektiv/objektiv magtfordrejning er også blevet rejst i forbindelse med EU-traktatens artikel 173. Bestemmelsen giver EF-domstolen mulighed for at tage stilling til, om unionsinstitutionernes retsakter er behæftet med uvedkommende formål. Artiklen lyder bl.a.:

"Domstolen prøver lovligheden af retsakter vedtaget af ... I denne henseende har den kompetence til at udtale sig om klager, der af en Medlemsstat, af Rådet eller af Kommissionen indbringes under påberåbelse af inkompetence, væsentlige formelle mangler, overtrædelse af denne traktat eller af retsregler vedrørende dens gennemførelse, samt af *magtfordrejning*" (her fremhævet).

Udtrykket "overtrædelse af denne traktat eller af retsregler vedrørende dens gennemførelse" refererer til indholdsmangler. Det er fastslået af Domstolen, at magtfordrejning i traktatens forstand er et selvstændigt fællesskabsretligt begreb. Den EU-retlige udvikling er skildret som en *rivalisering* mellem det tyske begreb "Ermessensmissbrauch", som er overvejende objektivt, og den franske lære om "détournement de pouvoir", som jo oprindeligt er klart subjektiv. Der har også været røster fremme om, at man skulle arbejde for en fælles konstruktion. Begrebet måtte altså i den første fase forstås som summen af de oprindelige seks nationale magtfordrejningsbegreber.⁴⁾

Domstolens valg synes umiddelbart at være faldet ud til fordel for den tyske linie. Standardformuleringen på dette område er således, at en beslutning kun kan underkendes som magtfordrejende, når det på grund af:

"... *objektive*, relevante og samstemmende indicer må antages, at den er truffet til forfølgelse af andre mål end dem, der er angivet" (her fremhævet).⁵⁾

Den danske lære om magtfordrejning er opstået i en tid *før* et fællesskabsretligt samarbejde men er siden blevet modtagelig over for *påvirkning*. Spørgsmålet om EU-rettens indvirkning på dansk magtfordrejningspraksis kan bl.a. opstå i de tilfælde, hvor et dansk forvaltningsorgan administrerer direkte på grundlag af fællesskabsregler eller dog på grundlag af en lov eller bekendtgørelse, der gennemfører f.eks. et EU-direktiv.⁶⁾

4. Se f.eks. Fernand Schockweiler (1990) p. 435 ff. og Peter Baumann (1965) p. 84 ff.

5. Jf. f.eks. sag 69/83, Charles Lux, saml. 1984 p. 2447 præmis 30.

6. Se herom f.eks. Niels Fenger (1998) p. 46 ff. og Hans Petter Graver (1996a) p. 87 f.

Hjemmelskrav ved opkrævning af gebyrer

Det antages at følge af legalitetsprincippet, at forvaltningen ikke uden klar bemyndigelse kan opkræve afgifter, der giver forvaltningen indtægter. Denne del af hjemmelskravet har jeg strejft indledningsvis i IV.C.4. Spørgsmålet om offentlige økonomiske interesser kan give anledning til overveje, om der en sammenhæng mellem den retlige vurdering af gebyropkrævning på grundlag af almindelige hjemmelsovervejelser og den retlige vurdering af en (mere indirekte) varetagelse af forvaltningsøkonomiske formål i forbindelse med udøvelse af administrative skøn.

Tendensen til større eftergivenhed over for finansiel udfyldning af upræcise bestemmelser i lov og bekendtgørelser *genfindes* i nogen grad på området for gebyrer, hvor dele af nyere praksis kan tolkes som udtryk for en vis lempelse af hjemmelskravet. I f.eks. U 93.757 H anerkendte såvel lands- som højesteret, at betaling af gebyrer for nummerplader, kørekort og pas var tilstrækkeligt hjemlet i færdselsloven og pasloven. Højesterets flertal var åbne over for et udvidet afgiftsbegreb og tillod hensyntagen til udgifter af mere generel art, som efter et rimeligt skøn medgik til administrationen af de pågældende områder.⁷⁾

Forvaltningens tilrettelæggelse af sagsoplysningen

Spørgsmålet om legitimiteten af finansielle kriterier kan endelig også opstå i forbindelse med f.eks. forvaltningens pligt til sagsoplysning. Der er tale om et vanskeligt spørgsmål, ikke mindst når rækkevidden af kravet om forsvarlig oplysning skal konkretiseres. Der gælder dog uden tvivl en officialmaksime:

"Det er helt grundlæggende princip i dansk forvaltningsret, at det påhviler den enkelte forvaltningsmyndighed selv, eventuelt i samarbejde med andre myndigheder, at fremskaffe fornødne oplysninger om de foreliggende sager" jf. Justitsministeriets vejledning til forvaltningsloven pkt. 199.

Princippet er ikke lovfæstet men hviler på et uskrevent og som udgangspunkt fleksibelt grundlag. Det antages, at kravene til forvaltningens oplysningsindsats skærpes i forbindelse med udøvelse af skøn jf. f.eks. FOB 94.56. Det er en af grundene til, at skønsudøvelse ofte betegnes som særligt ressourcekrævende. Jeg har i skrivende stund ikke overblik over, om der f.eks. i retspraksis kan spores tegn på stigende accept af økonomiske (f.eks. besparelsesmæssige) hensyn som grundlag for *reducerede* bestræbelser på at afklare sagsfaktum. I teorien er der peget på, at kravene til forvaltningens oplysningsindsats *generelt* er stigende.⁸⁾

7. Se om sagen f.eks. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. (1994) p. 212. Se for et nyere eksempel på spørgsmålet om privat betaling i forbindelse med folkeskoleelevers deltagelse i lejrskoler FOB 97.345. Se om brugerbetaling i almindelighed f.eks. betænkning nr. 1366 af 1998 om fordeling af opgaver i den offentlige sektor p. 130 ff.

8. Se Bent Christensen (1994) p. 204.

IV.B.2. Fremtidsudsigter

Der er efter min opfattelse ikke tvivl om, at saglighedsterminologien er kommet for at blive både i forvaltningsretten og i mange andre retlige sammenhænge. Dette er ikke ensbetydende med, at en subjektiv kontrol af forvaltningens virksomhed dermed funktionelt er udelukket. Den vil blot kunne blive gennemført i saglighedsterminologiens former. Det er imidlertid mit håb, at magtfordrejning som term *også* vil blive anvendt i prøvelsessproget. En udtrykkelig misbilligelse kan undertiden være et konstruktivt element i en retlig stillingtagen.

Politisering

Den offentlige administration er under markant forandring og modernisering. Mange af disse forandringer vil kunne påvirke magtfordrejningsgrundsætningens fremtidige rolle. Den klassiske fordring om f.eks. upolitiske forvaltningsafgørelser er et led i magtfordrejningstankegangen, som formentlig vil miste betydning i og med, at lovgiver giver forvaltningen større politisk handlefrihed:

"Politikerne ... har i stigende grad gitt ambisiøse mål for forvaltningen, og utstyrt forvaltningen med de nødvendige fullmakter for å strebe efter disse målene. Dette har medført at lover som regulerer forvaltningens opgaver ofte ikke gir særlig konkrete handlingsanvisninger ... De sentrale politiske organer har ofte *unnlatt* å foreta nødvendige avveininger for å overlate dem til f.eks. *lokale* politiske organer ... Alt dette innebærer at det ofte ikke er rettslige vurderinger som er utgangspunktet for forvaltningens opptreden. I stedet bliver andre typer av vurderinger avgjørende, som ... *politiske* og *etiske* vurderinger" (her fremhævet).⁹⁾

Følgen heraf er, at forvaltningen generelt får en friere stilling på bekostning af den centrale politiske styring. På den anden side vil kravet om saglige afgørelser uden tvivl vedblive med at være centralt på mange specifikke områder. Det er f.eks. svært at forestille sig, at det fremover vil blive legitimt at tillægge partipolitisk eller fagforeningsmæssigt tilhørsforhold betydning i skønsmæssige beslutninger om ansættelse og afskedigelse. Udviklingen vil på dette punkt snarere gå i retning af yderligere bindinger af forvaltningen.

Privatisering

Et spørgsmål af stor betydning for den juridiske tilgang til den offentlige forvaltning er privatisering.¹⁰⁾ Udvidelsen af forvaltningens opgaver til at omfatte privatretlige virkemidler og forvaltningens stigende aktivitet som markedsaktør er generelt med til at bryde det rollemønste, som den traditionelle forvaltningsret har for øje. Dette kan i sig selv pege frem mod en nedgang i magtfordrejningsfigurens betydning i moderne forvaltningsret. Den hidtidige

9. Jf. Hans Peter Graver (1996) p. 12.

10. Se f.eks. Hans Gammeltoft-Hansen (1991) p. 260. Forvaltningsrettens muligheder for at tilpasse sig denne nye virkelighed drøftes generelt af Rodney Austin (1997) p. 31 ff.

formål illustrerer dog, at der er tale om en tilpasningsdygtig retsgrundsætning. Kravet om saglige forvaltningsafgørelser har således f.eks. vist sig meget mindre afhængigt af en skarp grænsedragning mellem offentligt og privat, end man kunne have forventet.

Elektronisk forvaltning

I modsætning hertil vil en automatisering af forvaltningens afgørelsesvirksomhed konfrontere magtfordrejningslæren med fundamentale vanskeligheder. Et oplagt problem er, at en saglig og konkret udfyldning af retlige nultekster i særlig grad kræver et menneskeligt nærvær. Ud over at en elektronisk skønsudøvelse i givet fald må forudsætte en meget avanceret teknologi er det spørgsmålet, om en sådan aflastning af offentlige beslutningstagere overhovedet er ønskelig. Et subjektivt magtfordrejningsbegreb, og den hermed forbundne ansvarsproblematik, giver ikke meget mening, hvis en given usaglig afgørelse kun kan tilbageføres til en maskine, og ikke til en fysisk person. En anvendelse af informationsteknologi er langt mindre problematisk på området for de fuldt lovbundne afgørelser.

På vej mod nye forvandlinger

Uanset hvad fremtiden vil bringe, er det sidste ord om emnet næppe sagt. Denne bog er et forsøg på at puste liv i bl.a. den teoretiske forståelse og skildring af magtfordrejning. Der kan herudover peges på, at udvidelsen af ombudsmandens kompetence over for den store kommunale del af forvaltningen måske vil skabe fornyet praktisk interesse for begrebet. Det bliver i hvert fald spændende at følge ombudsmandsinstitutionens saglighedssynspunkter på også dette område.

Meget tyder på, at magtfordrejningsbegrebets forvandling ikke er forbi.

Litteraturfortegnelse

Andersen, Jon og Elizabeth Bøggild Nielsen (1999), "Partshøringsreglernes anvendelse i personalesager", UfR 1999 B pp. 25-33.

Andersen, Jon (1997), "Forvaltningsret. Sagsbehandling, hjemmel, prøvelse".

Andersen, Jon (1996), "Lov nr. 473 af 12.6.1996 om Folketingets Ombudsmand", Juristen 1996 pp. 320-334.

Andersen, Jon (1989), "Anmeldelse. Forvaltningsret", Juristen pp. 306-310.

Andersen, Mads Bryde (1997), "Praktisk aftaleret".

Andersen, Poul (1965), "Dansk forvaltningsret".

Andersen, Poul (1965a), "Forsinkelser i den offentlige Forvaltning", Juristen pp. 193-207.

Andersen, Poul (1938), "Offentligretligt erstatningsansvar".

Andersen, Poul (1935), "Misbrug af Administrations frie Skøn i det Offentliges finansielle Interesse", UfR B pp. 17-46.

Andersen, Poul (1924), "Om ugyldige forvaltningsakter".

Anker, Helle Tegner (1996), "Miljøretlig regulering på landbrugsområdet".

Auby, Jean-Marie (1989), "Droit public".

Auby, Jean-Marie (1970), "The Abuse of Power in French Administrative Law", *American Journal of Comparative Law* pp. 549-564.

Auby, Jean Marie og Roland Drago (1984), "Traité de contentieux administratif".

Austin, Rodney (1997), "Administrative Law's Reaction to the Changing Concepts of Public Service", i Peter Leyland og Terry Woods (red.) "Administrative Law Facing the Future: Old Constraints and New Horizons".

Axberger, Hans Gunnar (1996), "Det allmänna rättsmedvetandet".

Basse, Ellen Margrethe (1987), "Miljøankenævnet. En analyse af nævnets organisation, arbejdsgrundlag og funktionsmåde ud fra retlige og andre samfundsvidenskabelige synsvinkler".

Baumann, Peter (1965), "Annulationssøgsmålet i Det europæiske økonomiske Fællesskab".

Bell, John (1986), "The Expansion of Judicial Review Over Discetionary Powers in France", *Public Law* pp. 99-121.

Berg, Bendt (1998), "Almindelig forvaltningsret".

Bernt, Jan Fridthjof (1984), "Forvaltningsrett underveis", *TfR* pp. 132-169.

Bernt, Jan Fridthjof (1978), "Utenforliggende hensyn som ugyldighetsgrunn", *TfR* pp. 241-348.

Bjerring, Jørgen og Gorm Møller (1998), "Miløbeskyttelsesloven af 1991 med kommentarer".

Blume, Peter (1998), "Den nye forvaltning", *Juristen* pp. 108-115.

Blume, Peter (1995), "Faktisk virksomhed eller afgørelse", *NAT* p. 198-211.

Blume, Peter m.fl. (1990), "Retlig regulering".

Blume, Peter (1985), "Teorien i retspraksis", *Juristen* pp. 118-121.

Boe, Erik (1994), "Domstolskontroll med forvaltningen: Åpne lovfullmakter og Høyesteretts svar i 90-årene", *Lov og Rett* pp. 323-348.

Boe, Erik (1989), "Utviklingslinjer i forvaltningsretten", i Ellen Margrethe Basse (red.) "Regulering og styring. En juridisk teori og metodebog".

Boe, Erik (1978), "Ulovlige hensyn i forvaltningsretten", *TfR* pp. 349-401.

Brown, Neville L. og John S. Bell (1998), "French Administrative Law".

Bruun, Jørgen Rønnow (1996), "Usaglig afskedigelse".

Castberg, Frede (1955), "Innledning til forvaltningsretten".

Chapus, René (1990), "Droit administratif général".

Christensen, Bent (1997), "Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation".

Christensen, Bent (1994), "Forvaltningsret. Prøvelse".

Christensen, Bent (1991), "Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation"

Christensen, Bent (1987), "Legalitetsprincippet. Forvaltningens behov for bemyndigelse fra lovgivningsmagten", TfR pp. 163-196.

Christensen, Bent (1980), "Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål".

Christensen, Bent (1969), "Domstolsprøvelse i forvaltningsretten", UfR B pp. 297-309.

Christensen, Jens Peter (1997), "Ministeransvar".

Christensen, Jens Peter og Michael Hansen Jensen (1999), "Højesterets dom i Tvind-sagen", UfR B pp. 227-237.

Dalberg-Larsen, Jørgen (1994), "Lovene og livet".

Dalberg-Larsen, Jørgen (1984), "Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?"

Debbasch, Charles og Jean-Claude Ricci (1994), "Contentieux administratif".

Doublet, David R. og Jan Fridthjof Bernt (1993), "Retten og vitenskapen"

Dupois, Georges m. fl. (1996), "Droit administratif".

Eckhoff, Torstein (1993), "Rettskildelære".

Eckhoff, Torstein (1992), "Forvaltningsrett".

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith (1997), "Forvaltningsrett".

Emborg, Oluf og Peer Schaumburg-Müller (1998), "Offentlig arbejdsret".

Evald, Jens (1997), "Retskilderne og juridisk metode".

Eyben, W.E. von (1991), "Juridisk grundbog 1. Retskilderne".

Fenger, Niels (1998), "Introduktion til fællesskabsrettens påvirkning af dansk forvaltningsret".

Fernandez-Maublanc, Lucienne-Victoire (1992), "Le prétendu déclin du détournement de pouvoir", i "Etudes offertes à Jean-Marie Auby" pp. 239-248.

Foulkes, David (1995), "Administrative Law".

Gammeltoft-Hansen, Hans (1995), "Ombudsmandens prøvelsesbegrænsninger", i Peter Blume, Kirsten Ketscher, Steen Rønsholdt (red.) "Liv, arbejde og forvaltning" pp. 165-190.

Gammeltoft-Hansen, Hans (1993), "Værdipræmisser i forvaltningsretten", NAT pp. 104-113.

Gammeltoft-Hansen, Hans (1991), "Forvaltningsretten på vej mod år 2000", i Peter Blume, Ditlev Tamm, Vibeke Vindeløv (red.) "Suum Cuique" pp. 257-262.

Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl. (1994), "Forvaltningsret".

Garde, Jens m.fl. (1997), "Forvaltningsret. Almindelige emner".

Garde, Jens m.fl. (1989), "Forvaltningsret. Almindelige emner".

Germer, Peter (1995), "Statsforfatningsret".

Graver, Hans Petter (1996), "Materiell forvaltningsrett".

Graver, Hans Petter (1996a), "EF-rettens føringer på forvaltningsskjønnet i medlemsstatene", i "Nordisk forvaltningsrett i møte med EF-retten" pp. 75-98.

Gulmann, Claus og Karsten Hagel-Sørensen (1995), "EU-ret".

Heide-Jørgensen, Mogens (1993), "Den kommunale interesse. Studier over kommunalrettens utvikling".

Henrichsen, Carsten (1997), "Retssikkerhed og moderne forvaltning".

Henrichsen, Carsten (1996), "Domstolenes kontrol af administrativ skønsudøvelse", Retsvidenskabeligt Institut B Årsberetning pp. 189-208.

Henrichsen, Carsten (1996a), "Offentlig forvaltning I. Lærebog i forvaltningslære". Retsvidenskabeligt Institut B. Københavns Universitet.

Henrichsen, Carsten, (1989), "Magtfordrejning i Tamilsagen", Retsvidenskabeligt Institut B Årsberetning pp. 81-85.

Herlitz, Niels (1958), "Poul Andersen 70 år", NAT 143-150.

Holmberg, Erik og Nils Stjernquist (1998), "Vår författning".

Hurwitz, Stephan (1962), "Kritik af skønsmæssige afgørelser", Lov og rett pp. 21-25.

Innjord, Frode (1996), "Hva er vakkert? Domstolskontroll med forvaltningsvedtak når forvaltningens kompetanse er angitt med vage og/eller skjønnspregede ord og uttrykk", Jussens Venner pp. 161-194.

Jensen, Claus Haagen og Carl Aage Nørgaard (1984), "Administration og borger".

Jensen, Svend Gram (1989), "Almindelig retslære. En introduktion".

Jessen, Michael Møllegaard (1998), "Myndighedsinhabilitet - særligt i byggesager", *Juristen* pp. 89-98.

Ketscher, Kirsten (1998), "Socialret. Almindelige principper. Retssikkerhed og administration".

Ketscher, Kirsten og Steen Rønsholdt (1987), "Offentlig ret: retsanvendelse og retssikkerhed - en introduktion".

Kleinemann, Jan (1995), "Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla", *Juridisk tidsskrift* 1994-95 pp. 621-646.

Knoph, Ragnar (1921), "Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett".

Knudsen, Tim (1995), "Dansk statsbygning".

Koch, Pernille Boye og Michael Gøtze (1998), "Grundlovsfæstelse af forvaltningsidealer", *Retsvidenskabeligt Institut B Årsberetning* pp. 107-122.

Krarup, Ole (1969), "Øvrighedsmyndighedens grænser".

Krarup, Ole og Jørgen Mathiassen (1976), "Elementær forvaltningsret".

Kristiansen, Jens (1997), "Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret".

Langsted, Lars Bo (1995), "Næringsforbud som inddrivelsesmiddel - ny variant", *Juristen* pp. 28-30.

Langsted, Lars Bo (1994), "Næringsforbud som inddrivelsesmiddel", *Juristen* pp. 181-198.

Larsen, Bent Unmack (1997), "Noget om såkaldt myndighedsinhabilitet", *Juristen* pp. 241-246.

Larsen, Øjvind (1996), "Forvaltning, etik og demokrati".

Laubadère, André de m.fl. (1994), "Traité de droit administratif".

Lemasurier, Jeanne (1959), "La preuve dans le détournement de pouvoir", *Revue du droit public et de la science politique* pp. 37-66.

Madsen, Helle Bødker og Tom Latrup-Pedersen (1993), "Inddrivelse af offentlige fordringer", *UfR B* pp. 56-63.

Mathiassen, Jørgen (1992), "Forvaltningsret", *Juristen* pp. 140-143.

Mathiassen, Jørgen (1975), "Juridisk grundbog I".

Matzen, Henning (1909), "Den danske statsforfatningsret", 3. del.

Morand-Devilier, Jacqueline (1995), "Cours de droit administratif".

Nielsen, Lars Nordskov (1992), "Nutidig udformning af grundrettighederne", i Niels Helveg Petersen (red.) "På sporet af den nye grundlov".

Nielsen, Ruth (1989), "Retskilderne".

Nørgaard, Carl Aage (1965), "Bemærkninger om domstolenes stilling til en lighedsgrundsætning i dansk forvaltningsret", *Juristen* pp. 1-19.

Nørgaard, Carl Aage og Jens Garde (1995), "Forvaltningsret. Sagsbehandling".

Pedersen, Erik (1987), "Miljøbeskyttelseslovens § 1 stk. 3 i konkrete miljørager". Juristen pp. 24-37.

Petrén, Gustaf (1958), "Poul Andersen 70 år", TfR pp. 193-197.

Rasmussen, Hjalte (1995), "EU-ret i kontekst".

Revsbech, Karsten (1996), "Lærebog i miljøret".

Revsbech, Karsten (1993), "Mere om værdipræmisser i forvaltningsretten", NAT pp. 505-511.

Revsbech, Karsten (1992), "Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlige teori".

Revsbech, Karsten (1992a), "Om specialitetsprincipperne igen", UfR B pp. 166-168.

Revsbech, Karsten (1991), "Lovgivers magtfordrejning i dansk forfatningsret", TfR pp. 50-65.

Revsbech, Karsten (1991a), "Om rækkevidden af forvaltningsrettens specialitetsprincipper m.v.", UfR B pp. 265-271.

Ricci, Jean-Claude (1995), "Mémento de la jurisprudence administrative".

Rivero, Jean et Jean Waline (1996), "Droit administratif".

Ross, Alf (1953), "Om ret og retfærdighed".

Rønsholdt, Steen (1999), "The Concepts of Abuse of Power and the Subjective Intention of the Executive" i Peter Blume (red.) "Legal Issues at the Dawn of the New Millennium" - *under udgivelse*.

Rønsholdt, Steen (1987), "Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet".

Rønsholdt, Steen (1985), "Det almindelige tilsyn som værn mod kommunal magtfordrejning", *Juristen* pp. 208-228.

Rønsholdt, Steen (1983), "Om Københavns kommunes styrelsesordning", *Juristen* pp. 217-231.

Schockweiler, Fernand (1990), "La notion de détournement de pouvoir en droit communautaire", *Actualité juridique droit administratif* pp. 435-443.

Skoghøy, Jens Edvin (1996), "Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk", *Lov og Rett* nr. 4 pp. 209-210.

Smith, Eivind (1986), "Détournement de pouvoir omkring 1920 og i dag", i *Festskrift til Torsten Eckhoff* pp. 615-629.

Smith, Eivind (1981), "Lovlige og ulovlige hensyn ved ansettelse av offentlige tjenestemenn", *Lov og rett* pp. 275-292.

Spiermann, Ole (1995), "Den almindelige forvaltningsretlige lighedsgrundsætning", *Juristen* pp. 417-443.

Strömholm, Stig (1988), "Rätt, rättskällor och rättstillämpning".

Stuer Lauridsen, Preben (1992), "Om ret og retsvidenskab".

Stuer Lauridsen, Preben (1977), "Retslæren".

Sørensen, Max (1950), "Kan domstolene efterprøve forvaltningens skønsmæssige afgørelser", *UfR B* pp. 273-295.

Trotabas, Louis og Paul Isoart (1996), "Droit public".

Ussing, Johannes (1893), "Om Afgørelsen af Tvistigheder med Forvaltningen. Særlig om Administrative Retter".

Vedel, Georges og Pierre Devolvé (1993), "Droit administratif".

Vedsted-Hansen, Jens (1992), "Om specialitetsprincipper og samvirke påny", UfR B pp. 304-305.

Vedsted-Hansen, Jens (1991), "Specialitetsprincipperne og forvaltningsmyndighedernes samvirke", UfR B pp. 436-443.

Victorin, Åke (1956), "Illojal maktanvänding", Förvaltningsrättslig Tidskrift pp. 29-58.

Vidal, Roger (1952), "L'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative", Revue du droit public et de la science politique pp. 275-316.

Vogter, John (1998), "Offentlighedsloven med kommentarer".

Vogter, John (1992), "Forvaltningsloven med kommentarer".

Wade, William og Christopher Forsyth (1994), "Administrative Law".

Wegener, Morten (1994), "Juridisk metode".

Yousry, Lily (1989), "Le contrôle de détournement de pouvoir", Revue française de droit administratif pp. 545-553.

Zahle, Henrik (1995), "Dansk forfatningsret I".

Zahle, Henrik (1995a), "EU og retsteori", Retfærd nr. 1 p. 88-91.

Zahle, Henrik (1995b), "Forskningsetik og juridisk forskning", Juristen pp. 352-278.

Zahle, Henrik (1988), "Kommunal inhabilitet", UfR B pp. 25-31.

Zahle, Henrik (1976), "Om det juridiske bevis".

Ørstrup, Christian (1992), "Frakendelse af retten til at udøve advokatvirksomhed", Advokaten p. 70.

Stikordsregister

A

abstrakt budskab	16, 132
administrativ konvensiens	146
administrativ praksis som retskilde	28 f.
administrativ rekurs	29, 51
affaldsdommen	88, 146, 152 ff.
afgørelsesbegreb	39, 90, 141, 187
afklaring	15, 191
afskedigelse	42, 58, 70, 121, 140, 141, 154, 159, 182, 196
aftaleloven	161, 185
afvejning	18, 166, 167, 174
alkohollovgivning	58
almindelig forvaltningsret	16
almene kriterier	90, 146, 171
almennyttige formål	16, 19, 134, 144, 192
ansættelse	15, 58, 141 f., 159, 196
antennesagen	128, 147 f.
anvendelsesområde	62 f., 160 f.
arbejdsgivers magtfordrejning	38, 42, 141
arbejdsret	38, 159, 186
autorisationslovgivning	174 ff.

B

bearbejdet reprise	50, 85 ff.
begrundelse	18, 41, 45, 120, 156, 181 ff.
bemyndigelse	34, 60, 64 f.
beslutningsmodel	80
bevis for magtfordrejning	21, 37, 43, 54, 129 ff., 178, 182, 193
bopælskrav	149, 151 ff.
borgerbehov	162
børnepasningssagen	182 f.

C

chikane	17, 69
cigarhandlerdommen	136
cover-up	88

D

dametøjssagen	149 f.
de 7 veje	49, 79, 83 ff., 106
decentralisering	51
definition	43, 45 ff., 73, 87
delegation	17, 33
den formelle lovs princip	60
détournement de pouvoir	23, 40, 45, 50 ff., 194
dobbelthed	15, 20, 71
doktrin	35, 59, 110
doktrin som retskilde	25 ff., 102 f., 156, 191
domspraksis som retskilde	22, 24 ff.
domstolsperspektiv	49, 52, 68, 78 f.

E

egennyttige formål	16, 24, 44, 55, 92, 136, 158, 171, 192
ekspropriation	37, 101, 117
elektronisk forvaltning	196
empiri	21
enevælde	31, 32, 33, 38, 137
engelsk ret	24, 45 f.
enkeltbestemmelser	169, 174
Esbjergsagerne	139 f.
EU-ret	24, 47, 170, 171, 193

F

fagforeningsmagtfordrejning	58, 67, 69, 139 ff., 171, 196
faktum	53, 144, 195
finansielle formål	20, 22 f., 37, 55, 67, 86, 92 f., 138, 144, 171, 174, 192, 195
Folketingets Ombudsmand	48, 64, 79, 111 ff., 156 f., 161 ff., 166, 187, 197
- som retskilde	27 f.

forarbejder	17, 36, 83 f., 89, 169
forbudsmodel	34, 81
fordrejning	37, 46
forebyggelse	114 f.
foregreben magtfordrejning	179
forfatningsret	37
forforståelse	20
forholdets natur som retskilde	26 f.
formel forvaltningsret	18, 29, 37, 48, 62, 177 ff., 184, 187
formålsparagraf	169, 170, 172 ff., 184
formålssammenligning	35 ff.
forsinkelsesbegreb	124, 126
fortolkning	17, 71, 80 f., 83, 97 ff.
forvaltningsdomstol	50, 56, 68
forvaltningsloven	29, 133, 141, 177 f., 186
fransk ret	19, 24, 50 ff., 95, 105, 194
frihedsrettigheder	32
Frøstruplejrsagen	98 ff.
fænomenet magtfordrejning	21, 43, 87, 89, 115, 146
førsteinstansperspektiv	27, 34, 40, 49, 54, 64, 79, 101

G

garantihensyn	178, 181
gebyr	145, 195
god forvaltningsskik	25, 163 f.
grovhed	22, 52, 55, 91, 104, 122, 129, 159
grundbegreb	15, 39
grundlovens § 63	32, 63, 72, 192
grundlovsfæstelse	185
grænseflade	18, 58, 145 f., 169, 193

H

helhedssyn	96
hjemmelskravet	31, 60, 145, 195
hjemmelsorientering	40, 49, 53, 67, 78 ff., 192
hjemmelsspørgsmål	49, 79
hæderlighedsstandard	48, 105

I

ideologi	19, 31, 34, 35, 38, 132, 161
inddrivelse af offentlig gæld	149, 154 f., 174 ff., 192
indholdsteori	41 ff.
indignationskraft	110
inhabilitet	18, 133, 135, 177 ff., 190
institutionelt perspektiv	52, 91, 126, 164 ff., 178
intern regulering	17, 83, 89
Ishøjsagen	128

J

judiciabilitet	76
----------------	----

K

karakter- og kritikskala	111, 192
kassetænkning	147
klassisk magtfordrejning	47, 68 ff., 85
kodifikation	29, 169, 177, 181, 185, 189
kombinerede kriterier	50, 55, 90, 100 ff., 147, 162 f.
kombineret variant	50, 85 ff., 156
kommunal magtfordrejning	16, 28, 86 f., 91, 93, 146, 159, 166, 197
kommunekontrol	91, 166 f.
komparativ ret	19, 24
kongeloven	32
korruption	21, 45, 69
kulturbysagen	140

L

Lalandiasagen	148 f.
legalitetsprincip	18, 37, 58 ff., 145, 194
legitimationsteknik	39 ff.
lighedsprincip	18, 83, 139, 141, 171, 184, 186
lovbrud	188
lovbunden forvaltningsakt	70, 187, 197
loven som retskilde	29
lovfortolkning	97 ff.
lovgivers magtfordrejning	37, 193
lovgivervilje	35 f.

lovgivning på tværs	132 f., 171 ff., 174, 180, 192
lovramme om magtfordrening	23, 29, 184 ff.

M

magt	33, 37, 45, 53, 70, 138
magtfordeling	32, 61
magtudvalg	141
margarinesagen	151 f.
maskering	22, 43, 52, 54, 88, 130, 182 ff., 192
materiel forvaltningsret	17, 18, 29, 37, 48, 62, 187
metaniveau	84
metode	23 ff.
miljøbeskyttelsesloven	154, 173
miljøformål	149, 152 ff., 173 ff.
miljøret	16, 96, 173 ff.
misbrug	16, 22, 28, 38, 39, 44, 45, 50, 58, 93, 103
moral	34, 39 ff., 44, 86, 180
motovejssagen	117 f.
myndighedsbegreb	133, 140
myndighedsmisbrug	45, 52
målestok	36, 38, 57, 82, 109, 113, 149

N

neutral embedsmand	32, 34, 138, 141 ff., 159
nedprioritering	124 f., 157
normativt sigte	19, 22, 31, 43, 48, 50, 52, 78, 85, 191
norsk ret	19, 24, 56 ff.
nultekst	17, 197
nulpunkt	85
nærvær	17, 70, 197

O

objektivering	17, 23, 35, 40, 54, 57, 61, 104, 115 ff., 156 f., 192
odiøse formål	39, 43 ff., 105, 147, 160
offentlige formål	34, 86, 92, 117, 123, 132, 133, 136, 165
offentlighedsloven	29, 177, 186
officialmaksime	144, 177, 195
ombudsmandsloven	79, 91, 113 f., 161 ff.

omstilling	22, 99, 191
ond vilje	22, 34, 44
opklaringsprocent	21, 87
opløsning	106
opstramning	158, 191

P

per se-forbud	133, 144
personperspektiv	51, 126 f., 164 f.
plakatdommen	100 f., 115 ff., 146, 160
polarisering	24, 47, 57, 104
politiske formål	20, 34, 67, 86 f., 92 f., 120, 126, 137 ff., 196
prestigetab	120
primær krænkelse	55
primær retskilde	103
private formål	20, 33, 67, 92 f., 133 ff., 148, 158, 165, 188
privatisering	158, 196
procedurefordrejning	18
progressiv typologi	93
proportionalitet	18, 141, 184
prøvelsesintensitet	112

R

rammelovgivning	173
responderende stil	111 f.
retlig standard	161, 184 ff.
retssikkerhed	32, 35, 81, 82, 157, 191
retsstat	22, 32 ff., 38, 61, 92, 132, 149, 157, 161
retskilder	23 ff.

S

saglighed	15, 58, 99, 104 f., 141, 169, 191
- dynamisk	20, 109, 149, 158, 167
- finansiell	109, 144, 149
- retsstatslig	32 ff.
- som ideal	15, 37 ff., 191
- som term	196
sagsbehandlingslovgivning	177 ff.

samarbejdsvanskeligheder	121, 182
samspil	26, 54, 82 f., 147, 183, 192
sekundær krænkelse	55
sekundær retskilde	29
selvopfattelse	25, 67, 103, 110
sexmessesagen	121 f., 160
skatteformål	149 ff., 174
skolelærersagerne	142 ff.
skøn	17, 33, 47 ff., 69 ff., 74 ff
- apriorisk	75 f.
- formelt	74 f.
- frit	17, 47, 56, 62, 67 f., 72, 74 f., 77, 157
- indre	18, 112
- materielt	70, 74 ff, 81, 97, 138, 170
- under regel	141
- ydre	18, 167
smidiggørelse	29, 193
socialret	16, 173
soft law	28
specialitetsprincipper	61, 94 ff., 98 ff., 133, 139, 170, 176
speciel forvaltningsret	16, 29, 170
speciel lighed	186
straffeloven	133
strafferet	21, 46
subjektiv magtfordrejning	17, 19 f., 31, 37, 39 ff., 47 f., 51, 54, 56 f. 61 ff., 69 ff., 104 f. 112, 114 f., 120 ff., 157 ff., 165, 179, 190, 191 ff.
svensk ret	24, 189

T

Tamilsagen	123 ff., 157
teknik	39, 45, 78, 79, 102, 105, 130, 191
terminologi	31, 34, 44 ff., 56, 79 ff., 99, 109 f., 196
tilbageholdenhed	111 f., 118
tillid til forvaltningen	71, 78, 112, 158, 163, 178, 181
tilsynspraksis	28
tjenestemandsløven	70 f.
toppen-af-isbjerget	22
trafikministersagen	111 f., 122 f., 183
Tvindsagen	193
typologi	20, 23, 31, 44, 55, 89 ff., 107, 146, 180, 192
tysk ret	24, 46, 194

U

uagtsom magtfordrejning	126
udvanding	76 f.
udviklingsperspektiv	20, 24, 46, 59, 146, 149
usaglighedsfrekvens	22
uskreven ret	16, 23, 171 ff., 184, 193

V

vage og elastiske bestemmelser	81
vandafgiftssagen	150 f.
velfærdsstat	22, 87
viljesteori	41 ff., 67, 74, 85, 94, 104
vilkår	18
Villo-sagen	119 ff., 160
vidnepligt	162
værdigrundlag	22, 35, 38
værdispild	146
væsentlighedsvurdering	50, 56, 70, 100 ff.

W

worst-case-scenario	179
-------------------------------	-----