

FORVALTNINGENS RETLIGE AFHÆNGIGHED

Jørgen Mathiassen og Ole Krarup

1971

I

INDHOLDSFORTEGNELSE

I	Retsordenens saglige krav	1
	1. Forvaltningens faktiske afhængighed	1
	2. Sondringen mellem saglige og formelle krav	3
	3. Sondringen: Indhold - præmisser	5
II.	Legalitetsprincippet	6
	1. Det retlige hierarki	6
	2. Kravet om hjemmel	8
	3. Legalitetsprincippets område	9
	4. Princippet praktiske begrænsninger	11
III	Grundlaget for legalitetsprincippet	13
	1. Hvor har princippet hjemmel?	13
	2. Hvad betyder "loven"	15
IV	Hvad kræves til "hjemmel"?	19
	1. Om lovfortolkningen	20
	2. Om manglende eller mangelfuld lovnormering	20
	3. Om bibestemmelser, særlig vilkår	23
	4. Hjemmelskravet anvendt på forvaltningen som lovgiver (udnyttelse af fuldmagtslove)	24
V	Hvilke skridt kræver førstehåndshjemmel?	26
	1. Om lex superior	26
	2. Indgreb i uregulerede interesser	28
	3. Kasuistik	29
	4. Særlig om økonomiske ydelser	31
VI	Forvaltningens frie skøn	35
	1. Det oprindelige skønsbegreb	35
	2. Skønsbegrebets sammenhæng med domstolsprøvelsen	36
	3. Om "skønsmæssige forvaltningsakter"	37
	4. Anerkendte modifikationer	38
	5. Yderligere modifikationer?	39
	6. Begrebsmæssige overvejelser	40

II

VII	Uskrevne krav (magtfordrejning)	42
	1. Egne private interesser	43
	2. Andre private interesser	44
	3. Uvedkommende offentlig interesse	45
	4. Hensigtens betydning	46
	5. Mangelfuldt bedømmelsesgrundlag	49
VIII	Udfyldning ud over magtfordrejningslæren	50
	1. Pålæg til forvaltningen	52
	2. Forvaltningens valgfrihed m.h.t. bedømmelsesgrundlag	55
VIV	Forvaltningens praksis må ikke udelukke individuel bedømmelse	58
	1. Om begrebet "praksis"	58
	2. Skøn eller regel	62
X	Er forvaltningens praksis udtryk for "gældende ret"	67
	1. Er domstolene bundet af praksis?	67
	2. Kan forvaltningen ændre praksis?	70
XI	Afslutning - lighed for loven	75
	1. Systematisk sammenfatning	75
	2. Om lighedsgrundsætningen	76
	3. Har forskelsbehandlingen sagligt grundlag	78

III

Forkortelser

Bent Christensen,	Bent Christensen, Det Offentliges virksomhed (1971)
Dansk Forvaltningsret,	Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret (5. udgave 1965),
Elementær Forvaltningsret,	Ole Krarup og Jørgen Mathiassen, Elementær Forvaltningsret (1971),
Krarup,	Ole Krarup, Øvrighedsmyndighedens grænser (1969).
Krarup og Mathiassen II,	Ole Krarup og Jørgen Mathiassen, Prøvelse af forvaltningsafgørelser .(Under udarbejdelse).
Mathiassen,	Jørgen Mathiassen: Forvaltningsakter, Juridisk Grundbog (2.udg.1967) s.326 ff,
Opsahl,	Torkel Opsahl, Delegation av Stortingets myndighet (1965),
Ret og Retfærdighed,	Alf Ross, Om Ret og Retfærdighed (1953)
Ross I og II,	Alf Ross, Dansk Statsforfatningsret I (2.udg. 1966), II (2.udg.1966)
Max Sørensen	Max Sørensen, Dansk Statsforfatningsret (1969)
Ugyldige Forvaltningsakter,	Poul Andersen, Om ugyldige Forvaltningsakter (1924)
Johs. Ussing,	Johannes Ussing, Om Afgørelsen af Tvistigheder med Forvaltningen (1893).

I. Retsordenens saglige krav til forvaltningens afgørelser.

1. Hvad der skal beskrives i det følgende er forvaltningens retlige afhængighed. Udtrykket "retlig afhængighed" tiltrænger en præcisering: Der sigtes til den afhængighed der grunder sig på retsregler. Det er vigtigt at understrege denne begrænsning som har sammenhæng med at fremstillingen skal anvendes i den juridiske undervisning. Denne undervisning tager alene sigte på at forklare indholdet af retsreglerne og forvaltningens retlige funktioner, derimod ikke reglernes faktiske betydning.

Der findes med andre ord intet i fremstillingen om forvaltningens faktiske afhængighed. Dette emne falder udenfor de emner jurister ifølge deres uddannelse og ifølge universitetets funktion i vort samfund beskæftiger sig med. Dette er beklageligt, fordi indskrænkningen af synsfeltet indebærer at de juridiske fremstillinger må bygge på en lang række postuler om de forvaltningsretlige reglers og de forskellige forvaltningsfunktioners faktiske betydning eller "formål", uden at en sådan angivelse rummer andet og mere end temmelig løse forestillinger om hvorledes reglerne virker.

F.eks. er det en gængs antagelse at "staten er til for borgernes skyld, ikke omvendt"¹⁾, og videre at forvaltningens hovedopgave i dag er "regulering af borgernes indbyrdes forhold og ydelse af alskens service og støtte til borgerne". Med denne beskrivelse af statens funktion er det på forhånd

1) Slagordet gengives i Bent Christensen s.1.

2.

udelukket at antage at statens reelle funktion i forhold til et stort antal borgere er at virke på andre måder, f.eks. som bestanddel af et undertrykkelsesapparat. Juristers angivelse af reglernes formål er i mangel af sociologiske analyser om den faktiske tingenes tilstand intet andet end et udtryk for visse vage politiske forestillinger, som meget vel kan være i strid med virkeligheden. Når det således siges at industrialiseringen har medført oprettelse af særlige forvaltningsorganer "der systematisk overvåger reglernes overholdelse" og at et af de "mest udbyggede eksempler er arbejdstilsynet, der består af et særligt statsligt korps af højt uddannede offentligt ansatte, der overvåger overholdelsen af de meget talrige og udførlige regler om arbejderbeskyttelse"²⁾ er der tale om en formulering af forvaltningens rolle der på temmelig utvetydig måde dementeres af den faktiske virkelighed, idet arbejdstilsynet i praksis virker som en instans der i bedste fald er ineffektiv, i værste fald ser gennem fingre med at den private arbejdsgiver ikke overholder de gældende krav. Det er vanskeligt at tale om en ordning som udtryk for "arbejderbeskyttelse", når der faktisk indtræder op imod 3 mill. arbejdsulykker årligt, langt de fleste på grund af overtrædelse af sikkerhedsbestemmelser ³⁾.

Problemet om forvaltningens faktiske afhængighed er et grundlæggende politisk problem. Traditionelt slår jurister sig til tåls med at "staten er til for borgernes skyld" uden at gøre noget for at verificere denne opfattelse som således er et ideologisk postulat. Man kunne med ganske samme ret formulere udgangspunktet - som det gøres i marxistisk teori⁴⁾ - som den her-

2) Jfr. Bent Christensen s. 85-86.

3) Jfr. Ugeskrift for Læger 13.8.1971.

4) Jfr. Lenin, Staten og revolutionen. På dansk som Uglebog, Gyldendal 1968.

skende klassens undertrykkelsesapparat.

2. Når det her er fastslået at den følgende fremstilling kun tager sigte på forvaltningens retlige og ikke dens faktiske afhængighed må der gøres den yderligere indskrænkning at en væsentlig del af den retlige afhængighed udelades, nemlig den del af den retlige afhængighed der er udtrykt i krav af formel karakter, dvs. krav til forvaltningens sagsbehandling i videste forstand⁵⁾.

Emnet for den følgende fremstilling er samtlige de krav der ikke er formelle, dvs. de saglige krav til forvaltningens afgørelser.

I traditionel teori⁶⁾ fremstilles de tilsvarende problemer med et andet udgangspunkt. Der er tradition for at retsordenens krav til forvaltningens fremstilles ikke positivt, som i den foreliggende fremstilling, men negativt, således at det systematiske grundspørgsmål lyder under hvilke omstændigheder er forvaltningens afgørelser behæftet med en retlig mangel? I praksis er der ikke nogen forskel mellem den positive og den negative fremstillingsteknik: Den omstændighed at et retligt krav ikke er overholdt er ensbetydende med at den foreliggende

5) Dette spørgsmål behandles i Carl Aage Nørgaard, Forvaltningsret. Sagsbehandling. (1971).

6) Jfr. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5.udg. 1965 s. 265 ff, hvis begrebsdannelse følger fremstillingen i Ugyldige Forvaltningsakter (1924) og Hovedpunkter i Forvaltningsretten (1930). Poul Andersen's begrebsdannelse i disse fremstillinger har dannet mønster for en lang række senere forfattere indenfor forvaltningsrettens specielle dele.

afgørelse er behæftet med en retlig mangel; denne terminologi vil også blive fulgt i det følgende. På den anden side er det rimeligst at opmærksomheden koncentrerer sig om kravene, dvs. den af retsordenen forudsatte normalsituation, fremfor undtagelsen, dvs. de tilfælde hvor kravene tilsidesættes ("mangelstilfældene").

Den anden iøjnefaldende forskel mellem det traditionelle grundbegreb, "indholdsmangler", og på den anden side det her valgte, "saglige krav", ligger i at det sidste er mere omfattende. Vi kan begynde med ligheden mellem de to begreber: hvis f.eks. forvaltningen træffer en afgørelse af et indhold som efter den gældende lovgivning er retligt udelukket (forbudt), f.eks. forskrift om anvendelse af tortur, er der ikke nogen forskel; forvaltningen vil have tilsidesat et sagligt krav, ligesom afgørelsen kan siges at lide af en indholdsmangel. De saglige krav omfatter altså krav til forvaltningsafgørelsens indhold.

Men begrebet saglige krav kan tillige angå andet end afgørelsens indhold, nemlig forvaltningsafgørelsens præmisser. Derved forstås i denne fremstilling de betingelser forvaltningsaktens indhold knyttes til. Det er noget ganske sædvanligt forekommende at lovgivningen, helt eller delvis, bestemmer indholdet af forvaltningens afgørelser og samtidig binder forvaltningen til kun at udstede den omhandlede slags afgørelser under visse nærmere definerede betingelser. F.eks. fastslår næringsloven hvilket indhold et næringsbrev skal have, tilladelse til at drive næring i og fra politikredsen, jfr. næringslovens §2 stk. 3. Samtidig fastslår loven at der gælder visse betingelser for afgørelsens udstedelse: Andrageren skal have bopæl her i landet, være fyldt 20 år osv. Dersom man tænker sig at en politimester udsteder et næringsbrev til en person der ikke opfylder samtlige lovens betingelser, er det vanskeligt at sige at der foreligger en indholdsmangel; afgørelsens indhold fejler ingenting, der foreligger

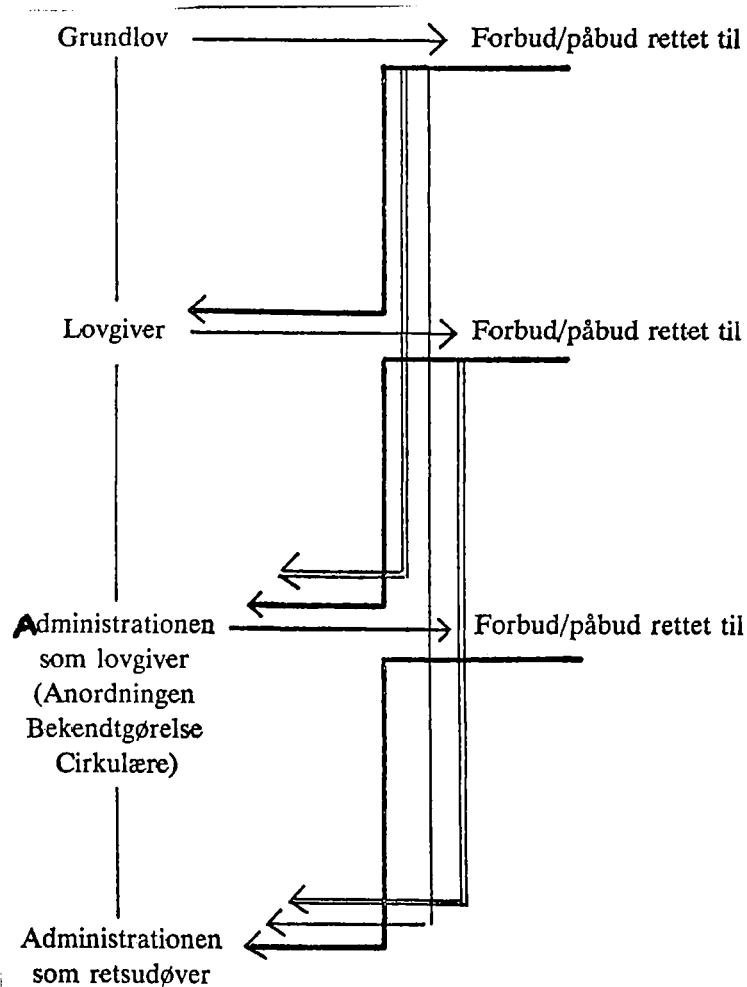
en fejl vedrørende forvaltningsafgørelsens præmisser.

Dette er hovedgrunden til at vi i det følgende taler om "saglige" fremfor om "indholdsmæssige" krav og - negativt - om saglige mangler fremfor indholdsmangler.

3. Den opdeling af forvaltningsafgørelser i indhold og præmisser (som fremgår af det der er sagt under 2.) spiller en betydelig rolle i den følgende fremstilling. Endvidere har udsondringen af de to bestanddele i forvaltningsafgørelsen betydning til forståelsen af ældre teori, således som det vil blive beskrevet nærmere nedenfor under VI. Sondringen mellem præmisser og indhold er imidlertid ikke ganske skarp. I visse tilfælde forekommer det således at en forvaltningsakt i større eller mindre udstrækning inkorporerer eller søger at inkorporere præmisserne i indholdet. Dette forekommer i situationer hvor forvaltningsakten udstedes "på vilkår", således f.eks. med hensyn til byggetilladelser. Sådanne vilkår er ikke altid entydige, idet det navnlig kan være uklart hvilke retsvirkninger der er knyttet til at forvaltningsaktens adressat ikke opfylder et eller flere vilkår, jfr. herom nedenfor IV, 3. Men hvad enten retsvirkningen er den ene eller den anden, vil situationen repræsentere et mellemtilfælde der illustrerer at sondringen mellem forvaltningsaktens præmisser og dens indhold ikke er klar: De betingelser eller forudsætninger forvaltningen knytter til afgørelsen er gengivet i indholdet.

II. Legalitetsprincippet.

1. De retlige krav som retsordenen stiller til forvaltningen kan i større sammenhæng illustreres på følgende måde:



Figuren viser at retsordenen er bygget op i et retligt hierarki, hvis særkende er at trindhøjere normer stiller krav til samtlige trinlavere instanser: grundloven rummer forbud og påbud rettet til lovgivningsorganet og forvaltningen i dens forskellige egenskaber; på tilsvarende måde stiller loven en række krav til forvaltningemyndighederne, og endelig kan forvaltningen selv i form af regler - anordninger, bekendtgørelser, cirkulærer m.v. - stille krav til forvaltningen selv, særlig til underordnede forvaltningsmyndigheder. Jurister kalder sædvanligvis dette retlige over- og underordningsforhold for *lex superior*-princippet.

Denne placering af de gældende retlige krav i et hierarkisk system er karakteristisk for dansk forvaltning i almindelig-

hed, og måske for hele samfundsordningen der er baseret på over-og underordningsforhold¹⁾. Skemaet rummer den ene vigtige side af det grundprincip der i dansk ret kaldes princippet om lovmæssig forvaltning eller legalitetsprincippet²⁾. I dette princip ligger - foruden den side der omtales under 2 nedenfor - at forvaltningen er bundet af de normer der udstedes af trindhøjere instanser. Oftest udtrykkes denne del af legalitetsprincippet på den måde at en forvaltningsafgørelse ikke må være i strid med trindhøjere normer. Denne udtryksmåde er ikke helt dækkende. Det forekommer i praksis ofte at en trinlavere instans gyldigt kan udstede retsakter der sagligt er i strid med trindhøjere normer. Der findes således eksempler på såkaldte "uegentlige grundlovsbestemmelser", dvs. grundlovsregler der i visse undtagelsestilfælde kan fortrænges af almindelige lovbestemmelser, selvom disses gyldighed er underordnet grundloven. F.eks. antages det traditionelt at den ordning der er fastsat i grundlovens §63, hvorefter domstolene har prøvelsesret overfor forvaltningens afgørelser, kan afskaffes indenfor specielle områder ved at en lov erklærer forvaltningens afgørelse for "endelig"³⁾. På tilsvarende måde kan forvaltningen i et vist omfang dispensere fra de gældende lovregler og administrative regler, dvs. netop træffe konkrete afgørelser i strid med trindhøjere normer, jfr. grl. §25⁴⁾.

1) Jfr. hertil Elementær Forvaltningsret §4 og Dansk Forvaltningsret kap. 3 og 5.

2) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 388 ff og Ross I -238f.

3) Jfr. Dansk Forvaltningsret s.592 ff. Om den kritik der kan rejses mod denne fortolkning af grundlovens §63, se Krarup, Øvrighedsmyndighedens grænser kap. 6, særlig 592 ff.

4) Jfr. Dansk Forvaltningsret s.395.

Den mest hensigtsmæssige formulering af denne del af legalitetsprincippet bliver herefter: Forvaltningen er bundet af forbud og påbud udstedt af trindhøjere retlige instanser.

2. En nok så vigtig del af legalitetsprincippet er den regel der går ud på at forvaltningens afgørelser skal have hjemmel i loven. Hvad der nærmere ligger i udtrykket "loven" drøftes i afsnit III. Hvad der nærmere ligger i kravet om "hjemmel" drøftes i afsnit IV. På dette sted skal selve hjemmelsbegrebet søges nærmere klarlagt.

Det centrale i kravet om at forvaltningens afgørelser skal have lovhjemmel er at der fra lovgivers side skal foreligge en bemyndigelse til at forvaltningen kan træffe den pågældende afgørelse. Der er flere forhold der gør at spørgsmålet om hvorvidt en forvaltningsakt har hjemmel eller ej kan være kompliceret.

I praksis hører det nemlig til undtagelsen at man direkte af lovens tekst kan udlede en bemyndigelse til at forvaltningen foretager bestemte skridt der utvetydigt dækkes af bemyndigelsen. Som det er fremhævet i indledningen til afsnit I kan den typiske forvaltningsafgørelse spaltes op i to hovedbestanddele: (1) præmisser (betingelser) og (2) indhold. Man kan sige at en lovbemyndigelse til forvaltningen er utvetydig og ukompliceret dersom loven utvetydigt og udtømmende bestemmer forvaltningsaktens præmisser og forvaltningsaktens indhold, eller, anderledes udtrykt: loven bestemmer hvad forvaltningen skal gøre under hvilke betingelser.

I langt de fleste tilfælde der forekommer i praksis er bedømmelsen af hjemmelsspørgsmålet væsentligt mere kompliceret, dels fordi loven ofte hverken er præcis eller udtømmende

med hensyn til angivelse af forvaltningsakternes præmisser og/eller indhold, dels fordi der imellem selve loven og den konkrete forvaltningsakt er indskudt en række administrative mellemlid (anordninger, bekendtgørelser, cirkulærer), dels endelig fordi der kan være tvivl om hvor strengt hjemmelskravet opfattes i praksis. Disse spørgsmål om hvad hjemmelskravet indebærer i praksis tages op under III og IV.

3. Legalitetsprincippet - og dermed kravet om hjemmel - dækker principielt al administrativ virksomhed. Hvad enten de afgørelser der træffes af forvaltningen er generelle (anordninger, bekendtgørelser, se under IV om cirkulærer) eller konkrete (forvaltningsakter) skal afgørelserne have lovhjemmel.⁵⁾ I praksis er det således - som det vil blive uddybet under IV - at hjemmelskravet varieres alt efter hvilken type af afgørelse det retter sig imod. I almindelighed taler man uden større nuancering om at "forvaltningsakter" og "anordninger" - altså hvad man under et har kaldt retlige direktiver⁶⁾ - skal have lovhjemmel. Ingen af disse grundbegreber, "retligt direktiv", "forvaltningsakt" eller "anordning" er imidlertid entydige. I traditionel teori opererer man med forskellige inddelinger af administrativ afgørelser⁷⁾.

En mere omfattende diskussion af spørgsmålet om hensigtsmæssigheden af sådanne inddelinger falder udenfor den forelig-

5) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 388 ff, Max Sørensen 209 og Ross I 419 ff og II 506.

6) Jfr. Bent Christensen s. 60 ff.

7) Se om den traditionelle inddeling af forvaltningsakter, Dansk Forvaltningsret s. 258 ff.

gende fremstilling. Der skal derimod peges på tre forskellige typer af retsvirkninger der kan være indholdet af et retligt direktiv.

Nøglebegrebet til forståelse af indholdet af retlige direktiver er begrebet "pligt", dvs. at retsordenen tilskynder en eller flere personer til at optræde på en bestemt måde, idet tilskyndelsen ligger deri at der fra statsmagtens side reageres med såkaldte sanktioner, navnlig straf, erstatning, fysisk tvang overfor personer der ikke "frivillig" efterkommer pligten. Mange retlige direktiver, såvel konkrete som generelle er udtryk for pligter, til at betale et pengebeløb, til at fjerne et hegn, til at forlade en fast ejendom, til at stille sin personlige arbejdskraft til rådighed osv. Pligten kan både angå en positiv handling (f.eks. til at betale et pengebeløb eller en arbejdsindsats) og en undladelse (f.eks. mange sider af færdselsreguleringen).

b. I mange tilfælde går forvaltningsafgørelsen ud på at etablere en forpligtelse som rammer forvaltningen selv. Pligtens modstykke er her et krav.

Til en forpligtelse for en person svarer et krav for en anden. Dette er tydeligt i sædvanlige mellemværender mellem privatpersoner: At A skylder B 100 kr. betyder dels at A er forpligtet til at betale - dvs. at der kan iværksettes sanktioner overfor ham hvis han ikke gør det - , dels at B har et krav, hvilket vil sige at han er berettiget til at sætte sanktionsapparatet i gang dersom A ikke opfylder forpligtelsen.

Et eksempel på at pligten påhviler ikke en privatperson, men derimod forvaltningen, er at en taksationskommission tilkender en ejer erstatning i anledning af ekspropriation. I dette tilfælde går forvaltningsafgørelsen ud på at tilstå den private et retligt krav.

c. Endelig kan den retlige pligt have et andet modstykke (foruden kravet); dette modstykke kan kaldes "ikke pligt" (til at foretage eller undlade bestemte handlinger).

"Ikke pligt" som i det følgende kaldes retlig frihed har teknisk juridisk set stor betydning. Mange retlige direktiver, være sig konkrete eller generelle, går udtrykkeligt ud på at etablere retlige friheder. En forvaltningsakt der rummer en tilladelse, autorisation, godkendelse osv. går typisk ud på at etablere en frihed, dvs. der gøres ved den konkrete forvaltningsakt undtagelse fra en almindelig ordning hvorefter borgerne er underkastet visse handle- eller undladellesforpligtelser. Det retligt karakteristiske f.eks. tilladelse til at drive næringsvirksomhed er at adressaten nu får adgang til at udøve virksomhed som kun lovligt kan udøves på grundlag af den pågældende tilladelse, dvs. hvis han ikke har tilladelsen er han forpligtet til at undlade at drive den pågældende virksomhed; tilladelsen udvider hans handlefrihed.

4. De ovenfor angivne sondringer(a-c) er beslægtede med den traditionelle forvaltningsretlige sondring mellem begunstigende og bebyrdende forvaltningsakter⁸⁾. Sondringen mellem tilfældene under a, b og c skal imidlertid ikke forstås således at grænserne er skarpe eller således at der tillægges sondringerne bestemte sikre retsvirkninger. Der er tale om angivelse af nogle typer hvis særegenheder må tages i betragtning når man bedømmer spørgsmålet om forvaltningens forhold til legalitetsprincippet.

8) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 262 ff, og f.eks. 309, 355, 386 f.

Det kan uden videre fastslås at dette princip gælder hvad enten de retlige direktiver har det ene, det andet eller det tredje indhold. Men i praksis vil de kontrolregler der gælder for forvaltningens virksomhed ofte medføre at princippet bliver langt mindre effektivt med henblik på gruppe b og - særlig - gruppe c end på gruppe a, idet kontrolapparatet i praksis oftest sættes igang ved at den implicerede privatperson indbringer spørgsmålet om forvaltningens forhold til legalitetsprincippet til prøvelse hos en overordnet eller en uafhængig myndighed, f.eks. et ministerium, folketingets ombudsmand eller domstolene⁹⁾.

I forholdet til samfundets privatpersoner gælder som almindelig regel at en pligt og et krav forudsætter særlig hjemmel; den retlige frihed eksisterer derimod generelt (risuedelt), således at forstå at handlinger og undladelser som ikke er henholdsvis forbudt og påbudt er tilladt, og at forvaltningens regulering af denne frihed kræver hjemmel. For forvaltningen gælder derimod at skridt der ikke udtrykkelig er hjemlet er forbudt.

9) Jfr. nærmere Krarup og Mathiassen II.

III. Grundlaget for legalitetsprincippet.

1. Hvad der skal behandles her er spørgsmålet om de juridiske kilder til princippet om lovmæssig forvaltning: hvilken hjemmel har juristerne til at antage at legalitetsprincippet er gældende ret?

Der er flere forskellige kilder til at antage at princippet om lovmæssig forvaltning er udtryk for gældende ret:

a. det er sædvanligt at anføre det ideologiske forhold mellem folkerepresentationen og den udøvende magt. Karakteristisk er f.eks. Poul Andersens betragtninger¹⁾: "Først i det øjeblik folkerepresentationen får del i lovgivningsmagten sammen med statschefen, og tilmed her bliver den afgørende magtfaktor, medens den udøvende magt er hos statschefen, får loven klart forrang overfor forvaltningen". Ræsonnementet bygger på at det - uden at det nødvendigvis fremgår af selve grundloven - må være forudsat i rollefordelingen mellem lovgivningsorganet og indehaveren af den udøvende magt, jfr. grl. § 3 - at forvaltningen, dvs. den udøvende magt, er underkastet de vedtagelser der bliver til i folkerepresentationen (lovgivningsorganet).

b. Til denne ideologiske grundbetragtning føjer de juridiske forfattere sædvanligvis en henvisning til visse grundlovsbestemmelser der på specielle områder fastslår legalitetsprincippet, jfr. grl. § 71 og 73²⁾. Særlig grl.'s §71 stk.2 har betydning i denne sammenhæng; det hedder i bestemmelsen:

1) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 388 f.

2) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 391.

"Frihedsberøvelse kan kun finde sted med hjemmel i loven". I grl.'s §73 stk. 1 fastslås det at ekspropriation kun kan finde sted "ifølge lov". Endelig kan der være grund til at fremhæve at en tredje grundlovsbestemmelse kan siges at have en vis betydning til illustration af legalitetsprincippet, nemlig grundlovens §25 der fastslår at dispensationer - dvs. forvaltningsakter hvorved der gøres undtagelse fra en lovs almindelige ordning - kun kan finde sted med lovhjemmel³⁾.

c. Man kunne ræsonnere over den under b anførte argumentation på to forskellige måder: for det første kunne det gøres gældende at de nævnte grundlovsbestemmelser er udtryk for et almindeligt retsprincip som også må gælde udenfor de nævnte grundlovsbestemmelseres område, altså et argument for legalitetsprincippet. Omvendt kunne det gøres gældende at der kan sluttet modsætningsvis fra de nævnte grundlovsbestemmelser, eller at disse ihvertfald forudsætter at der ikke i almindelighed gælder noget krav om at forvaltningsakter skal have lovhjemmel, idet de pågældende grundlovsbestemmelser i modsatfald ville være overflødige.

Det rigtigste er formentlig at se i øjnene at der ikke kan drages nogen som helst juridisk slutning fra de pågældende grundlovsbestemmelser der indenfor specielle områder fastslår princippet som gældende. Når det alligevel med temmelig stor sikkerhed kan siges at legalitetsprincippet er gældende i dansk forvaltning hænger det, som Poul Andersen bemærker⁴⁾, sammen med at princippet om lovmæssig forvalt-

3) Hertil er i § 25 føjet et forbehold hvorefter dispensationer kan have hjemmel i "brug" der går tilbage til tiden før 1849. I praksis er det i dag lovhjemmel der har betydning som grundlag for dispensationer; om baggrunden for at §25 hermed sidestiller hjemmel i ældre "brug", se Ross II 514 ff.

4) Jfr. Dansk Forvaltningsret s.391.

ning er forudsat i såvel parlamentarisk som judiciel og administrativ praksis. Der findes en så overvældende dokumentation for^{at} såvel lovgivningsorganet som domstolene og administrationen i almindelighed går ud fra at legalitetsprincippet er gældende, at nøjere henvisninger til specielle afgørelser blot ville være vildledende.

2. Hermed er problemet om grundlaget for legalitetsprincippet kun løst på overfladen. Tilbage står det principielle spørgsmål om hvilket indhold man i praksis tillægger princippet. Legalitetsprincippet er ikke utvetydigt; spørgsmålet om princippets anerkendelse er i høj grad noget mere eller mindre, dels fordi det kan være uklart hvad der ligger i kravet om "hjemmel", (jfr.ndf. under IV), dels som følge af at udtrykket "loven" ikke er entydigt. Situationen er mest indlysende i det tilfælde hvor "loven" betyder lov i sædvanlig forfatningsretlig forstand, dvs. at hjemlen søges i en af folketinget vedtaget og kongen stadfæstet lov. Hermed må sidestilles andre skrevne regler af højere gyldighed end de administrative afgørelser (jfr. skema ovf. II), dvs. anordninger og bekendtgørelser - som selv i medfør af legalitetsprincippet skal have lovhjemmel for at være gyldige. Derimod er tjenestebefalinger i denne sammenhæng ikke nogen bestanddel af "loven"⁵⁾.

Herudover antager den juridiske teori traditionelt at den tilstrækkelige hjemmel kan søges i uskrevne retskilder, så som sædvaneret og analogi. Dette problem har særlig været diskuteret med hensyn til sådanne indgreb der er omfattet af grundloven §71.

Det er et klassisk juridisk spørgsmål hvorvidt udtrykket "loven" i §71 stk. 2 skal forstås som lov i formel forstand

5) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 55 og f.eks. UfR. 1956.457H.

eller der i visse tilfælde kan iværksættes frihedsberøvelse på grundlag af andre kilder, navnlig sædvaneret og analogi. Problemstillingen er illustrerende for juridisk metode i almindelighed. På den ene side kunne man argumentere med at udtrykket "loven" (§71, stk.2) må have samme betydning når det optræder i samme lovtekst, nemlig grundloven; og i f.eks. grundlovens § 64 betyder "loven" ikke lov i formel forstand, men derimod al gældende ret, herunder f.eks. analogi og retssædvane⁶⁾, endvidere kan man argumentere med at grundloven sædvanligvis bruger "lov" i ubestemt form (modsat "loven") når grundloven sigter til lov i formel forstand, jfr. f.eks. § 29 stk.1 2.pkt., §43, §44 m.fl.⁷⁾.

På den anden side kan man argumentere med at det i forfatningskommissionens betænkning (s.40) siges at §71 stk.2 er udtryk for "hidtidige retsprincipper". Men hvad disse hidtidige retsprincipper dækker er ikke ganske klart, jfr. UfR.1925.277 H, der enten kan fortolkes som udtryk for at der kræves lovhjemmel eller som udtryk for at analogi kan være en tilstrækkelig retskilde under forudsætning af at analogien er "fuldstændig", jfr. straffelovens §1⁸⁾.

Poul Andersen anfører, bl.a. med støtte i grl.'s §71 stk.2 og den praksis der knytter sig hertil at "kravet til det retlige grundlag for forvaltningsvirksomheden fastholdes ikke med samme strenghed ved alle forvaltningsakter. For spørgsmålet, om der skal være hjemmel i en positiv lovregel, eller analogi anses for tilstrækkeligt, om der anlægges en

6) Jfr. Max Sørensen s. 155.

7) Jfr. Max Sørensen s. 324.

8) Jfr. hertil Mathiassen, TfR.1965.77 og UfR.1941.337H.

indskrænkende eller udvidende fortolkning, om der mere eller mindre må tages hensyn til "forholdets natur" osv., vil den pågældende forvaltningsakts beskaffenhed kunne blive af betydning. Jo mere dybtgående forvaltningen gør indgreb i borgernes frihed og ejendom, des sikre må i almindelighed hjemlen være".

Der er imidlertid grund til at pege på at "loven" i princippet om lovmæssig forvaltning som altovervejende hovedregel betyder lov i formel forstand. Når der rejses spørgsmål om udvidelse af begrebet loven, er navnlig to problemer aktuelle:

- a. Hvorvidt kan en retssædvane danne grundlag for forvaltningsvirksomhed?
- b. Hvor frie fortolkninger af lovhjemlen anerkendes?

ad a. I almindelighed har retssædvanen forsvindende ringe betydning i forvaltningsretten⁹⁾. De områder hvor retssædvanen undtagelsesvis kan have betydning vedrører i almindelighed forhold der kan forklares på tilsvarende måde som de såkaldte sædvaneretsanordninger i statsforfatningsretten¹⁰⁾. Det drejer sig med andre ord om situationer hvor forvaltningen fra gammel tid har foretaget visse skridt uden særskilt hjemmel, særlig overfor grupper som har haft vanskeligt ved at forsvare sig. Den ældre praksis vedrørende udl levering af udlændinge kan formentlig forklares i overensstemmelse hermed. På tilsvarende måde som med hensyn til sædvaneretsanordningerne reduceres området for sædvaneretsforvaltningsakterne stadig¹¹⁾. Det er muligt at man kan

9) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 37

10) Jfr. Ross II s.506.

11) Jfr. Max Sørensen s. 325 og Nordskov Nielsen, UfR. 1961.B.348 f og Unmack Larsen, Juristen 1968.44 ff.

anskue politiets praksis vedrørende indsættelse af berusede personer m.fl. i detentionen under den samme synsvinkel. Der har hertil været anført at denne praksis også kunne søge sin retlige begrundelse deri at der i sådanne tilfælde end ikke forelå "frihedsberøvelse", jfr. Max Sørensen s. 331.

ad b. Det er ikke muligt at opstille sikre fortolkningsregler, heller ikke nogen grundsætning som den af Poul Andersen formulerede. Eksempelvis er det uhyre vanskeligt at formulere forskellen mellem UfR.1925.277 og på den anden side 1941.337, som tilsyneladende er udtryk for forskellige holdninger til ensartede fortolkningsspørgsmål. Her som på andre områder gælder det at fortolkningen er pragmatisk, og dette kan få til følge at man i visse tilfælde holder sig strengt til lovbestemmelsernes ordlyd, mens man i andre tilfælde, på grundlag af hensyn der ikke har fundet udtryk i lovteksten, anlægger udvidende fortolkninger, analogier m.v. Hvornår domstolene holder sig strengt til lovreglernes ordlyd og hvornår man anser sig for friere stillet er det næppe muligt at sige noget almindeligt om da dette spørgsmål meget sjældent formuleres explicit af dommere. Undtagelsesvis forekommer det dog; det er f.eks. blevet fremhævet at "navnlig når det drejer sig om erstatningsfri reguleringer (nemlig af den private ejendomsret), må man være 12) meget varsom med "smidig" fortolkning i myndighedernes favør".

12) Jfr. P. Spleth, UfR 1967 B.73.

IV. Hvad kræves til "hjemmel"?

I visse tilfælde frembyder hjemmelsspørgsmålet ikke noget særligt problem, nemlig i de tilfælde hvor en skreven lov udtrykkelig og udtømmende normerer

- (1) indholdet af de afgørelser forvaltningen skal træffe, samt
- (2) afgørelsens præmisser.

Langt det almindeligste er imidlertid at afgørelsens bestanddele er ubeskrevet i loven. Navnlig er det almindeligt forekommende at lovgivningen er ufuldstændig med hensyn til de trufne afgørelses præmisser. Hvor forvaltningsaktens indhold er - mere eller mindre vagt - beskrevet i lovteksten (med eller uden angivelse af præmisser) - siger vi i det følgende at forvaltningsafgørelsen har førstehåndshjemmel, f.eks. forvaltningsakter som udstedelse af næringsbrev, ansættelse og afskedigelse af tjenestemænd, meddelelse af byggetilladelser etc. Afgørelsens indhold er - ihvertfald i store træk - beskrevet i loven.

Men det kan forekomme i praksis at en forvaltningsafgørelse anses for hjemlet uanset der ikke foreligger førstehåndshjemmel.

Det følgende indeholder eksempler på sådanne afgørelser, mens det under V drøftes om det i almindelighed kan fastslås hvilke afgørelser der kræver førstehåndshjemmel.

Eftersom det centrale i hjemmelsbegrebet er en bemyndigelse fra lovgiver til forvaltningen, er det nærliggende at tage som udgangspunkt at spørgsmålet om hvorvidt en bestemt hjemmel i en bestemt sammenhæng er tilstrækkelig er et spørgsmål om lovfortolkning.

1. Ved denne fortolkning spiller den holdning til hjemmelsspørgsmålet, som lovgivningen i almindelighed måtte afspejle, selvsagt en væsentlig rolle; men i mange tilfælde er det uhyre vanskeligt - og måske umuligt - at påvise en stillingtagen til spørgsmålet fra lovgivers side. Undertiden må fortolkeren hvor han står overfor en vis administrativ praksis søge støtte i mere svævende betragtninger over, hvad lovgivningsorganet må formodes at have været bekendt med eller ialfald ikke ubekendt med. Lovgivers - formodede - kendskab til en bestemt praksis udlægges som en stiltiende bekræftelse af at praksis er lovlig, hvis lovgiver kan siges at have haft lejlighed til at reagere mod praksis gennem lovgivning på området. Det utilfredsstillende heri akcentueres, når lovgivningsorganet (omsider) regulerer et område, hvor "herskende opfattelse" hidtil - om end nødtvungent - har ladet sig nøje med en meget ubestemt hjemmel. Det var f.eks. tilfældet med hensyn til statens hospitalsvæsen for sindslidende, jfr. nu lov nr. 180 af 30/4 1960 §5, hvorefter indenrigsministeren i fornødent omfang fastsætter bestemmelser vedrørende hospitalsadministrationen, herunder om hospitalernes landområder m.v. samt om forhold, der vedrører patienternes ophold på hospitalerne²⁾, og i henhold hertil bek. nr. 376 af 1/10 1965 (fællesregulativ for statshospitalerne).

2. Man kan ikke uden videre ved fortolkningen gå ud fra, at særlige lovregler der formulerer en udtrykkelig hjemmel for en vis afgørelse er udtryk for, at der gælder et krav om førstehåndshjemmel ved afgørelser af den pågældende type, jfr. ndf. V. Rent bortset fra at sådanne lovregler kan skyldes rene inkurier³⁾, kan det naturligvis af den

1) Elementær Forvaltningsret s. 66 f. og II.

2) Ross, II s. 502.

3) F.eks. lov nr. 192 af 4/6 1964 §1, stk.4, hvorefter undervisningsministeren bemyndiges til at lade lov nr. 171 af 24/5 1955 om "Ungdommens uddannelsesfonds" forvaltning og virksomhed, optrykke og bekendtgøre med de ændringer, der fulgte af loven. Bestemmelsen blev ophævet ved lov nr. 150 af 21/4 1965, jfr. FT 1964/65 A sp. 239: Bestemmelsen indeholder

ene eller den anden grund have været hensigten blot ex tuto at fastsætte en udtrykkelig hjemmel⁴⁾.

Modsat kan man heller ikke altid forstå tavshed fra lovgivers side som ensbetydende med, at forvaltningen overhovedet ikke skulle kunne træffe afgørelse.

(a) I et vist omfang anerkendes betragtningen at hjemlen som sådan kan være "stiltiende". Det gælder navnlig ved afgørelser af forskellig art, der har en mere intern karakter, f.eks. den såkaldte delegationsakt, hvorved kompetence overdrages fra den ene myndighed til den anden⁵⁾, og især ved tjenestebefalingen, der antages at være hjemlet i den lovgivning der har etableret det pågældende over-og underordningsforhold⁶⁾. På tilsvarende måde - hvor der imidlertid er tale om afgørelser der direkte vedrører borgeren - antager man at hjemlen kan være underforstået i den lovgivning, der omhandler det offentliges indretninger m.v.⁷⁾.

en bemyndigelse til udstedelse af en lovebekendtgørelse. Da en sådan kan udstedes uden lovehjemmel, foreslås bestemmelsen ophævet som overflødig.

- 4) F.eks. lov nr. 369 af 21/12 1938 om udførsel af landbrugsprodukter §1, stk. 1, der hjemlede opkrævning af afgifter, selvom ministeriet fandt udtrykkelig hjemmel uforholden. Loven blev imidlertid forelagt, mens sagen der blev afgjort ved UfR 1939.93 H - se nærmere ndf. - endnu verserede og spørgsmålet således endnu ikke var endelig afklaret, jfr. RT 1938/39 A sp.2742: "rigtigst for en sikkerheds skyld at søge udtrykkelig lovehjemmel", se om senere lovgivning, Mathiassen s.351.
- 5) Elementær Forvaltningsret 53ff.
- 6) Elementær Forvaltningsret 26.
- 7) Herom Bent Christensen I s. 34 ff.

I denne forbindelse har teorien navnlig beskæftiget sig med det offentliges "anstalter"⁸⁾, og hjemlen for de såkaldte anstalts^{an}ordninger er udledt af det retsgrundlag, anstalten hviler på⁹⁾. Betragtningen er at hvis anstalten overhovedet skal kunne opfylde sit formål, må forholdet til dens klienter eller publikum reguleres nærmere¹⁰⁾.

(b). Som eksempler på ubestemt hjemmel herudover kan nævnes den almindeligt holdte lovbemyndigelse, hvorefter ministeren kan fastsætte nærmere regler om dette eller hint, dvs. formåls- eller genstandsbestemte bemyndigelser.¹¹⁾

Fælles for besvarelsen af spørgsmålet om hjemlens rækkevidde i de situationer der er omtalt under (a) og (b) er at fortolkningen vil tendere i retning af mere almindelige udsagn om de afgørelser forvaltningen typisk kan træffe. Således antages tjenestebefalinger at kunne udstedes både med konkret og generelt indhold (forvaltningsanordninger), og de antages at kunne binde den underordnedes lovfortolkning såvel som hans skønsudøvelse i forbindelse med udstedelse af forvaltningsakter, ligesom de kan indeholde nærmere forskrifter for den underordnede forvaltnings sagsbehandling¹²⁾. Hvor langt den overordnede kan gå i enkeltheder bliver så i høj grad et spørgsmål om det nærmere indhold af den lovgivning, der etablerer det pågældende over-og underordnelsesforhold, traditionen på det pågældende forvaltningsområde¹³⁾ m.v.

8) Herved forstås en offentlig indretning, der omfatter et personel og et materiel og tjener opnåelsen af et vist forvaltningsformål gennem indretningens ydelser overfor en kreds af benyttere, Dansk Statsforfatningsret s. 542, der som eksempler nævner skoler, sygehuse, jernbaner. Sml. Bent Christensen I s. 35 om en sontring indenfor indretningen under hensyn til, om tjenesteydelsen er den dominerende del af ydelsen eller noget mindre væsentligt.

9) Dansk Statsforfatningsret s. 544, Ross II s. 50lf.

10) Max Sørensen s. 213.

11) Jfr. nærmere ndf. V.

12) Dansk Forvaltningsret kap. III.

3. Et vigtigt eksempel på forudsat eller stiltiende hjemmel er den adgang forvaltningen antages at have til at knytte bibestemmelser, først og fremmest vilkår¹⁴⁾, til forvaltningsakter med hensyn til hvilke loven ikke udtømmende har gjort op med betingelser og/eller indhold. I tilfælde hvor loven udtømmende beskriver både præmisser for og indholdet af afgørelsen, er der ikke plads for bibestemmelser. Når f.eks. næringsloven i §3 opregner betingelserne for udstedelse af næringsbrev, kan forvaltningen ikke opstille yderligere betingelser (eller begrænse de opstillede betingelser), og når samme lovs §2, stk. 3, bestemmer at næringsbrevet giver tilladelse til at drive næring i og fra politikredsen, kan forvaltningen ikke udvide friheden til at drive næring til at omfatte flere politikredse eller begrænse den til en del af politikredsen.

Det er ofte udtrykkeligt bestemt i loven, at der kan indsættes bibestemmelser, f.eks. næringslovens §9, stk. 1: "Næringsbrev og tilladelse, der udstedes efter en af handelsministeren i medfør af loven givet dispensation kan efter ministerens bestemmelse begrænses og betinges".¹⁵⁾ Hjemlen kan i sådanne

13) F.eks. har undervisningsministeriet udtalt, at den ved gymnasieskolerne rådende frihed i pædagogiske spørgsmål bl.a. viser sig ved, at ministeriet aldrig har udsendt direktiver til rektorerne med hensyn til forholdsregler til opretholdelse af ro og orden på skolerne (cit. efter ombudsmandens brtn. 1958.168).

14) Jfr. ovf. I, 3, og Dansk Forvaltningsret s. 401 ff.

15) Det er sædvanligt at betegne den vigtigste gruppe af bibestemmelser som betingelser, se f.eks. Dansk Forvaltningsret s. 403. Dette undgås imidlertid her for at undgå sammenblanding med betingelse som ensbetydende med præmis, jfr. .

tilfælde opfattes som *ex tuto*, hvis den alene går ud på, at forvaltningsakten kan begrænses eller især meddeles på vilkår, hvilket typisk vil sige at en tilsidesættelse af vilkåret medfører, at forvaltningsakten bortfalder (vilkåret virker resolutivt)¹⁶⁾. En lov kan imidlertid også hjemle vilkår, der tillige eller alene kan gennemtvinges selvstændigt, særlig i tilfælde hvor adressaten har udnyttet tilladelsen.

Spørgsmålet om adgang til at knytte vilkår til forvaltningsakter hører nærmest hjemme i overgangen fra de tilfælde, hvor hjemlen må betegnes som forudsat eller stiltiende (2.a.) til de tilfælde hvor loven utvivlsomt hjemler forvaltningen adgang til at træffe afgørelse, men hvor lovens ubestemthed samtidig gør det tvivlsomt, hvor langt hjemlen rækker (2.b). Hvad enten man systematisk placører bibestemmelserne det ene eller det andet sted, er grundproblemet et spørgsmål om lovfortolkning.

4. Bemyndigelsen i fuldmagtslove til at fastsætte nærmere regler forstås således, at forvaltningen kan anvende samme teknik som lovgivningsorganet ved reglernes udformning, f.eks. gå den vej at opstille generelle forbud og samtidig bestemme, at der - af ministeriet selv eller af en underordnet myndighed - skal kunne dispenseres fra forbudet¹⁷⁾. Eksempelvis indeholder politivedtægten for København (bek.nr. 430 af 21/11 1967) en lang række forbud, men bestemmer samtidig at tilladelse kan meddeles af politiet (eller magistraten), f.eks. §14: Nedkastning fra luften af genstande, herunder skrifter, må ikke finde sted uden politiets tilladelse. Lige så lidt som forvaltningen kan fravige lovbestemmelser, der er

16) Vilkåret kan også være suspensivt, dvs. forvaltningsakten gælder kun, hvis vilkåret opfyldes. I sådanne tilfælde har forvaltningen i virkeligheden fastsat et vilkår, der har samme virkning som en i loven fastsat betingelse (præmis).

17) Elementær Forvaltningsret s. 21.

givet som indispensable, kan underordnede forvaltningsorganer fravige ministerielle anordninger, når det^{ikke} er bestemt, at der skal kunne dispenseres, f.eks. politivedtægts § 13: Øvelsesflyvning, konkurrenceflyvning, kunstflyvning eller reklameflyvning er forbudt.

Det har imidlertid givet anledning til tvivl, om det forvaltningsorgan - i praksis ministeriet - der udsteder anordningen i henhold til fuldmagtsloven, kan meddele dispensation selvom der ikke er indsat en bestemmelse herom i anordningen¹⁸⁾. Betragtningen er, at ministeriet i henhold til lovbemyndigelsen kunne have indsat en dispensationsbestemmelse, sml. ovf., hvorfor det vil være lovlig formalistisk at afskære ministeriet fra at dispensere under henvisning til, at der ikke er "hjemmel". Heroverfor er det navnlig gjort gældende, at en undladelse af at angive dispensationsmuligheden kan virke vildledende i forhold til borgerne¹⁹⁾. I praksis har ministerierne i vidt omfang sat sig ud over, at der her skulle gælde et krav om udtrykkelig hjemmel, og ombudsmanden har tiltrådt en principiel udtalelse fra justitsministeriet, hvorefter der ikke i almindelighed er anledning til i administrative forskrifter at optage nogen dispensationsbestemmelse, medmindre det er muligt til vejledning for borgerne at angive faste retningslinier for dispensationspraksis, derunder en udtømmende angivelse af de omstændigheder, der måtte foreligge, for at dispensationen kunne komme på tale²⁰⁾.

18) Dansk Forvaltningsret s. 396f.

19) l.c. s. 397.

20) Brtn, 1961.85.

V. Hvilke skridt kræver førstehåndshjemmel?

1. Af betragtningerne under IV fremgår at forvaltningen i visse tilfælde gyldigt kan træffe afgørelse på grundlag af en ubestemt, evt. en "stiltiende" hjemmel; i andre tilfælde kræves førstehåndshjemmel, dvs. en direkte beskrivelse i loven af netop de skridt forvaltningen kan tage (dvs. afgørelsens indhold).

Hvorfor kræves der i visse tilfælde førstehåndshjemmel?

Man kan forsøge at finde en forklaring med udgangspunkt i lex superior-princippet, jfr. ovenfor II: I princippet ligger at en forvaltningsafgørelse ikke gyldigt kan være i modstrid med en trindhøjere forskrift, jfr. f.eks. UfR 1961.109H. Men lex superior-princippet kan fraviges dersom den trindhøjere forskrift indeholder en såkaldt derogationshjemmel, dvs. hjemmel til at det trinlavere direktiv (under visse betingelser) kan være i strid med den trindhøjere norm¹⁾.

Det springende punkt i forklaringen af den juridiske situation der her foreligger er hvad der skal til for at der kan siges at foreligge "modstrid" mellem det trindhøjere og det trinlavere direktiv. "Modstrid" foreligger ifølge Ross dersom de to normer til samme faktiske betingelser knytter uforenelige retsfølger²⁾.

Spørgsmålet om uforenelighed er imidlertid ikke et spørgsmål om logik. Dersom en vis handling er sanktioneret med erstatningspligt i medfør af en lovregel vil det ikke være logisk

1) Jfr. Ross I s.160 og Ret og Retfærdighed s. 155 og hertil Opsahl, Delegasjon av Stortingets myndighet s. 24off.

2) Jfr. Ross om Ret og Retfærdighed s. 150.

uforeneligt hermed om det administrativt, f.eks. ved politivedtægt, bestemmes at den samme handling belægges med straf. Alligevel kan man forestille sig at der foreligger juridisk uforenelighed, nemlig på grundlag af en fortolkning af loven derhen at erstatningssanktionen udtømmende gør op med handlinger af den pågælden type.

I fortsættelse af dette eksempel kan det hævdes at enhver administrativ regulering ændrer den bestående retstilstand og for såvidt er derogatorisk. "Om ikke andet bliver den handlefrihed som ifølge sædvane gælder på uregulerede områder indskrænket"³⁾, jfr. f.eks. UfR 1957.311 H der angår spørgsmålet om indenrigsministeriets adgang til at forbyde en vis gruppe af handlende at sælge visse varer (vitaminpræparater) i en situation hvor den pågældende gruppes adgang til forhandling netop beror på den manglende regulering i lovs form, jfr. ovf. II, 3 om den retlige frihed.

Når det nu følger af lex superior-princippet at derogatoriske vedtagelser kræver førstehåndshjemmel er det nærliggende at stille samme krav til vedtagelser der går ud på at indskrænke handlefriheden på uregulerede områder. Disse sidstnævnte indgreb kan jo være fuldt så betænkelige eller væsentlige som en egentlig derogation; og det kan derfor være rimeligt at stille samme hjemmelskrav i de to tilfælde. Hvis der f.eks. administrativt gøres visse afvigelser fra bestående lovregler om forretningsdrivendes adgang til at afholde udsalg foreligger der derogation, der principielt kun er gyldig hvis der foreligger førstehåndshjemmel; hvis derimod ingen lovregler forefindes foreligger der blot et indgreb i en ureguleret handlefrihed; alligevel kan man sige at den sidstnævnte ordning er mindst lige så vidtgående og for så vidt mindst lige så betænkelig som den egentlige derogation ⁴⁾, og at hjemmelskravet derfor bør være lige så strengt.

3) Jfr. Opsahl op.cit. 291

4) Jfr. Ross, Statsretlige Studier s.150.

2. Mens begrundelsen for at der i visse tilfælde kræves førstehåndshjemmel er nærliggende, i overensstemmelse med det under 1 anførte, såsnart det fastslås at lex superior-princippet kun kan fraviges på grundlag af førstehåndshjemmel, bliver det langt vanskeligere at foretage en afgrænsning af de tilfælde hvor førstehåndshjemmel kræves. De synspunkter der er anført under 1 kunne synes at føre til at der altid kræves førstehåndshjemmel; men dette er ikke tilfældet; det er altså ikke alle, kun visse særlige indgreb i den uregulerede handlefrihed der kræver førstehåndshjemmel. I den juridiske teori har man opstillet forskellige specielle regler idet man har peget på visse typer af indgreb som særlig fundamentale og krævet førstehåndshjemmel for at anerkende indgrebenes berettigelse. Under denne synsvinkel betragtes traditionelt indgreb der går ud på at give administrative bestemmelser tilbagevirkende kraft, jfr. UfR 1961.843 (dissensen) og afgørelser der går ud på at opkræve afgifter eller fordre andre økonomiske ydelser,⁵⁾ anordning af straf og frihedsberøvelse⁽⁶⁾.

Disse antagelser i teorien er usikre i to retninger; for det første er den traditionelle opregning i teorien ikke udtømmende - man kan meget vel tænke sig indgreb som, uden at være omfattet af opregningen, kræver førstehåndshjemmel (ndf.3); for det andet kan man næppe i alle detaljer fastholde kravet om førstehjemmel med hensyn til de tilfælde der særlig har været fremdraget i teorien (ndf.4).

5) Jfr. nedenfor 4.

6) Jfr. Krarup, s.181 og §40 med henvisninger.

3. At der findes afgørelser der kræver førstehåndshjemmel selvom de ikke er omfattet af teoriens opregning af de typer af afgørelser der kræver førstehåndshjemmel kan belyses med et eksempel fra praksis, nemlig højesteretsdommen i UfR 1960. 506. Sagen angår spørgsmålet om hvorvidt Landbrugsministeriet gyldigt kunne betinge en eksporttilladelse af at A overholdt en mellem de eksisterende organisationer indgået aftale, hvortil hørte at A - på lige fod med de eksportører som var tilknyttet de eksisterende organisationer - skulle indbetale et beløb til en salgsforening indenfor området.

Tilladelsen og det dertil knyttede vilkår var udstedt i medfør af valutalovens §6 jfr. § 8, hvorefter ministeren "bemyndiges til udfra valutariske eller forsyningsmæssige hensynat træffe midlertidige foranstaltninger til fremme eller regulering af udførselen af varer her fra landet". Ved højesterets dom blev det pågældende vilkår kendt berettiget, idet højesteret udtaler at ministeriets vilkår vel findes "at have tilsigtet at varetage berettigede hensyn på en i og for sig ikke urimelig måde. Landbrugsministeriet findes imidlertid ikke i valutalovens § 6 jfr. § 8 at have haft fornøden hjemmel til at betinge udførselstilladelse til appellant af, at han af sin avance afgav de i aftalen omhandlede beløb til salgsforeningen".

Man kunne muligvis se dommen som en bekræftelse på den i teorien hævdede grundsætning om at opkrævning af økonomiske ydelser kræver førstehåndshjemmel (jfr. nærmere ndf. under 4). Dette har imidlertid næppe været afgørende for dommens krav om førstehåndshjemmel, idet det i kommentaren til dommen⁷⁾ fremhæves at det stillede vilkår sikkert nok var i overensstemmelse med lovgivningens formål, og at ministeriet i den foreliggende situation havde kunnet gribe ind, hvorimod det slås fast at: "ministeriet kunne ikke efter bemyndigelsens ordlyd være berettiget til det overordentlig vidtrækkende

7) Nordisk Administrativt Tidsskrift 1961.190 ff.

indgreb overfor A..... - et indgreb som mindede noget om organisationstvang".

Dommen kan således siges at ligge på linie med den tidligere omtalte højesteretsdom UfR 1957.311 der synes at kræve førstehåndshjemmel på grundlag af den opfattelse at der ikke uden videre kan gøres indgreb i retlige friheder af særlig grundlæggende betydning, selvom disse retlige friheder ikke har nogen direkte udtrykkelig lovhjemmel, men blot bygger på at "loven i princippet hjemler alle handlende lige adgang til salg af levnedsmidler".

Der er afsagt et antal domme på forskellige retsområder der muligvis kan belyse spørgsmålet om i hvilke tilfælde domstolene har krævet førstehåndshjemmel. Dommene er imidlertid spredte og tilfældige⁸⁾, og de kan ikke danne grundlag for formuleringen af nogen almindelig grundsætning⁹⁾.

I tilslutning til derogationsproblemet har man været inde på at der alene kræves førstehåndshjemmel i tilfælde hvor det "er et tidligere reguleret område den delegerede myndighed skal anvendes på"¹⁰⁾. Dette er imidlertid ikke vejledende. "Område" er et begreb der bestemmes af juridisk konvention, ikke af stringente principper. Er der tale om genstandsmyndiggørelse, f.eks. bemyndiggørelse til for administrationen at udfærdige direktiver "om vejes benyttelse", kan "området" nok siges at være defineret. Men selvom en administrativt udfærdiget regel angår netop "vejes benyttelse" kan reglen tænkes underkendt som tillige værende udenfor området. Retslivet består ikke af en række indbyrdes adskilte "områder", hvorimod de enkelte områder er fragmenter af en større helhed.

8) Jfr. Krarup §39.

9) Jfr. Opsahl op.cit. 292 ff.

10) Jfr. Opsahl l.c.

Regler der ligger indenfor området "vejes benyttelse" kan tillige angå andre "områder", således hvis der med hjemmel i en bemyndigelse som den her beskrevne gives regler om erstatningspligt i anledning af vejes benyttelse. Sådanne regler vil utvivlsomt blive underkendt idet de ikke blot angår området "vejes benyttelse", men tillige området "erstatningsansvar".

Når man ikke kan besvare spørgsmålet om hvilke indgreb der kræver førstehåndshjemmel på grundlag af en almindelig formel er den eneste vej i virkeligheden en minutiøs gennemgang af eksisterende lovbemyndigelser og en konfrontation af disse med en række tænkte skridt fra administrationens side. En sådan gennemgang falder naturligvis udenfor fremstillingen her.

4. Selvom det således må erkendes, at det næppe er muligt at formulere stort andet end en problemstilling i tilknytning til spørgsmålet om hvilke indgreb der kræver førstehåndshjemmel, vil fremstillingen som afslutning blive uddybet med nogle betragtninger over en af de afgørelsestyper der traditionelt er blevet anset for betænkelig, nemlig krav fra det offentlige om økonomiske ydelser. Selvom der har været tilbøjelighed til uden videre at henhøre krav af denne art til kategorien af afgørelser, der kun kan træffes med førstehåndshjemmel, - en vis inspiration for antagelsen har kunnet søges i grl. §43 - , står vi utvivlsomt her overfor en type afgørelser, der spænder meget vidt og veksler meget stærkt, hvorfor det på forhånd ikke kan anses for udelukket, at der netop her vil kunne findes eksempler på at kravet om førstehåndshjemmel næppe fastholdes i alle detaljer.

Problemet er vistnok ikke så stort i dag som tidligere; det er blevet mere og mere almindeligt at lovgivningen indeholder en stillingtagen for eller imod, f.eks. betaling for benyttelse af offentlige indretninger. Der er således hjemmel for opkrævning af afgifter for benyttelse af havne, lufthavne og

parkeringspladser osv., mens det er fastsat eller forudsat at benyttelsen af læreanstalter, skoler, parker, en række museer osv. skal være gratis. Hermed er der blevet gjort op med en stor del af tidligere teoris diskussion om hvorvidt en "ejendomsret" til forskellige indretninger eller et "kontraktforhold" til visse anstalter kunne siges at "hjemle" kravet om en økonomisk modydelse (for at stille indretningen til rådighed og give adgang til anstalten).

På et særligt punkt blev spørgsmålet om førstehåndshjemmel for krav om økonomisk modydelser sat på spidsen i slutningen af trediverne. Det drejede sig om hvorvidt en almindeligt holdt lovbemyndigelse for fiskeriministeren til at fastsætte nærmere regler om ind-og udførsel af fisk indeholdt hjemmel for at afkræve den enkelte eksportør en afgift.

Pengene der på den måde kom ind skulle anvendes til dækning af det offentliges udgifter til den kontrol med eksporten, som ministeriet havde etableret. Der var lang tradition på eksportområdet for afgifter af denne art - i øvrigt både med og uden førstehåndshjemmel¹¹⁾ - og Højesteret fastslog i det konkrete tilfælde, hvor loven alene bestemte at udførsel "kun må finde sted under iagttagelse af de forskrifter, ministeren måtte fastsætte", at afgiften lovligt kunne opkræves.

Højesteret bemærkede i præmisserne, "at der må gås ud fra, at disse afgifter, hvis størrelse er fastsat i forhold til værdien af vedkommende eksportørs udførsel i det foregående kalenderår, alene tjener til dækning af de ved kontrollen og fiskeridirektoratets virksomhed med den kontingenterede udførsel af fisk forbundne udgifter", UfR 1939.93.

Dommen står således som et eksempel på at kravet om førstehåndshjemmel næppe kan fastholdes i alle detaljer, og der findes flere eksempler; men det er karakteristisk, at der i teorien har været enighed om at karakterisere dommen som

11) Se f.eks. ovf. IV note 4).

et grænsetilfælde¹²⁾.

Det er sikkert tillige karakteristisk at selvom kravet om førstehåndshjemmel for økonomiske ydelser øjensynlig tegner sig stadig mere markant, følges det stedse op af en argumentation for opkrævning (uden sådan hjemmel) af afgifter, der betegnes som "naturlige" eller "selvfølgelig", til dækning af "strengt nødvendige" udgifter, beløbsmæssigt "ubetydelige" osv.; og for såvidt argumentationen fremhæver at der målt i penge ikke er tale om noget videre lægger den sig tæt op til den opfattelse der vil se en nær sammenhæng imellem kravet om førstehåndshjemmel og indgrebets intensitet¹³⁾.

Hvor langt en argumentation af denne art rækker må i sidste instans bero på domstolene. Her skal blot gives et eksempel på at den forekommer.

Ifølge næringslov nr. 138 af 28/4 1931 fastsattes tid og sted for afholdelse af torvehandel af kommunalbestyrelsen efter samråd med politimesteren, og det kunne ved vedtægt bestemmes, at der skulle svares en afgift for benyttelse af stadepladser¹⁴⁾. I den nugældende næringslov (nr. 212 af 8/6 1966) bestemmes i §14, stk. 2: "Torvehandel må kun finde sted på de tider og steder samt på de vilkår, som kommunalbestyrelsen fastsætter i samråd med politimesteren, i København politidirektøren".

Denne udvikling i lovgivningen må umiddelbart forstås således: Næringsloven 1931 gav ved den udtrykkelige bestemmelse om at der kunne opkræves en afgift for benyttelse af stadeplads udtryk for et krav om førstehåndshjemmel. Når

12) Krarup s. 199 med henvisninger.

13) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 392 og ovf. 2.

14) Bestemmelsen var aktuel i forbindelse med UfR 1936 s. 765, jfr. nærmere Krarup s. 106ff og ndf. s. 44 og 47.

næringsloven i dag ikke indeholder en tilsvarende - udtrykkelig - bestemmelse, kan der ikke fastsættes afgiftsbestemmelser alene under henvisning til, at kommunalbestyrelsen i samråd med politimesteren fastsætter tider, steder og de øvrige vilkår. Handelsministeriet har i 1965 forud for lovens vedtagelse udtalt sig på linie hermed overfor Indenrigsministeriet . Handelsministeriet udtalte, at næringsloven 1931 forudsatte, at der krævedes lovhjemmel til opkrævning af stadepenge, men at der efter næringsloven 1966 ikke fra ministeriets side ville blive truffet foranstaltninger til sikring af en sådan hjemmel. Det antages imidlertid¹⁵⁾ at en afgift til dækning af kommunernes renholdelsesudgifter i praksis kan støttes på de lokale politivedtægter, der har en bestemmelse af følgende indhold: "På torvedage rengøres torvepladser efter endt torvetid ved kommunens foranstaltning. Til dækning af udgifterne herved afkræves der de torvesøgende en afgift efter byrådets bestemmelse"¹⁶⁾.

15) Jfr. Jens Selmer og A. Rønsted, Næringslovene (1967) s. 71.

16) l.c. s. 72.

VI. Forvaltningens frie skøn.

I læren om forvaltningens saglige afhængighed er det traditionelt blevet hævdet at forvaltningen i visse situationer skulle være stillet frit, nemlig i det omfang lovgivningen udstyrede forvaltningen med et frit skøn. I sådanne tilfælde skulle forvaltningen principielt ikke være undergivet saglige bånd.

Denne teori repræsenterer en tankebygning der har ført til mange forviklinger og selvmodsigelser ikke blot i dansk men tillige i udenlandsk litteratur og praksis¹⁾. Dels på grund af teoriens magt over traditionel forvaltningsretlig tankegang, dels på grund af dens betydning som illustration af den juridiske begrebsverdens fleksibilitet skal teorien gennemgås i det følgende.

1. Teoriens centrale punkt er den opfattelse at forvaltningen har et frit skøn i det omfang lovgivningen ikke bestemmer præmisserne for/^{og}indholdet af forvaltningens afgørelser²⁾, dvs. - med den vending der vil blive benyttet i det følgende - i det omfang forvaltningen træffer afgørelse i medfør af ufuldstændige retsregler.

Ufuldstændigheden kan vedrøre såvel præmisser som indhold, idet loven f.eks. kan indeholde den regel at forvaltningen i visse situationer "kan" træffe "forholdsregler" eller "foranstaltninger". De vigtigste eksempler på ufuldstændighed af denne art findes i genstands-eller formålsbestemte bemyndigelser, jfr. ovf. IV og V.

Mere almindeligt er det at finde eksempler på at loven vel bestemmer forvaltningsaktens indhold men kun ufuldstændigt angiver præmisserne.

1) Jfr. nærmere Krarup kap. I.

2) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 252.

Eksempler på ufuldstændighed af denne art finder vi i en lang række lovbestemmelser der foreskriver at en forvaltningsmyndighed "kan" træffe afgørelser af nærmere bestemt indhold: meddele eller tilbagekalde en tilladelse, udstede et forbud eller et påbud, tilstå en understøttelse osv.³⁾, og i lovregler der "bemyndiger" forvaltningen til at træffe visse afgørelser, og endelig i lovbestemmelser der foreskriver at der til en bestemt virksomhed kræves en tilladelse eller en anden tilkendegivelse fra det offentlige uden at det i lovteksten angives under hvilkebetingelser den pågældende tilladelse eller tilkendegivelse skal udstedes.

2. Den opfattelse at forvaltningen er sagligt set frit stillet i det omfang forvaltningen handler i medfør af ufuldstændige lovregler er en af de grundlæggende antagelser i såvel dansk som fremmed forvaltningsret⁴⁾. Ingen af de teoretiske fremstillinger som formulerer læren om det frie skøn rummer nogen klar tilkendegivelse af baggrunden for opfattelsen. Forklaringen ligger sandsynligvis i at domstolene - der er den centrale retlige kontrolinstans overfor forvaltningen - antages at udøve en legalitetsprøvelse, dvs. at domstolene påser at forvaltningen overholder de retlige krav der stilles i den gældende lovgivning. Hvis den gældende lovgivning er ufuldstændig betyder dette efter traditionel opfattelse at domstolene ikke kan pålægge forvaltningen noget bånd, og at forvaltningen følgelig er frit stillet.

Sandsynligvis har opfattelsen af det frie skøn i læren om domstolsprøvelsen en nær sammenhæng med en af retslivets grundlæggende retlige fiktioner⁵⁾, nemlig fiktionen om at

3) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 612 f.

4) Jfr. Krarup s. 14 ff.

5) Jfr. Alf Ross, Retlige Fiktioner i Festskrift til Ingmar Hedenius, Sanning, Dikt, Tro (1968).

domstolene ikke er retsskabende: "Judges ought to remember that their office is jus dicere and not jus dare - to interpret law, and not to make law or give law", hedder det hos Francis Bacon. Ørsted skriver at det må følge af sagens natur "at det som egentlig var overladt til øvrighedens afgørelse (ikke) kunne stå under domstolenes påkendelse (f.eks. gavnligheden af et på kommunens regning gjort anlæg, billigheden i næringsskatten og deslige afgifters fordeling, umyndiggørelse, værges beskikkelse osv.)", dvs. netop afgørelser i medfør af ufuldstændige retsregler.

3. Det er karakteristisk for ældre juridisk teori at man har betegnet visse afgørelser eller forvaltningsakter som "skønsmæssige" = beroende på et frit skøn. I en sådan karakteristik ligger at den pågældende afgørelse eller dag i dens helhed er unddraget domstolsprøvelse, dvs. at forvaltningen principielt er stillet retligt frit indenfor de pågældende områder. I ældre dansk teori diskuteres det således hvilke sager der er "øvrighedssager" som modsætning til øvrigheds/^{rets}sager", idet grænsen mellem de to begreber betegner "grænsen mellem de tilfælde hvor domstolene kunne kontrollere øvrighedens handlemåde og de hvor de må erklære sig for inkompetente i denne retning"⁶⁾. "Øvrighedssagerne" er netop sager hvis afgørelse beror på ufuldstændige lovregler, idet en sag ifølge Ussing ikke bliver til en retssag blot fordi "administrationen har udøvet sit frie skøn på urigtig vis, når dens handlen er ubillig, uhensigtsmæssig eller unødvendig, uden dog at komme i strid med loven" (understreget her).

Den opfattelse hvorefter en sag i dens helhed kan henhøre under administrationens frie skøn, uden at administrationen principielt er undergivet sådanne retlige bånd der kan påses af domstolene, finder udtryk i den tidligere i litteraturen og praksis benyttede vending hvorefter en "afgørelse enhører

6) Jfr. Johs. Ussing, Om Afgørelsen af Tvistigheder med Forvaltningen (1893) s. 232.

under administrationen"⁷⁾, dvs. at forvaltningen står juridisk frit.

4. I løbet af dette århundrede har man gradvis måttet modificere teorien om det frie skøn. "Domstolenes inkompetence overfor forvaltningens frie skøn betyder kun, at de ikke i materiel henseende kan efterprøve skønsmæssige afgørelser. Hvis afgørelsen lider af en mangel af formel karakter..... kan den i så henseende tages under påkendelse af domstolene", skriver Poul Andersen⁸⁾.

Poul Andersen fremhæver endvidere at forvaltningens frie skøn er begrænset af læren om magtfordrejning⁹⁾.

Modifikationen i forhold til den opfattelse der er udtrykt ovenfor under 3 ligger i at man ikke længere antager at forvaltningen anses for sagligt frit stillet overfor sagen eller afgørelsen i dens helhed. Forklaringen herpå er at man ikke længere automatisk slutter fra lovens ufuldstændighed til at forvaltningen er frit stillet: der tages det forbehold at læren om magtfordrejning kan begrænse forvaltningens frie skøn¹⁰⁾.

Denne modifikation betyder at man i teorien fraviger den grundlæggende antagelse at domstolene ikke skaber ret: selvom en lovregel er ufuldstændig er det ikke givet at udfyldningen af den pågældende lovbestemmelse er et rent administrativt anliggende; i et vist omfang foretages udfyldningen af domstolene, nemlig i de tilfælde hvor domstolene statuerer magtfordrejning.

7) Jfr. Krarup s. 46 ff.

8) Dansk Forvaltningsret s. 613 f.

9) Op.cit. 612.

10) Magtfordrejning henregnes i den traditionelle forvaltningsretlige systematik til de formelle mangler, jfr. det tidligere citat fra Poul Andersen; se i øvrigt Dansk Forvaltningsret s. 361 ff.

Historisk set er der oprindelig kun tale om en beskeden modifikation i sætningen om det frie skøn, idet forholdet om forvaltningens bundethed af magtfordrejningslæren alene indebærer et krav om at forvaltningen ikke nu forfølger noget ulovligt formål med sin afgørelse.

"Det som.... haves for øje, er det formål eller om man vil den hensigt forvaltningsorganet i subjektiv henseende har forfulgt med forvaltningsakten"¹¹⁾. Forklaringen på at den juridiske teori og praksis har formuleret sådanne saglige bånd som finder udtryk i magtfordrejningsgrundsætningen er formentlig at det - på trods af at det som hovedregel accepteres at lovens ufuldstændighed betyder at forvaltningen er sagligt frit stillet - er en nærliggende tanke at de pågældende lovbestemmelser der udstyrer forvaltningen med offentlig magt må fortolkes i deres rette sammenhæng, således at lovreglerne først og fremmest udelukker en offentlig myndighed fra at varetage private interesser, (som det navnlig er forekommet i de klassiske magtfordrejningseksempler i Frankrig, hvor læren har fået sin juridiske formulering)¹²⁾. Forvaltningsorganerne udøver en social funktion, og reglerne om forvaltningens virksomhed indrettes i overensstemmelse hermed. Dette synspunkt ligger bag ældre udenlandsk magtfordrejningspraksis, som er omtalt dels i Johs. Ussings afhandling, Om Afgørelsen af Tvistigheder med forvaltningen (1893), dels i Poul Andersens disputats, Om Ugyldige Forvaltningsakter (1924).

5. I senere praksis har det vist sig at den begrænsning domstolene har formuleret i forvaltningens såkaldte frie skøn går langt videre end den klassiske magtfordrejningslære. Fra et nutidigt synspunkt kan man sige at det teo-

11) Jfr. Poul Andersen, Ugyldige Forvaltningsakter s. 168. Se hertil Krarup kap. 2.

12) Jfr. Krarup s. 120.

retiske fejlgreb ikke angår magtfordrejningslæren som sådan, idet læren tværtimod rummer en juridisk nærliggende og overbevisende tanke, men derimod ligger i at læren blot er blevet formuleret som en beskeden modifikation i forvaltningens frie skøn, herved at man oprettholder en forestilling om at forvaltningen principielt ikke er undergivet nogen retlige bånd indenfor det frie skøns område. I praksis fungerer magtfordrejningslæren eller magtfordrejningsgrundsætningen som et sagligt krav der begrænser forvaltningens handlefrihed på andre og væsentligere punkter end forvaltningens subjektive hensigter¹³⁾. I hvilket omfang de saglige krav til forvaltningen er blevet intensiveret under den teoretiske betegnelse "magtfordrejning" vil blive søgt illustreret kasuistisk under VII og VIII.

6. Med denne kortfattede oversigt over et af forvaltningsrettens traditionelle nøglebegreber har vi villet illustrere en udviklingslinie fra en oprindelig ubundet frihed til mere og mere intense saglige bånd på forvaltningen. Det er karakteristisk for juridisk begrebsdannelse at en sådan udvikling kan forløbe uden at selve de grundlæggende juridiske begreber formelt ændres. Begrebet "det frie skøn" kendes i forvaltningsretlig litteratur i dag, det figurerede også i forvaltningsretten i forrige århundrede, her og i udlandet; men mens der oprindelig lå juridiske realiteter bag begrebet - der virkelig svarede til en praksis gående ud på at forvaltningen er stillet frit i det omfang lovgivningen ikke nærmere normerer de skridt forvaltningen skal tage - er begrebet i dag en skal uden kerne, idet man ikke længere, end ikke som udgangspunkt, kan fastholde den opfattelse at forvaltningen er stillet sagligt frit i det omfang

13) Jfr. som illustration omtalen af Maugars-sagen, Krarup s. 21 ff. og nærmere ndf. VII.

lovgivningen ikke normerer forvaltningsakternes indhold og/eller deres præmisser. Ufuldstændighed i lovgivningen er ikke ensbetydende med saglig frihed for administrationen, idet der ikke i ufuldstændigheden ligger nogen forudsætning om at udfyldningen skal foretages af forvaltning fremfor domstole.

Fremstillingen under VII om magtfordrejningspraksis vil blive fulgt op af en række supplerende afsnit der viser i hvilket omfang forvaltningen er bundet af saglige krav på andet grundlag end skrevne lovregler: under VIII gennemgås de synspunkter og domsafgørelser der kan illustrere domstolenes almindelige udfyldning af ufuldstændige lovregler. I afsnittene VII til XI vil forskellige andre sider af forvaltningens såkaldte frie skøn blive berørt.

VII. Uskrevne krav (magtfordrejning).

I overensstemmelse med det der er fremdraget i afsnit VI skal det i det følgende vises at der i gældende ret stilles krav til forvaltningen udover det snævre legalitetsprincip (forvaltningens bundethed af forbud og påbud indeholdt i trindhøjere normer plus kravet om at forvaltningens afgørelser har lovhjemmel, jfr. I-V ovenfor).

Når der i det følgende tales om uskrevne krav anvendes der en terminologi som har sammenhæng med traditionel opfattelse af rettens kilder: når juristen søger at udfinde hvad der er gældende ret på et bestemt område støtter han sig ikke blot på lovbestemmelser og andre skrevne regler, men tillige på såkaldt uskreven ret, som i tidligere retskildeteori har været omgivet af megen mystik¹⁾.

Grunden til at vi med sikkerhed kan sige at der gælder visse uskrevne krav er at disse krav formuleres af andre instanser end den autoriserede lovgiver, først og fremmest af domstolene. I fransk teori har man den rammende betegnelse "régles jurisprudentielles" for de dommerskabte uskrevne krav.

Med den skitserede identificering af de uskrevne krav med dommerskabt ret kan man sige at problemstillingen i det følgende angår spørgsmålet: foretages udfyldningen af en ufuldstændig lovhjemmel af forvaltningen selv uden særlige bånd eller har domstolene en - større eller mindre-rolle at spille i udfyldningsprocessen.

I et begrebshistorisk (jfr. VI) såvel som i et systematisk forløb kan de uskrevne saglige krav fremstilles som en skala, hvis ene yderpunkt markerer forholdsvis beskedne krav, mens man i skalaens slutpunkt kan konstatere at forvaltningen er underkastet meget intense bånd, eller, udtrykt på anden måde,

1) Jfr. Ross, Om ret og retfærdighed., kap. III.

at domstolene spiller en betydningsfuld rolle i udfyldningsprocessen. Systematikken i det følgende er bygget op over denne skala.

Den således valgte systematik adskiller sig fra traditionel systematik, som man f.eks. finder den i Poul Andersens skrifter²⁾, hvor der gennemgås forskellige typer af magtfordrejningstilfælde: fagforeningsmagtfordrejning, finansiell magtfordrejning, uberettiget varetagelse af private interesser etc. Når vi har valgt at tilrettelægge gennemgangen på den måde at man, fremfor at beskrive de enkelte i praksis forekommende slags magtfordrejning, forsøger at lade intensiteten af domstolenes udfyldningsvirksomhed = forvaltningens bundethed være inddelingsgrundlaget hænger det bl.a. sammen med at de i praksis forekommende magtfordrejningstilfælde kun er udtryk for spredte eksempler på at forvaltningen anses for bundet; en opregning, som f.eks. forekommer hos Poul Andersen, kan aldrig blive udtømmende. Med den i det følgende valgte systematik skulle det være muligt at nå frem til en - omend nødtørftig - oversigt over karakteren af de forskellige uskrevne bånd på forvaltningen.

1. Det er en klassisk antagelse at forvaltningen er afskåret fra at varetage egne private interesser i forbindelse med administrationen af et hvilket som helst retsområde. Til denne gruppe af tilfælde hører ikke blot klassisk korruption og nepotisme men også chikane³⁾. Selvom forvaltningen træffer sin afgørelse i medfør af en ufuldstændig lovregel er det ikke vanskeligt at indfortolke det forbehold at udøvelsen af al forvaltningsvirksomhed, som en social funktion, skal foregå uafhængigt af den pågældende persons private interesser.

2) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 370 ff.

3) Jfr. eksemplerne i Ugyldige Forvaltningsakter s. 174 ff.

2. På tilsvarende måde har det tidligt været antaget at en forvaltningsmyndighed ikke lovligt kan varetage andre private interesser. Dette synspunkt har først og fremmest fået en markant formulering i højesteretsdommen UfR 1932.505, Kristeligt Dansk Fællesforbund mod Esbjerg byråd.

Sagen angår spørgsmål om lovligheden af en byrådsbeslutning hvis hovedindhold var at byrådet af de entreprenører og sælgere som kommunen havde kontrakt med krævede at de udelukkende beskæftigede arbejdere der var medlemmer af de almindelige fagforeninger, hvilke først og fremmest var vendt mod Kristeligt Dansk Fællesforbund der som en "gul" fagforening blev bekæmpet af fagbevægelsen. Fællesforbundet fik medhold i sin påstand om at byrådsbeslutningen måtte anses for retsstridig og ugyldig. Dommen - der har dannet paradigma for en række senere domme med tilknytning til fagforeningsproblemer⁴⁾ - begrundet resultatet med at "byrådet må efter almindelige retsgrundsætninger være pligtig at forvalte kommunale anliggender under ligeligt hensyn til alle borgere....".

Dommen er blevet udlagt som eksempel på at domstolene reagerer på grundlag af klassiske magtfordrejningsovervejelser, dvs. at byrådets hensigt har været odiøs: "Det afgørende for domsresultatet har i virkeligheden været at byrådsflertallet med sin vedtagelse klarligen forfulgte et partipolitisk formål"⁵⁾.

På tilsvarende måde antager Poul Andersen at UfR 1936.765 er udtryk for at domstolene reagerer mod byrådets hensigt, jfr. nærmere nedenfor 4. Den ulovlige hensigt skulle her bestå i at byrådet tilsigtede at varetage bestemte grupper af handlendes interesser (og hermed, muligvis, indirekte kommunens interesser som skattekreditor).

4) Jfr. særlig UfR 1958.868 og 1967.58.

5) Jfr. Poul Andersen, Grundtvig som Rigsdagsmand og Andre Afhandlinger s. 92, jfr. Dansk Forvaltningsret s. 375.

3. De under 1 og 2 beskrevne krav om at offentlig myndighed skal udøves uegennyttigt kunne siges kun at indeholde en beskeden modifikation i forvaltningens frihed - dersom disse krav var de eneste domstolene stillede til forvaltningens afgørelser på ufuldstændigt lovgrundlag.

Domstolene har imidlertid ikke indskrænket sig til at stille krav om at forvaltningsvirksomhed skal udøves til varetagelse af en offentlig interesse: selvom en forvaltningsmyndighed i en bestemt sammenhæng forfølger et offentligt formål har man i domspraksis ofte underkendt forvaltningens afgørelse med den begrundelse at den offentlige interesse den pågældende forvaltningsmyndighed havde varetaget måtte anses for uvedkommende.

Som illustration kan nævnes 1928.675H der drejer sig om gyldigheden af et forbud i Københavns politivedtægt mod opslag af plakater udenfor de offentlige plakatsøjler. Til brug for landsrettens behandling af sagen udtalte politidirektøren at politivedtægtens regel ikke havde "nogen egentlig politimæssig interesse", men derimod gik ud på at opfylde en kontrakt der var indgået mellem Københavns kommune og et privat selskab hvorefter der skulle gives selskabet eneret til at benytte plakatsøjlerne. På dette grundlag fandt landsretten politivedtægtens bestemmelse ugyldig.

Selvom man går ud fra at politivedtægtens regel ikke havde nogen politimæssig interesse må domstolene dog lægge til grund at vedtægtens regel ikke forfølger et rent privat uvedkommende formål: vedtægtens regel er ikke givet af hensyn til det private selskab men for at sikre kommunens opfyldelse af sin forpligtelse; og eftersom kommunen havde betinget sig et vederlag for udlejning af plakatsøjlerne kan det siges at vedtægtens regel i sidste instans tilgodeså kommunens finansielle interesser, altså et offentligt formål.

Dommen er yderligere illustrerende derved at højesteret opretholdt politivedtægtsens regel som gyldig. I ugeskriftets note til dommen gives den forklaring på højesterets dom "at det fandtes.....ikke godtgjort at øjemedet (understreget her) med forbudet alene var kommunens økonomiske interesse".

Dette kunne synes at rumme en bekræftelse af den almindelige antagelse hvorefter magtfordrejningslæren bygger på (kritik af) forvaltningens subjektive hensigter . Dette skal nærmere diskuteres under 4.

Når det skal afgøres hvornår det er legitimt for en forvaltningsmyndighed at varetage en offentlig interesse, f.eks. det offentliges finansielle interesse er det ikke principielt afgørende om den pågældende interesse er henlagt under den handlende forvaltningsmyndighed selv eller under andre. Det afgørende synspunkt der ligger til grund for domstolenes udfyldning af ufuldstændige lovregler er at den offentlige interesse der i det konkrete tilfælde varetages skal have saglig sammenhæng med den pågældende forvaltningsakt; hvilke interesser der herefter kan anses for saglige beror på domstolenes mening om den lovgivning der ligger til grund for forvaltningsakten⁶⁾.

4. De foregående eksempler viser at den juridiske teori har placeret magtfordrejningslæren som et udtryk for at domstolene reagerer overfor forvaltningens hensigt. Imidlertid er de krav domstolene stiller til forvaltningen i forbindelse med udfyldningen af ufuldstændige lovregler i langt de fleste tilfælde rettet mod forvaltningsaktens objektive præmisser og ikke mod hensigten. Et par eksempler kan illustrere forskellen: I noten til den ovenfor omtalte dom i UfR 1928.675 antydes det at det kan være af afgørende betydning for lovligheden af forvaltningens afgørelse om forvaltningens øjemed med det udstedte forbud alene er kommunens økonomiske interesse. Heri har man indlagt at det afgørende for domstolenes udfyldning af de tilgrundliggende lovregler er et krav om at den pågældende forvaltningsmyndigheds psykologiske, subjektive

6) Som andre eksempler på usaglige offentlige formål henvises til Dansk Forvaltningsret s.378 og s. 385.

hensigter skal være i overensstemmelse med den tilgrundliggende lovgivnings formål. Hvis man til forskel herfra skulle udfylde lovgivningen med krav til forvaltningsaktens objektive præmisser måtte man nærmere vurdere selve sagens materielle baggrund: En prøvelse af hvorvidt politimæssige og praktiske hensyn kunne siges at gøre det pågældende forbud rimeligt⁷⁾.

Et andet eksempel er UfR 1936 s.765 (jfr. ovf.2) og 1937 s.797. I begge sager tager domstolene stilling til nogle af et byråd trufne dispositioner der, som det siges i den første dom, "i det væsentlige har haft til formål at lægge hindringer i vejen for den ved næringslovens §50 hjemlede ret til torvehandel".

Denne opfattelse hos retten har antagelig sammenhæng med at den pågældende kommune havde økonomisk interesse i at overføre så stor en del af byens handel som muligt til byens egne næringsdrivende (af beskatningsmæssige grunde). Dette havde vist sig ved at byrådet oprindeligt havde fastsat stadepenge til et højere beløb for de udenbys end for de indenbys, hvilket imidlertid var blevet ændret på foranledning af handelsministeriet. Derpå havde byrådet besluttet at sætte stadepengene op med virkning for alle, idet man herved antagelig ønskede at hindre torvehandelen og derigennem indirekte favorisere byens egne handlende. Denne beslutning forelå til prøvelse i den første sag med det resultat at førhøjelsen blev tilsidesat.

I den pågældende næringslovs § 44 hedder det blot at det i vedtægt "kan bestemmes at der skal svares en afgift for benyttelsen af de faste stadepladser", jfr. i øvrigt ovf.s.33f.

Forskellen mellem prøvelse af byrådets hensigt og på den

7) Hvorvidt dommen er udtryk for en prøvelse af den ene eller den anden art/diskuteres, Krarup s.91.
kan

anden side de objektive præmisser består i at en prøvelse af hensigten alene koncentrerer sig om hvad byrådet har ønsket og tilstræbt (at hindre torvehandelen), mens prøvelsen af de objektive præmisser består i en prøvelse af om de forhøjede stadepenge må siges at være passende, i overensstemmelse med afgiftens baggrund i næringsloven. Der er ingen tvivl om at landsretten i UfR 1936.s.765 udfylder næringslovens §44 på grundlag af krav til forvaltningsaktens objektive præmisser, idet det hedder i dommen at "fem kroner om dagen pr. stade ikke står i passende forhold til de udgifter til renholdelse af torvet og lignende, som det må antages at have været formålet med bestemmelsen i næringslovens § 44 at skaffe kommunen dækning for gennem stadeafgifterne".

Den her omtalte dom er interessant derved at den bygger på en særdeles intens udfyldningsvirksomhed fra domstolenes side: selvom den tilgrundliggende lovregel er ufuldstændig hvad angår spørgsmålet om stadepengenes størrelse og anvendelse, og selvom dette efter traditionel opfattelse af det frie skøn skulle være ensbetydende med at forvaltningen er principielt frit stillet giver domstolene dog udtryk for krav som i virkeligheden betyder at forvaltningens frihed kun respekteres indenfor de rammer der er udtryk for et "passende forhold".

Hermed være ikke sagt at de handlende forvaltningspersoners subjektive hensigt er uden nogen juridisk betydning. En odiøs hensigt hos forvaltningen (f.eks. ønsket om at hindre torvehandelen eller anden chikane) kan have betydning som indicium for at forvaltningsakten bygger på forkerte præmisser. En isoleret domstolsprøvelse af hensigten har først og fremmest betydning i det omfang der ikke praktiseres nogen prøvelse af - og således ikke stilles særlige krav til - forvaltningens præmisbedømmelse. Af det foregående fremgår imidlertid at de uskrevede krav som formuleres af domstolene først

og fremmest retter sig mod forvaltningens objektive præmisser⁸⁾.

5. Teksten under 4 bygger på at domstolene udfylder ufuldstændige lovregler med krav til forvaltningen udover lovens skrevne tekst. Udfyldningsvirksomheden bygger i praksis på så vidt forskelligartede bedømmelsesgrundlag at praksis vanskeligt kan sammenfattes i en generel formel. Det hører imidlertid med til billedet af de uskrevne saglige krav at domstolene udfylder ufuldstændige lovbestemmelser med et generelt krav om at forvaltningens afgørelser skal bygge på en tilstrækkelig bedømmelse af sagens præmisser. Dette krav giver sig praktisk udslag i at domstolene i visse tilfælde har tilsidesat forvaltningsakter, ikke som følge af at forvaltningen positivt har forfulgt et usagligt formål, men som følge af at forvaltningen har undladt at lægge saglige hensyn til grund for afgørelsen eller i øvrigt bedømt præmisserne utilstrækkeligt.⁹⁾ Denne retlige situation - der utvetydigt demonstrerer den klassiske magtfordrejningslæres fundamentale begrænsninger - vil blive uddybet ndf. i afsnit IXff og endvidere i fremstillingen af læren om domstolsprøvelse. Under VIII vil der blive gjort rede for den udfyldningsvirksomhed der klart går ud over magtfordrejningslæren.

8) Om hensigtens betydning henvises til Krarup s. 110 ff.

9) Jfr. Krarup s. 124 ff.

VIII. Udfyldning udover magtfordrejningslæren.

Med de domme der er omtalt i afsnit VII er det vist at den grundantagelse som læren om det frie skøn bygger på - nemlig at ufuldstændighed i retsgrundlaget er ensbetydende med saglig frihed for forvaltningen - ikke holder stik. I alle tilfælde hvor retsreglerne er ufuldstændige vil domstolene foretage en udfyldning og dermed formulere saglige krav til den enkelte forvaltningsakts præmisser og indhold. Men det er ikke muligt i en almindelig formel at angive hvorlangt de dommerskabte krav rækker. Man kan tænke sig at kravene i visse tilfælde er temmelig lemfældige, i andre tilfælde mere vidtgående.

En fremstilling af de dommerskabte krav er omgærdet af megen usikkerhed som følge af at den enkelte dom i sin begrundelse næsten aldrig giver udtryk for en generel bedømmelse af det pågældende retsområde, men alene koncentrerer sig om den i det foreliggende tilfælde truffene afgørelse. I UfR 1936 s.765 udtaler landsretten f.eks. blot at stadeafgiften på 5 kr. om dagen pr. stade "ikke står i passende forhold til de udgifter til renholdelse af torvet og lignende, som det må antages at have været formålet med bestemmelsen i næringslov §44 at skaffe kommunen dækning for gennem stadeafgifterne". Men den omstændighed at det i det konkrete tilfælde fastsatte beløb (5 kr.) underkendes som "upassende" efterlader som ubesvaret spørgsmålet om hvordan domstolene ville have forholdt sig hvis beløbet var fastsat til 4, 3, 2 eller 1 krone, 75 øre, 50 øre, osv. Hvorlangt domstolene vil gå ned, kan man med andre ord ikke se af dommen; denne tager - i overensstemmelse med de af parterne nedlagte påstande, jfr. rpl.'s § 293 stk. 1 - alene stilling til spørgsmålet: skal den foreliggende afgørelse opretholdes eller tilsidesættes.

I visse tilfælde er det imidlertid muligt, således som sagen er forelagt og påstandene formuleret, at drage sikre slutninger fra en dom i retning af hvor langt domstolenes udfyldningsvirksomhed rækker. Således angår højesteretsdommen UfR 1955 s.104 spørgsmålet om hvor store afgifter et havneudvalg kunne opkræve for den såkaldte uegentlige havnetrafik. Højesteret fastslår at der kan fastsættes afgiftsbeløb "der kan anses som en rimelig godtgørelse for de udgifter den uegentlige havnetrafikpåfører appellant".

Som følge af at parterne i denne sag havde formuleret en række alternative beløb i påstandene er det muligt af denne dom at udlede hvor langt udfyldningsvirksomheden går, med langt større sikkerhed end i UfR 1936 s.765 ¹⁾.

Med det forbehold der ligger i at det undertiden kan være vanskeligt at drage sikre slutninger fra de enkelte domme, som følge af at domsafsigelsen er konkret, mens fremstillingen her er generel, vil der nedenfor blive drøftet to punkter om udfyldning udover magtfordrejningsgrundsætningen. For det første vil der blive fremdraget tilfælde hvor udfyldningsvirksomheden er mere intens end i den klassiske magtfordrejningslære derved at domstolene pålægger forvaltningen at træffe en bestemt afgørelse uanset at den tilgrundliggende lovregel er ufuldstændig (ndf.1). Dernæst vil der blive omtalt tilfælde hvor udfyldningen viser sig ved at domstolene stiller krav til forvaltningens anvendelse af bestemte retlige synspunkter,

1) Spørgsmålet om hvorvidt domstolene i almindelighed nøjes med at tage stilling til om en afgørelse skal opretholdes eller om domstolene herudover formulerer en selvstændig afgørelse eller angiver retlingslinierne for hvilken afgørelse forvaltningen i fremtiden skal træffe, vil blive behandlet i fremstillingen om prøvelse af forvaltningsakter.

selvom disse retlige synspunkter er formuleret af forvaltningen selv, og selvom forvaltningen muligvis kunne have truffet afgørelse på grund/¹af² andre retlige synspunkter (ndf.2).

1. Som forklaring på de domme der udtrykker krav til forvaltningen uanset at retsreglerne er sproglige ufuldstændige fremhæves det²⁾ at "kan" - som markerer en typisk ufuldstændighed i præmisserne - undtagelsesvis kan betyde det samme som "skal". Den dom der henvises til med denne betragtning, UfR 1934.368 er imidlertid ikke udtryk for en sådan opfattelse. Dommen angår den tidligere lærerlønningsslov (nr. 167 af 28. april 1931) §6 stk. 7, hvorefter "en kvindelig tjenestemand der efter ansøgning afskediges uden pension som følge af indgåelse af ægteskab, kan.....få udbetalt et beløb....". Dommen antager at bestemmelsen må forstås som "givende en norm der skal følges hvor ikke særlige forhold foreligger"; og da sådanne forhold ikke sås at foreligge i sagen blev skolerådet dømt til at betale beløbet.

Denne domsbegrundelse viser at "kan" virkelig betyder at præmisserne for afgørelsen ikke er fuldstændig angivet i den pågældende lovregel: den implicerede har ikke noget ubetinget krav på beløbet selvom de betingelser der er angivet i lovbestemmelsen (præmisserne) er opfyldt. Dommens betydning ligger i at det fastslås at præmis~~-~~valget ikke suverænt udøves af forvaltningen. På den anden side adskiller dommen sig fra den udfyldningsvirksomhed som er beskrevet i magtfordrejningsafsnittet derved at forvaltningen dømmes til at udbetale beløbet selvom det ikke er oplyst at forvaltningen har forfulgt usaglige formål; mens uvisheden om hvorvidt sådanne usaglige formål har foreligget i almindelighed må gå ud over den adressat der anfægter en truffen afgørelse

2) Jfr. Dansk Forvaltningsret s. 613.

har dommerne her anlagt den modsatte betragtning. Dommen viser at i visse tilfælde kan domstolene operere med en formodning imod valgfrihed for forvaltningen, mens den almindelige magtfordrejningslære bygger på den modsatte formodning.

På tilsvarende måde viser dommene i UfR 1939 s.320, 1929 s.1024, 1923 s.505 og 1962. s.202 at forvaltningens afgørelser på grundlag af "kan" - regler i visse tilfælde kan baseres på præmisser der ikke fremgår af lovteksten, men at der ikke heri nødvendigvis ligger at det endelige præmisvalg træffes af forvaltningen i modsætning til domstolene³⁾.

At angive grænserne mellem de tilfælde hvor domstolene er tilbageholdende med udfyldning, således at der overlades forvaltningen en betydelig valgfrihed, og på den anden side tilfælde hvor domstolene udfylder mere intensivt ved udtømmende - eller tilnærmelsesvis udtømmende - at formulere afgørelsens præmisser, er særdeles vanskeligt. Forsigtigvis kan man vel nok sige at tilbøjeligheden til selvstændig udfyldning er størst hvor der er tale om ensartede afgørelser som forvaltningen træffer i temmelig stort tal, f.eks. om bestemte slags ydelser, jfr. foruden de tidligere omtalte afgørelser UfR 1952 s.226 og 1958 s.455 (som begge omtales ndf. XI). Men selv udenfor disse tilfælde kan udfyldningsvirksomheden være omfattende. Som illustration kan nævnes højesteretsdommene UfR 1936 s.55, 1938 s. 1047 og 1957 s. 1023, der alle angår afgørelser truffet i medfør af statskattelovens (nr.149 af 10/4 1922) §42 stk. 5.

I den nævnte bestemmelse hedder det, at "finansministeren skal.... være berettiget til at bestemme, at personer, der som følge af bortrejse til udlandet eller af andre grunde

3) Til yderligere illustration af problemstillingen henvises til UfR 1954.571, 1953 s.633 og 1952 s.942 og hertil Krarup s.212 ff.

ikke er blevet medtaget ved skatteansættelsen her i landet for et eller flere skatteår, skal ansættes til indkomst- og formueskat til staten for de pågældende skatteår".

I 1936 s.55 gengives den citerede bestemmelse i Højesterets dom, som en bemyndigelse til for finansministeren at bestemme, at personer "under visse, udtrykkelig og forudsætningsvis angivne omstændigheder skal ansættes til.... skat til staten".

§42, stk.5, er et typisk eksempel på en lovbemyndigelse, der er ufuldstændig i den forstand, at den er tavs med hensyn til spørgsmålet om, hvilke præmisser der gyldigt kan motivere den i bestemmelsen omhandlede afgørelse. Men af det citerede stykke fra dommen kan man se, at Højesteret ved at "forudsætte" betingelser, som ikke fremgår af lovteksten, forbeholder sig adgang til at udfylde den tomme bemyndigelse i større eller mindre udstrækning. Under voteringen fremhæves det, at bemyndigelsen i §42, stk. 5 er "meget vidtgående", og der rejses spørgsmål om, hvorvidt domstolene overhovedet kan opstille nogen grænse for finansministerens myndighed. Spørgsmålet besvares bekræftende, omend der ytres tvivl om grænsernes eksakte indhold. Som et argument for, at domstolene kan opstille betingelser for bemyndigelsens anvendelse, som ikke fremgår af loven, henvises der netop til bemyndigelsens vidtgående karakter.

I såvel 1936 s.55 som 1938 s.1047 fremhæver Højesteret, at de implicerede skatteydere ikke havde været skatteansat i udlandet, hvilket kunne tyde på, at retten bl.a. anser det som en "forudsat" betingelse for bemyndigelsens anvendelse, at der ikke har fundet sådan beskatning sted. I den seneste sag, 1957 s.1023, var skatteyderen under sit ophold i udlandet blevet skatteansat af et mindre beløb. Højesteret, der opretholder den af finansministeren truffene afgørelse om efterbeskatning, bemærker forsigtigt, at "den i sagen foreliggende mulighed for dobbeltbeskatning findes ikke at kunne danne grundlag for en tilsidesættelse....".

I kommentaren til dommen fremhæves det, at "det synes vanskeligt i lovordene at indlægge den begrænsning, at reglen kun gælder, hvor de pågældende ikke i udlandet er sat i skat af den fulde indtægt". Ikke desmindre erklærer kommentatoren på grundlag af de to ældre domme, at "der er en ikke ringe sandsynlighed for, at afgørelsen vil blive tilsidesat af domstolene", dersom ministeren skulle træffe bestemmelse om efterbeskatning i tilfælde, hvor den fulde indtægt er blevet beskattet i udlandet.

I kommentaren finder det i den tidligere citerede votering formulerede synspunkt - udfyldningsnødvendighed med henvisning til bemyndigelsens vidtgående karakter - et utvetydigt udtryk, idet kommentatoren bemærker, at reglen giver "finansministeren en overordentlig vid - mange vil vist sige betænkelig vid - bemyndigelse". Det er bl.a. den manglende bestemtthed, der motiverer domstolene til at udfylde den ufuldstændige bemyndigelse.

2. Et konkret tilfælde vil anskueliggøre problemstillingen. I sagen Rettstidende 1959.733 havde samfærdselsnævnet nægtet at udstede bevilling til en chauffør, der mente, at han havde den længste kørselsanciennitet blandt ansøgerne. Nævnet bestred, at den sagsøgende chauffør havde længst anciennitet, idet man havde set bort fra en periode på 2 1/2 år, inden for hvilken chaufføren erkendte, at han ikke havde været i virksomhed som fast chauffør. Imidlertid gjorde han gældende, at nævnet måtte være uberettiget til at fradrage denne periode, idet fraværelsen udelukkende skyldtes en ulovlig aktion fra de øvrige chaufførers side (muligvis fordi han efter besættelsen var blevet sigtet for at have været medlem af N.S., hvilket han imidlertid ikke var blevet straffet for).

For Højesteret gjorde samfærdselsnævnet gældende, at spørgsmålet om anciennitetsberegningen måtte være overladt til administrationens frie skøn uden mulighed for kritik fra

domstolenes side. Heri fik nævnet ikke medhold, men blev dømt til at betale chaufføren erstatning som følge af, at han først havde fået bevilling på et senere tidspunkt, end hans anciennitet, rigtigt beregnet, berettigede ham til. Dersom lovens regel nu går ud på, at den der har længst anciennitet har krav på at få tildelt en ledig bevilling, er der tale om anvendelsen af en obligatorisk målestok, og ingen vil her bestride, at domstolene kan efterprøve forvaltningens anciennitetsberegning.

I det foreliggende tilfælde er der imidlertid tale om en situation, der klart dækkes af det traditionelle frie skøn. I en tidligere dom, NRT 1954.1156, fremhæves det, at samfærdselsloven, i henhold til hvilken afgørelsen i 1959.733 var truffet, ikke indeholder "anden bestemmelse end at adgangen til at bestride droskekørsel er afhængig af bevilling fra samfærdselsnævnet.... Fra lovgivningens side er der således ikke givet nogen direktiver for skønnet, og departementet må følgelig stå frit.....". Af en senere dom, NRT 1957.824, fremgår det, at myndighederne - inklusive domstolene - opfatter loven således, at "ancienniteten blot er et af de hensyn, som kommer i betragtning ved uddelingen". Blandt andre hensyn, nævnet kan lægge vægt på, fremhæves kravet om, at bevillingshaverne skal have publikums tillid og være "skikket" til at fremme transporten, ligesom der kan lægges vægt på ansøgerens alder og andre personlige forhold; der skal kort sagt "foretages en samlet bedømmelse og vurdering af hver ansøgers individuelle forhold....".

En situation som den foreliggende er karakteriseret ved, at forvaltningens afgørelse kan tænkes baseret på en række - artsforskellige - præmisser. Det er et hovedpunkt i traditionel opfattelse, at forvaltningens præmisbedømmelse i sådanne tilfælde er unddraget domstolsprøvelse. "En efterfølgende prøvelse af...forvaltningsakter indenfor det frie skøns grænser kan...ikke bestå i, at forvaltningsaktens indhold

sammenholdes med gældende ret", skriver Poul Andersen, jfr. Dansk Forvaltningsret s.605.

Imidlertid er dommen i NRt 1959.733 klart udtryk for, at dommerne ikke respekterer afgørelsen blot med henvisning til den teoretiske valgfrihed, som karakteriserer den foreliggende situation.

I dansk praksis findes der en lang række eksempler på at domstolenes udfyldningsvirksomhed tilsvarende går ud på at stille krav til forvaltningens anvendelse af et bestemt vurderingsgrundlag, uanset at dette ikke er defineret i loven, jfr. Krarup s. 225 ff og de der nævnte domme.

Dette spørgsmål vil blive mere udførligt behandlet i fremstillingen af læren om prøvelse af forvaltningsakter.

IX. Forvaltningens praksis må ikke udelukke individuel bedømmelse.

I dette afsnit behandles det særlige krav der består i at forvaltningens praksis ikke må udelukke en individuel bedømmelse af de sager der er omfattet af praksis; afsnittet har sammenhæng med afsnit X der rummer en drøftelse af nogle spørgsmål om forvaltningspraksis i forhold til domstolene. Det er praktisk, som en slags fælles introduktion til begge afsnit, ganske kort at drøfte nærmere hvad der betragtes som "forvaltningens praksis".

1. Det er principielt ønskværdigt at forvaltningen tilstræber ensartethed og konsekvens i sine afgørelser. Dette gælder uanset om der er tale om fuldt lovbundne afgørelser eller om afgørelser hvis præmisser og/eller indhold ikke er udtømmende beskrevet i loven. Forvaltningens praksis har naturligvis størst interesse i de sidstnævnte tilfælde.

I begge tilfælde - særlig dog i tilfælde hvor den tilgrundliggende lovgivning er ufuldstændig - er det ofte forudsat at forvaltningens afgørelser i større eller mindre grad skal bygge på skøn, dvs. at den afgørelse der træffes skal hvile på en vurdering af den enkelte sags individuelle særegenheder.

I traditionel teori associerer man udtrykket "skønsmæssig" afgørelse med teorien om "det frie skøn", jfr. herom nærmere ovf. VI. I denne betydning skulle "skøn" og lovbundne afgørelser" være modsætninger. I den foreliggende fremstilling benyttes udtrykket skøn og adjektivet skønsmæssigt imidlertid i en anden betydning, alene som karakteristik af vurderingsgrundlaget, der - som nævnt - viser hen til en individuel bedømmelse af den enkelte sag. En sådan bedømmelse kan meget vel praktiseres også i forbindelse med afgørelser der karakteriseres som fuldt lovbestemte, f.eks. hvor et faktum ikke eller ihvertfald kun vanskeligt lader sig fastlægge.

I sådanne tilfælde - der navnlig er almindelige i skatteretten¹⁾ - har det naturligvis også betydelig interesse, at myndighederne tilstræber ensartethed og konsekvens, dvs. at der forekommer praksisdannelse eller i hvert fald tilløb til praksisdannelse, f.eks. hvor man ved fastlæggelse af omfanget af forbruget af egne produkter falder tilbage på et skøn men desuagtet i praksis når frem til visse "normalsatser" o.l.²⁾.

Betegnelsen "forvaltningens praksis" dækker i den almindelige opfattelse alle tilfælde, hvor forvaltningen træffer afgørelser, der er ensartede. Ganske særlig betydning har den praksisdannelse, der sker i de centrale, overordnede forvaltningsorganer, hvis afgørelser ofte har karakter af præjudikater i forhold til den underordnede forvaltning; men en beskrivelse af forvaltningens praksis som sådan må naturligvis også omfatte lokale forvaltningsorganers praksisdannelse. Hertil kommer en række særlige situationer, som snarere ligger i yderkanten af hvad man i almindelighed forstår ved administrativ praksis, f.eks. de tilfælde hvor skattemyndighederne i en årrække har foretaget ensartet ansættelse af en og samme skatteyder.³⁾

Den generalisering eller standardisering, der er det centrale i praksisdannelsen, kan typisk enten være tilsigtet fra først af som led i en bevidst tilrettelæggelse af skønnets udøvelse eller kan - mere ubevidst - være opstået efterhånden⁴⁾.

1) Se betænkning om landsskatteretten nr. 339/1963 s.72-73.

2) Thøger Nielsen, Indkomstbeskatning I s. 266 f.

3) Se i øvrigt om skattepraksis som retskilde A. Spang-Hansen UfR 1966 B.

4) Bent Christensen I s.95-96.

Eksempler på at praksis tilrettelægges fra først af er de cirkulærer som ministerierne ofte udsteder i tilknytning til nye love eller vigtigere lovændringer og hvori der gøres op med mere principielle fortolknings spørgsmål og - ofte i tråd med lovens motiver - afstikkes retningslinier for skønsudøvelsen. Undertiden er det ligefrem fastsat i loven, at ministeren giver nærmere retningslinier, f.eks. lukkelov nr. 264 af 10/6 1970 §7: Kommunalbestyrelsen kan efter retningslinier givet af handelsministeren fastsætte udvidede åbningstider for butikker, jfr. cirk. nr. 141 af 17/6 1970. I almindelighed følges love og anordninger ganske selvfølgelig op af cirkulærer, f.eks. handelministeriets cirkulære nr. 77 af 6/4 1970 til kommunalbestyrelserne og politimestrene vedr. lov nr. 121 af 25/3 1970 om restaurations- og hotelvirksomhed m.v. Når der lovgives på områder, hvor der i forvejen er fæstnet en praksis, tages der ganske naturligt stilling til, om loven får konsekvenser for hidtidig praksis eller om denne forudsættes videreført, f.eks. justitsministeriets cirkulære nr. 83 af 23/5 1934 om offentlige indsamlinger (lov nr. 178 af 16/5 1934): "Indsamlingstilladelse kan, jfr. lovens §2, kun gives til velgørende formål eller til formål, der har almen interesse. Ved bedømmelse af, om formålet falder indenfor den angivne ramme, bør den hidtil fulgte praksis med hensyn til meddelelse af indsamlings- og bortlodningstilladelser lægges til grund, således at sagen i tvivlstilfælde forelægges justitsministeriet, og det bør i det hele have for øje, at antallet af indsamlinger ikke væsentligt overstiger det hidtil tilbadte antal".

Hvor der fra først af tilrettelægges en praksis vil de opstillede regler og retningslinier kunne have en vekslende intensitet. Reguleringen kan være gennemført så forsigtigt, at det skønsmæssige spillerum i afgørelserne stort

set er bevaret idet der blot formuleres rammer for skønnet. Reguleringen kan modsat være så konsekvent gennemført, at der overhovedet ikke eller ialfald kun i ringe grad er levnet plads for en individuel bedømmelse af enkelttilfældet, således i tilfælde hvor cirkulæret ligefrem fastsætter bestemte beløb eller beløbsrammer. I sådanne tilfælde kan det imidlertid samtidig være understreget - eller underforstået - at de opstillede regler kun har karakter af retningslinier, alene er vejledende osv.

Den praksis der dannes efterhånden er det selvsagt vanskeligere at få et indtryk af, men til illustration af at praksis kan blive udførligt fremdaget i tilknytning til behandlingen af en konkret sag kan henvises til et eksempel på praksisdannelse der er omtalt i ombudsmandens beretning 1961 s. 85-87. Det drejede sig om justitsministeriets praksis fra 15. maj 1958 til oktober 1960 med hensyn til dispensation fra aldersbetingelsen (22) ved udstedelse af førerbevis til erhvervsmæssig personbefordring. Det fremgår heraf at der i den nævnte periode blev behandlet 57 ansøgninger og meddelt 24 dispensationer. De sager hvori dispensation blev meddelt faldt i forskellige grupper, ialt seks. Karakteristisk for nogle af disse grupper var, at man havde taget hensyn til, at aldersbetingelsen før 15. maj 1958 havde været lavere (21). Der blev således meddelt dispensation til personer, som var 21 den 14/5, men først søgte om førerbevis senere, og til en person som havde anskaffet en hyrevogn i tillid til, at aldersbetingelsen 21 fortsat var gældende. I en gruppe af tilfælde havde ansøgerens fader været langvarig syg eller var afgået ved døden, og ansøgningerne var begrundet med, at ansøgeren ved at drive faderens vognmandsforretning videre skulle bidrage til familiens underhold. I en anden gruppe af tilfælde havde ansøgeren lidt af en sygdom, som havde medført, at han ikke fortsat kunne bestride sit erhverv som vare-eller lastbilchauffør eller lignende eller skaffe andet erhverv, som hans helbredstilstand til-

lod ham at bestride.

Den praksis der dannes fra først af vil som regel have fundet udtryk i cirkulærer o.l., og den vil ofte være offentliggjort (Ministerialtidende). Den praksis der dannes senere (successivt) er normalt ikke på samme måde tilgængelig, men undertiden samles serier af enkeltafgørelser i trykte vejledninger, anvisninger m.v. (f.eks. Meddelelser fra ligningsdirektoratet).

2. I den forvaltningsretlige teori er der sat et spørgsmålstegn ved forvaltningens regeldannelse. Det er blevet gjort gældende⁵⁾, at "en forvaltningsakt ...er behæftet med en retlig mangel, hvis forvaltningsmyndigheden har undladt at udøve et pligtmæssigt skøn, vel ikke fordi den p.g. af en retsvildfarelse troede sig afskåret fra at skønne, men fordi den selv har opstillet en regel og truffet sin afgørelse som en konsekvens af denne hjemmelavede regel".⁶⁾

I det citerede tekststykke hæfter man sig navnlig ved at der tales om at opstille og anvende en "regel" i skønnets sted. De betænkkeligheder der gives udtryk for i teorien kan således ramme regeldannelsen som det centrale i forvaltningens praksis. Der kan på den anden side også være tale om situationer i yderkanten af området for den typiske praksisdannelse, ja, situationer hvor man sædvanligvis slet ikke vil tale om "praksis" og regeldannelse, f.eks. som det forekom i et af de klassiske eksempler på en utilstedelig hjemmelavet regel, at en præst - som ifølge loven kan tillade lægmænd at tale i kirken - indtog det principielle standpunkt, at han aldrig ville tillade dette.

5) Første gang i Dansk Forvaltningsret (1946) s. 363f, senest Dansk Forvaltningsret s. 357-58 jfr. 53-54.

6) Betragtningen har affødt en ret omfattende litteratur, Krarup s. 162ff med henvisninger, Mathiassen, NaT 1963 s. 243 f med yderligere henvisninger.

For at regeldannelsen kan accepteres må det i hvert fald kræves, at den regel forvaltningen opstiller skal være i overensstemmelse med lovens formål med det foreskrevne skøn, jfr. UfR 1948 s.1338, der fandt en af et boliganvisningsudvalg opstillet regel "stemmende med lovens hensigt".

Undertiden giver lovens motiver holdepunkt for at der kan opstilles endda meget kategoriske regler. F.eks. hedder det i lov om omnibus-og fragtmandskørsel §6, stk.2, at "ministeren for offentlige arbejder kan, når særlige omstændigheder taler derfor, gøre undtagelse fra lovens krav om at føreren af et til omnibuskørsel bestemt motorkøretøj skal have en vis alder og have ført automobil i mindst et år." I motiverne (FT 1964/64 A sp 1101-04) gives der udtryk for, at dispensationshjælpen alene er tilsigtet anvendt, hvor der foreligger et mere omfattende kollektivt behov herfor (Københavns sporvejes overgang til busdrift!) Derimod har det ikke været tanken, at bestemmelsen skulle udnyttes til af individuelle grunde at undtage enkeltpersoner fra lovens hovedordning.

Uanset at reglen kommer ind i billedet som et led i en bevidst tilrettelæggelse af skønsudøvelsen antages den trufne afgørelse imidlertid efter teorien om de "hjemmelavede" regler at være behæftet med en retlig mangel. Dette er imidlertid for vidtgående, når det øjensynlig fører til, at forvaltningens fremgangsmåde i alle tilfælde af bevidst regeldannelse bliver kritisabel i samme omfang som ved retsvildfarelse, jfr. ovf. note 6.

I retsvildfarelsessituationen må man forestille sig, at forvaltningen undlader at udøve et foreskrevet skøn, fordi den urigtigt tror at den skal anvende en eller anden regel. Hvis f.eks. en afgift skal udregnes for industrivirksomheder efter en bestemt procentsats, for handelsvirksomheder efter en anden, mens afgiften for virksomheder der hverken

er industri-eller handelsvirksomheder skal fastsættes skønsmæssigt, bliver der tale om retsvildfarelse, hvis forvaltningen overser opsamlingsbestemmelsen og tvinger alle virksomheder - herunder også virksomheder der hverken er industri eller handel - ind under den ene eller den anden af de faste regler. Situationen er en ganske anden, hvis forvaltningen erkender, at en virksomhed hverken er industri eller handel, men dog finder den så beslægtet med f.eks. en industrivirksomhed, at den (bevidst) vælger at lægge reglen for industrivirksomheder til grund for sin (skønsmæssige) afgørelse, jfr. UfR 1956 s.595 H.

Betænelighederne ved forvaltningens regeldannelse inden for områder hvor der skulle eller kunne skønnes rammer imidlertid noget væsentligt, når de også - og først og fremmest - knytter sig til selve regelanvendelsen for øje. Det betænkelige ligger først og fremmest i, at anvendelsen af en regel vil kunne være ensbetydende med, at der træffes afgørelse uden hensyntagen til enkelttilfældets individuelle særpræg, som den foreskrevne skønsudøvelse muliggør ogeventuelt ligefrem kræver - tages i betragtning⁸⁾.

Selvom hovedvægten lægges på hvordan opstillede regler anvendes af forvaltningen, er det klart at også selve reglens udformning bliver af betydning ved bedømmelsen af, om forvaltningens regeldannelse kan siges at have udelukket skønsudøvelsen. Dette vil, alt andet lige, i mindre grad have formodningen for sig ved forsigtigt affattede retningslinier end ved skarpt og kategorisk formulerede regler. Tilsyneladende indgår såvel en bedømmelse af reglens udformning som en bedømmelse af hvordan den er praktiseret i domstolenes overvejelser, f.eks. UfR 1957 s. 454 (H): "Efter ordlyden af tilbagebetalingslovens §10 og efter den pågældende lovs formål er der imidlertid tillagt sagsøgte et vidt skøn med hensyn til omfanget af tilbagebetalings-

8) Elementær Forvaltningsret s.75-76.

pligten, og den omstændighed, at der på dette område inden for ensartede grupper af tilfælde af praktiske grunde følges en standardnorm, der dog ikke udelukker, at der kan tages individuelle hensyn, findes ikke at bringe den trufne afgørelse uden for det skøn, som ved lovbestemmelsen er tillagt sagsøgte".

De eksempler på regelanvendelse der navnlig kommer i søgelyset som kritisable synes at være dem, hvor der knytter sig et moment af vildfarelse til reglens anvendelse. Det kan tænkes på flere forskellige måder. Forvaltningen kan urigtigt gå ud fra, at den opstillede regel er ufravigelig, eller forvaltningen kan - uden at føle sig retlig bundet - anvende reglen så mekanisk, at enkelttilfældets individuelle omstændigheder ikke tages i betragtning, dvs. der vil ofte foreligge en situation af manglende sagsoplysning eller ligefrem kunne godtgøres en faktisk vildfarelse i grundlaget for den trufne afgørelse.

Hvis forvaltningen urigtigt går ud fra, at den opstillede regel er ufravigelig foreligger der - i de rene tilfælde - en retsvildfarelse. Forvaltningen har ikke her typisk overset enkelttilfældets individuelle særpræg, men afstår fra at træffe en afgørelse der afviger fra reglen under henvisning til, at der "ikke er hjemmel" osv.

Denne situation bliver særlig markant, hvor reglen er opstillet af et overordnet organ i en tjenestebefaling til den underordnede forvaltning, der i hvert/^{fald} føler sig tilskyndet til at følge reglen slavisk, hvis dens karakter af blot vejledende ikke er udtrykkeligt fremhævet, således ofte også hvor der er anvendt mere tvetydige formuleringer som f.eks. at den overordnede vil "finde det ønskeligt" at reglen anvendes.

I praksis vil de to former for vildfarelse sikkert ofte flyde sammen. Forvaltningen vil næppe føle sig retlig

bundet i egentlig forstand af sine egne regler, men anvendelsen af dem kan efterhånden blive så rutinepræget og mekanisk, at der opstår en utilbøjelighed til at gøre fravigelse, mens samtidig enkelttilfældets særpræg skydes i baggrunden, således at den individuelle vurdering - skønsudøvelsen - i virkeligheden bliver illusorisk.

X. Er forvaltningens praksis udtryk for "gældende ret"?

1. Spørgsmålet - til hvis besvarelse der forsigtigt er lagt op i det forudgående under IX - er vanskeligt, men vanskeligheden skyldes for en del uklarhed med hensyn til hvad der skal forstås ved "gældende ret".

Det er således klart, at der ikke kan sættes lighedstegn imellem forvaltningens praksis og lov i egentlig - snæver - forstand; og der kan heller ikke uden videre sættes lighedstegn imellem anordninger udstedt af forvaltningen i henhold til lov og forvaltningens praksis, selvom sidstnævnte ofte vil kunne ses som udtryk for "en større eller mindre delegation af regeldannelsen til forvaltningen"¹⁾.

Hvis spørgsmålet således lyder, om domstolene er bundet af forvaltningens praksis på samme måde og i samme grad som de er bundet af anordninger, må det uden videre besvares benægtende. På den anden side er det givet, at regeldannelsen i forvaltningens praksis tillægges en vis betydning i domstolenes overvejelser. Med det selvfølgelige forbehold at "gældende ret" ikke kun kan ses i relation til domstolene - om end denne relation er vigtig og har traditionen for sig - kan det rejste spørgsmål besvares med en beskrivelse af hvilken betydning domstolene de facto har tillagt forvaltningens praksis på forskellige områder. En sådan beskrivelse forudsætter en nøje gennemgang af hele domsmaterialet. Her skal kun gives nogle forsigtige antydninger af hvad en sådan gennemgang må antages at kunne resultere i.

1) Bent Christensen s.95.

Der findes talrige eksempler på at forvaltningens praksis er oplyst under retssager uden at man kan se, om denne praksis overhovedet er tillagt betydning for sagens udfald; man må indskrænke sig til at konstatere dels eksistens/^{en} af en praksis og dels at dommen i resultatet stemmer med denne praksis. Et eksempel blandt mange er UfR 1959 s.346H, der antog at husarrest som disciplinær straf var en frihedsberøvelse, hvis lovlighed kunne prøves af domstolene. Det fremgår af sagsreferatet, at indenrigsministeriet stedse har hævdet en tilsvarende opfattelse, men præmisserne indeholder intet herom, iøvrigt heller ikke kommentarer til dommen²⁾.

I de tilfælde hvor forvaltningens praksis øjensynlig for alvor indgår i domstolenes overvejelser forekommer det, at domstolene går imod denne praksis; men det er et forhold som i sig selv giver anledning til overvejelser, og disse giver igen et fingerpeg om at en foreliggende praksis i visse situationer netop vil kunne være tungen på vægtskålen, f.eks. hedder det i kommentaren til UfR 1950 s.884 H, at hermed er "en ret langvarig administrativ praksis blevet ændret. Dette er naturligvis forbundet med ubetydelige ulemper....men domsresultatet kunne bl.a. under hensyn til modsætningen mellem formuleringen af stk.1 og stk.2, der må have stået lovgiveren klart, ikke være synderlig tvivlsomt"³⁾.

2) Bogudgaven s.275 f.

3) Frost i NaT 1951. s.244-45, bogudgaven s.18 f, med henvisning bl.a. til Troels G. Jørgensen i NaT 1926 s.234-39.

Undertiden henvises i dommens præmisser til at resultatet er i overensstemmelse med forvaltningens praksis, men samtidig er præmisserne affattet på en måde, der viser, at praksis kun er tillagt subsidiær betydning, f.eks. UfR 1925 s.552 H: "Da de en person pålignede, men endnu ikke forfaldne skatter efter almindelig sprogbrug ikke betegnes som øg heller ikke kan stilles i klasse med ham påhvilende gæld, må det billiges, at finansministeriet er frifundet. Det skal herved yderligere bemærkes, at §13 i lov nr. 149 af 10/4 1922 er enslydende med §13 i den tidligere stats-skattelov....., og at denne paragraf af skattemyndighederne altid er forstået som ikke indeholdende hjemmel for at fradrage uforfaldne skatter ved beregningen af den skattepligtige formue".

Det samlede billede af de domstolsafgørelser der ikke blot når til et resultat, der stemmer med forvaltningens praksis, men samtidig tilkendegiver at praksis er indgået i rettens overvejelser, er i øvrigt temmelig flimrende. Det hænger ikke alene sammen med at domstolene udtrykker sig forsigtigt om den betydning der er tillagt praksis, men også med en række andre forhold, f.eks. kan der være givet mere uforbeholdent udtryk for at der er tillagt praksis betydning, men i så fald er kun et mindretal i retten kommet ind på spørgsmålet, jfr. UfR 1960 s. 808 H: "...hvilket også findes bedst stemmende med politiets praksis ved bestemmelsens anvendelse i øvrigt".

Af dommene skiller nogle sig ud, idet de - om end på forskellig vis - lægger op til en mere almindelig antagelse af at domstolene i tvivlstilfælde er tilbøjelige til at vælge den løsning der stemmer med administrativ praksis. Det gælder domme som f.eks. UfR 1959. s.118 H⁴⁾ og UfR 1961 s.262. Den sidstnævnte dom antager

at den anfægtede afgørelse savnede hjemmel, idet det bl.a. var oplyst, at administrationen ingensinde tidligere havde truffet en afgørelse som den foreliggende. Det mest markante udtryk for den betydning domstolene tillægger forvaltningens praksis er karakteristisk nok ikke formuleret i præmisserne til en dom, men findes i en domskommentar, jfr. Spleths kommentar i UfR 1965 B s.250: "Hvis to forståelser af loven har nogenlunde lige meget vægt for sig, vælger domstolene den, som administrationen har fulgt".⁵⁾

2. Når man rejser spørgsmålet, om der kan sættes lighedstegn imellem forvaltningens praksis og "gældende ret" kunne det synes nærliggende at søge et svar på dette spørgsmål i et andet spørgsmål, nemlig om forvaltningen frit kan ændre sin praksis eller sagt på en anden måde, om domstolene modsætter sig en ændring af forvaltningens praksis.

Det er imidlertid ret indlysende at svaret på det sidste spørgsmål - for så vidt det går ud på at forvaltningen står frit - ikke giver et svar på det første. I hvert fald ligger der ikke i en antagelse af en fri adgang for forvaltningen til at ændre praksis, at forvaltningens praksis er frakendt betydning som en del af "gældende ret" (i betydningen: at praksis ikke indgår i domstolenes overvejelser); også forvaltningens anordninger kan ændres uden at man selvsagt når til et sådant resultat.

Derimod vil domstolenes tilløb til at afbøde virkningerne af forvaltningens praksisændring kunne inddrages i den samlede bedømmelse af den betydning domstolene tillægger forvaltningens praksis.

4) Trolle i NaT 1960 s.26, bogudgaven s.268-70.

5) Se i øvrigt om spørgsmålet Krarup s. 241 f, Juridisk Grundbog (1962) s.353 f, (1967) s. 390 f.

Den altovervejende hovedregel er at forvaltningen ikke er afskåret fra at ændre praksis, og at dette også sker⁶⁾. Noget andet er så, at der hos forvaltningen selv kan spores en mere almindelig tilbageholdenhed med hensyn til at ændre praksis, i hvert fald hvis en praksisændring på den ene eller den anden måde griber afgørende ind i borgernes forhold. Der er adskillige vidnesbyrd om at denne holdning har dyb rod i traditionen indenfor forvaltningen, se f.eks. om en praksisændring i generaldirektoratet for skattevæsenet i århundredets begyndelse: "Ihvorvel naturligvis administrationen bør være og er varsom med sligt" (Marcus Rubin)⁷⁾. Samtidig er det vel symptomatisk at de stærkeste understregninger af at praksis ikke bør ændres fremsættes af repræsentanter for forvaltningen netop i forbindelse med en praksisændring; men understregningen skal naturligvis tjene til at fremhæve praksisændringens karakter af undtagelse fra hovedreglen.

I tråd med det anførte er der eksempler på, at domstolene har tilsluttet sig forvaltningens oprindelige praksis i tilfælde, hvor praksisændringen er forekommet mindre velovervejet eller der muligvis knap nok har været tale om en egentlig praksisændring, jfr. f.eks. UfR 1936 s.715H om sambeskatning af et moder-og datterselskab. Højesteret antog "at de to selskaber danner en sådan økonomisk enhed, at de også i skattemæssig henseende bør behandles som en enhed, og bl.a. under hensyn til skattemyndighedernes hermed stemmende praksis, der er fulgt også efter at aktieselskabsloven af 1917 var trådt i kraft, kan det ikke antages, at bestemmelserne i statsskatteloven af 1922 §37, indeholder en regel om, at særbeskatningen skal finde sted i et sådant tilfælde".

Hovedinteressen samler sig om de domstolsafgørelser, der tilslutter sig forvaltningens oprindelige praksis i tilfælde, hvor en praksisændring vil få konsekvenser af den ene eller den anden art for borgerne. Det er temmelig usikkert, hvad

6) Elementær Forvaltningsret s.77.

7) UfR. 1910 B s. 18.

der kan udledes af de domme, der findes, men der forekommer dog et og andet fingerpeg om at domstolene muligvis ville være nået til et andet resultat, hvis det ikke netop havde været for forvaltningens hidtidige praksis og konsekvenserne af at den blev ændret.

Dommen i UfR 1926 s. 944 H er illustrerende for hvor lidt der som regel kan læses ud af præmisserne, mens der på anden måde (domskommentarer, voteringsprotokoller) kan skabes ganske gode holdepunkter for at dommerne tager konsekvenserne af en praksisændring i betragtning. Højesteret antog ved dommen, at en bestemmelse i lovgivningen om pension til tuberkuloseramte lærere ikke blot omfattede fastansatte, men tillige konstituerede lærere. Denne opfattelse stemte med justitsministeriets og kirke-og undervisningsministeriets praksis siden 1905. Finansministeriets afvigende opfattelse blev underkendt, idet den pågældendes "ansættelse har været varig i en sådan forstand, at den i mangel af positiv hjemmel i loven for det modsatte må give ham krav på at erholde den omtvistede pension". I en samtidig kommentar til dommen ⁸⁾ antydes, at Højesterets tilslutning til administrationens hidtidige praksis måske kunne være bestemt af, at en underkendelse af praksis ville medføre en forskelsbehandling af dem, der før dommen var anset for pensionsberettigede og formentlig stadig ville modtage pensionen, og dem der i fremtiden ville blive nægtet pension.

Konsekvenserne af en praksisændring var i det nævnte tilfælde mere ubestemte og uoverskuelige; den uheldige virkning lå først og fremmest i forskelsbehandlingen, der kun kunne have været undgået ved at gennemføre praksisændringen om ikke med tilbagevirkende kraft så dog med fremtidig virk-

8) Troels G. Jørgensen i NaT 1926 s.234-39, nærmere Mathiassen s. 397 f.

ning for de pensionister, der hidtil havde fået tillagt pension efter at have gjort tjeneste som konstituerede.

Flere nyere domme kommer netop ind på spørgsmål beslægtede hermed, idet domstolene ved at gå ind for et resultat der stemmer med hidtidig praksis afværges, at en praksisændring får konsekvenser for hvad den enkelte borger har indrettet sig i tillid til, se f.eks. UfR 1950 s.284 H: Indtil 1943 var det fast praksis i Københavns skattedirektorat at gevinst ved udtrækningen af offentlige obligationer ikke betragtedes som indkomst i forhold til indehavere, der måtte antages at besidde dem i anlægsøjemed. Landsskatteretten havde tiltrådt denne praksis ved en kendelse af 4/4 1940, men gav med henblik på skatteåret 1942/43 skattemyndighederne medhold i, at et livsforsikringsselskabs udtrækningsgevinst ikke kunne fradrages i den skattepligtige indtægt. Højesteret fandt ikke, at der i statsskattelovens §4 var hjemmel til at anse udtrækningsgevinster, "der i tilslutning til skattemyndighedernes hidtidige praksis må betragtes som en formueforøgelse hidrørende fra midler anbragt som anlægskapital.....som skattepligtig indkomst".

I det refererede tilfælde kunne man nok sige at konsekvensen af en praksisændring var mindre følelig⁹⁾. I andre tilfælde, hvor en praksisændring i højere grad har karakter af et indgreb, synes der i hvert fald at burde gælde et krav om "varsling"¹⁰⁾, hvilket også har en vis støtte i retspraksis, jfr. UfR 1950 s. 511 H: To salgskuske havde i en sens år i deres selvangivelse fradraget 25% af ind-

TfR.

9) Frost, 1951.522 : "Spørgsmålet kunne nok volde tvivl, idet det drejede sig om et erhvervsdrivende selskab, som år efter år kunne påregne en betydelig indtægt ved udtrækningen, men retten har under hensyn til, at loven ikke indeholder klar hjemmel for at anse gevinsten som indkomsts-kattepligtig, lagt vægt på den langvarige skattemæssige praksis".

10) Elementær Forvaltningret s. 77.

tægten som driftsudgift. For skatteåret 1944/45 anerkendtes imidlertid kun 15%. Salgskuskene påberåbte sig, at der aldrig tidligere var rejst indsigelse mod fradraget på 25%, hvorfor de ikke havde følt sig foranlediget til at opbevare dokumentation for udgifterne i 1943. Højesterets flertal fandt ikke, at skattemyndighederne kunne være afskåret fra at bringe den faste regel om 15% i anvendelse uden forudgående varsel. Mindretallet lagde vægt på, at 15%-reglen alene bragtes i anvendelse i mangel af dokumentation, hvorfor skattemyndighederne ikke havde været berettiget til at nedsætte fradraget uden at give underretning herom i så betimelig tid, at de pågældende fik lejlighed til ved regnskabsførelse at dokumentere størrelsen af deres driftsudgifter. Hvad der gør dommens præjudikatsvirkning usikker er midlertid, at 15%-reglen var godkendt af Landsskatteretten vistnok allerede i 1939, mens Skatterådet i strid hermed havde anerkendt 25% som driftsudgifter indtil 1944/45. Dommen er ikke uden videre præjudikat for tilfælde af manglende dokumentation i tillid til ubestridt gældende praksis, der ændres.¹¹⁾

11) Mathiassen side 383.

XI. Afslutning - lighed for loven.

1. I afsnittene VI-X har vi fremstillet og drøftet en række af de krav der i praksis stilles til forvaltningens afgørelser på ufuldstændigt retsgrundlag.

Det kunne måske hævdes at den systematiske opbygning af afsnit VII-X har en vis slagside i forhold til de grundsynspunkter der blev formuleret i afsnit VI. Det blev nemlig her fremhævet, jfr. særlig ovf. s. 40-41, at der ikke kan drages nogen slutning fra retsreglernes ufuldstændighed til at forvaltningen skulle have et frit skøn i betydningen ubundet saglig frihed. Alligevel er fremstillingen under VII-VII ff opbygget efter det traditionelle mønster, med fremhævelse af en række særlige krav til forvaltningens afgørelser, således at man kunne få det indtryk at der var tale om en række specielle modifikationer i en grundregel om at forvaltningen ansås for sagligt frit stillet hvor der ikke var holdepunkter for det modsatte.

Selvom vi må indrømme at den systematiske opbygning kunne efterlade dette indtryk, idet systematikken på visse punkter minder om den traditionelle måde hvorpå teorien formulerer særlige krav til forvaltningens frie skøn, skal vi understrege at indtrykket er fejlagtigt: Man kan ikke operere med det juridiske grundsynspunkt at forvaltningen som hovedregel eller som udgangspunkt skulle have nogen saglig frihed til at bestemme forvaltningsaktens præmisser og/eller indhold i det omfang lovreglerne er ufuldstændige, hvorvidt udfyldningen foretages af forvaltningen eller af domstolene, beror på domstolenes mening om de pågældende lovregler.

Når vi alligevel i fremstillingen har arbejdet på grundlag af synspunkter som er - mere eller mindre - kendte fra hidtidig teori, hænger det først og fremmest sammen med at vi står over for en særdeles underudviklet del af juraen. Dette forhold har flere årsager, dels at materialet er stort og uoverskueligt, dels at domspraksis er en særdeles usikker retskilde, jfr. ovf. s. 50, dels at der har været en kolos-

sal træghed i kommunikationen mellem den teoretiske juras repræsentanter og forvaltningens udøvere¹⁾.

Vi kan herefter slå fast at det katalog over uskrevne saglige krav der er gengivet ovf. ikke er udtømmende: Man ville, på grundlag af et mere forfinet juridisk apparat og et mere omfattende materiale, kunne levere et mere detaljeret billede af forvaltningens bundethed.

2. De følgende bemærkninger om lighedsgrundsætningen er, i tråd med ovenstående, ikke nogen systematisk afrunding af et færdigt billede, men snarere en afsluttende hilsen til et tungt begrebssystem, som befinder sig i nedbrydningsfasen²⁾.

I dansk forvaltningsretlig teori hersker der stor uklarhed med hensyn til spørgsmålet om hvorvidt der gælder en lighedsgrundsætning i dansk ret. På den ene side hævder Nørgaard at "forvaltningsretlige afgørelser, ihvertfald i et vist omfang normeres af en almindelig lighedsgrundsætning af det indhold at forvaltningen er forpligtet til at behandle væsentlige lige forhold lige i retlig henseende"³⁾. Dette indebærer bl.a. at forvaltningen må anses for at være forpligtet til at opretholde en vis praksis. På den anden side hævder Poul Andersen at forvaltningen ikke er retligt bundet af sin egen praksis, idet han skriver følgende: "at skønnet er frit vil sige at det er forvaltningsmyndigheden selv der indenfor lovens rammer og med den begrænsning som følger af læren om magtfordrejning bestemmer hvilke hensyn der skal være afgørende for dens beslutning, og forvalt-

1) Et program for en mere praktisk orienteret bedømmelse af forvaltningens dispositioner på ufuldstændigt regulerede områder findes i Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice* (London 1971).

2) Jfr. til det følgende særlig Dansk Forvaltningsret s. 426 ff., Poul Andersen, *Lighedsgrundsætninger i forvaltningsretlig belysning* (Grundtvig som Rigsdagsmand og andre afhandlinger 1940), Carl Åge Nørgaard, *Juristen* 1965 s. 1 ff., samt Krarup s. 127 ff.

ningen kan ikke være afskåret fra at ændre anskuelse i så henseende"⁴⁾.

Det er ikke vanskeligt at se at der opstår logiske problemer dersom man på en gang går ud fra teorien om forvaltningens frie skøn - i betydningen forvaltningens saglige valgfrihed - og samtidig hævder at forvaltningsretten er behersket af en lighedsgrundsætning: går man på en gang udfra at fra

forudsætning 1 at forvaltningen har valgfrihed

og

forudsætning 2 at det lige skal behandles lige,

kan man komme til det resultat at forvaltningen er pligtig at træffe samme afgørelse i to ensartede sager: i så fald benægter man valgfriheden. Men man kan heller ikke nå dertil at forvaltningen er frit stillet; i så fald benægter man pligten til ligelig behandling. Dette logiske paradoks kan siges at forsvinde i det omfang man - som den foreliggende fremstilling - forkaster læren om det frie skøn.

På den anden side er det logiske paradoks symptomatisk for de begrebsmæssige besværligheder som er det uundgåelige tilbehør til virkelighedsfjerne problemsstillinger. Sagen er formentlig den at den "lighedsgrundsætning" som bl.a. Nørgaard forsvarede naturligvis har sin baggrund i betydningsfulde retlige realiteter, nemlig først og fremmest en retsbevidsthed gående ud på at ensartede tilfælde bør behandles ensartet fordi de bør bedømmes i henhold til samme regel, hvad enten denne har fundet skriftligt udtryk eller ej. Men at ophøje et sådant krav til en "lighedsgrundsætning" har ikke nogen god mening. I særdeleshed vil en sådan betegnelse være egnet til at skjule den

3) Jfr. op.cit. side 18.

4) Jfr. Dansk Forvaltningsret side 428.

kendsgerning at en væsentlig del af den retlige regulering, herunder forvaltningens egen virksomhed - netop går ud på at skabe ulighed i betydningen forskelsbehandling af de retsundergivne på alle planer.

3. Det som er nøgleproblemet i den forvaltningsretlige lighedsproblematik er spørgsmålet om hvorvidt der har været saglig grund til at behandle to personer forskelligt. Når spørgsmålet stilles på denne måde må det underforstås at saglighedskriteriet har et ganske snævert anvendelsesområde idet der alene er tale om at udfylde den eller de specielle lovbestemmelser som er involveret i det foreliggende tilfælde; der er altså ikke tale om nogen bred politisk vurdering af det "saglige" i at en aktieselskabsdirektør behandles forskelligt fra en ufaglært arbejder.

Denne problemstilling er i hvertfald for de flestes vedkommende dækket af de spørgsmål der er drøftet ovenfor VII ff, idet navnlig den magtfordrejningslære som praktiseres af domstolene indebærer et krav om at forvaltningen kun lovligt kan gøre forskel mellem flere adressater på "sagligt grundlag". Hertil skal føjes følgende:

Hvad der anses for "sagligt" bestemmes af domstolene på grundlag af en vurdering af den lovgivning der er impliceret. I UfR 1958. s.455 var der spørgsmål om hvorvidt en frugtavler var berettiget til en lempelse i ejendomsbeskatningen bl.a. i betragtning af at tre andre frugtavlere som var bosiddende i kommunen havde fået en sådan lempelse. Skønt præmisserne for denne afgørelse ikke er bestemt i loven fastslår dommen at frugtavleren (der var bosiddende udenfor kommunen) var berettiget til den pågældende lempelse, jfr. lov nr. 189 af 11. juni 1954 §2 stk. 2. Når man her taler om "lighed" dækker dette over at der mellem den aktuelle sag og de af sognerådet tidligere afgjorte sager (dvs. beslutningerne om lempelse i beskatningen til de øvrige frugtavlere) består en sådan ensartethed at de forelagte tilfælde bør bedømmes i henhold til samme norm.

Dersom sognerådet havde nægtet at give nogen lempelse i ejendomsbeskatningen med den begrundelse at sagsøgeren boede udenfor kommunen, ville allerede de tidligere gennemgåede synspunkter om uskrevne saglige krav (jfr. særlig VII) føre til at domstolene tilsidesatte den trufne afgørelse. Af dommen kan man imidlertid ikke se hvilke forhold der har inspireret afslaget; og man kan formentlig anse dommen som udtryk for at domstolene i et sådant tilfælde arbejder udfra en formodning for at afgørelsen i den anden sag (der sluttede med afslag) ikke er motiveret og ikke kan motiveres med lovlige præmisser. En sådan formodning er udtrykt i UfR 1954 s.571, hvor et boligudvalg, i strid med sædvanlig praksis overfor den pågældende udlejer, havde nægtet at godkende indstillede lejere der opfyldte de betingelser der i almindelighed stilles (husstandens størrelse samt kravene med hensyn til ophold i boligområdet, jfr. den dagældende lejelov, nr. 251 af 14. juni 1951 §§132 og 133 stk. 1.) Ved dommen kendes udvalget uberettiget til at nægte godkendelse, idet det siges at de personer der var indstillet af udlejeren "opfylder de i almindelig/^{hed} af boliganvisningsudvalget stillede betingelser for at være boligberettiget...", og da udvalget ikke har anført hvilke mere almindelige hensyn der i det foreliggende tilfælde har været afgørende for dets afgørelse, findes udvalget at have overtrådt sin kompetence". Udtryk for samme udfyldningsvirksomhed fra domstolenes side finder man formentlig i UfR 1960 s.33 og 1957 s.311, begge højesteretsdomme.

I praksis har denne udfyldningsvirksomhed - hvis praktiske betydning i høj grad er afhængig af den konkrete sammenhæng hvori forvaltningens afgørelse forelægges domstolene til prøvelse - ført til ganske vidtgående krav til forvaltningen, jfr. navnlig UfR 1952 s.226 der giver en pensionist medhold

i en påstand om at den kommune hvori han havde været ansat tilpligtes at udbetale ham dyrtidstillæg til pensionen, hvilket i praksis ville indebære et krav om at den tilgrundliggende vedtægtregel blev ændret. Denne dom er i teorien blevet anset for vanskeligt foreneligt med de ^{almindelige} principper vedrørende domstolenes stilling overfor forvaltningsmyndighederne, dvs. teorien om det frie skøn jfr. Dansk Forvaltningsret (3.udg.) side 407 og hertil Krarup side 117 f.og side 140 ff.