

Karsten Revsbech

Nyere tendenser i
dansk forvaltningsretlig teori
– systemhensyn eller retssikkerhed



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
1992

*Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori
– systemhensyn eller retssikkerhed*

© 1992 Jurist- og Økonomforbundets Forlag

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

Tryk: Gentofte Tryk, Charlottenlund
Printed in Denmark 1992
ISBN 87-574-6240-2

Forord

Forvaltningsretten er et levende fagområde, hvor synspunkterne til stadighed udvikler sig og af og til brydes på dramatisk vis.

Det er netop udviklingen i synspunkterne og værdipræmisserne bag disse, som er emnet for denne bog, der er koncentreret om udviklingstendenser i den teoretiske forvaltningsrets afbalancering af to fundamentale – ofte modstående – hensyn: Hensynet til den enkelte borgers retssikkerhed og hensynet til det offentlige system. Her er der efter min vurdering sket interessante forskydninger i de senere år.

Under bogens udarbejdelse har jeg haft stor glæde af det meget inspirerende faglige miljø ved Institut for Offentlig Ret, Aarhus Universitet, hvor jeg er ansat som professor i forvaltningsret. Jeg takker navnlig mine kolleger, lektor Jens Garde, lektor Jens Peter Christensen og lektor Jørgen Albæk Jensen, for mange gode diskussioner undervejs. Assistent Winnie Sørensen og assistent Bente Østergaard Hansen skal have tak for deres arbejdsindsats ved renskrivningen af bogmanuskriptet.

Endelig vil jeg takke min hustru, Birgit, og vore børn for den tålmodighed, hvormed de har båret de byrder, som udarbejdelsen af denne bog – og andre bøger og artikler før denne – uundgåeligt har påført familielivet.

Bogen medtager litteratur, der er udkommet indtil den 1. april 1992.

Århus, august 1992

Karsten Revsbech

Indholdsfortegnelse

1. Indledning og problemstilling	9
2. Systemhensyn og retssikkerhed	11
3. Ny metode, der integrerer forvaltningsret og bredere samfundsvidenskab	16
4. Forvaltningsrettens kilder	20
5. Opgivelse af forvaltningsrettens enhed	28
6. Retliggørelse af faktisk forvaltningsvirk- somhed og serviceniveau	32
7. Organisation og styring	39
8. Sagsbehandlingskrav	45
9. Særligt om habilitet	51
10. Skærpet og lempet hjemmelskrav	56
11. Læren om saglige hensyn (magtfordrejningslæren)	61
12. Tendens til helhedssyn	65
13. Lighedsgrundsætning med eller uden selvstændigt indhold	69
14. Egnethedskrav – ny regel	72
15. Forbud mod tiltagelse af enkeltsagskompe- tence ved regeludstedelse – ny regel	76
16. Forhåndsbesked – nye regler	79
17. Pligtmæssigt skøn	81
18. Aftaler i forvaltningsretten	83
19. Administrativ rekurs	87
20. Domstolskontrol	90
21. Ugyldighed	96
22. Offentligretligt erstatningsansvar	100
23. Ekskurs om forvaltningsret og retsteori	105
24. Ekskurs om tendens til delvis opløsning af begrebsapparatet	110
25. Konklusion og perspektiv	116

1. Indledning og problemstilling

Forvaltningsretlige fremstillinger her i landet bygges normalt op omkring en analyse af praksis med henblik på at redegøre for eller kritisere gældende ret på et område. Så vidt ses foreligger der ingen egentlige generelle analyser af den forvaltningsretlige teori. Med denne bog har jeg forsøgt at gøre en undtagelse fra dette normale mønster, idet jeg finder, at der er behov for en nærmere vurdering af teorien som helhed.¹

Bogens overordnede sigte er at klarlægge og analysere udviklingstendenser i de vigtigste værdipræmisser (eller ideologiske forudsætninger) bag den nyere teoretiske forvaltningsret i Danmark. Retsvidenskaben er som bekendt ikke en eksakt videnskab. Den vil derfor nødvendigvis i større eller mindre omfang være påvirket af de holdninger og værdier, som præger de juridiske forfattere på et givet tidspunkt. Det er vigtigt at være sig dette bevidst, idet kendskab til værdipræmisserne er af væsentlig betydning for vurderingen af holdbarheden og rækkevidden af de påstande og ræsonnementer, der fremsættes i retsvidenskaben, herunder i dennes dogmatiske del.

Det er naturligvis særlig vigtigt at være opmærksom på værdipræmisserne, hvor disse må antages at være i udvikling. Noget sådant synes at være tilfældet i forvaltningsretten. Det er min umiddelbare opfattelse, at der i det sidste par årtier næsten umærkeligt er sket en meget betydningsfuld glidning i de dominerende værdipræmisser, der ligger til grund for den teoretiske forvaltningsret her i landet. Efter min vurdering har den nyere forvaltningsretlige teori efterhånden udviklet sig således, at den til en vis grad er blevet mere optaget af det offentlige systems funktionsdygtighed m.v. end af den enkeltes retssikkerhed, hvilket har haft en afsmittende virkning på de generelle forvaltningsretlige regler og problemløsninger, som formuleres i teorien. Det er *hovedformålet* med den foreliggende bog at undersøge, om denne umiddelbare opfattelse er rigtig. Endvidere er det tanken afslutningsvis at vurdere, om der er grund til at kritisere den antydede mulige udviklingstendens i teorien.

Udtrykt lidt mere præcist er det på ovenstående baggrund nærværende bogs *hovedproblemstilling*, om der i de senere års danske forvaltningsretlige teori er sket en forskydning af balancepunktet mellem retssikkerhedshensyn og systemhensyn, og om den eventuelle forskydning er betænkelig.

De forvaltningsretlige regler, som opstilles og behandles i den teoretiske forvaltningsret, er naturligvis – eksplicit eller implicit – indrettede med henblik

1. Flere andre forfattere har beskæftiget sig med udviklingslinier og tendenser i forvaltningsretten. Det særlige ved undersøgelsen i det følgende er, at den er koncentreret om udviklingstendenser specielt i den forvaltningsretlige teori, der ansues som en helhed.

på at tilgodese mange forskellige hensyn. Når jeg har valgt at beskæftige mig med hensynet til den enkeltes retssikkerhed og hensynet til det offentlige system (i bred forstand), er begrundelsen – ud over hvad der allerede er sagt ovenfor – at disse hensyn er helt fundamentale i forvaltningsretten, idet de (og deres indbyrdes afvejning) er bærende eller dog af væsentlig betydning for de fleste forvaltningsretlige regler og problemløsninger.

Som det vil fremgå, anvendes der i denne bog et nyt forvaltningsretligt begreb: *Systemhensyn*. Normalt har den enkeltes retssikkerhed været stillet over for forvaltningens effektivitet. Efter min opfattelse er dette imidlertid for snævert et perspektiv. Man får ikke den fulde forståelse af, hvad der er sket i nyere dansk forvaltningsret, hvis man alene retter søgelyset mod spørgsmålet om effektivitet contra retssikkerhed. Skal udviklingen analyseres til bunds, må man være opmærksom på de meget brede systemtankegange, der nu sætter deres præg på dansk forvaltningsret. Dette uddybes i afsnit 2 nedenfor.

Begrebet forvaltningsretlig teori omfatter i nærværende sammenhæng overvejelser i den forvaltningsretlige litteratur (og ikke nødvendigvis retsteori og lignende – se dog afsnit 23). Den litteratur, som især inddrages i analysen, er generelle grundbøger i faget, herunder navnlig bøger, der anvendes som lærebøger ved universiteterne m.v., samt disputatser og enkelte vigtige artikler i fagtidsskrifter m.v.

Analysen tager, som det fremgår, sigte på den forvaltningsretlige teori i Danmark. I et vist omfang er der dog også et udblik til andre nordiske lande, især Norge, hvis forvaltningsret er nært beslægtet med dansk.

En udvikling eller udviklingstendens i en teoretisk juridisk disciplin kan naturligvis ikke måles eksakt. Der vil derfor være tale om, at jeg søger at formulere en tendens på baggrund af mit almindelige indtryk efter en nærmere analyse af de enkelte problemområder. Udviklingen søges ofte, men dog langt fra altid identificeret ved at sammenligne nyere teori med synspunkterne i Poul Andersens klassiske fremstilling »Dansk Forvaltningsret« (5. udg.). På flere punkter er en sådan sammenligning imidlertid ikke mulig eller relevant,² og udviklingstendensen søges her fastlagt på anden måde.

Undersøgelsen er bygget op omkring en analyse af teoriens behandling af en række generelle forvaltningsretlige regler og problemstillinger. En alternativ fremgangsmåde ville være at undersøge hver forvaltningsretlig forfatter for sig. Dette sidste ville imidlertid have mindre interesse, fordi den enkelte forfatters skriftlige arbejder typisk kun omfatter en del af forvaltningsrettens meget store

2. Som eksempel kan nævnes spørgsmålet om forhåndsbesked, der delvist er en ny problemstilling i den generelle forvaltningsret her i landet (se afsnit 16 nedenfor, incl. afsnittets anden note).

problemfelt, ligesom antallet af forfattere, som i større eller mindre omfang har beskæftiget sig med forvaltningsret, er betydeligt. Det giver det bedste overblik og vurderingsgrundlag at rette søgelyset mod behandlingen af regler og problemkomplekser. Det er klart, at det ikke har været muligt at medtage alle regler m.v. Der er foretaget et udvalg af nogle centrale dele af forvaltningsretten, hvor jeg mener, at der er mulighed for at iagttage og vurdere en eventuel udvikling.

Det er naturligvis således, at de tendenser, som kommer til udtryk i nyere forvaltningsretlig teori, ikke udelukkende kan bero på de enkelte teoretikers helt personlige prioritering af de ovennævnte grundlæggende hensyn (systemhensyn og retssikkerhed). Tendensen i teorien afspejler også udviklingstendenser i samfundet. Dette vil jeg søge at komme nærmere ind på i bogens afsluttende kapitel.

Det skal nævnes, at jeg i det følgende på enkelte punkter også vil gøre plads til nogle sidebemærkninger om mine tanker om nyere forvaltningsretlig teori i øvrigt, selv om disse bemærkninger rækker lidt ud over spørgsmålet om systemhensyn contra retssikkerhed.

Som allerede antydnet vil der afslutningsvis (afsnit 25) blive draget nogle konklusioner af analysen, ligesom dennes resultater søges perspektiveret. Dette med henblik på en generel vurdering af, hvor teorien bevæger sig hen og hvorfor, samt om teoriens udvikling bør ændre retning.

2. Systemhensyn og retssikkerhed

Som nævnt i indledningen (afsnit 1) er hovedproblemstillingen for denne bog, om der i de senere års forvaltningsretlige teori generelt er sket en forskydning af balancepunktet mellem retssikkerhedshensyn og systemhensyn, og om denne eventuelle forskydning er betænkelig. I dette afsnit skal begreberne systemhensyn og retssikkerhed defineres nærmere. Det er navnlig af betydning at definere og afgrænse systemhensyn, idet der her er tale om et nyt begreb i en forvaltningsretlig sammenhæng – et begreb, der har til formål at sikre en bedre analyse og forståelse af udviklingstendenserne i moderne dansk forvaltningsretlig teori.

Det er vigtigt at understrege, at systemhensyn og retssikkerhedshensyn ikke er absolutte modsætninger, men kun er, hvad man kunne betegne tendensmodsigelser. Det er et spørgsmål om synsvinkel, det vil sige om, hvorvidt en given retlig regel eller problemstilling i den forvaltningsretlige teori ansues fra systemets vinkel eller fra den enkelte borgers vinkel.

Systemhensyn er et bredt begreb, der ikke kan afgrænses fuldstændig præcist. Det har dog en sådan klarhed, at det kan gøres operationelt. Begrebet omfatter en række hensyn, der vedrører forvaltningens bredere samfundsmæssige rolle og funktionsmåde. Disse hensyn tilgodeser fællesinteresser, hvilket kan være interesser, der knytter sig til samfundet eller dele heraf eller til den offentlige forvaltning som sådan. De nævnte hensyn står tendentielt – selv om der i nogle tilfælde kan være sammenfald – i modsætning til retssikkerhedshensyn, der – som jeg definerer dem – tilgodeser enkeltindividets interesser. Min modstilling af retssikkerhedshensyn og systemhensyn er altså et spørgsmål om nogle vigtige retlige interesser for det enkelte individ contra nogle centrale fællesskabsinteresser.

Systemhensyn er meget langt sammenfaldende med begrebet effektivitet i vid forstand,³ men det rækker længere end dette begreb. Som det vil fremgå nedenfor i nærværende afsnit, er begrebet systemhensyn herudover i mange situationer mere naturligt og dækkende end en yderst anstrengt anvendelse af effektivitetsbegrebet.

Et vigtigt, overordnet systemhensyn, der til dels er sammenfaldende med effektivitet i vid forstand, tager sit udgangspunkt i, at forvaltningens opgaver i det samfundsmæssige system er at føre lovgivningsmagts direktiver og intentioner ud i livet. Det nævnte systemhensyn går derfor ud på at sikre, at forvaltningen i videst muligt omfang og bedst muligt løser denne samfundsmæssige opgave på det enkelte område.

Andre systemhensyn, hvoraf nogle delvist er indeholdt i det foran nævnte overordnede hensyn, angår visse alment accepterede administrationspolitiske mål.⁴ Ét af disse falder sammen med begrebet effektivitet i snæver forstand, idet det drejer sig om, at forvaltningen skal arbejde hurtigt og billigt i henseende til ressourceanvendelse. Et andet hensyn er, at forvaltningen skal sikres en vis handlefrihed med henblik på den bedst mulige løsning af sine opgaver. Endvidere skal forvaltningen sikres gennemslagskraft, ligesom en vel-fungerende styring af og kontrol med forvaltningsmyndighederne også er et systemhensyn. Andre systemhensyn rækker tydeligere ud over effektivitetssynspunkter og bygger i lige så høj grad på en tanke om medbestemmelse og demokratisering af forvaltningen. Det gælder således for hensyn som nærdemokrati, hensyn til lokalt selvstyre og et hensyn til, at forvaltningens

3. I TfR 1969, p. 189, anfører Eckhoff: »Effektivitetsbetragtningene har som udgangspunkt, at forvaltningen er et redskab for gennemføringen af visse samfunnsmessige opgaver. Jo bedre og raskere disse opgaver blir gennemført, og jo mindre omkostninger og skadelige sidevirkninger det medfører, desto mer effektiv sier man at forvaltningen er«.

4. Som det fremgår nedenfor i nærværende afsnit, omfatter de administrationspolitiske mål ikke kun systemhensyn, men også retssikkerhed for den enkelte.

afgørelser kan samarbejdes med organisationssynspunkter. Hertil kommer et hensyn til, at forvaltningen kan optræde som et samordnet hele.

Som det vil fremgå, samler jeg under begrebet systemhensyn såvel effektivitetssynspunkter som demokratisynspunkter og andre forvaltningsrelevante synspunkter, som stilles op overfor retssikkerhedshensyn. Andre forfattere har opereret med effektivitet, retssikkerhed og demokrati som tre omtrent ligeværdige kategorier.⁵ Dette er imidlertid ikke hensigtsmæssigt til mit formål, idet min analyse tager sigte på at klarlægge, om retssikkerhedshensyn i moderne dansk forvaltningsretlig teori er blevet nedtonet til fordel for andre delvist modstående hensyn.⁶ Med henblik på denne analyse er det mest hensigtsmæssigt at opstille et begreb – systemhensyn – som kan samle alle sådanne andre hensyn, der ikke umiddelbart tager sigte på den enkeltes retssikkerhed. Denne samling af de pågældende andre hensyn i ét begreb er endvidere meget nærliggende, fordi disse hensyn efter min opfattelse er ganske nært beslægtede, idet de som nævnt alle vedrører forvaltningens bredere samfundsmæssige rolle og funktionsmåde. Det sidste kan også formuleres således, at hensynene dels angår forvaltningens plads i det samfundsmæssige system og dels drejer sig om forvaltningen betragtet som system. Derfor anvendes betegnelsen systemhensyn.

Som ovenfor nævnt er det i en række situationer således, at det er mere naturligt og dækkende at anvende begrebet systemhensyn frem for et meget vidt og anstrengt effektivitetsbegreb. Til belysning skal nævnes et eksempel: Kredsen af søgsmålsberettigede i forhold til forvaltningens afgørelser er foreslået afgrænset på en sådan måde, at også såkaldte »vaghundeorganisationer« – uanset at de ikke har en egeninteresse i sagen og heller ikke repræsenterer medlemmers egeninteresse i sagen – kan anlægge retssager mod forvaltningen.⁷ Antages det, at ét af formålene med denne ordning er at bidrage til bedst muligt at holde forvaltningen fast på lovgivningsmagtens direktiver og intentioner på det enkelte område, kan man – lidt kunstigt – anskue den nævnte afgrænsning under en traditionel effektivitetssynsvinkel, fordi den indeholder et element af et spørgsmål om forvaltningens målopfyldelse. Dette giver imidlertid ikke den fulde forståelse af den mulige tankegang bag en sådan ordning. Der er ganske vist tale om at sikre den bedst mulige realisering af lovgivningsmagtens direktiver og intentioner (og dermed en høj grad af målopfyldelse), men dette skal ikke ske ved traditionelle forvalt-

5. Jfr. Eckhoff i TfR 1969, p. 189 ff.

6. Det bemærkes, at demokratisering af forvaltningen og retssikkerhed for den enkelte i mange tilfælde kan være modsætninger.

7. Se nærmere afsnit 20.1 nedenfor om søgsmålsret.

ningsrettede effektivitetsfremmende midler, der skal give forvaltningen større handlefrihed eller lignende. Tanken er nærmere den at forbedre mulighederne for »feed-back« til det offentlige systems kontrolorganer, her domstolene, ved at udbygge slagkraften af den overvågning, som interesseorganisationer o.l. typisk varetager. En sådan mulig tanke dækkes efter min opfattelse bedre og mere naturligt af begrebet systemhensyn end af effektivitetsbegrebet.⁸

Som det allerede fremgår, vil der kunne påvises mange typer af systemhensyn. Forskellige af disse hensyn vil i nogle situationer i større eller mindre omfang kunne være i modstrid med hinanden. Eksempelvis vil en fuldstændig realisering af lovgivningsmagts direktiver og intentioner (en høj grad af målopfyldelse) kunne forudsætte en tids- og omkostningskrævende sagsbehandling og dermed gå imod effektivitetshensyn i snæver forstand. Tilsvarende vil et vidtgående hensyn til det lokale selvstyre gøre det vanskeligere at få lovgivningsmagts lidt mindre håndfast formulerede intentioner ført ud i livet.

Begrebet *retssikkerhed* er vanskeligt at håndtere. Det er et traditionelt og værdiladet – måske ligefrem følelsesladet – begreb, som anvendes i mange betydninger.⁹ Jeg skal ikke gå ind i nogen omfattende begrebsudvikling her. Det er der ikke behov for til mit formål.

I denne bogs sammenhæng sigtes kun til retssikkerhed i snæver forstand, idet det er retssikkerheden for den enkelte fysiske eller juridiske person, som berøres af forvaltningens handlinger, der står i centrum. Det skyldes, at jeg finder, at retssikkerhed i vid forstand er et uhensigtsmæssigt begreb (se straks nedenfor). Hertil kommer, at et af formålene med nærværende bog netop er at vurdere, hvilken rolle den enkeltes retssikkerhed spiller i moderne dansk teoretisk forvaltningsret.

I en forvaltningsretlig relation må retssikkerhed efter min opfattelse indebære i hvert fald følgende: Forvaltningen skal anvende fremgangsmåder, som sikrer den enkelte borger, at der træffes den korrekte afgørelse i forhold til ham eller hende, og der må indrettes ordninger, som giver borgerne mulighed for at få efterprøvet forvaltningens afgørelser (procesretssikkerhed). Den enkelte borger skal have mulighed for at kende og for at kunne forudse sin retlige position i bestemte situationer og ved bestemte dispositioner,

8. Som yderligere et eksempel på, at effektivitetsbegrebet ikke naturligt kan anvendes, selv om der er tale om at sikre bedst mulig realisering af lovgivningsmagts intentioner, kan nævnes tanken i afsnit 4.1 nedenfor (ang. retskilder) om at anvende et mønster i forvaltningslovgivningen ved løsningen af visse problemer af forvaltningsretlig karakter på beslægtede områder. Denne tanke kan ikke opfanges af effektivitetsbegrebet, men derimod af begrebet systemhensyn.

9. Litteraturen om retssikkerhedsbegrebet er meget omfattende. Jeg undlader derfor henvisninger.

ligesom den enkelte må kunne handle i tillid til, at hans eller hendes retsposition ikke uden videre (vilkårligt) ændres (forudseelighedsretssikkerhed). Endelig skal borgerne have sikkerhed for visse minimumsrettigheder og for, at forvaltningen tillægger ham eller hende de rettigheder, som lovgivningen har fastsat, og omvendt ikke pålægges pligter, der rækker ud over dem, som fremgår af lovgivningen (materiel retssikkerhed).

Ovenfor blev nævnt, at visse systemhensyn angår alment accepterede administrationspolitiske mål. Det skal derfor påpeges, at retssikkerhed for den enkelte også er et administrationspolitisk mål (eller værdi), men naturligvis et mål af en anden karakter og med et andet indhold end de ovenfor omtalte systemorienterede mål. Retssikkerhed står som et særligt individorienteret mål og afviger herved fra de øvrige – systemrettede – administrationspolitiske mål.

Nogle juridiske forfattere anvender begrebet *retssikkerhed i vid forstand*.¹⁰ Det anses herved også for et retssikkerhedsspørgsmål, at lovgivningen og den objektive ret virkeliggøres, selv om enkeltindivider ikke har nogen interesse heri. Et sådant vidt retssikkerhedsbegreb er efter min opfattelse ikke hensigtsmæssigt. Det vil derfor ikke blive anvendt i det følgende. Begrebet retssikkerhed i vid forstand dækker i realiteten over et systemhensyn, idet det sigter på forvaltningens opnåelse af maksimal målopfyldelse, forstået som en fuldstændig realisering af lovgivningsmagtens direktiver og intentioner. Det er derfor en tilsøring af den modsætning, der i mange forvaltningssager nødvendigvis vil bestå mellem på den ene side systeminteressen i maksimal efterlevelse af lovgivningsmagtens direktiver m.v. og på den anden side den enkelte adressats interesse,¹¹ hvis man lader begge de modstående interessers varetagelse være retssikkerhedsspørgsmål. Det brede retssikkerhedsbegreb (og de hensyn, der bærer det) kan være en belastning for den enkeltes retssikkerhed, f.eks. hvor det må overvejes, om en ny lov bør føre til tilbagekaldelse af en allerede meddelt tilladelse til en borger, for at loven og dens intentioner kan realiseres fuldt ud. Den vigtige modsætning, som ligger indbygget i begrebet retssikkerhed i vid forstand, bør efter min opfattelse klart frem. Det kan ske ved at betegne retssikkerhed i vid forstand ved det, det er, nemlig et systemhensyn, og ved at reservere begrebet retssikkerhed for den enkelte borgers forhold. Vi

10. Se f.eks. Kirsten Ketscher og Steen Rønsholdt, *Retsanvendelse og retssikkerhed*, p. 97 ff. I Nordisk Juristmøde, 1972, p. 338, nævner Bent Christensen, at retssikkerhed kan gives flere betydninger, og at én af disse er: Gældende rets ubetingede virkeliggørelse. Se også E.M. Basse i *Juristen* 1991, p. 356 f.

11. Det skal nævnes, at der navnlig hos miljøretlige forfattere mødes en tendens til at nedtone relevansen af modsætningen mellem statsmagt og enkeltindivid, jfr. således Inge Lorange Backer, *Naturvern og naturinngrep*, 1986, og E.M. Basses anmeldelse heraf i *TfR* 1987, p. 1003 ff., der begge præges af denne opfattelse.

bør efter min mening undgå en udvanding af retssikkerhedsbegrebet og dets kerne ved at gøre for meget til et retssikkerhedsspørgsmål.

Det skal imidlertid endnu en gang understreges, at systemhensyn og retssikkerhed for den enkelte (retssikkerhed i snæver forstand) ikke altid er egentlige modsætninger. I en del tilfælde kan der ligefrem være sammenfald. Eksempelvis kan et systemhensyn tilsige, at de overordnede myndigheders styringsmuligheder i forhold til de underordnede bør udvides med henblik på at sikre, at disse sidste træffer ensartede og korrekte afgørelser. Dette vil den enkelte adressat normalt også have en retssikkerhedsmæssig interesse i.

I adskillige tilfælde vil systemhensyn dog stå over for hensynet til den enkeltes retssikkerhed, således at disse hensyn i større eller mindre omfang er modstridende og må afvejes imod hinanden. Det følgende går ud på at identificere disse hensyn og deres afbalancering i nyere dansk forvaltningsretlig teori.¹²

3. Ny metode, der integrerer forvaltningsret og bredere samfundsvidenskab

Balancen mellem systemhensyn og retssikkerhed afhænger ikke kun af den afvejning, der foretages ved formuleringen af den enkelte forvaltningsretlige regel. Den påvirkes også af den metode, som anvendes ved analysen af de forskellige forvaltningsretlige områder. Dette skal belyses med en nyere disputats, Ellen Margrethe Basses »Miljøankenævnet«, 1987,¹³ hvor det er forsøgt at opstille en metode til integration af forvaltningsret og bredere samfundsvidenskab.

Forvaltningsretsjurister har – med god grund – igennem en del år været tiltrukket af det forskningsarbejde, som bliver udført af politologer, bl.a. i disciplinen forvaltningslære. Denne interesse for politologi har ført til en stigende bevidsthed om, at statskundskabsviden kan anvendes i forbindelse med analyser i forvaltningsretten og i den offentlige ret i det hele taget. Dette er overvejende sket på den måde, at nye forvaltningsmæssige emneområder og problemstillinger, som politologerne typisk ser og behandler før andre, har inspireret jurister til at tage nye emner og spørgsmål op til forvaltningsretlig

12. Hvor det er relevant, vil det også blive markeret, hvor der kan foreligge en indbyrdes modsætning mellem forskellige systemhensyn eller mellem forskellige retssikkerhedshensyn.

13. Disputatsens nøjagtige titel er »Miljøankenævnet. En analyse af nævnets organisation, arbejdsgrundlag og funktionsmåde ud fra retlige og andre samfundsvidenskabelige synsvinkler«. Disputatsen er anmeldt af Jørgen Dalberg-Larsen i Juristen 1988, p. 39 ff.

analyse, ligesom baggrundsviden fra statskundskab har kunnet anvendes til at sætte det undersøgte retlige emne ind i en generel sammenhæng, hvilket øger forståelsen af det.¹⁴

Ellen Margrethe Basse er imidlertid i ovennævnte afhandling om »Miljøankenævnet« gået et skridt videre, idet hun har forsøgt at foretage en egentlig integration af forvaltningsretlig dogmatik og bredere samfundsvidenskab.¹⁵ Ellen Margrethe Basse har præsenteret sin afhandling som et eksempel på anvendelse af en nyudviklet metode til analyse af et forvaltningsområde (in casu Miljøankenævnets). Da metoden af gode grunde endnu ikke er helt færdigudviklet, er det ikke i alle henseender fuldstændig klart, hvad metoden, der betegnes som en særlig retsdogmatisk metode, helt præcist indeholder. Men det er med sikkerhed et centralt element i den, at den bygger på en tilsigtet kombination af den traditionelle retsdogmatik med andre samfundsvidenskabelige synsvinkler, navnlig politologiske og sociologiske, ved inddragelse af teorier og begrebsapparater herfra. Det nye ved denne særlige retsdogmatiske metode er ifølge Ellen Margrethe Basse, at den er mere mål-middel-rationel end den traditionelle, der er normrationel. Den dertil hørende forståelse af mål og midler inden for det undersøgte område må på grund af områdets karakter bygge på en bredere interesse for andre samfundsvidenskabelige metoder end den traditionelle juridiske forståelse af normer. Det anføres endvidere, at én af de vigtigste forskelle på den særlige retsdogmatiske metode og den traditionelle er, at den førstnævnte ikke tager udgangspunkt i en retssikkerhedssynsvinkel.¹⁶ Dette har begrebsmæssige konsekvenser,¹⁷ idet begrebet retssikkerhed ikke bliver centralt i analysen, mens derimod samfundsvidenskabelige begreber som implementering, segmentering, korporatisme, policy-funktion etc. præger undersøgelsen.

Den nærmere beskrivelse af den nye metodes anvendelse i undersøgelsen af Miljøankenævnet er i øvrigt således: »Da miljøankenævnet forudsættes at være tillagt den retsskabende funktion ved miljølovene, må informationer om den praksis, der er dannet, sikres gennem en empirisk indsamling af samtlige miljøankenævnsafgørelser. Dette materiale beskrives og vurderes ud fra de målsætninger, der præger de enkelte love. Målsætningernes indhold afdækkes,

14. Jeg vil i den forbindelse nævne, at jeg selv har haft nytte af baggrundsviden fra statskundskab ved formuleringen af emnet for min disputats om »Planer og forvaltningsret« og ved udformningen af dennes kap. 2, der bl.a. omhandler planers formål. Se i øvrigt Erik Boe i E.M. Basse (red.), *Regulering og styring* (I), p. 224 f.

15. Om mere generelle overvejelser vedrørende integration af traditionel retsvidenskabelig metode og andre videnskabelige metoder, se Erik Boe, a.st., p. 213 ff.

16. E.M. Basse, *Miljøankenævnet*, p. 47.

17. Jfr. a.st., p. 51.

dels ved hjælp af traditionelle juridiske fortolkningsmetoder, og dels gennem politologisk tolkning af de politiske processer. Det forsøges herefter afdækket, hvilke af flere målsætninger, der har haft den største gennemslagskraft i nævnet, og hvilken betydning dette har haft for praksis inden for forskellige sagområder. Ved behandlingen af den generelle tendens inden for miljøankenævnspraksis tages der udgangspunkt i en sociologisk, politologisk, organisationsteoretisk og økonomisk tolkning eller forklaring af praksis som supplement til den juridiske forklaring. Ved forståelsen af enkeltafgørelser kan de ovennævnte samfundsvidenskabelige metoder ligeledes være supplerende ved at forklare inkonsistenser, som ikke lader sig forklare efter den traditionelle juridiske metode. De øvrige samfundsvidenskabelige metoder kan endelig i flere tilfælde give en forklaring på resultater – eksempelvis prioriteringer af relevante hensyn – hvor de juridiske retsregler er for åbne til at fastlægge en løsning«. ¹⁸ Det er en pointe hos Ellen Margrethe Basse, at hendes metode er udviklet til og tilpasset det retsområde, som analyseres.

Ellen Margrethe Basses afhandling har givet anledning til en del debat. Det gælder også den anvendte metode. ¹⁹ Dette forbigås her. Det interessante i nærværende sammenhæng er det balancepunkt mellem systemhensyn og retssikkerhedshensyn, som metoden fører med sig.

Det er lidt vanskeligt at komme til bunds i dette spørgsmål. Det skyldes, at Ellen Margrethe Basses metode ikke sigter på formulering af regler m.v., men overvejende har et deskriptivt sigte, idet den skal anvendes til analyse og beskrivelse af et forvaltningsorgans praksis. Vurderingen af dens prioritering af systemhensyn eller retssikkerhedshensyn må derfor ske ud fra en bedømmelse af, hvilke hensyn den retter søgelyset mod, og om den eventuelt i et vist omfang lægger for lidt vægt på relevante modstående hensyn.

Der er ingen tvivl om, at metodens focus er systemorienteret. Det ligger allerede i de brede samfundsvidenskabelige, overvejende politologiske teoridannelser og begrebsapparater, den betjener sig af. Begreber som korporatisme, segmentering, implementering, policy-funktion ²⁰ og forhandlingsrationalitet er alle dannet i en ikke-retlig sammenhæng til belysning af brede spørgsmål i det samfundsmæssige system. Eksempelvis er begreberne segmentering og korporatisme udviklet i politologien med henblik på analyser af politisk indflydelse og samspillet mellem parlament, forvaltning og interesseorganisationer. Dette fører naturligt med sig, at de spørgsmål, der belyses med Ellen Margrethe Basses metode, navnlig er, om det undersøgte forvalt-

18. A.st., p. 46 f.

19. Jfr. E.M. Basse (red.), Miljøankenævnet – Forsvar, f.eks. p. 72 ff. og 104 ff.

20. Jfr. E.M. Basse, Miljøankenævnet, bl.a. p. 51.

ningsorgan (Miljøankenævnet) i sin praksis søger en koordination mellem forskellige lovområder eller det modsatte, og om praksis i større eller mindre grad afspejler indflydelsen fra de organisationer m.m., som er repræsenteret i organet.²¹ Den anvendte bredere samfundsvidenskabeligt orienterede metode medfører med andre ord – hvad der antagelig også har været meningen – at praksis beskrives ud fra synsvinklen: Hvordan varetager Miljøankenævnet relevante systemhensyn, f.eks. hensynet til en koordineret administration af forskellige lovområder og hensynet til at samarbejde myndighedsafgørelser med organisationssynspunkter, og hvilke udslag giver disse hensyn sig i den del af nævnets praksis, som bygger på retligt orienterede overvejelser (anvendelse af specialitetsprincipper, lighedsgrundsætning m.v.).²²

Mens metoden²³ således fører til, at systemhensyn står meget centralt i praksisanalysen, er konsekvensen modsat, at retssikkerhedshensyn har lav prioritet og kun belyses i meget begrænset omfang. Dette er til dels et bevidst valg,²⁴ som Ellen Margrethe Basse har gjort²⁵ ved opstillingen af sin brede metode. Som ovenfor nævnt anfører Ellen Margrethe Basse således, at én af de vigtigste forskelle på en mere traditionel metode og den af hende valgte metode består i, at sidstnævnte ikke tager udgangspunkt i en retssikkerhedssynsvinkel.²⁶

Den lave prioritering af retssikkerhedshensyn i analysen af Miljøankenævnets praksis, som er en naturlig følge af den valgte metode, er relativt markant. Det bygger jeg på, at retssikkerhedsovervejelser, så vidt jeg kan se, rent faktisk spiller en ikke helt ubetydelig rolle for Miljøankenævnet, hvilket hænger sammen med, at organet træffer afgørelse i forhold til borgeren og efter klage fra borgere og derfor må være opmærksomt på, at adressatens og andre borgeres retlige positioner i et vist omfang skal beskyttes. Som et eksempel til belysning kan nævnes, at Miljøankenævnet ikke har villet acceptere, at fremkomsten af en ny renseteknik skulle kunne medføre, at myndighederne generelt skærper kravene i forhold til en eksisterende vejledning, uanset at den tekniske udvikling er løbet fra denne. En sådan ny

21. Se f.eks. a.st., p. 335: »præget af nævnssammensætningen« og »bedre forhandlingsmuligheder«.

22. Se f.eks. a.st.

23. Ellen Margrethe Basse har også delvist beskrevet metoden i Retfærd 1989, p. 58 ff., og i Regulering og styring (I), p. 77 ff.

24. Af Miljøankenævnet, del I, note 107 (med henvisninger) fremgår, at Ellen Margrethe Basse generelt er betænkelig ved at anvende retssikkerhedsbegrebet inden for miljøretten.

25. Se også E.M. Basse i TfR 1987, p. 1008.

26. Jfr. E.M. Basse, Miljøankenævnet, p. 47.

generel linie forudsætter en ny vejledning. Én af grundene hertil kan (i overensstemmelse med Ellen Margrethe Basses synspunkt) naturligvis være en respekt for forhandlingsordninger mellem centraladministration og interesseorganisationer, således at en én gang lagt linie ikke ændres uden forhandling mellem disse.²⁷ Men ankenævnet har også udtrykkeligt henvist til, at den eksisterende vejledning bl.a. anvendes af virksomhederne til projektering af nye anlæg. Her lægger ankenævnet med andre ord vægt på, at virksomhederne indretter sig i tillid til praksis,²⁸ som den må antages at kunne læses ud af vejledningen. Derved peger nævnet på et kernepunkt i det normale retssikkerhedsbegreb, som netop indebærer, at den enkelte borger skal kunne forudse sin retlige position i bestemte situationer og ved bestemte dispositioner. Retssikkerhedsbetragtningerne er på dette punkt strakt ganske vidt af Miljøankenævnet, når det betænkes, at den dagældende miljøbeskyttelseslovs § 3, stk. 3, indeholdt et forureningsminimeringsprincip om,²⁹ at virksomheden skulle træffe foranstaltninger m.v. med henblik på i mindst muligt omfang at give anledning til forurening. Denne bestemmelse vil nævnet altså ikke lade slå igennem, selv om der foreligger en ny, bedre og økonomisk overkommelig renseteknik, medmindre den eksisterende vejledning ændres.³⁰

Det er nok rigtigt, når Ellen Margrethe Basse i afslutningen af sin afhandling karakteriserer miljøområdet som præget af en styringsjus i modsætning til retssikkerhedsjus.³¹ Men der er ikke tvivl om, at denne karakteristik også er påvirket af, at den brede samfundsvidenskabeligt orienterede metode, Ellen Margrethe Basse har anvendt i sin analyse, næsten uundgåeligt leder den primære interesse i retning af systemhensynene, mens retssikkerhedshensyn lige så uundgåeligt får en forholdsvis lav prioritet.³²

4. Forvaltningsrettens kilder

Forvaltningsrettens kilder og deres rækkevidde har tiltrukket sig betydelig opmærksomhed i de senere år, og der har udviklet sig nye synspunkter. I dette afsnit behandles de to vigtigste eksempler på helt generelle overvejelser og

27. Jfr. a.st., p. 295 og 308.

28. Jfr. Miljøankenævnets afgørelse af 20. april 1985 (j.nr. 165/31-1/1984).

29. Den dagældende miljøbeskyttelseslov er ophævet med virkning fra 1. januar 1992, hvor den erstattedes af en ny miljøbeskyttelseslov (lov nr. 358 af 6. juni 1991).

30. Jfr. Karsten Revsbech i Juristen 1988, p. 206 f.

31. Ellen Margrethe Basse, Miljøankenævnet, p. 493 ff.

32. Ellen Margrethe Basse er til dels selv opmærksom på denne konsekvens, jfr. a.st., p. 510 f.

analyser af forvaltningsrettens retskildespørgsmål:³³ Claus Haagen Jensens fremstilling i lærebogen »Forvaltningsret. Almindelige emner«, kap. 3, og Henrik Zahles polycentriske retskildelære. Mit hovedformål med denne behandling er som overalt i denne bog at søge at belyse, i hvilket omfang synspunkterne i den forvaltningsretlige teori bygger på systemhensyn eller retssikkerhedshensyn, og om der kan konstateres en forskydning af balancepunktet mellem disse hensyn i forhold til tidligere teori.

4.1. Haagen Jensens fremstilling

I dansk forvaltningsret har der naturligvis været foretaget mange sporadiske retskildemæssige analyser og overvejelser i forbindelse med behandlingen af andre spørgsmål.³⁴ Imidlertid er der først forholdsvis sent foretaget egentlige generelle overvejelser om forvaltningsrettens retskildespørgsmål.³⁵ Et vigtigt bidrag er her Claus Haagen Jensens kap. 3 i lærebogen »Forvaltningsret. Almindelige emner«.

Haagen Jensens retskildebegreb synes umiddelbart at være forholdsvis bredt, idet det siges, at retskilder er det materiale, som anvendes ved formulering af antagelser om retsregler.³⁶ Herved ledes tanken i retning af Eckhoffs brede betegnelser »retskildeprincipper« og »retskildefaktorer«.³⁷ Ved nærmere eftersyn viser det sig imidlertid, at det nævnte begreb er noget mere håndfast og måske en smule snævert. Det skyldes, at Haagen Jensens opfattelse af, hvad der forstås ved en retsregel, tager sit udgangspunkt hos Alf Ross, således at gældende ret og dermed retsregler – lidt forenklet udtrykt – er de normer, domstolene kan forventes at lægge til grund ved afgørelse af forelagte spørgsmål. Ret skilder bliver således det materiale, som domstolene vil tage hensyn til ved deres fastlæggelse af de normer, de vil anvende ved afgørelse af en retssag. De ret skilder, Haagen Jensen herefter behandler, er love (herunder almindelige og generelle forvaltningslove), anordninger, generelle

33. Vedrørende det særlige spørgsmål om administrativ praksis som retskilde skal henvises til Jon Andersens fortræffelige fremstilling i Juridisk Grundbog 1, Ret skilderne, 1991, § 7. Se også samme bogs § 8 om Ombudsmandens udtalelser som retskilde.

34. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., indeholder ikke nogen egentlig dybtgående analyse af forvaltningsrettens ret skilder, men retskildespørgsmål behandles dog flere steder i bogen, i nogle tilfælde i forbindelse med andre spørgsmål. Der skal navnlig henvises til kap. II om de forvaltningsretlige regler og kap. III om tjenestebefalinger.

35. I Norge har forvaltningsretlige retskildespørgsmål påkaldt sig større interesse. Se f.eks. Eckhoff, Ret skildelære, 2. utg., bl.a. p. 193 ff., og Frihagen, Forvaltningsrett I, p. 32 ff.

36. Jfr. Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 124.

37. Jfr. Eckhoff, Ret skildelære, 2. utg., p. 14 ff.

tjenestebefalinger, retspraksis, administrativ praksis, ombudsmandspraksis og forholdets natur. Som det vil ses, er der her foretaget yderligere en afgrænsning, idet f.eks. retskildemateriale som lovforarbejder og efterarbejder ikke behandles særskilt, selv om det kunne rummes af det anvendte retskildebegreb.³⁸ Inden for den lagte ramme, der naturligvis ikke kan være alt for bred, hvis ikke det pågældende kapitel om retskilder skal blive for dominerende i lærebogen, er der givet en fremstilling, der med Bernts ord »fremtrer som både pedagogisk og faglig sett vellykket«.³⁹

Som det fremgår, står Haagen Jensen i overensstemmelse med den udtalte tradition på området for den opfattelse, at forvaltningsrettens kilder som udgangspunkt kan anskues som en samlet enhed med domstolenes normanvendelse som det samlende element. Ved behandlingen af de enkelte retskilder forekommer Haagen Jensen dog en anelse mere systemorienteret end den hidtidige opfattelse på området.

Det kommer f.eks. frem i forbindelse med specielle forvaltningslove. Haagen Jensen finder, at disse i et vist omfang kan anvendes ved løsning af spørgsmål uden for deres umiddelbare område, også selv om der ikke i egentlig forstand kan sluttes analogt. Det hænger således sammen: Hvis man står over for et problem af forvaltningsretlig karakter, hvorom der ikke kan påvises sikre regler, må spørgsmålet løses ud fra forholdets natur. Til fastlæggelse heraf kan anvendes løsninger angivet i de centrale specielle forvaltningslove eller forvaltningslove for beslægtede områder eller et mønster i forvaltningslovgivningen.⁴⁰ Bag denne tanke om i et vist omfang at anvende de specielle forvaltningslove som argumentation for en bestemt løsning på andre områder ligger formentlig et systemhensyn. Begrundelsen for tanken er, at de løsninger, der vælges, og de uskrevne regler, som opstilles, herved får en forholdsvis nær tilknytning til vort konstitutionelle system.⁴¹ Dette kan forstås sådan, at forvaltningen bør vælge – eller af domstolene bør tvinges til at vælge – løsninger, som ligger nærmest muligt ved lovgivningsmagtens generelle intentioner, således som de er kommet til udtryk i lovgivningen som helhed, hvilket er et udslag af det systemhensyn, som går ud på, at forvaltningen i videst muligt omfang skal realisere de intentioner, som lovgivningsmagten måtte have. På den anden side ligger der næppe nogen nedprioritering af den enkeltes retssikkerhed i Haagen Jensens tanke om en udvidet anvendelse af intentionerne

38. Forklaringen er måske, at lovforarbejderne behandles i bogens kap. 4 i forbindelse med spørgsmål om fortolkning (p. 172 ff.). Se endvidere a.st., p. 123, note 2.

39. TfR 1984, p. 140.

40. Haagen Jensen i Forvaltningsret. Almindelige emner, pp. 130-133 og 167.

41. A.st., p. 167.

bag løsningsmodellen i de specielle forvaltningslove. En løsning, der bygger på lovgivningen i bred forstand, er vel generelt set næppe retssikkerhedsmæssigt dårligere end andre løsninger.

På et andet punkt, der vedrører den retskildemæssige betydning af administrativ praksis, er det lidt vanskeligt at afgøre, om Haagen Jensens synspunkt repræsenterer en op- eller nedprioritering af systemhensyn. Haagen Jensen tager for så vidt angår administrativ praksis vedrørende lovfortolkning udgangspunkt i en kommentar⁴² fra tidligere højesteretsdommer P. Spleth, som siger, at »Hvis to forståelser af loven har nogenlunde lige meget for sig, vælger man den, som administrationen har fulgt«. ⁴³ I forlængelse heraf anfører Haagen Jensen, at en del afgørelser tyder på, at domstolene indrømmer forvaltningen en vis margen for fejlfortolkning, hvis denne er fulgt i administrativ praksis. ⁴⁴ Dette må formentlig siges i et vist begrænset omfang at stride mod det ovennævnte overordnede systemhensyn om, at forvaltningen i videst muligt omfang skal realisere lovgivningsmagtens direktiver og intentioner. På den anden side er der nok tale om en opprioritering af et mere underordnet systemhensyn, idet forvaltningen får lidt større bevægelsesfrihed og undgår ustandseligt at skulle lægge sin fortolkningspraksis om, hvilket ville være besværligt og svække forvaltningens autoritet og gennemslagskraft. At forvaltningen indrømmes en margen for fejlfortolkning, kan naturligvis indebære en nedprioritering af den enkeltes retssikkerhed, men gennemsnitligt er det næppe tilfældet, idet de situationer, hvor forvaltningens mulige fejlfortolkning accepteres, også kan være sådanne, hvor fejlfortolkningen er til adressatens fordel. Samtidig er borgerens retssikkerhedsinteresser også tjent med, at forvaltningens fortolkningspraksis har en vis autoritet og dermed står til troende. Det gør det muligt for borgeren at forudberegne sin retlige position.

For så vidt angår generelle tjenestebefalinger kommer Haagen Jensen efter en indgående analyse til, at den klassiske opfattelse, hvorefter borgeren som udgangspunkt ikke kan støtte ret på en tjenestebefaling, stadig er holdbar, selv om der er tvivl på et par punkter. Haagen Jensen slår retspolitisk til lyd for, at denne retstilstand opretholdes. Baggrunden synes at være en systemtankegang. Det anføres, at forvaltningen har behov for at kunne udstede regler, der alene er bindende internt, idet de giver den overordnede en vis frihed, der er større, end hvis borgeren kan støtte ret på reglerne. ⁴⁵ Dette kan antagelig forstås

42. Se også Eckhoff, *Rettskildelære*, 2. utg., p. 206 f., der påpeger gode grunde til, at domstolene ikke uden videre bør tilsidesætte en administrativ praksis.

43. U 1965 B. 250.

44. Jfr. *Forvaltningsret*. Almindelige emner, p. 160. Smh. Jon Andersen i *Juridisk Grundbog* 1, p. 219 ff.

45. Jfr. Haagen Jensen a.st., p. 149.

således, at styringsmæssige interesser (der er systemhensyn, jfr. afsnit 2 ovenfor) tilgodeses bedst ved fastholdelse af den klassiske opfattelse.⁴⁶ Haagen Jensen er opmærksom på, at denne opfattelse samtidig kan indebære en vis lav prioritet til den enkeltes retssikkerhed, men finder dog ikke dette afgørende, idet det må forudses, at forvaltningen blot ville anvende andre mindre bindende styringsmidler, hvis borgeren kunne støtte ret på en tjenestebefaling, hvorfor der ikke ville være vundet meget retssikkerhedsmæssigt ved at forlade den klassiske opfattelse.⁴⁷

Alt i alt kan det formentlig siges, at Haagen Jensens synspunkter i fremstillingen om forvaltningens retskilder i »Forvaltningsret. Almindelige emner«, kap. 3, repræsenterer en svag opprioritering af systemhensyn, uden at der sker nogen egentlig nedprioritering af retssikkerhedshensyn i forhold til den traditionelle – noget spredte og lidt diffuse – lære på området.

4.2. Den polycentriske retskildelære

Som nævnt repræsenterer Haagen Jensen den opfattelse, at forvaltningsrettens kilder som udgangspunkt kan anskues som en samlet enhed med domstolenes normanvendelse som det samlende element. I de senere år har der udviklet sig en tendens, der bryder med denne enhedsopfattelse. Der tænkes her på den polycentriske retskildelære (nedenfor også betegnet polycentri-læren).⁴⁸

Denne nye retskildelære er lanceret af Henrik Zahle. Så vidt ses, tager Zahles tanke sigte på retskildelæren generelt, men den er i sin nuværende udformning primært af interesse for den offentlige ret, især forvaltningsretten, idet eksemplerne i alt væsentligt kommer herfra. En hovedpåstand er, at tendensen går i retning af en myndighedsspecifik retskildelære.⁴⁹

46. Man kan dog måske overveje, om der ikke også kan bestå en styringsmæssig interesse i, at borgeren kan påberåbe sig en tjenestebefaling, fordi den underordnede myndighed herved bedre kan fastholdes på befalingen.

47. Jfr. Haagen Jensen i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 149. Se i øvrigt nedenfor (i afsnit 20.2) om Bent Christensens opfattelse af spørgsmålet om borgernes mulighed for at påberåbe sig en intern forskrift.

48. Jfr. Zahle i Festskrift til Eckhoff (Samfunn, Rett, Rettferdighet), 1986, pp. 752-756. Se endvidere Zahle i Festskrift til Lars D. Eriksson (Kaarlo Tuori (red.), Rättsdogmatikkens alternativ), 1988, p. 235 f. Sidstnævnte indlæg er også optaget i E.M. Basse (red.), Regulering og styring (I), 1989, p. 45 f. Endelig skal nævnes Zahles korte redegørelse i Nyhedsbrev 1 fra Statens samfundsvidenskabelige Forskningsråd vedr. »Regulering og styring«, p. 5. Der kan herudover henvises til K. Ketscher, Offentlig børnepasning i retlig belysning, p. 78 f., og Jens Vikner i Årsberetning fra Retsvidenskabeligt Institut B, 1989, pp. 167-174 (om polycentri i retten som sådan). Se endvidere Hanne Petersen, Informel ret på kvindearbejdspladser, 1991, Del I, om bl.a. retspluralisme.

49. Festskrift til Eckhoff, p. 752.

Der er god grund til at beskæftige sig med polycentri-læren, da den er ved at få et vist fodfæste i dansk retsvidenskab, herunder især i den offentligretligt orienterede forskning.⁵⁰

4.2.1. Polycentri-lærens hovedpunkter

Det er ikke helt nemt at danne sig et præcist billede af polycentri-læren, idet den er omtalt flere steder, der ikke stemmer helt overens, ligesom flere forfattere har skrevet om den ud fra hver sin opfattelse. Holder vi os imidlertid til Henrik Zahles hovedredegrundelse for den polycentriske retskildelære (i Festskrift til Eckhoff, 1986, pp. 752-756), kan der siges følgende:

Det retskildebegreb, læren bygger på, er relativt bredt og afviger en del fra Haagen Jensens.⁵¹ Jeg forstår det nævnte begreb sådan, at det omfatter alle de faktorer, som påvirker og legitimerer en myndighed (herunder domstole),⁵² når den træffer en afgørelse, der fastsætter eller konstaterer, hvad der er ret.⁵³ Begrebet indeholder således også visse sociologisk orienterede elementer, idet det indbefatter forhold, der rent faktisk giver en myndigheds (f.eks. en kommunalbestyrelses) afgørelse dens legitimitet, og som rækker ud over den legitimation, der ligger i en henvisning til gældende regler og praksis m.v.

Det polycentriske i retskildelæren består herefter i to forhold. For det første produceres retten af flere forskellige retsproducenter – deraf de forskellige retskilder (f.eks. lov og sædvane). For det andet er adresseringen af retten polycentrisk, idet de enkelte retskilder har forskellig rækkevidde og varierende betydning for forskellige grupper, myndigheder m.v. Det er navnlig det sidste, Zahle indtil videre har udviklet nærmere (dog med enkelte tilføjelser, som det vil fremgå nedenfor), og det er her de mest interessante aspekter – set under en forvaltningsretlig synsvinkel – forekommer.

I Zahles hovedredegrundelse for polycentri-læren (det forannævnte festskrifts-bidrag) indgår flere dimensioner, som er knyttet til den ovennævnte hovedpåstand om, at tendensen går i retning af en myndighedsspecifik retskildelære. Den *første dimension* går på, at nogle retskilder er bindende for visse myndigheder, men ikke for andre. Zahle nævner flere eksempler herpå, bl.a. at ministerielle og andre administrative cirkulærer i almindelighed er bindende

50. Se litteraturhenvisningerne, der er anført to noter foran.

51. Zahles begreb synes at minde en del om, hvad Eckhoff, *Rettskildelære*, 2. utg., p. 18 f., betegner retskildefaktorer, men Zahles begreb er så vidt ses endnu bredere.

52. I en vis (begrænset) forstand kan Zahles retskildebegreb minde om Alf Ross' i *Ret og retfærdighed*, p. 90 ff., der dog kun tager sigte på de faktorer, som øver indflydelse på dommerne.

53. Det er naturligvis diskutabelt, hvad begrebet »ret« dækker. Det forbigås her.

for dem, de rettes til, men ikke for domstolene, og endvidere at ministerielle lovforarbejder i almindelighed er bindende for ministeren og dennes ansatte, men ikke for domstolene. *Den anden dimension* har et vist sociologisk islæt og drejer sig om, at visse myndigheder har et legitimationsgrundlag, som rækker ud over det rent retlige, der består i at kunne henvise til loven og andre regler, når der træffes afgørelser. Dette udvidede legitimationsgrundlag finder vi navnlig på det kommunale administrationsområde, hvor kommunalbestyrelsen inden for lovens forholdsvis vide rammer kan legitimere sine afgørelser med, at den er valgt af befolkningen. En omtrent tilsvarende legitimation har de mange korporative ankeorganer med repræsentanter for interesseorganisationer (f.eks. Miljøankenævnet) eller for politiske partier (f.eks. Overfredningsnævnet). Domstolene vil være tilbageholdende i efterprøvelsen, hvor et sådant legitimationsgrundlag foreligger. Andetsteds hos Zahle⁵⁴ kan der måske spores en *tredie dimension* om en sammenhæng mellem det enkelte reguleringsområde og de retsformer, som forekommer.⁵⁵ Denne mulige tredie dimension er dog så vidt ses endnu ikke udviklet nærmere.

Der er næppe tvivl om, at polycentri-læren (i modsætning til Haagen Jensens retskildeovervejelser) indebærer, at begrebet gældende ret er gået i opløsning som en enhedsstørrelse. Gældende ret er ikke identisk med domstolenes aktuelle og sandsynlige opfattelse på området. Målestokken for, om en afgørelse er korrekt, er varierende og afhængig af hvilken myndighed, der tager stilling.

4.2.2. *Polycentri-læren og systemhensyn contra retssikkerhed*

Den polycentriske retskildelære kan vurderes ud fra mange synsvinkler.⁵⁶ Holder vi os imidlertid til spørgsmålet om, hvorvidt den bæres af systemhensyn eller retssikkerhedshensyn, er der ikke tvivl om at polycentri-læren – formentlig utilsigtet – står for en klar nedprioritering af den enkeltes retssikkerhed. Det hænger bl.a. sammen med, at den trækker i retning af en usikker retstilstand, hvilket skyldes dens tilbøjelighed til en udpræget opsplitning af myndighedernes retskildegrundlag. Eksempelvis vil dens første dimension lade efterarbejderne være (i det højeste)⁵⁷ bindende for ministeren, men ikke for kommunalforvaltningen og formentlig heller ikke for korporative

54. Jfr. Zahle i Nyhedsbrev 1 fra Statens samfundsvidenskabelige Forskningsråd vedr. »Regulering og styring«, p. 5.

55. Jfr. a.st.: »De forskellige retsformers sammenhæng med det regulerede områdes karakter er et væsentligt tema«.

56. Jfr. herved Karsten Revsbech i Retfærd 1991, nr. 1, pp. 105-121.

57. Zahles udtryk (Festskrift til Eckhoff, p. 754).

ankeorganer. Det vil f.eks. på miljøbeskyttelseslovens område kunne betyde, at en kommunalbestyrelse med fuld ret træffer en afgørelse, som ikke er overensstemmende med Folketingets efterarbejder, hvorefter Miljøstyrelsen under en klagesag er forpligtet til at bringe afgørelsen i harmoni med efterarbejderne, mens Miljøankenævnet (nu Miljøklagenævnet) som uafhængig tredjeinstans står frit til at afgøre sagen mod efterarbejdernes indhold.⁵⁸ Tilsvarende kan det ved en konsekvent anvendelse af polycentri-læren forekomme, at de ministerielle lovforarbejder kan tvinge en minister (eller dennes ansatte) til at træffe en afgørelse, som det på forhånd må anses for usandsynligt, at domstolene vil følge. Det er indlysende, at sådanne skift i fortolkningen, afhængig af om den ene eller anden myndighed tager stilling, undergraver sikkerheden i den enkelte borgers retsposition og navnlig gør det meget vanskeligt at forudberegne denne. Der er næppe tvivl om, at den enkeltes retssikkerhedsinteresser bedst tilgodeses, hvis det – modsat polycentri-læren – tilstræbes, at gældende ret er en enhedsstørrelse. Det sikrer den højeste grad af forudberegnelighed og mulighed for at indrette sig.

Et andet indicium for en nedprioritering af retssikkerheden viser sig i polycentri-lærens anden dimension, der omhandler myndighedernes faktiske legitimationsgrundlag. Der peges her navnlig på kommunalbestyrelses og korporative ankeorganers særlige grundlag i kraft af, at de er sammensat af repræsentanter for befolkningen og interesseorganisationer m.v., hvilket vil føre til en lempelse af intensiteten i domstolsprøvelsen af afgørelser fra disse myndigheder. Dette synspunkt er udtryk for en demokratisk tankegang, men det er samtidig givet, at der her ligger en lav prioritering af den enkeltes retssikkerhed. Der er tale om at nedtone loven og reglerne som målestok for, om den enkelte afgørelse er acceptabel, til fordel for en situation, hvor målestokken i højere grad skal være, om organet kan legitimere sin afgørelse ved en henvisning til, at den repræsenterer hele eller dele af befolkningen m.v. En sådan forskydning er uheldig for den enkeltes retssikkerhed. Den fører nemt til, at forvaltningsmyndigheder med repræsentanter for befolkningen m.v. kan »gøre hvad de vil« og kan træffe mere eller mindre vilkårlige afgørelser i forhold til den enkelte borger, uden at denne har mulighed for at forsvare sine interesser.

Mens den polycentriske retskildelære således – som nævnt formentlig utilsigtet – står for en nedprioritering af den enkeltes retssikkerhed, er det tvivlsomt, i hvilket omfang den til gengæld repræsenterer en opprioritering af

58. Om min opfattelse af efterarbejder, se Retfærd 1991, nr. 1, p. 109, note 25, der indeholder henvisninger til bl.a. Erik Boe, som har introduceret den moderne lære om efterarbejder.

systemhensyn. Dens tendens er en lidt diffus retstilstand, hvor de forskellige myndigheder kan være tvunget til at træffe mere eller mindre modstridende afgørelser. Endvidere forekommer domstolenes kontrol med forvaltningen svækket. Disse forhold strider mod systemhensyn, som kræver, at forvaltningen som sådan fungerer som et samordnet hele, og at forvaltningen bliver holdt på plads af en ekstern kontrol med dens efterlevelse af lovene m.v.

Polycentri-læren giver imidlertid høj prioritet til visse andre systemhensyn. Således rækker ministerens og dennes ansattes forpligtelser til at efterleve lovforarbejder og Folketingets efterarbejder meget langt (og længere end andre myndigheders forpligtelser i så henseende), hvilket er udtryk for, at i hvert fald ministrene m.v. i udpræget grad er forpligtede til at opfylde de intentioner, som lovgivningsmagtens vigtigste bestanddel – Folketinget – har på et område. Hertil kommer, at Zahles polycentri-lære giver den enkelte kommunalbestyrelse og det enkelte korporative ankeorgan betydelig bevægelsesfrihed⁵⁹ i henseende til at gennemføre de ønsker, som er fremherskende i det enkelte lokalsamfund eller hos den enkelte interesseorganisations medlemmer. Dette må opfattes som udtryk for en demokratisering af forvaltningen, hvilket ovenfor (afsnit 2) er defineret som et systemhensyn.

Det samlede indtryk bliver herefter, at den polycentriske retskildelære (den del af den, der angår de offentligretlige retskilder) indebærer en – formodentlig utilsigtet – nedprioritering af retssikkerheden for den enkelte og samtidig en vis opprioritering af systemhensyn, således at den forskyder balancepunktet i systemhensynenes favør sammenlignet med den – til dels uudtalte – tradition vedrørende opfattelsen af forvaltningsrettens kilder.

5. Opgivelse af forvaltningsrettens enhed

Det er efterhånden en udbredt opfattelse, at hvert forvaltningsretligt lovgivningsområde i en vis forstand har sin egen almindelige forvaltningsret. Der er med andre ord en tendens til at lade forvaltningsretten gå i opløsning som en enhedsstørrelse. Jeg er ofte stødt på opfattelsen i mundtlige diskussioner. Den er imidlertid også kommet til udtryk i skriftlige arbejder.

Den nævnte opfattelse har således sat sig spor på planlægningsområdet. Én af de førende juridiske praktikere og forfattere på dette område er Ole Christiansen, som i en artikel fra 1985 gjorde det – ganske spændende – synspunkt gældende, at planlægningslovgivningen kan siges at have sin egen

59. Demokratisering af forvaltningen kan som ovenfor nævnt stå i modsætning til retssikkerhedsinteresser.

forvaltningsret. Dette kommer ifølge artiklen f.eks. til udtryk ved, at planområdet opererer med et videre partsbegreb end det normale.⁶⁰

Så vidt ses står Ellen Margrethe Basse også til en vis grad for den opfattelse, at det enkelte forvaltningsområde har sin egen almindelige forvaltningsret.⁶¹ I afhandlingen »Miljøankenævnet«, 1987, siges det således: »I »den juridiske verden« er der en opfattelse af, at der er fælles anvendelsesnormer og et fælles indhold i retsgrundsætningerne. Afhandlingen verificerer ikke denne opfattelse«. ⁶² Det hedder i forlængelse heraf, at »specialitetsprincipperne, lighedsprincippet og proportionalitetsprincippet må antages dels at have et indhold, der er bestemt af de virkemidler, der præger det pågældende område, dels at variere i betydning«. ⁶³

For mit eget vedkommende vil jeg gerne anerkende, at der består en lang række forskelle mellem de enkelte forvaltningsretlige lovgivningsområder, som betyder, at den almindelige forvaltningsret må modificeres og kan give sig særlige udslag på hvert enkelt område. Eksempelvis er det klart, at specialitetsprincipper og lighedsgrundsætning⁶⁴ står relativt svagt i forbindelse med fastsættelse af planer m.v., der er brede, helhedsorienterede beslutninger, hvor det netop er meningen, at mange hensyn skal indgå, og at der skal gøres forskel fra det ene areal til det andet, og dermed fra den ene ejendom til den anden. Jeg står imidlertid selv for det synspunkt, at den almindelige forvaltningsret er så meget en enhed, at den kan fastholdes på alle de forskellige lovgivningsområder. Jeg mener således i min afhandling om »Planer og forvaltningsret« at have påvist, at selv på så særegent et felt, som planområdet udgør, er den almindelige forvaltningsrets regler fuldt ud anvendelige. De afvigelser fra den almindelige forvaltningsret, som for en umiddelbar betragtning forekommer på planområdet, er i en vis forstand kun tilsyneladende, idet de netop blot er f.eks. specielle udslag af de almindelige regler som følge af disses anvendelse på den brede, helhedsbetonede og koordinerende beslutningstype, som planer udgør. Der er ingen principielle forskelle.⁶⁵ Jeg finder det i øvrigt positivt, at den generelle forvaltningsret som anført kan fastholdes som en enhed. Denne positive vurdering skal ses på baggrund af, at den generelle forvaltningsrets regler er udviklet over en årrække på grundlag af omhyggelige overvejelser og diskussioner om afvejningen af alle relevante hensyn. Den almindelige forvaltningsret er derfor et gennemarbejdet tanke-

60. Landinspektøren 1985, p. 299.

61. Se også Vikner i Årsberetning for Retsvidenskabeligt Institut B, 1989, p. 167 ff.

62. Jfr. E.M. Basse, Miljøankenævnet, p. 508.

63. A.st.

64. Se herom nedenfor afsnit 12 og 13.

65. Jfr. Karsten Revsbech, Planer og forvaltningsret, 1986, navnlig kap. 15.

gods. Løsninger på de enkelte lovgivningsområder, som præges af almindelige forvaltningsretlige synspunkter, er derfor normalt gennemtænkte løsninger.

Mit ærinde i nærværende sammenhæng er imidlertid et andet. Det skal vurderes, i hvilket omfang ovennævnte tendens til at opgive tanken om den almindelige forvaltningsret som en enhed bygger på, eller dog tilgodeser, retssikkerhedshensyn eller systemhensyn.

Der er efter min vurdering næppe tvivl om, at tendensen svækker retssikkerhedshensynene. Den almindelige forvaltningsret er ikke blot et gennearbejdet tankegods. Den bygger (formentlig fordi dens udspring er i den retsstatslige tradition)⁶⁶ i udpræget grad på, at de offentlige interesser omhyggeligt må afbalanceres i forhold til den enkelte borgers – især adressatens – retssikkerhedsinteresser. Når det enkelte forvaltningsområdes regler fortolkes og udfyldes i lyset af den generelle forvaltningsret, sikres det derfor, at retssikkerhedshensynene står centralt. Den almindelige forvaltningsret danner så at sige normalt en retssikkerhedsmæssig modvægt til de offentlige sektorinteresser, som typisk præger et specielt lovgivningsområde.⁶⁷ Nedtoner man den almindelige forvaltningsret som en enhed ved at lade et område omfatte alene af »dets egen« almindelige forvaltningsret, har man derfor også ofte nedtonet retssikkerhedshensynet. Dette vil normalt ske til fordel for systemhensyn, idet nedprioriteringen af retssikkerhedshensynene medfører, at lovgivningsmagtens direktiver på det enkelte område kan føres ud i deres fulde konsekvens, i og med at man vil forstå det enkelte lovgivningsområde alene på dets egne præmisser.

Til underbygning af ovenstående skal jeg nævne to eksempler. Det ene drejer sig om afgrænsningen af kredsen af klageberettigede efter kommuneplanlovens § 48.⁶⁸ Med udgangspunkt i bl.a. det ovennævnte synspunkt om et særligt og meget bredt partsbegreb inden for planlægningslovgivningens område har der i teori⁶⁹ og praksis dannet sig den opfattelse, at kredsen af klageberettigede må afgrænses meget vidt (i praksis omtrent således, at blot man bor i den pågældende kommune, tillægges man klageret – dog med visse

66. Der er næppe tvivl om, at Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret*, bygger på et retsstatsligt grundlag.

67. Jfr. herved Haagen Jensen i *Forvaltningsret*. Almindelige emner, 2. udg., p. 129 (hvorefter den politiske interesse ved gennemførelsen af de fleste specielle forvaltningslove typisk er knyttet langt mest til til disses materielle indhold).

68. Det bemærkes, at der er gennemført en ny planlægningslov, lov nr. 388 af 6. juni 1991, som ophæver kommuneplanloven med virkning fra 1. januar 1992. Klagebestemmelserne findes i den nye lovs §§ 58-61. I § 58 afgrænses kredsen af klageberettigede som »enhver med retlig interesse i sagens udfald«.

69. Jfr. Bendt Andersen og Ole Christiansen, *Kommuneplanloven med kommentarer*, 3. udg., p. 538 ff.

undtagelser for mindretal i kommunalbestyrelsen). Dette er en retssikkerhedsmæssig belastning for den enkelte adressat, der til stadighed kan komme ud for, at der opstår klagesager og dermed usikkerhed om den tilladelse o.lign., han eller hun har modtaget⁷⁰ og helt eller delvist indrettet sig efter, ligesom der er en øget risiko for, at der vil fremkomme én eller flere klager, som gives opsættende virkning med deraf følgende tab for afgørelsens adressat. Den vide kreds af klageberettigede er til gengæld en fordel ud fra en systemsynsvinkel, idet den forbedrer Miljøministeriets (Planstyrelsens) styringsmuligheder i forhold til førsteinstansen, hvilket normalt giver god sikkerhed for, at denne instans holdes på plads i forhold til lovgivningsmagtens direktiver og intentioner. Derimod giver de mange klager naturligvis nogle ressourcemæssige omkostninger, hvilket kan anses for uheldigt i forhold til mere underordnede systemhensyn. Der er næppe tvivl om, at hvis klageretten i højere grad indrettedes efter den almindelige forvaltningsrets afgrænsning, således at der krævedes en egentlig væsentlig, individuel interesse, ville færre kunne klage, og adressatens risiko for at miste tilladelsen formindskes, hvilket ville styrke hans eller hendes forudseelighedsretssikkerhed (jfr. afsnit 2). Omvendt ville det nævnte systemhensyn (styringshensynet) svækkes.

Et andet eksempel findes hos Ellen Margrethe Basse, der som nævnt – så vidt jeg kan se – også støtter tanken om, at et lovgivningsområde så at sige kan have sin egen almindelige forvaltningsret. Jeg tror, det er denne tanke, som ligger bag Ellen Margrethe Basses – forsigtigt antydede – løsning (i bogen »Erhvervsmiljøret«, 1987) på et vigtigt spørgsmål i forhold til miljøbeskyttelseslovens regler, nemlig om en adressat efterfølgende kan opgive en tidligere opnået frivillig godkendelse efter lovens § 37,⁷¹ hvis adressaten finder de til godkendelsen knyttede vilkår for strenge. Besvarer man spørgsmålet ud fra en konsekvent anvendelse af almindelige forvaltningsretlige regler, er svaret benægtende, idet en adressat selv har adgang til at tage stilling til, om han eller hun ønsker at udnytte en begunstigende afgørelse, hvortil der er knyttet bebyrdende bestemmelser.⁷² Denne regel er båret af hensyn til adressatens retssikkerhedsinteresser: Han eller hun skal ikke »fanges« ved at bevæge sig ind i en frivillig godkendelse, hvis resultat ikke har kunnet forudberegnes. Ellen Margrethe Basse antyder imidlertid, at svaret må være, at adressaten ikke kan opgive en sådan frivillig godkendelse. Dette indebærer

70. Risikoen var større under kommuneplanloven end under den nye planlægningslov, idet der i sidstnævntes § 60, stk. 1, er fastsat en klagefrist på 4 uger.

71. Miljøbeskyttelsesloven blev pr. 1. januar 1992 erstattet af en ny miljøbeskyttelseslov, jfr. lov nr. 358 af 6. juni 1991. Reglerne om frivillig godkendelse findes i den nye lovs § 38.

72. Jfr. E.M. Basse, *Erhvervsmiljøret*, p. 212.

altså en lavere prioritet til adressatens retssikkerhed end den almindelige forvaltningsret ville føre til. Den antydede løsning er valgt ud fra klare systemhensyn. Det er uden tvivl den generelle interesse i størst mulig forureningsbekæmpelse, som har været lovgivningsmagtens intention med miljøbeskyttelsesloven, der er bærende for løsningen. Hertil kommer en offentlig styringsinteresse og det forhold, at behandlingen af ansøgningen om frivillig miljøgodkendelse har været ressourcekrævende.⁷³

Sammenfattende indebærer tendensen til helt eller delvist at opgive den almindelige forvaltningsret som en enhed formentlig typisk en nedprioritering af retssikkerhedshensyn, mens systemhensyn omvendt opprioriteres.

6. Retliggørelse af faktisk forvaltningsvirksomhed og serviceniveau

6.1. Faktisk forvaltningsvirksomhed

I forvaltningsretten har der traditionelt været skelnet mellem retlig og faktisk forvaltningsvirksomhed. Den retlige virksomhed går ud på at fastsætte, hvad der skal være ret i ét eller flere aktuelt eller potentielt foreliggende tilfælde. Dette sker typisk ved udstedelse af konkrete forvaltningsakter, men kan også tage form af fastsættelse af anordninger, planer og andre retsaktstyper. Faktisk forvaltningsvirksomhed er vanskeligere at definere. Den har karakter af en residualkategori, der omfatter den mangfoldighed af forvaltningsvirksomhed, som ikke er af (overvejende) retlig karakter.⁷⁴ Typiske eksempler er pasning af børn i daginstitution, undervisningsvirksomhed i skolen og operationer på hospitaler.

I praksis er udviklingen gået i retning af en retliggørelse af områder og elementer i det, der hidtil har været betegnet som faktisk forvaltningsvirksomhed,⁷⁵ idet de pågældende områder m.v. i stigende grad er blevet

73. Jfr. a.st., p. 212 f. Se også E.M. Basse, Miljøankenævnet, p. 325 ff.

74. Jfr. Gammeltoft-Hansen i Juridisk Grundbog 4, p. 29 f. Se også Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 64, og samme Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation, p. 55, der giver udtryk for, at det ikke i alle relationer er hensigtsmæssigt at opfatte faktiske handlinger som en residualkategori.

75. I Suum Cuique, Retsvidenskabelige afhandlinger, Københavns Universitet, 1991, p. 259, gør Gammeltoft-Hansen opmærksom på, at det er et ofte forekommende træk – som også påvirker dansk forvaltningsret – ved de senere års internationale samarbejde omkring retlige spørgsmål, at retssikkerhedssynspunkter søges udstrakt fra traditionelt retsgarantitunge områder som strafferetsplejen til en række andre offentligt regulerede områder, herunder også administrationen af serviceydelser. (Faktisk forvaltningsvirksomhed er normalt dominerende i forbindelse med serviceydelser).

underlagt retlig regulering.⁷⁶ Som to tilfældigt valgte eksempler kan nævnes lovgivningen om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien⁷⁷ og offentlighedslovens § 9 om indsigt i sygehusjournaler.

I den forvaltningsretlige teori her i landet har faktisk forvaltningsvirksomhed traditionelt ikke spillet nogen særlig fremtrædende rolle.⁷⁸ Dette er imidlertid ændret lidt i de senere år. I den del af teorien, der beskæftiger sig med faktisk forvaltningsvirksomhed, kan der – ligesom det som nævnt er tilfældet for så vidt angår praksis – spores en vis tendens til retliggørelse af denne del af forvaltningsvirksomheden. Et vigtigt eksempel er her Kirsten Ketschers forholdsvis nye afhandling om »Børnepasning i retlig belysning«, 1990. Der er naturligvis på det offentlige børnepasningsområde en række spørgsmål, som hører under den traditionelle retlige forvaltningsvirksomhed. Det gælder eksempelvis spørgsmål om optagelse og opsigelse af børn i institutioner. Den største del af området præges imidlertid af faktisk forvaltningsvirksomhed. Ketscher påpeger – til dels på et retspolitisk grundlag – at det (inden for børnepasningen) er uheldigt kun at betragte den faktiske forvaltningsvirksomhed ud fra en synsvinkel, hvor de retlige overvejelser ikke strækker sig længere end til rent styringsmæssige betragtninger. Der er et behov for at indskrænke feltet for faktisk forvaltningsvirksomhed således, at en række beslutninger under et institutionsophold kan blive gjort til afgørelser af retlig karakter med den konsekvens, at de f.eks. falder ind under forvaltningsloven. Hertil kommer, at de beslutninger, der stadig er tilbage i kategorien faktisk forvaltningsvirksomhed, ikke bør være hævet over retlig bedømmelse og vurdering af, dels om behandlingen (af børnene) opfylder lovgivningens krav og dels, om der er tale om en rimelig og forsvarlig behandling.⁷⁹ I nær sammenhæng hermed peger Ketscher på, at gode grunde taler for at gennemføre en tættere retlig regulering af børnepasningens indhold.⁸⁰

Der ligger i et begrænset omfang et systemhensyn bag disse overvejelser hos Ketscher, idet de bl.a. tilsigter at give det offentlige større viden om og kontrol med, hvorledes de offentlige ressourcer på børnepasningens område anvendes.⁸¹ Men der er ikke tvivl om, at der først og fremmest er tale om en

76. Jfr. Gammeltoft-Hansen, i Juridisk Grundbog 4, p. 29 f.

77. Lov nr. 331 af 24. maj 1989.

78. I Norge synes interessen for dette forvaltningsområde at være større, se således Eivind Smith, Retssikkerhet ved offentlig tjenesteyting, 1984, Asbjørn Kjønsstad, Helserett, 1987, og Erik Boe i E.M. Basse (red.), Regulering og styring (I), p. 202 med henvisninger.

79. Jfr. K. Ketscher, Offentlig børnepasning i retlig belysning, p. 376 f.

80. Jfr. a.st., p. 340 f.

81. Jfr. a.st.

opprioritering af retssikkerhedshensyn. Det er ikke tilstrækkeligt, at den faktiske forvaltningsvirksomhed på området kun anskues retligt ud fra en styringssynsvinkel. Der må gives forældre og børn en stærkere retsbeskyttelse i forhold til de beslutninger, som træffes i forbindelse med det offentliges pasning af det enkelte barn.

Også andre forfattere har beskæftiget sig med faktisk forvaltningsvirksomhed ud fra en mere generel synsvinkel. Det gælder således Bent Christensen, der i bogen »Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation«, 1987, har nogle kortfattede, men dog principielle overvejelser om forvaltningens faktiske handlinger. Kirsten Ketscher har i sin ovennævnte afhandling givet udtryk for, at Christensen i den omtalte bog kun interesserer sig for faktiske handlinger ud fra en styringssynsvinkel,⁸² hvilket vistnok skal forstås sådan, at Ketscher mener, at de retlige krav, Christensen vil stille til faktisk forvaltningsvirksomhed, kun tager sigte på at sikre lovgivningsmagten og den overordnede forvaltningsmyndigheds indflydelse på den underordnede myndigheds udførelse af faktiske handlinger, mens den enkelte borgers rettigheder i relation til de beslutninger, der træffes som led i den faktiske forvaltningsvirksomhed, ikke har Christensens bevågenhed. Hvis denne opfattelse er korrekt, er det klart, at Christensen har givet meget høj prioritet til systemhensyn i sine overvejelser om retlig regulering af faktisk forvaltningsvirksomhed.

Imidlertid giver Ketschers bemærkninger næppe et helt rigtigt billede af Bent Christensens synspunkt. De retlige spørgsmål, Christensen tager op vedrørende forvaltningens faktiske handlinger, drejer sig navnlig om den fornødne lovgivningsmæssige bemyndigelse til at udføre disse.⁸³ Det er korrekt, at de pågældende spørgsmål anskues under en form for styringsmæssig (og dermed systempræget) synsvinkel. Men det skal bl.a. ses på baggrund af, at den pågældende bog om »Forvaltningens opgaver og organisation« efter sit emne er styringsorienteret, idet den handler om myndighedssystemet og ikke om forholdet mellem myndighed og borger. Hertil kan føjes, at bogen ikke helt overser de retssikkerhedsmæssige sider af spørgsmålet om behovet for lovgivningsmagtens bemyndigelse (hjemmelskravet) i forbindelse med faktiske handlinger, idet det overvejes, hvilken bemyndigelse, der kræves, hvor handlingerne har karakter af tvang eller sanktion.⁸⁴ Selv om Christensen således i sine kortfattede overvejelser om faktiske handlinger ikke synes særligt vidtgående i retlige krav til disse, er det på ovenstående baggrund ikke

82. Jfr. a.st., p. 376.

83. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation, p. 71 f.

84. Jfr. a.st., p. 72 f.

muligt at vurdere, om dette reelt er udtryk for en relativt lav prioritering af retssikkerhedshensyn til fordel for systemhensyn.⁸⁵

6.2. Minimumskrav til serviceniveau

En problemstilling, som ligger i forlængelse af og delvis overlapper spørgsmålet om regulering af faktisk forvaltningsvirksomhed – men som også har et videre indhold⁸⁶ – drejer sig om, hvorvidt der ulovbestemt kan stilles minimumskrav til det offentliges serviceniveau.

Også her har Kirsten Ketscher nogle synspunkter i afhandlingen »Offentlig børnepasning i retlig belysning«.⁸⁷ Det er allerede nævnt, at Ketscher mener, at de faktiske handlinger kunne undergives retlig bedømmelse af, om der er tale om en rimelig og forsvarlig behandling.⁸⁸ I anden sammenhæng nævnes, at der for serviceniveauet vedrørende daginstitutionernes åbningstid og pædagogiske arbejde må kunne opstilles et minimum, hvorunder servicen ikke kan lægges. Det påpeges dog, at det er vanskeligt at sætte præcise retlige grænser. Disse må fastlægges efter en fortolkning af servicens formål. For det pædagogiske serviceniveaus vedkommende må der således anlægges en pædagogisk forsvarlighedsstandard, idet det må antages, at ved personalenedskæringer under et vist niveau kan institutionen ikke opfylde sit pædagogiske formål. Der gøres i den forbindelse opmærksom på, at serviceniveauet i de kommunale institutioner for tiden ikke er så lavt, at det nærmer sig den retlige undergrænse.⁸⁹

Ud over de ulovbestemte minimumskrav til servicen er det i socialretten et vigtigt spørgsmål, om der i den meget vage og elastiske bestemmelse i bistandslovens § 69, hvorefter kommunalbestyrelsen skal sørge for, at der er det nødvendige antal pladser på daginstitutioner for børn og unge, kan indlægges visse minimumskrav. Dette spørgsmål besvarer Ketscher bekræftende med udgangspunkt i dommen U 1980.970 Ø. Ketscher er dog her ikke særligt vidtgående, idet hun må forstås således, at hun i det væsentlige accepterer, at der på baggrund af den nævnte dom ikke kan støttes individuel

85. Det skal nævnes, at også Henrik Zahle – ligesom Ketscher – synes utilbøjelig til at sætte et skarpt skel mellem afgørelser og faktisk forvaltningsvirksomhed (driftsvirksomhed), jfr. Zahle, Dansk forfatningsret 2, 1989, p. 32.

86. Det offentliges service er ikke kun et spørgsmål om faktisk forvaltningsvirksomhed, men også et spørgsmål om f.eks. bevilling af økonomiske ydelser, som sker ved forvaltningsakt.

87. Se også Erik Boe i E.M. Basse (red.), Regulering og styring (I), p. 198, om minimumskrav til serviceniveau.

88. Jfr. K. Ketscher, Offentlig børnepasning i retlig belysning, p. 376.

89. Jfr. a.st., p. 352 f.

ret på bistandslovens § 69.⁹⁰ På den anden side understreger hun, at dommen må forstås sådan, at den anerkender, at kommunen ifølge § 69 har en retlig forpligtelse til et vist kollektivt udbud, og at borgernes efterspørgsel påvirker omfanget af denne forpligtelse. Ifølge Ketscher er § 69 ikke blot en uforpligtende programudtalelse. En kommunalbestyrelses forpligtelse på daginstitutionsområdet er således underlagt en retlig vurdering ved siden af den politiske vurdering, vælgerne udøver ved kommunalvalgene hvert 4. år. Den retlige kontrol med omfanget af denne sociale service kan imidlertid ikke ske gennem individuelle klagesager, men må ske gennem det almindelige kommunaltilsyn eller gennem de øverste sociale myndigheders sektortilsyn.⁹¹

Spørgsmålet om mindstekrav til den offentlige service har ikke kun været diskuteret med sigte på det sociale område, men også vedrørende lægebehandling på sygehuse. Udgangspunktet er her dommen U 1985.368 H. Denne sag drejede sig om en patient, som i 1976 gennemgik en operation på Odder Sygehus under fuld bedøvelse. Opvågningen foregik på en normal sygestue uden konstant overvågning, men dog med et tilsyn med visse intervaller. Kort efter opvågningen blev patienten fundet bevidstløs, i hvilken tilstand hun forblev, indtil hun døde ca. 6 år senere. Højesteret tilkendte ikke patienten (v. dennes ægtefælle) erstatning, idet der ikke fandtes at være begået lægefejl, og idet der ikke var holdepunkter for, at sygehusets indretning eller organisering var uforsvarlig.

I en kommentar til dommen i UfR 1985 B. 248, anfører højesteretsdommer Niels Pontoppidan, at sagen rejste et generelt problem, nemlig spørgsmålet om det offentliges ansvar for offentlige institutioners serviceniveau. Pontoppidan anfører i den forbindelse, »at Højesteret ... ikke fandt, at der var begået lægelige fejl, som kunne begrunde et ansvar ... Et ansvar for sygehuset måtte under disse omstændigheder forudsætte, at man ville holde sygehuset ansvarligt, fordi de behandlingsmuligheder, som var til rådighed, var utilstrækkelige. Man måtte med andre ord fordr, at Odder Sygehus havde et serviceniveau, der indebar, at alle nyopererede patienter enten blev undergivet konstant overvågning på den sygestue, hvor de blev anbragt efter operationen, eller at sygehuset – som det er tilfældet på større sygehuse – rådede over en særlig overvågningsstue, hvor nyopererede patienter blev anbragt. Det ... ville kræve ansættelse af yderligere personale ... Hvis man ville pålægge sygehuset ansvar på dette grundlag, ville det betyde, at et sygehus risikerede at ifalde erstatningsansvar, hvis man ikke er i stand til at give patienterne den optimale behandling eller i hvert fald noget, der stærkt nærmer sig den optimale

90. Jfr. Zahle i UfR 1991 B. 30.

91. Jfr. K. Ketscher, Offentlig børnepasning i retlig belysning, p. 129 ff. (især p. 131 ff.).

behandling ... Hvilke ressourcer, der skal stilles til rådighed for sygehusvæsenet, er ikke et juridisk, men et politisk-økonomisk spørgsmål«.

Lars Adam Rehof har forholdt sig kritisk til dommen og til den tilhørende kommentar.⁹² Rehof udtrykker forståelse for, at domstolene ikke ønsker at overtage den samfundsøkonomiske prioriteringsopgave, som retteligt burde varetages af personer med et politisk mandat, men som disse ikke altid løser. Men Rehof påpeger også, at dommen med tilhørende kommentar har nogle uheldige konsekvenser. Når der kun kan blive tale om et erstatningsansvar, hvis der er handlet lægeligt uforsvarligt (dvs. efter en culpastandard), er domstolene afskåret fra at tage kritisk stilling til skader, der mere eller mindre direkte er en følge af et politisk bestemt serviceniveau.⁹³ Endvidere finder Rehof, at der mangler klare kriterier for, hvornår der på den ene side kan siges at foreligge en ressourcebetinget skade (som derfor ikke er en fejlbehandling og dermed heller ikke medfører erstatningsansvar) og på den anden side en fejlbehandling, som overvejende er forårsaget af faglige fejl, eller eventuelle bygningsmæssige eller organisatoriske mangler.⁹⁴ Endelig nævner Rehof, at Højesterets dom har den konsekvens, at retten i realiteten har accepteret, at der i forskellige dele af landet (forskellige amtskommuner m.v.) kan opstå indbyrdes afvigende serviceniveauer (behandlinger) ved den samme type lidelse.⁹⁵ Sammenfattende må Rehofs bemærkninger ses som udtryk for en retspolitisk opfattelse, der går ud på, at domstolene burde tilkende erstatning, hvis der på sygehusene sker en fejlbehandling som følge af et forholdsvis lavt, politisk bestemt serviceniveau – også selv om der ikke i snæver forstand er handlet lægeligt uforsvarligt.

Rehofs synspunkt er – i hvert fald indirekte – blevet imødegået af Bent Christensen i en artikel i Ugeskrift for Retsvæsen om »Domstolene og lovgivningsmagten«. Christensen »foretrækker, at afgørelser, der indebærer bare nogenlunde grundlæggende interesseafvejninger i samfundet, træffes af politikere snarere end af dommere«.⁹⁶

Det er lidt vanskeligt at placere Rehofs og Ketschers synspunkter om minimumskrav til det offentlige serviceniveau i forhold til systemhensyn og retssikkerhed. Det skyldes bl.a., at begrebet retssikkerhed ikke passer så godt til overvejelser om niveauet for velfærdsstatens ydelser. Således som Rehof og

92. UfR 1986 B. 139 ff.

93. Jfr. a.st., p. 142 (1. sp.).

94. Jfr. a.st., p. 143 (1. sp.).

95. Jfr. a.st., p. 144 (1. sp.).

96. UfR 1990 B. 82 f.

Ketscher har behandlet spørgsmålet om minimumsservice, er der dog retssikkerhedselementer i deres overvejelser.

Rehof må forstås sådan, at han – retspolitisk – gerne ser, at domstolene på et ulovbestemt grundlag skærper de retlige krav til sygehusenes minimumsstandard. Disse højere krav skal ikke blot være en ren offentligretlig forpligtelse for sygehuskommunerne, men skal også have karakter af individuelle rettigheder, idet den enkelte patient, som lider skade ved tilsidesættelse af de højere minimumskrav, skal kunne kræve erstatning. Der er altså tale om, at Rehof vil forbedre den enkeltes minimumsrettigheder i forbindelse med sygdomsbehandling. Dette kan også formuleres således, at Rehof vil opstille en grundlæggende minimumsrettighed (eller menneskerettighed – om man vil) for den enkelte, der kan betegnes som en ret til sikker sygdomsbehandling, som ligger på niveau med behandlingen andre steder i landet. Denne rettighed sanktioneres med et klassisk retsbeskyttelsesmiddel: erstatning.⁹⁷ På den baggrund må Rehofs synspunkt nærmest opfattes som udtryk for en opprioritering af retssikkerhedshensyn (materiel retssikkerhed – jfr. afsnit 2 ovenfor) eller dog hensyn, der er nært beslægtede hermed. Samtidig nedprioriteres systemhensyn (her demokrati- og decentraliseringssynspunkter),⁹⁸ idet den enkelte sygehuskommunes frihed til at prioritere sygehusstandarden efter den lokale (regionale) befolknings ønsker indskrænkes, ligesom de offentlige udgifter til sygehuse vil stige.

Særlig vanskeligt er det at klassificere Ketschers synspunkt om visse retlige minimumskrav til den offentlige service på børnepasningsområdet. Det hænger sammen med, at Ketscher er tilbageholdende med at formulere minimumskravene som individuelle rettigheder, der kan påberåbes af den enkelte borger. De nævnte krav kan ikke fuldt ud placeres på skalaen systemhensyn – retssikkerhed, men synes nærmest at måtte fremstå som en rent offentligretlig forpligtelse for myndighederne til at stille visse velfærdsydelser til rådighed.

Hvis man alligevel skal overveje, hvor Ketschers opfattelse nærmest er placeret i forhold til den nævnte skala, kan der siges følgende:⁹⁹ Hele synsvinklen hos Ketscher er, om myndighederne lever op til de krav, der ud fra lovgivningen eller på andet grundlag kan stilles, således at den enkelte borger får de ydelser, som han eller hun retteligt bør have, f.eks. en daginstitutionsplads til et barn og en vis vid åbningstid i daginstitutionen. Selv om Ketschers overvejelser i visse henseender nærmer sig en systemorienteret

97. Det skal nævnes, at Zahle i UfR 1991 B. 30 gør opmærksom på, at individuelle rettigheder og erstatning efter hans opfattelse ikke nødvendigvis er forbundne.

98. Se fastlæggelsen af begrebet systemhensyn i afsnit 2 ovenfor.

99. Se i øvrigt Zahles overvejelser i UfR 1991 B. 30 f. om individuelle velfærdsrettigheder.

tankegang om realisering af lovgivningsmagtens direktiver og intentioner, er det rigtigste derfor at opfatte hendes undersøgelse som *indirekte retssikkerhedsorienteret*, idet hendes ærinde navnlig er at sikre den enkelte et vist minimum af ydelser. Disse minimumskrav kan den enkelte borger disponere efter og søge at fastholde sin kommune på gennem henvendelser til tilsynsmyndighederne.

Det er ligeledes vanskeligt at vurdere, om Ketscher nedprioriterer systemhensyn som f.eks. hensynet til lokalt (regionalt) selvstyre. Det er klart, at hun med sine minimumskrav til den sociale service på børnepasningsområdet låser kommunen fast, hvad der er uheldigt fra et systemsynspunkt, men de minimumskrav, hun stiller, afviger på den anden side ikke radikalt fra de mindstekrav, som det er alment accepteret, at kommunen skal leve op til, hvorfor denne principielle fastlåsning næppe reelt er til ulempe for systemet.

Det samlede indtryk bliver herefter, at de ytringer, der i den forvaltningsretligt orienterede teori findes om minimumskrav til den offentlige service, med nogen vanskelighed kan ses som udtryk for en vis opprioritering af retssikkerhedshensyn på bekostning af systemhensyn.

7. Organisation og styring

Forvaltningens organisation og styring har påkaldt sig en stigende teoretisk interesse i de senere år i takt med den betydelige udvidelse af den offentlige sektor.

Når man behandler spørgsmål om organisation og styring, beskæftiger man sig med systemet. Det er derfor indlysende, at systemhensyn altid vil være klart dominerende i fremstillinger om dette spørgsmål. Der er imidlertid også plads til visse retssikkerhedshensyn, idet organisationen eller styringen kan have konsekvenser for eller være opbygget omkring overvejelser om den enkelte fysiske eller juridiske persons retsbeskyttelse. Hvorledes balancepunktet mellem systemhensyn og retssikkerhed er i en fremstilling om forvaltningens organisation og styring er derfor et spørgsmål om, hvilket blik fremstillingen har for disse retsbeskyttelsesaspekter.

Ud fra dette kriterium kan Lis Sejrs fremstilling i »Forvaltningsret. Almindelige emner«, kap. 1, med en vis forsigtighed opfattes som relativt retssikkerhedsorienteret. Den præges naturligvis af systembetragtninger i og med, at dens emne er forvaltningens organisation (og styring), men der redegøres jævnligt for, hvorledes det enkelte organisatoriske eller styringsmæssige fænomen forholder sig til retssikkerhedssynspunkter. Eksempelvis påpeges, at tilsyn med andre myndigheder normalt ikke tager sigte på

retsbeskyttelse af borgerne,¹⁰⁰ ligesom der gøres en del ud af, at oprettelsen af navn ofte skal tilgodese retssikkerhedshensyn.¹⁰¹ I relation til de særlige forvaltningsorganer påpeger Lis Sejr, at disse på trods af den selvstændige stilling som udgangspunkt er omfattet af almindelige forvaltningsretlige regler, herunder regler i forvaltningsloven og offentlighedsloven, hvoraf navnlig den første lov har til formål at sikre berørte borgeres retsbeskyttelse. Tilsvarende nævnes, at de særlige forvaltningsorganers virksomhed i hvert fald delvist er omfattet af Folketingets Ombudsmands kontrol.¹⁰² Det overvejes endvidere, om de almindelige forvaltningsretlige regler¹⁰³ finder anvendelse, når private personer eller sammenslutninger har fået overladt at udføre opgaver, som påhviler det offentlige, og når selvejende institutioner udfører opgaver svarende til offentlige institutioners opgaver. Det fremgår, at svaret meget langt er bekræftende, selv om der også peges på nogle undtagelser.¹⁰⁴

En af de forfattere, som har beskæftiget sig mest med forvaltningens organisation og styring, er Bent Christensen, der har skrevet flere bøger om emnet, der alle i større eller mindre omfang har været forløbere for bogen »Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation« (1987). Denne bog er nu i en revideret udgave indarbejdet i det større værk »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation« (1991),¹⁰⁵ der må betragtes som den vigtigste fremstilling på området.

De to nævnte værker af Bent Christensen er i alt væsentligt systemorienterede. I modsætning til f.eks. Lis Sejrs netop omtalte lærebogskapitel er blikket ikke rettet mod de retssikkerhedsmæssige konsekvenser af eller overvejelser bag forvaltningens indretning. Christensen behandler ligesom Lis Sejr bl.a. organer på grænsen mellem den private sektor og den offentlige forvaltning, men i 1. udgaven (1987) spørges der hverken direkte eller indirekte til de retssikkerhedsmæssige konsekvenser af at overlade forvaltningsopgaver til sådanne organer. Det nævnes kun ganske kort, at de pågældende organer har givet anledning til retlige overvejelser i forbindelse med ombudsmandslovens, offentlighedslovens og forvaltningslovens gældeområder.¹⁰⁶ I 2. udgaven (1991) er dette delvist ændret, idet der i bogen er indsat et afsnit om, i hvilket omfang den almindelige forvaltningsrets regler og retsgrundsætninger gælder

100. Jfr. Lis Sejr i *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 2. udg., p. 83.

101. Jfr. a.st., p. 38.

102. Jfr. a.st., p. 59 f.

103. Herunder især de regler, som overvejende tjener til borgernes retsbeskyttelse.

104. Jfr. Lis Sejr i *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 2. udg., p. 63 ff.

105. Sidstnævnte bog er anmeldt af Jørgen Mathiassen i *Juristen* 1992, p. 140 ff.

106. Jfr. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation*, p. 112.

for organer i grænseområdet.¹⁰⁷ Bent Christensens synsvinkel er imidlertid stadig helt overvejende systemintern. Vedrørende organisationen er problemstillingen, hvilke myndigheder der findes, og hvilket personel der er knyttet til dem, samt hvem der udøver organisationsmagt og hvordan. Inden for dette systeminterne perspektiv er Christensen dog ikke blind for visse retssikkerhedsorienterede spørgsmål. Således gøres en del ud af den begrænsning af organisationsmagten, som består i tjenestemændenes beskyttelse mod ændringer i deres stillinger.¹⁰⁸

For så vidt angår spørgsmål om styring¹⁰⁹ er Bent Christensens fremstilling ligeledes klart systemorienteret. Det ligger i selve emnets natur, at det må den være. Men på de punkter, hvor det inden for de systeminterne overvejelser kunne være relevant med retssikkerhedsbetonede overvejelser, er disse skudt i baggrunden. Det kommer navnlig frem ved behandlingen af spørgsmålet om, i hvilket omfang adressaten for en tjenestebefaling er forpligtet til at efterkomme denne. Bent Christensen forholder sig her til Poul Andersens klassiske regel om lydighedspligt. Den formel, som reglen indeholder, fremstilles af Christensen således: »Først bør man finde ud af, hvilke interesser der ligger bag den retsregel, som styringen er i strid med. Er retsreglen givet i den styredes interesse, kan den styrede ignorere den efter hans mening ulovlige tjenestebefaling uden senere at risikere at rammes af en sanktion for ikke at have rettet sig efter styringen. Det samme gælder, hvor det ganske vist er andre interesser, der ligger bag den overtrådte retsregel, men hvor retsstridigheden er klar. Er der tvivl om retsstridigheden, skal tjenestebefalingen derimod respekteres; og er det ikke sket, kan adressaten rammes af sanktioner, selv om det viser sig, at prøvelsesinstansen finder styringen ulovlig«.¹¹⁰

Christensen finder, at Poul Andersens regel har den fordel, at den er rimelig klar. Christensen mener endvidere, at reglen er et brugbart udgangspunkt, men at den trænger til en nuancering. En sådan nuancering kunne i princippet tage sigte på at tilgodese retssikkerhedshensyn, idet reglen nok er klar, men den stiller den offentligt ansatte i en situation, der i visse tilfælde kan være

107. Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 110 ff.

108. Jfr. a.st., p. 330 ff., og Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation, p. 154 ff. Det tilføjes dog a.st., at organisationsmagten – hvis den er villig til at betale de deraf følgende pensionsudgifter – kan omfordele opgaverne.

109. Begrebet styring defineres a.st., henholdsvis p. 344 og p. 164.

110. A.st., p. 380, henholdsvis p. 198.

vanskelig i den praktiske hverdag.¹¹¹ Det er imidlertid ikke dette, Christensen vil rette op på. Christensens nuancering er båret af systemhensyn, navnlig hensynet til en sikker styring internt i forvaltningen. Nuanceringen består i, at den underordnedes adgang til selv at tage stilling til tjenestebefalingers lovlighed må begrænses mere end ellers, hvis der er tale om et område, hvor der er et betydeligt behov for et målrettet samvirke i den pågældende forvaltningsgren m.v. Det gælder f.eks. for brandvæsenet under en brand, på en operationsstue under en operation og i et departement under forberedelsen af en i situationen politisk væsentlig afgørelse. Samtidig bør der ikke altid være adgang til at nægte efterkommelse af tjenestebefalinger påført i strid med hensyn, der skal tilgodeses den ansatte, f.eks. tjenestetidsregler eller aftalte normer for den ansattes indsats. Man kunne eventuelt hævde, at Christensens nuancering nok er båret af systemhensyn (hensynet til sikker styring), men at den reelt er til fordel for den enkelte ansattes retssikkerhed, idet den ansatte nu i højere grad end hidtil kan gå ud fra, at han eller hun har handlet korrekt ved at efterkomme en ordre. Den ansatte kan så at sige »gemme sig« bag tjenestebefalingen. Det er imidlertid ikke tilfældet, idet Christensen modificerende anfører: »Ved bedømmelsen af kravene til klarhed i ulovligheden, må man være opmærksom på, at den gamle embedsmandsforvaltnings juristdominans er væk. Man kan ikke længere gå ud fra, at den styrende bedst kan bedømme styringens lovlighed«.¹¹² Det er ikke helt klart, hvad der sigtes til med denne bemærkning, men antagelig skal den forstås sådan, at i de tilfælde, hvor der ikke er et behov for et særligt målrettet samvirke i forvaltningen, skal den ansatte ikke kunne »gemme sig« bag ordren, men skal undlade at efterleve den, hvis den er ulovlig, også selv om denne ulovlighed ikke er åbenbar. Dette er formentlig båret af det systemhensyn,¹¹³ som består i, at lovgivningsmagtens direktiver og intentioner i videst muligt omfang skal gennemføres. Men

111. Det bemærkes dog, at der sjældent har været retssager eller lignende om rækkevidden af den enkeltes lydighedspligt. Men den aktuelle »Tamil-sag« viser, at problemer kan opstå.

112. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation*, p. 199, og *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*, p. 381.

113. I sit responsum om offentligt ansattes ytringsfrihed, *Juristen* 1980, pp. 85-120, lægger Bent Christensen afgørende vægt på tre til dels modstående systemorienterede hensyn: Hensynet til den offentlige debat, hensynet til den politiske beslutningsproces og hensynet til styrelsens eller institutionens beslutningsproces. I sit responsum om samme emne tilslutter Nordskov Nielsen sig, at en afvejning af disse hensyn er væsentlig for fastlæggelsen af offentligt ansattes ytringsfrihed, men tilføjer (p. 13), at ytringsfrihed ikke alene er et bidrag til nogle samfundsmæssige funktioner, men også er en menneskeret (en ret for det enkelte individs egen skyld), jfr. *DJØF-bladet*, 1987, nr. 22.

det gør ikke den ansattes situation nemmere, og må siges at svække hans eller hendes retssikkerhed.

Bent Christensen opererer i de her omtalte bøger, »Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation« (1987) og »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation« (1991), med visse begrænsninger i statens adgang til styring af kommunerne. Først og fremmest den, at der som udgangspunkt kræves lovhjemmel for, at statslige myndigheder kan anvende styringsmidler i forhold til kommunalforvaltningen.¹¹⁴ Disse begrænsninger kunne godt i en vis forstand bygge på retssikkerhedshensyn. Det er ikke helt unaturligt at anvende retssikkerhedsbetragtninger ved styringsmæssige indgreb over for kommunerne, navnlig hvis der sigtes til kommunernes fællesskabsforvaltning.¹¹⁵ Det skyldes, at kommunen er et selvstændigt retssubjekt, der har karakter af en (tvungen) forening af borgere inden for et bestemt geografisk område, der står sammen med henblik på varetagelse af visse fælles interesser.¹¹⁶ Selv om jeg ikke direkte kan dokumentere det med citater o.lign., er det imidlertid næppe sådanne hensyn, der ligger bag Christensens accept af et hjemmelskrav. Hele synsvinklen i bogens afsnit om styring er bevidst angivet som den styrendes og ikke den styredes,¹¹⁷ hvilket taler imod retssikkerhedsbetragtninger. Jeg er derfor tilbøjelig til at mene, at det er systemhensyn, som bærer hjemmelskravet. Der tænkes her på nogle hensyn, som Christensen anfører indledningsvis i bogens afsnit om styring, nemlig at for megen og for stram styring kan true værdier som lokalt selvstyre, nærdemokrati og medbestemmelse, ligesom forvaltningens varetagelse af sine opgaver kan blive langsom og stiv (nedsætte effektiviteten i snæver forstand).¹¹⁸ Jeg ser en bekræftelse af, at det er systemhensyn, som bærer Christensens tankegang, i det forhold, at kravet om (udtrykkelig) lovhjemmel ifølge Christensen kan fraviges lige netop dér, hvor det overordnede systemhensyn – forvaltningens realisering af lovgivningsmagtens direktiver og intentioner – er truet. Christensen accepterer derfor – om end under en vis tvivl – eksistensen af et ulovbestemt centraladministrativt »overtilsyn«, som giver sig udslag i, at centraladministrationen har ret og pligt til at konstatere ulovligheder i kommunalforvaltningen og til at reagere herpå, f.eks. ved henvendelse til det almindelige

114. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation, p. 182 ff., og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 362 ff.

115. Jfr. Karsten Revsbech, Planer og forvaltningsret, p. 141, og Erik Harder, Dansk kommunalforvaltning II. Opgaver, 2. udg., 1987, p. 12.

116. Se Karsten Revsbech, a.st., p. 90 ff. og 128 ff.

117. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation, p. 164, og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 344.

118. Jfr. a.st., p. 163, henholdsvis p. 343.

kommunaltilsyn, Folketingets Ombudsmand eller ved søgsmål ved domstolene.¹¹⁹ Denne accept af tanken om et »overtilsyn« er nu modificeret i den nye bog »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation«, 1991, men dog således at muligheden for eksistensen af et sådant tilsyn stadig holdes åben.¹²⁰

Som et sidste arbejde, der vedrører styringsspørgsmål, skal jeg nævne min egen afhandling om »Planer og forvaltningsret«, 1986. Planer er såvel et reguleringsmiddel i forhold til borgerne (det gælder f.eks. for lokalplaner) som et styringsmiddel i forvaltningen (f.eks. landsplandirektiver¹²¹ og regionplaner). Det er indlysende, at de dele af afhandlingen, som angår plantyper, der har karakter af styringsmidler, naturligvis i høj grad må baseres på systemovervejelser og systemhensyn. Hvor Bent Christensen i de ovennævnte bøger om »Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation« (1987) og »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation« (1991) har valgt at anskue styringsproblemerne ud fra den styrendes synsvinkel, mener jeg imidlertid, at jeg selv i lidt højere grad har valgt den styredes synsvinkel.¹²² Da dette ofte er kommunen^{122a} (og kommunalbestyrelsen), er det formentlig berettiget at sige, at der her er en nuance i balancen mellem systemhensyn og retssikkerhedshensyn, som prioriterer sidstnævnte en anelse højere, end det er tilfældet i Bent Christensens to foran nævnte bøger. Systemhensyn indgår dog overalt med betydelig vægt. Således er det systemhensyn, der ligger bag min tanke om, at hjemmelskravet ved indgreb over for kommuner er lidt lempeligere end ved indgreb over for borgerne. Begrundelsen er her, at kommunen som en del af den offentlige forvaltning i højere grad end en borger må indordne sig under den offentlige interesse, der er nedlagt i de regler, som den forvaltningsmyndighed, der træffer afgørelsen i forhold til kommunen, administrerer.¹²³ Altså et hensyn til at lovgivningsmagtens direktiver og intentioner kan føres ud i livet og til, at forvaltningen så nogenlunde kan fungere som et hele.

Den samlede tendens i den forvaltningsretlige teoris afbalancering af systemhensyn og retssikkerhed i behandlingen af emnet organisation og styring er ikke helt nem at angive. Det skyldes navnlig, at der ikke findes noget

119. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation, p. 189 f.

120. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, 1991, p. 371 f.

121. I Karsten Revsbech, Planer og forvaltningsret, opfattes landsplandirektivet, der er en dellandsplan, som en plantype, jfr. den nævnte afhandlings p. 43.

122. Som et eksempel herpå kan henvises til a.st., p. 204 f.

122a. Se foregående side om min opfattelse af kommunen.

123. Jfr. a.st., p. 142.

særligt relevant sammenligningsgrundlag. Ganske vist indeholder Poul Andersens klassiske værk, »Dansk Forvaltningsret«, nogle kapitler, der omhandler forvaltningsmyndighedernes organisatoriske opbygning og medtager visse spørgsmål, som med nutidig terminologi kan betegnes som styringsspørgsmål.¹²⁴ Retlige organisations- og styringsovervejelser er imidlertid i meget udpræget grad knyttet til den indretning, forvaltningen rent faktisk har på et givet tidspunkt, og den forvaltningsorganisation, Poul Andersen skriver om, er langt mindre og anderledes end den aktuelle.

Jeg mener derfor, at en vurdering må gå ud på følgende: Når man beskæftiger sig med forvaltningens organisation og styring, beskæftiger man sig med systemet og de hensyn, som bærer dette og dets indretning, hvilket typisk vil være de systemhensyn, som er nævnt i afsnit 2 ovenfor. Det er derfor i sig selv udtryk for en *opprioritering af systemhensyn*, at retlige organisations- og styringsspørgsmål i dag påkalder sig så stor en interesse i den forvaltningsretlige teori (hvilket igen hænger sammen med væksten i den offentlige sektor og de heraf følgende organisatoriske og styringsmæssige problemer). Samtidig kan det siges, at retssikkerhedshensyn er prioriteret lavere i den moderne teori, end de principielt behøvede at være. Organisations- og styringsproblemers løsning har som nævnt visse konsekvenser for den enkeltes retsbeskyttelse, og løsningerne kan derfor til en vis grad bygges op omkring overvejelser om den enkeltes retssikkerhed (og eventuelt kommunens retssikkerhed – hvis man vil acceptere en sådan tanke). Denne synsvinkel har en vis plads i enkelte fremstillinger, men den spiller kun en meget underordnet rolle i Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation (og Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation),¹²⁵ der klart er den vigtigste og dominerende moderne fremstilling på området.

8. Sagsbehandlingskrav

En sikker vurdering af tendensen i den nyere forvaltningsretlige teoris balance mellem systemhensyn og retssikkerhedshensyn ved behandlingen af sagsbehandlingskrav er vanskelig at foretage. Det skyldes primært gennemførelsen af forvaltningsloven og den nye offentlighedslov, som trådte i kraft den 1.

124. Jfr. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., bl.a. kap. V og III.

125. Det samme gælder for flere andre fremstillinger, f.eks. Haagen Jensen og Nørgaard, Administration og borger, 3. udg., og Jon Andersen, Forvaltningsret. Dette skal dog ses i sammenhæng med, at organisations- og styringsspørgsmål som følge af fremstillingernes karakter og formål kun omtales relativt kortfattet i de nævnte bøger.

januar 1987.¹²⁶ Denne mellemkommende lovgivning om en række vigtige sagsbehandlingsspørgsmål (forvaltningsprocesreformen)¹²⁷ gør det vanskeligt at sammenligne ældre og nyere teori.

Tendensen kan kun bedømmes, hvis der foretages en opdeling i sagsbehandlingsregler, der omfattes af forvaltningsprocesreformen, og regler uden for denne reforms område.

8.1. Regler omfattet af forvaltningsprocesreformen

For så vidt angår regler, der dækkes af forvaltningsprocesreformen, er en sammenligning med ældre teori som nævnt ikke mulig eller relevant. I det følgende søges tendensen i nyere teoris afbalancering af systemhensyn og retssikkerhed (her procesretssikkerhed) derfor identificeret ved en vurdering af, hvorledes teorien forholder sig til den balance, som umiddelbart synes at ligge bag navnlig forvaltningsloven.

Forvaltningsloven har i hovedsagen alene tilsigtet en kodificering og i visse henseender en præcisering af en række af de hidtil gældende uskrevne forvaltningsretlige sagsbehandlingsregler, således som disse kom til udtryk i bl.a. Folketingets Ombudsmands praksis og i den herskende teori, hvorved især tænkes på Carl Aage Nørgaard, *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, 2. udg. v. Jens Garde (1981).¹²⁸ Enkelte af forvaltningslovens regler er dog udtryk for en skærpelse af sagsbehandlingskravene – også i forhold til fremstillingen heraf i den dominerende teori. Det gælder navnlig bestemmelserne i §§ 19-20 om automatisk partshøring, § 22 om samtidig begrundelse og måske også visse af reglerne i kap. 8 om tavshedspligt m.v. Det samme gælder visse regler i den nye offentlighedslov om indsigt i sygehusjournaler, jfr. § 9, og om egenaccess, jfr. § 4, stk. 2. Der er ikke tvivl om, at forvaltningsprocesreformen, som navnlig udgøres af forvaltningsloven og den nye offentlighedslov, repræsenterer en vis opprioritering af retssikkerheden (procesretssikkerheden). Dette er til en vis grad sket på bekostning af det systemhensyn, der består i forvaltningens effektivitet (i snæver forstand), idet forvaltningens sagsbehandling alt andet lige må antages at blive lidt mere besværlig, lidt langsommere og lidt mere ressourcekrævende end før.

Det er klart, at den forvaltningsretlige teori efter forvaltningsprocesreformen generelt har fulgt den ændrede balance mellem systemhensyn og retssikkerhed,

126. Dog trådte reglerne i forvaltningslovens §§ 19 og 20 samt kap. 6 først i kraft den 1. januar 1989 for kommunernes vedkommende.

127. Forvaltningsprocesreformen omfattede også en ændring af straffelovens regler om tavshedspligt, jfr. lov nr. 573 af 19. december 1985.

128. Bogen foreligger nu, som det fremgår straks nedenfor, i en 3. udgave.

som er indbygget i denne nye lovgivning, således at retssikkerhedshensyn er blevet opprioriteret i teoriens analyse og fremstilling af de regler, som er fastsat i forvaltningsloven. Det afgørende spørgsmål for en vurdering af den nyere teoris tendens er derfor som ovenfor antydnet, om der er sket andre forskydninger i teoriens balancepunkt end de forskydninger, der umiddelbart ligger i den nye lovgivning. Det kan f.eks. give sig udtryk ved, at teorien argumenterer for fortolkninger af forvaltningslov og offentlighedslov, som søger af trække forståelsen af de skrevne regler i en bestemt retning.

Noget sådant er kun i meget begrænset omfang tilfældet i den stadig helt centrale bog angående sagsbehandlingsspørgsmål, nemlig Carl Aage Nørgaard og Jens Garde, *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, 3. udg. (1988). Afbalanceringen af systemhensyn og retssikkerhed svarer i alt væsentligt nøje til, hvad den nye forvaltningsprocessuelle lovgivning umiddelbart tilsiger. Der er dog i hvert fald en enkelt undtagelse. Der anlægges en forholdsvis vid fortolkning af den centrale regel om partshøring i forvaltningslovens § 19, stk. 1. Således fremgår det, at der bør ske partshøring af en overenskomstansat, der påtænkes afskediget, uanset at denne måtte være bekendt med myndighedens besiddelse af de relevante oplysninger, idet der i en sådan situation bør gives den pågældende lejlighed til at forsvare sig.¹²⁹ Dette har tidligere kunnet støttes på bl.a. en analogi til tjenestemandslvgivningen, men opfattes nu som indeholdt i forvaltningsloven.¹³⁰ Denne vide fortolkning af partshøringsreglen følger ikke direkte af bestemmelserne i §§ 34-36 og er ikke tvingende.¹³¹ Den kan derfor ses som en lille ekstra betoning af retssikkerhedshensyn på bekostning af et systemhensyn (effektiviteten) i forhold til, hvad der nødvendigvis ligger i forvaltningsloven.

I »Juridisk Grundbog 4«, 1989, lægges op til en mere generel opprioritering af retssikkerhedshensyn i relation til forvaltningsloven. Denne lov gælder i hovedsagen kun for afgørelsessager og ikke for faktisk forvaltningsvirksomhed, jfr. lovens § 2. Hans Gammeltoft-Hansen har i den nævnte bog gjort opmærksom på, at der her (og i visse andre sammenhænge) anvendes nogle teoretisk prægede kategorier, som kan føre til utilfredsstillende resultater, hvis de opfattes for håndfast ved fastlæggelsen af forvaltningslovens område. Gammeltoft-Hansen vil derfor (efter min opfattelse med rette) fortolke afgørelsesbegrebet i lyset af forvaltningslovens overordnede formål, således at

129. Se også Eilschou Holm i *Juristen* 1986, p. 229 f.

130. Jfr. Nørgaard og Garde, *Forvaltningsret. Sagsbehandling*, 3. udg. p. 144 f.

131. Fortolkningen bygger på en lidt mere generel tanke om, at hidtidig partshøringspraksis, som er gunstig for adressaten, må fastholdes under den nye forvaltningslov ud fra en formålsfortolkning af denne lov, jfr. a.st., p. 142.

det tilstræbes at lade lovens regler finde anvendelse ved myndighedsudøvelse af besluttende karakter, dersom beslutningen er af en sådan art, at der for de berørte parter normalt vil bestå et væsentligt behov for at få tillagt lovens beføjelser, og disse beføjelser i øvrigt vil være egnede til at tilgodese borgerens interesser i henseende til at øve indflydelse på myndighedens beslutningsprocesser.¹³² Dette *kan* opfattes som oplæg til en vis udvidende fortolkning angående det område, forvaltningsloven dækker, i den forstand, at der inddrages en begrænset del af det område, som normalt opfattes som faktisk forvaltningsvirksomhed.¹³³ Da fortolkningen, der støttes på lovforslagets almindelige bemærkninger om forvaltningslovens generelle formål, ikke er tvingende, lægges der altså på disse områder op til en større procesretssikkerhed end den, som ville følge umiddelbart af lovens ordlyd. Der er herved skabt et pres i retning af en vis begrænset forskydning af balancen mellem den enkeltes retssikkerhed, der opprioriteres, og systemhensyn, der nedprioriteres en smule, idet et udvidet anvendelseområde for forvaltningsloven vil påføre forvaltningen lidt mere besvær og kræve indsats af lidt flere ressourcer og lidt mere tid.

Tanker om en udvidende fortolkning af forvaltningsloven er ikke kun fremført på grundlag af betragtninger om retssikkerhed for den enkelte borger (adressaten). I en artikel¹³⁴ har jeg foreslået til overvejelse at lade forvaltningslovens partsbegreb omfatte de organisationer m.v., som ved lov eller i henhold til lov er særligt udpegede som klageberettigede. Der er flere argumenter herfor. Det vigtigste er den afgørende sammenhæng, der består mellem partens rettigheder efter forvaltningsloven og en effektiv udnyttelse af klageretten, idet navnlig partens videregående adgang til aktindsigt efter kap. 4 er vigtig for den potentielle klagers muligheder for at vurdere, om der er grundlag for en klage, og hvilke argumenter der i givet fald kan anvendes i klagesagen. Denne sammenhæng får en ganske særlig betydning i forbindelse med den her omtalte specielt lovhjemlede klageret, idet det kan siges, at når lovgivningsmagten har gjort sig den ulejlighed direkte i loven at udpege (eller at give ministeren bemyndigelse til at udvælge) nærmere angivne organisationer eller andre juridiske og fysiske personer som klageberettigede, har det klart formodningen for sig, at der ved indgivelse af klage skal varetages så vigtige interesser, at der må gives det bedst mulige grundlag for en relevant og

132. Jfr. Gammeltoft-Hansen i Juridisk Grundbog 4, 1989, p. 30.

133. Se også Nørgaard og Garde, Forvaltningsret. Sagsbehandling, 3. udg., p. 79, note 9, om forvaltningslovens afgørelsesbegreb i relation til kommunale tilskudssager. Se endvidere Eilschou Holm i Juristen 1986, p. 234. Ligeledes kan henvises til Ketscher, Offentlig børnepasning i retlig belysning, p. 376.

134. UfR 1988 B. 223 ff.

effektiv udnyttelse af klageretten. Det får de omtalte, specielt udpegede klageberettigede kun ved at blive tillagt partsstatus og dermed partsrettigheder, herunder især partsaktindsigt, allerede i første-instansens sager (og ikke blot i selve klagesagen, hvor de efter almindelig opfattelse har partsstatus). Den angivne argumentation kan siges at være opbygget på et systemhensyn, idet det ikke er organisationernes egeninteresse, der er bærende, men derimod den overvejende generelle samfundsmæssige interesse i, at organisationerne bedst muligt kan varetage deres opgave som kontrollanter af, at relevante regler m.m. på området overholdes, således at lovgivningsmagtens direktiver og intentioner føres igennem.¹³⁵

8.2. Regler uden for forvaltningsprocesreformen

En række sagsbehandlingsregler omfattes ikke af forvaltningsprocesreformen. Blandt de mere betydende af disse regler kan der næppe i den dominerende fremstilling på området, Carl Aage Nørgaard og Jens Garde, Forvaltningsret. Sagsbehandling, 3. udg., konstateres nogen forskydning af balancen mellem retssikkerhed og systemhensyn i forhold til Poul Andersens »Dansk Forvaltningsret«. Eneste undtagelse er måske spørgsmålet om delegation. Det var Poul Andersens synspunkt, at regler, der fastsætter forvaltningsmyndigheders kompetence, som udgangspunkt ikke kan fraviges uden særlig hjemmel. Dette synspunkt er ikke fuldt ud accepteret i Carl Aage Nørgaard og Jens Garde, Forvaltningsret. Sagsbehandling, 3. udg. Denne afvigelse fra Poul Andersen skal imidlertid ses på baggrund af, at Poul Andersens opfattelse var urealistisk og helt ude af trit med praksis. Og afvigelsen repræsenterer næppe nogen afgørende forskydning mellem systemhensyn (f.eks. effektivitet i snæver forstand) og retssikkerhed. Det er klart, at en udvidet delegationsadgang er effektivitetsfremmende, fordi sagsbehandlingen vil gå hurtigere (og måske være billigere), men samtidig formodes den ikke at tilsidesætte retssikkerhedshensyn i nævneværdigt omfang, idet det kan anføres, at en almindelig adgang til delegation giver forvaltningen bedre mulighed for en forsvarlig tilrettelæggelse af arbejdet, hvorved den bedst mulige behandling af den enkeltes sag sikres. Hertil kommer, at der ved ekstern delegation normalt er mulighed for at klage til den delegerende.¹³⁶

135. Tankegangen kan i et begrænset omfang sammenlignes med den nedenfor (i afsnit 20.1 om domstolskontrol – søgsmålsret) omtalte tanke om eventuelt at udvide søgsmålsretten for de såkaldte vagthunde-organisationer, uanset at disse ikke har en egeninteresse i sagen. I min artikel i UfR 1989 B. 339 f. om »Partshøring – forholdet mellem forvaltningslov og speciallov« bygger mine overvejelser derimod på retssikkerhedssynspunkter.

136. Jfr. Nørgaard og Garde, Forvaltningsret. Sagsbehandling, 3. udg., p. 38 f. og 48.

I andre henseender er der imidlertid sket en udvikling af forholdet mellem systemhensyn og retssikkerhed uden for det område, som dækkes af forvaltningsprocesreformen. Der er ikke tvivl om, at forvaltningsloven har haft den indirekte betydning, at teoriens søgelys er blevet rettet imod sagsbehandlingsspørgsmål i bredere forstand. Et klart eksempel herpå er Niels Eilschou Holms meget oplysende artikel i Juristen 1986 om »Forvaltningsloven som minimumslov«¹³⁷ (artiklen er skrevet efter forvaltningslovens vedtagelse, men før dens ikrafttræden). Her rettes blikket mod en række almindelige regler og principper for forvaltningens sagsbehandling, som ikke er optaget i forvaltningsloven, f.eks. principper for regelfastsættelse og for udøvelse af faktisk forvaltningsvirksomhed, samt principper for almindelig habilitet, sagernes oplysning og forvaltningsafgørelsens form og bekendtgørelse. Grundlaget for behandlingen af disse principper er ombudsmandens praksis.

Det kan diskuteres, om Eilschou Holms artikel er udtryk for en balanceforskydning mellem systemhensyn og retssikkerhed. Det kan siges, at dens formål primært har været at skærpe opmærksomheden omkring nogle sagsbehandlingsspørgsmål, der ikke direkte er omfattet af forvaltningsloven, uden at den generelle balance bag sagsbehandlingskravene ændres. Alligevel vil jeg mene, at den alt i alt opprioriterer retssikkerheden på bekostning af systemhensyn.¹³⁸ Det skyldes, at dens omformulering af ombudsmandens udtalelser til mere generelle krav – der vel ikke alle har karakter af retsregler i den strenge formelle forstand, men for fleres vedkommende er principper for god sagsbehandlingsskik – giver borgeren nogle muligheder og dermed stiller denne i en gunstigere position i en forvaltningssag, mens forvaltningen påføres besvær og omkostninger. Som blot et enkelt eksempel til belysning kan nævnes overvejelser om, at det må anses for rigtigst at give skriftlig meddelelse til de berørte, når en sag stilles i bero, henlægges eller oversendes til anden myndighed.^{139 140}

Det samlede indtryk må på ovenstående baggrund (såvel afsnit 8.1 som 8.2) blive, at teoriens tendens i de senere år har været en vis, men dog ikke særlig markant, opprioritering af retssikkerhedshensyn ud over, hvad der allerede

137. Juristen 1986, pp. 227-258.

138. Det skal dog nævnes, at regler om almindelig habilitet baseret på tillidssynspunkter (a.st., p. 242, 1. sp.), ligeså vel kan opfattes som båret af systemhensyn som af retssikkerhedshensyn. Nærmere herom i afsnit 9 nedenfor.

139. Jfr. a.st., p. 243.

140. Også Juridisk Grundbog 4, 1989, har i relativt vidt omfang blikket rettet mod sagsbehandlingsprincipper, som ikke er medtaget i forvaltningsprocesreformen, se således Karsten Loiborg i bogens § 11.

følger af selve gennemførelsen af fovaltningsprocesreformen. Modstykket har været en vis begrænset nedprioritering af systemhensyn.

9. Særligt om habilitet

Habilitet opfattes normalt som et sagsbehandlingsproblem. Uanset at habilitetsspørgsmål således hører under det foregående afsnit, udskilles de til særskilt behandling her.

Hovedværket fra de senere år om habilitet er Steen Rønsholdts afhandling: »Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet«, 1987. Afhandlingen kan siges primært at sigte mod en analyse og beskrivelse af de momenter (med tilhørende vægt), som indgår i bedømmelsen af, om inhabilitet indtræder. Der foretages en undersøgelse af specielle habilitetskrav vedrørende interesser af privat karakter og vedrørende kommunale ansættelsesforhold. Endvidere undersøges kommunal ansættelse som årsag til generel inhabilitet i kommunalbestyrelsens udvalg, ligesom generelle habilitetskrav vedrørende privatøkonomiske interesser belyses nærmere.

Afhandlingen har kun i begrænset omfang til formål at gøre nogle bestemte synspunkter vedrørende habilitet gældende. Den er i stedet i det væsentlige bygget op omkring en indgående og omfattende redegørelse for den foreliggende praksis og for udviklingstendenser heri, således som disse tendenser kan fastlægges efter en række dybtgående analyser af retsanvendende myndigheders afgørelser m.v. Dette forhold gør det vanskeligt at fastslå, om afhandlingen er system- eller retssikkerhedsorienteret, herunder hvorledes den afbalancerer retssikkerheds- og systemhensyn. Det er normalt nemmere at konstatere balancen mellem de nævnte hensyn, hvor en afhandling domineres af et fast generelt synspunkt eller af retspolitiske overvejelser.

Grundlaget for min vurdering er derfor den – til dels udtalte – synsvinkel, som præger Rønsholdts afhandling. Man kan sige, at den tager sit udgangspunkt i en række hensyn, som taler for statuering af inhabilitet, og undersøger, hvilken prioritet disse hensyn har i de retsanvendende myndigheders praksis. Med andre ord er interessen i afhandlingen samlet om nogle til grund for habilitetskravene liggende hensyn og disses placering i praksis.

Der er ingen tvivl om, at afhandlingen med denne synsvinkel fremtræder som – og også er – retssikkerhedsorienteret. Dette bestyrkes af, at den har et afsnit, som sammenkæder habilitetskrav og retssikkerhed.¹⁴¹ Imidlertid er det

141. Jfr. Rønsholdt, Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet, p. 90 ff.

min opfattelse, at den del af Rønsholdts afhandling, som omhandler habilitet, i realiteten er mere systemorienteret, end den umiddelbart synes at være.¹⁴² Det bygger jeg på en vurdering af de grundlæggende hensyn bag habilitetskravene, hvis status og prioritering, afhandlingen ved sin synsvinkel til stadihed har blikket rettet imod i praksis-analyserne.¹⁴³

Disse grundlæggende hensyn er først og fremmest garantihensynet og tillidshensynet. Garantihensynet sigter til, at habilitetsreglerne – som en række andre sagsbehandlingsregler – skal sikre, at der træffes lovlige og rigtige afgørelser. Det vil mere præcist sige, at habilitetsreglerne skal forebygge, at der træffes usaglige afgørelser.¹⁴⁴ Garantihensynet tilgodeser på én gang såvel systeminteresser som retssikkerhedsinteresser. Det sikrer, at myndighedernes beslutninger i bredere forstand stemmer overens med gældende ret,¹⁴⁵ eller anderledes udtrykt: At lovgivningsmagtens direktiver og intentioner føres ud i livet, hvilket er udtryk for et systemhensyn. Samtidig giver det den enkelte en vis sikkerhed for, at der træffes en korrekt afgørelse i forhold til ham eller hende. Det fremgår imidlertid af afhandlingen, at garantihensynet i princippet også dækker et område, hvor systeminteresserne rækker ud over den enkeltes retssikkerhedsinteresser. Det kommer f.eks. frem i forbindelse med analysen af kommunal ansættelse som årsag til generel inhabilitet i kommunalbestyrelsens udvalg, hvor det nævnes, at garantihensynet også kan sigte til en forebyggelse af, at den kommunale administration eller enkelte administrativt ansattes uvedkommende interesser kommer til at påvirke kommunalbestyrelsens beslutninger i almindelighed, herunder beslutninger, som ikke berører nogen enkelt ekstern adressat eller afgrænset kreds af sådanne adressater (garantihensynet understøtter her snarest visse magtadskillellesprincipper).¹⁴⁶

142. Dette underbygges af følgende konstatering hos Rønsholdt: »Den kommunale habilitetsproblematik har – som den fremtræder af praksis – ikke sit tyngdepunkt i konflikten myndighed/borger, dvs. borgeren som genstand for kommunale forvaltningsafgørelser. De kommunale habilitetskrav må således nok så meget ses som bestanddele af det kommunale forfatningssystem, hvis sigte er at regulere og beskytte *det kommunale beslutningssystem* mod interesser, hvis udspring såvel er det selv samme kommunale system som kommunens privatsfære. At det heraf affødte spænd i neutralitets- og upartiskhedsbegrebernes betydningsindhold giver vanskeligheder i forbindelse med almindelig ureflekteret overførsel af domstolsinspirerede habilitetskrav på kommunerne kan ikke overraske« (a.st., p. 89).

143. Jfr. a.st., p. 306 ff., 421 ff., 533 ff. og 630 ff.

144. Jfr. a.st., p. 135 f.

145. Hvilket Rønsholdt betegner som retssikkerhed i vid forstand, jfr. a.st., p. 90 ff. (især p. 93). (Se mine overvejelser i afsnit 2 om begrebet retssikkerhed i vid forstand).

146. Jfr. a.st., p. 443 f.

Det fremgår dog også, at dette aspekt er blevet nedtonet i de senere års lovgivning på området.¹⁴⁷

Tillidshensynet har ikke helt skarpe konturer. Dets kerne er imidlertid et hensyn til at modvirke, at der skabes mistillid til administrationens sagsbehandling og til sagligheden af forvaltningsafgørelser. Rønsholdts analyser må forstås således, at tillidshensynet kan danne et selvstændigt grundlag for at statuere inhabilitet.¹⁴⁸ Det nævnte hensyn vil typisk bevirke en vis skærpelse af habilitetskravene og styrker for så vidt retssikkerheden.¹⁴⁹ Det må imidlertid ikke overses, at tillidshensynet – som også påpeget af Rønsholdt – må forstås med udgangspunkt i det overordnede statslige behov for offentlig magts legitimering.¹⁵⁰ Der ligger heri helt klart et systemhensyn, idet borgernes tillid til de offentlige myndigheder styrker borgernes tilbøjelighed til af egen fri vilje at efterleve afgørelser, hvilket øger forvaltningens gennemslagskraft, idet afgørelserne nemmere føres igennem. Det kan derfor siges, at når man vil lade tillidshensynet i sig selv danne grundlag for en skærpelse af habilitetskravene, er man nok retssikkerhedsorienteret, men man er det ved hjælp af et systemhensyn, som så at sige »trækker på samme hammel«.

Udover garantihensyn og tillidshensyn nævner Rønsholdt i forbindelse med generelle habilitetskrav visse andre hensyn, som kan tale for inhabilitet. Under behandlingen af kommunal ansættelse som årsag til generel inhabilitet i kommunalbestyrelsens udvalg peges således på et teknisk-administrativt hensyn og et hensyn til ansættelsesstedets forhold. Det teknisk-administrative hensyn er klart systemorienteret, idet det tager sigte på effektiviteten i de kommunale udvalgs arbejde, der skal foregå uhindret. Dette ville kunne vanskeliggøres af for mange problemer med speciel inhabilitet, der derfor må forebygges med regler om generel inhabilitet.¹⁵¹ Også hensynet til ansættelsesstedets forhold er et systemhensyn, idet problemet navnlig er, at det kan være uheldigt, dersom en kommunalt ansat som udvalgsmedlem skal føre et overordnet tilsyn med sine foresatte eller sit ansættelsessted.¹⁵²

147. Jfr. a.st., p. 533 ff.

148. Jfr. a.st., p. 140 ff.

149. Der er næppe tvivl om, at det er sådanne overvejelser, der ligger bag Folketingets Ombudsmands anvendelse af tillidshensynet.

150. Jfr. Rønsholdt, Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers inhabilitet, p. 136. Se endvidere Erik Pedersen i Juristen 1986, p. 191 ff., navnlig p. 201.

151. Jfr. Rønsholdt, a.st., p. 445 f.

152. Jfr. a.st., p. 452 f. (Efter den seneste ændring af kommunestyrelseslovens § 29, stk. 2, er dette hensyn nedtonet i praksis).

Rønsholdt nævner også nogle generelle modhensyn, som taler imod statuering af inhabilitet. Disse modhensyn er naturligt nok systemorienterede. Modhensynene består f.eks. i et hensyn til, at det pågældende organs funktionsmulighed ikke forstyrres væsentligt,¹⁵³ et hensyn til at habilitetsreglerne ikke kan anvendes til ansvarsforflygtigelse (derved at man unddrager sig ansvar ved at erklære sig inhabil), og endelig (i en kommunal sammenhæng) hvad man kunne betegne et repræsentationssynspunkt, nemlig at de kommunale vælgeres holdninger kan føres frem i kommunalbestyrelsen gennem de repræsentanter, de har valgt, ligesom der nævnes et hensyn til, at bestemte befolknings- og erhvervsgrupper samt den til disse knyttede sagkundskab ikke afskæres fra deltagelse i arbejdet i kommunalbestyrelsen og dennes udvalg.¹⁵⁴

I den del af Rønsholdts afhandling, der drejer sig om habilitetsreglerne, findes på et enkelt punkt en fundamental kritik af de retsanvendende myndigheders praksis i sager om habilitetsspørgsmål. Det drejer sig om Højesterets dom i Helsingø-sagen (U 1981.637). Kritikken er retssikkerhedsorienteret,¹⁵⁵ men systemtankegange er også fremme i den forbindelse.¹⁵⁶

Det samlede indtryk bliver på baggrund af ovenstående, at Rønsholdts behandling af habilitetsspørgsmål i afhandlingen »Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers inhabilitet« er retssikkerhedsorienteret i og med, at den beskæftiger sig med strengheden af de forvaltningsretlige krav vedrørende kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet. Strenge habilitetskrav er normalt til fordel for den enkeltes retssikkerhed og mildere krav er som oftest til ulempe for denne retssikkerhed. Selv om afhandlingen således er retssikkerhedsbetonet, er den imidlertid i visse henseender mere systemorienteret, end den umiddelbart syner. Det hænger sammen med, at analyserne af habilitetskravenes strenghed i ret høj grad er bygget op på overvejelser om parallelle systemhensyn, der taler henholdsvis for og imod strenge habilitetsregler. Hertil kommer, at de pågældende systemhensyn i begrænset omfang også er fremme ved vurderingen af habilitetskrav, hvor disse krav ikke skal tilgodese den enkelte borger (se ovenfor om garantihensynet).

Spørgsmålet er herefter, om der i Rønsholdts analyser og resultater ligger en forskydning af balancepunktet mellem systemhensyn og retssikkerhedshensyn

153. Jfr. a.st., p. 151 ff.

154. Jfr. a.st., bl.a. p. 447 (og 630).

155. Jfr. a.st., p. 634: »Afgørende brud på traditionelle retssikkerhedsmæssige forestillinger«.

156. Bl.a. gives udtryk for, at tillidshensynet er nedprioriteret, jfr. a.st., p. 630.

i forhold til tidligere teori. Det er vanskeligt at vurdere, ikke mindst fordi det er svært at sammenligne Rønsholdts meget omfattende og detaljerede analyser af en lang række habilitetsspørgsmål med den mere kortfattede fremstilling af habilitetsreglerne hos f.eks. Poul Andersen. Jeg er dog tilbøjelig til at mene, at Rønsholdt gennemgående stiller lidt strengere krav end Poul Andersen¹⁵⁷ og i den forstand er lidt mere retssikkerhedsorienteret end denne. Dette er en følge af, at Rønsholdt lægger sig tæt op ad det almindelige kommunaltilsyns praksis igennem 1970'erne og begyndelsen af 1980'erne, som igen er præget af Folketingets Ombudsmands praksis, der var relativt streng bl.a. på grund af dennes anvendelse af tillidshensynet. Den tætte forbindelse til denne praksis fører til, at Rønsholdt lægger større vægt på tillidshensynet end Poul Andersen og finder, at dette kan anvendes som et selvstændigt – skærpende – grundlag for habilitetsvurderingen.¹⁵⁸ Den eventuelle forskel i forhold til Poul Andersen i retning af strengere habilitetskrav og dermed en lidt højere prioritering af retssikkerhedshensyn er imidlertid kun en nuanceforskel. Det understreges også af, at den nævnte lidt stærkere placering af retssikkerhedshensyn i realiteten beror på anvendelsen af et systemhensyn (tillidshensynet), som i dette tilfælde »trækker på samme hammel« som retssikkerhedsbetragtninger.

Den vigtigste lærebog vedrørende sagsbehandlingsproblemer, Carl Aage Nørgaard og Jens Garde, Forvaltningsret. Sagsbehandling, 3. udg., indeholder også et kapitel om habilitet. Balancen mellem system- og retssikkerhedshensyn svarer her nogenlunde til Rønsholdts, idet det nævnte kapitel også er påvirket af ombudsmandens praksis. Retssikkerhedshensynene er dog måske en anelse mere iøjnefaldende end hos Rønsholdt. Det hænger sammen med, at Nørgaard og Gardes bog, der udkom i 1988, inddrager habilitetsreglerne i forvaltningsloven (der trådte i kraft i 1987) i fremstillingen og derfor har anledning til at overveje stregheden af disse regler i lyset af den nye forvaltningslov. Et eksempel herpå findes i bogens p. 71, hvor det præciseres, at der normalt ikke kan sluttes modsætningsvis fra habilitetsreglerne i forvaltningslovens § 3, stk. 1, nr. 1-4.

En omtrent tilsvarende balance findes hos Erik Harder, Dansk Kommunalforvaltning 1, Kommunalbestyrelsen og dens udvalg, 5. udg., 1989, p. 152 ff. og 247 ff., og hos Gammeltoft-Hansen i Juridisk Grundbog 4, § 5, dog således at Gammeltoft-Hansen (i overensstemmelse med ombudsmandens

157. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., behandler navnlig habilitetsspørgsmål pp. 434-456.

158. Jfr. Rønsholdt, Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet, p. 140 ff.

synspunkt gennem en årrække) synes at ville tillægge tillidshensynet en forholdsvis vid selvstændig betydning.¹⁵⁹

Det samlede indtryk bliver derfor, at der i nyere teoris behandling af habilitetsspørgsmål er sket en vis opprioritering af retssikkerhedshensyn – men sådan, at denne styrkelse af retssikkerheden er gået hånd i hånd med og argumentationsmæssigt i ret høj grad i realiteten er båret af systemtankegange.

10. Skærpet og lempet hjemmelskrav

Det har traditionelt været opfattelsen i forvaltningsretten, at kravet til klarheden i hjemmelsgrundlaget for en forvaltningsafgørelse er varierende og afhænger af, hvilken afgørelse der er tale om. Poul Andersen gjorde således gældende, at jo mere dybtgående forvaltningen gør indgreb i borgernes frihed og ejendom, des sikrere må i almindelighed hjemmelen være.¹⁶⁰ Senere har Krarup og Mathiassen i »Forvaltningens retlige afhængighed«, 1973, overvejet, hvilke forvaltningsskridt der kræver, hvad der betegnes førstehåndshjemmel, samt hvilke skridt, der ikke fordrer en sådan hjemmel.¹⁶¹ Dette er i »Forvaltningsret. Almindelige emner«, kap. 4, videreudviklet af Jens Garde under inddragelse af visse statsforfatningsretligt inspirerede tankegange. Garde taler om, at hjemmelskravet kan lempes i forbindelse med nogle afgørelser og må skærpes i forbindelse med andre. Som tilfælde, hvor der i større eller mindre omfang stilles et skærpet hjemmelskrav, nævnes i sidstnævnte fremstilling (1. udg., 1979) bestemmelser om straf, bestemmelser, der tillægges tilbagevirkende kraft, afgørelser, der pålægger eller indebærer økonomiske byrder for borgeren, afgørelser, der gør indgreb i eller begrænser borgerens erhvervsmuligheder samt indgreb, der har karakter af frihedsberøvelse og ekspropriation.¹⁶²

I et begrænset omfang bygger kravet om en særlig klarhed i hjemmelsgrundlaget efter ovenstående teori på en systembetragtning. Det gælder således vedrørende hjemmelskravet for pålæg af økonomiske byrder med karakter af skatter. Her er det skærpede hjemmelskrav formelt begrundet, idet der kan henvises til grundlovens § 43, der forbeholder skatteudskrivning for lovgivningsmagten, idet der på dette område (af historiske grunde) ikke er ønsket et

159. Jfr. Gammeltoft-Hansen i Juridisk Grundbog 4, 1989, p. 73 (sidste afsnit).

160. Jfr. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., p. 392.

161. Jfr. Krarup og Mathiassen, Forvaltningens retlige afhængighed, pp. 19-34, der delvist bygger på Krarup, Øvrighedsmyndighedens grænser, 1969. Se også Mathiassen i Juridisk Grundbog 1, 1975, p. 209 ff.

162. Jfr. Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 1. udg., pp. 152-159.

friere spillerum for forvaltningen.¹⁶³ Der er imidlertid ikke tvivl om, at synspunkterne om skærpet hjemmelskrav eller førstehåndshjemmel overvejende er baseret på retssikkerhedsbetragtninger, idet tanken er den, at borgeren kun skal udsættes for intensive indgreb, hvis der er fuld sikkerhed for, at lovgivningsmagten har givet forvaltningen bemyndigelse hertil (intensitetssynspunkt). Det gælder således meget udpræget for det skærpede hjemmelskrav for straf. Omvendt er der heller ikke tvivl om, at et skærpet hjemmelskrav i de fleste tilfælde indebærer en forholdsvis lav prioritering af systemhensyn, idet det nævnte hjemmelskrav hæmmer den fulde gennemførelse af lovgivningsmagtens direktiver og navnlig af dennes lidt bredere intentioner (fordi kun, hvad lovgivningsmagten har formuleret udtrykkeligt i lovbestemmelser, kan gennemføres). Samtidig er et skærpet hjemmelskrav en hæmsko for forvaltningens bevægelsesfrihed og effektivitet i snæver forstand.

I bogen »Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål«, 1980, (der senere er indarbejdet i bogen »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation«, 1991) forholder Bent Christensen sig kritisk til de ovenfor omtalte synspunkter i teorien og er dermed indirekte kritisk overfor den balance mellem retssikkerheds- og systemhensyn, som har præget hidtidig teori. Christensen anvender en lidt anden terminologi end den hidtidige, idet der ikke tales om hjemmelgrundlagets klarhed o.lign. I stedet undersøger Christensen, om der (bør) anlægges en indskrænkende fortolkning af retsgrundlaget i visse tilfælde, hvor der er tale om indgreb. Trods den terminologiske forskel er problemstillingen dog i det væsentlige den samme som i hidtidig teori. Derimod er resultaterne delvist afvigende. Christensen finder, at der gælder en hovedregel om indskrænkende fortolkning af regler, der angår frihedsberøvelse af nogen varighed, men således at forholdene er mindre klare, når man kommer uden for de mere massive indgreb i den personlige integritet.¹⁶⁴ Hvor der er tale om tilbagevirkende kraft og derogation, kan der nok (ud fra retspraksis) påvises en vis tilbageholdenhed i fortolkningen, men ikke ubetinget.¹⁶⁵ Derimod er det ifølge Christensen usikkert, om der gælder eller ikke gælder en almindelig hovedregel om indskrænkende fortolkning af alle strafsanktionerede

163. § 43 kan siges at indeholde et delegationsforbud, som trækker et skærpet hjemmelskrav med sig.

164. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 206 f., og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 243 f.

165. Jfr. a.st., p. 207 ff., henholdsvis p. 244 ff.

forvaltningsretlige regler,¹⁶⁶ ligesom en sådan hovedregel med sikkerhed ikke gælder ved forvaltningsakter, der går ud på opkrævning af skatter og afgifter.¹⁶⁷

Den mest interessante af disse konstateringer angår spørgsmålet om indskrænkende fortolkning af straffelagte regler, idet modstillingen af retssikkerhed og systemhensyn her synes særlig tydelig.¹⁶⁸ Som nævnt finder Bent Christensen retsstillingen usikker, men retspolitisk er det Christensens klare opfattelse, at der ikke bør opereres med en generel hovedregel om indskrænkende fortolkning af straffesanktionerede forvaltningsretlige regler, således som det ellers efter gængs opfattelse er tilfældet ved fortolkning af straffeloven.¹⁶⁹ Christensens synspunkt er begrundet med praktiske, reale betragtninger. De går ud på, at straffeloven har meget almene og vidtgående ambitioner i retning af at påvirke samfundsmedlemmernes almindelige indstilling, ligesom den er udarbejdet med stor omhu, hvorfor en varsom fortolkning af denne lov er nærliggende. Straffereglerne i forvaltningslovgivningen er derimod normalt accessorier til en ustandseligt vekslede og ofte slet gennemtænkt reguleringslovgivning. Hertil kommer, at straffesager i vidt omfang bevidst anvendes til fastlæggelse af grænserne for det lovlige. Hensynet til den sigtedes subjektive forhold kan varetages ved strafbortfald efter straffelovens § 84, stk. 2, jfr. stk. 1, nr. 3, om undskyldelig uvidenhed om eller undskyldelig misforståelse af retsregler (hvilket har støtte i bl.a. U 1970.498 H, med tilhørende kommentar¹⁷⁰). Det er en pointe hos Bent Christensen, at den retsstilling, der efter ovenstående gøres gældende og argumenteres for, har den positive konsekvens, at en forvaltningsretlig regel fortolkes ens, hvad enten den er fremme under en straffesag eller under et anerkendelsessøgsmål.¹⁷¹

166. I Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, 1980 (p. 202 f.) var synspunktet, at der ikke gælder nogen almindelig hovedregel om indskrænkende fortolkning af alle straffesanktionerede forvaltningsretlige regler. I Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, 1991, (p. 241) er synspunktet modificeret en smule, idet det på baggrund af nogle domme påpeges, at retstilstanden ikke længere er sikker.

167. Jfr. a.st., bl.a. p. 205 f., henholdsvis p. 243.

168. Se også Bent Christensen, Forvaltningsret. Domstolsprøvelse, p. 110 ff.

169. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 203 med henvisning til Hurwitz, og Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 239 ff.

170. Spleth i U 1970 B. 230 f.

171. Jfr. a.st., Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 205, og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 242.

Der er ikke tvivl om, at Bent Christensen med det gengivne synspunkt har valgt at prioritere hensynet til systemet (se ovenfor)¹⁷² frem for den enkeltes retssikkerhed. Det er klart, at Bent Christensen ikke helt har overset hensynet til retssikkerheden for den enkelte. Som nævnt vil Christensen tilgodese dette ved anvendelse af straffelovens § 84, stk. 2, jfr. stk. 1, nr. 3. Dette er imidlertid kun en begrænset imødekommelse af retssikkerhedshensynet. Som påpeget af Vagn Greve er der for den dømt en vis forskel – både følelsesmæssigt og juridisk set – på strafbortfald og frifindelse. Hertil kommer, at det under en retssikkerhedsmæssig synsvinkel er vanskeligt at acceptere, at borgeren i de tvivlsomme sager skal bære den strafferetlige risiko for, at hastigt gennemførte reguleringslove indeholder dårligt gennemtænkte formuleringer.¹⁷³

Ved vurderingen af Bent Christensens afbalancering af systemhensyn og retssikkerhed hører det med i billedet, at Christensen har forsøgt at løse et væsentligt problem, som det – i hvert fald principielt – er vanskeligt for forvaltningsretten at leve med. Et problem, som tilhængere af den traditionelle opfattelse af hjemmelen for straf ikke har fået løst. Hvis man antager, at der gælder et skærpet hjemmelskrav ved straffesager om overtrædelse af forvaltningslovgivningen, kan situationen blive den, at fortolkningen af en given bestemmelse vil falde forskelligt ud alt afhængigt af, om spørgsmålet kommer op under en straffesag eller under en sag i civilprocessens former (anerkendelsessøgsmål), hvor fortolkningen måske vil være lempeligere. Christensen har villet løse dette problem ved i alle relationer at anlægge anerkendelsessøgsmålets fortolkningsstandard. Jeg mener imidlertid, at den af Christensen angivne løsning kun er én ud af to muligheder for at klare dette problem. Der kan – så vidt jeg kan se – også anlægges den linie, at domstolene under et anerkendelsessøgsmål fortolker en bestemmelse under hensyn til, om bestemmelsen er strafbelagt, og således også under et anerkendelsessøgsmål anvender et skærpet hjemmelskrav med henblik på at opnå en ensartet fortolkning. Denne sidstnævnte løsning er utvivlsomt den mest borger- og retssikkerhedsvenlige. Det er således et indicium for Bent Christensens prioritering af systemhensyn i nærværende sammenhæng, at Christensen har valgt en løsning, der er mere forvaltnings- og systemorienteret i den forstand, at den bedst sikrer, at lovgivningsmagts direktiver og bredere intentioner kan realiseres.

Denne forholdsvis høje prioritering af systemhensyn mødes også på andre områder, hvor et skærpet hjemmelskrav kunne komme på tale. Vedrørende

172. Se teksten tre afsnit ovenfor.

173. Jfr. Vagn Greve i Festschrift til Andenæs (Lov og frihet), 1982, p. 126 og 137, note 17.

tilbagevirkende kraft nævner Bent Christensen domme, der taler henholdsvis for og imod et skærpet hjemmelskrav. Herefter vælges så vidt ses den linie, som ikke støtter et skærpet hjemmelskrav, og dermed efter ovenstående er den mest systemorienterede.¹⁷⁴

Christensens synspunkt angående indskrænkende fortolkning (skærpet hjemmelskrav) er – i modsætning til mange andre af Christensens synspunkter – ikke slået fuldt igennem i andre teoretiske fremstillinger. Således fastholder Jens Garde i 2. udgaven af »Forvaltningsret. Almindelige emner«, kap. 4, i det væsentlige sin opfattelse fra 1. udgaven og dermed den dér valgte balance mellem systemhensyn og retssikkerhed, dog således at Bent Christensens synspunkter inddrages i overvejelserne og tillægges en vis vægt.

Som afslutning på spørgsmålet om skærpet og lempet hjemmelskrav vil jeg nævne, at jeg selv i min afhandling om »Planer og forvaltningsret« har beskæftiget mig med hjemmelskravets styrke ved (f.eks. statslige) indgreb i forhold til kommunerne. Min konklusion er følgende: »Hvor en kommune er adressat, må den konkrete forvaltningsretlige bedømmelse af forholdet som udgangspunkt ske på samme måde, som hvis en borger var adressat. Hvis bedømmelsens resultat i særlig grad beror på hensynet til adressatens retsskyttelse, må det efter omstændighederne korrigeres, når en kommune er adressat, idet det nævnte hensyn da har lidt mindre vægt«.¹⁷⁵

Det er ikke helt nemt at afgøre, om det citerede er system- eller retssikkerhedsorienteret. Umiddelbart synes det vidtgående overhovedet at overføre retssikkerhedskrav, som minder om dem, der må gælde i forhold til borgerne, til offentlige enheder som kommunerne. På den anden side er det min opfattelse, at det normale synspunkt har været det, at hjemmelskravet har samme styrke ved indgreb overfor kommuner og borgere. Det kan derfor nok siges at være en vis forrykkelse af balancepunktet mellem systemhensyn og retssikkerhed til førstnævntes fordel, at jeg nedtoner styrken af hjemmelskravet i forhold til kommunen en smule. Det giver de bedste muligheder for at få lovgivningsmagtens generelle intentioner ført igennem over for kommunerne.¹⁷⁶

Sammenfattende kan det således konstateres, at der i de dele af den forvaltningsretlige teori, som beskæftiger sig med spørgsmålet om skærpet

174. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, 1991, p. 244 f., og Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, 1980, p. 207 f.

175. Karsten Revsbech, Planer og forvaltningsret, p. 142.

176. Det er da også sådanne overvejelser (»indordne sig under den offentlige interesse nedlagt i de regler« ...), som ligger bag mit synspunkt, jfr. a.st. Se også afsnit 7 ovenfor.

eller lempet hjemmelskrav, i de senere år har været en tendens til at opprioritere systemhensyn, delvis på bekostning af retssikkerhedshensyn.

11. Læren om saglige hensyn (magtfordrejningslæren)

Poul Andersen byggede centrale dele af sin forvaltningsretlige lære op omkring et dogme om forvaltningens frie skøn. Hvor lovgivningen havde overladt forvaltningen et frit skøn, var domstolene principielt inkompetente i forhold til dette. Domstolenes inkompetence over for forvaltningens frie skøn betød dog kun, at de ikke i materiel henseende kunne efterprøve skønsmæssige afgørelser. Hvis afgørelsen led af en formel mangel, kunne den i så henseende tages under påkendelse af domstolene.¹⁷⁷ Poul Andersen fremhævede i den forbindelse, at forvaltningens frie skøn er begrænset af læren om magtfordrejning. Det var Poul Andersens synspunkt, at magtfordrejning måtte opfattes som en formel mangel, som domstolene kunne tage stilling til uden at foretage en egentlig prøvelse af forvaltningsafgørelsens materielle rigtighed. Dette kunne ske ved at lægge vægten på forvaltningens subjektive hensigt. Denne hensigt kunne prøves af domstolene, mens hensigtens virkning, afgørelsens saglige rigtighed, ikke kunne prøves, idet den hørte under forvaltningens frie skøn.¹⁷⁸

Det er klart, at Poul Andersens tanke om et frit skøn for forvaltningen, som domstolene er inkompetente i forhold til, er problematisk set ud fra et overordnet systemsynspunkt, idet den gør det vanskeligt fuldt ud at fastholde forvaltningen på lovgivningsmagts intentioner. Samtidig kan den måske volde problemer for retssikkerheden, idet borgeren normalt vil have svært ved med held at angribe en usaglig afgørelse, fordi det er vanskeligt at dokumentere en usaglig hensigt. Til trods for det sidste må Poul Andersens magtfordrejningslære dog opfattes som overvejende retssikkerhedsorienteret. Det skyldes, at Poul Andersens synsvinkel i udviklingen af magtfordrejningslæren i det hele går ud på at sætte grænser for forvaltningen i dens udøvelse af skønnet. Allerede det forhold, at magtfordrejning betegnes som en »mangel« (indre tilblivelsesmangel),¹⁷⁹ indicerer dette. Yderligere understreges det af, at Poul Andersen forsøger at udvikle en typologi vedrørende formål, der normalt vil være usaglige. På den baggrund bliver det samlede indtryk, at Poul Andersen med udviklingen og formuleringen af sin magtfordrejningslære og

177. Jfr. Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret*, 5. udg., p. 613 f.

178. Jfr. a.st., p. 361 f. og 364 f.

179. Jfr. a.st., p. 352 og 361 ff.

den synsvinkel, som præger den, har prioriteret hensynet til borgerens retssikkerhed forholdsvis højt, idet han har tilstræbt at opstille krav, som borgerne vil kunne bruge imod forvaltningen.¹⁸⁰

Nyere teori¹⁸¹ har forladt Poul Andersens opfattelse. Nybruddet kom med Ole Krarups disputats, »Øvrighedsmyndighedens grænser« fra 1969. Her dokumenteres det, at der ikke i dansk ret eksisterer områder, hvor domstolene er afskåret fra at prøve forvaltningens skønsmæssige afgørelser, men dog områder hvor domstolene faktisk udviser tilbageholdenhed og dermed giver forvaltningen et vist råderum. Forbudet mod magtfordrejning gives status af et egentligt sagligt krav til forvaltningsafgørelsen, idet det prøves, om dennes indhold *objektivt* er båret eller kan bæres af relevante hensyn, mens den subjektive hensigt nedtones til i alt væsentligt alene at have en procesteknisk betydning.¹⁸²

Ole Krarups opfattelse har sat sit præg på de centrale lærebøger på området. Eksempelvis ligger Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 1. udg. 1979, og 2. udg., 1989, kap. 4, i hovedsagen på linie med Krarups synspunkter, for så vidt angår tanken om en mere objektiv magtfordrejningslære.¹⁸³ Balancen mellem retssikkerhed og systemhensyn er dog ikke af den grund forskudt afgørende i forhold til Poul Andersens lære. Synsvinklen går stadig ud på at opstille grænser for forvaltningens skønsudøvelse, hvilket bl.a. kommer til udtryk ved, at der gøres en del ud af at behandle og videreudvikle tanken om typisk usaglige hensyn.¹⁸⁴ Hvis der er sket en mindre forskydning, er den antagelig nærmest til fordel for retssikkerhedshensynet, idet den borger, som berøres af en forvaltningsafgørelse, nu har bedre mulighed for at få den efterprøvet end efter Poul Andersens lære.

180. Jfr. a.st., p. 370 ff.

181. For så vidt angår norsk ret kan henvises til Eckhoff, Forvaltningsrett, 3. udg., p. 258 ff., Frihagen, Forvaltningsrett I, 2. utg., p. 189 ff., Bernt i TfR 1978, p. 241 ff., Boe i TfR 1978, p. 349 ff., samme i Jussens Venner 1981, p. 37 ff., og Eivind Smith i Festskrift til Eckhoff, p. 615 ff.

182. Den procestekniske betydning består i, at den usaglige hensigt kan bevirke en intensivering af prøvelsen i tilfælde, hvor domstolene normalt vil være tilbageholdende over for forvaltningens skønsudøvelse, og i at hensigten kan bevirke en forskydning af bevisbyrden til skade for forvaltningen, se herom Krarup, Øvrighedsmyndighedens grænser, p. 110 ff.

183. Jfr. Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 223 f. Tilsvarende Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard, Administration og borger, 3. udg., p. 197 f.

184. Jfr. Jens Garde, a.st., 1. udg., p. 178 ff., og 2. udg., p. 227 ff. Se også Mathiasen i Juridisk Grundbog 1, 1975, p. 219 ff.

En vis ændring af balancen mellem hensynet til retssikkerhed og systemhensyn i sidstnævntes favør synes derimod sket med Bent Christensens lærebog: »Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål«, 1980, der senere – i en delvist revideret udgave – er indarbejdet i bogen »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation«, 1991. I modsætning til Poul Andersen, der med den stærke betoning af ugyldighedsspørgsmålet henvender sig til domstolene, er Christensens bøger rettet til første-instansen¹⁸⁵ og kan opfattes som indeholdende direktiver eller anvisninger til denne. Bent Christensen tager konsekvent udgangspunkt i, at det forvaltningsretlige skøn må udøves med henblik på positivt at realisere lovgivningsmagtens intentioner og nogle almene interesser m.v. I den forbindelse peges på flere fremgangsmåder til at finde frem til relevante hensyn og til vægtningen af disse. I forlængelse heraf opstilles mange regler om skønsudøvelsen. Dette sidste giver umiddelbart det indtryk, at Bent Christensen prioriterer retssikkerheden og i hvert fald nedprioriterer hensynet til systemet, fordi forvaltningen bindes ind i regler, som begrænser dens bevægelsesfrihed. Dette er imidlertid ikke noget korrekt indtryk. Hovedsynsvinklen i »Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål« (1980) og »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation« (1991) er klart forvaltningsorienteret, og bøgerne kan – noget forenklet udtrykt – anskues som en samlet anvisning til forvaltningen (første-instansen) om, hvorledes den kan finde frem til saglige hensyn m.m., og hvordan den kan begrunde og legitimere sine afgørelser,¹⁸⁶ hvilket medvirker til at forøge forvaltningens bevægelsesfrihed i dens varetagelse af sine opgaver, herunder realiseringen af lovgivningsmagtens direktiver m.v. (jfr. definitionen på systemhensyn i afsnit 2 ovenfor). Der formuleres naturligvis regler, som har karakter af grænser for skønsudøvelsen (f.eks. proportionalitetsprincippet og hensyn til menneske- og frihedsrettigheder), men det er ikke her hovedvægten ligger. Det er også karakteristisk, at tanken om opstilling af typisk usaglige hensyn stort set er forladt.¹⁸⁷ Dette er ikke uinteressant. Betydningen af de traditionelle typisk usaglige hensyn har

185. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 14 ff.

186. Det bemærkes dog, at Bent Christensens overvejelser i bogen Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål skal ses i sammenhæng med bogen Forvaltningsret. Domstolsprøvelse, hvoraf fremgår, at flere af reglerne fra førstnævnte bog kan anvendes ved kontrollen med forvaltningen.

187. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 77, og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 139 ff.

nok været noget overvurderet, men de nævnte hensyn spiller dog stadig en rolle i praksis som en begrænsning for forvaltningen.¹⁸⁸

Bent Christensens ovennævnte bog fra 1980 har haft væsentlig indflydelse på al senere teori på området. Dette betyder naturligvis ikke, at Christensens synspunkter er blevet fulgt i ét og alt i andre fremstillinger, men det har i det mindste været nødvendigt at overveje og forholde sig til synspunkterne. Et eksempel herpå er den anden centrale fremstilling om læren om saglige hensyn, Jens Garde i »Forvaltningsret. Almindelige emner«, kap. 4. Her er 2. udgaven ændret en del i forhold til 1. udgaven, bl.a. med henblik på at behandle og vurdere flere af Christensens synspunkter, hvoraf nogle forkastes, mens andre accepteres (med modifikationer).¹⁸⁹

Som det fremgår, har moderne teori været utilbøjelig til at tillægge forvaltningens subjektive hensigt nogen selvstændig retlig betydning, men har koncentreret sig om afgørelsens objektive præmisser. På det seneste har Steen Rønsholdt i disputatsen »Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet«, 1987, slået til lyd for en delvis tilbagevenden til den subjektive magtfordrejningslære. Rønsholdt argumenterer for, at forvaltningens subjektive hensigt kan være et selvstændigt prøvelsesgrundlag med selvstændig retlig betydning, som efter omstændighederne kan indgå i et samspil med andre, objektive præmisser. Formentlig er det også Rønsholdts tanke, at forbudet mod subjektiv magtfordrejning ligeledes gælder som direktiv til forvaltningen. Det er lidt vanskeligt at underbygge Rønsholdts synspunkt med materiale fra praksis. Den vigtigste nyere sag, der inddrages til belysning, er landsrettens dom i sagen U 1987.311 H (Villo Sigurdsson-sagen).¹⁹⁰ Landsrettens præmisser *kan* forstås således, at retten har prøvet, om der forelå en ulovlig hensigt, og efter en positiv konstatering heraf har undersøgt, om denne generelt væsentlige mangel konkret har været uden betydning for afgørelsens indhold. Efter dommens formulering er det dog nok mest naturligt – i overensstemmelse med Krarups lære – at forstå den som udtryk for en forskydning af bevisbyrden (»ikke *heroverfor* ... *godtgjort*«).¹⁹¹ Under alle

188. Jfr. FOB 1974.139 (undersøgelse af, om en kommunal ansættelse var partipolitisk motiveret) og U 1986.864 H (mindretallet: økonomisk magtfordrejning). Det bemærkes i øvrigt, at Bent Christensen i Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 165, måske lægger større vægt på administrative hensyn (som almene hensyn) end Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 241 f.

189. Jfr. Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., f.eks. p. 246 ff.

190. Jfr. Steen Rønsholdt, Om saglig kommunalforvaltning og kommunalbestyrelsesmedlemmers habilitet, p. 783 f.

191. Højesteret stadfæstede landsrettens dom, men såvel flertal som mindretal anvendte (delvist) andre begrundelser.

omstændigheder må Rønsholdts forsøg på delvist at rehabilitere den subjektive magtfordrejningslære i den forvaltningsretlige teori som et supplement til den objektive lære om saglige hensyn vurderes som en vis begrænset forskydning af balancepunktet mellem systemhensyn og retssikkerhed til fordel for sidstnævnte (en forskydning i retning af Poul Andersens afbalancering). Den for tiden herskende rent objektive lære¹⁹² giver forvaltningen en bevægelsesfrihed, til en vis grad på bekostning af retssikkerheden. Kan forvaltningen blot legitimere sine afgørelser med objektivt rigtige præmisser, er den stort set urørlig.¹⁹³ Et forsøg på at retablere en subjektiv magtfordrejningslære – samtidig med, at den objektive lære opretholdes – er derfor udtryk for en opprioritering af den enkeltes retssikkerhed, idet den enkelte borger har mere at holde sig til, hvis han eller hun ønsker at angribe en formodet manipulation fra forvaltningens side i dennes skønsudøvelse.

Rønsholdts synspunkt er – indtil videre – ikke blevet fuldt accepteret,¹⁹⁴ og det samlede indtryk må blive, at tendensen i læren om saglige hensyn (magtfordrejningslæren) er gået i retning af en opprioritering af systemtankegange frem for retssikkerhed.

12. Tendens til helhedssyn

I meget nøje sammenhæng med – og til dels som et underpunkt til – det foregående skal her analyseres den udvikling, som er sket i opfattelsen af de forvaltningsretlige specialitetsprincipper.

I den traditionelle forvaltningsret, som den er udviklet af Poul Andersen, er de nævnte specialitetsprincipper af væsentlig betydning for fastlæggelsen af de formål, en myndighed lovligt kan varetage i forbindelse med en skønsmæssig beslutning. Specialitetsprincipperne falder i to. Et materielt specialitetsprincip, hvorefter en myndighed under udøvelsen af sin beføjelse i kraft af en given bestemmelse i almindelighed ikke kan varetage interesser, som den har beføjelse til at varetage i kraft af en anden hjemmel. Tilsvarende hævdes et organisatorisk specialitetsprincip, hvori ligger, at en forvaltningsmyndighed

192. Den moderne forvaltningsretlige teori har dog ikke helt overset den subjektive hensigt, se således Bent Christensen, *Forvaltningsret. Domstolsprøvelse*, p. 168 f., og Jens Garde i *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 2. udg., p. 224 f.

193. Dog kan tjenstlige sanktioner i princippet komme på tale over for offentligt ansatte, som subjektivt har forfulgt ulovlige formål.

194. Jfr. således Zahle i U 1988 B. 29 f.

ikke kan varetage interesser, som det tilkommer en anden forvaltningsmyndighed at varetage.¹⁹⁵

Den relativt fremskudte placering, Poul Andersen har givet specialitetsprincipperne, er udtryk for en prioritering af retssikkerhedshensyn. De pågældende principper tjener vel ikke kun, men dog i betydelig grad et retssikkerhedsformål.¹⁹⁶ Det skyldes, at de giver borgeren størst mulig sikkerhed for, at kun særligt kvalificerede myndigheder træffer afgørelse i forhold til ham eller hende, hvilket øger sandsynligheden for, at borgeren får, hvad han eller hun har krav på. Endvidere gør principperne det overskueligt for borgeren, hvilke hensyn der vil blive lagt til grund for en afgørelse og dermed for, hvorledes han eller hun skal indrette sit forsvar (et aspekt af forudseelighedsretssikkerheden). Samtidig er en fremhævelse af specialitetsprincipperne udtryk for en forholdsvis lav prioritet til systemhensyn, f.eks. hensynet til en samordnet og harmonisk administration og et hensyn til forvaltningens gennemslagskraft. Det sidste fordi forvaltningen ikke får mulighed for at anvende alle de midler, der står til dens rådighed, til gennemførelsen af de opgaver, den skal varetage.¹⁹⁷ Dette forhold er formentlig baggrunden for, at Poul Andersen i et vist begrænset omfang ville modificere specialitetsprincippernes rækkevidde, bl.a. ved at tilslutte sig et synspunkt om, at myndighederne er forpligtede til at »række hinanden hånden«.¹⁹⁸

Poul Andersens synspunkter om de forvaltningsretlige specialitetsprincipper, og den afbalancering af systemhensyn og retssikkerhed, disse er udtryk for, blev i det væsentlige accepteret i den forvaltningsretlige teori i tiden frem til 1980. Eksempelvis behandles specialitetsprincipperne i 1. udgaven af den centrale lærebog »Forvaltningsret. Almindelige emner« i hovedsagen i overensstemmelse med Poul Andersens opfattelse.¹⁹⁹

I 1980 brød teorien, i hvert fald delvist, med Poul Andersens syn på specialitetsprincipperne. Også her kom initiativet fra Bent Christensen. I bogen »Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål«, 1980, slog Christensen – delvist på et retspolitisk grundlag – til lyd for, at specialitetsprincipperne for tiden bør

195. Jfr. Poul Andersen, Dansk forvaltningsret, 5. udg., p. 362 f.

196. Jfr. herved Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 157.

197. Som et klassisk eksempel kan nævnes U 1929.452 H, der fastslog, at en kommune ikke kunne betinge levering af gas og el til en borger af, at denne betalte en skatterestance. (Det skal dog bemærkes, at monopolsynspunkter kan have været af betydning her). Som et mere moderne eksempel kan nævnes, at en betoning af specialitetsprincipperne formentlig vil hindre myndighederne i at lukke for el og vand m.m. til en virksomhed med henblik på at håndhæve gældende miljøkrav.

198. Jfr. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., p. 385.

199. Jfr. Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 1. udg., p. 175 ff.

anvendes med forsigtighed.²⁰⁰ Christensen er opmærksom på, at specialitetsprincipperne har fordele (for retssikkerheden),²⁰¹ men finder herefter, at det må tillægges betydning, at forvaltningsorganisationen udvikler sig i retning af, at et enkelt organ har mange kompetencer. Der tænkes navnlig på kommunalbestyrelsen. Den enkelte sag kan jo komme op i kommunalbestyrelsen, og det er derfor mindre nærliggende at lægge vægt på, om den hører under den ene eller anden kommunale forvaltningsgren. Hertil kommer en tendens til helhedssyn på vigtige lovgivningsområder. Det gælder navnlig miljøretten, men også socialretten nævnes. Det syn, der præger disse lovgivningsområder, ses af Christensen som udtryk for en almindelig (udviklings)tendens.²⁰² På det seneste har Bent Christensen – i bogen »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation« (1991) – givet udtryk for, at tendensen til helhedssyn vistnok er på retur på grund af en mindre tro på planlægningens velsignelser. Men retspolitisk er Christensen stadig skeptisk over for specialitetsprincipperne og finder, at de bør anvendes med forsigtighed.²⁰³

Bent Christensens argumentation for en nedtoning af specialitetsprincipperne kan bestemt ikke afvises. På den anden side er den ikke tvingende. Det er rigtigt, at kompetencen på mange lovgivningsområder er henlagt til kommunalforvaltningen, men det må ikke overses, at der på utallige af de enkelte lovgivningsområder er indrettet særlige rekursorganer, som gennemgående er tilbøjelige til at anskue forholdene ud fra deres særlige, snævre synsvinkel. Og kommunalbestyrelsen bør indrette sin praksis på det enkelte område efter klageorganernes linie. Hertil kommer, at det er tvivlsomt, om man kan slutte fra nogle enkelte – ganske vist vigtige – lovgivningsområder til, hvad der generelt er gældende på forvaltningsrettens område.²⁰⁴ Der er jo særlige grunde til, at et helhedssyn nødvendigvis må være af væsentlig betydning inden for miljøretten. Tager vi eksempelvis spørgsmålet om arealanvendelsen, som hører under miljøretten, er det således, at brug af et givet areal til ét formål ofte udelukker dets anvendelse til andre formål. Det kan derfor siges,

200. Også i norsk ret er specialitetstankegangen blevet nedtonet i den forvaltningsretlige teori i de senere år, se således Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 3. udg., p. 264, Bernt i TfR 1978, p. 254 ff., Boe i TfR 1978, p. 387 ff. og Backer, *Naturvern og naturinngrep*, p. 405 ff.

201. Jfr. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål*, p. 104.

202. Jfr. a.st., p. 105 f.

203. Jfr. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*, p. 156 f.

204. Det kan overvejes, om også forvaltningslovens §§ 28 og 29, der begrænser udvekslingen af oplysninger mellem forvaltningens forskellige dele, er et argument imod tanken om at nedtone specialitetsprincipperne.

at en meningsfuld administration i særlig grad kræver en helhedstænkning på netop dette lovgivningsområde.

Der er ikke tvivl om, at Bent Christensen med sit syn på specialitetsprincipperne har valgt at opprioritere systemhensynene, og på ovenstående baggrund er denne opprioritering relativt markant. På den anden side bør den modstående nedtoning af retssikkerhedshensyn dog ikke overvurderes. Det er trods alt tvivlsomt, hvor stort et tab for retssikkerheden Christensens synspunkt indebærer. Set i relation til forudseelighedsretssikkerheden kan det siges, at det i de fleste situationer næppe reelt vil komme overraskende for borgeren, at det offentlige optræder som et hele og inddrager en bred vifte af interesser ved sine afgørelser. Normalt opfattes den offentlige forvaltning som en helhed af borgerne, og det vækker i mange tilfælde ligefrem forargelse, hvis myndighederne handler ukoordineret, således at den ene myndighed modarbejder den anden. Det skal også nævnes, at Christensen ikke vil frakende specialitetsprincipperne enhver betydning som vejledning for, hvilke formål der er lovlige.²⁰⁵

Bent Christensens tanke om helhedssyn i forvaltningsretten og nedtoning af specialitetsprincipperne er et godt eksempel til illustration af den dominerende position, Christensen har indtaget i dansk forvaltningsret i de senere år. Christensens tanke – og den dertil hørende balance mellem systemhensyn og retssikkerhed – er nu ganske langt accepteret i den forvaltningsretlige teori²⁰⁶ som helhed. Til underbygning heraf kan nævnes fremstillingen i »Forvaltningsret. Almindelige emner« (kap. 4). 1. udgaven lå som nævnt forholdsvis tæt ved Poul Andersens synspunkt. I 2. udgaven refereres Christensens synspunkt, og efter en nærmere – kritisk – vurdering accepteres det i hovedsagen. Der er dog den forskel, at Jens Garde i den nævnte fremstilling i mindre grad end Christensen anskuer principperne fra en retspolitisk synsvinkel, men i stedet søger at sætte principperne og deres nedtoning ind i en egentlig retlig sammenhæng ud fra betragtninger om, at mange love i dag har overlappende formål o.lign.²⁰⁷ Også andre generelle fremstillinger har har i det væsentlige accepteret Christensens syn på specialitetsprincipperne. Som eksempel kan nævnes Jon Andersen, Forvaltningsret, 1986, p. 75 ff.

205. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 106 f., og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 156 f.

206. Også mine egne skriftlige arbejder er i et vist omfang påvirket af tanken om helhedssyn, jfr. eksempelvis Karsten Revsbech, »Om rækkevidden af forvaltningsrettens specialitetsprincipper m.v.«, UfR 1991 B. 265 ff.

207. Jfr. Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., f.eks. p. 236, 237 og 239.

Den samlede konklusion må på baggrund af ovenstående blive, at der i den forvaltningsretlige teori er sket en almindelig udvikling i retning af et helhedssyn og en nedtoning af specialitetsprincipperne med den konsekvens, at systemhensyn er kommet til at stå stærkere, til dels på bekostning af retssikkerhedshensyn.

13. Lighedsgrundsætning med eller uden selvstændigt indhold

Spørgsmålet om, hvorvidt der eksisterer en almindelig forvaltningsretlig lighedsgrundsætning med et selvstændigt indhold, er *et* af de vanskeligste og mest uklare i den teoretiske forvaltningsret. Hvis man hylder det synspunkt, at lighedsgrundsætningen ikke rækker længere, end hvad der allerede ligger i kravet om saglige hensyn (magtfordrejningsgrundsætningen), giver man – måske utilsigtet – reelt forvaltningen større bevægelsesfrihed og borgeren svagere holdepunkter imod forvaltningen, end hvis man antager, at lighedsgrundsætningen har et selvstændigt indhold, som stiller yderligere krav end læren om saglige hensyn. Samtidig indebærer det førstnævnte synspunkt, at borgeren får lidt ringere mulighed for at forudse sin retlige position, fordi han eller hun i (lidt) mindre grad kan tage bestik efter afgørelser i tilsvarende sager. Den opfattelse, at lighedsgrundsætningen er uden selvstændigt indhold, er derfor i realiteten mere systemorienteret og mindre retssikkerhedsbetonet end den modsatte opfattelse.

Poul Andersen var af den opfattelse, at (specielle) lighedsgrundsætninger, som frakender visse forskelle retlig betydning, principielt normerer det frie skøn.²⁰⁸ Derimod så Poul Andersen med skepsis på muligheden for at opstille en abstrakt lighedsgrundsætning med et selvstændigt indhold, idet han fandt, at en sådan grundsætning ikke udsiger andet, end hvad der er en følge af lovens begreb.²⁰⁹

Eksistensen af en almindelig lighedsgrundsætning i dansk forvaltningsret er først og fremmest hævdet af Carl Aage Nørgaard på grundlag af en nærmere gennemgang af retspraksis og i et vist omfang ombudsmandspraksis. Han anser »de mange potentielle lighedsgrundsætninger af speciel art, som måtte kunne udledes af praksis ... for konkretiseringer af en generel lighedsgrundsætning«. Denne almindelige lighedsgrundsætning har det indhold, at »forvaltningen er forpligtet til at behandle væsentligt lige forhold lige i retlig henseende«. Hvorvidt der foreligger væsentlig lighed i forholdene eller ej, beror på, om af-

208. Jfr. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., p. 429.

209. Jfr. a.st., p. 427.

gørelsen er truffet ud fra hensyn, der er saglige og relevante i relation til den i det konkrete tilfælde anvendte, eller i betragtning kommende retsregels indhold og formål.²¹⁰ Trods dette sidste er det Nørgaards opfattelse, at den almindelige lighedsgrundsætning har et selvstændigt indhold i forhold til magtfordrejningslæren. Det skal dog ses i sammenhæng med, at Nørgaards analyse blev foretaget på et tidspunkt, hvor magtfordrejningslæren tog sigte på forvaltningens subjektive bevæggrunde.²¹¹

I afhandlingen »Øvrighedsmyndighedens grænser«, 1969, var Ole Krarup afvisende over for en almindelig lighedsgrundsætning. Krarup benægter ikke, at lighedsovervejelser kan have relevans i visse specielle relationer, men »fastholder, at lighedsgrundsætningen er uegnet til at indgå i den systematiske fremstilling af den almindelige forvaltningsret«. Hovedpunktet i hans opfattelse må forstås således, at en almindelig lighedsgrundsætning ikke har noget selvstændigt indhold, idet den judicielle kritik, den kunne tænkes at give anledning til, ikke rækker ud over »anden kritik af forvaltningens motiverende præmisser«, dvs. en kritik baseret på magtfordrejningslæren. Dette synspunkt skal ses på baggrund af, at Krarup forkaster den subjektive magtfordrejningslære (se afsnit 11 ovenfor). For Krarup ligger lighedens betydning i relation til domstolskontrollen kun på det proces tekniske plan, idet den tilsyneladende lighed mellem flere tilfælde pålægger den udstedende myndighed bevisbyrden for, at gyldige præmisser kan motivere forskelsbehandlingen.²¹²

Siden Krarups afhandling har den almindelige opfattelse tenderet i retning af en opgivelse af tanken om en generel lighedsgrundsætning med et selvstændigt indhold. Eksempelvis anfører Jens Garde i »Forvaltningsret. Almindelige emner«, kap. 4, der ellers beskæftiger sig en del med lighedsgrundsætningen: »Formuleringen af præmisserne i en række domme taler for, at man opfatter forholdet sådan, at udgangspunktet er en almindelig lighedsgrundsætning. Men da en almindelig lighedsgrundsætning ikke i sig selv siger noget om, hvilken betydning bestemte forhold skal have, bliver det til syvende og sidst afgørende, om de præmisser, som afgørelsen må antages at hvile på, er sagligt vedkommende eller ej. Det er herefter for så vidt af mindre praktisk betydning, om begrundelsen for tilsidesættelsen af en forvaltningsafgørelse i det enkelte tilfælde søges i magtfordrejningslæren eller i en lighedsgrundsætning.«²¹³ Dette betyder dog ikke, at Garde finder, at lighedssynspunkter i alle relationer er fuldstændig uden betydning (se straks

210. Jfr. Nørgaard i Juristen 1965, p. 18.

211. Jfr. a.st., p. 19.

212. Der henvises til Krarup, Øvrighedsmyndighedens grænser, p. 144 f., 149 og 152.

213. Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 244 f.

nedenfor). Det er vanskeligt at danne sig et klart billede af, om Bent Christensen i »Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål« finder, at der gælder en lighedsgrundsætning med et egentligt selvstændigt indhold, men formentlig er Christensens synspunkt omtrent på linie med Gardes.²¹⁴ Det samme synes at være tilfældet for de fleste andre forfattere.²¹⁵

De fleste forvaltningsretlige skribenter har dog haft vanskeligt ved fuldstændigt at opgive lighedsgrundsætningen som et selvstændigt krav. Det skyldes formentlig, at lighedstanken i et samfund som vort er helt fundamental. Dette sidste indiceres antagelig også af det af Krarup påpegede forhold, at en konstateret forskelsbehandling gør det nærliggende for domstolene at pålægge forvaltningen bevisbyrden for, at de præmisser, som ligger bag den forskellige behandling, er saglige. Heri må forudsætningsvis ligge, at en ulige behandling som udgangspunkt er uacceptabel og kun kan passere, hvis det dokumenteres, at den ikke er vilkårlig eller tilfældig.

I den forvaltningsretlige litteratur findes der da også stadig enkelte begrænsede spor af tanken om en lighedsgrundsætning med et selvstændigt indhold. Retlige problemer i forbindelse med skønsudøvelsen kan opdeles i afgrænsningen af kredsen af saglige hensyn og afvejningen af disse hensyn. De fleste synes enige om, at lighedsgrundsætningens selvstændige indhold principielt kan vise sig i afvejningsfasen: Hvis to sager – hvad der naturligvis sjældent vil være tilfældet – er nøjagtig ens i faktum og skal bedømmes efter samme upræcise (skønspregede) lovbestemmelser m.v., bør de efter almindelig opfattelse falde ens ud. Dette følger ikke nødvendigvis af kravet om saglige hensyn (magtfordrejningslæren), der – naturligvis afhængig af, hvad man nærmere lægger i kravet – kun fordrer, at der i den enkelte sag inddrages saglige hensyn. Ved den nærmere afvejning af hensynene står myndigheden som udgangspunkt normalt forholdsvis frit. At afvejningen alligevel i de to nævnte sager skal falde ens ud, kan derfor kun forklares med et selvstændigt generelt krav om, at væsentligt lige forhold skal behandles lige i retlig henseende, hvilket er hovedindholdet af den almindelige lighedsgrundsætning. Det kan formentlig siges, at kravet om saglige hensyn kun er rettet mod den enkelte afgørelse set isoleret, mens den almindelige lighedsgrundsætning stiller yderligere krav, hvor der er tale om flere aktuelle og potentielle afgørelser. Jeg

214. I Bent Christensen, *Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål*, 1980, omtales lighedsbe-
tragtninger, især p. 107 ff., 151 ff., og i *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisa-
tion*, 1991, p. 159 ff. og 201 ff. I U 1969 B. 301 synes Christensen at tilslutte sig
Krarups synspunkt vedrørende lighedsgrundsætningen. Se også Bent Christensen i U
1979 B. 309 ff.

215. Se f.eks. Jon Andersen, *Forvaltningsret*, p. 77 f., og formentlig også Haagen Jensen
og Nørgaard, *Administration og borger*, 3. udg., p. 198 f.

har for mit eget vedkommende været inde på sådanne overvejelser i min afhandling om »Planer og forvaltningsret«, p. 262 ff., og jeg mener, at nogenlunde tilsvarende overvejelser findes hos Bent Christensen, Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 152 f., og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 206 f. – dog således, at Christensen synes lidt mere skeptisk end mig over for en almindelig lighedsgrundsætning – samt hos Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner (2. udg.), kap. 4, p. 249 f.

Det er meget vanskeligt at vurdere, om ovenstående indebærer, at tanken om en almindelig lighedsgrundsætning er kommet til at stå stærkere eller svagere end tidligere. Det afhænger ganske enkelt af, hvilket sammenligningsgrundlag der anvendes. Tages udgangspunktet hos Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., 1965, tegner der sig måske en lille nuance i nyere teori i retning af en lidt højere grad af accept af en almindelig lighedsgrundsætning, der dog kun har et meget begrænset selvstændigt område.

Sammenlignes imidlertid med Carl Aage Nørgaards ovennævnte artikel (ligeledes fra 1965), står den almindelige lighedsgrundsætning som selvstændigt krav (der rækker ud over magtfordrejningsgrundsætningen) klart svagere i dag. Dette hænger dog i nogen grad sammen med, at magtfordrejningsgrundsætningen (kravet om saglige hensyn) har et andet indhold i moderne teori end tidligere.

På den baggrund kan der vanskeligt ud fra teoriens behandling af tanken om en almindelig lighedsgrundsætning siges noget sikkert om, hvorvidt balancen mellem systemhensyn og retssikkerhedshensyn er blevet ændret i nyere forvaltningsret.

14. Egnethedskrav – ny regel

I de senere år er der i den forvaltningsretlige teori blevet formuleret (forslag til) flere nye regler. Disse regler er gennemgående udtryk for en relativt høj prioritering af retssikkerhedshensyn, delvis på bekostning af systemhensyn.

14.1. Den teoretiske udvikling af egnethedskravet

Én af de nævnte regler er egnethedskravet.²¹⁶ I en artikel i Ugeskrift for Retsvæsen (UfR 1990 B. 400-411) har jeg forsøgt at udvikle et almindeligt forvaltningsretligt krav om afgørelsens egnethed. Jeg vil i det følgende gengive nogle hovedpunkter i mine overvejelser om egnethedskravet og derefter

216. Andre nye regler omtales i afsnit 15 og 16 nedenfor.

afslutningsvis analysere det under synsvinklen systemhensyn contra retssikkerhed.

I min artikel fastslås først, at problemet om, hvorvidt en forvaltningsafgørelse egner sig til at opfylde sit formål, i de fleste tilfælde ikke vil være et retligt spørgsmål, men må overlades til en rent teknisk-faglig hensigtsmæssighedsvurdering. I tysk forvaltningsret antages imidlertid, at afgørelsens egnethed i nogle særlige situationer kan opfattes som et retligt spørgsmål, idet man har formuleret et krav om *Geeignetheit* eller *Zwecktauglichkeit*. I dansk juridisk litteratur har der været enkelte antydninger af et tilsvarende krav i forbindelse med retlige vurderinger af planer,²¹⁷ men denne egnethedstankengang er aldrig blevet fuldt udviklet som et almindeligt forvaltningsretligt krav i Danmark.²¹⁸ Det har jeg forsøgt i ovennævnte artikel fra 1990.

Den udvikling af et egnethedskrav, som sker i artiklen, er inspireret fra Tyskland, men sker ubundet af det tyske krav. Det har været sigtet at opbygge en regel, som er tilpasset og opfylder et behov i dansk forvaltningsret. Det viser sig bl.a. ved, at det i artiklen hævdede egnethedskrav – i modsætning til det tyske – også skal opfattes som en efterfølgende ugyldighedsgrund (se nedenfor).

Den nærmere udvikling af egnethedskravet foretages med udgangspunkt i tre eksempler på situationer, hvor et egnethedskrav kunne tænkes anvendt i dansk ret. Disse eksempler må nødvendigvis være tænkte, da egnethedskravet har karakter af et postulat fra min side.

Navnlig med henblik på at præcisere og at påvise det selvstændige indhold af egnethedskravet sammenlignes dette med andre mere traditionelle forvaltningsretlige krav. Ved denne sammenligning inddrages de omtalte eksempler til belysning. De krav, der sammenlignes med, er hjemmelskravet, kravet om saglige hensyn (magtfordrejning), nødvendighedskravet, forholdsmæssighedskravet, undersøgelsesprincippet, faktisk vildfarelse og en tanke om »bristende forudsætninger«. Egnethedskravet fremstår efter denne sammenlignende analyse som et krav, der nok i visse henseender overlapper andre forvaltningsretlige krav, men som også har et selvstændigt område. I mange tilfælde vil kravet kunne indgå som et supplement til andre krav, sådan at det kan medvirke til at gøre ellers usikre resultater sikre.

217. Jfr. Bent Christensen i UfR 1982 B. 217 f., og Karsten Revsbech, Planer og forvaltningsret, p. 331 ff.

218. Det skal tilføjes, at afgørelsens egnethed nu kort omtales som et almindeligt forvaltningsretligt krav i Bent Christensens nye bog Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, 1991, p. 224.

Herefter kan overvejelserne om egnethedskravet i den nævnte artikel opsummeres således:

Kravets indhold kan bedst formuleres negativt. Det går ud på, at en (generel eller konkret) skønsmæssig forvaltningsafgørelse, der har karakter af indgreb, er retsstridig, såfremt den som middel er klart uegnet til at opfylde sit formål.

Kravet er ikke alene en oprindelig, men er også en efterfølgende ugyldighedsgrund. Dette indebærer, at en oprindelig lovlig og gyldig afgørelse senere kan blive ugyldig, hvis udviklingen efterfølgende gør den klart uegnet til fortsat at nå sit formål.

Det bærende argument for egnethedskravet er, at borgeren ikke skal udsættes for unødvendige indgreb (uden at kravet af den grund er identisk med nødvendighedskravet).²¹⁹

Der er tale om et krav til skønsmæssige forvaltningsafgørelser. Det vil dog formentlig også, ligesom visse andre almindelige forvaltningsretlige krav, kunne have betydning som et moment, der kan påvirke en fortolkning.²²⁰

Som det allerede fremgår, vil kravet kun ramme afgørelser, der er klart uegnede. Hvis det indgår i kombination med og som supplement til andre krav, behøver uegnetheden dog ikke at være så klar som ellers, for at kravet kan slå igennem.

Det skal understreges, at egnethedskravet som almindeligt forvaltningsretligt krav er et postulat fra min side. Jeg kan ikke på grundlag af hidtidig retspraksis eller anden praksis påvise, at der gælder et sådant krav i dansk forvaltningsret i dag. Kravet skal forstås som en ny mulighed, som domstolene og andre instanser kan anvende fremover, hvis de finder det relevant. Det retskildemæssige grundlag, domstolene m.v. i første omgang kan henvise til, vil være forholdets natur.²²¹

Endelig skal nævnes, at min behandling af egnethedskravet har haft til formål at foretage en teoretisk udvikling af det, hvorfor jeg har forsøgt at rendyrke kravet. Det er min forventning, at det i praksis – hvis det accepteres – antagelig især vil blive anvendt som supplement til andre krav, hvor disse i den foreliggende situation ikke udgør noget helt overbevisende grundlag for underkendelse af en bebyrdende afgørelse. Egnethedskravet forventes med andre ord navnlig – som det er udtrykt ovenfor – at blive anvendt med henblik på at gøre ellers tvivlsomme resultater sikre.

219. Se artiklens p. 405.

220. Jfr. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål*, p. 223 (og *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*, p. 258) om en sådan påvirkning af fortolkningen.

221. Om forholdets natur som retskilde i forvaltningsretten, se Haagen Jensen i *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 2. udg., p. 167.

14.2. Egnethedskrav, systemhensyn og retssikkerhed

Som allerede nævnt er formuleringen af et egnethedskrav udtryk for en hensyntagen til den enkeltes retssikkerhed og en relativt lav prioritering af systemhensyn.

Det ligger til dels allerede i selve det forhold, at der opstilles et nyt krav til forvaltningen, som kan påberåbes af borgeren. Det giver forvaltningen mindre bevægelsesfrihed og tilsvarende bedre mulighed for den borger, som mener sig forkert behandlet af forvaltningen.

Den omtalte prioritering af retssikkerheden på systemhensynenes bekostning viser sig imidlertid primært ved det forhold, at egnethedskravet ikke blot opfattes som en oprindelig, men også som en efterfølgende ugyldighedsgrund. Der foreligger i dansk forvaltningsret en teoretisk ramme for efterfølgende ugyldighed i form af nogle kortfattede overvejelser hos Poul Andersen, men rammen er aldrig blevet udfyldt. Det er min opfattelse, at der er et behov for at få udviklet efterfølgende ugyldighedsgrunde, idet der i et dynamisk samfund, som forandrer sig hurtigt, er brug for regler, der kan beskytte borgeren mod indgreb, som er unødvendige og meningsløse, fordi den tekniske udvikling eller det generelle erfaringsgrundlag er løbet fra dem. Hertil har jeg ment, at et egnethedskrav i særlig grad er anvendeligt.²²² Men det kan naturligvis siges, at det er uheldigt for sikkerheden i reguleringen og for forvaltningens gennemslagskraft, at en oprindelig gyldig afgørelse senere kan blive retlig uvirksom, bl.a. fordi udviklingen er løbet videre. Det er indlysende, at jeg med min accept af dette har givet prioritet til retssikkerhedshensyn (et aspekt af materiel retssikkerhed) i afvejningen med systemhensyn.

Der er dog efter min opfattelse ikke tale om nogen uacceptabel ubalance mellem retssikkerhed og systemhensyn, idet der i artiklen anføres nogle modificerende præciseringer. Først og fremmest den, at uegnetheden skal være klar, før ugyldighed (herunder efterfølgende ugyldighed) kan indtræde. Hertil kommer, at det er mit synspunkt, at uegnetheden som altovervejende hovedregel kun kan gøre retsaktens anfægtelig, ligesom ugyldigheden kun skal regnes ex nunc, eller dog tidligst fra det tidspunkt, hvor borgeren eventuelt har henvendt sig til myndigheden om en annullation af akten.²²³

Sammenfattende er egnethedskravet et eksempel på en ny regel, der overvejende bygger på retssikkerhedshensyn og kun i mindre grad på systemhensyn.

222. Se nærmere herom i artiklen (UfR 1990 B. 408 f.).

223. Jfr. den nævnte artikel (UfR 1990 B. 409, 1. sp.).

15. Forbud mod tiltagelse af enkeltsagskompetence ved regeludstedelse – ny regel

Et mindre, men ganske interessant og praktisk relevant spørgsmål, som er rejst i forvaltningsretten i de senere år, drejer sig om, hvorvidt en ubestemt lovbemyndigelse til forvaltningen til at fastsætte regler om et nærmere angivet emne eller til opnåelse af et nærmere angivet formål kan anvendes til at indføre en konkret reguleringsordning. De teoretiske overvejelser herom kan samarbejdes og formuleres som en generel ny regel. Denne er ligesom egnethedskravet (afsnit 14) overvejende baseret på retssikkerhedssynspunkter.

Jens Garde har i »Forvaltningsret. Almindelige emner«, kap. 4, navnlig diskuteret det nævnte spørgsmål med henblik på, om en lovbemyndigelse til udstedelse af regler kan anvendes til at fastsætte forskrifter, der giver myndighederne mulighed for at udstede konkrete forbud og påbud, eller om noget sådant fordrer udtrykkelig hjemmel.²²¹

Garde nævner eksempler på lovgivning, som indeholder udtrykkelig lovhjemmel, men peger også på anden lovgivning, som er tilblevet ud fra en antagelse om, at udtrykkelig lovhjemmel ikke er nødvendig for at indføre en ordning som den skitserede.

Det er Gardes konklusion, at spørgsmålet er tvivlsomt. Det siges, at der imod et krav om udtrykkelig lovhjemmel kunne anføres, at en konkret reguleringsordning tvinger borgeren (eller evt. en kommune) ind i en mere direkte kontakt med den kompetente forvaltningsmyndighed, og at en sådan ordning giver mulighed for en mere detaljeret fastlæggelse af retsvirkningerne eller en mere detaljeret styring. Spørgsmålet må ifølge Garde formentlig i en del tilfælde kunne afgøres ved fortolkning. Som et mere generelt fortolknings-synspunkt kan i relation hertil anføres, at hvis det i en bemyndigelsesbestemmelse i en lov udtrykkeligt er nævnt, at der kan fastsættes regler om konkrete indgreb, så må andre bestemmelser i samme lov, som ikke nævner denne mulighed, formentlig fortolkes således, at de ikke indeholder hjemmel hertil.²²²

Jeg kan et langt stykke tilslutte mig Gardes synspunkter, men er ikke fuldt ud enig. Efter min opfattelse kan diskussionen ikke begrænses til spørgsmålet om forbud og påbud, som Garde har lagt hovedvægten på. I min afhandling om »Planer og forvaltningsret«, p. 339 ff., har jeg behandlet en anden side af problemstillingen, som jeg mener under en praktisk synsvinkel er mindst lige så vigtig. Den drejer sig om, hvorvidt lovbemyndigelsen til udstedelse af regler

221. Jfr. Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p 194 ff.

222. Jfr. a.st., p. 196.

kan anvendes til i disse regler at fastsætte et krav om myndighedens godkendelse af adressatens konkrete dispositioner. Problemet kendes bl.a. fra jobskabelsesloven, hvor en bemyndigelse til at udstede regler er udnyttet til at stille krav om konkret godkendelse af projekter.²²³ Problemet har også været fremme i en ombudsmandssag. I FOB 1977.542 forelå således det problem for ombudsmanden, om § 5, stk. 3, i den dagældende bek. nr. 513 af 3. oktober 1974 om Kommunernes Lønningsnævn,²²⁴ hvorefter den pågældende afdeling af lønningsnævnet kunne fastsætte retningslinier for antallet af stillinger i nærmere angivne personalegrupper, kunne danne grundlag for et krav om nævnets godkendelse af den enkelte opnormering.

Kombineres denne side af problemstillingen med den side, Garde har behandlet, mener jeg, at der kan formuleres en mere generel regel, der, så vidt jeg kan se, får Gardes og mit synspunkt til at gå op i en højere enhed. Overvejelserne hos Garde, der som nævnt i hovedsagen angår forbud og påbud, sker med henblik på at vurdere, om der gælder et skærpet hjemmelskrav, hvilket ikke afvises. Dette, finder jeg, er lidt for vidtgående. Det er klart, at et forbud eller påbud har karakter af indgreb, hvilket stiller særlige krav til hjemmelsgrundlaget, men (som Garde er opmærksom på) har lovgivningsmagten allerede ved bemyndigelsen til udstedelse af indgribende regler givet forvaltningen hjemmel til indgribende foranstaltninger. Det eneste problem er efter min vurdering derfor, om de konkrete indgreb er mere uacceptable end de generelle.

Ved overvejelsen heraf kan jeg tiltræde Gardes opfattelse gående ud på, at forbud og påbud tvinger borgeren (eller evt. kommunen) ind i en mere direkte kontakt med den kompetente forvaltningsmyndighed, og at en sådan ordning fører til en mere detaljeret fastlæggelse af retsvirkningerne eller en mere detaljeret regulering. Det samme gælder for konkrete godkendelsesordninger ved sammenligning med generelle regler. Hertil vil jeg føje, at generelle regler giver borgeren bedre vejledning om dennes generelle retsstilling end en konkret reguleringsordning. Men disse forhold er efter min opfattelse ikke så afgørende, at de kan bære et skærpet hjemmelskrav (krav om udtrykkelig lovhjemmel) for de konkrete reguleringsordninger. Men de kan føre til opstilling af en generel formodningsregel: Den almindelige *formodning* må være imod, at en beføjelse til at fastsætte regler, retningslinier o.lign. kan be-

223. Jfr. Karsten Revsbech, Planer og forvaltningsret, p. 339 f. Jens Garde nævner også denne lov, jfr. Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 195. Loven er nu ophævet, men problemstillingen er relevant i forhold til andre love, jfr. Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 195.

224. Nu bek. nr. 335 af 21. maj 1990.

nyttes til at etablere en konkret regulering. Denne formodning kan tilbagevises, hvor der på det enkelte område foreligger holdepunkter i loven for noget andet, eller hvor det ligger klart, at reguleringen rent praktisk *ikke kan nå sit formål*, uden at myndigheden har mulighed for at bedømme og tage konkret stilling til det enkelte tilfælde.²²⁵ Formodningen kan på det enkelte område omvendt bestyrkes ud fra Gardes ovennævnte generelle fortolkningssynspunkt.²²⁶

Som allerede nævnt er den her formulerede nye regel overvejende baseret på retssikkerhedsbetragtninger²²⁷ om borgerens mulighed for at forudse de krav, der vil blive stillet fra forvaltningens side (forudseelighedsretssikkerhed), og om at borgeren ikke uden videre skal udsættes for krav, der er mere detaljerede end dem, loven umiddelbart lægger op til (et aspekt af materiel retssikkerhed). Heroverfor er systemhensynene givet en forholdsvis tilbagetrukket plads, idet en adgang til at udnytte en hjemmel for regeludstedelse til en konkret reguleringsordning ville give forvaltningen bedre mulighed for meget præcist og sikkert at realisere lovens formål og dermed lovgivningsmagtens intentioner. Samtidig begrænses forvaltningens bevægelsesfrihed måske noget ved den ovennævnte regel. De modstående systemhensyn er dog ikke prioriteret særligt lavt, idet myndighederne som omtalt kan etablere en konkret reguleringsordning, hvis reguleringen ikke rent praktisk kan nå sit formål uden.

225. Jfr. Karsten Revsbech, *Planer og forvaltningsret*, s. 340 (hvor der i note 137 henvises til FOB 1977.542 (især p. 550, 1. sp.)).

226. Synspunktet er som nævnt omtalt af Jens Garde i *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 2. udg., p. 196.

227. Nedenfor i afsnit 17 kommer jeg til, at forbud mod skøn under regel, der indebærer et krav om en konkret vurdering af det enkelte tilfælde, formentlig også er overvejende retssikkerhedsorienteret. Det skyldes, at forbudet mod skøn under regel i hovedsagen – men naturligvis ikke altid – er »borgervenligt« i den forstand, at den sikrer borgeren et krav på en individuel vurdering, hvor borgeren kunne have fordel heraf. Ved den i nærværende afsnit omtalte tiltagelse af en enkeltsagskompetence sker den konkrete bedømmelse normalt i myndighedens (eller det offentliges) interesse.

16. Forhåndsbesked – nye regler

I en artikel fra 1976 har Claus Haagen Jensen og Orla Friis Jensen behandlet spørgsmålet om forhåndsbesked i forvaltningen.²²⁸ De synspunkter og regler, der her formuleres, er i det væsentlige nye, idet de ikke har været overvejet eller medtaget i ældre teori.²²⁹ I det følgende skal gives et ganske kort referat af nogle hovedpunkter i den pågældende artikel, idet der i øvrigt henvises til denne. Dernæst vurderes det, hvorledes de nyformulerede regler om forhåndsbesked afbalancerer retssikkerhed og systemhensyn.

Forhåndsbesked, der må opfattes som en særlig beslutningstype, kan bredt defineres som en forvaltningsmyndigheds udtalelse til borgeren om en af denne påtænkt dispositions konsekvenser i forhold til lovgivningen, inden der træffes en egentlig afgørelse i hans eller hendes sag.

Forhåndsbeskeden kan som begreb siges at have i hvert fald tre kendetegn. For det første skal udtalelsen vedrøre et konkret sagsforhold. Heri ligger, at forvaltningsmyndigheden har fået forelagt spørgsmål om en konkret situation – faktisk foreliggende eller hypotetisk – og at svaret indeholder en vurdering af situationen i forhold til de retsregler, myndigheden administrerer. Besvarelse af et helt abstrakt spørgsmål om fortolkningen af en lovbestemmelse falder uden for begrebet forhåndsbesked.²³⁰ Her er der tale om generel vejledningsvirksomhed. For det andet skal forvaltningsmyndighedens udsagn gå forud for en »egentlig« forvaltningsakt, dvs. en afgørelse, som medfører forpligtelser eller dispositionsadgang for spørgeren. Forhåndsbeskeden rummer ikke i sig selv nogen aktuel forpligtelse eller ret til at handle, men udtaler sig blot om indholdet af en eventuel senere afgørelse vedrørende disse forhold. For det tredje skal udtalelsen fremsættes efter begæring fra en borger (eller fra en offentlig myndighed i en tilsvarende position). Yder en forvaltningsmyndighed ex officio borgeren vejledning, vil denne udtalelse i flere relationer skulle vurderes efter ganske andre regler end forhåndsbeskeden.

Hvor loven ikke indeholder bestemmelser om forhåndsbesked, opstår spørgsmålet, om en sådan kan afgives ulovbestemt af myndighederne. Det

228. Jfr. Haagen Jensen og Friis Jensen i *Juristen* 1976, pp. 49-83. Spørgsmålet har også været fremme i Norge, bl.a. i forbindelse med behandlingen af aftaler. Se således Bernt, *Avtaler med stat og kommune*, 1981, Frihagen, *Forvaltningsrett I*, 2. utg., p. 247 ff., Frihagen, *Plan- og Bygningsloven III*, 1989, pp. 74-117, og Eckhoff, *Forvaltningsrett*, 3. utg., kap. 12.

229. Se dog Poul Andersens kortfattede bemærkninger i *Dansk Forvaltningsret*, 5. udg., p. 42.

230. Heller ikke typegodkendelser m.v. omfattes af begrebet, jfr. Haagen Jensen og Friis Jensen, a.st., p. 51.

antages at være tilfældet under visse betingelser,²³¹ uanset at meddelelse af forhåndsbesked kan indebære betænkeligheder derved, at myndigheden på et summarisk grundlag eller vedrørende enkelte elementer i den egentlige afgørelse fremsætter en udtalelse, som de jure eller de facto er præjudicerende. I visse tilfælde kan der – også uden lovbestemmelser herom – være pligt til at give forhåndsbesked, hvis spørgerens dispositionsinteresse er så stærk, at den opvejer betænkeligheden ved, at myndigheden udtaler – og eventuelt binder – sig på forhånd.²³²

En forhåndsbesked kan på ulovbestemt grundlag være bindende med hensyn til indholdet af en senere forvaltningsakt. Det forudsætter dog, at i hvert fald fire betingelser er opfyldte. Der må ikke af forvaltningsmyndigheden være taget forbehold, spørgeren skal have fremstillet sagsforholdet entydigt og udtømmende, det nøjagtige indhold af forhåndsbeskeden må kunne bevises, og udtalelsen skal være givet af den kompetente myndighed.²³³ Selv om forhåndsbeskeden opfylder disse betingelser, vil den dog ikke altid være eller vedblive at være bindende. Navnlig vil begrænsninger i forhåndsudtalelsens bindende virkning forekomme, hvor den har fået et ulovligt indhold, og hvor de retlige eller faktiske forhold har ændret sig.²³⁴ I Haagen Jensens og Friis Jensens artikel overvejes også, i hvilket omfang en myndighed kan blive erstatningsansvarlig for en ikke-bindende forhåndsbesked.²³⁵

Der er ikke tvivl om, at disse nye (forslag til) regler angående forhåndsbesked i betydelig grad er bygget op på retssikkerhedsovervejelser, herunder især forudseelighedsretssikkerhed. De bærende generelle betragtninger bag de formulerede regler er først og fremmest en hensyntagen til de borgere, som kan have et behov for på forhånd at kende deres retsstilling, hvor denne ellers kan være vanskelig at forudberegne.²³⁶ Denne prioritering af retssikkerhedshensyn sker i nogen grad på bekostning af systemhensyn. Den negative side ved (bindende) forhåndsbesked er, at den begrænser forvaltningens bevægelsesfrihed, hvilket kan medføre en fare for den optimale varetagelse af lovgivningsmagtens intentioner og øvrige almenne (og trediemands) interesser. Dette skyldes, at forhåndsbeskeden, der træffes på et summarisk grundlag og uden en helt sikker vurdering af alle elementer i sagen, de jure eller de facto kan præjudicere den endelige afgørelse. Denne negative side søges der dog taget højde for, bl.a. ved opstillingen af de nævnte betingelser for, at

231. Jfr. a.st., p. 56 ff.

232. Jfr. a.st., p. 61 ff.

233. Jfr. a.st., p. 65 ff.

234. Jfr. a.st., p. 70 ff.

235. Jfr. a.st., p. 77 ff.

236. Jfr. a.st., p. 54.

forhåndsbeskeden kan være bindende. Endvidere anføres væsentlige begrænsninger for omfanget af den bindende virkning af en forhåndsbesked med særlig vægt på situationer, hvor forhåndsbeskeden har fået et ulovligt indhold, og hvor lovgivningen er ændret siden afgivelsen af forhåndsbeskeden.²³⁷ Endelig påpeges en række fordele ved forhåndsbesked, som kan siges at have positive virkninger for forvaltningens effektivitet m.v.²³⁸

Det samlede indtryk bliver, at de her omtalte nye (forslag til) regler om forhåndsbesked, ligesom de øvrige nye om egnethed m.m., er bygget op på retssikkerhedshensyn, men dog således at der er lagt vægt på, at systemhensyn ikke helt tilsidesættes.

17. Pligtmæssigt skøn (forbud mod skøn under regel)

Efter Poul Andersens klassiske fremstilling af forvaltningsretten er en forvaltningsakt retsstridig, hvis forvaltningsmyndigheden har undladt at udøve et pligtmæssigt skøn, fordi den selv har opstillet en regel og har truffet sin afgørelse som en konsekvens af denne hjemmelavede regel.²³⁹

Det er lidt vanskeligt at afgøre, om dette forbud mod skøn under regel er system- eller retssikkerhedsorienteret. På den ene side kan man sige, at en helt konsekvent praksis på grundlag en hjemmelavet regel er retssikkerhedsvenlig, fordi den giver borgeren mulighed for at forudberegne sin retsstilling (forudseelighedsretssikkerhed). Dette aspekt af retssikkerheden undergraves ved forbudet mod skøn under regel. På den anden side giver det nævnte forbud adressaten den mest korrekte behandling, fordi det sikrer den enkelte borger, at der tages et individuelt hensyn til hans eller hendes særlige forhold, således at der træffes den helt rigtige afgørelse, direkte tilpasset den enkelte. Dette sidste (der kan siges at være et særligt aspekt af materiel retssikkerhed) må formentlig anses for det dominerende aspekt på retssikkerhedssiden, idet forbudet mod skøn under regel ikke er til hinder for, at der kan og skal følges en fast praksis, som borgeren kan henholde sig til.²⁴⁰ Forbudet giver således borgeren en ekstra fordel ved, at borgeren kan »få mere« i de tilfælde, hvor hans eller hendes forhold er til det.

237. Jfr. a.st., p. 70 ff.

238. Jfr. a.st., p. 56. De sidstnævnte fordele har karakter af systemhensyn. Et sådant nævnes også a.st., p. 54, hvor det anføres, at borgeren uden forhåndsbesked måske vil afholde sig fra at foretage dispositioner, hvortil der også knytter sig en samfundsmæssig interesse.

239. Jfr. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., p. 357.

240. Jfr. Jens Garde i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 254 ff.

I henseende til varetagelse af systemhensyn kan forbudet mod skøn under regel lidt anstrengt siges at være positivt, idet det i nogle tilfælde måske vil give god mulighed for, at lovgivningsmagtens intentioner på en relativt præcis måde føres igennem. På systemsiden er forbudet mod skøn under regel dog først og fremmest negativt, idet det nedsætter forvaltningens effektivitet, fordi den individuelle behandling er ressource- og tidskrævende. Den samlede vurdering må derfor være, at forbudet mod skøn under regel er overvejende positivt under en retssikkerhedssynsvinkel og overvejende negativt under en systemsynsvinkel.

I de forvaltningsretlige fremstillinger, der udkom i årene efter Poul Andersens sidste udgave af »Dansk Forvaltningsret« (1965), er dennes synspunkt stort set accepteret fuldt ud. Det gælder Jørgen Mathiassens fremstilling i Juridisk Grundbog 1, 1975, p. 261 ff., Jens Garde i 1. udgaven af »Forvaltningsret. Almindelige emner«, kap. 4, p. 198 ff., og Carl Aage Nørgaard i Haagen Jensen og Nørgaard, Administration og borger, 1. udg., p. 173 ff.

Et klart brud med den hidtidige opfattelse står igen Bent Christensen for. Christensen anfører, at man på baggrund af Folketingets Ombudsmands udtalelser må erkende, at der efter gældende ret består en almindelig formodning imod forvaltningens adgang til at danne interne regler, der afskærer afvejningen. Men Bent Christensen sætter retspolitisk et spørgsmålstegn ved, om en sådan formodning er velbegrundet. Der kan være mange grunde til, at lovgivningen indeholder skønsmæssige beføjelser. Det kan f.eks. tænkes, at der ikke har været anden udvej, fordi den viden, som er nødvendig for at formulere præcise regler, mangler, eller det kan tænkes, at der ikke har været tid til at fastsætte præcise regler, således at folketingsflertallet blot har fastsat en målsætning og overladt et skøn til forvaltningen.²⁴¹ Med andre ord er det usikkert, om en upræcis beskrivelse af retsfaktum (således at der overlades forvaltningen en skønsmæssig beføjelse) virkelig altid er udtryk for et ønske om individualisering. Da der samtidig kan være store fordele forbundet også med ubetingede regler, er det iflg. Christensen nok det rimeligste at opgive det faste udgangspunkt, som ligger i formodningen imod en adgang til at sætte skøn under regel. Følgen vil blive en mere nuanceret retstilstand, hvor der kan være ganske store forskelle fra regelkompleks til regelkompleks.²⁴² I bogen, »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation«, 1991, har Bent Christensen modificeret sin netop gengivne opfattelse en smule. Men den grundlæggende retspolitiske holdning er stadig den samme, og der advares

241. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 161 f.

242. Jfr. a.st., p. 166.

mod at bruge grundsætningen om forbud mod skøn under regel uden nærmere eftertanke.²⁴³

Der er næppe tvivl om, at Bent Christensen med det refererede synspunkt – retspolitisk – har valgt at slå til lyd for en retsstilling, der i forhold til den hidtil gældende opfattelse opprioriterer systemhensyn (her forvaltningens effektivitet, se afsnit 2 ovenfor) med en tilhørende nedprioritering af den enkeltes retssikkerhed. Dette valg forekommer relativt markant i betragtning af, at Christensen er fuldt opmærksom på bl.a. ombudsmandens modsatte opfattelse.²⁴⁴

Mens Jens Garde i 2. udgaven af »Forvaltningsret. Almindelige emner«, kap. 4, på flere andre punkter har taget et vist hensyn til Bent Christensens synspunkter i »Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål«, står Gardes fremstilling af det pligtmæssige skøn stort set helt upåvirket af Bent Christensens opfattelse, og Garde opretholder sin oprindelige mere retssikkerhedsorienterede afbalancering af systemhensyn (her effektivitet) og retssikkerhed.²⁴⁵

Sammenfattende gælder, at systemhensynene – navnlig når henses til Bent Christensens fremstilling – har fået en lidt større vægt end tidligere i teoriens behandling af det pligtmæssige skøn (forbudet mod skøn under regel).

18. Aftaler i forvaltningsretten

I nyere dansk forvaltningsretlig teori har spørgsmålet om forvaltningens aftaler med borgerne påkaldt sig en stigende interesse,²⁴⁶ og der er sket en væsentlig udvikling af synspunkterne i forhold til Poul Andersens opfattelse.

243. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 181 ff., især p. 193.

244. Jfr. a.st., p. 192 og 193, og Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 164 og 166. Se om praksis, Kaj Larsen i Juridisk Grundbog 4, p. 244 f. Endvidere U 1988.239 Ø og FOB 1987.107.

245. Det samme gælder Carl Aage Nørgaard, Haagen Jensen og Nørgaard, Administration og borger, 3. udg., p. 201 ff.

246. Tilsvarende gælder i Norge. Se således Bernt, Avtaler med stat og kommune, 1981, Frihagen, Forvaltningsrett I, p. 254 ff., Frihagen, Plan- og bygningsloven III, 1989, pp. 74-117, og Eckhoff, Forvaltningsrett, 3. utg., bl.a. kap. 12. I Norge behandles dog under overskriften aftaler i et vist omfang problemstillinger, der i dansk forvaltningsret karakteriseres som forhåndsbesked.

Forvaltningens aftaler²⁴⁷ rejser naturligvis en række forskellige spørgsmål, som er behandlet i teorien. Det springende punkt er imidlertid, om der kan indgås aftale som alternativ til forvaltningsakt. Poul Andersen indtog det generelle standpunkt, at »Naar Loven bestemmer eller forudsætter, at Skabelse, Forandring eller Ophævelse af Retsforhold sker ved Forvaltningsakt, kan Forvaltningsmyndighederne ikke i Stedet for Forvaltningsakter betjene sig af Aftaler«. ²⁴⁸ Det er lidt vanskeligt at identificere de hensyn, som ligger bag Poul Andersens gengivne opfattelse. Der er dog næppe tvivl om, at det til en vis grad bæres af formelt-juridiske betragtninger. Kernen i disse synes at være en tanke om, at når lovgivningen indeholder bestemmelser om udstedelse af forvaltningsakt, må dette forstås således, at lovgivningsmagten har anvist forvaltningen at anvende denne beslutningstype. Forvaltningen har derfor ikke adgang til at fravige bestemmelser om fastsættelse af forvaltningsakt ved anvendelse af andre væsentligt afvigende beslutningstyper som f.eks. aftaler. I et vist omfang kan dette ses som udtryk for et systemhensyn gående ud på, at forvaltningen i videst muligt omfang skal realisere lovgivningsmagtens direktiver. Det er imidlertid mest sandsynligt, at retssikkerhedshensyn har spillet den dominerende rolle for Poul Andersens synspunkt. Således nævner denne, at det har en vis reel berettigelse, når der har været udtrykt skepsis over for forvaltningskontrakter. Det skyldes ifølge Poul Andersen, at når en privatperson forhandler med en offentlig myndighed, der møder med straf og andre magtmidler i baghånden, véd han, at disse magtmidler kan bringes i anvendelse, hvis han ikke bøjer sig. Han vil derfor være i en tvangssituation, og resultatet af forhandlingerne vil let komme til at bero på, om han er mere eller mindre forskræmt. ²⁴⁹ Dette er et tydeligt indicium for retssikkerhedshensyn.

Jørgen Mathiassen har i afhandlingen »Aftaler i forvaltningsretten« opblødt Poul Andersens ovenfor skitserede standpunkt. ²⁵⁰ Mathiassen anlægger et langt mere nuanceret syn på spørgsmålet om aftale som alternativ til forvaltningsakt og holder i højere grad muligheden herfor åben. Mathiassen finder ikke, at lovregler om regulering ved forvaltningsakt nødvendigvis i alle tilfælde skal opfattes som helt ufravigelige. ²⁵¹ Hvorvidt der er adgang til at erstatte forvaltningsakt med aftale, må bero på det enkelte sagsområdes

247. Forvaltningens aftaler behandles også i visse privatretlige fremstillinger, se således Lennart Lyng Andersen, Palle Bo Madsen og Jørgen Nørgaard, *Aftaler og Mellem-mænd*, 2. udg., 1991, p. 141 ff.

248. Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret*, 5. udg., s. 471.

249. Jfr. a.st., p. 464.

250. Mathiassens afhandling er anmeldt af Bent Christensen i U 1975 B. 36 ff.

251. Jfr. Jørgen Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten*, 1974, bl.a. p. 236.

karakter og på en fortolkning af de for området gældende regler. Det kan således bl.a. indgå i vurderingen, om loven forudsætter aftale, om forhandling er forudsat, eller de kompetente myndigheder er indstillede på at forhandle, om der kan siges at være tale om et underliggende kontraktsforhold, om det er særligt vanskeligt at skaffe oplysninger og fuldt bevis, om det retlige grundlag for en eventuel afgørelse er særlig usikkert, om der deltager interesserepræsentanter i det pågældende forvaltningsorgan, og om den private part er en organisation eller lignende, der til dels er jævnbyrdig med myndigheden, ligesom der – modsat – er et hensyn til at opretholde official- og undersøgelsesprincipper i forvaltningen.²⁵²

Det kan diskuteres, om Mathiassens standpunkt repræsenterer en forskydning af balancepunktet mellem systemhensyn og retssikkerhedshensyn i forhold til Poul Andersen, og i hvilken retning denne forskydning i givet fald går. Der er dog næppe tvivl om, at systemhensynene står stærkere med en aftalemulighed som skitseret. Ganske vist betyder en sådan mulighed, at de formelt-juridiske betragtninger, indeholdende en kerne af en systemtanke, som Poul Andersen måske har lagt vægt på, delvist tilsidesættes, ligesom forvaltningens fremtidige handlefrihed i nogen grad bindes, men til gengæld kan myndigheden ved en aftaleordning meget præcist sikre varetagelsen af lovgivningsmagtens intentioner på et givet lovgivningsområde²⁵³ – en præcision, som det kan være vanskeligt at nå med et forbud eller påbud eller en tilladelse med tilknyttede betingelser. En aftale kan give en hensigtsmæssig løsning på komplicerede forhold, som det kan være problemfyldt at regulere i detaljer ved en forvaltningsakt. Hertil kommer, at en aftaleordning styrker gennemslagskraften af forvaltningens regulering, fordi det må forventes, at borgerne gennemsnitligt vil være mere tilbøjelige til loyalt at efterleve en aftale end en forvaltningsakt, idet borgeren selv har haft indflydelse på aftalen, og fordi også myndigheden har påtaget sig forpligtelser ved aftalen.

Samtidig er det formentlig rigtigt at sige, at Mathiassens standpunkt indebærer en vis begrænset nedprioritering af retssikkerhedshensyn. Borgeren er således i risiko for at komme i den tvangssituation, som Poul Andersen

252. Jfr. a.st., bl.a. p. 379 ff.

253. Ovenfor – afsnit 17 – kom jeg til, at forbudet mod skøn under regel, der også indebærer en konkret tilpasning af reguleringen til det enkelte tilfælde, formentlig er overvejende retssikkerhedsorienteret. Det skyldes, at forbudet mod skøn under regel primært – men dog ikke udelukkende – sikrer borgeren et krav på en individuel vurdering, hvor borgeren kunne have fordel heraf. I modsætning hertil er det forvaltningsmyndigheden, der afgør, om den vil anvende aftale som alternativ til forvaltningsakt, og udgangspunktet for vurderingen heraf vil ofte være, om det er i det offentliges interesse.

lagde vægt på at undgå.²⁵⁴ Hertil kommer, at borgeren mister eventuelle rekursmuligheder, hvad der kan få betydning, hvis han eller hun ved nærmere eftertanke er utilfreds med aftalen.²⁵⁵ Mathiassen søger dog at tage højde herfor ved at gøre opmærksom på, at der i nogle tilfælde (men dog ikke alle) må gælde en vejledningspligt for forvaltningen ved dennes indgåelse af aftaler med borgeren.²⁵⁶ Hertil kommer, at Mathiassen anfører, at almindelige forvaltningsretlige grundsætninger (som også påpeget af Poul Andersen for de tilfælde, hvor aftale ifølge denne lovligt kunne indgås²⁵⁷) finder anvendelse på aftaler, der indgås som alternativ til forvaltningsakt.²⁵⁸ Endelig hører det med i de retssikkerhedsorienterede betragtninger, at det kan siges at være mere hensynsfuldt over for den enkelte borger at aftale sig til rette med ham eller hende frem for at udstede en ensidig forvaltningsakt.

Det samlede indtryk er således, at Jørgen Mathiassens synspunkt vedrørende forvaltningens muligheder for at benytte aftale i stedet for forvaltningsakt i afhandlingen om »Aftaler i forvaltningsretten« formentlig repræsenterer en vis opprioritering af systemhensyn og en mindre nedprioritering af retssikkerhedshensyn i forhold til Poul Andersens opfattelse. Andre forfattere²⁵⁹ på området synes i det væsentlige at tilslutte sig Mathiassens synspunkt og dermed den balance mellem de nævnte hensyn, som ligger bag synspunktet.²⁶⁰

254. Det er dog Mathiassens opfattelse, at denne risiko generelt ikke er helt så stor som antaget af Poul Andersen, jfr. Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten*, kap. 8.

255. I dag er det også et retssikkerhedsmæssigt problem, at borgeren kan miste rettigheder efter forvaltningsloven, der, jfr. § 2, kun gælder for afgørelsessager (og ikke for sager om aftaler, når bortses fra bestemmelserne om inhabilitet (i kap. 2), jfr. lovens § 2, stk. 2). Loven gjaldt ikke i 1974, da Mathiassens disputats udkom.

256. Jfr. Jørgen Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten*, 1974, navnlig p. 374 ff., og Jørgen Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten* (kompendium), 1990, p. 676 f.

257. Jfr. Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret*, 5. udg., p. 476 f.

258. Jfr. Jørgen Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten*, 1974, p. 556, og Jørgen Mathiassen, *Aftaler i forvaltningsretten*, (kompendium), 1990, p. 670.

259. Også Ellen Margrethe Basse har (i UfR 1991 B. 217 ff.) beskæftiget sig med aftaler mellem forvaltningsmyndigheder og private, men overvejelserne angår alene en (foreslået) lov hjemlet aftaleordning på et specielt lovgivningsområde, hvorfor den ikke skal omtales nærmere her. Se også E.M. Basse i Lis Frost (red.), *Deregulering*, 1990, p. 97 ff.

260. Se f.eks. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*, p. 282, og *Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation*, p. 73, og Karsten Revsbech i *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 2. udg., p. 118 ff.

19. Administrativ rekurs

Administrativ rekurs tjener to hovedformål.²⁶¹ Den er en retssikkerhedsgaranti for den, der berøres af en afgørelse. Garantien ligger først og fremmest i det forhold, at en prøvelse i to instanser generelt medfører større sikkerhed for en korrekt vurdering af retsregler, skønskriterier og faktiske omstændigheder end en prøvelse hos kun én myndighed. Samtidig tjener rekursen også systemhensyn. Den ekstra efterprøvelse sikrer ikke blot, at den enkelte borger får en korrekt afgørelse, men forbedrer også muligheden for, at lovgivningsmagtens direktiver og intentioner føres igennem. Vigtigst på systemsiden er dog, at den administrative rekurs tjener et styringsformål. Heri ligger, at rekursen giver rekursmyndigheden – ofte en central, statslig myndighed – mulighed for at påvirke indholdet af afgørelser på området. Det sker mest direkte ved, at klageinstansen bestemmer indholdet af afgørelsen i de sager, som indbringes for den. Indirekte sker påvirkningen ved, at førsteinstansen ud af rekursinstansens afgørelses præmisser kan læse, hvorledes andre klagesager kan falde ud, hvilket vil smitte af på førsteinstansens afgørelse. Endelig indebærer rekursordninger en styringseffekt derved, at de styrker myndighedens mulighed for at anvende andre styringsmidler end rekurs, bl.a. fordi klagesagsbehandlingen giver myndigheden en løbende information om det pågældende administrative område. Styringsformålet er mest iøjnefaldende, hvor klagemyndigheden er det departement eller den statslige styrelse, som i øvrigt står for den overordnede administration på området, men formålet kan også være fremtrædende, hvor en sådan styrelse er repræsenteret i et i øvrigt uafhængigt ankeorgan. Det skal tilføjes, at det fra en systembetragtning tæller negativt, at rekursordninger kan være ressourcerekrævende.

Der er langt fra altid nogen modsætning mellem det væsentligste systemhensyn, der udgøres af styringsformålet, og retssikkerhedshensyn. Styringseffekten kan opnås ved, at rekursinstansen træffer afgørelser, som sikrer den eller de berørte borgere en korrekt afgørelse. Men lægges der betydelig vægt på styringsformålet, kan det have negative konsekvenser for den enkeltes – i hvert fald adressatens – retssikkerhed. Det kan f.eks. ske, hvor styringsformålet fører til, at (brede) organisationer med interesser, der står i modsætning til adressatens, tillægges klageret. Noget sådant vil typisk medføre flere klager end den normale afgrænsning af kredsen af klageberettigede med deraf

261. En god beskrivelse heraf er givet i Arealudvalgets delbetænkning 2 om det fremtidige ankesystem på Miljøministeriets og byggelovens område (betænkning nr. 1120), p. 17 f.

følgende større risiko for adressaten i henseende til at miste en tilladelse, som han eller hun har disponeret efter, eller i henseende til at lide tab ved, at en disposition (f.eks. opførelse af en bygning) midlertidigt må sættes i stå som følge af en klage, der tillægges opsættende virkning. Den videre kreds af klageberettigede bringer altså typisk adressaten i en mere usikker retlig position.

Ser vi herefter på teorien, er der ikke i Poul Andersens udtrykkelige formuleringer holdepunkter for en vurdering. Der er imidlertid næppe tvivl om, at Poul Andersens almindelige synspunkter om rekurs er retssikkerhedsorienterede. Det indiceres allerede ved det forhold, at styringsformålet slet ikke er direkte omtalt. Hertil kommer, at klageret ifølge Poul Andersen kun tilkommer den, der har en individuel, væsentlig interesse i ophævelse eller omgørelse af den foreliggende forvaltningsakt,²⁶² og altså ikke organisationer o.lign. med en generel interesse i sagen (medmindre naturligvis, at der er udtrykkelig hjemmel for disses klageret).

I nyere teori er balancepunktet mellem den enkeltes retssikkerhed og systemhensyn forskudt til sidstnævntes fordel. Det skyldes, at opmærksomheden i langt højere grad er rettet mod den administrative rekurs' styringsformål.

Forholdsvis markant i så henseende er Ellen Margrethe Basses fremstilling om administrativ rekurs i »Forvaltningsret. Almindelige emner« (2. udg.), kap. 5.²⁶³ Under behandlingen af rekursens funktion lægges betydelig vægt på, at den ud over en retssikkerhedsgaranti også fungerer som et styringsmiddel, omend det fremhæves, at andre styringsmidler er vigtigere.²⁶⁴ Under klageberettigelse peges på muligheden for klageret til varetagelse af almene interesser – også i et vist omfang på et ulovbestemt grundlag.²⁶⁵ Vedrørende reformatio in pejus er det traditionelle synspunkt om, at der som udgangspunkt gælder et forbud herimod,²⁶⁶ forladt. I stedet beror adgangen til at ændre til skade for klageren – forudsat naturligvis, at der ikke er udtrykkelige lovbestemmelser om en sådan ændringsadgang – udelukkende på en generel

262. Jfr. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., p. 531 f.

263. I sin anmeldelse af Forvaltningsret. Almindelige emner, 1. udg., påpeger Bernt vedrørende Ellen Margrethe Basses kapitel om administrativ rekurs, at »fremstillingen ... hele veien holder fast ved den dobbelte funksjon, klagereglerne fyller, at de ikke bare er en retssikkerhetsgaranti, men også et inntak for administrativ styring og kontroll« (TfR 1984, p. 161).

264. Jfr. Ellen Margrethe Basse i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 274.

265. Jfr. a.st., p. 286.

266. Jfr. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., p. 538 f.

vurdering af den enkelte rekursordning.²⁶⁷ Dette er et systemvenligt synspunkt, fordi det gør det nemmere at føre lovgivningsmagtens direktiver og intentioner igennem fuldt ud, ligesom de højere forvaltningsorganers styringsmuligheder i forhold til andre myndigheder styrkes.²⁶⁸ Samtidig virker Ellen Margrethe Basses valg af dette styringsorienterede synspunkt forholdsvis markant i betragtning af, at Folketingets Ombudsmand i sin praksis har fastholdt den traditionelle opfattelse vedrørende *reformatio in pejus*.²⁶⁹

Ellen Margrethe Basse har også behandlet spørgsmålet om administrativ rekurs i disputatsen »Miljøankenævnet«, der, som det fremgår af titlen, omhandler et rekursorgan. Afhandlingens synspunkter skal imidlertid ikke behandles nærmere i nærværende afsnit. Det skyldes, at afhandlingen først og fremmest indeholder en analyse og beskrivelse af et enkelt ankeorgans praksis angående nogle bestemte lovområder. Den fremsætter således ikke – eller dog kun i begrænset omfang – generelle synspunkter om administrativ rekurs i almindelighed. Det skal derfor kun gentages, at den systembetonede metode – som påpeget i afsnit 3 ovenfor – medfører et interessefelt og nogle resultater, der må karakteriseres som overvejende systemorienterede.

Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard, *Administration og borger* (3. udg.) synes – selv om der er væsentlige forskelle på fremstillingerne – ikke at adskille sig afgørende fra Ellen Margrethe Basses kap. 5 i »Forvaltningsret. Almindelige emner«, 2. udg., i henseende til balancen mellem systemhensyn og retssikkerhed. Det ses navnlig i behandlingen af spørgsmålet om *reformatio in pejus*, der er udtryk for nogenlunde samme synspunkter som hos Basse.²⁷⁰

Omtrent den samme balance findes i Bent Christensen og Lars Nordskov Nielsen, *Forvaltningsret. Prøvelse (kompendium)*, 1986. Her fremhæves retssikkerhedssynspunkterne bag den administrative rekurs, men opmærksomheden er også i betydeligt omfang rettet mod systemhensyn, bl.a. ved fremhævelsen af mange rekursordningers styringsformål og af rekursordninger med en bred kreds af klageberettigede.²⁷¹

Derimod er fremstillingen hos Jon Andersen, *Forvaltningsret*, 1986, måske en anelse mere retssikkerhedsorienteret end de fleste andre nyere fremstillinger om rekurs, hvilket indiceres af, at den bygger på FOB 1984.32, der som nævnt fastholder det traditionelle udgangspunkt om et forbud mod ændring til skade

267. Jfr. Ellen Margrethe Basse i *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 2. udg., p. 311 ff.

268. Samtidig er synspunktet naturligvis også til fordel for trediemandsinteresser, hvor sådanne er relevante.

269. Jfr. FOB 1984.32.

270. Jfr. Haagen Jensen og Nørgaard, *Administration og borger*, 3. udg., p. 226.

271. Jfr. Bent Christensen og Lars Nordskov Nielsen, *Forvaltningsret. Prøvelse (kompendium)*, 1986, p. 1 f., og 15 ff.

for klageren.²⁷² Det samme synes at gælde for Karsten Loiborgs fremstilling i Juridisk Grundbog 4, 1989.²⁷³

Sammenfattende synes tendensen i de senere års generelle forvaltningsretlige teori at have bevæget sig i retning af en vis opprioritering af systemhensyn, delvis på bekostning af retssikkerhedshensyn.

20. Domstolskontrol

De vigtigste spørgsmål vedrørende domstolskontrol med forvaltningen omfatter procesforudsætningerne, domstolenes bedømmelsesgrundlag og domstolenes reaktionsmuligheder. Det sidste behandles delvist i de næste afsnit om ugyldighed og offentligretligt erstatningsansvar.

20.1. Søgsmålsret

Ser vi først på procesforudsætningerne, er der i nyere teori en vis udvikling bort fra Poul Andersen. Navnlig har Bent Christensen i den nye bog »Forvaltningsret. Domstolsprøvelse af forvaltningsakter«, 1988, nogle synspunkter, som afviger fra Poul Andersens. Disse afvigelser bæres i hovedsagen af systemargumenter og -overvejelser. Dette kommer f.eks. frem i forbindelse med behandlingen af søgsmålsret. Poul Andersen antog, at søgsmålsret normalt må forudsætte en konkret egeninteresse (væsentlig, individuel interesse) hos sagsøgeren, dog således at grænsen ikke bør drages alt for snævert.²⁷⁴ Endvidere må der normalt være et sammenfald mellem kredsen af klageberettigede i den administrative rekurs og kredsen af søgsmålsberettigede.²⁷⁵ Vedrørende foreninger og andre sammenslutninger antog Poul Andersen, at en sådan kan have søgsmålsret, hvis den selv som retssubjekt er krænket i en rettighed eller interesse, hvis den optræder som mandatar for de enkelte medlemmer, hvis alle eller et større antal medlemmer af sammenslutningen hver for sig kan anlægge sag, samt eventuelt i visse særlige tilfælde, hvor en gruppe personer snarere end den enkelte er krænket (f.eks. ved en ulovlig undladelse af at oprette visse advancementsstillinger).²⁷⁶ Som det fremgår, er Poul Andersen udpræget retssikkerhedsorienteret i sin afgrænsning af kredsen af

272. Jfr. Jon Andersen, Forvaltningsret, 1986, p. 176 f.

273. Jfr. Karsten Loiborg i Juridisk Grundbog 4, 1989, p. 267.

274. Jfr. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., p. 617 ff.

275. Jfr. a.st., p. 619.

276. Jfr. a.st., p. 632 f.

søgsmålsberettigede. Retten til at anlægge retssag mod forvaltningen afgrænses i alt væsentligt ud fra den enkeltes behov for retsbeskyttelse.

Jørgen Mathiassens fremstilling i »Forvaltningsret. Almindelige emner«, 2. udg., kap. 6, er i hovedsagen på linie hermed.²⁷⁷ Det samme gælder Haagen Jensen i »Administration og borger«, 3. udg.,²⁷⁸ og formentlig også Jon Andersen, Forvaltningsret.²⁷⁹

Bent Christensen har i ovennævnte bog om domstolsprøvelse et andet syn på søgsmålsretten. Ifølge Christensen kan der ikke opstilles nogen generel regel til afgrænsning af kredsen af søgsmålsberettigede. Det er bedst at overlade dette til domstolenes konkrete vurdering i det enkelte tilfælde. Det vigtigste hensyn angives her at være processuelt: Sagsøgeren skal være egnet til at føre sagen ordentligt i den forstand, at han eller hun kan yde en god indsats under sagen. Dette hensyns vigtighed hænger sammen med, at det resultat, som kommer ud af en retssag, er helt afhængigt af parternes indsats, fordi rammen om sagen lægges ved parternes påstande og anbringender, ligesom sagens oplysning påhviler parterne i civile retssager. Det er endda sådan, at domstolene bør være tilbageholdende med at godkende en sagsøger, hvis en anden er bedre egnet, men ikke ønsker at anlægge sag.²⁸⁰ Det er min vurdering, at der her reelt ligger et systemargument: Søgsmålsberettigelsen må afgrænses efter, hvad der giver den største sikkerhed for, at vi i den enkelte dom kommer frem til det rigtige resultat, og dermed til den bedst mulige realisering af lovgivningsmagtens direktiver m.v. – også i fremtidige sager (som følge af dommes præjudikatvirkning).

Dette fører hos Bent Christensen til, at bl.a. såkaldte vagthunde-organisationer o.lign. bør kunne anerkendes som søgsmålsberettigede i visse sager, uanset at de ikke har nogen væsentlig, individuel interesse (egeninteresse) i sagen. Herved tilgodeses muligvis et systemhensyn, idet en sådan afgrænsning af kredsen af søgsmålsberettigede indebærer, at slagkraften af den overvågningsopgave, som interesseorganisationer o.l. varetager, forøger muligheden for »feed-back« til det offentlige systems kontrolorganer, her domstolene, angående forvaltningens overholdelse af lovgivningsmagtens direktiver og intentioner.²⁸¹

277. Jfr. Jørgen Mathiassen, Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 338 ff.

278. Jfr. Haagen Jensen og Nørgaard, Administration og borger, 3. udg., p. 243.

279. Jfr. Jon Andersen, Forvaltningsret, 1986, p. 90 ff.

280. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Domstolsprøvelse, p. 22. Bogen er anmeldt af Jørgen Mathiassen i Juristen 1990, p. 27 ff., og Niels Pontoppidan i U 1990 B. 161 ff.

281. Smh. Gomard, Civilprocessen, 3. udg., p. 287 ff.

Efter Christensens opfattelse er det på den anden side ikke nødvendigvis sådan, at den, der er klageberettiget i den administrative rekurs, også har søgsmålsret. Det kræver en langt større indsats at deltage i en domstolsproces end i en administrativ rekurs, idet det administrative rekursorgan er undergivet bl.a. officialprincippet.²⁸²

Allerede dette sidste kan måske indicere, at Bent Christensen nedtoner retssikkerhedshensynet. Dette indtryk bestyrkes på anden måde. Christensen overser naturligvis ikke, at der er et hensyn at tage til forvaltningsaktens adressat, og at dette hensyn i større eller mindre grad kan tilsidesættes ved, at f.eks. vagthundeorganisationer får søgsmålsret og eksempelvis gør gældende, at en tilladelse til et anlægsarbejde er ulovlig. Det tab, adressaten kan lide, bør imidlertid ikke efter Christensens opfattelse afskære vagthundeorganisationerne m.v. fra søgsmålsret, men det fører kun til, at det – som en mulig løsning – bør sikres på forhånd, at de kan betale eventuelle sagsomkostninger og helst også en eventuel erstatning, hvis de taber sagen.²⁸³

Christensen vil ikke kun lægge vægt på de meget brede systeminteresser, men peger også på et til dels modstående lidt snævrere hensyn til forvaltningen.²⁸⁴ Dette hensyn består i, at forvaltningen ved en søgsmålsret til vagthundeorganisationer ikke bør miste sin bevægelsesfrihed i henseende til at vælge andre måder til realisering af lovgivningens formål end blot at forlange lovens regel overholdt. Dette indebærer bl.a., at hvor forvaltningen har en dispensationsmulighed, skal denne bevares. Det kan ske uden at nægte søgsmålsret til vagthundeorganisationer m.v., idet det omtalte hensyn oftest kan varetages ved at udsætte sagen, til dispensationsspørgsmålet er afgjort, eller ved at formulere dommen, så dispensationsmuligheden holdes åben.²⁸⁵

20.2. Bedømmelsesgrundlag og prøvelsesintensitet

Også i henseende til bedømmelsesgrundlag og prøvelsesintensitet har teorien udviklet sig betydeligt siden Poul Andersen. Denne udvikling er gået i retning af synspunkter, som indebærer en vis udvidelse af bedømmelsesgrundlaget og måske en lidt større prøvelsesintensitet.

282. Jfr. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Domstolsprøvelse*, p. 22.

283. Jfr. a.st., p. 21.

284. Angående beregningen af søgsmålsfrist foreslår Christensen, at denne regnes fra tidspunktet fra en eventuel tilbagekaldelsesafgørelse frem for tidspunktet for udstedelsen af den oprindelige forvaltningsakt. Argumentationen herfor er systemorienteret, idet det anføres, at der kan være gode samfundsøkonomiske grunde til at ønske en fornyet administrativ behandling, inden domstolsprøvelsen sættes i sving, jfr. a.st., p. 27 f.

285. Jfr. a.st., p. 21.

Det var som nævnt Poul Andersens opfattelse, at domstolene er inkompetente over for forvaltningens frie skøn. Selv om der påpegedes nogle modifikationer hertil (bl.a. prøvelse af, om der foreligger »formelle mangler« som f.eks. magtfordrejning), er der ikke tvivl om, at Poul Andersens synspunkt indebar et relativt begrænset bedømmelsesgrundlag.²⁸⁶

Med hensyn til endelighedsbestemmelser – d.v.s. lovbestemmelser, som fastsætter, at en administrativ afgørelse ikke kan indbringes for domstolene – var Poul Andersen opmærksom på, at disse bestemmelser måtte fortolkes indskrænkende, idet formelle spørgsmål og rene fortolkningsspørgsmål kunne efterprøves af domstolene. Men Poul Andersen fastholdt, at domstolene ikke kunne prøve afgørelsens materielle lovlighed.²⁸⁷

I sin banebrydende afhandling om »Øvrighedsmyndighedens grænser« fra 1969 gjorde Ole Krarup op med Poul Andersens dogme om domstolenes inkompetence. Krarup vendte så at sige synsvinklen om og indtog – efter grundige praksisanalyser – det standpunkt, at domstolene som udgangspunkt kan efterprøve alle en forvaltningsafgørelses præmisser. Intensiteten kan imidlertid veksle. Således kan det f.eks. i visse tilfælde være af betydning, at en lovbestemmelse er upræcis, ligesom domstolenes særlige tillid til en myndighed kan medføre tilbageholdenhed. Omvendt kan andre forhold føre til en meget intensiv prøvelse. Det gælder således brud på administrativ praksis og vildfarelse. Med hensyn til endelighedsbestemmelser mener Krarup at kunne påvise, at disse kun er deklarative, og at domstolene således alene som noget typisk – og altså ikke i alle situationer – vil anse afgørelser, omfattet af sådanne bestemmelser, for injudiciable.²⁸⁸

Der er ikke tvivl om, at Krarups analyser og brede synsvinkel trækker i retning af et videre bedømmelsesgrundlag og en større intensitet i prøvelsen end Poul Andersens standpunkt.

Jørgen Mathiassen har videreudviklet de synspunkter, som kommer til udtryk i Krarups afhandling. Mathiassen har i adskillige år og i adskillige litterære sammenhænge beskæftiget sig med spørgsmålet om domstolenes kontrol med forvaltningen. Mathiassens arbejder, herunder ikke mindst en række bidrag til lærebøger, indeholder naturligvis først og fremmest en beskrivelse af regler og praksis. Det er imidlertid kendetegnende for Mathiassens analyser, at de bygger på en underliggende problemstilling, der går ud på at

286. Jfr. Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret*, 5. udg., p. 604 ff. Det relativt begrænsede bedømmelsesgrundlag understreges også af Poul Andersens afstandtagen fra (i modsætning til Max Sørensen) at lade domstolskontrollen omfatte spørgsmålet om (åbenbar) urimelighed, jfr. a.st., p. 614.

287. Jfr. a.st., p. 601.

288. Jfr. Krarup, *Øvrighedsmyndighedens grænser*, p. 487 ff.

belyse, hvor langt domstolene går i deres prøvelse af forvaltningsakter – og hvad der kan bringe domstolene til at gå længere, end de måske umiddelbart er tilbøjelige til. Mathiassens arbejder indeholder ved deres typiske synsvinkel så at sige et teoretisk pres – og praktiske anvisninger – i retning af en intensiveret domstolsprøvelse.²⁸⁹ Det er således karakteristisk, at Mathiassens kap. 6 om domstolskontrol med forvaltningen i »Forvaltningsret. Almindelige emner« (2. udg.) meget udførligt gennemgår situationer, hvor domstolsprøvelsen udvides, og hvor forskellige prøvelsesbegrænsninger (f.eks. endelighedsbestemmelser) kan forstås indskrænkende.²⁹⁰ Hertil kommer som noget meget væsentligt (og også meget værdifuldt) hos Mathiassen, at interessen ofte er koncentreret om overvejelser om, hvorledes en (privat) part gennem sagens tilrettelæggelse, f.eks. udformningen af påstande og anbringender, kan formå domstolene til at intensivere prøvelsen mere end ellers.

Den udvidelse og intensivering af domstolskontrollen, som Mathiassens synsvinkel angår, kan – ligesom Krarups synspunkt – opfattes som en styrkelse af såvel systemhensyn som af den enkeltes retssikkerhed. Jo længere domstolskontrollen af den enkelte afgørelse går, jo større sikkerhed vil der normalt være for, at afgørelsen realiserer lovgivningsmagtens direktiver og intentioner. Samtidig vil sikkerheden for, at den enkelte borger får sin ret (materiel retssikkerhed), normalt forøges. Selv om systemhensyn og retssikkerhedshensyn således går hånd i hånd hos Mathiassen, er der dog – bedømt ud fra fremstillingens formuleringer – næppe tvivl om, at Mathiassen selv lægger hovedvægten på det retssikkerhedsmæssige.²⁹¹

Den anden centrale, nyere fremstilling på området, Bent Christensen, Forvaltningsret. Domstolsprøvelse af forvaltningsakter, 1988, indeholder naturligvis en række af de samme problemstillinger og overvejelser som Mathiassens fremstilling. Og den trækker også i retning af en vis udvidelse af domstolskontrollen. Hos Bent Christensen hænger dette sidste dog snarest sammen med den betydelige differentiering af domstolenes reaktionsmuligheder (følger af underkendelse) og navnlig den meget differentierede gennemgang af domstolenes bedømmelsesgrundlag, som Christensens bog indeholder.

I den forbindelse er det for Bent Christensen et vigtigt spørgsmål, om domstolene kan efterprøve afvejningen. Udgangspunktet er det traditionelle benægtende svar, men Christensen gør en del ud af at overveje modifikationer hertil – dog således, at konklusionerne vedrørende disse modifikationer er

289. Jfr. f.eks. Mathiassen i UfR 1981 B. 241 ff.

290. Jfr. Mathiassen i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., afsnit IX og X.

291. Jfr. a.st., pp. 318 f.

relativt forsigtige.²⁹² Det kan også tilføjes, at Christensen holder det åbent, om domstolene kan efterprøve en afgørelses urimelighed²⁹³ – hvilket Poul Andersen som nævnt afviste.

Bent Christensens behandling af et andet meget vigtigt problem vedrørende domstolenes bedømmelsesgrundlag er bemærkelsesværdig. Problemet (som delvist hænger sammen med det ovennævnte spørgsmål om efterprøvelse af afvejningen) drejer sig om betydningen af interne regler, og om i hvilket omfang disse kan indgå i domstolenes grundlag for prøvelsen. Christensen berører spørgsmålet i forskellige relationer. På baggrund af en gennemgang af skattesager konkluderer Bent Christensen, at det på den ene side nok er tvivlsomt, om skatterettens interne regler,²⁹⁴ når de går videre end til gengivelse af, hvad der allerede er gældende ret på andet grundlag, indgår i domstolenes prøvelsesgrundlag på linie med love, anordninger og almindelige retsgrundsætninger. På den anden side står det dog fast, at reglerne *kan* indgå som selvstændigt element i prøvelsesgrundlaget, og efter Christensens opfattelse rammer man snarere det rette ved at tage udgangspunktet i en formodning for, at interne skatteretlige regler indgår i domstolenes bedømmelsesgrundlag på linie med love og anordninger og almindelige retsgrundsætninger, end ved at vælge det modsatte udgangspunkt.²⁹⁵ Senere i fremstillingen fremgår det, at Christensen er tilbøjelig til at tro, at domstolene – også uden for skatteområdet – kan prøve forvaltningsakters overensstemmelse med lovlige interne regler om afvejningen,²⁹⁶ hvilket Christensen så vidt ses også finder rigtigst ud fra en retspolitisk synsvinkel.²⁹⁷ Det anføres i den forbindelse, at bl.a. sagsbehandlingsregler fastsat ved (interne) tjenestebefalinger m.v. ligeledes bør kunne være en del af prøvelsesgrundlaget.²⁹⁸

Selv om det ikke fremgår helt udtrykkeligt, må Christensen forstås således, at interne regler – i og med at de indgår i en del af prøvelsesgrundlaget – i en række situationer kan (eller bør kunne) påberåbes af borgeren. Det er klart, at borgerens retssikkerhed forbedres ved den lettere udvidelse af bedømmelsesgrundlaget, som Christensens synspunkt lægger op til. Samtidig nedprioriteres det systemhensyn, der består i størst mulig handlefrihed for forvaltningen, idet

292. Jfr. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Domstolsprøvelse af forvaltningsakter*, p. 88 f., 91 og 93.

293. Jfr. a.st., p. 94.

294. Interne regler defineres a.,st., p. 118.

295. Jfr. a.st., p. 61.

296. Jfr. a.st., p. 91.

297. Jfr. a.st., p. 121.

298. Jfr. a.st.

den overordnede regeludsteders frihed i forhold til sine egne regler bliver mindre, når borgeren kan støtte ret på dem (se afsnit 4.1 ovenfor). På den anden side må det ikke helt overses, at synspunktet tilgodeser et systemhensyn, der består i en sikring af, at den underordnede efterlever den overordnede direktiver, idet kontrollen med disses overholdelse i en vis forstand udvides. At dette systemhensyn også *kan* være en del – om end nok en underordnet del – af Bent Christensens tanke om i visse tilfælde at inddrage de interne regler i bedømmelsesgrundlaget, bestyrkes af, at tanken første gang blev fremsat i en fremstilling om forvaltningens opgaver og organisation i et afsnit om (retlige følger af) styring ved tjenestebefalinger.²⁹⁹

Med hensyn til endelighedsbestemmelers betydning for domstolsprøvelsen ligger Christensen stort set på linie med Krarup (se ovenfor i dette afsnit), dog med påpegning af, at det er usikkert, hvordan domstolene vil forholde sig, hvis endelighedsbestemmelser igen bliver almindelige.³⁰⁰

Sammenfattende er der næppe tvivl om, at opfattelsen i teorien har udviklet sig i retning af en accept af et videre bedømmelsesgrundlag og måske også en større intensitet i domstolenes efterprøvelse af forvaltningsafgørelser. Dette indebærer alt i alt en vis styrkelse af retssikkerhedshensyn, mens omvendt synspunkterne om søgsmålsret (afsnit 20.1) synes i stigende grad at bygge på en prioritering af systemhensyn, delvist på bekostning af retssikkerhedshensyn.

21. Ugyldighed

Poul Andersen antog i sin klassiske ugyldighedslære, at begunstigende forvaltningsakter, der led af en hjemmelsmangel, som hovedregel var ugyldige.³⁰¹ Det var imidlertid en vigtig modifikation hertil, at en ulovlig begunstigende forvaltningsakt ikke kunne annulleres, hvor forvaltningsmyndigheden havde støttet sig til en fortolkning, som ikke kunne anses for åbenbart urigtig. Det samme måtte ifølge Poul Andersen muligvis antages, hvor ulovligheden beror på en faktisk vildfarelse, som ikke kan lægges adressaten til last, og denne er i god tro, i alt fald når der er hengået længere tid.³⁰²

299. Jfr. Bent Christensen, *Forvaltningens opgaver og organisation* (kompendium), 1984, p. 177.

300. Jfr. Bent Christensen, *Domstolsprøvelse af forvaltningsakter*, p. 108 f.

301. Jfr. Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret*, 5. udg., p. 392.

302. Jfr. a.st., p. 394.

I den nævnte modifikation ligger en klar prioritering af adressatens retssikkerhed (overvejende forudseelighedsretssikkerhed).³⁰³ Varetagelsen af dette retssikkerhedshensyn sker navnlig på bekostning af et overordnet systemhensyn, idet det er en hindring for den fuldstændige realisering af lovgivningsmagtens direktiver og intentioner.³⁰⁴

Poul Andersens prioritering af retssikkerheden kan siges at være markant, idet der – for så vidt angår modifikationen vedrørende en fortolkning, som ikke er åbenbart urigtig – strengt taget ikke var noget egentligt grundlag for hans opfattelse i retspraksis.

Poul Andersens hovedregel er blevet fastholdt i nyere teori, men den nævnte retssikkerhedsbetonede modifikation er blevet problematiseret og i visse fremstillinger delvist forladt.

I første omgang er det navnlig Claus Haagen Jensen og Orla Friis Jensen, som har sat spørgsmålstegn. Det skete først i en artikel fra 1976, hvor det hævdedes, at formodningen er for ugyldighed, hvis afgørelsen efter sit indhold er ulovlig, og det anførtes, at der ikke forelå retspraksis til støtte for Poul Andersens relativt vidtgående modifikation om retskraft for tvivlsomt ulovlige afgørelser.³⁰⁵ Tanken er videreudviklet i senere arbejder. I »Administration og borger«, 3. udg., p. 265 f., giver Haagen Jensen således udtryk for, at det afgørende ved saglige mangler, herunder hjemmelsmangler, må være adressatens konkrete dispositioner i tillid til afgørelsen. Har adressaten eksempelvis endnu ikke udnyttet en tilladelse, taler dette for ugyldighed også i tilfælde, hvor den begunstigende forvaltningsakts indholdsmæssige ulovlighed er tvivlsom. Friis Jensen har i en artikel fra 1980 givet udtryk for et nogenlunde tilsvarende synspunkt.³⁰⁶

I det valg af problemløsning, som Haagen Jensen og Friis Jensen står for, ligger ikke nødvendigvis en egentlig nedprioritering af den enkelte adressats retssikkerhed. Det er stadig tanken, at der skal tages hensyn til adressatens indrettelse (forudseelighedsretssikkerhed), men denne hensyntagen skal ske med større præcision og kun, hvor der er et reelt behov herfor,³⁰⁷ det vil sige

303. Jfr. herved Haagen Jensen og Nørsgaard, *Administration og borger*, 3. udg., p. 265.

304. Også trediemandsinteresser kan blive tilsidesat.

305. Jfr. Haagen Jensen og Friis Jensen i *Juristen* 1976, p. 71, med note 95. (Den pågældende artikels hovedindhold er ellers i det væsentlige retssikkerhedsorienteret, jfr. afsnit 16 ovenfor).

306. Jfr. Friis Jensen i *UfR* 1980 B. 134. A.st. anfører Friis Jensen, at Poul Andersens ovenfor omtalte modifikation antagelig kun tager sigte på rent begunstigende tilladelser.

307. Dette er baggrunden for, at jeg personligt kan tilslutte mig synspunktet, jfr. herved *Planer og forvaltningsret*, p. 473 f.

i de tilfælde, hvor adressaten har foretaget konkrete handlinger på baggrund af den begunstigende afgørelse. Det er imidlertid sikkert, at overordnede systemhensyn tilgodeses bedre, idet der vil være nemmere adgang til at annullere begunstigende, materielt ulovlige afgørelser end efter Poul Andersens lære, og dermed bedre mulighed for at sikre en realisering af lovgivningsmagtens direktiver og intentioner.

Hvis vi antager, at det er den sidstnævnte fordel, der ligger bag Haagen Jensens og Friis Jensens tanker, forekommer opprioriteringen af systemhensynet at være markant og at være valgt meget bevidst. Det skyldes, at den videre udvikling af kritikken af Poul Andersens ovennævnte modifikation sker i direkte opposition til en landsretsdom fra 1974,³⁰⁸ der i hvert fald i sine formuleringer meget tydeligt henholder sig Poul Andersens synspunkt.³⁰⁹

Jørgen Mathiassen har stort set været på linie med Poul Andersens opfattelse, dog med en mulig nuanceforskel i retning af en større formodning for ugyldighed, idet Mathiassen normalt har benyttet den formulering, at en forvaltningsakt, der er udstedt i strid med loven, som *altovervejende* hovedregel er ugyldig. I forbindelse hermed refereres Poul Andersens ovenfor nævnte modifikation uden egentlig diskussion.³¹⁰ I den seneste (2.) udgave af »Forvaltningsret. Almindelige emner« har Mathiassen dog delvist tilsluttet sig Haagen Jensens og Friis Jensens spørgsmålstegn ved Poul Andersens modifikation, idet det om denne siges: »Det er et spørgsmål, om denne antagelse ikke er for vidtgående. I alt fald må det forekomme sandsynligt, at domstolene ved en stillingtagen til, om en forvaltningsakt bør opretholdes, selvom den er materielt ulovlig, vil tillægge det en ganske betydelig vægt, om adressaten kan siges at have indrettet sig i tillid til, at afgørelsen står ved magt«. ³¹¹

Bent Christensen, Domstolsprøvelse af forvaltningsakter, anvender ikke begrebet ugyldighed. I stedet tales om følger af underkendelse.³¹² Den formentlig vigtigste af disse følger er annulation.³¹³ Under behandlingen heraf fremsætter Christensen synspunkter, som i deres kerne synes at ligge nær Jørgen Mathiassens, hvorved de indeholder en vis afstandtagen fra Poul Andersen, og dermed en vis opprioritering af systemhensyn og måske en vis

308. Vestre Landsrets dom af 11. november 1974 (gengivet i U 1983.1000 H).

309. Jfr. Haagen Jensen i Haagen Jensen og Nørgaard, Administration og borger, 3. udg., p. 265 f. Se endvidere Friis Jensen i U 1980 B. 134.

310. Jfr. Jørgen Mathiassen i Juridisk Grundbog 1, 1975, p. 204 ff., og i Forvaltningsret. Almindelige emner, 1. udg., 1979, p. 286 ff.

311. Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 376.

312. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Domstolsprøvelse, p. 129, og afsnit 24 nedenfor.

313. Bent Christensen, a.st., p. 133 ff.

lavere prioritet til retssikkerhedshensyn. Det siges, at hvis underkendelsen skyldes et hjemmelsspørgsmål, »er følgen som altovervejende hovedregel annulation«. Det tilføjes, at berettigede forventninger eventuelt kan føre til, at en forvaltningsakt ikke annulleres uanset hjemmelsmanglen. Der gælder dog ingen almindelig regel om, at berettigede forventninger uden videre medfører, at annulation ikke indtræder. Domstolene foretager en konkret afvejning, hvori foruden de berettigede forventninger hos adressaten indgår kriterier som de samfundsmæssige interesser bag den overtrådte regel, forvaltningsaktens følger for andre, værdispild, manglens grovhed og/eller åbenbarhed – og berettigede forventninger har ikke prioritet under afvejningen.³¹⁴

Vedrørende ugyldighed som følge af sagsbehandlingsfejl er det et hovedspørgsmål, om en afgørelse, der er ulovlig på grund af en sådan fejl, kan opretholdes som gyldig på grundlag af en konkret væsentlighedsvurdering. Poul Andersen synes overvejende tilbøjelig til at besvare spørgsmålet benægtende.³¹⁵ I forhold hertil lægger den i dag dominerende lærebog på området, Carl Aage Nørgaard og Jens Garde, Forvaltningsret. Sagsbehandling, 3. udg., lidt større vægt på den konkrete væsentlighedsvurdering. Det hovedsynspunkt, som formuleres i den nævnte bog, kan betegnes som en modificeret generel væsentlighedsvurdering og går ud på følgende: »... hvis sagsbehandlingsfejl efter en generel vurdering ikke kan antages at påvirke afgørelsens indhold, vil afgørelsen trods fejlen være gyldig. Hvis derimod fejlen efter en generel vurdering kan antages at påvirke afgørelsens indhold, bevirker det, at afgørelsen bliver ugyldig, medmindre det påvises, at fejlen i det konkrete tilfælde har været uden betydning«.³¹⁶

Det refererede synspunkt kan til en vis grad siges at være systemvenligt. Det skyldes, at synspunktet indebærer, at forvaltningen undgår besvær og omkostninger ved at skulle lade sager gå om på grund af rent formelle fejl, som er betydningsløse. Endvidere hindrer synspunktet næppe den fulde gennemførelse af lovgivningsmagts direktiver og intentioner på det enkelte område, idet statuering af ugyldighed kun undlades i de tilfælde, hvor det kan påvises, at afgørelsens indhold er lovligt og rigtigt. Samtidig medfører synspunktet en vis begrænset risiko for den enkeltes retssikkerhed (procesretssikkerhed), idet muligheden for, at en afgørelse vil blive opretholdt trods

314. Jfr. a.st., p. 135.

315. Jfr. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 5. udg., bl.a. p. 333 og 341 f.

316. Nørgaard og Garde, Forvaltningsret. Sagsbehandling, 3. udg., p. 245. Se også Jørgen Mathiassen i Juristen 1976, p. 228 ff., der ser kritisk på tendensen i retspraksis til at opgive den generelle væsentlighedsbedømmelse til fordel for en konkret væsentlighedsvurdering ved formelle mangler. Se endvidere Mathiassen i NAT 1963, p. 234 ff.

en sagsbehandlingsfejl, kan føre til, at forvaltningen tager lidt lettere på sagsbehandlingsreglerne. Denne mindre nedtoning af retssikkerhedshensyn skal dog vurderes i lyset af retspraksis, som i hvert fald ikke synes mindre – men snarere mere – tilbøjelig til at opretholde afgørelser på grundlag af en konkret væsentlighedsvurdering.³¹⁷ Det refererede synspunkt er derfor måske en smule mere retssikkerhedsvenligt end praksis.³¹⁸

Systemhensynene står derimod stærkt – og retssikkerhedshensynene nok lidt svagere – hos Bent Christensen, Forvaltningsret. Domstolsprøvelse af forvaltningsakter, 1988, hvor der (p. 182) argumenteres for, at domstolene bør modstå presset mod deres hidtidige tilbøjelighed til konkret væsentlighedsvurdering af sagsbehandlingsmangler (og helbredelse af disse). Et væsentligt argument herfor er, at annullation af en forvaltningsakt alene på grundlag af sagsbehandlingsmangler næsten altid medfører et ressourcespild.

Det samlede indtryk er herefter, at der i teoriens behandling af ugyldighedsspørgsmål er sket en vis opprioritering af systemhensyn og en begrænset nedtoning af retssikkerhedshensyn.

22. Offentligretligt erstatningsansvar

Erstatningsansvar tjener bl.a. et præventivt formål. Det gælder også for det offentligretlige erstatningsansvar.³¹⁹ Dette ansvar kan derfor eventuelt siges at tilgodese et systemhensyn, idet det sikrer myndighedernes (f.eks. kommunernes) og disses ansattes respekt for – og dermed efterlevelse af – lovgivningsmagtens direktiver m.v. Helt overvejende tjener det offentligretlige erstatningsansvar dog til retsbeskyttelse af den enkelte borger³²⁰ og varetager derfor et retssikkerhedshensyn (en blanding af materiel retssikkerhed og forudseelighedsretssikkerhed) og er omvendt til skade for systemhensyn, idet det offentlige kan pålægges udgifter og kan få sin handlefrihed indskrænket. Om en teoretisk fremstilling af det offentligretlige erstatningsansvar er system- eller retssikkerhedsorienteret må derfor primært bero på, om de betingelser, den opstiller for indtræden af erstatningsansvar for forvaltningsmyndighederne, er mere eller mindre strenge – og på dens syn på den form for genoprettelse, borgeren har krav på.

317. Jfr. herved Jørgen Mathiassens kritik af retspraksis i Juristen 1976, p. 228 ff. Se også Mathiassen i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 370 f.

318. Det refererede synspunkt svarer også til Jon Andersens opfattelse i Forvaltningsret, p. 116, og i Juridisk Grundbog 4, p. 221.

319. Jfr. Poul Andersen, Offentligretligt Erstatningsansvar, 1938, p. 66 ff.

320. Jfr. a.st. («genoprettelse»).

Offentligretligt erstatningsansvar er i dansk teori navnlig behandlet i to ældre og i to nyere fremstillinger. De ældre er Knud Illum, »Et Bidrag til Læren om det Offentliges og dets Tjenestemænds Erstatningsansvar«, TfR 1935, pp. 43-118, og Poul Andersen, Offentligretligt Erstatningsansvar, 1938. De nyere er Orla Friis Jensen i Forvaltningsret. Almindelige emner (kap. 8 i 1. udgaven, 1979, og kap. 9 i 2. udgaven, 1989), og Henning Skovgaard, Offentlige myndigheders erstatningsansvar, 1983. Herudover kan nævnes Bent Christensen, Domstolsprøvelse, 1988, pp. 158-163.³²¹

Poul Andersens fremstilling synes – omend der gøres en del ud af præventionshensynet – gennemgående at lægge mest vægt på retssikkerhedshensyn. Poul Andersen behandler såvel offentlige funktionærers erstatningsansvar over for borgerne som det erstatningsansvar, der i forhold til borgeren påhviler de offentlige myndigheder som sådanne. Vedrørende funktionærernes ansvar er betingelserne for indtræden heraf relativt strenge. Den væsentligste erstatningsbetingelse er, at der er handlet culpøst, og en række forhold virker ifølge Poul Andersen disculperende. Det gælder således undskyldelig retsvildfarelse³²² samt befalinger fra den overordnede, som den underordnede har pligt til at adlyde.³²³ Hensynene bag disse forholdsvis strenge betingelser, der isoleret set svækker retsbeskyttelsen af den enkelte, almindelige borger, er systemprægede, idet den bærende argumentation er den, at for vidtgående en risiko for at ifalde erstatningsansvar vil svække den enkelte funktionærs virkelyst og fremme overdreven forsigtighed og omstændelighed.³²⁴

Denne begrænsning af den enkelte borgers mulighed for at opnå erstatning er imidlertid kun tilsyneladende, idet betingelserne for at komme igennem med et erstatningskrav mod de offentlige myndigheder som sådanne er tilsvarende lempeligere.³²⁵ Således finder Poul Andersen, at en offentlig myndighed kan blive erstatningsansvarlig i visse tilfælde, hvor dens funktionærer ville gå fri på grund af undskyldelig retsvildfarelse.³²⁶ Dette begrundes med, at det offentlige er nærmere til at bære tabet ved den skadevoldende funktionærs retsvildfarelse end skadelidte, altså et retsbeskyttelseshensyn. Tilsvarende argumenterer Poul Andersen for erstatningsansvar for det offentlige ved

321. Endvidere skal henvises til Haagen Jensen og Nørgaard, Administration og borger, 3. udg., p. 266 f. og Jon Andersen, Forvaltningsret, p. 131 ff.

322. Jfr. Poul Andersen, Offentligretligt Erstatningsansvar, 1938, p. 39 ff.

323. A.st., p. 59 ff.

324. Jfr. a.st., p. 42 og 27.

325. Det bemærkes dog, at culpa også i denne relation principielt er en ansvarsbetingelse hos Poul Andersen. Der er ikke tale om et objektivi ansvar.

326. Jfr. a.st., p. 96.

anonyme fejl, primært under henvisning til trangen til genoprettelse og kun sekundært under henvisning til et præventionshensyn.³²⁷

Det hører også med i billedet, at Poul Andersen kun undtagelsesvis vil acceptere, at undladelse af rekurs skal kunne udelukke skadelidte fra erstatning ud fra betragtninger om egen skyld. Det kan kun ske, såfremt skadelidte forsætligt eller uagtsomt har undladt på denne måde at afværge skaden.³²⁸ Det kan ifølge Poul Andersen under ingen omstændigheder forlanges, at skadelidte skal anlægge retssag for at få den administrative retsakt kendt ulovlig.

Orla Friis Jensens fremstilling om det offentligretlige erstatningsansvar i »Forvaltningsret. Almindelige emner« (kap. 8 i 1. udgaven og kap. 9 i 2. udgaven) er bygget anderledes op end Poul Andersens fremstilling, og den medtager flere spørgsmål, ligesom den besvarer disse med noget større præcision på baggrund af meget grundige analyser. Derimod afviger Friis Jensens fremstilling næppe fra Poul Andersens i henseende til afbalanceringen af systemhensyn og retssikkerhed.

Ifølge Friis Jensen er culpa stadig den grundlæggende ansvarsbetingelse.³²⁹ Det tilføjes dog, at culpabedømmelsen generaliseres på forskellig måde, således at f.eks. anonyme fejl kan medføre et erstatningsansvar for det offentlige. Sammenfattende siges det, at ansvarsbedømmelsen ikke så meget beror på en vurdering af individuel adfærd som på overvejelser af, hvilke krav der bør stilles til den offentlige virksomhed, som har medført skaden.³³⁰ Dette er en relativt sikker og præcis måde at udtrykke forholdet på, men de hensyn og den afbalancering heraf, som ligger bag formuleringen, afviger næppe fra Poul Andersens tanker om (anonyme) »tjenestefejl«.³³¹

For så vidt angår skadevoldende retsakter anfører Friis Jensen, at retstilstanden formentlig kan sammenfattes derhen, at domstolene opererer med en formodning for culpa, når der foreligger ugyldighed.³³² Her er der tale om en vis objektivisering af ansvarsgrundlaget, der antagelig afviger fra Poul Andersens opfattelse og stiller retssikkerhedshensynene lidt stærkere end hos denne. Dette skal imidlertid ses i lyset af, at Friis Jensen er tilbageholdende i forhold til udviklingen i praksis, idet Friis Jensen er opmærksom på, at der

327. Jfr. a.st., p. 100 f.

328. Jfr. a.st., p. 158.

329. Jfr. Friis Jensen i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 507 ff.

330. Jfr. a.st., p. 507.

331. Jfr. Poul Andersen, 1938, pp. 97-101.

332. Jfr. Friis Jensen i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 523.

foreligger domme, som sikkert med rimelighed kunne hævdes at bygge på et egentligt objektivt ansvar.³³³

Det kan tilføjes, at Friis Jensens tanker om, hvorvidt erstatningen kan nedsættes eller bortfalde i tilfælde af egen skyld, bestående i en undladelse af at udnytte en foreliggende mulighed for at få en afgørelse ophævet eller ændret ved rekurs eller remonstration, ligger tæt på Poul Andersens overvejelser.³³⁴

På et enkelt punkt går Friis Jensen dog så vidt ses længere end Poul Andersen i henseende til at opprioritere retssikkerhedshensyn, delvis på bekostning af systemhensyn. Der tænkes her på, at Friis Jensen fremhæver, at der retspolitisk formentlig er et udtalt behov for, at der sættes visse retlige grænser for erstatningsløsningen, og at der stadig er den mulighed, at domstolene i særlige tilfælde vil imødekomme en ugyldighedspåstand, således at forvaltningen fortsat skal beskæftige den pågældende under samme lønvilkår – om end ikke nødvendigvis i samme stilling.³³⁵ Heri ligger en yderligere retsbeskyttelse af den enkelte, mens systemhensyn lider en vis begrænset skade, fordi det – i hvert fald i visse tilfælde – måske kan være u hensigtsmæssigt for det offentlige at skulle beskæftige en person, som én gang er afskediget.

Henning Skovgaards afhandling om »Offentlige myndigheders erstatningsansvar« har et mere abstrakt, retsvidenskabeligt sigte. Den falder i to dele. Først systematiseres en række situationer, hvor erstatningsansvar kan opstå. Dernæst opstilles på dette grundlag en integreret ansvarsstandard, der indeholder den generelle formulering af retningslinierne for, hvornår offentlige myndigheder ifalder professionelt erstatningsansvar. Denne ansvarsstandard søger at integrere de tre ansvarsgrundlag, som efter hidtidig opfattelse kan danne grundlag for det offentliges erstatningsansvar, d.v.s. culpa, aftalebrud og ekspropriationsretlige tankegange.

Den integrerede ansvarsstandard fører fem momenter fra de tre traditionelle erstatningsgrundlag sammen. For det første intensitet, som er udtryk for graden af den offentligretlige virksomheds faktiske indflydelse på skademulighederne. For det andet specifikation, som er en betegnelse for graden af den offentligretlige virksomheds konkretisering eller præcisering, især med hensyn til de pligter, der påhviler myndighederne, og med hensyn til individualiseringen af dem, der kan blive skadelidte. For det tredje formålsmomentet, der sigter til, om den offentligretlige virksomhed, som har fremkaldt skaden, varetager

333. Jfr. a.st., p. 524 f.

334. Jfr. a.st., p. 533 ff., hvor overvejelserne dog er dyberegående end hos Poul Andersen, Offentligretligt Erstatningsansvar, 1938, p. 156 ff.

335. Jfr. Friis Jensen, a.st., p. 532.

skadelidtes egne interesser, almennyttige formål eller interesser, der er udpræget fremmede i forhold til skadelidte. Et fjerde moment er forventningspositionen, som er udtryk for graden af styrken i grundlaget for skadelidtes forventninger om et andet, for ham gunstigere begivenhedsforløb end det, som faktisk indtrådte og førte til skaden. Styrken i en forventningsposition vil normalt bero på rettighed eller særlig adkomst eller på offentlig tilkendegivelse, der går ud på at give adressaten en fordelsposition. Svaghed i forventningspositionen vil ofte bero på egen skyld eller på accept af risiko. Det femte moment betegnes normafvigelse og er en sammensmeltning af culpa/fejl fra myndighedernes side og skade eller atypisk byrde hos skadelidte.

Skovgaards afhandling kan vanskeligt siges at ændre balancen mellem systemhensyn og retssikkerhedshensyn. Dens – i øvrigt glimrende – praksisanalyse afspejler naturligvis en udvikling i praksis og den ændrede afbalancering af de nævnte hensyn, som måtte være sket her, men nogen egentlig selvstændig ændring af balancen herudover synes praksisanalysen ikke at lægge op til. Den integrerede ansvarsstandard indebærer heller ikke nogen ændret balance mellem systemhensyn og retssikkerhed. Det skyldes, at den integrerede ansvarsstandard er et forholdsvis abstrakt argumentationsmønster. Den siger ikke meget håndgribeligt om resultatet. Med Bent Christensens og Bernhard Gomards ord er det således, at »standarden dikterer ikke resultatet, ja, peger ofte ikke engang på retningen«.³³⁶

Ligeledes ligger der næppe nogen balanceændring i Skovgaards tanke om en yderligere anvendelse af realudligning, d.v.s. genoprettelse in natura frem for blot tabsudligning i form af en pengesum. Skovgaard påpeger, at realudligning sammenlignet med tabsudligning i mange tilfælde betyder den enkleste og billigste løsning for myndigheden (altså et systemhensyn) eller den eneste rigtigt tilfredsstillende løsning for skadelidte (altså en art retssikkerhedsbetragtning).³³⁷

Heller ikke Bent Christensens forholdsvis korte fremstilling om erstatning i bogen »Domstolsprøvelse af forvaltningsakter«, pp. 158-162, ændrer afbalanceringen mellem systemhensyn og retssikkerhed i forhold til ældre teori. Det fremgår f.eks. af overvejelserne om undskyldelig vildfarelse. Det siges her, at der formentlig ikke gælder en almindelig regel om, at undskyldelig retsvildfarelse fritager forvaltningen for erstatningsansvar. Det ude-

336. UfR 1984 B, p. 148.

337. Jfr. Skovgaard, Offentlige myndigheders erstatningsansvar, 1983, p. 316.

lukkes på den anden side heller ikke,³³⁸ idet det fremhæves, at afgørelsen også i denne situation må afhænge af den komplicerede samvejen af en række momenter, som i det hele er afgørende for det offentliges erstatningsansvar, og som er søgt systematiseret i Skovgaards integrerede ansvarsstandard.³³⁹

Det samlede indtryk må derfor blive, at der ikke i teoriens behandling af spørgsmålet om offentligretligt erstatningsansvar er sket nogen ændring af betydning af balancen mellem systemhensyn og retssikkerhedshensyn siden Poul Andersens arbejde herom i 1938, ud over en vis nødvendig tilpasning til udviklingen i retspraksis.

23. Ekskurs om forvaltningsret og retsteori

I de senere år har der kunnet iagttages en tendens til at anskue forvaltningen og forvaltningsretten under en retsteoretisk synsvinkel. Denne tendens har været relativt fremtrædende i retsvidenskabelige arbejder fra miljøet omkring Det retsvidenskabelige Institut B ved Københavns Universitet, men den mødes også i de andre nordiske lande.

23.1. Generel vurdering af retsteori

Jeg finder principielt, at retsteoretiske analyser er gavnlige, og at de har en plads i forbindelse med forvaltningsretten, idet de – hvis de har kvalitet – kan tilføre dogmatikeren en dybere forståelse af de regler, han eller hun beskæftiger sig med, og kan virke inspirerende ved formuleringen af problemstillinger og gennemførelsen af analyser inden for den dogmatiske forvaltningsret. Jeg er enig med Erik Boe i, at retsteoretiske overvejelser kan have den positive betydning for den regelorienterede forvaltningsretlige videnskab, at de kan gøre opmærksom på problemer under opsejling og give en målestok for en vurdering af reglernes sammenhæng med den tid, hvori de er tilblevet, ligesom overvejelserne kan klargøre retskildebrugen.³⁴⁰ Endvidere kan retsteorien øge den forvaltningsretlige dogmatiks og dogmatikers selvforståelse.

Imidlertid ser jeg også med en vis skepsis på retsteoretiske analyser. En væsentlig grund hertil er, at min faglige grundholdning er den, at hovedområdet for retsvidenskaben må være dogmatiske regelanalyser – gerne af meget

338. Et i det væsentlige tilsvarende synspunkt findes hos Haagen Jensen og Nørgaard, *Administration og borger*, 3. udg., p. 267, hvor det påpeges, at »Retsstillingen på området er endnu ikke afklaret, men den kan måske beskrives på den måde, at der ved retsvildfarelse er en formodning for culpa«.

339. Jfr. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Domstolsprøvelse af forvaltningsakter*, p. 162.

340. Jfr. Erik Boe i E.M. Basse (red.), *Regulering og styring* (I), p. 193.

generel og af nytænkende karakter – som i sidste ende kan være af betydning for de jurister og borgere, som i den praktiske hverdag står med juridiske problemer ved domstolene og i forvaltningen m.v. Der er for tiden en stigende tendens til, at retsteorien får tag i offentligretlige universitetsjurister. Der er derfor en klar risiko for, at retsteorien bliver overdimensioneret i forhold til dogmatikken³⁴¹ med den konsekvens, at den forvaltningsretlige videnskab mister sin praktisk orienterede vejledningsværdi. Det anser jeg for en mindre heldig udvikling. Til sammenligning (men naturligvis uden sammenligning i øvrigt) kunne man overveje, hvad der ville ske, hvis lægevidenskaben lagde hovedvægten på den mere filosofiske side af faget, f.eks. problemstillinger inden for medicinsk videnskabeteori og medicinsk sociologi (som i øvrigt i sig selv er ganske interessante), frem for den forskning, som i sidste ende kan munde ud i oplysninger og vejledning til de læger, som i praksis behandler patienterne.

En anden grund til min (begrænsede) skepsis over for retsteorien på forvaltningsrettens område er, at den ofte hviler på et utilfredsstillende vidensgrundlag vedrørende de gældende regler. Det er i virkeligheden meget krævende at dyrke kvalificeret retsteori, idet den forudsætter et solidt dogmatisk grundlag. Det er rigtigt – som ovenfor nævnt – at retsdogmatikken kan blive bedre ved udviklingen af en god retsteori, men det omvendte er bestemt også tilfældet. Da megen retsteori udvikles uden kendskab til eller uden solid undersøgelse af gældende ret, vil den i mange tilfælde kunne forekomme en smule overfladisk og kan ligefrem vise sig at være bygget op på misforståelser af de gældende regler (se eksemplet nedenfor i dette afsnit). Det er min opfattelse, at det på de fleste områder er nødvendigt, at der foreligger et solidt og sikkert dogmatisk grundlag, før gode retsteoretiske analyser kan gennemføres.³⁴²

Et tredje problem, jeg mener at kunne konstatere ved retsteorien, følger af, at den – naturligt nok – først og fremmest søger at opfange nye problemer under udvikling. Denne nyhedsorientering betyder imidlertid nemt, at proportionssansen mistes, således at en række vigtige forhold overses, og – hvad der måske er værre – at mange iagttagelser anses for nye uden nogen kritisk overvejelse af deres reelle nyhedsværdi. Med andre ord: Retsteorien – som ofte angiver at bygge på en kritisk indfaldsvinkel – mangler i nogen grad selvkritik.

341. Erik Boe finder ikke, at der består en sådan fare, jfr. E.M. Basse (red.), *Regulering og styring* (I), p. 213.

342. Jfr. herved min artikel i NAT 1991, nr. 1, p. 77.

Som et *eksempel* til belysning af ovenstående problemer ved retsteori i tilknytning til forvaltningsretten vil jeg pege på en påstand, som efterhånden betragtes som en selvfølgelig sandhed i dansk retsteori (og retssociologi) om forvaltningsforhold: Den moderne danske reguleringslovgivning præges af en relativ ny tendens til ramme- og bemyndigelseslove, der blot angiver nogle overordnede rammer og overlader den nærmere udfyldning til forvaltningen.³⁴³

Jeg vil slet ikke benægte, at moderne reguleringslovgivning i større eller mindre omfang har dette præg.³⁴⁴ Men det er i virkeligheden ikke noget nyt. Det springer blot i øjnene, fordi vi har så mange reguleringslove i dag. Én af de videstgående ramme- og bemyndigelseslove i Danmarkshistorien stammer faktisk helt tilbage fra 1914. Jeg tænker her på midlertidig lov nr. 164 af 7. august 1914 om Regulering af Prisen paa Levnedsmidler og Varer. Her lød § 1, stk. 1: »Indenrigsministeren bemyndiges til indtil videre at træffe Foranstaltninger til Regulering af Prisen paa Levnedsmidler og Varer, derunder mod fuld Erstatning at lade Staten overtage saadanne Levnedsmidler og Varer, som det er af Betydning for Samfundet at have Raadighed over«.

Nu kan det med en vis ret siges, at denne lov var af ekstraordinær karakter, idet den stammer fra en krigsperiode. Det er derfor mere nærliggende i stedet at inddrage miljølovgivningen, som normalt anses for et godt eksempel på et nyere tilfælde af en ramme- og bemyndigelseslovgivning.³⁴⁵ Forud for den nugældende miljøbeskyttelseslovs ikrafttræden i 1973 reguleredes de fleste miljøbeskyttelsesproblemer efter lovgivningen om sundhedsvedtægter. Denne ældre lovgivning bestod alene af regler om, hvorledes sundhedsvedtægter skulle tilvejebringes, og indeholdt praktisk taget ikke ét ord om disses nærmere indhold.³⁴⁶ Fastsættelsen heraf blev i stedet overladt til forvaltningsmyndighederne. I forhold hertil er den nugældende miljøbeskyttelseslov (f.eks. kap. 5)³⁴⁷ i hvert fald ikke mindre detaljeret i sine indholdsmæssige krav, nærmest tværtimod. Det samme gælder arbejdsmiljøloven, hvis emneområde i en periode også i et vist omfang dækkedes af sundhedsvedtægterne.³⁴⁸ Selvom

343. Jfr. eksempelvis Jørgen Dalberg-Larsen, *Lovene og livet*, 1990, p. 135 f, Ketscher og Rønsholdt, *Retsanvendelse og retssikkerhed*, p. 28 f, og Ellen Margrethe Basse i *Retfærd* 1989, nr. 1, p. 58.

344. Se Bernt, »Rammelovgivning – et juridisk-idéhistorisk overblik«, *Det juridiske fakultets skriftserie* Nr. 12, Universitetet i Bergen, 1986.

345. Se henvisningerne i note 343.

346. Se lov af 12. januar 1858 om Tilvejebringelsen af Sundhedsvedtægter, og Haagen Jensen i *Dansk Miljøret* 3, p. 17.

347. Det bemærkes, at en ny miljøbeskyttelseslov er trådt i kraft med virkning fra 1. januar 1992, jfr. lov nr. 358 af 6. juni 1991.

348. Jfr. Haagen Jensen i *Dansk Miljøret* 3, pp. 16-18.

den moderne miljøbeskyttelseslov m.m. således er ramme- og bemyndigelsespræget, er dette altså ikke noget nyt fænomen inden for området.

23.2. Retsteori om retssikkerhed og systemhensyn

Der er ingen tvivl om, at moderne retsteori gennemgående opfatter sig selv som retssikkerhedsorienteret og også rent faktisk lægger betydelig vægt på at fremme retssikkerheden og påpege udviklingstendenser, der svækker denne. Det er utvivlsomt, at den retsteori, som er fremherskende for tiden, i en forvaltningsretlig sammenhæng har den fortjeneste, at den medvirker til at hindre, at balancepunktet mellem systemhensyn og retssikkerhed forskydes for kraftigt i systemhensynenes favør.

Der kan nævnes utallige eksempler på dette. Her skal jeg kun omtale et enkelt eksempel, som jeg finder ganske spændende og relevant. På dette punkt går jeg uden for Danmarks grænser til Norge. Erik Boe og Hans Petter Graver har udarbejdet en vigtig artikel om »Nydannelser i forvaltningsrett i 80-årene«.³⁴⁹ Det er naturligvis ikke muligt at gengive denne artikel in extenso, hvorfor kun nogle hovedpunkter skal refereres:

Artiklens emne er udviklingen af utraditionelle generelle styringsmidler inden for forvaltningen og nogle retlige konsekvenser heraf. Som led i moderniseringen og fornyelsen af forvaltningens opgaver og virkemidler kan påvises bl.a. tre typer af ændringer i de forvaltningsretlige virkemidler. Den første er en overgang til funktionskrav frem for regler om, at en bestemt fremgangsmåde skal anvendes. Som eksempel kan man tænke sig, at en myndighed giver anvisning på, hvilke krav en væg skal opfylde med hensyn til modstandsdygtighed over for brand og lydisolering i stedet for at fastsætte, at væggen skal have en bestemt tykkelse og være bygget af nærmere angivet materiale. Funktionskravene er smidigere og giver større åbenhed over for en teknisk udvikling. Den anden type af ændringer i de forvaltningsretlige virkemidler har nøje sammenhæng med funktionskravene og består i en overgang fra bindende til mindre bindende pligter, ofte i form af udsendelse af vejledninger og retningslinier fra forvaltningen. I artiklen overvejes den retlige virkning af disse nye virkemidler nærmere. En tredje ændring består i en øget brug af målstyring.

Herefter ses i artiklen på nogle sociale konsekvenser af de nævnte nydannelser. Disse konsekvenser består bl.a. i en forøgelse af forvaltningens magtmuligheder, en camouflering af interesseafvejninger, ligesom retssikkerheden kan komme til at stå svagere. Endelig overvejes, om de beskrevne nydannelser vil nå det, der er målet med dem, dvs. en mere effektiv, målrettet og service-

349. Artiklen indgår i E.M. Basse (red.), *Regulering og styring* (I), p. 171 ff.

orienteret forvaltning. Til belysning heraf gennemgås et eksempel, nemlig institutionen Distriktenes udbyggingsfond (DUF).

Efter den foretagne analyse drages en konklusion, som er karakteristisk, idet den er retssikkerhedsorienteret. Det fremhæves, at reformer, som gør forvaltningen mindre bureaukratisk, mere effektiv, målrettet, brugerorienteret og serviceminded, naturligvis ikke i sig selv er uheldige. Men man bør nøje gennemtænke både organisations- og markedsforhold og forvaltningsretlige konsekvenser, før formaliseret procedure erstattes af funktionskrav, før pligter erstattes af vejledninger, før virkemidler erstattes af målstyring, før administrative enheder omdannes til helt eller delvis private enheder, og før man afvikler regler for virksomhed og skønsudøvelse. Regler for ligebehandling, velfærd og *retssikkerhedsgarantier* bør ikke prisgives, før man ved, at man har »én fugl i hånden« og ikke blot »ti på taget«.

Selvom den moderne retsteori om forvaltningen som nævnt opfatter sig selv som udpræget retssikkerhedsorienteret – og også gennemgående er det – er den dog ikke nødvendigvis i alle sammenhænge reelt til fordel for retssikkerheden. I sin iver efter at fremme retssikkerheden kan den meget nemt – utilsigtet – medvirke til at undergrave denne. Som eksempel vil jeg tage udgangspunkt i nogle – ganske spændende – retsteoretiske overvejelser (ligeledes fra Norge) af Erik Boe under overskriften »Utviklingslinjer i forvaltningsretten«. ³⁵⁰ Boe slår her bl.a. til lyd for, at retssikkerhed ikke kun bør være et spørgsmål om at værne enkeltindividet, men også i et vist omfang kollektive interesser. ³⁵¹ Det er lidt vanskeligt at se, hvad der nøjagtigt menes hermed, og måske kan jeg erklære mig enig. ³⁵² Men generelt ligger der en fare i at udvide retssikkerhedsbegrebet til at omfatte så meget, at det risikerer ikke at blive taget alvorligt, heller ikke inden for sit kerneområde. ³⁵³

Et andet problem i forhold til retssikkerheden ligger efter min opfattelse i, at moderne retsteori som nævnt stræber efter at se nye fænomener og formulere nye generelle synspunkter. Denne nyhedstrang kan have uheldige konsekvenser under en retssikkerhedsmæssig synsvinkel. Traditionel forvaltningsretlig tankegang er i ret høj grad bygget op omkring et hensyn til adressatens retssikkerhed. Når man ukritisk kasserer traditionen, risikerer man derfor også at kassere retssikkerheden. Man smider billedligt talt »barnet ud

350. Indgår i E.M. Basse (red.), *Regulering og styring* (I), p. 191 ff.

351. Boe, a.st., p. 194 f.

352. Således har jeg i min afhandling om »Planer og forvaltningsret«, bl.a. p. 141, været inde på den tanke, at også kommuner har krav på retssikkerhed. Se endvidere mine overvejelser i *Juristen* 1991, p. 190.

353. Jfr. herved mine synspunkter i afsnit 2 ovenfor om begrebet retssikkerhed i vid forstand.

med badevandet«. Til illustration heraf skal jeg henvise til, hvad der ovenfor (afsnit 4.2) siges om den polycentriske retskildelære (der er opbygget på retsteoretisk orienterede overvejelser) og de retssikkerhedsmæssige problemer, den rejser.

24. Ekskurs om tendens til delvis opløsning af begrebsapparatet

I det følgende behandles en tendens i dansk forvaltningsret, som ligger lidt i udkanten af min problemstilling, men som dog efter min opfattelse er så vigtig, at den alligevel bør medtages her. Der har i de senere års forvaltningsretlige teori været en vis bevægelse i retning af en afsvækkelse af interessen for begrebsdannelser og en vis tilbøjelighed til i nogen grad at lade begrebsapparatet gå i opløsning.

Denne tendens er navnlig kommet til udtryk i Bent Christensens – i øvrigt fortræffelige³⁵⁴ – serie af lærebøger i forvaltningsret.³⁵⁵ I bogen »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation«, 1991 (og den forudgående »Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål« fra 1980), der bl.a. handler om saglige hensyn i forbindelse med udøvelsen af forvaltningsretligt skøn og enkelte andre emner, er det traditionelle begreb magtfordrejning således i realiteten helt opgivet.³⁵⁶ I stedet er de problemer, der knytter sig til skønsudøvelsen, slået sammen med traditionelle hjemmelsproblemer og fortolkningsproblemer under det fælles meget brede begreb »hjemmelsspørgsmål«.

I den nye bog »Forvaltningsret. Domstolsprøvelse af forvaltningsakter« fra 1988, er Bent Christensen gået endnu et skridt videre, idet det klassiske begreb ugyldighed ikke anvendes. Ordet ugyldighed nævnes kort, og det siges, at der ikke er noget håb om eller nogen grund til at afskaffe ordet som en vid og vag fællesbetegnelse. Men det er hverken i litteraturen eller i påstande og domskonklusioner lykkedes at give begrebet ugyldighed et éntydigt indhold.

354. Jeg er enig med Jørgen Mathiassen, der i Juristen 1992, p. 143, afslutter sin anmeldelse af Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, således: »Hovedværket var i mange år Dansk Forvaltningsret eller Forvaltningsretten. Nu er det Bent Christensens Forvaltningsret«.

355. I serien er foreløbig udkommet »Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål«, 1980, »Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation«, 1987, og »Forvaltningsret. Domstolsprøvelse af forvaltningsakter«, 1988. De to førstnævnte bøger er revideret og udkommet i en sammenskrevet 2. udgave i 1991. Denne bog har titlen: Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation.

356. Ordet magtfordrejning nævnes et enkelt sted i bogen fra 1991, nemlig i overskriften, p. 146, men så vidt ses alene som en (historisk orienteret) forklarende tilføjelse til den egentlige overskrift.

Bent Christensens fremstilling søger derfor at gå mere direkte til sagen og beskrive de fleste af de følger af underkendelse, der kan blive tale om, og at angive betingelserne for disse følgers indtræden. Herefter behandles annullation, rettelse, konstatering, hjemvisning, følger i omverdenen, erstatning og andre følger.³⁵⁷

Et langt stykke på vej kan jeg tilslutte mig den grundholdning, som kommer til udtryk i Bent Christensens lærebøger. Begreber må ikke blive et mål i sig selv, og forvaltningsretten skulle nødtigt ende i gold begrebs-eksercits.³⁵⁸ Begreber kan også blive en »spændetrøje«, som stiller sig i vejen for en nuanceret og relevant beskrivelse og analyse af det fænomen, som undersøges.³⁵⁹

Det er imidlertid vigtigt at være opmærksom på, at begreber også har afgørende fordele, især hvis de er fast indarbejdede. Begreber er et betydningsfuldt hjælpemiddel for tanken,³⁶⁰ der kan bidrage til at få hold på en ellers uoverskuelig og diffus virkelighed. Når Bent Christensen finder at kunne undvære begrebet ugyldighed uden i egentlig forstand at sætte noget andet i stedet, er baggrunden formentlig netop, at Christensen efter mange års arbejde med forvaltningsretten har opnået et sådant overblik og en sådan forståelse af og indlevelse i forvaltningsrettens tankeverden, at det nævnte begreb forekommer unødvendigt. Men hvorledes med den student, den praktiker eller den yngre universitetslærer, som ikke har en sådan baggrund? Disse er i vanskeligheder uden nogle forholdsvis få, faste »kasser« til at sortere den retlige virkeligheds mangfoldige fænomener i. Nu er det naturligvis ikke således, at Bent Christensen arbejder helt uden begreber, selvom begrebet ugyldighed ikke anvendes. »Følger af underkendelse« med en underopdeling i annullation, hjemvisning, erstatning osv. er i virkeligheden en form for begrebsapparat. Min kritik mod Bent Christensen på dette punkt er derfor primært rettet mod det forhold, at dette andet begrebsapparat ikke som et samlet sæt af begreber klart defineres³⁶¹ og afgrænses, og – hvad der måske er det vigtigste – at det ikke fuldt ud klargøres, hvorledes det forholder sig til det klassiske begrebsapparat, således at fagfæller, der har vænnet sig til dette sidstnævnte, kan opfatte, hvor vi nu står.

357. Jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Domstolsprøvelse, 1988, p. 129.

358. Strafferetten præges muligvis af en for stærk og uhensigtsmæssig koncentration om begrebsdannelser. Se Gorm Toftegaard Nielsens anmeldelse i U 1990 B. 329 ff. af Waabens bog og Waabens svar herpå i U 1990 B. 437 ff.

359. Jfr. herved Bernt i TfR 1984, p. 135 ff.

360. Jfr. herved Gammeltoft-Hansen i Juridisk Grundbog 4, 1989, p. 27.

361. De enkelte underbegreber defineres naturligvis, se således om annullation og konstatering, Bent Christensen, Forvaltningsret. Domstolsprøvelse, p. 133 og 150.

Jeg vil gerne understrege, at jeg ikke med ovenstående har sagt, at Bent Christensens begrebsapparat nødvendigvis er dårligere end det klassiske begreb ugyldighed. Bent Christensen³⁶² har ret i, at ugyldighedsbegrebet er ganske vagt og ikke entydigt. I én og samme lærebog – »Forvaltningsret. Almindelige emner«, 2. udg. – anvendes begrebet eksempelvis i to forskellige betydninger. I Orla Friis Jensens kap. 9 om offentligretligt erstatningsansvar anvendes et ugyldighedsbegreb, der er knyttet til retsvirkningerne og i det væsentlige er identisk med annulation. I Jørgen Mathiassens kap. 6 om domstolskontrol med forvaltningen anvendes ugyldighed som et bredere koblingsbegreb. Det forbinder spørgsmålet om de retlige mangler, der kan føre til ugyldighed (ugyldighedsgrundene), med ugyldighedens virkninger, dvs. hvad domstolene skal foretage sig, når de anser en forvaltningsakt for ugyldig.³⁶³ Men Bent Christensens begrebsapparat kunne efter min opfattelse have opnået større klarhed, hvis det mere direkte var blevet udviklet under en sammenligning med det klassiske ugyldighedsbegreb. Eksempelvis ved alle, at modstykket til ugyldighed er gyldighed, og det er derfor til at forklare og forstå, at det kan forekomme, at en afgørelse trods en retlig mangel kan blive opretholdt fuldt ud. Men hvad modstykket er til de følger af underkendelse, som behandles i Bent Christensens analyse, fremgår ikke klart. Det siges ganske vist eksempelvis, at hensynet til berettigede forventninger kan føre til, at en forvaltningsakt ikke annulleres uanset hjemmelsmanglen. Men betyder det så, at den i stedet kan hjemvises?

I Bent Christensens sæt af begreber mangler en udvikling af et modsætningsbegreb, som kunne betegnes opretholdelse eller lignende. Behovet for et sådant begreb ville formentlig være kommet frem ved en begrebsudvikling, som forholdt sig til det klassiske begreb, som (måske med rette) forkastes.

Dette fører mig videre til Bent Christensens ovennævnte opgivelse af begrebet magtfordrejning. Denne opgivelse har jeg i og for sig megen forståelse og sympati for. Tankegangen i forvaltningsretten har udviklet sig langt bort fra den klassiske magtfordrejningsgrundsætning. Oprindeligt indeholdt denne i det væsentlige et forbud mod subjektiv varetagelse af visse odiose formål under udøvelsen af et forvaltningsretligt skøn. I dag indebærer den i hovedsagen et krav om, at den enkelte skønsmæssige forvaltningsafgørelse objektivt skal være udtryk for en positiv realisering af lovgivnings-

362. Bent Christensen, Domstolsprøvelse, er anmeldt af Jørgen Mathiassen i Juristen 1990, p. 27 ff., og af Niels Pontoppidan i U 1990 B. 161 ff.

363. Jfr. Jørgen Mathiassen i Forvaltningsret. Almindelige emner, 2. udg., p. 366 (og 417). Eckhoff anvender begrebet ugyldighed på samme måde, jfr. Forvaltningsrett, 3. udg., p. 594.

magtens intentioner med indrømmelsen til forvaltningen af den pågældende bemyndigelse samt for en hensyntagen til en række almene interesser. Udviklingen er gået så langt, at selve udtrykket magtfordrejningsgrundsætning måske nok efterhånden er misvisende.³⁶⁴

Jeg mener imidlertid ikke, at den løsning, Bent Christensen har valgt med henblik på udfyldningen af det begrebsmæssige tomrum efter opgivelsen af magtfordrejningsbegrebet, er fuldstændig overbevisende. Denne løsning går som ovenfor nævnt ud på at samle problemerne om de saglige hensyn ved forvaltningens skønsudøvelse og de traditionelle hjemmelsproblemer under det brede begreb hjemmelsspørgsmål.³⁶⁵ Når jeg ikke kan tilslutte mig denne model, er begrundelsen, at der kun findes én målestok for, om et begreb er godt eller dårligt. Denne målestok er begrebets hensigtsmæssighed som redskab i analysen og beskrivelsen af virkeligheden (her et givet retsområde). Uanset at der i dag i praksis er en glidende overgang mellem de traditionelle hjemmelsproblemer og problemerne i tilknytning til skønsudøvelsen, dækker disse to typer af problemer i udgangspunktet stadig over forskellige tankeoperationer. Én, der går ud på at konstatere, om den fornødne bemyndigelse foreligger, og en anden, der går ud på – inden for den ramme, som bemyndigelsen giver – at supplere med relevante hensyn i skønsudøvelsen. Det delvist uhensigtsmæssige i Bent Christensens begreb hjemmelsspørgsmål viser sig da også i, at det i den sidste del af bogen fra 1980, henholdsvis 3. del af bogen fra 1991, er nødvendigt at udskille problemer svarende til de klassiske hjemmelsspørgsmål til særskilt behandling, nu blot under overskriften bemyndigelse.³⁶⁶ Dette er efter min opfattelse en understregning af, at de problemer, der knytter sig til, hvad der normalt kaldes skønsudøvelse, og de klassiske hjemmelsproblemer i udgangspunktet angår tankeoperationer af

364. Jfr. herved Jon Andersen i *Juristen* 1989, p. 309 (1. sp.), der er kritisk overfor Jens Gardes anvendelse af begrebet magtfordrejning i *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 2. udg. Det bør dog bemærkes, at Garde er opmærksom på problemerne ved at anvende dette begreb, men blot ikke har fundet, at der for tiden er et mere dækkende begreb, jfr. Garde, a.st., p. 227. (Se også p. 217 f., hvor Garde gør opmærksom på, at magtfordrejningsdomme ofte er udtrykt i en »hjemmelsterminologi«). Det kan tilføjes, at begrebet magtfordrejning normalt ikke anvendes i norsk forvaltningsret, der i stedet anvender udtryk som utenforliggende hensyn eller ulovlige hensyn – dog således, at terminologien ikke er helt fast.

365. Jfr. *Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål*, 1980, p. 13, 40 ff. og 227 ff., og *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*, 1991, p. 267 ff.

366. Jfr. a.st., p. 227 ff., henholdsvis p. 267 ff.

forskellig karakter.³⁶⁷ Det kan man ikke komme uden om ved at konstruere et nyt bredt samlebegreb som f.eks. hjemmelsspørgsmål.

Hertil kommer, at begrebet hjemmelsspørgsmål leder interessen i retning af de – ganske vist meget vigtige – problemer om saglige hensyn, der kan løses ved fortolkning (i bred forstand)³⁶⁸ af lovgivningen, mens spørgsmål, der ligger herudover som f.eks. finansiell magtfordrejning og politisk favoritisme m.v. omtrent helt udelades.³⁶⁹ Dette er ikke helt tilfredsstillende, fordi disse sidste typisk usaglige hensyn – trods deres lidt gammeldags klang – stadig spiller en vis rolle i praksis.³⁷⁰

Hvis man i et vist omfang skal forlade det klassiske begrebsapparat på dette område – hvad meget efterhånden taler for – er det efter min opfattelse formentlig indtil videre det mest hensigtsmæssige at vælge den forholdsvist pragmatiske løsning at bevare begrebet hjemmelsskrav om det, Bent Christensen betegner bemyndigelse (fortolkning), og ved siden heraf anvende begrebet »udfyldning af hjemmel«,³⁷¹ der kan omfatte de generelle principper for anvendelsen af skønsmæssige (eller upræcise) beføjelser, herunder bl.a. kravet om saglige hensyn og disses afvejning, lighedsgrundsætning³⁷² og proportionalitetsprincippet. Herved tager man højde for den udvikling, der er sket på området – og som ligger bag Bent Christensens overvejelser – samtidig med, at de ovennævnte forskelle i tankeoperationerne respekteres.

Den kritik, jeg har fremsat ovenfor, kan sammenfattende udtrykkes således, at jeg ikke mener, at man i den teoretiske forvaltningsret nødvendigvis skal klynge sig til de klassiske begrebsdannelser. Udviklingen kan, som vi (måske) har set det med begrebet magtfordrejning, løbe fra begreberne. Løsningen består imidlertid efter min opfattelse ikke i at opgive de hidtidige begrebsdannelser til fordel for brede og vage, overskriftsprægede begreber. Det er reelt næsten det samme som at etablere en forvaltningsret uden et egentligt begrebsapparat. Og uden klare og gennemtænkte begreber er det svært at holde sammen på et fag, og det er vanskeligt at overføre tankegange fra det ene individ til det andet inden for faget. Det bør være en vigtig opgave for den

367. Dette har Bent Christensen naturligvis ikke helt overset, jfr. Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 232 ff., og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 268 ff.

368. Herunder også overvejelser ud fra f.eks. sammenhænge i regelkomplekset.

369. Dog nævnes kort nepotisme o.lign., jfr. Bent Christensen, Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål, p. 97, og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 150 f.

370. Jfr. FOB 1974.139 (undersøgelse af, om en kommunal ansættelse var partipolitisk motiveret) og U 1986.864 H (mindretallet: økonomisk magtfordrejning).

371. Jeg er her delvist inspireret af Jon Andersen, Forvaltningsret, p. 72 ff.

372. Se afsnit 13 ovenfor om denne grundsætning.

teoretiske forvaltningsret at udvikle nye, velovervejede og mere hensigtsmæssige begreber til erstatning for de gamle. Tendensen her i landet er nok gået i retning af en mindre interesse for denne opgave, der dermed er blevet prioriteret for lavt.³⁷³

24.1. Udvikling af nye begreber bør ske med en vis varsomhed

Som det fremgår af det foregående, er det min opfattelse, at interessen for begreber for tiden er lidt for begrænset i dansk forvaltningsret. Dette skal imidlertid ikke misforstås. Det ville være uheldigt, hvis den forvaltningsretlige teori kastede sig ud i en uigennemtænkt udvikling af nye begreber. Ved den løbende begrebsudvikling, som nødvendigvis må ske i et fag som forvaltningsretten, der angår et dynamisk emneområde, bør der udvises en vis varsomhed. Udviklingen af nye begreber og tilhørende forkastelse af de eksisterende fast indarbejdede begreber bør kun ske, hvor det klart er påkrævet, og bør foretages med den største omhu. Begrundelsen for dette synspunkt er følgende:

Min uddannelsesmæssige baggrund omfatter jura og statskundskab. Jeg har derfor haft lejlighed til at konstatere, at dansk statskundskab efterhånden har udviklet sig således, at der – udtrykt en smule bastant – i virkeligheden ikke er tale om ét fag, men om lige så mange fag, som der er forskere. Én af grundene hertil er, at hver forsker, lidt forenklet sagt, til en vis grad har sit eget begrebsapparat, som enten er importeret fra udlandet eller udviklet af den pågældende selv. I forhold hertil har forvaltningsretten (og vel også de fleste andre juridiske discipliner) den helt afgørende fordel, at der findes et fast indarbejdet begrebsapparat, som i det store og hele er fælles for alle, der arbejder med faget. Vi kan tale med hinanden, fordi tankevirksomheden og den indbyrdes kommunikation er bygget op omkring dette fælles begrebsapparat.

Ikke blot teorien, men også praktikere bygger på det fælles begrebsapparat (som det ses af f.eks. udtalelser fra ombudsmanden, påstande og anbringender under retssager samt formuleringen af domme). Selv lovgivningen bygger på begrebsapparatet. Hvis vi eksempelvis helt eller delvist opløser skellet mellem retlig regulering og faktisk forvaltningsvirksomhed, får vi det problem, at teoriens begreber ikke længere passer til forvaltningsloven, der netop i sin afgrænsning i § 2 (afgørelsessager) bygger på teoriens distinktion mellem retlig

373. Interessen for begrebsovervejelser synes måske større i norsk offentlig ret, se f.eks. Bernt i Festskrift til Andenæs (Lov og frihet, 1982), p. 509 ff., der søger en udvikling bort fra legalitetsprincippet og over til en mere helhedsorienteret beskrivelsesmodel for retskildebrugen i den offentlige ret. Se også Bernt i TfR 1984, p. 135 ff., især 139.

og faktisk forvaltningsvirksomhed.³⁷⁴ Tilsvarende indgår den teoretiske modstilling af begreberne ret contra skøn ved fastlæggelse af rekursorganets kompetence i bl.a. planlægningslovens § 58, stk. 1,³⁷⁵ og byggelovens § 23, stk. 1.

25. Konklusion og perspektiv

Denne bog indeholder – som nævnt i indledningen (afsnit 1) – en analyse af udviklingen i de vigtigste værdipræmisser bag dansk forvaltningsretlig teori.

Hovedproblemstillingen har været, om der i de senere års teoretiske forvaltningsret er sket en forskydning af balancepunktet mellem retssikkerhedshensyn og systemhensyn – og om den eventuelle forskydning er betænkelig. Begreberne systemhensyn og retssikkerhed blev afgrænset og defineret i afsnit 2 ovenfor.

Analysen har været opbygget omkring en undersøgelse af teoriens behandling af en række generelle forvaltningsretlige regler og problemkomplekser. For hver enkelt af disse regler og problemkomplekser er der foretaget en vurdering af, hvorledes teorien om dem afbalancerer systemhensyn i forhold til retssikkerhedshensyn.

Der kunne naturligvis være medtaget andre regler m.v., som for de flestes vedkommende ville ligge lidt i udkanten af forvaltningsrettens kerne, f.eks. regler om forvaltningens personel og om afgrænsningen af de kommunale opgaver. Det ville dog næppe ændre afgørende på undersøgelsens konklusioner, hvis disse områder også blev undersøgt.

På baggrund af den foretagne analyse er det vanskeligt at give noget helt sikkert svar på, om teoriens balancepunkt mellem system- og retssikkerhedshensyn er forskudt. Der er i de senere års forvaltningsretlige teori kommet nye regler og krav til, som er overvejende retssikkerhedsbetonede. Det gælder således f.eks. regler om forhåndsbesked og egnethedskravet. For enkelte andre mere veletablerede regler og problemkomplekser er udviklingen gået i retning af en vis styrkelse af retssikkerhedshensyn. Det gælder således for sagsbehandlingskravene og til en vis grad også for spørgsmålet om domstolenes bedømmelsesgrundlag og prøvelsesintensitet. På den anden side synes systemhensynene opprioriteret i teoriens behandling af de fleste af de for-

374. Dog således, at teoriens kategorier kun er et udgangspunkt i anvendelsen i praksis, der også må ske under hensyn til forvaltningslovens formål, jfr. Gammeltoft-Hansen i Juridisk Grundbog 4, 1989, p. 30.

375. Tidligere kommuneplanlovens § 48, stk. 1.

valtningsretlige regler og problemfelter, som er undersøgt ovenfor. Som eksempler kan nævnes forvaltningsrettens kilder, organisation og styring, skærpet og lempet hjemmelskrav, læren om saglige hensyn, tendensen til helhedssyn, pligtmæssigt skøn, aftaler i forvaltningsretten, administrativ rekurs, søgsmålsret og ugyldighed. Det hører dog med i billedet, at den nyere teoris stærkere systemorientering på de nævnte områder ikke er helt éntydig, idet nogle forfattere har lagt mere vægt på retssikkerhedsbetragtninger end andre. Til trods for dette sidste må det samlede indtryk og den endelige konklusion blive, at *dansk forvaltningsretlig teori under ét i de senere år har opprioriteret systemhensynene, hvilket på de fleste områder modsvares af en vis – men dog ikke helt tilsvarende – nedprioritering af retssikkerhedshensyn.*³⁷⁶

Man kan overveje, hvad der er forklaringen på den nyere forvaltningsretlige teoris stærkere betoning af systemhensyn. For mit eget vedkommende vil jeg mene, at årsagen først og fremmest skal søges i nogle samfundsmæssige forhold af strukturel karakter.³⁷⁷ Det moderne samfund er meget kompliceret og forandrer sig hurtigt. Det har derfor været nødvendigt med en stadig mere intens regulering, og behovet for en sikker og slagkraftig gennemførelse af lovgivningsmagts mange regulerende tiltag er forøget. Samtidig er den offentlige forvaltnings omfang såvel i henseende til opgaveområder som andel af nationalprodukt og antal ansatte vokset ganske betydeligt. Der er på den baggrund et behov for generelle forvaltningsretlige regler og problemløsninger, som er egnede til at skabe et funktionsdygtigt system ud af dette omfattende forvaltningsapparat med alle dets forskellige forgreninger – herunder også et behov for en forbedret ekstern kontrol med, om forvaltningen udfører sine opgaver korrekt.³⁷⁸ Samtidig er den almindelige holdningsudvikling i samfundet gået i retning af en større interesse for nærdemokrati og medbe-

376. Når nedtoningen af retssikkerheden ikke helt svarer til den højere prioritering af systemhensyn, er forklaringen, at systemhensyn og retssikkerhedshensyn ikke på alle områder er modsætninger, ligesom regler, der opprioriterer systemhensyn, ofte søges indrettet således, at der på anden måde kan tages hensyn til retssikkerheden (se f.eks. afsnit 10 ovenfor, hvor Bent Christensen ved hjælp af straffelovens § 84, stk. 2, jfr. stk. 1, nr. 3, om strafbortfald ved undskyldelig uvidenhed om eller misforståelse af retsregler, søger at tage højde for og modvirke de retssikkerhedsmæssigt uheldige sider ved at opgive tanken om et skærpet hjemmelskrav for straf for overtrædelse af forvaltningsretlige regler).

377. Som påpeget af Gammeltoft-Hansen i »Forvaltningsretten på vej mod år 2000«, Suum Cuique, Retsvidenskabelige afhandlinger, Københavns Universitet, 1991, p. 257, følger forvaltningsrettens udvikling – om end med nogen forsinkelse – den almindelige samfundsudvikling. Dette må også gælde for den forvaltningsretlige teori.

378. Se om tanker om en sådan forbedring af den eksterne kontrol, afsnit 20.1 ovenfor om søgsmålsret.

stemmelse.³⁷⁹ Systemproblemer og -interesser er derfor trådt i forgrunden over en årrække. Samtidig er interessen for den enkeltes retssikkerhed over for den offentlige forvaltning i den samme periode måske blevet en smule mindre,³⁸⁰ fordi det offentlige i dag på mange områder varetager »gode formål« som f.eks. miljøbeskyttelse og social velfærd,³⁸¹ hvorfor modsætningen mellem offentlig forvaltning og borger måske umiddelbart opleves som lidt mindre markant end tidligere.³⁸² Hvis den generelle forvaltningsret skal være relevant for og i kontakt med det samfund og den tid, som den hører til i, må den afspejle disse udviklingstendenser. Den kan derfor ikke krampagtigt holde fast i alle enkeltheder i Poul Andersens klassiske lære og den afvejning af hensyn, som ligger bag denne lære. Poul Andersens grundlæggende tanker, der synes overvejende retsstatsligt orienterede, blev til i en anden tid, da samfundet så anderledes ud, og den offentlige forvaltning var mindre.³⁸³ Det er derfor nærliggende, at moderne teori nu afbalancerer systemhensyn og retssikkerhedshensyn på en anden måde end den ældre teori.

Den forvaltningsretlige teoris opprioritering af systemhensyn afspejler naturligvis i ret vidt omfang en udvikling i praksis, herunder retspraksis. Det er imidlertid vigtigt at være opmærksom på, at praksis sjældent er éntydig. Det er som oftest således, at nogle domme kan anvendes som støtte for én udformning af de generelle forvaltningsretlige regler, mens andre afgørelser kan underbygge en anden udformning.³⁸⁴ Hertil kommer, at specielt retspraksis af betydning for den generelle forvaltningsret er spredt, og adskillige af de foreliggende domme er mere eller mindre konkret begrundede. De forvaltningsretlige teoretikere – også de, der ønsker at holde sig tæt til praksis – har derfor en betydelig frihed i formuleringen af synspunkter om den

379. Se f.eks. afsnit 4.2 ovenfor om den polycentriske retskildelære, der netop synes præget af bl.a. en sådan interesse. Som det fremgår af afsnit 2 ovenfor, henregnes visse demokratisynspunkter i denne bogs sammenhæng til systemhensynene.

380. Se dog straks nedenfor om den stigende interesse for retssikkerhedssynspunkter o.lign. i de allerseneste år.

381. Måske kan der også peges på, at retssikkerhed er nedtonet som værdi i centraladministrationen og i lovgivningen på flere forvaltningsområder, jfr. herved Nordskov Nielsen i Juristen 1991, p. 349.

382. Se dog nærværende afsnits sidste side om den nye »tidsånd«.

383. Det kan nævnes, at da Poul Andersen udviklede sine forvaltningsretlige synspunkter, var næringsretlige spørgsmål centrale. I modsætning hertil er det i dag bl.a. miljøspørgsmål, der præges af en anderledes helhedsorienteret tankegang, som står i forgrunden i forvaltningens retlige virksomhed.

384. Illustrerende er her Bent Christensens fremstilling i »Forvaltningsret. Hjemmelsspørgsmål«, f.eks. p. 207 f., hvor det påpeges, at nogle domme taler for ét resultat og andre domme for et andet.

generelle forvaltningsret, og herunder også en væsentlig frihed i afvejningen af systemhensyn og retssikkerhedshensyn.

Det sidste kan give anledning til også at overveje, om en del af forklaringen på systemhensynenes stærkere stilling i den nyere forvaltningsretlige teori kan findes hos enkeltpersoner i gruppen af generelle forvaltningsretlige forfattere. Efter min opfattelse er svaret bekræftende. Der er næppe tvivl om, at Bent Christensen har indtaget en forholdsvis dominerende stilling i dansk forvaltningsret i de senere år – ikke mindst i de sidste ca. 12 år, hvor Christensens serie af forvaltningsretlige lærebøger er udkommet. Det er tydeligt, at Bent Christensens tanker i betragteligt omfang har påvirket nyere dansk forvaltningsretlig teori.³⁸⁵ Og selv om Christensen naturligvis også har blik for retssikkerhedssynspunkter³⁸⁶ – og i den nye bog »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation«, 1991, har gjort lidt mere ud af disse end tidligere – er der på baggrund af ovenstående undersøgelse næppe tvivl om, at Christensens arbejder er overvejende systemorienterede og prioriterer systemhensyn forholdsvis højt.³⁸⁷

Det er en del af min problemstilling, om den konstaterede opprioritering af systemhensyn i forhold til retssikkerhedshensyn i den forvaltningsretlige teori er betænkelig. Ordet systemhensyn har en klang, der umiddelbart er mindre positiv end retssikkerhedshensyn. Der er imidlertid intet odiøst i at beskæftige sig med eller lægge vægt på systemhensyn.³⁸⁸ Tværtimod betyder den ovenfor nævnte samfundsmæssige udvikling, at en forvaltningsretlig teori uden forståelse for disse hensyn nærmest ville være interesseløs, fordi den ville være uden forbindelse med det omgivende samfund, som de regler og problemløsninger, den formulerer, skal fungere i. Der har klart været et behov for en modernisering og tilpasning af forvaltningsretten i retning af en større åbenhed overfor systemhensyn.

385. Se f.eks. afsnit 11 og 12 ovenfor.

386. Jfr. f.eks. Bent Christensen, Forvaltningsret. Opgaver og organisation, p. 19, og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 24 f., hvor det påpeges, at forvaltningsretten er et »våben i hænderne på den borger, der befinder sig i en tvist med forvaltningen«.

387. Se f.eks. afsnit 10, 11 og 20.1 ovenfor.

388. I den forbindelse vil jeg nævne, at også mine egne skriftlige arbejder er delvist systemorienterede, jfr. eksempelvis afsnit 10 (slutningen) ovenfor.

Jeg mener således, at den opprioritering af systemhensyn, der er sket over de senere år, er forståelig og acceptabel,³⁸⁹ og at den endnu ikke har overskredet grænsen til det betænkelige, selv om den delvis indebærer en lavere prioritet til retssikkerhedshensyn. Men jeg finder, at det er uheldigt, at ændringen af balancen mellem systemhensyn og retssikkerhedshensyn er foregået umærkeligt og lidt efter lidt, uden nogen samlet, bevidst overvejelse af behovet for og rimeligheden i at ændre balancen. Hertil kommer, at det moderne reguleringssamfund, vi har etableret her i landet, efterhånden må have nået sine ydergrænser, ligesom den offentlige sektors størrelse og opgaveområder næppe heller kan tænkes væsentligt udvidet. På den baggrund bør den stadige opprioritering af systemhensyn ikke fortsætte uden en generel vurdering af behovet herfor.

Det er min opfattelse, at tiden er ved at være inde til, at vi i den forvaltningsretlige teori vender synsvinklen³⁹⁰ og bevidst overvejer, om ikke retssikkerhedshensynene (hensyn til den enkeltes retssikkerhed) kan og bør placeres mere centralt fremover. Selv om udviklingen er gået fra retsstat til socialstat og til velfærdsstat, der varetager »gode formål«, er det stadig således, at den enkelte borger i den enkelte sag står over for et magtfuldt forvaltningsapparat og har brug for forvaltningsretlige regler, der kan yde beskyttelse. Hertil kommer, at »tidsånden« fra de seneste år, med større interesse for det enkelte individs rettigheder³⁹¹ og mindre tro på fordelene ved en stærk statsmagt, tilsiger en overvejelse af, om ikke der er behov for en korrektion af forvaltningsrettens afbalancering af systemhensyn og retssikkerhed. Jeg håber med analyserne i den foreliggende bog at have skærpet opmærksomheden om denne problemstilling.

389. Jeg kan i forlængelse heraf tiltræde Bent Christensens synspunkt i Forvaltningsret. Forvaltningens opgaver og organisation, p. 19, og Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation, p. 24 f., hvorefter forvaltningsrettens traditionelle, altdominerende interesse for forholdet mellem myndighed og borger ikke er helt rimelig i dag med den størrelse, forvaltningen har. Der har været og er behov for, at forvaltningsretten foretager en vis nyorientering mod andre forvaltningsrelevante forhold.

390. Denne vending af synsvinklen behøver ikke at betyde en radikal forkastelse af de systemorienterede synspunkter, der har været på vej frem i de senere år. Det vil i en lang årrække fremover givetvis være sådan, at al videreudvikling af den forvaltningsretlige teori må forholde sig til Bent Christensens og andre forfatters systembetonede opfattelse på samme måde, som vi har haft tradition for at forholde os til Poul Andersens overvejende retsstatsligt orienterede synspunkter.

391. I bogen »Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation«, 1991, p. 157, anfører Bent Christensen: »sympatien for hele det – ikke overvældende præcise – kompleks af idealer, som jurister plejer at samle under betegnelsen »retssikkerhed« (er) voksende«.

Samtidig håber jeg, at bogen mere generelt har kunnet bidrage til at øge bevidstheden om betydningen af holdninger og værdier i den dogmatiske retsvidenskab.