

ALF ROSS

Statsretlige studier



NYT NORDISK FORLAG ARNOLD BUSCK
København 1959

Printed in Denmark
1264

S. L. MØLLERS BOGTRYKKERI, KØBENHAVN

FORORD

Da jeg, efter at have overtaget lærestolen i statsforfatningsret, påbegyndte udarbejdelsen af en ny fremstilling af dette fag, følte jeg at nedarvede forestillinger rummede uklarheder der stillede sig hindrende i vejen for rigtig og konsekvent erkendelse af strukturen i vor forfatning. Grundlovsfædrene havde uden dybere refleksioner overtaget Montesquieu's velkendte magtfordelingslære, og grundlovens bestemmelse om den lovgivende, dømmende, og udøvende magt blev senere fortolket under påvirkning af tysk statsretslære der havde sin rod i stænderforfatningernes halvabsolutistiske ideologi. På denne måde fæstnede der sig begreber og fortolkninger der hverken historisk, systematisk eller ideologisk harmonerede med danske forfatningsprincipper og den demokratiske ideologi der bærer dem. Selvom disse vildfarelser kun i ringe grad blev afgørende for statspraksis og forfatningsudviklingen måtte det dog føles som en ulempe at de forhindrede klar forståelse af forfatningens principper og god systematik i fremstillingen. Jeg gik derfor igang med nogle undersøgelser der havde til formål at tilvejebringe større klarhed i disse spørgsmål og beslægtede emner. Resultatet heraf blev de afhandlinger der indeholdes i denne lille bog. Selvom nogle af disse allerede har været offentliggjort som tidsskriftsartikler*) fandt jeg at det måske kunne være af interesse at samle dem og udgive dem i bogens mere bestandige form. Det er

*) Afhandlingen *Om Begreberne »Stat« og »Statsorgan« i Statsforfatningsretten* har været offentliggjort i Tidsskrift for Rettsvitenskap 1958; *Om såkaldt Delegation af Lovgivningsmagt* sammesteds 1957; *Friheds- og Ejendoms-kriteriet* i Statsvetenskaplig Tidsskrift 1957; og *Kan Domstolenes Kompetence til at prøve Loves Grundlovs-mæssighed berøves dem ved Lov?* i Festskrift til Poul Andersen (1958). De er alle gennemset i nærværende udgave.

mit håb at de i denne skikkelse ikke blot vil kunne understøtte den lærebogsmæssige fremstilling, men også stå på egne ben.

Ved udarbejdelsen af afhandlingen *Med hvilken hjemmel udstedes anordninger?* har jeg søgt bistand og oplysninger i Centraladministrationens departementer, og jeg bringer de pågældende min hjerteligste tak for den imødekommenhed og hjælpsomhed jeg overalt har mødt. En særlig tak skylder jeg de juridiske studerende *Merete Bang, Niels Eilschou Holm, Holger Kallebauge* og *Henrik Wanscher* for den interesse og omhu hvormed de har hjulpet mig med at gennemgaa anordningsmaterialet.

København, maj 1959.

ALF ROSS.

OM BEGREBERNE »STAT« OG »STATSORGAN« I STATSFORFATNINGSRETTEN

1. Begrebsanalysen må tage sit udgangspunkt i en bestemt sprogbrug.

Det centrale spørgsmål indenfor den almindelige statslære har fra gammel tid været problemet om statens væsen eller natur¹). Hvad er staten spørger man idet man – i fortsættelse af Platons idelære og Aristoteles' definitionslære – forudsætter at det er videnskabens opgave i definitioner at erkende og afsløre tingenes skjulte natur eller essens²).

Spørgsmål af typen »hvad er...?« hører ikke hjemme i den logiske analyse. De kan være velanbragte når det drejer sig om nærmere at beskrive et emne angivet ved et ord om hvis betydning der ikke hersker tvivl. Man kan fx spørge, hvad er vand? hvad er krudt? når det står fast hvad man mener med »vand« og »krudt«. Besvarelsen af disse spørgsmål har ikke karakter af en definition, men af beskrivende realudsagn. Men spørgsmål af denne type er forfejlede når opgaven netop er at fastslå et udtryks mening, dvs. den mening hvormed det faktisk benyttes, eller som logisk kan tilskrives det selvom den kun diffust ligger bag den faktiske sprogbrug.

Sådan må man se på sagen såsnart man har forstået at vore begreber ikke er medfødte ideer, spejlbilleder af tingenes »essens«, men redskaber skabt af os selv til beskrivelse af virkeligheden. Det er videnskabens opgave, når den overtager begreber fra dagliglivets sprog, at afklare og præcisere dem på en sådan måde at de bliver velegnede instrumenter for forskningen³).

¹) Se fx Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, kap. VI.

²) Alf Ross, *Om Ret og Retfærdighed* (1953), 320–21; K. R. Popper, *The Open Society and its Enemies* (1945) I, 25 f.

³) Alf Ross, *Lærebog i Folkeret*, § 5.

Heraf følger at begrebsanalysen altid må tage sit udgangspunkt i en bestemt sprogbrug. Man kan fx ikke ganske i almindelighed spørge, hvad ordet »stat« betyder. Dette ord anvendes i så mange forskellige sammenhæng, dels i dagligsproget, dels i en række forskellige videnskabsgrene, at det på forhånd er usandsynligt at ordet skulle have en eentydig funktion. Spørgsmålet må stilles selvstændigt inden for hver af de enkelte videnskaber – retsvidenskab, sociologi, politisk videnskab, historie m. fl. – der ud fra et eller andet synspunkt beskæftiger sig med »staten«. Indenfor den enkelte videnskabsgren vil det muligvis igen være nødvendigt at sondre mellem en flerhed af forskellige betydninger hvori ordet anvendes. I en »almindelig statslære« kan man endelig forsøge at finde ud af, om der er en vis kerne der er fælles for de forskellige statsbegreber der opereres med.

2. *Begreberne »stat« og »statsorgan« figurerer ikke i statsforfatningsrettens læresætninger, men i dens definition. Spørgsmålet er: Under hvilke betingelser henregnes en handling til »staten«?*

De foregående metodiske synspunkter er fremdraget for at gøre det klart, at skal det have nogen mening og berettigelse – som vanligt er – at indlede en fremstilling af statsforfatningsretten med en diskussion af statsbegrebet, må det være fordi udtrykket »stat« er et centralt begreb der finder anvendelse i denne disciplin. Hvis ikke dette er tilfældet, eller hvis diskussionen af statsbegrebet ikke tager sigte netop på den brug der i statsforfatningsretten gøres af begrebet, må den indledende analyse forekomme principløs og overflødig.

At en definition af statsbegrebet er påkrævet i *folkeretten* er lige til. De folkeretlige regler retter sig jo netop (i første række) til »staterne«. Det er disses retsforhold der omhandles, og det er derfor uomgængeligt nødvendigt at vide hvad der i folkeretten menes med en »stat«.

Noget tilsvarende gælder ikke statsforfatningsretten. Ordet »stat« figurerer praktisk taget ikke i en fremstilling af denne disciplin. En forfatningsretlig norm har fx følgende indhold: »Den lovgivende magt er hos kongen og folketinget i forening«. For at forstå den er det nødvendigt at vide hvad der menes med »den lovgivende magt«, »kongen« og »folketinget« – men derimod ikke hvad der menes med »staten«. På lignende måde angår andre forfatningsretlige regler ministrenes og domstolenes retsforhold. Når undtagelsesvis ordet »stat« forekom-

mer, fx når grundloven taler om »statens ydelse til kongen«, giver udtrykket ikke anledning til tvivl: det betyder simpelthen en vis formueenhed, statskassen.

Når man alligevel ikke kommer uden om statsbegrebet i statsforfatningsretten beror det på at dette begreb er forudsat i denne disciplins definition, dvs. i dens afgrænsning fra andre retsområder. Statsforfatningsretten siges at angå (de øverste) statsorganers retsforhold. Når man i denne disciplin omhandler netop folketinget, kongen, ministrene og domstolene, men ikke fx de politiske partier, fagforeninger, erhvervssammenslutninger, eller private enkeltpersoner – skønt også disse hver på sin vis spiller en rolle i »statslivet« – er det fordi alene de førstnævnte anses for »statsorganer«.

»Organ« betyder »værktøj«, »redskab«. Rent sprogligt ligger der altså i udtrykket »statsorgan« at vedkommende individ (eller kollektivitet) betragtes som værktøj eller redskab for noget der kaldes »staten. Hermed stemmer almindelig sprogbrug. Når lovgivningsorganet har udstedt en lov tilskriver vi ikke denne handling til de fysiske personer – kongen og folketingsmedlemmerne – der har medvirket, men betragter lovgivningsakten som en statsakt udført gennem lovgivningsorganet. På samme måde siger vi at staten, med kongen som redskab eller organ, afslutter traktater med fremmede lande, eller via dommeren afsiger domme, eller gennem ministrene anlægger jernbaner, bygger hospitaler, og driver skoler.

Det fælles træk i denne sprogbrug er at visse *handlinger der faktisk er foretaget af bestemte mennesker* – hvem ellers skulle kunne foretage en handling? – *omtales som foretaget ikke af vedkommende fysiske person men af et subjekt der kaldes »staten«*. Handlingen, kan man også sige, *henregnes* til »staten«.

Med udgangspunkt i denne sprogbrug rejser sig to spørgsmål som det må tilkomme statsforfatningsretten indledningsvis at besvare:

1. Under hvilke betingelser anses et individ eller en kollektivitet som »statsorgan«, dvs. under hvilke betingelser henregnes en vis handling ikke til det faktisk handlende subjekt men til »staten«?

2. Hvad betyder »staten« som navn for det subjekt hvortil handlingen henregnes?

3. *Rets handlinger henregnes til »staten« når de er udslag af en kvalificeret kompetence der kaldes »offentlig myndighed« modsat »privat autonomi«.*

De handlinger der henregnes til »staten« – og hvis umiddelbare subjekt følgelig anses som »statsorgan« – kan være enten retshandlinger eller faktiske handlinger. Under dette punkt omtales de førstnævnte.

En retshandling (retsakt, disposition) er en sproglig tilkendegivelse der som regel, dvs. medmindre særlige ugyldighedsgrunde foreligger, fremkalder retsvirkninger i overensstemmelse med sit indhold. Som eksempler herpå kan nævnes: løfte, testamente, lov, dom, forvaltningsakt⁴).

Enhver retsakt er udslag af en kompetence tillagt den handlende i en kompetencenorm⁵). Kompetencenormer bestemmer de betingelser tilkendegivelsen skal opfylde for at fremkalde de tilsigtede retsvirkninger. Typisk kan man sondre mellem tre grupper af betingelser: betingelser vedrørende (1) det handlende subjekt (den personelle kompetence), (2) fremgangsmåden og andre forhold ved aktens tilblivelse (den formelle kompetence) og (3) aktens indhold (den materielle kompetence). Med henblik på fx et løfte kan man i overensstemmelse hermed sondre mellem ugyldighed på grund af personlig inhabilitet (umyndighed, manglende dømmeevne), ugyldighed som følge af omstændigheder ved løftets tilblivelse (tvang, svig osv.), og ugyldighed på grund af løftets indhold (som stridende mod lov og ærbarhed, trediemands ret m. m.).

Når kompetencebetingelserne er opfyldt er akten gyldig, dvs. den får retsvirkninger i overensstemmelse med sit indhold. En anden sag er, at der kan bestå en pligt for den kompetente til ikke at udøve sin kompetence under visse omstændigheder, eller til kun at udøve den på nærmere angiven måde. Handler den kompetente i strid med sådan pligt pådrager han sig et ansvar, men aktens gyldighed berøres ikke heraf. En sådan situation foreligger fx når fuldmægtigens bemyndigelse er snævrere end hans legitimation⁶).

⁴) Om begrebet retshandling se Alf Ross, *Om Ret og Retfærdighed* (1953), 281 jfr. 202 f.

⁵) Ross, *a. st.*, 202 jfr. 214 og 247.

⁶) Ross, *a. st.*, 204, 247.

Enhver kompetencenorm forlener den kompetente med en retsskabende magt, en evne til at frembringe tilsigtede retsvirkninger.

Det er nu, når vi overskuer gældende ret, iøjnefaldende at kompetencenormerne kan inddeles i to fundamentalt forskellige typer, forskellige såvel efter deres indhold som efter de sociale formål de tjener i samlivet.

På den ene side har vi dem der skaber den magt vi kalder den *private autonomi*. De er karakteriseret ved følgende træk. I personel henseende skaber de en magt for ethvert voksent, normalt individ. Magten er efter sit indhold i alt væsentligt⁷⁾ begrænset til at individet kan forpligte sig selv og disponere over sine rettigheder. Derved at to eller flere individers dispositioner koordineres sættes de i stand til ved aftaler at »lovgive« for deres indbyrdes retsforhold. Der knytter sig til kompetencen ingen pligt til at udøve den, eller til kun at udøve den på bestemt måde. Det står i individets fri forgodtbefindende om og hvorledes han vil benytte sig af sin autonomi. Den private autonomis sociale funktion er at sætte individet i stand til indenfor retsordenens rammer at udforme egne retsforhold i egne interesser⁸⁾. Kompetencen selv er ingen »rettighed«, men indgår som bestanddel af overdragelige rettigheder. Ved rettighedens overdragelse afhændes kompetencen til successor⁹⁾. Den kompetence, der her er tale om, kan altså karakteriseres ved ordene: *ukvalificeret* (den tilkommer enhver), *autonom* (den går ud på at forpligte den kompetente selv), *diskretionær* (den udøves frit), *egeninteresseret* (den tjener den kompetentes egne interesser), og *afhændelig* (i forbindelse med overdragelse af en rettighed).

På den anden side har vi sådanne kompetencenormer der skaber hvad vi kalder *offentlig myndighed*. De er modsætningsvis karakteriseret ved følgende træk. I personel henseende skaber de magt ikke for enhver, men kun for visse særligt kvalificerede personer. Kvalifikationen ligger i en udpegelse i overensstemmelse med visse retsregler: ministrene fx gennem deres udnævnelse i overensstemmelse med grdl. § 14, folketingsmændene gennem deres valg i overensstemmelse med valgloven, kongen gennem sin arveret til tronen i overensstemmelse

⁷⁾ Påbud, dvs. dispositioner der forpligter andre, har normalt deres grundlag i en forudgående bemægtigelse fra den andens side. Ross, *a. st.*, 290, jfr. 203.

⁸⁾ Ross, *a. st.*, 214.

⁹⁾ Ross, *a. st.*, 213 med note 2.

med tronfølgeoven. Magten går efter sit indhold ud på en evne til at skabe ret der forpligter andre (lov, dom, forvaltningsakt). Magten er ikke tildelt til udøvelse efter frit forgodtbefindende. Dens udøvelse er en pligt, et embede i videste forstand, ligesom der består pligt til at udøve magten til fremme af bestemte samfundsmål, sagligt og upartisk. Disse pligter er mere end blot moralske – de er omgærdet af sanktioner og kontrolforanstaltninger af forskellig art. Magtens sociale funktion er at tjene fællesskabets interesser, hvad der kaldes »almenvellet«. Offentlig myndighed indgår aldrig som bestanddel af en rettighed og er derfor aldrig afhængelig. Der kan højst være tale om at dens udøvelse overlades til andre uden at dette bringer indehaverens kompetence til ophør (delegation)¹⁰). Den kompetence, der her er tale om, kan altså karakteriseres ved ordene: *kvalificeret, heteronom, pligtbundet, almeninteresseret, og uafhængelig*.

Det skulle nu være let at forstå at denne forskel i retsstillingen – indlevet gennem århundreder – mellem individet som indehaver af privat autonomi og visse kvalificerede personer (der naturligvis desuden også har kapacitet som individer) som indehavere af offentlig myndighed, har givet anledning til den forestilling, at den magt, der har karakter af offentlig myndighed og de handlinger, hvori den tager sig udtryk, »egentlig« ikke kan tilskrives det handlende individ som *hans* magt og *hans* handlinger, men derimod må tilskrives et over det handlende individ stående væsen der kaldes »staten«. Og videre, at det handlende individ anses for at have handlet »på statens vegne« eller som *organ* for »staten«.

Således, fx, når dommer N. N. har afsagt en dom. Han har hermed udøvet en magt over et andet menneske, en magt der ikke tilkommer ham i hans egenskab af individet hr. N. N., men i hans kapacitet som dommer i x-retskreds. Denne magt udøver han ikke frit og i egen interesse, men bundet af sin embedspligt som tjener for samfundets interesser. Hvor får han denne kvalificerede, egenartede magt fra? Den kan ikke stamme fra ham selv som individ blandt andre. Vi siger at hans magt er »statens« magt og han selv et »organ« for »staten«.

Naturligvis er der en vis portion mystik i denne forestilling. Offentlig myndighed er simpelthen en funktion af retsordenen, og det samme gælder på præcis samme måde om den private autonomi. Denne »stammer« lige så lidt fra individets egne kræfter som den offentlige myn-

¹⁰) Ndf. s. 140.

dighed fra »statens« magt. Alligevel er der en realitet bag talemåden, præcis den der har givet anledning til den, nemlig den offentlige myndigheds egenartede rets karakter.

Der findes mange indehavere af offentlig myndighed. At de alle betragtes som organer for en og samme magt, »staten«, er udtryk for at de enkelte myndigheder ikke er isolerede, men gennem retsregler indbyrdes koordinerede til en systematisk enhed. Til retsordenens systematiske enhed udtrykt i forfatningen svarer »statens« enhed.

Sammenfattende kan de realiteter der har givet anledning til forestillingen om, at den, der er indehaver af offentlig myndighed, er organ for »staten« – og de af ham foretagne retsakter altså »stater:s« handlinger – resumeres således:

1. Myndigheden tilkommer ikke indehaveren i hans egenskab af individ, men i hans kapacitet som den øjeblikkelige indehaver af et vist »embede«;

2. Myndigheden går efter sit indhold ud på at »befale« over andre;

3. Myndighedens udøvelse sker ikke frit i indehaverens egen interesse, men er et pligtbundet »embede« som en social funktion til varetagelse af fællesskabets interesser;

4. Myndigheden kan ikke afhændes ved overdragelse. Der kan højst være tale om, at dens udøvelse indtil videre overlades til en anden (delegation); og

5. Myndigheden er et led af en systematisk enhed af myndigheder.

Disse realiteter er virkelighedsindholdet bag det billedlige udtryk, at myndighedsindehaveren handler som »organ« for »staten«.

4. *Faktiske handlinger henregnes til »staten« når de er udslag af en kvalificeret handlebeføjelse til udøvelse af monopoliseret vold.*

Også faktiske handlinger tilskrives staten. I visse tilfælde kan denne tilskrivelse forklares efter samme mønster som med hensyn til retsakterne.

Ligesom der er visse personer der besidder en kvalificeret kompetence er der også nogle der er i besiddelse af en kvalificeret handlebeføjelse – det er dem *tilladt* at foretage visse handlinger der er forbudt for mennesker i almindelighed.

Disse handlinger består i udøvelse af fysisk magt, vold mod person.

Når politiet griber ind med stavene mod et opløb, eller anholder en person; når fogden med politiets bistand sætter en person ud, eller bemægtiger sig hans ting for at gøre eksekution i dem til opfyldelse af et domskrav; eller når fængselsmyndighederne ved fængselsbetjentens hjælp holder en person indespærret til afsoning af idømt frihedsstraf – i alle tilfælde udføres handlinger der, om fornødent, antager karakter af udøvelse af vold. »Om fornødent«, fordi i de fleste tilfælde vil allerede bevidtheden om at modstand vil blive mødt med overvældende magt være tilstrækkelig til at bevirke at modstand opgives. Den fysiske magt fungerer for en stor del gennem sin blotte eksistens. Det er kun sjældent at det er nødvendigt at udsende mere end hundrede betjente for at gennemføre en udsættelsesforretning¹¹).

Det er ikke tilfældigt at den kvalificerede handlebeføjelse angår netop voldsudøvelse. De retssystemer vi kalder de »statslige« eller »nationale« systemer – fx dansk, norsk, svensk ret i modsætning til enten folkeretten eller retten i private foreninger – er netop karakteriseret ved at de er baseret på en monopolisering af volden som lagt i hænderne på en særlig kvalificeret gruppe af personer, i første række et dertil trænet og organiseret professionelt korps, politiet¹²).

Den adgang til udøvelse af vold, der tilkommer disse personer, er ikke i egentlig forstand en handlefrihed, dvs. en adgang som det står vedkommende frit for at benytte sig af, eller ikke benytte sig af, som ham lyster¹³). Udøvelsen er tillige en pligt, et embede i videste forstand. Tilladelsen er ikke givet de pågældende for deres egen skyld, men som en social funktion til opretholdelse af retsordenen. Ganske vist tilkommer der politiet en betydelig frihed til at skønne over, når og hvorledes det vil gribe ind til opretholdelse af ro og orden, men skønnet er altid en embedsfunktion dikteret af almene hensyn. Voldsudøvelsen skal altid tjene retsordenens opretholdelse, hvad enten den har karakter af *eksekutiv* magt til gennemførelse af domme eller forvaltningsakter, eller *præventiv* magt til opretholdelse af ro og orden.

Af lignende grunde som skildret under foregående punkt føres vi også i disse tilfælde til at tale om de personer, der er legitimerede til tvangsudøvelse, som organer for »staten«. Den særlige magt de besidder – magt ikke som kompetence men som fysisk tvangsmagt –

¹¹) Dette var tilfældet i Danmark under stridighederne på Færøerne Maj 1955.

¹²) Alf Ross, *Om Ret og Retfærdighed* (1953), § 12.

¹³) Ross, *a. st.*, 199–200.

synes ikke at hidrøre fra dem selv i deres kapacitet som individer, men tilskrives »staten«.

At de tvangsudøvede organer anses som organer for samme subjekt, samme »stat«, som de kompetente organer beror på at tvangsudøvelsen netop sker til opretholdelse af de normer der sættes af de kompetente organer. De er koordinerede som samvirkende faktorer indbefattet under samme systematiske enhed.

5. *Når andre faktiske handlinger henregnes til »staten«, fordi deres udførelse betales af »statskassen«, drejer det sig i virkeligheden om de til grund liggende dispositioner på »statskassen«s vegne.*

Også faktiske handlinger, der ikke består i voldsudøvelse, tilskrives »staten«. Vi siger fx at staten bygger hospitaler og veje, driver jernbaner, bringer breve ud, foretager radiospredning, m. m. m. Der er vel grænser for hvad »staten« kan foretage sig – »staten« kan fx, ikke indgå ægteskab – men på det økonomiske område synes »staten« at kunne foretage sig alt det samme som vi andre dødelige kan.

I første omgang må disse talemåder omtydes i overensstemmelse med almindelig sprogbrug. Når jeg, fx, siger, at en mand har bygget sig et hus, vil jeg ikke dermed sige, at han selv har lagt sten på sten, men blot at det er ham, der har sluttet aftaler med arkitekt og håndværkere om husets opførelse – altså at arbejdet udføres i overensstemmelse med hans ønsker og direktiver, men til gengæld også betales af ham. De handlinger, jeg tilskriver manden, er altså i virkeligheden ikke de faktiske handlinger, der indgår i at bygge et hus op sten for sten, men visse *retsakter*, de indgåede aftaler gennem hvilke andre har forpligtet sig til at bygge huset efter hans ønsker, og han selv forpligtet sig til at betale herfor med den virkning, at kravet kan søges fyldestgjort i hans formue.

Altså, at en mand har bygget et hus, driver en forretning, og lign. udsagn, betyder at han ved at betale for det formår andre mennesker til at handle i overensstemmelse med sine ønsker og derved opnår at virkeliggøre tilsigtede resultater. At dette er muligt beror ikke på, at manden besidder nogen magt til at byde over andre, men er et udslag af den private formueretlige autonomi der sætter ham i stand til at binde sig selv og andre gennem aftaler.

Noget ganske tilsvarende foreligger når vi siger at »staten« udfolder en eller anden virksomhed. Det, der foreligger, er, at visse personer

har kompetence til at indgå aftaler for hvilke en vis formuemasse, der kaldes »statskassen«, hæfter, hvorved de sættes i stand til at betale folk for at udføre visse arbejder. At arbejdsaftalen undertiden har karakter af ansættelse i livsvarig tjenestemandstilling, og at de retsregler der gælder herfor i visse henseender afviger fra andre arbejdsaftaler, ændrer ikke sagens principielle karakter, der er, at den ansatte *ikke befales til, men betales for* at handle på en vis måde. Der er i så henseende ingen forskel på en kone, der ansættes til at gøre rent i et ministerium, og et postbud, en togfører, en professor eller anden tjenestemand der udfører faktiske forvaltnings handlinger.

Forsåvidt er »statskassen« et formueretlig subjekt på lige fod med andre, især sådanne hvor formuen ikke tilskrives et enkelt individ, men en korporation, fx aktieselskaber.

Hvad er da forklaringen på at denne formue alligevel tilskrives »staten«, og de virksomheder, der betales gennem denne, ikke betragtes som nogle blandt mange andre korporative foretagender, men betegnes som statsvirksomheder? Forklaringen må søges deri, at de personer, der er kompetente til at disponere med virkning for denne formue, findes indenfor den gruppe, der tillige har kompetence som offentlig myndighed (ministrene efter bemyndigelse af folketinget); og at de direktiver, der gælder for disse virksomheders oprettelse, mål, og drift, ligeledes udstedes af offentlige myndigheder (lovgivning, anordninger, tjenesteinstrukser); ligesom endelig statskassens midler tilvejebringes på samme måde (gennem lovgivning om skatter, m. m.). »Statskassen« bestyres kort sagt af sådanne personer der i anden egenskab har karakter af »statsorgan« eller »offentlig myndighed«. Af denne grund betragtes denne formue som »statens«.

Altså: Når vi siger at staten har bygget en skole er det ikke selve arkitekt- og håndværksarbejdet vi tilskriver staten – dette arbejde er udført af arkitekter og håndværkere der er betalt herfor – men derimod de til grund herfor liggende retlige dispositioner. Disse har ikke karakter af udøvelse af offentlig myndighed men af privatretlige dispositioner der forpligter »statskassen« og dette er grunden til at de henregnes til »staten.« De anførte forhold forklarer at det, for så vidt angår disse faktiske handlinger der tilskrives »staten«, er svært at få øje på tilsvarende »statsorganer«, forskellige fra de tidligere nævnte organer til udøvelse af offentlig myndighed eller offentlig tvangsmagt. Det er klart, at der ikke er nogen anledning til at anse de ansatte, det være sig tjenestemænd eller andre, som »statsorganer«. Det er jo, som

vi har set, ikke de faktiske forvaltningshandlinger, men de til grund liggende dispositioner der tilskrives »staten«. »Statsorgan« må efter de her foreliggende talemåder den være, der er kompetent til at disponere på »statskassen«s vegne. Men dette er normalt ministrene, altså personer der allerede i anden egenskab anses som »statsorganer«.

6. *Spørgsmålet om, hvad »staten« betyder som handlende subjekt, har ingen mening. Dette ords betydning kan ikke defineres ved substitution, men kun ved at angive betingelserne for, at sætninger om »staten« som handlende subjekt holdes for sande.*

Vi har nu, tror jeg, fået besvaret det første af de to spørgsmål der blev stillet ovenfor under punkt 2, spørgsmålet under hvilke betingelser en vis handling henregnes til »staten« som udført af et »statsorgan«. Vi har set at sådan henregning finder sted under to væsensforskellige grupper af betingelser.

For det første når handlingen fremtræder som udøvelse af offentlig myndighed, eller offentlig tvangsmagt, i kraft af en retsorden hvis systematiske enhed koordinerer disse handlinger i et tilsvarende systematisk virkesammenhæng.

For det andet, når handlingen er en arbejdspræstation hvis udførelse betales af »statskassen«. I disse tilfælde er det dog ikke selve arbejdspræstationen, men de til grund herfor liggende retlige dispositioner, forbindende for »statskassen«, der tilregnes »staten«.

Herefter kan vi vende os til det andet af de stillede spørgsmål, spørgsmålet hvad »staten« betyder som navn for det subjekt hvortil handlingen henregnes.

Dette spørgsmål har i virkeligheden ingen mening. Når det er angivet, under hvilke betingelser udsagn af type »staten har givet en lov«, »staten har afsluttet en traktat«, »staten har dømt en person«, »staten har meddelt en bevilling«, »staten har anlagt en jernbane« osv. – altså sætninger hvori »staten« figurerer som handlende subjekt – anvendes korrekt, er alt der kan siges sagt. Hermed er disse *sætningers* mening angivet – der netop er de betingelser der må være opfyldt, de sagforhold der må foreligge, for at sætningen skal kunne holdes for sand. Det lader sig da ikke gøre at udtage et enkelt *ord*, ordet »staten«, i disse sætninger og spørge hvad det betyder eller står for. Det er ikke muligt gennem en substitutionsmetode at erstatte ordet »stat« med andre ord, således at der derigennem udpeges en vis substans, begivenhed, aktivi-

tet, egenskab, eller noget andet, der »er« »staten«. Der findes intet statsbegreb – indeholdt i den sprogbrug der her analyseres – der kan defineres efter formlen: »staten er...« eller »ved staten forstår man...«. Statsbegrebet, om man overhovedet vil tale om et sådant, kan kun defineres implicite på den angivne måde.

Der er intet forunderligt eller enestående heri. Det samme må tværtimod antages at gælde for en stor mængde juridiske begreber¹⁴). Jeg har tidligere indgående påvist, at det gælder for rettighedsbegreberne, fx begrebet »ejendomsret«¹⁵). Jeg sagde dengang, at sådanne begreber er meningsløse. Denne udtryksmåde er uheldig. De sætninger hvori ordet forekommer har påviselig mening, og for så vidt har ordet det også. Det er rigtigere at sige, at ordet ikke »står for noget« i den forstand at dets mening kan defineres ved substitutionsmetoden.

Det er vigtigt at fremholde hvad der her er påvist – at den logiske struktur af sætninger hvori »staten« optræder som handlende subjekt er forskellig fra sætningernes grammatikalske struktur. Grammatikalsk er »staten« subjekt, og til det grammatikalske subjekt svarer normalt også et subjekt i den logiske analyse. Når vi siger, »Peter har bygget et hus« står »Peter« også i den logiske analyse for et handlende subjekt. Men det tilsvarende er ikke tilfældet når vi siger, »staten har bygget et hus«.

Denne divergens mellem sætningens grammatikalske og logiske struktur står antagelig i forbindelse med at vi med ordet »stat« (på lignende måde som med ordet »ejendomsret«) associerer forskellige virkelighedsfremmede (metafysiske) forestillinger om en usynlig kraft, magt, eller væsen, tænkt mere eller mindre i analogi med mennesket som handlende subjekt. Om den grammatikalske struktur er fremkaldt af de metafysiske forestillinger, eller omvendt, skal jeg lade være usagt. Antagelig har en vekselvirkning fundet sted.

Hvorledes det end forholder sig hermed, afgørende er at man i den videnskabelige teori holder sin sti ren for alle substantielt-metafysiske forestillinger om »staten« der kun er egnet til at føre til vildfarelser og skinproblemer¹⁶). Det meget drøftede problem om, hvorledes det

¹⁴) Dette er på fremragende måde påvist af H. L. A. Hart, *Definition and Theory in Jurisprudence* (1953), 12 f. Se også Ross, *Definition in Legal Language*, *Logique et Analyse* 1958, 139 f., 142 f.

¹⁵) Alf Ross, »Tû-tû« i *Festskrift til Henry Ussing* (1951), 468–84 jfr. *Om Ret og Retfærdighed* (1953), § 36.

¹⁶) Om »rettigheden« som substans se *Om Ret og Retfærdighed* (1953), § 38.

er muligt for staten at forpligte sig selv, er et eksempel herpå. Også spørgsmålet om staten er en realitet (organisme), en fiktion, eller en sum af psykologiske processer, er et skinproblem – i hvert fald i relation til den her drøftede sprogbrug. Staten »er« ingenting, fordi sætninger af strukturen »staten er . . .« ikke lader sig opstille.

7. *Diskussion: Jellinek, Carré de Malberg, og Kelsen.*

Den tanke, at det er retsregler der er afgørende for at visse handlinger tilskrives »staten« og det handlende menneske anses som »statsorgan«, er ingenlunde ny. Derimod er der, såvidt jeg ved, ikke hidtil foretaget nogen analyse der, som her forsøgt, med udgangspunkt i sprogbrugen blotlægger de betingelser hvorunder tilskrivelsen finder sted. Uden at inklade mig på nogen almindelig granskning af litteraturen skal blot et par af de mest kendte forfatteres stilling til problemet omtales.

»Ein Individuum«, siger *Georg Jellinek*, »dessen Wille als Verbands-wille gilt, ist, soweit diese Beziehung auf den Verband reichen, als Willenswerkzeug des Verbandes, als Verbandsorgan zu betrachten«¹⁷).

Men under hvilke betingelser »gælder« et individs vilje som forbundets (statens) vilje? Efter at have udviklet, at organforestillingen på tidlige kulturtrin knytter sig til noget rent faktisk, siger forf. herom:

Bei entwickelter Kultur wird allerdings, die erwähnten Ausnahmefälle abgerechnet, regelmässig der tatsächliche Vorgang der Organisation unlöslich mit Rechtsnormen verknüpft sein, derart, dass die Berufung des einzelnen zur Organstellung nur auf Grund einer rechtlichen Berufsordnung erfolgen kann. Ferner werden auch die Zuständigkeit der Organe und der Weg, auf dem ihr Wille sich äussert, die Bedingungen, unter denen er Rechtsgültigkeit beanspruchen kann, durch Rechtssätze festgestellt werden müssen¹⁸).

Organstillingen beror altså udelukkende på en vis retlig kvalifikation. Men der siges intet om, hvilken den kvalifikation er der giver anledning til organforestillingen. Jellinek er øjensynlig fremmed for den tanke, at organegenskaben intet andet er end et udtryk for visse et individ tilkommende særegne retlige kompetencer og beføjelser.

¹⁷) *Allgemeine Staatslehre*, kap. 16 (2. Aufl. 1905, 526).

¹⁸) *A. st.*, 529.

Hans tankegang synes at være, at organet erhverver sin stilling som organ umiddelbart ved at »udnævnes« eller »kaldes« hertil af retsordenen (»Berufung«). Hertil knytter der sig så yderligere (»ferner«) retsregler om organets kompetence. Det er øjensynligt at Jellinek ureflekteret tænker i den sædvanlige sprogbrugs organ-vendinger uden at se det problem de rejser.

Ganske tilsvarende gælder for *Carré de Malbergs* vedkommende, hvis definition af organbegrebet er næsten ordret sammenfaldende med Jellineks. Organ er det individ hvis vilje gælder (»vaut«) som kollektivitetens vilje, fordi han af retsordenen er bemyndiget til at ville på helhedens vegne¹⁹. Denne forklaring er intetsigende. Der forekommer ikke i retsordenen regler af dette indhold. Spørgsmålet er, under hvilke betingelser vi *tyder* visse specifikke kompetence- og beføjelsesregler ved at tilskrive de handlinger hvori de udøves til staten.

Hans Kelsen stiller, i modsætning til de foran nævnte forfattere, problemet klart på, under hvilke *betingelser* vi tilskriver en handling til staten²⁰. Videre kan der næppe være tvivl om at han hermed sigter til de betingelser hvorunder tilskrivelsen finder sted i sprogbrugen, den dagligdags såvel som den juridiske²¹). Men dette udgangspunkt fastholdes ikke. I virkeligheden tilskæres organbegrebet af Kelsen i overensstemmelse med visse af de bærende ideer i hans system, især ideen om statens og retsordenens identitet, og herved føres han til resultater i afgjort modstrid med sædvanlig sprogbrug, resultater der i virkeligheden ganske udvisker forskellen mellem statsorgan og privat individ²²).

Dette viser sig deri, at organstillingen bestemmes rent formelt, dvs. således at den ikke er udtryk for en kvalificeret retsstilling, bestemt ved indholdet af rettens regler, men blot for, at der overhovedet udføres en retlig funktion, ligegyldig hvilken.

¹⁹) »Finalement donc, il faut entendre par organes les hommes qui, soit individuellement, soit en corps, sont habilités par la Constitution à vouloir pour la collectivité et dont la volonté vaut, de par cette habilitation statutaire, comme volonté légale de la collectivité«.

²⁰) »Under what conditions do we attribute a human action to the State? . . . What is the criterion of this imputation?« Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1946), 191.

²¹) »An analysis shows that we impute a human action to the State . . .«, *A. st.*, 192.

²²) Fremstillingen, *General Theory* . . . (1946) må sammenholdes med den i *Allgemeine Staatslehre* (1925), 262 f.

Whoever fulfills a function determined by the legal order is an organ. These functions, be they of a norm-creating or of a norm-applying character, are all ultimately aimed at the execution of a legal sanction. The parliament that enacts the penal code, and the citizens who elect the parliament, are organs of the State, as well as the judge who sentences the criminal and the individual who actually executes the punishment²³).

Begrebet »function determined by the legal order« er uklart. Det fremgår af det citerede, at herunder først falder »normcreating acts«. Da nu enhver »norm-creating act«, ifølge Kelsen, tillige er en »norm-applying act«²⁴), får denne sidstnævnte kategori kun selvstændig betydning for så vidt angår de »retsanvendelser« der ikke tillige er »retsskabelse«, men består i visse faktiske handlinger. Som eksempel nævner Kelsen de faktiske handlinger hvori en straffedom eksekveres. Hvori består den »funktion«, altså det rent formelle forhold til retsordenen, der træder for dagen i disse faktiske handlinger? Jeg kan ikke se anden mulighed end den, at de har karakter af udførelse af en af retsordenen krævet handling, opfyldelsen af en retspligt. Resultatet bliver altså at en organhandling – altså en handling der tilskrives staten – foreligger når handlingen er enten (1) udøvelse af en kompetence, en disposition; eller (2) opfyldelse af en retspligt.

Det er klart at dette resultat ikke kan godtages som en beskrivelse af den mening der impliceres i sprogbrugen, dvs. som en angivelse af de betingelser hvorunder »we impute a human action to the state«. Kelsen fremhæver selv, at også de private aftaleparter er statsorgan såvel som fx dommeren – for også disse udøver en retlig funktion derved at de foretager en disposition²⁵). Og på tilsvarende måde må det, efter Kelsen, også antages at enhver der betaler sin gæld, eller på anden måde opfylder sin retspligt, fungerer som statsorgan lige så vel som den der er statsorgan fordi han opfylder retten ved at eksekvere en straffedom.

Set i forhold til sprogbrugen er dette resultat naturligvis absurd. Organforestillingens funktion er jo netop at kvalificere visse handlinger som »statslige« eller »offentlige« for derved at stille dem i modsætning til private individers handlesfære. Denne modsætning, organbegrebets *raison d'être*, forsvinder fuldstændigt når »organhandling« defineres rent formelt som udøvelse af en retlig »funktion«.

Kelsen har vel selv følt dette og trang til et andet organbegreb der bedre harmonerer med sprogbrugen. Dommeren, siger han, er stats-

²³) *General Theory of Law and State* (1946), 192.

²⁴) *A. st.*, 134.

²⁵) *A. st.*, 193.

organ i en anden og snævrere betydning end den hvori de private af-taleparter er det²⁰). Det er sandt, bemærkes hertil, at dommeren ind-tager en særstilling og som vi har set beror denne på at han besidder en kvalificeret, heteronom, pligtbunden kompetence som social funktion. Men det er ikke dette Kelsen har for øje ved opstillingen af sit andet og snævrere organbegreb. Han mener, at dommerens særstilling ligger deri, at han er funktionær (official), ansat til at udføre en vis profes-sionel funktion imod betaling af statskassen. Dette er ikke træffende. Det virkelige forhold er at »dommere« – såvel som »lovgivere« og »ad-ministrative myndigheder« – kvalificeres som statsorganer i kraft af den kvalificerede kompetence, kaldet »offentlig myndighed«, de er i be-siddelse af – og det ganske uafhængigt af, om de tillige er funktionærer (tjenestemænd) der betales for deres arbejde af statskassen. Selvom de fleste indehavere af offentlig myndighed i vore dage er tjenestemænd, gælder dette ikke undtagelsesfrit (læggdommere, nævnsmedlemmer, folketingsmænd – medlemmer af det engelske overhus modtager over-hovedet ingen betaling for deres arbejde) – uden at dette influerer på opfattelsen af dem som statsorganer.

Kelsen forveksler øjensynlig stillingen som statsfunktionær med egenskaben af statsorgan. Den der er ansat af staten er statsfunktionær, men ikke af den grund statsorgan. Ligesom et statsorgan som nævnt ikke behøver at indtage stilling som statsfunktionær, gælder det også omvendt at funktionærstilling ikke som sådan medfører at funktio-næren – fx en lokomotivfører eller en rengøringskone – anses for stats-organ. Dette stemmer vel med hvad der blev påvist ovf. under nr. 5: for så vidt en virksomhed anses for statslig fordi den drives for stats-kassens regning er det ikke de betalte funktionærforhandlinger, men dispositionerne på statskassens vegne og de dermed forbundne direk-tiver (ledelsen) der tilskrives staten. Vi siger nok at staten driver jern-banedrift, men ikke at det er staten der styrer lokomotiverne eller vasker gulvene i ventesalen.

Det vil heraf ses at Kelsens »retsindholdsbestemte« statsorganbegreb er lige så forfejlet som hans »formelle« begreb.

²⁰) *Ibid.*

OM STATSMAGTERNE OG DERES ORGANISATORISKE FORDELING

1. *Opgaven: Kan en tredeling af statsorganer og statsfunktioner gennemføres således at opdelingen er retsdogmatisk og/eller retspolitisk relevant?*

Når den danske grundlov i § 3 fastslår at den lovgivende magt er hos kongen og folketinget i forening, den udøvende magt hos kongen, og den dømmende magt hos domstolene, synes den hermed at have accepteret den velkendte politiske doktrin om statsmagternes adskillelse og ophøjet den til gældende dansk statsforfatningsret. Ganske vist findes der i forhandlingerne på den grundlovgivende rigsdag – der for så vidt angår denne paragraf er forbavsende kortfattede – ingen hentydning til Montesquieu eller magtfordelingslæren¹⁾ Men efter den rolle denne har spillet for den politiske tænkning kan der alligevel ikke herske nogen tvivl om at den har udgjort den ideologiske forudsætning for § 3.

Antages dette kan indholdet af paragraffen nærmere præciseres således:

1. Statsmagtens funktioner kan udtømmende opdeles i tre kaldet henholdsvis »den lovgivende magt«, »den udøvende magt« og »den dømmende magt«.

2. Statsmagtens organer kan udtømmende opdeles i tre eller tre sæt kaldet henholdsvis »kongen og folketinget i forening«, »kongen« og »domstolene.«

3. De tre funktioner er adskilt ved fordeling på de tre sæt af organer således at den lovgivende magt er hos kongen og folketinget i

¹⁾ *Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen* (København 1848–49), 1481–82, 1573–76 og 240–42.

forening og *udelukkende* hos dette organ, og på samme måde med hensyn til de to andre magter, hvoraf igen følger at hvert af de tre organers kompetence er begrænset til *kun* at angå den tildelte specifikke funktion.

Den sidste af disse tre sætninger indeholder selve magtfordelingsanordningen, de to første udgør de nødvendige forudsætninger herfor.

Der er nu almindelig enighed om at magtadskillelsen ikke er gennemført fuldstændig i Danmark så lidt som i nogen anden stat. Sætning (3) antages altså ikke at gælde undtagelsesfrit. Udviklingen har her som andetsteds nødvendiggjort en sammenblanding af funktioner og under pres af praktiske behov har man ikke følt sig bundet af princippet i § 3, men fortolket denne paragraf mere som en programudtalelse end som en bindende forskrift²⁾.

Den udvikling der er foregået har ikke så meget bestået i at der er tillagt domstolene lovgivende eller udøvende magt; (eller lovgivningsorganet udøvende eller dømmende magt³⁾); men fortrinsvis deri at der er tillagt forvaltningsorganerne både lovgivende og dømmende magt (jfr. ndf. punkt 11).

At der i vidt omfang har fundet hvad man kalder delegation af lovgivningsmagt sted til kongen (forvaltningen) er et velkendt og ofte betaget og diskuteret fænomen. Derimod har man her i landet været mindre opmærksom på, at forvaltningen på tilsvarende måde også er blevet udstyret med dømmende myndighed. Fænomenet er lige så universelt

²⁾ Magtadskillelsesdoktrinen er blevet forstået på forskellig måde. Den kan betyde tre forskellige ting: (1) at samme personer ikke må være delagtige i udøvelse af flere af statsmagtens funktioner, fx at den udøvende magts chef ikke tillige må være medindehaver af lovgivende magt; (2) at den ene statsmagt ikke skal kunne hæmme eller kontrollere udøvelsen af en anden statsmagt, fx at ministrene ikke skal være ansvarlige overfor parlamentet eller underkastet kontrol af domstolene; (3) at intet organ må udøve andre funktioner end den der er særegen for det organisatoriske departement hvortil organet hører, fx at en minister udover sin udøvende magt ikke tillige må besidde lovgivende eller dømmende myndighed.

I nærværende afhandling forstås doktrinen udelukkende på den sidstnævnte måde idet det alene kan være en sådan doktrin der er udtrykt i grdl. § 3. Under denne forudsætning kan der næppe i grundloven selv findes eksempler på afvigelser fra magtadskillelseskravet. Man har ganske vist ment at sådanne afvigelser foreligger når grundloven kræver at visse foranstaltninger af singulært indhold – fx tildeling af indfødsret til visse personer, grdl. § 44, eller vedtagelse af årets budget, grdl. § 45 – skal ske ved lov. Som det vil blive påvist nedenfor under punkterne 7 og 8 beror denne opfattelse på en misforståelse som følge af en uholdbar definition af begrebet »lovgivende magt«.

³⁾ Dette er simpelthen en umulighed, se nedenfor nr. 13.

som delegation af lovgivningsmagt og dikteret af de samme praktiske behov. Magtadskillelsen er et program for den liberale stat. Sålænge statens opgaver i det væsentlige begrænsede sig til opretholdelse af lov og orden indadtil og statens integritet udadtil i forbindelse med en nødtørftig virksomhed til fremme af kulturelle og sociale formål kunne Montesquieu's magtfordeling gælde, i hvert fald tilnærmelsesvis, som en norm for statsforretningernes udførelse. I et samfund, derimod, hvor staten i vældigt omfang aktivt griber ind i det økonomiske og sociale liv gennem reguleringsordninger og ved iværksættelse af en lang række sociale ydelser og tjenester bliver en omfattende koncentration af magt hos forvaltningen uundgåelig. I en følgende afhandling omtales den side af sagen, at lovgivningsorganet har kapituleret overfor denne situation ved i vidt omfang at delegere retsanordningen til regeringen⁴). En anden side af sagen er, at det også har været umuligt at lade domstolene udøve den dømmende myndighed i de mange retsspørgsmål der opstår i forbindelse med gennemførelsen af de offentlige foranstaltninger på økonomiske, sociale, og tekniske områder. Ikke blot sagernes antal, også deres tekniske karakter, taler for en hurtigere og enklere afgørelse ved specielt sagkyndige instanser. Dømmende myndighed er derfor i vidt omfang blevet tillagt enten centraladministrationen selv (ministrene), eller en række særlige organer indenfor forvaltningen (administrative retter, kommissioner, nævn). I forbindelse med den såkaldte delegation af lovgivningsmagt betyder dette at forvaltningen i dag på store områder – ligesom den enevældige konge – forener lovgivende, udøvende, og dømmende magt.

Men selvom det i grdl. § 3 indeholdte krav om magtadskillelse således er brudt sammen overfor udviklingens kræfter betyder dette ikke at paragraffen er blevet betydningsløs.

For det første plejer man at anføre at der dog må være visse yderste grænser for, hvad lovgiveren kan tillade sig i retning af omfordeling af magterne. Det ville være grundlovstridigt om lovgiveren ganske abdicerede ved i en generalfuldmagt at overdrage den hele lovgivningsmagt til kongen; og ligeledes dersom han i bred almindelighed, og ikke blot til varetagelse af specielle opgaver, bortdelegerede lovgivningsmagten, fx med hensyn til den borgerlige ret eller straffelovgivningen⁵). På tilsvarende måde ville det være i strid med grundloven om lovgiveren

⁴) *Om såkaldt delegation af lovgivningsmagt*, ndf. s. 125 f.

⁵) Se fx Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 551; jfr. ndf. s. 162.

ganske afskaffede domstolene, eller i bred almindelighed overlod domsmagten, fx i alle spørgsmål der nu henhører under underretterne, til forvaltningen⁶). Omfordelingen af magten må i begge henseender have karakter af særegne undtagelser. Denne rudimentære betydning af magtfordelingsætningen er naturligvis ikke af synderlig praktisk interesse. Foranstaltninger som de der herefter stadig anses som udelukkede kan vel næppe tænkes at forekomme uden i revolutionære eller nødssituationer i hvilke retlige betragtninger næppe spiller nogen afgørende rolle.

For det andet, og det er af større interesse, betyder opgivelsen af selve magtfordelingsreglen – den tredje af de i § 3 indeholdte sætninger – ikke at man hermed også opgiver de forudsætninger hvorpå den hviler: den første og anden af de tre sætninger. Selve den opfattelse, at der finder en udstrakt omfordeling og sammenblanding af magterne sted, hviler jo på den forudsætning at de to første sætninger stadig har gyldighed, således at det er muligt at sondre såvel mellem tre forskellige statsfunktioner som mellem tre forskellige sæt af statsorganer. En teori herom vil stadig være af interesse uanset om magtfordelingen er opgivet som forfatningsretlig norm.

Den vil være af interesse i hvert fald for en *retspolitisk* vurdering af udviklingen. Magtfordelingslærens forudsætning er at der er en sammenhæng mellem organ og funktion. Hver af de tre myndigheder er organiseret, og reglerne om deres procedure udviklet, ud fra det synspunkt at vedkommende organ derved i særlig grad gøres egnet til at varetage den af de tre funktioner som det er tænkt, i hvert fald fortrinsvis, at skulle beskæftige sig med. Ud fra dette synspunkt må enhver omfordeling af magterne rejse betænkelighed. Den har formodningen mod sig og bør kun finde sted når tilstrækkeligt tungtvejende hensyn nøder dertil. Og selv om dette antages at være tilfældet melder det spørgsmål sig, om den omstændighed, at et organ har fået tillagt en funktion forskellig fra den for hvis udøvelse organet egentlig er indrettet, ikke må medføre visse konsekvenser i organisatorisk og processuel henseende for derved så vidt muligt at afbøde de ulemper der følger af at organet udøver en funktion til hvis varetagelse det egentlig ikke er skabt og indrettet. Mere konkret: i samme grad der tillægges forvaltningen lovgivende og dømmende myndighed opstår det spørgsmål, om det da ikke bliver tilrådeligt til forvaltningens varetagelse af disse funktionsfrem-

⁶) Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret* (3. udg. 1956), 1.

mede opgaver at overføre visse træk hentet henholdsvis fra lovgivningsorganets og fra domstolenes organisation og procedure (ndf. punkt 10).

En teori om statsmagtens organer og funktioner vil også være af *retsdogmatisk* interesse for så vidt de begreber der omhandles deri har retlig relevans i medfør af andre retsregler end grdl. § 3. Således fx når grundloven taler om »domstolene«, »dommerne«, »den dømmende magt«, »en dømmende myndighed«, »øvrighedsmyndigheden«, »retsplejen« m. v.; eller når straffeloven (§ 146) anvender udtrykket »domsmyndighed«. Ved behandlingen af sådanne retsdogmatiske spørgsmål må man naturligvis have for øje at det ingenlunde er givet at et vist udtryk, fx »domstolene«, skal tages i samme betydning overalt hvor det forekommer, og specielt ikke i den betydning det må antages at have i grdl. § 3 og en på grundlag af denne paragraf opstillet almindelig organ- og funktionsteori. Alligevel vil en sådan teori have sin værdi som orienteringsskema for de specielle fortolkningsopgaver. Endelig har teorien også retsdogmatisk interesse i relation til § 3 for så vidt angår begrebet »lovgivende magt«, se herom ndf. punkterne 6–8.

Den opgave der stilles i nærværende afhandling er at yde et bidrag til en sådan organ- og funktionsteori, specielt at undersøge (1) om det er muligt på organisatorisk-formelt grundlag (udtømmende?) at inddele statsorganerne i tre grupper, i grdl. § 3 angivet henholdsvis som »kongen og folketinget i forening«, »kongen«, og »domstolene«; og (2) om det er muligt, og da i hvilken betydning, at sondre (udtømmende?) mellem tre statsfunktioner – kaldet henholdsvis den lovgivende, den udøvende, og den dømmende magt – på en sådan måde at sondringen er af retspolitisk og/eller retsdogmatisk relevans.

2. Terminologiske bemærkninger.

Terminologien på dette område frembyder en vanskelighed som, hvis ikke man er opmærksom på den, kan medføre fare for begrebsforvirring. Udtryk som »magt« og »myndighed« anvendes i almindelighed såvel som betegnelse for et organ som for en funktion eller kompetence. »Den lovgivende magt«, fx, betegner såvel et organ (kongen og folketinget i forening) som en funktion eller kompetence. »Dømmende myndighed« kan betegne såvel et organ (grdl. § 71) som den funktion det (normalt) tilkommer domstolene at udøve. På samme måde med de andre magt- og myndighedsudtryk. Denne gennemgående dobbelttyd hænger naturligvis sammen med magtfordelingslæren: når kongen og

folketinget benævnes »lovgivningsmagten«, eller simpelthen »lovgiveren«, er det fordi det forudsættes af dette organs (normale) funktion er at lovgive. Denne dobbelttyd medfører, at det, når et organ betegnes ved en funktion, ikke på forhånd er klart om der herved sigtes til en organisatorisk eller funktionel kvalifikation. Når fx grdl. § 71 benytter udtrykket »en dømmende myndighed« er det vel klart at der hermed sigtes til et organ og ikke til en funktion; men det er ikke på forhånd klart om der hermed menes et organ der organisatorisk henregnes til domstolene, eller et organ der udøver dømmende myndighed uanset om det organisatorisk måtte tilhøre forvaltningen. Afgørelsen må i dette og andre tilfælde bero på en fortolkning ud fra bestemmelsens hensigt og mening (jfr. ndf. s. 33 f.).

I overensstemmelse med grundlovens sprogbrug vil i denne fremstilling udtrykket »magt« og forbindelser deraf udelukkende blive brugt som betegnelse for en funktion eller kompetence. Samme sprogbrug vil derimod ikke blive gennemført hvad angår udtrykket »myndighed« og forbindelser deraf, fordi det ikke er let at undgå udtryk som »myndighederne« eller »en myndighed« som betegnelse for organer. Da udtrykket »myndighed« samtidig også benyttes med samme tyd som »magt« er det nødvendigt i hvert enkelt tilfælde at sørge for at det af sammenhængen fremgår i hvilken tyd ordet er benyttet.

Også udtryk som »forvaltning(en)« »administration(en)« »regering(en)« frembyder vanskeligheder. De kan efter omstændighederne betegne (1) en gruppe af organer; (2) en funktion; (3) den virksomhed at udøve funktionen.

3. *Statsmaskineriets tre organisatoriske departementer bestemmes som hver for sig udgørende en organisatorisk enhed. Herudover forekommer en række fritstående organer.*

Den første af de opgaver vi har stillet os var at undersøge om det er muligt at opdele statsorganerne i tre grupper defineret ved formelle organisatoriske kendetegn.

For at gribe denne opgave an er det nødvendigt at være klar over hvad der forstås ved et statsorgan. Dette spørgsmål er blevet belyst i en foregående afhandling⁷⁾. Det er dér blevet forklaret at et individ, eller en gruppe af individer, anses for et statsorgan når individet eller grup-

⁷⁾ Om begreberne »stat« og »statsorgan« i statsforvaltningsretten, ovf. s. 7 f.

pen enten (1) er tillagt en kvalificeret kompetence der kaldes »offentlig myndighed;« eller (2) er tillagt en kvalificeret handlebeføjelse til foretagelse af fysisk tvangsudøvelse; eller (3) kan disponere på statskassens vegne.

Organet er altså det menneskelige substrat som bærer af en organbeføjelse. Når denne har karakter af kompetence til foretagelse af visse retsakter kræves der til bestemmelse af organet og dets retsstilling tre sæt af normer hvorved henholdsvis organet identificeres personelt og dets procedure og saglige forretningsområde fastlægges. Dette kræver en kort forklaring.

En retsakt (retshandling, disposition) er en sproglig tilkendegivelse der som regel, dvs. medmindre særlige ugyldighedsgrunde foreligger, fremkalder retsvirkninger i overensstemmelse med sit indhold. Som eksempler herpå kan nævnes: løfte, testamente, lov, forvaltningsakt, dom⁸).

Enhver retsakt er udslag af en kompetence tillagt den handlende i en kompetencenorm. Kompetencenormen bestemmer de betingelser tilkendegivelsen skal opfylde for at fremkalde de tilsigtede retsvirkninger. Typisk kan man sondre mellem tre grupper af betingelser: betingelser vedrørende (1) det handlende subjekt (den personelle kompetence); (2) fremgangsmåden og andre forhold ved aktens tilblivelse (den formelle kompetence); og (3) aktens indhold (den materielle kompetence)⁹).

Magtfordelingslæren kan på dette grundlag tydes derhen at der er en indre, meningsfuld sammenhæng mellem de tre sæt af kompetenceregler således at hver organtypes personelle struktur og formelle kompetence (fremgangsmåden) er afstemt på en sådan måde, at organet bliver særlig skikket til at udøve netop den funktion der bestemmes i reglerne om den materielle kompetence. Fx: det lovgivende organ er personelt sammensat på en sådan måde og underkastet sådanne regler om fremgangsmåden at det derved bliver særligt egnet til at udøve den funktion der bestemmes ved de materielle regler om lovgivningskompetencen.

I grdl. § 3 angives de tre organer, eller sæt af organer, som henholdsvis »kongen og folketinget i forening«, »kongen« og »domstolene«. Opgaven er, med udgangspunkt heri, at undersøge om det er muligt at

⁸) Alf Ross, *Om ret og retfærdighed* (1953), 281 jfr. 202 f.

⁹) *A. st.*, 202, 214, 247.

opdele samtlige statsorganer i tre grupper. Det er herved en forudsætning impliceret i magtfordelingslæren at hver af de tre grupper udgør en organisatorisk enhed i den forstand at organerne, om de udgør en flerhed, er organiseret hierarkisk i et system af over- og underordnede instanser således at der herved garanteres en virkningsenhed i udøvelsen af funktionerne. Hvis ikke dette var tilfældet, hvis altså hver gruppe udgjordes af et antal ukoordinerede organer, ville der ikke være noget grundlag for at betragte gruppen som en enhed og som sådan som bærer af en vis statsfunktion. Det er et nyt spørgsmål, som ikke her skal behandles, hvorledes der igen sikres det samarbejde i enhed mellem de tre organgrupper der er forudsætningen for at de kan betragtes som organisatoriske forgreninger af en og samme statsmagt.

For at undgå enhver forveksling af organet selv (bestemt ved de personelle kompetenceregler) med den funktion organet udøver, vil jeg, til betegnelse af disse grupper, ikke anvende udtryk som »lovgivende organer«, »forvaltningsorganer«, og »domstole«, men – i hvert fald indtil videre – anvende de helt neutrale udtryk: A-organer, B-organer og C-organer.

a. Som *A-organ* angiver grdl. § 3 »kongen og folketinget i forening«, altså et individuelt bestemt organ hvis menneskelige substrat identificeres gennem henholdsvis tronfølgeordenen og valgloven. Noget hierarkisk system foreligger ikke. Enheden er givet ved organets individualitet. Herudover kan til A-gruppen også henregnes folketinget selv, der jo ifølge grundloven er bærer af forskellige kompetencer, og ligeledes egentlige folketingsudvalg, dvs. sådanne der er nedsat af folketinget med hjemmel i grundloven eller folketingets forretningsorden. Den organisatoriske enhed garanteres ved personsammenfaldet (folketinget er integrerende og afgørende bestanddel af »folketinget og kongen i forening«) og derved at udvalgene ikke har anden myndighed end at forberede folketingets beslutninger. Derimod kan råd, kommissioner, og nævn nedsat ved lov eller regeringsforanstaltning ikke henregnes til A-gruppen, uanset om de helt eller delvis udgøres af folketingsmænd udpeget af folketinget. Den myndighed disse udvalg m. m. udøver står ikke under folketingets kontrol og er ikke et led i folketingets arbejde, jfr. nærmere ndf. under d.

b. Som *B-organ* nævner grundloven »kongen« hvilket, i forbindelse med grdl. § 14, vil sige det samme som »kongen og en minister i forening«. Det har naturligvis aldrig været meningen at kongen personligt

skulle udføre alle de forretninger der ved grundloven eller den ordinære lovgivning er henlagt til »kongen.« Det er forlængst ubestridt anerkendt at ministrene er selvstændige organer der ved lov kan bemyndiges til på egen hånd at udføre de forretninger der efter grundloven er henlagt til »kongen«. Men naturligvis kan heller ikke ministrene personligt udføre alle disse forretninger. Under ministrene sorterer et omfattende apparat af B-organer. Kriteriet for at et organ kan henregnes til denne gruppe er det *hierarkiske underordningsforhold* der garanterer den organisatoriske enhed således at den magt organet udøver formelt kan betragtes som udgået fra »kongen«.

Underordningsforholdet tager sig normalt udtryk i at den overordnede myndighed kan udstede bindende tjenestebefalinger og enten af egen drift eller efter klage ophæve og omgøre det underordnede organs afgørelser eller beslutninger. Undertiden går det videre således at det underordnede organs beslutninger kræver godkendelse af overordnet instans. Til støtte for kontrollen tjener en almindelig tilsynsret med tilsvarende oplysningspligt.

Det forekommer imidlertid at underordningsforholdet antager en løsere karakter. I så fald udvidses det hierarkiske systems enhed og det bliver tvivlsomt om organet kan henregnes til B-gruppen jfr. ndf. under d.

c. Som *C-organer* nævner grdl. § 3 »*domstolene*«. Forudsætningen for at et organ kan henregnes hertil er ligeledes den organisatoriske enhed. Denne etableres gennem eksistensen af en »rigets øverste domstol« (grdl. § 59) i forbindelse med en *appelordning*. Domstolens hierarki er af en anden art end B-organernes hierarki. Appellen indbefatter ikke nogen magt for de overordnede domstole til at udstede tjenestebefalinger eller til at ophæve og omgøre efter egen drift, men kun efter klage i overensstemmelse med appelordningens regler. Selvom ikke enhver sag kan appelleres til højesteret garanterer instansfølgen og appelordningen alligevel den fornødne enhed i disse organers funktion.

Som C-organ betragtes herefter ethvert (af kongen uafhængigt) organ hvis afgørelser direkte eller indirekte er underkastet appel til højesteret. C-organerne omfatter herefter:

I. De *almindelige* domstole nemlig: højesteret, landsretterne og underretterne som organiseret ved retsplejeloven. De kaldes almindelige fordi deres kompetence omfatter alle sager hvis afgørelse ikke er henlagt specielt til de specifikke domstole eller andre organer;

II. De *specielle* domstole nemlig:

1. Sø- og handelsretten i København, jfr. rpl. § 9.
2. Søretterne udenfor København, jfr. rpl. § 18.
3. Handelsretterne udenfor København, jfr. rpl. § 20.
4. Den særlige klageret, jfr. rpl. § 1a for så vidt den dømmer i sager vedrørende utilbørligt eller usømmeligt forhold fra en dommers side, jfr. rpl. § 49, eller afgør spørgsmålet om en dommer bør afsættes mod sit ønske på grund af vedvarende ånds- eller legems- svaghed, rpl. § 49 a.
5. De forvaltningsdomstole der i medfør af grdl. § 63(2) måtte blive oprettet til påkendelse af spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser.
6. Boligretterne, jfr. lov om leje nr. 355 af 27. december 1958 § 94, jfr. § 95(7).
7. De specielle retter der måtte blive oprettet i medfør af grdl. § 73(3) til prøvelse af ekspropriationserstatnings størrelse, eller i medfør af grdl. § 71(6) til prøvelse af administrativ frihedsberøvelse, i begge tilfælde såfremt de undergives appel til almindelige domstole.
8. De gejstlige retter, jfr. D.L. 1–6–8, reskript 1. september 1741, forordning 1. december 1797 og forordning 5. december 1806 § 4.

Disse domstole kaldes specielle fordi deres kompetence er begrænset til specielt angivne kategorier af sager.

Ved *særdomstole* forstås man domstole hvis kompetence ikke er kategorielt men individuelt bestemt – den omfatter en eller flere bestemte, allerede foreliggende sager. Sådanne domstole kan ifølge grdl. § 61 ikke (mere) nedsættes med dømmende myndighed. De kan altså ikke forekomme som selvstændige domstole, men kun til forberedelse af afgørelser truffet af andre.

Domstolsorganisationen, altså de almindelige og specielle domstole tilsammen, kan også betegnes som *de ordinære retter* i modsætning til *de ekstraordinære retter* der også benævnes *administrative retter* ¹⁰⁾.

¹⁰⁾ Udtrykket »administrative retter« er indarbejdet men ikke heldigt. Organisatorisk står de udenfor det hierarkiske administrationsapparat og funktionelt udøver de dømmende magt. Hvorfor så betegne dem som administrative? Forklaringen er antagelig at disse retters kompetence vedrører borgernes forhold til administrationen og at de derfor fortrinsvis besættes med personel med særlig administrativ sagkundskab, ofte udgået fra administrationen. Men disse forhold kan systematisk ikke begrunde betegnelsen »administrativ«.

d. Er de tre beskrevne, organisatoriske forgreninger af statsorganerne *udtømmende*? Det har sikkert oprindeligt været grundlovens forudsætning at de skulle være det. Men udviklingen har ført med sig at det ikke er tilfældet.

Der er i nyere tid opstået en lang række organer benævnt *udvalg, nævn, kommissioner, retter*, der ikke står i sådant effektivt underordningsforhold til regeringen at de kan betragtes som indordnet i hierarkiet af B-organer. På den anden side er de heller ikke underkastet appel til højesteret og indgår således heller ikke i hierarkiet af C-organer lige så lidt som de kan betegnes som A-organer. De udgør ikke nogen organisatorisk enhed og kan altså ikke karakteriseres som en fjerde, organisatorisk forgrening af statsmagten. De er i virkeligheden en række mere eller mindre fritstående, isolerede organer til varetagelse af særlige opgaver.

Disse organers uafhængighed af regeringen kan variere i alle grader idet der kan foreligge flere eller færre af de normale overordningsbeføjelser, og det kan derfor være vanskeligt at drage en skarp grænse mellem dem og det administrative hierarki (B-organerne)¹¹). Det vigtigste af de forhold, der har begrundet stigende krav om uafhængighed, er at der materielt er tillagt det pågældende organ dømmende myndighed. Hensynet til retssikkerheden har da ført til at man i større eller mindre grad til disse organer har overført domstolslignende træk: en vis uafhængighed og visse procedurekrav.

4. *Den organisatoriske opdeling afgiver et holdepunkt for fortolkning af udtryk der refererer til et organs organisatoriske placering.*

Vi har forsøgt at give en bestemmelse af statsmaskineriets tre organisatoriske departementer. Vi har set at der heri indgår to hierarkiske systemer, det administrative bestemt ved organisatorisk underordning under regeringen (kongen) og det judicielle bestemt ved organisatorisk underordning under højesteret. Vi har videre omtalt at der findes en række organer der kort kan kaldes de uafhængige kommissioner der ikke kan underordnes under noget af disse hierarkier. Det spørgsmål stilles nu: hvilken retlig relevans knytter der sig til disse påvisninger af organernes organisatoriske sted?

¹¹) Bent Christensen, *Nævn og Råd* (1958), 25, 193 f.

I forhold til grdl. § 3: ingen. Når magtfordelingen er så gennemhullet som den er, når det er anerkendt at lovgiveren indenfor meget vide rammer har frihed til at omfordele funktionerne, er det i relation til denne paragraf uden betydning at konstatere om et vist organ tilhører det ene eller det andet hierarki eller ikke noget af dem. Når dømmende magt kan henlægges til forvaltningen må den så meget desto mere også kunne henlægges til uafhængige organer.

Derimod kan analysen få betydning ved fortolkningen af andre bestemmelser, især i grundloven, der på en eller anden måde refererer til en myndigheds organisatoriske placering. Ikke således at forstå at fortolkningen simpelthen kan deduceres af den fremsatte teori om de organisatoriske forhold. Men indsigten i hvorledes det forholder sig hermed vil afgive et betydningsfuldt holdepunkt for fortolkningen. Nogle eksempler herpå skal anføres.

a. Grundloven tillægger i nogle bestemmelser udtrykkeligt »domstolene« en vis kompetence. (§ 63: at påkende spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser; § 73: spørgsmål om ekspropriationsaktens lovlighed og erstatningens størrelse; § 77: spørgsmål om ansvar for offentliggørelse af tanker på tryk, i skrift og tale). I andre tilfælde siges det at visse afgørelser (kun) kan træffes »ved dom« (§ 64: afskedigelse af en dommer; § 78(2): opløsning af visse foreninger). I § 71(3) henlægges afgørelse om varetægtsfængsling til »en dommer«, og i § 64 bestemmes »dommernes« retsstilling i visse henseender, i hvilken forbindelse der tales om en omordning af »domstolene«.

I alle disse tilfælde er det rimeligt at antage at der med »domstolene« (og de afledte udtryk) sigtes til den hierarkiske organisation af retter, altså højesteret og enhver almindelig eller speciel ret der gennem en appelordning organisatorisk er underordnet højesteret. Dette stemmer med sprogbrugen i grdl. § 3 hvor udtrykket »domstolene« er benyttet som betegnelse for den ene af statsmaskineriets tre organisatoriske forgreninger.

Grundloven har overladt domstolenes nærmere organisation under højesteret til lovgivningen, grdl. § 61. Der er intet til hinder for at der indrettes specialdomstole til afgørelse af sager af visse særlige kategorier. Som nævnt ovf. s. 32 er der faktisk også oprettet forskellige specialdomstole. Heraf følger at der heller ikke er noget i vejen for at de forskellige kompetencer, der i forskellige grundlovsbestemmelser tillægges »domstolene«, henlægges til udøvelse ved specialdomstole oprettet

særligt med denne – og eventuelt andre kategorier – af sager for øje¹²).

Hvis dette er rigtigt synes det i og for sig overflødigt når det i grdl. § 73(3) 2. punktum udtales at prøvelse af ekspropriationserstatningens størrelse ved lov kan henlægges til domstole oprettet i dette øjemed. Meningen med bestemmelsen er antagelig at afgørelsen skal kunne henlægges til retter der ikke indgår i domstolenes hierarki og som altså ikke er »domstole« i den betydning ordet har i grdl. § 3. Disharmonien i sprogbrogsforbruget forklares ved at bestemmelsen først er indføjet i grundloven i 1953.

Lignende betragtninger kan anlægges på det samtidig tilføjede andet stykke af grdl. § 63 for så vidt det deri bestemmes at påkendelse af spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser ved lov kan henlægges til en eller flere forvaltningsdomstole. Meningen hermed må være at de nævnte »forvaltningsdomstole« ikke behøver at indgå i domstolenes hierarkiske organisation. Imidlertid tilføjes det (efter ordet »forvaltningsdomstole«): »hvis afgørelser dog skal kunne prøves ved rigets øverste domstol.« Denne tilføjelse er ikke alene – som påvist af Poul Andersen¹³) – praktisk urimelig og i strid med de hensyn og interesser der kan tale for at indføre forvaltningsdomstole; den gør også hele stykket meningsløst. Hvis de omtalte forvaltningsdomstole skal være undergivet appel til højesteret har de karakter af egentlige domstole i § 3's forstand og det er da overflødigt at give udtrykkelig hjemmel for deres indførelse¹⁴).

¹²) Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 579 skriver: »Man har naturligvis ved Grundlovens Givelse tænkt sig at det var de almindelige Domstole som skulde kunne afsætte Dommere, ikke en Specialdomstol, og Kompetencen til at afsætte Dommere kan i hvert Fald kun henlægges til en sådan, hvis den i det væsentlige nyder samme Uafhængighed af Regeringen og i det Hele frembyder samme Retsplejegarantier som de almindelige Domstole.« Jeg er bange for at denne udtalelse hviler på en uklarhed i begrebet »almindelige domstole«. Menes der hermed »retter med almindelig bestemt kompetence« eller »retter der indgår i den almindelige organisation under højesteret«? Grundlovens regel om at dommere ikke kan afskediges uden »ved dom« forudsætter kun at afgørelsen træffes af en ret der tilhører domstolsorganisationen hvad enten dens kompetence er almindelig eller specielt bestemt. Udtalelsen miskender at også specialdomstole, fx sø- og handelsretten i København, er »domstole« i grundlovens forstand, og dommere i disse derfor automatisk dækket af uafhængighedsbestemmelserne i grdl. § 64.

¹³) *Juristen*, 1953, 83–87 og 102–05.

¹⁴) At § 63 (2) har fået dette urimelige indhold skyldes at stykket har fået sin formulering under forhandlingerne på rigsdagen om grundlovsforslaget. I forslaget som

b. Grdl. § 63 anvender udtrykket »*øvrighedsmyndighed*«. Der opstår herved spørgsmål om hvilke de organer er hvis handlinger efter denne paragraf kan prøves af domstolene. Sprogligt ligger der i udtrykket at det må være sådanne organer der kan betegnes som »*øvrighed*« i forhold til borgerne. Udtrykket anvendes ellers ikke i grundloven men i overensstemmelse med datidens sprogbrug har man antagelig dermed sigtet til visse organer *indenfor* det administrative hierarki¹⁵). Grundloven forudsatte jo ikke eksistensen af organer udenfor dette (bortset fra lovgivningsorganet og domstolene).

Uden at gå nærmere ind på fortolkning af begrebet »*øvrighedsmyndighed*« skal her blot det spørgsmål berøres, hvorvidt udtrykket i vore dage må anses at dække også de uafhængige kommissioner udenfor det administrative hierarki. Spørgsmålet må formentlig besvares bekræftende. De reale hensyn til borgernes retssikkerhed er normalt de samme uanset hvilken stilling det handlende organ indtager i organisatorisk henseende. Der kunne dog være tale om at domstolenes kontrol ikke omfatter sådanne uafhængige organer der selv i organisatorisk og processuel henseende frembyder retsplejelignende garantier. Spørgsmålet er uden synderlig praktisk interesse fordi det er anerkendt at domstolenes kompetence efter § 63 kan udelukkes ved lov. Disse organers afgørelser er da også faktisk i betydeligt omfang unddraget domstolenes kontrol, men for så vidt dette ikke er tilfældet må de falde ind under den.

Det er endelig et spørgsmål om »*øvrighedsmyndigheden*« også omfatter kongen som udøver af regeringsmagt, se herom ndf. s. 67.

c. Grdl. § 71(6) omfatter ikke en frihedsberøvelse der er besluttet af »*en dømmende myndighed*«. Senere i samme stykke stykke anvendes udtrykket »*de almindelige domstole eller anden dømmende myndighed*«. Det fremgår heraf at udtrykket »*en dømmende myndighed*«

det var udarbejdet af forfatningskommissionen var den tilsvarende bestemmelse (§ 64 (2)) formuleret således: »Påkendelse af spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser kan ved lov henlægges til en eller flere forvaltningsdomstole. Den endelige afgørelse skal i så fald henhøre under dommere, som nyder den i § 65 [nu 64] fastsatte uafhængighed.« Denne bestemmelse har god mening. De omtalte forvaltningsdomstole forudsættes ikke at indgå i domstolshierarkiet. Grdl. § 64 finder da ikke anvendelse på dommerne i disse retter. For at sikre forvaltningsretsplejens uafhængighed i højere instans gives derfor den citerede bestemmelse.

¹⁵) Se herom nærmere Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret* (3. udg. 1956), 550.

omfatter dels »de almindelige domstole«, dels visse organer der ikke tilhører disse.

Der kan efter bestemmelsens tilblivelseshistorie og sammenhængen i stykket næppe være tvivl om at man med »en dømmende myndighed« udenfor de almindelige domstoles kreds har tænkt ikke blot på specialdomstole som led i domstolshierarkiet, men også på administrative retter udenfor hierarkiet. Når stykket indledningsvis forudsætter at frihedsberøvelse kan være besluttet af »en dømmende myndighed« synes nemlig dette i første række at sigte til administrative retter, ikke til domstole, hverken de almindelige eller specielle. Det er også muligt, ja sandsynligt, at to forskellige tanker på uklar måde flyder sammen i udtrykket »de almindelige domstole«. Antagelig har man hermed ikke så meget tænkt på domstole med almindelig kompetence i modsætning til domstole med speciel kompetence som derimod på de i domstolsorganisationen indgående retter (de ordinære retter) i modsætning til retter udenfor denne¹⁶).

I modsætning hertil har Tyge Haarløv gjort gældende at udtrykket »anden dømmende myndighed« kun kan omfatte retter hvis afgørelse kan prøves for højesteret, altså specialdomstole. Han henviser til støtte herfor til bestemmelsen i grdl. § 63(2) som han ikke mener er til at komme uden om, selvom det muligvis ikke har været forfatningskommissionens tanke at den »dømmende myndighed« til hvilken prøvelsen af administrativ frihedsberøvelse kan henlægges behøver at stå under appel til højesteret. Hvad end tanken har været må den »dømmende myndighed« anses for en forvaltningsdomstol og falder dermed ind under reglen i § 63 (2) om appel til højesteret¹⁷).

Denne argumentation ser bestikkende ud men er næppe holdbar. Det er ovenfor omtalt at § 63(2) som følge af rigsdagens ikke tilstrækkeligt overvejede indgreb i grundlovsforslaget har fået et ganske urimeligt indhold. Denne bestemmelse må fortolkes snævert. Gør man ikke det fører den til det uantagelige resultat at eksistensen af administrative retter – altså sådanne der ikke står under appel til højesteret – er udelukket. Dette har aldrig været tilsigtet og ville, som påpeget af Bent Christensen, medføre den paradox i at medens fx en ministers, en politimesters, eller et afhængigt ankenævns afgørelser

¹⁶) Jfr. ovf. note 12. – Formuleringen vilde ikke give anledning til tvivl hvis der i stedet for »de almindelige domstole« simpelthen havde stået »domstolene«.

¹⁷) Tyge Haarløv, *Grundloven og den administrative frihedsberøvelse*, Juristen 1954, 201 f., 230.

kan gøres endelige, skulle dette være udelukket i samme øjeblik der i retssikkerhedens interesse gives organet en så betryggende sammensætning og arbejdsform at det får karakter af en administrativ ret¹⁸). Det må derfor hævdes at udtrykket »forvaltningsdomstole« i § 63(2) ikke kan omfatte enhver administrativ ret, men må antages kun at angå sådanne der etableres som led i en almindelig omordning af den judicielle kontrol med forvaltningen. I hvert fald må det bestemt hævdes at § 63(2) må vige overfor forudsætningerne i § 71(6), og på samme måde i § 73(3), der begge er affattet før § 63(2) fik sit endelige, uheldige indhold. Hvis man i disse tilfælde ville fastholde kravet om appel til højesteret ville hensigten med disse bestemmelser ganske forskertses¹⁹). I praksis er bestemmelsen også blevet forstået på den her forsvarede måde²⁰).

Med det negative resultat at »en dømmende myndighed« ikke behøver at være en specialdomstol er ikke sagt noget om hvilke positive krav et organ må opfylde for at kunne henføres under denne betegnelse. Fortolkningen må ske ud fra den specifikke meningssammenhæng, hvori udtrykket forekommer i § 71(6). Det fremgår heraf at der er tale om enten at beslutning (om frihedsberøvelse) af »en dømmende myndighed« *overflødig*gør judiciel kontrol; eller at prøvelse ved »anden dømmende myndighed« kan *træde i stedet for* prøvelse ved en domstol. Heraf følger som det ledende synspunkt for fortolkningen at et organ, for at kunne anses som »en dømmende myndighed« i § 71(6)'s forstand, ud fra retssikkerhedssynspunkter i det væsentlige må kunne sidestilles med en domstol. Det vil sige at der må stilles visse krav med hensyn til (1) repræsentation i organet af den juridiske sagkundskab af samme kvalifikation som kræves til et dommerembede²¹); (2) fuld uafhængighed af regeringen, i hvert fald

¹⁸) *Festskrift til Poul Andersen* (1958), 101-02.

¹⁹) Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 794, forudsætter uden diskussion at retter etableret i henhold til grdl. § 73 (3) ikke behøver at være undergivet appel til domstolene.

²⁰) I marts 1958 fremsatte socialministeren i folketinget et forslag til lov om ændringer i lov om offentlig forsorg. I dette foresloges bl. a. indføjet en § 152 a i loven ved hvilken der oprettedes en »domstol for børne- og ungdomsforsorgen« der – som det fremgår af motiverne – skulle fungere som en »anden dømmende myndighed« ifølge grdl. § 71 (6). Rettens afgørelser skulle i almindelighed ikke kunne indbringes for højesteret. FT 1957-58 A, 1506 f. Under behandlingen i folketinget udgik imidlertid den påtænkte domstol, se nu lov nr. 192 af 7. juni 1958.

²¹) Det kan formentlig ikke kræves at de juridiske fagdommere udgør et flertal af

i den forstand, at organet ikke er undergivet hverken konkrete eller generelle tjenestebefalinger med hensyn til sagers afgørelse, og at dets afgørelser ikke er undergivet rekurs; (3) en sikring af uafhængigheden ved udelukkelse af administrativ afskedigelse. Derimod kan det ikke kræves at dommerne er ansatte på livstid i tjenstemandsstilling. De administrative retters specielle kompetenceområde vil kunne gøre det naturligt at hvervet som dommer bestrides som en bibeskæftigelse. Når udnævnelser finder sted på åremål kræver uafhængighedssynspunktet at genudnævnelse ikke må kunne finde sted, og dette må vistnok opstilles som en betingelse for at et organ skal kunne anses som en »dømmende myndighed«. Endelig må der (4) stilles visse krav til processen, især i retning af at der er sikret retten midler til sagens oplysning, og at visse elementære procesmaksimer om parternes adgang til at blive hørt og blive gjort bekendt med procesmaterialet er opfyldt. Det er vanskeligt her i enkeltheder at fastslå hvor langt de processuelle krav rækker. Det kan i hvert fald ikke kræves at den dømmende myndighed fuldtud skal være underkastet retsplejelovens procesregler. Et af de hensyn der forklarer eksistensen af administrative retter er netop ønsket om en enklere, hurtigere, og billigere procesform, især med større udfoldelse af en officialvirksomhed der kan gøre det mindre påkrævet for parten at søge sagførerbistand²²).

5. *Diskussionen om statsmagtens funktioner er endt i forvirring fordi man ikke har gjort sig inddelingens relevans klar. Denne er dels retsdogmatisk (for så vidt angår begrebet »lovgivende magt«), dels retspolitisk.*

Den anden del af den opgave vi har stillet os (ovf. s. 27) består i at undersøge om det er muligt, og da i hvilken betydning, at sondre (udtømmende?) mellem tre statsfunktioner – kaldet henholdsvis den

rettens medlemmer. Dette er jo ikke tilfældet hverken i domsmandsretter, rpl. § 6 (2) og § 18 (1) jfr. § 216, eller i sø- og handelsretten, rpl. § 9 (5).

²²) Erik Christensen, *Domskontrol med administrativ frihedsberøvelse*, U. 1953. 197 f., 198, har i tilslutning til en ældre, af Troels G. Jørgensen opstillet definition af begrebet »domstol« givet en bestemmelse af de krav der må stilles til en »dømmende myndighed« efter grdl. § 71 (6). Bestemmelsen er, som det vil ses ved sammenligning med hvad der her er anført, langt fra tilfredsstillende. Især mangler ganske krav om uafhængighed og processuelle garantier, bortset fra at retten skal være udstyret med midler til sagens oplysning.

lovgivende, den udøvende, og den dømmende funktion – på en sådan måde at sondringen er af retspolitisk og/eller retsdogmatisk relevans.

Om disse spørgsmål foreligger der en uoverskuelig litteratur. De er især blevet drøftet dels indenfor den forskningsgren der i Tyskland kaldes »allgemeine Staatslehre«; dels i de almindelige fremstillinger af statsforfatningsret og statsforvaltningsret hvor funktionsbegreberne optræder som systematiske grundbegreber; og dels endelig i forskellig speciallitteratur indenfor forfatnings- og forvaltningsretten i forbindelse med specielle retsproblemer for hvilke funktionsbegreberne er relevante. Interessen har især samlet sig om en definition af begreberne »lovgivende magt« og »dømmende magt« idet de fleste forfattere er af den opfattelse at den »udøvende magt« kun kan defineres rent negativt, altså som enhver statsfunktion der ikke er udøvelse af lovgivende eller dømmende magt.

Trods de omfattende anstrengelser er det ikke lykkedes at tilvejebringe blot tilnærmelsesvis enighed i disse fundamentale spørgsmål. Mange forfattere mener, at det slet ikke er muligt at opstille materielle funktionsbegreber, i hvert fald ikke for så vidt angår sondringen mellem dømmende og udøvende myndighed. Og blandt de forfattere, der forsvarer muligheden og nødvendigheden heraf, hersker der gennemgående og dyb uenighed om, hvorledes funktionsbegreberne skal defineres. Der har, så vidt jeg kan se, ikke udkrystalliseret sig nogen opfattelse der kan gøre krav på at benævnes som den herskende. På dette problemfelt hersker yderligere en rentud babylonisk, terminologisk forvirring.

En, i hvert fald delvis, forklaring på den rådende forvirring finder jeg i diskussionens gennemgående metodologiske principløshed. Ved definition af begreber drejer sagen sig jo ikke blot om hvorvidt definitionen er logisk klar og meningsfuld, om de forudsætninger den bygger på holder stik, og om de sondringer den opererer med lader sig gennemføre. Sagen drejer sig også om definitionens relevans. Man må gøre sig klart hvad det definerede begreb skal tjene til. Først når dette står fast er man i stand til at afgøre om en definition, der vel i og for sig er logisk og praktisk mulig, er af nogen interesse, udtrykker noget betydningsfuldt. Men den foreliggende diskussion har gennemgående ikke gjort sig denne side af definitionsproblemet klart.

Diskussionen forløber typisk efter dette mønster. Man betragter en opstillet definition, fx af begrebet »dømmende funktion«. Den sam-

menholdes med de funktioner der faktisk udøves dels af domstole, dels af forvaltningsorganer, og det påvises at definitionen ikke »passer«, idet på den ene side domstolene i vist omfang udøver funktioner der ikke dækkes af definitionen, medens på den anden side funktion som den definerede i vist omfang udøves af de administrative organer. Hermed anses definitionens uholdbarhed godtgjort – og på denne måde kan enhver definition bevises at være uholdbar. Ræsonnementet er overfladisk. Alle erkender jo at magtadskillelsen ikke er fuldtud gennemført i praksis. De anførte omstændigheder viser derfor ikke andet end at domstolene i et vist omfang udøver funktioner, der ikke er dømmende (i den forudsatte definitions forstand), og forvaltningsorganer omvendt i et vist omfang udøver dømmende myndighed. Ræsonnementer af den omtalte type hviler derfor udtrykkeligt eller stiltiende på et yderligere argument, nemlig at definitionen ikke rammer det der må anses for det *væsentlige* i domstolenes arbejde. Men hvorledes afgøres det hvad der er væsentligt? Dette anses for afgjort ved forfatterens umiddelbare intuition, eller også henvises der til hvad der efter den almindelige retsbevidstheds opfattelse forstås ved »at dømme«. Det er forståeligt at en diskussion på dette grundlag må ende i kaos. Enhver lancerer sin mening om hvad der er det »væsentlige«, og der savnes ethvert kriterium for hvorvidt den enes mening er bedre end den andens.

Skal man gøre sig noget håb om at overvinde den herskende forvirring må det første skridt bestå i at man gør sig klart hvad funktionsbegreberne skal tjene til, hvilken relevans der tilkommer dem. I så henseende må der sondres eftersom debatten sker (a) med henblik på en almindelig magtfordelingsnorm som fx den der er indeholdt i den danske grundlovs § 3; eller (b) med henblik på specielle retsregler i eller udenfor forfatningsretten hvorefter forskelligartede retsvirkninger indtræder betinget af hvorvidt en vis statsakt materielt er udslag af den ene eller anden funktion.

(a) I relation til en almindelig magtfordelingsnorm – som fx grdl. § 3 – har en definition af funktionsbegreberne kun *retsdogmatisk* relevans for så vidt angår begrebet »den lovgivende magt«. Således som paragraffen er blevet forstået i praksis (jfr. ovf. s. 24) sætter den nemlig praktisk taget ingen grænser for lovgiverens frihed til at omfordele kompetencer mellem justitsorganerne og forvaltningsorganerne. Når det gælder om at bestemme hvilken kompetence der tilkommer et vist organ, der henhører under den ene eller anden af disse grup-

per, vil besvarelsen fremgå af visse lovregler uden at grdl. § 3 bliver af nogen betydning i så henseende. Anderledes stiller sagen sig hvad angår spørgsmålet om hvilken kompetence der tilkommer det såkaldt lovgivende organ, kongen og rigsdagen i forening. Her findes der ikke, og kan der ikke findes, lovgivningsregler at falde tilbage på. Lovgiveren har ikke nærmere bestemt hvilken kompetence der tilkommer ham og kan heller ikke gøre det. Det eneste retsgrundlag for bestemmelse af lovgivningsorganets kompetence er grdl. § 3, og en definition af begrebet »den lovgivende magt«, således som begrebet må forstås i denne paragraf, bliver derfor af retsdogmatisk relevans.

Herudover har en bestemmelse af funktionsbegreberne *retspolitisk* relevans. Magtfordelingslæren hviler, som tidligere omtalt, på den forudsætning at der er en indre sammenhæng mellem et organs personelle substrat (dets henhørighed til en af de tre organisatoriske grupper), de processuelle regler der bestemmer fremgangsmåden, og den materielle kompetence. Sammenhængen består deri at et organs menneskelige substrat og procedurereglerne antages at være bestemt på en sådan måde at organet derved gøres i særlig grad egnet til at varetage en vis statsfunktion. Dette forklarer at enhver omfordeling af kompetence mellem justits- og forvaltningsorganer rejser et retspolitisk spørgsmål. Uanset at omfordelingen er nødvendiggjort af praktiske behov og tilladelig i henhold til grundloven, medfører den betænkeligheder og problemer fordi omfordelingen pr. definition netop består i at en vis funktion henlægges til et organ der ikke er organiseret med henblik på varetagelse af den tildelte funktion.

Denne retspolitiske relevans afgiver det søgte kriterium for en definition af begrebet »dømmende magt« – for hvad der er det »væsentlige« i domstolens virksomhed. Domstolens virksomhed bør analyseres med det formål at finde frem til de træk der må antages at være betingede af de særlige regler om domstolens organisatoriske stilling og domstolsprocessen.

b) Begrebsbestemmelsen kan dernæst ske med retsdogmatisk relevans i relation til specielle retsregler der lader forskellige retsvirkninger indtræde betinget af om en vis statsakt materielt er udslag af den ene eller anden funktion.

Efter fransk ret er aktens materielle karakter således afgørende for de retsveje der står åbne i forvaltningsprocessen. Medens *recours pour excès de pouvoir*, *recours de pleine juridiction*, og *recours en annu-*

lation er de retsveje der står åbne med hensyn til forvaltningsakter i almindelighed, finder *recours en cassation* anvendelse med hensyn til afgørelser truffet af administrative retter, altså forvaltningsakter der er udslag af dømmende myndighed. Yderligere stilles der særlige processuelle krav til forvaltningsakter af denne karakter²³). Noget lignende gælder efter engelsk ret idet retsmidlerne *order of prohibition* og *certiorari* kun finder anvendelse med hensyn til akter der materielt er af judiciel karakter i modsætning til dem der betegnes som værende af »administrative« eller »ministerial« natur²⁴). Endvidere gælder for akter af judiciel natur processuelt de krav der sammenfattes under betegnelsen *natural justice*²⁵).

Tilsvarende regler gælder ikke efter dansk ret, men det tør ikke på forhånd udelukkes at en sondring efter en forvaltningsakts materielle karakter kan være relevant i forhold til en eller anden retsregel. Det afgørende i denne forbindelse er imidlertid ikke om sådanne regler findes eller ej, men at fremhæve det metodiske synspunkt at begrebet »dømmende magt« (»judiciel akt«) i relation til disse regler må bestemmes i overensstemmelse med deres særlige *ratio legis*, og at begrebsbestemmelsen derfor ikke behøver at være identisk med den der fastlægges i relation til en almindelig magtfordelingslære.

6. *Lovgivende magt: Efter tysk teori bestemmes denne magt ved friheds- og ejendoms-kriteriet. Defineret på denne måde er begrebet uden såvel retsdogmatisk som retspolitisk relevans.*

Der hersker så godt som udelt enighed om at »lovgivende magt« må defineres som magten til at fastsætte egentlige retsregler, dvs. retsnormer der knytter retsvirkninger til betingende kendsgerninger angivet ved abstrakte, begrebslig bestemte kendetegn, således at normen finder anvendelse ud i fremtiden hver gang de betingende kendsgerninger måtte manifestere sig. I modsætning hertil stilles retsnormer med singulært indhold, der knytter retsvirkning til visse individuelt

²³) André de Laubadère, *Droit administratif* (2. udg. 1957), 332 f., 387.

²⁴) Se fx E. C. S. Wade and G. Godfrey Phillips, *Constitutional Law* (5. ed. 1957), 317 f.; William A. Robson, *Justice and Administrative Law* (2. ed. 1947), 5 f.; Bent Christensen, *Råd og Nævn* (1958), 8 f.

²⁵) Se *Committee on Minister's Powers. Report* (1932), 75 f. – Ud fra et lignende synspunkt, kravet om »laga rättgångsordning«, drøftes den dømmende magts begreb af Aaro Athee i *Nordisk adm. Tidsskrift*, 1952, 176 f.

bestemte engangsforeteelser, og altså udtømmer sin retsvirkning en gang for alle i og med en situation der ikke gentager sig. Det fremhæves jævnligt at modsætningen ikke er skarp, således at det ofte kan give anledning til tvivl om en vis norm skal henføres til den ene eller anden af de to grupper.

Men den tilsyneladende enighed tilintetgøres dog derved at udtrykket »retsnorm« i herskende tysk teori forstås i en ejendommelig, indskrænket betydning, nemlig som alene omfattende regler der (umiddelbart) berører borgernes frihed og ejendom, derimod ikke regler der retter sig til forvaltningsorganerne²⁶). Det indrømmes i nyere tysk teori at den anvendte terminologi står i modstrid med den måde hvorpå retsbegrebet i almindelighed anvendes. Den er, siges det, udtryk for en egen sprogbrug der har slået rod og er accepteret i tysk statsretsvidenskab²⁷). Når man fjerner denne egenartede, terminologiske indhylning og udtrykker sig i overensstemmelse med almindelig sprogbrug bliver resultatet at »lovgivende magt« i tysk teori defineres som magten til at give sådanne retsregler som berører borgernes »frihed og ejendom« – det sidste forstået i vid betydning som omfattende deres rettigheder af enhver art²⁸). Forskrifter af denne slags kaldes »lov i materiel forstand«. Forskrifter derimod der alene angår forvaltningsorganernes forhold kaldes »anordninger i materiel forstand«, og magten til at udstede dem er hos kongen – altså uden parlamentets medvirken.

Jeg har andetsteds²⁹) søgt at vise hvorledes denne lære – der jo i virkeligheden betyder at lovgivningsmagten er opdelt mellem kongen og folkerepræsentationen – har sit naturlige udspring og hjemsted i de konstitutionelt-monarkiske stænderforfatninger fra det 19. århundredes første halvdel; hvorledes den af den tyske statsretslærer Poul Laband blev lagt til grund også for fortolkningen af Preussens forfatning 1851 og Rigets Forfatning 1871 hvor de politiske forudsætninger for teorien i virkeligheden ikke var til stede; hvorledes læren, der oprindeligt politisk kunne bruges som våben til i antidemokratisk ånd at bekæmpe folkerepræsentationens indflydelse, tabte al politisk betydning efter indførelsen af det parlamentariske regeringssystem, men

²⁶) Se herom min afhandling *Friheds- og ejendomskriteriet*, ndf. s. 71 f.

²⁷) Richard Thoma i *Handbuch des Deutschen Staatsrechts* herausgegeben von Gerhard Auschütz und Richard Thoma Bd. II (1932), 125.

²⁸) Richard Thoma, *a. st.*, 223.

²⁹) Ndf. s. 71 f., jfr. *Theorie der Rechtsquellen* (1929), kap. XV.

alligevel levede videre som en teori til »forklaring« af regeringens ret til uden bemyndigelse fra parlamentet at udstede forskellige slags anordninger (organisatoriske anordninger, anstaltsanordninger, tjenesteinstrukser); og endelig hvorledes denne ejendommelige teori efterhånden også vandt indpas i dansk (og norsk) statsteori, uden at der i forhandlingerne på den grundlovgivende rigsdag eller i den danske statspraksis var noget holdepunkt for at grundloven skulle forstås på denne måde.

Denne historiske side af sagen forbigås i denne sammenhæng. Her hæfter jeg mig udelukkende ved spørgsmålet om, hvilken relevans for statsforfatningsretten der kan tilkomme et begreb om »lovgivende magt« defineret på denne måde.

Teorien prætenderer at være en fortolkning af udtrykket »den lovgivende magt« således som dette forekommer i en række tyske forfatninger fra begyndelsen af det 19. årh. og op til den nuværende tyske forbundsrepublikks forfatning af 1949. Fælles for disse bestemmelser er at de, på samme måde som den danske grundlovs § 3, uden nærmere forklaring tildeler »den lovgivende magt« til et nærmere bestemt organ. Når nu lov i materiel forstand defineres som retsregler der berører borgernes frihed og ejendom skulle man herefter tro at lovgivningsorganets kompetence blev bestemt i overensstemmelse hermed. Men dette er ikke tilfældet. Det har altid af teorien været anerkendt at denne kompetence rækker videre: den omfatter også regler, der umiddelbart retter sig til forvaltningen, og også normer af singulært indhold³⁰). *Begrebet er simpelthen uden enhver relevans til bestemmelse af lovgivningsorganets kompetence.* Dets forfatningsretlige relevans ligger efter teorien udelukkende deri at det afgiver grundlag for en konkurrerende, selvstændig kompetence for kongen (regeringen) til at udstede anordninger, der ikke berører borgernes frihed og ejendom, de såkaldte forvaltningsanordninger der i vore dage antages at omfatte tre grupper: de organisatoriske anordninger, anstaltsanordningerne, og tjenesteinstrukserne³¹).

Forestillingen om at der skulle tilkomme kongen (regeringen) en selvstændig, dvs. forfatningsumiddelbar, af lovgivningsorganet uafhængig magt til at anordne ret inden for visse rammer stemmer dårligt med den demokratiske ideologi der ligger til grund for nyere

³⁰) Ndf. s. 79, jfr. Richard Thoma, *a. st.*, 146 f.

³¹) Se fx. Richard Thoma, *a. st.*, 223 f.

forfatninger³²). Adgangen for regeringen til at udstede visse anordninger uden (udtrykkelig) bemyndigelse fra lovgiveren forklares enklere på anden måde end gennem den besynderlige teori hvorefter der opstilles et begreb om »lovgivende magt« der alligevel ikke er af nogen betydning for lovgivningsorganets kompetence, men kun for det område hvor lovgiveren må finde sig i en konkurrerende kompetence fra kongens (regeringens) side. Iøvrigt har en sådan konkurrerende magt tabt al politisk interesse efter indførelsen af det parlamentariske regeringssystem. Regeringen repræsenterer jo herefter ikke længere en selvstændig, politisk magtfaktor der kan være interesseret i en selvstændig anordningsmagt til gennemførelse af administrative ordninger uden folkerepræsentationens samtykke.

Læren om lov i materiel forstand bestemt ved ejendoms- og frihedskriteriet er en specifik tysk teori. Dens opståen kan kun forklares som et forsøg på at overføre de konstitutionelt-monarkiske stænderforfatningers ideologi til demokratiske forfatninger, og dens fortsatte eksistens i tysk teori kun som et udslag af stivbenet tradition. Hvad man end vil mene herom står det fast at læren er uden al betydning for det spørgsmål, der her interesserer os, nemlig om det er muligt at give en materiel bestemmelse af begrebet »lovgivende magt« som udtryk for den funktion det efter forfatningen tilkommer et vist organ at udøve.

Heller ikke i retspolitisk henseende kan der tillægges begrebet nogen relevans. Især organiseringen af statstjenesten er af sådan vigtighed at det er naturligt at den i vidt omfang foretages af lovgiveren hvilket da også faktisk er tilfældet.

7. *Lovgivende magt: Efter herskende lære bestemmes denne magt som magten til at anordne retsnormer af abstrakt indhold. Også denne begrebsbestemmelse er uden såvel retsdogmatisk som retspolitisk relevans.*

Vi kan herefter vende os til den herskende teori der uden nogen indskrænkning bestemmer »lovgivende magt« som magt til at fast-

³²) Richard Thoma, *a. st.*, 224, indrømmer, at den juridiske begrundelse af den herskende lære bereder vanskeligheder. Der er intet holdepunkt for den i forfatningsteksterne. »Indes über alle diese Subtilitäten sind Praxis und Lehre hinweggegangen!« Teorien må nu accepteres som hjemlet i praksis og teori.

sætte egentlige retsregler, altså retsnormer af abstrakt indhold³³). Sådanne retsnormer kaldes lov i materiel forstand. Ved lov i formel forstand forstås enhver retsnorm tilblevet ad lovgivningsvejen. Ikke alle formelle love er tillige love i materiel forstand. Hvis de er af singulært indhold, fx angår finansordningen for et enkelt år, eller tildeler en eller flere bestemte personer indfødsret, er de materielt set forvaltning (udslag af udøvende magt).

Denne teori synes i endnu højere grad end den specielle tyske variant blottet for forfatningsretlig relevans. For ikke alene er begrebet om lov i materiel forstand uden enhver betydning for lovgivningsorganets kompetence: denne antages også at omfatte magt til at udstede singulære normer; begrebet har yderligere – modsat den tyske variant – ej heller nogen relevans til bestemmelse af en selvstændig kompetence for kongen (regeringen): det antages ikke at denne skulle besidde en selvstændig kompetence til udstedelse af singulære normer.

Til illustration af tankegangens gådefulde karakter kan anføres fremstillingen hos Poul Andersen. Denne forfatter antager med den herskende lære at lovgivning i materiel forstand betyder fastsættelse af generelle retsfor skrifter. Yderligere antages det at grdl. § 3 betragtet både historisk og systematisk forudsætter et materielt lovbegreb³⁴). Idéhistorisk går dette tilbage til Rousseau's lære om almenviljen: loven er den almene norm. Men, tilføjes det, »denne idéhistoriske Baggrund for Grl. § 3 kan dog naturligvis ikke udelukke, at Lovgivningsmagten i H. t. Grundloven og den forfatningsmæssige Udvikling efter 1849 må anses for kompetent til ved Lov at træffe Beslutninger, som ikke er generelle Retsregler, idet de har et konkret Indhold«³⁵). Det kan tilføjes at der (naturligvis) intetsteds hos Poul Andersen forekommer noget om at kongen skulle besidde en selvstændig magt til udstedelse af normer af singulært indhold.

Man fristes til at spørge om en sådan lære om lovgivning i materiel forstand har større mening end en helt vilkårlig definition, som fx den at »lovgivende magt« betyder magten til at give strafferetlige normer. Også på grundlag af en sådan definition måtte man tilføje:

³³) I dansk teori fx Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret* (3. udg. 1956), 2; Knud Berlin, *Den danske Statsforfatningsret* 2. del (2. udg. 1939), 1. Blandt de talrige udenlandske forfattere, der hylder denne teori, kan nævnes Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1946), 256, 270.

³⁴) Om de vildfarelser der ligger heri se ndf. s. 49, jfr. 85 og 88.

³⁵) Poul Andersen, *a. st.*, 306.

ganske vist har dette begreb ingen relevans for lovgivningsorganets kompetence – men alligevel.

I *retsdogmatisk* henseende er den ene teori lige så god – eller dårlig – som den anden. Begrebet om lov i materiel forstand er uden relevans for bestemmelse af lovgivningsorganets kompetence. Ejheller med hensyn til behandlingsmåde eller retsvirkninger indtager de abstrakte retsforskrifter nogen særstilling der kan begrunde at de udskilles og fremhæves som den egentlige lovgiverfunktion.

Hvis teorien skal have nogen fornuftig mening der gør den mere forståelig end en helt vilkårlig definition af begrebet »lovgivende magt«, må denne mening søges i det *retspolitiske*. Tanken skulle da være at selv om lovgivningsorganets kompetence ikke er begrænset til kun at omfatte udfærdigelse af love i materiel forstand, så er organet dog efter sin tilblivelse, sammensætning, og procedureforskrifter organiseret således at det er egnet til at varetage netop denne funktion. Heri skulle nærmere ligge (1) at lovgiveren, for så vidt han vedtager love af singulært indhold, beskæftiger sig med opgaver der egentlig ligger udenfor hvad han efter god lovgivningspolitik burde beskæftige sig med; og (2) omvendt, at han, i samme omfang som han overlader udfærdigelse af abstrakte normer til forvaltningen, svigter sin lovgivningspolitiske opgave. Der kan være et gran af berettigelse i en sådan synsmåde. Det kan være rigtigt at der i begge henseender kan forekomme ekstravagancer der må stemples som lovgivningspolitiske misgreb. Men i almindelighed gælder de to konsekvenser ikke. Det kan ofte være påkrævet eller naturligt at den repræsentative forsamling normerer en konkret situation, fx ved den årlige finanslov, ved at påbyde oprettelse eller nedlæggelse af individuelt bestemte foretagender (fæstningsanlæg, jernbaner, bedrifter, embeder, institutioner), ved at gribe ind i en arbejdskonflikt, osv. osv. Det er svært at forstå hvad meningen er med at sige at sådanne normeringer »egentlig« er af forvaltningsmæssig natur. Omvendt er det i vidt omfang naturligt, ja uundgåeligt, at abstrakte normer udstedes af forvaltningsmyndighederne, og det ses ikke hvad meningen er med at hævde at forvaltningen i så fald »egentlig« udøver en funktion det tilkommer folketinget at varetage. Heller ikke i retspolitisk henseende kan altså opstillingen af et begreb om lov i materiel forstand forsvares.

En sidste udvej til en Ehrenrettung for begrebet lov i materiel forstand kunne søges i at hævde at lovgivningsorganets kompetence efter

grundloven alene omfatter abstrakte retsfor skrifter, og at det kun er i kraft af en senere forfatningsretlig praksis den er blevet udvidet til at omfatte også forskrifter af singulært indhold. Der savnes imidlertid ethvert historisk holdepunkt for en sådan påstand. I hvert fald må opgaven i dag være at fremstille folketingets kompetence i overensstemmelse med praksis og dertil egner begrebet lov i materiel forstand sig ikke.

8. *Lovgivende magt betyder den almindelige, grundlovs umiddelbare, retsanordnende magt. Loven kendetegnes gennem sin grundlovs umiddelbarhed og dens deraf betingede, specifikke retsvirkning: lovs kraften.*

En vis forklaring på den stædige holden-fast ved et irrelevant begreb om lov i materiel forstand kan måske findes i en vildfarelse der typisk genfindes hos mange forfattere. Man mener at en bestemmelse som den danske grundlovs § 3, der henlægger »den lovgivende magt« til et vist organ, nødvendigvis, om den ikke skal blive aldeles tom, må forudsætte et begreb om lov i materiel forstand til afgrænsning af organets kompetence i indholdsmæssig henseende³⁶).

Dette er som sagt en vildfarelse. Det er vel sandt at lovgivningsorganet må besidde en vis materiel kompetence; for intet organ kan fungere uden i kraft af en regel om dets kompetence i så henseende. Men der er intet i vejen for at det kompetenceområde, der udtrykkes ved ordene »den lovgivende magt«, er materielt ubegrænset, således altså at lovgivningsorganets materielle kompetence alene afgrænses *negativt* derved at visse anliggender ved *andre grundlovsbestemmelser* er forbeholdt andre organer.

En sådan forståelse af grundloven er ikke blot mulig, men også naturlig. Det harmonerer vel med demokratisk ideologi at et organ, der er sammensat af landets folkevalgte forsamling og kongen, har den residuelle kompetence, dvs. kompetence til enhver retsakt der ikke ifølge grundloven udtrykkeligt er forbeholdt et andet organ³⁷). Det er velkendt og ubestridt at grundloven *udenfor* § 3 indeholder adskillige

³⁶) Således Poul Andersen, *a. st.*, 305; Knud Berlin, *a. st.*, 7; Henning Matzen, *Den danske Statsforfatningsret* (3. udg. 1899) bd. III, 5.

³⁷) Grdl. § 12 hvorefter kongen med de i grundloven fastsatte indskrænkninger har den højeste myndighed over alle rigets anliggender kan ikke anføres herimod. Det er velkendt at det var det tyske forbunds krav om betoning af det monarkiske princip der førte til optagelse af en tilsvarende bestemmelse i forfatningsforordningen om det dan-

regler der forbeholder forskellige anliggender enten for den grundlovgivende instans, eller for organer sideordnet med lovgivningsorganet (kongen, folketinget). Derimod er det omtvistet hvorvidt der også ligger en begrænsning af lovgivningskompetencen i § 3 *selv* for så vidt denne henlægger »den udøvende magt« til kongen og »den dømmende magt« til domstolene. Det er imidlertid ikke nødvendigt på nærværende sted – hvor det drejer sig om forståelsen af begrebet »den lovgivende magt« – at gå ind på dette spørgsmål³⁸). Hvad enten det antages eller ikke antages, at der i de nævnte udtryk i § 3 ligger forbehold der begrænser lovgivningskompetencen må det ligefuldt fastholdes at der ikke ligger nogen positiv bestemmelse af en vis materiel kompetence i udtrykket »den lovgivende magt«, men at lovgiverkompetencen udelukkende er negativt afgrænset.

Anerkendes disse synspunkter vil det sige at begrebet lov i materiel forstand – defineret som abstrakte retsfor skrifter, som forskrifter der berører borgernes ejendom og frihed, eller på en hvilken som helst anden måde som omfattende retsnormer af et vist *indhold* – er uden enhver relevans for dansk statsforfatningsret. Lovgivningsorganets kompetence kan ikke positivt afgrænses til kun at angå retsakter af et vist indhold, men kun negativt derved at visse anliggender ved andre grundlovsbestemmelser er forbeholdt andre organer. Dette kan også udtrykkes således: Udtrykket »den lovgivende magt« der i grdl. § 3 anvendes som betegnelse for den magt der tilkommer »kongen og folketinget i forening«, betyder *den almindelige, grundlovsuimiddelbare, retsanordnende magt* – hvorved prædikatet »almindelig« skal betegne at magten omfatter enhver retsanordning der ikke specielt er forbeholdt et andet organ.

Der er herefter ingen anledning til at sondre mellem lov i formel og materiel forstand. Om en retsakt er en lov eller ej afhænger i ingen henseende eller betydning af aktens indhold, kun af dens form. Lov i dansk statsforfatningsret betyder enhver retsakt tilbleven ad lovgivningsvejen, uanset dens indhold. Men dens gyldighed er naturligvis betinget af at indholdet falder indenfor lovgivningsorganets negativt bestemte kompetence. Grundlovens sprogbrug er i overensstemmelse

ske monarkis fællesanliggender af 26. juli 1854 § 4 hvorfra den senere er overgået i forfatningerne af 1866, 1915, og 1953. At denne bestemmelse endnu står i vor grundlov kan kun forklares historisk. Den er uden al sammenhæng med junigrundlovens principper, jfr. Poul Andersen, *a. st.*, 100–01.

³⁸) Se herom ndf. nr. 13.

hermed. Overalt hvor der tales om at visse bestemmelser fastsættes »ved lov« er dette ensbetydende med »ved en retsakt tilbleven ad lovgivningsvejen«. Det bemærkes at grundloven i § 64 benytter udtrykket »loven« i en omfattende, ubestemt betydning, vel nærmest som omfattende al gældende ret eller alle anerkendte retskilder.

Lov er enhver *retsakt* tilbleven ad lovgivningsvejen. Skulle der i lovs form blive vedtaget en tilkendegivelse der ikke er en retsakt – fx en højtidelig taksigelse, lykønskning, eller lignende – foreligger ingen lov. Den har jo ingen retsvirkning efter sit indhold og er derfor en faktisk handling, ikke en kompetenceudøvelse. Om man vil kunne man her med rimelig mening indføre termen »lov i blot formel forstand«.

Loven er defineret ved sin tilblivelsesmåde, lovgivningsvejen, og det vil igen sige gennem sin vedtagelse af lovgivningsorganet (den *personelle* kompetence) i overensstemmelse med lovgivningsproceduren (den *formelle* kompetence). Hertil slutter sig den *materielle* kompetence. Denne er som nævnt kendetegnet ved at være almindelig og grundlovsumiddelbar. Vel er lovgivningsorganet ikke det eneste der besidder grundlovsumiddelbar kompetence. Sådan tilkommer også i vist omfang dels kongen (til foretagelse af *regeringsakter* jfr. ndf. punkt 12), dels folkettinget. Men der er den forskel at medens kongens og folketingets grundlovsumiddelbare kompetencer er begrænset til specielle anliggender og akter af singulært indhold, er lovgivningsorganets kompetence almindelig, omfattende også abstrakte retsnormer. Dette betyder at lovgivningsvejen er den brede sluse hvorigennem retsdannelsesprocessen strømmer fra grundloven og ned i den afledte retsdannelse der sker i henhold til lov.

Lovgivningsorganets grundlovsumiddelbare kompetence afføder lovens specifikke retsvirkning der kaldes *lovskraften*. Denne betyder at i tilfælde af normkonflikt viger loven kun for grundlov, men går forud for enhver anden norm, dvs. enhver norm der er afledt af loven. I forhold til de specielle grundlovsumiddelbare akter, sat enten af kongen eller folkettinget, kan der nemlig ikke opstå nogen normkonflikt fordi disse akter hviler på en kompetence der materielt er adskilt fra lovgiverens.

Reglen om lovens lovskraft gælder dog ikke ubetinget. På den ene side har grundloven i en række tilfælde tillagt loven grundlovskraft, således altså at grundloven kan ændres ved lov³⁹⁾. På den anden side

³⁹⁾ Grdl. 1955 §§ 8, 20, 29(2), 31(5), 32(5), 42(8), 63(2), 72, 73(3), 85, og 86, se herom ndf. s. 151.

forekommer det også i vist omfang at kongen ved lov bemyndiges til at udstede anordninger med lovkraft således altså at loven kan ændres ved anordning. I disse tilfælde foreligger de fænomener der med mening kan beskrives som *delegation* af henholdsvis grundlovgivende og lovgivende magt⁴⁰).

Det er ovenfor (s. 29) nævnt at den immanente (men sjældent forståede) forudsætning for magtfordelingslæren er at der består en indre sammenhæng mellem organets personelle struktur, dets procedureregler, og dets specifikke funktion. Vi er nu i stand til at forstå hvorledes det forholder sig hermed for lovgivningsorganets vedkommende.

I personel henseende er lovgivningsorganets kendetegnet ved at være et kollektivt, medlemsstærkt, politisk repræsentativt organ. Medlemmerne udpeges efter sådanne regler at man har sikkerhed for at de ledende politiske opfattelser indenfor befolkningen kommer til udtryk i tinget. Det politiske livs regler fører med sig at den personlighedstype og mentalitet, der bliver karakteristisk for lovgivningsorganets personel, er den *politiske*. Som politikere er disse mennesker trænet til at drøfte, træffe, eller godkende vigtige politiske beslutninger, især at fastlægge de ledende direktiver (*the policy making*) som det tilkommer andre nærmere at gennemføre i enkeltheder.

I processuel henseende kendetegnes lovgivningsvejen af regler der sigter mod at sikre en alsidig undersøgelse og debat forinden beslutning træffes. Lovforberedelsen i udvalg sigter særlig på at fremskaffe de fornødne saglige oplysninger, debatten i tinget særlig på at give mulighed for at alle politiske anskuelser og vurderinger kan komme til orde og overvejelse forinden beslutning træffes.

Den funktion, som det tilkommer lovgivningsorganet at udøve, er i harmoni hermed. Som vi har set er organets kompetence ikke kendetegnet som magt til at sætte normer af et vist indhold, men normer på et vist trin i rettskabelsens trinfølge. Lovgiveren besidder den almindelige, grundlovsumiddelbare kompetence. Idet det nu forudsættes at grundloven kun indeholder et fåtal af materielle normer, der begrænser lovgiverens kompetence, vil dette sige at lovgiveren besidder et næsten uindskrænket frit skøn til retsanordning. Det er det der kendetegner organets virksomhed som »politisk«. Det er her de afgørende *initialbeslutninger* træffes der binder og retningsbestemmer al under-

⁴⁰) Ndf. s. 144.

ordnet retsdannelse. Man vil heraf forstå hvor urigtigt, såvel i retsdogmatisk som i lovgivningspolitisk henseende, det er at karakterisere lovgiverens specifikke funktion som magt til at fastsætte retsregler. De politisk vigtige beslutninger kan også angå singulære forhold, og abstrakte normer kan på den anden side meget vel være af politisk betydningssløs, underordnet karakter. Vi man opstille et *lovgivningspolitisk* begreb om lovgiverens specifikke funktion måtte det gå ud på at lovgiverens opgave er at træffe de politisk vigtige afgørelser, herunder, for så vidt der er tale om abstrakte normer, at fastlægge de principielle retningslinier for den efterfølgende retsdannelse. Ud fra dette synspunkt kan det siges at lovgiveren svigter sin opgave dersom han overlader selve principafgørelserne til forvaltningen; og omvendt at han unødigt anmasser sig en funktion, der burde overlades til forvaltningen, dersom han udfærdiger retsfor skrifter af detailleret teknisk og underordnet karakter. Baggrunden for denne funktionsdeling er som sagt den kendsgerning at lovgivningsorganet efter sin personelle sammensætning og procedure fremtræder som organiseret særlig for den funktion at træffe politisk vigtige beslutninger.

For at undgå misforståelse skal endnu engang fremhæves at i *retsdogmatisk* forstand er lovgiverens funktion bestemt udelukkende ved hans almindelige, grundlovsumiddelbare kompetence. Det vil sige at forfatningsretligt er det overladt til hans eget skøn at afgøre hvilke beslutninger, der er af en sådan vigtighed at han selv vil træffe dem, og hvilke han vil overlade til forvaltningen.

Resumé: Begrebet »lov i materiel forstand« savner såvel retsdogmatisk som retspolitisk relevans. »Den lovgivende magt« afgrænser ikke lovgiverens kompetence materielt, men betyder den almindelige, grundlovsumiddelbare kompetence. Loven defineres gennem sin form (tilblivelses måde) og dens deraf betingede specifikke retskraft (lovskraften)⁴¹).

9. *Dømmende magt: At bestemme denne som magten til at afgøre retstvister er en indholdsløs cliché. Dømmende magt er magten til definitivt at normere retten i en konkret situation ved at bedømme kendsgerninger i henhold til retsregler.*

Der er almindelig enighed om, at såvel den udøvende som den dømmende magt i en vis forstand er fuldendelse, fuldbyrdelse af loven.

⁴¹) Den i dette afsnit givne analyse af lovbegrebet er i høj grad inspireret af R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état* vol. I (1920), 326 f.

Tilsammen kan de kaldes *de fuldbyrdende magter*. Og der er ligeledes enighed om at funktionsdelingen mellem dem må forstås således, at det er en særlig fuldbyrdelsesfunktion, der er udskilt og henlagt til domstolene, medens den ubestemte rest forbliver hos forvaltningsmyndighederne. Opgaven må derfor stilles på at forklare hvad der forstås ved »dømmende magt«.

Metodisk erindres om hvad der tidligere er anført (ovf. nr. 5). I relation til den almindelige magtfordelingslære (grdl. § 3) har definitionen ingen retsdogmatisk, kun retspolitisk relevans. Det er, under hensyn til den omfordeling af funktioner der kan finde sted, ikke noget afgørende argument mod en definition at det kan påvises at den ikke »passer« i alle tilfælde, målt i forhold til hvad domstole og forvaltningsmyndigheder faktisk foretager sig. For så vidt opgaven derfor stilles på at bestemme hvad der er det »væsentlige« i domstolenes virke, kan »væsentligheden« ikke bero på en intuition eller »almindelig opfattelse«, men må afhænge af definitionens retspolitiske relevans: Domstolenes »væsentlige« funktion må være den som de efter deres organisation og procedure er særligt skikket til at varetage.

Der er overvejende enighed om at domstolenes specifikke funktion er at *afgøre retstvister*. Dette er en af vanetænkningens clichéer der kun kan skabes enighed om fordi den, samtidig med at stemme med almindelige talemåder, egentlig ingenting siger. Så snart man begynder at undersøge og præcisere hvad der nærmere menes hermed hører såvel den tilsyneladende selvfølgelighed som enigheden op. Grundtanken kan udformes i mange varianter.

a. Man kan lægge vægt på at der foreligger afgørelse af en *tvist*⁴²⁾. Til kritik heraf plejer teoriens modstandere at fremføre at definitionen ikke »passer«, idet der på den ene side ofte ikke foreligger nogen tvist i domstolssager, medens der på den anden side lige så ofte foreligger en tvist i sager der typisk hører under forvaltningsmyndighederne⁴³⁾.

I første henseende kan især henvises til vedgælses- og tilståelses-sager. Når den sagsøgte debitor vedgår gælden, når den anklagede tilstår forbrydelsen, og der iøvrigt ikke er uenighed om faktiske eller

⁴²⁾ Således fx *Committee on Minister's Powers*. Report (1932), 73: »A true judicial decision presupposes an existing dispute between two or more parties...«; Roger Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration* (1934), 21 f.; Pierre Wigny, *Droit Constitutionnel I* (1952), 136 f.

⁴³⁾ Fx W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (4. ed. 1952), 271 f.

retlige spørgsmål, foreligger ingen tvist. Det samme kan også være tilfældet i separations- og skilsmisssager, nemlig for så vidt parterne er enige om afgørelsen og dens vilkår, og ligeledes i sager vedrørende berigtigelse af et barns ægteskabsretlige status, mortifikationssager, dødsformodningssager, m. v. Dommens funktion i disse og lignende tilfælde er ikke at afgøre en tvist mellem stridende parter, men at registrere enigheden og forlene den med den autenticitet og (muligvis) eksigibilitet der knytter sig til dommen. I nogle tilfælde, fx tilståelses-sager og ægteskabssager, er enigheden mellem parterne ikke i sig selv afgørende fordi det drejer sig om retsforhold der ikke er underkastet partsautonomien. Den offentlige interesse kræver derfor ligefuldt en procedure til verifikation af de vedgæede sagforhold.

I sidstnævnte henseende – altså med hensyn til beslutninger truffet af forvaltningsmyndigheder – kan henvises til at en tvist i form af uenighed mellem en borger og forvaltningsorganet foreligger overalt hvor et pålæg udstedes mod adressatens protest, eller en tilladelse nægtes efter fremsat krav derom. Endnu tydeligere fremtræder tvister i tilfælde af rekurs til overordnet forvaltningsmyndighed.

Som nævnt er disse argumenter ikke i sig selv konklusive. Man kan imødegå dem ved at svare at de ikke viser andet end at domstolene i vist omfang udøver udøvende magt, og forvaltningsorganerne dømmende magt. Men den vidtgående sammenblanding af funktionerne defineret på denne måde synes dog at være et indicium for at man ikke har fat på noget principielt betydningsfuldt.

Den afgørende indvending er, efter min mening, at eksistensen af en tvist er et *processuelt* fænomen og derfor uegnet til at give en *materiel* definition af den judicielle retsakt. Den judicielle retsakt, der indeholdes i en dom, ligger fuldt og helt i domskonklusionen: Thi kendes for ret: indstævnte N. N. bør til sagsøgeren P. P. betale 1000 kr. At denne singulære retsnorm anses for afgørelse af en retstvist beror på at den er fremkaldt af et initiativ fra sagsøgerens side og først sættes efter forudgående diskussion, organiseret i en partsproces. Det er derfor man nærer utilbøjelighed til at anse en forvaltningsmyndigheds pålæg mod protest eller afslag af et krav som afgørelse af en tvist. Uenigheden kan være den samme, men den organiserede proces mangler. Men hvis det er rigtigt, at tvist er et processuelt fænomen, bliver definitionen rent formel. »Dømmende myndighed« foreligger når organet er udstyret med domstolslignende procesordning og betegner altså ikke en særegen materiel kompetence.

b. En anden version af teorien lægger vægt på at der foreligger afgørelse af en *retstvist*, dvs. en afgørelse der sker ved *anvendelse af retsregler*⁴⁴). Modsætningen hertil er afgørelser truffet ved udøvelse af et *skøn* bestemt ud fra forvaltningstekniske hensigtsmæssighedshensyn. Men den forestilling, der alene kunne give sontringen nogen fasthed, at dommerne blot mekanisk anvender givne regler, medens forvaltningsmyndighederne, ubundet af retsregler, skønner frit, turde være så åbenbart urigtig at det ikke skulle være nødvendigt at spille ord på at godtgøre dette. Regelanvendelse og skøn indgår i al lovfuldbyrkelse i en så intim sammenblanding at det er ganske umuligt at foretage en funktionsdeling på dette grundlag.

c. Castberg – der erkender at en grænse ikke kan drages efter kriteriet: regel eller skøn – mener at det afgørende må være afgørelsens hovedøjemed. Hvis dette er at bestemme hvad der *er ret* allerede i det øjeblik afgørelsen træffes, foreligger udøvelse af dømmende myndighed. Hvis hovedøjemedet er at *skabe rettigheder og pligter som ikke eksisterede forud*, foreligger udslag af »udøvende magt«⁴⁵). Men hvad ligger der bag Castbergs forestilling om at dommen – bortset fra eksekutionskraften – alene går ud på at fastslå hvad der *er ret*, ikke på at *skabe ret*? Denne figurlige talemåde udtrykker den velkendte teori at dommen er en erkendelsesfunktion, ingen viljesfunktion, og det vil igen sige at dommen blot er en logisk konklusion udledt af fikserede regler. Hermed er vi altså tilbage i det regel-skøns kriterium som forfatteren selv har forkastet. Iøvrigt kan det anføres at Castbergs teori må føre til at alle konstitutive domme, fx skilsmisdomme og ejendomsdomme, materielt er udøvelse af forvaltningsvirksomhed; og på den anden side at mange afgørelser truffet af forvaltningsmyndigheder fx skatteligninger, materielt er af judiciel karakter.

d. Castbergs teori minder en del om Jellineks bekendte formulering hvorefter den afgørende skillelinie ligger i retsaktens *formål*. Dømmende magt foreligger når aktens formål alene er at *realisere retten*, udøvende magt når aktens formål er indenfor rettens rammer at fremme selvstændige *magt- og kulturformål*⁴⁶). En sådan modsætning i formål kan imidlertid ikke gøres. Det er en misforståelse at tro

⁴⁴) Også dette synspunkt kommer frem hos de ovf. note 42 citerede forfattere.

⁴⁵) Frede Castberg, *Norges Statsforfatning II* (1947), 205.

⁴⁶) Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre* (2. Aufl. 1905), 594–95.

at retten eksisterer blot for sin egen skyld, eller til virkeliggørelse af en specifik retfærdighedens idé forskellig fra nyttehensyn, praktiske formålsbetragtninger af økonomisk, social, kulturel art. Retten er en social teknik, et middel til virkeliggørelse af formål udenfor den selv. De to formålsgrupper er ikke modsætninger, men forholder sig til hinanden som form til indhold. For al lovfuldbyrdelse gælder det at den fuldbyrdende akt, under respekt for rettens form, søger at fremme de bagved retsreglerne liggende materielle formål.

e. De hidtil omtalte varianter af det grundsynspunkt at dømmende magt betyder afgørelse af retsvister har lagt vægt enten på domsaktens forudsætninger (tvisten), dens grundlag (retsregler) eller dens formål (retsformålet). En ny synsmåde kommer frem når man lægger vægt på dommens karakter af en *afgørelse*, dvs. visse specifikke *retsvirkninger* af domsakten. På dette grundlag fremhæves det undertiden at det karakteristiske træk ved en dom i materiel forstand er den retsvirkning at den er eksekutionsgrundlag, dvs. grundlag for foretagelse af sanktioner der i fornødent fald har karakter af fysisk tvangsudøvelse. Den i domskonklusionen satte retsakt: A bør til B betale 1000 kr., er nemlig tillige en norm for de tvangsudøvende myndigheder til i givet fald at foretage de fornødne tvangshandlinger til eksekution af dommen⁴⁷).

Denne opfattelse synes at være på vej mod det rigtige. Det synes på forhånd ikke urimeligt at antage at den specifikke kompetence, der harmonerer med domstolenes specifikke organisation – især deres uafhængighed og procesreglerne – netop er kompetencen til at anordne retsordenens definitive trumf: tvangsudøvelsen. Teorien harmonerer dog ikke med retsideer og vurderinger der præger moderne ret.

Teorien kunne have sin rimelighed dersom det var almindelig anerkendt at tvangsudøvelse er af så fundamental vigtighed at den kun bør kunne finde sted efter den grundige og upartiske prøvelse der foretages ved domstolene. Således var i hvert fald princippet i ældre, engelsk ret, hvor især Dicey med stor styrke benægtede eksistensen af en »administrative law«, og dermed især mente at forvaltningsorganerne ikke besad privilegier til gennemførelse af den offentlige rets krav,

⁴⁷) Således Esmein og Hauriou, se omtalen hos R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état* I (1920), 754 f. Ligeledes Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1946), 273: »The decisive point is that obligations and rights of the parties are determined by establishing that a delict has been committed and by ordering a sanction.«

men ganske, som de private, var henvist til at søge disse gennemført ved domstolenes mellemkomst⁴⁸⁾).

Men således forholder det sig givetvis ikke i moderne retsforfatninger. I alle lande er der i vidt omfang i lovgivningen hjemlet forvaltningsmyndighederne midler til gennemtvungelse af det offentlige krav, midler der kan bringes i anvendelse uden domstolenes mellemkomst eller efter mellemkomst af mere formel karakter (udpantning). De midler der kan komme på tale er især følgende⁴⁹⁾. (1) *Umiddelbar fysisk magtanvendelse mod person*. Sådan er udtrykkeligt hjemlet i mange forvaltningslove og tilkommer også i vidt omfang politiet til håndhævelse af politivedtægterne eller til opfyldelse af dets almindelige pligt til at påse overholdelse af lovene, forhindre forbrydelser, og skride ind overfor handlinger der medfører fare for den offentlige sikkerhed, fred, og orden. (2) *Selvhjælpshandlinger der ikke har karakter af fysisk magtanvendelse mod person*. Hvis en privat har krav mod en anden på at denne foretager visse handlinger, fx at vedligeholde en vej, er han henvist til at gå til domstolene for at få sit krav anerkendt og dommen fuldbyrdet efter reglerne om eksekution af handlingsdomme. Forvaltningsmyndighederne, derimod, er i vidt omfang, endda uden udtrykkelig lovhjemmel, berettigede til selv at foretage eller lade den pågældende handling foretage, eventuelt på den forpligtedes regning. (3) *Tvangsbøder*. Når det drejer sig om handlinger, der ikke kan udføres af andre end den forpligtede selv (fx regnskabsaflæggelse eller afgivelse af andre oplysninger), er de forud omtalte tvangsmidler uanvendelige. Til fremtvungelse af sådanne pligter (og iøvrigt også i andre tilfælde) er der i vidt omfang hjemlet forvaltningen magt til at pålægge tvangsbøder der kan inddrives ved udpantning (hvilket dog

⁴⁸⁾ »We mean [by the supremacy or rule of law as a characteristic of the English constitution] in the first place, that no man is punishable or can be lawfully made to suffer in body or goods except for a distinct breach of law established in the ordinary legal manner before the ordinary Court of the land. In this sense the rule of law is contrasted with every system of government based on the exercise by persons in authority of wide, arbitrary, or discretionary powers of constraint. . . . We mean in the second place . . . not only that with us no man is above the law, but (what is a different thing) that here every man, whatever be his rank or condition, is subject to the ordinary law of the realm and amenable to the jurisdiction of the ordinary tribunals.« A. V. Dicey *The Law and the Constitution* (8. ed. 1915), 183–84 og 189. Dicey er ofte blevet imødegået i nyere engelsk teori. En af de bedste kritiske vurderinger har jeg fundet hos W. Ivor Jennings, *The Law and the Constitution* (4. ed. 1952), 289 f.

⁴⁹⁾ Jfr. hertil Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret* (3. udg. 1956), 6 og 513 f.

forudsætter en judiciel udpantningskendelse), eller begæres afsonet. (4) *Forvaltningsstraffe* der i en række tilfælde kan pålægges og eksekveres uden domstolenes mellemkomst.

Dersom det antages at domstolenes specifikke funktion, den funktion der betinger deres særegne organisation og procedure, består i at ordne eksekutionstvang, vil dette betyde at den umiddelbare forvaltningstvung i dens forskellige former retspolitisk er en anomali, udtryk for at funktioner, der egentlig burde udøves under domstolsgarantier, er overladt til forvaltningsmyndighederne. Dette stemmer ikke med den almindelige vurdering. Forvaltningstvungen opfattes ikke som en funktionsoverskridelse og en krænkelse af retssikkerheden når blot den af forvaltningen truffede afgørelse ikke er *definitiv*, altså når den kan indbringes til prøvelse for domstolene.

f. Hermed er vi nået frem til et synspunkt der, tror jeg, kan afgive grundlag for en holdbar definition af begrebet »dømmende magt« eller »judiciel retsakt«. Den judicielle retsakt er den *retsakt der definitivt normerer retten i en konkret situation ved at bedømme foreliggende kendsgerninger i henhold til retsregler*. Først udvikles nærmere hvad der ligger i definitionen. Dernæst diskuteres dens holdbarhed. Det ligger i definitionen:

1. at den judicielle akts *indhold* er at normere retten i en konkret situation. Man kan kalde dette en »afgørelse« for så vidt enhver retsakt fremtræder som en afgørende beslutning fremgået af forudgående overvejelser. Derimod kræves det ikke at normeringen fremtræder som en afgørelse i den forstand at den har karakter af stillingtagen til et alternativ bestemt ved to stridende parter påstande. Den behøver altså ikke at fremtræde som afgørelse af en retsvist. Ejheller behøver den at være bundet til enten at følge eller forkaste en af en interesseret person fremsat begæring eller påstand. Normeringen kan også, ubundet af nogen procespåstand, simpelthen fremgå af organets egne spontane overvejelser, således fx når ligningsmyndighederne på grundlag af foreliggende oplysninger påligner skat. Det afgørende for begrebet er alene at akten efter sit indhold er en normering af retten i en konkret situation. I hvilken grad normeringen er betinget af en begæring herom og bundet til interesserede parter påstande er noget processuelt, uden betydning for aktens judicielle karakter;

2. at *grundlaget* for den normering, der er den judicielle akts indhold, er en bedømmelse af foreliggende kendsgerninger i henhold til

retsregler. Hvis normeringen finder sted i henhold til et helt frit skøn foreligger ingen judiciel akt. Derimod berøver det ikke akten dens judicielle karakter at normeringen sker på grundlag af retsregler hvis udtryk åbner spillerum for en betydelig skønnende frihed. Undertiden kan man opdele grundlaget for en normering således at den med hensyn til visse forudsætninger hviler på en retlig bedømmelse, men iøvrigt på et frit skøn. Således, fx, når en forvaltningsmyndighed efter et frit skøn kan udstede bevillinger til personer der opfylder visse i loven fastsatte betingelser. Sådanne normeringer kaldes i engelsk teori ofte for quasi-judicielle akter⁵⁰). Der er, så vidt jeg kan se, ingen anledning til at indføre denne term. Vil man gøre det må man ihvert fald være klar over at også mange domstolsafgørelser herefter må betegnes som quasi-judicielle, fx afgørelser med hjemmel i forsikringsaftalelovens § 25 eller myndighedslovens §§ 63 og 64. Endvidere ligger i definitionen

(3) at der til normeringen knytter sig en særegen *retsvirkning*: afgørelsen er *definitiv* (retskraftig). Heri ligger at afgørelsen – bortset fra mulig appel til højere myndighed, altså når denne retsvejs mulighed er udtømt – ikke kan anfægtes af noget andet statsorgan, men er ubetinget bindende for disse. I vidt omfang er statsorganerne kompetente til at kontrollere og korrigere hverandre. *Men et sted må det sidste ord i sagen ligge. Magten til at sige dette ord er den dømmende magt.*

Når vi herefter vender os til spørgsmålet om denne definitions holdbarhed erindres endnu engang om, at dette spørgsmål ikke kan afgøres ved at undersøge om definitionen »passer«, men kun ved at vurdere dens retspolitiske relevans. Spørgsmålet er, om definitionen bringer til udtryk netop de særegenheder ved en retsakt der forklarer at kompetencen til at foretage en sådan retsakt kun bør tilkomme et organ under forudsætning af at det frembyder netop de særegenheder i organisatorisk og processuel henseende der karakteriserer domstolene, altså især deres uafhængighed og de høje krav til en procedure der skaber optimale betingelser for at oplyse kendsgerninger og give de interesserede parter adgang til at fremføre deres synspunkter. Hvis dette er tilfældet er definitionen retspolitisk relevant. Den bringer til bevidsthed at dersom praktiske hensyn motiverer at dømmende magt (som defineret) i visse anliggender henlægges til forvaltningsmyndigheder, forelig-

⁵⁰) *Committee on Minister's Powers. Report (1932), 73.*

ger en anomali, en funktionskrydsning der må give anledning til betænkelighed og rejse spørgsmål om at imødegå denne betænkelighed ved, til en vis grad i hvert fald, at skabe domstolslignende garantier, altså især ved at give organet en vis uafhængighed og overføre visse grundtræk af domstolsprocessen til dets fremgangsmåde.

Så vidt jeg kan skønne harmonerer den foreslåede definition vel med herskende retlige vurderinger⁵¹). Den akt definitivt at træffe afgørelse i spørgsmål om individets retsstilling er af så stor vigtighed at retssikkerheden kræver at den normalt kun træffes under de garantier domstolene byder. Garantierne ligger ikke blot i de retlige realiteter – dommernes retlige og personlige uafhængighed og procesmåden – men også i den professionelle mentalitet, den dommerånd, der præger dommerne til forskel fra forvaltningsmyndighederne. Dommeråndens særkende er upartiskhed, personlig og saglig uengagerthed, omgærdet af rettens habilitetskrav. Forvaltningsmyndighederne er derimod professionelt engagerede. Hermed sigtes i første række ikke til muligheden for politiske, usaglige påtryk og indflydelser som de på grund af deres afhængighed kan udsættes for. Langt farligere er den mere subtile form for engagerthed der følger med selve den professionelle hengivenhed for forvaltningsopgaven. Forvaltningstjenestemanden er i første række indstillet på effektivt at realisere de statsopgaver han er sat til at varetage, og kan i konflikter med borgerne være tilbøjelig til at betragte de retlige bånd der binder ham som hindringer for hans virksomhed. Heri ligger set fra borgernes standpunkt en fare for at forvaltningstjenestemandens afgørelser ikke vil blive truffet med samme respekt for retten som når afgørelsen træffes af en dommer.

Disse forhold forklarer at det er velbegrunderet at kræve at den definitive afgørelse af retsspørgsmål skal ligge hos domstolene. Men, kunne man sige, må samme hensyn ikke føre videre? Må konsekvensen ikke være at enhver retsafgørelse henlægges til domstolene (eller dom-

⁵¹) Bent Christensen, *Nævn og Raad* (1958), 12 f., anstiller betragtninger over begrebet »dømmende funktion« og forkaster alle drøftede definitionsmuligheder. Han ville antagelig også have forkastet den her foreslåede definition. Bent Christensen vurderer imidlertid de forskellige definitioner alene ud fra det synspunkt om de er egnede til på hensigtsmæssig måde at afgrænse det materiale af »særlige forvaltningsorganer« som han ønsker at undersøge ud fra deres betydning for retssikkerheden. Dette retssikkerhedssynspunkt forstås i meget vid forstand og det er derfor kun naturligt at materialets afgrænsning ikke kan ske gennem nogen, omend nok så passende, definition af begrebet »dømmende magt«. Forfatteren kunne uden skade ganske have udeladt de indledende betragtninger herom.

stolslignende organer indenfor forvaltningen), således at disse ikke blot får det sidste ord i sagen? Svaret er, at selvom dette nok i og for sig kunne være ønskeligt, er kravet praktisk urealisabelt. Spørgsmål om borgernes retsstilling er praktisk taget impliceret i enhver forvaltningsakt. Forvaltningen ville simpelthen gå i stå om ethvert impliceret retsspørgsmål skulle afgøres med den grundighed og i de former som den judicielle vej involverer. Der kunne højst være tale om at kræve at afgørelser, for at kunne iværksættes ved tvang, må være truffet af judicielle myndigheder. Som nævnt svarer dette krav til et ældre engelsk ideal om retsstaten (the rule of law i Dicey's Interpretation). I vore dage må også dette krav afvises som praktisk uigennemførligt.

10. *Når forvaltningsorganer udstyres med dømmende myndighed kræver retssikkerheden udvikling af en forvaltningsproces ved uafhængige organer.*

I henhold til den foregående analyse kan det fastslås at magtfordelingslærens mening, for så vidt angår forholdet mellem den dømmende og den udøvende magt, er at den dømmende magt, forstået som magten til definitivt at afgøre konkrete retsspørgsmål, bør udøves af domstolene, fordi disse, og alene disse, i personel, organisatorisk, og processuel henseende frembyder de garantier for retssikkerheden der må kræves for at kunne træffe afgørelser med denne retskraft. I hvilken grad er denne magtadskillelse gennemført i dansk ret?

På den civile og kriminelle retsplejes område så godt som fuldstændigt. De få afvigelser der forekommer er ubetænkelige. Visse ægteskabssager kan afgøres administrativt, men kun på betingelse af at parterne er enige om at vælge denne fremgangsmåde, ægteskabslov I §§ 52 og 65.

Hvad derimod den nyere forvaltningslovgivning angår har der – her i landet som andetsteds – vist sig en tendens til i stigende omfang at unddrage domstole den prøvelsesret der i almindelighed tilkommer dem, således at den endelige afgørelse, også af retsspørgsmål, træffes af forvaltningsmyndighederne. Denne tendens er især en følge af den vældige udvidelse af forvaltningsopgaverne der kendetegner vort århundrede. Gennem forsorgs-, velfærds- og reguleringsordninger af forskellige arter træder det offentlige på så mange måder i retsforhold til borgerne at det simpelthen ville standse det administrative maskineri

og aldeles overbelaste domstolene om ethvert retsspørgsmål skulle kunne indbringes for disse.

Denne udvikling er betænkelig, fordi den er i strid med retssikkerhedens krav om at dømmende magt kun bør udøves under de garantier som domstolene frembyder. I England, hvor udviklingen vistnok har været mere udtalt end andetsteds, har den givet anledning til en livlig debat og nedsættelse af en kommission til undersøgelse af hvad der kunne gøres for at opretholde ideen om »the supremacy of law«⁵²). Også i Amerika har forvaltningsmyndighedernes judicielle funktion gentagne gange været genstand for kommissionsudredninger⁵³). Herhjemme har spørgsmålet ikke på samme måde været underkastet officiel debat, men tendensen til at lade forvaltningsmyndigheder endeligt afgøre retsspørgsmål har givet anledning til misfornøjelse og kritik, især fra forretningslivets side.

Undertiden møder man krav om at denne udvikling må bremses og domstolenes magt rehabiliteres. Dette krav må anses for uigennemføreligt. Af grunde som nævnt ovenfor må udviklingen anses for uafvendelig. Vejen mod større retssikkerhed må gå i retning af at unddrage de judicielle funktioner fra de normale aktive forvaltningsorganer, især ministrene, og henlægge dem *enten* til særlige forvaltningsorganer, der indtager en mere eller mindre uafhængig stilling overfor ministrene (nævn, råd, kommissioner, administrative retter) og som også iøvrigt arbejder under domstolslignende garantier, især i processuel henseende; *eller* til et system af almindelige forvaltningsdomstole. På denne måde udvikles en *forvaltningsretspleje* frembydende en sikkerhed der mere eller mindre nærmer sig den sikkerhed de egentlige domstole yder. Det er da faktisk også denne vej man i stigende grad er slået ind på. Længst er man i så henseende nået i Frankrig hvor der findes et veludviklet sæt af forvaltningsdomstole hverved ministre-juge systemet praktisk taget er blevet overvundet. I common law-landene, hvor den judicielle kontrol med forvaltningen fra gammel tid har ligget hos de ordinære domstole, er man blevet stående ved i stigende grad at udskille de

⁵²) *Committee on Minister's Powers. Report* (1932), jfr. fx Lord Hewart of Bury, *The New Despotism* (1929); F. J. Port, *Administrative Law* (1929); W. A. Robson, *Justice and Administrative Law* (1928); C. K. Allen, *Bureaucracy Triumphant* (1931).

⁵³) The President's Committee on Administrative Management (the Brownlow Committee) 1937; The Attorney General's Committee on Administrative Procedure 1941. Se Robert E. Cushman, *The Independent Regulatory Commissions* (1941), 708 f.

judicielle afgørelser til mere eller mindre uafhængige specielle organer⁵⁴). Det samme gælder for Danmarks vedkommende. Det vil føre for langt at gå videre ind herpå⁵⁵).

Et tilsvarende, hidtil ubeagtet problem melder sig når forvaltningsorganer udstyres med lovgivende eller quasi-lovgivende magt⁵⁶). Det kan da være velbegrunder at underkaste udøvelsen af denne magt særlige krav der tilsigter i nogen grad at overføre lovgivningslignende garantier til forvaltningen. Der kan især blive tale om repræsentation af politiske synspunkter, interesser, sagkundskab, eller lægmænd i det kompetente forvaltningsorgan, om særlige høringsforskrifter o. lign.

11. *Udøvende magt er den fuldbyrdende magt der ikke er dømmende*

Der bliver herefter kun lidt at sige om den udøvende magt. Det er den fuldbyrdende magt der ikke er dømmende magt.

Den har altså det tilfælles med den dømmende magt at den er fuldbyrdende. Heri ligger at den ikke omfatter grundlovsumiddelbare initialbeslutninger, altså ikke har politisk præg, men sker i henhold til lov og til fuldbyrdelse af lovens intentioner. Den er retsanvendelse i den forstand at dens udøvelse altid forudsætter en kompetencenorm som grundlag for aktens *gyldighed*. Denne kompetencenorm kan siges at anvendes i den forstand at organet, forinden det foretager en akt, må forvise sig om at det ifølge en norm besidder den fornødne kompetence hertil. Derimod ytrer den udøvende magt sig ikke nødvendigvis – men den kan gøre det – i en retsanvendelse i den forstand at

⁵⁴) For Englands vedkommende se *Committee on Minister's Powers. Report* (1932), 116: »Where Parliament considers it necessary to depart from the normal course, it should entrust the judicial functions involved in the legislation to a Ministerial Tribunal rather than to the Minister personally. The appointment of such a tribunal may be left to the Minister, but the tribunal should be independent of him in the exercise of their functions.« Om W. A. Robsons forslag om indførelse af et system af forvaltningsdomstole, se *a. st.*, 110 f. og W. A. Robson, *Justice and the Administrative Law* (2. ed. 1947), 326 f. For Amerikas vedkommende se Cushman, *a. st.*, 699 f.

⁵⁵) Se Bent Christensen, *Nævn og Råd* (1958) der dog ikke har systematiseret materialet ud fra det synspunkt om det særlige organ udøver juridisk funktion eller ej.

⁵⁶) Lovgivende magt foreligger når forvaltningsorganet er beføjet til at udstede anordninger med lovs kraft (derogatorisk kraft), jfr. ndf. s. 144. Med quasi-lovgivende magt mener jeg bemyndelse til regulering af anliggender der på grund af deres principielle og politiske betydningsfulde karakter i *lovgivningspolitisk* forstand (jfr. ovf. s. 53) er lovgivningsanliggender.

akten efter sit *indhold* er en anvendelse af retsregler⁵⁷). Indholdet kan være regelfrit bestemt, dvs. overladt til et frit skøn. Helt frit er dette skøn dog aldrig. Det er aldrig ensbetydende med vilkårlighed eller lykketræf. Skønnet har sine grænser bestemt ved de formål, organet er sat til at varetage, og ved visse almindelige retsprincipper.

Den fuldbyrdende magt er udøvende magt når retsakten ikke opfylder de kriterier der overfor (s. 59) er angivet til definition af den judicielle retsakt. Det vil sige at der foreligger en udøvende retsakt når:

1. Aktens *indhold* ikke er at normere retten i en konkret situation – men derimod at anordne abstrakte retsregler (anordninger). Det er den udøvende magt som *retsanordnende magt*;

2. når akten vel normerer retten i en konkret situation, men *grundlaget* herfor ikke er en bedømmelse af foreliggende kendsgerninger i henhold til retsregler – men derimod et frit skøn. (Ulovbundne forvaltningsakter). Dette er den udøvende magt som *frit normerende magt*; og

3. når akten vel ved retsanvendelse normerer retten i en konkret situation, men dog ikke medfører den *retsvirkning* at afgørelsen er definitiv. Dette er den udøvende magt som *foreløbigt retsanvendende magt*.

Jeg minder i denne forbindelse om at magtfordelingslæren alene angår kompetencen til at udstede retsakter. Mangfoldige, utvivlsomt de fleste, handlinger foretaget af forvaltningsorganer er ikke udslag af udøvende magt, fordi de er af *faktisk natur* (efterforskning af forbrydelser, drift af statsvirksomheder osv.).

Under næste nummer omtales at forvaltningsorganerne også udøver *regeringsmagt*.

Det fremgår af det sagte at den virksomhed der udøves af forvaltningsorganer er af sammensat og mangeartet natur. Forvaltningens retsanordnende magt minder om lovgiverens. Selvom retsanordningen normalt er af underordnet og teknisk natur indgår der dog heri et mo-

⁵⁷) Kelsen sonderer ikke mellem retsanvendelse i de angivne to betydninger. Følgen heraf er at retsfuldbyrdelse (execution of law) for Kelsen bliver identisk med retsanvendelse (application of law). Herved tilsløres væsentlige forskelligheder, bl. a. mellem den fuldbyrdende magts fremtrædelsesformer. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1946), 255 f., 269 f.

ment af *policy making* der bliver tydeligere i samme grad som lovgiveren overlader også vigtigere afgørelser til forvaltningen (rammelovgivning, fuldmagtslove). Forvaltningens retsanvendende magt minder om domstolens funktion, og ligheden bliver fuldstændig i det omfang egentlig dømmende myndighed henlægges til forvaltningen. Hertil kommer udøvelse af regeringsmagt og de specifikt forvaltningstekniske opgaver: den frie konkrete normering (bevillinger, forbud, påbud) og de faktiske handlinger af mangfoldig art til gennemførelse af offentlige foranstaltninger. Kort sagt, som det er i dag omfatter forvaltningsorganernes virksomhed alle arter af retlige statsfunktioner foruden de faktiske forvaltningsforretninger.

Dette forklarer at det ikke er muligt at tale om en specifik forvaltningsmentalitet på samme måde som man kan tale om en politisk lovgivermentalitet og en uengageret dommermentalitet. Der stilles store krav til alsidighed i evner og sagkundskab hos de ledende forvaltningsorganer. Iøvrigt må forvaltningskorpset sammensættes på en sådan måde at de forskellige forvaltningsopgaver kan fordeles til personer der besidder de fornødne specielle forudsætninger for deres varetagelse.

12. *Regeringsmagten, dvs. kongens grundlovsumiddelbare magt i specielle anliggender, er en fjerde statsmagt.*

De tre magter som defineret i det foregående angiver ikke udtømmende statsmagtens funktioner. Dette fremgår deraf at grundloven tillægger kongen forskellige beføjelser, fx til at udnævne og afskedige ministre og til at handle på rigets vegne i mellemfolkelige forhold, der har karakter af grundlovsumiddelbare initialbeslutninger og følgelig ikke er udslag af fuldbyrdende (udøvende) magt i henhold til lov. Der foreligger i disse tilfælde en fjerde statsmagt der benævnes *regeringsmagten*. De akter hvori den ytrer sig kaldes *regeringsakter*.

Medens magtadskillelærelsen i Montesquieu's udformning og som almindeligt accepteret på kontinentet har været tilbøjelig til at udviske forskellen mellem den fuldbyrdende magt og regeringsmagten, har den sidstes selvstændighed og egenart derimod altid været erkendt i engelsk forfatningsret. Regeringsmagten benævnes i England *kronens prærogativer*, hvorved netop menes de umiddelbart i forfatnings-sædvane grundede beføjelser i modsætning til dem der er afledt af en parlamentsautorisation og altså er af fuldbyrdende karakter. De til-

svarende akter kaldes på det udenrigspolitiske område *acts of state*⁵⁸). Også i nyere fransk teori er regeringsmagtens selvstændighed erkendt. Den benævnes *pouvoir de gouvernement* og akterne *actes de gouvernement*⁵⁹).

Sondringen mellem kongens fuldbyrdende (udøvende) magt og hans regeringsmagt er forfatningsretlig relevant, fordi regeringsmagtens grundlovsumiddelbare karakter medfører at regeringsakterne kommer til at stå i et andet forhold til såvel den lovgivende som den dømmende magt, end de fuldbyrdende akter gør det.

I forhold til lovgivningsmagten medfører regeringsmagtens grundlovsumiddelbarhed en kompetencebegrænsning. En regeringsakt, fx udnævnelse af en minister, kan ikke ske ved lov. Kompetencen hertil er jo ved grundloven henlagt til kongen og ikke til lovgivningsorganet. Det ville være urigtigt at antage at hvad kongen kan foretage må også kunne foretages af kongen og folketinget i forening; for den til loven knyttede lovs kraft ville medføre at kongen ikke havde kompetence til senere at træffe ændrende beslutning, fx afskedige ministeren. Skulle en regeringsakt blive vedtaget i lovsform er der vel næppe grund til at anse akten for ugyldig. Vedtagelsen er gyldig som var den foretaget af kongen alene, dvs. den er ugyldig kun som lov, hvilket igen vil sige at den ikke besidder lovs kraft, men kan ændres ved kongelig resolution⁶⁰).

I forhold til den dømmende magt betyder grundlovsumiddelbarheden ikke nødvendigvis en kompetencebegrænsning; for der er jo intet der på forhånd udelukker at domstolene er kompetente også til at prøve en regeringsakts grundlovsmæssighed, herunder grænserne for et skøn. Men regeringsakterne indtager dog en særstilling der stiller et problem hvad domstolenes kompetence angår. Vægtige hensyn kan anføres til støtte for at regeringens politiske aktivitet, især på det udenrigspolitiske område, ikke skal kunne hæmmes gennem nogen kontrol fra domstolenes side. Disse hensyn har fundet udtryk i den engelske *act of state-doktrin*, hvorefter disse akter, fx anerkendelse af regeringer og stater, »cannot be challenged, controlled or interfered with by municipal courts«⁶¹). Det bemærkes at denne doktrin også

⁵⁸) E. C. G. Wade and G. Godfrey Phillips, *Constitutional Law* (15. ed. 1955) 205 f.

⁵⁹) Grundlæggende: R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état* I (1920), 523 f.

⁶⁰) Jfr. Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 308.

⁶¹) Wade and Phillips, *loc. cit.*

følges i U. S. A. uanset at domstolene dér er kompetente til at prøve loves grundlovmæssighed⁶²). Også i Frankrig er det anerkendt at *actes de gouvernements* ikke er undergivet Conseil d'État's jurisdiktion⁶³).

Spørgsmålet, om udtrykket »øvrighedsmyndigheden« i grdl. § 63 også omfatter regeringen som udøver af regeringsmagt, har såvidt vides aldrig været rejst i dansk teori eller praksis. Det skal heller ikke rejses her hvor pointen er at påpege at begrebet »regeringsmagt« ikke er uden forfatningsretlig relevans.

13. *Lovgivningsorganets kompetence indskrænkes ikke derved at grdl. § 3 henlægger den udøvende magt til kongen og den dømmende magt til domstolene.*

Efter at begreberne »dømmende magt« og »udøvende magt« er defineret skulle tiden være inde til at vende tilbage til et spørgsmål der ovenfor (s. 50) blev antydet men ikke besvaret, nemlig spørgsmålet om der i grdl. § 3 ligger en begrænsning i lovgivningsorganets kompetence derved at den udøvende magt er henlagt til kongen, den dømmende til domstolene. Spørgsmålet er i virkeligheden enkelt. Når det alligevel hidtil ikke er blevet besvaret rigtigt beror det på at det sammenblandes med et andet.

Først erindres om at problemet ikke vedrører regeringsmagten, men kun de i § 3 omhandlede fuldbyrdende magter. Hvad regeringsmagten angår kan ingen tvivl opstå. Som omtalt under foregående nummer er dennes kompetenceområde indholdsmæssigt bestemt. Den angår bestemte sagforhold og sætter derved grænser for lovgivningsorganets almindelige, grundlovsumiddelbare kompetence.

Derimod er, som vi har set, de fuldbyrdende magter ikke defineret som en indholdsmæssigt kvalificeret kompetence. Den norm, abstrakt eller konkret, der udgør indholdet af en judicial eller udøvende retsakt, kan også udgøre indholdet af en legislativ akt. Det afgørende kendetegn for de fuldbyrdende retsakter er at de sker i henhold til lov, bundet af loven og til fuldbyrdelse af lovens intentioner. Heraf følger at ligegyldigt hvad der vedtages i lovs form vil loven aldrig være udslag af dømmende eller udøvende magt. For dens vedtagelse

⁶²) Bernard Schwarz, *American Constitutional Law* (1955), 153 f.

⁶³) M. Hauriou, *Précis de droit administratif* (12. ed.), 419 f.; Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif* (4. ed.), 96 f.

sker jo ikke i henhold til lov og bundet af lov, men som en grundlovsumiddelbar initialbeslutning.

Hvad der fx gør meddelelse af en bevilling til et udslag af udøvende magt er ikke indholdet som sådant – det kunne også gives ved lov – men det forhold at meddelelsen sker i henhold til lov. På samme måde med hensyn til den judicielle akt. Det der gør dommen til et udslag af dømmende magt er ikke indholdet af domskonklusionen som sådant – fx at A til B skal betale 1000 kr. – men det forhold at denne konkrete norm udstedes i henhold til lov som begrundet i en retsanvendelse bundet af loven. Men dette er ikke tilfældet hvis samme norm gives ved lov. Lovgiveren er ikke bundet af nogen lov, lovgivningsakten er ikke en retsanvendelse. Selvom loven selv eller dens motiver måtte begrunde normen under henvisning til fakta og retsregler ville dette være uden betydning for dens gyldighed.

Poul Andersen er enig i at der ikke i grdl. § 3 ligger nogen begrænsning af lovgivningsorganets kompetence for såvidt det bestemmes at den udøvende magt er hos kongen⁶⁴). Derimod, mener denne forfatter, ligger en sådan begrænsning i grdl. § 3 for såvidt den bestemmer at den dømmende magt er hos domstolene. Til illustration anføres at det ville være i strid med grdl. § 3 om en lov idømmer en frifunden straf eller erstatning, fritager den der er dømt til at opfylde en kontrakt for at opfylde kontrakten, annullerer en skilsmisdom, eller bestemmer at et ægteskab, som en dom ikke har villet opløse, skal være opløst⁶⁵). Denne opfattelse beror formentlig på en sammenblanding af det foreliggende problem med et andet.

Først bemærkes at det må være irrelevant om loven fremtræder som »omgørelse« af en forudgående dom eller ej. Spørgsmålet, fx om en lov kan opløse et ægteskab som en forudgående dom ikke har villet opløse, må være det samme som spørgsmålet om loven kan opløse et ægteskab der ikke har været genstand for noget forudgående opløsningsforsøg ved domstolene. Og på samme måde i de andre tilfælde. Hvis en lov ikke kan bestemme, at en frifunden ligefuldt skal hen sættes i fængsel, er det ikke just fordi han er frifundet, men fordi en lov af dette indhold ikke kan gives, være sig vedkommende har været genstand for retsforfølgning eller ej.

Spørgsmålet er derfor ikke om en lov som de omtalte er ugyldig

⁶⁴) Poul Andersen *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 308.

⁶⁵) *A. st.*, 565.

fordi den »omgør« en dom eller forvaltningsakt, eller fordi den efter sit indhold er udslag af dømmende eller udøvende magt, men om der gælder en indskrænkning i lovgiverens kompetence til at udstede konkrete retsnormer.

Det gør der utvivlsomt, selvom det kan være vanskeligt at angive den bestemt. Kan det fx ved lov bestemmes at N. N. – han være sig frifundet under forudgående straffesag eller ej – skal hensættes i fængsel i 10 år? Utvivlsomt ikke. Det ville stride mod bestemmelsen i grdl. § 71 om, at den personlige frihed er ukrænkelig. Kan det bestemmes at N. N. – han være sig frifundet under et søgsmål eller ej – til B eller statskassen (som »bøde«) skal betale 1000 kr.? Heller ikke, for dette ville stride mod bestemmelsen i grdl. § 73 om ejendomsrettens ukrænkelighed (eller om man vil være en følge af pligten til at yde erstatning). På disse to vigtige områder, frihedens og ejendomsrettens, gælder altså utvivlsomt en *due-process*-regel der udelukker vilkårlige indgreb fra lovgiverens side ved singulære normer. Men denne begrænsning følger altså af grdl. §§ 71 og 73, og ikke af § 3.

De nævnte grundlovsbestemmelser udelukker derimod ikke at en dom kan »omgøres« derved at det ved lov bestemmes at den dømte ikke skal afsone en frihedsstraf eller betale en bøde. Men i sådanne tilfælde vil afgørelsen have karakter af benådning der ifølge grdl. § 24 sker ved en regeringsakt. En lov herom vil dog ikke være ugyldig. (ovf. s. 67).

Det er tvivlsomt om ukrænkelighedsprincippet kan udvides til også at omfatte singulære indgreb fra lovgiverens side i andre retsforhold, om fx et ægteskab kan opløses ved lov, en person berøves sin statsborgerret eller stemmeret ved lov – i alle tilfælde uanset om det pågældende retsforhold forud har været genstand for domstolsafgørelse eller ej. Da spørgsmålet er uden synderlig praktisk betydning fordi den almindelige retsopfattelse for det meste vil gøre sådanne indgreb utænkelige skal det her ikke forfølges videre.

FRIHEDS- OG EJENDOMSKRITERIET¹⁾ AF ET TANKEMOTIVS HISTORIE

1. *Hvad afhandlingen tilsigter.*

Man skulle tro, at når en forfatning har bestået i over hundrede år, måtte der i teori og praksis være opnået fuldstændig klarhed og præcision i forståelsen af grundlovens bestemmelse om lovgivningsorganets kompetence – en bestemmelse der vel må betegnes som forfatningens centrale og mest betydningsfulde bestanddel. I Danmark, og formentlig ligeledes i Norge, er dette imidlertid ikke tilfældet. Selvom spørgsmålet om lovgivningsorganets kompetence i forhold til kongens udøvende magt har tabt sin politiske betydning efter indførelsen af det parlamentariske regeringssystem – regering og folkerepræsentation er jo herefter ikke modstående og konkurrerende magter – og selvom de mere tekniske problemer efterhånden har fundet deres løsning i praksis, beherskes teorien stadigvæk af synspunkter der må stemples som inadækvate i forhold til forfatningens bærende politiske ideologi og derfor umuliggør en enkel og rammende beskrivelse af forfatningssystemets struktur.

Disse inadækvate synspunkter har deres grundlag i en teori der omkring 1870 blev opstillet i tysk statsretsvidenskab. Dens bærende tanke var, at forfatningens udtryk »lovgivende magt« og »udøvende magt« må fortolkes i overensstemmelse med den måde hvorpå disse begreber i en almindelig statslære defineres som almenyldige betegnelser for to principielt forskellige statsfunktioner. Det er i og for sig en ganske rimelig tanke, at dersom der kan opstilles en almenyldig son-

¹⁾ Denne afhandling er i mangt og meget en videreudvikling af synspunkter, som jeg har givet udtryk for allerede i *Theorie der Rechtsquellen*, (1929), kap. XV.

dring mellem lovgivning og forvaltning som to principielt forskellige statsfunktioner, må det formodes at forfatningsgiverne ved at benytte de ikke nærmere definerede udtryk »lovgivende magt« og »udøvende magt« har sigtet netop til disse funktioner som bestemt i den almindelige statsteori. Denne fundering i en almengyldig funktionslære gav teorien et overordentlig besnærende præg. Ved nøjere eftersyn viser det sig imidlertid, at der i den »almengyldige« funktionslære skjuler sig vilkårligheder der medfører, at teoriens virkelige indhold bliver en begrænsning af lovgivningsorganets kompetence efter det mønster der var angivet ved de tyske stænderforfatninger fra det 19. århundredes første halvdel: folkerepræsentationens (stændernes) kompetence vedrører ikke alle lovgivningsanliggender, men kun sådanne der angår undersåtternes frihed og ejendom (begrebet lov i materiel forstand).

Teorien blev opstillet med sigte på fortolkningen af Preussens forfatning 1851, art. 62 og rigsforfatningen 1871, art 5 der begge, på lignende måde som dansk grundlov 1849 § 2, indeholdt en bestemmelse om, at »lovgivningsmagten« er hos et organ sammensat af folkerepræsentationen og henholdsvis den preussiske konge og det tyske forbundsråd. Det er et spørgsmål, om det ikke allerede dengang var politisk inadækvat at ville tolke disse forfatninger i overensstemmelse med de ældre stænderforfatningers politiske ideologi. Formålet med nærværende afhandling er at vise, at det i hvert fald er urimeligt at fortolke den danske grundlovs tilsvarende bestemmelse (grdl. 1849 § 2, grdl. 1953 § 3) i overensstemmelse med den tyske teori om lovgivning i materiel forstand (frihed-ejendoms-kriteriet). Imidlertid vil jeg i denne afhandling ikke så meget komme ind på den systematiske fremstilling af nugældende forfatningsret og den forenkling og overskuelighed, der kan opnås ved en forkastelse af de nedarvede synspunkter²⁾, som derimod beskæftige mig med den historiske side af spørgsmålet og søge at godtgøre:

1) at der ikke er noget holdepunkt for, at grundlovgiverne ved affattelsen af grdl. 1849 § 2 skulle have forudsat et materielt lov-begreb bestemt ved frihed-ejendoms-kriteriet³⁾, og

²⁾ I Alf Ross og Ernst Andersen, *Dansk Statsforfatningsret II* (1948), 56 f., 136 f., har jeg i skitse-mæssig og foreløbig form vist hvorledes dette kan lade sig gøre.

³⁾ I modsætning især til Carl Rastings, *Bidrag til Læren om Regeringens Anordnings-myndighed efter dansk Ret*, T.f.R. 1934, 52 f., 86 f.

2) at der ejheller i den efterfølgende statspraksis er holdepunkt for, at man har bygget på en sådan teori⁴).

Hvis dette er rigtigt, og det yderligere må antages

3) at en begrænsning af lovgivningsmagtens område efter frihedsejendoms-kriteriet er i strid med den politiske ideologi der præger vor forfatning, vil det sige, at

4) læren om lov i materiel forstand og de deraf udledte systematiske og fortolkningsmæssige konsekvenser er et fra Tyskland importeret akademisk kunstprodukt der kun har bidraget til at forvirre begreberne og tilsløre forfatningens sande struktur.

Selvom afhandlingens sigte i første række er historisk er det mit håb, at den tillige skulle bidrage til en afklaring af de systematiske begreber der opereres med.

Opgaven vil nu være at udvikle og begrunde de synspunkter, der her kort er antydet. Jeg begynder med oprindelsen af det materielle kriterium til bestemmelse af lovgivningsorganets kompetence.

2. *Friheds- og ejendomsformlen hører ideologisk hjemme i de typiske konstitutionelt-monarkiske stænderforfatninger fra det 19. århundredes første halvdel. Den er udtryk for en opdeling af lovgivningsmagten mellem folkerepræsentation og kongemagt.*

Friheds- og ejendomsformlens historie er nøje knyttet til navnet *Freiherr von Stein*⁵). Endnu under indtrykket af Napoleonstidens frihedsideer arbejdede man i Preussen og andre tyske stater for indførelse af konstitutionelle forfatninger og for tilvejebringelse af en tysk forbundsforfatning der gjorde det til en pligt for hver enkelt medlemsstat at gennemføre en konstitutionel forfatning. I juli 1814 udarbejdede Hardenberg et udkast til en sådan forbundsforfatning. Udkastet blev forelagt Stein til betænkning. I denne gik Stein ind for, at stændernes andel i lovgivningsmagten, der ikke var nærmere angivet i Hardenbergs udkast, skulle præciseres ved optagelse af følgende bestem-

⁴) I modsætning især til Poul Meyer, *Centraladministrationens Adgang til Udstedelse af Retsanordninger (Centraladministrationen 1848–1948)* (1948), 179 f., især 214–19.

⁵) De følgende oplysninger herom er tildels hentet fra Georg Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts*, (7. Aufl. ved Gerhard Anschütz, 1914), 656.

melse i forbundsforfatningen: »Wichtige, das Eigentum, die persönliche Freiheit und die Verfassung betreffende neue Landesgesetze können ohne den Rat und die Zustimmung der Landesstände nicht eingeführt werden«. Forhandlingerne om en forbundsforfatning blev optaget på Wienerkongressen og resulterede i forbundsakten af 8. juni 1815 der skabte et tysk forbund af 38 stater. I denne genfindes ikke Steins formel, akten nøjedes med i art. 13 uden nærmere angivelse af stændernes beføjelse at udtale: »In allen Bundesstaaten wird eine landständische Verfassung stattfinden«⁶).

Steins formel fandt derimod optagelse i en række af de stænderforfatninger der blev udarbejdet i enkeltstaterne de følgende år. I disse findes en stående formel hvorefter stændernes medvirken er påkrævet til »jedes allgemeine neue Gesetz, welches die Freiheit der Personen oder das Eigentum der Staatsangehörigen betrifft«⁷).

Det synes ikke oplyst hvorfra Stein har hentet ideen til sin formel, men man kan sikkert give sin tilslutning til Gerhard Anschütz' formodning om, at Stein har stået under indflydelse af det 18. århundredes naturretlige ideer hvorefter frihed og ejendom hører til de grundrettigheder som borgerne ved herskabskontrakten har forbeholdt sig og som fyrsten ikke vilkårligt kan gribe ind i, men kun når dette billiges af den »almene vilje«, dvs. en lov givet under folkets medvirken.

De nævnte stænderforfatninger, og en række andre der kom til i de følgende år, var ikke udtryk for folkesuverænitets idé, men søgte deres forbillede i Bourbonernes restaurationsforfatning, det såkaldte konstitutionelle Charte 1814, givet af Ludvig d. XVIII af egen magtfuldkommenhed. Ganske vist var kravet om stændernes medvirken til en del af lovgivningen en demokratisk ide. Men heroverfor stod det monarkiske princip som udtryk for kongemagtens egen og oprindelige ret i fortsættelse af enevældens teokratiske og autokratiske ideer. Det fandt udtryk deri, at de fleste af disse forfatninger var oktroierede, dvs. givet folket som en gave af kongelig magtfuldkommenhed og som en selvindskrænkning af hans enevældige magt; og i Wiener Schlussakte af 15. maj 1820 art. 57–59 blev det – i opposition til Montesquieus konstitutionelle teorier – stillet som et krav til forbundssta-

⁶) Det er velkendt, at det var forbundsdagens krav om opfyldelse af dette krav for Holstens vedkommende, der var anledningen til provinsialstændernes indførelse i Danmark, jfr. Hans Jensen, *De danske Stænderforsamlings Historie I* (1931), 81 f.

⁷) Vigtigst blandt disse var forfatningerne for Bayern, Baden og Weimar, se nærmere Meyer-Anschütz, *a. st.*, 656 note b.

terne at statsmagten skulle forblive udelt hos fyrsten. I overensstemmelse hermed optoges i en lang række forfatninger en stående formel af dette indhold: »Der König ist das Oberhaupt des Staates, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie unter den vom ihm gegebenen in der gegenwärtigen Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus«⁸⁾).

Jeg har dvælet ved denne forfatningsudvikling for at gøre det klart, hvad der er friheds- og ejendoms-kriteriets naturlige ideologiske hjemsted. Det er den typiske konstitutionelt monarkiske forfatning, hvorved jeg netop mener den typiske mellemform mellem enevælde og moderne demokrati der opstod i det 19. århundredes første halvdel og som er karakteriseret ved et samvirke af to oprindelige politiske magt-faktorer – den demokratiske, der ytrer sig gennem folkerepræsentationen, og den monarkiske, der ytrer sig gennem regeringens politiske uafhængighed af folkerepræsentationen⁹⁾).

Under disse forudsætninger måtte friheds- og ejendoms-kriteriet have god mening til bestemmelse af folkerepræsentationens kompetence. Herved udtryktes at denne kompetence ikke angik al lovgivning, men kun lovgivning af et vist indhold, nemlig den der umiddelbart berørte undersåtternes rettigheder. Andre lovgivningsanliggender, altså især vedrørende forfatningen¹⁰⁾, andre organisatoriske anliggender, og embedsvæsenet – kort sagt hele stats- og forvaltningsretten – hørte derimod under kongemagtens uafhængige kompetence. Bestemmelser herom blev givet i form af kongelige anordninger der ikke krævede stændernes medvirken. Der var altså tale om en selvstændig kongelig anordningsret, selvstændig ikke blot i den forstand at den var uafhængig af stændernes medvirken, men endog i den forstand at den ikke havde sin hjemmel i forfatningen, men udsprang direkte af kon-

⁸⁾ Således bl. a. i forfatningerne for Bayern, Baden, Württemberg-Sachsen, Hessen, se *Theorie der Rechtsquellen*, 402 note 52 og 403 note 54. – Det er velkendt, at det var det tyske forbunds krav om betoning af det monarkiske princip, der førte til optagelse af en tilsvarende bestemmelse i forfatningsforordningen om det danske monarkis fællesanliggender af 26. juli 1854 § 4 hvorfra den senere er overgået i forfatningerne af 1866, 1915 og 1953, se nu grdl. 1953 § 12. At denne bestemmelse endnu står i vor grundlov kan kun forklares historisk. Den er uden enhver organisk sammenhæng med junigrundlovens principper.

⁹⁾ Jfr. Alf Ross, *Hvorfor Demokrati?* (1946), 86 f., 90.

¹⁰⁾ Læg mærke til, at stænderforfatningerne (ovf. ved note 7) i modsætning til Steins formel ikke medtog forfatningen under stændernes kompetence.

gens oprindelige og egne magt der også var grundlaget for forfatningen.

Det er værd at lægge mærke til, at friheds- og ejendomskriteriet ikke kan identificeres med et begreb om lov i materiel forstand. Man talte om »sådanne love, der berører undersåtternes person og ejendom«, hvorved klart er forudsat at lovebegrebet har et videre omfang¹¹). Det vil derfor være rigtigst at sige, at lovgivningsmagten var delt. Den blev udøvet dels gennem stænderne i form af formelle love, dels gennem kongen i form af kongelige anordninger.

Det næste trin er at vise, hvorledes teorien om lov i materiel forstand opstod og blev benyttet til at fortolke Preussens forfatning af 1851 og rigets forfatning af 1871, således at folkerepræsentationens kompetence principielt blev fortolket efter samme kriterium som i stænderforfatningerne – og det endskønt Preussens og rigets forfatninger var båret af en anden politisk ideologi og ikke indeholdt nogen begrænsning efter friheds- og ejendomskriteriet og ej heller nogen generalklausul om kongen (Bundesrat) som indehaver af den udelte statsmagt.

3. *Laband fremsatte, støttet til en almindelig teori om statens funktioner, den lære, at udtrykket »den lovgivende magt« i Preussens forf. 1851 og rigets forf. 1871 måtte fortolkes i overensstemmelse med friheds- og ejendomskriteriet.*

Selvom sondringen mellem lov i formel og materiel forstand går længere tilbage i tiden¹²), er det den tyske statsretslærer Paul Laband der er ophavsmanden til den nyere teori som grundlag for en forfatningsfortolkning. Læren blev først fremsat i hans »Budgetrecht« (1871) og senere udarbejdet i hans »Staatsrecht des Deutschen Reiches« (5. Aufl. 1911). Hans lære fandt hurtigt aldeles overvejende tilslutning i Tyskland¹³) og har også øvet en betydelig indflydelse på franske forfattere¹⁴).

¹¹) Poul Meyer, ovf. s. 73 note 4, *a. st.*, 181, overser dette når han mener, at § 4 i anordning af 28. maj 1831 om provinsialstænders indførelse i udtrykket »nogen lov, der har forandring i undersåtternes personlige eller ejendomsrettigheder eller i skatterne og de offentlige byrder til genstand« fastlægger et materielt lovebegreb.

¹²) Ernst Seligmann, *Beiträge zur Lehre von Staatsgesetz und Staatsvertrag* Bd. I *Begriff des Gesetzes* (1886), 3 f.

¹³) *Theorie der Rechtsquellen* (1929), 382 note 18.

¹⁴) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état*, t. 1 (1920), 308, 561.

I mit tidligere arbejde *Theorie der Rechtsquellen* har jeg i kap. XV givet en detaljeret og dokumenteret analyse og kritik af teoriens indhold. Idet jeg henviser den interesserede læser hertil vil jeg her indskrænke mig til en mere forenklet fremstilling af teoriens væsentlige bestanddele forsåvidt de er af interesse for nærværende fremstillingsformål.

Det positivretlige problem teorien tager sigte på er, som nævnt, en fortolkning af Preussens forfatning 1851 art. 62 og rigsforfatningen 1871 art. 5 hvorefter – på lignende måde som i dansk grundlovs § 3 og mange andre moderne forfatninger – den »lovgivende magt« – uden nærmere angivelse af hvad herved forstås – tillægges den folkevalgte forsamling i forbindelse med statsoverhovedet (kongen, Bundesrat). Hvad betyder her udtrykket »lovgivende magt« der bestemmer lovgivningsorganets kompetence?

Teoriens hovedtanke er, som nævnt, at udtrykket må forstås i overensstemmelse med det begreb om lovgivning som en specifik statsfunktion bestemt ved sit indhold der kan opstilles i en almindelig statslære af almengyldig natur. Hvis det kan godtgøres, at al statsvirksomhed efter statsaktens indhold kan opdeles i tre forskellige funktioner: lovgivning, retspleje og forvaltning, er det en på forhånd ganske plausibel formodning, at forfatningsgiveren, ved uden nærmere definition at benytte udtryk som »lovgivende magt«, »dømmende magt«, og »udøvende magt«, må have sigtet til disse almene funktionsbegreber.

Labands funktionslære opbygges ud fra det synspunkt, at statens virksomhed, ligesom individets, kan deles i en intellektuel aktivitet, der ytrer sig i domme i logisk forstand, og en praktisk, der ytrer sig i udvortes handlinger. Statens intellektuelle aktivitet ytrer sig i to funktioner: i lovgivningen, dvs. den forbindende fastsættelse af retsregler, og i retsplejen, dvs. den bindende afgørelse af retstrætter ved anvendelse af retsregler. Statens praktiske aktivitet ytrer sig i den tredie funktion, forvaltningen, der er statens handlinger, dels til fuldbyrdelse af retsordenen, dels som fri regeringsvirksomhed til forfølgelse af statens materielle og kulturelle formål (forsåvidt lovgivningen ikke har begrænset regeringens handlefrihed).

Uden at gå ind på denne funktionslæres uholdbarhed og de vanskeligheder dens gennemførelse indvikler Laband i¹⁵⁾, hæfter jeg mig straks ved dens betydning for det fortolkningsproblem vi drøfter.

¹⁵⁾ *Theorie der Rechtsquellen* (1929), 396 f.

Lovgivningsfunktionen er altså herefter bestemt som fastsættelse af retsregler og i overensstemmelse hermed, antages det, må forfatningernes udtryk »den lovgivende magt« forstås. Under folkerepræsentationens kompetence falder al anordning af retsregler. Udenfor: (1) retsanvendelse og (2) alle statshandlinger. Lovgivningskompetencen synes herefter at være meget rummelig. Hvad kan man ønske mere, når den omfatter fastsættelse af enhver retsregel?

Men humlen er hvad Laband forstår ved en retsregel. Det ligger i rettens natur, siger han, at drage grænse mellem forskellige subjekters handlefrihed. Retten forudsætter en flerhed af kolliderende »viljesbærere«. Ingen kan have et retskrav mod sig selv, og forholdsregler som et subjekt sætter op for sig selv har ikke karakter af retsregler. Dette gælder også for staten. Staten er som handlende, dvs. i forvaltningen, underkastet retten, forsåvidt forvaltningen kolliderer med andre viljesbærere: individerne, kommunerne, eller andre statsorganer. »Regeln dagegen, die sich innerhalb der Verwaltung selbst halten, die in keiner Richtung einem ausserhalb derselben stehenden Subjekte Beschränkungen auferlegen oder Befugnisse einräumen, ihm nichts gewähren und nichts entziehen, ihm nichts gebieten, sind keine Rechtsvorschriften. Wenn die Verwaltung ihr eigenes Verhalten innerhalb des Bereiches ihrer freien Willensbestimmung regelt, so greift dies ebensowenig in die Sphäre des Rechtes ein, als wenn ein Privatmann Anordnungen über die Führung seines Haushalts, seiner Fabrik, seiner Landwirtschaft erteilt oder als wenn ein Aktienverein, eine Genossenschaft, ein Kommune Beschlüsse über ihre Angelegenheiten fasst«¹⁶).

Gennem personifikationen af forvaltningen som et enhedssubjekt der ikke kan stå i retlige relationer til sig selv er retsbegrebet blevet indskrænket således, at den legislative kompetence kun omfatter forskrifter der vedrører enten (1) borgernes indbyrdes retsforhold; eller (2) retsforholdet mellem borgerne og staten; men derimod ikke forskrifter der alene retter sig til forvaltningens embedsmænd. Eller kortere: den legislative kompetence angår alene forskrifter der berører borgernes retsstilling, hvilket er det samme som det traditionelle friheds- og ejendoms-kriterium. Sådanne forskrifter kaldes *love i materiel forstand*.

Men skønt lovgivningsorganets kompetence således er begrænset til

¹⁶) Poul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches* (5. Aufl. 1911), 181–182.

love i materiel forstand antages det dog ligefuldt, at en hvilken som helst forskrift *kan* gives ad lovgivningsvejen, altså også »interne« forskrifter der ikke har karakter af »retsregler«. Kompetencen er altså dog mere omfattende end angivet ved fortolkningen af udtrykket »lovgivende magt« i de pågældende forfatningsbestemmelser. Det er ikke helt let at se hvorledes dette begrundes af Laband, men tanken synes at være, at kompetencen her beror på en »Vereinbarung« mellem folke-repræsentationen og kongen¹⁷). Når begge de politiske faktorer samvirker, må et hvilket som helst indhold (bortset fra begrænsningen i forhold til den dømmende magt) kunne fastsættes i lovsform.

Herved opstår modsætningen mellem *lov i formel forstand* og *lov i materiel forstand*. Det første betyder en hvilken som helst forskrift fastsat ad lovgivningsvejen. Det sidste en forskrift der efter sit indhold er en retsregel, dvs. angår borgernes retsforhold.

Men når således lovgivningsorganets kompetence i kraft af Vereinbarungs-tanken er altomfattende i forhold til kongemagten, hvad betyder det så at hævde, at den umiddelbart efter forfatningen kun omfatter lov i materiel forstand?

Svaret herpå er, at begrebet materiel lov ikke angiver en begrænsning af lovgivningskompetencen, men det område indenfor hvilket alene lovgivningsorganet er kompetent. Det angiver en enekompetence i den forstand, at sådanne forskrifter der berører borgernes retsforhold kun kan gives ved lov eller i kraft af lov (delegation). Når det derimod drejer sig om »interne« forskrifter til forvaltningen besidder også kongemagten kompetence til på egen hånd, altså uden folke-repræsentationens medvirken eller bemyndigelse, at udstede sådanne. Dvs. begrebet »materiel lov« har betydning udelukkende ved negativt at definere det område, indenfor hvilket kongemagten besidder en selvstændig anordningsmagt, dvs. en umiddelbart forfatningsmæssigt hjemlet anordningsmagt, uberoende af folkerepræsentationens medvirken eller bemyndigelse.

Herved giver sig begreberne anordning i materiel forstand, eller forvaltningsanordning, og anordning i (blot) formel forstand, eller retsanordning¹⁸).

Forvaltningsanordning er enhver forskrift, der efter sit indhold alene vedrører forvaltningen. Sådanne anordninger kan kongen udstede på

¹⁷) *A. st.*, 61 f.

¹⁸) *A. st.*, 86–87.

egen hånd, altså uden folkerepræsentationens medvirken eller bemyndigelse.

Retsanordninger er forskrifter tilblevet ad anordningsvejen, der efter deres indhold er af »retskarakter«, dvs. berører borgernes retsforhold. Sådanne anordninger kan kun udstedes af kongen efter folkerepræsentationens bemyndigelse. På dette område besidder kongen ingen selvstændighed, men kun en afledt anordningsmagt.

Figurligt kan forholdet anskueliggøres således, at lovgivningsorganets kompetence angives ved en cirkel der betegner forskrifter af enhver art, begrænset kun i forhold til den dømmende magt. Indenfor denne cirkel er en mindre cirkel. Den angiver »forvaltningsforskrifterne«s område, hvor også kongen besidder en selvstændig kompetence. Resten af den store cirkel betegner »retsforskrifterne«s område eller lov i materiel forstand, og det er det område hvor alene lovgivningsorganet har selvstændig kompetence, medens kongens anordningskompetence er afledt.

4. *Lærens politiske tendens var tvetydig. Efter parlamentarismens indførelse tabte spørgsmålet interesse.*

Under dette punkt skal teoriens politiske betydning behandles. Indledningsvis erindres om, at den blev fremsat på et tidspunkt da det parlamentariske regeringssystem ikke var indført. Spørgsmålet om omfanget af regeringens anordningsmagt var derfor af stor politisk betydning. Selvom det var anerkendt at kongens selvstændige anordningsmagt indskrænkes i samme omfang som et anliggende inddrages under lovgivningen – ud fra det synspunkt, at en lov kun kan ændres ved ny lov – betød dette ikke at hans magt var prisgivet folkerepræsentationens vilje i så henseende. Kongen kunne simpelthen nægte at sanktionere love der trængte ind på området for hans selvstændige anordningsmagt.

Den politiske betydning af Labands lære kan kort udtrykkes således: Den prisgav enhver selvstændig magt for kongen til at udstede »rets-anordninger« mod til gengæld at sikre hans selvstændige magt til at udstede »forvaltningsanordninger«.

Den første side af sagen er udtryk for forfatningens garanti til borgerne: deres retsstilling skal ikke kunne berøres uden folkerepræsentationens medvirken eller bemyndigelse. Dette er udtryk for retsstatens

ide som denne opfattes af Laband ¹⁹). Herved udelukkes prerogative anordninger efter engelsk mønster, dvs. anordninger, der med hjemmel i traditionen på begrænsede livsområder kan udstedes egenmægtigt af kronen og som godt kan berøre borgernes retsforhold.

Forsåvidt er den politiske tendens i Labands lære demokratisk og liberalistisk. Men modstykket er rigtignok, at Laband samtidig sikrer kongens selvstændige magt til at give forvaltningsanordninger, altså forskrifter der falder udenfor friheds- og ejendoms-kriteriet.

Hvor meget eller hvor lidt der kommer til at ligge i denne selvstændige anordningsmagt kommer derfor til at bero på, hvorledes dette kriterium nærmere fortolkes. Hvornår kan en forskrift siges at »berøre« eller »angå« borgernes retsforhold, hvornår er den omvendt rent »intern«?

Desværre er dette kriterium så vagt og kan forstås nærmere på så mange måder, at det truer med at blive intetsigende og overlade afgørelsen til tradition eller vilkårlighed.

Hvis kriteriet forstås på den måde, at kongens selvstændige anordningsmagt omfatter alle forskrifter, hvis *umiddelbare* adressat er forvaltningsorganer og som derfor ikke *direkte* berører borgernes retsstilling, vil læren faktisk blive udtryk for en krypto-absolutistisk tendens der berøver den folkevalgte repræsentation indflydelse på størstedelen af stats- og forvaltningsretten. Der findes hos Laband udtalelser der peger i denne retning. Således når det siges: »Sehr zahlreiche Gesetze regeln nur die eigene Tätigkeit des Staates, seine Verfassung, die Zusammensetzung, Geschäfte und Geschäftsformen der Behörden, die wirtschaftliche Ordnung des Staatswesens, den Betrieb der Staatsanstalten usw. Solche Gesetze berühren den Untertan des Staates unmittelbar gar nicht und sind auf ihn und seine individuellen Rechtsbeziehungen unanwendbar; er wird von dem Wirkungen dieser Gesetze nur dadurch mitbetroffen, dass er in dem Staatswesen lebt, in welchem jene Gesetze gelten« ²⁰).

Da disse love efter Laband ikke berører undersåtternes retsforhold er de altså blot formelle love, efter deres indhold forvaltningsforskrifter der kunne være ordnet egenmægtigt af kongen – forsåvidt folke-

¹⁹) »Das ist das Merkmal des Rechtsstaates, dass der Staat von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, ihnen nichts befehlen und nichts verbieten kann, als auf Grund eines Rechtssatzes,« *A. st.*, 186.

²⁰) *A. st.*, 73–74.

repræsentationens kompetence ikke er hjemlet ved specielle forfatningsforskrifter, fx bestemmelserne om statsbudgettet.

Hvis denne fortolkning lægges til grund vil det sige, at folkerepræsentationens kompetence indskrænkes katastrofalt. Statens organisation, selve dens forfatning, domstolenes indretning, militærordningen osv. osv. – altsammen er det høje statsanliggender der falder udenfor folkerepræsentationens kompetence. Ud fra denne forudsætning var det med fuld ret at v. Martitz i 1880 udtalte, at Labands lære, hvis den vandt politisk indflydelse, ville være egnet til at lægge øksen for den tyske forfatnings rod²¹⁾.

Men der findes på den anden side hos Laband også udtalelser der viser, at det ikke har været hans hensigt at drage disse konsekvenser²²⁾. Han siger senere i fremstillingen²³⁾, at selve oprettelsen af forvaltningsapparatet og tildeling til de enkelte organer af retlig myndighed i forhold til borgerne er et lovgivningsanliggende. Således er fx domstolenes organisation ikke et rent internt anliggende for justitsforvaltningen, men skaber et retskrav for borgeren på, at den domstol, der skal kunne dømme ham, er sammensat på den i forskrifterne angivne måde. »Andererseits kann die Errichtung von Registraturen und Schreibstuben, von technischen Instituten und Bureaus, die Geschäftsverteilung der staatlichen Betriebsanstalten usw. eine innere Angelegenheit der Verwaltung sein, welche ohne alle Rechtswirkung für dritte ist und eben deshalb die Rechtsordnung nicht berührt«²⁴⁾. Hermed synes unægtelig kongens magt til at udstede organisationsanordninger at være skrumpet ind til noget ret betydningsløst.

Men hvorledes skal det afgøres, om forskrifter, der umiddelbart retter sig til forvaltningen, også skaber retskrav for borgerne eller ej? Deres interesser vil altid berøres, men hvornår antager disse form af en ret? Laband indrømmer at spørgsmålet er vanskeligt. Hvis forskriftens

²¹⁾ F. v. Martitz, *Ueber den konstitutionellen Begriff des Gesetzes*, Z. f. d. gesamte Staatswissenschaft Bd. 36 (1880), 229–30.

²²⁾ I min fremstilling i *Theorie der Rechtsquellen* har jeg ikke været tilstrækkelig opmærksom herpå, og min fremhævelse af lærens reaktionære tendens er derfor blevet ensidig og overdreven. Det er dog rigtigt, at læren i de politiske stridigheder om finansloven blev udnyttet som et våben til bestridelse af en fri bevillingsmyndighed for folkerepræsentationen, se herom Laband, *op. cit.*, bd. IV, 522 f., især 524, 531, 537 og 552–55.

²³⁾ *A. st.*, 184.

²⁴⁾ *A. st.*, 185.

ordlyd og sammenhæng med andre ikke giver tilstrækkeligt holdepunkt for en fortolkning, må man, siger han, falde tilbage på selve anordningsformen og kundgørelsesmåden som tegn på, om den er ment som en »retsforskrift« eller ej²⁵). Men herved synes det materielle kriterium helt opgivet til fordel for et formelt.

Andre forfattere fortolker udtrykkeligt kriteriet således, at den legislative kompetence omfatter enhver forskrift der om blot *middelbart* berører undersåtternes frihed og ejendom²⁶). Men gennemføres dette synspunkt konsekvent ses det egentlig ikke, hvad der bliver tilbage af kongens selvstændige anordningsret. Hvilken forvaltningsmæssig forskrift vil ikke middelbart kunne berøre borgernes interesser eller rettigheder? Selv fx en forskrift om, at et offentligt kontor lukker kl. 14, vil kunne være af betydning for afgørelsen af et spørgsmål om rettidig indbetaling foreligger.

Udviklingen i tysk teori er gået i retning af et yderst beskedent omfang af den selvstændige anordningsret. Efter indførelse af parlamentarisk styre ved Weimarforfatningen af 1919 tabte spørgsmålet al politisk betydning. Teorien blev dog stadig opretholdt. Forvaltningsanordningerne omfatter traditionelt tre grupper: organisationsanordningerne, anstaltsanordningerne og tjenesteinstrukserne²⁷). Når organisationsanordningerne ikke, jfr. ovenfor, omfatter andet end oprettelse af skrivestuer o. lign., kan de også henføres under tjenesteinstrukserne. Men når hele den udviklede fortolkning på basis af den materielle funktionsdeling ikke fører til andet end en magt for kongen til på egen hånd at udstede anstaltsanordninger og tjenesteinstrukser, er det et spørgsmål, om ikke samme resultat kan nås gennem en langt enklere fortolkning der tilmed i sine udgangspunkter er bedre i overensstemmelse med den demokratiske ideologi der behersker de nyere forfatninger, og undgår den kunstige indsnævring af begrebet »retsregel«, hvorpå Labands teori hviler. Under næste nummer drøftes dette spørgsmål.

²⁵) *A. st.*, 182–183.

²⁶) Således Gerhard Anschütz i Georg Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts* (7. Aufl. ved Gerhard Anschütz 1914), 654 noten.

²⁷) Se fx Meyer-Anschütz, *a. st.*, 669 f.

5. *Ud fra en demokratisk ideologi må grdl. § 3 forstås således, at den udøvende magt er underordnet den lovgivende, dvs. lovgivningsorganets kompetence er ubegrænset.*

Som nævnt²⁸⁾ betyder Labands lære i virkeligheden en fordeling af lovgivningsmagten mellem to politisk betydende faktorer: anliggender der berører borgernes frihed og ejendom kræver folkerepræsentationens mellemkomst (medvirken eller bemyndigelse), andre anliggender kan reguleres af kongen egenmægtigt gennem selvstændige anordninger.

En bestemmelse af lovgivningsmagtens kompetence efter dette mønster har god mening i det typiske konstitutionelle monarki, i hvilket kongemagten endnu repræsenterer en politisk magtfaktor. Friheds- og ejendoms-kriteriet var da også udtrykkeligt anvendt til definition af stændernes kompetence i en række af de tyske stænderforfatninger. De politiske forhold og forfatningernes bestemmelse om kongen som indehaver af den udelte statsmagt gjorde det videre naturligt at fortolke andre af stænderforfatningerne på samme måde, uanset at de i ubegrænsede vendinger henlagde »lovgivningsmagten« til stænderne og kongen i forening²⁹⁾.

Videre måtte det under disse forhold være begrundet at forstå friheds- og ejendoms-kriteriet i snævrere betydning, altså således at kongens selvstændige anordningsret fik et virkeligt indhold, idet den udstrakte sig til alle anliggender der ikke direkte berørte borgernes rettigheder, især forfatningsforhold (forfatningerne var ofte oktroierede), forvaltningsapparatets organisation, militærvæsen, statsfinanserne m. v. – altsammen forsåvidt forfatningen ikke udtrykkeligt i specielle bestemmelser tillagde stænderne en medvirken.

Derimod måtte det på forhånd være tvivlsomt, om en sådan fordeling af lovgivningsmagten var antagelig efter forfatninger som Preussens af 1851 og rigets af 1871 der hverken indeholdt nogen henvisning til friheds- og ejendoms-kriteriet, eller nogen bestemmelse om kongen som indehaver af den udelte statsmagt, og som iøvrigt var udsprunget af en ny tids demokratiske ideologi³⁰⁾. (Preussens forfatning var fremkaldt af den revolutionære bevægelse i 1848 og havde Belgiens demokratiske forfatning af 1831 til forbillede). Imidlertid satte reaktionære kræfter ind efter at det revolutionære uvejr var draget hen

²⁸⁾ Ovf. s. 75.

²⁹⁾ *Theorie der Rechtsquellen*, 402–403.

³⁰⁾ *A. st.*, 404.

over Tyskland i 1848. Ved forbundsbeslutning af 23. august 1851 blev der pålagt regeringerne pligt til at ændre forfatningsbestemmelser der var i modstrid med forbundsforfatningen. I flere tilfælde greb regeringerne lejligheden til – ofte blot ad anordningsvejen! – igen at bringe den revolutionære bevægelses resultater ud af verden³¹).

Der opstod således et vist misforhold mellem ordlyden af den preussiske forfatning og de politiske magtforhold. I denne situation kunne Labands lære med dens – tilsyneladende ud fra almengyldige begreber deducerede – indfortolkning af friheds- og ejendomskriteriet udnyttedes som et effektivt våben for de reaktionære kræfter, om kriteriet blev fortolket restriktivt. Andre, fx Arndt³²), gik mere åbent til værks. De ville simpelthen fortolke art. 62 formelt og begrænse folkerepresentationens medvirken til de tilfælde i hvilke den udtrykkeligt var krævet i forfatningen (enumerationsteorien).

Når vi derimod kommer til de moderne forfatninger på udelt demokratisk grundlag savner begrænsning af den folkevalgte forsamlings eksklusive kompetence efter friheds- og ejendomskriteriet på forhånd enhver rimelighed. Der er her ingen plads for en fordeling af lovgivningsmagten mellem folk og kongemagt. Og dersom et sådant kriterium alligevel indfortolkes i forfatningen må det nødvendigvis forstås i så udvandet forstand (folkerepresentationens kompetence omfatter også forskrifter der indirekte berører borgernes frihed og ejendom), at kongens selvstændige anordningsret ikke omfatter andet end anstaltsanordninger og tjenesteinstrukser.

Men en anden og enklere fortolkning, bedre i harmoni med den bærende politiske ideologi, er da naturlig.

Det siges ofte med henblik på dansk grundlov § 3, at en bestemmelse som denne, der henlægger »den lovgivende magt« til et vist organ (kongen og folketinget i forening), nødvendigvis, om den ikke skal blive aldeles tom, må forudsætte et begreb om lov i materiel forstand, altså bestemt ved et vist nærmere karakteriseret indhold³³).

Dette er urigtigt. Det er vel sandt, at der til lovgivningsorganet, der er defineret ved denne bestemmelse, må svare en materiel kompetence;

³¹) Georg Meyer – Gerhard Anschütz, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, (7. Aufl. 1914), 152.

³²) Adolf Arndt, *Das Verordnungsrecht* (1884), 57 f., 66.

³³) Således Henning Matzen, *Den danske Statsforfatningsret* (3. udg. 1899), bd. III, 5; Knud Berlin, *Den danske Statsforfatningsret*, bd. II (2. udg. 1939), 7; Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 305.

for intet organ kan fungere uden i kraft af en regel om dets materielle kompetence. Men der er intet i vejen for at denne kompetence er materielt ubegrænset, hvilket vil sige, at den omfatter enhver retsfastsættelse der ikke i grundlovens *andre bestemmelser* er forbeholdt enten den grundlovgivende instans eller organer sideordnet med lovgivningsorganet (kongen, folketinget). I så fald ligger der ikke nogen kompetencebegrænsning i § 3 *selv*, derved at den »lovgivende magt« modsættes »den udøvende magt« og »den dømmende magt«. De to sidstnævnte funktioner opfattes da ikke som sideordnede med »den lovgivende magt«, men som underordnet denne. De er karakteriseret ved at de sker i henhold til lov. De ligger i rettens trinbygning af instanser og kompetencer et trin lavere end loven. Der kan aldrig blive tale om nogen kompetenceafgrænsning mellem instanser på forskellig trin-højde, fx ikke mellem lovgivning og grundlovgivning. Lige så lidt mellem på den ene side lovgivning og på den anden side udøvende og dømmende magt.

Man kan da kort sige: den »lovgivende magt«, der i grdl. § 3 tillægges kongen og folketinget i forening, betyder den almindelige, grundlovsumiddelbare, retsanordnende magt – hvorved »retsanordning«³⁴⁾ betyder anordning af en hvilken som helst retlig relevant bestemmelse, den være sig almindelig eller speciel, den være sig rettet til borgerne eller til administrationen.

Jeg skal, da det ikke vedrører problemstillingen i denne afhandling, her ikke nærmere belyse og begrunde påstanden om at lovgivningsorganets kompetence ikke kan anses for begrænset i forhold til domstolene (den dømmende magt)³⁵⁾, men alene drøfte forholdet til den udøvende magt.

At lovgivningsorganets kompetence er ubegrænset betyder i denne henseende, at der ikke – som modstykke til en vis begrænset eksklusiv kompetence bestemt ved friheds- og ejendoms-kriteriet – bliver plads til nogen selvstændig anordningsmagt for kongen – og det ganske uanset om det drejer sig om regler der retter sig til borgerne eller til forvaltningen. Al »udøvende magt« sker i henhold til lov, er aldrig konkurrerende med lov, dvs. grundlovsumiddelbar. Kongen har ikke

³⁴⁾ Det bedes bemærket, at udtrykket »retsanordning« her er anvendt i en betydning, der naturligvis intet har at gøre med »retsanordning« i modsætning til »forvaltningsanordning«. Det betegner her simpelthen den virksomhed at fastsætte (anordne) noget som ret.

³⁵⁾ Se herom ovf. s. 68 f.

anden grundlovsumiddelbar magt end den der udtrykkeligt er tillagt ham ved en række specielle bestemmelser, såsom hans magt til at udnævne ministre, hans magt i udenrigspolitiske forhold osv. Denne magt er forskellig fra den i § 3 nævnte »udøvende magt« og benævnes regeringsmagten og de tilsvarende akter regeringsakter.

En sådan fortolkning er i god overensstemmelse med demokratisk ideologi og den parlamentariske styreformens principper. Den politiske magt udgår fra folket. Kongen er ingen selvstændig magtfaktor. Regeringen er efter parlamentarismens principper afhængig af folkerepræsentationen. Regeringen (kongen) besidder – bortset fra de i grundloven udtrykkeligt nævnte tilfælde – ingen magt der ikke er afledt fra folkerepræsentationen. Der findes ingen »fri« forvaltning i den forstand, at regeringen frit kan forfølge statsformål indenfor de grænser der sættes af lovgivningen³⁶). Enhver forvaltningsvirksomhed må have hjemmel i loven. Herved udbygges retsstatsprincippet (som defineret af Laband, se ovf. s. 81 note 19) til legalitetsprincippet: Alle forvaltningsakter³⁷), ikke blot de der gør indgreb i borgernes frihed og ejendom, kræver hjemmel i loven.

Den sætning, der så ofte træffes hos de statsretlige forfattere der fortsat opererer med et materielt lovebegreb, nemlig at indgreb i borgernes frihed og ejendom kun kan ske ved lov (eller i kraft af lov), bliver herefter vel ikke direkte urigtig, men dog misvisende. Naturligvis er det sandt at sådanne indgreb kræver lov hjemmel. Det misvisende ligger deri, at sætningen modsætningsvis indicerer, at andre anordninger eller forvaltningsakter kan udstedes af administrationen uden hjemmel i lov. Dette må benægtes.

De anordninger, der efter den traditionelle lære skal kunne udstedes uden hjemmel i lov, altså i kraft af en selvstændig anordningsmagt, er de såkaldte forvaltningsanordninger. Vi har set, at de i tysk teori omfatter tre grupper: organisationsanordningerne, anstaltsanordningerne og tjenesteinstrukserne. I dansk teori er resultatet endnu beskednere, her nævnes kun de to sidst nævnte kategorier. Men det er ikke rigtigt at sige at disse anordninger ikke berører borgernes frihed og ejendom³⁸); ej heller at der her foreligger en grundlovsumiddelbar retsdannelse. Det sidste er også almindeligt anerkendt. Poul Andersen

³⁶) Modsat Laband, se ovf. s. 77.

³⁷) Ordet taget i videste forstand.

³⁸) Se Ernst Andersen, *Administrativt Tilsyn med Kommunalforfatningen*, (1940), 58; Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret*, (3. udg. 1956), 44.

mener, at de har stiltiende hjemmel i loven³⁹). Ernst Andersen, at de har deres grundlag i statens stilling som arbejdsgiver eller ejer af fast ejendom – at de altså egentlig er af privatretlig natur⁴⁰).

Jeg skal ikke her komme ind på spørgsmålet om, hvilken af disse to forklaringer der er den rigtige, men alene fremholde, at når det antages at der ikke foreligger en selvstændig, grundlovsumiddelbar anordningsmagt sideordnet med lovgivningsorganets eksklusive kompetence, taber hele læren om friheds- og ejendoms-kriteriet til bestemmelse af lovgivningsorganets enekompetence al mening. Det er som om disse forfattere fortsætter en traditionel sprogbrug uden at være klar over begrebernes indbyrdes sammenhæng. Heroverfor må det understreges, at det ingen mening har at tale om en enekompetence for lovgiveren, uden som modstykke at antage, at uden for dette område er lovgiveren ikke enekompetent, hvilket igen vil sige, at her er også kongen kompetent, idet han besidder en selvstændig, grundlovsumiddelbar kompetence.

Denne mangel på fortrolighed med den traditionelle teori afspejler sig særlig i Poul Andersens fremstilling af statsforfatningsretten. Ved fortolkningen af grdl. § 3 siges det, at kun dersom bestemmelsen antages at forudsætte et materielt lovbegreb får den et indhold, nemlig at beslutninger af et vist indhold kan fattes eller kun kan fattes af kongen og folketetinget i forening⁴¹) (hvilket ikke er rigtigt, jfr. ovf. s. 85–86). Og det tilføjes, at et rent formelt lovbegreb slet ikke ville passe ind i den magtadskillelse som grdl. § 3 opstiller, og at hele den demokratiske og konstitutionelle tradition forudsætter et materielt lovbegreb⁴²). (Dette er endnu mindre rigtigt. Som påvist hører det materielle lovbegreb – friheds- og ejendoms-kriteriet – hjemme i det typiske konstitutionelle monarki, stænderforfatningerne fra det 19. århundredes første halvdel, og ikke i en demokratisk forfatning der forudsætter en udelt lovgivningsmagt). I overensstemmelse hermed og med traditionel teori antager forf. en enekompetence for lovgivningen, for såvidt som indgreb i borgernes frihed og ejendom kun kan ske ved eller i henhold til lov⁴³). Det logiske modstykke hertil må være, at når det

³⁹) *Dansk Statsforfatningsret*, (1954), 544 (anstaltsanordninger); *Dansk Forvaltningsret*, (3. udg. 1956), 45 f.

⁴⁰) *Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen*, (1940), 58.

⁴¹) *Dansk Statsforfatningsret*, (1954), 305.

⁴²) *A. st.*, 306.

⁴³) *A. st.*, 310.

ikke drejer sig om sådanne indgreb, er lovgivningen ikke enekompetent, men kongen besidder en sideordnet, selvstændig anordningsmagt. Men når vi kommer til afsnittet hvori det drøftes, om der findes en grundlovsumiddelbar anordningsmagt⁴⁴), hører vi intet herom. Det siges blot, at på enkelte områder er der praksis for at regeringen udøver en selvstændig anordningsmagt hvorved der gøres indgreb i borgernes frihed og ejendom og som altså er enkeltstående undtagelser fra den før omtalte enekompetence for lovgivningen⁴⁵). Dennes modstykke, kongens selvstændige anordningsmagt, når der ikke sker sådanne indgreb, omtales ikke. Anstaltsanordningerne og tjenesteinstruktionerne, der dernæst omtales under et nyt nummer, forklares, som nævnt, ikke som udslag af en selvstændig anordningsmagt for kongen, men ud fra forudsætningen om stiltiende hjemmel i loven. Slår man endelig op i forvaltningsretten for at se, om forf. i overensstemmelse med Labands teori vil indskrænke legalitetsprincippet til at gælde indgreb overfor borgernes rettigheder, får man intet svar. Det siges nemlig forbeholdent, at således som dette princip sædvanligvis opfattes, betyder det, at *i hvert fald* indgreb fra forvaltningsmyndighedernes side i borgernes samt privatretlige og offentligretlige juridiske personers, herunder kommunernes, frihed og ejendom, kun kan finde sted med direkte eller indirekte hjemmel i en formel lov eller dermed sidestillet retsnorm⁴⁶).

Jeg tror derfor, man har lov til at sige, at der hersker nogen begrebsforvirring i den foreliggende litteratur idet man fortsætter med at snakke om friheds- og ejendoms-kriteriet – forøvrigt uden at forsøge på at forklare, hvad der ligger i denne udflydende formel – uden at drage de konsekvenser heraf som er nødvendige, om begrebet overhovedet skal have nogen funktion. Og videre, at den fortolkning af grdl. § 3, hvorefter der ikke antages noget materielt lovebegreb, idet den »lovgivende magt« defineres efter sin stilling i trinfølgen som den almindelige, grundlovsumiddelbare, retsanordnende magt, er den eneste der muliggør en ukompliceret beskrivelse af forfatningsstrukturen i overensstemmelse med demokratisk ideologi.

For at undgå misforståelse skal det lige tilføjes, at denne fortolkning af grdl. § 3 naturligvis ikke udelukker, at der muligvis på grundlag af

⁴⁴) *A. st.*, 539.

⁴⁵) *A. st.*, 539 f.

⁴⁶) *Dansk Forvaltningsret*, (3. udg. 1956), 369.

administrationens praksis må anerkendes visse modifikationer i det opstillede grundskema om al forvaltnings lovfahængighed. Om dette er tilfældet skal jeg ikke tage stilling til her⁴⁷⁾, blot fremhæve, at sådanne modifikationer baseret i sædvaneret ikke forringer fortolkningens værdi.

6. *Om 3 forskellige betydninger af udtryk som »lovgivningsanliggende«, »lovgivningens område«, o. lign.*

Poul Meyer har givet sin tilslutning til, at en fortolkning af grdl. § 3, der ikke forudsætter et materielt lovbegreb, stort set har gyldighed til karakteristik af den statsretlige stilling i dag, men hævder samtidig, at den afgjort ikke har gyldighed til karakteristik af den konstitutionelle udvikling⁴⁸⁾.

Dette er det historiske spørgsmål, jeg nu vender mig til. Under næste punkt drøftes, hvad der kan udledes af forhandlingerne på den grundlovgivende rigsdag med hensyn til grundlovsfædrenes forestillinger om lovbegrebet og forholdet mellem lovgivning og udøvende magt. Under punkterne 8 og 9 optages den efterfølgende statspraksis til undersøgelse.

Forinden vi vender os til disse undersøgelser skal der under dette punkt gøres nogle bemærkninger til afklaring af de benyttede begreber. Diskussionen, som den hidtil foreligger, er nemlig i høj grad blevet forplumret derved at man, uden at være klar herover, har anvendt begreber og udtryk der dækker over forskellige problemstillinger der herved er blevet sammenblandet på klarhedens bekostning.

Det er almindeligt at problemet om forholdet mellem lovgivning og administration stilles således at man spørger: Hvilke anliggender er lovgivningsanliggender og hvilke forvaltningsanliggender; hvilket område er forbeholdt lovgivningen og hvilke ikke; hvilke sager skal ordnes ved lov og hvilke kan ordnes ved anordning?

Man overser, at der herunder skjuler sig mindst tre forskellige problemstillinger.

1. Meningen kan være: På hvilke områder tilkommer der lovgivningen en eksklusiv kompetence i den forstand, at vel kan anlig-

⁴⁷⁾ Se ndf. s. 183 f.

⁴⁸⁾ Poul Meyer, *Centraladministrationens Adgang til Udstedelse af Retsanordninger* (i *Centraladministrationen 1848-1948*), 215-216.

genger indenfor dette område ordnes ved lov, men derimod ikke af kongen i kraft af en selvstændig (grundlovsumiddelbar) kompetence? At noget »kun kan ordnes ved lov« betyder herefter: »og ikke ved selvstændig anordning, men derimod nok ved anordning i henhold til lov«. Man kan også sige, at der spørges om de anliggender der kun kan ordnes »ved lov eller i henhold til lov«. Forstået på denne måde forudsætter spørgsmålet, at der tilkommer kongen en selvstændig anordningsmagt indenfor et vist område. Opgaven består i at bestemme dette område. Hvad der falder udenfor det, er i den angivne forstand forbeholdt lovgivningen.

Som vi har set er dette den traditionelle problemstilling i læren om lov i materiel forstand. Svaret er: kongen har en selvstændig anordningsret med hensyn til »forvaltningsanordninger«, dvs. sådanne der ikke griber ind i borgernes frihed og ejendom. Lovgivningsorganet har derimod eksklusiv kompetence til at udstede forskrifter af »retsindhold«, altså sådanne der berører borgernes frihed og ejendom.

2. Meningen kan også være: På hvilke områder tilkommer der lovgivningen en eksklusiv kompetence i den forstand, at anliggender inden for dette område ikke kan ordnes ved anordning i kraft af delegation fra lovgiveren? At noget »kun kan ordnes ved lov« betyder herefter: »og ikke ved anordning i henhold til lov«. Forstået på denne måde har spørgsmålet intet med en selvstændig anordningsmagt for kongen at gøre. Det sigter til problemet om grænserne for lovgivningens adgang til at »delegere«⁴⁹⁾ sin magt til administrationen.

3. Meningen kan endelig være: Hvilke områder er lovgivningsanliggender i den forstand at det vil være – ikke retligt udelukket men – i strid med god lovgivningsskik om de overlades til afgørelse ad anordningsvejen? Og omvendt: Hvilke områder er forvaltningsanliggender i den forstand, at det vil være i strid med god lovgivningsskik om lovgivningsorganet selv påtager sig at regulere dem?

Det er utvivlsomt, at spørgsmålet om forholdet mellem lovgivningsorganets og administrationens kompetencer i litteraturen drøftes ud fra alle tre synspunkter, og uden at man har gjort sig deres forskellighed

⁴⁹⁾ Ordet er sat i gåseøjne, fordi jeg mener, at det er forkert i sådanne tilfælde at tale om delegation af lovgivningsmagt, jfr. ndf. s. 136. Da imidlertid dette spørgsmål ikke står til drøftelse her, anvendes delegationsterminologien i det følgende uden forbehold.

klart. Når der tales om en eksklusiv kompetence for lovgivningen bestemt ved friheds- og ejendoms-kriteriet er det normalt spørgsmål (1) om kongens selvstændige anordningsret, man har for øje. Hos Rasting er det dog problem (2), delegationsbegrænsningen, der behandles ud fra dette synspunkt⁵⁰). Når Poul Andersen taler om en enekompetence for lovgivningen i de tilfælde hvor det i grundloven siges, at visse bestemmelser kun kan træffes ved lov⁵¹), er det øjensynligt også tilladeligheden af delegationen, det drejer sig om; men når han på næste side, som et andet tilfælde af enekompetence, anfører indgreb i borgernes frihed og ejendom, er det lige så øjensynligt en enekompetence i forhold til en selvstændig anordningsmagt for kongen, der må være tale om (det siges nemlig, at sådanne indgreb kun kan ske ved eller i henhold til lov – der er altså ikke spørgsmål om tilladeligheden af delegation). Under punkt 8, 9 og 10 vil det blive påvist, at det var den omtalte tredje problemstilling der prægede administrationens overvejelser den første tid efter grundloven og ligeledes teorien hos Holck og Matzen.

7. *Der er intet holdepunkt for, at grundlovsfædrene i grdl. 1849 § 2 skulle have forudsat et materielt lovbegreb.*

Carl Rasting har i en afhandling fra 1934 foretaget en undersøgelse af de forudsætninger vedrørende lovbegrebet og lovgivningsorganets kompetence som grundlovsfædrene er gået ud fra. Hans fremstilling er af Ernst Andersen og Poul Meyer blevet forstået således, at det Rasting har søgt at godtgøre er, at grundlovsfædrene er gået ud fra et friheds- og ejendoms-kriterium til afgrænsning af lovgivningens eksklusive kompetence overfor regeringen, idet man på den grundlovgivende rigsdag har forudsat, at den eksklusive kompetence skulle bestemmes i overensstemmelse med § 4 i stænderanordningen af 28. maj 1831 – og altså på samme måde som i de tyske stænderforfatninger og efter Labands teori⁵²).

⁵⁰) Carl Rasting, *Bidrag til Læren om Regeringens Anordningsmyndighed efter dansk Ret*, T.f.R. 1934, 52 f., 88: »Lovgivningsmagts materiel eksklusive kompetence, dvs.: Hvilke anliggender kan ikke ordnes ved lovgivningsdelegation?«

⁵¹) *Dansk Statsforfatningsret*, (1954), 309.

⁵²) Ernst Andersen, *Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen*, (1940), 36; Poul Meyer, s. 90, note 48 *a. st.*, 181. Der kan efter sammenhængen og problemstillingen ikke være nogen tvivl om at de to forf. må have forstået Rasting som angivet i teksten.

Denne forståelse er imidlertid ikke i overensstemmelse med Rastings intentioner, og intet kan bedre end denne misforståelse illustrere de uheldige følger af den herskende begrebsuklarhed.

Det fremgår nemlig af Rastings afhandling, at det problem, han beskæftiger sig med er delegationsproblemet og ikke kongens selvstændige anordningsret. Når han anvender udtrykket »lovgivningsmagtens materielt eksklusive kompetence«, har dette intet at gøre med hvilke anordninger der kan udstedes af kongen uden hjemmel i lov – det problem som Ernst Andersen og Poul Meyer har for øje. Begrebet defineres af Rasting udtrykkeligt således, at det omfatter de »anliggender [der] ikke kan ordnes ved lovgivningsdelegation«⁵³).

Hvis man spørger, hvilke forestillinger grundlovsfædrene har næret med hensyn til lovgivningsorganets kompetence i forhold til en selvstændig kongelig anordningsmagt, er de af Rasting fremdragne udtalelser, som Ernst Andersen og Poul Meyer refererer til, altså irrelevante. Hvad dette spørgsmål angår, kan man derimod henvise til andre af Rasting fremdragne udtalelser, hvoraf ifølge Rasting fremgår, at grundlovgiverne gik ud fra et lovebegreb, der ikke var identisk med, men langt mere omfattende end det i enevældens senere år udformede begreb om lov i materiel betydning⁵⁴).

Indskudsvis bemærkes at der næppe i enevældens sidste år havde udviklet sig noget begreb om lov i materiel betydning. Under henvisning til fremstillingen ovenfor s. 74 erindrer jeg om, at den stående formel i de tyske stænderforfatninger lød på at stændernes medvirken udkrævedes til »jedes allgemeine neue Gesetz, welches die Freiheit der Personen oder das Eigentum der Staatsangehörigen betrifft.« Det fremgår heraf at man ingenlunde *definerede* lovgivningen gennem friheds- og ejendoms-kriteriet, men at dette blev benyttet til at angive det *udsnit* af lovgivningsmagten hvor stændernes medvirken var påkrævet. Den resterende del af lovgivningsmagten forblev hos kongen. På ganske tilsvarende måde blev, med forbillende i den preussiske stænderforfatning af 1823, stændernes kompetence ordnet her i landet – blot med den forskel, at deres myndighed her var af kun rådgivende, ikke besluttende natur. Ved anordning af 28. maj 1831 § 4 blev det nemlig bestemt at kongen ville høre stænderne forinden han udgiver »nogen Lov, der har Forandring i Undersåtternes personlige eller Ejendomsrettigheder

⁵³) A. st., 88.

⁵⁴) A. st., 88.

eller i Skatterne og de offentlige Byrder til Genstand.« Heraf fremgår tydeligt at man heller ikke herhjemme opererede med et ved friheds- og ejendoms-kriteriet *defineret* materielt lovebegreb. Lovgivningen rækker udover stændernes kompetence. Som det fremgår fx af I. E. Larsens forelæsninger over den danske statsret 1845–46 forstod man i samtiden ved lov enhver »almindelig forskrift til regel for fremtiden« – altså ganske uanset dens indhold – og man var ganske klar over at stændernes rådgivning ikke udkrævedes til lovgivning i almindelighed, men kun til et vist *udsnit* af lovgivningen⁵⁵).

Med dette forbehold kan jeg være enig med Rasting, altså når hans udtalelse tolkes derhen, at grundlovgiverne ikke ved affattelsen af bestemmelsen i grdl. 1849 § 2 (svarende til grdl. 1953 § 3) gik ud fra et ved friheds- og ejendoms-kriteriet bestemt materielt lovebegreb. Mod-sætningen til stænderanordningen taler afgjort herfor. Ved anordningen af 1831 havde man begrænset stændernes kompetence til kun at angå et udsnit af lovgivningen bestemt ved friheds- og ejendoms-kriteriet, og denne synsmåde var akcepteret af samtidens statsteori. Nu, i 1849, i grundlovens § 2 taler man uden nogen indskrænkning om, at den lovgivende magt som sådan tilkommer kongen og rigsdagen i forening. Det synes da urimeligt at antage at meningen ikke desto mindre skulle være, at rigsdagens kompetence var begrænset på samme måde som stændernes.

Det må ved gennemlæsning af de ellers så omfangsrige drøftelser på den grundlovgivende rigsforsamling slå en, at problemet om hvad der nærmere skal forstås ved den »lovgivende magt« og om dens forhold til den »udøvende magt« intetsteds er stillet og drøftet udtrykkeligt. Alt hvad man kan pine ud af referatet er nogle mere eller mindre vage forudsætninger i udtalelser fra enkeltes side, delvis bestridt fra anden side, under drøftelser af andre spørgsmål. Dette afgiver intet grundlag for nogen mening om, hvad »grundlovsfædrene« er gået ud fra. Sandheden turde nærmest være, at man overhovedet ikke har set noget problem.

Man slår naturligvis først op på referatet af forhandlingerne vedrørende udkastets § 3 (grdl. 1849 § 2, grdl. 1953 § 3).

Udvalgsbetænkningen indeholder absolut intet om spørgsmålet⁵⁶).

Den foreløbige behandling af udkastets § 3 er i betragtning af be-

⁵⁵) I. E. Larsen, *Samlede Skrifter* 1. afd. 2. bd. (1857), 114–15.

⁵⁶) *Beretning om forhandlingerne på rigsdagen* (1848–1849), 1481–1482.

stemmelsens centrale stilling og principielle betydning forbavsende kort. Den strækker sig kun over 7 spalter. Af nogen interesse er kun et replikskifte mellem Ørsted og David. Ørsted tror, at »den Sætning at Kongen har i Forbindelse med Folket den lovgivende Magt, ikke fuldstændigt udtrykker den Magt, som ifølge Grundloven tilkommer Folket«⁵⁷). Ørsted sigter hermed til, at folkerepræsentationen, foruden at deltage i lovgivningen, også har kontrollerende beføjelser overfor regeringen og myndighed til at revidere finanserne og decidere statsregnskabet. Men dette vedrører jo ikke lovbegrebet. Det eneste af nogen betydning er en i denne sammenhæng indskudt sætning om, hvad lovgivning omfatter. Ørsted siger: »Thi Folket har foruden den Magt at deltage i lovgivningen, og det i et langt mere udstrakt Begreb end det, man hidtil har haft om Lov, idet at der er adskillige Beslutninger, som ikke i egentlig Forstand kunde kaldes Love, som Folket skal deltage i, også en controllerende Magt.« (Udh. af mig).

Ved den endelige behandling af udkastets § 3 (2 spalter) drøftes kun et par redaktionelle problemer⁵⁸).

Dette er alt, for så vidt angår selve bestemmelsen om den »lovgivende Magt«.

Det reviderede udkast indeholdt to steder den vending, at visse forvaltningsakter ikke kan foretages uden ifølge lov⁵⁹). Det kan være af interesse at efterse forhandlingerne vedrørende dem da formuleringen kunne lede på den tanke, at disse bestemmelser om nødvendighed af lovhjemmel var undtagelser der forudsætter at forvaltningsakter ellers i vidt omfang kan træffes uden lovhjemmel. Det viser sig imidlertid at i hvert fald bestemmelserne om udskrivning af mandskab og om ekspropriation klart står ex tuto. Det blev anset for en selvfølge, som noget der følger af »det konstitutionelle system«, at mandskab ikke kan udskrives og ejendom ikke fratages folk uden lovhjemmel⁶⁰). Dette viser ingenting, da det jo her drejer sig om de mest direkte og eklatante indgreb i borgernes frihed og ejendom, der jo ud fra enhver opfattelse af kompetenceforholdet må kræve lovhjemmel. Bestemmelserne vedrø-

⁵⁷) *A. st.*, 1574.

⁵⁸) *A. st.*, 2740–2741.

⁵⁹) § 43 (»... ei heller noget Mandskab udskrives, noget Statslaan optages, eller nogen Staten tilhørende Domaine afhændes uden ifølge Lov«) og § 68 (»Ingen kan tilpligtes at afstaae sin Eiendom, uden hvor Almeenvellet kræver det. Det kan kun skee ifølge Lov og mod tilsvarende Erstatning«), *a. st.*, 1515 og 37.

⁶⁰) *A. st.*, 1515 (udvalgsbetænkningen), 3277 (ordføreren) og 2593. (Ørsted).

rende optagelse af statslån og afhændelse af domæner kunne måske tages til indtægt for en forudsætning om en egenmægtig dispositionsmagt for kongen på disse områder. Men de kan også tænkes at stå *ex tuto* som de andre. Det hele er for løst til at tillade nogen slutning.

Der kan også være grund til at se på de bestemmelser i udkastet hvor den vending forekommer, at visse beslutninger kun kan ske ved lov⁶¹). Også disse bestemmelser kan nemlig tænkes at være positive undtagelser i forhold til en forudsat selvstændig anordningsret for kongen. Men det kan også være at man har haft andre forhold for øje, især at man har villet udelukke at ordningen af disse anliggender ved delegation overlades til administrationen.

Et eftersyn af forhandlingerne viser, at der for så vidt angår § 43 (»Ingen skat kan pålægges uden ved lov«) og § 46 (»Ingen udlænding kan herefter erholde indfødsret uden ved lov«) ikke er noget grundlag for den antagelse, at disse bestemmelser skulle tage sigte på at begrænse en forudsat selvstændig anordningsret. § 43 sigtede først og fremmest til at udelukke at skat blev pålagt ved finanslov⁶²), og meningen med § 46 var, som ordføreren udtrykkeligt udtalte, at udelukke naturalisationsbevilling, hvilket jfr. grdl. 1849 § 32 (grdl. 1953 § 25) vil sige ved administrativ beslutning i henhold til lov⁶³). Resultatet er ret selvfølgelig, da det jo også i disse tilfælde drejer sig om forskrifter der klart vedrører borgernes retsforhold.

Derimod indeholder diskussionen om § 62 (»Den dømmende magts udøvelse kan kun ordnes ved lov«) udtalelser der tydeligt viser, at ordføreren (Hall) herved har haft forholdet til en selvstændig kongelig anordningsmagt for øje bestemt modsætningsvis ved en begrænsning af lovgivningsorganets eksklusive kompetence efter friheds- og ejendoms-kriteriet.

Dette kommer frem i et replikskifte med Ørsted, såvel under første som under den endelige behandling af paragraffen. Ørsted⁶⁴) havde udtalt sig imod denne ud fra to synspunkter: (1) at den er overflødig, for så vidt det må anses for en selvfølge at domstolenes organisation og retsplejen ikke kan ordnes administrativt; og (2) at den er skadelig, for

⁶¹) § 43 (»Ingen skat kan pålægges uden ved lov, . . .«); § 46 (»Ingen udlænding kan herefter erholde indfødsret uden ved lov«); § 62 (»Den dømmende magts udøvelse kan kun ordnes ved lov«), *a. st.*, 1515, 1549 og 1526.

⁶²) *A. st.*, 3274.

⁶³) *A. st.*, 2392.

⁶⁴) *A. st.*, 2437–2438 og 3321.

så vidt den skal forstås således at den udelukker administrativ nedsættelse af ekstraordinære kommissionsdomstole. I tilslutning hertil stillede justitsministeren (Bardenfleth) det spørgsmål, om bestemmelsen skulle forstås på denne måde »endog i de ved Lov bestemte Tilfælde« – altså når nedsættelsen sker i henhold til lov⁶⁵).

Som svar på dette spørgsmål udtalte ordføreren:

»For så vidt som nu den ærede Justitsminister opstillede det Spørgsmaal, om denne Paragraph havde isinde voldsomt at afskaffe lovhjemlede Institutioner, f. Eks. enhver Udnævnelse af Commissarier, uagtet Udnævnelsen har Hjemmel i den gjældende Lovgivning, da maa jeg tilstaae, at jeg skjønner aldeles ikke, hvorledes Paragraphen kan indeholde nogen Grund til at antage, at vi ved denne Paragraph have tilsigtet en Ophevelse af gjældende Love i nogen Retning, da vi netop kun have villet, at den dømmende Myndighed skal udgaa fra en Lov, og naar *Loven indeholder Hjemmel* for Organisation af en Ret paa en eller anden Maade, saa vil ogsaa den i det enkelte Tilfælde stedfindende Organisation af en Ret, som skeer i *Henhold til Loven*, ogsaa i Fremtiden være fuldberegtiget i Henhold til en Grundlovsregel som siger, at den dømmende Myndigheds Udøvelse kun kan ordnes ved Lov«⁶⁶). (Mine udh.).

Det fremgår utvetydigt heraf, at Hall ikke har haft delegationsproblemet for øje ved paragraffens affattelse⁶⁷). Meningen er ikke at udelukke administrativ ordening i henhold til lov, men kun en egenmægtig administrativ ordening. Hall må altså have forudsat en vis selvstændig anordningsret for kongen.

Dette bekræftes tilfulde af hans forsvar overfor Ørstedes første indvending (at paragraffen skulle være overflødig⁶⁸). Han siger herom:

»Den er ikke overflødig, og jeg skal derfor anføre et Exempel. Der maatte med Hensyn til Spørgsmaalet om Lovgivningens *Omraade*⁶⁹) efter en naturlig Fortolkning af Anordningen af 28de Mai 1831 § 4 i det Væsentlige ganske gælde de samme Regler for de raadgivende Provindsialstænders og for den constitutionelle Rigsdags Vedkommende, naturligvis ikke med Hensyn til Myndigheden, men med Hensyn til, hvilke Love der skulde forelægges. Nu vil det være i de Flestes eller Alles Erindring, at man ikke ansaae det for givet, ikke for nødvendigt, at en Lov om Criminal- og Politiretten i Kjøbenhavn nødvendigvis skulde forelægges Provindsialstænderne; altsaa en saa vigtig Lov som den,

⁶⁵) *A. st.*, 2439.

⁶⁶) *A. st.*, 2440.

⁶⁷) Paragraffen var foreslået indføjet af udvalget, for hvilket Hall var ordfører.

⁶⁸) Ørsted havde sagt: »Ved denne Paragraph skulle jeg snarere have at bemærke, at den er saa overmaade mager og intetsigende (Latter), at jeg ikke veed, hvorfor den skulle indføres i Grundloven. At der ikke uden ad Lovgivningsveien kan gjøres Forandringer i Proceslovgivningen, Domstolenes Organisation o. s. v., er en almindelig erkjendt Sandhed, og der kunne være mange andre Gjenstande, med Hensyn til hvilke der kunne være ligesaa god Grund til at sige, at Forandringer i det hidtil bestående kun kan skee ved Lov, som ved denne«, *a. st.*, 2438.

⁶⁹) Halls udh.

der ordner en heel ny Ret i Kjøbenhavn, det var Noget, som man for nogle Aar tilbage ikke ansaae det ufravigelig nødvendigt at forelægge Provindsialstænderne. Jeg kunde nævne flere, andetsteds fra hentede Exempler, men jeg holder mig til dette ene, for at vise, at Sætningen ikke er overflødig. Nu vil man maaskee sige: vi leve i 1849, og alle de smaa Stridigheder, der fandt Sted for 10 eller 5 Aar siden, de ville nu ikke komme frem; saa svarer jeg dertil, at det er muligt, det er muligt, at der nu er kommen en saa bestemt, constitutionel Udvikling, at slige Grændsepørgsmaal bortfalde, det er muligt, men ikke vist«⁷⁰.

Denne udtalelse er særdeles interessant. Hall forudsætter – ganske som Laband 20 år senere, med henblik på den tilsvarende bestemmelse i Preussens forfatning 1851 – at udtrykket »den lovgivende magt«, skønt ubegrænset, må gælde med samme begrænsning som galdt for provinsialstænderne (friheds- og ejendoms-kriteriet). Han forudsætter som modstykke dertil en selvstændig anordningsmagt for kongen og forudsætter muligheden af en kompetencekonflikt. Når han siger, at han også kunne nævne eksempler hentet »andetsteds« fra, kan det tænkes at han hermed har sigtet til de tyske lande. Han kan have vidst at netop domstolenes organisation dér ofte blev anset for at falde under de »organisationsanordninger«, der (som en undergruppe af »forvaltningsanordningerne«) falder under kongens selvstændige (egenmægtige) anordningsmagt. Paragraffens betydning består, efter Hall, i at afværge denne konsekvens: domstolenes organisation og retsplejens indretning kan ikke ordnes af kongen egenmægtigt, men kun ved lovgivningsmagtens mellemkomst, dvs. ved eller i henhold til lov.

Må det således klart erkendes at Hall er gået ud fra et materielt lov-begreb efter stænderforfatningernes mønster, er der dog et langt skridt herfra og til at tage hans opfattelse som repræsentativ for »grundlovs-fædrenes«. Hall blev klart imødegået af justitsministeren (Bardenfleth), der udtalte, at han troede,

»at den Anskuelse han [Hall] gik ud fra, om at Stændernes stilling i Henseende til deres Omraade, om end ikke i Henseende til deres Myndighed, skulle være den samme som Rigsdagens, ikke var fuldkommen rigtig. Der er i Forordningen af 1831 fastsat visse Grænser for denne Deeltagelse i den raadgivende Stemmeloavgivnings Anliggender, som der var tildeelt Provindsialstænderne, idet Kongen havde givet et Tilsagn om, at han ikke vilde lade udkomme nogen Lov, som angik Undersaatternes gjensidige Forhold og Rettigheder, uden at den var forelagt Provindsialstænderne; men her er en fuldkommen ubegrændset Deeltagelse i den lovgivende Myndighed siltagt Rigsdagen, og ikke saaledes begrændset som den foregaaende«⁷¹. (Udh. af mig).

⁷⁰) A. st., 3321–3322.

⁷¹) A. st., 3322.

Der kan efter Ørsteds udtalelser under denne debat og under forhandlingerne om udkastet § 3 (ovf. s. 95) heller næppe være i tvivl om, at også han var uenig med Hall.

Det er vel tvivlsomt om mange af rigsforsamlingens øvrige medlemmer har gjort sig nogen forestilling om problemet. Man kan i hvert fald ikke herom drage nogen slutning fra udfaldet af debatten der blev at § 62 blev vedtaget med 89 stemmer mod 11. Ørsteds indvending gik – efter at der i grundloven var blevet optaget en bestemmelse om kongens ret til at gøre undtagelser fra lovene, hvorved det blev utvivlsomt, at nedsættelse af ekstraordinære kommissionsdomstole kunne ske i samme omfang som hidtil⁷²⁾ – jo kun ud på at paragraffen var overflødig, ikke urigtig.

Iøvrigt har jeg ikke bemærket andre relevante udtalelser om spørgsmålet i forhandlingerne, men tør naturligvis ikke udelukke at de lige fuldt måtte forekomme.

Resultatet må herefter blive at der ikke i referatet af forhandlingerne er holdepunkt for den antagelse, at man på den grundlovgivende rigsdag er gået ud fra et materielt lovbegreb og en dertil svarende egenmægtig anordningsmagt for kongen, men på den anden side heller ikke for, at man har knæsat den modsatte opfattelse. En objektiv fortolkning taler dog, på grund af modsætningsforholdet til stænderordningens kompetencebegrænsning, til fordel for den antagelse at »den lovgivende magt« i grdl. 1849 § 2 ikke er begrænset til lovgivning i materiel forstand bestemt ved friheds- og ejendoms-kriteriet.

Under disse forhold vil det være af stor interesse at undersøge, hvilke synspunkter der har været lagt til grund for statspraksis, især i årene umiddelbart efter grundlovens givelse.

8. *Overgangsproblemet: Hvilke førkonstitutionelle forskrifter kunne vikariere for lovhjemmel? (Madvig).*

I hvor høj grad fornyede undersøgelser af ældre statspraksis og de teoretiske synspunkter den bygger på er påkrævet, fremgår måske bedst deraf, at de to forfattere der hidtil har beskæftiget sig med problemet er kommet til diametralt modsatte resultater.

I sin doktorafhandling »Administrativt Tilsyn med Kommunalfor-

⁷²⁾ *A. st.*, 3322.

valtningen« hævder Ernst Andersen, at Labands teori om en afgrænsning af lovgivningens eksklusive kompetence efter friheds- og ejendoms-kriteriet – eller i hvert fald den side af den, ifølge hvilken anordninger der griber ind i borgernes retsforhold kun kan udstedes i kraft af en delegation fra lovgivningsmagten – aldrig har været anerkendt i dansk ret⁷³). Dette hævder Ernst Andersen, endskønt han samtidig, støttet til Rasting, antager, at grundlovsfædrene har anvendt et friheds-ejendoms-kriterium til afgrænsning af den lovgivende magts udelukkende kompetence⁷⁴). Den danske forvaltning har, siger han, i strid med al retslogik, forudsat at indgreb i borgernes frihed og ejendom på visse begrænsede områder uanset grundloven fortsat kan ske ved anordning [uden lovhjemmel] som en fortsættelse af en praksis under enevælden. I dag kan de få områder der endnu er tilbage af denne praksis (der automatisk fortrænges efterhånden som de pågældende områder inddrages under lovgivningen) begrundes i et sædvaneretssynspunkt, men dette kan ikke have været begrundelsen i begyndelsen, men denne har netop været at administrationen fortsatte en myndighed der var udøvet under enevælden. Forfatteren finder derfor en slående lighed mellem den danske forvaltnings anskuelser og de tanker der ligger bag den engelske prærogativteori, og han anvender simpelthen udtrykket »prærogativanordninger« om anordninger af den omtalte type⁷⁵). De eksempler på sådanne anordninger der fremdrages af Ernst Andersen falder indenfor kommunalforvaltningens område, men han tillægger sine resultater vidererækkende betydning⁷⁶).

Heroverfor har Poul Meyer gjort gældende, at det af Ernst Andersen fremdragne materiale vel viser – om end ikke alle de anførte eksempler kan godtages – at der i vist omfang er blevet udstedt retsanordninger uden hjemmel i lov, men at det »intetsomhelst bidrag giver til belysning af spørgsmålet om, hvilken begrundelse forvaltningen har [påberåbt sig] til at udstede de pågældende anordninger«. Ernst Andersens henvisning til prærogativteorien er en fri hypotese der ikke bekræftes, når man undersøger spørgsmålet ad induktiv vej, dvs. trænger ind til de ræsonnementer og begrundelser der har båret de pågældende anordninger⁷⁷).

⁷³) *A. st.*, (1940), 39.

⁷⁴) *A. st.*, 36.

⁷⁵) *A. st.*, 53–55.

⁷⁶) *A. st.*, 39.

⁷⁷) Poul Meyer, ovf. note 48, *a. st.*, 187.

En sådan undersøgelse har Poul Meyer foretaget og fremdraget et betydeligt og interessant materiale, tildels fra arkiverne.

På dette grundlag mener Poul Meyer at kunne godtgøre:

a) negativt, at forvaltningen ikke på noget tidspunkt – som påstået af Ernst Andersen – har ment sig i besiddelse af en egenmægtig (autonom) adgang til at udstede retsanordninger, aldrig har gjort krav på det være sig nok så beskedent et prægorativ, men tværtimod fra første færd har været klar over sin inkompetence i så henseende⁷⁸⁾; og

b) positivt, at det er det materielle lovsbegreb, altså friheds- og ejendoms-kriteriet i overensstemmelse med Labands teori, som har været retningsgivende for forvaltningen, omend det ofte har antaget en noget ubestemmelig form. »Af mangel på nogen praktisk anvendelig definition på frihed-ejendoms-kriteriet har man . . . taget en ren konkret stilling til de foreliggende spørgsmål og bygget denne stillingtagen på kvantitative betragtninger [hvormed forf. mener betragtninger med hensyn til en foranstaltningens samfundsmæssige vigtighed⁷⁹⁾ i forbindelse med vidtgående hensyntagen til den foreliggende politiske situation«. I det lange løb er det kvantitative synspunkt blev næsten eneher-skende. Man har simpelthen anset lovgivningsorganet for enekompetent på områder af en vis større betydning for samfundet⁸⁰⁾.

Således står de to opfattelser overfor hinanden. For oversigtens skyld skal jeg med det samme anføre, at min egen opfattelse går ud på at Ernst Andersen har ret og Poul Meyer uret, for så vidt som friheds- og ejendoms-kriteriet ikke kan siges at have spillet nogen (nævneværdig) rolle. På den anden side byder Ernst Andersens prærogativteori ingen forklaring af administrationens synspunkter, (ndf. s. 118). Disse har været af en anden art, forskellig fra såvel dem der føres i marken af Poul Meyer som af Ernst Andersen.

Til denne opfattelse er jeg i det væsentlige ikke nået ved fremdragelse af nyt materiale. Jeg mener at Poul Meyer ganske har mistydet sit stof. Hvis det læses uden forudfattede dogmatiske anskuelser og ud fra en naturlig forståelse af situationen umiddelbart efter grundlovens givelse påtvinger det læseren en ganske anden tolkning.

⁷⁸⁾ *A. st.*, 214.

⁷⁹⁾ *A. st.*, 189.

⁸⁰⁾ *A. st.*, 216–217.

Udgangspunktet for den rette forståelse ligger i et forhold som begge forfattere berører⁸¹⁾, men dog ikke skænker tilstrækkelig opmærksomhed, nemlig de særlige problemer der måtte melde sig ved overgangen fra enevælde til konstitutionel forfatning.

Uanset hvilken opfattelse med hensyn til en selvstændig anordningsmagt for kongen man end vil lægge til grund – og som nævnt under punkt 7 er det mest sandsynlige at man overhovedet ikke har gjort sig dette spørgsmål klart – måtte det være indlysende, at grundlovens krav om lovhjemmel for administrationen (i hvert fald hvad »retsanordninger« angår, måske med hensyn til enhver anordning) for en tid måtte være praktisk uopfyldeligt. Hvorledes skulle man fra den ene dag til den anden kunne tilvejebringe en omfattende lovgivning dækkende hele administrationsområdet? Det måtte være uomgængeligt nødvendigt i vist omfang at lade førkonstitutionelle retsfor skrifter vikariere for en af rigsdagen vedtaget lov. Men herved opstod den vanskelighed at man savnede ethvert fast kriterium for, hvilke blandt disse der skulle kunne gælde som »lov« i modsætning til blot administrative forskrifter. Som bekendt benyttedes ordet »lov« kun ganske undtagelsesvis under enevælden⁸²⁾. Der er – og var – almindelig enighed om, at der ikke kunne lægges afgørende vægt på, hvilken af de andre gængse betegnelser – forordning, reskript, plakat osv. – der var benyttet, lige så lidt som på det forhold, om vedkommende retsfor skrift havde været forelagt stænderne eller ej⁸³⁾.

Alligevel kunne administrationen ikke gå i stå. Var det umuligt i ethvert tilfælde, i hvilket en regulering var påkrævet, at forelægge sagen for rigsdagen, kunne det på den anden side heller ikke accepteres at forvaltningen simpelthen vikarierede som lovgiver indtil rigsdagen fik tid og lyst til at beskæftige sig med et område. En grænse måtte drages. I vist omfang måtte regeringen påtage sig ansvaret og handle af egen magtfuldkommenhed. I vist omfang måtte den melde pas og søge en lov gennemført. Men hvorledes skulle denne grænse drages? I hvilket omfang kunne den indtil videre betragte førkonstitutionelle retsfor skrifter som vikarierende lovhjemmel? Lad os prøve at forestille os hvorledes en ansvarsfuld minister måtte ræsonnere.

⁸¹⁾ Poul Meyer, *a. st.*, 215; Ernst Andersen, *a. st.*, 39.

⁸²⁾ Kun Kongeloven og Chr. V's Danske Lov har denne betegnelse.

⁸³⁾ Se fx Knud Berlin, *Den danske Statsforfatningsret, Anden Del* (2. udg. 1939), 10–11.

I en vis ikke-forfatningsretlig, men praktisk, lovgivningspolitisk forstand kan man sondre mellem »lovgivningsanliggende« og »forvaltningsanliggende« på følgende måde. Såvel praktisk-tekniske som politiske hensyn tilsiger at det bør påhvile lovgivningen at fastlægge de principielle retningslinier for samfundsforholdenes ordning, medens den, når dette er sket, kan overlade en ordnings nærmere udformning i enkeltheder til administrationen. Det er den naturlige arbejdsdeling mellem ledelse og udførelse som sociale funktioner: Ledelsen er ansvarlig for de retningsgivende dispositioner (*the policy making*); de eksekutive organer for den tekniske udbygning og gennemførelse.

Som sagt er sondringen ikke forfatningsretlig, men lovgivningspolitisk, sociologisk. Retligt er der intet i vejen for, at rigsdagen (folketinget), regulerer et anliggende til de mindste enkeltheder, og heller næppe for at den i vidt omfang overlader til administrationen at træffe selve principafgørelserne. Men begge dele fornemmes som en funktionsanomali.

Ud fra disse synspunkter måtte administrationen i 1849 og årene efter betragte de førkonstitutionelle retsregler. Den måtte regne med, at dersom disse havde været tilvejebragt under den nugældende forfatning, ville visse af dem have været givet som lov, andre administrativt; og at delingslinien mellem disse to grupper ville være forløbet i overensstemmelse med, hvad der må anses for et lovgivningsanliggende og hvad for et forvaltningsanliggende i ovennævnte lovgivningspolitiske forstand.

På dette grundlag måtte resultatet blive at administrationen i en overgangstid kunne anse sig for berettiget til at udstede sådanne anordninger af typisk forvaltningsmæssigt indhold, som den antageligt ville have været bemyndiget⁸⁴⁾ til at udstede, dersom visse førkonstitutionelle forskrifter af typisk lovgivningsindhold havde været givet under den nuværende forfatning. Sådanne anordninger måtte naturligvis ikke stride mod de førkonstitutionelle forskrifter der vikarierer som lovhjemmel, men kunne derimod ændre førkonstitutionelle forskrifter der ikke blev anset som havende rang af lov.

Det bedes bemærket, at begreberne »lovgivningsanliggende« og »for-

⁸⁴⁾ Enten ifølge en bemyndigelse i loven eller umiddelbart i kraft af den kongen ved grdl. 1849 § 29 tillagte bemyndigelse til at drage omsorg for lovens fuldbyrdelse. Der kan nemlig ikke være tvivl om, at man på det tidspunkt forstod § 29 som hjemlende en direkte bemyndigelse til udstedelse af fuldbyrdelsesanordninger.

valtningsanliggende« her er taget i den ovenfor under punkt 5 definerede tredje betydning.

Spørgsmålet er nu om administrationens overvejelser i årene umiddelbart efter grundlovens givelse virkelig svarer til denne hypotese *a priori*.

Det træffer sig så heldigt, at der allerede i rigsdagstidende for folketingets 1. session 1850 findes en udførlig redegørelse om spørgsmålet afgivet af kultusministeren (J. N. Madvig) foranlediget af en skriftlig forespørgsel anmeldt af Grundtvig. Foranledningen hertil var tre af kirke- og undervisningsministeriet d. 13. maj 1850 i henhold til kgl. resolution af 6. s. m. udstedte bekendtgørelser om henholdsvis (1) en undervisningsplan og eksamensbestemmelser for de lærde skoler i Danmark; (2) ophævelse af den hidtil værende eksamen artium ved Københavns Universitet; og (3) en forandret inddeling af det akademiske år.

Forud for udstedelse af disse var gået grundige overvejelser, øjensynligt fordi kultusministeren følte, at det drejede sig om et vanskeligt og principielt spørgsmål om administrationens kompetence i forhold til rigsdagen, et spørgsmål der såvidt vides meldte sig for første gang under den ny forfatning. Poul Meyer oplyser at Madvig først drøftede spørgsmålet med nogle af sine ministerkolleger. Derefter forelagde han sagen i statsrådet. I dettes møde d. 22. september 1849 gav han meddelelse om de påtænkte nyordninger og »opkastede i denne anledning det spørgsmål, om en sådan gennemførelse af bemeldte plan behøvede at ske ved lov, eller om den ikke som en administrationssag kunne afgøres ad resolutionsvejen«. Statsrådet var enigt med ministeren i, at en lov ikke var fornøden⁸⁵).

Men Madvig slog sig ikke til tåls hermed. Med skrivelse af 8. april 1850 forelagde han spørgsmålet til udtalelse for generalprokurøren, T. Algreen Ussing, der d. 12. april afgav en udførlig betænkning i hvilken han gik imod ministeriets opfattelse⁸⁶). (Herom senere). Generalprokurørens modforestillinger fik dog ikke Madvig til at fravige sin opfattelse. Sagen blev påny forelagt i et statsrådsmøde d. 30 april 1850 i hvilket Madvig meddelte, at han fastholdt det een gang vedtagne princip, nemlig at de udkastede bestemmelser »hvilke kun var at betragte som gennemførelsen af en allerede tidligere givne plan, alene var af administrativ beskaffenhed og som følge deraf ej at forelægge rigs-

⁸⁵) Statsrådets Forhandlinger 1848–1863 bd. II (1956), 255.

⁸⁶) Optrykt som note til kirke- og undervisningsministeriets skrivelse af 8. april 1850 i Ussings reskriptsamling.

dagen⁸⁷⁾. Derefter blev de pågældende bekendtgørelser udstedt d. 13. maj 1850.

Man kan vel dårligt tænke sig et grundigere oplæg til Madvigs redegørelse i folketinget d. 27. juni s. a. Man må have lov til at betragte sagen som en *leading case*, og redegørelsen som i højeste grad autoritativ, udtryk ikke blot for kultusministerens personlige, men for hele regeringens opfattelse.

Grundtvigs forespørgsel var alt andet end klar og velmotiveret. I den skriftlige formulering anførte han blot, at forespørgslen »gjælder Ministerens Betragtning af disse Bekjendtgørelser som hørende eller ikke hørende til Lovgivningen«. I den mundtlige forelæggelse udtalte han, at det dunkelt havde foresvævet ham at ministeren »kunde have betragtet dem, jeg veed ikke, som foreløbige eller efterhinkende, men dog saaledes, at han ikke derved vilde benægte Rigsdagens Ret til at medvirke ved Sager af den Art og Beskaffenhed⁸⁸⁾.

Den principielle del af Madvigs redegørelse har følgende indhold:

»Det er aldeles naturligt, at der ved Overgangen fra den absolute til den constitutionelle Regjeringsform ofte maa opstaae Spørgsmaal om Grænsden imellem den lovgivende og den bestyrende Myndighed, fordi det under den tidligere Regjeringsform ikke var klart, hvorvidt Regjeringen i dens enkelte Handlinger fremtraadte som Lovgiver eller som øverste Styrer og Chef for hele Administrationen. Disse Tvivl, som saaledes kunne reise sig, fremtræde endnu mere udviklede i enkelte Arter af Sager end i andre, og navnlig i saadanne Sager, hvori der ved Siden af de almindelige Bestemmelser gaar en Mængde Details og Enkeltheder, med Hensyn til hvilke Lovgivningen altid, selv naar den ogsaa bemægtiger sig Gjenstandene, maa overlade et vist Spillerum til Bestyrelsen. Endelig kan Spørgsmaalet blive endnu mere forviklet ved specielle Omstændigheder og navnlig med Hensyn til den Stilling, hvori Sagen just befandt sig i det samme Øieblik, da Overgangen med Hensyn til Regjeringsformen gik for sig. Det har saaledes i det Ringeste ved to af de Bekjendtgørelser, hvorom her er Tale, aldeles ikke undgaaet mig selv, at der kunde opkastes Tvivl om, hvorledes jeg skulde bevæge mig ved denne Grændse. Disse Tvivl har jeg opkastet hos mig selv, og, efterat have forhandlet dem med Andre, har jeg forelagt Sagen for Statsraadet, der har billiget den Anskuelse, hvortil jeg var kommen, og i Overensstemmelse dermed er det, at jeg har handlet . . . Hvad nu angaaer de 3 Foranstaltninger, hvorom der her er Tale, og som indeholdes i de 3 Bekjendtgørelser, der ere udfærdigede af mig i Overensstemmelse med en af Kongen efter min derom nedlagte Forestilling tagen Beslutning, saa har jeg ved den ene af dem, som angaaer det academiske Aars Inddeling, ingen Tvivl haft, da jeg antager, at Afgjørelsen af denne Sag i ethvert Tilfælde maa tilhøre Administrationen. Der er ved denne Foranstaltning Spørgsmaal om at foreskrive Regler for visse Embeds-

⁸⁷⁾ I note 13 a. st., 452.

⁸⁸⁾ *Folketingstidende* 1850, 6576 og 7074.

mænds, nemlig Universitetslærernes Virksomhed i Overensstemmelse med, hvad der er anseet for hensigtsmæssigt, og jeg troer, at ligesom Bestyrelsen kan af Hensyn til Forretningernes Tarv beordre andre Embedsmænd til at indrette dem paa den eller den Maade, at foretage en eller anden Handling til den og den Tid, o. s. v., saaledes har den ogsaa den samme Ret med Hensyn til Universitetet, og jeg udtaler dette med den fuldeste Overbevisning, som en gammel Universitetslærer, der i slige Tilfælde vilde vide at underkaste mig det. Derimod har jeg havt Tvivl med Hensyn til den Bekjendtgørelse, som angaaer en Underviisningsplan og Examensbestemmelse for de lærde Skoler. Hvis der blot i Almindelighed var Spørgsmaal om den høiere saakaldte lærde Underviisning kunde undrages den lovgivende Magts Medvirkning, saa vilde jeg naturligviis ubetinget svare, at det kunde den paa ingen Maade, og det er heller ikke i fjerneste Maade faldet mig ind at ville unddrage den derfra. Men Sagen stiller sig nu og har stillet sig for mig saaledes, at, hvad den lovgivende Magt væsentlig vil have sig forbeholdt og maa have sig forbeholdt ved Ordningen af Underviisningen, det er Principspørgsmaalene og de Bestemmelser for Udførelsen, som væsentlig betinge Principernes Gjennemførelse. Hvorvidt den lovgivende Magt skal og vil gribe ind i saa Henseende, og hvormeget den vil overlade til Bestyrelsen, derfor tror jeg ikke, at der kan gives nogen almindelig Regel, og det er den lovgivende Magt for en stor Deel selv overladt, hvormeget den her vil gribe ind, idet, selv om der ikke kommer noget Forslag fra Ministeriet til at bestemme dette eller hiint ved Lov, og derved binde Bestyrelsen indenfor visse Grændser, Forslag i denne Retning jo kunne udgaae fra Medlemmerne af Rigsdagen. Jeg har imidlertid troet, at der ved de Foranstaltninger, hvorom her er Tale, ikke væsentlig forhandles Principspørgsmål, og at, forsaavidt de forhandles, var Lovgivningens Fundament vundet under den tidligere Regjeringsform, og Sagen saaledes forberedt, at der ikke i det Væsentlige var Tale om Andet end den quantitative Udvidelse og Gjennemførelse af det som i Principet var anerkjendt, ja endogsaa bestemt at skulle efterhaanden gennemføres overalt, og indføres ved flere Instituter, end de, ved hvilke det allerede var gennemført. Jeg skal tillade mig at begrunde dette ved at give en kort Oversigt over, hvad der allerede var foregaaet forinden⁸⁰⁾.

Resten af Madvigs redegørelse, der går ud på at begrunde, at det nærmere indhold af de pågældende bekendtgørelser ikke er i strid med de angivne principper for grænserne for administrationens kompetence, er der ikke anledning til at gå ind på.

Madvigs tankegang kan analyseres og resumeres i følgende punkter:

1. Det spørgsmål om grænsen mellem den lovgivende og bestyrende myndighed, som disse bekendtgørelser rejser, er et spørgsmål der naturligt må opstå ved overgangen fra den absolute til den konstitutionelle regeringsform [og altså ikke et systematisk problem angående fortolkningen af grdl. 1849 § 2 (grdl. 1953 § 3)];

2. Spørgsmålet opstår, fordi det under den tidligere regeringsform ikke var klart, hvorvidt regeringen i dens enkelte handlinger fremtrådte

⁸⁰⁾ *Folketingstidende* 1850, 7075 og 7076–7077.

som lovgiver eller chef for administrationen [således altså, at der ikke haves noget formelt kriterium for, hvilke førkonstitutionelle retsregler der kan vikariere som lovhjemmel for forvaltningen];

3. Der er ikke tale om at visse sagområder, in casu den lærde undervisning, som sådanne skulle være unddraget lovgivningen [hvilket vil sige, at Madvig ikke påberåber sig et »prærogativ«];

4. Grænsen må derimod [indenfor ethvert sagområde] drages ud fra en formodning om »hvad den lovgivende magt væsentlig vil have sig forbeholdt«; og

5. Denne formodning må være for, at det er principspørgsmålene og de bestemmelser for udførelsen som væsentligt betinger princippernes gennemførelse, som den lovgivende magt ønsker sig forbeholdt, medens mindre betydningsfulde spørgsmål overlades til administrationen [hvoraf fremgår, at Madvig må tænke på en lovgivningspolitisk, ikke en forfatningsretlig fordeling af opgaverne mellem de to statsmagter].

Kan man tænke sig en smukkere overensstemmelse mellem virkeligheden og hypotesen *a priori*? Madvig beskæftiger sig overhovedet ikke med forfatningsfortolkning, med friheds- og ejendomskriteriet, med en selvstændig anordningsmagt, med kongelige prærogativer eller med grænserne for delegation af lovgivningsmagt, men udelukkende med det nævnte overgangsproblem og en lovgivningspolitisk fordeling af opgaverne mellem lovgivning og forvaltning.

Det er mig uforståeligt hvorledes Poul Meyer mener at kunne tage Madvigs udredninger til indtægt for et friheds- og ejendoms-kriterium til afgrænsning af lovgivningens eksklusive kompetence⁹⁰). Han kommer sandheden nærmere når han siger, at »kvantitative« synspunkter – det vil netop sige lovgivningspolitiske synspunkter – spillede en betydelig rolle ved kriteriets anvendelse⁹¹).

Noget andet er, at man ved afgørelsen i det konkrete af hvad der hører til principspørgsmålene, naturligt måtte tage hensyn til, om der ved en vis ordning blev grebet ind i væsentlige individuelle retsforhold. Det er fx et naturligt lovgivningspolitisk synspunkt, at det bør være lovgivningen forbeholdt at udstede straffebestemmelser. Dette synspunkt ses da også at have spillet en rolle i praksis⁹²).

Efter at generalprokurørens modeforestillinger var blevet underkendt i statsrådet kan der naturligvis ikke være tale om at tillægge dem

⁹⁰) *A. st.*, 192.

⁹¹) *A. st.*, 216–217.

⁹²) Se nedenfor s. 109.

nogen afgørende betydning for fortolkningen af den statsretlige praksis. De skal kun omtales fordi de så sørgeligt illustrerer den forklarende af problemet der kom til at præge al efterfølgende teori derved at det som blot er et overgangsproblem baseret i lovgivningspolitiske betragtninger sammenblandes med et systematisk problem vedrørende en forfatningsmæssig kompetencefordeling.

Det er iøvrigt vanskeligt at referere Algreen Ussings betragtninger⁹³⁾ der ganske savner den klarhed og holdning der præger Madvigs udredning. I det konkrete lægger han vægt på at de påtænkte foranstaltninger gør så væsentlige ændringer i de ældre forordninger, specielt Universitetsfundatsen af 7. maj 1788, at de må være forbeholdt lovgivningen. Denne betragtning er ikke uforenelig med Madvigs principper, blot udtryk for en anden konkret vurdering af rækkevidden af bekendtgørelsernes indhold. Iøvrigt er det ikke muligt at finde nogen bestemt betydning af udtrykkene »lovgivningsgenstand« og »administrativt anliggende« hos Algreen Ussing. Snart taler han som om disse begreber tages i blot lovgivningspolitisk forstand⁹⁴⁾, snart som om de sigter til grundlovsbestemte kompetencer⁹⁵⁾.

I de følgende år, i hvert fald op til 1863, afgav generalprokurøren en række betænkninger i besvarelse af ministerielle forespørgsler, om lovgivningsmagtens medvirken måtte anses for fornøden til gennemførelse af en vis foranstaltning⁹⁶⁾. Man træffer i disse stadig den sam-

⁹³⁾ Se ovf. note 86.

⁹⁴⁾ Fx: »I omfattende Lovgivninger, navnlig saadanne ved hvilke vigtigere Statsinstitutioner grundlægges eller omdannes, vil det ofte være Tilfældet, at der medoptages Noget i Loven, som strengt taget ikke hører hjemme i denne, men som maatte kunne ordnes ad den administrative Vei; thi skjøndt det vistnok er det Retteste at udsondre af Loven det Stof, der ikke er nogen virkelig Lovgivningsgenstand, lader dette sig dog ikke altid gjøre paa Grund af den nøie Forbindelse, hvori disse Dele ofte staae med det egentligt legislative Stof, . . .« Ussings *Reskriptsamling* 1850, 112–113.

⁹⁵⁾ Fx: »Naar Regjeringen skulde være beføiet til paa egen Haand at ordne denne Sag, uden at forelægge den for Rigsdagen, maatte det være, fordi den henhørte under den udøvende Magt, der efter Grundloven er hos Kongen. Men, efter hvad nys er bemærket, kan dette ikke med Føie siges. Det er overhovedet en af de vanskeligste Opgaver, nøiagtigt at afstikke Grændserne imellem den udøvende og den lovgivende Magt«, *A. st.*, 113. – Der findes i betænkningen også følgende, helt urimelige betragtning: »At dette [at ændre reglerne for den lærde undervisning] da ogsaa kunde skee ad Lovgivningens Vei, kan ikke være Tvivl underkastet, og dette viser netop, at det er en Lovgivningsgenstand, og ikke nogen blot Administrationssag«, *A. st.*, 112.

⁹⁶⁾ Sådanne betænkninger findes optrykt som noter til ministerielle skrivelser i Ussings *Reskriptsamling* 1850, 110 og 350; 1851, 71 og 283; 1852, 383; 1853, 94; 1856, 103; 1857, 92; 1860, 283 og 1863, 6.

me sammenblanding af et lovgivningspolitisk og et forfatningsretligt synspunkt. Aldeles overvejende besvares de forelagte spørgsmål dog ud fra Madvigs synspunkt. Spørgsmålet er i hvilket omfang førkonstitutionelle retsregler ud fra et lovgivningspolitisk synspunkt kan vikariere for formelig lovhjemmel. Herfor er reglens principielle, samfundsmæssige betydning afgørende. Således antages det fx, at »hvor en Sag overhovedet blot angaar Forholdenes Ordning i en enkelt Kommune, kan Formodningen ikke være for, at de skulle være Gjenstand for den lovgivende Magts Virksomhed«⁹⁷). I et spørgsmål om ændring af rettergangsmaåden for Højesteret udtales det, at kgl. Resolution af 4. juli 1800 »må betragtes som et Led i den hele hos os bestående Retsforfatning, der ikke som et blot Administrationsforhold, vilkaarligen kan forandres«⁹⁸). Samme synspunkt anlægges på reglerne i D. L. 12–13 og de dertil sig sluttende senere anordninger om det gejstlige nådensår der må »anses som integrerende Dele af den om Gejstlighedens Lønning bestaaende Lovgivning, hvori Forandring kun kan foretages ad Lovgivningsveien«⁹⁹).

Det specielle synspunkt, at straffebestemmelser er af sådan vigtighed at de ikke kan udstedes administrativt, kommer til udtryk i en betænkning vedrørende forskrifter om nattesignaler for dampskibe¹⁰⁰) – og kommer iøvrigt også oftere til udtryk i administrationens praksis¹⁰¹).

I almindelighed er der altså ikke tale om noget friheds- og ejendoms-kriterium til afgrænsning af kompetencen. Kun undtagelsesvis dukker dette op. I betænkningen om skadelige næringsvirksomheders henlæggelse uden for hovedstaden siges det, at »såfremt private Personer derved bliver tilføiet et Onde, som de ikke ifølge den bestaaende Lovgivning vare pligtige at underkaste sig, vilde dette vistnok forandre Sagen«¹⁰²). Og i ovennævnte betænkning vedrørende nattesignaler for dampskibe lægges der ikke blot vægt på, at overtrædelse af dem ikke medfører straf, men også på, at heller ikke andre retsvirkninger er hjemlet¹⁰³).

⁹⁷) *A. st.*, 1851, 285.

⁹⁸) *A. st.*, 1857, 94.

⁹⁹) *A. st.*, 1863, 6.

¹⁰⁰) *A. st.*, 1853, 95.

¹⁰¹) Se således justitsministeriets skr. 8. sept. 1852 i Ussings *Reskriptsamling*. Endvidere hvad Poul Meyer anfører om markedsvæsenet, *a. st.*, 204 f. og om krænkelse af enerettighed til færgefart, 209–10.

¹⁰²) Ussings *Reskriptsamling* 1851, 285.

¹⁰³) *A. st.*, 1853, 94.

En gennemgang af det øvrige af Poul Meyer fremdragne materiale viser at der heller ikke heri er holdepunkt for hans påstand om, at den administrative praksis principielt har bygget på friheds- og ejendoms-kriteriet.

En del af dette angår bekendtgørelser til gennemførelse af afsluttede traktater¹⁰⁴). Det spørgsmål der i denne forbindelse drøftes har intet med overgangsproblemet eller kongens selvstændige anordningsret (friheds- og ejendoms-kriteriet) at gøre, men er et specifikt forfatningsretligt spørgsmål. Materialet viser tydeligt at man er gået ud fra, at de af kongen (lovligt) afsluttede traktater umiddelbart er gældende dansk ret¹⁰⁵). Dette gælder også i de tilfælde i hvilke rigsdagens samtykke er nødvendigt til traktatafslutningen, idet samtykket fortolkes som en anticiperet samtykke til gennemførelsen¹⁰⁶). Man kan næppe betegne dette som »en urigtig statsretlig opfattelse¹⁰⁷) – den er blot forskellig fra den der blev den endelige.

Hvad Meyer har fremdraget vedrørende markedsvæsenet¹⁰⁸) er blot egnet til at dokumentere det flere gange nævnte synspunkt, at førkonstitutionelle retsregler ikke kunne påberåbes som hjemmel for udstedelse af straffebestemmelser.

Det samme gælder også justitsministeriets afgørelse i spørgsmålet, om der administrativt kunne udstedes straffebestemmelser for krænkelse af eneret på færgefart. Skønt generalprokurøren havde udtalt sig til fordel herfor erklærer justitsministeren ikke at kunne være enig heri. Det siges:

»Maa det saaledes antages, at før Grundlovens Emanation en kongelig Resolution har været fornøden for at bestemme en Færgetaxts Indhold, maa det formeentlig, da Fastsættelse af Straffebestemmelser i og for sig maa siges at ligge udenfor Administrationens Virksomhed, have Formodningen for sig, at Kongen ved at sanktionere de i Taxterne indeholdte Straffebestemmelser har handlet som Lovgiver og at denne Virksomhed efter Grundloven og Forfatningsloven maa være gaaet over til den vedkommende lovgivende Myndighed. Ministeriet maa saaledes antage, at Sagen ikkun vil kunne ordnes ad Lovgivningsveien«¹⁰⁹).

¹⁰⁴) *A. st.*, 193–204.

¹⁰⁵) Spørgsmålet stilles alene på, om den ny forfatning vil gøre nogen forandring i kundtgørelsen af afsluttede traktater, se generalprokurørens betænkning i *Ussings Reskriptsamling* 1851, 71.

¹⁰⁶) *A. st.*, 72.

¹⁰⁷) Poul Meyer, *a. st.*, 215.

¹⁰⁸) *A. st.*, 204 f.

¹⁰⁹) *Ussings Reskriptsamling* 1863, 25.

Udtalelsen er interessant fordi den viser, at administrationen stadig (1863) anlægger Madvigs synspunkter: Det drejer sig om det overgangsproblem, i hvilket omfang førkonstitutionelle retsregler ud fra et lovgivningspolitisk synspunkt kan anses for sidestillet med lovregler.

9. *Om den rette lovgivningspolitiske balance mellem lovgivning og administration (Monrad).*

Forholdet mellem lovgivning og administration blev drøftet også ud fra synspunkter, der ikke havde noget med overgangen fra den førkonstitutionelle retsstilstand at gøre. På den anden side havde den diskussion, der nu skal omtales, heller intet at gøre med en begrænsning af lovgivningsorganets eksklusive kompetence og antagelsen af en selvstændig anordningsmagt for kongen, altså en principiel fortolkning af grdl. § 3¹¹⁰). Uanset at det antages, at den udøvende magt er helt underordnet og afledt i forhold til den lovgivende, således at dens område er bestemt dels ved udtrykkelige lovmyndigheder, dels ved den almindelige bemyndigelse i grdl. 1849 § 29 for kongen til at drage omsorg for lovens fuldbyrdelse¹¹¹), må det spørgsmål opstå, hvor langt eller hvor kort lovgivningen bør gå i retning af at overlade beføjelser til administrationen. Forudsætningen for, at dette spørgsmål – i modsætning til i dag – kunne blive et problem og give anledning til konflikt, var den ikke-parlamentariske styreform. Selvom det helt lå i lovgivningsmagtens hånd at bestemme administrationens myndighedsområde betød dette ikke at rigsdagen ensidigt kunne gøre dette, fordi kongen (regeringen) kunne nægte at sanktionere en lov der i for høj grad begrænsede administrationens kompetence, eller – for den sags skyld – som overlod administrationen afgørelser som denne mente rigsdagen retteligt burde tage ansvaret for.

Problemet om grænsen mellem, hvad der er et »lovgivningsanliggende« og hvad et »administrativt anliggende«, er altså også her rent lovgivningspolitisk, ikke forfatningsretligt.

Den diskussion, der her sigtes til, klarlægges på udmærket måde i et afsnit af Povl Bagges bog *Studier over D. G. Monrads Statstanker*¹¹²). Det skildres her hvorledes Monrad, både som folketingsmand og som

¹¹⁰) Og ejheller med spørgsmålet om retlige grænser for delegation af lovgivningsmagt.

¹¹¹) Jfr. ovf. s. 103, note 84.

¹¹²) (1936), 73–90.

minister, kæmpede for en harmonisk ligevægt imellem de to faktorer, lovgivningen og administrationen. Først og fremmest var han administrationens advokat. Som minister modsatte han sig gang på gang lovforslag som han betragtede som legislative »overgreb« fordi de gik for langt i enkeltheder, eller regulerede spørgsmål der burde være overladt til administrationens frie skøn. Povl Bagge nævner en lang række eksempler herpå, som det er unødvendigt her at opregne påny¹¹³). Men det hændte også at Madvig angreb et lovforslag fordi det gav regeringen for stor myndighed og skød løsningen af opgaver, som rigsdagen burde tage ansvaret for, over på regeringen¹¹⁴).

Det er indlysende, at når Monrad her taler om »overgreb« og om den rigtige balance mellem de to magters »opgaver« eller »områder«, er det et rent lovgivningspolitisk, ikke et forfatningsretligt problem, han har for øje.

Kun den hidtidige mangel på forståelse af de forskellige problemer der skjuler sig bag de upræcise »område«-udtryk kan forklare, at Povl Meyer har kunnet fremsætte (og Poul Andersen gentage) den anskuelse, at Monrad (og Madvig) har hævdet en enekompetence for administrationen på visse sagligt begrænsede områder, således altså at lovgivningsorganet for så vidt skulle være forfatningsretligt inkompetent¹¹⁵). Dette er ganske urigtigt. Den tanke, at fortolke Monrads udtalelser om legislative »overgreb« som en påstand om, at en af rigsdagen vedtaget og af kongen stadfæstet lov skulle være ugyldig, er helt fantastisk og savner ethvert holdepunkt. At kongen, når et lovforslag er udtryk for uacceptable lovgivningspolitiske principper, kan udøve sin almindelige ret til at nægte at sanktionere et lovforslag¹¹⁶), har intet at gøre med at nogen ordentlig tilbleven lov skulle være ugyldig¹¹⁷).

Selvom det her drøftede spørgsmål er forskelligt fra det under foregående nummer omhandlede overgangsproblem består der dog en vis sammenhæng mellem dem. Dersom det først ud fra overgangssyns-

¹¹³) *A. st.*, 74–84.

¹¹⁴) *A. st.*, 84–87.

¹¹⁵) Poul Meyer, *a. st.*, 182–83; Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 538 jfr. 307.

¹¹⁶) Monrad ikke blot truede med, men gjorde faktisk brug af vetomagten, se Poul Meyer, *a. st.*, 211–212.

¹¹⁷) At Madvig skulle have antaget en enekompetence støtter Meyer på en udtalelse i hans redegørelse i folkettinget 1850 (ovf. s. 106), hvori det hedder, at »det er den

punktet var antaget af regeringen og (stiltiende) godkendt af rigsdagen, at bestemte førkonstitutionelle retsbestemmelser kunne fungere som vikarierende lovhjemmel for forvaltningen, og dersom der gennem længere tid ikke fra nogen af siderne blev taget initiativ til gennemførelse af en lovgivning på området, kunne dette tages som en slags sædvanemæssig godkendelse af, at området lovgivningspolitisk hørte under administrationen, således at det ville være et »overgreb« fra rigsdagens side nu at ville underlægge sig det. Således gik det fx på undervisningsvæsenets område. Medens Madvig betonedede at det ingenlunde var hans mening at unddrage lovgivningsmagten det lærde skolevæsen, men blot at gennemføre visse i førkonstitutionelle regler hjemlede principper¹¹⁸⁾, synes Monrad derimod, 10 år senere, at betragte det som sædvanemæssigt fastlagt, at undervisningsvæsenet hører under administrationen. Da Høgsbro i folketinget 1860 krævede at rigsdagen skulle inddrage undervisningsplanen i skolerne under sin lovgivende virksomhed, protesterede Monrad skarpt mod at man således »vilkårligt« ville afstikke grænsen mellem den administrative og den lovgivende myndighed og flytte den fra det sted hvor den var sat »i det konstitutionelle Liv, som vi nu have levet i de sidste 12 Aar«¹¹⁹⁾.

En sådan udvikling er den realitet der ligger bag forestillingen om, at der er visse områder på hvilke der – i kraft af sædvanen eller som et levn fra enevælden – skulle tilkomme kongen en selvstændig anordningsret. Men om nogen sådan har der i virkeligheden aldrig været tale. De første anordninger på undervisningsvæsenets område blev gennemført ud fra overgangssynspunktet med hjemmel i førkonstitutionelle regler; og senere blev administrationens kompetence konserveret ud fra lovgivningspolitiske og sædvanemæssige synspunkter. Sålænge parlamentarismen ikke var indført kunne regeringen ved at modsætte sig en lovgivning opretholde administrationens fortsatte kompetence. Efter

lovgivende magt for en stor del selv overladt, hvor meget den her vil gribe ind« (dvs. overfor administrationens frihed). Meyer understreger ordene »for en stor del« og mener heraf at kunne slutte, at der altså er sagsområder, på hvilke lovgivningen ikke kan gribe ind. Bortset fra det metodisk urimelige i at ville drage en så vidtgående slutning fra nogle småord i et mundtligt foredrag og angående et principielt spørgsmål der ikke stod til drøftelse, er slutningen uberegtiget. Den begrænsning, ordene antyder, kan lige så vel være at lovgiveren ikke kan overlade alt til administrationen.

¹¹⁸⁾ Ovf. s. 106.

¹¹⁹⁾ Povl Bagge, *Studier over D. G. Monrads Statstanker* (1936), 88.

parlamentarismens gennemførelse tabte spørgsmålet al praktisk betydning. Lovgivningen dækkede efterhånden næsten alle områder. For så vidt endnu dele af den højere undervisning ordnes ved kongelige anordninger uden hjemmel i formelle love, er det nærmest en smags sag, om man vil forklare dette ved en retssædvane eller sige, at det er en sidste udløber af en »overgangsordning«¹²⁰).

Kun undtagelsesvis kommer hos Monrad synspunkter frem som man kunne fristes til at tolke som gående på det forfatningsretlige spørgsmål om en selvstændig anordningsmagt. Ved kgl. anordning af 2. oktober 1862 tillodes det sognebåndsløserne at lade kirkelige handlinger forrette i deres sognekirke. Dette gik ud over, hvad der var bestemt ved loven om sognebåndsløsning af 4. april 1855, og Monrad løste herved et spørgsmål der adskillige gange uden resultat havde været genstand for såvel ministerielle som private lovforslag. Anordningen blev i landstinget angrebet ud fra det synspunkt, at da spørgsmålet om sognebåndsløsning var ordnet ved lov burde yderligere regler på området kun gives ved lov¹²¹). Ud fra dette synspunkt fremsatte oppositionen forslag til en lov der skulle træde i anordningens sted. I samlingen 1862/63 blev forslaget, efter at Monrad havde truet med kongeligt veto, stemt ned med 20 stemmer mod 20¹²²). Spørgsmålet kom op igen i samlingen 1863/64, og diskussionen blev ført på et grundlag der bringer den (senere) tyske teori om en selvstændig anordningsmagt for kongen i erindring. Monrads forsvar for anordningerne var bygget på den betragtning, at anordningen, uanset at den anvender ordet »ret«, i virkeligheden ikke stifter nogen ny ret for landets borgere, men alene indeholder befalinger til embedsstanden. »Men en befaling til embedsstanden vil man dog vel ikke fordre nødvendigt skal udkomme i form af lov«¹²³). At Monrad har haft øje for sondringen mellem, om en administrativ forskrift direkte eller indirekte berører borgernes retsforhold, fremgår af følgende udtalelse:

»Naar der nu altsaa ikke stiftes en Ret, undtagen forsaavidt enhver Befaling til en Embedsmand stifter en Ret eller en Adgang til en Ret for dem, der skulde nyde Godt af den givne Instrux, saa er der ingen Anledning til, at den lovgivende Magt i Folkesamfundet skal sætte sig i Bevægelse . . .«¹²⁴).

¹²⁰) Ndf. s. 00.

¹²¹) Således fx Hasle, *Landstingstidende* 1863–64, 182, jfr. Poul Meyer, *a. st.*, 211.

¹²²) Povl Bagge, *a. st.*, 82.

¹²³) *Landstingstidende* 1863–64, 186 jfr. 187.

¹²⁴) *A. st.*, 205.

Men Monrads synspunkt blev denne gang underkendt. Et nedsat udvalg anbefalede lovforslagets vedtagelse med den begrundelse

»at de her omhandlede Bestemmelser ere af en saadan Beskaffenhed, at de naturligere ordnes ved Lov end ved kongelig Anordning, idet de ikke alene eller væsentligt kunne betragtes som en Befaling til Embedsstanden (Præster og Skolelærere), men angaae en Ret, som længe har været anfægtet og nægtet, og som nu tillægges dem, der have løst Sognebaand«¹²⁵).

Forslaget blev herefter vedtaget, men aldrig stadfæstet af kongen.

Man kunne fristes til at tyde denne debat som om den angår spørgsmålet om en selvstændig anordningsmagt for kongen bestemt ved friheds- og ejendomsriteriet, hævdet af Modrad og principielt godkendt også af landstingsudvalget. Dette ville dog næppe være rigtigt. Monrads forudsatte forfatningsretlige synspunkt behøver ikke at gå videre end til, at anordningen er en sædvanlig fuldbyrdsanordning med hjemmel i grdl. 1849 § 29 og til nærmere gennemførelse af loven af 4. april 1855 om sognebåndsløsning. Dette bestrides af oppositionen der hævder, at ministeren ikke blot har fuldbyrdet, men udbygget sognebåndsløven ved at stifte nye rettigheder for sognebåndsløserne. At det er dette glidende spørgsmål om grænserne for administrationens beføjelser ved fuldbyrdelse af love og ikke det principielle spørgsmål om en selvstændig anordningsret der er sagens kerne, stemmer også bedst med de af udvalget brugte vendinger (at disse bestemmelser »naturligere ordnes ved Lov end ved kongelig Anordning«).

10. *Sammenblanding af det forfatningsretlige og det lovgivningspolitiske problem hos Holck og Matzen.*

Den foregående undersøgelse har vist, at der ikke i det fremdragne materiale vedrørende statspraksis – sålidt som i forhandlingerne på den grundlovgivende rigsdag – er holdepunkt for den antagelse, at grdl. 1849 § 2 begrænser lovgivningsorganets eksklusive kompetence til love i materiel forstand (defineret ved friheds- og ejendomsriteriet), og således hjemler en selvstændig anordningsmagt for kongen udenfor dette område. Statspraksis i tiden efter grundlovens givelse har især beskæftiget sig med to problemer: I hvilket omfang førkonstitutionelle

¹²⁵) *Rigsdagstidende* 1863–64 tillæg B, 14. Spørgsmålet blev også drøftet i relation til grdl. 1849 § 80 (»Folkekirkens Forfatning ordnes ved Lov«), men denne side af sagen er udeladt i omtalen som irrelevant for vor problemstilling.

forskrifter kan vikariere som lovhjemmel; og hvilken myndighed der af lovgivningen *bør* overlades til administrationen. I begge henseender er *gængse* udtryk som »anliggender der efter deres natur hører under lovgivningen, respektive administrationen«, »området« for de to statsmagter, o. lign., taget i lovgivningspolitisk, ikke forfatningsretlig forstand. Man har sigtet til hvorledes funktionerne ud fra sunde statspolitiske principper burde fordeles mellem de to faktorer, ikke til forfatningsretlige kompetencepørgsmål. Teorien om, at grdl. 1849 og 1866 § 2 begrænser lovgivningsorganets eksklusive kompetence og hjemler kongen en selvstændig anordningsmagt, er et kunstprodukt fabrikeret af teorien efter tysk forbillede.

Men det er ikke rigtigt når det læres at denne teori er godkendt allerede af de ældre forfattere, Holck og Matzen¹²⁶). Fremstillingen hos disse forfattere bliver først forståelig når den læses ud fra den forudsætning at den angår det lovgivningspolitiske problem. Den hidtidige mistolkning af dem skyldes at de – lige så lidt som andre – har gjort sig klart hvilket af de tre mulige problemer (se ovf. s. 90) de har for øje når de drøfter, hvad der »henhører« under henholdsvis lovgivning og forvaltning.

Først Holck. Han begynder med at sige, at grænsen mellem lovgivning og administration må bestemmes først ved positive bestemmelser i lov og grundlov, i mangel heraf ud fra »sagens natur«. Efter at have gennemgået en række positive bestemmelser formuleres det almindelige princip ud fra »sagens natur« således:

»Hvad de administrative Forhold i Øvrigt angaaer, synes i Mangel af udtrykkelige Bestemmelser i Grundloven, s. Grl. §§ 13, 17, Hovedreglen at maatte være den, at de almindelige Principer for Administrationens Førelse, og de Bestemmelser for Udførelsen, som væsentlig betinge Principernes Gjennemførelse, at maatte henhøre under Lovgivningsmagten, hvorimod den nærmere Udførelse i Detaillen tilkommer Administrationen«¹²⁷).

Det er klart, at denne regel, hvis formulering synes overtaget ordret fra Madvigs redegørelse i folketinget 1850 (ovf. s. 106), angår det lovgivningspolitiske problem. Men dette sammenblandes hos Holck med en fortolkning af grdl. § 2 og en definition af begrebet lov i materiel forstand¹²⁸).

¹²⁶) Således Poul Meyer, *a. st.*, 182.

¹²⁷) Carl Georg Holck, *Den danske Statsforfatningsret* (1869), bd. I, 188.

¹²⁸) *A. st.*, 183–184.

På lignende måde hos Matzen. Allerede problemstillingen røber sammenblandingen. Spørgsmålet er, siges det, »hvilke Bestemmelser, der blive at give af den lovgivende Magt, og hvilke der kunne og bør træffes af de andre Statsmagter«¹²⁹). Herved peges på en gang på et forfatningsretligt kompetenceproblem og på et politisk hensigtsmæssighedsproblem.

Under lovgivningen falder ifølge Matzen først og fremmest »alle egentlige Retsforskrifter«. Uanset overensstemmelsen i ordlyd med Labands teori, er der langt fra nogen identitet. Som retsforskrifter anser Matzen nemlig ikke blot de der angår borgernes retsforhold (i modsætning til de »interne« forskrifter, ovf. s. 78), men også: »alle offentligretlige Forskrifter, som ordne Statens eller et andet politisk Samfunds Herredømmes Indehavelse, Udøvelse, Område m. v.«¹³⁰).

I en meget detaljeret fremstilling gennemgår Matzen så at sige alle retsområder for nærmere at bestemme grænsen mellem lovgivning og administration. Lige som hos Holck sammenblandes positive kompetenceforskrifter med lovgivningspolitiske synspunkter. I hovedsagen er det en oversigt over hvilke spørgsmål der faktisk er ordnet ved lov og hvilke administrativt, tilføjet nogle kritiske bemærkninger ud fra lovgivningspolitiske synspunkter. Når det fx siges, at »Lov 18. Marts 1871 overskrider den naturlige Grænse for Lovgivningsmagtens Omraade, naar den giver Regler angaaende Myndigheders indbyrdes Kompetence, som passende kunde og burde gives ad administrativ Vej«¹³¹), er det klart, at den »naturlige grænse«, der her er tale om, må være af lovgivningspolitisk, ikke forfatningsretlig art. Det er Monrads problemstilling der systematiseres hos Matzen¹³²), men den sammenblandes med en fortolkning af grdl. 1866 § 2 og en bestemmelse af begrebet lov i materiel forstand¹³³).

Det er først hos Knud Berlin man finder en fremstilling nøje i overensstemmelse med Labands mønster¹³⁴).

¹²⁹) H. Matzen, *Den danske Statsforfatningsret*, 3. del (3. udg. 1899), 3. Måske er uklarheden efterhånden begyndt at dæmre for forf. I 4. udg. 1909 er ordene »og hvilke der kunne og bør træffes af de andre Statsmagter« udeladt.

¹³⁰) *A. st.*, 8.

¹³¹) *A. st.*, 24 (4. udg., 21).

¹³²) Det må erindres, at Matzen skrev før parlamentarismens gennembrud.

¹³³) *A. st.*, 5.

¹³⁴) Knud Berlin, *Den danske Statsforfatningsret*, 2. del (2. udg. 1939), 7 f. jfr. 195 f.

11. *Ernst Andersens prerogativteori er ikke egnet til at forklare praksis.*

Undersøgelsen har vist at såvel Poul Meyers som Ernst Andersens tydning af den statslige praksis er uholdbar, men at Ernst Andersen dog er den der er kommet sandheden nærmest.

Ernst Andersen har ret i, at friheds- og ejendomskriteriet faktisk ikke har spillet nogen (nævneværdig) rolle i forfatningslivet. Alle Poul Meyers forsøg på at godtgøre det modsatte har vist sig at være mistydninger.

Svagheden i Ernst Andersens prerogativteori ligger deri, at den ingenting forklarer.

»Vi mener [siger denne forf.] efter det anførte at have paavist, at Prærogativanordningsmyndigheden er en Fortsættelse af en Myndighed, som er udøvet under Enevælden, og at dens Begrundelse må findes heri . . . Forholdet er dette, at Forvaltningen paa disse Omraader har ment at kunne ordne Anliggenderne ved Anordning som en Fortsættelse af den før 1849 udfoldede Virksomhed«¹³⁵).

Men, må man spørge, på hvilke områder anså administrationen sig for berettiget til at fortsætte som forud og med hvilken begrundelse netop på disse områder fremfor andre? Under enevælden havde administrationen jo på alle områder kunnet udstede »retsfor skrifter«. På disse spørgsmål giver teorien intet svar. Svaret er, som det vil fremgå af udviklingen under punkt 8, at administrationen anså sig for berettiget til at »fortsætte som forud«, for så vidt førkonstitutionelle for skrifter ud fra en lovgivningspolitisk vurdering kunne vikariere som lovhjemmel.

Dette har intet med den engelske prerogativlære at gøre. Dette fremgår også deraf, at den engelske krones prerogativer – i overensstemmelse med Ernst Andersens egen fremstilling¹³⁶) – betyder de beføjelser som fra gammel tid tilkommer kongen i kraft af hans stilling og følgelig ikke støttes på en parlamentslov. Prærogativernes retsgrundlag er sædvaneretten. Her dukker altså netop det sædvanerets synspunkt op, som Ernst Andersen med rette siger vel kan påberåbes nu, men ikke ved forfatningsudviklingens begyndelse¹³⁷).

¹³⁵) Ernst Andersen, *Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen* (1940), 54–55.

¹³⁶) *A. st.*, 22 f., 29.

¹³⁷) *A. st.*, 55.

12. *Få og fragmentariske bemærkninger om teorien i nogle fremmede lande.*

Nærværende afhandling er et studie i dansk forfatningshistorie og har ikke retssammenlignende sigte. Til afslutning skal der dog gøres nogle få og højst fragmentariske bemærkninger om nyere teoris stilling til det omhandlede problem i nogle enkelte fremmede lande.

Den *svenske regeringsform af 1809* hviler – i lighed med de tyske stænderforfatninger – på en forudsætning om kongen som indehaver af den hele og udelte statsmagt, der udøves af ham med de begrænsninger der angives i regeringsformen. Den almindelige regel i RF § 4, hvorefter kongen, og han alene, skal »styra riket«, må – ifølge Nils Herlitz – »läsas så att det tillkommer Konungen att vidtaga alla åtgärder, av vad slag det vara må, som icke i kraft av andra grundlagsbud äro förbjudna och vilkas vidtagande ej i kraft av grundlagsbud är förbehållet andra organ eller beroende av deras medverkan. Så tolkad blir regeln om Konungens styrande makt regeringsformens huvudregel, ett reservstadgande som skall tillämpas, när icke annat framgår av andra grundlagsbud«¹³⁸).

Dette skulle afgive den bedste ideologiske baggrund for en lære som Labands. Alligevel synes en sådan aldrig at have spillet nogen rolle i svensk forfatningsteori eller statspraksis. Dette hænger sammen med, at regeringsformen – i modsætning til de nyere demokratiske forfatninger – ikke indeholder nogen almindelig regel om, hvilket organ der er i besiddelse af »den lovgivende magt«, men opererer med en flerhed af forskellige lovgivningsprocedurer med hver sin specielt angivne materielle kompetence¹³⁹). Efter RF § 87 har rigsdagen sammen med kongen magt til at »stifta almän civil- och kriminallag«, medens kongen på egen hånd ifølge RF § 4, jfr. § 89, kan lovgive i anliggender der vedrører »rikets almänna hushållning«, den såkaldte økonomiske lovgivning der i hovedsagen svarer til nutidens forvaltningsret. Grænsen er altså draget efter et sagligt kriterium der intet har med friheds- og ejendoms-kriteriet at gøre, jfr. denne udtalelse af

¹³⁸) *Svenska statsrättens grunder* (2. udg. 1956), 26–27. Herlitz henviser i en note til, at Malmgren og Lagerroth er af samme opfattelse.

¹³⁹) Nils Herlitz, *a. st.*, 103–104; Robert Malmgren, *Sveriges författning*, bd. II (1941), 35–37.

Herlitz: »Regeringsformen står med andra ord egentligen främmande för den i nutida förfatningar som grundväsentlig uppfattade principen, att ingrepp i frihet och egendom endast få ske med stöd i en av folkrepresentationen godkänd regel«. Ganske vist har der, som Herlitz derefter skildrer, i praksis fundet en forskydning sted til udvidelse af rigsdagens kompetencesfære, men dette er sket såvel indenfor som udenfor »indgrebenes« område. Selv om der nok efterhånden har dannet sig den opfattelse at rigsdagens medvirken kræves til væsentlige indgreb i frihed og ejendom, er der dog ingen der tænker sig at ethvert indgreb skulle have denne hjemmel. Kriteriet tillægges altså ikke principiel forfatningsretlig betydning men har karakter af en lovgivningspolitisk maxime¹⁴⁰). En begrænsning af lovgivningsmagtens kompetence antages alene at ligge deri, at lov i materiel forstand betyder »en regel eller ett komplex av regler för mänskligt handlande, ett generellt formulerat handlingsdirektiv till skillnad från det för ett konkret fal avsedda beslutet eller utslaget«¹⁴¹). Den tanke, at »interne« forvaltningsforskrifter ikke skulle være egentlige retsforskrifter (love i materiel forstand) tilbagevises udtrykkeligt af Malmgren¹⁴²).

I Norge er forholdet det omvendte. Den *norske grundlov* af 1814 hørte til sin tids mest demokratiske. Kongens stilling er svagere end i de fleste andre konstitutionelle forfatninger. Kongen har kun suspensivt veto overfor stortingets lovbeslutninger (grdl. § 79) og til grundlovsændringer udkræves hans samtykke overhovedet ikke (grdl. § 112). Men i teorien finder vi en fuldt udviklet lære som Labands¹⁴³) om lov i materiel forstand til begrænsning af lovgivningsmagtens eksklusive kompetence.

Lov i materiel forstand, siger Castberg, er den generelle forskrift (norm), der er bindende for private individer, og i denne forstand må ordet forstås i den norske grundlovs § 75 a, hvor det siges, at det tilkommer stortinget »at give og ophæve love«. Betydningen heraf er, at materiel lov, altså bestemmelser, der griber ind i private individers retsforhold, kun kan træffes i formel lovs form, eller i henhold til formel lov, i alle tilfælde da ikke det modsatte følge af særlige be-

¹⁴⁰) Nils Herlitz, *Nordisk offentlig rätt* II (1958), 104 f. jfr. 158.

¹⁴¹) Robert Malmgren, *a. st.*, 34.

¹⁴²) *A. st.*, 74 noten.

¹⁴³) Se Frede Castberg, *Norges Statsforfatning* Bd. II (2. udg. 1947), 7 f. Castberg afviger dog fra Laband deri, at han vil indskrænke begrebet »materiel lov« til kun at omfatte beslutninger af generelt indhold. *A. st.*, 11.

stemmelser i grundloven. Denne regel siges at være en sikker retsætning, der hviler på sikker praksis i lovgivning, forvaltning og retspleje¹⁴⁴).

Ligesom anført i anden sammenhæng (ovf. s. 87) må hertil bemærkes, at sætningen vel ikke er urigtig, men misvisende. Den indicerer modsætningsvis at forvaltningens lovfælgende er begrænset til indgreb i borgernes retssfære. Hvis den ikke er det, er det meningsløst at opstille sætningen. Det logiske modstykke til læren om lov i materiel forstand, det der giver den dens mening og eksistensberettigelse, er antagelsen af en med lovgivningen konkurrerende, selvstændig anordningsmagt for kongen når det ikke drejer sig om indgreb i private individers retssfære.

Vi har set (ovf. s. 81), at teoriens rækkevidde ganske afhænger af hvorledes friheds- og ejendoms-kriteriet nærmere defineres. Hvornår afføder en forskrift, der henvender sig til forvaltningsorganerne, direkte eller indirekte retsvirkninger for de private? Herom hører man intet hos Castberg, hvilket kan forekomme mærkeligt i betragtning af at det drejer sig om en så fundamental regel, afgørende for de øverste statsorganers kompetence.

Kongens selvstændige anordningsmagt synes overhovedet ikke for Castberg at være et emne af synderlig vigtighed. Da han på en enkelt side ganske kort nævner de tilfælde, i hvilke kongen kan handle »uden nogen spesiell hjemmel i en rettsregel« (formel lov eller sædvaneret), anføres: (1) at kongen kan indgå privatretlige aftaler på statens vegne; (2) fastsætte tariffer fx for personbefordring på statens jernbaner m. v.; (3) slutte folkeretlige aftaler; og (4) instruere de underordnede forvaltningsorganer¹⁴⁵). Af disse fire grupper falder (1) og (3) udenfor vor problemstilling, de drejer sig ikke om anordninger. Tilbage bliver kun (2) anstaltsanordningerne og (4) tjenesteinstrukserne. Dette beskedne resultat kan nås enklere og bedre gennem en grundlovstolkning, der ikke opererer med begrebet »materiel lov« og som er bedre i overensstemmelse med demokratisk ideologi (jfr. ovf. s. 87–88).

Også i *forbundsrepublikken Tyskland* lever teorien, støttet til Labands autoritet og traditionen, videre¹⁴⁶). Men allerede i Weimarforfatningens Tyskland mistede læren på grund af indførelsen af den

¹⁴⁴) *A. st.*, 10 og 12–13.

¹⁴⁵) *A. st.*, 77–78.

¹⁴⁶) Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht* (3. Aufl. 1954), 150–151.

parlamentariske styreform al praktisk-politisk betydning¹⁴⁷). Regeringens selvstændige anordningsmagt antages traditionelt at omfatte (1) de organisatoriske anordninger; (2) anstaltsanordningerne og (3) tjenesteinstrukserne¹⁴⁸).

Selvom Labands teori også vandt tilhængere i *Frankrig*¹⁴⁹), er den nu vistnok forladt. Allerede R. Carré de Malberg bekæmpede den og påviste, at en sondring mellem lov i formel og materiel forstand er uden hjemmel i forfatningen af 1875 og i strid med traditionel fransk opfattelse siden revolutionstiden¹⁵⁰). Selv en forfatter som Duguit, der forsvarer en funktionel sondring mellem lov i formel og materiel forstand, indrømmer at det er umuligt på grund af en sondring mellem »matières législatives« og »matières dites réglementaires« at opstille en autonom »pouvoir réglementaire«. De franske forfatninger siden 1791 har tillagt lovgiveren eksklusiv kompetence til at udstede almindelige forskrifter (ved lov eller i henhold til lov) og fuldstændig underordnet Præsidentens pouvoir réglementaire under lovene. Det er først lidt efter lidt der under tryk af praktiske behov er skudt en breche i dette princip. I kraft af sædvanen har der fæstnet sig en magt til at udstede autonome anordninger på to områder: *réglements organisant des services public* og *réglements relatifs à la police*¹⁵¹). Forf. 1875 art. 1 må fortolkes rent formelt. Den definerer lovgivningsorganet og bestemmer at enhver disposition vedtaget af de to kamre har karakter af en formel lov¹⁵²). I fremstillingerne af den fjerde republiks forfatning forekommer distinktionen mellem lov i formel og i materiel forstand overhovedet ikke. Art. 13 (»L'Assemblée nationale vote seule la loi«) fortolkes i overensstemmelse med den klassiske tradition fra revolutionstiden rent formelt. Lovgiverens kompetence er ubegrænset (indenfor forfatningens rammer)¹⁵³). I overensstemmelse med tradi-

¹⁴⁷) Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen* (1929), 408–410.

¹⁴⁸) Se fx Julius Hatschek, *Deutsches und Preussisches Staatsrecht* bd. II (1923), 129, jfr. ovf. s. 44–46.

¹⁴⁹) R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'état* bd. I (1920), 308, 561.

¹⁵⁰) *A. st.*, 314–317.

¹⁵¹) Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel* (2. ed.) II (1923), 182 f.; IV (1924), 661 f., 714 f.

¹⁵²) *Op. cit.*, IV (1924), 756–757.

¹⁵³) Se fx Marcel Prélôt, *Institutions politiques et droit constitutionnel* (1957), 414–415 i udtrykkelig tilslutning til Carré de Malberg; Guy Debeyre, *Le droit public des français* (1956), 127–28.

tionen antages det at præsidentens »pouvoir réglementaire« indbefatter også magt til at udstede visse selvstændige anordninger (*réglements autonomes*), nemlig *réglements interne des services public* og *réglement en matière de police*¹⁵⁴).

I *belgisk* statsret forekommer, så vidt jeg kan forstå, teorien ikke. Det er omstridt hvorvidt der tilkommer kongen en selvstændig magt til at udstede politianordninger. Forsåvidt en sådan antages begrundes den i en fortolkning af forfatningens art. 67 der pålægger kongen at drage omsorg for lovenes fuldbyrdelse. »Le maintien de l'ordre public n'est-il pas la première condition de cette application?«¹⁵⁵).

I den *østrigske forbundsforfatning* af 1920 var det i art. 18 stk. 1, antagelig under Kelsens indflydelse, fastslået, at »die gesammte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden«. Hermed var enhver selvstændig anordningsret udelukket¹⁵⁶).

I sin fremstilling af *Hollands* forfatningsret hævder P. J. Oud, at begrebet »den lovgivende magt« i Hollands grundlov må forstås i formel forstand. Den absolutte fyrstemagt har siden Philip II's dage været ukendt i Holland. Spørgsmålet om den lovgivende og udøvende magts kompetence kan ikke besvares ud fra begrebet »materiel lov«, men kun på historisk grundlag¹⁵⁷).

13. *Resumé.*

Afhandlingens hovedtanker kan resumeres således.

Den går ud på at vise, at den traditionelle fortolkning af grdl. 1953 § 3 (grdl. 1849 § 2), hvorefter udtrykket »den lovgivende magt« antages at sigte til et begreb om lov i materiel forstand bestemmende for lovgivningsorganets eksklusive kompetence,

1) udspringer af en politisk ideologi karakteristisk for de typisk konstitutionelt-monarkiske forfatninger fra det 19. årh.'s første halvdel, men forskellig fra moderne demokratisk ideologi; og

¹⁵⁴) Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel* (2. ed. 1947), 1077–1078, jfr. R. Bonnard, *Précis de droit administratif* (1935), 254.

¹⁵⁵) V. Boon, *Het belgisch staatsrecht*. Boek I (1948), 222, og Pierre Wigny, *Droit constitutionnel*, II (1952), 621–22.

¹⁵⁶) Dog hjemlede art. 18 stk. 2–5 regeringen en »Notverordnungsrecht« og ved forbundsforfatningslov af 7. december 1929 blev der tilstået alle politimyndigheder en magt til at udstede anordninger uden særlig bemyndigelse i lov, se Hans Kelsen, *Die Verfassung Österreichs*, Jahrbuch des öff. Rechts bd. 18 (1930), 130 f., 141–143.

¹⁵⁷) P. J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Deel II (1947), 99–101.

2) ikke er i stand til at give en tilfredsstillende forklaring af de såkaldte anstaltsanordninger og tjenesteinstrukserne.

Det hævdes, at i overensstemmelse med demokratisk ideologi må grdl. § 3 fortolkes således at udtrykket »den lovgivende magt« betyder »den almindelige, grundlovsumiddelbare retsanordnende magt«. Det er herved forudsat at »den udøvende magt« er absolut underordnet og afledt i forhold til »den lovgivende magt«. Der bliver således ikke tale om nogen kompetencefordeling og kompetenceafgrænsning i forholdet mellem lovgivningsorganet og kongen.

Efter at have redegjort for friheds- og ejendoms-kriteriets oprindelse skildres Labands teori og dens politiske tendens.

Afhandlingens tyngdepunkt ligger i påvisningen af, at der hverken i forhandlingerne på den grundlovgivende rigsdag eller i den ældre danske statspraksis er holdepunkt for den bestridte fortolkning. Den ældre praksis er blevet mistydet fordi man ikke har forstået at diskussionen har drejet sig om en lovgivningspolitisk afgrænsning af de to statsmagters opgaver, ikke en forfatningsretlig afgrænsning af deres kompetencer.

OM SÅKALDT DELEGATION AF LOVGIVNINGSMAGT

1. *Parlamentarismens gennemgrund og udviklingen fra liberalisme til tjenestestat har medført en forskydning i problemet om forholdet mellem den lovgivende og den udøvende magt.*

I det konstitutionelle monarki – forstået som de typiske mellemformer mellem enevælde og moderne demokrati repræsenteret ved Ludvig d. XVIII's konstitutionelle Charte 1814 og de tyske stænderforfatninger fra det 19. århundredes første halvdel – stod den folkevalgte forsamling og kongemagten (regeringen) overfor hinanden som uafhængige og konkurrerende magtfaktorer, repræsenterende henholdsvis forfatningens demokratiske og monarkiske princip¹). Kongemagtens uafhængighed ytrede sig især på to punkter. Først deri at kongen frit vælger sine ministre uden at være bundet af partikonstellationen i parlamentet, og således at ministrene enten slet ikke eller kun på højst ufuldstændig vis er ansvarlige overfor parlamentet. Og dernæst i kongens selvstændige anordningsmagt. Denne har sin hjemmel i den grundsætning at kongen i sig forener alle statsmagtens beføjelser som han udøver i overensstemmelse med den af ham givne forfatning²). Enhver magtbeføjelse der ikke ved forfatningen er tildelt andre tilkommer altså kongen. Hvad nu lovgivning angår kræves folkerepræsentationens medvirken i almindelighed kun til sådanne nye love der angår undersåtternes frihed eller ejendom. Forskrifter der umiddelbart retter sig til forvaltningen kan kongen – medmindre forfatningen i enkelte tilfælde udtrykkeligt foreskriver lovgivningens form – derimod give på egen hånd under navn af anordninger. Den selvstændige anordningsmagt er altså i virkeligheden udtryk for en opdeling af den

¹) Jfr. Alf Ross, *Hvorfor Demokrati?* (1946), 86 f.; *Theorie der Rechtsquellen* (1929), 400 f.

²) Denne grundsætning var hjemlet i forfatningen, jfr. ovf. s. 75 note 8.

lovgivende magt. For en del er denne forbeholdt kongen på egen hånd, for en del udøves den af kongen og folkerepræsentationen i forening.

Ud fra disse forudsætninger måtte spørgsmålet om forholdet mellem den lovgivende og den udøvende magt fremstå som et spørgsmål om den rette afgrænsning af to konkurrerende kompetencer. Opgaven var gennem en nærmere definition af friheds- og ejendoms-kriteriet at bestemme hvad der hørte under lovgivningsorganets eksklusive kompetence i den forstand, at sådanne anliggender ikke kunne ordnes af kongen *på egen hånd*, men kun ved folkerepræsentationens mellemkomst, dvs. *ved lov* eller i *henhold til lov*. Derimod var spørgsmålet om, i hvilket omfang et lovgivningsanliggende i denne forstand kunne ordnes ved anordning i *henhold til lov*, altså ved delegation, ikke noget praktisk betydningsfuldt problem. Der var ingen fare for, at folkerepræsentationen skulle delegere for stor magt til sin politiske konkurrent, kongen.

Når man talte om »lovgivningsanliggender« eller »lovgivningsmagtens eksklusive kompetence« (bestemt ved friheds- og ejendoms-kriteriet eller begrebet lov i materiel forstand) var det altså forholdet til kongens selvstændige anordningsmagt, ikke delegationsproblemet, man havde for øje.

Efter indførelsen af det parlamentariske regeringssystem, altså i de moderne europæiske, demokratiske forfatninger, har problemstillingen ganske skiftet karakter. Da der ikke består noget modsætningsforhold mellem folkerepræsentation og regering har spørgsmålet om en selvstændig anordningsmagt for kongen tabt enhver politisk betydning. For så vidt den gamle konstruktion af lovgivningskompetencen som bestemt ved lov i materiel forstand stadig i kraft af traditionen oprettholdes i tysk og dansk-norsk teori benyttes den kun til begrundelse af en selvstændig magt for kongen til at udstede anstaltsanordninger og tjenesteinstrukser – foreteelser der ikke frembyder politiske problemer og enklere og bedre forklares på anden måde.

Derimod har den parlamentariske styreform i forbindelse med udviklingen fra liberalisme til moderne tjenestestat (velfærdsstat) bragt det andet problem, delegationsproblemet, i forgrunden. Det er en universel foreteelse i alle moderne demokratier at parlamenterne, og det ikke blot i krigs- og krisetider, i vid udstrækning overlader det til den udøvende magt ad anordningsvejen – altså i henhold til lov – at udforme retsreglerne. Man taler om delegation af lovgivningsmagt.

Når man ud fra disse forudsætninger drøfter forholdet mellem lov-

givende og udøvende magt og afgrænsningen af lovgivningsorganets eksklusive kompetence, er det altså ikke omfanget af kongens selvstændige anordningsmagt man har for øje, ikke spørgsmålet om, hvilke anliggender der kun kan ordnes ved lovgivningens mellemkomst (ved lov eller i henhold til lov) – for det gælder nu principielt alle anliggender – men spørgsmålet, hvilke anliggender der ikke *kan* eller *bør* ordnes ved delegation, altså administrativt i henhold til lov. Det er dels et forfatningsretligt spørgsmål om grundlovsbestemte grænser for delegationen; dels et lovgivningspolitisk spørgsmål om fordele og ulemper ved denne fremgangsmåde. I England, hvor forfatningen ikke sætter nogen skranke for parlamentets magt, har problemet udelukkende den sidstnævnte karakter.

2. *Delegationspraksis, især i Frankrig og England.*

Jeg ser det ikke som min opgave i denne afhandling, der alene sigter til at afklare visse principielle begreber og problemer i delegationsdiskussionen, at give en skildring af den lovgivningspraksis der er diskussionens genstand. Fænomenet er velkendt og ofte indgående skildret. Af hensyn til forståelsen af den efterfølgende analyse af problemerne skal jeg dog kort antyde hvad det drejer sig om.

Det har vel altid i højere organiserede samfund været således at lovgivningen – ordet taget i vid forstand som omfattende al anordning af retsregler – er foregået gennem flere trin. Al højere organisation forudsætter en arbejdsdeling mellem central ledelse og mere eller mindre saglig specialiseret og lokalt decentraliseret udførelse. Det tilkommer ledelsen at fastlægge principper og retningslinier, de udførende organer at udforme disse i enkeltheder og tilpasse dem til varierende lokale og saglige forhold. Hvor meget eller hvor lidt der overlades til de udførende organer vil variere med omstændighederne, men det er utænkeligt at et centralorgan, uden at overlade noget til underordnede trin, skulle kunne gennemføre en lovgivning ud til de sidste enkeltheder.

Har en vis »overladelse« (delegation) altid været uundgåelig, er det på den anden side lige så klart at den udvikling, der i det sidste hundrede år har fundet sted fra *laissez-faire* – til tjenestestat, har nødvendiggjort en kolossal udvidelse af den magt der overlades administrationen.

Det er en banalitet at fremhæve den forandring der indenfor dette tidsspand har fundet sted i statsforretningernes omfang og karakter. For hundrede år siden, i natvægterstaten, var statens opgave i hoved-

sagen regulerende og værnende, en ramme og et fundament for den aktivitet der blev udfoldet på initiativ af det enkelte individ. At opretholde lov og orden indadtil og statens integritet udadtil blev anset for dens væsentligste opgaver. På det økonomiske område var dens mission at beskytte ejendomsretten, sikre de private aftalers frihed og kraft, og opkræve skatter. Når dertil føjes en begrænset forsorg for de fattige, omsorg for undervisning, samfærdsel, pengevæsen, og enkelte andre sociale formål, er det meste sagt. Staten, kan man sige, optrådte i det væsentlige som soldat, politibetjent og dommer.

Ud fra disse forudsætninger var det muligt at drage ret snævre grænser for administrationens anordningsmagt i overensstemmelse med det lovgivningspolitiske princip at det påhviler lovgivningsmagten at fastlægge principper og retningslinier, administrationen at sørge for den tekniske og lokale gennemførelse. Her i landet var forholdet mellem lovgivning og administration i de første årtier efter grundlovens givelse ofte genstand for principiel drøftelse ud fra lovgivningspolitiske synspunkter. For så vidt der blev rettet kritik mod lovgivningsorganet gik denne oftere ud på, at rigsdagen var tilbøjelig til at gøre lovene for detaljerede og derved i for høj grad begrænse administrationens frihed, end på det modsatte.

Helt anderledes i det 20. århundredes sociale tjenestestat. For så vidt det økonomiske liv ikke direkte er socialiseret, overvåges, reguleres og dirigeres det af staten gennem pris- og produktionskontrol, kontrol med udenrigshandelen, valutaforanstaltninger, finansiering af byggeri, kredit- og finanspolitik osv. osv. De sociale forsorgsforanstaltninger har antaget et vældigt omfang og omfatter efterhånden den hele befolkning. Statsmaskineriet er blevet en jätteorganisation der omfatter snart alle sider af livet og hvis funktionærstab udgør en god del af befolkningen. En stat af denne type kan ikke styres på samme måde som den liberale stat. Forholdet mellem lovgivning og administration må nødvendigvis forme sig radikalt anderledes. En magtforskydning til fordel for administrationen er uundgåelig. Det er umuligt for lovgivningen fra sit høje stade effektivt at dirigere dette kæmpemaskineri. Det konstruktive initiativ må for en betydelig del forlægges fra parlamentet til regeringskontorerne og en række halvautonome direktorater, kommissioner og nævn. Retligt tager dette sig udtryk i talrige mere eller mindre omfattende bemyndigelses- eller fuldmagtslove. Delegationen af lovgivningsmagten (som man siger) tager et omfang der ganske bryder med de klassiske lovgivningspolitiske principper og som nødvendigvis må rejse

en række politiske og forfatningsretlige problemer. Det ville være for optimistisk at tro at denne udvikling kun er et forbigående krigs- og krisefænomen. Alt tyder på at tilstanden vil blive kronisk. Hvad enten man synes om denne udvikling eller ej må man indstille sig på at møde dens problemer.

De grunde der har ført til den udstrakte delegation af lovgivningsmagt kan i overensstemmelse med den engelske Donoughmore Komité's betænkning³⁾ resumeres således:

1. *Tidsnød.* Presset på parlamentets tid er stort. Parlamentet vil se det som sin opgave i første række at koncentrere sig om den storpolitiske debat og principielle lovgivningsproblemer. For at få tid hertil er det nødvendigt i videst mulig udstrækning at skyde underordnede problemer fra sig.

2. *Stoffets tekniske karakter.* Bortset fra de brede grundlæggende principper er moderne lovgivning ofte af en kompliceret teknisk karakter der ikke effektivt kan diskuteres for et forum af politikere.

3. *Uforudsete omstændigheder.* Når et omfattende reformprojekt skal sættes i værk er det umuligt at forudse alle omstændigheder og varierende lokale forhold og udarbejde det administrative maskineri i alle enkeltheder under hensyn hertil.

4. *Smidighed.* Delegationsmetoden muliggør en hurtig og smidig tilpasning til ny omstændigheder og ny teknisk udvikling uden at det er nødvendigt stadig at sætte lovgivningsapparatet i funktion.

5. *Eksperimentering.* Metoden muliggør også en eksperimentering og udnyttelse af indvundne erfaringer der kun vanskeligt ville lade sig gennemføre ad lovgivningsvejen.

6. *Nødsituationer.* I ekstraordinære situationer i hvilke den nationale interesse kræver hurtig og effektiv handling vil det være påkrævet at udruste regeringen med ekstraordinære magtbeføjelser.

Disse grunde er betinget af omstændigheder der må anses for typiske og permanente i det moderne samfund. Dertil kan føjes at i visse

³⁾ *Report of the Committee on Minister's Powers* (Cmd. 4060, 1932), 51 f., jfr. ndf. s. 132.

lande har ekstrem anvendelse af delegationsmetoden været en følge af politisk opløsning og sammenbrud af parlamentets funktion. Et evneløst parlament, opsplittet i et stort antal stridende fraktioner, har set det som den sidste udvej, om en afgørelse overhovedet skulle træffes, at delegere magten til regeringen.

Det er velkendt hvorledes fuldmagtslove og regeringsdekreter med lovkraft, såvel i det endnu parlamentariske Italien som i Weimarrepublikkens Tyskland, i vidt omfang havde erstattet den ordinære lovgivning, og at fuldmagtsloven begge steder blev anvendt som den formelle vej til legalisering af diktaturet. Det drejer sig imidlertid her om stater i hvilke demokratiet aldrig havde nået at slå rod i folket og fæstne sig som en tradition. Det vil have større interesse at se hvorledes delegationssystemet har udviklet sig i lande med gammel demokratisk kultur.

I *Frankrig* kom bemyndigelseslovene til at spille en betydningsfuld rolle under den første verdenskrig⁴). Men selvom disse love måtte forstås således at de gav regeringen ret til at udstede anordninger med derogatorisk kraft (dvs. anordninger der kan ændre eller ophæve bestående love), var der kun tale om en begrænset delegation til bestemt angivne formåls fremme, ikke om blanke fuldmagtslove. Efter krigen forekom under krisen i 1926 et isoleret tilfælde af en egentlig fuldmagtslov, men det var først i tiden 1934–40 denne metode blev sat i system. Parlamentet renoncerede periodisk på sin lovgivningsmagt. I hvert af disse år (med undtagelse af 1936) blev en eller flere fuldmagtslove vedtaget der gav regeringen en praktisk taget ubegrænset myndighed til at regere ved hjælp af *décret-lois*, anordninger med lovkraft. Sit foreløbige højdepunkt nåede denne udvikling med loven af 10. juli 1940 ved hvilken selve den forfatningsgivende myndighed blev overdraget til Marskal Pétain personlig. *Décret-lois* systemet sluttede logisk i anerkendelse af *décret-constituant*⁵). Som bekendt måtte man i 1958 ved magtoverdragelsen til de Gaulle påny gribe til denne metode⁶).

⁴) Se Herbert Tingsten, *Konstitutionella fullmaktslagar i modern parlamentarism* (1926), 53 f.

⁵) Se Marcel Prélot, *Institutions politiques et droit constitutionnel* (1957) II, 212–214.

⁶) Ved lov af 3. juni 1958 indførtes – i modifikation af forfatningens art. 90 – en ny procedure til forfatningsændring i den foreliggende situation: regeringen bemyndigedes til at udarbejde et forfatningsforslag baseret på visse i loven angivne fundamentale principper og – efter indhentet råd fra en særlig komité og fra Conseil d'Etat – at forelægge forslaget for nationen til godkendelse ved folkeafstemning. Ved en anden lov af samme dato gaves der regeringen udstrakte fuldmagter, se ndf. s. 131–32.

Den vidtgående delegation af lovgivningsmagt kom i Frankrig til at stå som symbol på den tredje republiks forfald og undergang. Under indtryk heraf blev der i restaurationsforfatningen af 1946 indført et kategorisk forbud mod delegation. Det siges i art. 13: »L'Assemblée nationale vote seule la loi. Elle ne peut déléguer ce droit«⁷⁾.

Nogen definition af, hvad der skal forstås ved »delegation« giver forfatningen ikke. Det synes indlysende at begrebet ikke kan omfatte enhver bemyndigelse til regeringen der går videre end til at træffe blotte gennemførelsesbestemmelser i »forlængelse« af loven. I overensstemmelse med den herskende sprogbrug i fransk teori vil det være rimeligt at forstå udtrykket som sigtende til hvad der kaldes *décret-lois*, dvs. anordninger med derogatorisk kraft⁸⁾.

De kræfter og forhold der motiverer lovgivningsdelegation i moderne stater er imidlertid så stærke at forfatningens generelle og kategoriske forbud hurtigt har vist sig magtesløst overfor udviklingen. I de efterfølgende år har man gang på gang grebet til bemyndigelseslove der indeholder klar derogationshjemmel⁹⁾.

I et »avis« af 6. februar 1953 har Conseil d'Etat givet en officiel fortolkning af art. 13 hvorved denne søges bragt i overensstemmelse med udviklingens krav. Forbudet skal herefter indskrænkes til at angå (1) delegation i anliggender der af forfatningen eller den forfatningsmæssige tradition er forbeholdt lovgivningsmagten¹⁰⁾, og (2) en delegation der ved sin almindelighed og ubestemthed er udtryk for nationalforsamlingens vilje til at opgive og overlade til regeringen udøvelsen af den nationale suverænitæt¹¹⁾.

Men selv i en sådan liberal fortolkning kunne art. 13 ikke holde stand overfor nødvendighedens lov. Især Algeriekrisen affødte en række delegerationer i strid med forfatningsforbudet, kulminerende i fuldmagtsloven af 3. juni 1958 hvorved regeringen (de Gaulle) bemyndigedes til, indenfor et tidsrum af 6 måneder og under visse forbehold, at træffe

7) En undtagelse gøres i art. 72 for de oversøiske territorier.

8) Jfr. Prélôt, *op. cit.*, II, p. 417.

9) Prélôt, *op. cit.*, p. 269-270 og 417.

10) Ifølge Duguit gælder dette dispositioner, der angår: »1° établissement d'une peine; 2° création d'une contribution ou d'une taxe; 3° restriction apportée à la liberté individuelle au sens général et comprenant la liberté physique, la liberté des contrats, la liberté commerciale, la liberté du travail; 4° restriction apportée à la propriété individuelle«. Léon Duguit, *Traite de droit constitutionnelle* IV (2. ed. 1924), 163.

11) Prélôt, *op. cit.*, II, p. 417.

de dispositioner den måtte anse for nødvendige til nationens genrejning.

England har aldrig oplevet et forfatningsforfald som det franske og har derfor heller ikke kendt fuldmagtslove af den ekstreme type, generalfuldmagtslove som udtryk for lovgivningsmagtens periodiske eller definitive abdikation. På den anden side har i den ordinære statspraksis meget vidtgående bemyndigelseslove spillet en så meget desto større rolle, måske større end i noget andet demokratisk land. Dette hænger antagelig sammen med det absolute fravær af noget forfatningsretligt bånd på parlamentets myndighed. I de seneste årtier har også de stedfundne socialiseringer og indførelsen af omfattende sociale reformer, fx den nationale sundhedsforsikring, virket i samme retning.

Udviklingen nåede i mellemkrigstiden et sådant højdepunkt at den gav anledning til en række heftige angreb på parlamentet for at svigte sin opgave og sit ansvar, og på administrationen for at ville tilegne sig despotisk magt. Velkendt er især Lord Hewart's bog *The New Despotism* (1929)¹²⁾. Den gav anledning til nedsættelse af en kommission til undersøgelse og vurdering af praksis – *The Committee on Minister's Powers* (sædvanlig omtalt som *the Donoughmore Committee*) – der afgav betænkning i 1932¹³⁾. Man plejer at sige, at dens kendelse faldt ud til et »ikke skyldig«, ledsaget af en advarsel til administrationen om ikke at gøre det igen. Betænkningen medførte at et par af de mest betænkelige delegationstyper – de såkaldte Henrik d. VIII-klausuler og udelukkelse af domstolskontrol – sidenhen ikke er blevet benyttet. Men iøvrigt synes kommissionens anbefalinger ikke at have afstedkommet synderlige reformer¹⁴⁾.

Betænkningen sonderer mellem *normal* og *ekseptionel* anvendelse af delegationsmetoden¹⁵⁾.

Den normale og acceptable type af lovgivningsdelegation er i positiv henseende karakteriseret ved at give så klare og bestemte grænser for den delegerede magt at en effektiv domstolskontrol er mulig; og i negativ henseende ved ikke at give administrationen disse beføjelser: (1) at lovgive om principspørgsmål og pålægge skatter; og (2) at udstede anordninger (ordres, rules, regulations m. v.) med derogatorisk kraft.

¹²⁾ Se også Port, *Administrative Law* (1929); Robson, *Justice and Administrative Law* (1928); C. K. Allen, *Bureaucracy Triumphant* (1931).

¹³⁾ *Report of the Committee on Minister's Powers* (Cmd. 4060, 1932).

¹⁴⁾ Se C. K. Allen, *Law and orders* (1945), 43.

¹⁵⁾ *Report* (cit. i note 12), 30 f.

Den eksceptionelle og betænelige type af lovgivningsdelegation omfatter i modsætning hertil følgende kategorier:

1. Instances of powers to legislate on matters of principle, and even to impose taxation;
2. Instances of powers to amend Acts of Parliament, either the Act by which the powers are delegated, or other Acts;
3. Instances of powers conferring so wide a discretion on a Minister that it is almost impossible to know what limit Parliament did intend to impose;
4. Instances where Parliament, without formally abandoning its normal practice of limiting delegated powers, has in effect done so by forbidding control by the Courts.

Som et enkelt eksempel på hvor langt man i førstnævnte henseende er kommet ud kan nævnes *the Factories and Workshops (Cotton Cloth Factories) Act*, 1929. Efter at en regeringskommission havde afgivet en betænkning om anvendelse af kunstig fugtighed i bomuldsfabrikkerne bestemte loven simpelthen, at »the Secretary of State may make regulations for the purpose of giving effect to the recommendations contained in the Report«¹⁶).

Bemyndigelseslove af den anden nævnte eksceptionelle kategori omfatter især love med den berygtede Henrik VIII-klausul der giver administrationen magt til at ændre ikke alene ophavsloven men (sædvanligvis) enhver anden lov for så vidt det er nødvendigt for at bringe ophavsloven »in full operation«¹⁷). Den er især anvendt i love der enten har gennemført en vidtrækkende reform eller skabt et helt nyt statsmaskineri (fx *Local Government Act*, 1929, *National Health Insurance Act*, 1911). Efter *Donoughmore* kommissionens betænkning er klausulen ikke forekommet.

Under den tredje kategori falder bemyndigelser af et så ubestemt omfang at en effektiv domstolskontrol er udelukket. Det kan fx ske ved at lade den bemyndigedes subjektive skøn være afgørende for omfanget af hans magt. Fx en bemyndigelse til Board of Trade, »to make such general rules as are *in the opinion of the Board* necessary to carry out the provision concerning the registration of patent agents«, eller en bemyndigelse til en minister til at udstede sådanne anordninger »as he thinks fit«¹⁸).

¹⁶) Se Bernard Schwartz, *Law and Executive in Britain* (1949), 49.

¹⁷) Se Allen, *op. cit.*, p. 100 f.

¹⁸) Allen, *op. cit.*, p. 107.

I den fjerde gruppe, endelig, opnår man den samme magtfylde og ubundethed for administrationen ved at udelukke den judicielle kontrol. For ikke unødigt at udfordre den offentlige mening siges det sjældent med rene ord. Man foretrækker omskrivninger. Det siges, fx, at udstedte anordninger »shall be binding and obligatory and of the like force and effect as if the provisions therein contained had been expressly enacted by Parliament«¹⁹). Eller man benytter den såkaldte »conclusive evidence formel« hvorefter ministerens udstedelse af en anordning »shall be conclusive evidence that the requirements of this act have been complied with, and that the order has been duly made and is within the powers of this Act«²⁰). Formelt har man ikke berøvet domstolene deres prøvelsesmagt, men enhver mulighed for underkendelse af anordningen er gennem denne bevisregel på forhånd udelukket. Heller ikke disse klausuler har været benyttet siden Donoughmore Kommissionens betænkning.

Set ud fra et andet synspunkt, omfanget af den magt og frihed der overlades administrationen, plejer man at opstille to ydergrupper der flankerer en stor mellemgruppe²¹). På den ene fløj sætter man »pure machinery provisions«, dvs. underordnede tekniske udførelsesforskrifter, såsom bestemmelser om de blanketter der skal benyttes, hvor og hvorledes afgifter erlægges, mødetid, mødested osv. osv. På den anden fløj har man »blank cheque« bemyndigelserne der (inden for et vist område eller til opnåelse af visse formål) overlader alt til administrationens skøn og forgodtbefindende. Mellem disse yderformer forekommer i glidende overgang alle grader af frihed. Nærmest de blanke checks ligger skeletlovene. »The name itself«, siger Allen, »is not of very good omen for constitutional principles; for a skeleton, besides being a lugubrious object, is the very symbol of lifelessness, and bony structure does not make an organism. It is dangerous doctrine that the legislature is concerned only with that osseous framework and is incapable of understanding the organs and the flesh and the blood – not to mention the soul«²²).

Også subdelegation, med eller uden udtrykkelig bemyndigelse hertil, forekommer i vidt omfang²³).

¹⁹) *Op. cit.*, p. 26.

²⁰) Schwartz, *op. cit.*, p. 63.

²¹) Allen, *op. cit.*, p. 46–47.

²²) *Op. cit.*, p. 122.

²³) *Op. cit.*, p. 103 f.

Engelsk delegationspraksis går langt videre end hvad der er muligt efter amerikansk forfatningsret²⁴), og også end hvad vi kender her i landet. På den anden side må det tilføjes at bemyndigelserne, i hvert fald i princippet, er underkastet en parlamentarisk kontrol der ikke er almindelig hos os. Denne kontrol er et normalt led af bemyndigelseslovene. Det kræves som regel at enhver anordning skal »lægges på parlamentets bord«, enten straks eller inden en vis frist²⁵). Virkningen kan være forskellig. Det kan være foreskrevet, negativt, at anordningen først får gyldighed såfremt den ikke indenfor en vis karantænetid er blevet annulleret af vedkommende hus. Hyppigere vil den få gyldighed straks under den resolutive betingelse at den ikke annulleres inden fristens udløb. Undertiden kræves en positiv bekræftelse af begge huse eller alene af underhuset. Imidlertid var denne kontrol, sålænge der ikke var organiseret en procedure til dens udøvelse, efter hvad Allen meddeler højst ineffektiv, omend ikke ganske betydningsløs. Heri er der indtruffet en forandring efter at underhuset i 1944 har nedsat en stående komité (*the Select Committee on Statutory Instruments*, i daglig tale *the Scrutinising Committee*) med den opgave at granske delegationsanordningerne og gøre indstilling til huset såfremt disse ud fra visse nærmere angivne synspunkter forekommer betænkelige²⁶).

Også i *Danmark* har mere eller mindre vidtgående bemyndigelseslove været i brug lige siden grundloven af 1849²⁷). Her, som andetsteds, var det dog først de ekstraordinære forhold under den første verdenskrig der førte til brug af vidtgående fuldmagtslove og omfattende udstedelse af bemyndigelsesanordninger. Poul Meyer har givet en lovgivningshistorisk oversigt over dansk praksis²⁸), men nogen mere indgående analyse og beskrivelse af delegationens omfang og typer er aldrig foretaget – og skal heller ikke forsøges her. Det skal blot bemærkes, at selvom det er utvivlsomt anerkendt at der kan tillægges administra-

²⁴) Se Schwartz, *op. cit.*, p. 30 og 64, jfr. p. 27 f. om *Schechter*-doktrinen.

²⁵) Se *Report* (cit. i note 13), 41 f. og Allen *op. cit.* p. 64 f., 90 f.

²⁶) Allen, *op. cit.*, p. 91; E. C. S. Wade and G. Godfrey Phillips, *Constitutional Law* (5. ed. 1955), p. 358.

²⁷) Se Carl Rasting, *Bidrag til Læren om Regeringens Anordningsmyndighed efter Dansk Ret*, T.f.R. 1934, 83. Det bør tilføjes, at når delegationen kun spillede en forholdsvis ringe rolle i den ældre statsretlige praksis, må dette vurderes på baggrund af, at administrationen i overgangstiden i vist omfang udstedte anordninger også med formodet delegationshjemmel i førkonstitutionelle retsforskrifter.

²⁸) Poul Meyer, *Centraladministrationens Adgang til Udstedelse af Retsanordninger* (i *Centraladministrationen 1848–1948*), 219 f.

tionen magt til at udstede anordninger med derogatorisk kraft, har disse ikke spillet nogen større rolle i praksis, ligesom det er utvivlsomt at delegation i det hele har fundet sted i langt mere beskedent omfang end i Frankrig og England. Vi har aldrig kendt periodiske abdikationer fra lovgivningsmagts side som i Frankrig; og selv de mest vidtgående fuldmagtslove under de to verdenskrige står langt fra mål med de extreme tilfælde af blank check-love der ikke er ualmindelige i England. Heller ikke »skeletlove« er nogen typisk foreteelse i Danmark. Man kan derimod i en del tilfælde tale om en »rammelovgivning« hvor ikke blot ordningens skelet, men også dens vitale organer og funktioner er fastlagt legislativt, selvom der er overladt administrationen betydelig skønsmæssig frihed til nærmere regulering og konkrete afgørelser. Når der fremsættes klager over utilbørlig administrativ magtkoncentration retter disse sig gerne mere mod administrationens kvasijurisdiktionelle myndighed til at foretage konkrete forvaltningsakter, end mod dens anordningsmyndighed. Dansk lovgivning udmærker sig ofte ved en meget vidtgående detaillering. Som eksempel kan anføres lovene om arbejderbeskyttelse hvis enkeltheder i England utvivlsomt ville være overladt til administrativ regulering²⁹⁾.

3. *Delegationsbegrebet: Sædvanlig sprogbrug er uklar, uhensigtsmæssig og selvmodsigende.*

Det er et ganske besynderligt faktum, at skønt delegation af lovgivningsmagt er et emne der i høj grad har sat sindene i bevægelse og beskæftiget såvel juraen som den politiske videnskab er der, mig bekendt, hidtil ingen der har forsøgt at analysere og definere begrebet.

Dette står måske i nogle tilfælde i forbindelse med, at man slet ikke synes at betragte delegation som et juridisk-funktionelt begreb, bestemt ved visse iagttagelige kriterier, men snarere som en slags magisk akt, den magiske overførelse af selve »kraften« til at lovgive. Spørgsmålet stilles da ikke på, ud fra hvilke kriterier man vil anvende udtrykket »delegation af lovgivningsmagt« til beskrivelse af visse retsakter, men på om en sådan juridisk-magisk kraftoverførelse overhovedet er mulig eller

²⁹⁾ Fx lov om almindelig arbejderbeskyttelse nr. 226 af 11. juni 1954 § 13 nr. 13: »Aftrædelsesrum. Der skal forefindes forsvarligt indrettede og passende beliggende aftrædelsesrum i tilstrækkeligt antal og forsynet med papir; de skal såvidt muligt være forsynet med vandudskylning. Særskilt aftrædelsesrum skal forefindes for hvert køn, medmindre der normalt beskæftiges færre end 5 af det ene køn.«

ej. Sætningen *delegata postestas non potest delegari* antager, ud fra denne synsmåde, mere karakter af en axiomatisk sandhed, en juridisk-magisk naturlov, end af en positiv retssætning, tidslig og stedslig betinget som andre retssætninger³⁰).

Når man undtagelsesvis og en passant nærmer sig til noget i retning af en definition, holder man sig til almindelige og vage vendinger der ingenting siger³¹).

Det vil af fremstillingen under foregående nummer fremgå at udtrykket i den almindelige juridiske sprogbrug anvendes i så omfattende en betydning at det dækker enhver bemyndigelse fra lovgiveren til administrationen til udstedelse af almindelige forskrifter, selv de mest begrænsede »machinery provisions«. I den engelske *Donoughmore* Kommissions betænkning falder sådanne ind under hvad der kaldes »the normal type of delegated legislation«. Det samme gælder sprogbruken i

³⁰) Der sigtes hermed til behandlingen af delegationsproblemet hos franske forfattere, især A. Esmein og Léon Duguit. Esmein erklærer at delegation af lovgivningsmagt er »juridiquement impossible« (*Droit constitutionnel* II, 1921, 81). Også Duguit anser delegationen for forfatningsmæssigt udelukket. Det besynderlige er at selv i sådanne tilfælde hvor en bemyndigelse principielt stemples som forfatningsstridig – altså fordi der ville foreligge en delegation – men hvor den dog må anses for hjemlet ved en modstående forfatningssædvane, fastholdes den opfattelse at der ikke foreligger delegation af lovgivningsmagt, og at anordningerne derfor er udslag af den udøvende, ikke af den lovgivende magt. (*Traité de droit constitutionnel* IV, 1924, 776). Denne besynderlighed bliver kun forståelig ud fra den forudsætning at delegationsbegrebet ikke er taget i nogen funktionel-deskriptiv betydning, men som betegnelse for en mystisk overførelse af selve »lovgivningskraften«.

Det mystiske delegationsbegreb og tanken om delegationens principielle umulighed står antagelig under indflydelse af nedarvede, ældgamle tankemotiver i den politiske tænkning, forestillingerne om den politiske myndigheds, suverænitets, oprindelse og afledning. Ifølge de ældre kontraktsteorier blev suveræniteten, der oprindeligt var hos folket, ved en kontrakt, betinget eller ubetinget, overdraget til fyrsten. Senere hen, hos Milton (1649) og Locke (1690) afsvækkedes denne tanke derhen at regeringsmagten ikke hviler på en kontrakt, men en betroelse i tillid (trust) der mere skaber en pligt end en ret for fyrsten til at regere som en slags værge for folket. Rousseau tænkte denne tanke til ende. Suveræniteten er uoverdragelig, regenten handler kun i kraft af en frit tilbagekaldelig bemyndigelse som en forretningsfører eller tjener for folket. (Se Alf Ross, *Hvorfor Demokrati?*, 1946, 37, 116–117). Det er antagelig disse forestillinger om suverænitets uoverdragelighed der ligger bag dogmet om delegationens umulighed.

³¹) Således når »delegated legislation« i *Donoughmore* Kommissionens betænkning defineres som »exercise by a subordinate authority, such as a Minister, of the legislative power delegated to him by Parliament.« *Report of the Committee on Minister's Powers* (Cmd. 4060, 1932), 15. Dette er jo intet andet end en sproglig parafrase, og siger intet om under hvilke betingelser en bemyndigelse overfører »legislative power«.

Frankrig, selvom juristerne der plejer at tilføje at der i virkeligheden ikke foreligger delegation af lovgivningsmagt, og at det kun drejer sig om en bekvem talemåde³²). De oplyser imidlertid ikke hvad »virkelig« delegation af lovgivningsmagt vil sige. Også i Danmark anvendes udtrykket i løs, udefineret og omfattende betydning³³).

Denne sprogbrug er uhensigtsmæssig. Når »delegation« forudsættes at være en praksis af betænkelig natur, der rejser særegne forfatningsretlige og politiske problemer, er det urimeligt under begrebet at medtage den i en vis forstand helt normale overladelser af anordningsmagt til administrationen. Der må være en grænse, et vist kriterium, der adskiller »delegation af lovgivningsmagt« fra den »normale«, og forsåvidt uinteressante, bemyndigelse til gennemførelsesbestemmelser. Man er blot ikke klar over hvad dette kriterium er.

Uhensigtsmæssigheden af gængs sprogbrug viser sig deri at denne kommer i modstrid med en anden sprogbrug, den der anvendes i sætningen *delegata potestas non potest delegari*, en sætning der almindeligt betragtes enten som et »juridisk axiom« eller i hvert fald som et naturligt princip eller en positivt gældende retsregel. Det synes blottet for al mening at hævde et delegationsforbud hvis delegationsbegrebet tages så vidt at det omfatter enhver, selv den mest »normale« og uundgåelige bemyndigelse til administrationen. En vis kompetenceoverladelser, en vis anordningsmagt for administrationen er impliceret i selve trinfølgen lov – anordning, i selve eksistensen af en »udøvende magt«. Hvorledes kan man da udgå fra et princip der udelukker enhver kompetenceoverladelser? Enten må princippet afskrives (under forudsætning af at udtrykket »delegation« tages i den omtalte vide betydning); eller også må begrebet »delegation« tages i en snævrere og mere præcis betydning. Det sidste, tror jeg, er den rigtige vej. Sætningen *delegata potestas non potest delegari* synes nemlig i mangfoldige situationer at ramme noget rigtigt og centralt. Den dækker fx træffende det forhold at politimesteren ikke kan overlade sin kompetence til at udstede næringsbreve i kommunen til kommunegartneren, og dommeren ikke kan overlade sin domsmagt til retskredsens politimester. Men hvad er det der adskiller disse situationer, i hvilke sætningen gælder, fra den overladelser af myndighed til administrationen der klart må falde udenfor dens rækkevidde?

³²) Duguit, *op. cit.*, 747–748.

³³) Der tales i almindelighed om delegationsanordning så snart bemyndigelsen går ud over blotte gennemførelsesforanstaltninger af underordnet natur (*machinery provisions*).

Hvorledes må delegationsbegrebet bestemmes for at give sætningen et rimeligt indhold?

De urimeligheder gængs sprogbrug og manglende begrebsklarhed fører til fremgår af den syllogisme, hvormed professor Cushman (vigtigt?) karakteriserer amerikansk retspraksis:

Major premise: Legislative power cannot be constitutionally delegated by Congress.

Minor premise: It is essential that certain powers be delegated to administrative officers and regulatory commissions.

Conclusion: Therefore the powers thus delegated are not legislative powers³⁴).

Men, naturligvis, dette er kun en måde at sætte begrebsklarheden i gabestokken, ikke at overvinde den.

Begrebsklarheden er ikke mindre i Frankrig. Den herskende lære har med stor iver forfægtet at delegation af lovgivningsmagt ikke er mulig. Sætningen betragtes nærmest som et axiom. Ifølge Esmein er delegation »juridiquement impossible«. Grunden er, siges det, den simple, at offentlig magt ikke er en subjektiv ret indehaveren kan disponere over efter forgodtbefindende, men en betroet funktion der må udøves i overensstemmelse med forfatningen³⁵). Den foreliggende praksis, som man ikke uden videre kan affærdige som forfatningsstridig, forklares i kraft af en kompetence der af lovgiveren specielt og udtrykkeligt tildeles regeringen³⁶). Altså ikke *delegation* af kompetence, men *tildeling* af kompetence. Man har taget denne navneforandring højtideligt og talt om »delegationsteori« og »kompetencetildelingsteori«. Men, må man spørge, hvad er forskellen? Hvad er »delegation«, om det ikke er »tildeling af kompetence?« Herpå har man aldrig fået noget svar. (Den bagved liggende forestilling er øjensynlig, at »delegation« er overdragelse af den nøgne, magiske »kraft« til at lovgive, forskellig fra de iagttagelige retlige funktioner.) Har teorien anden mening end i strid med virkeligheden at opretholde dogmet om umulighed af delegation af lovgivningsmagt?³⁷) Hvorved bemærkes, at den åbenbare modstrid

³⁴) Robert E. Cushman, *The Independent Regulatory Commissions* (1941), 429.

³⁵) A. Esmein, *Droit constitutionnel* II (1921), 81.

³⁶) Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel* IV (1924), 747 f. »Je dis compétence attribué par le législateur au gouvernement et non pas délégation législative« (749).

³⁷) Det praktiske motiv bag dogmet har i Frankrig været at opretholde domstolens prøvelsesmagt der som bekendt tilkommer dem med hensyn til administrative akter, men ikke lovgivningsakter.

mellem dogmet og virkeligheden kun opstår, fordi man ikke har været i stand til at give delegationsbegrebet et rimeligt indhold. Fornemmelsen hos de franske forfattere har været rigtig nok. Det er urimeligt at kalde enhver kompetencetildeling for »delegation af lovgivningsmagt« når dette skal være noget der principielt er forbudt eller betænkeligt. Men hvad er det da der adskiller delegation fra simpel kompetencetildeling?

4. *Delegationsbegrebet: En definition der giver maximen delegata potestas non potest delegari en ikke på forhånd uantagelig mening.*

Lad os, for at nå frem til et holdbart begreb om delegation, begynde med at se på hvilke forestillinger der er forudsat i den almindelige, mere ubestemte sprogb brug.

Selvom Esmein sidestiller delegation med overdragelse af en subjektiv rettighed, er det klart at disse fænomener ikke er identiske. På to punkter er der en afgørende forskel. Overdragelse af en rettighed er karakteriseret ved (1) at være en afhændelse, dvs. den ikke blot skaber en retsposition for erhververen, men bringer samtidig overdragerens retsposition til ophør; og (2) at være uigenkaldelig. Ingen af disse dele foreligger ved delegation. Det har aldrig været antaget at lovgiveren herved skulle bringe sin egen kompetence til ophør; ej heller at han skulle være afskåret fra at tilbagekalde delegationen. Delegationen har så at sige karakter af en formeringsproces – en ny kompetence skabes indtil videre ved siden af den gamle. Det er netop på grund af disse forskelligheder at man taler, ikke om overdragelse, men om overladelse eller delegation af kompetence³⁸).

Dernæst ligger der i delegationsbegrebet en ubestemt forestilling om at kompetenceoverladelsen har karakter af noget ekseptionelt derved at den tillader delegatus at »optræde i rollen som lovgiver«. Heri ligger at delegatus udøver en funktion som man, ud fra en vis forudsat norm eller standard, forventer »egentlig« skulle være udøvet af deleganten selv. Problemet er hvorledes »lovgiverrollen« skal bestemmes, hvilken norm eller standard der herved er forudsat. Alt efter den måde hvorpå dette sker kan man komme til forskellige delegationsbegreber.

Normen kan tænkes bestemt som det faktisk normale, det sædvanlige. Dette synes at være tilfældet når Allen – ganske vist rent en passant –

³⁸) Jfr. ovf. note 30 om, hvorledes delegationsbegrebet har udviklet sig af de ældre kontraktteoriens forestilling om en egentlig overdragelse af suverænitet.

definerer delegation som »the entrusting to local or subordinate deputies of powers which would normally be exercised by the central governmental authority«³⁹). Men en sådan definition er ganske inadækvat og harmonerer ikke med den måde hvorpå Allen selv faktisk anvender begrebet. Den vil udelukke at tale om delegation så snart en vis overladelse og kompetence er blevet sædvanlig. Kriteriet er vagt og uden interesse. Den »normalitet« der sigtes til må betyde noget andet end det sædvanlige.

Et holdbart begreb vil dannes dersom man forstår »normaliteten« som hvad der kræves ifølge visse forudsatte principper for god lovgivningspolitik. Delegation af lovgivningsmagt betyder da overladelse af kompetence til at træffe sådanne bestemmelser af principiel og retningsgivende natur som lovgiveren ifølge de forudsatte lovgivningspolitiske maximer selv burde have truffet. Delegationen fremtræder da altid som enten en ren politisk forsømmelse eller som en undskyldelig koncession til nødvendige omstændigheder. Det er vistnok en sådan tankegang der ofte ligger bag gængse udefinerede forstillinger om delegation.

Men dette begreb er rent politisk, det kan ikke være det der søges efter i denne forfatningsretlige analyse. Denne må være baseret på en forfatningsretlig, ikke en politisk bestemmelse af »lovgiverrollen«. Man kan her tænke sig to muligheder – at bestemme denne enten som kompetence til at fastsætte et specifikt retsindhold; eller som kompetence til at frembringe retsregler med en specifik »retskraft«.

Det første er formentlig Rastings tanke. Han synes at antage, at delegation foreligger når regeringen bemyndiges til at udstede anordninger af lovsindhold⁴⁰). Men hvornår er en bestemmelse af lovsindhold? Hvad er kriteriet herfor? Det oplyses, såvidt ses, ikke.

Hvis tanken er at en bestemmelse er af lovsindhold når den *kunne være truffet* af lovgivningsmagten, kommer delegationsbegrebet på uhensigtsmæssig måde til at omfatte enhver bemyndigelse uden undtagelse, også de simpleste *machinery provisions*. For det kan overhovedet ikke tænkes at regeringen skulle kunne bemyndiges til at anordne en regel der ikke kunne være fastsat også af lovgiveren selv.

Hvis tanken er at en bestemmelse er af lovgivningsindhold dersom det er *forbeholdt* lovgiveren at træffe en bestemmelse af dette

³⁹) C. K. Allen, *Law and Orders* (1945), 20.

⁴⁰) Carl Rasting, *Bidrag til Læren om Regeringens Anordningsmyndighed efter dansk Ret*, T.f.R. 1934, 52 f., 56.

indhold, må man først klargøre sig hvilken art forbehold der er tale om.

Forbeholdet kan i overensstemmelse med en ældre teori betyde at bestemmelser af et vist indhold (sådanne der gør indgreb i borgernes frihed og ejendom) *ikke kan træffes ved selvstændige anordninger*, men kun ved lov eller i henhold til lov. Delegationsbegrebet kommet herfter til at omfatte enhver bemyndigelse til at udstede anordninger der angår borgernes frihed og ejendom. Der er imidlertid i de moderne, demokratiske forfatninger – bortset fra nogle få, ubetydelige, historiske levn – ingen plads for en selvstændig anordningsmagt for kongen. Al retsafsættelse sker i kraft af parlamentets myndighed – ved lov eller i henhold til lov.

Forbeholdet kan dernæst betyde, at et anliggende kun kan ordnes *direkte ved lov, ikke administrativt i henhold til lov*. Forbeholdet er da identisk med et forbud mod »delegation«. Det er åbenbart at delegationsbegrebet ikke kan defineres gennem begrebet »lovsindhold« eller »lovgivningsanliggende« forstået på denne måde, da dette ville føre til den urimelighed at delegation foreligger når lovgiveren overlader til regeringen at træffe sådanne bestemmelser som ifølge forfatningen ikke kan overlades til andre. Delegation bliver pr. definition et forfatningsbrud.

Ikke desto mindre er en definition af dette mønster blevet vedtaget af den interparlamentariske union på basis af en betænkning afgivet af folketingssekretær M. Eigil Olsen, Danmark. Definitionen lyder:

Delegated legislation can be defined as the power conferred by express authority on bodies other than Parliament itself to legislate in that sphere which, by virtue of provisions of the Constitution or constitutional practice in the country concerned, is normally reserved for the ordinary legislative power⁴¹).

Da det, at et vist område forfatningsretligt er forbeholdt (»reserved for«) lovgiveren, vil sige at overladelse til andre er forbudt, kommer delegation af lovgivningsmagt efter denne definition til at betyde det samme som forbudt, forfatningsstridig overladelse af myndighed. Dette er urimeligt og ikke det der tilsigtes. Det er ikke klart hvad der menes med kvalifikationen, at området *normalt* er forbeholdt lovgiveren. De forfatningsretlige delegationsforbud udtaler sig ikke om hvad der »normalt« er forbudt, men gælder kategorisk. For så vidt »normaliteten« går

⁴¹) Inter-Parliamentary Union, *Constitutional and Parliamentary Information*. 3rd series, no. 30 (April 1957), 91.

på hvad der faktisk er sædvanlig i »constitutional practice«, sammenblandes retlige og faktiske synspunkter og definitionen rammes, for så vidt det sidstnævnte angår, af den kritik der overfor er fremsat mod Allen's definition af delegationsbegrebet.

Hermed er mulighederne for at bestemme delegationsbegrebet som bemyndigelse til at udstede anordninger af lovsindhold udtømte. De har alle vist sig uholdbare. Resultatet kan ikke undre. »Lovgiverrollen« er efter demokratisk forfatningsideologi ikke kendetegnet som kompetence til at fastsætte et specifikt retsindhold. Indholdsmæssigt er lovgiverkompetencen ubegrænset. Dette forklarer at det ad denne vej er umuligt at finde noget kriterium for, hvornår administrationen kan siges at »optræde i rollen som lovgiver«. Det særegne ved lovgiverkompetencen er evnen til at træffe dispositioner med den retskraft at de alene viger for grundlovens regler, og følgelig tilsidesætter enhver tidligere lovbestemmelse. En sådan retskraft kaldes *lovs kraft*.

I overensstemmelse hermed må delegation af lovgivningsmagt defineres som bemyndigelse til at udstede anordninger med lovs kraft.

Hvilken er så den norm eller standard i henhold til hvilken en sådan bemyndigelse må betegnes som eksceptionel? Det er selve den i forfatningen forudsatte trinfølge grundlov – lov – anordning. Hvis ikke normalt grundlovs kraft forbeholdes for grundlovs bestemmelser og lovs kraft for lovbestemmelser – vi kan også sige, i det omfang hvori grundloven bemyndiger lovgiveren til at udstede love med grundlovs kraft eller lovgiveren bemyndiger administrationen til at udstede anordninger med lovs kraft – udviskes denne trinfølge. En sådan udviskning vil være i strid med en i forfatningen forudsat standard for det normale, og delegation af lovgivningsmagt derfor noget eksceptionelt – noget der kun kan forekomme i begrænset omfang, om ikke forfatningssystemet skal bryde sammen.

Definitionen må forstås med et vist forbehold. Strengt taget er den uopfyldelig. Lige gyldigt hvor vidtgående udtryk bemyndigelsesloven anvender – fx at anordningens bestemmelser »shall be deemed to be of the same force and effect as if they had in every instance been mentioned in this Act«⁴²⁾ – er det logisk umuligt at tillægge anordningen en retskraft der er fuldtud identisk med lovens. Medens lovens retskraft er begrænset udelukkende af grundlovens regler, må anordningens nødvendigvis tillige være begrænset af dens overensstemmelse

⁴²⁾ Eksempel hentet fra Allen, *op. cit.*, 26.

med selve den bemyndigende norm⁴³). Alle andre skranker kan fjernes, blot ikke dette mellemed mellem grundloven og anordningen. En bemyndigelse uden en betingende, bemyndigende norm er en utænelighed. Det gør ingen forskel, om også domskontrolten elimineres. Dette angår kun spørgsmålet om, hvem der er kompetent til at afgøre om bemyndigelsen er overskredet eller ej.

Strengt taget må man derfor sige at delegation af lovgivningsmagt i nævnte forstand er en umulighed. Ikke således at forstå at det er forfatningsstridigt, men i den forstand at det er en plat utænelighed. Dette er den dunkelt fornemmede sandhed bag den franske lære om at delegation er »juridiquement impossible« Skål begrebet have en opfyldelig mening må det begrænses til at betyde bemyndigelse til at udstede anordninger med *derogatorisk* kraft.

Det generelle begreb kompetencedelegation må defineres efter samme mønster. *Kompetencedelegation foreligger, når en myndighed (kompetenceindehaver) bemyndiger en anden til at træffe bestemmelser som den selv kunne have truffet, og med samme retskraft som om den var truffet af deleganten selv.* Delegation af kompetence står i modsætning til simpel bemyndigelse til at træffe bestemmelser med underordnet retskraft.

Når delegationsbegrebet forstås på denne måde får maximen *delegata potestas non potest delegari* rimelig mening. (Det bemærkes at vi for nærværende udelukkende beskæftiger os med maximens *mening*, ikke med spørgsmålet om dens *gyldighed* som apriorisk princip eller positiv forfatningsbestemmelse). Den dækker da de tilfælde hvor dens anvendelse synes åbenbar, som fx at dommeren ikke kan bemyndige politimesteren til at dømme, og politimesteren ikke kommunegartneren til at udstede næringsbreve osv. – for det der foreligger i disse situationer er jo netop, at en anden bemyndiges til at optræde i selve den deleganten tildelte rolle, dvs. træffe bestemmelse med samme retskraft som var den truffet af deleganten selv. Maximen vil også ramme bemyndigelse til udstedelse af anordninger med lovs kraft; men derimod ikke alle de gængse, simple bemyndigelser til at udstede anordninger med underordnet retskraft. Herved har maximen fået et begrænset indhold der ikke på forhånd gør den uantagelig som stridende mod selve trinfølgesystemet. Der er nu draget en grænse mellem de normale be-

⁴³) Således også *Report of the Committee on Minister's Powers* (Cmd. 4060, 1932), 20–21.

myndigheder, der er impliceret i selve trinfølgen, og de ekseptionelle bemyndigelser, der udviser trinfølgen. Maximen udtrykker at en myndighed ikke kan overlade til andre at optræde i sin trinbestemte rolle (men derimod godt kan bemyndige underordnede organer til at træffe bestemmelser med underordnet retskraft).

5. *Maximen delegata potestas non potest delegari: Dens gyldighed.*

Vi vender os nu til spørgsmålet om hvilken gyldighed der kan tillægges maximen *delegata potestas non potest delegari*.

Man kan få det indtryk at maximen af nogle forfattere betragtes nærmest som et apriorisk princip eller et juridisk axiom af absolut gyldighed. Esmein, fx, betegner delegation som en juridisk umulighed⁴⁴). Undertiden taler man om »den formelle lovs princip« hvorefter en formel lov kun kan ændres ved formel lov – hvilket jo kun er en anden måde at udtrykke delegationsforbudet på – og synes at tillægge dette princip en over forfatningen hævet gyldighed⁴⁵). En sådan opfattelse er naturligvis uholdbar. Delegation lader sig praktisere, og om den er tilladt eller ej må være et spørgsmål om gældende ret.

Måske er Esmein og andres mening kun at maximen må gælde, for så vidt der ikke i forfatningen er udtrykkelig hjemmel for det modsatte. Tankegangen kunne da være, at når forfatningen har henlagt en vis kompetence til organet O₁ vil, i mangel af udtrykkelig hjemmel for det modsatte, en delegation af kompetencen til organet O₂ være i strid med forfatningens kompetenceregulering.

Heller ikke denne opfattelse kan godkendes. For det første må i tilfælde af forfatningens tavshed, dette fortolkningsspørgsmål løses på samme måde som andre. Der er intet i vejen for at man, med støtte i forfatningens tilblivelseshistorie, den historiske tradition, konstitutionel praksis, praktiske vurderinger osv., kan komme til det resultat at delegation, trods tavsheden herom, er tilladt. Der kan højst være tale om en formodning for udelukkelse af delegation.

Men selv en formodningsregel holder ikke stik i alle tilfælde. Det må nemlig for det andet indvendes mod den nævnte opfattelse at det ikke er rigtigt, at en delegation altid ville være i strid med forfatningens kompetencenorm taget efter sin umiddelbare ordlyd. Om organet O₁ efter

⁴⁴) Se ovf. note 30.

⁴⁵) Således Knud Berlin, *Den danske Statsforfatningsret* II (2. udg. 1939) 204.

en formel forfatningsfortolkning er kompetent eller ej til at delegere sin kompetence må bero på, om den O_1 tildelte kompetence omfatter eller ikke omfatter en delegationsdisposition. Ofte er det klart, at den ikke gør det. Har fx en politimester kompetence til at udstede næringsbreve, omfatter denne kompetence ikke kompetence til at foretage en delegationsdisposition. For denne disposition er ikke udstedelse af et næringsbrev. På samme måde vil det forholde sig i alle andre tilfælde i hvilke et organs kompetence er bestemt til at foretage dispositioner af et vist sagligt begrænset indhold. Dette er det normale og for så vidt kan maximen *delegata postestas non potest delegari* normalt oprettholdes som en formodningsregel. Et organ hvis kompetence er sagligt begrænset kan ikke delegere sin kompetence medmindre der er særligt fortolkningsholdepunkt herfor.

Men sagen stiller sig anderledes med hensyn til organer hvis kompetence er bestemt som en sagligt ubegrænset kompetence til at foretage dispositioner med en vis trinfølgebestemt retskraft. I så fald omfatter kompetencen kompetence til at foretage delegationsdispositioner. Dette gælder for grundlovgiveren og lovgiveren.

Grundlovgiverens kompetence er aldeles ubegrænset og omfatter følgelig også kompetence til at delegere sin magt til lovgiveren, dvs. bestemme at lovgiveren i vist omfang kan udstede love med grundlovs-kraft, altså love der kan ændre visse grundlovsbestemmelser. Dette har også altid været anerkendt uden at give anledning til nogen debat. Den danske grundlovgiver har i betydelig udstrækning gjort brug heraf⁴⁶).

Lovgiverens kompetence er vel ikke ubegrænset, men almindelig, dvs. den omfatter enhver disposition der ikke ved grundloven er henlagt til andre organer. Da delegation af lovgivningsmagt ikke er henlagt til noget andet organ omfatter lovgiverens kompetence også en sådan disposition. (Som nævnt forud gælder dette som udgangspunkt *prima facie* ifølge en formel forfatningsfortolkning, ikke hvis der er særlige holdpunkter for en udelukkelse eller begrænsning af delegationskompetencen).

I den hidtidige litteratur har man tillagt maximen *delegata postestas non potest delegari* en urimelig vidtgående betydning og gyldighed. Konsekvensen heraf har været de modsigelser mellem dogmet og virkeligheden der er omtalt ovenfor s. 136 f. Ved at sammenholde, hvad der er fremført under dette og foregående nummer skulle de med sætningen

⁴⁶) Grdl. §§ 8, 20, 29(2), 31(5), 32(5), 42(8), 63(2), 72, 73(3), 85 og 86.

forbundne vanskeligheder være overvundne. Det er påvist at der må gives den en mere begrænset mening end almindeligt antaget (definitionen af delegationsbegrebet), og at der selv i denne indskrænkede mening kun kan tillægges den begrænset gyldighed (som en formodningsregel med hensyn til organer hvis kompetence er sagligt begrænset).

6. *Den foregående analyse stiller de forfatningsretlige problemer bemyndigelseslovgivningen rejser i et nyt lys.*

Den foregående analyse af delegationsbegrebet og *delegata potestas*-maximen prætenderer naturligvis ikke at løse delegationens forfatningsretlige problemer. Den tilsigter blot at skabe en ny ramme for diskussionen ved at klare de begreber der anvendes og fjerne den hindring for en rationel drøftelse der ligger i antagelsen af et generelt delegationsforbud impliceret i en formel forfatning.

Så længe denne antagelse opretholdes er det umuligt at give anden begrundelse af delegationen, end at den er en praksis, i sig selv forfatningsstridig, der må toleres under pres af bydende praktiske behov, og som efterhånden har vundet hævde som forfatningssædvane.

Amerikanske domstole søger at forlige sig med det formodede delegationsforbud ved at betegne de delegerede beføjelser som »quasilegislativ«^{46a}). Franske forfattere hævder delegationens principielle umulighed, nu positivt hjemlet i forfatningen, men nødes dog til at acceptere den som et faktum der gennembryder selv det udtrykkelige forfatningsforbud. Også danske forfattere forudsætter et principielt delegationsforbud. Berlin hjælper sig med at »den lovgivende magt for så vidt indtager en særstilling, som det tilkommer den [indenfor visse grænser] nærmere at udforme den vel af grundloven i § 2 [grl. 1953 § 3] forudsatte, men ikke her nærmere trukne grænse mellem de tre øverste statsmyndigheder«^{46b}). Poul Andersen henviser til, at det er »gammel praksis at lovgivningsmagten giver kongen og navnlig ministrene bemyndigelser til at udstede gennemførelsesanordninger, og der er . . . en jævn overgang mellem sådanne bemyndigelser og de fuldmagtslove, der har fundet udstrakt anvendelse i dette århundrede.«^{46c}).

Hvis den her forsøgte kritik af *delegata potestas*-maximen accep-

^{46 a}) Se Frank E. Cooper, *Administrative Agencies and the Courts* (1951), 29.

^{46 b}) Berlin, *op. cit.*, 203.

^{46 c}) *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 551.

teres stilles de forfatningsretlige problemer i et nyt lys. Når der ikke antages noget generelt forbud mod delegation af lovgivningsmagt, må formodningen være i favør af lovgiverens kompetence – det er ikke lovgiverens frihed, men begrænsninger af denne, der kræver forfatningsretlig begrundelse. Sådanne begrænsninger falder i tre trin. De klareste og mest håndfaste er dem der fremgår af visse i grundloven hjemlede udtrykkelige delegationsforbud med hensyn til bestemte anliggender (ndf. pkt 8). Dernæst kan visse mere elastiske begrænsninger udledes af grundlovens bestemmelse om domstolenes prøvelsesmagt (ndf. punkterne 9 og 10). Endelig kan nogle yderst elastiske begrænsninger udledes af visse forudsætninger hvorpå grundloven bygger (ndf. punkt 13).

Inden vi går over til en grundlovsfortolkning i overensstemmelse med disse synspunkter, forudskikkes nogle metodiske bemærkninger.

7. *Et metodisk synspunkt: de forfatningsretlige problemer bemyndigelseslovgivningen rejser kan ikke løses ved deduktion fra en »teori«.*

De forfatningsretlige spørgsmål, som bemyndigelseslovgivningen (med eller uden delegation af lovgivningsmagt) rejser, behandles ofte på en metodisk bagvendt måde – efter det metodiske mønster man plejer at stemple som begrebsjurisprudens.

I fransk teori har det været almindeligt at stille problemet på, om de forskrifter der udstedes af administrationen i henhold til en lovgivningsbemyndigelse må anses som udslag af den lovgivende eller af den udøvende magt. Ud fra dogmet om, at delegation af lovgivningsmagt er »juridiquement impossible«, hævder den herskende teori, at sådanne forskrifter må anses som udslag af den udøvende magt, efter deres »natur« er *provisions réglementaires*, ikke *décret-lois*, hvorfra deduceres en række konsekvenser: (1) de kan ikke ændre bestående love; (2) de kan ikke angå sådanne emner, der er forbeholdt lovgiveren⁴⁷⁾; (3) de er underkastet domstolenes prøvelsesmagt som andre administrative bestemmelser og afgørelser⁴⁸⁾. Alt dette gælder

⁴⁷⁾ Se ovf. note 10.

⁴⁸⁾ Denne konsekvens er af særlig vigtighed i Frankrig fordi der ikke antages at tilkomme domstolene prøvelsesmagt med hensyn til love. Men også i Danmark ville konsekvensen være af betydning. Dels fordi prøvelsesmagten kun er grundlovshjemlet for så vidt angår udøvelse af øvrighedsmyndighed, grdl. § 63; og dels og især fordi domstolene faktisk udøver den judicielle kontrol med love efter langt forsigtigere retningslinjer end kontrollen med administrative akter.

for så vidt der ikke er etableret en forfatningssædvane i modsat retning⁴⁹).

Rasting ræsonnerer på lignende måde. »Er de nævnte anordninger,« spørger han, »udslag af den lovgivende eller den udøvende myndighed?« Og tilføjer at »spørgsmålets besvarelse kan have flere statsretlige konsekvenser«. Som sådanne nævner han netop de samme tre som anført umiddelbart ovenfor. I modsætning til de franske teoretikere bygger Rasting dog ikke på dogmet om at delegation af lovgivningsmagt er juridisk umulig; og han synes mere at betragte de to teorier som konstruktioner man må vælge mellem under vurdering af deres konsekvenser. Da han anser det for historisk fastslået at der kan udstedes anordninger med derogatorisk kraft (konsekvens no. 1), operer han for den »teori« at sådanne anordninger er »udslag af den lovgivende magt«. Denne tilslutning til »delegationsteorien« forhindrer dog ikke Rasting i at fornægte dens to andre »konsekvenser«. Det antages ligefuldt at administrationen ikke kan bemyndiges til at udstede sådanne forskrifter, som ifølge grundloven skal eller kun kan træffes ved lov; og at domstolene har fuld prøvelsesret overfor disse anordninger, også med hensyn til deres overensstemmelse med den bemyndigende lov, og ikke, som ved love, kun med hensyn til deres grundlovsmæssighed⁵⁰).

Rastings resultater, der er mere realistiske end hans metode, demonstrerer svagheden ved at ville deducere løsningen af de forskellige spørgsmål ud fra en »teori« om de pågældende anordningers »natur«, eller sammenfatte resultaterne i en sådan teori: Der er intet der nøder til at de forskellige forfatningsretlige problemer disse anordninger rejser skal løses i overensstemmelse med en bestemt »teori«. Uafhængigt heraf må hvert af spørgsmålene behandles ud fra almindelige fortolkningsprincipper.

Det er ikke min hensigt i denne afhandling, der væsentligt har grebsanalytisk og metodisk sigte, at foretage en grundig og omfattende undersøgelse af de mange forfatningsretlige spørgsmål bemyn-

⁴⁹) Se fx Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel* IV (2. ed. 1924), 747 f. Det er uberettiget når Rasting beskylder Duguit for inkonsekvens ved i vist omfang at acceptere en praksis der overskrider de nævnte grænser (Carl Rasting, *Bidrag til Læren om Regeringens Anordningsmyndighed efter dansk Ret*, T.f.R. 1934, 52 f., 71). Duguits synspunkt er simpelthen, at der for så vidt foreligger en forfatningsændrende sædvane, se Duguit, *op. cit.*, fx 765.

⁵⁰) Rasting, *op. cit.* 58–59, 70, 90.

digelseslovgivningen rejser. Under de følgende punkter ønsker jeg blot at anlægge nogle hovedsynspunkter, hovedsagelig på det centrale problem om begrænsninger i lovgiverens magt til at bemyndige administrationen til at udstede anordninger der rækker ud over simple udførelsesforanstaltninger.

Det siger sig selv at undersøgelsen, således som delegationsbegrebet er defineret, ikke kan indskrænke sig til at angå de kvalificerede bemyndigelser, delegation af lovgivningsmagt (anordninger med derogatorisk kraft), men må udstrækkes til at angå også de simple bemyndigelser, altså det hele område der hidtil er gået under betegnelserne »delegation af lovgivningsmagt« og »delegationsanordninger«.

I denne forbindelse vil jeg gøre opmærksom på at selvom anordninger med derogatorisk kraft som sådanne altid frembyder særegen betænkelse ud fra det synspunkt at de udviser grundlovens forudsætning om en trinfølge af kompetencer, behøver dette ingeniende at korrespondere med at de også ud fra andre synspunkter repræsenterer en bemyndigelse mere vidtgående og betænkelig end de simple bemyndigelser.

Hvis fx en lov bemyndiger administrationen til at gøre visse afvigelser fra bestående lovregler om forretningsdrivendes adgang til at afholde udsalg, foreligger delegation af lovgivningsmagt. Hvis derimod ingen lovregler herom forefindes, og administrationen bemyndiges til at indføre sådanne fra ny af, foreligger simpel bemyndigelse. Alligevel er den sidste bemyndigelse materielt mere vidtgående, og for så vidt mere betænkelig, end den første.

Dette hænger sammen med at det er misvisende, som man ofte gør, at tale om »retstomme rum« hvor der ingen retsregler findes. At der ikke findes retsregler om afholdelse af udsalg betyder ikke at sådanne falder uden for retsordenen, men at der på dette område hersker retlig frihed. Det er de forretningsdrivende retligt tilladt at afholde udsalg som de vil. Enhver ny retsregel, også den der ikke ændrer bestående love, betyder derfor et indgreb i den bestående retstilstand, en tilintetgørelse, om ikke af rettigheder, så dog af friheder. Set ud fra borgernes interesser kan en sådan tilintetgørelse af friheder være lige så indgribende og alvorlig som en ændring af den bestående lovgivning.

8. *Specielle bemyndigelsesforbud: Grundlovsderogation, skat, indfødsret.*

Den sikreste begrænsning i bemyndigelsesadgangen ligger i de grundlovsbestemmelser der udtrykkeligt forbyder at et vist forhold ordnes administrativt.

Det er almindeligt antaget at samtlige bestemmelser i grundloven der taler om at et vist anliggende »ordnes«, »kan ordnes«, eller »kun kan ordnes« *ved lov* (i modsætning til *ifølge lov*), indeholder et sådant forbud⁵¹).

Denne antagelse kan ikke godkendes. De hidtidige undersøgelser har taget disse bestemmelser altfor summarisk, uden at være tilstrækkeligt opmærksom på at de repræsenterer indbyrdes stærkt afvigende typer. Man kan sondre mellem følgende typer af *ved lov*-bestemmelser:

a. Bestemmelser i hvilke det siges at visse regler *kan* fastsættes ved lov. – I betragtning af lovgiverens almindelige kompetence må man spørge om grunden til at der i enkelte tilfælde udtrykkeligt tillægges ham en speciel kompetence. Forklaringen er i alle – eller næsten⁵²) alle – tilfælde den, at der herved er tillagt lovgiveren en ekceptionel kompetence til at udstede love med grundlovs kraft, altså love der kan ændre (bestemte) grundlovsbestemmelser. Således forholder det sig med hensyn til:

§ 8: der kan ved lov træffes afvigende bestemmelse om regeringens førelse i tilfælde af tronskifte under de omtalte omstændigheder;

§ 20: det kan ved lov bestemmes at grundlovsbestemte beføjelser i vist omfang overlades til mellemfolkelige myndigheder;

§ 29(2): ændring af den til enhver tid gældende valgrets alder kan ske ved lov;

⁵¹) Knud Berlin, *Den danske Statsforfatningsret* II (2. udg. 1939), 213–214 (med nogen tøven); Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 552; Carl Rasting, *Bidrag til Læren om Regeringens Anordningsmyndighed efter dansk Ret*, T.f.R. 1934, 52 f., 90.

⁵²) Grundlovens § 11 bestemmer: »For medlemmer af det kongelige hus kan der bestemmes årpenge ved lov. Årpenge kan ikke uden folketingets samtykke nydes udenfor riget.« Paragraffens første sætning synes ikke at tillægge lovgiveren nogen kompetence der ikke i forvejen tilkommer ham. Forklaringen på at denne sætning er udtalt, er formentlig blot at man har ønsket at fastslå hvad der er sagt i paragraffens anden sætning. Der er derfor ingen anledning til at antage at paragraffen indeholder et delegationsforbud.

§ 31(5): særlige regler for Grønlands repræsentation på rigsdagen kan gives ved lov;

§ 32(5): der kan ved lov gives særlige regler om færøske og grønlandske folketingsmandaters ikrafttræden og ophør;

§ 42(8): regler om i hvilket omfang folkeafstemning skal finde sted på Færøerne og Grønland kan fastsættes ved lov⁵³);

§ 63(2): påkendelse af spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser kan ved lov henlægges til en eller flere forvaltningsdomstole⁵⁴);

§ 72: ved lov kan hjemles en særegen undtagelse fra paragraffens regel om husundersøgelse m.v.;

§ 73(3): prøvelse af ekspropriationserstatnings størrelse kan ved lov henlægges til domstole oprettet i dette øjemed;

§ 85: for forsvarsmagten er de i §§ 71, 78 og 79 givne bestemmelser kun anvendelige med de indskrænkninger der følger af de militære loves forskrifter⁵⁵);

§ 86: for Færøernes og Grønlands vedkommende fastsættes valgretsaldere til de kommunale råd og menighedsrådene ved lov eller i henhold til lov⁵⁶).

Bortset fra § 86 taler i disse tilfælde meget stærke grunde for at bestemmelserne må forstås således at de omhandlede regler ikke kan fastsættes administrativt i kraft af en bemyndigelse. At træffe dispositioner med grundlovskraft er en forretning af sådan vigtighed at den ikke bør kunne udrettes af andre end lovgiveren selv. Dette stemmer også med hvad der ovenfor under punkt 5 er anført om sætningen *delegata postetas non potest delegari* som formodningsregel når det

⁵³) § 42(8) anvender ganske vist ikke ordet »kan«, men dette skyldes udelukkende den redaktionelle omstændighed at den her gengivne del af stykket, der hjemler en grundlovændrende kompetence, er kædet sammen med udtalelsen om at nærmere regler om folkeafstemning fastsættes ved lov.

⁵⁴) Denne kompetenceregulering blev anset for fornøden ud fra den opfattelse at ordet »domstolene« i paragraffens første stykke må forstås som gående på de ordinære domstole.

⁵⁵) Uanset fraværet af ordet »kan« implicerer paragraffen tydeligt at der ved militære love kan gøres indskrænkninger i de nævnte grundlovparagraffer.

⁵⁶) Uanset fraværet af ordet »kan« implicerer paragraffen tydeligt at valgretsaldere for Færøernes og Grønlands vedkommende ved lov eller i henhold til lov kan fastsættes afvigende fra paragraffens almindelige regel.

drejer sig om en kompetence af sagligt begrænset indhold. Endelig er der også positive holdepunkter for denne fortolkning. I een og kun een af de anførte bestemmelser (§ 86) siges det at reglerne kan træffes ved lov eller *i henhold til* lov. I to af paragrafferne (§§ 20 og 29) er der givet nærmere regler hvoraf fremgår at det drejer sig om en af folketinget vedtaget lov.

b. Grundlovsbestemmelser, i hvilket det siges, at visse dispositioner *ikke* kan træffes *uden ved lov* eller *kun ved lov*, nemlig:

§ 43: ingen skat kan pålægges, forandres eller ophæves uden ved lov;

§ 44: ingen udlænding kan få indfødsret uden ved lov;

§ 61: den dømmende magts udøvelse kan kun ordnes ved lov.

Den mest nærliggende fortolkning af disse bestemmelser er naturligvis at de, under hensyn til de nævnte dispositioners vigtighed, forbyder at de kan træffes administrativt i henhold til lov. Men sikker er denne fortolkning ikke. Lovgiverens eksklusive kompetence kan være tænkt i modsætning, ikke til en bemyndigelse til administrationen, men til en selvstændig anordningsmagt for kongen. Det kan påvises at dette historisk var tilfældet, for så vidt angår § 61 (grdl. 1849 § 74). Hall var ophavsmand til bestemmelsen, og hans hensigt med den var at skabe en garanti mod nedsættelse af ekstraordinære kommissionsdomstole uden lovgivningsmagts mellemkomst, dvs. hverken ved lov eller i henhold til lov. Det blev klart og udtrykkeligt udtalt under forhandlingerne at sådanne domstole kan nedsættes administrativt med hjemmel i lov (herunder også de før 5. juni 1849 gældende regler, jfr. grdl. § 32, grdl. 1953 § 25). I overensstemmelse hermed er paragraffen også blevet forstået i praksis. Rpl. 1916 § 21 forudsætter regeringens ret til at anordne ekstraordinære retter, jfr. kongelov 14. nov. 1665 art. 25 og konkurslov 26. marts 1872 § 147. Ved grundlovsrevisionen 1953 blev det ved en tilføjelse til § 61 bestemt at særdomstole med dømmende myndighed ikke kan nedsættes – hverken administrativt eller ved lov.

Selvom den forudsatte adgang for administrationen til at handle i henhold til lov direkte kun angår konkrete forvaltningsakter (nedsættelse af særdomstole), ville det være ubegrundet at antage at bestemmelsen skulle forstås på anden måde, for så vidt angår anordninger.

Det må derfor antages at § 61 ikke hjemler nogen begrænsning i lovgiverens adgang til at udstede bemyndigelseslove⁵⁷).

Hvad de to andre paragraffer (§§ 43 og 44) angår er der derimod intet holdepunkt for at de ikke skulle forstås på den nærmestliggende måde⁵⁸). De udelukker at skatter kan pålægges, forandres eller ophæves, eller indfødsret meddeles administrativt. Det er klare og præcise grundlovsbud, og ingen praktisk nødende grunde kan undskylde at de ikke altid er blevet respekteret i praksis⁵⁹).

c. Grundlovsbestemmelser der – under anvendelse af den indikative præsensform der sædvanligt i lovsproget bruges til at udtrykke en retspligt – bestemmer at et vist anliggende »ordnes ved lov«, visse regler »fastsættes ved lov«, noget »bestemmes ved lov«.

Under denne den talrigeste gruppe falder en række bestemmelser som det vil føre for vidt at omtale enkeltvis (§§ 9, 10, 13, 27(1) og (2), 31(2) og (4), 42(8), 44(2), 55, 58, 59, 62, 65(2), 66, 69, 71(6), 74, 82 og 88). De må fortolkes hver for sig ud fra deres særlige forudsætninger, men nogle almene betragtninger kan anføres til støtte for at disse bestemmelser ikke begrænser lovgiverens adgang til at overlade ordningen af de omtalte anliggender til administrationen.

For det første taler de anvendte udtryk for at der må være en forskel mellem bestemmelserne i denne og den foregående gruppe.

Dernæst må hensigten med bestemmelsen tages i betragtning. I foregående gruppe var der ingen anden anledning for grundloven til at omtale forholdet end just den at forbeholde kompetencen for lovgiveren. Det ligger anderledes i disse tilfælde. I en række af dem (§§ 31, 42, 59, 71, 78, 88) er forholdet det at grundloven har givet

⁵⁷) Poul Andersen fremstiller bestemmelsens historiske sigte på samme måde som sket her (*op. cit.*, 567–568). Det forekommer mig derfor en inkonsekvens at han ligefuldt antager at den udelukker anordninger i henhold til lov (*op. cit.*, 552). Poul Meyer mener mærkeligt nok at det »næsten med sikkerhed« kan siges at det har været »den absolutte mening« med bestemmelsen, at forholdet skulle ordnes direkte af en lov. Han anfører ingen holdepunkter herfor. Poul Meyer, *Centraladministrationens Adgang til Udstedelse af Retsanordninger i Centraladministrationen 1848–1948*, 179 f., 231.

⁵⁸) § 43 sigtede ganske vist i første række til at udelukke at skatter pålægges osv. ved finanslov, men dette kan ikke begrunde en indskrænkende fortolkning.

⁵⁹) Lov nr. 166 af 17. maj 1916 der bemyndigede indenrigsministeren til at meddele indfødsret til visse personer af dansk afstamning må utvivlsomt anses for grundlovstridig. Også § 44 har været tilsidesat i en del tilfælde.

visse principielle forskrifter om et vist anliggende og derefter tilføjer at nærmere regler herom fastsættes ved lov. (På lignende måde forholder det sig med hensyn til §§ 13, 27 og 65). Det synes rimeligt i disse tilfælde at forstå udtrykket »ved lov« som blot en henvisning til at en nærmere retsfastsættelse er forudsat, uden at der er lagt nogen vægt på om dette sker just ved lov eller i henhold til lov. I de resterende tilfælde drejer det sig om »løfteparagraffer« hvorved grundloven peger på visse anliggender som den, uden selv at regulere, henskyder til ordning ved lov. Også hvad disse angår synes det rimeligt at forstå udtrykket »ved lov« blot som en henvisning til de efterfølgende retsskabende instanser, uden at der er taget stilling til bemyndigelsesspørgsmålet.

Imod disse betragtninger kan anføres at selve den omstændighed at vedkommende anliggende omtales i grundloven viser at det er af en så stor forfatningsmæssig betydning, at administrativ ordning i henhold til lov bør være udelukket. Det er sikkert rigtigt at spørgsmålene gennemgående er af sådan betydning at vidtgående bemyndigelser faktisk ikke vil komme på tale. Men noget forbud herimod bør dog næppe antages. Der er mange andre vigtige anliggender, omtalt eller ikke omtalt i grundloven, hvor der ikke er lagt noget bånd på lovgiverens bemyndigelsesadgang. Man kunne jo fx glimrende tænke sig at ekspropriationsprincipperne i grdl. § 73 var blevet efterfulgt af en udtalelse om, at de nærmere regler om ekspropriations gennemførelse fastsættes ved lov. Det ligger i grundlovens natur at dens bestemmelser ofte må være korte principudtalelser der forudsætter en supplerende og specificerende efterfølgende retsfastsættelse. Det synes ret vilkårligt, *når* grundloven selv har henvist hertil og *når ikke*.

9. *Domstolenes prøvelsesmagt ifølge grdl. § 63 kan ikke berøves dem.*

Under foregående nummer er der omtalt forskellige specielle begrænsninger i bemyndigelsesadgangen. Som begrundelse herfor plejer man at anføre at de pågældende anliggender er af sådan vigtighed at de kun bør kunne ordnes under de særlige garantier som lovgivningsvejen frembyder. Disse garantier er dog vist ofte – i vore dages overbelastede parlamenter – i saglig henseende af tvivlsom natur. Realiteten vil ofte, især i anliggender af teknisk-administrativ natur, være den samme hvad enten administrationen foretager den formelle udstedelse af en anordning, eller blot forelægger samme forskrifter

for folketinget til formelig vedtagelse som lov. Jeg tvivler således om at der opnås nogen synderlig fordel ved reglen om at indfødsret kun kan meddeles ved lov.

Set fra borgernes synspunkt i hvert fald, er de vilkår hvorunder et anliggende kan overlades til administrativ regulering vigtigere end selve begrænsningerne i overhovedet at overlade. Her kommer især domstolenes magt til at påkende spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser på tale, grdl. § 63. For borgeren er det mindre vigtigt om visse forskrifter kan træffes med eller uden »parlamentarisk garanti«, derimod højst betydningsfuldt om han bevarer eller berøves adgangen til at gå til domstolene for at få påkendt spørgsmålet om administrationen ved udstedelsen af visse forskrifter har holdt sig indenfor den bemyndigende lovs rammer.

Spørgsmålet om en lov, samtidig med at overlade visse forholds regulering til administrationen, kan bestemme at domstolene ikke skal kunne efterprøve anordningernes lovmæssighed, bør – i hvert fald hos os hvor domstolenes kompetence er hjemlet ved en udtrykkelig grundlovsbestemmelse – ikke besvares ud fra en »teori« om, hvorvidt sådanne anordninger er et »udslag af den lovgivende eller af den udøvende magt«, men ved direkte fortolkning af de pågældende grundlovsbud, grdl. § 63.

Der kan nu, efter dansk retsopfattelse og tradition, ikke herske nogen tvivl om, at grdl. § 63 hjemler en klar adgang for domstolene til at påkende en anordnings lovmæssighed. Det er forlængst fastslået at udtrykket »øvrighedsmyndighedens grænser« omfatter alle legalitetsspørgsmål. Dette må gælde ubetinget, også i de tilfælde i hvilke der med rette kan tales om »delegation af lovgivningsmagt«, altså når administrationen bemyndiges til udstedelse af anordninger med derogatorisk kraft. De praktiske behov for en domskontrol er snarere større end mindre når administrationen har denne videregående myndighed.

Der synes herefter heller ikke at kunne herske nogen tvivl om at spørgsmålet, om den bemyndigende lov kan udelukke prøvelsesmagten, må besvares benægtende. Noget sådant ville være i strid med grdl. § 63.

Alligevel ligger sagen ikke slet så klart. Og dette skyldes den – i sig selv beklagelige – omstændighed at domstolene med hensyn til konkrete forvaltningsakter ikke har udvist den fornødne fasthed til opretholdelse af reglen i grdl. § 63. Med hensyn til sådanne akter

har de i vidt omfang, uanset grdl. § 63, accepteret en lovfortolkning hvorved deres prøvelsesmagt udelukkes. Da det er sjældent at lovgiveren rent ud siger at domstolenes kompetence skal være udelukket, men gerne foretrækker kamuflerede vendinger i retning af at visse afgørelser er endelige, havde det været muligt for domstolene, uden at stille sagen på spidsen ved at underkende en lov som grundlovsstridig, men gennem fortolkning af sådanne udtryk, at opretholde respekten for grdl. § 63.

Nu må det indrømmes at praktiske administrative behov *kan* tale for at udelukke prøvelsesmagten overfor konkrete forvaltningsakter. Samme behov gør sig ikke gældende, men omvendt større betænkeligheder, når det drejer sig om generelle bestemmelser, anordninger. Deres rækkevidde er så langt større idet de danner grundlaget for en mangfoldighed af forvaltningsakter. Det må derfor være domstolenes opgave ikke at indlede en yderligere retræte på dette punkt, men stå vagt om grdl. § 63, for så vidt anordninger angår. Spørgsmålet har, såvidt vides, ikke været aktuelt, men kan naturligvis tænkes at blive det.

Jeg hævder altså som postulat til vejledning for domstole og administration: *En bemyndigelseslov kan ikke gennem vendinger som de der har været benyttet i engelsk ret (ovf. s. 134) berøve domstolene den prøvelsesmagt der er hjemlet dem ved grdl. § 63⁶⁰.*

10. *Bestemthedskravet: Domstolenes prøvelsesmagt skal ikke kunne eluderes ved ubestemte bemyndigelser.*

Ligesom domstolenes kontrollerende magt ikke skal kunne berøves dem ved en direkte bestemmelse i bemyndigelsesloven herom, skal det samme heller ikke kunne ske indirekte derved at bemyndigelsens udtryk er så vage, ubestemte og intetsigende, at der i realiteten intet bliver at kontrollere. Ud fra dette synspunkt kan der opstilles et krav om en vis rimelig bestemthed af bemyndigelsen som betingelse for dens grundlovmæssighed. Det drejer sig altså her ikke om bemyndigelsens omfang. Synspunktet er alene, at hvad enten bemyndigelsen er af større eller mindre omfang bør den formuleres i udtryk af en sådan grad af præcision at en kontrol, parlamentarisk og judiciel, er mulig.

⁶⁰) Poul Andersen udtaler sig tvøvende, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 553.

Muligheden for at henvende sig til domstolene betyder for dem hvis interesser og rettigheder berøres mere end hvad der ligger i de relativt få tilfælde i hvilke administrative bestemmelser tilsidesættes som ulovmedholdelige. Den har også latente virkninger. Allerede selve muligheden for en domskontrol skærper den ansvarsbevidsthed hvorved administrationen går frem. Og af dem hvis interesser berøres føles det som en værdi i sig selv, ikke magtesløst at være underkastet administrativt forgodtbefindende. I denne forbindelse spiller det en rolle at de administrative bestemmelser træffes i regeringskontorer og nævn uden nogen forudgående offentlig debat der gør det muligt at intervenere ved henvendelse til partirepræsentanter eller udvalg, eller at appellere til den offentlige mening. De »garantier« man har talt om i forbindelse med parlamentarisk behandling ligger måske mere i det psykologiske end i det saglige plan, og forklarer at magtfulde hos administrationen i højere grad opleves som »despoti« end tilsvarende magtbeføjelser hos folkerepræsentationen.

Det er naturligvis et meget delikat skønsspørgsmål, hvilken grad af bestemthed der må kræves for at en bemyndigelse skal kunne godkendes. Det må blive domstolenes sag at tage stilling hertil. Det er lettere at opstille et mønster for hvad der bør indgå i den fuldgode bemyndigelsesbestemmelse.

En sådan, mener jeg, bør indeholde angivelse af (1) det formål der skal efterstræbes; (2) de foranstaltninger (midler) der kan træffes til fremme af formålet; og (3) de positivt eller negativt bestemte hensyn der herved vil være at iagttage.

Mest ubestemt er bemyndigelsen hvis den indskrænker sig til at angive et formål, og tilmed udtrykker dette i vendinger der ikke er virkelig deskriptive, men blot dækker over skøn og vurderinger der ikke siger noget fordi alle kan være enige om formen, men ikke om hvad der kan udledes af den. Således, fx, hvis man tænkte sig en bemyndigelse til at foretage foranstaltninger til »fremme af erhvervslevet«, eller til »imødegåelse af landets økonomiske vanskeligheder«. Noget nær en sådan tom formel foreligger i den bemyndigelse der ved lov nr. 245 af 27. maj 1908 blev givet landbrugsministeren til »i det hele at træffe sådanne bestemmelser, som kunne antages at gavne udførselen af de omhandlede varer«.

Men selvom formålet er bestemt i mere ægte deskriptive vendinger, er en bemyndigelse der ikke indeholder anden begrænsning dog højst ubestemt. Dels fordi formålet er noget subjektivt og vanskeligt

konstaterbart. Dels fordi en sådan formulering ganske overlader det til administrationens skøn, hvilke midler der skal bringes i anvendelse til formålets opnåelse. Det er jo aldrig således at et formål kan forfølges hensynsløst med et hvilket som helst middel. Hensigten heller ikke midlet. Afgrænsningen af de tilladelige midler er i eminent grad en politisk opgave der ikke bør overlades til administrationens skøn. En god bemyndigelse bør derfor også indeholde angivelse af de midler der kan bringes i anvendelse, dvs. angivelse af de foranstaltninger der kan iværksættes, af hvilket indhold trufne bestemmelser kan være.

De fleste bemyndigelser er formålsbestemte. Men det forekommer også at de uden angivelse af noget formål er blot genstandsbestemte, fx en bemyndigelse til at udstede prisregulerende forskrifter. Selvom sådanne bemyndigelser er mindre farlige end de blot formålsbestemte, kræver en god bemyndigelsesformulering angivelse af såvel formål som genstand (middel).

Men dette er ikke tilstrækkeligt. Selvom et middel pricipielt er anerkendt som egnet og tilladeligt til et vist formåls fremme, betyder dette ikke at midlet kan anvendes under alle omstændigheder og for enhver pris. Det kan nemlig tænkes at det foruden at tjene formålet har andre, uønskede sidevirkninger. Intet formål er det eneste i verden, det er altid led i en sammenhæng af formål og værdier. Skal en bemyndigelse være en instruktion der udtrykker de retningsgivende politiske principper, bør den derfor også indeholde en angivelse af de positivt eller negativt formulerede hensyn der vil være at iagttage ved foretagelse af de tilladte foranstaltninger til formålets virkeliggørelse.

At dette mønster, selvom det udtrykker et ideal, dog langtfra er en fantasikonstruktion, fremgår af lovbkg. nr. 302 af 14. december 1955 om erhvervsøkonomiske foranstaltninger, vareforsyning m. v., der udviser en ikke dårlig tilnærmelse til idealet. I § 1(1) bestemmes de almindelige formål som de enkelte bemyndigelser skal tjene. Disse fastsættes i de efterfølgende paragraffer, bestemt dels ved mere specielle formål, dels ved de foranstaltninger der kan træffes. I § 1(2) angives forskellige positivt og negativt bestemte hensyn der vil være at iagttage ved lovens administration.

11. *Tidsbegrænsning er ikke påkrævet.*

Man har været inde på den tanke at en bemyndigelseslovs grundlovsmæssige gyldighed skulle være betinget af at den er tidsbegrænset. Dette synspunkt kan ikke anerkendes. Det er uden hold i grundloven, og ingen afgørende praktiske hensyn taler herfor.

Ernst Andersen har henvist til de ulemper, der kan opstå dersom en bemyndigelseslov, vedtaget under en regering, repræsenterende en vis partikonstellation, af en efterfølgende regering, repræsenterende en anden partikonstellation, administreres i strid med de forudsætninger hvorunder den var givet⁶¹). Man må give Poul Meyer medhold i, at der ikke kan tillægges dette forhold nogen betydning. Folketinget har til enhver tid magt til at tilbagekalde bemyndigelsen. En tidsbegrænsning, dvs. en anteciperet tilbagekaldelse, kan ikke være påkrævet. Noget andet er at en udøvelse af bemyndigelsen i strid med klare forudsætninger vil kunne underkendes af domstolene som ulovmedholdelig⁶²).

12. *Delegation af lovgivningsmagt kan finde sted med utvetydig, om ikke udtrykkelig, hjemmel.*

Som forklaret ovf. s. 146 må, efter rigtig forståelse af maximen *delegata potestas non potest delegari*, formodningen være for at lovgiveren kan delegere sin magt til administrationen, altså bemyndige denne til at udstede anordninger med derogatorisk kraft (lovskraft). Der er ingen holdepunkter i grundloven for det modsatte, og det er fast antaget i praksis at bemyndigelsen kan have dette indhold. Det er et fortolkningsspørgsmål under hvilke betingelser en sådan bemyndigelse skal antages at foreligge. Svaret er formentlig at der må udkræves utvetydig hjemmel, uden at denne behøver at være udtrykkelig⁶³). Utvetydig er hjemmelen når det på forhånd må kunne indses at lovens formål ikke vil kunne virkeliggøres, eller tilladte foranstaltninger ikke gennemføres, uden ved at ophæve eller ændre bestemte bestående love. Når fx lov nr. 206 af 20. april 1917 bemyndiger indenrigsministeren til at påbyde forøget brændehugst på enhver skovejendom, ligger heri en utvetydig hjemmel til at fravige skovforordningen af

⁶¹) Ernst Andersen, *Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen* (1940), 71.

⁶²) *Op. cit.* (se ovf. note 57), 239–240 med domshenvisninger.

⁶³) Således også Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 554.

27. september 1805. Derimod er hjemmelen ikke utvetydig blot fordi det under lovens administration viser sig hensigtsmæssigt at kunne derogere visse lovbestemmelser. Da lov nr. 406 af 3. august 1940 om erhvervsøkonomiske foranstaltninger m. v. blev givet kunne det ikke forudses at de forbrugsbegrænsende foranstaltninger, hvortil handelsministeren bemyndigedes, ikke skulle kunne gennemføres uden en ændring af konkurrencelovens udsalgsbestemmelser. Hjemmelen hertil er ikke utvetydig og reglerne i bkg. nr. 641 af 12. december 1940 angående sæsonudsalg burde formentlig være udstedt i lovsform. Samme synspunkter gælder for bkg. nr. 421 af 6. oktober 1941 angående lukning af butikker og lagre m. v. der ændrer en række bestemmelser i lukkeloven.

Udtrykkelig derogationshjemmel vil som regel være begrænset til at angå visse bestemmelser i selve bemyndigelsesloven⁶⁴). Generelle derogationsbemyndigelser som de engelske Henrik VIII-klausuler (ovf. s. 133), er hidtil ikke forekommet i dansk ret.

13. *Begrænsninger der kan udledes af grundlovens forudsætninger: Generalfuldmagt, almindelig fuldmagt, og bemyndigelser der ville give et lokalt område stilling som en ledstat eller en kommunal myndighed extralokal kompetence, er grundlovstridige.*

Forskellige begrænsninger i lovgiverens frihed til at udstede bemyndigelseslove kan endelig udledes af visse forudsætninger hvorpå grundloven, specielt dens § 3, bygger. Disse begrænsninger er dog af en sådan natur, at de næppe kan tænkes at få praktisk betydning, undtagen i revolutionære situationer hvor forfatningsretlige betragtninger alligevel næppe vil være udslagsgivende.

Grdl. § 3 betyder, rigtigt forstået, at den almindelige, grundlovs-umiddelbare kompetence til at anordne ret er hos kongen og folket i forening. Denne kompetence er almindelig, dels i den forstand at den omfatter enhver disposition der ikke er henlagt til andre organer; dels i den forstand at den territorielt omfatter hele riget. Dan-

⁶⁴) Se fx lov om handel med gødnings- og foderstoffer nr. 64 af 26. marts 1898 § 3 om bemyndigelse til at foretage ændringer i de i loven indeholdte regler om affattelse af garantibeviser når fremkomsten af nye gødnings- og foderstoffer, eller af nye analyseringsmetoder, gør det nødvendigt; valutalov nr. 360 af 13. december 1933 § 3(2) om bemyndigelse til handelsministeren til at foretage ændringer i lovens varefortegnelse.

mark er en enhedsstat. Vor forfatning kender ikke den opdeling af lovgivningsmagten mellem en central myndighed (forbundsstaten) og lokale myndigheder (ledstaterne) der er karakteristisk for en forbundsstat. Grdl. § 82 bestemmer at det kommunale selvstyre »ordnes ved lov«. Heri ligger at selvstyret ikke, som i en forbundsstat, er grundlovsumiddelbart, men afledt af lovgivningen og underordnet loven. Ingen kommunal bestemmelse kan af egen kraft have gyldighed i strid med rigslov. Omend det kommunale selvstyre ikke ganske kan afskaffes ved lov, beror dets omfang på lovgivningen.

Grundlovens system bygger videre på den forudsætning, at der i to retninger kan udgå bemyndigelser fra det lovgivende organ. Dels til det centrale udøvende organ, dvs. kongen, grdl. § 3; dels til lokale (kommunale) organer, jfr. grdl. § 82 der forudsætter et kommunalt selvstyre af et vist omfang.

Bemyndigelser i strid med disse grundlæggende forudsætninger er forfatningsstridige medmindre de er hjemlede ved en forfatningssædvane. Heraf kan nærmere følgende udledes:

a. En generalfuldmagt, dvs. en sagligt ubegrænset delegation af lovgivningsmagt er grundlovstridig. Ganske vist er, som påvist ovf. s. 144, delegation af lovgivningsmagt i streng forstand en logisk umulighed. Der kan aldrig i kraft af en lovbestemmelse skabes en kompetence der er fuldtud identisk med lovgiverens. Dette er den simple følge af, at lovgiverens kompetence er grundlovsumiddelbar, den delegerede kompetence pr. definition afledt af loven, og altså ikke grundlovsumiddelbar. Praktisk viser dette sig deri at den delegerede kompetence til enhver tid kan ophæves ved ny lov. Men uanset denne principielle forskel kan der ikke være tvivl om at en generalfuldmagt er grundlovstridig.

b. Det samme må gælde, når fuldmagten er almindelig, dvs. når den omfatter alle anliggender der ikke særligt undtages.

c. Det samme må måske også antages når fuldmagten er almindelig i den forstand, at den omfatter, ikke særligt nævnte anliggender, men omfattende dele af retssystemet, fx den borgerlige ret eller straffelovgivningen.

d. Som nævnt bestemmer grundloven at den (centrale) udøvende magt er hos kongen. For så vidt skulle man tro at bemyndigelser af

central art kun kan gives til kongen. Det er imidlertid forlængst fast anerkendt i praksis at ministrene er selvstændige forvaltningschefer, hvoraf følger at bemyndigelser også må kunne meddeles disse og de dem underordnede, centrale eller decentraliserede, organer. Ligeledes synes det stridende mod grundlovens forudsætning om, at den udøvende magt er hos kongen (ministrene), dersom bemyndigelser meddeles til autonome eller semiautonome organer, dvs. organer der ikke står i underordningsforhold til en minister, eller i hvert fald kun er undergivet et vist tilsyn der ikke omfatter sædvanlig instruktion og rekurs⁶⁵). Alligevel har sådanne selvstændige forvaltningssubjekter (fx Danmarks Nationalbank, Statsanstalten for Livsforsikring) ubestridt hjemmel i praksis. Også på dette punkt må grundloven anses for ændret i kraft af forfatningssædvane.

e. Forudsætningen om, at det danske rige er en enhedsstat (grdl. §§ 3 og 82), udelukker en bemyndigelse til lokale organer der ville give et vist lokalt område stilling som en ledstat i en forbundsstat. Dette vil være tilfældet såfremt der tillægges de lokale bestemmelser på visse sagområder sådan kraft, at de ikke blot derogerer rigslov, men yderligere ikke kan fortrænges af rigslov. At en sådan retsstilling ikke kan skabes ved lov følger allerede deraf at den bemyndigende lov til enhver tid kan ophæves ved ny lov.

Grdl. § 82 er derimod ligeså lidt som dens § 3 til hinder for delegation af lovgivningsmagt, dvs. bemyndigelse til udstedelse af kommunale bestemmelser med derogatorisk kraft.

Ved lov om Færøernes hjemmestyre nr. 137 af 23. marts 1948 har en usædvanlig vidtgående delegation af lovgivningsmagt til lokale myndigheder fundet sted. Ifølge lovens § 4 har hjemmestyret (dvs. lagting og landsstyre), for de områder der efter reglerne i §§ 2 og 3 henføres under færøske særanliggender, »den lovgivende og administrative myndighed«. De af lagtinget vedtagne og af landsstyrets formand stadfæstede love benævnes lagtingslove. Terminologien er usædvanlig og klart udtryk for en delegation af lovgivningsmagt. Terminologien er ideologisk begrundet i ønsket om at markere den særstilling som Færøerne i national, historisk og geografisk henseende indtager indenfor riget, jfr. lovens indledning. Retligt adskiller lagtingslovene sig ikke fra anordninger med derogatorisk kraft, og retligt må det færøske hjemmestyre karakteriseres som et kommunalt selvstyre af

⁶⁵) Jfr. Poul Andersen, *Dansk Forvaltningsret* (3. udg. 1956), 64 f.

usædvanlig vidtgående omfang. Der er intet holdepunkt for at anse loven for grundlovsstridig⁶⁶). Der ville forfatningsretligt intet være til hinder for at etablere en tilsvarende ordning for Amager eller Taasinge, men politisk lader en så usædvanlig ordning sig naturligvis kun forsvare ud fra hensynet til Færøernes særstilling.

Forudsætningen for ethvert kommunalt selvstyre er naturligvis at de kommunale anordninger (vedtægter m. v.) kun har gyldighed for vedkommende territoriale område. En bemyndigelse til en kommunal myndighed til at udstede anordninger med landsgyldighed ville være grundlovsstridig.

14. *Bemyndigelsens omfang: Nogle fortolkningssynspunkter.*

Omfanget af den ved en lov meddelte bemyndigelse beror på en konkret fortolkning i hvert enkelt tilfælde. Nogle almindelige fortolkningssynspunkter kan dog anføres.

Ifølge rigtig forståelse af maximen *delegata potestas non potest delegari* må formodningen være imod subdelegation. Sådant må derfor kræve utvetydig hjemmel. Herved må erindres at subdelegation, efter den forståelse af maximen der er forsvaret i nærværende afhandling, kun foreligger dersom der er tillagt subdelegatus myndighed til at udstede anordninger af samme kraft som tilkommer dem der kan udstedes af subdeleganten. Princippet udelukker derfor ikke at det uden hjemmel kan overlades til specielle eller lokale suborganer at træffe bestemmelser af afledt og underordnet gyldighed til supplerende af de af subdeleganten selv truffene dispositioner. I praksis synes subdelegation anerkendt i betydeligt omfang uden lovhjemmel. Hjemlen må da søges i sædvanen⁶⁷). Undertiden forekommer klart uhjemlede overskridelser. Som eksempel herpå kan nævnes anordning nr. 173 af 8. aug. 1914 om nedsættelse af en overordentlig kommission, hvorved indenrigsministeren uden hjemmel subdelegerede til kommissionen den myndighed – og mere til – der var tillagt ham ved prisreguleringsloven nr. 164 af 7. august 1914.

Iøvrigt må det være et ledende synspunkt for fortolkningen at beføjelser der er usædvanlige, eller i strid med traditionelle synspunkter om god lovgivningspolitik, ikke antages uden utvetydig hjemmel, der

⁶⁶) Anderledes Poul Meyer, *Færøernes Retsstilling*, Juristen 1947, 289 f., 298.

⁶⁷) Se Poul Meyer, *Delegation af administrativ kompetence*, U, 1954, 29 f.

dog efter omstændighederne ikke behøver at være udtrykkelig. Det kan være tilstrækkeligt at hjemmelen klart fremgår deraf at lovens formål ikke vil kunne virkeliggøres uden at bemyndigelsen antages at omfatte en vis beføjelse. Dette synspunkt finder anvendelse på beføjelse til at udstede anordninger med derogatorisk (jfr. ovf. s. 160) eller tilbagevirkende kraft. Beføjelse til at pålægge straf⁶⁸⁾ eller afgifter⁶⁹⁾ bør vistnok kun anerkendes, hvor der er udtrykkelig hjemmel dertil.

15. *En rutinemæssig politisk-parlamentarisk kontrol med udøvelsen af administrationens bemyndigelser ville være ønskelig.*

De forfatningsmæssige skranker for en bemyndigelses- og fuldmagtslovgivning er, som det vil fremgå af det foregående, få og beskedne. Den praktisk mest betydningsfulde er, i mine øjne, den der følger af grdl. § 63: domstolenes prøvelsesret må ikke udelukkes eller eluderes. Men selv under forudsætning af god vilje hos lovgivning og administration til at respektere dette synspunkt, vil det i praksis næppe være muligt at undgå at bemyndigelserne i vidt omfang bliver af så elastisk karakter, at den judicielle kontrol ikke kommer til at betyde meget. Det er efter min mening den største betænkelighed den moderne lovgivningsteknik har ført med sig, at princippet om lovmæssig forvaltning (*the rule of law*) undermineres. Uden at princippet fornægtes, udvandes det i samme omfang som lovhjemmelen er rent formel, medens der i materiel henseende indrømmes administrationen en mere eller mindre ubunden skønsmæssig frihed. Domstolenes prøvelsesmagt består uanfægtet, men den bliver illusorisk i samme omfang som der i realiteten ikke er noget at efterprøve. Det forfatningsinstitut, der var centralt i den liberale stat, bliver mere og mere rudimentært. At stritte imod udviklingen ved at indføre et forfatningsforbud imod delegation af lovgivningsmagt fører – som erfaringerne fra Frankrig har vist – ingen vegne hen. Berlins tilsvarende forsøg på at kræve vidtgående bemyndigelseslove tilsidesat som grundlovstridige var teoretisk ubegrundet og praktisk virkningsløst. Med den stilling domstolene her i landet indtager til prøvelse af loves grundlovmæs-

⁶⁸⁾ Den opfattelse, at administrationen ikke formodes kompetent til at pålægge straf, har rod langt tilbage i dansk administrativ praksis.

⁶⁹⁾ Modsat U. 1939. 93 H., jfr. Poul Meyer, *op. cit.* (se note 57), 247.

sighed – der ikke skal kritiseres – kan vi ikke forvente at domstolene skal kunne bremse en udvikling der bæres frem af stærke kræfter og forståelige behov. Det der påkræves, om vi ikke mere og mere skal glide over i et bureaukratisk enevælde, er nye og mere adækvate kontrolforanstaltninger.

Forskellige former herfor kan komme på tale. En vej ville være at udbygge domskontrollen gennem indførelse af forvaltningsdomstole med myndighed til at efterprøve, ikke blot legalitetsspørgsmål, men også hensigtsmæssighedsspørgsmål. Imidlertid tror jeg ikke denne vej vil føre frem. Den »hensigtsmæssighed« det drejer sig om, når der er tale om kontrol med udnyttelsen af vidtgående bemyndigelser til at udstede anordninger, er af udpræget politisk natur. Forvaltningsdomstolene har deres eksistensberettigelse i dommernes særlige administrativ-tekniske indsigt. Men det er ikke det der her er udsлаг-givende. Den kontrol der her kræves er så politisk præget, at den kun effektivt kan udøves af den myndighed der repræsenterer den politiske magt og bærer det politiske ansvar: Folketinget.

Tanken må derfor ledes hen på en politisk-parlamentarisk kontrol. Opgaven må være på en eller anden måde at sikre at Folketinget, trods den vidtgående magtdelegation, og trods den overvældende vækst og komplikation af det administrative apparat, dog kan forblive nationens kontrolbord hvorfra udviklingen i sin helhed kan, om ikke dirigeres i det enkelte, så dog følges og overvåges. Det ledende synspunkt må være det elementære, at det er naturligt og nødvendigt, at den der giver en anden fuldmagt til at handle på sine vegne, også kontrollerer at fuldmægtigen benytter sig af sin fuldmagt på en måde som fuldmagts giveren kan godkende. Dette må gælde med særlig styrke når fuldmagts giveren, som tilfældet er med folketinget, benytter sig ikke af een, men af mange fuldmægtige.

Man vil måske sige, at ingen særlige foranstaltninger er påkrævet i denne anledning. Det står til enhver tid Folketinget frit for at følge administrationens arbejde, udtale kritik, tilbagekalde bemyndigelser og møde misbrug med en mistillidserklæring. Selvom dette er sandt og kan have sin betydning i ekstreme tilfælde, turde det være klart at denne mulighed ikke tilfredsstiller behovet for en rutinemæssig kontrol. En sådan må nødvendigvis være organiseret og processuelt fastlagt.

Det er ovenfor (s. 135) nævnt at politisk kontrol med bemyndigelser er almindelig i England men at den først blev af nogen betyd-

ning efter at der blev organiseret et stående udvalg til at forberede dens udøvelse.

Her i landet er politisk kontrol ikke almindelig, men enkelte tilløb er dog forekommet⁷⁰). Nævnes kan især det i henhold til lov om erhvervsøkonomiske foranstaltninger nr. 302 af 14. december 1955 § 15 nedsatte folketingsudvalg. Det påhviler vedkommende minister overfor dette udvalg at redegøre for mere betydende foranstaltninger som gennemføres i medfør af lovens bestemmelser, og udvalgets samtykke skal forud indhentes til visse dispositioner, § 4(3) og § 5(2). Også andre spredte bestemmelser i lovgivningen kan anføres.

Det er ønskeligt at disse tilløb i fremtiden må blive fulgt op således at der sikres Folketinget en regelmæssig og rutinemæssig kontrol med udøvelsen af anordningsmyndigheden. Det er dog et spørgsmål om det i så fald ikke vil blive for kompliceret med et særligt udvalg for hver enkelt bemyndigelseslov, og om vejen ikke snarere må være nedsettelse af et eller flere stående folketingsudvalg med den opgave at overvåge forvaltningen af administrationens bemyndigelser.

⁷⁰) Se Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 556.

KAN DOMSTOLENES KOMPETENCE TIL AT PRØVE LOVES GRUNDLOVSMÆSSIGHED BERØVES DEM VED LOV?

1. Spørgsmålet om der tilkommer eller ikke tilkommer domstolene kompetence til at prøve loves grundlovmæssighed hører blandt dem der har været mest grundigt gennemdrøftet i dansk statsretlig teori. Især i den noget ældre. Det er naturligt at udviklingerne om spørgsmålet i den nyeste fremstilling af statsforfatningsretten, professor Poul Andersens, er mere refererende end argumenterende. For det er jo nu, efter den foreliggende højesteretspraksis, utvivlsomt gældende dansk ret at sådan kompetence tilkommer domstolene.

Har således det nævnte spørgsmål tabt sin problematiske karakter må til gengæld et andet melde sig der hidtil kun er drøftet sparsomt. Det er spørgsmålet, med hvilken »kraft« den etablerede prøvelsesret gælder: om den kan afskaffes ved blot simpel lov, eller om der hertil kræves vedtagelse i grundlovsform.

Det er dette spørgsmål der skal behandles her. Det er ingeniørlunde uden praktisk interesse. Som bekendt er der betydningsfulde politiske kredse der er modstandere af prøvelsesretten. Hvis derfor højesteret en dag skulle bekvemme sig til at underkende en lov af nogen politisk betydning, vedtaget af folketinget efter bevidst stillingtagen til spørgsmålet om dens forenelighed med grundloven, er det ikke utænkeligt at man indenfor de nævnte politiske kredse ville begynde at interessere sig for spørgsmålet om, på hvilken måde højesterets modstand retligt kan brydes, specielt om dette kan ske ved vedtagelse af en simpel lov der afskaffer prøvelsesretten.

Dette er den praktiske baggrund for mine overvejelser. Desuden er problemet teoretisk interessant fordi det fører dybt ind i spørgsmål om juridisk metode, retskilder og fortolkning.

Lad os tænke os, at der en dag vedtages en simpel lov af omtrent følgende indhold:

Det tilkommer ikke domstolene at påkende spørgsmål om, hvorvidt en af folketinget vedtaget lov efter sit indhold er forenelig med grundloven.

Det spørgsmål, der interesserer mig, er alene hvorledes det må antages at højesteret vil stille sig til denne lov når en part første gang efter dens vedtagelse appellerer til domstolen med påstand om at tilsidesætte en vis lovbestemmelse som grundlovstridig. Vil højesteret da afvise påstanden med bemærkning, at efter den vedtagne lov om domstolenes kompetence tilkommer det ikke disse at prøve grundlovsmæssigheden? Eller vil højesteret optage påstanden til påkendelse idet den samtidig tilsidesætter kompetenceloven som grundlovstridig?

Måske vil man hertil bemærke, at stillet på den måde rammer spørgsmålet ikke det væsentlige. Det væsentlige er, om en sådan kompetencelov er grundlovstridig, og dette kan den være uanset at den ikke tilsidesættes af højesteret. (Som bekendt har højesteret taget det standpunkt, at det er en betingelse for, at en lov kan tilsidesættes af domstolene, at den med en *vis sikkerhed* kan anses for grundlovstridig¹⁾). Hvad man end vil mene herom er det klart, at det praktisk betydningsfulde spørgsmål er, hvorledes højesteret vil reagere. Dette spørgsmål kan stilles, og det holder jeg mig til.

Der melder sig straks en pudsigt, logisk vanskelighed som jeg dog ikke skal fordybe mig i. Hvis højesteret skulle vælge at opretholde sin prøvelsesret og i kraft af denne tilsidesætte kompetenceloven opstår ikke noget problem. Men hvis derimod højesteret bøjer sig for loven synes dette at måtte forudsætte at højesteret først har prøvet loven og fundet den forenelig med grundloven. Men højesteret har da anvendt sin prøvelsesret netop på den lov som samtidigt antages at have ophævet prøvelsesretten med virkning fra sin forud liggende ikrafttræden. Praktiske vanskeligheder afføder dette logiske paradoks dog ikke.

Som problemet er stillet her er opgaven rent kalkulatorisk: hvorledes må det, ud fra de retlige betragtninger der har ført domstolene til at antage en prøvelsesret, i forbindelse med almindelige metodiske principper, antages at højesteret i det tænkte tilfælde vil reagere? Samtidig kan de betragtninger, der fremføres her, ikke frakendes en vis retspolitisk betydning. Jeg skriver nemlig ud fra den – måske naive og optimistiske – tro, at selve den udredning af problemet, der gives her, kan være medbestemmende for den beslutning højesteret vil træffe,

¹⁾ U. 1921. 644 H.

vel at mærke ikke fordi den fremføres af min ringhed, men fordi den sigter til at klargøre sagforhold som dommerne antagelig vil tillægge betydning *når de først står klare for dem*. Mine udredninger har karakter af en forudsigtelse med vis mulighed til at bestyrke sig selv²).

2. Såvidt mig bekendt er professor Poul Andersen den eneste danske forfatter der hidtil har beskæftiget sig med spørgsmålet, om domstolenes prøvelsesret er resistent overfor lov. Han skriver herom:

»Spørger man da, om lovgivningsmagten ad retlig vej direkte eller indirekte kan sætte prøvelsesretten ud af kraft, kan det nærmest liggende middel hertil synes at være en lov, der frakender domstolene prøvelsesret. Det er imidlertid klart, at lovgivningsmagten ikke kan smøge prøvelsesretten af sig, hvis domstolenes adgang til at tilside-sætte grundlovstridige love beror på en fortolkning af grundloven eller på en principiel opfattelse af forholdet mellem grundlov og lov. Men det samme gælder, hvis domstolenes prøvelsesret antages at have sædvaneretlig hjemmel; thi en sådan sædvaneret må, som det er antaget i Norge, stå i rang med grundlovsbestemmelser, således at den ikke kan ændres ved almindelig lov. Det er da også ved forslag om en grundlovsændring, at man i Norge har gjort forsøg på at afskaffe domstolenes prøvelsesret«³).

Som man vil se, tager forfatteren ikke stilling til, hvad der må antages at være prøvelsesrettens »retsgrundlag«⁴). Der nævnes tre muligheder: 1) en fortolkning af grundloven; 2) en principiel opfattelse af forholdet mellem grundlov og lov; og 3) en retssædvane. Forfatteren har øjensynligt ikke fundet det påkrævet at tage stilling til disse

²) Jfr. hertil Alf Ross, *Om Ret og Retfærdighed* (1953), 61–64, hvor jeg har omtalt det mærkelige forhold at enhver socialvidenskabelig prognose, når den kundgøres for andre, er en realfaktor der har mulighed for at påvirke det handlingsforløb den angår, og derved efter omstændighederne bestyrke eller afsvække sin egen sandhedsværdi.

³) Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 460–61. Knud Berlin, *Den danske Statsforfatningsret II* (1939), 75, går uden nogen drøftelse eller begrundelse ud fra at den bestående ordning kun kan ændres ad grundlovsvejen (eller ved ny højesteretspraksis). Troels G. Jørgensen, U. 1933 B 300, antager at der foreligger en retssædvane men tager, så vidt jeg kan forstå, ikke stilling til spørgsmålet om dennes retskraft.

⁴) I et tidligere arbejde, Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret I* (1944), siges det derimod (142 note 1), »at spørgsmålet om domstolenes adgang hertil [til at tilside-sætte grundlovstridige love] beror på en fortolkning af grundloven« og et senere sted (150) anføres prøvelsesretten som eksempel på en retsdannelse med hjemmel i retspraksis, der ikke har medført dannelsen af en retssædvane.

muligheder idet konsekvensen i alle tilfælde antages at være den samme, nemlig at den bestående ordning gælder med retskraft eller rang som grundlov og derfor ikke kan ændres eller ophæves ved simpel lov. Den i forhold til spørgsmålets vigtighed meget summariske diskussion kunne tyde på at resultatet opfattes som ret selvfølgeligt. Det er dog vist ikke tilfældet.

I det følgende vil først (under numrene 3–6) retsgrundlaget blive drøftet, derefter (7–8) de konsekvenser der kan udledes heraf med hensyn til, hvilken fremgangsmåde der er påkrævet for at ophæve prøvelsesretten.

3. For at tage stilling til, hvorvidt retsgrundlaget for domstolenes prøvelsesret med rette kan siges at være en *grundlovsfortolkning*, vil det være hensigtsmæssigt først at minde om nogle historiske kendsgerninger.

I sin fremragende afhandling *Rigsdagen og Domstolene*⁵⁾ har professor Poul Andersen givet en indgående skildring af de forhandlinger der på den grundlovgivende rigsforsamling blev ført vedrørende spørgsmålet om domstolenes prøvelsesret. Heraf fremgår, at grundlovskomiteen havde stillet forslag om indsættelse af en sålydende § 81: »Alle love og anordninger, der ere i strid med grundlovens bestemmelser, ere forsåvidt uden gyldighed.« Efter en udførlig drøftelse, i hvilken adskillige ytrede sig imod anerkendelse af en prøvelsesret (og ikke blot imod at en sådan blev fastslået i grundloven) og andre til fordel for en prøvelsesret, stillede Tscherning et ændringsforslag, hvorefter bestemmelsen indskrænkedes til at gælde kun *hidtil* udkomne love og anordninger – hvorved altså en prøvelsesret ville være positivt udelukket. Dette ændringsforslag blev vedtaget med 65 stemmer mod 58. Men derefter forkastedes hele paragraffen med 114 stemmer mod 1.

»De to afstemninger,« siger professor Poul Andersen, »viser intet afgørende om rigsforsamlingens stilling til prøvelsesretten, *udover at den ikke ønskede prøvelsesretten positivt fastslået i grundloven*«⁶⁾.

⁵⁾ I *Den Danske Rigsdag 1849–1949*, udgivet af statsministeriet og rigsdagens præsidium, bd. V (1953), 479–551.

⁶⁾ Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 463, og omtrent ligelydende *Den Danske Rigsdag* (se note 5) bd. V, 518–19. Fra anden side (Ernst Andersen, *Forfatning og Sædvane* (1947), 74 f. i tilslutning til udtalelser af Zahle under en debat i folketinget 1925–26) har man ment at kunne drage den videregående slutning af for-

Jeg har tilladt mig at understrege de sidste ord som må blive af betydning for spørgsmålet om, hvad der kan udledes af grundloven ved fortolkning.

Dernæst ønsker jeg at minde om, at det er almindeligt anerkendt, også af de forfattere der har forsvaret prøvelsesretten, at ligesom en sådan ikke direkte er hjemlet i grundloven, kan den heller ikke udledes af (eller udelukkes ved) nogen enkelt grundlovsbestemmelse. De paragraffer der har været nævnt i denne forbindelse er nuværende grundlovs §§ 3, 23, 63 64 og 88. Det er især § 88, eller de tilsvarende tidligere bestemmelser, altså reglerne om den særlige grundlovsprocedure,

handlingerne, at rigsforsamlingen klart og utvetydigt har taget afstand fra prøvelsesretten. Jeg mener, at professor Poul Andersen har ret, forsåvidt der ikke *med sikkerhed* kan slutes mere end han har gjort. Den første afstemning viser utvetydigt, at flertallet *ikke ønskede prøvelsesretten fastslået i grundloven*. Argumentet for, at man ikke uden videre kan ligestille dette med at flertallet *var imod prøvelsesretten*, er at samme flertal dog undlod at stemme for det ændrede forslag hvis vedtagelse ville have udelukket prøvelsesretten ved en modsætningslutning. – Hertil bemærkes, at flertallets holdning naturligvis kan tænkes motiveret med et ønske om at lade spørgsmålet stå åbent. Men denne tolkning forekommer mig ikke at være den sandsynligste. Dels fordi det er mærkeligt, at kun een af de talere, der i debatten havde ytret sig decideret imod prøvelsesretten (og ikke blot mod dens stadfæstelse i grundloven), skulle have fastholdt sin opfattelse. Dels fordi det er nærliggende at antage, at flertallet undlod at stemme for den ændrede paragraf simpelthen fordi den i sin ændrede skikkelse måtte forekomme som en banalitet lidet egnet til at figurere i landets forfatning. Hermed stemmer det, at Tschernings ændringsforslag intetsteds i debatten ses opfattet ud fra det synspunkt (der nu anlægges), at det positivt ville udelukke prøvelsesretten. Tscherning selv betoner, at hans hovedhensigt var at vælte den af udvalget foreslåede paragraf, men at han, da han ikke var sikker på at dette ville lykkes, har påtaget sig »den byrde at foreslå en lille forandring deri, som gør den så ubetydelig som muligt« (*Beretning om Forhandlingerne på Rigsdagen 1848–49*, sp. 3380). Ændringsforslaget har altså været taktisk motiveret og tænkt at ville gøre § 81 betydningsløs og ikke til en betydningsfuld bestemmelse til positiv udelukkelse af prøvelsesretten. (At Tscherning var en oprigtig modstander af prøvelsesretten kan vist ikke betvivles). Den her antagne tolkning af den anden afstemning er ikke uforenelig med Ørsteds oplysning (*Prøvelse af Udkast til en Grundlov og en Valglov*, 1849, 501 noten), at udvalget, hvis flertal jo repræsenterede prøvelsesrettens tilhængere, opgav at stemme for paragraffen, da den ikke kunne sættes igennem som gældende også for fremtidige love, og uden tvivl har ment, at man derved lod det være et åbent spørgsmål, om ikke domstolene dog havde myndighed til at prøve loves grundlovsmæssighed.

Jeg mener altså, at det er *mest sandsynligt*, at et flertal af rigsforsamlingens medlemmer var modstandere af prøvelsesretten og ikke blot af dens stadfæstelse i grundloven. Men da denne tolkning ikke er nogen nødvendig forudsætning for mine efterfølgende ræsonnementer, er jeg tilfreds med at bygge på det der *med sikkerhed* kan udledes af forhandlingerne.

der har spillet en rolle i diskussionen. Den forfatter der er gået længst i retning af at finde støtte for prøvelsesretten i grundloven er Berlin; men selv han vil dog ikke påstå, at prøvelsesretten kan »udledes« af daværende grdl. § 94, men kun at antagelse af en prøvelsesret stemmer bedst med denne paragraf i forbindelse med den i retsstatens begreb liggende formodning for, at alle i grundloven opstillede regler er virkelige retsregler i den forstand at de kan håndhæves ved domstolene⁷⁾.

Også professor Poul Andersen er af den opfattelse, at prøvelsesretten ikke kan udledes af nogen enkelt grundlovsbestemmelse⁸⁾.

Dette resultat forekommer mig ubestrideligt rigtigt. Efter hvad der er oplyst om forhandlingerne på den grundlovgivende rigsforsamling må det være aldeles klart, at en subjektiv fortolkning, altså en fortolkning der sigter mod grundlovgivernes intention, ikke kan føre til antagelsen af en prøvelsesret. En sådan kan heller ikke støttes på en objektiv fortolkning i den forstand, at der skulle kunne påvises nogen grundlovsbestemmelse der logisk eller praktisk implicerer en prøvelsesret. Dette gælder specielt også for § 88. Holck har udtrykt det rammende:

»Grdl. § 95 [§ 88] røber vel forsåvidt en mistillid til den sædvanlige lovgivningsmagt, som den går ud fra, at denne, hvis ingen særlig forpligtelse pålagdes den, let ville føle sig fristet til at forandre grundlovens bestemmelser uden at have anstillet den grundige og omhyggelige prøvelse, som en sådan forandring bør forudsætte, men heri ligger ingenlunde den anskuelse, at lovgivningsmagten, når der pålægges den en forpligtelse til ikke at forandre grundlovens bestemmelser ad den sædvanlige lovgivningsvej, skulle ville tilsidesætte eller eludere denne forpligtelse.«⁹⁾

Tilbage står da kun den mulighed at hævde, at prøvelsesretten er udledt ved fortolkning af grundloven i dens helhed, af dens »ånd«. Men dette er i virkeligheden ikke andet end en talemåde. Når ingen

⁷⁾ Knud Berlin, *Den danske Statsforfatningsret, anden del* (2. udg. 1939), 67 og 71. På samme måde H. Matzen, *Den danske Statsforfatningsret, første del* (4. udg. 1910), 248 f.

⁸⁾ »Som grundloven ikke indeholder nogen bestemmelse, der udtrykkelig anerkender eller udelukker domstolenes prøvelsesret, kan der heller ikke af nogen enkelt grundlovsbestemmelse udledes nogen besvarelse af det omhandlede spørgsmål.« Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 464.

⁹⁾ Carl Georg Holck, *Den danske Statsforfatningsret* (1869), bd. II, 243.

enkelt bestemmelse kan påvises, der hjemler eller implicerer prøvelsesretten, kan denne på ingen måde siges at være indeholdt i grundloven, eller at kunne udledes af denne. Der foreligger en fri retsdannelse, der ikke ved at påberåbe sig »grundlovens ånd« kan opnå rang som grundlov¹⁰).

Jeg mener herefter at kunne fastslå, at den i praksis antagne prøvelsesret ikke har sit retsgrundlag i en grundlovsfortolkning.

Når alligevel vistnok mange jurister, uden nærmere analyse og begrundelse, er tilbøjelige til at anse det for noget nærmest selvfølgeligt, at domstolenes prøvelsesret er begrundet i en grundlovsfortolkning, beror dette formentlig på at man forudsætter, at løsningen af et centralt, materielt-forfatningsretligt spørgsmål *må* finde sin løsning i grundloven eller gennem en fortolkning af denne. Herved overser man, at der er adskillige materielle forfatningsretlige anliggender der ikke er reguleret, hverken direkte eller indirekte, i grundloven, men som *må* finde deres ordning ad anden vej¹¹). Hvor intet er, kan intet findes. Noget andet er, at jurister undertiden taler om »fortolkning«, hvor der i virkeligheden ikke er tale om at *udlede* noget af en lov, men tværtimod om at *lægge noget ind i den*. På denne måde skaber man sig et fiktivt dække i lovens autoritet for en fri retsskabelse. Hvis man i denne forstand vil sige, at prøvelsesretten hviler på en »fortolkning« af grundloven, bør man samtidig erkende, at hvad man således fiktivt har lagt ind i grundloven naturligvis ikke kan gøre krav på den retskraft der tilkommer det ægte grundlovsindhold.

4. Den næste af professor Poul Andersen nævnte mulighed er, at prøvelsesretten er begrundet i »en principiel opfattelse af forholdet mellem grundlov og lov«.

Formentlig sigtes der hermed til et eller flere af de »principper« der i tidens løb er blevet anført til begrundelse af prøvelsesretten, vel i første række det princip, at grundloven i kraft af de særlige regler om grundlovsproceduren besidder højere gyldighed end almindelige love, og at det derfor *må* være domstolenes opgave i tilfælde af modstrid mellem simpel lov og grundlov at give den sidste fortrinnet, på lignende måde som den yngre lov går forud for den ældre.

Nært beslægtet hermed er hvad Matzen kalder »den formelle rets princip« og som går ud på, at »intet retssubjekt selv *må* kunne ud-

¹⁰) Jfr. Knud Berlin, *a. st.*, 49.

¹¹) Se nærmere ndf. under punkt 7.

øve det endelige skøn over omfanget og grænsen for dets berettigelse, men at beføjelsen dertil netop må tilkomme andre«, hvorefter specielt følger at reglerne om grundlovsændring må være egentlige retsfor skrifter der kan håndhæves af domstolene overfor lovgivningsmagten. »Dette princip,« siges det, »må enhver stat på forhånd formodes at vedkende sig, så vist som dens opgave netop er retsideens fuldbyrdelse.«¹²⁾ Også Berlin påberåber sig »retsstatens princip«, omend i noget mere betingede vendinger¹³⁾.

Det kedelige ved disse og lignende¹⁴⁾ »principper« er blot, at de er aldeles vilkårlige og uhjemlede og egentlig blot postulater der fremsættes for derudfra at deducere den ønskede løsning. Man kan lige så let opstille modstående »principper«, som f. eks. Holck gør, når han vil udelukke prøvelsesretten i medfør af det princip, at det må tilkomme hver statsmyndighed selv at afgøre spørgsmålet om sin kompetence¹⁵⁾.

Hvad særligt den forestilling angår, at prøvelsesretten skulle være impliceret i grundlovens »højere gyldighed«, fremgår dens uholdbarhed måske mest tydeligt af den kendsgerning, at der forekommer og har forekommet forfatninger der hjemler en særlig grundlovsprocedure samtidig med at der ikke tilkommer domstolene nogen prøvelsesret.

Disse principløsninger er begrebsjurisprudens, og det kan efter den ånd, der præger retstænkningen i vor tid, næppe antages, at det er synspunkter af denne art der har begrundet højesterets standpunkt til prøvelsesretten, eller i dag ville blive accepteret som en holdbar begrundelse herfor.

5. *Retssædvanen* sammenblandes ofte i løsere sprogbrug med retspraksis. Man taler f. eks. om common law som en sædvaneret (i modsætning til en ret skabt ved lovgivning). Men der foreligger her to væsensforskellige retskildefænomener der bør holdes ude fra hinanden.

Med retssædvane som retskilde sigter man til den retsoverbevisning der fremgår af de retsundergivnes sædvanemæssige handlemåde. Med retspraksis derimod til de direktiver der fremgår af præjudikater,

¹²⁾ H. Matzen, *a. st.*, (2. udg. 1895), 282.

¹³⁾ Knud Berlin, *a. st.*, 67.

¹⁴⁾ Fx princippet om magtadskillelse der har været anført såvel til begrundelse som til bestridelse af prøvelsesretten (se Knud Berlin, *a. st.*, 68, cf. 65).

¹⁵⁾ Carl Georg Holck, *a. st.*, 240.

især en fast praksis. Da præjudikaterne selv fremtræder som begrundede i retskilder får retspraksis kun selvstændig betydning i det omfang domstolene optræder som retsskabende. Retspraksis er dommerskabt ret, ret udsprunget af domstolenes egen »retsoverbevisning«.

På statsforfatningsrettens område, hvor det drejer sig om kompetencer og pligter for de øverste statsorganer, må retssædvanen sigte til den retsoverbevisning der lægger sig for dagen hos aktørerne i forfatningslivet. Og der må vel at mærke være tale om en *almindelig* retsoverbevisning, dvs. en der deles af alle eller det overvejende antal af aktørerne der virker indenfor de forskellige forgreninger af statsmagten hvis retsstilling berøres af sædvanen¹⁶).

For at antage, at domstolenes prøvelsesret har sin rod i en retssædvane af forfatningsretlig karakter, må det derfor påvises at den er udsprunget af en retsoverbevisning der deles ikke blot af den ene part i sagen, domstolene, men også af den anden, lovgivningsmagten, eller rettere sagt af de aktører der er virksomme i denne: de politiske partier¹⁷).

Det turde nu være aldeles klart, at en sådan enstemmighed i opfattelsen ikke er til stede. Det er velkendt og fremgår med tydelighed af professor Poul Andersens historiske udredninger¹⁸), at fra den grundlovgivende rigsforsamling og op til vore dage har meningerne om prøvelsesrettens berettigelse været stærkt delte indenfor politisk toneangivende kredse, de politiske partier. Adskillige gange, især i forbindelse med loven af 4. oktober 1919 om lens, stamhuses og fideikommissgodsers overgang til fri ejendom, og grundlovsforhandlingerne 1937–39, har spørgsmålet været livligt drøftet på rigsdagen, og denne

¹⁶) Professor Poul Andersen må antages at dele denne opfattelse. I en drøftelse af, hvorvidt folketingsparlamentarismen (før grundloven af 1953) kunne anses for hjemlet ved sædvaneret, forudsættes det, at for at antage dette måtte den fornødne retsoverbevisning kunne påvises hos alle implicerede parter: kongen, de politiske partier og befolkningen i sin helhed. Det siges særligt, at en opfattelse hos et flertal af rigsdagspolitikere ikke ville være tilstrækkeligt til at konstituere en retssædvane (Poul Andersen, i note 4 *a. st.*, 144–46).

¹⁷) Folketinget som sådant har nemlig ikke givet udtryk for nogen retsopfattelse. Man kan spørge, om en sædvaneret måtte antages dersom folketinget gennem lovgivning forudsætningsvis havde accepteret prøvelsesrettens eksistens. Spørgsmålet er uden synderlig interesse da et krav om, at prøvelsesrettens afskaffelse kræver grundlovsform, ikke vil kunne begrundes selv om en sædvaneret antages at foreligge, jfr. ndf. under punkt 8.

¹⁸) Poul Andersen, *Rigsdagen og Domstolene*, i note 5 *a. st.* især 519 f.

har været delt i to stort set lige store partier af hvilke det ene har forsvaret prøvelsesretten lige så varmt som det andet har angrebet den¹⁹⁾). Fra modstandernes side, repræsenteret af socialdemokraterne og de radikale, er der faldet meget skarpe udtalelser pegende i retning af at man under ingen omstændigheder vil tolerere et overformynderi fra domstolenes side²⁰⁾). Det er velkendt, at man under forhandlingerne om den sidste grundlovsrevision med flid undgik at komme ind på spørgsmålet, fordi man var klar over at det var umuligt på dette punkt at opnå den enighed mellem de ledende partier der var den nødvendige forudsætning for gennemførelse af revisionen²¹⁾).

¹⁹⁾ Poul Andersen, *a. st.*, 531.

²⁰⁾ Se især Zahles udtalelser i 1926 i folketinget om, at spørgsmålet også er et magtspørgsmål, og at højesteret vil være magtesløs overfor et flertal i regering og rigsdag, omtalt af professor Poul Andersen, *a. st.*, 523.

²¹⁾ I bemærkningerne til grundlovsforslagets § 74 hedder det: »Der er i kommissionen enighed om, at der ikke ved bestemmelsen om domstolsprøvelse af 'ekspropriationsaktens lovlighed' er taget stilling til spørgsmålet om domstolenes adgang til at prøve loves forenelighed med grundloven, jfr. iøvrigt bemærkningerne til § 64.« I bemærkningerne til § 64 udtales: »Ved udformningen af bestemmelserne i §§ 64 og 74 er ikke tilsigtet nogen ændring i den hidtidige retstilstand med hensyn til spørgsmålet om domstolenes ret til at prøve loves grundlovsmæssighed.« Denne sidste udtalelse er misvisende idet den kan forstås som en godkendelse af den bestående prøvelsesret. For den der har haft lejlighed til at tage del i forfatningskommissionens forhandlinger kan der ikke være skygge af tvivl om, at der var fuld enighed om ikke at ville tage stilling til spørgsmålet om prøvelsesretten.

I *Juristen* 1959, 92, udtaler retspræsident C. Bang (i en anmeldelse af festskriftet til Poul Andersen i hvilket nærværende afhandling blev offentliggjort første gang) at der næppe kan lægges vægt herpå. »Rent objektivt ligger sagen således, at forfatningskommissionen trods den foreliggende bekendte retstilstand (den ved domstolene fastslåede prøvelsesret) ikke har foreslået denne ændret. Efter almindelige fortolkningsmæssige principper må den vedtagne grundlovs tavshed på dette punkt formentlig være ensbetydende med, at denne retstilstand må anses godkendt ved passivitet, uanset hvad der har været den egentlige årsag hertil fra forfatningskommissionens side.« Dette er galt. Passivitetsræsonnementet kunne kun med nogen rimelighed anføres hvis det stod fast, at domstolenes praksis havde karakter af fortolkning af en i grundloven indeholdt regel. Når rette bestrides kan der ikke tillægges passiviteten nogen godkendelsesvirkning – man kunne da lige så vel antage at en hvilken som helst anden foreliggende retspraksis, der var grundlovgiveren bekendt, var blevet stiltiende godkendt af ham. Hvad man end vil mene herom er det urimeligt på »objektivt« grundlag at postulere at grundlovgiveren har godkendt domstolenes prøvelsesret når det, som ovenfor citeret, i bemærkningerne til grundlovsforslagets § 74 udtrykkeligt siges, at der i kommissionen har været enighed om ikke at tage stilling til spørgsmålet. Denne klare udtalelse forbigår retspræsidenten i tavshed. Det kan tilføjes, at under forfatningskommissionens forhandlinger om formuleringen af grdl. § 73(3) blev det først foreslåede udtryk »ekspropria-

Under disse omstændigheder er det klart udelukket at hævde, at domstolenes prøvelsesret har sin rod i en retssædvane som udtryk for en almindelig retsoverbevisning hos forfatningslivets aktører.

I sin tidligere udgave af statsforfatningsretten, hvor spørgsmålet om forfatningens retsnormer er gjort til genstand for behandling (medens dette afsnit er udeladt i den senere udgave), går professor Poul Andersen også udtrykkeligt ind for, at prøvelsesretten ikke hviler på en retssædvane, men på retspraksis og en fortolkning af grundloven²²⁾.

6. Resultatet af de foregående undersøgelser har været negativt: domstolenes prøvelsesret kan ikke anses for begrundet hverken i grundlovsfortolkning, abstrakte principper eller en retssædvane – de tre muligheder, der blev nævnt i den under punkt 2 citerede passus.

Resultatet ville være nedslående hvis der ikke var andre muligheder. Men det er der. Professor Poul Andersen har selv angivet en sådan i sin ældre fremstilling: prøvelsesretten hviler på *retspraksis*²³⁾ – dvs. den er *dommerskabt ret*.

Hermed er intet sagt om, hvilke materielle hensyn der må antages at have motiveret domstolene til at beslutte sig for at antage prøvelsesretten, men blot det formelle at der her foreligger en fri retsdannelse ud fra »forholdets natur«.

Der er sket det, at domstolene er blevet stillet overfor det anbringende af en part i et søgsmål, at en vis lovbestemmelse må sættes til side som grundlovstridig. Domstolene har ikke kunnet komme uden om at tage stilling til spørgsmålet om de havde kompetence til at tage anbringendet under påkendelse. Men de har stået i en situation hvor de skulle afgøre et spørgsmål, hvis løsning ikke var hjemlet i nogle af de sædvanligt anerkendte, positive retskilder. Spørgsmålet var ikke afgjort i grundloven eller almindelig lov, ej heller ved retssædvane, almindeligt anerkendte »principper« eller (i begyndelsen) fast retspraksis. Det er sjældent, men langt fra enestående, at domstolene be-

tionens lovlighed« erstattet med det noget søgte og tunge udtryk »ekspropriationsaktens lovlighed«. Grunden hertil var – som det er oplyst af Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 790 – en af socialdemokrater og radikale næret frygt for, at førstnævnte udtryk kunne tages til indtægt for den opfattelse, at domstolene kunne påkende spørgsmålet om ekspropriationslovens overensstemmelse med grundloven. Det ligger hårdt når man overfor disse kendsgerninger ligefuldt vil hævde at forfatningskommissionen ved sin passivitet har godkendt domstolenes prøvelsesret.

²²⁾ Se ovf. note 4.

²³⁾ Se ovf. note 4.

finder sig i en situation af denne art. Hvad gør de da? De gør det eneste mulige: de afgør spørgsmålet efter bedste overbevisning, således som de i lys af deres almindelige retsbevidsthed og overvejelser over spørgsmålets samfundsmæssige betydning finder det rettest og rigtigst. Det er det man plejer at kalde en afgørelse ud fra »sagens natur«²⁴).

Hvilke forestillinger og hensyn, der er indgået i højesterets overvejelser og har bestemt domstolen til at acceptere prøvelsesretten kan man naturligvis kun gisne om. Det er ikke engang sikkert at de motiverende hensyn har stået dommerne selv ganske klart, men at de mere har handlet ud fra en »fornemmelse for det rigtige«. Jeg vil tillade mig at gætte på at afgørelsen har været motiveret af indstillinger bestemt dels ved deres profession, dels ved deres politiske partifarve – som de jo deler med andre dødelige. Som jurister af profession måtte de naturligt sympatisere med den tanke at kompetencen til at afgøre spørgsmål om en lovs grundlovmæssighed skal ligge hos et juridisk, ikke et politisk organ (rigsdagen) – ikke ud fra stands-egoistiske interesser, men i overensstemmelse med juristens professionelle etos. De ville mene at der hermed blev skabt de bedste garantier for individets rettigheder mod politiske magtovergreb. Som mennesker af formentlig overvejende konservativ partifarve ville de nok, mere eller mindre ubevidst måske, være tilbøjelige til i prøvelsesretten at se en ønskelig »konservativ garanti« i forfatningen der måske mere ved sin blotte eksistens end ved sin aktuelle udøvelse kunne virke som en bremse på yderligtgående radikale eksperimenter. Det kan vel også have spillet en rolle at prøvelsesretten i overvejende grad havde fundet tilslutning i doktrinen, og at de i tilslutning til Matzen og Berlin har ment i daværende grundlovs § 94 at finde en støtte for resultatet.

Men lad dette være hvad det vil. Det afgørende i denne sammenhæng er, at hvilke retlige og/eller politiske hensyn der end må have motiveret dommerne, så foreligger der her en dommerskabt ret ud fra »sagens natur«.

7. Nu er spørgsmålet: hvilke *konsekvenser* giver der sig heraf med hensyn til den fremgangsmåde der er påkrævet til at ændre den bestående retstilstand?

²⁴) Jfr. Alf Ross, *Om Ret og Retfærdighed* (1953), § 19.

Det står fast at grundloven ikke har villet ordne spørgsmålet om prøvelsesretten uanset at dette i sig selv er af forfatningsretlig natur. Der er intet mærkeligt eller enestående heri. Der er mange materielt forfatningsretlige anliggender der ikke er grundlovsordnede, fx valgordningen, domstolenes organisation, antallet af ministre m. v. I så fald må disse anliggender reguleres ad anden vej. I nogle tilfælde har grundloven givet anvisning på hvorledes det skal ske. Det er fx sagt at den dømmende magts udøvelse kun kan ordnes ved lov (§ 61), og at antallet af ministre bestemmes af kongen (§ 14). I andre tilfælde, som i det foreliggende, er ingen sådan anvisning givet. Dette må betyde at ordningen kan træffes i alle anerkendte former for rets-kabelse.

Der er altså intet om at grundloven skulle have forbeholdt domstolene gennem praksis at afgøre det uløste spørgsmål om prøvelsesretten. Der er intet der ville have udelukket lovgivningsmagten fra på et tidligt tidspunkt, jeg mener endnu før domstolene havde beskæftiget sig med sagen, at lovgive herom. På samme måde kan der ejheller nu, efter at en retspraksis er dannet, være noget til hinder for en lovgivning; for der er intet, hverken i grundloven eller i anerkendte retskildeprincipper, der skulle kunne gøre en retspraksis resistent overfor lovgivningsmagten. Det er tværtimod uomtvisteligt at loven har forrang overfor retspraksis.

Ræsonnementet kan måske tydeliggøres på denne måde: I 1849 undlod grundloven at tage stilling til spørgsmålet, ligesom den heller ikke anviste nogen bestemt vej til dets løsning. I 1860, fx, kunne derfor lovgiveren have afgjort spørgsmålet *bindende for domstolene*. Han gjorde det imidlertid ikke, men i 1920'erne tog domstolene, i mangel af en lovgivning herom, sagen op til afgørelse. Er denne afgørelse *bindende for lovgiveren*? Nej, for det følger af almindelige retskildeprincipper at retspraksis må vige for lovgivning og ikke omvendt. Afgørende er rangforholdet, ikke tidsforholdet. Det særegne, næsten pikante, ved den drøftede situation er, at det spørgsmål der står til afgørelse vedrører det indbyrdes kompetenceforhold mellem lovgiveren og domstolene. Hvem af parterne kan afgøre dette spørgsmål bindende for den anden? Der kan efter min mening ikke være tvivl om, at det ikke alene følger af sædvanlige anerkendte retskildeprincipper, men også giver sig af de politiske principper der bærer vor forfatning, at svaret må blive at afgørelsen må ligge hos lovgiveren.

Resultatet af vor undersøgelse må derfor blive, at en lov som den tænkte, der berører domstolene deres prøvelsesret, ikke vil blive underkendt af højesteret. I erkendelse af at prøvelsesretten ikke er hjemlet i grundloven, men indført af domstolene selv gennem en retspraksis begrundet i »forholdets natur« og som ikke kan være modstandsdygtig overfor lovgivningsmagten, vil højesteret for sidste gang udøve sin prøvelsesret med det udfald at loven anerkendes som gyldig og prøvelsesretten dermed bortfaldet²⁵).

8. For fuldstændigheds skyld skal der anstilles nogle yderligere, korte betragtninger over, hvilket udfald sagen ville få, dersom man i strid med det foran anførte vil antage at prøvelsesretten har sit grundlag i anden retskilde end retspraksis.

Hvis det antages at prøvelsesretten er hjemlet i grundloven, om end ikke udtrykkeligt så dog implicite, således at den ved egentlig fortolkning kan udledes af visse bestemmelser i grundloven, måtte konsekvensen blive at prøvelsesretten ikke kan ophæves ved lov.

Spørgsmålet er mere tvivlsomt, dersom prøvelsesretten tænkes udledt af visse »principper«. Den ville kun være uantastelig for så vidt disse principper kunne siges at være forudsat i grundloven.

Tænkes prøvelsesretten endelig grundet i en retssædvane må resultatet blive det samme som her antaget, at den kan ophæves ved simpel lov. Der må nemlig sondres mellem sædvaner der *ændrer*, og sådanne der *supplerer* en grundlovsbestemmelse.

»Såfremt en grundlovsbestemmelse er blevet ændret, kan en almindelig lov ikke ophæve eller ændre den opståede sædvaneret... Er der derimod tale om sædvaneret, der kun supplerer en grundlovsbestemmelse, må det antages, at sædvaneret kan ophæves eller ændres ved almindelig lov«²⁶).

Da det nu er anerkendt fra alle sider at prøvelsesretten *ikke er udelukket* ved nogen grundlovsbestemmelse, ses det ikke hvorledes den retssædvane, hvori prøvelsesretten antages hjemlet, skulle kunne ændre nogen grundlovsbestemmelse. Følgelig må der være tale om en supplerende sædvaneret der kan ophæves ved almindelig lov.

²⁵) Skulle der være nogen tvivl i dommernes sind, vil det antagelig blive udslagsgivende, at loven ikke med den for tilsidesættelse fornødne sikkerhed, jfr. ovf. note 1, kan siges at være i strid med grundloven.

²⁶) Poul Andersen, i note 4 a. st., 141. På samme måde Ernst Andersen, *Forfatning og Sædvane* (1942), 130–31.

9. Spørgsmålet kan endelig belyses magtpolitisk. Man kan spørge, hvad der kunne tænkes at ske dersom højesteret, mod forventning, skulle underkende en lov der frakendte domstolene deres kompetence. Det kunne naturligvis tænkes at folketinget ville akkviescere herved. Men det er næppe sandsynligt når man først havde tillagt sagen den betydning at vedtage en lov herom. Forudsætningen herfor ville jo antagelig være at højesteret forud havde underkendt en anden, ordinær lov, som folketinget lagde vægt på at få gennemført. Det sandsynlige er derfor at det ville komme til en politisk magtkamp.

Jeg skal ikke forsøge at gætte på, hvilke midler der ville blive bragt i anvendelse fra folketingets side, eller hvorledes kampen ville forløbe. Der kan tænkes mange muligheder i så henseende, men kun én, hvad kampens udfald angår. Efter den politiske ideologi der er rådende her i landet kan en magtkamp mellem folketinget og højesteret kun få ét udfald, højesterets nederlag. Hvis man tror at kunne støtte en modsat formodning på erfaringerne fra Amerika, overser man at højesteret her i landet aldrig i folkets bevidsthed har været betragtet som en hjørnesteen i forfatningen og båret op af de samme følelser af veneration som tilfældet er i Amerika.

Jeg tror at vore højesteretsdommere selv er klare over, at højesteret aldrig vil kunne stå sig i en politisk magtkamp overfor folketinget. Og jeg tror at de heller ikke nærer nogen aspirationer om at blive en politisk udslaggivende faktor. Hvis dette er rigtigt, bestyrker det yderligere den forudsigelse der her er gjort om, at højesteret vil bøje sig for den lov der berøver domstolene deres prøvelsesret. Velbegrundede retlige betragtninger taler som anført herfor. De støttes yderligere af forståelsen af at en modsat afgørelse sandsynligvis ville kaste højesteret ud i en politisk magtkamp, som højesteret ikke ville ønske, og som kun kunne føre til ét resultat.

MED HVILKEN HJEMMEL UDSTEDES ANORDNINGER?

1. Et blik på en tilfældig årgang af Lovtidende bekræfter det velkendte forhold at de retlige forskrifter der regulerer moderne samfundsliv i overvejende grad udgår i form af anordninger. I Lovtidende 1956 A og B er optaget 357 numre. Kun 90 af disse er love, resten, 267, anordninger (og meddelelser, ndf. nr. 3).

Spørgsmålet om, med hvilken hjemmel anordninger kan udstedes, og hvilken hjemmel der ligger bag hver enkelt anordning, er af stor praktisk betydning for borgerne. Vi betragter princippet om forvaltningens lovmæssighed og om domstolenes kontrol hermed, grdl. § 63, som grundlæggende i en demokratisk forfatning. Men forudsætningen for, at dette princip kan udfolde sig effektivt, er at der hersker klarhed såvel med hensyn til det almindelige spørgsmål om med hvilken hjemmel anordninger kan udstedes, som med hensyn til det specielle spørgsmål om med hvilken hjemmel en bestemt anordning er udstedt. Kun hvis der hersker klarhed i begge henseender har den hvis interesser berøres af en administrativt udstedt retsforskrift det fornødne grundlag til afgørelse af, hvorvidt der er tilstrækkelig anledning for ham til at søge anordningen anfægtet for domstolene. Desværre er ofte ingen af disse forudsætninger opfyldt.

Hvad angår det almindelige spørgsmål om den mulige hjemmel for udstedelse af administrative retsforskrifter er der naturligvis visse grundregler der står fast, især den at anordninger kan udstedes med hjemmel i en udtrykkelig og speciel bemyndigelse i en lov. De allerfleste anordninger er da også udstedt i kraft af sådan hjemmel. Men ikke alle, og så snart vi kommer udenfor de klare bemyndigelses område savnes der såvel i teori som i praksis enighed og klarhed med hensyn til hvilken anden hjemmel der kan komme på tale.

Hvad angår det specielle spørgsmål om hjemmelen til en bestemt anordning er det et beklageligt faktum at ikke så få anordninger selv

intet oplyser herom. Det forekommer mig at være et naturligt krav i en retsstat at administrationen, når den optræder som retlig anordnende myndighed overfor borgerne, bør *legitimere sig*, hvormed jeg netop mener at den bør tilkendegive den hjemmel som den selv formener at besidde til udfærdigelse af en vis retsakt. Kun når dette krav er opfyldt gives der på en fair måde borgeren den oplysning der er fornøden for at han kan bedømme aktens lovlighed og tage stilling til om han vil søge retsmidler bragt til anvendelse mod den. Hvis jeg fx fra en myndighed modtager pålæg om at fælde et træ i min have bør dette ske under henvisning til de retsregler der bemyndiger til at stille et sådant krav, og det skal ikke være min sag at anstille undersøgelser herom. På samme måde bør også de administrativt udstedte retsfor skrifter selv indeholde besked om den hjemmel hvormed de tænkes udstedt.

Der består antagelig en vis sammenhæng mellem de to nævnte sider af hjemmelsproblemet: når adskillige anordninger ikke legitimerer sig kan det hænge sammen med at administrationen selv ikke er ganske klar over hvor hjemmelen egentlig må søges.

Det forekommer mig at hvad der hidtil er skrevet om anordningshjemmelen efter gældende ret¹⁾ har savnet det fornødne erfaringsgrundlag i et studium af den foreliggende administrative praksis. En grundig empirisk undersøgelse vil imidlertid forudsætte et stort apparat og fortrolighed med administrationen i alle dens forgreninger. En sådan opgave har jeg ikke kunnet magte, men har foresat mig gennem en begrænset undersøgelse at yde et beskedent bidrag til belysning af praksis. Ideen er at i mangel af et større oplag måtte en *stikprøveundersøgelse* kunne være oplysende. Jeg har derfor begrænset undersøgelsen til centraladministrationens anordninger som de fremgår af Lovtidende A og B for årene 1955, 1956 og 1957.

De tre årgange omfatter tilsammen 1025 numre. Heraf er de 297 love. Resten, 728, fremtræder under navn af »anordninger« eller »bekendtgørelser«. Af disse er dog 47 ikke egentlige anordninger, d. v. s. ikke retsanordnende akter men simple meddelelser, se herom ndf. punkt 3. Undersøgelsen kommer herefter til at omfatte 681 anordninger. Hver af disse er blevet undersøgt med henblik på hjemmelsproblemet og alle tvivlsomme tilfælde er blevet drøftet med chefen

¹⁾ Poul Meyers undersøgelse i *Centraladministrationens Adgang til Udstedelse af Retsanordninger* (i *Centraladministrationen 1848–1948* (1948), 179 f.) er af historisk karakter.

for det pågældende departement. Selvom materialet ikke er overvældende har det dog, tror jeg, vist sig stort nok til at kaste nyt lys over spørgsmålet om anordningsmagts hjemmel.

I overensstemmelse med undersøgelsens formål har jeg i alle tilfælde interesseret mig for den *påberåbte* hjemmel og ikke for spørgsmålet om dennes holdbarhed. Formålet har været at få et billede af hvorledes man i praksis fra administrationens side har set på hjemmelsproblemerne. Det er ikke min mening hermed at sige at administrationens egen opfattelse må være det sidste og afgørende ord i sagen. Den kan naturligvis tænkes både underkendt af domstolene og kritiseret af teorien. Men i alle tilfælde vil den være en faktor af betydning som det er vigtigt at få belyst.

2. Med udgangspunkt i den foreliggende teori kan der sondres mellem følgende anordningstyper defineret efter den hjemmel med hvilken de formenes at kunne udstedes. Da anordninger aldrig har været systematiseret konsekvent ud fra dette synspunkt har jeg, beklageligvis, været nødt til delvis at skabe en ny terminologi.

a. *Bemyndigelsesanordningen*, det er den anordning der er udstedt i henhold til udtrykkelig og speciel bemyndigelse (af videre eller snævrere omfang) i en lov. Sædvanligvis betegnes anordninger af denne art som delegationsanordninger, men denne betegnelse er i mine øjne misvisende fordi den forudsætter at der i disse tilfælde foreligger delegation af lovgivningsmagt. Dette er imidlertid som påvist ovf. s. 136 f. ikke tilfældet, om delegationsbegrebet skal have et rimeligt indhold. At anordninger principielt kan udstedes med denne hjemmel anerkendes naturligvis af alle forfattere. En anden sag er at der gælder visse grænser for lovgiverens adgang til at give sådanne bemyndigelser. Om dette spørgsmål hersker der derimod ikke enighed og klarhed. Herom henvises til fremstillingen ovenfor s. 151 f.

b. § 22-anordningen, det er den anordning der antages at have hjemmel i grdl. § 22 hvori det siges, at kongen drager omsorg for lovens fuldbyrdelse. Sædvanligvis betegnes disse anordninger som udførelses- eller gennemførelsesanordninger. Denne terminologi er uheldig fordi den ikke tager sigte på hjemmelsgrundlaget men på anordningens indhold eller formål. Den gængse betegnelse adskiller dem ikke fra bemyndigelsesanordningerne for også disse går for det meste ud på at ud- eller gennemføre bemyndigelsesloven. Skønt hjemmelen

er givet direkte i grundloven er disse anordninger (om de findes) dog ikke grundlovsumiddelbare. De forudsætter en speciel lov, sker til fuldbyrdelse af denne, og har altså karakter af fuldbyrdende (udøvende) magt. Det særegne ved dem, i modsætning til bemyndigelsesanordningerne, ligger blot deri at hjemmelen ikke direkte er udtalt i loven men ligger i en generalklausul som grundloven en gang for alle har knyttet til enhver lov, nemlig at kongen er bemyndiget til at udstede sådanne anordninger der er *nødvendige* for lovens fuldbyrdelse efter sit formål.

Der er i litteraturen ikke enighed om, hvorvidt grdl. § 22 virkelig må forstås på den angivne måde, og om anordninger af denne type altså overhovedet kan forekomme. Dette antages i nyere litteratur af Berlin og Rasting men er blevet bestridt af Ernst Andersen med tilslutning af Poul Andersen og nærværende forfatter²⁾.

c. *Prærogativanordningen*, det er den anordning der udstedes med hjemmel i et kongeligt prærogativ (en regeringsbeføjelse) og som derfor ikke sker til fuldbyrdelse af loven men som en selvstændig, grundlovsumiddelbar initialakt, jfr. ovf. s. 66. Sædvanligvis betegnes disse anordninger som »selvstændige anordninger«, men udtrykket »prærogativanordning« er mere præcist. Det må herved bemærkes at således som dette udtryk her anvendes har det intet at gøre med den betydning hvori det er blevet anvendt af Ernst Andersen eller af mig selv i en tidligere fremstilling³⁾.

Det er dog kun de færreste kongelige prærogativer der kan tænkes at give sig udtryk i generelle retsforskrifter. På tale kan måske kun komme prærogativet i henhold til grdl. § 14, 2. pkt., hvorefter kongen bestemmer ministrenes antal og forretningernes fordeling imellem dem. En bestemmelse om ændret forretningsfordeling bør nemlig opfattes som en generel retsforskrift, en anordning. På samme måde som en ændret territorial inddeling betyder den nemlig, uanset sit tilsyneladende singulære indhold, en generel ændring af et sæt af kompetencenormer.

Det er et vigtigt men omstridt spørgsmål, hvorvidt grdl. § 3, der-

²⁾ Knud Berlin, *Den danske Statsforfatningsret* II (2. udg. 1939), 200; Carl Rasting i *T.f.R.* 1934, 55; Ernst Andersen, *Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen* (1940), 60 f.; Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 541; Alf Ross og Ernst Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* II (1948), 138.

³⁾ Ernst Andersen, *a. st.*, 33 f.; Alf Ross og Ernst Andersen, *a. st.*, 141.

ved at den henlægger »den udøvende magt« til kongen, indeholder hjemmel for et kongeligt prærogativ til udstedelse af visse anordninger. En bekræftende besvarelse har hidtil været herskende lære, baseret på en fortolkning af udtrykket »den lovgivende magt« der i samme paragraf henlægges til kongen og folketinget i forening. Dette udtryk, siges det, må forstås som sigtende til et begreb om lovgivning i materiel forstand bestemt ved friheds- og ejendoms-kriteriet, d. v. s. retsregler der angår borgernes retsstilling i deres indbyrdes forhold eller i forholdet til det offentlige. Modstykket hertil er, antages det videre, at det må tilkomme kongen på egen hånd som »udøvende magt« at udstede sådanne anordninger der ikke berører borgernes rettigheder, men retter sig til tjenestemændene og angår forvaltningens »indre« anliggender. Idet der herom henvises til den udførlige drøftelse i afhandlingen *Friheds- og Ejendoms-kriteriet*, ovf. s. 71 f., skal her kun kort bemærkes, at efter min opfattelse er den omtalte fortolkning af grdl. § 3 uholdbar. Den kan hverken begrundes historisk eller systematisk, og er uforenelig med den demokratiske ideologi der besjæler vor forfatning. De typer af anordninger – tjenesteinstrukserne og anstaltsanordningerne – som man har villet begrunde som hjemlede i grdl. § 3 kan ikke forklares på denne måde – de kan nemlig også vedrøre borgernes retsforhold – men må antages at have deres hjemmel i en stiltiende lovgiverbemyndigelse.

d. *Tjenesteanordningen* (tjenesteinstruksen), det er den anordning der er udstedt med stiltiende hjemmel i lovgivningen derved at der af denne etableres et over- og underordningsforhold mellem administrative organer der implicerer en instruktionsmagt for det overordnede organ.

e. *Anstaltsanordningen*, det er den anordning der er udstedt med stiltiende hjemmel i lovgivningen derved at der ved lov oprettes en »anstalt«, d. v. s. en institution til benyttelse eller betjening af borgerne og som står under det offentliges bestyrelse. Som eksempler herpå kan nævnes skoler, sygehuse, post-, jernbane- og telegrafvæsen. Det betragtes da som en selvfølge der ikke behøver udtrykkelig hjemmel, at det offentliges bestyrelse af anstalten må indbefatte adgang til at foreskrive nærmere regler for borgernes benyttelse af anstalten, især takstbestemmelser og ordensforskrifter. Da benyttelsen som oftest formelt er en frivillig sag kan disse forskrifter for så vidt også ses under synspunktet af vilkår som det står borgerne frit for at acceptere eller

ej. Ud fra dette synspunkt er de af Poul Meyer benævnt konditionalanordninger. Men dette synspunkt holder ikke altid stik. Det slår ikke til med hensyn fx til fængsler og i vist omfang heller ikke overfor sindssygehospitaler. Dertil kommer at synspunktet er illusorisk for så vidt borgerne i vidt omfang retligt eller dog faktisk er afskåret fra at oprette konkurrerende foretagender og for så vidt er tvunget til at benytte sig af de offentlige anstalter. Udtrykket anstaltsanordning vil derfor blive bibeholdt.

f. *Sædvaneretsanordningen*, det er den anordning der er udstedt med hjemmel i en forfatningssædvane. Roden til en sådan sædvane vil, vistnok i alle tilfælde, ligge i sådanne overgangsordninger der er omtalt ovf. s. 99f. Ved overgangen fra enevælde til fri forfatning var det, som omtalt, uomgængeligt nødvendigt i begyndelsen i vist omfang at lade førkonstitutionelle retsfor skrifter, der i lovgivningspolitisk forstand var af lovskarakter, vikariere for hjemmel i egentlig lov, altså en lov tilbleven i den ny, forfatningsmæssige form. Efterhånden som der blev lovgivet på de pågældende områder faldt disse overgangsordninger bort. Men på visse områder skete det at der faktisk ikke blev lovgivet. Ganske naturligt fortsatte man på disse områder med at ordne de pågældende anliggender administrativt, og efterhånden fæstnede den opfattelse sig sædvanemæssigt, at administrationen for så vidt kunne udstede anordninger uden lovhjemmel. Det må dog bemærkes at disse sædvaner ikke har grundlovskraft. Tanken har aldrig været at administrationens kompetence skulle fortrænge lovgiverens, men kun at den gælder så længe indtil der faktisk bliver lovgivet på området. Da denne anordningsmagt altså kun eksisterer i ly af lovgiverens passivitet som tolereret af denne kan man også sige at disse anordninger har hjemmel i en stiltiende godkendelse fra lovgiverens side.

3. Forinden jeg går over til at fremlægge materialet vil nogle begrebsmæssige og terminologiske bemærkninger være på sin plads.

Ved »anordning« forstår jeg i overensstemmelse med sædvanlig opfattelse enhver af administrativ myndighed udstedt generel retsfor skrift hvorved altså begrebet sættes i modsætning til forvaltningsakten som den singulære, administrativt udstedte retsfor skrift. Nærværende undersøgelse begrænses til centraladministrationens anordninger. Definitionen kan i sin anvendelse give anledning til adskillig tvivl. En

bestemmelse fx om nedlægning af Kolding Amtstue, eller om sammenlægning af Gråsten og Adsbøl kommuner, kan ved første øjekast forekomme som værende af singularer karakter. Alligevel bør bestemmelser af denne art ret beset henregnes til anordningerne. De angår nemlig ikke retsstillingen i et eller flere individuelt bestemte tilfælde men en generelt virkende ændring af de territoriale kompetencenormer vedrørende lokale myndigheder. Iøvrigt er den nøjagtige afgrænsning mellem anordninger og forvaltningsakter, i hvert fald i denne relation, ikke af synderlig betydning da hjemmelsproblemet i alt væsentligt stiller sig på samme måde i relation til begge arter af retsfor skrifter.

Det er almindeligt indenfor de anordninger der retter sig til offentligheden (og derfor normalt kundgøres i Lovtidende) – i modsætning til dem der umiddelbart retter sig til tjenestemændene (og derfor normalt kundgøres i Ministerialtidende) – at sondre mellem *kongelige anordninger* og *bekendtgørelser*. Denne sprogbrug er uheldig, og man burde, som fx også lovtidendeloven gør det, i stedet for sondre mellem kongelige anordninger og ministerielle anordninger. Ordet »anordning« er det adækvate udtryk for selve den retsakt hvorved retsfor skriften bliver til. Ordet »bekendtgørelse« derimod er det naturlige udtryk for kundgørelsen til offentligheden om et eller andet forhold, i denne sammenhæng at en ministeriel anordning er kommet til eksistens. »Bekendtgørelse« er altså efter naturlig sprogbrug ikke betegnelse for en retsakt men for den offentlige meddelelse om en retsakt. Denne meddelelse sker i og dermed at den ministerielle anordning indrykkes i Lovtidende og det er derfor overflødig og urimeligt at betegne hver enkelt meddelelse om en ministeriel anordning som en »bekendtgørelse«. Man kunne da lige såvel betegne den i Lovtidende bekendtgjorte lov som en bekendtgørelse – nemlig om at en lov er blevet vedtaget og stadfæstet. Og på samme måde med hensyn til en kgl. anordning. Det naturlige må være at de retsakter der indrykkes i Lovtidende betegner sig henholdsvis som »lov«, »kongelig anordning«, og »ministeriel anordning«. I alle tilfælde sker deres »bekendtgørelse« derved at de indrykkes i Lovtidende.

Man vil måske finde disse betragtninger pedantiske. De bunder dog ikke blot i behovet for en meningsfuld terminologi, også i praktiske hensyn. Sagen er, at udtrykket »bekendtgørelse« i Lovtidende benyttes ikke blot som betegnelse for indrykninger der efter deres indhold er ministerielle anordninger hvis ikrafttræden er knyttet til indrykningen, men også som betegnelse for indrykninger der blot er

simple meddelelser om visse retlige eller faktiske forhold, meddelelser der ikke har karakter af en kundgørelse som led i en retsakts tilblivelse og som derfor er uden al retsvirkning. Disse »bekendtgørelser« er altså ikke »anordninger«, ja overhovedet ikke retsakter af nogen art. Ved denne dobbelttydige brug af ordet »bekendtgørelse« opstår praktisk uklarhed og usikkerhed.

Af sådanne »bekendtgørelser« der ikke er anordninger forekommer følgende grupper:

(1) Bekendtgørelse af love optrykt i ændret skikkelse (lovbekendtgørelser). Det forekommer som bekendt hyppigt når en lov undergår ret gennemgribende ændringer at vedkommende minister i ændringsloven bemyndiges til at optrykke og bekendtgøre loven i den skikkelse der vil blive resultatet af de vedtagne ændringer. En sådan bekendtgørelse er en simpel meddelelse om resultatet af lovændringen og formentlig uden enhver retsvirkning. Ændringerne indtræder i og med ændringslovens ikrafttræden, og skulle der på en eller anden måde opstå uoverensstemmelse mellem ændringsloven og lovbekendtgørelsen må det være den første der gælder. Den bemyndigelse der er givet ministeren omfatter ikke nogen magt til autentisk at fikseres lovændringens resultat⁴).

(2) Bekendtgørelse af kgl. eller ministerielle anordninger optrykt i ændret skikkelse (anordningsbekendtgørelser)⁵).

(3) Bekendtgørelse af forvaltningsakter (truffet ved kgl. resolution)⁶).

(4) Bekendtgørelse af handlinger foretaget af kongen på rigets vegne i udenrigspolitiske forhold eller af simple fakta i forbindelse hermed. Herunder falder alle, eller i hvert fald næsten alle, bekendtgørelser i Lovtidende C. Som oftest indeholder disse bekendtgørelser meddelelse om indgåelse af en eller anden traktat men de kan også indeholde oplysning om i forhold til dansk ret rent faktiske omstændigheder, især om andre landes tiltrædelse af en konvention Danmark er deltager i. Hvad enten det ene eller andet er tilfældet kan be-

⁴) Der forekommer i materialet 31 lovbekendtgørelser.

⁵) Der forekommer i materialet 2 anordningsbekendtgørelser, an. nr. 16 af 19. januar 1956 og bkg. nr. 208 af 14. juli 1956.

⁶) Der forekommer i materialet 2 sådanne bekendtgørelser, bkg. nr. 309 af 28. november 1956 og bkg. nr. 336 af 30. december 1957.

kendtgørelsen efter omstændighederne muligvis have virkning som tjenesteanordning, nemlig hvis traktaten kan gennemføres ved administrative foranstaltninger.

(5) Bekendtgørelser af rent informatorisk natur. Der forekommer i Lovtidende ikke sjældent bekendtgørelser der simpelthen indeholder oplysning og forklaring om visse fornylig vedtagne lovbestemmelser. Der kan undertiden hertil knytte sig udtalelser vedrørende disse bestemmelseres fortolkning og anvendelse således at bekendtgørelsen for så vidt har karakter af en tjenesteanordning men som regel er disse bekendtgørelser uden enhver selvstændig retsvirkning⁷⁾).

Bekendtgørelser der falder under disse fem grupper fremtræder udadtil ganske på linie med de øvrige i Lovtidende offentliggjorte bekendtgørelser men er alligevel radikalt forskellige fra disse. De er ikke anordninger og afføder ingen retsvirkninger. Der opstår med hensyn til dem intet spørgsmål om deres hjemmel, ikrafttræden, ophør o. lign. Det er vildledende at de sejler under samme flag som de bekendtgørelser der er anordninger. Man kunne undgå denne ulempe ved at indføre den naturlige terminologi at benævne det der er – kongelig eller ministeriel – anordning med dette udtryk, og det der er en blot meddelelse med dette udtryk. Herved ville det tvetydige udtryk »bekendtgørelse« ganske udgå – hvilket også kun er naturligt eftersom alt hvad der indrykkes i Lovtidende i og hermed er en bekendtgørelse.

Der er i materialet forefundet ialt 47 bekendtgørelser der blot er simple meddelelser og som derfor må udskilles af undersøgelsen hvorved antallet af numre som nævnt reduceres fra 728 til 681.

4. De undersøgte 681 anordninger fordeler sig efter deres hjemmel således:

bemyndigelsesanordninger	622
§ 22-anordninger	0
prærogativanordninger	2
tjenesteanordninger	2
anstaltsanordninger	4
sædvaneretsanordninger	47
andre	2
	<hr/>
	ialt 679

⁷⁾ Der forekommer i materialet 12 bekendtgørelser af informatorisk natur.

hvoraf altså fremgår at der er »svuppet« 2, hvilket muligvis kan skyldes fejl ved de benyttede registre.

a. *Bemyndigelsesanordningerne*. – De 622 bemyndigelsesanordninger kan deles i fire grupper:

(1) Anordninger med åbenbar, direkte påberåbt lovhjemmel:	528
(2) Anordninger med åbenbar, indirekte påberåbt lovhjemmel:	14
(3) Anordninger med åbenbar, ikke påberåbt lovhjemmel:	51
(4) Anordninger med skjult lovhjemmel:	29
	<hr/>
	ialt 622

ad (1). Denne gruppe, der udgør næsten 80 % af samtlige anordninger, repræsenterer den fuldt normale og helt problemløse anordningstype. Den påberåber sig en udtrykkelig og speciel lovhjemmel og opfylder dermed fuldtud kravet om legitimation.

ad (2). I denne gruppe påberåbes lovhjemmelen indirekte derved at der direkte påberåbes hjemmel i en anden anordning der enten direkte påberåber sig en lovhjemmel, eller også igen henviser til en anden anordning o. s. v. Det afgørende er at der i disse tilfælde foreligger en åbenbar og ubrudt legitimationskæde således at anordningen fremtræder med »en i formen lovlig adkomst«. Også i disse tilfælde må legitimationskravet siges at være opfyldt. Hjemmelen findes let, blot ved at følge kædens led tilbage til dens udgangspunkt.

ad (3). Denne gruppe omfatter anordninger der ændrer, forlænger eller ophæver en anordning der falder under en af de to førstnævnte kategorier. I disse tilfælde påberåbes overhovedet ingen hjemmel, men denne er dog åbenbar idet det øjensynligt er forudsat at hjemmelen til at ændre, forlænge eller ophæve en vis anordning er den samme som hjemmelen til at udstede samme anordning, og denne hjemmel er efter det forudsatte åbenbar (fordi den ændrede, forlængede eller ophævede anordning falder under en af de to forudnævnte kategorier).

ad (4). Denne gruppe omfatter anordninger der ikke påberåber sig nogen hjemmel, og hvor denne heller ikke på anden måde er åbenbar, men som ved nærmere eftersyn dog alligevel viser sig at have hjemmel i en lov. Hjemmelen er altså skjult, anordningen har undladt at legitimere sig. Det er ikke let at sige præcist hvormange af de undersøgte anordninger der falder under denne gruppe. Der

kræves jo nemlig til afgørelse heraf for hver enkelt, tilsyneladende hjemmeløs anordning, en undersøgelse af, om der muligvis et steds i lovgivningen alligevel skulle findes en bemyndigelse i henhold til hvilken anordningen må antages at være udstedt. På grundlag af egne efterforskninger i forbindelse med drøftelser med de pågældende administrationschefer er jeg kommet til det resultat at skjult hjemmel foreligger i 29 tilfælde^{a)}). Herved rejser det spørgsmål sig hvad der kan være grunden til at den eksisterende hjemmel ikke er blevet påberåbt.

I de fleste tilfælde er, som det også blankt indrømmes fra admini-

a) An. eller bkg.		Formentlig hjemmel i lov		
nr.	dato	nr.	dato	§
<i>1955</i>				
15	28/3	223	25/8 1870	2
		467	14/12 1923	
		279	19/8 1951	
25	2/2	277	18/8 1951	20 (2)
55	9/3	62	24/4 1903	27
78	25/3	226	11/8 1954	10, 59 (2)
94	31/3	301	9/8 1946	109 (3)
110	15/4	B 1	31/3 1955	1 nr. 4
113	5/4	209	30/4 1951	58 (3)
114	18/4	215	24/8 1959	34, 35, 47, 49
232	22/7	62	24/4 1903	27
233	20/7	153	24/5 1955	10
257	8/9	73	7/3 1951	5
275	4/11	273	27/5 1950	
289	24/11	62	24/4 1903	27
294	2/12	73	7/3 1952	5
B 3	22/1	149	10/4 1922	18
<i>1956</i>				
6	8/1	275	9/8 1948	
67	22/3	301	8/8 1946	109 (3)
101	20/4	B 1	28/8 1956	1 nr. 4
110	30/4	62	24/4 1903	27
111	2/5	62	24/4 1903	27
301	18/11	271	27/5 1950	23
<i>1957</i>				
1	3/1	73	7/8 1952	5
48	8/3	226	11/8 1954	49 (1)
58	10/3	497	8/12 1949	1
59	20/3	301	8/8 1946	109
100	28/8	139	31/3 1947	
154	10/5	B 5	28/3 1957	1 nr. 6
218	1/8	62	24/4 1903	27
B 8	7/12	149	10/4 1922	18

Hertil kommer at undervisningsministeriet i anordninger der angår begge universiteter ikke anfører den lovhjemmel der er tilstede for så vidt Århus Universitet angår.

strationens side, svaret det enkle at der foreligger en forsømmelse. Men der kan også foreligge særlige forhold der begrundet at man bevidst har undladt at anføre hjemmelen. Med henblik på bkg. B nr. 3 af 22. januar 1955 om henlæggelse af Tyborøn sognekommune til skatterådet for Lemvig skattekreds og bkg. B nr. 8 af 17. december 1957 om deling af Lyngby skattekreds (der begge er udstedt med hjemmel i statsskattelov nr. 149 af 10. april 1922 § 18) samt bkg. nr. 148 af 6. maj 1957 om nedlæggelse af Kolding Amtstue (der er udstedt med hjemmel i normeringslov for finansåret 1957/58 nr. 92 af 29. marts 1957 § 1 nr. 52) er det af finansministeriets skattedepartement oplyst at efter gammel praksis, hvis baggrund man forgæves har søgt at efterforske, anføres det ikke i bekendtgørelser vedrørende ændringer i landets inddeling i skattekrede og i amtstuedistrikter med hvilken hjemmel bekendtgørelserne er udstedt. Jeg kunne tænke mig at forklaringen på denne praksis måske kan søges i den betragtning jeg er stødt på i anden sammenhæng⁹⁾, nemlig at da sådanne anordninger ikke direkte vedrører borgernes retsforhold er det ikke nødvendigt at påberåbe sig hjemmelen. Selvom det nok kan være at hjemmelsanførelse i sådanne tilfælde ikke er af samme betydning som ellers, kan sådanne anordninger dog meget vel blive af betydning for borgernes retsstilling, og god orden kræver derfor at den hjemmel der findes også oplyses. Hvad enten forklaringen må søges i den nævnte betragtning eller i andre omstændigheder må det ønskes at den omtalte praksis må blive forladt.

I andre tilfælde er grunden til at hjemmelen ikke anføres at denne lider af en vis formel mangel. Bkg. nr. 371 af 20. december 1954 om visse stempel- og gebyrbegunstigelser er udstedt med hjemmel i tillægsbevillingsloven for finansåret 1954/55 (lov B nr. 10 af 24. maj 1955 § 5 nr. 13). Ved bekendtgørelsens udstedelse forelå imidlertid kun tilslutning fra folketingets finansudvalg til at hjemmel tilvebragtes på den kommende tillægsbevillingslov. Bkg. nr. 86 af 28. marts 1957 om betaling for de af amtsvejsinspektørkontorerne i Søn-

⁹⁾ Nemlig i relation til bkg. af 31. marts 1955, jfr. bkg. nr. 9 af 11. januar 1951, angående *regulativ* for tjenesten i de ministerielle kontorer undtagen udenrigsministeriet der, uden at anføre det, er udstedt med hjemmel i tjenestemandsløvs nr. 301 af 6. juni 1946 § 109(3); ligeledes med hensyn til bkg. nr. 100 af 28. marts 1957 om tillæg til *regulativ* angående standardisering af sødmælk nr. 306 af 8. august 1947 der, uden at anføre det, er udstedt med hjemmel i bkg. nr. 269 af 8. august 1947 der igen er udstedt i medfør af lov nr. 139 af 31. marts 1947.

derjylland udførte arbejder er udstedt med hjemmel i lov nr. 330 af 28. juni 1920 § 3(2). Der er imidlertid den hage herved at nævnte lov er en midlertidig lov der ifølge dens § 6 skal underkastes revision i rigsdagssamlingen 1924–25; fører revisionen ikke enten til forlængelse af loven eller til en ny lov, siges det videre, bliver matrikelsvæsenet at ordne som i den øvrige del af kongeriget. Skønt loven hverken er blevet forlænget eller fornyet er dette krav dog aldrig blevet gennemført, og det kan derfor anses for noget tvivlsomt hvorvidt loven stadig er gyldig og kan påberåbes som hjemmel. Efter min mening må loven fortsat anses for gyldig, og det rigtige ville formentlig have været enten at markere dette ved at anføre loven som hjemmel eller også at søge ny hjemmel tilvejebragt. Det forekommer mig betænkeligt at tilsløre eller gå uden om en tvivl med hensyn til hjemmelen ved at undlade at anføre noget herom. Det kan dog til forsvar for den anvendte fremgangsmåde anføres at bekendtgørelsen muligvis kan betragtes som en anstaltsanordning der kan udstedes også uden udtrykkelig hjemmel i lov.

b. § 22-anordninger. – Der er i materialet ikke forefundet noget eksempel på anordninger der angives eller må antages at være udstedt med hjemmel i grdl. § 22. Samtlige interviewede administrationschefer har udtalt at de aldrig har regnet med denne mulighed.

Skønt der næppe kan herske tvivl om at administrationen i tiden umiddelbart efter grundlovens givelse anså sig for berettiget til at udstede anordninger blot med hjemmel i den tilsvarende bestemmelse i junigrundlovens § 29¹⁰⁾, er denne opfattelse forståelig nok. Efterhånden som det er blevet almindelig praksis at optage de fornødne bemyndigelser i loven er trangen til at påberåbe sig en generalklausul faldet bort, og den opfattelse har fæstnet sig at kun en udtrykkelig hjemmel kan påberåbes til gennemførelse af en lov. Denne løsning må også bifaldes, fordi det ville medføre retsikkerhed om administrationen skulle kunne udstede gennemførelsesanordninger med hjemmel blot i grdl. § 22. Det sagte udelukker dog ikke at en hjemmelsmangel så åbenbart kan fremtræde som en forglemmelse, og den praktiske nødvendighed være så stor, at administrationen vil anse sig for berettiget til at udstede de påkrævede anordninger. Man vil dog i så fald ikke tænke på grdl. § 22 som hjemmel, men anføre analo-

¹⁰⁾ Endnu anordning nr. 164 af 5. august 1871 angiver sig som udstedt »til Gennemførelse af Lov af 1. April 1871 om Undervisningen i de lærde Skoler i Danmark.«

gisk lovfortolkning, sædvane, eller nød som kilde. Som eksempel kan anføres bkg. B nr. 12 af 18. juli 1955 om henlæggelse af den inddæmmede »Thissingvig« til Karby-Hvidbjerg-Redsted sognekommune. I lov om landkommunernes styrelse, lbkg. nr. 329 af 6. juli 1950 indeholdes i §§ 33 f. udførlige regler om fremgangsmåden ved ændringer i landets kommunale inddeling, der giver indenrigsministeren beføjelse til at træffe bestemmelse herom i overensstemmelse med de anførte regler. Særlig mærkes bestemmelsen i § 55 om mindre grænserereguleringer. Men trods de detaljerede regler – eller måske snarere på grund heraf – er der dog ingen af disse der dækker det foreliggende inddæmningstilfælde. Da imidlertid en afgørelse må træffes, da endvidere der ikke kan være tvivl om at den manglende hjemmel skyldes en inkurie, og da indenrigsministeriet fra gammel tid har truffet sådanne afgørelser, har ministeriet – med rette – anset sig for beføjet til at udstede den nævnte bekendtgørelse.

Herefter må den af Berlin og Rasting forsvarede lære om grdl. § 22 som hjemmelsgrundlag for udstedelse af gennemførelsesanordninger kunne skrinlægges som forældet ¹¹⁾).

c. *Prærogativanordninger.* – Der forekommer i materialet 2 eksempler herpå, begge udstedt med hjemmel i grdl. § 14, 2. pkt., nemlig bkg. nr. 252 af 12. september 1955 om fastsættelse af forretningsområdet for indenrigsministeriet, boligministeriet og ministeriet for Grønland, og bkg. nr. 176 af 20. juni 1957 om ændringer i ministeriernes betegnelser og forretningsområder.

Herudover er der ikke fundet nogen prærogativanordning, specielt altså ingen anordning der opfattes som udstedt i medfør af en kongen ved grdl. § 3 tillagt, selvstændig anordningsmagt for så vidt angår retsforskrifter der ikke (direkte) angår borgernes retsforhold. Samtlige interviewede departementschefer har været fremmede for den tanke at hjemmel skulle kunne søges i grdl. § 3. Det kunne være nærliggende at mene at teorien om kongens selvstændige anordningsmagt hermed må anses for definitivt forkastet som uforenelig med opfattelsen i statspraksis. En så vidtgående slutning vil det dog næppe være berettiget at drage på grundlag af administrationens negative indstilling til tanken om at påberåbe sig grdl. § 3. Sagen er nemlig, at

¹¹⁾ De af Rasting U. 1947 B, 158, anførte eksempler viser ikke andet end det ikke usædvanlige forhold, at anordninger udstedes uden angivelse af deres lovhjemmel. De to anførte anordninger må anses for hjemlede ved lov nr. 62 af 24. april 1903 § 27.

de anordningstyper man har villet anse for hjemlet i den selvstændige anordningsmagt, nemlig tjenesteanordningerne og anstaltsanordningerne, er så fast forankrede i praksis at man fra administrationens side ikke spekulerer over hvilken hjemmel der egentlig ligger til grund for dem. Man gør simpelthen som man altid har gjort og anser lovligheden heraf for en selvfølge. Spørgsmålet om disse anordningers hjemmel er derfor blot akademisk-systematisk. Dette vil ikke sige at det er uden betydning. Det er af værdi at overvinde en begrebsforvirring der tilslører forfatningens essentielle struktur. Da imidlertid, som sagt, nærværende empiriske undersøgelses resultater næppe kan anses for afgørende for det teoretiske spørgsmål om tjenesteanordningernes og anstaltsanordningernes hjemmel, skal problemet ikke forfølges videre i denne sammenhæng. Der henvises til min afhandling om friheds- og ejendoms-kriteriet ovf. s. 71 f. – og til den fremstilling fra min hånd af den danske statsforfatningsret der vil foreligge i løbet af kort tid.

d. *Tjenesteanordninger*. – Det kan ikke undre at kun 2 blandt de undersøgte anordninger er henført til denne kategori, nemlig bkg. nr. 229 af 12. juli 1955 om tillæg til regulativ for lokalinspektører under statens plantetilsyn og bkg. nr. 19 af 8. februar 1955 om retskrivningen¹²⁾). Tjenesteanordninger offentliggøres jo normalt ikke i Lovtidende, men, for så vidt de overhovedet offentliggøres, normalt i Ministerialtidende. Spørgsmålet må omvendt være, hvorfor anordninger af denne slags overhovedet kan forekomme i Lovtidende. Grunden hertil må antagelig være at de på en eller anden måde besidder vidererækkende betydning. Hvad den førstnævnte af de to anordninger angår må forklaringen formentlig søges i, at regulativet for lokalinspektører under statens plantetilsyn også indeholder takstbestemmelser og for så vidt har karakter af en anstaltsanordning. Hvad retskrivningsanordningen angår er det klart at den udover at være en instruks for skolelærere og tjenestemænd i almindelighed tillige er af vidtrækkende almen betydning, omend ikke retligt forbindende. Det er velkendt at den daværende undervisningsminister var i tvivl om hvorvidt en retskrivningsreform overhovedet kunne gennemføres administrativt og kun gjorde dette efter at have rådført sig med folketinget herom.

¹²⁾ Det er muligt at også visse af anordningerne med lovhjemmel kan henføres til denne kategori, jfr. ovf. note 9.

e. *Anstaltsordninger*. – 4 anordninger, nemlig

- Bkg. nr. 271 af 22. okt. 1956 om betaling for kopier af matriklens kort;
- Bkg. nr. 164 af 1. juni 1956 om ændring i fællesregulativet for statens sindssygehospitaler;
- Bkg. nr. 86 af 28. marts 1957 om betaling for de af amtslandinspektørkontorerne i Sønderjylland udførte arbejder; og
- Bkg. nr. 229 af 9. sept. 1957 om fællesregulativ for statens sindssygehospitaler,

er af mig henført under denne kategori. Det er vanskeligt at blive klar over hvorledes administrationen selv ser på spørgsmålet om sådanne anordningers hjemmel. Der opereres ikke med begrebet »anstaltsordning«, hvilket øjensynligt hænger sammen med at dette begreb ikke har fundet anvendelse i dansk lærebogslitteratur før i Poul Andersens fremstilling af statsforfatningsretten 1954. Fra administrationens side spekulerer man ikke over hjemmelen, fordi man simpelthen gør som man altid har gjort tidligere i lignende tilfælde. Det betragtes som ret selvfølgeligt at når staten har oprettet et vist foretagende (anstalt) må der også (administrativt) kunne udstedes nærmere forskrifter for driften heraf. I nogle tilfælde, som fx med hensyn til bekendtgørelsen om betaling for kopier af matriklens kort, henvises yderligere til at der var hjemmel hertil i plakat angående den ny matrikel af 24. juni 1840 § 2.

Som nævnt (ovf. punkt 2) er det formalistisk at hævde at anstaltsanordninger ikke gør indgreb i borgernes frihed og ejendom, da det er en frivillig sag hvorvidt man vil benytte sig af sådanne anstalter eller ej. I visse tilfælde er man endda gået meget langt i retning af at træffe afgørelse af centrale og betydningsfulde retsspørgsmål ved hjælp af anstaltsregulativer. Det er velkendt at de tidligere fællesregulativer for statens sindssygehospitaler af 3. november 1880 og nr. 252 af 1. oktober 1915 indeholdt regler om indlæggelse og udskrivning der på den mest afgørende måde angik den personlige frihed, jfr. nu grdl. § 71(6) og den dertil sig sluttende lovgivning. I vore dage er det vistnok administrationens opfattelse at det falder udenfor dens kompetence gennem regulativer o. lign. regler for benyttelsen af statsanstalter at træffe bestemmelser der på mere alvorlig måde berører borgernes retssfære.

f. *Sædvaneretsanordninger*. – Ikke mindre end 47 af de undersøgte anordninger falder under denne kategori. Allerede tallet viser at de er af større betydning end almindeligt antaget i teorien¹³). Dette indtryk er blevet bekræftet gennem mine samtaler med administrationscheferne. Det er en jævnlige fremført betragtning at visse anliggender ordnes administrativt fordi denne fremgangsmåde er sædvanlig. I denne forbindelse anføres fortilfælde der fører tilbage til tiden umiddelbart efter grundlovens givelse. Som påvist i anden sammenhæng (ovf. s. 99 f.) blev administrationens praksis på det tidspunkt bestemt ud fra den betragtning at det indtil videre – d. v. s. indtil der var blevet lovgivet om et anliggende – måtte være berettiget at anordne med hjemmel i førkonstitutionelle retsforskrifter der i lovgivningspolitisk forstand var af lovskarakter. I tidens løb glemte man denne betragtning men til gengæld fæstnede den opfattelse sig at der var visse anliggender der *som sådanne* hørte under administrationen – *altså uanset om der kunne henvises til førkonstitutionelle retsforskrifter* som grundlag for de nu udstedte anordninger. På denne måde forvandlede overgangsordningen til en retssædvane.

Indenfor det lille udsnit af anordningspraksis der er genstand for nærværende undersøgelse er der fundet eksempler på sædvaneretsanordninger indenfor fire administrationsområder, nemlig for så vidt angår undervisningsministeriet, kirkeministeriet, statsministeriet, og indenrigsministeriet. Det er vel ikke usandsynligt at en bredere undersøgelse ville have vist endnu større udbredelse.

Det er først og fremmest indenfor *undervisningsministeriets* administrationsområde at anordninger med hjemmel i sædvane forekommer. I denne forbindelse er det værd at erindre om den udvikling der i det første årti efter grundlovens givelse foregik med hensyn til anordningsmagten vedrørende den højere undervisning (ovf. s. 104 f., 113). Medens Madvig i 1850 betonedede at det ingenlunde var hans mening at unddrage den højere, såkaldte lærde undervisning fra den lovgivende magts medvirkning, synes Monrad i 1860 at betragte det som sædvanemæssigt fastlagt at den lærde undervisning hører under administrationen, således at det ville være et overgreb om rigsdagen ville befatte sig hermed. Denne opfattelse er blevet stående – blot med den betydningsfulde forskel at der ikke mere kan være tale om at betragte folketingets indgriben som et overgreb. Medens Monrad

¹³) Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret* (1954), 540, der overhovedet ikke anfører (nugældende) eksempler på deres forekomst.

var i stand til, og faktisk villig til¹⁴), at forsvare administrationens sædvanlige kompetenceområde ved brug af det kongelige veto, kan der naturligvis ikke mere blive tale om at anvende denne fremgangsmåde. Administrationens sædvaneretsbestemte kompetence er helt og holdent afhængig af folketingets passivitet og stiltiende godkendelse.

Men indtil videre har lovgivningsmagten kun i ringe omfang grebet ind. Den højere undervisning her i landet er aldeles overvejende organiseret og reguleret rent administrativt. Og det ikke blot sådan at man fortsat udsteder anordninger vedrørende institutioner der, som fx Københavns Universitet, har sit retsgrundlag i førkonstitutionelle retsregler; men også således at man administrativt har organiseret helt ny undervisningsanstalter.

Følgende undervisningsanstalter og eksaminer er organiseret og reguleret uden grundlag i konstitutionel lov:

Københavns Universitet
Polyteknisk Lærestanstalt
Danmarks farmaceutiske Højskole
Danmarks Tandlægehøjskole
Sorø Akademis Skole
Herlufsholm
Det etårige Lærerkursus
Danmarks Højskole for Legemsøvelser
Det kgl. Akademi for de skønne Kunster
Operaakademiet
Almindelig Forberedelseseksamen
Musikpædagogisk Eksamen¹⁵).

Lovgrundlag findes derimod for

Aarhus Universitet
Statens højere Almenskoler
Danmarks pædagogiske Institut
Dansk Sløjd lærerskole
Det kgl. danske Musikkonservatorium
Veterinær- og Landbohøjskolen (der sorterer under landbrugsministeriet).

¹⁴) Ovf. s. 112 ved note 116.

¹⁵) Retsgrundlaget for disse institutioner findes lettest ved eftersyn af Hof- og Statskalenderen.

Også *kirkeministeriets* praksis fremviser mangfoldige anordninger udstedt med hjemmel i sædvane. I materialet forekommer kun en enkelt, nemlig anordn. nr. 149 af 22. april 1955 om konfirmation. Som almindelig regel gælder det imidlertid at alle indre-kirkelige anliggender, det vil især sige alle rituelle forhold, ordnes administrativt uden hjemmel i lov men med støtte i en sædvane der fører tilbage til Danske Lov og Kirkeritualet af 25. juli 1685. Man kan sige at kongen i kraft af denne sædvane og disse bestemmelser stadig betragtes som en slags ærkebiskop for den danske kirke.

Som eksempler kan anføres: en række anordninger om ritualet (se *Dansk Lovregister*, afsnit 19, under 25. juli 1685, Kirkeritualet for Danmark); ligeledes om anerkendelse af andre trossamfund og deres rettigheder (*anførte sted* under 15. maj 1747); ligeledes om prædiketekster (*a. st.*, under 18. maj 1854); an. nr. 49 af 21. januar 1921 om præstevielser af teologiske kandidater; an. nr. 198 af 18. juni 1953 om dåb, altergang m. v., bkg. nr. 383 af 30. december 1954 om den gejstlige betjening af arresthusene; og som allerede nævnt an. nr. 149 af 22. april 1955 om konfirmation.

Fra *statsministeriets* område kan fra materialet anføres bkg. nr. 262 af 30. oktober 1957 om flagning med de øvrige nordiske landes flag, der selv udtrykkelig angiver sig som udstedt »i tilslutning til kongelig resolution af 7. juli 1854, bekendtgjort i cirkulære af 2. august s. å.; samt bekendtgørelse nr. 103 af 10. april 1915.« Den anses af administrationen som udstedt med hjemmel i »statsretlig praksis efter grundloven« og det må noteres som bemærkelsesværdigt og påskønneligt at anordningen selv henviser til denne hjemmel.

Under dette ministeriums forretningsområde falder også betænkning nr. 216 vedrørende det danske rigsvåben (1955) hvori det, efter at der er fremsat forslag til regler vedrørende anvendelsen af rigsvåbnerne, udtales: »Det er udvalgets opfattelse, at reglerne om anvendelsen af rigsvåbnerne bør gives ved allerhøjeste resolution, hvorved bemærkes, at de tidligere regler fremtræder som kongelige resolutioner.«

Fra *indenrigsministeriets* praksis kan endelig nævnes at den ovf. under b. omtalte bekendtgørelse B nr. 12 af 18. juli 1955 om henlæggelse af den inddæmmede »Thissingvig« til Karby-Hvidbjerg-Redsted sognekommune i hvert fald også kan anses for hjemlet ved sædvane.

g. Som *tvivlsomme* tilfælde er der tilbage 2: bkg. nr. 151 af 29. april 1955 om oprettelse af et »dansk sprognævn« og bkg. nr. 245 af 25 sep-

tember 1957 om ansættelses- og lønningsvilkår for personale ved de statsunderstøttede, tekniske skoler.

Om bekendtgørelsen vedrørende oprettelse af »dansk sprognævn« bemærkes at der naturligvis på finansloven er hjemmel til afholdelse af de med nævnet forbundne udgifter og heri kan der måske siges at ligge den fornødne lovhjemmel for bekendtgørelsen. Iøvrigt har det vel været af betydning at nævnet er et rent rådgivende organ der skal give myndighederne og offentligheden råd og vejledning i sproglige spørgsmål uden at der dog er pålagt nogen pligt til at søge nævnets bistand.

Bekendtgørelsen om ansættelses- og lønningsvilkår for personale ved de statsunderstøttede, tekniske skoler må opfattes i analogi med anstaltsanordningerne. Ganske vist er de tekniske skoler ikke nogen statsanstalt, men da der ydes statstilskud til dem og de står under stats-tilsyn, jfr. lov nr. 231 af 28. juli 1916, er det rimeligt at antage at det ministerium der udøver tilsynet som et led heri også må kunne foreskrive ansættelses- og lønningsvilkår. Bekendtgørelsen har altså ligesom de egentlige anstaltsanordninger sin hjemmel i en stiltiende bemyndigelse i loven.

5. Den anstillede undersøgelse giver anledning til forskellige praktiske vurderinger og konklusioner der kan sammenfattes i følgende punkter:

a. Terminologien vedrørende de i Lovtidende indrykkede kundgørelser bør ændres. Såfremt kundgørelsen er en kundgørelse i egentlig forstand, dvs. det nødvendige led i en anordnings tilblivelse som afgørende for dens ikrafttræden, bør udtrykkene »kongelig anordning« og »ministeriel anordning« benyttes, henholdsvis eftersom der foreligger kongelig resolution eller ej. I alle andre tilfælde bør udtrykket »meddelelse« anvendes. Herunder falder: (1) meddelelse om det indhold en lov har som følge af stedfundne ændringer; (2) tilsvarende meddelelse for så vidt angår en kongelig eller ministeriel anordning; (3) meddelelse om foretagne forvaltningsakter; (4) meddelelse om handlinger foretaget af kongen i udenrigspolitiske forhold eller om simple fakta i forbindelse hermed; og (5) andre meddelelser af informatorisk natur, især til forklaring af ny love og anordninger.

b. I alle tilfælde hvor en anordning har udtrykkelig hjemmel i en lov bør denne hjemmel anføres, medmindre den på anden måde er åbenbar, se herom ovf. under punkt 4, rubrum a.

c. Anstaltsanordningerne bør forsvinde. Der er ingen fornuftig grund til at administrationens kompetence ikke hjemles og fikseres ved lov i disse tilfælde. Den nuværende praksis rejser tvivlsomme spørgsmål om rækkevidden af administrationens kompetence, og de ældre regulativer for statens sindssygehospitalet er klare eksempler på at der ad denne vej fastsættes vigtige, personretlige retsregler der burde være givet ved lov eller i hvert fald i henhold til en klar og udtrykkelig lovhjemmel. Da man naturligvis ikke kan forvente en revision af den bestående lovgivning ud fra dette synspunkt, må kravet om lovhjemmel begrænses til at angå den fremtidige lovgivning således at anstaltsanordningerne i tidens løb vil forsvinde.

d. Sædvaneretsanordningerne er en anomali der må vække forundring og betænkelighed. Lad gå at fx regler om flagning udstedes administrativt uden lovhjemmel – men ikke at den højere undervisning her i landet hovedsageligt organiseres og reguleres på denne måde. Det er besynderligt at folketinget, der med lidenskab drøfter folkeskolens forhold, aldeles ikke har interesseret sig for disse anliggender, der dog, ikke mindst i vore dage, er af stor samfundsmæssig betydning. Den foreliggende praksis kan heller ikke forsvares ved en henvisning til friheds- og ejendoms-kriteriet. Studie- og eksamensordningerne er afgørende ikke blot for faktiske erhvervs-muligheder, men også for retten til at deltage i undervisningen og for kandidaternes legale status. Det er sikkert rigtigt at omfattende administrative bemyndigelser er nødvendige på dette felt, men det ses ikke hvorfor de ikke skulle fremtræde på normal måde, altså som hjemlede ved en lovgivning der organiserer læreanstalterne og fastlægger de fundamentale principper for undervisningen. Selvfølgelig ligger der en vis kontrol deri at de fornødne midler skal bevilges ved finanslov, men denne kontrol kan ikke erstatte folketingets medvirken ved en lovgivning. Hvis man ville hævde dette måtte konsekvensen blive at man lige så godt kunne afskaffe lovgivningen på andre finansielt betingede områder. Endelig gælder det på dette område, ligesom med hensyn til anstaltsanordningerne, at den bestående praksis skaber en uheldig rets-sikkerhed hvad angår grænserne for den administrationen tilkommende kompetence.

Også på rette område gælder det at man ikke kan forvente lovgivningen revideret med et slag. Det vil føles kunstigt og overflødigt at lovgive om de bestående institutioner stykvis. Men det vil efter min mening være ønskeligt om man for fremtiden ville søge lovhjemmel til

oprettelse af ny læreanstalter og ny eksaminer¹⁶⁾). Og det kunne vel også tænkes at man engang ville gøre hele det højere undervisningsvæsen til genstand for en samlet kodifikation.

¹⁶⁾ Det fremgår af en debat i folketinget den 26. november 1958 at det må antages at der i fremtiden af undervisningsministeriet normalt vil blive søgt lovhjælp til oprettelse af nye institutioner, ihvert fald for så vidt der hermed er forbundet byggeudgifter af ikke helt ubetydeligt omfang. Debatten opstod i anledning af at der fra oppositionens side blev fremført kritik af at undervisningsministeren havde gennemført oprettelsen af forskellige universitetsinstitutter i København blot ved at søge tilslutning fra folketingets finansudvalg. Undervisningsministeren udtalte bl. a.: »Med hensyn til selve det principielle spørgsmål er jeg ikke uenig i den betragtning, at bevillinger af en vis betydelig størrelsesorden bør søges gennemført ved lovforslag . . . I det hele taget vil jeg mene, at selve det forhold, at der er tale om oprettelse af nye institutioner eller lign., normalt vil pege mod lovforslag selv ved byggerier af et relativt begrænset omfang. Ved bestående institutioner kan der være tale om investeringer af et sådant omfang, eller der kan foreligge sådanne særlige forhold, at et lovforslag er en given ting.« *FT* 1958-59, Forhandlinger, 1026.

INDHOLDSFORTEGNELSE

Forord	5
Om begreberne stat og »statsorgan« i statsforfatningsretten	7
Om statsmagterne og deres organisatoriske fordeling	23
Friheds- og ejendomskriteriet	71
Om såkaldt delegation af lovgivningsmagt	125
Kan domstolenes kompetence til at prøve loves grundlovmæssighed berøves dem ved lov?	168
Med hvilken hjemmel udstedes anordninger?	183