

GRUNDLOVENS § 3

Retssikkerhed eller demokrati

Gorm Toftegaard Nielsen  
den 31. januar 1977

"Thi de fleste saa kaldne lærde  
Dissertationer gøres enten over det,  
som ingen forstaaer, eller det, som  
ingen er magtpaaliggende at vide."

—Holberg

## INDHOLDSFORTEGNELSE

Kapitel I	INDLEDNING	
I.	Hidtidig teori og grl. § 3	p. 1
II.	Emne og metode	p. 5
III.	Litteraturanvendelse	p. 10
Kapitel II	HIDTIDIG TEORI	p. 13
I.	Magtfordelingsideologien	p. 14
II.	Den principielle magtfordeling	p. 15
III.	Magtfordelingen ifølge gældende ret	p. 18
Kapitel III	IDEOLOGI, GRUNDLOV OG FORFATNINGS- RETLIG VIRKELIGHED	p. 23
I.	Magtfordeling eller magtadskillelse	p. 24
II.	Grundloven og den forfatningsretlige virkelighed Sædvanen.	p. 28
Kapitel IV	LOVGIVNINGSMAGTENS OMNIPOTENS	p. 35
I.	Sædvanen som grundlag for lovgivers omnipotens	p. 35
A.	Lovgivningsmagtens kompetence i 1849 og i årene derefter	p. 36
B.	Sædvanen som kompetenceregel	p. 41
II.	Demokrati som trøsteargument	p. 45
III.	Lovgivers kompetence og grl. § 3	p. 53
Kapitel V	DEN UDØVENDE MAGT. LEGALITETSPRIN- CIPPET	p. 57
I.	Stænderanordningen	p. 59
II.	Den grundlovgivende rigsforsamling og traditio- nel teori	p. 63
III.	Angreb på den traditionelle teori	p. 72
A.	Ernst Andersen	p. 73
B.	Alf Ross	p. 77
IV.	Bruddet med hidtidig teori. Max Sørensen	p. 85
A.	Princippets udformning	p. 85
B.	Den påberåbte praksis	p. 91
V.	Madvigs forsvarstale	p. 102
VI.	Forvaltningens aftaler	p. 113
VII.	Legalitetsprincippet og grl. § 3	p. 117

Kapitel VI	DEN UDØVENDE MAGT. ET PAR VÆGTLOSE LODDER	p. 129
I.	Forvaltning	p. 129
II.	Prærogativer - en regeringsmagt?	p. 135
III.	Magtadskillelse og den udøvende magt	p. 148
IV.	Den udøvende magt og grl. § 3	p. 163
Kapitel VII	DEN DØMMENDE MAGT. PRIVATRET-LIGE TVISTER	p. 167
I.	Dualismen: Domstolenes kompetence - "Den døm- mende magt"	p. 167
II.	Privatretlige tvisters afgørelse af forvaltnings- myndigheder. Uafhængighed og upartiskhed	p. 171
III.	Lovgivers egen afgørelse af privatretlige tvister. Dom eller ekspropriation.	p. 180
IV.	Privatretlige tvister, magtadskillelslæren og grl. § 3	p. 188
Kapitel VIII	DEN DØMMENDE MAGT. STRAFFERETS- PLEJEN	p. 193
I.	Administrativt pålagt straf. Bøder	p. 195
II.	Lovgivers egen afgørelse af straffesager	p. 200
	A. Teori og praksis	p. 200
	B. Ideologien	p. 212
	C. Grl. § 3 og konkrete straffelove	p. 215
III.	Skærpende straffelove med tilbagevirkende kraft	p. 220
IV.	Domstolenes lovgivningskompetence	p. 224
V.	Strafferetsplejen og grl. § 3	p. 236
Kapitel IX	DEN DØMMENDE MAGT OG CHECKS AND BALANCES	p. 240
I.	Domstolsprøvelse af forvaltningens afgørelser	p. 242
II.	Domstolsprøvelse af love	p. 244
III.	Prøvelsesretten i magtadskillelles- eller magt- fordelingsteorierne	p. 254
IV.	Domstolenes prøvelsesret, checks and balances og grl. § 3	p. 262
Kapitel X	FRA DEMOKRATI TIL RETSSIKKERHED	p. 265
	LITTERATURFORTEGNELSE	p. 270

## 1. kapitel

### INDLEDNING

#### I. Hittidig teori og grl. § 3.

Bestemmelsen i grl. § 3 om fordelingen af den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt er en af grundlovens oftest nævnte bestemmelser. Bestemmelsen nævnes i så godt som enhver offentligretlig fremstilling, hvor der gives en orientering om statsstyrets organisation. Der er en udbredt tendens til at betragte grl. § 3 som en fundamental regel for forståelsen af den offentlige ret, specielt statsforfatningsretten. Ross begrundede sine studier i og omkring grl. § 3 med reglens centrale placering i den forfatningsretlige litteratur, og med at en misforståelse af reglen derfor har stillet sig afgørende i vejen for en "rigtig og konsekvent erkendelse af strukturen i vor forfatning", Statsretlige studier, Kbh. 1959, p. 5.

Den ovenfor omtalte bog er det nærmeste man i dansk retsteori er kommet en monografi over grl. § 3. Bogen indeholder en udførlig artikel "Om statsmagterne og deres organisatoriske fordeling", p. 23-70, med en forudgående analyse af begreberne 'stat' og 'statsorgan'. Disse to artikler udgør til sammen en helhed og er så vidt mig bekendt det eneste større arbejde, hvor der er givet en samlet analyse af grl. § 3. Iøvrigt findes i dansk retslitteratur om bestemmelsen en række mindre, sammenhængende fortolkninger, f.eks. Ole Krarup og Jørgen Mathiasen: Elementær forvaltningsret, Kbh. 1972, p. 7-27 og Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard: Administration og borger, Kbh. 1973, p. 21-26. Hvad der derudover findes af behandlinger af grl. § 3, er forskellige delanalyser af bestemmelsen, som anvendes i relation til et retsdogmatisk problem, der anses for at have en vis tilknytning til grl. § 3, f.eks. spørgsmålet om lovgivers kompetence, spørgsmål om kongens adgang til at udstede anordninger og spørgsmål vedrørende domstolenes prøvelsesret med lovens grundlovsforenelighed.

Denne stedmoderlige behandling af grl. § 3 er i sig selv interessant. Man ser ofte, at bestemmelsen påberåbes, og ikke sjældent gives der

klart udtryk for dens fundamentale placering i den offentligretlige literatur. Alligevel er det særdeles begrænset, hvad der er gjort af forsøg på en samlet, selvstændig fortolkning af bestemmelsen. Grunden hertil er ikke, at der i teorien har været en udbredt enighed om, hvorledes reglen skal forstås. Studerer man de ældre statsretlige fremstillinger vil man opdage, at der ikke i disse aftegnes nogen entydig fortolkning. At der heller ikke i dag hersker nogen enighed om fortolkningen fremgår bl.a. af den modtagelse, Ross' fremstillinger i Statsretlige studier og Dansk Statsforfatningsret I-II, både 1. og 2. udgaven, fik i anmeldelserne i diverse fagtidsskrifter. <sup>1)</sup>

Det kan således med en vis ret hævdes, at den opgave at foretage en samlet fortolkning af grl. § 3 enten ikke har virket tiltrækkende på retsteoretikerne eller, at de har fundet den mere afskrækkende end tiltrækkende. Det er nærliggende at søge forklaringen på dette forhold i metodemæssige betragtninger. Dansk retsvidenskab er og har i en længere periode været orienteret mod en overvejende analytisk og empirisk metode. Det empiriske element består i, at man i meget vidt omfang har ladet retsdogmatiske udsagn bekræfte eller afkræfte ved at sammenholde dem med praksis. Der har primært været tale om autoritative organers praksis: domstolenes, administrationens, ombudsmandens og for den offentlige rets vedkommende folketingets praksis. Videre har der naturligvis været tale om ikke autoritative organer eller personers praksis, således som denne manifesterer sig i sædvaneretsdannelser. Denne verifikationsmetode har antagelig haft en refleksvirkning på udarbejdelsen af retsvidenskabelige afhandlinger. Den, der vil præsentere et retsdogmatisk arbejde, ved på forhånd, at dets værdi vil blive bedømt ud fra dets forhold til praksis. I en sådan situation er der en væsentlig tilskyndelse til at tage udgangspunktet for en given fortolkning i praksis. Når man således "regner bagud" med facitlisten som udgangspunkt, er der betydelig sikkerhed for et "rigtigt resultat". Selv om man ikke vil drage så vidtgående en konklusion, vil det dog være således, at jo tættere man holder sine

-----

1) Jfr. Poul Meyer: Retspolitik og gældende forfatningsret, Statsvidenskabelig Tidsskrift 1960, p. 200-213, Lars Nordskov Nielsen: Anmeldelse i UfR 1961 B. 337-355, Torkel Opsahl: En moderne forfatning under debatt, TfR 1962.282-319 og 369-412, Max Sørensen: Et nyt forfatningsretligt værk, J. 1959.441-457, Carl Torkild-Hansen: Anmeldelse i Advokatbladet 1959, p. 290-292, Finn Hiorthøy: Anmeldelse i NAT 1959.330-342, Merikoski: Nutidsperspektiv på Finlands statsrätt, TfR 1967.474-487.

retsdogmatiske udredninger til et empirisk fundament, jo lettere er det at overskue, i hvilket omfang de vil kunne verificeres ud fra praksis. Prisen for at holde en tæt forbindelse til praksis er imidlertid, at fremstillingen vil få et analytisk præg. Praksis vil altid fremtræde som små stykker af den retlige virkelighed. En dom afgør typisk et specielt spørgsmål om en bestemmelses anvendelse. Det hænder naturligvis, at en given helhed af det retlige system med held anskues ud fra praksis. Det forudsætter imidlertid, at der findes en betydelig mængde praksis på det pågældende område. Det vil der naturligvis først være et stykke tid efter, en given regel er bragt i anvendelse. Forud herfor klarer man sig i vidt omfang ved hjælp af motivudtalelser fra folketinget, administrationen eller sagkyndige kommissioner og lignende. Retsvidenskaben har dog ikke udelukkende været præget af denne tendens. Der findes en betydelig retsfilosofisk eller ren retsteoretisk produktion. Denne er ikke underlagt de begrænsninger, der ovenfor er tilskrevet retsdogmatikken. Spørgsmålet er imidlertid, om denne rent teoretiske del af den retsvidenskabelige produktion har nogen betydning for retsdogmatikken. Forholdet synes at være det, at der samtidig med udviklingen af den analytiske metode i retsdogmatikken er skabt en stadig dybere kløft mellem dogmatikken og filosofien således, at den retsteoretiske produktions betydning for de retsdogmatiske fremstillinger har været stadig aftagende.

Når den ovenfor skitserede udviklingstendens inden for retsdogmatikken og retsfilosofien hævdes at have haft betydning for fortolkningen af grl. § 3, skyldes det for det første, at der vedrørende denne bestemmelse så godt som ingen retspraksis er. I hvert fald er det yderst sjældent, at man i domspræmissen finder henvisning til bestemmelsen.<sup>2)</sup> Denne mangel på praksis er så meget mere fatal, som forarbejderne til bestemmelsen er uden synderlig indhold. Endvidere er bestemmelsen jo uændret gået i arv fra 1849-grundloven til 1953-grundloven. De kortfattede bemærkninger, der er i forarbejderne, er således over

-----  
2) Jfr. U. 1941.1076 H. Der var i denne sag procederet på, at en lovbemyndigelse til Handelsministeren var i strid med grl. § 2 (nu § 3). Højesteret stadfæster underrettens og Østre Landsrets afgørelse om, at bemyndigelsen ikke er i strid med grl. I J.U. 1855.819 udtaler Københavns Sørret, at en bekendtgørelse af 31. maj 1854 ikke kan lægges til grund i en privat erstatningssag, bl.a. fordi den "ikke kan betragtes som en Lov, naar henses til § 2 i Grundloven". Undertiden ses påberåbt en udtalelse af højesteretsdommer Eyvind Olrik fremsat i TfR 1921.222. Ofte synes det som om denne udtalelse tages som i hvert fald et indicium fra retspraksis. Dette forhold vil blive behandlet nedenfor.

100 år gamle. De to kilder, man normalt ville finde en væsentlig støtte i, er altså ikke til disposition i dette tilfælde.<sup>3)</sup> Det er derfor givet, at en fortolkning i vidt omfang må bygge på ræsonnementer, der ikke er gængse i retsdogmatikken. Det er her nærliggende at påpege den overvejende enighed, der er i teorien om, at bestemmelsen om de tre statsfunktioners fordeling er inspireret af Montesquieus afsnit om den engelske forfatning i L'Esprit des Lois, 1748.<sup>4)</sup> Man kunne derfor fristes til at søge sit udgangspunkt for en fortolkning af grl. § 3 netop i dette afsnit. Når dette ikke i særlig væsentlig omfang er sket, skyldes det dels, at Montesquieus fremstilling er godt 200 år gammel og derfor meget let vil blive opfattet som en totalt forældet teori. Endvidere er teksten så tilpas uklar, at der ikke er enighed om dens fortolkning. De bidrag, der på dansk foreligger om fortolkningen af Montesquieus fremstilling, er yderst få og af en meget kortfattet karakter.<sup>5)</sup> I det omfang de er foretaget af jurister, er de så godt som alene refererende. Forfatterskabet synes ikke herhjemme i videre omfang at have virket tiltrækkende på hverken filosoffer eller politologer. Antagelig opfatter man Montesquieus magtfordeling som en antikvitet, der i statsteoretisk sammenhæng er mere kuriøs end anvendelig. Til gengæld findes på både tysk, engelsk og fransk et utal af behandlinger af emnet. Disse er såvidt ses kun i meget begrænset omfang anvendt ved fortolkningerne af grl. § 3. Dette kan skyldes flere faktorer. Selv et minimum af kendskab til disse frem-

-----

- 3) Direkte modsat Nordskov Nielsen, 1961, p. 341: "... , man savner en indgående undersøgelse af praksis som fundament for fremstillingen af statsmagternes funktionelle adskillelse".
- 4) I det følgende henvises til Montesquieu: De L'Esprit des Lois, udgivet ved G. Truc, (Paris 1956), I-II. En undtagelse udgør Ernst Andersen: Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen. En Studie indenfor den offentlige Ret, Kbh. 1940. Det hævdes her p. 69, at Montesquieus magtfordelingslære ikke kan tillægges betydning for fortolkningen af grl. § 3 bl.a. med den begrundelse, at Montesquieus ideer er "politiske ideer og som næsten alle politiske ideer lider af en vis Ubestemthed, der er i Pagt med Kernen i al Politik", jfr. p. 65, hvor engelsk ret hævdes at have afgørende betydning for fortolkningen af grl. § 3. Montesquieus fremstilling hævdes at være en urigtig beskrivelse af de engelske tilstande.
- 5) Væsentlig er dog Montesquieu: Om Lovenes Natur og Aarsag. Kommenteret oversættelse ved J. Hvas, I-III, Kbh. 1770.

stillinger vil gøre det forståeligt, at der heller ikke på dette plan hersker blot tilnærmelsesvis enighed om indholdet af Montesquieus magtadskillelærelære. Det må heller ikke overses, at fremstillingerne i det omfang, de ikke er skrevet af jurister, men af politologer og filosoffer kun meget vanskeligt lader sig anvende i juridisk sammenhæng. Og er de skrevet af jurister, er de oftest udarbejdet med henblik på et specielt forfatningssystem. Hvad der er medtaget i fortolkningerne er derfor oftest afhængig af et andet forfatningssystem end det danske.

De hjælpemidler, der kunne antages at være enighed om at anvende ved en fortolkning af grl. § 3, er således meget lidt sigende. Såvel retspraksis som forarbejder, der begge traditionelt er fundamentale for retsdogmatikkens udsagn og argumentation, er, så vidt jeg kan se, end ikke påberåbt i teorien. Den sidste mulighed: at fortolke bestemmelsen i lyset af Montesquieus tekst er både på grund af tekstens alder og på grund af dens uklarhed en meget vanskelig - det vil sige kraftigt manipulerbar - vej. § 3 udmærker sig for så vidt ved i metodisk henseende at befinde sig i et tomrum. Fortolkningen af grl. § 3 vil næppe på forhånd kunne bindes til en given metode eller synsvinkel.

## II. Emne og metode.

Hvis det er rigtigt, at fortolkningen af grl. § 3 må ske i et metodisk tomrum, er det nærliggende at forsøge at opstille en fortolkning ud fra en forholdsvis fri argumentation og så håbe på, at dennes lødighed og konsekvens vil være afgørende for, om den vil blive accepteret. Man kunne her antageligt finde en vis inspiration i Aristoteles' dialektik og i den klassiske retorik, således som denne i nyere tid er videreudviklet og har opnået en vis accept inden for 'fremmed retsvidenskab', ofte under betegnelsen topik.<sup>6)</sup>

Det er imidlertid muligt, at den således opstillede fortolkning ikke vil blive bedømt ud fra sin lødighed og konsekvens men efter mere formelle kriterier. Det hænger sammen med den ovenfor skitserede ud-  
-----

6) Jfr. Stig Jørgensen: Ret og Samfund, Kbh. 1970, p. 81 og 107-111 og Ch. Perelman: The Idea of Justice and the Problem of Argument, London 1963. Peter Germer: Ytringsfrihedens væsen, Kbh. 1973, er sandsynligvis den danske retsvidenskabelige afhandling, der ligger nævnte metode nærmest.

vikling inden for retsdogmatikken. Denne har længe været orienteret i analytisk, empirisk retning. Dette har naturligt bevirket, at visse anlæg hos teoretikerne er blevet særligt udviklede, medens man har forsømt udviklingen af andre anlæg. Evnen til både at udarbejde og at vurdere en metodisk ubunden fortolkning af grl. § 3 kan derfor med en vis ret formodes at være dårligere end de tilsvarende evner til at arbejde inden for den traditionelle retsdogmatik. Erkendelsen heraf medfører naturligt en vis uvilje mod en helt selvstændig vurdering af en given argumentation. Tilbøjeligheden til at lade sin holdning bestemme af andre faktorer end en fordomsfri bedømmelse af argumentationen kan derfor ikke udelukkes. Det er et universelt fænomen, at hvor man er usikker over for indholdet, vil man have en tendens til at bedømme på formen. I dette tilfælde skulle der derfor kunne forventes en tendens til at lade sin holdning afhænge af, hvem der har fremsat den givne fortolkning. Jeg har antaget det for et realistisk udgangspunkt for arbejdet, at den gennemslagskraft, en given fortolkning af specielt grl. § 3 vil kunne forventes at få, i meget høj grad er afhængig af, hvem der fremsætter fortolkningen. Såfremt vedkommende er kendt som en faglig autoritet, vil tilbøjeligheden til at acceptere hans fortolkning være meget stor. Omvendt hvis det er en person uden det faglige renommé.

Forholdet opfattes ofte som odiøst. Der ligger nemlig bag synspunktet en betydelig autoritetstro. Mærkeligt nok accepteres denne ikke. Omvendt er de fleste mere end villige til at indrømme, at brugtvognshandel for dem er en tillidssag. De har ikke den fornødne indsigt til at vurdere en given vogns tilstand, og hvis sælgeren virker lidt for smart, kan bilen være nok så god. Man køber den alligevel ikke. Måske er parallellen lidt hårdt sat op. Når det er så almindeligt at nævne brugtbilhandel som en tillidssag, hænger det sikkert ikke alene sammen med den manglende evne til at vurdere bilen, men også sammen med en udbredt opfattelse af eller myte om brugtbilforhandlerne som ikke helt reelle. Til gengæld hører man undertiden, at jurister kan gøre sort til hvidt og omvendt. Ordet 'prokurator-kneb' er næppe heller ukendt.

Når det ovenfor nævnte forhold, at man verificerer er retsdogmatisk udsagn ud fra manden og ikke ud fra det, han siger, ikke er velset, hænger det antageligt sammen med to ting. For det første er det for mange "akademikere" et fundamentalt krav, at man er intellektuelt kritisk. At man altså ikke overtager meninger alene, fordi man tror på dem, men alene lader sig overbevise af argumenter. Man opstiller, så vidt jeg kan se, et krav, der er totalt uopfyldeligt. Man bevarer selvagtelsen ved at forholde sig kritisk over for de givne autoriteter og fortrænger, at

man til gengæld støtter sig til andre autoriteter. 7) Den anden faktor, som har bevirket, at forholdet idag opfattes som odiøst er, at det har en konservativ eller endda reaktionær tendens. Synspunktet medfører naturligt, at de folk, hvis meninger accepteres, er folk, der allerede har fået et blå stempel. Selv under ideelle forhold vil det derfor dreje sig om personer, der har en vis alder. Dette er jo betingelsen for at vedkommende kan have gjort sig fortjent til stemplet. Under knapt så ideelle forhold er stemplet afhængigt af vedkommendes holdning til det offentlige. Uden at fornægte systemets svagheder skal påpeges, at det inden for retsvidenskaben er muligt netop på grund af en almindelig udbredt og accepteret metodeafgrænsning at foretage forholdsvis sikre evalueringer. Endvidere er autoritetstroen i retsvidenskaben indarbejdet i selve metoden på en helt speciel måde. Ofte tales om retsvidenskaben som retskilde, i enkelte tilfælde hævdes den endog at være den afgørende retskilde. 8) Det forekommer derfor urealistisk og næppe heller ønskeligt fuldstændigt at fornægte den 'autoritære verifikationsmetode'. Specielt bør måske pointeres, at forfatningsretten i vidt omfang henvender sig til lovgiver, derfor i realiteten folketinget. Den forfatningsretlige teori henvender sig altså ikke i samme omfang som de andre retsdogmatiske fag til fagfæller men må i vidt omfang påregne, at modtageren i retsvidenskabelig sammenhæng er lægmand, hvilket øger tendensen til formel bedømmelse.

Ud fra de her nævnte forudsætninger for en beskæftigelse med grl. § 3 har jeg valgt at lægge hovedvægten på en analyse af de autoritative fortolkninger af grl. § 3. Målet hermed er klart at argumentere for, at der ikke i hidtidig teori er præsenteret en fortolkning af grl. § 3, der opfylder almindeligt accepterede krav. At der ikke kan påvises mere eller mindre bestemte kriterier for at verificere en fortolkning er ikke ensbetydende med, at der ikke kan opstilles visse mindstekrav, som må være opfyldt. Jeg tænker her først og fremmest på den almindelige fordring om, at en fortolkning skal være konsekvent. Videre skal der foreligge en eller anden form for

-----

7) Forholdet har en betydelig lighed med nogle bemærkninger David Favrholtz fremsatte i 1968 i "Filosofi og Samfund", p. 97-110. Den påstand, der da vakte særlig forargelse, var Favrholtz personlige bemærkning om, at målet var at opdrage de 10% kvikkeste danskere til selvstændig kritisk tænkning. Over for denne opfattelse, at en udvikling af intellektet hos en lille elite er vejen til at hindre politisk og anden manipulation, står Hal Kocks påstand i Hvad er demokrati? Kbh. 1970, p. 51, hvor det hævdes, at akademikerne på grund af deres utilbøjelighed til at tilslutte sig erfarne politikeres tale "netop har været de letteste ofre for agitationens påvirkning." Hvem der er mest manipulerbar, akademikerne eller den læge borger, skal ikke her afgøres. Problemet har sandsynligvis rødder langt bagud. Kendt er Zenons bevis fra det 5. århundredes græske filosofi. Zenon argumenterede overbevisende for, at Achilles aldrig ville kunne overhale en skildpadde, der havde fået

sandsynliggørelse af, at fortolkningen har forbindelse med den fortolkede tekst. Det sidste kriterium, der kan forvente universel accept, er kravet om, at en given fortolkning ikke må være i strid med praksis og sædvane. Det er følgelig formålet med denne afhandling at argumentere for, at de hidtil præsenterede fortolkninger af grl. § 3 ikke opfylder de mindstekrav, alle må være enige om at opstille. Det er målet herigennem at påvise et uomgængeligt behov for en ny-tolkning af bestemmelsen og at afstikke rammerne for denne.

Tesen bag kritikken er, at grl. § 3 i meget vidt omfang er blevet overfortolket. Man har så godt som enstemmigt fortolket reglen således, at den omfatter alle det moderne statsapparats funktioner til trods for en almindelig enighed om, at reglens ideologiske udspring er natvægterstaten. En sådan udvidelse af reglens område har antageligt medført en række inkonsekvenser i fremstillingerne.

Afhandlingen vil på grund af den valgte metode i meget vidt omfang være koncentreret om en kritisk analyse af fremførte argumenter. Disse argumenter befinder sig i vidt omfang uden for den traditionelle juridiske referenceramme, og afhandlingens form vil derfor få et formal-logisk præg - ofte af tekstkritisk tilsnit. Endvidere vil det i vidt omfang være nødvendigt at søge bagom de anvendte argumenter og således behandle visse næsten rent metodiske problemer, som på grund af deres basale karakter ofte vil have karakteren af banaliteter. Grunden hertil er, at jo friere en argumentation er, jo mere universel referenceramme kræver den. Banaliteterne er vel netop banaliteter, fordi de indeholder universelt accepterede påstande.

Som ovenfor nævnt udgør de hidtidige fortolkninger af grl. § 3 ikke nogen overensstemmende fortolkning. Forskellene fra den ene til den anden fremstilling er ganske betydelige. Dette vanskeliggør i meget høj grad det ovenfor stillede mål: en kritik af hidtidig teori. Der er,

- 
- 7) et vist forspring. Da dette er i strid med vor erfaring, sluttede Zenon, at al sansning er bedragerisk. Jfr. Justus Hartnack: Filosofiske problemer, Kbh. 1966. Denne manipulation forudsætter både et vist intellekt og i særdeleshed en tro på intellektets værdi.
  - 8) Jfr. Knud Illum: Lov og Ret, Kbh. 1945. Også Preben Stuer Lauridsen: Studier i retspolitisk argumentation, Kbh. 1974 synes at have tendens i denne retning.

så vidt jeg kan se, ikke nogen mulighed for at behandle de forskellige fremstillinger under ét. Selv om man valgte at koncentrere analysen og kritikken til nogle få af de foreliggende fremstillinger, er forskellene så betydelige, at en samlet behandling ikke er mulig. Når de foreliggende forskelle har særlig betydning i denne sammenhæng skyldes det, at et af afhandlingens hovedformål er at påvise, at der ikke i hidtidig teori er præsenteret en sammenhængende fortolkning af bestemmelsen. Såfremt en sådan påvisning skal have mening, må den foretages for hver enkelt af de foreliggende fortolkninger. Det er hverken fair eller meningsfuldt at påvise, at visse dele af Max Sørensens fortolkning ikke er konsekvente i forhold til andre dele af f.eks. Poul Andersens fortolkning. At det vil gøre hele fremstillingen totalt uoverskuelig at foretage en sådan analyse for hver enkelt forfatter for sig er givet. Jeg har derfor valgt den mellemløsning at placere en enkelt fortolkning af grl. § 3 meget centralt i fremstillingen. Dermed være ikke sagt, at der alene foretages en analyse af de forskellige elementer i denne fortolkning og af sammenhængen mellem disse elementer. Fremgangsmåden er alene anvendt for at sikre en vis overskuelighed i fremstillingen. Det er altså formålet at tage en enkelt fortolkning frem til grundig analyse og så fremstillingsmæssigt at behandle de øvrige fortolkninger i relation hertil. Betingelsen for denne forms rimelighed er for det første, at der vælges en fremstilling, der har en sådan karakter, at den er velegnet som skelet også for behandlingen af de øvrige fremstillinger. Det vil sige, at den valgte fortolkning skal have en væsentlig berøringsflade med de vigtigste tendenser i de andre fortolkninger. Den skal med andre ord have en vis repræsentativitet. At det desuden skal være en fremstilling, der - hvad argumentation og dybde angår - hører til de bedste, er selvfølgelig. Videre er det en fordel, om man vælger en forholdsvis ny fremstilling, da den i så fald med en vis ret kan forventes at have taget stilling til en række tidligere behandlede løsningsforslag. I det følgende er valgt Max Sørensens fremstilling i Statsforfatningsret, Kbh. 1973, der, når bortses fra Ole Espersen: Elementær Statsforfatningsret, Kbh. 1973, er den nyeste fremstilling. At Ross' ovenfor nævnte afhandling i Statsretlige studier ikke kan anvendes til det her angivne formål, følger af, at afhandlingen stort set er et opgør med det forfatteren opfatter som den traditionelle udlægning af grl. § 3.<sup>9)</sup>

-----

9) Den senere fremstilling i Dansk Statsforfatningsret I-II, Kbh. 1966, p. 203-245 er en sammenfatning af afhandlingen i Statsretlige studier.

Dermed være ikke sagt, at den følgende analyse og kritik ikke vedrører Ross' tolkning. Det gør den i meget høj grad - udgangspunktet er blot ikke Ross'. Den tredje behandling, der kunne være tale om at anvende, er Poul Andersen: Dansk Statsforfatningsret, Kbh. 1954. Denne fremstilling kunne have været anvendt som model. Når det ikke er tilfældet, skyldes det dels, at Max Sørensens fremstilling, som på mange punkter ligger på linje med Poul Andersens, er den nyeste og dels, at Max Sørensens fremstilling af grl. § 3 er den mest fyldige. Som fremhævet er der alene tale om, at Max Sørensens fortolkning anvendes som udgangsmodel. Det er målet for den følgende kritik at gå ud over modellen, således at den kommer til at omfatte samtlige hidtil fremsatte fortolkninger af grl. § 3.

### III. Litteraturanvendelse.

Som tidligere fremhævet er afhandlingens hovedsigte en kritik af de hidtidige fortolkninger af grl. § 3. Dette medfører naturligt, at den anvendte litteratur primært er de forskellige forfatningsretlige fremstillinger fra 1849 og til idag. I det omfang, der foreligger artikler om grl. § 3 eller dele af bestemmelsen, er disse søgt inddraget. Videre er enkelte værker af ikke-forfatningsretlig karakter inddraget, fordi de har haft en vis berøringsflade med de behandlede problemer. Omvendt er der ikke i kritikken inddraget andet empirisk materiale end det i den hidtidige teori påberåbte. Dette skyldes først og fremmest den ovenfor nævnte holdning til muligheden for en empirisk orienteret tolkning af grl. § 3. Det har i denne forbindelse haft en vis indflydelse, at jeg har ønsket i videst muligt omfang at gennemføre kritikken på den hidtidige teoris egne præmisser. Det skulle efter min opfattelse styrke kritikkens værdi, at den foretages på de af den hidtidige teori selv fremhævede præmisser.

Endvidere bør det nævnes, at afhandlingen i videst muligt omfang bygger på danske fremstillinger. Dette kan forekomme overraskende, idet der i hidtidig teori har været en tendens til at anskue grl. § 3 komparativt. Ofte mødes henvisninger til såvel amerikansk, fransk som tysk ret. Sjældnere ses henvisninger til engelsk ret. Som det vil fremgå at selve afhandlingen, finder jeg ikke, at disse henvisninger til fremmed ret i væsentlig grad har beriget de danske fortolkninger. Jeg har derfor valgt ikke at anvende fremmed ret uden i de tilfælde, hvor en komparativ synsvinkel er så væsentlig i en dansk fremstil-

ling, at denne ikke med rette vil kunne analyseres uden inddragelse af fremmed ret. Iøvrigt har det været målet i videst muligt omfang at anvende nationale fremstillinger - også for så vidt angår den del af den anvendte litteratur, der ikke er af egentlig retsvidenskabelig karakter. Dette skyldes ikke nogen nationalistisk holdning men primært at jeg ikke kan se nogen grund til at anvende fremmed litteratur i det omfang, der i danske fremstillinger findes den fornødne behandling af et givet emne. Dels er det et rimeligt udgangspunkt, at læserne er mere fortrolige med den danske litteratur end med fremmed litteratur. For en del af den anvendte litteratur er det væsentligt, at den afspejler en dansk holdning. Dette gælder for eksempel vedrørende analysen af demokratibegrebet og dets anvendelse ved fortolkningen af grl. § 3. Hvis det skal være acceptabel statsretlig metode at påberåbe sig demokratiet, må det være i den form og med det indhold, som man her i landet giver begrebet. At forfatningens levedygtighed, når det drejer sig om de fundamentale spørgsmål, i høj grad er afhængig af, at den afspejler nationens grundholdninger, er almindeligt accepteret, uanset at man synes at bruge megen tid og energi på en meget speciel diskussion om den logiske karakter af grl. § 88 om grundlovsændringer.<sup>10)</sup>

En anden faktor, som har haft afgørende indflydelse på, at fremstillingen overvejende refererer til dansk litteratur, er, at det forekommer mig at være mere nærliggende at rette en vis kritik mod danske fremstillinger end mod fremmede. Dette kriterium har mest markant fundet udtryk i henvisningerne til Hans Fink: Samfundsfilosofi, Aarhus 1975. Denne bog er ikke og giver sig heller ikke ud for at være noget selvstændigt videnskabeligt værk. Normalt ville henvisninger til denne bog derfor blive regnet for overflødige, måske endda underlødige. Heroverfor står imidlertid, at bogen anvendes obligatorisk i uddannelsen af jurister. Den må således uanset sine kvaliteter forventes at få en betydelig indflydelse på en række juristers holdning til bl.a. statsteoretiske problemer. Dette berettiger efter min mening, at bogen inddrages. Også selvom det måske sker på bekostning af betydeligt bedre udenlandske fremstillinger, som til gengæld ikke har nogen synderlig effekt, fordi de simpelthen ikke læses her i landet. Samme synspunkt har haft væsentlig indflydelse på henvis-

-----

10) Der tænkes her på den såkaldte grundnormsdebat, jfr. det seneste indlæg med henvisninger til tidligere litteratur, Torstein Eckhoff og Nils Kr. Sundby: Om selvrefererende lover, TfR 1974.34-61.

ningerne til marxistisk litteratur om de behandlede problemer. Det må for dansk retsvidenskab være mere relevant at forholde sig til en dansk marxistisk udlægning af visse forfatningsretlige problemer end tilsvarende tyske eller engelske fremstillinger. Når to angelsaksiske fremstillinger<sup>12)</sup> alligevel har fået en meget fremtrædende plads i afhandlingen, skyldes det ganske enkelt, at begge bøgernes hovedfortjeneste er deres meget indgående undersøgelser af Montesquieus idehistoriske forudsætninger. Der findes mig bekendt ikke hverken på dansk eller noget andet nordisk sprog nogen behandling af dette emne.<sup>13)</sup> Det nationale aspekt er til gengæld på dette område søgt tilgodeset ved inddragelsen af visse danske før-konstitutionelle fremstillinger af statslæren.

Litteraturhenvisningerne foretages således, at første gang, der refereres til et arbejde, citeres dets fulde titel. Derefter sker henvisningen alene ved forfatternavnet. Såfremt der henvises til forskellige arbejder af samme forfatter, angives arbejdets udgivelsesår.

- 
- 12) W. B. Gwyn: The Meaning of the Separation of Powers, an Analysis of the Doctrin from its Origin to the Adoption of the US-Constitution, Tulane 1965 og M. J. C. Vile: Constitutionalism and the Separation of Powers, Oxford 1969.
- 13) Frede Castberg: Nogen Ord om Magtfordelingsprincippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsret, TfR 1918.243-296 er mig bekendt den nordiske fremstilling, der klarest markerer den tvedeling i Montesquieus tekst, som har afgørende betydning for denne afhandling. Netop fordi det idehistoriske aspekt mangler, begrænser fremstillingen sig til en påvisning af tvedelingen. Der gives ikke nogen overbevisende forklaring på den.

## 2. Kapitel

### HIDTIDIG TEORI

Som nævnt i indledningen er det karakteristisk for den offentligretlige litteratur omkring grl. § 3, at den ikke består af samlede fremstillinger. I de forskellige lærebøger i dansk forfatningsret findes ofte en meget kort redegørelse for bestemmelsen og dens baggrund. Hvad der derudover findes vedrørende bestemmelsen er inkorporeret i analysen af et af de mange forfatningsretlige problemer, som hævdes at have relation til grl. § 3. Et typisk eksempel herpå er behandlingen af lovgivningsmagts kompetence. Det primære formål med en sådan analyse er at nå frem til et udsagn om, hvilken kompetence der tilkommer lovgivningsmagten. Hvad der er den egentlige hjemmel for denne kompetence, har kun sekundær interesse. Det er dog næppe forkert at antage, at teoriens manglende interesse for det sidste spørgsmål i meget vidt omfang hænger sammen med, at man har forudsat, at grl. § 3 er den generelle og altomfattende hjemmel for lovgivningsmagts kompetence. Dette, at teoriens analyser af grl. § 3 er knyttet til forskellige kompetencespørgsmål, som er behandlet adskilt, gør det vanskeligt at give et samlet referat af teoriens opfattelse. Der vil let i selve den proces at tage elementerne ud af deres sammenhæng for derefter at sammenstille dem være tale om en vis fortolkning, og dermed også muligheden for en fejlfortolkning. Dette være alene påpeget for at gøre det klart, at der allerede i den proces at referere hidtidig teori ligger betydelige manipulationsmuligheder. På den anden side, er det nødvendigt med et kort referat af hidtidig teori. Såfremt læseren ikke har et forholdsvis klart billede heraf, vil den følgende kritik let fortone sig i en række ikke sammenhængende detailspørgsmål.

Den anden vanskelighed ved at udarbejde en oversigt over hidtidig teori på dette område er som ovenfor bemærket, at der ikke er tale om nogen entydig teori. I det omfang man begrænser referatet til hovedlinjerne i fortolkningen af § 3 og ser bort fra terminologiske forskelle, er det dog muligt at tale om en traditionel teori og en opposition imod denne.

## I. Magtfordelingsideologien.

Der er i de forfatningsretlige fremstillinger enighed om, at Montesquieus magtfordelingslære er den ideologiske baggrund for grl. § 3. Man skitserer derfor i forbindelse med gennemgangen af grl. § 3 hovedideen i Montesquieus fremstilling om den engelske forfatning. Det bærende i hans fremstilling hævdes at være påstanden om, at der i enhver stat er tre slags magt. Og at denne magt må fordeles mellem forskellige organer, således at det ene organs magt kan sætte grænser for det andet organs magt, og at organerne kan kontrollere hinanden indbyrdes (checks and balances). Det nævnes, at de tre funktioner er lovgivende, dømmende og udøvende magt, og at de tre organer eller magtgrupper er konge, adel og borgerskab. Det fremhæves, at Montesquieus lære ikke er en rigoristisk magtadskillelse, men at han tværtimod forudsætter et vist samvirke mellem organerne. Formålet med magternes fordeling er for Montesquieu en sikring af borgernes frihed eller retssikkerhed. Disse få teser udgør kernen i de offentligretlige fremstillingers henvisninger til Montesquieus lære, og ofte indskrænker de sig til dette.<sup>1)</sup>

I Ross' tidligere nævnte analyse af grl. § 3 i Statsretlige studier findes overhovedet intet referat af Montesquieus lære, hvorimod den reviderede og forkortede fremstilling af samme emne i Ross: Dansk Statsforfatningsret, Kbh. 1966, p. 202-245 udmærker sig ved en forholdsvis udførlig fremstilling af hovedlinjerne i Montesquieus lære og en påvisning af, at læren er bundet til datidens politiske magtforhold. Der er sket væsentlige ændringer i de faktiske forhold, som hævdes at være forudsætningerne for læren. Kongen og adelen er ikke længere politiske magtfaktorer, og parlamentarismens indførelse har medført en ophævelse af spændingen mellem parlament og regering eller konge. Dette svarer i vidt omfang til opfattelserne i den

1) Max Sørensen 1973, p. 166-167, Ole Espersen 1973, p. 30-32, Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard, p. 21-23, Poul Andersen 1954, p. 97-98. Berlin i Den danske Statsforfatningsret, I-II, Kbh. 1937-39, bind II, p. 2, indskrænker derimod sin behandling af Montesquieu til en henvisning til sin behandling i Opløsningsretten overfor lovgivende Forsamlinger. En sammenlignende retshistorisk og dogmatisk Undersøgelse, Kbh. 1906, p. 34-38.

Som eksempel på en nyere fremstilling af § 3, der hverken nævner Montesquieus navn eller teori, kan henvises til Ole Krarup og Jørgen Mathiassen: Elementær Forvaltningsret, Kbh. 1972, p. 7-24. Matzen: Den danske Statsforfatningsret I-III, Kbh. 1887-1895, Bind III, p. 1-2 er yderst kortfattet på dette punkt. Hverken i J. E. Larsen: Statsretlige Foredrag og Afhandlinger efter 1848, Samlede Skrifter, 1. Afd., 3. Bind, Kbh. 1857 eller i C. G. Holck: Den danske Statsforfatningsret. Udgivet efter Forfatterens Død ved C. Goos og J. Nellesmann, I-II, Kbh. 1869 findes nogen samlet oversigt

traditionelle teori. Videre påpeges, at den udvikling, der er sket i statens aktiviteter - økonomisk regulering, socialhjælp o.s.v. - har medført en meget betydelig udvidelse af specielt den udøvende magt. Således hedder det hos Max Sørensen 1973, p. 151, at problemet om retsforholdet mellem borgerne og offentlige myndigheder uden for strafferetsplejen ikke er klart placeret i den klassiske magtadskillelærelære. Det er derfor ikke overraskende, at Ross konkluderer, at læren er uden betydning for nutidig forfatningsret. Det nævnes dog, at læren - omend i en modificeret form - har overlevet i USA.

At man stadig opererer med de tre nævnte statsfunktioner eller magter forklares med, at en funktionsdeling er hensigtsmæssig, og i et vist omfang endog nødvendig. Det fremhæves ofte, at kompetencefordelingen muliggør en vis indbyrdes kontrol. Da kompetencerne ikke længere kan fordeles med henblik på at skabe politiske spændingsforhold, må der opstilles et nyt kriterium for, hvorledes det afgøres, hvilke organer der skal have de forskellige kompetencer. Ross understreger i Statsretlige studier, at det afgørende må være et egnethedskriterium:

"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." p. 29.

Dette kriterium synes at have vundet et vist fodfæste i senere litteratur om emnet. <sup>2)</sup>

## II. Den principielle magtfordeling.

Undertiden anvendes i litteraturen omkring grl. § 3 betegnelsen "principiel magtfordeling". Det hedder således i Max Sørensen, 1973, p. 167:

"Den danske grundlov af 1849 fastslog i § 2 (grl. 1953 § 3) en principiel magtfordeling. Hverken denne eller andre af grundlovens bestemmelser tilstræber imidlertid nogen dybtgående eller kategorisk gennemførelse af magtadskillelsens princip." (Min fremhævelse).

-----

2) Således siges i Max Sørensen 1973, p. 169, at denne tese er "en kerne af almen gyldighed i den magtfordeling som grl. § 3 proklamerer".

Også i Ole Espersen, 1973, p. 86 anvendes termen 'principiel magtfordeling'. Hvad der nærmere menes med begrebet er ikke umiddelbart indlysende. På den ene side synes det at fremgå af de to fremstillinger, at ingen af forfatterne anvender begrebet som en betegnelse for Montesquieus udformning af magtfordelingen. Samtidig fremgår det af de to fremstillinger, at den principielle magtfordeling adskiller sig fra magtfordelingen ifølge gældende ret.<sup>3)</sup> Muligvis skal den opfattes som en udgangsmodel, der kan give en vis formodning for indholdet af grundlovens § 3. Måske er der tale om en egentlig hovedregel, altså en retsregel af forholdsvis abstrakt indhold, der er gældende, medmindre andet følger af en speciel bestemmelse eller andet lignende retsgrundlag. Sandsynligvis har betegnelsen en vis forbindelse med et af de klassiske problemer ved fortolkningen af grl. § 3: i alle de tilfælde, hvor der er opstillet en materiel definition af en af funktionerne, har det kunnet påvises, at den ikke fuldt ud svarer til de funktioner, det tilsvarende organ udøver. Dette har igen sammenhæng med det af alle erkendte forhold, at magtadskillelsen ikke fuldt ud er gennemført i praksis, jfr. Ross 1959, p. 41. Det er karakteristisk for både Ole Espersens og Max Sørensens anvendelse af betegnelsen "principiel magtfordeling", at den ikke findes i forbindelse med præsentationen af en given model, men først dukker op ved fremhævelsen af, at der er visse brud på den principielle magtfordeling. Modellen tegnes altså for så vidt indirekte gennem sine undtagelser.

Det nærmere indhold af Max Sørensens principielle magtfordeling er øjensynligt følgende: Grundlovens § 3 indeholder en opregning af tre funktioner: en lovgivende, en udøvende og en dømmende. Disse tre funktioner udøves uafhængigt af de tre organer: kongen og folketinget i forening, kongen og domstolene, således at hvert organ i sin konstituering er uafhængigt af de øvrige organer.

Opdelingen i disse tre funktioner anses ikke for at være klar. Man kan nok "i bred almindelighed" betegne de tre funktioner som udfær-----

3) Således siges i Ole Espersen, 1973, p. 86 under gennemgangen af de tre magter ifølge gældende ret, at den principielle magtfordeling er fremstillet i det foregående kapitel, p. 74-85. Montesquieus fremstilling er behandlet p. 30-32. Hos Max Sørensen synes det at fremgå af selve den principielle magtfordelings indhold, at den adskiller sig såvel fra Montesquieus magtfordeling som fra gældende forfatningsret. I Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard, p. 21 gives en fremstilling, der indholdsmæssigt svarer til Max

digelse af generelle retsregler, disse reglers anvendelse ved konkrete beslutninger og endelig at afgøre retstvister og at pålægge straf for lovovertrædelser, men grænserne er ikke skarpe.

Om bestemmelsens principielle område siges, at sondringen ikke er udtømmende. Hermed menes vel, at de tre ovenfor nævnte funktioner ikke er nogen udtømmende angivelse af de funktioner, der betegnes som forfatningsretlige. Der gives ikke noget generelt kriterium til afgrænsning af de funktioner, der er omfattet af den principielle magtfordeling, og de, der falder udenfor. Der nævnes alene eksempler på funktioner, der falder uden for: "fastlæggelsen af statens budget, varetagelsen af dens interesser i forhold til udlandet, og ikke mindst det i vor tid vigtige fænomen planlægning".

Ole Espersen har tilsyneladende ikke helt samme billede af den principielle magtfordeling. Hans fremstilling er på dette område nærmest en syntese af Max Sørensens og Alf Ross' fremstillinger.

Det er nærliggende i denne forbindelse at referere Ross' indledning til en analyse af magtfordelingen ifølge gældende ret. Ross foretager her en vis præciserende omskrivning af grl. § 3. Meget tyder på, at denne omskrivning er analog til Max Sørensens principielle magtfordeling. Ross fastlægger følgende:

- "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 tre sæt af organer således at den lovgivende magt er hos kongen og folketinget i 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." 1959, p. 23-24 og 1966, p. 209.

Ross fremhæver, at denne omskrivning af grl. § 3 alene er betinget af, at man accepterer Montesquieus fremstilling af den engelske forfatning som det ideologiske forbillede for grl. § 3.

-----

- 3) Sørensens principielle magtfordeling. Denne fremstilling hævdes at være et forenklet referat af Montesquieus lære. Imidlertid påpeges umiddelbart efter, at den givne fremstilling adskiller sig fra Montesquieus lære!

Både Max Sørensens og Alf Ross' analyser af grl. § 3 har således et forholdsvis fast udgangspunkt. For så vidt angår Poul Andersen, 1954 findes ingen parallel hertil. Det påpeges dog p. 101 om grl. § 3, at den

"forudsætter ... åbenbart i Overensstemmelse med den almindelige Magtadskillelærelære, at al Statsmagt, bortset fra nogle positive Grundlovsbestemmelser, t. Eks. §§ 5, 9, 2. Pkt., 11, 2. Pkt. samt en Række Paragraffer om Folketingets kollegiale Beføjelser, gaar ind under Fordelingen af lovgivende, udøvende og dømmende Magt til henholdsvis Kongen og Folketinget i Forening, Kongen og Domstolene."

Max Sørensen, Alf Ross og Poul Andersen tager altså hver deres udgangspunkt for så vidt angår spørgsmålet om området for grl. § 3. Ross anser reglen for altomfattende, Poul Andersen antager derimod, at der i medfør af specielle grundlovsbestemmelser er holdt visse kompetencer uden for fordelingen, og endelig er det Max Sørensens opfattelse, at reglen ikke er principielt udtømmende.

### III. Magtfordelingen ifølge gældende ret.

Der er som ovenfor nævnt almindelig enighed om, at hverken magtfordelingsprincippet - eller magtfordelingslæren - er fuldt ud gennemført i dansk ret. De brud, der gøres på princippet, består for det første i, at en given funktion ikke alene udøves af det korresponderende organ, men undertiden også af andre organer. Således udfærdiges generelle retsforskrifter ikke alene af lovgiver, men også af det udøvende organ eller organhierarki. Ligeledes tilkommer der i visse tilfælde det ene organ en vis indflydelse på det andet organs konstituering. F.eks. har folketinget efter parlamentarismens indførelse en betydelig indflydelse på regeringens sammensætning. Disse afvigelser fra en rigoristisk magtfordeling fremgår dels af en række specielle grundlovsbestemmelser og dels af en praksis etableret gennem en lang politisk udvikling.

Når man skal bestemme de tre i grundlovens § 3 nævnte funktioner, kan man derfor ikke tage sit udgangspunkt i de ideologiske fremstillinger eller i rent principielle modeller, men man må i vidt omfang søge sit udgangspunkt i forfatningstraditionen og den forfatningsret-

lig virkelighed. <sup>4)</sup>

Der er i teorien enighed om, at lovgiver er omnipotent. Lovgivers kompetence lader sig ikke bestemme og afgrænse ved en positiv angivelse, men er tværtimod karakteriseret ved, at den alene er begrænset af specielle grundlovsbestemmelser, der dels sikrer borgerne visse rettigheder i forhold til statsmagten og dels henlægger bestemt opregnede funktioner til andre organer. Herunder fremhæves, at bestemmelsen om, at domstolene har den dømmende magt, udgør en begrænsning af lovgivningsmagts kompetence, omend den nærmere afgrænsning ikke er helt klar. Omvendt hævdes, at der ikke ligger nogen begrænsning i bestemmelsen om, at den udøvende magt tilkommer kongen. I de tilfælde, hvor grundloven i specielle bestemmelser har henlagt en given funktion til kongen, er lovgivers kompetence nok også begrænset heraf, men ofte hævdes, at en lov, der trænger ind på et sådant område, ikke er ugyldig, da kongen jo ved sin stadfæstelse af loven har samtykket i dens tilvejebringelse. Det påpeges da, at en sådan lov - for så vidt angår de dele, hvor kongen er kompetent - ikke opnår lovskraft, men til enhver tid vil kunne ophæves af kongen.

Samtidig med hævdelserne af lovgivers omnipotens er det almindeligt at fremhæve, at "den lovgivende magt" har et materielt indhold. At det med andre ord er muligt at angive, hvilke beslutninger der sigtes til i grl. § 3. Det nærmere indhold heraf er der dog ikke fuld enighed om. Undertiden fremhæves, at lov i materiel forstand er ensbetydende med generelle regler, undertiden fremhæves, at der er tale om retsregler eller regler, der gør indgreb i borgernes frihed og ejendom. Der er også eksempler på, at kriterierne sammensættes, således at man ved lov i materiel forstand f.eks. forstår generelle regler, der gør indgreb i borgernes frihed og ejendom. Denne materielle bestemmelse af den lovgivende magt hævdes imidlertid intet-

-----

4) Dette er tydeligst fremhævet i Max Sørensen 1973. For så vidt angår bestemmelsen af lovgivningsmagts kompetence siges p. 196, at den "må udledes af den forfatningsretlige sædvane", angående bestemmelsen af domstolenes kompetence påpeges p. 287, at den må "ske under hensyn til den retlige tradition og på grundlag af praksis og sædvane", jfr. p. 288 og endelig udtales om den udøvende magt p. 255-56, "at det drejer sig om en virksomhed, der ikke umiddelbart er bestemt af grundloven, når bortses fra nogle specielle grundlovsbestemmelser, f.eks. §§ 14, 24 og 32, stk. 2, men som er fastlagt ved lov eller andet retsgrundlag, ..."

steds at være udtryk for lovgivers kompetence efter grl. § 3. Man fremhæver, at der er utallige eksempler på, at lovgiver har truffet beslutninger af konkret art, f.eks. standsning af arbejdskonflikt og tildeling af kunstnerstøtte.

Den materielle bestemmelse af "den lovgivende magt" får således ikke betydning for lovgivers kompetence, men den har betydning for kongens kompetence som indehaver af den udøvende magt. Det hævdes, at den udøvende magt ikke uden hjemmel i lov kan gøre indgreb i borgernes frihed og ejendom. Dette princip - legalitetsprincippet - støttes foruden på den forfatningsretlige udvikling på, at grundloven har henlagt denne kompetence til lovgiver. For så vidt angår forskrifter, der ikke gør indgreb i borgernes frihed og ejendom, anses kongen - forvaltningen - for kompetent uden lovhjemmel. Dog med den modifikation der følger af, at lovgiver er omnipotent, og at forvaltningen ikke uden lovhjemmel - eller særlig lovhjemmel - kan træffe beslutninger, der er i strid med gældende forskrifter udstedt i lovs form. Dette er ensbetydende med en kompetence for kongen til umiddelbart i henhold til grundloven at udstede visse anordninger - undertiden betegnet som forvaltningsanordninger. Iøvrigt bestemmes den udøvende magt nærmest negativt som de funktioner, der hverken er udøvelse af lovgivning eller domsafsigelse. Som ovenfor fremhævet er der dog intet til hinder for, at lovgiver udvider området ved i et vist omfang at flytte funktioner fra domstolene til forvaltningen.

Undertiden henregnes kongens grundlovsumiddelbare kompetence i mellemfolkelige anliggender til "den udøvende magt", men der er ikke enighed herom i teorien. <sup>5)</sup>

For så vidt angår "den dømmende magt" hævdes denne at omfatte afgørelse af retstvister og idømmelse af straf. Max Sørensen hævder desuden, at begrebet omfatter domstolenes funktioner som kontrolorgan over for såvel forvaltning som lovgiver. Imidlertid anses begrebet for at være så flydende, at lovgiver har en betydelig frihed til at foretage den nærmere afgrænsning.

-----

5) Max Sørensen 1973, p. 255 synes at skulle opfattes således, at funktionen ikke er omfattet af grl. § 3, jfr. p. 271-272 og samme: Responsum vedrørende de problemer, der knytter sig til grundlovens § 18, 1952, Bilag 6 i betænkning afgivet af forfatningskommissionen af 1946, Kbh. 1953, p. 113. Derimod Poul Andersen, 1954, p. 481. Jfr. Ole Espersen: Indgåelse og opfyldelse af traktater, Kbh. 1970, p. 24-25.

Som nævnt er Ross' fremstilling af grl. § 3 et opgør med denne traditionelle fremstilling af bestemmelsen.<sup>6)</sup> Ross' udgangspunkt er, at de tre funktioner må bestemmes således, at man sikrer, at en given funktion henlægges til det organ, der anses for bedst egnet til at varetage den. Iøvrigt anser han kun bestemmelsen af "den lovgivende magt" for at være retsdogmatisk relevant. Bestemmelsen af såvel "den dømmende magt" som "den udøvende magt" anses alene for at have retspolitisk relevans. Ross foretager en indgående analyse af forskellige forsøg på en materiel bestemmelse af den lovgivende magt. Pointen i disse analyser er, at intet af de hidtidige forsøg på at foretage en materiel bestemmelse af "den lovgivende magt" kan stå for en nærmere prøvelse og specielt ikke på nogen måde kan give en adækvat beskrivelse af den kompetence, der idag tilkommer lovgiver i medfør af grl. § 3. Særlig indgående er analysen af det ovenfor nævnte friheds- og ejendoms-kriterium<sup>7)</sup>, som hævdes at være et rent tysk produkt, der ikke har nogen forbindelse med dansk forfatningsret, men ved en misforståelse er indført heri af Berlin.<sup>8)</sup> Ross bestemmer derefter den lovgivende magt som "den almindelige, grundlovsumiddelbare, retsanordnende magt".<sup>9)</sup> Samtidig afvises relevansen af en materiel bestemmelse af den lovgivende magt.

Ved bestemmelsen af den dømmende magt følges samme metode, og resultatet er: "magten til definitivt at normere retten i en konkret situation ved at bedømme kendsgerninger i henhold til retsregler." <sup>10)</sup>

Den udøvende magt kan derefter forholdsvis let bestemmes som "den fuldbyrdende magt, der ikke er dømmende". <sup>11)</sup> Ross påpeger i denne forbindelse, at den udøvende magt ikke omfatter faktiske handlinger, da hans kompetencebegreb er udformet således, at det kun omfatter retsakter.

- 
- 6) Der tænkes her alene på Ross' fremstillinger i Statsretlige studier og Dansk Statsforfatningsret. Fremstillingen i Alf Ross og Ernst Andersen: Dansk Statsforfatningsret, II, Kbh. 1948 indeholder en vis afstandtagen fra hidtidig teori, men den fremtræder ikke som de senere fremstillinger som en gennemarbejdet helhed, jfr. forordet.
- 7) Ross 1959, p. 71-124.
- 8) Ross 1959, p. 117.
- 9) Ross 1959, p. 49 og Ross 1966, p. 224.
- 10) Ross 1959, p. 53 og Ross 1966, p. 231.
- 11) Ross 1959, p. 64 og Ross 1966, p. 238.

Ved den måde Ross bestemmer "den udøvende magt" på pointeres, at den ikke indeholder nogen grundlovsumiddelbar kompetence. Den traditionelle teoris selvstændige anordningsmyndighed accepteres følgende ikke.

Denne bestemmelse af den udøvende magt medfører imidlertid, at Ross for at fuldende billedet af statsmagtens forskellige dele er nødt til at opstille en fjerde magt: regeringsmagten, hvorved forstås "kongens grundlovsumiddelbare magt i medfør af specielle grundlovsbestemmelser." <sup>12</sup>

-----

12) Ross 1959, p. 66 og Ross 1966, p. 240.

### 3. Kapitel

#### IDEOLOGI, GRUNDLOV OG FORFATNINGSRETTLIG VIRKELIGHED

Den følgende kritik vil i systematisk henseende følge den hidtidige teori. Den vil derfor bestå af tre hovedafsnit, som hver vil behandle en af de tre i grl. § 3 nævnte magter. Første del er en analyse af tesen om lovgivningsmagtens omnipotens, kap. 4. Dernæst analyseres hidtidig teoris redegørelse for legalitetsprincippet, kap. 5. Der vil i denne forbindelse naturligt blive taget stilling til, om der i medfør af begrebet "den udøvende magt" tilkommer kongen nogen grundlovsumiddelbar kompetence til udstedelse af retsakter. Teorien har imidlertid også indlagt andre funktioner i den "den udøvende magt". Det drejer sig primært om forvaltning og de udenrigspolitiske funktioner. Disse funktioners forhold til grl. § 3 vil blive taget op i et følgende kapitel, kap. 6. Til slut behandles teoriens fortolkning af "den dømmende magt", dels inden for den borgerlige retspleje og dels inden for strafferetsplejen, kap. 7-8. Endvidere vil der blive gjort et forsøg på at placere den omfattende debat omkring domstolenes prøvelsesret med loves grundlovsforenelighed i en lidt bredere sammenhæng end sædvanligt, nemlig som et generelt spørgsmål om forholdet mellem grundlovens § 3 og relationerne mellem de forskellige organer - ofte kaldet checks and balances, kap. 9.

Den gennemgående tese i kritikken er som nævnt, at teorien i vidt omfang har foretaget en overfortolkning af grl. § 3. Man har i en række tilfælde på et yderst tvivlsomt grundlag henført en række kompetencer til grl. § 3. Herved har man tilsløret bestemmelsens indhold eller i hvert fald en meget væsentlig del af dette indhold. Dette skyldes efter min opfattelse dels manglende kendskab til reglens ideologiske forudsætninger og dels en meget dristig anvendelse af praksis eller sædvane som fortolkningsmomenter. Der er således to fremtrædende elementer i hele kritikken. Det første element er en nytolkning af Montesquieus magtfordelingslære, som alle erkender er bestemmelsens ideologiske baggrund. Det andet problem vedrører forholdet mellem forfatningen og den forfatningsretlige virkelighed; et problem som har særlig aktualitet i forbindelse med grl. § 3. Da disse to momenter er fundamentale for kritikken, vil der indledningsvis kort blive redegjort for deres indhold. Denne redegørelse skulle både lette tilrettelæggelsen af de følgende analyser og tjene som en markering af kritikkens enhedskarakter.

## I. Magtfordeling eller magtadskillelse.

Teoriens henvisninger til og referat af Montesquieus magtadskillelærelære begrundet et krav om, at statens magt skal deles mellem forskellige organer eller politiske kræfter. Dette underbygges undertiden med henvisninger til John Locke: *An Essay concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, 1690<sup>1)</sup>, der ofte regnes for forbilledet for Montesquieus fremstilling. Kravet om magternes fordeling på forskellige organer underbygges ofte ved henvisninger til magtspillet mellem konger og parlamenter i enevældens sidste tid. Det er således karakteristisk, at teorien giver en fulgyldig begrundelse for, at statsmagten må fordeles på forskellige hænder. Hvad disse faktorer imidlertid ikke anvendes til at forklare er, hvorfor funktionsdelingen netop er en tredeling. Langt mindre forklares det, hvorfor tredelingen er foretaget, som den er. I dag synes det måske banalt, at det, hvis statens funktioner skal deles, er nærliggende at søge et udgangspunkt i hovedkategorierne: en lovgivende, en udøvende og en dømmende funktion. Dette har imidlertid ikke altid været en naturlig forudsætning. Således forekommer denne deling overhovedet ikke i de forskellige statsteorier, der har set dagens lys fra Platons statslære og op til omkring Lockes tid. Statsteorierne bestod i denne periode oftest af en opregning af nogle funktioner, som man rent faktisk kunne konstatere henhørte under statens domæne, f.eks. kontrol med pengesystemet, opsyn med standardvægte, lovgivning etc. Den afgørende nydannelse i Lockes og Montesquieus teorier er, at de ikke er baseret på iagttagelse, men på spekulation eller abstraktion.<sup>2)</sup> Som Erik Rasmussen påpeger, er der tale om tre "efter deres natur forskellige arter af magt".<sup>3)</sup> Det er derfor nærliggende at spørge, hvad det er i de tre nævnte magters natur, som begrundet kravet om deres adskille-

- 
- 1) I det følgende anvendes Locke: *Two Treatises of Civil Government*, London 1966.
  - 2) Jfr. Vile, p. 17. Det ofte diskuterede spørgsmål, om kapitel 6 i bog XI af *De l'Esprit des Lois* er en beskrivelse af den engelske forfatning, behandles senere i forbindelse med gennemgangen af Ernst Andersens opfattelse af legalitetsprincippet.
  - 3) *Komparativ Politik*, I-II, Kbh. 1968 og 1969, II, p. 311-313.

se. Dette spørgsmål er ikke behandlet i de forfatningsretlige referencer til Montesquieus lære. Det fremhæves ofte, at domstolenes uafhængighed er en væsentlig garanti for retssikkerheden. Der findes altså antydninger af argumentation for en to-delning af statens funktioner. Det er påfaldende, at teorien ikke har beskæftiget sig med dette spørgsmål, da svaret på det må forventes at indeholde væsentlige elementer til en formålsorienteret fortolkning af de tre magters indhold. Man ville herigennem have kunnet foretage en isoleret funktionsanalyse af bestemmelsen. I stedet for at forsøge at bestemme de tre funktioner i deres indbyrdes forhold har man koncentreret opmærksomheden omkring relationen mellem organ og funktion.

Man har som ovenfor beskrevet i teorien tilsløret, at der ved fortolkningen af grundlovens § 3 er et valg mellem to ideologiske udgangspunkter. Man kan enten forsøge at analysere sig frem til, hvorfor de tre funktioner skal adskilles, eller man kan forsøge at analysere forholdet mellem hver af de tre funktioner og det korresponderende organ. Det første udgangspunkt vil naturligt kunne kaldes en magtadskillelse, det andet lige så naturligt en magtfordeling. I dansk retslitteratur anvendes de to termer synonymt. Dette har næppe været uden betydning for fortolkningerne af grl. § 3.

At begreber har en vis evne til at styre ens tænkning, og at de altså ikke altid kan ses alene som neutrale redskaber for en vis tankegang, er ikke noget ukendt fænomen. De mest velkendte tilfælde er de, hvor et givet begreb har en vis værdiladning. Man vil da undertiden kunne finde et andet begreb, der kan rumme nogenlunde samme deskriptive indhold, men har en anden værdiladning, jfr. Hartnack, Politik og filosofi, Kbh. 1966, p. 9-12 og Jon Espersen, Logik og argumenter, En hjælp til kritisk tænkning, Kbh. 1971, p. 66-74. F.eks. vil det have betydning, om man i forbindelse med diskussioner om ejerskabet til produktionsmidlerne anvender udtrykket 'økonomisk demokrati', 'indgreb i virksomhedsindehavernes private ejendomsret' eller 'arbejdernes medejendomsret'. Begreber vil imidlertid også i videre omfang kunne styre tænkningen, jfr. Ole Krarup, Om den offentlige rets grundbegreber, J 1974.350-364, Hans Fink, p. 7-11 og Stig Jørgensen 1970, p. 16-20. Markant er sprogets betydning understreget i Marcuses opfordring til den radikale opposition om at danne sit eget sprog, Frigørelsen, Kbh. 1969, p. 88-92.

Ordet magtfordeling vil naturligt medføre en focusering på spørgsmålet om, hvem der skal have hvilken magt. Ordet magtadskillelse vil snarere føre til spørgsmål som: hvilke magter skal adskilles og hvor-

for? Ordet magtfordeling kan altså meget let medføre en koncentration omkring organ-funktion-relation, medens magtadskillelse snarere vil lede tanken mod en analyse af relationerne mellem forskellige magter eller funktioner.

Forskellen mellem de associationer, der knytter sig til de to begreber, vil let kunne vise sig direkte i relation til denne afhandlings emne: området for grl. § 3. Hvis man anskuer bestemmelsen som udtrykkende en fordeling af magten, vil man være tilbøjelig til at lade bestemmelsen omfatte alle væsentlige magtfunktioner - væsentlige ud fra en politologisk synsvinkel. Det vil, hvis man ønsker af udtrykke, hvorledes magten i et givet samfund er fordelt, være vanskeligt at undgå at medinddrage f.eks. skattebevillingsretten, der har haft afgørende indflydelse for den politiske kamp i Vesteuropa i flere århundreder, f.eks. i England siden 1200-tallet.<sup>4)</sup> Velkendt er også skattebevillingsrettens stilling under kampen om parlamentarismens indførelse i Danmark, Norge og adskillige andre lande.<sup>5)</sup>

Er ens udgangspunkt derimod, at grl. § 3 udtrykker en magtadskillelse, vil man være tilbøjelig til at søge efter nogle funktioner, der ud fra en eller anden målsætning bør holdes adskilt. Traditionelt går man ud fra, at det oprindelige sigte med magtadskillelsen var at sikre retssikkerheden. Man vil da ikke i samme grad som ovenfor være tilbøjelig til at fokusere på skattebevillingsretten, men måske til gengæld være mere tilbøjelig til at inddrage den dømmende funktion, der ud fra et magtfordelingssynspunkt kan synes mindre betydningsfuld. Som et andet område, hvor der vil være tendens til en forskellig behandling, kan nævnes den udenrigspolitiske funktion. Denne funktion er ud fra en politologisk synsvinkel væsentlig og har tidligere været endog særdeles væsentlig. Der er derimod ikke nogen forhåndsformodning for, at den er af en sådan karakter, at den af retssikker-

-----  
4) Jfr. Poul Sveistrup: Bestaaende Forfatningslove, Valglove og Forretningsordener i forskjellige Lande, Tredje Del, Kbh. 1885, sp. 807 ff.

5) Jfr. Jens Arup Seip, p. 619, der anskuer den norske forfatnings historie ud fra et magtfordelingssynspunkt og derfor regner med fire funktioner "Lovgivning, bevillingsrett, den utøvende makt innad (dvs. kontroll med embetsverket) og den utøvende makt utad (dvs. kontroll over hær og utenrikspolitikk)".

hedshensyn bør holdes adskilt fra andre statsfunktioner. <sup>6)</sup> Som et tredje område, hvor de to begreber kan tænkes at medføre forskelle i analyserne af bestemmelsen, kan nævnes relationerne mellem de forskellige organer - det område, der traditionelt benævnes 'checks and balances'. Hvis ens udgangspunkt er magtadskillelsen, vil man let bevidst eller ubevidst anse det for en logisk eller nødvendig konsekvens af doktrinen at nægte det ene organ sådanne kompetencer over for det andet organ, jfr. Berlin 1906, p. 35 og p. 38. Anskuer man derimod spørgsmålet som et spørgsmål om fordelingen af magten i samfundet, vil denne tendens ikke melde sig med samme styrke.

Til sidst skal påpeges, at når man anvender termen 'magtfordeling' og altså associerer til magternes fordeling på forskellige organer, vil man naturligt opfatte princippet som forældet. Ingen vil være tilbøjelig til at opfatte århundredgamle forestillinger om hvem, der bør udøve magten i samfundet som værende af nogen aktuel værdi. Man vil næppe kunne være uenig med Colban om, at "... maktfordelingens tid for længst er forbi, og Stortinget nu har en afgørende indflytelse ...". <sup>7)</sup> At hævde det modsatte vil kun kunne opfattes som bagstræberisk.

Dette er imidlertid den funktion, man i marxistisk litteratur i vidt omfang har tillagt princippet, jfr. f.eks. Henrik Zahle: Kritisk proces, Kbh. 1974, pp. 11 og 65. Dette hænger, så vidt jeg kan se, sammen med marxismens opfattelse af ideologiers funktion som den "at tilhulle de interesser, der står bag ved dem og give særinteressen ud for at være en almen interesse. Et situationsbestemt forhold camoufleres som en evig ordning." Jørgen K. Bukdahl: Karl Marx, Kbh. 1970, p. 81, jfr. Hans Fink, p. 80-82, Lissi Ørvad Andersen m.fl.: Tegneserier. En ekspansionshistorie, 1973, p. 111-115 om myte og ideologi og Politiske ideologier, Kbh. 1972, p. 203-204. Man vil da opfatte princippet som de herskendes forsøg på at legitimere deres magtpositioner. "I en tid og i et land, for eksempel hvor kongemagt, aristokrati og borgerskab kjemper om makten, hvor altså makten er delt, fremstår som herskende tanke doktrinen om maktens deling, som så kunngjøres som en "evig lov"". Karl Marx efter Samfunn og frihet. En antologi ved Jon Elster, Oslo 1965, p. 134. Marxistens primære opgave i denne sammenhæng er at afsløre, at magtfordelingsideologien har den funktion at undertrykke folkets indflydelse, og

-----

- 6) Det er således karakteristisk, at selv Rousseau, der ofte regnes for en af det direkte demokratis ekstreme fortalere, hævdede, at den udenrigspolitiske funktion burde ligge hos regeringen, da borgerne ikke havde noget at frygte fra den-  
ne kant, jfr. Poul Andersen 1954, p. 479.
- 7) Stortinget og Utenrikspolitikken, Oslo, 1961, p. 121.

en sådan påvisning vil normalt blive betragtet som tilfredsstillende, jfr. Althusser: Montesquieu la politique et l'histoire, Paris 1969, kap. V, p. 98 'Le mythe de la séparation des pouvoirs og Jerzy Sawicki: Polsk Statsforfatningsret, p. 62-65. Marxisten vil interessere sig mindre for, hvorfor ideologien har kunnet udøve denne funktion. Han vil ikke være særlig tilbøjelig til at analysere, om ideologien har et egentligt ideelt sigte og blot er placeret i en sammenhæng, hvor dens anvendelse er resulteret i en undertrykkelse af folket, jfr. John Plamenatz: Ideologi - et aktuelt begreb i kritisk belysning, Kbh. 1972, p. 98-106. Sagt på en anden måde: det primære er en påvisning af, at de antagonistiske klasser har udnyttet ideologien - spørgsmålet om ideologien udtrykker eller indeholder en evig lov er noget sekundært, jfr. dog Hans Fink, p. 80-82 om Marx' sondring mellem ideologi og ideologisk. Da der i litteraturen er nogenlunde universel enighed om, at ideologien primært er udtryk for en fordeling af magten, er marxistens opgave i denne sammenhæng yderst overkommelig. Han vil i meget vidt omfang være enig med ikke-marxisten, jfr. f.eks. Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard, p. 21-26.

Det følger af ovenstående, at den marxistiske litteratur vedrørende magtfordelingen ikke omhandler det spørgsmål, der er denne afhandlings hovedemne: Kan der i tilknytning til Montesquieus tekst om magtadskillelse påvises nogle statsfunktioner, hvis adskillelse er særligt påkrævet? Det er derfor naturligt, at marxistisk litteratur kun i beskedent omfang er inddraget i denne fremstilling.

Det synes altså, som om den hidtidige teoris redegørelse for de historiske og ideologiske forudsætninger for grundlovens § 3 meget ensidigt peger på organ-funktionrelationen som det afgørende element i magtadskillelæren. Der anlægges overvejende et egnethedskriterium, og det kriterium giver næppe bidrag til løsning af spørgsmålene om, hvorfor en række vigtige funktioner, primært fastlæggelsen af statens budget og undertiden den udenrigspolitiske funktion, falder uden for princippet's anvendelsesområde. Såfremt man tillægger disse forudsætninger om ideologien betydning for fortolkningen af grl. § 3, vil man let havne i usikkerhed om, hvilke funktioner denne bestemmelse omfatter.

## II. Grundloven og den forfatningsretlige virkelighed. Sædvanen.

Som nævnt i referatet tager teorien, når den skal bestemme de forskellige kompetencer ifølge gældende forfatningsret, ikke sit udgangspunkt hverken i et historisk-ideologisk materiale eller i en principiel magtadskillelse. I stedet hævdes, at de forskellige kompetencer må

bestemmes ud fra forfatningsretlig sædvane, praksis og tradition.<sup>8)</sup> For så vidt angår bestemmelsen af 'den udøvende magt' henvises også til den almindelige lovgivning.

Til belysning af, hvorledes de forskellige funktioner bestemmes ud fra dette empiriske materiale, kan tages Poul Andersens fremstilling vedrørende "den lovgivende magt", 1954, p. 305-309.

Poul Andersen fastslår først om udtrykket "den lovgivende magt":

"Hvis dette Udtryk opfattes i formel Betydning, sigtende til enhver Beslutning, som i Lovsform tilvejebringes af Kongen og Folketinget i Forening, bliver Grl. § 3, 1. Pkt. i det hele indholdsløst. Hvis Bestemmelsen derimod antages at forudsætte et materielt Lovsbegreb, faar den det Indhold, at Beslutninger af et vist Indhold kan fattes eller kun kan fattes af Kongen og Folketinget i Forening."

Dernæst nævnes, at man under forhandlingerne på den grundlovgivende rigsforsamling havde forestillet sig, at den lovgivende magt var "Magt til at træffe retlige Beslutninger af generelt Indhold, Magt til at fastsætte Retsregler." Det konstateres, at denne bestemmelse er i overensstemmelse med både Montesquieus og Rousseaus teorier. Derefter siges:

"Denne idehistoriske Baggrund for Grl. § 3 kan dog naturligvis ikke udelukke, at Lovgivningsmagten i H. t. Grundloven og den forfatningsmæssige Udvikling efter 1849 maa anses for kompetent til ved Lov at træffe Beslutninger, som ikke er generelle Retsregler, idet de har et konkret Indhold. Denne Sondring er iøvrigt temmelig udflydende."

Derefter følger en opregning af 4 kategorier af tilfælde, hvor man må antage, at lovgivningsmagtens kompetence er videre, end den idehistoriske baggrund angiver. En sådan kompetence følger dels af en række specielle grundlovsbestemmelser, f.eks. §§ 45-46 om finansloven. I visse tilfælde vil en konkret lov, f.eks. om anlæggelse af en jernbane, virke generelt over for borgerne, og lovgivningsmagten vil derfor være kompetent. Med støtte i en udtalelse på den grundlovgivende rigsforsamling hævdes, at lovgiver vil kunne skabe konkrete fordele for bestemte personer, f.eks. en hædersgave. Til sidst

-----

8) Max Sørensen 1974, p. 196 (lovgivningsmagten), p. 287 (dømmende magt) og p. 255-56 (den udøvende magt). Poul Andersen tilsvarende 1954, p. 306 og p. 571 og Dansk Forvaltningsret, Kbh. 1965, p. 2. Berlin II 1939, p. 8-9 (intet oplyst om, hvorfor lovgiver anses for omnipotent) p. 314 og p. 161. Ross hævder, at egnethedskriteriet er udgangspunktet for hans analyser. Muligvis er praksis udgangspunktet for hans bestemmelse af "den lovgivende magt", 1959, p. 39-43.

siges: "Endelig er der vist nok ikke noget til Hinder for, at en Lov gør konkrete Indgreb i Borgernes Frihed og Ejendom".

Der er i denne argumentation to klare holdepunkter eller forudsætninger. Den første er, at man ved grundlovens givelse forudsatte et materielt lovsbegreb. Den anden er, at lovgivningsmagten i kraft af praksis - og specielle grundlovsbestemmelser - er kompetent i videre omfang. Hvorledes disse to forudsætninger for et udsagn om lovgivers kompetence ifølge forfatningen skal kombineres, siger Poul Andersens analyse meget lidt om. Der tages ikke udtrykkeligt stilling til forholdet mellem lovgivningsmagtens kompetence og udtrykket "den lovgivende magt".

De to udsagn kan harmoniseres ved at hævde, at udtrykket "den lovgivende magt" har fået et andet meningsindhold end oprindeligt. Den anden mulighed består i at antage, at lovgivningsmagten i kraft af den forfatningsmæssige udvikling har fået en kompetence, der ikke har hjemmel i grl. § 3. Det er ikke helt let at se, hvilken af disse muligheder Poul Andersen vælger.

Han har ovenfor p. 101 udtalt, at grl. § 3 omfatter "al statsmagt" med undtagelse af nogle positive grundlovsbestemmelser. Disse bestemmelser angives ikke udtømmende, men der gives alene nogle eksempler. Det er derfor vanskeligt at afgrænse, hvilke grundlovsbestemmelser det drejer sig om. Det er nærliggende at læse fremstillingen således, at i de tilfælde, hvor et eller andet anliggende ifølge speciel grundlovsbestemmelse ordnes ved lov, er der tale om en funktion, der er omfattet af grl. § 3. Det samme kan vel så antages om de funktioner, som lovgivningsmagten har i kraft af den forfatningsmæssige udvikling. Det kan derfor antages, at det er Poul Andersens opfattelse, at begrebet "den lovgivende magt" har fået et videre indhold, end det oprindeligt havde. Hvilket indhold begrebet da har idag, siges der intet direkte om. Tværtimod munder analysen af lovgivningsmagtens kompetence ud i en påpejning af dens negative afgrænsning. I så fald hævdes, at begrebet "den lovgivende magt" idag alene har et formelt indhold. Dette harmonerer imidlertid meget dårligt med Poul Andersens indledende bemærkning om, at grl. § 3, 1. pkt. da bliver indholdsløs. Det vil derfor ikke være rimeligt at tage Poul Andersens fremstilling til indtægt for, at der er sket en udvidelse af begrebet "den lovgivende magt".

Den anden mulighed er som nævnt at antage, at lovgivningsmagten har en vis - sin oprindelige - kompetence i medfør af grl. § 3, og at den i kraft af specielle grundlovsbestemmelser og sædvane har en videre kompetence. Når man som udgangspunkt fastholder, at grl. § 3 omfatter "al statsmagt", må de kompetencer, lovgivningsmagten har i medfør af specielle grundlovsbestemmelser, være indeholdt i en af de tre i grl. § 3 nævnte funktioner. Der vil altså i vidt omfang være tale om, at disse grundlovsbestemmelser er undtagelser fra grl. § 3. Det samme må være tilfældet for så vidt angår den kompetence, lovgivningsmagten besidder i kraft af sædvane. Kravene til dannelsen af en sådan sædvane opfattes normalt som ret strenge. Poul Andersens fremstilling synes ikke at kunne læses, som om problemet anskues heller på denne måde. Specielt bemærkes, at det om den sidste kategori af udvidelser af lovgivers kompetence alene siges, at der "vistnok ikke er noget til hinder for ...." Dette tyder ikke på, at Poul Andersen primært argumenterer med praksis som hjemmel.

Det synes, uanset hvor nøje man læser fremstillingen, ikke muligt at opnå noget svar på det stillede spørgsmål, om hele lovgivningsmagtens kompetence anses for indeholdt i grl. § 3 eller ikke. Problemet er endda yderligere sløret ved anvendelsen af betegnelsen "lovgivningskompetencen", jfr. p. 309. <sup>9)</sup>

Som det vil fremgå af ovenstående, rejser den empiriske metode et spørgsmål om forholdet mellem § 3 og den forfatningsretlige virkelig-

-----  
9) Max Sørensen 1974, p. 196 er ganske parallel med Poul Andersens fremstilling:

"I den forfatningsretlige teori har man traditionelt undersøgt, om der til lov i formel forstand svarer et begreb der kan kaldes lov i materiel forstand. Grundloven giver ikke noget generelt svar på dette spørgsmål. I § 3 fastslår den, at den lovgivende magt er hos kongen og folketinget, men det nærmere indhold af denne "magt" er ikke fastlagt. Der findes i andre paragraffer en række enkeltbestemmelser om, hvad der kan, eller kun kan, bestemmes ved lov, men af disse spredte bestemmelser kan ikke udledes noget generelt svar. Svaret på spørgsmålet må udledes af den forfatningsretlige sædvane.

Problemet er et spørgsmål om kompetencefordelingen mellem de forskellige led i statsstyret. For det første er spørgsmålet, hvilken kompetence der tilkommer de i lovgivningsproceduren deltagende organer, når de samvirker i overensstemmelse med denne procedure." Statsforfatningsret, p. 196.

Der er her en tydelig glidning fra spørgsmålet, om 'den lovgivende magt' har en materiel betydning til spørgsmålet om udstrækningen af lovgivningsmagtens kompetence.

hed. Det er i nyere dansk retslitteratur almindelig anerkendt, at forfatningsretlige regler vil kunne ophæves ved sædvane.<sup>10)</sup> Ligeledes ses der ingen grund til at bestride, at en række af forfatningens bestemmelser kan undergå en vis forandring ved sædvane, og at de i vidt omfang må tolkes under hensyn til den forfatningsretlige tradition og praksis. Betingelsen for, at en retlig regel kan siges at være påvirket af sædvane eller praksis, er imidlertid helt generelt, at den pågældende sædvane eller praksis har relation til netop den regel, hvis indhold den hævdes at have påvirket. Man kan måske udtrykke det lidt firkantet derhen, at betingelsen for at en regel er ændret ved sædvane er, at sædvanen ligger inden for reglens område. For at kunne argumentere for en sådan sædvanemæssig ændring af en skreven retsregel er det følgelig nødvendigt at operere med to tolkninger, nemlig en af bestemmelsen uden hensyn til sædvanen og så en tolkning eller retlig kvalificering af selve sædvanen.

Normalt er dette problem om, hvilken bestemmelse en given sædvane knytter sig til, af forholdsvis begrænset interesse. Det, der interesserer er, om der foreligger en sædvane, og hvad den nærmere går ud på. Svaret herpå vil være tilstrækkeligt for at kunne redegøre for den gældende retstilstand - i den forstand, at det da vil være muligt at forudsige, hvorledes et givet tilfælde vil blive afgjort af domstolene. Der er da ingen grund til at fordybe sig nærmere i, om sædvanen knytter sig til den ene eller den anden bestemmelse, eller eventuelt er helt fritstående. Det kan dog have en vis interesse at se nærmere på dette problem. Dels kan det, hvad der er velkendt, have betydning for spørgsmålet, om en given sædvane har lovs- eller grundlovs-kraft. Videre kan det have en mere pædagogisk betydning. Såfremt man alene anskuer en given retstilstand ud fra det indhold, den har af skreven ret og retssædvaner, vil de bag reguleringen af området liggende hensyn let fortone sig enten i kasuistisk eller forskellige mere eller mindre tilfældige rubriceringer af den givne kasuistik. Retssædvanen vil sjældent selv oplyse, hvilke hensyn der berettiger den, og som derfor må tillægges en afgørende rolle ved dens nærmere tolkning. Uden en tolkning vil den naturligvis være retligt uanvendelig. Langt mindre oplyser sædvanen selv om, hvilken bestemmelse i systemet den skal ses i tilknytning til.

-----

10) Jfr. Ernst Andersen: Forfatning og Sædvane, Kbh. 1947, p. 44-47. Dog modsat Juridisk Ordbog ved O. A. Borum og Stig Luul, Kbh. 1965.

Det ovenfor anførte har væsentligt været udtalelser om fortolkningsproblemer i forbindelse med retssædvaner, men finder naturligvis anvendelse overalt, hvor en vis adfærd tillægges betydning for retssystemet. Dog med væsentlige modifikationer for så vidt angår dommernes adfærd - retspraksis. Der foreligger jo her en, omend ofte særdeles karrig, oplysning om adfærdens baggrund og dermed tolkning. Samme synspunkter kan gøres gældende også for så vidt angår en stor del af administrativ praksis, og måske især ombudsmandens praksis. Det bør bemærkes, at disse modifikationer ikke får væsentlig betydning for det her behandlede emne. De retssædvaner og den praksis eller tradition, der her er relevant, er af en sådan karakter, at der ikke deri indeholdes væsentlige fortolkningsmomenter. Dette, at man ikke i praksis har fikseret de forfatningsretlige sædvaner til bestemte grundlovsbestemmelser, skyldes sandsynligvis, at man ikke har været tvunget hertil. Først i det øjeblik, der er kompetencestridigheder mellem de forskellige organer, får det betydning at kunne påberåbe sig den skrevne lov som den afgørende autoritet.<sup>11)</sup> Netop lovgivningsorganets kompetence har ikke herhjemme været genstand for politisk blæst.<sup>12)</sup> Den forfatningsretlige virkelighed har følgelig kunnet udvikle sig forholdsvis frit i relation til grl. § 3.<sup>13)</sup>

Hvis vi nu vender tilbage til de traditionelle fremstillinger af, hvilket indhold de tre funktioner har ifølge gældende dansk forfatningsret, kan vi altså forvente, at der, foruden det traditionelle problem, om der overhovedet foreligger en vis retssædvane, en vis praksis eller lignende, vil opstå et problem om, hvilken relation dette faktum har til grl. § 3. Når det tages i betragtning, hvor lidt der i teorien er sagt om magtadskillelæren og om en principiel fortolkning af grl. § 3, er der grund til at forvente, at det sidste spørgsmål vil vise sig særdeles vanskeligt. Det synes, som om teorien ikke anerkender eller ser betydningen af den ovenfor skitserede problemstilling. Som det er fremgået, skelner teorien ikke mellem problemet om tolkningen af de enkelte funktioner og spørgsmålet om, hvilken kompetence der

-----  
11) Ernst Andersen 1947, p. 41.

12) Jfr. Max Sørensen 1959, p. 451.

13) Jfr. Opsahl: Reform av statsrettslige grunnprinsipper, TFR 1969 p. 155, hvor det hævdes, at den norske forfatning i sin oprindelse lod det stå åbent, hvem der skulle have den ikke nævnte myndighed, og at man så gennem praksis udviklede tesen om lovgivers omnipotens.

ifølge gældende forfatningsret tilkommer hvert af de tre nævnte organer.

At den ovenfor fremstillede problemstilling ikke er oversat i dansk retslitteratur omkring grl. § 3 fremgår klart af følgende citat fra Ross 1959, p. 48-49.

"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 også at omfatte forskrifter af singulært indhold. Der savnes imidlertid ethvert historisk holdepunkt for en sådan påstand. I hvert fald må opgaven idag være at fremstille folketingets kompetence i overensstemmelse med praksis og dertil egner begrebet lov i materiel forstand sig ikke."

Her erkendes klart de to hjemmelsmuligheder: grundloven og sædvane. Afvisningen af at anvende denne sondring er ikke overbevisende. Hvis man skelner mellem tre hjemmelsmuligheder: grl. § 3, specielle grundlovsbestemmelser og sædvane, vil afvisningen ikke være helt så letkøbt. Det afgørende for Ross synes da også at være slutningen af citatet, nemlig påstanden om, at opgaven idag er at bestemme lovgivningsorganets kompetence. Hertil er blot at sige, at opgaven i denne afhandling er en anden: nemlig at fortolke grl. § 3. Det viser sig senere i Ross' analyse, at det også er hans opgave at fortolke grundlovens § 3. I hvert fald hævdes bestemmelsen af lovgivningsorganets kompetence at være udtryk for en fortolkning af grl. § 3. Kort sagt er fremgangsmåden denne: Ross stiller sig selv en opgave (at bestemme lovgivningsorganets kompetence), løser den, og hævder derefter, at resultatet også er løsningen på en anden opgave (bestemmelsen af "den lovgivende magt"). Det må derfor pointeres, at heller ikke Ross' fremstilling tager højde for den skitserede problemstilling.

#### 4. Kapitel

### LOVGIVNINGSMAGTENS OMNIPOTENS

Som nævnt er det teoriens opfattelse, at lovgivningsmagts kompetence ikke kan bestemmes positivt. Den negative afgrænsning, man derfor må foretage, hævdes alene at skulle ske ud fra specielle grundlovsbestemmelser og bestemmelsen i grl. § 3 om, at den dømmende magt er hos domstolene. Det er således almindeligt antaget, at der ikke i begrebet "den udøvende magt" ligger nogen begrænsning af lovgivningsmagts kompetence. For den, der mener, at grl. § 3 udtrykker en tredeling af statsmagten, kan dette virke noget overraskende. Der er således som teorien fortolker bestemmelsen alene tale om en grundlovsnormeret to-delning af statsmagten. Hvad der skal henlægges til forvaltningen - den udøvende magt - afgøres ifølge teorien af lovgiver. Dette skyldes ikke, at den traditionelle teori ikke opfatter udtrykkene "den lovgivende magt" og "den udøvende magt" som to indholdsmæssigt forskellige funktioner. Man hævder alene, at der ikke i grl. § 3 er nogen hindring for, at lovgiver udøver de funktioner, der henregnes til forvaltningen.

Den argumentation, der i nyere forfatningsretlig teori er anført til støtte for lovgivningsmagts omnipotens, er dels af empirisk art og dels af ideologisk karakter: undertiden anføres, at kompetencen følger af den forfatningsmæssige udvikling, sædvane og praksis, og undertiden hævdes den at følge af lovgivningsorganets demokratiske legitimation.

#### I. Sædvanen som grundlag for lovgivers omnipotens.

Et udsagn om, at lovgivers omnipotens kan støttes på et empirisk materiale - praksis, sædvane, forfatningsmæssig tradition - forudsætter, at i hvert fald to betingelser er opfyldte. Den ene er, at der siden forfatningens ikrafttræden i 1849 er sket en udvidelse af lovgivers kompetence.

Max Sørensens fremstilling er ikke helt klar på dette punkt. På den ene side fastslås p. 196, at lovgivningsmagts kompetence må "udledes af den forfatningsretlige sædvane." På den anden side hævdes p. 197, at man ikke ved grundlovens givelse betragtede kompetencen som begrænset til et materielt

lovsbegreb, og endelig siges p. 201, at lovgivningsmagts kompetence, bortset fra nogle specielt fremhævede begrænsninger, er "altomfattende". Det er derfor vanskeligt at se, hvilken del af lovgivers kompetence, der skal udledes af den forfatningsretlige sædvane.

Den anden forudsætning, der må være opfyldt, for at man kan begrunde lovgivers omnipotens på den her skitserede måde er, at det overhovedet er muligt gennem praksis at etablere en ubegrænset kompetence. Såfremt blot en af disse forudsætninger ikke holder stik, kan man næppe acceptere begrundelsen for lovgivers omnipotens.

#### A. Lovgivningsmagts kompetence i 1849 og årene derefter.

I den traditionelle teori mødes undertiden den påstand, at lovgivningsmagts kompetence i tiden umiddelbart efter grundlovens givelse opfattedes som materielt begrænset af en selvstændig kompetence for forvaltningen, og at tesen om lovgivers omnipotens først udviklede sig i årene derefter. <sup>1)</sup> Til støtte herfor henvises til, at kongen i visse tilfælde nægtede at sanktionere de af rigsdagen vedtagne lovforslag med den begrundelse, at det drejede sig om administrative anliggender. <sup>2)</sup> Det problematiske ved denne argumentation er, at man anskuer kongens vetoret som et udslag af hans kompetence som indehaver af den udøvede magt. Hvis man i stedet, i fuld overensstemmelse med grl. § 3, opfattede kongen som medindehaver af den lovgivende magt, ville det være nærliggende at konkludere, at den begrænsning, der fulgte af lovgivningsmagts kompetence i de nævnte tilfælde, ikke havde karakter af en retlig kompetencebegrænsning, men blot var en ren faktisk begrundet begrænsning, som alene skyldes, at lovgivningsorganet ikke kunne nå til enighed om ønskværdigheden af, at det pågældende lovfor-

- 
- 1) Jfr. Poul Andersen 1954, p. 306 og 538-539 og Poul Meyer: Centraladministrationens adgang til udstedelse af retsanordninger i Centraladministrationen 1848-1948, Kbh. 1948, p. 182-184. Max Sørensen 1973, p. 196-197, samme 1959, p. 452-453 og Alf Ross 1959, p. 92-118 opfatter begge lovgivningsmagts omnipotens som udgangspunktet også i 1849.
  - 2) Poul Meyer 1948, p. 183. En del af den iøvrigt af Poul Andersen 1954 anførte dokumentation er åbenbart uanvendelig. Således er intet af det i note 2, p. 538 nævnte materiale anvendeligt. For så vidt angår påberåbelsen af anordningerne vedrørende det højere undervisningsvæsen henvises til den senere gennemgang af legalitetsprincippet. Den i teksten nævnte Kgl. Res. af 17. Marts 1860 er muligvis anvendelig, imidlertid fejl citeres dens indhold. Iøvrigt er de af Poul Meyer 1948, p. 183 fremdragne udtalelser af Madvig og Monrad væsentlige støtter for tesen om forvaltningens enekompetence. Udtalelsernes værdi som fortolkningsmiddel i retlig sammenhæng er imidlertid tvivlsom. Poul Meyer synes da også at lade deres værdi afhænge af kongens veto-praksis.

slag ophøjedes til lov. Kongen var berettiget til at nægte at stadfæste lovforslagene fra rigsdagen, og han var ikke i denne rolle bundet til noget legalitetsprincip. At hævde, at kongens nægtelse er udtryk for, at han opfattede det forelagte lovforslag som en krænkelse af grundlovens kompetencefordeling, er næppe holdbart.<sup>3)</sup> Omvendt kan der næppe have været noget til hinder for, at kongen stadfæstede et lovforslag, der materielt set opfattedes som tilhørende hans kompetence som indehaver af den udøvende magt. I hvert fald ser man ikke i ældre forfatningsretlig teori påpeget, at en sådan lov skulle være direkte grundlovsstridig - endsige ugyldig. Man har sandsynligvis opfattet forholdet således, at i og med kongen underskriver en sådan lov, er der ingen grund til at anfægte dens gyldighed, al den stund kongen selv ville kunne have udstedt forskriften.

Den ovenfor givne fremstilling af lovgivers kompetence umiddelbart efter grundlovens givelse har en vis støtte i forhandlingerne på den grundlovgivende rigsforsamling. I de to dybestgående analyser af forhandlingerne på dette punkt - Rasting i Bidrag til Læren om Regeringens Anordningsmyndighed efter dansk Ret i TfR 1934 og Ross i artiklen Friheds- og ejendoms-kriteriet i Statsretlige studier - fremhæves, hvor vanskeligt det er at uddrage noget sikkert om grundlovsfædrenes opfattelse af de grundlæggende kompetenceproblemer. De resultater, forfatterne når til, viser da også tydeligt, at udtalelserne på den grundlovgivende rigsforsamling ikke udmærker sig ved klarhed og entydighed. Medens Rasting mener at kunne påvise, at man forudsatte et materielt lovsbegreb, hævder Ross, at der ikke i forhandlingerne er sikker støtte herfor. Det er i denne forbindelse bemærkelsesværdigt, at Rasting og Ross er enige om, at grundlovsfædrene ikke anså lovgivningsorganets kompetence for at være begrænset til noget materielt lovgivningsbegreb - i hvert fald ikke afgrænset efter friheds- og ejendoms-kriteriet.

De udtalelser fra forhandlingerne som diskuteres i de to fremstillinger er tre udtalelser af henholdsvis Ørsted, Hall og Bardenfleth.

Under den meget kortfattede debat af udkastets § 3 (nu § 3) udtalte Ørsted:

-----

3) Referatet af Statsrådsmødet den 31. marts 1860, hvor kongen nægtede at stadfæste en af rigsdagen vedtagne lov om erklæringers meddelelse til ansøgere og klagere, indeholder ingen begrundelse, Statsrådets Forhandlinger 1848-1863 ved Harald Jørgensen, VIII, Kbh. 1968, p. 87.

"Jeg troer, at navnlig den Sætning, at Kongen har i Forbindelse med Folket den lovgivende Magt, ikke fuldstændig udtrykker den Magt, som ifølge Grundloven tilkommer Folket, og at Kongen ikke heller kan siges fuldstændig at erholde den udøvende Magt; thi Folket har foruden den Magt at deeltage i Lovgivningen, og det i ét langt mere udstrakt Begreb end det, man hidtil har havt om Lov, idet der er adskillige Beslutninger, som ikke i egentlig Forstand kunne kaldes Love, som Folket skal deeltage i, ogsaa en controlerende Magt." Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen, Kbh. 1849, Sp. 1574. 4)

Under gennemgangen af udkastets § 62 (nu § 61, 1. pkt.) om, at den dømmende magts udøvelse kun kan ordnes ved lov, sagde ordføreren Hall bl.a.:

"Der maatte med Hensyn til Lovgivningens Omraade efter en naturlig Fortolkning af Anordningen af 28de Mai 1831 § 4 i det Væsentlige ganske gjælde 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.", Sp. 3321.

Dette imødegik justitsministeren - Bardenfleth:

"Der er i Forordningen af 1831 fastsat visse Grændser for denne Deeltagelse i den raadgivende Stemm Lovgivnings 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 tilsagt Rigsdagen, og ikke saaledes begrændset i Henseende til Omfang som den foregaaende." Sp. 3322.

I forbindelse med grundlovsfædrenes opfattelse af lovgivningsorganets kompetence bør måske ogsaa nævnes Winthers bemærkning under debatten om udkastets § 3:

"Saalænge Kongeloven staaer ved Magt, er Souverainiteten hos Kongen ene, men fra det Øieblik af, at den ophæves, er Souverainiteten eller den høieste Magt hos Kongen og Folket i Forening."

Man opfatter altså ikke på den grundlovgivende rigsforsamling lovgivers kompetence som begrænset til forskrifter, der gør indgreb i borgernes frihed og ejendom. Til gengæld er det ikke muligt at sige, hvilken opfattelse man havde af grænserne for lovgivers kompetence. Ørsted synes nærmest at opfatte forholdet således, at lovgiver har kompetence til at udstede love i materiel forstand, og til at træffe visse særligt fremhævede beslutninger. Imidlertid er hans udtalelser ikke klare, fordi han sammenblander rigsdagens kompetence og lovgivningsorganets kompetence. Bardenfleth taler

-----  
4) Jfr. tilsvarende i Ørsted: Provelse af de Rigsforsamlingen forelagte Udkast til en Grundlov og en Valglov, Kbh. 1849, p. 114. Iøvrigt giver Ørsted i to betænkninger optrykt i Arbejder om trykkefriheden, Kbh. 1947, p. 245-249, en vis redegørelse for sin forståelse af magtfordelingslæren.

blot om lovgivning uden nogen form for præcisering, og Hall udtaler sig heller ikke klart om spørgsmålet. Det er dog muligt at opfatte flere af udtalelserne således, at de anser kongen og rigsdagen som omnipotente med undtagelse af visse særligt opregnede beføjelser. Det vil dels være en naturlig fortsættelse af mønstret fra stænderanordningen at regne med en souveræn, 5) og dels kan det næppe have interesse for kongen og de mere konservative kræfter at hævde en begrænsning i kongen og rigsdagens kompetence. Kongen ville jo blot i kraft af sit veto kunne hindre rigsdagens beslutninger i at opnå lovs kraft. Omvendt var der, hvis han virkelig havde stadfæstet en lov, næppe grund til at hævde, at loven var ugyldig, fordi den henhørte under kongens kompetence som indehaver af den udøvende magt.

I den ovenfor nævnte artikel af Ross sammenstilles udtalelserne på den grundlovgivende rigsforsamling med den i forrige århundredes tyske statsretslitteratur udviklede teori om formel og materiel lov. Ross søger at påvise, at begrebet lov i materiel forstand afgrænset efter friheds- og ejendoms kriteriet er et specielt tysk produkt udviklet af den preussiske statsretsprofessor Paul Laband og overtaget af senere tysk teori. Ross mener ikke, at denne tyske teori har haft nogen tilknytning til dansk retsteori, før Berlin indførte den. Det bør derfor pointeres, at den ovenfor givne fortolkning af udtalelserne på den grundlovgivende rigsforsamling i meget høj grad svarer til Labands teori om lovgivningsmagts kompetence. Som Ross hævder, følger det af Labands lære, at folkerepresentationen og kongen, når de samvirker, er omnipotente. Argumentationen herfor er meget vag hos Laband, 6) men tesen genfindes i en række tyske fremstillinger fra forrige århundrede. Ross' referat - p. 76-80 - af den tyske teori er fuldt korrekt, men hans analyse af dens politiske tendens - p. 80-83 - er tendentiøs. F.eks. siges p. 82, "Hvis denne fortolkning lægges til grund vil det sige, at folkerepresentationens kompetence indskrænkes katastrofalt. Statens organisation, selve dens forfatning, domstolens indretning, militærordningen o.s.v. - alt sammen

- 
- 5) Jfr. allerede Schlegel: Naturrettens eller den almindelige Retslæres Grundsætninger, Kbh. 1805, II, p. 68 regner lovgiver for "Souverainen".
- 6) Paul Laband: Staatsrecht des Deutschen Reiches, II, Tübingen 1878, p. 59-60. Ross nævner p. 79, at Laband synes at lægge afgørende vægt på en "Vereinbarung" mellem folkerepresentation og konge. Imidlertid nævner Laband også visse historiske og komparative aspekter. Lignende argumentation i sammes mindre udgave Deutsches Reichsstaatsrecht, Tübingen 1907, p. 119-120. Heller ikke i sammes Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, Berlin 1871, hvor Laband, p. 3-7 introducerer sondringen mellem formel og materiel lov, findes yderligere begrundelse for lovgivers omnipotens.

er det høje statsanliggender der falder udenfor folkerepræsentationens kompetence." Ingen af de nævnte anliggender falder efter Labands fortolkning uden for lovgivers kompetence, og det er vel egentlig det, der er afgørende. Folkerepræsentationen havde isoleret kun meget få og specielt opregnede kompetencer. Naturligvis kan dette hævdes at være udemokratisk. Det afgørende er da blot at påpege, at det udemokratiske primært består i, at kongen har del i den lovgivende magt. Det må derfor fastholdes, at den tyske lære havde to aksiomer, der var universel enighed om:

1. forvaltningens kompetence efter forfatningen udgør ikke nogen begrænsning af lovgivningsorganets kompetence. 7)
2. en forskrift fra forvaltningen vil ikke være gyldig, såfremt den strider mod en formel lov. 8)

Såfremt man i 1849 havde anset lovgivningsorganets kompetence for at være begrænset til et bestemt område - f.eks. til udstedelse af forskrifter, der gjorde indgreb i borgernes frihed og ejendom - ville man være nået til det besynderlige resultat, at rigsdagens kompetence i en vis forstand var snævrere end stænderforsamlingernes. Der var ingen, der fortolkede stænderanordningen således, at kongen kun i de specielt opregnede tilfælde kunne forelægge stænderne sine forslag. Kongen var berettiget til at forelægge stænderne ethvert forslag, men var i de i anordningen nævnte tilfælde forpligtet hertil.

Påstanden om, at lovgivningsorganets omnipotens følger af den forfatningsmæssige udvikling, er således af tvivlsom karakter, for så vidt

-----

- 7) Paul Laband: Staatsrecht des Deutschen Reiches, II, Tübingen 1878, p. 59-61, Gerhard Anschütz: Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891, p. 58, Georg Meyer: Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Statshaushaltsetats, Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart. 18. bind, Wien 1881, p. 25. Haenel: Studien zum Deutschen Staatsrechte, Zweiter Band, Die organisatorische Entwicklung der deutschen Reichsverfassung. Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1880 og 1888, p. 146-149 (44-47), Seligmann: Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag, I. Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, Berlin og Leipzig 1886, p. 4, Georg Jellinek: Gesetz und Verordnung, Aalen 1964 (oprindeligt Freiburg 1887), p. 389.
- 8) Paul Laband: Staatsrecht des Deutschen Reiches, II, Tübingen 1878, p. 95, Gerhard Anschütz, p. 9, Georg Meyer, p. 29, Haenel, p. 146-149 (44-47), Seligmann, p. 168, Jellinek, p. 389. De to nævnte teser synes oversat af Starck: Der Gesetzesbegriff des Grundgesetzes. Ein Beitrag zum juristischen Gesetzesbegriff, Baden-Baden 1969, p. 89, hvor det hævdes, at Labands lære sikrede "ein Reservat der Verwaltung". En mere nuanceret bedømmelse af Labands lære end både Ross' og Starcks findes i Georg Andrén: Huvudströmningar i tysk statsvetenskap, Malmö 1928, p. 143-150.

den forudsætter, at lovgivningsorganets kompetence umiddelbart efter grundlovens givelse var begrænset til udstedelse af love i materiel forstand. Som nævnt er det imidlertid også af andre grunde problematisk at begrunde lovgivningsorganets omnipotens med henvisning til praksis eller sædvane.

#### B. Sædvanen som kompetenceregulering.

Efter traditionel opfattelse kræves til etableringen af en retssædvane dels en adfærd svarende til sædvanens indhold og dels, at denne adfærd er udtryk for en følelse af berettigelse eller forpligtelse (opinio juris).<sup>9)</sup> Lovgivningsmagten har muligvis ment sig berettiget til at vedtage love af et hvilket som helst indhold. Den fornødne opinio juris kan altså hævdes at have været til stede. Det er imidlertid almindeligt erkendt, at det specielt i forfatningsretten er vanskeligt at arbejde med dette krav. Det skyldes, at aktørerne i vidt omfang er politikere og derfor som oftest ikke har nogen anledning til at overveje om deres handlinger er udslag af politisk-ideologiske betragtninger eller om de er motiveret af retlige hensyn. Poul Meyer har givet et lidt utraditionelt men rammende eksempel, som kan anvendes til at belyse problemstillingen:

"Hvis gældende statsret bestemmes som de af statsorganerne effektivt efterlevede normer, er der så fornuftig mening i at hævde, at det er gældende dansk forfatningsret, at lovgivningsorganet er kompetent til at bestemme f.eks. at alle mandlige borgere over 18 år skal bære rødt slips." 10)

Det er ikke rimeligt at hævde, at der i folketinget er eller har været en overvejende tendens til at betragte sig som retligt kompetent til at

-----

9) Undertiden bestrides det, at begge disse betingelser skal være opfyldt, for at en retssædvane kan anses dannet, jfr. Ernst Andersen, *Forfatning og Sædvane*, Kbh. 1947, p. 127, hvor opinio-kravet foreslås afløst af friere overvejelser ud fra rimelighedshensyn. Se også p. 104, hvor det nævnes, at andre f.eks. Illum, tværtimod lægger afgørende vægt på det subjektive element i sædvanedannelsen og alene betragter den faktiske adfærd som et erkendelsesmiddel for den eksisterende og afgørende retsbevidsthed, jfr. Knud Illum: *Lov og Ret*, Kbh. 1945, p. 108-111. Dette spørgsmål forfølges ikke her yderligere, da Max Sørensen og Poul Andersen begge tilslutter sig den traditionelle opfattelse. Jfr. Poul Andersen: *Dansk Statsforfatningsret I*, Kbh. 1944, p. 140 og Max Sørensen 1973, p. 33-36. Det forbehold for så vidt angår opinio juris-kravet, der kan anse i sidstnævnte fremstilling, er uden betydning for den følgende kritik.

10) Poul Meyer 1960, p. 212.

udstede en sådan retsakt.

Det faktiske element i sædvaneretsdannelsen er i denne forbindelse ikke mindre problematisk. Det kan ifølge sagens natur ikke hævdes, at lovgivningsmagten har vedtaget love af et hvilket som helst indhold. Det højeste, man kan nå i denne retning, er en påstand om, at der er vedtaget love af et så totalt varieret indhold, at det er umuligt at se nogen grund til at hævde begrænsninger i deres mulige indhold. Der er da blot ikke tale om en sædvaneretsdannelse af traditionel art: at den sædvanemæssigt handlende er berettiget (eller forpligtet) til at fortsætte den gennem længere tid udviste adfærd. Her er i stedet tale om, at lovgivningsmagten har udvist en adfærd af en sådan art, at der ikke kan påvises relevante grænser for lovgivningsmagtens kompetence. Det afgørende bliver således ikke alene, hvilke love organet rent faktisk har vedtaget, men snarere hvilke grænser, der kunne tænkes opstillet for lovgivningsorganets kompetence. Tesen om lovgivningsmagtens omnipotens kan kun argumenteres gennem en afvisning af de tænkelige grænser.<sup>11)</sup> De to almindelige afgrænsninger af den lovgivende magt er som nævnt foretaget ud fra henholdsvis friheds- og ejendoms-kriteriet og ud fra generellitetskriteriet.

At man ikke kan afgrænse lovgivningsmagtens kompetence efter friheds- og ejendoms-kriteriet er der almindelig enighed om.<sup>12)</sup> Det følger af en række af grundlovens bestemmelser, at lovgiver har en videre kompetence, f.eks. §§ 44-46 om meddelelse af indfødsret og om budgettets vedtagelse i lovsform. Det er altså ikke retssædvanen, der på dette sted bruges som argument for at afvise en begrænsning i lovgivningsmagtens kompetence. Max Sørensens begrundelse for afvisningen af at bestemme lovgivningsmagtens kompetence som retten til at udstede rets-

-----  
11) De metodiske problemer i forbindelse med en påstand om, at en omnipotens kan konstitueres gennem en sædvane, ses ikke omtalt i dansk teori. Problemet er strejft i Castberg: Grundlovens forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft, Kristiania 1919, 24, hvor det siges: "Er hjemmelen en sædvaneretsregel, må myndighetens grenser konstateres derved, at man undersøker den faktiske myndighetsutøvelse og søker å klarlegge den rettsnorm som denne myndighetsutøvelse fremtrer som anvendelse av." Dog fortsætter Castberg med at hævde, at de højeste statsorganers kompetence alene lader sig afgrænse negativt. Nogen egentlig forklaring herpå ses ikke.

12) Max Sørensen 1959, p. 453 og 1973, p. 196-202. Poul Andersen 1954, p. 306-307 og Berlin 1939, p. 8.

forskrifter, der gør indgreb i borgernes frihed og ejendom, er iøvrigt ikke overbevisende. Der er, så vidt jeg kan se, intet til hinder for at opfatte forholdet således, at de specielle grundlovsbestemmelser i vidt omfang er udtryk for en udvidelse af den kompetence, lovgivningsmagten har i medfør af grl. § 3. En sådan tankegang forudsætter ikke meget andet end, at man ikke opfatter ordet "lov" som entydigt anvendt overalt i forfatningen. Denne fortolkning ville endda harmonere godt med Max Sørensens påstand om, at fastlæggelsen af statens budget falder uden for tredelingen, 1973, p. 168.

Poul Andersen hævder som nævnt, at man på den grundlovgivende rigsforsamling ved lovgivende magt har forstået magten til at træffe retlige beslutninger af generelt indhold. Han støtter dette på, at loven for både Rousseau og Montesquieu var karakteriseret ved sin generalitet. Forestillingen om loven som en generel regel er imidlertid langt ældre end både Rousseau og Montesquieu. Den findes i såvel det klassiske Grækenland som i det klassiske Rom.<sup>13)</sup> I ældre tysk statsretlig litteratur fremføres ofte som argument for generalitetskriteriet, at ordet lov altid har betydet almindelige regler, og at det er denne almindelighed, der har bevirket, at det er overtaget af naturvidenskaben, der anvender begrebet naturlov netop for at beskrive visse fænomener, der er karakteriseret ved at ville gentage sig. Naturloven udtrykker den lovbestemte regelmæssighed.<sup>14)</sup> Der er ikke grund til at betvivle, at forestillingerne om loven som en generel regel, har dybe rødder i vesteuropæisk kulturtradition. Det er derfor interessant at se, hvorfor statsretslitteraturen afviser at tillægge denne opfattelse af lovsbegrebet betydning for fastlæggelsen af lovgivers kompetence.

Max Sørensen fastslår kort, at "det er almindeligt anerkendt og accepteret, at lovgivningsmagten kan træffe beslutninger, som normalt på

-----

13) Jfr. Vile, p. 23-24 om Aristoteles og XII-tavler love. At også Locke ved lov forstod en generel regel fremgår f.eks. af Locke p. 185-186.

14) Der er i den tyske litteratur fra forrige århundrede enighed om, at der er en forbindelse mellem lovsbegrebet og generalitetskriteriet. Der er derimod en vidtløftig diskussion, om generaliteten er 'ein essentielle' eller blot 'ein naturale' i lovsbegrebet, jfr. Ross: Theorie der Rechtsquellen, Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig og Wien 1929, p. 378-380. Når Ross her hævder, at opfattelsen af loven som nødvendigvis indeholdende en generel regel går tilbage til Rousseau, er det urigtig. Som eksponent for generalitetskriteriet nævnes Georg Meyer 1881, p. 16-22. Modsatte opfattelse ses f.eks. hos Laband, II, 1878, p. 1-2. Den nævnte påberåbelse af naturlovsbegrebet ses bl.a. hos Seligmann, p. 63-65.

grund af deres konkrete indhold ville blive betragtet som administrative." Poul Andersens fremstilling er lidt mere nuanceret, idet han sonderer mellem konkrete retsforskrifter, som begunstiger enkelte personer, og konkrete retsforskrifter, som gør indgreb i borgernes frihed og ejendom. For de førstnævntes vedkommende fastslår han, at lovgiver utvivlsomt er kompetent. Om den anden kategori af forskrifter siges alene, at der "vistnok ikke er noget til hinder for", at lovgiver udsteder sådanne forskrifter. Selve formuleringen forudsætter dog Max Sørensens antagelse: at formodningen er for lovgivningsmagts kompetence til at udstede sådanne forskrifter. Ellers ville Poul Andersen næppe have søgt en hindring, men en hjemmel.

Den vide anvendelse teorien gør af de foreliggende konkrete retsakter i lovsform kan belyses ved dens holdning til følgende spørgsmål: Kan en lov gøre indgreb i en i loven bestemt persons frihed, altså f.eks. foreskrive at en bestemt person skal indespærres? Der er hverken i Max Sørensens eller Poul Andersens fremstillinger noget direkte svar på dette spørgsmål, men det vil næppe være forkert at udlægge fremstillingerne derhen, at det afgørende for, om en sådan lov er forenelig med grundloven, er, om den er udtryk for, at lovgivningsmagten har tiltaget sig en kompetence, som ifølge grl. § 3 er forbeholdt domstolene.<sup>15)</sup> Max Sørensen vil således anse det for afgørende, om loven har taget stilling til et skyldspørgsmål. Har den det, er den i strid med bestemmelsen i grl. § 3 om, at den dømmende magt er hos domstolene. Hvis loven ikke er udtryk for en stillingtagen til et skyldspørgsmål, er den derimod forenelig med grundloven.<sup>16)</sup> Begrundelsen for ikke at anse lovgiver for inkompetent i videre omfang er, at begrebet dømmende magt ikke kan strækkes videre end her sket. Hvis man ville hævde lovgivers inkompetence i videre omfang, ville man postulere, at lovgiver er afskåret fra at ud-

-----

15) En ekstrem udgave af denne opfattelse findes hos Berning i en artikel i Berlingske Tidende den 14. marts 1975: Folketinget og domstolene. Han behandler her folketingets forfatningsmæssige muligheder for at påvirke udfaldet af en konkret sag (Glistrup-sagen). Indledningsvis fastslår han: "Hvor Grundloven er tavs, har lovgivningsmagten uindskrænket kompetence." Dernæst konstateres at folketinget er fuldt kompetent til at foretage autoritative lovfortolkninger, og han fortsætter: "Men kan Folketinget virkelig således påvirke udfaldet af en aktuel sag. Svaret er ubetinget ja. Der kan lovgives med tilbagevirkende kraft, og der kan lovgives for enkeltpersoner. Herom er alle sagkyndige jurister enige." Den traditionelle fortolkning af grl. § 3 kan åbenbart være vanskelig helt at håndtere.

16) Jfr. Max Sørensen 1973, p. 291.

stede konkrete love. At dette sidste er uholdbart, er let påviseligt. Hvem vil f.eks. hævde, at de bevillinger, der på finansloven gives til enkelte kunstnere, eller de årlige eller halvårslige indfødsretsmeddelelser til individuelt opregnede personer, er grundlovsstridige. Det vil ingen, altså er lovgiver ikke afskåret fra at udstede konkrete retsakter. <sup>17)</sup> At en sådan argumentations holdbarhed er betinget af, at man betragter alle konkrete retsakter under ét, er indlysende. Ligeledes er det vel let at se, at der er forskel mellem det nævnte hypotetiske eksempel af konkret frihedsberøvelse ved lov og de to nævnte tilfælde fra praksis. Det kan derfor ikke udelukkes, at det er muligt at opstille en sondring mellem konkrete retsakter, som lovgiver ifølge praksis er kompetent til at udstede, og så konkrete retsakter, hvor der ikke foreligger nogen praksis eller retssædvane for lovgivers kompetence. På forhånd at analogisere konkret frihedsberøvelse med konkret kunstnerstøtte forekommer betænkeligt.

Det ovenfor fremførte er efter min opfattelse tilstrækkeligt til påvisning af, at der ikke ud fra praksis eller sædvane alene kan argumenteres blot nogenlunde sikkert for, at lovgivers kompetence som udgangspunkt er ubegrænset. Det er også vanskeligt at se, hvorfor Poul Andersen og Max Sørensen overhovedet påberåber sig sædvanen. Måske er sædvane og praksis alene påberåbt for at hævde en realistisk tendens i fremstillingerne. <sup>18)</sup>

## II. Demokrati som trøsteargument.

Den forfatningsretlige virkelighed er ikke det eneste argument, Max Sørensen anfører til støtte for lovgivers omnipotens. Hans fremstilling anvender også en demokratisk ideologi som fortolkningsmiddel:

"Både i sit normale forløb, og når der undtagelsesvist gøres brug af mindretalsgarantierne, indebærer lovgivningsproceduren, at beslutninger hviler på et mandat fra folket. Ud fra forfatningens grundsynspunkt, hvorefter et sådant mandat er statsmagtens grundlag, indebærer dette som naturlig konsekvens at lovgivningsmagtens kompetence var særdeles vidtstrakt og omfattende. Den begrænses kun af andre fundamentale forfatningsprincipper, hvoraf navnlig må fremhæves det retssik-

-----  
17) Jfr. Krarup og Mathiassen 1972, p. 13, hvor denne argumentation er eksplicit.

18) Jfr. dog Eckhoff: Rettskildelære, Oslo 1971, p. 224: "Og det kan nok også ha forekommet at juridiske forfattere har vært de egentlige produsenter av rettssetninger - som etter å ha oppnådd almen akseptering i litteraturen - er gitt etiketten "sædvanerettsregler"".

kerhedsprincip, som på forskellig vis beskytter individet mod vilkårlighed i udøvelsen af offentlig myndighed", 1973, p. 197.

Vagheden i denne argumentation er iøjnefaldende. Hvad menes f.eks. med, at den demokratiske legitimation er statsmagtens grundlag? Harmonerer det iøvrigt helt med bestemmelsen i grl. § 42, stk. 6 om begrænsninger i folkeafstemningsinstitutets anvendelse? Hvornår er forfatningsprincipper fundamentale? Hos Berlin fremhæves, at selv om det ikke udtrykkeligt er udtalt i grundloven, må det nok anses for forudsat, "at mod almindelig anerkendte Retsprincipper åbenlyst stridende Love ikke kan anses for retsforbindende." Berlin nævner i denne forbindelse skærpende straffelove med tilbagevirkende kraft.<sup>19)</sup> Muligvis tænker Max Sørensen i stedet på principper, der er knæsat i den skrevne forfatning. Det er i så fald ikke let at se, hvilke paragraffer i grundloven der nærmere tænkes på.<sup>20)</sup> Muligvis hentyder Max Sørensen til den ovenfor nævnte bemærkning om, at lovgiver er afskåret fra at tage stilling til skyldspørgsmål i straffesager.

Når demokratiet anvendes i argumentationen for lovgivers vidtstrakte kompetence, hænger det antagelig sammen med, at demokratibegrebet idag har væsentlig lighed med en række termer fra vor moralske og ideologiske verden. Ligesom alle er enige om, at vi bør tilstræbe at gøre det gode, er alle enige om, at vi bør bestræbe os på at være demokratiske. Det vanskelige er blot at nå til enighed om, hvad der er godt, og hvad der er demokratisk. Demokratiet er, som Bjørn Poulsen har udtrykt det, i færd med at blive en statsreligion i Danmark.<sup>21)</sup>

-----  
19) Berlin 1939, II, p. 8.

20) Ofte anses § 63 om domstolenes prøvelse af øvrighedsmyndighedens grænser for individets mest fundamentale beskyttelse mod misbrug af offentlig myndighed. Det virker blot ikke helt naturligt at anse denne bestemmelse for at være en begrænsning af lovgivers kompetence. Logisk set kan den dog hævdes at udgøre en sådan. Hvis det er frihedsrettighederne, der hentydes til, er disse nok begrænsninger i lovgivers kompetence, men har næppe som hovedformål at sikre mod vilkårlighed, men snarere mod undertrykkelse.

21) Bjørn Poulsen, Ideernes Krise i Åndsliv og Politik, Kbh. 1965, p. 5. Jfr. Hal Kock 1970, p. 8: "Demokratisk overbevisning - eller i hvert fald udtalelse af demokratisk overbevisning - er blevet adgangstegn for enhver, der vil accepteres i det pæne selskab. Så hurtigt skiftes verdens gunst." Søren Krarup: Demokratisme. En kritik, Kbh. 1968, p. 11: "Demokratiet har forbundet sig med en række værdibegreber, af hvilke de vigtigste hedder harmoni, tolerance, åbenhed, fordomsfrihed, menneskelighed, og konsekvensen er, at demokrati i sig selv er blevet værdibegrebet." Jfr. K.E. Løgstrup: Den etiske fordring, Kbh. 1966 p. 108: "Ingen vover ikke at være demokrat".

Samtidig med denne totale enighed om ønskværdigheden af demokratiske styreformere, findes en udbredt uenighed om, hvad demokratiet egentlig nærmere går ud på. Man er nemlig alle enige om at afvise flertalstyranni, men grænsen mellem demokrati og flertalstyranni er ikke helt let at drage. Begge styreformere er karakteriseret ved det formelle: folket - d.v.s. dets flertal - træffer beslutningerne. Central for forskellen er, hvilke beslutninger der træffes - hvordan man behandler mindretallet. <sup>22)</sup>

Når det som argument for en given fortolkning påberåbes, at den er demokratisk, er det afgørende derfor ikke en stillingtagen til, om vi skal være demokratiske eller ej. Det afgørende er, hvad der i den givne sammenhæng menes med demokratisk. <sup>23)</sup> Når Max Sørensen som ovenfor fører demokratiet i marken til støtte for lovgivers omnipotens, er det den rent formelle side af demokratibegrebet, der anvendes. Dette understreges ved termen demokratisk legitimation. En sådan synsvinkel skulle imidlertid medføre, at lovgivers - eller vel egentlig folketingets - kompetence var helt ubegrænset.

Det formelle demokrati kombineres imidlertid hos Max Sørensen med et aspekt af det materielle demokratibegreb. Han stiller som afgørende for lovgivers kompetence en afvejning mellem flertalsstyre og retssikkerhed. Demokratiet benyttes altså ikke til at begrunde en ren omnipotens for lovgiver, men til gengæld gives kun antydninger af, hvilke begrænsninger der er i lovgivers kompetence. Formuleringen er så vag, at det ikke er muligt at anfægte den. Til gengæld er det vanskeligt at se, at der er argumenteret for, at lovgiver skal kunne træffe alle de beslutninger, der ikke er i strid enten med specielle grundlovsbestemmelser eller med Max Sørensens fortolkning af bestemmelsen om den

-----

22) Jfr. Erik Rasmussen: Ideologi og politik, Kbh. 1969, p. 41: "Det er ikke vanskeligt at se, at flertalsprincippet kan komme i direkte modstrid med principper som individualisme, tolerance og retssikkerhed." Værdier, der netop er fremhævet som demokratiske. Hal Kock 1970, p. 12: "Demokratiet lader sig ikke indeslutte i en formel." I al sin vaghed synes følgende Bjørn Poulsen-citat at udtrykke en vis fællesnævner: "Folkestyre er retsstyre, og hvor det ikke fastholder denne karakter, glider det alt for nemt over til at blive et flertalstyranni, som er et let bytte for hensynsløse demagoger." p. 88. Jfr. Erik Rasmussen 1969, p. 37, Hal Kock 1970, p. 83, Stybe: Demokratiets principper, Kbh. 1964, p. 47.

23) Jfr. Hartnack: Politik og Filosofi, Kbh. 1966, p. 10. "Anvendes et ord gerundt, er man udelukket fra at kritisere. Gør man det alligevel, er resultatet en begrebsmæssig adurditet, ..."

den dømmende magt. 24)

Den vanskelighed Max Sørensen støder ind i, når han forsøger at begrunde lovgivers omnipotens ved at henvide til en demokratisk legitimation, undgår Ross til en vis grad. Efter at have fastslået, at den lovgivende magt betyder den almindelige, grundlovsumiddelbare, retsanordnende magt fortsætter Ross:

"Det harmonerer vel med demokratisk ideologi, at et organ, der er sammensat af landets folkevalgte forsamling og kongen, har den residuelle kompetence, d.v.s. kompetence til enhver retsakt der ikke ifølge grundloven udtrykkeligt er forbeholdt et andet organ.", 1959, p. 49.

Forskellen mellem Max Sørensens formulering og Alf Ross' er nok kun en nuanceforskel, men i denne sammenhæng ikke uvæsentlig. Medens Max Sørensen forsøger at bruge demokratiet til at begrunde, at lovgiver har en meget vidtstrakt kompetence, er Ross' henvisning til demokratiet af en lidt anden karakter. Han bruger demokratiet til at placere en forudsat kompetence og altså ikke til at begrunde dennes eksistens. Han forudsætter, at statsmagten - de ved grundloven konstituerede organer - kan træffe en hvilken som helst beslutning, der ikke specielt er forbudt i grundloven.

At grl. § 3 i sig selv skulle kunne indeholde en begrænsning i den samlede statsmagts kompetence, har han på forhånd udelukket ved at indlede sin analyse af grl. § 3 med nogle forudsætninger, bl.a. den forudsætning at statsmagts funktioner kan opdeles i tre, kaldet henholdsvis "den lovgivende magt", "den udøvende magt" og "den dømmende magt". Dette hævdes at kunne udledes umiddelbart af grl. § 3, når denne ses i lyset af Montesquieus lære, 1959, p. 23. Der gives ikke yderligere argumenter for denne noget dristige fortolkning, der næppe er holdbar. Alene det faktum, at Ross selv senere i fremstillingen opstiller en fjerde statsmagt: regeringsmagten, uden at det iøvrigt har betydning for forståelsen af grl. § 3, er vel tilstrækkeligt til at påvise dens uholdbarhed, jfr. p. 66-68. Når denne funktionsforudsætning drages frem her, er det for at forklare, hvorfor Ross ikke nogetsteds diskuterer, om der i grl. § 3 er indeholdt nogen begrænsning i selve statsmagts kompetence. Dette skyldes altså, at det er en af hans forudsætninger, at der alene er tale om en deling af den samlede statsmagt. Enhver beslutning, f.eks. konkrete afgørelser uden lovhjemmel, kan følgelig træffes i medfør af

-----

24) Jfr. Max Sørensen, 1973, p. 201: "Med de begrænsninger, som er omtalt i det foregående, er lovgivningsmagts kompetence imidlertid altomfattende."

grl. § 3; det er alene et spørgsmål om at finde ud af, hvem der er kompetent. 25)

Ross har ligesom Max Sørensen påpeget, at formålet med grl. § 3 er at betrygge retssikkerheden. Hvorledes dette skal opfattes som harmonerende med den omnipotente lovgiver, siges der intet om i afhandlingen. Ross er antagelig enig i, at konkrete indgreb foretaget af lovgiver kan være vilkårlige og derfor kan siges at være en trussel mod retssikkerheden. 26) Måske findes forklaringen på, hvorledes lovgivers omnipotens og retssikkerhedskravet kan forliges i følgende citat:

"Sagen er den, at loven langt vanskeligere lader sig korrumpere end den enkelte administrationsakt. Loven må under alle forhold have en vis resonans i folkets retsbevidsthed, men hvad det hemmelige politi foretager sig unddrager sig offentlighedens kritik." 27) p. 153.

Det synes, som om Ross ser betryggelsen af retssikkerheden deri, at lovene nødvendigvis må have resonans i folkets retsbevidsthed. At dette er en dårlig sikring, er forudsat i grundloven, ellers var der overhovedet ingen grund til at skrive en hel forfatning. Man kunne indskrænke sig til nogle få bestemmelser om et folkevalgt organs konstituering og omnipotens, samt eventuelt en bestemmelse om ændringer af disse regler. Det formelle demokratibegreb, som Ross arbejder ud fra,

-----

- 25) Denne tankegang ses allerede i Ross: Theorie der Rechtsquellen, Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig og Wien 1929, p. 380, hvor Ross nævner "ein konkret-individuelles Expropriationsgesetz, Ausnahmegesetz, Ausweisungsgesetz, Dotationsgesetz - oder der gleichen" og fortsætter "Es wird in allen diesen Fällen gänzlich irreführend in Bezug auf die rechtliche Bedeutung dieser Akte sein, wenn man sie von den Gesetzen scheidet und einordnet unter - ja worunter?" Meget taler for, at det er dette retsteoretiske udgangspunkt - fastlæggelsen af retskilderne - der har været bestemmende for Ross' fortolkning af grl. § 3. I retsteoretisk sammenhæng kan det med rimelighed kræves, at alle retlige fænomener kan indordnes i systemet, men at forudsætte, at alle retlige fænomener skal kunne placeres i en given lovbestemmelse, er noget mere dristigt. Det ses ikke, hvorledes henvisningen til Montesquieus tekst skal kunne begrunde noget sådant.
- 26) I 1959, p. 70 hævdes et forbud mod konkrete love, der gør individuelle indgreb i borgernes personlige frihed og ejendom. Dette støttes alene på ukrænkelighedsbestemmelserne i henholdsvis § 71 og § 73. Jfr. 1966, II, p. 587-588 om første bestemmelse og p. 625 om den anden bestemmelse.
- 27) Ross: Hvorfor demokrati?, Kbh. 1962, p. 153.

er vel ganske enkelt forfatningsfjendsk. 28) Specielt i relation til retssikkerhedsproblemerne, er det næppe rimeligt udelukkende at bygge garantierne på den almindelige opinion eller folkets retsbevidsthed. Det karakteristiske for indgreb i retssikkerheden er - i hvert fald i de tilfælde, hvor der er tale om konkrete love - at det er meget begrænsede grupper, der rammes. Det er rimeligt at tro på, at demokratiet sikrer mod overgreb over for større grupper. 29) Ofte hævdes det også at sikre mod overgreb over for mindre og stemmemæssigt ubetydelige grupper. Man henviser da til flertallets retsbevidsthed, samvittighed og lignende. En måske lidt skarp kommentar til denne tro på flertallet er fremsat kort efter 2. verdenskrig:

"Hvis man altså kan opfinde en form for gangstervæsen, der har et ædelt formål (f.eks. at udrydde jøder), så er på een gang lysterne og moralen tilfredsstillet." 30)

-----

- 28) Jfr. Opsahl 1969, p. 162-167, hvor forfatteren rejser følgende spørgsmål: "Er det under demokratisk styre overhovedet prinsipielt plass for en grunnlov med høyere rettskraft enn vanlig lov? Hvorfor?" og bl.a. svarer: "... at demokratiet ikke er den eneste verdi, og at lojaliteten mot flertallsprinsippet kan møte sin grense for noen hver hvis det utarter til flertallstyranni med overgrep mot mindretallet, ..." Nogenlunde samme tankegang hos Erik Rasmussen 1969, p. 41.
- 29) At det alligevel ikke altid er helt rimeligt af denne grund at undlade at behandle retlige problemer, er der et udmærket eksempel på i Ernst Andersen 1947, p. 57. Her rejses spørgsmålet, om landmænd har krav på erstatning for nedslagtning af farlige husdyr. Svaret udebliver imidlertid med den begrundelse, at Danmark er et landbrugsland, og det derfor er utænkeligt, at man vil nægte landmændene at få erstatning. Derfor er der ikke grund til at diskutere, om landmændene har grundlovsmæssig krav herpå. Forholdene kan åbenbart skifte.
- 30) Rolf Roister Doister: Kedsommeligheden - en politisk magt, i Kulturkampen 1937. Citeret efter Kulturkampen. En antologi af tidsskriftet Kulturkampen, redigeret af Ole Grünbaum og Henrik Stangerup, Kbh. 1968, p. 94. Jfr. C. B. Henriques' tale i højesteret den 15. juni 1945: "Vi domstole og advokater og politi, må nu stille os i rettens tjeneste og følge vore hævdvundne retsprinsipper: ... - Vi må ikke undre os over, at de mange, der ofrede alt for deres land, ikke endnu kan fatte, at retsordenen kræver alle virkelige garantier opretholdt." Axel H. Pedersen: En Rettens Tjener, C. B. Henriques, Kbh. 1964, p. 146. I samme retning Merikoski 1967, p. 482: "Däremot vaknar den allmänna opinionen inte till motstånd när det gäller konstitutionsstridiga åtgärder, om dessa var för sig endast inom en relativt liten sfär gör intrång i medborgarnas rättsliga ställning."

Muligvis er dette at sætte sagen for meget på spidsen. Til gengæld virker det ikke urimeligt over for Ross' påberåbelse af den almindelige retsbevidsthed. <sup>31)</sup> Hvad menes nemlig overhovedet hermed? Først forklares, at lovgiver er kompetent til vilkårligt at gribe ind over for den enkelte borger. Dernæst trøstes med, at den almindelige retsbevidsthed vil hindre noget sådant. Retsbevidstheden er ikke længere en bevidsthed om den gældende ret, men snarere en hævde af ret og rimelighed - hvad Ross traditionelt kalder naturret. <sup>32)</sup>

Det påfaldende ved Max Sørensens og Ross' påberåbelse af demokrati-begrebet er, at de øjensynlig også anvender det til at legitimere lovgiver til at træffe udemokratiske love. Rousseau, der ofte regnes for en af de mest ekstreme forkæmpere for demokratiet, <sup>33)</sup> hævdede klart, at flertallets ret ikke kan strækkes længere end til at vedtage regler for almenheden. Hans begrundelse, at fællesviljen (volonté générale) må have almenheden som objekt, er måske ikke overbevisende. Imidler-

- 
- 31) I Opsahl 1962, p. 293-294 kritiseres Ross netop for at afvise visse fundamentale spørgsmål, enten fordi de er utænelige i et demokratisk samfund, eller fordi de kun er aktuelle i revolutionære situationer. Opsahl mener, at der kan findes tolkningsmomenter i behandlingen af de afviste spørgsmål. Man kan nok føje til, at visse øjensynligt rent teoretiske problemer kan få aktuel betydning. Således indleder Hans-Peter Schneider en artikel i Die Öffentliche Verwaltung, 28. årgang 1975, p. 443 om Die Gesetzmässigkeit der Rechtsprechung med følgende: "Das Problem richterlicher Rechtsbindung - bisher exklusive Domäne von Methodologen und Rechtstheoretikern - hat kürzlich mit dem Stuttgarter Bader/Meinhof-Prozess eine ebenso unverhoffte wie unwünschte praktische Aktualität erlangt."
- 32) Jfr. Vald. Hvidt: Om retsbevidsthed i TfR 1963, p. 286-302. Der skelnes her i tilslutning til den omfattende tyske litteratur om emnet mellem to former for retsbevidsthed: lovlydighed og den ideale retsbevidsthed. Om den første siges: "Der er heller ingen tvivl om, at retsbevidsthedens store hovedfunktion er at påvirke befolkningen til at handle i overensstemmelse med de faktisk gældende regler"; p. 288 om den sidste siger Hvidt med støtte hos Gude, at når den kunne svigte i Hitler-tidens Tyskland, skyldes det bl.a., "at positivismen med sin overbevisning om, at "lov er lov", havde gjort dem værgeløse over for love med vilkårligt eller forbryderisk indhold", p. 291. Det virker måske påfaldende, at den teori, der gør alt for at overbevise os om lovgivers omnipotens, søger at dække sig ind netop ved en henvisning til retsbevidstheden - det er som om positivismen nærmest forsvarer sig med naturretten.
- 33) Jfr. f.eks. Ross 1966, I, p.144: "Rousseau er det direkte demokratis berømte talsmand" og Fink 1975, p. 46-47. Dette kan næppe udledes af Rousseaus Contrat Social, 1762, jfr. Høffding: Jean Jacques Rousseau og hans Filosofi, Kbh. 1912, p. 127.

tid behøver dette ikke medføre, at man helt forkaster påstanden. 34) Den holdning, teorien har til det ovenfor under gennemgangen af sædvanen som kompetencenorm nævnte eksempel med frihedsberøvelse ved konkret lov, kan belyse lidt af anomalien i teoriens holdning til lovgivers kompetence. Udgangspunktet for teoriens analyse af disse tilfælde er, at lovgiver kun er inkompetent, såfremt der er tale om en afgørelse, som efter grundloven henhører under domstolene. I disse tilfælde kræver retssikkerheden, at lovgiver ikke selv afgør sagen, men lader de uafhængige domstole træffe afgørelsen. Når man kommer til den nærmere afgrænsning, viser det sig, at denne fortolkning alene beskytter ham, der kan dømmes eller tænkes dømt. Max Sørensen har formuleret det afgørende kriterium som et spørgsmål om afgørelsen er udtryk for en stillingtagen til et skyldspørgsmål. I de tilfælde, hvor det er åbentbart, at der ikke tages stilling til noget skyldspørgsmål, altså at vedkommende ikke har begået noget ulovligt, er et indgreb over for ham ikke udtryk for et indgreb i retssikkerheden. Man beskytter den mistænkte, men ikke den ikke-mistænkte. Man kan efter min mening sætte et spørgsmålstejn ved, om en sådan tolkning er acceptabel. Det er nærliggende at tage den til indtægt for en afgørende inkonsekvens, og således forkaste tolkningen.

Peter Germer har i en analyse af grl. § 72 om boligens ukrænkelighed behandlet forholdet mellem forfatningens beskyttelse af den sigtede og dens eventuelle prisgivelse af den ikke-mistænkte, J 1975.93-100. Han konkluderer denne analyse i følgende: "Det forekommer urimeligt, at den, der er mistænkt for at have begået en strafbar handling, skal have en bedre grundlovsmæssig beskyttelse end den, som ikke står under mistanke", Peter Germer: *Boligens ukrænkelighed*, p. 100. Muligvis er dette citat, når det løsrives fra sin sammenhæng, for generelt i sin formulering. Det afhænger lidt af, hvorledes man tolker ordet grundlovsmæssig. At en mistænkt under en straffesags behandling på visse områder nyder større beskyttelse end en ikke-mistænkt, vil ikke nødvendigvis blive opfattet som urimeligt, jfr. Mogens Koktvedgaard: *Lærebog i den danske Strafferetspleje*, Kbh. 1968, p. 97 om sigtedes aktive medvirken. Det ville heller ikke givetvis kunne betragtes som urimeligt at fastslå disse rettigheder i formel forfatning. Der er to ting, der kunne berettige at give den sigtede en bedre position end den ikke-mistænkte. For det første er selve processen, hvor fordelene gives, ikke målet, men alene midlet. Det kan være nødvendigt af processuelle hensyn at give sigtede nogle ekstra beføjelser, netop for at nå målet: den rette afgørelse af skyldspørgsmålet.

-----  
34) I Rousseau: *Samfundspagten eller Statsrettens Grundsætninger* (Contrat Social), oversat af L. Leerbeck, Kbh. 1889 er formuleringen: "Jeg har udtalt, at der ikke kan findes nogen Fællesvilje, naar Talen er om et ikke alment Noget." p. 60. Ross 1929, p. 378-380 forkaster øjensynligt generellitetskravet på grund af Rousseaus lidt kryptiske begrundelse. At Rousseaus krav om lovens almenhed er uddybet betydeligt i andre dele af hans bog vil senere blive påvist.

Et andet argument, der kan tale for at give den mistænkte en bedre beskyttelse end den ikke-mistænkte er, at den retlige beskyttelse må sætte ind, hvor behovet er størst. Det vil for ethvert system være umuligt at yde beskyttelse mod alle tænkelige overgreb. Systemet må tage højde for dette ved primært at give beskyttelsen til de personkategorier, der er mest udsatte. De personer, der er mistænkt for at have begået en strafbar handling, udgør en sådan særlig udsat gruppe. Det kan derfor forekomme rimeligt at give dem en særlig beskyttelse.

Disse betragtninger kan imidlertid ikke anvendes på fortolkningen af grl. § 3. For så vidt angår den processuelle betragtning kræver dette næppe nærmere dokumentation. Det er velkendt, at politiske minoritetsgrupper ofte udråbes som farlige for nationens sikkerhed, selv om man ofte alene mener farlige for det givne systems magthavere. Hvis man anskuer magtadskillelæren historisk, er dette fænomen ikke mindre påtrængende. At enevældens herskere i vidt omfang forfulgte forskellige politiske afvigere er velkendt. Ligeledes at de forfulgte i meget vidt omfang fandtes i en ideologisk avantgarde. Der er med andre ord grund til at tro, at den politiske forfølgelse har spillet en vis rolle hos de folk, der formulerede datidens ideologier, herunder datidens statsteorier. Der er altså ikke grund til at tro, at magtadskillelæren ikke i sin oprindelse også tog højde for dette problem.

### III. Lovgivers kompetence og grl. § 3.

Det er i forrige kapitel påpeget, at teorien uden nærmere argumentation forudsætter, at udtrykket "den lovgivende magt" i grl. § 3 må fortolkes således, at det svarer til den kompetence, lovgivningsmagten antages at have idag.

Denne forudsætning har i visse tilfælde åbenbart forbindelse med nogle forudsætninger for selve magtfordelingslæren. Således hævder både Poul Andersen og Ross, at grl. § 3 omfatter al statsmagt.<sup>35)</sup> Der er ikke på denne baggrund noget overraskende i, at de anser hele lovgivers kompetence for indeholdt i grl. § 3. På den anden side er dette ikke nogen nødvendig konsekvens af forudsætningen. Ifølge Labands ovenfor refererede lære kan lovgivningsmagten i kraft af forfatningens positive bestemmelse om den lovgivende magt udstede love i materiel forstand. Når lovgivningsmagts kompetence anses for at være videre, skyldes det, at den kompetence, kongen har som indehaver af den udøvende magt, også kan udøves af lovgivningsmagten. Dette kan til en

-----  
35) Poul Andersen 1954, p. 101 og Ross 1959, p. 23.

vis grad siges at svare til Winthers ovenfor citerede bemærkning på den grundlovgivende rigsforsamling.

Hvis man ser bort fra den uargumenterede forudsætning om, at grl. § 3 omfatter al statsmagt, en forudsætning, som Max Sørensen øjensynlig ikke antager,<sup>36)</sup> er der da nogen som helst anledning til at antage, at hele lovgivningsorganets kompetence er indeholdt i grl. § 3. Hvis man f.eks., som Max Sørensen, antager, at organets kompetence vedrørende statsbudgettet ikke er indeholdt i grl. § 3,<sup>37)</sup> hvorfor skulle så alle andre dele af organets kompetence være indeholdt i udtrykket "den lovgivende magt".

Poul Andersen og Max Sørensen hævder på én gang, at lovgivers omnipotens følger af sædvane og er indeholdt i grl. § 3. De har på denne måde i en vis forstand sat sig mellem to stole. På den ene side følger de lovpositivismens krav om, at udtalelser om gældende ret skal kunne udledes af den skrevne ret. Denne retning er helt fremtrædende i forrige århundredes tyske retsteori. Det er derfor ikke noget tilfælde, at Laband støtter lovgivers kompetence ikke på sædvane, men på 'Vereinbarung'. På denne måde kunne han påvise hjemmel i den skrevne forfatning.<sup>38)</sup> Samtidig med at den danske teori omkring grl. § 3 følger denne tendens til at påberåbe sig den skrevne lov, arbejder man imidlertid med sædvanen som en væsentlig kilde til udsagn om dansk ret. Dette har også gode grunde for sig. Der er ikke megen mening i at følge lovpositivismens formalisme, der ofte tvinger til ren konstruktionsmageri, fordi man skal kunne finde et svar på ethvert forfatningsretligt spørgsmål i den skrevne forfatning. Man kan måske også hævde, at det specielt vedrørende grl. § 3 er rimeligt at lade sædvanen spille en betydelig rolle, eftersom mønsteret for magtfordelingen almindeligt antages at være England, der som bekendt ikke har nogen skreven forfatning.

-----

36) Jfr. 1973, p. 168.

37) Max Sørensen siger ikke direkte, at statsbudgettets vedtagelse ikke er omfattet af grl. § 3, men fastslår p. 168 alene, at fastlæggelsen af "statens budget" falder uden for den "principielle magtfordeling". Han vil derfor teoretisk kunne hævde, at statsbudgettets vedtagelse ved særlig bestemmelse i grl. - § 45 - er gjort til en del af "den lovgivende magt" i grl. § 3. Man må da blot spørge: Hvorfor?

38) Jfr. om lovpositivismen Georg Andrén, 1928, p. 156-171 og Lars D. Eriksson: För ett dynamiskt legitimitetsbegrepp, i TFR 1975, p. 145-155.

Der er rimelig anledning til at anvende både den skrevne forfatning og sædvanen som kilder til udsagn om gældende forfatningsret. Der kan imidlertid opstå vanskeligheder, når man vil henføre sædvanen til en bestemt regel. I dette tilfælde grl. § 3. Som nævnt i forrige kapitel må en sådan metode forudsætte, at man har et billede af den regel, som man henfører sædvanen til. Det er et af formålene med denne afhandling at tegne dette billede for så vidt angår grl. § 3. Det vil altså ikke være muligt allerede på dette sted at tage stilling til teoriens fortolkning af udtrykket "den lovgivende magt" i grl. § 3. Denne tolknings holdbarhed må primært afhænge af, om det er lykkedes teorien at placere kompetencen således, at den passer ind i et helhedsbillede af grl. § 3. Umiddelbart virker det imidlertid påfaldende, at man henfører en som udgangspunkt ubegrænset kompetence til en regel om statsmagtens tredeling.

I det omfang, teorien forsøger at anvende en mere ideologisk orienteret fortolkning end sædvanen og påberåber sig demokratiet, er der en tilsvarende vanskelighed ved at begrunde, at netop demokratibegrebet skulle være relevant i forhold til grl. § 3. Max Sørensen taler om, at et demokratisk mandat "ud fra forfatningens grundsynspunkt" er "statsmagtens grundlag". Hvis der er et demokratisk grundsynspunkt i den danske forfatning, er det, så vidt jeg kan se, ikke et formelt demokratisk, men i lige så høj grad et materielt demokratisk, grundsynspunkt. Og man er da havnet i den evindelige debat om, hvilke bestemmelser der indholdsmæssigt er demokratiske, og hvilke der ikke er det. I øvrigt er det ikke indlysende, hvad der menes med "statsmagtens grundlag". Er statsmagten grundlovgiver, eller hvad er statsmagten overhovedet i denne sammenhæng?

Ross' analyse giver ikke heller nogen forklaring på, hvorfor specielt demokratibegrebet skal anvendes ved fortolkningen af grl. § 3. Begge har erklæret reglens formål for at være en betryggelse af retssikkerheden, men fortolker den nærmest ud fra en formel demokratisk synsvinkel.

Måske er Ross' og Max Sørensens anvendelse af demokratiet som fortolkningsmoment vedrørende grl. § 3 udtryk for en helhedsopfattelse af bestemmelsen, som nøje svarer til Opsahls:

"De (begreberne: demokrati, effektivitet og retssikkerhed) svarer på en måde til den klassiske inndeling av statsmagtene og statsfunksjonene i den lovgivende, den utøvende og den dømmende gren. Demokratiet realiseres gjennom lovgivningsmakten, effektiviteten gjennom den utøvende makt og rettssikkerheden gjennom domstolene", 1969, p. 157.

Det er efter denne opfattelse ikke tredelingen eller grl. § 3 som sådan,

der er en betryggelse af retssikkerheden. Det er alene gennem kravet om uafhængige domstole, altså gennem en todeling af statsmagten, at retssikkerheden skal sikres.

Måske skal påberåbelsen af demokratiet blot ses som udtryk for, at demokratibegrebet er blevet et universelt argument i forfatningsretten. Dets uklarhed og bredde gør, at man kan anvende det overalt, hvor man er i nød for argumenter, og dets gerundiv bevirker, at argumentet altid vil blive godtaget. Naturrettens alment filosofisk opbyggede argumentation afvises som metafysik og afløses af eksakte paragraf- og domshenvisninger. De huller, der måtte blive tilbage, tilstoppes med universelle hjælpemidler såsom demokratibegrebet. Demokrati er blevet trøsteargumentet.

Der er ikke i den foreliggende teori på tvingende måde argumenteret for, at lovgivers kompetence som udgangspunkt er ubegrænset, og endnu mindre er der argumenteret for, at lovgivers kompetence i hele sin udstrækning følger af grl. § 3, specielt ikke af bestemmelsen om "den lovgivende magt". Fortolkningen af udtrykket "den lovgivende magt" må derfor erkendes at være et åbent spørgsmål, der først vil kunne besvares, når der er foretaget en analyse af de to øvrige i grl. § 3 nævnte funktioner og således er åbnet mulighed for en samlet fortolkning af grl. § 3.

## 5. kapitel

### DEN UDØVENDE MAGT. LEGALITETSPRINCIPPET.

Medens teorien for så vidt angår bestemmelsen af den lovgivende magt er enig om resultatet og alene udviser forskelle vedrørende begrundelserne, er der ikke i teorien fuldstændig enighed om, hvilken kompetence der tilkommer kongen - regeringen eller administrationen - som indehaver af den udøvende magt. Uenigheden er dog begrænset til få og mindre betydelige områder; først og fremmest spørgsmålet om kongen har en grundlovsumiddelbar kompetence til udstedelse af anordninger og spørgsmålet, om den udenrigspolitiske funktion er indeholdt i grl. § 3, eller om kongens kompetence på dette område alene følger af grl. § 19. Til gengæld er der almindelig enighed om, at "den udøvende magt" først og fremmest er forvaltningen af lovene, altså det, der traditionelt kaldes forvaltning eller administration. Det først nævnte spørgsmål - om der i kraft af grl. § 3 tilkommer kongen en vis kompetence til udstedelse af generelle regler - anordninger - har i teorien været behandlet som et spørgsmål om der findes et materielt lovsbegreb, som ækvivalerer en vis enekompetence for lovgivningsorganet. Modstykket hertil er, at der uden for dette område tilkommer kongen en ret til uden lovhjemmel alene i kraft af grl. § 3 at udstede regler. Dette problem : i hvilket omfang kongen kan handle uden lovhjemmel benævnes oftest som et spørgsmål om legalitetsprincippet. Netop fordi denne del af problemerne omkring den udøvende magt er tæt forbundet med det materielle lovsbegreb, vil analysen af den udøvende magt først omfatte en stillingtagen til legalitetsprincippet og dernæst en undersøgelse af det eventuelt øvrige indhold af "den udøvende magt".

Den forskel, der er i teoriens stillingtagen til spørgsmålet om kongens grundlovsumiddelbare kompetence til at udstede anordninger, kan belyses ved Max Sørensens og Ross' fremstillinger. Det er Max Sørensens opfattelse, at kongen i kraft af grl. § 3 har en omend meget begrænset ret til at udstede anordninger. Området angives nærmere således, at kongen kan udstede generelle regler rettet til borgerne, når de ikke er i strid med formel lov og ikke gør indgreb i borgernes frihed og ejendom. Det er denne opfattelse, Ross mener at have tilbagevist i en af afhandlingerne i Statsretlige studier:

Friheds- og ejendomskriteriet, af et tankemotivs historie. Han påviser her, at friheds- og ejendomskriteriet og dermed også tesen om den selvstændige anordningsmyndighed er et rent tysk produkt, som er indført af Berlin, og som aldrig før har haft rod i dansk teori. Det er ud fra denne analyse Ross' opfattelse, at der ikke i dansk ret eksisterer nogen adgang for kongen til uden lovhjæmmel at udstede retsakter. Forvaltningens kompetence er ifølge Ross i hele sin udstrækning afledt af loven. Poul Andersens og Berlins opfattelser er ikke helt så klare, og det kan være vanskeligt at afgøre, om de er enige med Max Sørensen, eller om de ligger imellem hans og Ross' opfattelse.

På grund af den øjensynligt forskellige udformning, Max Sørensen, Poul Andersen og Berlin giver legalitetsprincippet og på grund af Ross' afgørende påstand om, at friheds- og ejendomskriteriet først med Berlin har vundet indpas i dansk retsteori, vil det være formålstjenligt med en redegørelse for den ældre teoris opfattelse af legalitetsprincippet. Da friheds- og ejendomskriteriet ofte sættes i relation til stænderanordningen af 1831 § 4, vil gennemgangen af teorien begynde med denne bestemmelse og ikke, som det ellers var at forvente, med forhandlingerne på den grundlovgivende rigsforsamling.

Inden gennemgangen af teoriens udformning af legalitetsprincippet eller friheds- og ejendomskriteriet skal der erindres om det ovenfor anførte, at der intetsteds i teorien er hævdet at eksistere en kompetence til inden for et vist område at udstede retsakter i strid med formelle love. Dette princip, at lov altid går forud for anordning, kaldes ofte det formelle lovs princip. Som nævnt er der også i den ovenfor refererede lære om materiel og formel lov i tysk forfatningsret i forrige århundrede enighed om princippet gyldighed. Et egentligt argument er vanskeligt at påvise, med mindre man lader sig nøje med en forklaring som, at 'Vereinbarung' mellem konge og folk konstituerer den øverste suveræn. Herhjemme indfortolkes princippet undertiden i grl. § 25, der kræver lovhjæmmel - eller hjemmel i førkonstitutionelle regler - for at kongen kan meddele bevillinger og undtagelser fra lovene.

Undertiden bestrides det, at det formelle lovs princip er gældende forfatningsret, jfr. f.eks. Poul Meyer: Centraladministrationens adgang til udstedelse af retsanordninger, i Centraladministrationen 1848-1948, Kbh. 1948, p. 228-231. Det er imidlertid karakteristisk for denne holdning, at den går ud fra en meget rigoristisk bestemmelse af det formelle lovs princip, således at formel lov kun kan ændres eller ophæves af formel lov. Hjemmel i formel lov anses ikke for tilstrækkelig. Når man i disse fremstillinger møder den opfattelse, at det formelle lovs princip ikke er en del af gældende forfatningsret, er der altså alene tale om en benægtelse af, at derogatoriske anordninger - uanset deres hjemmel - er i strid med

grundloven, jfr. Poul Andersen: En forvaltningsretlig Disputats, i UfR 1940 B p. 191.

## I. Stænderanordningen.

Som anført føres legalitetsprincippet ofte tilbage til Anordning af 28. Maj 1831 angaaende Provindsial-stænders Indførelse i Danmark § 4:

"Forinden Vi udgive nogen Lov, der har Forandring i Vore Undersaatters personlige eller Eiendoms-Rettigheder eller i Skatterne og de offentlige Byrder til Gjenstand, ville Vi lade Udkastet til en saadan Lov forelægge for begge Stændernes Forsamlinger, . . . , for at Stænderne kunne tage Lovforslaget under Overveielse og derover afgive allerunderdanigst Betænkning."

Denne bestemmelse er overtaget fra den preussiske stænderforfatning: Allgemeines Gesetz wegen Anordnung der Provinzialstände in der Preuss. Monarchie, vom 5ten Juny 1823 artikel III: 2) der omhandler "die Entwurfe solcher Allgemeinen Gesetze, welche Veränderungen in Personen- und Eigenthumsrechten und in den Steuern zum Gegenstande haben".<sup>1)</sup> Ved to Reskripter af henholdsvis den 11. og den 13. januar 1831 overlod kongen forfatningssagen til Kancellikollegiet. Det fremgår klart af disse reskripter, at den preussiske stænderforfatning var det forbillede, kongen ønskede anvendt ved udarbejdelsen af en dansk stænderforfatning.<sup>2)</sup> Det var disse reskripter, der var anledningen til, at C.G.N. David og A.F. v. Tscherning i 1831 udsendte hver sit lille skrift om den preussiske ordning. Ingen af disse to skrifter - Om de preussiske Provindsialstænders Væsen og De preussiske Provindsialstænders Historie i korte Træk - indeholder bemærkninger om den her omtalte passus i det preussiske system. Allerede i Kancellikollegiet var der utilfredshed med den her omhandlede bestemmelse i den preussiske stænderlov, som man fandt var for uskarp. Imidlertid ønskede flertallet ikke at ændre ved bestemmelsen, men slog sig til tåls med håbet om en liberal kurs fra regeringens side.<sup>3)</sup>

Heller ikke i Ørsteds Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed med stadigt Hensyn til afdøde Etatsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog, I - VI, Kbh. 1822-1835, findes der noget bidrag til fortolkningen af bestemmelsen om stændernes kompetenceområde.

- 
- 1) Citeret efter C.G.N. David og A.F. v. Tscherning: Ueber das Wesen und die Geschichte der Preussischen Provinzialstände. Mit einem Vor-Worte herausgegeben von N. Falck, Schleswig 1831, p. 20.
  - 2) Jfr. Jens Himmelstrup og Jens Møller: Danske forfatningslove 1665-1953, Kbh. 1958, p. 31-32 og Hans Jensen: De danske Stænderforsamlings Historie 1830-1848, I, Kbh. 1931, p. 139-147.
  - 3) Jfr. Kancelliets forestilling, underskrevet den 20. maj 1831, her refereret efter Hans Jensen, 1931, p. 151.

I bind VI under Rettelser og Tillæg omtales stænderanordningen, men Ørsteds interesse i denne sammenhæng er øjensynligt primært at argumentere for, at stændersystemet ikke gør nogen indskrænkning i kongens position som uindskrænket monark, da stænderne alene er rådgivende og ikke besluttende. Han udtaler dog om stænderne, at de skal "afgive deres Mening angaaende de Love og Foranstaltninger, som agtes satte i Virksomhed, ..." (p. 445). At tage denne passus til indtægt for, at Ørsted mente, at stænderne skulle have alle love forelagt, er derfor ikke rimeligt. I øvrigt har han netop på den foregående side refereret stænderanordningens § 4 korrekt som "Love, der ...".

I 1841 udgiver A.F. Krieger sin Licentiatdisputats *De legibus ad ordines provinciales secundum IV tum constitutionis de 28. m. Maii a. 1831 datae paragraphum referendis* (Om de Love, der efter An. 28. Maj 1831 § 4 skal forelægges Provindsialstænderne).<sup>4)</sup> Det fremgår af indledningen til denne afhandling, at omtalte bestemmelse ikke hidtil havde været gjort til genstand for retsvidenskabelig undersøgelse. Kriegers arbejde er primært orienteret mod en undersøgelse af praksis. Han gør imidlertid rede for de metodiske fejkilder, en fortolkning ud fra praksis indeholder. Herunder fastslår han, at kongen må være berettiget til at forelægge stænderforsamlingerne udkast til love i videre omfang end foreskrevet i stænderanordningen, og at man derfor ikke fuldt ud kan bygge på praksis. Under behandlingen af det egentlige spørgsmål om sondringen mellem øvrighedssager og lovgivningsanliggender erkender Krieger, at lovgiver formelt er berettiget til at fastsætte grænsen. Nogen materiel grænse forsøger han ikke at opstille, men siger, at den åbenbart må afhænge af vægten og beskaffenheden af rettighedernes forskelligartede grunde (*a vi et natura diversarum rationum*). I øvrigt bør fremhæves, at Krieger anlægger en fortolkning af bestemmelsen, der medfører, at et meget bredt spekter af bestemmelser skal forelægges stænderforsamlingerne. Bl.a. nævnes, at lovene skal forelægges, uanset om de kun middelbart angår borgernes rettigheder som f.eks. processuelle regler om bevis, anke, anklage o.s.v.

-----

4) Afhandlingen er omtalt i Troels G. Jørgensens to bøger om Krieger: *A.F. Krieger som Jurist*, Kbh. 1923, p. 12-21, og *Anders Frederik Krieger. Juristen-Politiker-Borgeren*, Kbh. 1956, p. 16-22. Videre på Carl Ploughs anmeldelse i 3 numre af *Fædrelandet*, 1841 Nr. 708 og 716 og 1842 Nr. 763. Endelig findes spredte henvisninger til afhandlingen i Hans Jensens ovenfor omtalte værk om stænderforsamlingernes historie og i Carl Rasting, 1934.

Hvis der skal nævnes en kategori af bestemmelser, som kongen kan udstede uden at have hørt stænderne, må det nærmest blive de organisatoriske bestemmelser, men Krieger påpeger, at disse meget ofte har en sådan forbindelse med andre regler, at de af den grund skal forelægges stænderne. Videre bør nævnes, at Krieger hævder kongens kompetence til at udstede executive retsanordninger - altså at kongen i kraft af sin pligt eller ret til at udføre de stænderne forelagte love må udstede de regler, der måtte være nødvendige herfor, uanset om disse administrative forskrifter medførte forandringer i borgernes frihed og ejendom.<sup>5)</sup>

På et punkt tager Krieger skarp afstand fra den af kongen fulgte praksis vedrørende forelæggelse for stænderne. Regeringen havde fortolket bestemmelsen således, at stænderne ikke skulle spørges angående love, som lettede skattebyrden, men kun vedrørende de, der forøger eksisterende skatter og afgifter eller pålægger nye. Krieger tager afstand fra en sådan indskrænkende tolkning af bestemmelsens ordlyd. Han anser ikke stænderne for frihedens vogtere i den forstand, at de vil acceptere enhver lettelse af borgernes byrder som en udvidelse af borgerfriheden. Disse love må forelægges, for at stænderne ikke blot skal være kontrolorgan, men blive regeringens medarbejdere.

I J. Benzon-Buchwald: Kongeriget Danmarks Statsret, 1. del, Statsforfatningsret, Kbh. 1846 fortsættes denne linje. Indledningsvis kritiseres bestemmelsen for sin sproglige uklarhed. I følgende citat er forbindelsen til Kriegers afhandling tydelig:

"Det kan herved foreløbigen bemærkes, at det saaledes her ikkun er egentlige Love, der skulle forelægges Stænderne, ikke administrative Foranstaltninger, som vedrøre eller have Indflydelse på de omhandlede Gjenstande, se iøvrigt nedenfor § 64, og at denne Bestemmelse, da Anord. siger, der har Forandring til Gjenstand, ikke blot angaaer Love, hvorved der paalægges Forpligtelser eller påbydes Noget, men ogsaa dem, hvorved der tillægges Rettigheder, eller befries fra Forpligtelser, eller hvorved Noget ophæves eller i det hele Noget forandres; og endeligen, at det maa være uden Forskjel enten de middelbart eller umiddelbart have et saadant Indhold og en saadan Virkning". p. 317.

Om de administrative anliggender siges p. 328: "Love angaaende Administrationen skulle som saadanne ikke forelægges Stænderne." Benzon-Buchwald nøjes ikke med at kræve de regler, hvor staten ytrer

-----

5) Jfr. Rasting, 1934, p. 82.

sig som myndighed, forelagt stænderne. Han kræver også forelagt reglerne for enkelte institutioner og indretninger, uanset om det offentlige selv driver institutionen eller har givet private koncession på driften. Afgørende hævdes at være, om der "paalægges den, der vil benytte en saadan Indretning, den Tvang, at benytte den monopoliserede eller privilegerede."

I J.E. Larsens Statsretlige Foredrag og Afhandlinger før 1848, Kbh. 1857 synes holdningen til stændernes kompetence at være noget afvigende. Udgangspunktet er stadig, at så godt som alle forskrifter må forelægges stænderne. Han diskuterer, om der skal anlægges en snæver eller vid tolkning af ordene "personlige eller Ejendomsrettigheder". For en snæver fortolkning taler, at tilføjelsen om skatter og afgifter ikke vil have selvstændig betydning, hvis man anlægger en vid fortolkning. Imidlertid afvises den snævre fortolkning som værende i strid med stænderinstitutionens formål. Det afgørende hævdes at være en gennemgang af praksis for at påvise, hvilke kategorier af forskrifter, der udstedes uden om stænderforsamlingerne. Han nævner herunder "De Love, der angaae Organisationen af de administrative Autoriteter, Betingelserne for Adgang til visse offentlige Embeder, og andre administrative Normer", p. 119. Det i denne sammenhæng mest centrale spørgsmål "hvorvidt de Love, der ophæve eller modificere hidtil bestaaende særegne Indskrænkninger i den naturlige Frihed, bør forelægges Stænderne"? besvares med, at det både efter anordningens ordlyd og hidtidig praksis er uafklaret. Der tages her udtrykkeligt forbehold for de tilfælde, hvor den ene borgers frihed udvides på bekostning af den andens frihed, idet disse tilfælde givetvis skal forelægges stænderne. Et punkt, der klart viser, at J.E. Larsen tolker stændernes kompetence som snævrere end Krieger og Benzon-Buchwald, er spørgsmålet om en ændring alene af sanktionerne skal forelægges stænderne. Larsen siger herom: "Naar en Lov derimod alene beskjæftiger sig med nærmere at regulere Straffen for saadanne Handlinger, som allerede efter Sagens Natur og de gjældende Regler maae ansees som Forbrydelser, synes samme egentlig ikke at kunne henføres under den heromhandlede Forskrift", nemlig anordningens § 4, p. 117. Hos Benzon-Buchwald hævdedes derimod udtrykkeligt, at endog en nedsættelse af selve strafferammen skal forelægges stænderne, p. 319.

Den daværende teoris tolkning af stænderanordningen kan resumeres som følger. Man erkendte bestemmelsens uklarhed. Ligeledes var der enighed om, at praksis ikke på alle punkter var entydig. Afgørende for, om stænderne skulle høres, antoges at være, om reglerne angik borgerne. Således at den eneste kategori af regler, der kunne udstedes udenom stænderne, var bestemmelser, der alene vedrørte administrationen. For en enkelt af forfatterens vedkommende er der dog tvivl, om ikke ordet "Forandring" skal tolkes indskrænkende, således at det kun omfatter bebyrdende forandringer. Desuden anså Krieger kongen for at være kompetent til at udstede de regler, der var nødvendige for at udføre de stænderne forelagte love.

## II. Den grundlovgivende rigsforsamling og traditionel teori.

Det er denne forestilling om stændernes kompetence, der af Max Sørensen hævdes at være overtaget af den juridiske teori efter grundlovens givelse. For så vidt angår forhandlingerne på den grundlovgivende rigsforsamling fremgår det af ordføreren Halls bemærkninger vedrørende bestemmelsen om, at den dømmende magts udøvelse kun kan ordnes ved lov (udkastets § 62, 1953-grl. § 61), at man antog en kongruens mellem provindsialstændernes kompetence og lovgivers enekompetence efter den nye grundlov:

"Der maatte med Hensyn til Spørgsmålet om Lovgivningens Omraade efter en naturlig Fortolkning af Anordningen af 28. Maj 1831 § 4 i det væsentlige ganske gælde de samme Regler for de raadgivende Provindsialstænders og for den konstitutionelle Rigsdags Vedkommende, naturligvis ikke med Hensyn til Myndigheden, men med Hensyn til, hvilke Love der skulle forelægges." Beretning om Forhandlingerne på Rigsdagen, Kbh. 1849, sp. 3321.

At denne opfattelse har været den fremherskende på den grundlovgivende rigsforsamling, er der næppe grund til at betvivle. De steder i forhandlingerne, der kunne tydes i modsat retning, viser sig ved nærmere eftersyn ikke at indeholde nogen reel modstrid, men skyldes alene, at man undertiden sammenblandede problemerne om, hvad der kan gøres til genstand for lovgivning og hvad, der skal gøres til genstand for lovgivning.<sup>6)</sup>

-----

6) Jfr. Beretningen sp. 3322-3324 og sp. 1575-1576, jfr. også Ørsted: Prøvelse af de Rigsforsamlingen forelagte Udkast til en Grundlov og Valglov, Kbh. 1849, p.114. Se i det hele Carl Rasting: Bidrag til Læren om Regeringens Anordningsmyndighed, p. 74-91, der indeholder en meget grundig gennemgang af forhandlingerne vedrørende dette punkt.

Man synes således efter 1849 at anse "den lovgivende magt" for lig det, man under stænderforordningerne kaldte magten til at give love, der medførte forandringer i borgernes ejendom og frihed. At dette rent sprogligt er selvmodsigende er givet. Den sidste kategori er rent sprogligt en del af den første kategori. Problemet er da også påpeget allerede af A.W. Scheel: *Privatrettens almindelige Deel*, fremstillet efter den danske Lovgivning, Kbh. 1865, p. 14 og 66 og findes jævnligt påpeget i senere teori op til Ross: *Statsretlige Studier*, p. 76. En rent sproglig tolkning kan derfor meget let medføre en afvisning af at identificere lovgivningsmagtens enekompetence med stænderforsamlingens kompetence efter anordningens § 4. Der er hertil ikke andet at sige, end at begrebet lov øjensynlig har været forstået på en anden måde, da man gav stænderanordningen, end da man gav grundloven. Man har næppe i 1831 haft nogen klar forestilling om lovsbegrebet, og da slet ikke om dets forhold til rent administrative foranstaltninger. Det er endda uklart, hvorfor man overhovedet valgte lovsbegrebet i anordningen. Ordet lov var ikke på dette tidspunkt almindeligt anerkendt i den enevældige statsadministrations praksis. At nøjes med en henvisning til, at den preussiske stænderforfatning talte om "Gesetz", bringer næppe nogen løsning. Snarere synes man at kunne henvise til, at ordet lov kun omfattede generelle retsfor skrifter, jfr. J. E. Larsen: *Statsretlige Foredrag og Afhandlinger før 1848*, p. 113.

Den linje, som den grundlovgivende rigsforsamling stak ud for løsningen af spørgsmålet om lovgivers enekompetence, er tydeligt fulgt i teorien. Den følgende summariske gennemgang af teorien skal belyse dette. Det skal i denne forbindelse påpeges, at teorien traditionelt har sondret mellem forskrifter, der vedrører borgerne, og forskrifter af rent administrativ karakter. Man har altså fulgt den af Krieger afstukne fortolkning, at det afgørende alene er, om forskrifterne retter sig til borgerne, ikke om de er befalinger, påbud eller forbud til borgerne. De forskrifter, som tillægger borgerne visse fordele, henregnes altså til lovgivers enekompetence. Det afgørende er, som stænderanordningens § 4 formulerede det, om der sker 'Forandring' i borgernes frihed og ejendom, ikke om der - i snæver forstand - foretages indgreb i borgernes frihed og ejendom. I J.E. Larsen: *Statsretlige Foredrag og Afhandlinger efter 1848*, Samlede Skrifter, 1. Afd., 3. Bind, Kbh. 1857 siges således p. 48:

"Man kan vel nu i Almindelighed sige, at under Lovgivningsmagten maa henhøre alle de Forskrifter, hvorved den offentlige eller privatretlige Retstilstand for Statsborgerne foran-

dres og bestemmes, hvorimod Regjeringen kan give Anordninger om de saakaldte administrative Forhold, navnlig til Embedsmændenes Efterlevelse".

Som modifikationer til denne klare udtalelse nævnes dels kongens ret til ved anordning at udstede de "til en Lovs Fuldbyrkelse fornødne nærmere Regler", og dels hans ret til efter grl. § 32 (nu § 25) at meddele bevillinger og undtagelser fra lovene. At J.E. Larsen p. 50 særligt fremhæver, at det kræver lovhjemmel at indrømme enkelte 'særegne Rettigheder og Begunstigelser', kan ikke tages til indtægt for, at blot rettighederne tildeles generelt, kræves ikke lovhjemmel. Fremhævelsen må ses i forhold til forfatterens ovenfor nævnte fremstilling af stænderforfatningen, hvorefter stændernes kompetence ikke antoges at omfatte enkeltes særegne rettigheder og begunstigelser, fordi stændernes kompetence var begrænset til love, og dette begreb fortolkedes som kun omfattende generelle regler, jfr. Statsret før 1848, p. 113.

A.W. Schell: Privatrettens almindelige Deel, fremstillet efter den danske Lovgivning, Kbh. 1865 er på linje hermed. Der indrømmes ikke kongen nogen ret til uden lovgivers bemyndigelse at udstede retsfor skrifter, jfr. p. 61-85. Kongens ret til at udstede de til lovenes gennemførelse nødvendige retsfor skrifter sættes nu udtrykkeligt i forbindelse med grundlovens bestemmelse om kongens pligt til at drage omsorg for lovens fuldbyrkelse, § 29, nu § 22.

Holck: Den danske Statsforfatningsret. Udgivet efter Forfatterens Død ved C. Goos og J. Nellemann, I-II, Kbh. 1869 gentager J.E. Larsens ovenfor citerede passus om forvaltningens kompetence til at udstede anordninger, I, p. 184. Den eneste forskel er, at hvor J.E. Larsen bruger betegnelsen 'saakaldt administrative Forhold' taler Holck om 'blot administrative Forhold'. Dette indebærer næppe nogen realitetsforskel. Senere siges, at medens loven er bindende for alle, er anordningen, med mindre der foreligger en særlig bemyndigelse fra lovgiver, kun bindende for de lavere administrative myndigheder, I, p. 285. Samme synspunkt er anlagt p. 254-255, hvor det siges, at kongen fastlægger den nærmere organisation af statsembedernes og forretningernes fordeling, dog således at en lov vil være nødvendig "forsaavidt et Embedes Organisation griber ind i Borgernes Rettigheder og Pligter, saasom det Ansvar, de kunne paadrage sig ved at undlade visse foreskrevne Handlinger".

I C. Goos og Henrik Hansen: Grundtræk af den danske Statsret, Kbh.

1890 afvises det overhovedet at forsøge at opstille en grænse mellem forvaltningen og lovgivningsmagten. Man henviser til, at emnet let kan blive genstand for uenighed, at de grænser, man vil kunne opstille, under alle omstændigheder vil fremtræde som uskarpe, og at de vil være fraveget ved forskellige sædvaner, p. 137-138. Man vælger derfor at arbejde med et formelt anordningsbegreb med tilknytning til lov af 25. juni 1870 om udgivelsen af en Lovtidende og en Ministerialtidende, således at man ved anordning forstår en administrativ forskrift, "der skulle forpligte Borgerne i Almindelighed eller dog visse Kredse af disse". Udenfor falder de forskrifter, der alene vedrører enkelte borgere og de, der alene retter sig til embedsmændene, p. 151-152. Muligvis er der et bidrag til belysning af problemet i følgende passus:

"Ogsaa i andre Tilfælde tilkommer det Kongen i medfør af hans udøvende Magt på de Omraader af Forvaltningen, hvor der ikke er Tale om med offentligretlig Myndighed at gribe ind i Privates Retssfære, at give fornødne udfyldende Organisationsbestemmelser indenfor Lovens Ramme." P. 160.

Dette minder unægtelig om den hidtidige teoris hævde af, at kongen ikke uden lovhjemmel kan udstede de såkaldte retsanordninger - anordninger rettet til borgerne. Muligvis er det udtryk for en endnu snævrere opfattelse af regeringens ret til at udstede anordninger.

Det indsnævrede legalitetsprincip - at kun de forskrifter til borgerne, som gør indgreb i deres frihed og ejendom, skal have lovhjemmel - synes at kunne finde en vis støtte i Johannes Ussings disputats Om Afgjørelsen af Tvistigheder med Forvaltningen, særlig om administrative Retter, Kbh. 1893, hvor det p. 29 siges, at "Statens Ret til at befale ... er ... en ved Loven bundet Myndighed". Der er imidlertid ingen grund til at tro, at det er Ussings opfattelse, at forvaltningen bortset fra befalingstilstældene - det Max Sørensen kalder påbud, forbud eller andre begrænsninger i handlefriheden - er berettiget til at handle uden lovhjemmel. Tværtimod er der næppe tvivl om, at Ussing vedrørende spørgsmålet om administrationens grundlovsumiddelbare kompetence er helt på linje med den tidligere teori. P. 5 siger direkte, at "Forvaltningslovene bestemme, hvilke Krav Forvaltningen kan stille til Undersaatterne og disse til Forvaltningen, ...", og tre sider længere fremme er der et direkte opgør med Ørsteds udtalelse på den grundlovgivende rigsforsamling om forvaltningens grundlovsumiddelbare kompetence. At Ussings afhandling flere steder ved isoleret læsning kan tages til indtægt for et snævert legalitetsprincip, har, så vidt jeg kan se, nær forbindelse med afgrænsningen af afhandlingens emne. Når man analyserer borgerens konflikter med forvaltningen, er det givet, at der må forekomme en del steder, hvor der

tales om forvaltningens ret eller kompetence til at udstede forbud og påbud til borgerne. Det er jo typisk denne del af forvaltningens virksomhed, der skaber konflikterne.<sup>7)</sup>

I Matzen: Den danske Statsforfatningsret, 2. udg., Kbh. 1887-1895 er legalitetsprincippets konturer noget uskarpe. Det siges:

"Alle egentlige Retsforskrifter blive at give ved Lov; og ved Retsforskrifter forstaas da alle saadanne Forskrifter angaaende menneskelige Forhold, der ere Gjenstand for Ordning og Hævdelse ved Statens tvingende Myndighed, hvad enten de ere retsanordnende: paalægge en Handlen eller Indskrænkning i Handlefriheden af Hensyn til et vist Gode, som Samfundet eller den enkelte erkjendes at burde nyde; eller de ere retshaandhævende, idet de forudsætte et Brud paa de forannævnte Regler, som de enten ville forebygge, oprette eller straffe." III, p. 6.

Hvad der nærmere ligger i denne sammenfatning af lovgivers enekompetence er ikke helt klart. Således siger Matzen ikke i denne forbindelse noget om en grundlovsumiddelbar anordningsmyndighed for forvaltningen. I det hele taget adskiller hans fremstilling sig fra både J.E. Larsens og Holcks derved, at begge disse postulerede en selvstændig anordningsmyndighed vedrørende administrative forhold. Imidlertid er Matzens fortællelse af en sådan anordningsmyndighed ikke givetvis udtryk for en reel uoverensstemmelse mellem ham og de to nævnte forfattere. Det fremgår senere af Matzens fremstilling, at han bestemmer anordninger som regler, der udgår fra administrationen, og som "skal være af Betydning for Borgernes Retsforhold."<sup>8a)</sup> Han finder ikke nogen anledning til at sondre mellem konkrete og generelle retsakter, da denne sondring ikke kan påvises at have nogen relevans. I modsætning til anordningerne sætter han "andre administrative Beslutninger", som "kun udgaar til Efterlevelse for Statsmyndigheder uden at skulle forpligte Borgerne." Når afsnittet om lovgivers kompetence og enekompetence læses med disse begrebsfastlæggelser in mente, fremgår det, at Matzen i al væsentligt er enig med både J.E. Larsen og Holck om administrationens ret til uden lovhjæmmel at udstede generelle forskrifter af intern karakter. Han anvender i disse tilfælde oftest betegnelsen "forvaltningsforskrifter". At der bag denne sondring mellem lovgivers enekompetence og forvaltningens selvstændige kompetence ligger et materielt lovsbegreb fremgår af hans definition af "Lov" som "en fra Statsmagten udgaaet Beslutning, som hjemler Rettigheder og Pligter" i modsætning til de forskrifter, der alene er

-----

7) Når Aage Duus i sin anmeldelse af Ussings disputats, TfR 1895. 300-309, hævder, at Ussings legalitetsprincip er en ny hidtil ukendt "Formulering af Retsstatstheorien" må dette stå for anmelderens egen regning.

8a) 1887-1895, III, p. 128.

"et Reglement til Efterretning for Administrationen ..." <sup>8b)</sup> Dette citat viser, at Matzen også henregner begunstigelser af borgerne til lovgivers enekompetence. Iøvrigt fremgår dette af flere andre steder i fremstillingen. <sup>9)</sup> Når han i indledningscitater anvender betegnelsen 'Statens tvingende Myndighed' er dette ikke et udtryk for, at kun de forskrifter, som staten sætter sin tvang bag, er retsforskrifter. Det må i stedet forstås som en afgrænsning af statens handlinger qua stat i modsætning til statens handlinger som privatretlig subjekt. Der er således ikke tvivl om, at Matzen som J.E. Larsen og Holck drager den principielle grænse for lovgivers kompetence efter, om forskrifterne berører borgernes forhold.

I Berlin: Den danske Statsforfatningsret, 2. udg., Kbh. 1937-1939 indledes afsnittet om en selvstændig anordningsmyndighed med introduktionen af en sondring mellem forvaltningsanordninger og retsanordninger.

"De første giver vel ogsaa almindelige Forskrifter, men kun til efterlevelse for Forvaltningens selv, ikke for Borgerne i Almindelighed; de er altsaa rent administrative Befalinger omend af almindelig Karakter <sup>6)</sup>. Retsanordninger derimod giver egentlige Retsregler, d.v.s. Paabud og Forbud til Efterlevelse for Borgerne i Almindelighed og er derfor materielt set utvivlsomt af egentlig Lovskarakter <sup>7)</sup>." <sup>10)</sup>

Sondringen mellem rets- og forvaltningsanordninger har foruden i relation til kundgørelsesmåden betydning for det hjemmelskrav, der må stilles til regeringens udstedelse af anordningerne. Om hjemlen til at udstede forvaltningsanordningerne siges, at den

-----

8b) P. 40.

- 9) Således fastslås det p. 10, at en borgers krav mod staten skal have lovhjemmel, og p. 13 siges, at det må fastholdes, at "det i Almindelighed tilkommer Lovgivningsmagten at opstille Normerne for Ordningen af det indbyrdes Retsforhold mellem dem og Staten indenfor de ved Grundlovens Forskrifter, . . . , dragne Grænser". Han nævner som modifikation eller undtagelse, at kongen uden om lovgivningsmagten må være beføjet til at foretage anerkendelse af trossamfund. Selve argumentationen for denne undtagelse viser, at han ikke vil betragte forholdet så enkelt, som at der her er tale om en del af en selvstændig anordningsmyndighed. For korrektheds skyld skal oplyses, at Matzens fremstilling på dette punkt er yderligere kompliceret af bestemmelsen om, at de fra folkekirken afvigende trossamfunds forhold nærmere ordnes ved lov (nu § 69). Det fremgår i øvrigt af Nordisk Utredningsserie 1975:4: Nordisk kommunal rösträtt och valbarhet, p. 118, at anerkendelse af trossamfund i dag også ifølge praksis sker ved ulovhjemlet kgl. resolution.
- 10) II p. 196. Jfr. betænkning nr. 740 1975 om Lovtidende og Ministerialtidende p. 12 og 24, hvor denne terminologi stadig anvendes, selv om den hverken er anvendt i Poul Andersen, Alf Ross eller Max Sørensens fremstillinger.

"ligger allerede i Grl. § 2, hvorefter den udøvende Magt er hos Kongen. Heri forudsættes nemlig, at der bestaar en selvstændig udøvende Magt, og ligesom en saadan nødvendigvis maa kunne give sine underordnede Organer bindende Befalinger i de enkelte Tilfælde, saaledes maa den ogsaa, selvom Loven ikke udtrykkeligt bemyndiger den dertil <sup>10)</sup>, kunne foreskrive mere almindelige Regler for deres Embedsvirksomhed i Form af Instruxer, Reglementer, Cirkulærer o.s.v.", p. 197-198.

Som det er tilfældet med Matzens fremstilling, er det heller ikke hos Berlin umiddelbart indlysende, hvor forskrifter, der alene begunstiger borgerne, skal placeres. Det fremgår imidlertid af eksempler nævnt andetsteds, at disse forskrifter henregnes til lovgivers enekompetence <sup>11)</sup>. Det forekommer således overraskende, når Berlin fremhæver, at den af ham opstillede sondring ikke findes hos Holck og Matzen <sup>12)</sup>. Sondringen er, så vidt ses, i fuld overensstemmelse med den hidtidige teori. Forskellen er alene terminologisk. Hvad Berlin kalder forvaltningsanordninger, kalder Matzen forvaltningsforskrifter, medens Holck uden anvendelse af nogen speciel terminologi blot taler om 'Anordninger om de saakaldte administrative Forhold'. Det nye i Berlins fremstilling er termen forvaltningsanordning, der er en oversættelse af den fremhævede tyske litteraturs 'Verwaltungsverordnung'. Om retsanordningerne hævdes det derimod at følge af grl. § 2, at disse "kun som Undtagelse og kun i Kraft af særlig Hjemmel kan udstedes i formel Anordnings Form." Som særlige hjemler nævnes dels praksis i forbindelse med grænsens uklarhed. Til denne kategori henregner Berlin anordningerne vedrørende Grønland, bestemmelser om udlevering af udlændinge og en del regler vedrørende undervisningsvæsnet. Videre nævnes grl. § 24 om kongens pligt til at drage omsorg for lovens fuldbyrdelse. Den sidste kategori af særlige hjemler er naturligvis de formelle love <sup>13)</sup>.

Berlin tegner således et klart billede af, hvilke anordninger regeringen kan udstede uden lovhjemmel alene i kraft af grundloven. Regler, der  
-----

11) II p. 13 og p. 196 note 7. Jfr. iøvrigt Poul Meyer 1948 p. 180-182, der synes at forstå det samme ved retsanordninger.

12) II p. 197 note 8.

13) Jfr. II p. 199-200.

alene retter sig til forvaltningens personel, kan regeringen derimod udstede i kraft af grl. § 2 (nu § 3)<sup>14)</sup>.

Den sidste af de fremstillinger, der skal nævnes i forbindelse med gennemgangen af det traditionelle legalitetsprincip, er Poul Andersen: Dansk Statsforfatningsret, Kbh. 1954. Denne fremstilling kan på én gang forenes med tidligere refererede fremstillinger og give en del af forklaringen på Max Sørensens afvigelser fra hidtidig teori.

Poul Andersen indleder sin fremstilling med at fastslå, at der foreligger "en Enekompetence for Lovgivningen, f. s. v. som Indgreb i Borgernes Frihed og Ejendom kun kan ske ved eller i H. t. Lov."<sup>15)</sup> Det påpeges, at dette er en noget vag afgrænsning, og der henvises til den senere behandling af spørgsmålet om en selvstændig anordningsmyndighed. Poul Andersen definerer her anordninger i relation til lov om udgivelsen af en lovtidende og en ministerialtidende af 25.6.1870 §§ 2 og 3. Anordninger er altså regler rettet til borgerne og fremhæves som modsætningen til tjenestebefalinger og cirkulærer<sup>16)</sup>.

Efter at have begrænset anordningsbegrebet på den nævnte måde fastslår Poul Andersen, at det meget tidligt blev den herskende opfattelse, "at Regeringen ikke uden særlig Hjemmel, alene i Kraft af sin udøvende Magt i H. t. Grl. § 2, kunde udstede Anordninger, hvorved der gjordes Indgreb i Borgernes Frihed og Ejendom." Det fremgår af det umiddelbart efterfølgende, at grænsen skal drages efter om der er tale om "Forandringer i Borgernes Retsstilling".<sup>17)</sup> Poul Andersen nævner nogle undtagelser,  
-----

14) Berlin synes enkelte steder at sløre billedet ved at hævde grl. § 2 som delvis hjemmel også for kongens udstedelse af retsanordninger, jfr. II p. 3, p. 6 og p. 161. Han taler disse steder om regeringens adgang til dels i kraft af grl. § 2 og dels i kraft af lovgivers delegation at udstede retsanordninger. Disse tre steder lader sig ikke let forene med det nævnte citat, hvis indhold iøvrigt også gentages flere steder, jfr. p. 12. Forklaringen er antagelig, at Berlin refererer til anordninger, kongen har udstedt i kraft af "den statsretlige Brug, som den historisk har udviklet sig" og endnu på enkelte punkter hjemler undtagelser til lovhjemmelskravet, II p. 13.

15) p. 310.

16) p. 536.

17) Denne tolkning svarer til fremstillingen i 1965, p. 56, hvor Poul Andersen tilslutter sig den almindelige opfattelse, "at Tjenestebefalinger ikke skaber Rettigheder for Borgerne", omend med visse forbehold. I samme retning p. 392: "Ogsaa Forvaltningsakter, der tillægges Borgerne en Handlefrihed eller andre Fordele, som ikke tilkommer dem umiddelbart i H.t. Loven, t.Eks. en Eneret til en eller anden Erhvervs-virksomhed, maa have Hjemmel i Loven eller en dermed sidestillet Retsnorm, og de maa ikke stride mod Loven<sup>2</sup>. Drejer det sig om Pengkan Udbetaling kun finde sted med bevillingsmæssig Hjemmel".

hvor regeringen uden lovhjemmel kan udstede anordninger, f.eks. vedrørende udlevering af forbrydere, men forsøger ikke på nogen måde at forklare disse undtagelser eller at generalisere dem ud i en regel. Yderligere kompliceres hans fremstilling af, at han anvender kriteriet "væsentlige Forandringer i Borgernes Retsstilling".<sup>18)</sup>

Man skulle ud fra Poul Andersens bemærkninger om lovgivers enekompetence og den ækvivalerende bemærkning om regeringens selvstændige anordningsmyndighed vente, at han ville hævde en kompetence for regeringen til uden lovhjemmel at udstede anordninger, der ikke medfører forandring i borgernes retsstilling. Hans fremstilling nævner imidlertid ikke denne slutning. Dette skyldes muligvis, at det overhovedet er vanskeligt at se, hvilke anordninger der skulle være tale om. Hvis de nemlig ikke medfører forandringer i borgernes retsstilling, kan de så overhovedet siges at være anordninger i Poul Andersens forstand. Dette kan imidlertid ikke afskære ham fra at hævde en ret for regeringen til i medfør af grl. § 3 at udstede tjenestebefalinger og cirkulærer. Dette synes Poul Andersen imidlertid heller ikke at være tilbøjelig til at mene. Således hævdes det, at regeringen nok i kraft af grl. § 22 kan udstede de til en lovs gennemførelse nødvendige tjenestebefalinger. Det kunne tyde på, at Poul Andersen ikke finder en generel hjemmel for udstedelse af tjenestebefalinger i grl. § 3<sup>19)</sup>. I sine forvaltningsretlige fremstillinger nævner Poul Andersen, at tjenestebefalingerne har hjemmel i over- og underordningsforholdet i forvaltningen<sup>20)</sup>. Dette er dog ingen argumentation, men alene en omskrivning.

Sammenfattende må om Poul Andersens fremstilling hævdes, at den som hidtidig teori arbejder med en sontring mellem forskrifter, der berører borgernes retsstilling og forskrifter, der alene retter sig til embedsmændene. Den anvendelse, der gøres af sontringen, er sandsynligvis i over-

-----

18) p. 541 forsøger Poul Andersen øjensynligt at forklare, at visse ændringer af de stedlige kompetenceregler for ændring af den kirkelige inddeling er sket ved ulovhjemlet anordning. Han bruger her vendingen 'væsentlige Forandringer' (min fremhævelse). Jfr. iøvrigt Poul Meyer 1948 p. 210-213, hvor de samme regler sættes i relation til den traditionelle teori tilbage til Kriegers afhandling og overbevisende placeres som grænsetilfælde mellem regler rettet til borgerne og administrative forskrifter.

19) p. 541. Sandsynligvis er der tale om en uoverlagt bemærkning. Poul Andersen ønsker på det anførte sted primært at gå imod Berlins ovenfor nævnte fortolkning af grl. § 22, og bemærkningen om tjenestebefalinger sættes så ind alene for at mildne kritikken.

20) Poul Andersen 1965, p. 44 og p. 56.

ensstemmelse med den hidtidige teori, men Poul Andersens fremstilling er uklar <sup>21)</sup> og åbner mulighed for forskellige fortolkninger.

### III. Angreb på den traditionelle teori.

Som ovenfor belyst sonderer den offentligretlige litteratur fra stænderanordningen til Poul Andersen mellem regler, der retter sig til borgerne, og regler, der alene retter sig til administrationen. Undertiden udtrykkes sondringen som et spørgsmål, om der gribes ind i borgernes retsforhold, eller mere tvetydigt, om der gøres indgreb i borgernes frihed og ejendom. De regler, der ikke udelukkende retter sig til administrationen, kan kun udstedes med hjemmel i lov eller dermed ligestillet sædvane. De to væsentligste angreb på denne lære er rettet af henholdsvis Ernst Andersen og Alf Ross. Den første kritiserer læren, fordi han mener, at den angiver regeringens anordningsmyndighed alt for snævert. Den andens kritik er begrundet i, at forfatteren mener, at regeringen overhovedet ikke har nogen anordningsmyndighed. I det følgende vil begge kritik blive gennemgået. Ernst Andersens dog ikke så udførligt som Ross's fremstilling, da den førstnævntes opfattelse, så vidt ses, ikke har haft nogen afsmitning på teorien, hvorimod Ross' opfattelse helt tydeligt er overtaget af andre og lever videre i nyere fremstillinger.

-----

21) Til yderligere belysning af uklarheden i Poul Andersens udformning af legalitetsprincippet eller princippet om lovmæssig forvaltning kan citeres følgende generelle udtalelse fra 1965, p. 389: "I Princippet om lovmæssig Forvaltning ligger ogsaa, at i hvert Fald Indgreb fra Forvaltningsmyndighedernes Side i Borgernes samt Privatretlige og offentligretlige juridiske Personers, herunder Kommuner, Frihed og Ejendom kun kan finde Sted med direkte eller indirekte Hjemmel i en formel Lov eller dermed sidestillet Retsnorm. Saa-danne Indgreb er i den konstitutionelle Retsstat forbeholdt Lovgivningsmagten." Det nærmere indhold af denne passus afhænger af, hvorledes man fortolker ordet 'i hvert Fald'. Hvis man ikke lægger synderlig vægt på ordet, når man til det snævre legalitetsprincip, som Max Sørensen fremstiller. Hvis man derimod pointerer ordet, kan man ikke slutte modsætningsvis til, at administrationen kan handle uden lovhjemmel, blot der ikke gøres indgreb over for den enkelte borger. Det er bemærkelsesværdigt, at den tilsvarende passus i hans tidligere fremstillinger har et indskud, der er udelukket i 5. udgaven. I 1. udgaven fra 1936 p. 295 og i Hovedpunkter af Forvaltningsretten, I, Kbh. 1930, p. 247 siges begge steder, at det ligger i princippet om lovmæssig forvaltning, at "Forvaltningens Virksomhed eller i hvert Fald ...".

A. Ernst Andersen.

Ernst Andersens kritik af det traditionelle legalitetsprincip findes i hans disputats: Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen. En Studie indenfor den offentlige Ret, Kbh. 1940. Selv om denne fremstilling, som det fremgår allerede af titlen, er kommunalretlig, indeholder den en meget udførlig behandling af det stats- og statsforvaltningsretlige spørgsmål om regeringens anordningsmyndighed. I afsnittet Tilsynsmyndighedens Lovgivningsfunktion foretages et opgør med Berlins ovenfor fremstillede behandling af anordningsproblemet.

Udgangspunktet for Ernst Andersens betragtninger er, at forvaltningen efter 1849 er fortsat med at udstede anordninger,

"der udoktrinært og imod Laband gør Indgreb i Borgernes Retsforhold. Den danske Forvaltning forudsætter i Strid med al Retslogik, at Indgreb i Borgernes Frihed og Ejendom paa visse begrænsede Omraader uanset Grundloven fortsat kan ske ved Anordning som en Fortsættelse af en Praksis under Enevælden." 22)

Dette fænomen har i teorien været forklaret således, at der i disse tilfælde var tale om en sædvanehjemlet kompetence for regeringen. 23) På denne måde har man kunnet opretholde læren om, at regeringen ikke uden lovhjemmel - eller ligeværdig hjemmel - kan udstede retsfor skrifter. Ernst Andersens indvending er i al sin enkelthed, at denne forklaring er utilstrækkelig, fordi den end ikke antyder et svar på spørgsmålet om, med hvilken hjemmel man har udstedt disse anordninger i perioden umiddelbart efter grundlovens givelse. Heraf kan med rimelighed sluttes, at den nævnte opfattelse ikke har været den herskende i denne periode. Berlins lære må derfor ses som produktet af en mistolkning af hidtidig teori og praksis, eller som en efterrationa lisering.

Ernst Andersen mener, at den første fejltagelse, Berlin begår, ligger i hans udgangspunkt: at dansk forfatningsret i væsentligt omfang har været undergivet indflydelse fra tysk ret. Dette er ikke tilfældet. Forholdet er i stedet det, at dansk forfatningsret har hentet sin inspiration i engelsk forfatningsliv. Det er derfor nødvendigt med et vist kendskab til udviklingen i England vedrørende kongens prærogativer.

-----

22) P. 53-54.

23) Jfr. Rasting, 1934, p. 53-54.

Ernst Andersen hæfter sig her specielt ved 1600-tallets England, der var præget af stridigheder mellem parlamentet og kongen om kongens ret til at udstede generelle retsforskrifter. Striden blussede op efter en dom i 1606 om kongens ret til uden om parlamentet at pålægge importerede varer told. En købmand John Bates (Bates' Case) dømtes til at betale tolden, som kongen havde pålagt uden om parlamentet. Dommens udgangspunkt var kongens absolutte magt til at erklære krig og slutte fred. Herfra sluttedes, at han også kunne bestemme, at havnene skulle lukkes både i krigs- og fredstid. Følgelig kunne han også gøre det mindre ikke at lukke havnene, men at tillade import på særlige vilkår, mod betaling af told. Ernst Andersen påpeger, at dommens præmisser som udgangspunkt accepterede, at kongen ikke kan gøre indgreb i borgernes frihed og ejendom. Alligevel er det klart, at dommen helt ville undergrave parlamentets indflydelse. Kongen kunne efter dommen uden parlamentets bistand skaffe sig de nødvendige midler gennem toldafgifter. I den efterfølgende magtkamp mellem konge og parlament lykkedes det parlamentet at tvinge kongen til at acceptere parlamentets omnipotens, og at kongen skulle kunne påvise en særlig hjemmel for udstedelse af anordninger, som blev gennemtvunget af statens myndigheder. Ved Act of Settlement af 1701 blev det således fastslået, at kronens anordninger og forvaltningsakter måtte støttes enten på parlamentslovene eller på de kronen fra gammel tid efter sædvanen og den dommerskabte ret tilkommende specielle beføjelser. Således lagdes grunden til, at parlamentet langsomt kunne afskaffe kronens prærogativer ved selv at regulere forholdene.

Ernst Andersen finder, at denne udvikling er parallel til udviklingen i den danske konges anordningsmyndighed efter enevældens afskaffelse. De anordninger, der herhjemme er udstedt i en kortere periode efter 1849, skal altså forklares som en rest af kongens absolutistiske beføjelser. En rest, der lidt efter lidt vil blive fjernet gennem lovgivningsmagtens regulering af områderne. Ernst Andersen gør ikke op med sondringen mellem rets- og forvaltningsanordninger, men påstår alene, at visse retsanordninger kan udstedes uden lovhjemmel. Imidlertid omformulerer Ernst Andersen sondringen mellem rets- og forvaltningsanordninger. Han mener ikke, at man skal sondre efter forskrifternes indhold, men efter udfærdigelsesmyndighedens grundlag. "Retsanordning bliver herefter den Anordning, som udstedes i Kraft af Statens absolute Magt til at byde og befale, medens Forvaltningsanordningen navnlig udstedes i Kraft af Statens Stilling som Arbejdsgiver eller Ejer af

fast Ejendom".<sup>24)</sup> Om kongen i medfør af sin pligt til at drage omsorg for lovenes fuldbyrdelse er berettiget til at udstede de i denne henseende nødvendige retsanordninger, stiller Ernst Andersen sig tvivlende over for. Han mener, at det må påhvile Berlin og Rasting at bevise, at dette virkelig forekommer.<sup>25)</sup>

Ernst Andersens afvigende opfattelse af spørgsmålet om regeringens selvstændige anordningsmyndighed og dermed også legalitetsprincippet har næppe haft nogen effekt på den senere retlige teori. Hans teoris svagheder er da også åbenbare. For det første er det ikke holdbart at hævde, at dansk forfatningsret i forrige århundrede er mere engelsk end tysk inspireret. Dette viser det foregående, specielt de kongelige reskripter af 11. og 13. januar 1831.

Ernst Andersen anfører yderligere et argument for at analogisere til det engelske forfatningssystem. Han hævder, at Montesquieus fremstilling er uanvendelig ved fortolkningen af grl. § 3, da den på flere punkter er en urigtig beskrivelse af de engelske forhold. Man må derfor søge direkte til engelsk ret.<sup>26)</sup> Ernst Andersen fortsætter på dette punkt en ufrugtbar diskussion, som herhjemme er påbegyndt allerede hos Holberg og Sneedorff, og som siden har tiltrukket sig en vis opmærksomhed.<sup>27)</sup> I stedet for en analyse af det system eller ideal, Montesquieu opstiller, spildes kræfterne ofte på at bevise, at det ikke er en korrekt

-----

24) P. 58.

25) Det er derfor næppe rigtigt, som Poul Andersen gør det i anmeldelsen af disputatsen "En forvaltningsretlig Disputats", Ernst Andersen: Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen, p. 191-192, at tage Ernst Andersen til indtægt for en total afvisning af, at grl. § 24 (nu § 22) kan danne hjemmel for udstedelse af visse retsanordninger.

26) Jfr. p. 35, p. 65 og p. 69.

27) Jens Schielderup Sneedorff: Om Den Borgerlige Regiering, Kbh. 1757, p. 357. Jfr. Ludvig Holberg: Epistler, Udgivne med Kommentar af F. J. Billeskov Jansen, I-VIII, Kbh. 1945-54. Nr. 111, 514, 516, 517, 518 og 519 oversatte Holberg og udgav dem under titlen: Remarques sur quelques positions, qui se trouvent dans l'Esprit des Loix par M. le baron de Holberg, Copenhague 1753. I den eneste epistel (nr. 517), der vedrører den her relevante del af Montesquieus bog, angriber Holberg fremstillingen for at være historisk ukorrekt. Af senere fremstillinger kan til eksempel nævnes overretssagfører Ludvig Holberg: Engelsk Parlamentarisme, belyst ved Kongemagtens, Ministeriets og Parlamentets forfatningsmæssige Stilling før og nu, Kbh. 1884, p. 63: "Montesquieu har gjort stor Skade ved, i Stedet for at fremstille den engelske Forfatning som den var, at nøjes med et Fantsibillede." og Berlin, 1906, p. 9: "Det er saaledes bekendt, hvorledes Montesquieus Lære byggede paa et ufuldkomment Kendskab til engelsk Forfatning, ..."

beskrivelse af det engelske system - hvad Montesquieu for øvrigt selv var klar over.<sup>28)</sup> At teorier om samfundets ideelle indretning ofte forklædes som beskrivelser af et fremmed land er ikke ukendt - dog vælges oftest et fjerntliggende eller ikke-eksisterende samfund. I disse tilfælde ville det virke absurd, om man afviste teorierne med den begrundelse, at samfundet ikke eksisterede, eller at fremstillingen var en ukorrekt beskrivelse af f.eks. Tyrkiets forhold. Imidlertid er der ingen grund til heller at tro, at det har betydning for værdien af Montesquieus fremstilling, om den er en korrekt beskrivelse. Man kunne endda som hypotese tage det stik modsatte udgangspunkt: at Montesquieu ikke beskriver det engelske system, men skriver ind i og ud fra en engelsk statsteoretisk diskussion og tradition og derfor i høj grad er påvirket af samtidens engelske ideologier, som i vidt omfang må antages at udtrykke en reaktion mod det engelske system.

Selve indholdsanalogien i Ernst Andersens fremstilling er heller ikke overbevisende. Som hans egen fremstilling viser, er der i England ikke tale om noget generelt ejendoms-kriterium. Forholdet er alene det, at parlamentet har krav på at få forelagt alle skattelove. Dette var denne ret for parlamentet, som kongen søgte at omgå ved at skaffe sig midler til sin krigsførelse gennem en forhøjelse af importafgifterne. Problemet i Bates' Case er altså primært et spørgsmål, om told er at betragte som skat. Videre er det velkendt, at kongen allerede fra Magna Cartas tid - 1215 - har været afskåret fra at foretage vilkårlige fængslinger. Dette er hovedkomponenterne i Ernst Andersens engelskinspirerede friheds- og ejendoms-kriterium. Dette har ikke nogen forbindelse med friheds- og ejendoms-kriteriet i dansk ret, således som dette er udviklet i stændersystemet og ført videre af den senere teori. Når Ernst Andersen til trods for sit specielle udgangspunkt selv opstiller et kriterium, der ligger forholdsvis tæt op ad det traditionelle, skyldes det antagelig, at han ikke anvender det engelske system som udgangspunkt for grænsedragningen mellem forvaltnings- og retsanordninger.

Udgangspunktet for Ernst Andersens kritik af Berlins fremstillinger var som nævnt, at de ulovhjemlede retsanordninger ikke oprindeligt har kunnet forklares ud fra sædvanesyndpunktet. Poul Meyer har imidlertid påvist, at de omhandlede anordninger oprindeligt er udstedt med "urigtig eller misforstaaet paaberaabelse af lovhjemmel, en urigtig statsretlig opfattelse paa andre omraader (traktatretten) eller simpelthen vanskeligheder ved overgangen fra enevælde til folkestyre, men derimod aldrig den bevidste antagelse af et - det være sig nok saa beskedent - prærogativ

-----

28) Jfr. Vile, p. 85.

for forvaltningen." 29) Det er først senere teori, der har påberåbt sig sædvanen som hjemmel - muligvis fordi man ikke har kunnet tilslutte sig opfattelsen af de udstedte anordninger som ikke-retsanordninger. Heller ikke denne del af Ernst Andersens fremstilling bliver derfor en holdbar kritik af det traditionelle legalitetsprincip. Hans fremstilling viser alene, hvor forsigtig man bør være med at anvende sædvanen som forklaring på forskellige fænomener. Man skjuler derved ofte en mere holdbar, men måske nok så vanskelig tilgængelig, begrundelse, og gør derved sin fremstilling særlig sårbar over for kritik.

#### B. Alf Ross.

Det mest radikale angreb på det traditionelle legalitetsprincip kommer fra Ross. Hovedlinjen i Ross' kritik er således en afvisning af friheds- og 'ejendoms-kriteriet, som hævdes at være et uanvendeligt tysk produkt, som først med Berlin finder indpas i dansk retsvidenskab. 30)

I korthed resumerer Ross Labands lære som følger: Statens aktivitet kan deles i en intellektuel og i handlinger. Den intellektuelle aktivitet kan igen deles i lovgivning: den bindende fastsættelse af retsregler, og i retspleje: den bindende afgørelse af retstvister ved anvendelse af retsregler. Det afgørende i Labands fremstilling er imidlertid den nærmere præcisering af, hvad der forstås ved retsregel. I et ofte fremhævet citat siger Laband herom:

"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 der Bereiches ihrer freien Willensbestimmung regelt, so greift dies ebensowenig in die Sphäre des Rechtes ein, als wenn sie Privatmann Anordnungen der die Führung seines Haushalts, seiner Fabrik, seiner Landwirtschaft

-----

29) Poul Meyer 1948, p. 215.

30) Ross 1959, p. 76-80 og p. 117. Der vil ikke i det følgende blive taget stilling til Ross' påstand om, at de tidligere fremstillinger ikke arbejdede med samme kriterier som Berlin. At påstanden er uholdbar, anses godtgjort allerede ved gennemgangen af disse tidlige teorier. Ross' gennemgang af Holck og Matzen bygger på en påstand om, at disses udsagn vedrørende det her behandlede problem ikke er retsdogmatisk mente, men alene prætenderer at være retspolitiske udsagn. Det er vanskeligt at argumentere mod en sådan påstand om, at de egentlig ikke har ment det, de har skrevet!

erteilt oder als wenn ein Aktienverein, eine Genossenschaft, ein Kommune Beschlüsse über ihre Angelegenheiten fasst." 31)

Gennem denne personifikation af forvaltningen som et enhedssubjekt opnår Laband at holde de interne forskrifter uden for retsbegrebet og dermed uden for den legislative kompetence. Denne sidste kompetence er altså begrænset til forskrifter, der enten vedrører borgernes indbyrdes retsforhold eller retsforholdet mellem borgerne og staten. De interne forskrifter kan til gengæld udstedes af den udøvende magt uden lovhjemmel. Imidlertid kan de efter Labands opfattelse som foran nævnt også udstedes af lovgiver, fordi kongen i disse tilfælde har givet dem sin sanktion. I så fald opnår de interne forskrifter lovskraft og vil ikke kunne ændres ved anordning fra forvaltningen. Som nævnt ovenfor under gennemgangen af "den lovgivende magt" kritiserer Ross Labands lære på grund af dens hævdede udemokratiske konsekvenser. Det er samme sted påpeget, at det udemokratiske egentlig ikke ligger i Labands fortolkning, men i kongens deltagelse i den lovgivende magt. At kongen - regeringen - efter den danske grundlov har del i den lovgivende magt er til gengæld vanskeligt at bortforklare.

Det andet væsentlige punkt i Ross kritik af Labands ovenfor skitserede lære er, at det er særdeles vanskeligt at drage en grænse mellem forskrifter, der vedrører borgerne og forskrifter, der ikke vedrører borgerne. Denne del af Ross' kritik er opsigtsvækkende, fordi den betyder et klart brud med den ovenfor skitserede traditionelle teoris legalitetsprincip. At Ross har ret i, at grænsen i adskillige tilfælde kan være særdeles vanskelig at drage, er givet. Imidlertid er det et spørgsmål, om ikke sondringen er uomgængelig nødvendig for en beskrivelse af gældende ret.

Labands sondring mellem interne forskrifter og forskrifter, der ikke alene er interne, kan - som han vel selv gør i det anførte citat - omformuleres således, at til interne forskrifter henregnes de forskrifter, som ikke af forvaltningen vil kunne påberåbes over for borgerne og heller ikke vil kunne påberåbes af borgerne over for det offentlige. At der i dansk ret sondres mellem forskrifter, som borgerne kan påberåbe sig, og andre forskrifter, er velkendt. Sondringen har bl. a. fundet udtryk i Lov af 25. Juni 1870 om lov- og ministerialtidende, der i § 5 skiller

-----

31) Laband: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches (5. Aufl.) 1911, p. 181-182. Citeret efter Ross 1959, p. 78. I Laband 1907, p. 142 findes et tilsvarende citat.

de interne forskrifter ud som en særlig gruppe og for disse foreskriver - ikke en offentliggørelse i lovtidende - men alene i ministerialtidende.

Det forekommer utænkeligt, at Ross skulle overse eller benægte, at der i dansk ret arbejdes med en sondring mellem forskrifter, som udelukkende henvender sig til forvaltningen selv, og retsforskrifter, der også vedrører borgernes forhold. Uanset et af Ross' væsentligste argumenter mod Labands lære som nævnt er, at den opstillede sondring mellem forvaltningsanordninger og retsanordninger bygger på et kriterium, der er "så vagt og kan forstås nærmere på så mange måder, at det truer med at blive intetsigende og overlade afgørelsen til tradition eller vilkårlighed", <sup>32)</sup> møder man i Ross' gennemgang af de forskellige arter af anordninger ikke desto mindre en særlig kategori, der netop er karakteriseret ved, at de er

"retsforskrifter adresseret til underordnet, administrativ myndighed og som efter deres indhold går ud på at foreskrive nærmere pligter for denne i udførelsen af tjenstlige hverv. De forpligter derfor kun de myndigheder de er rettet til, ikke borgerne. Tjenestebefalingen kan rette sig til en enkelt myndighed eller gruppe af myndigheder, ..." <sup>33)</sup>

Ross accepterer således også sondringen mellem interne og eksterne forskrifter. Det er derfor påfaldende, at han anvender sondringens vaghed som argument mod Labands lære. Yderligere fremgår det af Ross' gennemgang af disse tjensteanordninger, at han lige som Laband antager, at de kan udstedes uden særlig lovhjemmel. Det siges således, at tjenstebefalinger "kan udstedes uden særlig hjemmel i loven alene i kraft af et over- og underordningsforhold, som stiltiende implicerer en institutionsbeføjelse." <sup>34)</sup> At henviser til over- og underordningsforholdet som hjemmel er blot en omskrivning af problemstillingen. Spørgsmålet bliver derefter, hvad der er hjemmelen for dette over- og underordningsforhold. Ross hævder under gennemgangen af grl. § 3, at når den udøvende magt henlægges til kongen, må kongen fortolkes således, at det afgørende kriterium for, om "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." <sup>35)</sup> Ross hævder altså, at tjenstean-

-----  
32) Ross 1959, p. 81.

33) Ross 1966, p. 503.

34) Ross 1966, p. 505.

35) Ross 1959, p. 31.

ordningerne har hjemmel i over- og underordningsforhold, og at dette over- og underordningsforhold er forudsat eller må indfortolkes i grl. § 3. Det er derfor vanskeligt at se rettere, end at også Ross finder hjemmelen for de rent interne forskrifter i grl. § 3. Forskellen mellem Labands og Ross' lære giver sig altså ikke udslag i en principiel forskellig besvarelse af spørgsmålet om forvaltningens adgang til at udstede forskrifter uden lovhjemmel. Der kan derimod nok påvises en vis forskel i den måde, hvorpå de foretager den nærmere grænsedragning. Det forekommer på denne baggrund overraskende, at Ross' opgør med Labands lære er blevet så engageret og fundamentalt som det netop refererede i Statsretlige Studier. Det skal i det følgende ganske kort forklares, hvorfor Ross til trods for sin overvejende enighed med Laband angriber ham så hårdt.

Som Ross selv påpeger i indledningen til afhandlingen om friheds- og ejendoms-kriteriet, er den i vidt omfang et sammendrag af kapitel XV i hans afhandling Theorie der Rechtsquellen fra 1929. 36) Dette er et retsfilosofisk arbejde, som sigter mod udarbejdelsen af en retskildelære. Ross behandler i det nævnte kapitel Labands lære meget indgående. Hans hovedanke mod Laband er den måde, han sonderer mellem retsforskrifter og andre normer. Som nævnt er det Labands opfattelse, at forvaltningsanordningerne ikke er retsforskrifter, fordi de retter sig til deres afsender: forvaltningen. Kaldte man dem retsforskrifter, havde man accepteret en retlig selvforpligtelse, hvilket efter Labands opfattelse er absurd. At der virkelig er tale om en sådan selvforpligtelse følger af, at Laband betragter forvaltningen som en enhed. Denne sidste tese er udviklet i den særlige teoretiske disciplin: Allgemeine Statslehre, og Ross' afgørende indvending mod Labands afgrænsning af retsbegrebet er derfor, at han bestemmer rets- eller lovbegrebet ved induktion fra en eller flere forfatninger. 37) Ross ønsker at påpege, at også de interne forskrifter er retsforskrifter. At Ross på dette sted kan have ret er næppe vanskeligt at se. Det eneste, han hævder, er for så vidt, at retsfilosofien ikke i sin bestemmelse af retsbegrebet kan være bundet til analyser af forskellige forfatninger. At Ross beskriver Labands lære således, at læseren får det indtryk, at Laband betragtede sine fremstillinger som retsfilosofiske, er en anden sag. 38) På dette punkt er Ross' kritik næppe hold-

-----

36) Ross 1959, p. 71 og 77.

37) P. 375. Jfr. iøvrigt Anschütz 1891, p. 10, hvor det pointeres, at man ikke ud fra de enkelte forfatninger har induceret sig frem til et almengyldigt retsbegreb. Det understreges tværtimod, at det udfundne retsbegreb alene har gyldighed i relation til det analyserede område.

38) Se også Ross. Sondringen mellem privat og offentlig Ret, TFR 1936, p. 109-125, f.eks. p. 115 note 5) "Jfr. hertil den udførlige Fremstilling af Labands retsfilosofiske Bestemmelse af Begreberne Lovgivning og Forvaltning og hans Forsøg på herigenem at begrunde en selvstændig monarkisk Forordningsmagt sideordnet med den demokratiske Lovgivningsmagt hos Ross, Theorie der Rechtsquellen, 1929, Kap. XI, 4-11, især nr. 9."

bar. 39)

Næste trin i Ross' analyse af Labands lære er af forfatningsretlig karakter. I denne sammenhæng er det nærliggende at kritisere Laband for at støtte sin fortolkning af den tyske og den preussiske forfatning på en uholdbar retsfilosofisk afgrænsning af retsbegrebet. Dette er da også netop udgangspunktet for Ross' kritik af Labands fortolkning af de to nævnte forfatninger. 40)

Det urimelige i Ross' kritik af Labands lære er, at han først kritiserer Laband for at udlæde et almengyldigt retsfilosofisk retsbegreb af forfatningen, og dernæst kritiserer ham for at bruge denne retsfilosofisk uholdbare bestemmelse af retsbegrebet i forbindelse med sin forfatningsfortolkning. Hvis man ser nærmere efter, kan kritikken koges ned til, at Laband fortolker forfatningen på dens egne præmisser, og at han kalder de interne forskrifter for ikke-retlige. Det eneste væsentlige kritikpunkt i Ross' analyse af Labands lære er altså det retsfilosofiske problem, om det er berettiget eller hensigtsmæssigt at undtage disse forskrifter fra retsbegrebet. At Ross er uenig heri, og at han har set det som en væsentlig opgave at argumentere for en forkastelse af Labands lære, er forståeligt. Det karakteristiske for Labands afgrænsning af retsbegrebet er, at der skal være tale om forskrifter, der retter sig til borgerne. Dette har i retsfilosofisk sammenhæng meget nær tilknytning til hele den lære, der ofte omtales som befalingsteorien, og som ser det afgørende for retsbegrebet i, at der er tale om en befaling til borgerne. Ross' bestemmelse af retsbegrebet er radikalt forskellig herfra, idet han - omend næppe klart formuleret i 1929 - opfatter retskilderne som direktiver for domstolene. Om den ene eller den anden af disse teorier - eventuelt og sandsynligvis dem begge - i retsfilosofisk henseende er uholdbare, skal der ikke her tages stilling til. Der må dog påpeges, at det retsbegreb, Ross opstiller, næppe er særlig adækvat i den forfatningsretlige sammenhæng, som omtales her, og som han selv anvender det i. Som nævnt er det væsentligt for Ross' retsfilosofi at påvise, at Labands karakteristik af forvaltningsanordningerne som ikke-retlige er uholdbar. Dette er betingelsen for, at han kan nå til den forkastelse af befalingsteorien, som senere får Ross til at be-

-----

39) At bevise noget sådant er ifølge sagens natur ofte ikke muligt. Når man skriver forfatningsret, er det ikke videre nærliggende at påpege, at det man skriver ikke anses for at være almengyldig retsfilosofi. Det er karakteristisk for Labands fremstillinger, at de er meget kortfattede på de mere retsfilosofiske områder. F.eks. definerer Laband intetsteds retsbegrebet præcist - der findes kortere bemærkninger enkelte steder som "Das Recht besteht in der Abgrenzung der Befugnisse und Pflichten der einzelnen Subjekte gegen einander", Laband 1907, p. 142. Den kortfattedhed på de retsfilosofiske områder tyder efter min opfattelse snarere på, at han ingen retsfilosofisk intention har, end på, at han, som Ross hævder, er en dårlig retsfilosof.

40) Ross, 1959, p. 71-72, jfr. ovenfor note 38.

stemme retskilderne som direktiver til domstolene. 41) I sin forfatningsretlige fremstilling påpeger Ross imidlertid, at tjenesteanordningerne ved domstolene netop ikke kan påberåbes af eller over for borgerne. 42) Hvis tjenesteanordningerne skal betragtes som direktiver til domstolene, må det derfor støttes på muligheden for sager mellem forvaltningen og dens ansatte. Netop dette forhold har Ross imidlertid i sin indledende analyse af begreberne stat og statsorgan øjensynligt karakteriseret som værende af privatretlig karakter. 43) Den eneste grund til at henregne afgørelser i dette forhold til staten er, at dispositionerne træffes af en person, der er berettiget til at disponere over statskassens midler. Der synes således i den forfatningsretlige sammenhæng at være meget lidt plads for at betragte disse interne forskrifter som retskilder. I hvert fald er de retskilder i en noget speciel forstand. Det er allerede ovenfor under gennemgangen af spørgsmålet om lovgivers kompetence påpeget, at Ross anser Labands lære for at være bagstræberisk og udemokratisk. Dette har utvivlsomt været en medvirkende årsag til, at opgøret med læren for Ross har stået som en meget væsentlig opgave, og altså har bevirket, at det er gjort til et principielt - og heftigt - opgør. Det er ovenfor påvist, at Ross'hævdelse af udemokratiske tendenser i Labands lære ikke er overbevisende. Til gengæld kan det ikke bestrides, at Labands lære ofte beskyldes for at have denne udemokratiske tendens. Der er holdepunkter for at betragte Labands samlede retsvidenskabelige arbejder som værende af en vis bagstræberisk karakter. Dette problem er behandlet særdeles grundigt af Andrén, der påviser steder, hvor Labands lære har haft en konservativ tendens. 44) Han hæfter sig her ved tre punkter i Labands fremstillinger: 1) Labands fornægtelse af, at statssuveræniteten kan deles på forskellige organer, 2) hans påpegning af Gesetzbefehl som det væsentligste i lovgivningsakten og 3) den i hele hans offentligretlige produktion udbredte tilbøjelighed til at stille stat og individ op mod hinanden som jævnbyrdige.

- 
- 41) Jfr. Ross: Ret og Retfærdighed, Kbh. 1966 p. 46. I selve afhandlingen er Ross' hovedærinde i denne forbindelse at få tjenestebefalingerne placeret i én retlig trinfølge: "Die Begriffe Verfassung, Gesetz, Verordnung usw. erreichen eine allgemeine Berechtigung ausschliesslich dadurch, dass sie als Ausdruck für eine Stufe im Stufenbau des Rechtes stehen". p. 375.
- 42) Ross, 1966, p. 505.
- 43) Jfr. Ross 1959, p. 16: "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". Citatet vedrører udelukkende ansattes foretagelse af faktiske handlinger. At karakteren af de forskrifter, der gives fra en overordnet til en underordnet skulle ændre sig så radikalt, blot fordi endemålet i det ene tilfælde er udstedelse af retsakter, i det andet foretagelse af faktiske handlinger er meget lidt sandsynligt. Specielt bemærkes Ross' kritik af Labands Initiativhandlingen, jfr. p. 399. Hele dette problem er imidlertid meget indviklet og ikke videre klart i Ross' fremstilling. Jfr. Opsahl, 1962, p. 299: "Når politikontabelen lystre sine foresattes ordre, er det altså ikke i kraft av den foresattes offentlige myndighed over ham, men fordi han formuerettslig er betalt bl.a. for nett-op at lystre ordre. Annerledes når privatmannen lystre, hva enten det er den over- eller underordnede politimann som opptrer".
- 44) Andrén 1928, p. 170.

Af særlig betydning for det ry, Laband har fået i betydelige kredse, og som Ross fuldt ud tilslutter sig, har det antageligt været, at Laband under den preussiske budgetstrid fortolkede bestemmelserne om statsbudgettet på en særdeles regeringsvenlig måde. 45) Iøvrigt så regeringsvenlig, at regeringen kort efter udtrykkeligt tog afstand fra den.

Som ovenfor nævnt er Ross' aversion mod Labands lære primært begrundet i Labands konservative tilbøjeligheder og i det retsfilosofisk uholdbare i hans afgrænsning af retsbegrebet. På det rent retsdogmatiske plan er der ikke nogen væsensforskel på Labands og Ross' lovhjemmelskrav. Der er nok en forskel på, hvorledes de drager grænsen mellem interne forskrifter og andre forskrifter, men dette er en nuanceforskel. Måske kan det hævdes, at der er en vis principiel forskel i Ross' begrundelse for regeringens ret til udstedelse af tjenestebefalinger og i Labands argumentation for forvaltningens kompetence til uden lovhjemmel at udstede interne forskrifter. Laband anvender som anført den betragtning, at forvaltningen er en enhed, og at man ikke kan forpligte sig selv. Ross derimod forbinder hjemmelen med forvaltningens hierarkiske opbygning og synes at inddrage aftaleretlige betragtninger. Omend det sidste aspekt er særdeles uklart, er der nok en vis lighed med Ernst Andersens ovenfor refererede specielle variant af friheds- og ejendoms-kriteriet.

Ross' referat i Statsretlige studier af Labands begrundelse er imidlertid i vidt omfang vildledende. Dels anvender Laband overhovedet ikke et friheds- og ejendoms-kriterium - hvilket Ross iøvrigt selv bemærker. 46) Dels er det for Laband ikke alene et spørgsmål om forvaltningens enhed. Hele hans statsret bygger på, at statsmagten anskues som en enhed. Også dette bemærker Ross, men argumenterer uafhængigt heraf. 47) Dette vil blive nærmere drøftet i afslutningen af denne afhandling. På dette sted er det tilstrækkeligt at fremhæve, at hverken Ross eller Laband opfatter beføjelsen til at udstede tjenestebefalinger som en del af forvaltningens kompetence. Ross henfører nærmest beføjelsen til sin definition eller bestemmelse af organet, og Laband opfatter forskrifterne som en regulering

-----

- 45) Laband 1871, p. 82 om Ministerial-Beschluss af 16. december 1850: "Mit dem durch das politische Bedürfniss geschärften und geleiteten sicheren Blick hat die Regierung sofort den richtigen Grundsatz gefunden und denselben in einem Ministerial-Beschluss vom 16. Dezember 1850 in folgender Weise formuliert."
- 46) Ross 1959, p. 78.
- 47) Således siger Ross 1929, p. 396, at Laband taler om det, som "innerhalb" des Staates bleibt, ist dagegen nicht Recht. Das wäre eine unmögliche Selbstverpflichtung." Kort efter påpeges imidlertid, at en norm fra lovgiver til forvaltningen jo selv ifølge Laband må være en retsnorm, da der er "ein Unterschied zwischen Normgeber und Normempfänger."

af, hvorledes forvaltningen udøver sin kompetence. 48)

Den relevante forskel mellem Ross og Laband kan reduceres til, at Ross fornægter Labands 'einheitliche Verwaltung' og i stedet opstiller forvaltningen som ét hierarkisk system. Den reelle distance til Labands lære er meget kort - til gengæld skaber Ross nye problemer på det retsdogmatiske plan: Nævn og råd er ikke domstole, men heller ikke indordnet i det administrative hierarki. Dette skulle altså efter Ross' opfattelse rejse særlige problemer i relation til grl. § 3. En opfattelse, der er ganske ny. 49)

Ernst Andersens og Ross' opgør med det traditionelle legalitetsprincip tager sig begge ud som særdeles radikale. Som ovenfor påvist bevarer begge forfattere dog sondringen mellem interne og ikke-interne forskrifter, som har præget den danske teori siden Kriegers afhandling, og som også er fremtrædende i Labands lære. Paradoksalt nok er det først i en fremstilling, der påberåber sig den tidligere teori, at det afgørende brud med den nævnte sondring sker.

-----

- 48) Dette er måske en for velvillig fortolkning af Laband. Imidlertid giver den, som det vil blive påvist i afhandlingens afslutning, mulighed for en særdeles acceptabel udlægning af hele Labands system.
- 49) Opfattelsen er fulgt i Hans Würtzen m.fl.: Prøvelse af forvaltningsakter II Rekurs, Kbh. 1972, p. 3. At der skulle være et specielt forfatningsretligt problem deri, at grundlovens § 3 kræver eller forudsætter, at hele administrationen er indordnet i et hierarki, er ikke berørt i Bent Christensen: Nævn og råd, Kbh. 1958. Iøvrigt er Ross' krav om dette hierarki ubegrundet. Det dukker op i Statsretlige Studier, p. 30, hvor det siges: "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 dette ikke 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." At dette er uholdbart skal ikke dokumenteres i detaljer. Tankegangens uholdbarhed kan belyses enkelt: når grl. § 3 henlægger den dømmende magt til domstolene, er det da forudsat, at disse skal udgøre en organisatorisk enhed og i så fald hvorfor? Kan man ikke udmærket anse Montesquieus ukoordinerede jurier for at være domstole og bærere af den dømmende magt? Det er nærliggende at anse dette sted hos Ross som udtryk for en direkte påvirkning fra Laband. Specielt bemærkes udtrykket "gruppen som en énhed". Tydeligere bliver det få linjer længere nede, hvor der tales om "forudsætninger for at de kan betragtes som organisatoriske forgreninger af én og samme statsmagt."

#### IV. Bruddet med hidtidig teori. Max Sørensen.

Max Sørensen nævner i sin forfatningsret, at legalitetsprincippet er et af de "fundamentale forfatningsretlige principper, der i hele vor konstitutionelle periode har været almindeligt anerkendt, uanset at de aldrig som generelle principper har fundet udtryk i grundloven".<sup>50)</sup> Intentionen om at følge hidtidig teori synes således klar. Om den hidtidige teori virkelig følges, er imidlertid nok så afhængig af indholdet af det opstillede legalitetsprincip, som af en erklæret intention om at ville følge hidtidig teori. I det følgende afsnit vil der blive foretaget en nærmere analyse af, hvilken udformning Max Sørensen har givet sit legalitetsprincip. Det vil i denne forbindelse blive påvist, at der er tale om et legalitetsprincip, der principielt afviger fra hidtidig dansk teori, og som sandsynligvis har forbindelse med nyere norsk teori. Imidlertid repræsenterer Max Sørensens legalitetsprincip ikke af denne grund nødvendigvis en fravigelse også fra gældende ret. Det følgende afsnit vil derfor være en analyse af den af Max Sørensen i forfatningsretten påberåbte praksis. Det vil her blive dokumenteret, at der ikke i denne praksis findes støtte for Max Sørensens legalitetsprincip, - eller at støtten i hvert fald er diskutabel.

##### A. Princippet's udformning.

Max Sørensen bestemmer det "såkaldte legalitetsprincip" som et krav om,

at "administrative myndigheders indgriben i den private retssfære, navnlig ved påbud, forbud eller andre begrænsninger af handlefriheden, men også ved at tildele enkelte borgere fordele, skal have hjemmel i lov." 51)

Hvis vi foreløbig koncentrerer opmærksomheden om de generelle regler, synes citatet at svare ret nøje til hidtidig teori. Det afgørende er, om der gribes ind i den private retssfære. Hvis der gør det, kræves lov-hjemmel, ellers ikke. Som Poul Andersen ved at bruge termen "i hvert fald" skabte en vis usikkerhed om det nærmere indhold af sin fremstil-

-----

50) p. 202.

51) 1973, p. 203.

ling, giver ordet 'navnlig' Max Sørensens formulering en betydelig uklarhed. Fremstillingen må nok fortolkes således, at lovskravet kun omfatter indgreb i snæver forstand. Altså går skillelinien ikke mellem interne og ikke-interne forskrifter, men mellem eksterne forskrifter, som er byrdefulde for borgerne, og øvrige forskrifter. Når Max Sørensen fremhæver, at det at tildele enkelte borgere fordele kræver lovhjemmel, er det vel rimeligt herfra at slutte, at han ikke finder lovhjemmel nødvendig for så vidt angår alle forskrifter, der vedrører eller retter sig til borgerne. Det fremhævede citat tyder altså på et brud med den hidtidige teori.

Max Sørensens gennemgang af spørgsmålet, om regeringen i kraft af grundloven har en selvstændig anordningsmyndighed viser, at den ovenfor givne fortolkning af Max Sørensens legalitetsprincip er korrekt. Det fastslås i dette afsnit indledningvis, at ved en anordning forstås "en akt der hidrører fra en administrativ myndighed og som fastsætter generelle regler rettet til borgerne". Det præciseres, at akten adskiller sig fra tjenestebefalingerne ved, at akten er rettet til andre end underordnede led i forvaltningssystemet.<sup>52)</sup> Max Sørensens anordningsbegreb dækker altså samme område som Berlins retsanordningsbegreb, og det er på linie med Poul Andersens anordningsbegreb.

Max Sørensen fastslår, at en vis selvstændig anordningsmyndighed ikke er i strid med magtfordelingsprincippet, men at der tværtimod "i det danske forfatningssystem [er] plads for en anordningsmyndighed, der er selvstændig i den forstand at den ikke hviler på lov eller sædvane, men direkte på grundlovens bestemmelser om den udøvende magt."<sup>53)</sup> Den således skitserede anordningsmyndighed anses for at være udtryk for "den traditionelle opfattelse i dansk forfatningsretlig teori". Efter gennemgangen af en vis praksis - nogle anordninger og en dom - konkluderes, at den skitserede anordningsmyndighed består.<sup>54)</sup>

Max Sørensen hævder altså, at der eksisterer en grundlovsumiddelbar kompetence for administrationen til at udstede regler rettet til borgerne, blot disse ikke er byrdefulde for borgerne, altså gør indgreb i den private retssfære i snæver forstand. Opfattelsen hævdes at være den tra-

-----

52) 1973, p. 209.

53) 1973, p. 211.

54) 1973, p. 212.

ditionelle, men Max Sørensens fremstilling er den første fremstilling, som anviser et generelt <sup>55)</sup> afgrænset område, hvor regeringen alene med hjemmel i grundloven kan udstede regler rettet til borgerne. <sup>56)</sup>

Når det lykkes Max Sørensen at fremsætte denne teori som værende traditionel, hænger det sammen med de skift, der er i begreberne fra fremstilling til fremstilling. Berlin hævdede en anordningsmyndighed, men definerede til gengæld de relevante anordninger som interne forskrifter. Poul Andersen definerede anordninger som Max Sørensen, men hævdede til gengæld ikke nogen selvstændig anordningsmyndighed. Det må i denne forbindelse også påpeges, at ordet "indgreb" er så tilpas uklart, at det meget let fører til misforståelser. Det havde været lettere, om teorien, som støttede sit legalitetsprincip bl.a. på stænderanordningens § 4, havde bibeholdt dennes terminologi: "forandring i....".

Som eksempel på den forvirring, disse begrebsklarheder og definitionsskift har skabt, kan nævnes Ole Espersen 1970, p. 288, hvor han omtaler to af de anordninger, Max Sørensen anvender til dokumentation for sin selvstændige anordningsmyndighed. Ole Espersen slutter sin omtale af disse anordninger med ordene: "Det er vel iøvrigt tvivlsomt, om de to anordninger ikke kan hævdes at berøre borgernes retsstilling." Denne kommentar viser tydeligt, at Espersen har overset, at Max Sørensen til anordningerne netop kun henregner de forskrifter, der retter sig til borgerne, - altså berører deres retsstilling.

Max Sørensens ubevidste brud med hidtidig teori skyldes antagelig ikke blot de nævnte flertydigheder. Den kan nok også tages til indtægt for, at han har skrevet under en vis inspiration fra Torstein Eckhoff, specielt dennes kendte artikel om "Legalitetsprinsippet" i T.f.R. 1963. Eckhoff refererer her som afgørende for den norske statsretlige teoris krav til lovhjemmel

-----  
55) Det pointeres herved, at Max Sørensens fremstilling adskiller sig fra Ernst Andersens ovenfor refererede. Ernst Andersen hævdede som nævnt en vis begrænset kompetence for regeringen til udstedelse af retsanordninger. Området herfor var imidlertid begrænset til de tilfælde, hvor regeringen siden 1849 har udøvet beføjelsen. Hvis man i forhold til en given anordning vil påberåbe sig Ernst Andersens teori, er det derfor nødvendigt at argumentere for, at det ved anordningen normerede område falder inden for en sådan praksis. Ved Max Sørensen er det tilstrækkeligt at dokumentere, at anordningen ikke er byrdefuld for borgerne og ikke er i strid med formel lov. Max Sørensens fremstilling åbner således for ikke lovhjemlede anordninger på nye områder.

56) At der er tale om en i forhold til tidligere teori afvigende holdning ses af artiklen Anmeldelse af Ole Espersen: Indgåelse og opfyldelse af traktater, J. 71, p. 144-148, hvor Max Sørensen undsiger sondringen mellem retsanordninger og forvaltningsanordninger: "Det er jo ikke ukendt, at en generel tjenestebefaling i form af cirk. el.lign. kan påberåbes af den private part i et offentligretligt retsforhold, uanset at denne normering traditionelt opfattes som værende af intern karakter", p. 147. Denne opfattelse synes ikke at harmonere med den hidtidige teori. Således siges det i Betænkning nr. 740/1975 om Lovtidende og Ministerialtidende p. 29: "Det vil ganske vist kun undtagelsesvis være muligt for en borger at støtte ret på en bestemmelse i et cirkulære, men udelukket er det ikke."

"... at det gripes inn i en "privatmanns rettssfære" <sup>11</sup>. Det antas at slike inngrep krever lovhjemmel enten de er generelle ("lover i matriell forstand") eller individuelle ("forvaltningsakter"). Myndighetsakter som ikke medfører noe slikt inngrep, men ligger innenfor "statens eget rettsområde" krever derimot ikke lovhjemmel - med mindre prinsippet om at lov bare kan endres ved lov, griper inn." P. 233.

Som det vil ses, svarer dette fullstendig til den ovenfor refererte traditionelle danske teori: retsanordninger krever lovhjemmel, forvaltningsanordninger kan derimod udstedes uten lovhjemmel. Ligeledes tages der ved anvendelsen af begrebet 'myndighetsakter' forbehold for de tilfælde, hvor forvaltningen handler som privatretlig subjekt. Når man læser videre i artiklen, viser det sig imidlertid, at Eckhoff forstår den citerede passus på en speciel måde. Således siges et par sider længere fremme, at de klareste eksempler på lovhjemmelkravet er "at det pålegges dem [borgerne] nye plikter eller at plikter som de på forhånd har, blir utvidet eller skjerpet." Det understreges dernæst, at legalitetsprincippet ikke finder anvendelse over for pligter, som borgeren selv påtager sig ved at indgå aftaler med det offentlige. Ligeledes understreges det, at der her ikke kræves lovhjemmel til "å etablere eller utvide private rettighe-der ... , medmindre det derved skapes plikter for andre". <sup>57)</sup> Endelig siges det, at uden for legalitetsprincippet falder de tilfælde, hvor det offentlige rent faktisk udøver magt gennem indgåelse af aftaler, disponerer over fast ejendom eller yder bidrag og tjenester. Dermed være ikke sagt, at forvaltningen i disse tilfælde er frit stillet. Der kræves nok ikke lovhjemmel, men forvaltningen er undergivet de almindelige forvaltningsretlige regler, først og fremmest magtfordretningslæren. <sup>58)</sup>

Som det vil ses, opererer Eckhoff med sin egen tolkning af det citat, der var udgangspunktet for hans undersøgelser. At der er tale om en fravigelse fra den norske statsretsteori, som Eckhoff påberåber sig, kan eventuelle tvivlere forvisse sig om ved at læse den i citatet refererede note med citater fra norske statsretlige fremstillinger.

Det er således forståeligt, at Max Sørensen er nået frem til sin fra dansk retsteori afvigende opfattelse af forvaltningens kompetence til udstedelse af generelle regler rettet til borgerne. Der er imidlertid ikke nogen iøjnefaldende mulighed for at placere den sidste del af formuleringen af hans legalitetsprincip. At forvaltningen også skal have lovhjemmel til "at tildele enkelte borgere fordele". Som det fremgår af den foranstående gennemgang, er der ikke i teorien om legalitetsprincippet før Max Sørensen i almindelighed sondret mellem generelle og konkrete retsakter. Det er nævnt, at stænderne ikke ansås for kompetente for så vidt angik enkeltstående begunstigelser, men dette skyldtes alene, at stænderanordningens § 4 fortolkedes således, at den kun vedrørte generelle retsakter. Dette har naturligt ikke haft betydning for senere teori. Sondringen er heller ikke fremhævet af Eckhoff. Han understreger tværtimod i legalitetsprin-

-----  
57) P. 246.

58) Det er vanskelig at se, hvorledes Eckhoff skal forstås, når han i Uttalelser, tilsagn, avtaler og vilkår i forvaltningsretten p. 145 hævder, at også legalitetsprincippet sætter grænser for aftalefriheden!

sippet, <sup>59)</sup> at det opstillede princip gælder for både generelle og for konkrete retsakter. Muligvis er Max Sørensen på dette punkt inspireret af følgende citat af Poul Andersen:

"Ogsaa Forvaltningsakter, der tillægges Borgerne en Handlefrihed eller andre Fordele, som ikke tilkommer dem umiddelbart i H. t. Loven, t. Eks. en Eneret til en eller anden Erhvervsvirksomhed, maa have Hjemmel i Loven <sup>1</sup> eller dermed sidestillet Retsnorm, og de maa ikke stride mod Loven <sup>2</sup>." <sup>60)</sup>

Som det fremgår af den ovenfor givne analyse af Poul Andersens udformning af legalitetsprincippet, er der imidlertid ingen grund til at opfatte denne udtalelse som andet end en eksemplifikation af et generelt princip om, at forvaltningen kun kan udstede retsakter til borgerne med hjemmel i lov eller ligeværdigt grundlag. Det er derimod klart, at hvis det er denne passus, der har inspireret Max Sørensen, er der tale om en ikke holdbar modsætningsslutning til, at generelle begunstigelser falder udenfor. Uanset hvorfra Max Sørensen har hentet sin inspiration, er det givet, at hans specielle udformning af legalitetsprincippet let vil medføre principielle vanskeligheder. Hvordan skal det forstås, at forvaltningen ikke uden lovhjemmel kan tildele enkelte borgere fordele? Omfatter det også det tilfælde, at forvaltningen gennem en generel anordning giver borgerne mulighed for ved henvendelse til forvaltningen at opnå visse fordele?

Max Sørensen hævder ikke direkte, at den af ham formulerede selvstændige anordningsmyndighed hviler på nogen speciel grundlovsbestemmelse. Som nævnt fastslår han indledningsvis, at legalitetsprincippet ikke har fundet udtryk i grundloven. Dernæst sættes det imidlertid i relation til fortolkningen af den lovgivende magt og stænderanordningens § 4. Endelig hævdes, at den skitserede anordningsmyndighed hviler "direkte på grundlovens bestemmelser om den udøvende magt". Selvom grl. § 3 ikke nævnes i denne forbindelse, er det nærliggende at anse den for den vigtigste bestemmelse i relation til Max Sørensens selvstændige anordningsmyndighed. Hans udtalelse er imidlertid uklar. Anordningsmyndigheden hviler ikke på grundlovens bestemmelse om den udøvende magt, men på grundlovens bestemmelser om den udøvende magt. Udtrykket "den udøvende magt" bruges kun i § 3. Hvilke andre bestemmelser, der hentydes til, står derfor hen i det uvisse. Det kan ikke være alle grundlovens bestemmelser om forvaltningen eller regeringen, der i denne forbindelse er relevante, f.eks. er grl. § 63 om domstolsprøvelsen med øvrighedsmyndighedens grænser irrelevant. Altså mener Max Sørensen alene "nogle af grundlovens bestemmelser om den udøvende magt". Måske hentydes til grl. § 3 og § 14 om kongens ret til at bestemme forretningernes fordeling mellem ministrene - denne bestemmelse har i tidligere teori været

-----  
59) p. 233.

60) Poul Andersen 1965, p. 392. Jfr. Peer Lorenzen: Anmeldelse af Max Sørensen: Statsforfatningsret, J. 72 p. 420-429, hvor en sådan mulig forbindelse til Poul Andersen netop påpeges p. 426.

påberåbt, omend kun i relation til forvaltningsanordninger.

Den ovenfor fremhævede løse henvisning til grundloven har som virkning - eller som årsag - at der ikke argumenteres for, at den selvstændige anordningsmyndighed knytter sig til en eller flere bestemte grundlovsbestemmelser. Max Sørensens synspunkt er rammende sammenfattet af Lorenzen, der i denne forbindelse siger, at forholdet "... næppe kan forklares på tilfredsstillende måde, hvis ikke hjemmelen søges i grl. § 3." <sup>61)</sup> Kan man ikke finde løsningen på forskellige forfatningsretlige problemer, kan man altid "løse" dem med en henvisning til grl. § 3. Tidligere anvendte man i disse tilfælde en henvisning til - og eventuelt en argumentation for - en naturretlig grundsætning. Dette er imidlertid ikke længere acceptabelt - nu kræves en grundlovsbestemmelse. Forskellen er ikke altid iøjnefaldende.

Den hævdede selvstændige anordningsmyndighed kan ikke betragtes som accepteret i hidtidig eller traditionel teori - lige så lidt som det uden videre kan antages, at den hviler på grl. § 3. Dette medfører imidlertid ikke, at den praksis, Max Sørensen påberåber sig, er mindre interessant. Tværtimod har det betydelig interesse at undersøge, om administrationen uden lovhjemmel vil kunne udstede regler til begunstiggelse af borgerne. Set fra borgerens synspunkt bliver det et spørgsmål, om han kan støtte ret på ulovhjemlede forskrifter fra forvaltningen. Såfremt man antager, at han vil kunne det, vil det antagelig få konsekvenser for borgernes muligheder for at påberåbe sig cirkulærer. En udvikling der nok ikke er uønskelig. <sup>62)</sup> Den nuværende konstruktion med regler - cirkulærer - man selv laver og selv bestemmer, om man finder det opportunt at håndhæve, er ikke givetvis betryggende ud fra en retlig betragtning. Man får let associationer til en af enevældens sætninger: "the king can do no wrong", der netop er udtryk for, at magthaveren selv er hævet over retten.

-----  
61) Lorenzen 1972, p. 426.

62) Jfr. Ross 1966, p. 505: "Jeg vil dog ikke finde det usandsynligt at udviklingen skulle gå i retning af at anerkende et egentligt retskrav."

## B. Den påberåbte praksis.

Som nævnt hævder Max Sørensen, at den af ham formulerede teori harmonerer med en vis anordningspraksis og med en enkelt dom. Analysen af denne praksis må, som det fremgår af det forrige afsnit, koncentrere sig om to problemer. Det ene er, om der overhovedet er tale om anordninger i Max Sørensens forstand. Det andet spørgsmål er, om der ikke foreligger anden hjemmel for de påberåbte anordninger end gvl. § 3. Max Sørensen opstiller selv som karakteristisk af den påberåbte praksis, at det er "tilfælde, hvor man ikke har nogen sædvane at holde sig til, og hvor forskrifterne udfærdiges i anordningsform under hensyn til, at der ikke gøres indgreb i privates retsstilling."<sup>63)</sup> Bortset fra, at anordningsmyndigheden ikke er bestemt som retten til at udstede regler i anordningsform, men som kompetencen til at udstede generelle regler rettet til borgerne, afstikker dette citat rammerne for den følgende analyse.

Den først påberåbte anordning er kgl. anordning nr. 259, 7. juni 1963 om udøvelsen af dansk højhedsret over den kontinentale sokkel. Denne anordning indeholder dels en afgrænsning af den del af den kontinentale sokkel, hvor dansk højhedsret udøves for så vidt angår udforskning og udnyttelse af naturforekomster. Det sker i henhold til Genève-konventionen af 29. april 1958. Videre fastsættes, at i det omfang, den danske stat udøver højhedsret over dette område, kan de omtalte aktiviteter af private kun foretages ifølge bevilling efter loven om efterforskning og indvinding af råstoffer i Danmarks undergrund, lov nr. 181 af 8. maj 1950. (Tilsvarende kgl. anordning for så vidt angår Grønland).

Det er ofte diskuteret, om territoriale ændringer er regler rettet til borgerne. Problemet opstår, fordi selve ændringerne ikke er rettet til borgerne, men alene får følgevirkninger for de regler, der allerede eksisterer, og hvis territoriale gyldighedsområde ændres. Der er ingen grund til at nægte, at ændringer af landets territorium ikke skulle udgøre generelle regler rettet til borgerne. Modstykket må imidlertid være, at man ved undersøgelsen af, om territorieændringen er af en sådan karakter, at den kan foretages uden lovhjemmel, tager hensyn til de regler, der bringes i anvendelse på området. I dette tilfælde drejer det sig om et forbud mod udforskning og udnyttelse af naturforekomster i kontinentalsoklen. Det forekommer rimeligt at spørge, om dette forbud ikke er omfattet af Max Sørensens snævre friheds- og ejendoms-kriterium. Mulig-

-----

63) 1973, p. 212.

vis er svaret nej. Man kunne tænke sig den begrundelse, at borgeren aldrig har haft hverken ret eller frihed til udforskning og udnyttelse af kontinentalsoklen, fordi den ikke hørte til riget. Man ville altså for så vidt have fundet et eksempel på en anordning, der rettede sig til borgere, men ikke gjorde indgreb i deres frihed og ejendom - i snæver forstand - og samtidig ikke var i strid med formel lov. Det ville dog være et noget specielt eksempel.

Der er endnu en væsentlig vanskelighed ved at lade anordningen tjene som dokumentation for Max Sørensens tese om en selvstændig anordningsmyndighed. Hvis anordningen ikke har lovhjemmel, er der heller ikke lovhjemmel for meddelelse af den i § 3 omtalte bevilling. Altså skulle den, der vel må opfattes som en fordel for bevillingshaveren, ifølge Max Sørensens legalitetsprincip ikke kunne meddeles. Denne tilsyneladende inkonsekvens kan måske undgås ved at fortolke fordele således, at det kun omfatter rene - vederlagsfri - begunstigelser. En bevilling som omtalte vil da falde uden for, idet den ifølge undergrundsloven er knyttet til en række betingelser, først og fremmest erlæggelsen af en afgift til statskassen, jfr. § 4.

Ole Espersen har rettet en anden indvending mod at henføre denne anordning til en selvstændig anordningsmyndighed efter grl. § 3.<sup>64)</sup> Han argumenterer for, at både kontinentalsokkelanordningen og den anden af Max Sørensen påberåbte anordning, kgl. anordning nr. 437, 21. december 1966 om afgrænsning af søterritoriet, må henføres til kongens prærogativ i medfør af grl. § 19. Ole Espersen hævder med delvis støtte hos Max Sørensen,<sup>65)</sup> at prærogativet ikke alene omfatter selve den mellemfolkelige handling,<sup>66)</sup> men også den effektivering af udvidelsen, der består i at udstrække de gældende regler til det nye område. Hvis man ikke antager, at dansk ret skal anvendes ved en udvidelse af rigets område, er det da muligt at tale om en udvidelse? Der synes således nærliggende grunde for at søge hjemmelen for disse to anordninger ikke i grl. § 3, men i § 19. Dette understreges, som påpeget af Ole Espersen, af, at regeringen har opfattet forholdet således. Som fremhævet af Lorenzen rejser denne fortolkning nye spørgsmål.<sup>67)</sup> Lorenzen hævder, at denne

64) 1970, p. 217-218 og p. 287-289.

65) Responsum vedrørende de problemer, der knytter sig til grundlovens § 18, Bilag 6 i Betænkning afgivet af Forfatningskommissionen af 1946, Kbh. 1953, p. 117-118.

66) Jfr. Ross 1966, p. 386.

67) 1972, p. 426.

fortolkning har en ikke acceptabel konsekvens: "Loven om kontinental-soklen, lov nr. 259 af 9. juni 1971, der afløste omhandlede anordning, skulle da ikke have lovkraft, men kan ophæves ved anordning." Så store er vanskelighederne ved at acceptere Espersens tese imidlertid ikke. Ole Espersen hævder alene, at selve grænseændringen kan effektueres uden lovhjælp. Ændringen vil kun omfatte den nødvendige følgevirkning for andre retsregler, der består i, at disse ved inddragelse af nyt territorium også bringes til at omfatte dette område. Ved opgivelse af dansk territorium består den nationalretlige effektivering alene i, at dansk ret ikke længere er anvendelig på området. Der er altså for så vidt ikke tale om, at den nugældende lov skulle kunne ændres ved anordning. Anordningsmæssig ændring af loven vil alene kunne ske i forbindelse med ændringer af territoriet, og kun i det omfang de territoriale ændringer nødvendiggør det. <sup>68)</sup>

Medens Max Sørensens argumentation for at tage de to anordninger til indtægt for den hævdede selvstændige anordningsmyndighed ikke er holdbar, er der meget, der taler for den af Ole Espersen argumenterede hjemmel for anordningerne. Imidlertid er det påfaldende, at der ikke er forsøgt andre veje til at forklare, hvorfra administrationen har haft hjemmel til at udstede anordningen om kontinental-soklen. Anordningen benævnes som en anordning vedrørende udøvelsen af dansk højhedsret over den kontinentale sokkel. Det forekommer derfor nærliggende at inddrage betragtninger over forvaltningens kompetence vedrørende udøvelsen af statens højhedsret.

Ernst Andersen har foretaget en meget indgående undersøgelse af højhedsrettens udvikling. <sup>69)</sup> Det fremgår heraf, at begrebet 'statens højhedsret' rækker tilbage til enevælden. Det blev sandsynligvis indtil engang i 1800-tallet opfattet som udtryk for, at staten havde ejendomsret til søterritoriet. Som følge heraf kunne kongen meddele bevillinger til dispositioner over søterritoriet. Omkring 1850 forlod man denne opfattel-

-----

68) Det er derfor lidt vildledende, når Espersen selv p. 289 hævder, at "den i saltvandsfiskeriloven fastlagte udstrækning af vort fisketerritorium kunne ændres. Loven har altså i denne relation kun anordningskraft." Dette skal forstås under den ikke udtalte, men i praksis opfyldte, forudsætning, at det sker i forbindelse med en af folketinget godkendt folkeretlig aftale.

69) Fra Juraens Overdrev, Kbh. 1953, p. 7-61; artiklen omfatter specielt inddæmningsbevillinger.

se, at statens højhedsret var en egentlig ejendomsret. Imidlertid fastholdt man, at en række dispositioner over søterritoriet kun kunne foretages efter bevilling, og at kongen - senere forvaltningen - var berettiget til at give sådanne bevillinger. Da man forlod opfattelsen af højhedsretten som en ejendomsret for staten, opstod spørgsmålet om, hvad den da er udtryk for. Der er, som Illum nævner, to muligheder.<sup>70)</sup> Man kan opfatte begrebet som alene dækkende over en lovgivningskompetence eller som betegnelse for "en materiel Ret, som allerede kunne give Administrationen Adgang til at give Anvisninger om Søterritoriets Benyttelse." Hvad dette nærmere er for en materiel ret, er vanskelig at se. Sandsynligvis har denne vanskelighed forbindelse med nogle terminologiske problemer ved at overføre privatretlige tankegange til offentlig ret. Muligvis har Illums formulering en vis forbindelse med den tidligere strejfede opfattelse af administrationens privatretlige dispositionsbeføjelser. Ernst Andersens fremstilling er derfor umiddelbart lettere at anvende i denne sammenhæng, selvom forskellen på de to nævnte forfattere fremstillinger næppe dækker over reelle forskelle. Ernst Andersen beskæftiger sig i den ovenfor nævnte fremstilling ikke så meget med begrebet højhedsret som med selve retstilstanden vedrørende dette emne. Han dokumenterer her, at der fra enevældens tid har dannet sig en materielretlig sædvane gående ud på, at det ikke er tilladt borgerne at anbringe faste genstande på søterritoriet. At denne opfattelse oprindeligt havde form af en konstruktion med staten som ejer af søterritoriet, er for så vidt uden betydning. Samtidig dannede der sig en praksis gående ud på, at borgerne kunne opnå bevilling til at anbringe genstande på søterritoriet. At denne opfattelse ligeledes oprindeligt var konstrueret som en ejers beføjelser til at indrømme andre rettigheder over de ejede genstande, er heller ikke af betydning, da man fortsætter bevillingspraksisen, efter at man har forladt ejendomsretsopfattelsen. Man fortsætter fra administrationens side med at give bevillinger også efter grundlovens givelse. Det forekommer derfor nærliggende at søge administrationens hjemmel til at meddele disse bevillinger i grundlovens bestemmelse om kongens ret til at meddele sådanne bevillinger og undtagelser fra lovene, som ifølge de før 5. juni 1849 gældende regler er i brug, jfr. grl. § 25. Uanset hvordan man forholder sig til dette, kan der ikke være tvivl om, at højhedsretten i vidt omfang er udtryk for en sædvanemæssig kompetencenorm for forvaltningen. Denne opfattelse synes at være fuldt ud overensstemmende med retspraksis.<sup>71)</sup> Det synes derfor særdeles nærliggen-

-----

70) Dansk Tingsret, Kbh. 1966, p. 21-22.

71) Jfr. U 1975.415 H med kommentar af Trolle, U 1975 B. 398.

de at henføre i hvert fald anordningen om kontinentalsoklen til den traditionelle kategori af sædvanemæssigt hjemlede anordninger. Muligvis vil anordningen om søterritoriet også kunne forklares således. Det skal pointeres, at der ikke er tale om sædvanemæssigt hjemlede i Max Sørensens generelle kategori, men alene om en sædvane, der i overensstemmelse med traditionel teori er afgrænset til et specifikt område, bestemt positivt efter sin materielle karakter. Jeg forstår derfor ikke, at såvel Max Sørensen som Lorenzen afviser, at der kan være tale om en sædvaneretlig hjemmel.

Den tredje anordning, der påberåbes i Max Sørensens fremstilling, er bekendtgørelse nr. 59, 26. februar 1963 om Dansk Sprognævn. En af dette nævns opgaver er at besvare sproglige spørgsmål fra institutioner og private, § 2 litra 6, jfr. § 1. Der er derfor ingen tvivl om, at bekendtgørelsen kan siges at vedrøre borgerne. Det er imidlertid ifølge Max Sørensen yderligere en betingelse for at tale om en anordning, at den indeholder regler, der retter sig til borgerne. At der herved forstås retsregler er vel givet. At finde sådanne i nævnte anordning er ikke helt let. Man kan næppe tænke sig, at det er § 2 litra 6, der er tænkt på i denne sammenhæng. Dette ville være ensbetydende med en påstand om, at en borger efter bekendtgørelsen skulle kunne få dømt nævnet til at rådgive om en bestemt stavemåde.<sup>72)</sup> Muligvis kan det hævdes, at bestemmelserne om, hvem der udpeger medlemmer til nævnet, har karakter af retsregel rettet til borgerne, idet en række private organisationer her nævnes, f.eks. Dansk Journalistforbund. Det forekommer ikke unaturligt at se forholdet således, at der hermed er tillagt disse organisationer et retligt krav på at udpege medlemmer til nævnet. Dette gør imidlertid næppe bekendtgørelsen til en anordning i den af Max Sørensen fastsatte bestemmelse af begrebet. Det karakteristiske for disse organisationers krav er jo netop, at hver enkelt organisation - juridiske person - i bekendtgørelsen er nævnt ved navns nævnelse. Altså kan den ikke siges at være generel i denne henseende. Det forekommer således tvivlsomt, om bekendtgørelsen er en anordning, der opfylder Max Sørensens begrebsfastlæggelse. Bekendtgørelsen synes retligt snarere at burde rubriceres som en organisations- eller forvaltningsanordning. Det indhold, den har, som rækker ud over forvaltningens eget område, er udelukkende, at den muligvis giver enkelte organisationer - juridiske per-

-----  
72) Jfr. Max Sørensen 1973, p. 21, hvor det afgørende for retsbegrebet hævdes at være domstolsanvendelsen. Det er i det ovenfor givne ræsonnement forudsat, at man ikke kan tillægge Max Sørensens modifikation til den på p. 21 givne definition af retsbegrebet betydning i denne relation, jfr. p. 23, hvor den fremhæves som en specifik forfatningsretlig modifikation.

soner - en begunstiggelse, nemlig at kunne udpege medlemmer til nævnet. Hvorfra forvaltningen har hjemmel til at indrømme disse organisationer en sådan ret, er vanskeligt at se, såfremt man holder sig til Max Sørensens teori. Bekendtgørelsens forgænger nr. 151 af 29. april 1955 om oprettelse af et "Dansk Sprognævn" rejser samme problem. Muligvis kan den fornødne hjemmel indfortolkes i finanslovens bevilling til afholdelse af udgifterne ved nævnets oprettelse.<sup>73)</sup> Heller ikke denne forklaring forekommer overbevisende. Man synes snarere at skulle søge forklaringen i en praksis eller sædvane for, at administrationen i et vist omfang kan oprette specielle forvaltningsorganer med repræsentanter for interesseorganisationer og særligt sagkyndige organisationer, jfr. grl. § 14. Muligvis efter forhandling med disse organisationer.

Såfremt man ikke kan påvise nogen overbevisende hjemmel for bekendtgørelsen, må det overvejes, om den overhovedet har nogen hjemmel. Det forekommer mig at være en overdrivelse af det empiriske element i den juridiske metode at gå ud fra, at enhver anordning, der rent faktisk er udstedt, har den fornødne hjemmel. Tværtimod er det sandsynligt, at der undertiden udstedes anordninger, uden der kan påvises nogen hjemmel. I adskillige tilfælde tyder meget på, at administrationen ikke har overvejet hjemmelsspørgsmålet, før man har udstedt en given anordning.<sup>74)</sup> Det vil typisk være tilfælde, hvor man ikke forudser nogen konflikt. Denne bekendtgørelses forhold til de nævnte organisationer kan derfor let tænkes ikke at have foranlediget overvejelser om hjemlen.

Den her hævdede opfattelse, at bekendtgørelsen om Dansk Sprognævn overhovedet ikke er nogen anordning, medfører naturligt den indvending, hvorfor den så benævner sig bekendtgørelse og er optaget i Lovtidende, der kun indeholder retsanordninger - og ikke forvaltningsanordninger. En rimelig forklaring er, at reglerne om anordningers og cirkulærers offentliggørelse kun tager hensyn til, hvem reglerne rent retligt henviser sig til. Dette medfører, at regler, der alene har retsvirkninger i forhold til forvaltningens eget personel og derfor benævnes cirkulærer, kun kan offentliggøres i Ministerialtidende. Imidlertid er det almindeligt erkendt, at sådanne regler kan have særdeles stor interesse for borgerne. Selv om borgerne ikke vil kunne påberåbe sig disse regler for domstolene, har de dog væsentlig betydning for disse, da de dels giver et vist indtryk af administrationens praksis og dels med effekt kan påberå-

73) Således Ross 1959, p. 201-202.

74) Jfr. Ross 1959, p. 183-184.

bes over for administrationen. I dette tilfælde drejer det sig om en forskrift, der bl.a. har til formål at give borgerne en mulighed for at stille spørgsmål til et særligt forvaltningsorgan. Det er rimeligt at hævde, at en sådan forskrifts offentliggørelse i Ministerialtidende er i strid med dens formål. Borgerne informeres normalt gennem Lovtidende og formodes ikke at læse Ministerialtidende. Forskriften skal ifølge sit indhold komme til borgernes kundskab og må følgelig offentliggøres i Lovtidende. Her offentliggøres kun bekendtgørelser - og enkelte andre forskrifter og meddelelser - og følgelig må forskriften udstedes i bekendtgørelsesform.<sup>75)</sup> At der i Lovtidende kan forekomme forskrifter i bekendtgørelsesform, der retligt set alene er cirkulærer eller forvaltningsanordninger, er forudsat i retspraksis.<sup>76)</sup> Også i teorien findes synspunktet. Således udtaler Ross, at en formel anordning er "bindende for borgerne, for så vidt den efter sit indhold udtaler sig om disses retsforhold, ... (min fremhævelse).<sup>77)</sup> Sammenfattende om bekendtgørelsen om Dansk Sprog-nævn kan siges, at bekendtgørelsen ikke er en retsanordning. At den alligevel er offentliggjort i Lovtidende som en bekendtgørelse, er forklaret ud fra dens indhold. Der kan ikke påvises sikker hjemmel for, at bekendtgørelsen indrømmer visse organisationer en ret til at udpege medlemmer af nævnet. Specielt bemærkes, at dette endog er i strid med Max Sørensens legalitetsprincip.

Det anføres til sidst hos Max Sørensen, at også anordninger om emner som flag og rigsvåben understøtter hans tese. Da han selv opfatter disse anordninger som subsidiære i argumentationen, skal de ikke her behandles nærmere.<sup>78)</sup>

Som nævnt mener Max Sørensen også i retspraksis at kunne finde støtte for sin tese om, at forvaltningen uden lovhjemmel kan udstede retsanordninger, blot de ikke er i strid med formel lov og ikke gør indgreb

-----

75) Jfr. Betænkning nr. 740.1975 om Lovtidende og Ministerialtidende p. 29, hvor dette problem omtales, jfr. p. 9-10, hvor der redegøres for retsstillingen vedrørende kundgørelse i de andre nordiske lande. Det fremgår af denne redegørelse, at der i hvert fald i Norge og Sverige er mulighed for i Lovtidende at offentliggøre forskrifter, der ikke retligt henvender sig til borgerne, men alligevel har interesse for disse.

76) Jfr. U 1975.379 F., kommenteret i U 1975 B. 391 af J. Trolle.

77) 1966, p. 503.

78) Jfr. Lorenzens afvisning af, at disse anordninger kan anvendes, 1972, p. 426-427.

i borgernes frihed og ejendom. Han nævner, <sup>79)</sup> at højesteret i U 1960. 317 H tilsidesatte et påbud om anvendelse af bindestreg mellem de to slægtsnavne Bille og Brahe. Max Sørensens fortolkning med henvisning til Trolles kommentar <sup>80)</sup> lyder:

"Højesteret fandt, at der i det foreliggende tilfælde, hvor bevilling til at føre to navne som slægtsnavn var givet i det 18. årh., ikke var hjemmel til et sådant påbud, idet der ikke kunne bestå en anordningsmyndighed som greb ind i velerhvervede rettigheder."

Sagens omstændigheder er følgende: Baron Jon Bille Brahe var af kirkeministeriet og justitsministeriet blevet nægtet dåbsattest med både Bille og Brahe anført som slægtsnavn uden bindestreg. Han anlagde derefter sag mod justitsministeriet for at få det tilpligtet at anerkende, at hans familienavn var Bille Brahe. Sagsøgeren støttede sit krav på, at han havde ret til at bære navnet Bille Brahe, dels fordi hans slægt i 1700-tallet havde fået bevilling på dette navn, og dels fordi det havde været optaget på justitsministeriets fortegnelse over forbeholdte navne. Videre mente sagsøgeren ikke, at der i dansk ret var nogen hindring for, at et familienavn bestod af to ikke forbundne navne. Justitsministeriet bestred, at de påberåbte bevillinger skulle fortolkes således, at de gav slægten ret til at føre begge navnene. Videre bestred ministeriet, at den påberåbte optagelse havde karakter af en anerkendelse af navnet. Endelig var det ministeriets opfattelse, at et familienavn - bortset fra navne forbundne med bindestreg eller præposition - efter dansk ret kun kan bestå af et navn. Dette fandt ministeriet hjemlet ved cirkulære af 29. marts 1932 og bekendtgørelse af 15. december 1937. Om hjemlen for disse hævder ministeriet, at "administrationen på ikke lovbestemte områder som det her omhandlede i sædvanebestemt omfang kan foretage anordninger. De her fastsatte regler er begrundet i tvingende praktiske ordenshensyn, som nøje svarer til det formål, der varetages ved forordningen om dåben af 30. maj 1828." (Min fremhævelse). Højesteret giver sagsøgeren medhold i, at hans slægt har bevilling til at bære navnet Bille Brahe. Derefter siges:

"Da navnet Bille Brahe herefter med rette har været ført som familienavn, og da indstævnte ikke findes at have hjemmel til overfor appellanten som bærer af navnet at påbyde ændringer i dette som sket, vil appellantens påstand være at tage til følge."

-----  
79) 1973, p. 212.

80) TfR 1961.70.

Hvorledes denne afgørelse kan tages til indtægt for, at administrationen har den af Max Sørensen hævdede selvstændige anordningsmyndighed, er ikke umiddelbart indlysende. Max Sørensens begrundelse er, at domstolens tilsidesættelse af administrationens retsakter er sket "under henvisning til, at der uden lovhjemmel er sket indgreb i privates rettigheder, men ikke blot til, at retsreglerne savnede lovhjemmel". Som det fremgår af dommen, bruger den ikke den for Max Sørensen afgørende vending "indgreb i privates rettigheder". Den taler tværtimod om den rent konkrete foranstaltning, som sagen drejer sig om. Dette er i fuld overensstemmelse med danske domstoles holdning til, hvorledes dommene bør begrundes. Man er i meget høj grad tilbøjelig til at lade sine domme begrunde konkret.<sup>81)</sup> Imidlertid kan Max Sørensens udlægning af dommen delvis forklares ud fra Trolles ovenfor nævnte kommentar til dommen. Der forekommer her en passus, der minder meget om Max Sørensens ovenfor citerede:

"..., at der ikke i Højesteret var større tvivl om, at der ikke ud fra praktiske hensyn på det her omhandlede område kunne bestå en sådan anordningsmyndighed, der kunne gribe ind i velerhvervede rettigheder."

Denne passus har imidlertid heller ikke karakter af en abstrakt udtalelse om statsretlige grundsætninger. Det fremgår af det umiddelbart foregående, at justitsministeriet har hævdet, at det i kraft af sædvane kunne udstede praktiske nødvendige regler på det her omstridte område. Det fremgår af de litteraturhenvisninger, Trolle giver, at det har været ministeriets opfattelse, at der var tale om de ovenfor - specielt i forbindelse med Ernst Andersens teori - omtalte sædvaneretsanordninger. Ministeriet mente, at det i kraft af sædvane kunne give de praktisk nødvendige regler for området. Trolles udtalelse er blot udtryk for, at højesteret ikke mente, at der forelå en sådan sædvane. Det vil altså ses, at heller ikke Trolles udtalelse har en så abstrakt karakter, at den berettiger til Max Sørensens modsætningslutning. Dommen kan kun tages til indtægt for den traditionelle teoris opfattelse: at sædvane kan vikariere for hjemmel i formel lov. En opfattelse som Max Sørensen forøv-

-----

81) Jfr. debatten i UFR om domsbegrundelserne - U 70 B. 245-256, 261-273, 277-280 og U 71 B. 17-22, 65-68 og 85, hvor der trods en divergerende opfattelse af domsbegrundelsernes kvalitet dog synes at være enighed om, at deres konkrete karakter og deres binding til parternes procedure gør det vanskeligt at generalisere og ganske særligt farligt at drage modsætningslutninger fra præmisserne.

rigt helt tilslutter sig.<sup>82)</sup> Det eneste kommentaren efter min mening siger er, at der ikke på dette område foreligger den fornødne sædvanemæssige hjemmel. En selvstændig anordningsmyndighed, som skulle støttes på grl. § 3 ligger helt uden for kommentarens område.

Om det af Max Sørensen hævdede legalitetsprincip og hans påstand om, at der i medfør af grl. § 3 består en ret for administrationen til uden lovhjemmel at udstede visse retsanordninger, må sammenfattende siges, at den er i strid med en forholdsvis enig dansk offentligretlig teoris hævdedelse af, at der ikke består nogen sådan ret for administrationen. Der findes enkelte steder i teorien, hvor denne holdning er fraveget. Mest markant er her Ernst Andersens ovenfor refererede prærogativteori, der i et vist omfang hjemler administrationen ret til udstedelse af retsanordninger. Det er imidlertid karakteristisk for denne teori, at den kun finder hjemlen på specielle områder og altså ikke på nogen måde søger at støtte en generelt formuleret anordningsmyndighed på grl. § 3.

Videre kan Max Sørensen påberåbe sig J. E. Larsens tolkning af stænderanordningens § 4, og i et vist omfang den af den enevældige konge i denne relation fulgte praksis. Endelig påberåber Max Sørensen sig andetsteds<sup>83)</sup> en udtalelse fra forrige århundrede af Madvig. Som det vil blive påvist i det følgende, er Max Sørensens tolkning af Madvigs forsvarstale tvivlsom. Heroverfor står den øvrige danske offentligretlige litteratur på hævdedelsen af, at enhver retsanordning skal have hjemmel i lov eller andet ligeværdigt grundlag. For så vidt angår praksis synes det heller ikke at være lykkedes Max Sørensen at finde støtte for sin teori. De påberåbte anordninger lader sig udmærket forklare ud fra hidtidig teori, og den påberåbte dom ses ikke at have berøring med problemet.

Da denne afhandlings emne er området for grl. § 3, skal pointeres, at ingen hidtidig dansk offentligretlig fremstilling har hævdet nogen forbindelse mellem regeringens ret til udstedelse af retsanordninger og grl. § 3. Selv Eckhoff, som Max Sørensen iøvrigt vil kunne finde støtte hos, siger udtrykkeligt, at hvis man kan påvise, at retsregler i praksis ud-

-----

82) Jeg kan derfor ikke være enig med Lorenzen p. 427, hvor det nok påpeges, at Max Sørensens tolkning er dristig, men dernæst siges: "Kommentaren lader dog formode, at Højesteret efter omstændighederne vil acceptere en selvstændig anordningsmyndighed, der ikke griber ind i velerhvervede rettigheder."

83) 1959, p. 453.

stedes uden lovhjemmel, er der to muligheder. Den første er, at der hersker en konstitutionel sædvane om, at lovhjemmel ikke er nødvendig. Den anden mulighed er, at der foreligger en almindelig sædvaneretlig hjemmel for retsreglernes udstedelse. Om valget mellem disse to muligheder siges det:

"Det forekommer meg temmelig problematisk hvilke kriterier som skal være avgjørende for om det ene eller andet ansees for å foreligge." 84)

Eckhoff mener altså ikke, at det er let at forsvare en påstand om, at regeringens selvstændige anordningsmyndighed hviler på en konstitutionel sædvane. Max Sørensen går endda et skridt videre. Han hævder uden speciel argumentation, at anordningsmyndigheden har hjemmel i grl. § 3. Den tilsvarende påstand for norsk ret ville have været at hævde, at hjemlen er i den norske grundlovs § 3: "Den udøvende magt er hos Kongen."

For fuldstændighedens skyld skal kort refereres de fremstillinger, der er kommet efter Max Sørensens udgivelse af statsforfatningsretten. Ole Krarup og Jørgen Mathiassen: Elementær Forvaltningsret og Forvaltningens retlige afhængighed, begge Kbh. 1972 er klart af samme opfattelse som Ross, jfr. henholdsvis p. 14-15 og p. 9-12. Det samme synes at være tilfældet med Ole Espersen, jfr. 1973, p. 79, omend han andetsteds gør opmærksom på, at grundlovgiverne utvivlsomt forbandt "den lovgivende magt" med et materielt lovsbegreb, 1970, p. 300. I Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard, 1973 rejses p. 156 spørgsmålet, om "forvaltningen uden hjemmel kan tillægge borgerne fordele, f.eks. ved at udvide området for den retlige frihed." Imidlertid gives der ikke noget principielt svar på spørgsmålet. I stedet henholder man sig til, at sådanne begunstigelser kan have hjemmel i loven, at de ikke må være i strid med loven og slutter med at sige, at de i de "praktisk tænkelige tilfælde" vil være af økonomisk art og derfor for statsforvaltningens vedkommende ikke må afholdes uden hjemmel på finansloven, jfr. grl. § 46, stk. 2. Altså bliver realiteten, at der skal være lovhjemmel. At dette ikke er et principielt svar, er givet. 85) Man rejser spørgsmålet og besvarer det med, at det ikke er synderlig interessant. Det har ikke praktisk betydning. Man kan imidlertid ikke godt læse fremstillingen anderledes, end at den på dette sted er inspireret af Max Sørensens legalitetsprincip.

-----

84) Eckhoff, 1963, p. 235.

85) At det heller ikke er noget praktisk tilfredsstillende svar skyldes, at netop grl. § 46, stk. 2 er modificeret eller ændret ved sædvane således, at udgifter vil kunne afholdes med finansudvalgets samtykke uden lovhjemmel. Man må derfor spørge, om dette samtykke både giver den bevillingsmæssige hjemmel og er hjemmel i relation til legalitetsprincippet. Dette spørgsmål ses ikke behandlet i denne relation. Derimod indeholder Ole Espersen, 1970 en behandling af et parallelt spørgsmål: kan finansudvalgets samtykke til afholdelse af udgifter erstatte også et folketingsamtykke til traktatindgåelse, p. 366-374.

V. Madvigs forsvarstale.

I den foregående gennemgang af legalitetsprincippet i dansk retsteori er praksis kun berørt i forbindelse med enkelte af fremstillingerne. Der er ikke foretaget nogen udtømmende gennemgang af den i de forskellige fremstillinger påberåbte praksis. Noget sådant ligger uden for mulighedsgrænser. Det er alene søgt påvist, at de argumenter, der i teorien har været fremført til støtte for et legalitetsprincip, der afviger fra det traditionelle, ikke har været overbevisende. Kun i forbindelse med Max Sørensen's fremstilling har dette medført en indgående undersøgelse af den påberåbte praksis. For at råde delvis bod på denne mangel ved den foregående analyse vil der i det følgende blive taget stilling til et enkelt eksempel fra praksis. Det drejer sig om en udtalelse, som daværende cultusminister Madvig fremsatte i folketinget i 1850. Når opmærksomheden specielt samler sig om denne udtalelse, skyldes det, at den i teorien ikke alene er tillagt betydelig vægt, men også er taget til indtægt for vidt forskellige standpunkter. Poul Meyer finder i udtalelsen klar støtte for det traditionelle legalitetsprincip.<sup>86)</sup> Ross derimod anser denne udlægning for en ren fejlfortolkning,<sup>87)</sup> og endelig påberåber Max Sørensen sig som ovenfor nævnt udtalelsen til støtte for sit specielle legalitetsprincip.<sup>88)</sup>

Madvigs udtalelse er et svar på en forespørgsel fra Grundtvig angående regeringens ret til egenhændigt at udstede tre bekendtgørelser vedrørende den højere undervisning. Det drejer sig om tre af kirke- og undervisningsministeriet den 13. maj 1850 i henhold til kongelig resolution af 6. maj udstedte bekendtgørelser, der omhandler 1) en ændret inddeling af det akademiske år, 2) undervisningsplan og eksamensbestemmelser for de lærde skoler i Danmark og 3) ophævelse af den hidtil værende examen artium ved Københavns Universitet. Forud for ministerens udstedelse af disse bekendtgørelser er gjort visse overvejelser om deres hjemmel, specielt har de været drøftet i statsrådet.

Det fremgår af statsrådsprotokollen, at Madvig i statsrådets møde den 22. september 1849 fremdrog spørgsmålet om muligheden for at foretage visse ændringer af det højere undervisningsvæsen uden om rigsdagen. Det hedder i referatet:

-----

86) 1948, p. 188-193.

87) 1959, p. 105-109.

88) 1959, p. 453.

"Cultusministeren (Madvig) bemærkede, at han agtede med nogle Modifikationer at gennemføre den Reformplan med Hensyn til de lærde Skoler, som provisorisk allerede var for 3 af disses Vedkommende blevet approberet under 25de Juli 1845; og han opkastede i denne Anledning det Spørgsmaal, om en saadan Gjenførelse af bemeldte Plan behøvede at ske ved Lov, eller om den ikke som en Administrationssag kunde afgjøres ad Resolutionsveien. Statsraadet var med Cultusministeren enig i, at det ikke gjordes nødvendigt at forelægge Rigsdagen et Lovudkast i den forommeldte Anledning.

Cultusministeren (Madvig) bemærkede fremdeles, at den forommeldte Reformplan gik blandt andet ud paa at henlægge til Skolen Adgangsprøven til Universitetet; og det Spørgsmaal opstod da, om de større private Instituter maatte være i denne Henseende at tilstaae samme Ret som de lærde Skoler, og om de egentlige Privatister skulde med Hensyn til Adgangsprøven til Universitetet henvises til Skolerne, eller om en Prøve ved Universitetet skulde bestemmes. Cultusministeren ønskede nu at høre Statsraadets Mening, om Fastsættelsen af en saadan Prøve for Privatister kunde betragtes som en Administrationssag, der ikke behøvedes at gjøres til Gjenstand for Lov. Statsraadet erklærede sig med Cultusministeren enig i, at det paagjældende Punkt kunde afgjøres ad Resolutionsveien." 89)

Imidlertid må cultusministeren have næret en vis tvivl om rigtigheden af at gennemføre foranstaltningerne rent administrativt. En skrivelse af 8. april 1850 fra Kirke- og Undervisningsministeriet til Generalprokureuren indeholder følgende passus:

"Uagtet man antager, at de i disse allerunderdanigste Forestillinger omhandlede Foranstaltninger, som dels reent administrative, dels alene fuldendende og udvidende til alle lærde Skoler, hvad der allerede forlængst af den souveræne Konge er fastsat og for nogle af hine Skoler i flere Aar bragt til Udførelse, kunne og bør gennemføres efter erhvervet kongelig Resolution ad den administrative Vei, uden at behøve at forelægges Rigsdagen, har Ministeriet dog om dette Spørgsmaal ikke skullet forbigaae at udbede sig Hr. Etatsraadens behagelige Meningsytring." 90)

Generalprokurøren deler ikke helt ministeriets opfattelse. Han indleder sit svar - optrykt samme sted - med at gøre opmærksom på sine betænkeligheder og henstiller til ministeriet at udsætte sagen, til spørgsmålet "ialfald er gjort til Gjenstand for Statsraadets nærmere Overveielse."

Hans analyse af problemet er meget omfattende. Han behandler problemet ud fra tre synsvinkler. For det første erkender han, at reglerne, hvis

-----

89) Rigsarkivet ved Harald Jørgensen: Statsrådets Forhandlinger 1848-1863, II, Kbh. 1956, p. 255.

90) Kongelige Reskripter og Resolutioner, Reglementer, Instruxer og Fundatser samt Ministerialskrivelser, med flere Danmarks Lovgivnings vedkommende offentlige Aktstykker for Aaret 1850, samlede og udgivne af T. Algreen-Ussing, Kbh. 1856, p. 110.

de blot angår administrationen, kan udstedes uden om rigsdagen. Han mener imidlertid kun, at dette er tilfældet for så vidt angår bekendtgørelsen om ændring af det akademiske år. Den anden synsvinkel, generalprokurøren anlægger, er, om det er tilladt regeringen på egen hånd at ophæve eller ændre i de førkonstitutionelle retsfor skrifter, der her er tale om: Forordningen om de lærde skoler af den 7. november 1809 og universitetsfundatsen af den 7. maj 1788, omhandler anliggender, der er af lovgivningsmæssig karakter. Han mener derfor ikke, at regeringen uden om rigsdagen kan udstede regler i strid med disse forskrifter. Han nævner i denne sammenhæng, at praksis fra stændertiden ikke kan være afgørende for fortolkningen af, hvilke anliggender regeringen kan ordne administrativt. Allerede herved er det vanskeligt at tage stilling til generalprokurørens argumentation. Den her nævnte bemærkning er i åbenbar modstrid med udtalelserne på den grundlovgivende rigsforsamling. Imidlertid er dette problem et typisk overgangsproblem. Det, generalprokurøren diskuterer, er nærmest en variant af det, Max Sørensen behandler under det formelle lovs princip, nemlig hvilke førkonstitutionelle retsfor skrifter, der kun kan ændres eller ophæves ved eller med hjemmel i lov. Det skal derfor ikke her forfølges nærmere.

Det tredje punkt i redegørelsen til ministeriet er en behandling af spørgsmålet, om de nævnte anordninger - bortset fra anordningen om det akademiske år - kan betragtes som en blot fuldbyrdelse af, hvad der tidligere på kompetent vis var besluttet af den enevældige konge, jfr. ministeriets ovenfor citerede skrivelse. Algreen-Ussing mener imidlertid ikke, at de to anordninger kan forsvares ud fra denne synsmåde, fordi der, ihvertfald for så vidt angår ophævelsen af examen artium, er tale om en udvidelse i forhold til det allerede fastlagte.

På statsrådsmødet den 30. april forelægger cultusministeren igen sagen. Referatet lyder:

"Cultusministeren (Madvig) bragte i Statsraadets Erindring, at han allerede tidligere havde udtalt sin Anskuelse derhen, at de af ham udkastede Bestemmelser for Underviisningen og examina i Skolerne og ved Universitetet, hvilke kun vare at betragte som Gjennemførelsen af en allerede tidligere given Plan, alene vare af administrativ Beskaffenhed og som Følge deraf ei var at forelægge Rigsdagen. Han ville nu alene meddele Statsraadet, at han i Tilfælde af, at denne Sag ved Rigsdagen skulde komme til Om-tale, vilde fastholde dette eengang vedtagne Princip, hvilket han, efter de Oplysninger han havde erholdt, dog heller ikke troede at ville være underkastet noget Angreb fra Rigsdagens Side." 91)

-----  
91) Harald Jørgensen, II, 1956, p. 452.

Det fremgår heraf, at Madvig nok lod sagen behandle i statsrådet endnu engang, men også at han sandsynligvis helt har undladt at redegøre for de betænkeligheder, generalprokurøren havde gjort opmærksom på. I stedet har han øjensynligt givet statsrådets øvrige medlemmer det indtryk, at sagen var forholdsvis klar.

Som nævnt udstedes den kongelige resolution den 6. maj og de tre omtalte anordninger den 13. maj.

Den 27. juni stiller Grundtvig under en forespørgsel ministeren det spørgsmål, om det er ministerens opfattelse, at ordningen af det lærde skolevæsen falder uden for rigsdagens eller lovgivningens område. Videre vil han gerne have oplysning om, hvilken grund ministeren har haft til at udstede de nævnte bekendtgørelser uden om rigsdagen. Grundtvig nævner selv den mulighed, at ministeren kan have betragtet forholdet således, at de ikke normalt henhører under administrationens domæne, men således at de i dette specielle tilfælde "som foreløbig eller efterhinkende" kan udstedes uden om rigsdagen. Ministeren indleder sit svar med nogle generelle betragtninger om administrationens kompetence: <sup>92)</sup>

"Hvad angaaer det Hovedspørgsmaal, som er rettet til mig, da vil Besvarelsen deraf ikke være tvivlsom for Thinget. Havde jeg betragtet disse Bekjendtgjørelser Indhold som henhørende under Lovgivningens Omraade, saa havde jeg ikke ladet dem udkomme under den Form, i hvilken de ere udkomne. Jeg antager imidlertid, at der ved disse Bekjendtgjørelser er truffen Foranstaltninger, som efter Forholdene i dette Øieblik henhører til Bestyrelsen, og derfor har jeg taget Sagen paa denne Maade; ... Det er aldeles naturligt, at der ved Overgangen fra den absolutte til den constitutionelle Regjeringsform ofte maa opstaae Spørgsmaal om Grændsen 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 indviklede i enkelte Arter af Sager end i andre, og navnlig i saadanne Sager, hvori der ved Siden af de almindelige Bestemmelser gaaer 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 Bekjendtgjørelser, hvorom der er Tale, aldeles ikke undgaaet mig selv, at der kunde opfattes Tvivl om, hvorledes jeg skulde bevæge mig ved denne Grændse. Disse Tvivl har jeg opfattet hos mig selv, og, efterat have forhandlet den med Andre, har jeg forelagt Sagen for Statsraadet, der har billiget den Anskuelse, hvor-

-----

92) Rigsdagstidende. Forhandlingerne paa Folkethinget 1850, sp. 7074-7082.

til jeg var kommen, og i Overeensstemmelse dermed er det, at jeg har handlet."

Det er øjensynligt denne del af Madvigs redegørelse, som Ross tager til indtægt for, at Madvig overhovedet ikke beskæftiger sig med forfatningsfortolkning, med friheds- og ejendoms-kriteriet eller med en selvstændig anordningsmagt, men udelukkende med et rent overgangsproblem fra enevælde til konstitutionelt styre.<sup>93)</sup> Ross' fortolkning går nærmere ud på, at Madvig hævder, at spørgsmålet mellem den lovgivende og den bestyrende myndighed er et spørgsmål, der naturligt må opstå ved overgangen fra enevælde til konstitutionelt styre, og herfra drager Ross sin første slutning: at der ikke er tale om et systematisk problem angående fortolkningen af grl. 1849 § 2 (nu § 3). Madvig forklarer spørgsmålets naturlige opståen med, at det ikke under den tidligere regeringsform var klart, om regeringen i det enkelte tilfælde handlede som lovgiver eller som chef for administrationen. Heraf drager Ross sin anden slutning: at Madvig hentyder til, at det af den nævnte grund - manglen på et formelt kriterium - vil være vanskeligt at afgøre, om en førkonstitutionel retsregel kan vikariere som lovhjælp for forvaltningen.

Omend denne tolkning er mulig, er den ikke den mest nærliggende. Madvig siger ikke, at sondringen mellem administrations- og lovgivningsansligger er et overgangsfænomen. Han siger blot, at det er naturligt, at der er visse problemer med at få indkørt en sontring, som man ikke tidligere har arbejdet med. Der er altså ingen grund til at tro, at Madvig tager afstand fra, at der er tale om et principielt forfatningsretligt fortolkningsspørgsmål. Han gør tværtimod rede for, at den konkrete anvendelse af dette princip kan være særlig kompliceret i overgangsperioden. Som det fremgår af den følgende del af redegørelsen, hentyder Madvig her særlig til de to sidstnævnte anordninger. Derimod synes han ikke at opfatte de særlige overgangsproblemer som relevante i forhold til anordningen om inddelingen af det akademiske år. Tværtimod fremgår det af hans fortsatte redegørelse, at han opfatter denne anordning som utvivlsomt omfattet af regeringens principielle grundlovsumiddelbare kompetence:

"Hvad nu angaaer de 3 Foranstaltninger, hvorom der her er Tale, og som indeholdes i de 3 Bekjendtgjørelser, der ere udfærdigede af mig i Overeensstemmelse med en af Kongen efter min derom nedlagte Fremstilling tagen Beslutning, saa har jeg ved den ene af dem, som angaaer det akademiske Aars Inddeling, ingen Tvivl havt, 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

-----  
93) 1959, p. 107.

Embedsmænds, nemlig Universitetslærernes Virksomhed i Overeensstemmelse 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 Overbeviisning, som en gammel Universitetslærer, der i slige Tilfælde vilde vide at underkaste mig det."

Madvigs udgangspunkt for denne del af svaret er, at forskrifter, der retter sig til embedsmændene, som rent administrative bestemmelser kan udstedes uden hjemmel. Det eneste problem, han overhovedet ser i denne sammenhæng, er om universitetets embedsmænd er at ligestille med administrationens, og efter hans opfattelse er der ingen grund til at gøre forskel på de to grupper. Denne del af Madvigs svar harmonerer fuldt ud med det legalitetsprincip, der ovenfor er ført tilbage til Kriegers afhandling, og som siden har været almindelig i teorien. Der ligger altså i Madvigs redegørelse en klar støtte for det traditionelle legalitetsprincip. Det kan næppe siges tydeligere, end Madvig her gør. Ligeledes bør det bemærkes, at netop dette punkt i Madvigs redegørelse er i fuld overensstemmelse med generalprokurørens responsum. Yderligere understreges sondringen mellem rent administrative forskrifter og retsforskrifter i ministeriets forespørgsel til generalprokurøren.

Det er på denne baggrund overraskende, at teorien ikke har tillagt denne del af Madvigs redegørelse særlig vægt. Ross citerer den, men omtaler den ikke. Ligeledes forbigår han generalprokurørens svar vedrørende denne anordning. At Ross på denne måde kan nå frem til, at Madvig overhovedet ikke beskæftiger sig med friheds- og ejendoms-kriteriet er ikke overraskende - men altså heller ikke særligt oplysende. At Poul Meyer ikke nævner Madvigs redegørelse for anordningen om inddelingen af det akademiske år er derimod naturligt. Han har på forhånd afgrænset sit emne til kun at omhandle administrationens ret til at udstede retsanordninger. Den nævnte anordning er alene en forvaltningsanordning og falder derfor uden for hans emne. De to øvrige anordninger er derimod retsanordninger. Det er deres hjemmel, der har relation til de særlige overgangsproblemer. Madvigs forsvar for, at den første af dem er udstedt uden lovhjemmel, lyder:

"Derimod har jeg havt Tvivl med Hensyn til den Bekjendtgjørelse, som angaaer en Undervisningsplan og Examensbestemmelser for de lærde Skoler. Hvis der blot i Almindelighed var Spørgsmaal om den høiere saakaldte lærde Undervisning kunde unddrages den lovgivende Magts Medvirken, 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 vilde 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 Princippernes Gjennemførelse. Hvorvidt den lovgivende Magt skal og vil gribe ind i saa Henseende, og hvormeget den vil overlade til Bestyrelsen, derfor troer 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 kunde udgaae fra Medlemmerne af Rigsdagen. Jeg har imidlertid troet, at der ved de Foranstaltninger hvorom her er Tale, ikke væsentlig forhandlede Principspørgsmaal, og at, forsaavidt de forhandlede, var Lovgivningens Fundament vundet under den tidligere Regjeringsform, og Sagen saaledes forbedret, 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 forinden. (Derefter en meget udførlig - over godt 2 spalter - redegørelse herfor) . . . , og jeg havde den Overbeviisning, saameget mere at kunne gennemføre denne Sag og afgjøre den ad den administrative Vei, da der ikke havde yttret sig mindste Tilbøielighed hos Rigsdagen til for Øieblikket at inddrage denne Sag under Lovgivningen, og jeg ogsaa troede at turde forudsætte, at Rigsdagen vilde have sin lovgivende Virksomhed, forsaavidt Underviisningen angik først og fornemmeligst samlet paa Almueunderviisningen, saaledes at en Forhandling over mindre væsentlige Punkter, som dog kunde optage stor Tid og store Kræfter, naar de førtes herind, ikke burde uden Nødvendighed fremdrages. Jeg bestyrkedes i denne Formodning om Rigsdagens og navnlig dette Things Stemning ved den Maade, hvorpaa de lærde Skolers Underviisningsplan og Reform var omtalt i Finantsudvalgets over Finantsloven afgivne Betænkning, saaledes som disse Yttringer findes i Nr. 238 af Tidende for dette Things Forhandlinger, hvor der bemærkes, at "de lærde Skolers Reform synes at have lidt en Standsning", saaledes, at der ligesom antydedes, at man ønskede dens hurtigere Fremme, og "man finder det ikke hensigtsmæssigt, at gjøre større Tilskud, saalænge den nuværende Overgangsperiode varer" o.v.s. Det er efter denne Opfatning af Sagen, som jeg saaledes har fremsat, at jeg har troet at kunne paa mit Ansvar fremme Sagen angaaende Underviisningsplanen og Examensbestemmelserne i de lærde Skoler, saaledes som jeg har gjort."

Poul Meyer finder heri udtrykt følgende sætning: "Forvaltningen er uden speciel bemyndigelse beføjet til at udstede retsanordninger, som tjener til udførelse af de principper, der er nedlagt i det påberåbte lovgrundlag, hvad enten dette er førkonstitutionelt eller ej".<sup>94)</sup> Jeg kan ikke se rettere, end at denne tolkning er den rette.<sup>95)</sup> Dels harmonerer den med hidtidig teori, og dels forklarer den, hvorfor Madvig bruger en tredjedel af sit indlæg på at gøre rede for udviklingen inden for det lærde skolevæsen fra 1844

-----  
94) p. 192.

95) Jfr. således Scheel 1865, p. 76 note 89.

til grundlovens givelse. At anskue anordningen som en udførelses- eller gennemførelsesanordning forklarer også, hvorfor Madvig markerer sondringen mellem princip- og detailspørgsmål. At hans redegørelse rent retligt kan betvivles erkender han, og det er derfor heller ikke overraskende, at han i denne forbindelse påberåber sig rigsdagens formodede vilje. Det sidste behøver imidlertid ikke være en forfatningspolitisk eller lovgivningspolitisk betragtning, som hævdet af Ross. Det er nærliggende at se det som et rent politisk forsvar, der må anses for fuldt legitimt i sammenhængen. At opfatte en ministers redegørelse for, hvorfor han har udstedt visse anordninger uden om rigsdagen som en rent retlig redegørelse er næppe holdbart. Som det endnu tydeligere fremgår af Madvigs oplysninger om udstedelsen af den tredje anordning, er hans primære formål at forsvare sin handlemåde:

"Hvad endelig angaaer Ophævelsen af examen artium, saa var dette for de lærde Skolers Vedkommende allerede udtalt ved selve Bestemmelsen om Reformens Indførelse, da det udtrykkeligt indbefattedes i den udkastede Reform; hvad derimod angaaer Ophævelsen af examen artium for andre Dimittender, for de saakaldte Privatister, hvad enten nu disse kom fra enkelte private Lærere eller fra private Skoler, saa vilde jeg ogsaa her have haft større Tvivl, og jeg vilde have traadt tilbage, naar der havde været Spørgsmaal om at træffe en saadan Foranstaltning, hvorved der paa nogen Maade grebes ind i de enkelte Individuers frie Ret med Hensyn til Valget af Undervisningsmaaden og deres Bestemmelse om, hvor de vilde stille sig til Prøve; men det var allerede ved den ældre Skolelovgivning bestemt, at private Dimittender kunde stille sig til en Prøve ved de lærde Skoler, og uden at være undervist i Skolen dog afgaae som dens Dimittender, efter den ældre Lovgivning ikkun saaledes, at de paany skulde underkaste sig en Examen ved Universitetet, medens det nu overlades dem, ligesom de lærde Skolers egne Dimittender, at lade sig prøve i Skolen, hvorefter Universitetet antager dem uden videre Prøve. Forresten var det jo det Almindelige tidligere, at Privatister ikke saaledes befattede sig med en Skole, de gik umiddelbart til Adgangsexamen, til den saakaldte examen artium ved Universitetet. Hvis denne Form havde været afskaffet, hvis der havde været Tale om at henlægge al Adgangsprøve for Universitetet til de lærde Skoler, da vilde jeg ikke have dristet mig til at foranstalte dette, uden at have forelagt Rigsdagen det; thi jeg troer, at der da var skeet et betænkeligt Indgreb i den Ret, som Enhver har til at bestemme, om han vil have nogen Berørelse med de lærde Skoler, eller han foretrækker at lade sit Barn undervise paa anden Maade og sende det umiddelbart til Universitetet; men en saadan Foranstaltning er ikke truffet, hvorimod der er truffet den Foranstaltning, at enhver privat Dimittend kan indfinde sig ved Universitetet og der ved Examenscommissionen underkaste sig Prøve som Dimittend. Saaledes troer jeg, at her heller ikke var Noget, der nødvendiggjorde en Henvendelse til Rigsdagen paa en Tid, da jeg troede, at Rigsdagen ikke ønskede at drage denne Sag til sig, og troede at dens Opmærksomhed med Hensyn til Underviisningsvæsenet væsentlig gik i en anden Retning; men der har, jeg gentager det, aldrig foresvævet mig nogen Tanke om, at ikke Ordningen af det høiere Underviisningsvæsen kunne inddrages under Rigsdagens Overveielse. "

Poul Meyer fortolker denne del af udtalelsen til "forvaltningen er, hvor den ikke anser sig bemyndiget i en før- eller efterkonstitutionel lovbestemmelse, inkompetent til at udstede anordninger, der falder ind under det traditionelle frihed - ejendoms-kriterium." <sup>96)</sup>

Dette svarer til Max Sørensens udlægning: "Et indgreb i den enkeltes frihed kunne ikke fastsættes administrativt, men kun ved lov." <sup>97)</sup> Det vanskelige ved denne fortolkning er imidlertid at forstå dens mening i sammenhængen. Poul Meyer har som nævnt udlagt den allerede omtalte del af Madvigs redegørelse således, at forvaltningen kan udstede retsanordninger, når den har den fornødne hjemmel hertil i før- eller efterkonstitutionelle regler. Nu viser det sig imidlertid, at Madvig mener, at det kun er en del af retsanordningerne, der kræver lovhjemmel, nemlig de, der gør indgreb i borgernes frihed og ejendom. De anordninger, der er rettet til borgerne (retsanordningerne), men som ikke gør indgreb i borgernes frihed og ejendom i snæver forstand, er problemkategorien. At Poul Meyer ikke hæfter sig synderligt ved Madvigs udtalelse vedrørende disse, viser Poul Meyers sammenfatning og konklusion <sup>98)</sup>, hvor det hævdes at være en eenstemmig opfattelse i teorien siden grundlovens givelse, at forvaltningen ikke på noget område havde adgang til autonomt at udstede retsanordninger. Max Sørensen har derimod en anden holdning. Han mener, at det følger både af Madvigs redegørelse og af den statsretlige teori, at regeringen uden lovhjemmel er kompetent til at udstede de retsanordninger, der ikke gør indgreb i borgernes frihed og ejendom.

Madvigs redegørelse er på dette punkt uklar. Redegørelsen for, at de øvrige bestemmelser kunne træffes administrativt, er langt klarere. Her påpeges, hvorfor de har kunnet træffes administrativt. Dels fordi det har drejet sig om rent administrative bestemmelser (det akademiske år), og dels fordi der alene har været tale om at gennemføre førkonstitutionelle bestemmelser (undervisningsplanen og eksamensbestemmelserne for de lærde skoler). Madvig giver derimod ingen positiv redegørelse for forvaltningens hjemmel til at udstede bestemmelserne om privatisternes eksamensforhold. Han følger her i stedet den fremgangsmåde at omtale nogle foranstaltninger - henlæggelse af al prøve til de lærde skoler - som man ikke har foretaget, men kunne tænkes at ville have foretaget. Han udtaler så om disse foranstaltninger, at dem ville han ikke have dristet sig til at gennemføre administrativt. For at understrege sit demokratiske sindelag, udtaler han endda, at, hvis der havde været tale om at træffe sådanne foranstaltninger administrativt, ville han have trådt tilbage. Efter denne redegørelse nævner han,

-----  
96) p. 192.

97) 1959 p. 453

98) p. 214.

hvad det er, man rent faktisk har gjort, og enhver vil kunne se, at der er tale om langt mildere foranstaltninger. Der er en rent taktisk effekt i dette. Men det indeholder næppe nogen argumentation for, at man har været berettiget til at udstede bestemmelserne.

Hvis man ser lidt på handlingsforløbet forud for ministerens udstedelse af den omtalte bekendtgørelse, vil det muligvis give et vist fingerpeg om, hvorfor Madvigs udtalelser vedrørende dette sidste punkt ikke er helt klare. Det fremgår af det ovenfor givne referat af statsrådsmødet den 22. september 1849, at Madvig fra starten af er i tvivl, om man skal henvise privatisterne til de lærde skolers eksamen, eller om man skal afholde en særlig prøve ved universitetet. Han får øjensynligt statsrådets accept af, at begge foranstaltninger kan træffes administrativt. Madvig overvejer altså på dette tidspunkt administrativt at sende privatisterne til prøve ved de lærde skoler. Han beslutter sig imidlertid endeligt for i stedet at lade afholde en særlig prøve for dem ved universitetet. Den foranstaltning, som ministeren bedyrer rigsdagen, at han end ikke kunne drømme om at ville gennemføre administrativt ("og jeg vilde have traadt tilbage, ..."), er altså netop den, han overvejede og fik statsrådets billigelse af at gennemføre administrativt. På denne baggrund er det vanskeligt at tage Madvigs redegørelse helt seriøst på dette punkt. Det fremgår også af statsrådsprotokollen, at Madvig i statsrådet alene omtalte foranstaltningerne som gennemførelsesforanstaltninger og som administrative foranstaltninger. Ligeledes er dette klart holdningen i ministeriets ovenfor citerede skrivelse til generalprokurøren. Handlingsforløbet viser også, at det for Madvig har været ret væsentligt at få gennemført foranstaltningerne uden om rigsdagen. Og det gjorde han.

Om Madvig havde regnet med at blive mødt med kritik i rigsdagen er umuligt at vide. Det har for så vidt også kun betydning til belysning af, om han har ført statsrådet bag lyset. Det givne er imidlertid, at da kritikken blev rejst, havde Madvig realistisk bedømt ikke anden mulighed end at forsøge på at overbevise rigsdagen om, at regeringens handlemåde var korrekt. Der er ikke tale om nogen redegørelse, der kan tolkes som et responsum. Der er ifølge sagens natur tale om en forsvarstale. Så vidt jeg kan se, er den bygget op således, at Madvig først udførligt omtaler de foranstaltninger, han er sikker på kan forsvares. Når han således har vundet forsamlingens tillid - og dens opmærksomhed er blevet tilsvarende mindre - går han over til at omtale det virkelig tvivlsomme tilfælde. Han forsøger ikke nogen analyse af dette tilfælde. Tværtimod nævner han andre foranstaltninger af me-

re indgribende karakter, som han så kan tage afstand fra at ville have gennemført. Videre understreger han flere gange, at det har været hans intention ikke at forstyrre rigsdagen med ting, den nok ville opfatte som petitesser. Derimod har det ligget helt klart uden for hans bevidsthed, at det højere undervisningsvæsen skulle være unddraget rigsdagens kompetence.

At fortolke Madvig, som Max Sørensen gør, og som Poul Meyer er på vej til at gøre, er, så vidt jeg kan se, udtryk for en ukritisk anvendelse af empirisk materiale i retlige analyser. Man går ud fra, at Madvigs intention er at redegøre for, hvorfor man har udstedt disse bestemmelser administrativt og ikke at forsvare, at man rent faktisk har gjort det. Denne forskel bliver relevant, hvis man antager, at det er muligt, at regeringen har truffet sin afgørelse ud fra andre præmisser end rent retlige. At man måske har anset andre hensyn for at være væsentligere end de retlige betragtninger, der i dette tilfælde oven i købet ikke er helt entydige.

Madvigs udtalelse kan tages til indtægt for, at administrationen uden lovhjæmmel kan udstede regler for embedsmændenes udførelse af deres virksomhed, - regler der benævnes tjenestebefalinger, cirkulærer eller forvaltningsanordninger. Det er disse forskrifter, ministeriet i skrivelsen til generalprokurøren benævner som "reent administrative". De øvrige regler, som altså retter sig til borgerne, kan administrationen alene udstede til udførelse eller gennemførelse af lovregler eller førkonstitutionelle regler. I relation til grl. § 3 har det ingen betydning, om man vil henføre disse anordninger til grl. § 22 om kongens pligt til at drage omsorg for lovens fuldbyrdelse eller alene til den lov, anordningerne er udstedt til fuldbyrdelse af. Hvis man holder sig til denne fortolkning af Madvigs udtalelse, får man et billede af retsstillingen, som fuldt ud svarer både til det, statsrådet har tiltrådt, og generalprokurørens udtalelse. Den sidste del af Madvigs redegørelse kan derimod ikke ses som andet end udslag af et politisk fuldt forståeligt forsøg på at forsvare en handle måde, der i hvert fald har været på grænsen af det ulovmedholdelige. At Madvig til dette formål ikke støtter sig på retlige betragtninger, men i stedet søger at sløre problemet mest muligt er vel forståeligt.

## VI. Forvaltningens aftaler.

Det er ovenfor flere gange nævnt, at legalitetsprincippet ofte begrænses til de tilfælde, hvor staten handler som statsmyndighed og ikke omfatter de tilfælde, hvor den alene optræder som privatretlig subjekt. At staten i kraft af sin stilling som f.eks. ejer af fast ejendom kan udøve en magt ved at foretage dispositioner over ejendommen har været accepteret i hele vor konstitutionelle periode. Ligeledes har det været accepteret, at forvaltningen i disse tilfælde kan disponere uden positiv lov-hjemmel.

Legalitetsprincippet herhjemme er også på dette punkt i fuld overensstemmelse med den oven for flere gange nævnte tyske teori fra forrige århundrede, - Labands lære. Det er derfor misvisende, når Jørgen Mathiassen i Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler mellem forvaltningsmyndigheder og private, Kbh. 1974 p. 152 udlægger tysk teori omkring århundredskiftet, herunder Labands fremstillinger, således:

"På det nærmeste var aftalen på forhånd forkastet som et eksisterende fænomen - begrebmæssigt stred den simpelt hen imod den offentlige rets væsen. I bedste - og altså samtidig værste - fald var den et fremmedlegeme, som ved en misforståelse var sluppet indenfor i den offentlige rets begrebsverden." 99)

Det fremgår af p. 154, note 8, at Mathiassen undrer sig over, at Laband anså tjenestemandsforsholdet som hvilende på en aftale. Det harmonerer ikke med Mathiassens fremhævelse af, at det er karakteristisk for de ældre tyske fremstillinger, at de så statens væsen i dens absolutte hersker-magt over undersåtterne.

Mathiassens udlægninger af Labands lære er nærmest eksempel på en metodisk standardfejl. Nok behandlede man i de offentligretlige fremstillinger ikke kravene til det offentliges indgåelse af aftaler. Man kan blot ikke herfra slutte til, at man var fremmed over for selve fænomenet. Tværtimod anså man det for helt naturligt at også staten kunne være privatretlig subjekt. Når man ikke behandlede denne del af statens virke var det alene, fordi den henhørte under de almindelige privatretlige regler. Forvaltningens aftaler stred imod den offentlige rets væsen, for så vidt som de regnedes til privatretten. Forvaltningens aftaler bliver først relevante for den offentlige ret i det øjeblik, man erkender, at staten i disse tilfælde ikke er eller bør være lige så frit stillet som den private borger.

---

99) Jfr. i øvrigt Sundberg: Förvaltningsrätten och de juridiska studierna. Några reflexioner i anledning av Nils Herlitz' Forelasningar i förvaltningsrätt II och III i Sv.J.T., 1951, p. 81, der synes at indtage samme holdning til den tyske teori.

Som nævnt har det været den overvejende opfattelse i teorien, at forvaltningen uden lovhjemmel kunne indgå sådanne aftaler, der udsporang af privatretlige regler. Omvendt har man ofte antaget, at forvaltningen ikke kan udvide sine beføjelser ved at indgå sådanne aftaler på områder, hvor den ellers ville udstede forvaltningsakter.<sup>100)</sup>

Når man inddrager denne del af den traditionelle læres legalitetsprincip, bliver forskellen mellem denne lære og Max Sørensens variant noget udvisket. Det karakteristiske for aftalerne er, at det offentlige ikke optræder som den, der befaler gennem påbud eller forbud. Der gøres i disse tilfælde ikke indgreb i borgernes frihed og ejendom i snæver forstand, og tilfældene harmonerer således også med Max Sørensens udformning af legalitetsprincippet. Der er naturligvis den forskel, at Max Sørensens område for denne ulovhjemlede kompetence for forvaltningen er videre end efter traditionel teori. I den traditionelle teori kan forvaltningen alene handle over for borgerne i det omfang, der er tale om privatretlige dispositioner. Hos Max Sørensen gælder derimod ingen tilsvarende begrænsning. Der er ingen grund til at overdrive forskellen mellem de to opfattelser. Et af hovedproblemerne i denne forbindelse er netop at afgøre, hvornår en handling fra det offentlige side er udslag af privatretlige beføjelser, og hvornår forvaltningens aktivitet er en myndighedsudøvelse. Grænsen mellem disse to områder er flydende, og man bør næppe engang forsøge at trække den alt for skarpt op. En egentlig grænsedragning vil være udtryk for en ganske bestemt opfattelse af statens opgaver i et moderne samfund. Det er vel principielt netop udøvelsen af disse opgaver, der er karakteriseret ved at falde uden for det snævre privatretlige område, og som altså befinder sig i et område, hvor forvaltningen derfor principielt kan hævdes at skulle have hjemmel for sin aktivitet, også selv om denne har karakter af aftaler med de implicerede borgere.

Postvæsenet er et af standardeksemplerne fra diskussionen om forvaltningen i et givet tilfælde optræder som privatretlig subjekt eller som offentlig myndighed. Al lerede Benzon-Buchwald 1846, p. 328 plæderer som nævnt for, at forvaltningen ikke i sådanne tilfælde er at ligestille med en privat part, men at borgerne reelt er tvunget til at benytte det offentlige postvæsen, og at takstfastsættelsen derfor bør have lovhjemmel. Problemstillingen optræder også hyppigt i senere teori. Således hævder Matzen 1895 III p. 9, at taksterne kan fastsættes uden lovhjemmel. I øvrigt med hævdet - men særdeles tvivlsom - støtte hos

100)

Jfr. Poul Andersen 1965, p. 476.

Schell 1865 p. 73-74. Det er nærmest beskæmmende, at problemstillingen drøftes så sent som i Poul Andersen 1954 p. 542-543, omend det bør nævnes, at Poul Andersen når til samme resultat, som Benzon-Buchwald hævdede over 100 år tidligere.

I øvrigt bør påpeges, at i det omfang, man anvender natvægterstaten som udgangsmodel, begrænses statens opgaver netop til befalingstilfældene. Man vil således være tilbøjelig til at opfatte alt andet end befalinger som udtryk for, at staten handler som privatretlig subjekt og derfor ikke behøver lovhjæmmel. At dette ikke har haft større betydning i tiden efter grundlovens givelse hænger sammen med, at de fleste af disse dispositioner er udgiftskrævende, og at forvaltningen er bundet af rigsdagens bevillingsret. Det har dog også haft en vis betydning, at man allerede i midten af forrige århundrede havde forladt natvægterstaten som udgangspunkt for afgrænsningen af statens opgaver. Man kan da blot undre sig over, at denne holdning til statens opgaver stadig har en vis afsmitning på juridiske fremstillinger, således som det netop er tilfældet med Max Sørensens. At natvægterstaten også på det mere abstrakte plan i et vist omfang er udgangspunktet for enkelte jurister er bl.a. påvist af Zahle for så vidt angår Ross' fastlæggelse af retsbegrebet, Kritik af en retsteori, Om Alf Ross' opfattelse af retsvidenskaben i TFR 1974, p. 361. Essensen i Zahles kritik er, at når Ross anser statens tvangshåndhævelse for et konstituerende led i retsbegrebet, er dette netop et udtryk for, at staten bestemmes ud fra natvægterstatsmodellen. Dette bevirker, at denne del af Ross' bestemmelse af retsbegrebet ikke er særlig adækvat for store dele af den offentlige ret. Det er muligvis filosofisk holdbart, privatretligt og strafferetligt adækvat at hævde, at det er et væsentligt karakteristika for retsreglerne, at statens fysiske tvangsmagt om fornødent står bag reglerne. Det er derimod ikke noget, der letter tilegnelsen af en socialretlig problemstilling, såfremt man begynder at diskutere, om staten i givet fald vil anvende fysisk magt mod sig selv for at gennemtvinge en socialretlig regel. Der er grund til at forvente, at denne del af Ross' retsfilosofi kan have en uheldig indflydelse netop på hans fremstilling af grl. § 3. Som ovenfor nævnt i forbindelse med gennemgangen af Ross' kritik af det traditionelle legalitetsprincip arbejder han netop med sondringen, om staten optræder som privatretlig subjekt, eller om den optræder som befaler. En sondring, det, som fremhævet i tilknytning til et citat af Eckhoff, ikke lykkes ham at klargøre overbevisende. Denne del af Ross' analyse har antagelig nær forbindelse med hans binding til natvægterstaten.

I det hele taget er det næppe rimeligt at anskue disse grænseområder udelukkende eller primært ud fra en legalitetssynsvinkel. Det er sandsynligvis mere frugtbart helt at se bort fra den principielle grænse og i stedet primært tage stilling til problemerne ud fra en magtfordrejnings-synsvinkel.<sup>101)</sup>

-----

101) Jfr. J. Trolle: Magtfordrejning og det offentliges "private Ejendomsret" i Festskrift til Poul Andersen, Kbh. 1958; Bent Christensen: Forvaltningens grænseområder i NaT 1969 p. 239-253 og Jørgen Mathiassen 1974, specielt p. 176 og 579-591 om retspraksis. For norsk ret synes samme linie fulgt, jfr. Eckhoff 1963 p. 270-285 og 1975 p. 163.

At forskellen mellem forvaltningens optræden som privatretlig subjekt og som myndighed er fremhævet i denne afhandling skyldes altså ikke, at den anses for værdifuld for analysen af en konkret forvaltningsretlig situation, men alene at det i relation til den tåge, teorien efterhånden har ladet tilsløre gvl. § 3, kan være nødvendigt at markere de principielle eller oprindelige grænser for at nå til en samlet fortolkning af hele bestemmelsen. I denne forbindelse er det af en vis relevans, at den traditionelle udformning af legalitetsprincippet overhovedet ikke omfatter forvaltningens privatretlige dispositioner.

## VII. Legalitetsprincippet og grl. § 3.

Der er ovenfor foretaget en udførlig gennemgang af legalitetsprincippet udformning i dansk retsteori. Formålet hermed har primært været at analysere teorien. Analysen har ikke tilsigtet at give et bidrag til den praktisk orienterede eller analytiske del af den almindelige forvaltningsret. Formålet har alene været at markere den traditionelle udformning af legalitetsprincippet. Det har været nødvendigt at behandle hele perioden fra stænderanordningen til idag for at påvise, at de versioner af legalitetsprincippet, der er givet i de nyeste fremstillinger, ikke er i overensstemmelse med den hidtidige teori, og at de argumenter, der er angivet for disse varianter, ikke er overbevisende.

Der har i teorien fra Kriegers afhandling i 1841 til Poul Andersens statsret fra 1954 - med undtagelse af Ernst Andersens disputats - været enighed om, at forvaltningen ikke uden lovhjemmel kan udstede forskrifter rettet til borgerne. Omvendt har man anset forvaltningen for berettiget til uden lovhjemmel at udstede forskrifter, der alene henvender sig til dens eget personel. I teoriens begrundelser for legalitetsprincippet har grl. § 3 ikke spillet nogen nævneværdig rolle. Det er ikke i den traditionelle teori hævdet, at forvaltningens ret til udstedelse af forvaltningsanordninger følger umiddelbart af grl. § 3. Der er derimod ofte som begrundelse for forvaltningens inkompetence til at udstede retsanordninger henvist til, at sådan udstedelse ville være i strid med grl. § 3, da disse anordninger i materiel forstand er love, og deres udstedelse derfor henhører under den lovgivende magt.

Det er påfaldende i forbindelse med teoriens udredninger af forvaltningens kompetence til udstedelse af forvaltningsanordningerne, at der gøres meget lidt ud af at forklare disses hjemmel. Man har ofte en fornemmelse af, at man fortolker den lovgivende magt således, at den angiver en kompetence over for borgerne, og at de interne forskrifter er en del af den udøvende magt. Udstedelsen af forvaltningsanordningerne skulle således være en del af de i grl. § 3 nævnte funktioner. Det besnærende i tankegangen er, at man på denne måde opnår en indbyrdes afgrænsning af den lovgivende og den udøvende magt.

Det er enkelte steder i den foregående analyse påpeget, at man i et vist omfang henfører forvaltningens kompetence til at udstede forvaltningsanordninger til kongens ret efter grl. § 14 til at bestemme ministrenes antal og forretningernes fordeling imellem dem. Man har ikke herved taget

stilling til disse anordningers forhold til grl. § 3, medmindre man som visse forfattere henregner prærogativerne til "den udøvende magt" i grl. § 3. Det er karakteristisk for en sådan påstand - at prærogativerne er indeholdt i § 3 - at den ikke har nogen betydning for gældende ret. Den er et rent teoretisk konstruktionsforslag til løsning af et problem, hvor teorien ikke har nogen grund til at forvente korrektioner fra praksis. Påstanden er i denne relation et vægtløst lod. Som det senere vil blive vist, er grl. § 3 i vidt omfang belagt med sådanne vægtløse lodder, som netop på grund af deres manglende betydning for gældende ret nærmest efter forgodtbefindende har kunnet indfortolkes i bestemmelsen.

Hvis man henfører kongens kompetence til udstedelse af forvaltningsanordninger til grl. § 3, er det nærliggende at anse den for indeholdt enten i udtrykket "den udøvende magt" eller i udtrykket "kongen". Problemstillingen er ovenfor berørt i forbindelse med Ross' kritik af det traditionelle legalitetsprincip. Som nævnt er forvaltningsanordningernes udstedelse for Ross øjensynlig en del af den udøvende magt og forudsætter som enhver anden del af denne magt eller funktion lovhjemmel. Imidlertid hævder Ross samtidig, at de omtalte anordninger kan udstedes i kraft af over- og underordningsforholdet, der er institueret ved lov. Når Ross i sin analyse af grl. § 3 desuden siger, at udtrykket kongen forudsætter, at forvaltningen er ordnet hierarkisk, er det nærliggende at henføre over- og underordningsforholdet og dermed forvaltningsanordningernes hjemmel til udtrykket "kongen" i grl. § 3.

Hele denne diskussion rejser spørgsmålet om, hvorledes en given funktion - at udstede forvaltningsanordninger - på en gang kan hævdes at være indeholdt i udtrykket "den lovgivende magt", "den udøvende magt" og (eller) udtrykket "kongen". Dette, at den omtalte funktion placeres i grl. § 3, men i forskellige dele af bestemmelsen, kan tyde på, at funktionen ikke naturligt hører hjemme nogen af de anførte steder, og at de nævnte fortolkninger alene har det tilfælles, at de uden dybere refleksion går ud fra, at det alene er et spørgsmål om, hvor i grl. § 3 funktionen hører hjemme.

Den nævnte problemstilling hænger, så vidt jeg kan se, sammen med tesen om, at de i grl. § 3 nævnte funktioner omfatter enhver funktion, der udøves af staten eller dens organer. Dette er en hel eksplicit forudsætning for Ross, men ligger givetvis latent bag de nyere danske fremstillinger af disse problemer. Alene udsagnet om lovgivers omnipotens efter grl. § 3 viser, at man accepterer denne tese om, at bestem-

melsen omfatter alle funktioner. Ligeledes er det en forudsætning for den almindelige tendens til at bestemme den udøvende magt negativt som de funktioner, der hverken er lovgivende eller dømmende, at bestemmelsen omfatter alle statsorganernes funktioner. Denne forudsætning bevirker, at man tvinges til at placere udstedelsen af tjenesteanordninger som en del af en af de tre nævnte funktioner. Opgiver man forudsætningen om, at de tre funktioner udgør en udtømmende opregning af statens eller dens organers funktioner, er det ikke helt så givet, at udstedelsen af forvaltningsanordningerne er en del af grl. § 3. Teoriens diskussion, om disse bestemmelser er omfattet af "den lovgivende magt" eller "den udøvende magt", kan være en skindiskussion. Forvaltningsanordningernes indhold udgør et meget bredt spekter fra bestemmelser om kontortid til bestemmelser om, hvorledes forskellige love skal fortolkes. Problemet kan derfor måske bedst belyses gennem en analogi.

Hvis man fastholder tesen om § 3-funktionernes altomfattende karakter, må den funktion at vedtage folketingets forretningsorden nødvendigvis være en del af en af de tre funktioner.<sup>102)</sup> Hvilken er imidlertid ikke helt let at afgøre. At der ikke er tale om en dømmende funktion, er indlysende. Om der er tale om en lovgivende eller en udøvende funktion er næppe helt så enkelt at afgøre. Sandsynligvis vil man være tilbøjelig til at anse det for en lovgivende funktion. Når grundloven udtrykkeligt henlægger denne kompetence til folketinget alene, skulle der for så vidt være tale om et brud på bestemmelsen i grl. § 3 om, at den lovgivende magt er hos konge og folketing. Ligeledes kunne man forsøge at placere eventuelle bestemmelser om forretningsgangen for statsrådets møder som en del af den lovgivende magt. Det kan meningsfuldt hævdes, at lovgiver bør have kompetencen til at fastsætte de to nævnte slags bestemmelser. Imidlertid er det ikke derfor givet, at det meningsfuldt kan hævdes, at de to nævnte funktioner er en del af "den lovgivende magt". Det karakteristiske for de to nævnte former for bestemmelser er, at de fastlægger måden, hvorpå lovgiver udøver sin lovgivende magt. At fastlægge bestemmelser for, hvorledes en given kompetence skal udøves, er ikke nødvendigvis en del af kompetencen. En ting er at lovgive, noget andet er at beslutte, hvilken fremgangsmåde man vil eller skal følge, når man lovgiver. Det er ikke hermed hævdet, at sondringen er absolut. At bestemmelserne for, hvorledes en given kompetence skal udøves, har stor indflydelse også på selve kompetencen, er fremhævet til

-----  
102) Poul Andersen 1954, p. 101 nævner imidlertid netop folketingets kollegiale beføjelser som faldende uden for grl. § 3.

utrættelighed i den almindelige diskussion om processens nærmere afgrænsning. Ligeledes er fremhævelsen af den nævnte sondring på ingen måde udtryk for en påstand om, at man ikke kan indfortolke kompetencen til at fastlægge reglerne for fremgangsmåden i reglerne om den primære kompetence. Det forekommer endog særdeles nærliggende at gøre det. Når loven henlægger en given kompetence til et bestemt organ, er det naturligt for, at dette organ skal udøve kompetencen. Hvis loven ikke indeholder bestemmelser om, hvorledes kompetencen nærmere skal udøves, betyder dette ikke, at der ikke kan træffes sådanne bestemmelser. Det vil i langt de fleste tilfælde være åbenbart, at det organ, der har fået tildelt en given kompetence også træffer de nærmere bestemmelser om, hvorledes denne kompetence skal udøves. Der vil derfor let være en tendens til at anse kompetencen til at fastlægge fremgangsmåden for en del af den primære kompetence. En sådan fortolkningsregel ændrer imidlertid intet ved den principielle forskel. Det er ingen hindring for, at en given kompetence tildeles et organ, og at det samtidig besluttet, hvorledes denne kompetence nærmere skal udøves, eller at det henlægges til et andet organ at afgøre, hvorledes den tildelte kompetence skal udøves.

Den nævnte sondring mellem kompetence og regler om kompetencens udøvelse er fremhævet i en artikel om Regeringsdannelse og grundloven af Peter Germer, J. 75.347. Det hævdes her, at grl. § 14 om kongens ret til at udnævne statsministeren og de øvrige ministre må fortolkes ud fra en "almindelig grundsætning" om, "at de organer som grundloven tillægger en kompetence har de stiltiende beføjelser som er nødvendige for at kunne udøve den pågældende kompetence." 103)

Hvis de nævnte betragtninger overføres til grl. § 3, er det første spørgsmål, der melder sig: hvorledes drages grænserne mellem de tre nævnte funktioner og de kategorielt forskellige funktioner: at fastlægge udøvelsen af de førstnævnte funktioner. Det er væsentligt at påpege, at der er tale om et retsdogmatisk problem. Til gengæld forekommer opgaven uløselig ud fra almindelig retsdogmatisk metode: der er

-----

103) At forfatteren i næste spalte synes at overse sondringen i relation til grl. § 3 hænger antageligt sammen med, at han antager den i nyere teori almindelige opfattelse, at grl. § 3 "forudsætter, at alle statslige beføjelser, bortset fra nogle positive grundlovsbestemmelser, går ind under fordelingen af lovgivende, udøvende og dømmende magt til ..." (Min fremhævelse). Han støtter sig på dette sted til Poul Andersen 1954. Det bør derfor nævnes, at Poul Andersen det anførte sted - p. 101 - ikke bruger vendingen 'alle statslige beføjelser', men derimod taler om 'al Statsmagt'. Som det senere vil blive påvist, er denne omskrivning ikke uvæsentlig.

næppe nogen retspraksis, sædvane, administrativ praksis eller lignende kilder til løsning af problemet. Til gengæld markerer grundloven klart problemstillingen. I § 3 bestemmes, at den dømmende magt er hos domstolene, og i § 61 er bestemt, at denne magtudøvelse kun kan ordnes ved lov. Klarere kan man vel ikke påvise et behov for den angivne sontring. Sondringen har imidlertid ikke givet vanskeligheder - for teorien - for så vidt angår den dømmende magt.<sup>104)</sup> Heller ikke forholdene vedrørende den lovgivende magts fremgangsmåde eller procedure har voldt vanskeligheder, omend også denne sontring er udtrykt i grundloven. Det er imidlertid karakteristisk, at der ikke i grundloven findes nogen bestemmelse, som klart fastlægger, hvem der bestemmer reglerne for forvaltningens fremgangsmåde. Der er derfor mulighed for, at denne kompetence kan tilkomme både lovgiver og forvaltningen selv - i grundlovens terminologi kongen. Såfremt kompetencen tilkommer lovgiver, kan den være såvel en del af den lovgivende magt som en kompetence, lovgiver har på et andet grundlag end grundlovens § 3, f.eks. sædvane eller den ovenfor omtalte 'Vereinbarung'.<sup>105)</sup> Spørgsmålet om tjenesteanordningernes hjemmel har derfor meget nær tilknytning til det i forrige kapitel behandlede spørgsmål om lovgivers kompetence og dennes forhold til grl. § 3. Såfremt man tager sit ud-

-----

104) Enkelte steder er det påpeget, at man teoretisk kunne tænke sig som en garanti for domstolenes uafhængighed at ændre grl. § 61 til, at domstolene selv fastsætter reglerne for den dømmende magts udøvelse, således Erik Bruel: Nogle Bemærkninger om Domstolenes saakaldte Uafhængighed, UFR 1953 B. p. 235. Teoretisk er synspunktet nok relevant, men efter min opfattelse også udelukkende teoretisk. Når det imidlertid i samme artikel p. 241 hævdes at være uheldigt, at landsretspræsidenternes beføjelser over for underretterne øges, kan dette end ikke teoretisk betragtes som relevant i relation til domstolenes forfatningsmæssige uafhængighed. Det kan forfatningsmæssigt kun have relation til en eventuelt forfatningssikret appellmulighed. Jfr. iøvrigt Harald Petersen: Om Domstolenes Uafhængighed i J. 64.521, der tilsyneladende end ikke medinddrager grl. § 61 i behandlingen af spørgsmålet om domstolenes uafhængighed.

105) Jfr. således V. C. Ussing: Om Domstolenes Forhold til den lovgivende Magt efter Grundloven, TFR 1863, p. 217: "Dersom nemlig det Tilfælde indtræffer, at en Beslutning i et i og for sig under den udøvende Magts Omraade henhørende Anliggende er bleven taget af den lovgivende Magt, at f. Ex. et Forhold, der kunde have været ordnet ved en af Kongen eller Øvrigheden udstedt Anordning, er bleven ordnet i en Lov, at en Undtagelse fra Lovgivningen, der kunde have været meddelt som Bevilling af Kongen eller Øvrigheden, er bleven givet i en Lov, eller at en hvilkensomhelst rent administrativ Foranstaltning er bleven besluttet i en Lov, - saa ligger der dog i Kongens Stadfæstelse af Loven et Samtykke fra den udøvende Magts Hoved, der maa medføre, at ethvert Spørgsmaal bortfalder om, at den lovgivende Magts Beslutning skulde ansees som et Indgreb paa den udøvende Magts Omraade, ..."

gangspunkt i, at det er meningen med eller en forudsætning for grundlovens § 3, at de tre organer skal være uafhængige, er det nærliggende at hævde, at forvaltningen selv fastlægger fremgangsmåden for udøvelsen af sin kompetence. At dette ville være en sikring af forvaltningens uafhængighed er givet.

Når man ikke har anset bestemmelsen i grl. § 61 om lovgivers kompetence til at fastlægge reglerne for domstolenes fremgangsmåde for et brud på domstolenes uafhængighed hænger dette sammen med, at termen "domstolenes uafhængighed" typisk kun dækker over uafhængighed af administrationen eller regeringen.

Som nævnt i forbindelse med gennemgangen af lovgivers kompetence i tiden efter 1849-grundlovens givelse var der visse tendenser til, at kongen nægtede at sanktionere lovforslag vedrørende administrationens indre anliggender. Der er imidlertid ikke holdepunkter for at antage, at han gjorde dette, fordi han anså dem for at være i strid med grl. § 3 eller andre grundlovsbestemmelser. Der er derfor hverken for domstolene eller forvaltningen noget argument for at hævde, at de er uafhængige af lovgiver i en sådan grad, at lovgiver skulle være afskåret fra at fastlægge retningslinjer for deres virke.

Når man opgiver tesen om de forskellige organers indbyrdes uafhængighed, opgiver man tesen om begrænsninger i lovgivers adgang til at fastsætte reglerne for de to andre organers virke. Heraf følger imidlertid ikke, at man også opgiver disse to organers mulighed for selv at fastlægge reglerne i det omfang, lovgiver ikke har normeret forholdet. Når en bestemmelse tillægger et organ en vis kompetence, forekommer det som nævnt rimeligt at gå ud fra, at lovens tavshed om regler for kompetencens udøvelse medfører, at organet er kompetent til selv at fastsætte disse regler. Når grl. § 3 henlægger den udøvende magt til kongen uden at fastlægge regler for, hvem der normerer denne kompetences udøvelse, er det derfor nærliggende at antage, at denne kompetence tilkommer forvaltningen, og at det netop er denne kompetence, der resulterer i udstedelse af forvaltningsanordninger. Kompetencen til at udstede forvaltningsanordningerne er derfor hverken indeholdt i begrebet 'kongen' eller i udtrykket 'den udøvende magt', men kan anses for indeholdt i bestemmelsen om, at den udøvende magt tilkommer kongen.<sup>106)</sup>

-----

106) Dette svarer forholdsvis nøje til indholdet af den ovenfor p. 69 citerede udtalelse af Matzen om forvaltningsanordningernes hjemmel.

Når forvaltningsanordningerne bestemmes som regler, der ikke gør indgreb i borgernes frihed og ejendom - eller mere korrekt regler, der ikke retter sig til borgerne - og omvendt den lovgivende magt karakteriseres netop ved regler, der retter sig til borgerne, er dette ikke udtryk for en grænsedragning mellem udtrykkene "den lovgivende magt" og "den udøvende magt".<sup>107)</sup> Tværtimod har forvaltningsanordningerne en kategoriel anden karakter end de i grl. § 3 direkte nævnte funktioner. Afgrænsningen mellem regler, der retter sig til borgerne og regler, der ikke gør det, vedrører i stedet afgrænsningen af § 3s samlede område. Det karakteristiske for alle de i grl. § 3 nævnte magter er, at de alene vedrører forholdet mellem stat og borger.

Denne fortolkning af grl. § 3, som altså går ud på, at bestemmelsen alene omfatter forholdet mellem stat og borger, har betydelig støtte i ældre teori. Den sproglige formulering var blot en lidt anden. Når Laband taler om statsmagts enhed, afviser Ross dette som metafysik. Givetvis har der undertiden været knyttet visse metafysiske forestillinger til begrebet. Det er en retsfilosofisk relevant problemstilling at undersøge dette nøjere, som Ross har gjort. Disse retsfilosofiske undersøgelser kan imidlertid ikke anfægte den retsdogmatiske del af Labands analyse.<sup>108)</sup> Labands anvendelse af begrebet statsmagts enhed medfører, at han ikke anser de regler, der retter sig fra den ene statsmyndighed til den anden for at være en del af den lovgivende

-----

107) At Ross' kritik bygger på den modsatte opfattelse ses tydeligt i følgende fra 1929 p. 390: "Die Unmöglichkeit, die Verwaltungsakte als Handlungen zu charakterisieren, leuchtet im übrigen von vornherein aus dem Umstande ein, dass das Gebiet der Verwaltung als Komplement zu dem der Gesetzgebung bestimmt wird. Da nun das Gesetzgebungsgebiet nicht alle staatlichen Befehle umfasst, sondern nur 1) die generellen und 2) die, die unmittelbar die Bürger angehen - so ist es umgekehrt notwendig, dass der Verwaltungsbegriff die so ausgeschlossenen Befehle umfasst, also 1) die individuellen und 2) die, die sich nicht unmittelbar an die Bürger richten. Aber hiermit wird die fundamentale Wesensverschiedenheit zwischen Gesetz und Verwaltung aufgehoben".

108) Jfr. Stuer Lauridsen 1974 p. 52-55, hvor der advares imod at overvurdere retsfilosofiens betydning for den retlige dogmatik. Omend det anvendte eksempel fra Bornemann ikke er overbevisende, er hovedsigtet som ovenfor at påvise, at tidligere retsvidenskabs metafysiske formuleringer ofte har et indhold, hvis værdi og rigtighed ikke er afhængig af metafysikkens filosofiske holdbarhed. Det må gælde så meget desto mere som man vel i vidt omfang har erkendt, at når man taler om staten som en person med vilje og handleevne, er der blot tale om billedsprog, jfr. således Andenæs: Statsforfatningen i Norge, Oslo 1945, p. 80.

magt i materiel forstand. <sup>109)</sup> Og dette skyldes netop, at han tager udgangspunkt i, at det er statsmagten, der er delt i tre funktioner. Statsmagten betyder for ham slet og ret statsmaskineriets magt over for borgerne. Som nævnt er det karakteristisk for Labands lære, at han ikke benytter begrebet "indgreb i borgernes frihed og ejendom". Dette skyldes, at Labands afgrænsning af den selvstændige anordningsmyndighed hviler på den forudsætning, at den lovgivende, den dømmende og den udøvende magt er dele af statsmagten. Om det er rimeligt at tage udgangspunkt i begrebet statsmagt er naturligvis ikke hermed afgjort. En del momenter taler dog for dette udgangspunkt.

Et meget væsentligt argument herfor er, at man på denne måde opnår en harmoni med hele den traditionelle teoris legalitetsprincip. Ligeledes kan anføres, at i Monrads udkast til grundloven <sup>109a)</sup> er magtfordelingen udtrykt i §§ 3-6. De tre sidstnævnte paragraffer omhandler hver sin funktion, medens § 3 lyder:

"Statsmagten er lovgivende, udøvende og dømmende".

Der findes næppe nogen forklaring på, hvorfor man forlod denne formulering, og det kan derfor ikke tillægges væsentlig betydning, at man anvendte begrebet statsmagten i grundlovens forarbejder: Imidlertid er der ingen grund til at nægte, at selve begrebet 'statsmagten' i datiden havde en vis magt over sindene. <sup>110)</sup> Dette er da for så vidt også ganske naturligt som et af enevældens karakteristika netop

-----

109) Ross hævder 1929 p. 397, at en norm fra lovgiver til forvaltningen selv ifølge Laband må være en retsnorm, da der her er 'ein Unterschied zwischen Normgeber und Normempfänger'. Om der er en sådan forskel eller ikke, afhænger ganske af udgangspunktet, og Laband går som sagt ud fra statsmagtens enhed. Altså er der iflg. ham ikke en sådan forskel. Når Ross kalder det Labands kunstgreb at påstå, at disse regler ikke er retsregler, og derfor ikke binder forvaltningen, er det positivt forkert. Som understreget i forbindelse med det formelle lovs princip er alle formelle love bindende for forvaltningen, også ifølge Laband.

109a) Monrads første (egenhændige) Udkast til Grundloven (Materiale til en Forfatning). Rigsarkivet.

110) Som eksempler kan nævnes, at Ørsted 1949 p. 114 taler om "Statsmagtens Deling", Tscherning: Til Bedømmelse af Forfatningsstriden, Kbh. 1865 p. 36 om "Statsmagtens forgrenede Ytringsformer" og Berlin 1906 p. 36 om "Fordeling af Statsmagtens vigtigste Hovedfunktioner". Af nyere kan nævnes Poul Møller: Politik, Parlamentarismens sejr og krise, Kbh. 1972 p. 46: "Spaltning af statsmagten". Andre steder, f.eks. Jørn-Ulrich Kofoed-Hansen: Om beviskravet i afbetalingslovens § 1, stk. 2, J. 1973 p. 413 hævdes grl. § 3 at udtrykke en "tredeling af samfundets magtfunktioner".

er, at kongen har den samlede statsmagt.<sup>111)</sup> At man i denne forbindelse tænker på kongens magt over undersåtterne er givet.<sup>112)</sup> Der er imidlertid næppe grund til nogen udførligere argumentation for at begrebet statsmagt er centralt for forståelsen af magtadskillelærelæren og grl. § 3. Det er således karakteristisk, at selv Ross bruger begrebet i udgangspunktet for sine analyser. Således lyder hans første forudsætning, der hævdes at være et nødvendigt led i fortolkningen af grl. § 3:

"Statsmagtens funktioner kan udtømmende opdeles i tre kaldet henholdsvis "den lovgivende magt", "den udøvende magt" og "den dømmende magt"."<sup>113)</sup>

Man skulle således forvente, at Ross ville nå til den ovenfor nævnte fortolkning af § 3s område. Når han ikke gør det, skyldes det antagelig det ovenfor forklarede forhold, at hans indgangsvinkel til grl. § 3 i vidt omfang er rent retsfilosofisk, og at han ligesom presser en bestemt retsfilosofisk opfattelse ned over bestemmelsen.

Det kan forekomme overraskende, at Ross således skulle være faret vild i sine egne begreber. Det er imidlertid påfaldende, at den begrebsanalytiske afhandling, som er forudsætningen for hele hans fortolkning af grl. § 3 alene omfatter en analyse af begreberne stat og statsorgan.<sup>114)</sup> Hans hovederinde i denne forbindelse er at påvise, at hidtidig teori har drøftet en række rene skinproblemer, der alene kan tilskrives metafysikkens vildfarelser. Han foretager derfor den efter hans opfattelse relevante analyse af, hvornår en given handling - faktisk eller retlig - kan tilskrives staten. Denne begrebsanalyse, som hævdes at være af væsentlig betydning for hans analyse af grl. § 3, indeholder derimod intet om begrebet "statsmagten", der som nævnt fremhæves i Ross' første forudsætning for forståelsen af grl. § 3. Han nævner i selve artiklen om

-----

- 111) Jfr. for tysk ret således Starck 1970 p. 15, hvor det påpeges, at forrige århundredes juridiske begrebsverden i vidt omfang var præget af enevældens begreber.
- 112) Se f.eks. Sneedorff 1757 p. 79, hvor "Stats-Retten" bestemmes som "det Forhold, som der er imellem Regenten og Undersåtterne". Om det parallelle spørgsmål om offentlig ret som juridisk disciplin, jfr. Ole Fengers historiske oversigt: Den juridiske paddehat, Stud.jur. 1944, p. 209-214.
- 113) Ross 1959 p. 23.
- 114) Der er i flere af anmeldelserne givet udtryk for en vis skepsis over for denne del af Ross' analyser. Nordskov Nielsen 1961 p. 337-338, Poul Meyer: Begrebsforvirring i statsretten, UFR 1959 B p. 258 og Opsahl 1962 p. 296 og specielt p. 304 note 26 påpeger alle det betænkelige i, at Ross ikke oplyser formålet med sine begrebsanalyser, men lader dem fremstå som objektive sandheder, der så måske senere skal bruges i en given sammenhæng.

magtadskillelsen, at han alene anvender ordet magt i dets funktionstydning og altså ikke anvender det som betegnelse for et eller flere organer. 115) Det er nærliggende at læse Ross således, at han opfatter begrebet statsmagt alene som en samlebetegnelse for alle de funktioner, der kan tilskrives staten. Dette giver en vis forklaring på, hvorfor hans begrebsanalyse alene koncentrerer sig om at afgøre, hvad der forstås ved et statsorgan og hvornår en given handling kan henføres til staten. Når statsmagten for Laband ikke er en sådan samlebetegnelse, skyldes det ifølge Ross, at Laband identificerer staten med et menneske. Hvilket er retsfilosofisk angribeligt. Hermed er der imidlertid ikke argumenteret for, at statsmagten betyder det samme som alle de funktioner, der varetages af statsorganer. Ross påpeger selv, hvad alle er enige om, at det er karakteristisk for såvel magt som myndighed, at de implicerer en mulighed for at befale over andre. 116) Det er altså en forudsætning for at tale om magt, at der er en, der har denne mulighed. 117). Magten er en relation imellem to, der ikke må være sammenfaldende. Det er dette, der ligger i termen "andre". Det, der er magt for en person, er ikke givetvis magt over et organ, hvoraf denne person er en del. Hvis nemlig den, magten er over, også er en del af organet, er der ikke tale om en mulighed for organet til at befale over 'andre'. Der er derfor ikke tale om en magt for organet. For at belyse dette - der næppe kan karakteriseres som metafysik - skal anføres et par eksempler. Man kan tale om USAs magt over de øvrige Nato-lande. Hvis man derimod vil tale om Natos magt, har det ikke meget mening at medregne den magt, USA har over de andre lande, for når man spørger om Natos magt, mener man, hvad Ross erkender, magt over andre. Ligeledes vil det, hvis man spørger om USAs magt være misvisende at begynde at opremse den indflydelse, der tilkommer hver enkeltstat i forhold til de øvrige. Noget andet er, at de nævnte interne magtrelationer har stor betydning for, hvilken magt organet rent faktisk er i stand til at udøve. Interne splittelser vil altid svække et organs magtposition. Dette gør imidlertid ikke de interne magtrelationer til en del af organets magt, men viser alene sammenhængen mellem magten og dens udøvelse.

-----  
115) 1959 p. 28

116) Ross 1959, p. 17. Den ganske almindelige betragtning findes f.eks. også hos Erik Rasmussen 1968 I p. 64. I tysk retsteori udtrykkes betragtningen f.eks. således: "Sodann erfordert der Befehl, ..., dass mindestens zwei Personen vorhanden sind: eine, welche die Anordnung erlässt, und eine andere, an welche sie sich richtet". Seligmann p. 46.

117) Når Ross 1959 p. 17-19 hævder, at 'staten' ikke kan være logisk subjekt, skal dette muligvis forstås som en benægtelse af, at statsmagten har en bærer. Hvad det betyder, når Ross selv bruger termen 'statsmagten', er noget uklart.

Når Ross anvender begrebet statsmagten, forudsætter dette rent sprogligt en eller anden enhed. Laband forklarede dette ved at sammenligne staten med et individ, hvilket Ross forkaster som ren metafysik. Hermed har han imidlertid ikke ændret det grundlæggende faktum, nemlig at magten går ud på at herske over andre, og at statsmagten derfor ikke - i hvert fald i normal sprogbrug - er det samme som alle de i en stat eksisterende magtrelationer, der kan tilskrives det offentlige. Statsmagten forudsætter en enhed på organsiden, og borgerne er netop objektet for denne magt. Man anvender ikke udtryk som 'en stærk statsmagt' for at beskrive et samfund, hvor statsministeren er regeringens stærke person, men tværtimod et samfund, hvor statsorganerne har en magtfuld position over for borgerne. Når man derimod taler om statens magt, associerer man typisk til andre stater eller mellemfolkelige organisationer. 118)

Såfremt den her nævnte fortolkning af området for grl. § 3 er rigtig, vil dette ikke alene vise sig i de tre nævnte organers interne magtrelationer, men også i deres indbyrdes magtrelationer. Det vil altså betyde en fornægtelse af at indfortolke checks and balances direkte i de tre i grl. § 3 nævnte funktioner. Dette problem vil blive taget op i slutningen af afhandlingen, idet det har været mest udførligt diskuteret i forbindelse med domstolenes prøvelsesret med loves grundlovsmæssighed. I det følgende vil der derimod blive taget stilling til, hvad der ligger i begrebet "den udøvende magt", når man ikke antager, at begrebet omfatter tjenesteanordninger.

Det bør måske til slut i dette afsnit nævnes, at det er karakteristisk for de forfatningsretlige fremstillinger til og med Berlin, at de anvender ordet "statsmagt" i definitionen af faget statsret. Hos Poul Andersen og i de efterfølgende fremstillinger forekommer begrebet statsmagt derimod ikke.

Således hedder det hos Berlin I, 1937, p. 1: "Ved Statsret i videste Forstand forstaas den Del af den offentlige Ret, der omhandler Statens organisation og dens Forhold til de dens Statsmagt underkastede Individier og underordnede politiske Samfund." De tidligere fremstillinger er så godt som enslydende hermed, jfr. Benzon-Buchwald 1846, p. 1, J.E. Larsen 1857 p. 1

-----

- 118) Det er således næppe tilfældigt, at begrebet 'statsmagt' ikke indgår i Haenels analyse af lovsbegrebet, jfr. Haenel 1880 og 1888, der normalt regnes for den mest kvalificerede kritik af Labands lære, jfr. f.eks. Kelsen: Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, Juristische Blätter, Jahrgang 42, 1913, her citeret efter optryk i Wienerrechtstheoretische Schule, bd. 2, Frankfurt m.fl. 1968 p. 1563, hvor Haenel hævdes at være den eneste nævneværdige kritiker.

(anvender ikke begrebet statsmagt, men taler om forholdet mellem den øverste magt og undersåtterne), Holck 1869 p. 1, Matzen I 1895 har ikke nogen egentlig definition, men taler f.eks. p. 19 om "Statsmagtens Hovedfunktioner".

I Poul Andersen 1954 p. 3 hedder det derimod: "Statsret bliver Forfatningsret og kommer til at omhandle Retsnormerne for de øverste statsorganers Konstituering og Virksomhed, hos os navnlig Retsnormerne vedrørende Kongen, Ministrene og Folketinget". De efterfølgende fremstillinger udtrykker - mere eller mindre præcist - samme tankegang og i ingen af dem har ordet "statsmagt" vundet indpas, jfr. Ross I 1966 p. 11, Max Sørensen 1973 p. 13 og Ole Espersen 1973 p. 19.

I den periode, hvor de forfatningsretlige fremstillinger afgrænser statsretten ved hjælp af begrebet 'statsmagt', er der enighed om, at der kræves lovhjemmel - eller ligeværdig hjemmel - for at regeringen kan udstede forskrifter, der retter sig til borgerne, men at regeringen til gengæld uden lovhjemmel kan udstede forskrifter, der alene retter sig til embedsmændene. I perioden derefter er der hverken enighed om statsrettens nærmere bestemmelse eller om legalitetsprincippet udstrækning, - endsige idéen bag sondringen mellem forskrifter, der retter sig til borgerne og forskrifter, der alene henvender sig til forvaltningens eget personale.

Det er næppe helt uberettiget at anse denne skillelinie for også at være udtryk for et skel mellem en teori, der byggede på en idé om statens væsen og en ny helt analytisk-eller måske snarere atomar teori -, der koncentrerer sig om de enkelte spørgsmål og deres - isolerede - løsning.

## Kapitel VI

### DEN UDØVENDE MAGT. ET PAR VÆGTLØSE LODDER.

Traditionelt antages den udøvende magt at omfatte visse særligt præciserede beføjelser, som fremgår af specielle grundlovsbestemmelser, f.eks. §§ 14 og 24. Videre antages det, at begrebet den udøvende magt indeholder den funktion, der kaldes forvaltning eller administration.<sup>1)</sup> Der er ikke i teorien fuldstændig enighed om denne bestemmelse af den udøvende magt. Dels er det tvivlsomt, om den del af den udøvende magt, der betegnes som forvaltning, alene omfatter retsakter, eller om den også omfatter faktiske handlinger. Ligeledes er det omstridt, om de beføjelser, kongen har i medfør af specielle grundlovsbestemmelser - ofte betegnet som de kongelige prærogativer - er at betragte som en del af den udøvende magt eller ligger uden for dette begreb. Det følgende vil indeholde en gennemgang af disse problemer og et forsøg på nærmere at forklare deres opståen.

#### I. Forvaltning.

Der er i teorien almindelig enighed om, at forvaltningen er den væsentligste funktion i "den udøvende magt". Ligeledes er der enighed om, at funktionen ikke lader sig definere ud fra grundloven. Der henvises i stedet til de almindelige love eller andet retsgrundlag, som nærmere opregner hvilke funktioner, der varetages som forvaltning. Det nærmeste, man kommer en grundlovsfortolkning af funktionen, er ved at bestemme den negativt som omfattende de funktioner, der hverken er lovgivende eller dømmende.<sup>2)</sup> Man synes allerede ved denne bestemmelse at være havnet i betydelige vanskeligheder. Man har som ovenfor nævnt været særdeles tilbøjelig til at bestemme den lovgivende magt således, at den omfatter enhver retsakt, - dog ofte med forbehold over for "den dømmende magt". Det kan betragtes

-----

- 1) Jfr. Matzen III 1891 p. 133-139, Berlin II, 1939 p. 158-164, Poul Andersen 1954, p. 98-99, Ross 1959 p. 64-68, Max Sørensen 1973 p. 255-257, Ole Espersen 1973 p. 78-79, Krarup og Mathiassen 1972, p. 7-10 og Haagen Jensen og C.Aa. Nørgaard 1973 p. 24.
- 2) For dansk ret, se foranstående note. For norsk ret kan nævnes Andenæs 1945 p. 182: "Forvaltning er all den offentlige virksomhet, som ikke er lovgivning eller rettspleje".

som et vist paradoks først at henføre enhver funktion til lovgivers kompetence for derefter at henføre resten af funktionerne til kongen. Dette problem kan løses på to forskellige måder. Enten kan man hævde, at "den lovgivende magt" ikke omfatter enhver beslutning, lovgiver måtte ønske at træffe - at lovgivers omnipotens i hvert fald ikke følger af grl. § 3 alene. Ellers kan man vælge at fortolke forvaltningen som omfattende de beslutninger, lovgiver overlader til forvaltningen. Det sidste er ensbetydende med, at man alene lader forvaltningen bestemme ud fra loven og andre retsregler af lavere trin end grundloven. Såfremt forvaltningen alene lader sig bestemme på grundlag af andre retsfor skrifter end grundloven, indeholder grl. § 3, 2. pkt. om, at kongen har den udøvende magt, ikke nogen kompetence for kongen. Bestemmelsen indeholder, som Poul Meyer har udtrykt det, ikke en kompetencenorm.<sup>3)</sup> Det er derfor nærliggende at spørge, om bestemmelsen overhovedet har noget indhold. Det kan i denne forbindelse tænkes hævdet, at bestemmelsen fremhæver et krav om, at forvaltningsfunktionerne skal adskilles fra lovgivning, - og de dømmende funktioner. Det er imidlertid vanskeligt at acceptere, at grundloven skulle kræve, at lovgiver respekterede en sådan adskillelse mellem lovgivning og nogle funktioner, som lovgiver i øvrigt selv nærmere bestemte og fastsatte. Det er da også karakteristisk, at teorien ikke opstiller en sådan fortolkning.<sup>4)</sup>

-----

3) 1959, p. 96.

4) Synspunktet er dog ikke ukendt andre steder. Således kan nævnes nogle bemærkninger i Folketingets forhandlinger 1974/75, 2. samling sp. 7175, 7184, 7190 og 7210 til et dagsordensforslag gående ud på, at folketetinget pålagde statsministeren at sørge for, at hindringerne for den normale buskørsel inden for Hovedstadsområdet Trafikselskab fjernedes inden en kort frist. Forslaget var stillet af Glensgård (FP), og Schlüter udtalte, at forslaget var udtryk for forfatningsfusk, da det følger af grl. § 3, at kongen og folketetinget i forening skriver lovene, og at den udøvende magt ligger - og ligger alene - hos regeringen. Han mente derfor, at folketetinget snarere skulle udtrykke en understregning af magtens tredeling, og at det er regeringens ansvar at lov og orden opretholdes. Glistrup (FP) fandt intet forkert i, at folketetinget som statsministerens overordnede pålagde ham at opfylde de forpligtelser, han ikke selv sørgede for at opfylde. Centrum-Demokraterne hævdede, at dagsordensforslaget ville forflygtige regeringens ansvar, da forudsætningen for at gøre regeringen ansvarlig må være, at regeringen i et vist omfang selv overvejer, hvilke midler den vil bruge i sin politik. En variant af samme problemstilling mødes ofte i dagspressen: det er grundlovsstridigt, at de forskellige folketingsmedlemmer gennem henvendelse til ministre og gennem pladser i diverse administrative råd og nævn øver direkte indflydelse på lovenes administration, jfr. f.eks. Fleicher Michaelsen: Ministrene overtræder grundloven hver dag, Jyllands Posten den 15.2.1976 og samme blads leder: Tænk på Struense den 17.2.1976.

Det er et velkendt fortolkningsprincip inden for al retsvidenskab, at formodningen ret så kraftigt er for, at enhver bestemmelse har retlig betydning. Det er muligvis denne formodning, der har ført Ross til at lægge afgørende vægt på ordet "Kongen". Ross hævder, at dette udtryk indeholder en forudsætning om, at forvaltningsorganerne udgør en organisatorisk enhed. Denne enhed konstitueres som flere gange nævnt gennem forvaltningens hierarkiske opbygning. Ross påpeger på denne måde et nyt - i hvert fald ikke tidligere erkendt - retsdogmatisk problem: At en række af forvaltningsopgaverne varetages af organer, der er selvstændige i forhold til ministrene, er i strid med grl. § 3. Det er ovenfor påvist, på hvilket grundlag Ross når til denne fejlfortolkning af grl. § 3. 5)

Det er den almindelige opfattelse i teorien, at den udøvende magt såvel omfatter udstedelse af retsakter som foretagelse af faktiske handlinger. Således siger Max Sørensen:

"Endvidere er det en principielt vigtig funktion at gennemtvinge - om nødvendigt med magtanvendelse - konkrete afgørelser truffet ved administrativ eller juridisk beslutning." 6)

Også på dette punkt indtager Ross' analyse af grl. § 3 et nyt standpunkt. Efter at have bestemt den udøvende magt som den fuldbyrdende magt, der ikke er dømmende, og uddybet dette nærmere siges kort:

-----

- 5) p. 84 note 49. I øvrigt kan nævnes, at problemet ikke er behandlet i Bent Christensen: Det offentliges virksomhed, forvaltningens indretning og forvaltningens virkemidler, Kbh. 1973 p. 177-195 og Troels G. Jørgensen: Om Retter i Modsætning til Domstole og administrative Myndigheder i NaT 1927 p. 1-13. At de organer, der indtager en selvstændig stilling over for ministrene næppe i relation til grl. § 3 har en forfatningsretlig problematisk stilling er ikke ensbetydende med, at der ikke kan være forfatningsretlige problemer i forbindelse med disse organer. Efter grl. § 15 er ministrene underlagt et politisk ansvar. I det omfang, administrative opgaver varetages af i forhold til ministrene selvstændige organer, har folkettinget ikke den normale mulighed for at drage ministrene til ansvar, jfr. f.eks. Folketingets forhandlinger 1974/75 2. samling sp. 468-473, hvor handelsministeren spørges, om han vil lade det økonomiske råd undersøge koncentrationsudviklingen i erhvervslivet. Ministeren svarer, at afgørelsen af, hvilke undersøgelser der skal foretages, træffes suverænt af det økonomiske råds formandskab. At der muligvis kan være særlige problemer i relation til disse organers anvendelse af statens midler fremgår af Folketingets forhandlinger 1974/75 2. samling sp. 6623, hvor det nævnes af Lembourg (KF), at det muligvis ikke er lovligt, at f.eks. filmfonden efter loven anvender midler uden at folkettinget kan hindre dette.
- 6) 1973 p. 256. Jfr. Poul Andersen 1965 p. 2, hvor der tales om "Statens Handlen". Berlin II 1939 p. 159 "Medens nemlig den lovgivende Magt som saadan alene har at give almindelige Retsregler og den dømmende Magt som saadan at anvende disse almindelige Retsregler paa det konkrete Retstilfælde, har den udøvende Magt som saadan at forvalte d.v.s. at handle" 5). Dette uddybes: "Alle egentlige Forvaltningsakter gaar aaltså ud paa at handle for Staten, nemlig dels paa faktisk at handle og dels paa at afslutte Retshandler, stifte eller ophæve Retsforhold." Samme opfattelse Johannes Ussing 1893 p. 236.

"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.) 7).

At grl. § 3 ikke omfatter faktiske handlinger er ikke tidligere påpeget direkte i Ross' analyser. Han har bestemt grl. § 3 som tre sæt af kompetenceregler og bestemt en kompetencenorm som udtrykkende de betingelser, en tilkendegivelse skal opfylde for at fremkalde de tilsigtede retsvirkninger. 8)

Hvis man går endnu et spring tilbage i Ross' analyser, finder man en udbygning af forholdet mellem retsakter og faktiske handlinger. 9) De faktiske handlinger inddeles i to kategorier.

1. Faktiske handlinger, som er udslag af en kvalificeret handlebeføjelse til udøvelse af monopoliseret vold.
2. Andre faktiske handlinger.

Om den sidste kategori siges det, at disse alene henregnes til staten, fordi deres udførelse betales af statskassen, og at det i virkeligheden drejer sig om at undersøge de til grund liggende dispositioner på statskassens vegne.

Den første kategori af de faktiske handlinger karakteriseres netop som fundamentale for de retssystemer, vi kalder statslige. Det er velkendt, at volden - eller den fysiske tvang - er helt central i Ross' bestemmelse af statsbegrebet. 10) Den vold, der er tale om, deler Ross igen i to kategorier:

1. A. eksekutiv magt til gennemførelse af domme eller forvaltningsakter
1. B. præventiv magt til opretholdelse af ro og orden.

Ross understreger endnu en gang, at de personer, der foretager denne tvangsudøvelse, besidder en "fysisk tvangsmagt" men ikke en kompetence. Dette er disse begrebsmæssige overvejelser, der fører til at Ross fastslår, at den udøvende magt alene omfatter udstedelse af retsakter.

Der er endnu en gang tale om, at Ross foretager en filosofisk begrebsanalyse, der munder ud i nogle overbevisende begrebsdannelser. Dernæst presses disse begreber ned i en retsdogmatisk fortolkning. Dette sted er måske sær-

-----

7) 1959 p. 65

8) 1959 p. 29

9) 1959 p. 13-17

10) Jfr. Ross 1966 p. 73: "...statsapparatet, der er et apparat til udøvelse af vold (fysisk tvang)."

lig markant derved, at Ross når han fortolker bestemmelsen om den udøvende magt med sin filosofi i hånden hævder, at magt ikke betyder magt, men kompetence og at den eksekutive magt derfor ikke kan være omfattet af udtrykket "den udøvende magt". At den udøvende magt ofte kaldes den eksekutive magt kan ikke være Ross ubekendt. Det er derfor påfaldende, at han hævder, at den eksekutive magt må holdes uden for den udøvende magt. Det er i denne forbindelse nok ikke uvæsentligt, at Ross på det sted, hvor han skal bruge sin begrebsdannelse, angiver nogle eksempler, der netop ikke omfatter den monopoliserede voldsudøvelse.

Ross' analyse af magtbegrebet har på dette sted en parallel i forhandlingerne på den grundlovgivende rigsforsamling. Grundtvig udtalte her:

"... , men saameget kan jeg dog ikke undlade fra Sprogets Side at bemærke, at det er et Misbrug af Ordets Magt, som aabenbart kun passer paa, hvad man kalder den udøvende, thi baade hvad Lovgivningen og hvad Dommen angaaer, da have de efter Sproget ingen Magt, men vel Myndighed." 11)

David gør gældende, at også den norske forfatning taler om den lovgivende magt, og at han ikke finder anledning til at foreslå nogen ændring. Den nærmere baggrund for Grundtvigs korte bemærkning kan næppe have været andet end en opfattelse af, at ordet myndighed burde anvendes i forbindelse med lovgiver og domstole, da disses opgaver er udstedelse af retsakter, hvorimod ordet magt alene burde anvendes om forvaltningen, idet denne foretager faktiske handlinger. Ross' sondring er således ikke ny. Det nye er derimod Ross' påstand om, at når grl. bruger ordet "magt", mener den alene "myndighed".

Det er ovenfor flere gange fremhævet, at Ross' fortolkning af grl. § 3 i vidt omfang har sine rødder i hans opgør i 1929 med Laband. Det skal derfor nævnes, at for Labands bestemmelse af den udøvende magt (Die Verwaltung) var det afgørende, at medens såvel den lovgivende som den dømmende magt var intellektuelle funktioner - udstedelse af retsakter - var forvaltningen den praktiske aktivitet, - handlinger. Disse deles i handlinger til retsordenens opretholdelse og andre. For så vidt angår de rent faktiske handlinger mener Laband ikke, at disse har retlig interesse. Den del af forvaltningen, der har retlig interesse, er de handlinger, der realiseres gennem aftaler (Vertrag) og gennem befalinger (Verfügung) med og over for borgerne og endelig tjenesteforskrifterne (Dienstbefehl). Når Laband skal fastholde sin bestemmelse af forvaltningen som udelukkende faktiske handlinger, nødsages han til at indføre en speciel rubricering af en stor del af forvaltningens aktivitet. Overalt hvor forvaltningens aktivitet er intellektuel, altså udstedelse af regler eller konkrete befalinger, taler han om initiativhandling. Disse er ikke forvaltning, men henhører under forvaltningsorganerne, fordi de sigter mod foretagelsen af faktiske handlinger, som altså er forvalt-

-----  
11) sp. 1575-1576.

ning. <sup>12)</sup> Også på dette punkt er der letiagttagelig forbindelse mellem Ross' lære og Labands fortolkning. Som Ross understreger Laband, at den retligt relevante del af forvaltningen ikke er de faktiske handlinger, men de til grund liggende retlige dispositioner. Forskellen er for så vidt blot, at Laband ikke vil kalde disse retlige, medens Ross' pointe netop er, at de er retlige. Den aktivitet at gennemtvinge retsordenen med fysisk magtanvendelse behandles hverken særligt indgående hos Ross eller Laband, omend Laband dog erkender, at den er en del af forvaltningen.

Ross' argumentation for at hævde, at den udøvende magt alene omfatter retsakter er ikke tvingende. Det er derfor rimeligt indtil videre at gå ud fra den traditionelle opfattelse. Det må have formodningen imod sig, at det fundamentale system til betryggelse af borgernes retssikkerhed over for statsmagten ikke skulle omfatte denne statsmagts allervigtigste indgreb over for borgerne: den fysiske tvang. Efter Ross' opfattelse omfatter § 3 - eller magtfordelingslæren - ikke denne del af statens virke. En grundlovsmæssig beskyttelse mod at blive dømt, men ingen beskyttelse mod den eksekutive vold. Hvis § 3 accepteres som en fundamental regel til sikring af borgerne over for statsmagten, må den rimeligvis også omfatte statsmagts mest intensive indgreb: de faktiske handlinger, der består i fysisk magtanvendelse.

Tilbage er imidlertid, at når teorien henregner forvaltningen til den udøvende magt og endog fremhæver den som den væsentligste del af denne magt, er det vanskeligt at se, hvilken betydning dette udsagn har. At udtale, at kongen i medfør af grl. § 3 har den magt, lovgiver overlader ham, er forfatningsretligt intetsigende. Hvis man hævdede det modsatte: at kongen ikke i medfør af grl. § 3 havde de beføjelser, lovgiver henlagde til ham, ændrede dette ikke retstilstanden på nogen måde. Han ville da blot have dem i medfør af loven, hvilket måtte være fuldt tilstrækkeligt. Det er nærmest påfaldende, når Ole Krarup og Jørgen Mathiassen udtaler, at bl.a. sætningen om, at den udøvende magt er hos kongen "har stor forvaltningsretlig betydning" og "at man senere vil vende tilbage til den". <sup>13)</sup> Imidlertid får man ikke på noget sted i fremstillingen indtryk af, hvilken betydning bestemmelsen har for forvaltningsretten.

-----

12) Laband 1878 II p. 198-227 og samme 1907 p. 138-150. Herimod Ross 1929 p. 387-392 og samme 1959 p. 77-80.

13) 1972 p. 6.

## II. Prærogativerne - en regeringsmagt?

I flere af grundlovens bestemmelser er kongen tillagt specielle beføjelser. F.eks. er det fastsat i grl. § 19, at kongen handler på rigets vegne i mellemfolkelige anliggender og i grl. § 24, at kongen kan benåde og give amnesti. Disse beføjelser, som kongen er tillagt ved specielle grundlovsbestemmelser, kaldes ofte de kongelige prærogativer. Traditionelt har teorien henregnet beføjelserne til den udøvende magt i grl. § 3. Ofte er det dog uklart, om man hermed alene mener, at de besiddes af det organ, der ifølge grl. § 3 har den udøvende magt og derfor kan betegnes som den udøvende magt i betydningen det udøvende organ. Ligeledes er det ofte uklart, om man vil medtage alle beføjelserne eller kun en del af dem. Imidlertid er det næppe uberettiget at tage Matzen, Berlin, Poul Andersen og Max Sørensen til indtægt for, at disse beføjelser eller funktioner - helt eller delvis - er en del af den udøvende magt.<sup>14)</sup>

Heroverfor har Ross imidlertid hævdet, at de kompetencer, der ved specielle grundlovsbestemmelser er tillagt kongen, ikke er omfattet af udtrykket "den udøvende magt" i grl. § 3. Han vælger i stedet at tale om en fjerde form for statsmagt: regeringsmagten.<sup>15)</sup> Han påpeger, at de beføjelser, kongen har som medindehaver af den lovgivende magt, ikke udgør en fjerde form for statsmagt. Alligevel må de medregnes til regeringsmagten.<sup>16)</sup>

I de nyere fremstillinger, der har overtaget denne Ross' hævdelser af en fjerde statsmagt eller statsfunktion, er det ikke fremhævet, at man ikke kan medregne kongens deltagelse i lovgivningen til en fjerde funktion.<sup>17)</sup> Denne er indeholdt i den funktion, grundloven benævner "den lovgivende magt". Grunden til, at de nyere fremstillinger regner f.eks. grl. § 21 om kongens lovgivningsinitiativ med til en fjerde funktion, er antagelig, at Ross' forbehold ikke er placeret i gennemgangen af grl. § 3, men derimod i hans gennemgang af regeringsmagten i Dansk Statsforfatningsret.

Det er ovenfor nævnt, at Ross' analyse af grl. § 3 indledes med, at han fastslår 3 forudsætninger for bestemmelsens fortolkning. Disse forudsæt-

-----

- 14) Matzen III 1891 p. 134, Berlin II 1939 p. 158-159, Poul Andersen 1954 p. 98-99 og Max Sørensen 1973 p. 255.
- 15) Ross 1959 p. 66-68 og 1966 p. 240-242.
- 16) Ross 1966 p. 370.
- 17) Således Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard 1973 p. 24-25, hvor bl.a. regeringens adgang til at fremsætte lovforslag hævdes at være en "fjerde statsmagt". I Ole Krarup og Jørgen Mathiasen: Elementær forvaltningsret, Kbh. 1975 p. 18 tilsvarende udtalelse. I Ole Espersen 1973 p. 97-98 er fremstillingen yderst kortfattet.

ninger hævdes at følge af, at bestemmelsen læses i lyset af Montesquieus velkendte politiske doktrin om statsmagternes adskillelse. Forudsætningerne går nærmere ud på, 1) at statsmagts funktioner udtømmende kan opdeles i de tre funktioner, som grl. § 3 nævner, 2) at statsmagts organer udtømmende kan opdeles i tre organ-enheder svarende til de tre, bestemmelsen nævner, og 3) at kompetencefordelingen mellem de tre organer er eksklusiv. Det er ovenfor nævnt, hvorledes disse forudsætninger i et vist omfang er baggrunden for Ross' kritik af andres fortolkninger af grl. § 3. Det er på denne baggrund overraskende, at Ross opstiller regeringsmagten som en fjerde statsmagt. Dette er et klart brud med den første forudsætning for en fortolkning af grl. § 3. Hvis Ross skal læses således, at regeringens del i lovgivningsarbejdet er en del af dens funktioner som regering, er der endvidere tale om et brud på hans tredje forudsætning om kompetenceafgrænsningens eksklusivitet: kompetencen til at fremsætte lovforslag er da både omfattet af den lovgivende magt og regeringsmagten. Det er vel dette, Ross forsøger at tage højde for ved det ovenfor nævnte forbehold om, at denne del af regeringsmagten ikke er en fjerde form for statsmagt. Forbeholdet afhjælper imidlertid ikke den brist, der er i Ross' fremstilling. Snarere synes det at være en åben indrømmelse af, at han ikke længere holder sig inden for de forudsætninger, der er baggrunden for store dele af hans kritik af andres teorier, og som hævdes at være fundamentet for hans egen tolkning. Der er ikke i hans fremstillinger noget forsøg på at afhjælpe modstriden mellem fortolkningens forudsætninger og dens resultater.

Hvilke grunde, der har fået Ross til på dette punkt at bryde både med hidtidig teori og hans egne forudsætninger, er ikke oplyst i § 3-analysen fra 1959. Man kan henvise til, at Ross, når han har bestemt den udøvende magt som fuldbyrdelse af lovene, er nødt til at finde en ny "kasse" til de beføjelser, kongen har i kraft af specielle grundlovsbestemmelser. Dette er imidlertid ikke nogen forklaring. Han kunne jo blot i stedet have holdt sig til hidtidig teori og hævdet, at den udøvende magt dels omfatter fuldbyrdelse af lovene, og dels de beføjelser, der ved specielle grundlovsbestemmelser er henlagt til kongen. I stedet for at forklare, hvorfor han opstiller regeringsmagten, påpeger Ross det påfaldende i, at tidligere fremstillinger af den danske forfatning ikke har omtalt regeringsmagten til trods for, at dette begreb udtrykker en håndgribelig retlig og politisk realitet.<sup>18)</sup>

Ross' væsentligste grund til at opstille denne fjerde statsmagt må være hans ønske om at give en virkelighedsnær fremstilling af dansk forfatnings-

-----  
18) 1966 p. 246.

ret, der ikke er isoleret til tom og formalistisk paragrafjurisprudens.<sup>19)</sup> Denne målsætning er vel almindeligt accepteret i nyere forfatningsretlig litteratur. Der er næppe tvivl om, at 'regeringen' ud fra en politologisk synsvinkel er en væsentlig størrelse. Der er således for den forfatningsretlige teori nærliggende grunde til at behandle regeringen og dens kompetence. Spørgsmålet er da blot, om det lader sig gøre, og hvilket indhold regeringsmagten vil få i statsforfatningsretten.

For så vidt angår regeringsorganet er der næppe store problemer. Både Max Sørensen og Ross betragter ministerkollegiet - og formelt kongen - som lig regeringen. At denne bestemmelse af regeringsorganet svarer til den almindeligt accepterede blandt politologer er der næppe grund til at dokumentere. Helt anderledes stiller sagen sig, når man forsøger at bestemme regeringsmagten som en særlig funktion i det forfatningsretlige system. Regeringsmagten er ifølge Ross de beføjelser, kongen er tillagt i specielle grundlovsbestemmelser. Det vil først og fremmest sige retten til at fremsætte lovforslag (§ 21) og kompetencen til at handle på rigets vegne i mellemfolkelige anliggender (§ 19). Som en tredje væsentlig funktion nævnes retten til at udskrive nyvalg til folketinget (§ 32, stk. 2). Endelig indeholder regeringsmagten nogle mindre betydningsfulde beføjelser. Kongen udnævner og afskediger ministrene, bestemmer deres antal og forretningernes fordeling mellem dem (§ 14), ligesom han kan rejse tiltale mod ministrene for deres embedsførelse (§ 16). Videre kan han i visse særlige tilfælde udstede foreløbige love (§ 23) og endelig har han ret til at benåde og give amnesti (§ 24).

Som en mindre korrektion til den angivne bestemmelse af regeringsmagten kan nævnes, at det næppe er hensigtsmæssigt at betragte de kompetencer, kongen har over for ministrene, som en del af regeringsmagten. Når Ross opstiller regeringen som en fjerde magt, forudsætter han, at kongen medregnes til regeringen. Det er derfor nærliggende at anse kongens kompetence til f.eks. at fordele forretningerne imellem ministrene ikke for en del af regeringens magt, men som en forskrift, der giver regeringen adgang til inden for det givne område selv at fastlægge, hvorledes det vil udøve sin

-----

19) 1966 p. 48-51.

kompetence.<sup>20)</sup> Indvendingen er helt analog med den ovenfor fremførte indsigelse mod at betragte f.eks. folketingets kompetence efter grl. § 48 til at fastsætte sin forretningsorden som en del af den lovgivende magt eller lovgivers magt.

Afgørende for vurderingen af Ross' fortolkning af regeringens kompetence er imidlertid, om den udtrykker en regeringsmagt, der har parallellitet med en i politologien almindeligt accepteret eller anvendt bestemmelse af regeringsmagten. Hvis der ikke er en sådan parallellitet, er der næppe opnået noget ved at opstille en forfatningsretlig regeringsmagt eller regeringsfunktion. Der er imidlertid væsentlige vanskeligheder ved at afgøre, om Ross' regeringsmagt har et indhold, der i større eller mindre grad er modstykket til en af politologerne defineret eller anvendt regeringsmagt: danske statskundskabsfolk er øjensynlig utilbøjelige til at bestemme eller afgrænse regeringsfunktionerne.<sup>21)</sup> Bortset fra, at der er almindelig enighed om at medregne lovgivningsinitiativet til regeringsfunktionerne, er det næppe muligt at sige, hvilke kompetencer man traditionelt henregner til regeringen.

På det abstrakte plan har der nok været tendens til at betragte regeringsfunktionerne som karakteristiske ved deres politiske karakter. Ross' forsøg på at opstille en forfatningsretlig regeringsfunktion er da også begrundet

-----

- 20) I forarbejderne til den svenske forfatning - SOU 1963:17. Författningsutredningen: VI, Sveriges Statsskick, Del 2. Motiv, p. 152-154 skelnes mellem "statschefsfunktioner" og "regeringsårenden". Udnævnelsen af statsministeren og de øvrige ministre regnes ikke for en regeringsopgave, men for en statschefsopgave. Denne sondring synes ikke anvendt i dansk teori. Således behandler Ross regeringens udnævnelse både som et spørgsmål om regeringens tilblivelse og som et spørgsmål om dens funktioner, jfr. 1966 p. 426 og 416. Til gengæld kan sondringen muligvis forklare, hvorfor der rejses tvivl om kongens ret til uden ministermedvirken at lede forhandlingerne om regeringsdannelsen. Jfr. Max Sørensen 1973 p. 120-122, jfr. p. 64, Ross: Folketingets formand bør altid være forhandlingsleder, Jyllands-Posten d. 6.2.1975 og Peter Germer 1975. Til støtte for Max Sørensens opfattelse kan man muligvis hævde, at formuleringen i grl. § 13, 2. pkt., hvorefter ministrene er ansvarlige for "regeringens førelse", ikke vedrører regeringens tilblivelse m.v. Om tilsvarende problem i norsk ret, jfr. Castberg: Norges Statsforfatning I, Oslo 1964 p. 220-222, hvor det endog diskuteres om selve udnævnelsen af ministre kan være gyldig uden kontrasignatur.
- 21) Jfr. således Erik Rasmussen: 1969 II p. 309-343, Poul Meyer: Offentlig forvaltning, Kbh. 1970 p. 216-228 og samme: Politisk videnskab, Kbh. 1962 p. 102-114. Rasmus Reeh synes derimod i sit indlæg om Regering och förvaltning på Nordisk administrativt forbunds 11. møde, optrykt i NaT 1955 p. 272-276 at hævde, at regeringsmagten ikke kan adskilles fra forvaltningen, da en af de væsentligste dele af regeringsmagten netop er forvaltningen. Jfr. Bent Christensen: Departement og direktorat i dansk Statsadministration, NaT 1963 p. 103-123, der p. 105 synes at fremhæve det samme, jfr. samme 1973 p. 181-185. Samme opfattelse som Reehs fremhæves af Herlitz: Förslaget till ny regeringsform. Några statsrättsliga kommentarer i S.J. 1963 p. 385-426, særligt p. 391.

netop med forskellen mellem forvaltningens upolitiske virke og regeringens politiske funktioner. Han uddyber det med, at medens regeringen er ledelsen, der gennem en standpunkttagende, vurderende og målsættende virksomhed fastlægger den kurs, forvaltningen skal følge, er det forvaltningens opgave gennem en teknisk betonet virksomhed at følge den afstukne kurs.<sup>22)</sup>

Den modsætning, som Ross således trækker frem, tjener bl.a. til at påpege forvaltningens upolitiske karakter.<sup>23)</sup> Når man ikke i nyere politologisk litteratur finder nogen definition af regeringsfunktionerne, skyldes dette i vidt omfang, at man der ikke mener, at forvaltningens virksomhed med rimelighed kan karakteriseres som upolitisk.<sup>24)</sup>

Politologiens afvisning af sondringen mellem regeringsopgaver og forvaltningsfunktioner er ikke givetvis ensbetydende med, at sondringen er værdiløs. Muligvis har den betydning i relation til den forvaltningsretlige magtfordrejningslære: hvis man ud fra forfatningen kan påvise et område, hvor der er et politisk spillerum for afgørelserne, har man vel accepteret, at der i disse tilfælde tages hensyn, man på andre områder ville betragte som usaglige.<sup>25)</sup> Muligvis giver sondringen et bidrag til forståelsen af regeringens position som et af de øverste statsorganer.

Den måde, hvorpå Ross nærmere trækker grænsen mellem de to funktioner, gør imidlertid såvel hans forvaltningsbegreb som hans regeringsmagt uanvendelig. I og med at Ross til regeringsmagten alene henregner kongens grundlovsumiddelbare kompetencer, har han distanceret sig betydeligt fra det angivne udgangspunkt: det politiske element i regeringsmagten. Således henfører Ross kongens benådningsret til regeringsfunktionerne, til trods for at benådningsinstituttet i dag i langt overvejende grad må betragtes som

-----

22) Ross 1966 p. 246-248.

23) Ross nævner dog selv, at forvaltningen i et vist omfang er policy-making, 1966 p. 240.

24) Jfr. Nordisk administrativt Forbunds 11. møde, refereret i NaT 1955: G. Heckscher p. 244-245 og G. Britth p. 272, se i øvrigt R.N. Torgersen: Forvaltningsreformer og Koncentrasjon av regeringsmakten, NaT 1950 p. 9, Lennart Lundquist: Forvaltningen i det politiska systemet, Lund 1972 p. 26, N. Herlitz: 1969 års regeringsform? Kommentarer til forfatningsutredningens forslag, Stockholm 1963 p. 127 og p. 130.

25) Jfr. Poul Andersen: Politik og forvaltning, NaT 1943 p. 175, hvor det erkendes, at man kan diskutere, om ansættelsen af de højeste tjenestemænd skal være upolitisk.

en teknisk betonet sikkerhedsventil.<sup>26)</sup> Til gengæld er udnyttelsen af regeringens beføjelser i kraft af lovgivers bemyndigelser ikke en del af regeringsfunktionerne. Udstedelse af anordninger kræver ifølge Ross altid lovhjemmel og vil som følge deraf altid være et forvaltningsanliggende, ikke et regeringsanliggende. Nyere politologi understreger, at der ikke er væsensforskel mellem lovgivning og udstedelse af anordninger.<sup>27)</sup> I sit forsøg på at skabe forbindelse til politologiske synsvinkler ender Ross med at fremhæve anordningsmyndighedens upolitiske karakter. Som allerede nævnt er det ikke muligt ud fra politologien at foretage en nærmere afgrænsning af regeringsmagten. Det er derfor ikke muligt at foretage en detaljeret gennemgang af Ross' afgrænsning af regeringsmagten som politisk og retlig realitet.

Det er i denne forbindelse nærliggende at kaste blikket på den svenske opdeling mellem regerings- og forvaltningsanliggender. I Sverige har man i århundreder haft og har stadig en opdeling mellem regeringsorgan og forvaltningsorganer. Ministrene er med andre ord ikke chefer for hver deres forvaltningsområde. På denne organisatoriske baggrund er det nærliggende at forvente en betydelig - i hvert fald i forhold til danske forhold - litteratur om emnet regering - forvaltning. Omend der naturligvis er nuanceforskelle fra fremstilling til fremstilling, er der iøjnefaldende forskelle mellem Ross' og svenskernes afgrænsning af regeringsfunktionerne. I Sverige anvendes forvaltning nogenlunde som synonym for afgørelsen af enkelttilfælde. Som nævnt medregner Ross til forvaltningen også alle de anordninger, der udstedes i kraft af lovhjemmel. Til regeringsfunktionerne henregnes i Sverige først og fremmest udarbejdelsen af forslag til rigsdagen, og iværksættelsen af de trufne beslutninger. Også udstedelsen af anordninger regnes for en væsentlig regeringsfunktion, ligesom kontrollen med forvaltningen anses for at være en af de nævneværdige funktioner. Undertiden medregnes udnævnelsen af de højeste embedsmænd, ligesom regeringens mulighed for at afgøre visse særligt vigtige enkeltsager. 28)

- 
- 26) Foruden Ross 1966 p. 418-419, jfr. i De nordiska Kriminalistförningarnas årsbok 1946-1947 Poul Andersen p. 137, v. Eyben p. 142 og Karl Schlyter p. 165. Desuden Knud Waaben: Betingede Straffedomme, Kbh. 1948 p. 85-89.
- 27) Se således Poul Meyer 1970 p. 220 og Erik Rasmussen II 1969 p. 324. Jfr. også B.G. Toft-Nielsens indlæg om Regering och förvaltning, NaT 1955 p. 256.
- 28) Jfr. SOU 1963:17 p. 152-154, som indeholder en opremsning af statens funktioner, herunder regeringens. Derimod er der næppe væsentligt at finde i SOU 1958: 14 Forfattningsutredningen: II. Regeringsarbetet. Se foruden den ovenfor fremhævede svenske litteratur: Pierre Vinde: Hur Sverige styres. Centralförvaltningen och statens budget, Falköping 1968 p. 48-68. Holmberg og Stjernquist: Vår nya författning, Stockholm 1974 p. 108 bestemmer regeringens styrende funktion som en rest-funktion. Om den særlige beskyttelse mod politiske organers indblanding i forvaltningens sager med den enkelte borger, se Regeringsformen af 1973 kap. 11 § 7 (RF 11:7) omtalt bl.a. hos Holmberg og Stjernquist, 1974 p. 173 og H. Stromberg: Sveriges författning, Malmö 1974 p. 98-99. I den ældre udgave fra Lund 1968 behandles 1908 års RF § 16, der er RF 11:7's forgænger og derfor giver en del af forklaringen på det specielle svenske system.

Selv uden en detaljeret gennemgang af Ross' regeringsmagt kan det hævdes, at den i høj grad afviger fra en politologisk relevant bestemmelse af regeringens funktioner. Forklaringen herpå skal antagelig søges i følgende citat:

"Ovenfor (...) er det påvist at der findes en regeringsmagt, der såvel retlig som politisk adskiller sig fra den udøvende magt der sker i henhold til lov og derfor i det væsentlige er uden politisk præg. Regeringsmagten derimod ytrer sig i grundlovsumiddelbare initialbeslutninger og er derfor af politisk natur." (Mine fremhævelser). 29)

Afgørende for, om en given kompetence har politisk betydning, er, om den er grundlovsumiddelbar eller ej. Man får således en enkel formel for forholdet mellem forfatningsret og politologi. De statsfunktioner, der er politisk relevante i forhold til regeringen, er de beføjelser, den har direkte i kraft af grundloven - øvrige beføjelser er ikke politologisk relevante.

Det er flere gange tidligere påvist, at Ross' fortolkning af grl. § 3 i vidt omfang er bestemt af de synspunkter, han gav udtryk for i sin disputats om retskilderne i 1929. Det skal derfor nævnes, at der også på dette sted synes at være en sådan sammenhæng. En af de afgørende teser i disputatsen er, at retskilderne alene lader sig bestemme ud fra deres placering i en retlig trinfølge. Der findes kun én retlig trinfølge, der har forfatningen, eventuelt en grundnorm, som øverste trin. Ross kan derfor ikke acceptere nogen selvstændig anordningsmyndighed. Tværtimod skal anordningerne bestemmes som de forskrifter, der er et trin under loven og, som derfor skal have hjemmel i loven. Under analysen af denne retlige trinfølge pointerer Ross, at den bl.a. udtrykker generellitetsgraden af de forskellige retsakter. Forholdet kan nærmere forklares således, at et givet organ aldrig kan overlade et andet organ større kompetence, end det selv besidder. Der vil derfor, når man bevæger sig ned ad den retlige trinfølge, være tale om stadig mere begrænsede kompetencer. Konsekvensen heraf er, at de regler, der udstedes i kraft af grundlovshjemmel, er resultatet af en videre kompetence end de regler, der udstedes i kraft af lovhjemmel. Dette kan f.eks. vise sig på den måde, at medens grundloven stiller meget begrænsede betingelser for lovgivning på et bestemt område, f.eks. skolelovgivningen, vil de bemyndigelser, lovgiver måtte give ministeren på dette område, foruden de begrænsninger lovgiver selv er undergivet, være begrænset af yderligere faktorer, f.eks. kan lovgiver have angivet et formål. Lovgivningsmagten vil således have et større spillerum for at fastsætte indholdet af de regler, den fastsætter, end ministeren vil have for de regler, hun udsteder. Lovgiver vil derfor have større muligheder end ministeren for at tage politiske hensyn. Dette kan meget let føre til, at man som tommelfingerregel går ud fra, at lovgivers beslutninger er politisk bestemte, medens ministerens i overvejende grad er upolitiske.

I Ross' formulering lyder det: "es findet sich in der Instanzreihe eine einzelne Instanz, die sich dadurch auszeichnet, dass sie die relativ höchste ist, die eine umfassende, einigermaßen konstante, politische bedeutungsvolle, materiale Rechtsfestsetzung

entfaltet. Im Gegensatz hierzu tritt die Verfassung als (wesentlich) bloss formale Kompetenzregeln hervor und die untergeordneten Stufen als (wesentlich) bloss Spezifikation und "Anwendung" der Normen des Gesetzes". (Min fremhævelse). 30)

Man er på denne måde nået frem til, at det følger af den retlige trinfølges struktur, at de grundlovsumiddelbare kompetencer er politisk mere betydningsfulde end de lovhjemlede kompetencer. Det forekommer således naturligt at bestemme regeringsmagten - de politiske afgørelser - som kongens grundlovsumiddelbare kompetencer. Politisk magt bestemmes ofte som mulighederne for at påvirke fordelingen af de samfundsmæssige værdier. 31) At mulighederne herfor i høj grad afhænger af, hvor stor spillerum der levnes for den enkelte beslutning, er givet, og Ross har for så vidt ret. Ens muligheder for at påvirke værdifordelingen er dog i lige så høj grad afhængig af, hvad man kan træffe beslutning om. Den ubundne beslutning om, at en given person skal benådes, har næppe større politisk betydning end den beslutning, handelsministeren i medfør af en lovbemyndigelse inden for visse rammer måtte træffe om f.eks. importregulering. End ikke som udgangspunkt kan det antages, at de grundlovsumiddelbare kompetencer er politisk vigtigere end de lovhjemlede kompetencer.

Det lykkes ikke Ross at sammenfatte nogle kompetencenormer, der med rimelighed kan hævdes at udgøre - eller danne basis for - en politologisk relevant afgrænsning af regeringsfunktionerne. Som nævnt skyldes dette i første række en tilfældig udvælgelse af kompetencenormerne. Der er således intet til hinder for, at der gøres et nyt forsøg på at bestemme regeringsmagten som lig med en række andre kompetencer.

Den forfatningsretlige teoris behandling af magtfordelingslæren har i betydeligt omfang været politologisk inspireret. Forsøget på at opstille en regeringsmagt er et af de tilfælde, hvor denne tendens har givet sig et markant udslag. Det kan derfor være rimeligt at se nærmere på mulighederne for overhovedet at opstille en juridisk afgrænset regeringsmagt, som har relation til den politiske virkelighed. Det er nærliggende at tage sit udgangspunkt i juristens kompetencebegreb og politologens magtbegreb. Det er næppe nødvendigt at dokumentere, at der er en vis forbindelse mellem disse to begreber. Derimod kan det være rimeligt at påpege, at der er betydelige forskelle mellem magt og kompetence. Det er nærliggende at antage, at en omfattende kompetence vil medføre en betydelig magt for den kompetente. Der er naturligvis også tendenser i denne retning, men forholdet kan være det stik modsatte: at man netop ved at udvide en persons kompetence berøver ham muligheden for at øve indflydelse på de afgørelser, han træffer. Til eksempel kan nævnes, at jo flere sager en person sættes til

-----  
30) Ross 1929 p. 375-376.

31) Jfr. Poul Meyer 1962 p. 13-22.

at afgøre, jo større skulle hans magt blive. Dette gælder imidlertid kun til et vist punkt. Før eller senere vil sagsantallet være så stort, at han er tvunget til blot at underskrive en række ulæste indstillinger. <sup>32)</sup>

Et organs magt har ofte forbindelse med dets kompetence, men er desuden afhængig af en række andre faktorer. Således har det stor betydning for regeringens magt, at den har mulighed for at trække på den ekspertise, forvaltningen besidder. <sup>33)</sup> Regeringen har i kraft heraf et rent faktisk monopol på at fremlægge finanslovsforslag, selvom grundloven giver de enkelte folketingsmedlemmer ret til at fremsætte deres eget forslag. <sup>34)</sup> Den for en regering meget væsentlige planlægningsfunktion er så godt som uafhængig af forfatningsretlige kompetencenormer. Kompetencerne er kun en af en række faktorer, som har betydning for et organs magtposition i forfatningslivet. Hvis man forsøger at beskrive forholdet mellem samtlige magtbærere i det politiske spil ud fra juraens formelle kompetenceregler, vil man let opnå et vrangbillede af virkeligheden.

En afvisning af, at der ud fra juridiske kompetencenormer kan gives en fuldgyldig beskrivelse af forfatningslivet, er ikke ensbetydende med, at juraen gøres til en virkelighedsfjern begrebsjurisprudens. Forfatningsrettens opgave i det politiske spil er nærmest at afstikke rammerne for de forskellige aktørers aktivitet. <sup>35)</sup> At tro at billedet - her: den politiske aktivitet - kan beskrives ud fra rammen - her: forfatningen - er tværtimod en måde, at fjerne sig fra virkeligheden på. <sup>36)</sup> En anden måde, hvorpå forfatningsretten undertiden har hævet sig op over de jordiske trivialiteter, er ved at plæ-

-----  
32) Et udmærket eksempel herpå er den svenske konge i Statsrådet efter 1809-års regeringsformen. I systemets sidste år afgjordes op mod 1000 sager pr. time. Statsrådsbehandlingen må under sådanne forhold være en ren formalitet. Det er derfor overraskende, når det af Max Sørensen 1973 p. 66 hævdes, at statsrådet har størst betydning i Sverige. Et andet eksempel på "omvendt proportionalitet" mellem kompetence og magt findes i Max Webers behandling af bureaukratiets magtstilling. Han påviser her, hvorledes den absolutte monarks magt udmærket kan være mindre end den konstitutionelle monarks, jfr. Makt og byråkrati, udvalg og innledning ved E. Fivelsdal, Oslo 1971 p. 145-148.

33) Jfr. Erik Ib Schmidt: Eksperternes rolle i politik, NaT 1961 p. 112-127.

34) Jfr. Erik Rasmussen II 1969 p. 329.

35) Jfr. samme ordvalg hos P. Germer: Politikerne må lære lidt forfatningsret i Aalborg Stiftstidende den 16. februar 1975 og Krarup & Mathiassen 1975 p. 13.

36) Forskellen mellem jura og samfundsbeskrivelse er ofte draget frem, se f.eks. Krarup & Mathiassen 1971 p. 1-5, hvor der skelnes mellem forvaltningens retlige og dens faktiske afhængighed.

dere for en ramme, der er mindre end billedet: teorien har undertiden hæv-  
det retsregler, som ikke accepteres som sådanne i det politiske spil. Af-  
grænsningen mellem de retlige rammer og de regler, der er en del af bille-  
det - ofte kaldet de parlamentariske spilleregler - er hverken principiel  
klar <sup>37)</sup> eller let at trække i praksis. <sup>38)</sup>

Når det ikke kan anses for at være relevant i relation til grl. § 3 at søge  
opstillet en regeringsmagt som en fjerde statsfunktion, er det nok resulta-  
tet af forholdet mellem politik eller politologi og retsvidenskab, men det er  
ikke udtryk for en afvisning af politologiens relevans for forfatningsretten. <sup>39)</sup>  
Netop vedrørende grl. § 3 har den retlige teori i alt for høj grad koncentre-  
ret sig om det ud fra en politologisk synsvinkel mest interessante spørgsmål:  
problemet om kompetencefordelingen mellem de forskellige organer. Tilsva-  
rende har man så godt som ignoreret det juridisk relevante spørgsmål om,  
hvorfor netop de 3 nævnte funktioner bør adskilles. Således er det karakte-  
ristisk for den nyere teori, at den fremhæver regeringsmagten, men ikke  
med et ord behandler spørgsmålet, om der findes grunde til at kræve den  
udøvende magt udøvet uafhængigt af f.eks. den lovgivende magt. Svaret her-  
på kunne have retlig interesse, hvorimod regeringsmagten ikke er en kon-  
struktion, som teorien i særlig grad anvender til at drage retligt relevante  
konklusioner fra.

-----  
37) Jfr. Ross 1966 p. 37-48, hvor forfatningsretten bestemmes som de  
regler, der efterleves af de øverste statsorganer ud fra en følelse  
af retlig forpligtelse eller berettigelse og Max Sørensen 1973 p. 18-  
25, hvor forfatningsretten i stedet bestemmes som de regler, domsto-  
lene kan forventes at anvende, og de regler, der er autoritativt formu-  
lerede. Der er således en principiel uenighed om den praksis f.eks.  
folketinget følger ud fra en følelse af retlig forpligtelse på områder,  
hvor der ikke kan tænkes nogen domstolsprøvelse. For Max Søren-  
sen er der alene tale om en parlamentarisk spilleregulering, medens Ross  
vil hævde, at der foreligger en retsdannelse.

38) Et særligt belysende eksempel herpå er den debat, der i Norge fulgte  
Kings Bay -sagen. Forholdet var det, at arbejderpartiregeringen  
havde fået et mistillidsvotum og derfor måtte gå af. Afgørende for re-  
sultatet var SF's to stemmer, og SF prøvede ved en tillægssdagsorden  
at sikre sig, at den nye regering også blev en arbejderpartiregering.  
Det blev imidlertid en borgerlig regering, der straks blev væltet af  
arbejderpartiet og SF, og krisen endte med en arbejderpartiregering.  
Debatten i Lov og Rett 1963-1964 drejer sig i vidt omfang om, hvilke  
regler der var bindende, og hvilke man alene kunne kalde parlamen-  
tariske spilleregler. Når debatten er særlig illustrativ, skyldes det,  
at de forskellige deltagere i debatten har forskellig partipolitisk hold-  
ning, jfr. Lov og Rett 1963 p. 337-353 (I. Wilberg, Jens Chr. Hauge,  
E. Hambro og Frede Castberg) og Lov og Rett 1964: Jens A. Chri-  
stophersen p. 26-31 og Johs. Andenæs p. 56-65.

39) Forholdet er i en vis forstand beskrevet rammende i Stig Jørgensen:  
Kontraktret, 2. bind., Kbh. 1972 p. 7, hvor det siges, at juristens  
indfaldsvinkel til de retlige fænomener hovedsageligt sker gennem  
"den retlige "patologi"". Uden et vist kendskab til normalforløbet  
kan man imidlertid ikke opnå tilstrækkelig forståelse for grænsen  
mellem normalforløbene og de ulovlige tilfælde.

Når det afvises at henregne kongens beføjelser ifølge specielle grundlovsbestemmelser - prærogativerne - til en fjerde form for statsmagt, opstår spørgsmålet, om de da er en del af den udøvende magt. Såfremt man følger den helt overvejende tendens, der er i teorien til at betragte grl. § 3 som udtømmende, er de kongelige prærogativer enten indeholdt i "den udøvende magt" eller i en af de to øvrige magter. Sat på spidsen kan forholdet udtrykkes således, at enten er grundlovens specielle opregning af disse funktioner uden selvstændig betydning, eller også er der tale om, at de udgør undtagelser til grl. § 3. Denne bestemmelse skulle da være den generelle regel, som på enkelte områder er fraveget ved særlige bestemmelser. Man finder næppe et eneste sted i dansk teori udtrykt, at et eller flere af de kongelige prærogativer er udtryk for en fravigelse af grl. § 3. I flere tilfælde findes udtalelser, der strejfer tankegangen. Typisk er formuleringen dog så upræcis, at problemstillingen nærmest sløres:

"Den danske grundlov af 1849 fastslog i § 2 (grl. 1953 § 3) en principiel magtfordeling. Hverken denne eller andre af grundlovens bestemmelser tilstræber imidlertid nogen dybtgående eller kategorisk gennemførelse af magtadskillelsens princip." 40)

Det hævdes tilsyneladende på en gang, at § 3 udtrykker en principiel magtadskillelse, og at den ikke gør det. Efter at have nævnt, at § 3 udtrykker en principiel magtfordeling, ville det have været nærliggende at gøre opmærksom på, at grundloven som helhed ikke tilstræber nogen kategorisk magtfordeling, idet den i en række bestemmelser indeholder modifikationer og undtagelser til den principielle magtfordeling. Man ville da have formuleret fortolkningsproblemerne så præcist, at der var anledning til yderligere analyser. I stedet hævdes det imidlertid, at § 3 ikke tilstræber nogen kategorisk magtfordeling. Udtrykkes dette som en mere præcis fortolkningsmodel, siges nærmest, at hovedreglen ikke er en hovedregel, fordi den åbenbart må modificeres i andre bestemmelser. Dette er ikke en særlig almindelig fortolkningsmodel.

Utilbøjeligheden til at anskue de kongelige prærogativer som undtagelser til grl. § 3, medfører en udbredt tendens til at hævde, at de er indeholdt i "den udøvende magt" i grl. § 3. Enten således, at de afgrænser begrebet i tvivlsomme tilfælde, eller at de er at betragte som rene ex tuto-bestemmelser. Teorien har imidlertid undertiden henført kongens særligt fremhævede beføjelser til "den udøvende magt", selv i tilfælde hvor det ikke er nødvendigt for at undgå en påstand om, at § 3 er fraveget ved særlig bestemmelse. Således er det tilsyneladende både Matzen og Berlins opfattelse, at kongens

-----

40) Max Sørensen 1973 p. 167.

ret til at fremsætte lovforslag og hans stadfæstelse af lovforslagene er en del af den udøvende magt. <sup>41)</sup> Det er nok en ret udbredt foreteelse, at kongens deltagelse i lovgivningen betragtes som et udslag af hans udøvende magt. Selve det forhold, at kongens ret til at stadfæste lovforslagene ofte kaldes en vetoret, kunne tyde på, at man betragter forholdet således, at kongen nok kan standse lovgivningen, men at hans ret hertil ikke er et led i selve lovgivningsprocessen. <sup>42)</sup> Antagelig har denne tendens sammenhæng med, at i såvel Montesquieus magtfordelingslære som i en række andre forfatningssystemer har parlamentet den lovgivende magt og kongen alene beføjelse til at hindre, at lovforslagene gøres til love. <sup>43)</sup> Dette system er ikke overført til dansk ret. Grl. § 3 fastslår klart, at kongen har del i den lovgivende magt. Man kan for så vidt godt formulere det således, at grl. § 3 på dette punkt er i strid med Montesquieus magtfordelingslære. Naturligvis må en fremstilling af den danske forfatning holde sig til grundlovens tekst, uanset om denne er i strid med en eventuel bag bestemmelsen liggende ideologi. Kongens beføjelser efter grundlovens specielle bestemmelser til at deltage i lovgivningen kan kun betragtes som et udslag af bestemmelsen om, at kongen og folketinget har den lovgivende magt. At hævde, at kongens ret til at fremsætte lovforslag og til at nægte stadfæstelse er indeholdt i udtrykket "den udøvende magt", er i strid med bestemmelsen om den lovgivende magts indehavere.

Hvis man ser bort fra den helt ubegrundede tese om, at grl. § 3 er udtømmende, er der også den mulighed, at de kongelige prærogativer hverken skal rubriceres som en uddybning eller præcisering af "den udøvende magt" eller som en undtagelse til grl. § 3. Det er muligt, at prærogativet falder helt uden for de funktioner, grl. § 3 nævner. Det er således ovenfor nævnt, at meget taler for at betragte kongens ret til at udnævne statsministeren og de øvrige ministre som en regel om det udøvende organs konstituering, og altså ikke som en regel, der vedrører nogen af de tre nævnte funktioner eller magter. Ofte fremhæves, at forfatningsretten er retten om de øverste statsorganers tilblivelse, kompetence og fremgangsmåde. <sup>44)</sup> Når grl. § 3 skal

-----  
41) Jfr. Matzen III 1895 p. 134 og Berlin II 1939 p. 158-159. I U 1972.903 om domstolenes kompetence til at prøve et lovforslags grundlovsmæssighed udtales derimod alene: "Foreløbigt bemærkes, at grundlovens § 63 ikke kan finde anvendelse på statsministerens valg af fremgangsmåde, der ikke er en udøvelse af øvrighedsmyndighed, men et led i lovgivningsprocessen".

42) Jfr. A. Lund-Sørensen: Vetoretten over for lovforslag, J 1964 p. 353-360, særlig p. 353.

43) Jfr. Montesquieu I 1956 p. 164 og 167 om den lovgivende magt og p. 171 om vetoretten. Som eksempel kan nævnes, at efter den amerikanske forfatning art. 1 sec. 1 har kongressen den lovgivende magt og efter art. I sec. 7 skal lovforslag forelægges præsidenten, som har en vetoret. Jfr. i øvrigt Erik Rasmussen II 1969 p.322.

44) Jfr. Max Sørensen 1973 p. 17 "normerne for de øverste statsorganers tilblivelse og virksomhed" og Ross 1966 p. 14, der i stedet for virksomhed i den lovgivende magts procedure.

fortolkes, anskues alt imidlertid som et spørgsmål om kompetencer. De særlige beføjelser, grundloven giver vedrørende organernes konstituering og procedure skal presses ned i en af funktionerne i grl. § 3.

Teoriens behandling af de kongelige prærogativer ignorerer problemerne omkring forholdet til grl. § 3. Man henfører nogle af prærogativerne til "den udøvende magt" og indrømmer i bedste fald, at prærogativernes nærmere afgrænsning er uklar.<sup>45)</sup> Der findes ikke nogen systematisk analyse af spørgsmålet, om de kongelige prærogativer er en del af den udøvende magt, eller om de er udtryk for undtagelser til grl. § 3, endsige helt uden relation til grl. § 3. Til belysning heraf kan nævnes, at der i den forfatningsretlige teori til og med Poul Andersen var enighed om at betragte kongens beføjelser til at handle på rigets vegne over for andre stater som en del af den udøvende magt. Efter Poul Andersen har der imidlertid været enighed om det stik modsatte synspunkt: den udenrigspolitiske funktion er ikke en del af den udøvende magt.<sup>46)</sup> Et så radikalt skift foretages tilsyneladende, uden at der påvises ændringer i det retlige kildemateriale eller uden, at der er foretaget nogen systematisk behandling af problemet. Det er nærliggende at opfatte forholdet som et modespørgsmål. I stedet for at forsøge at tage stilling til, hvor den udenrigspolitiske funktion skal placeres, er det måske rimeligt at undersøge, om spørgsmålet overhovedet har interesse.

Uanset om man mener, at den udenrigspolitiske handleevne er en del af den udøvende magt eller ej, er det givet, at kongen har kompetencen. Dette følger direkte af grl. § 19 om, at kongen handler på rigets vegne i mellemfolkelige anliggender. Teorien kan således gebærde sig, som den ønsker, - den har på dette punkt ikke nogen betydning for det virkelige forfatningsliv.<sup>47)</sup> Teorien interesserer sig som tidligere fremhævet i dag i overvejende grad

-----  
45) Jfr. Max Sørensen 1973 p. 255.

46) J.E. Larsen: Statsret efter 1848, 1857 p. 68, Holck 1869 p. 275, Matzen III 1891 p. 134 (jfr. dog p. 168), Berlin II 1939 p. 166 og Poul Andersen 1944 p. 290 (jfr. 1954 p. 478 og 481) hævder alle, at funktionen er omfattet af "den udøvende magt". Derimod: Ross og E. Andersen: Dansk Statsforfatningsret II, Kbh. 1948 p. 143, Ross 1959 p. 64-68, Max Sørensen 1973 p. 168 (jfr. dog samme: 1953 p. 113), Ole Espersen 1970 p. 24-25 (jfr. samme 1973 p. 98), Ole Krarup og Jørgen Mathiassen 1974 p. 17 og Claus Haagen Jensen & Carl Aage Nørgaard 1973 p. 24-25.

47) Under 1920 grl. fandtes derimod ikke nogen positiv regel om kongens kompetence særligt på det udenrigspolitiske område. Det udtaltes alene, at kongen i visse tilfælde kun kunne handle med rigsdagens samtykke, § 18. Bortset fra perioden 1920-1953 har grundloven indeholdt en positiv angivelse af kongens kompetence.

for de enkelte praktiske problemers løsning - en analytisk teori - og ofrer ikke megen hverken tid eller plads på at undersøge forfatningens ideologi, systematik, gennemgående linier, ånd, eller hvad man måtte ønske at kalde det. Teorien er derfor også selv nogenlunde indifferent over for, hvilken løsning man når til. Det er således karakteristisk for alle teoriens påstande vedrørende forholdet mellem grl. § 3 og de kongelige prærogativer, at det er vanskeligt at tillægge dem nogen betydning. De er hvad der ovenfor er kaldt vægtløse lodder. Som fremhævet har de vægtløse loddere placering betydning for en samlet analyse af grl. § 3.

Teorien har bestemt den udøvende magt som forvaltning og nogle kongelige prærogativer. Det er således lykkedes teorien at gøre bestemmelsen om, at kongen har den udøvende magt, betydningsløs. Den retstilstand, teorien beskriver, ville være nøjagtig den samme, selv om den nævnte bestemmelse ikke fandtes. Et sådant fortolkningsresultat er umiddelbart i strid med almindelige fortolkningsprincipper. Teorien giver imidlertid ikke alene en fortolkning, der er uden betydning, men således som den tegner billedet af grl. § 3 gives end ikke antydning af, hvorfor netop denne funktion skal adskilles fra lovgivningen og den dømmende magt. I det følgende skal jeg forsøge at besvare det sidste spørgsmål og herigennem nå en meningsfuld fortolkning af bestemmelsen om, at den udøvende magt er hos kongen.

### III. Magtadskillelse og den udøvende magt.

I sit værk fra 1748 om *L'esprit des lois* indleder Montesquieu 6. kapitel i 11. bog om statsforfatningen i England med at fastslå, at der i enhver stat er tre slags magt: den lovgivende magt, magten til at fuldføre de folkeretlige anliggender og endelig magten til at fuldføre de civilretlige anliggender. Den næstsidste magt, der kaldes den udøvende magt (*la puissance executrice de l'Etat*), bestemmes som magten til at slutte fred eller føre krig, afsende eller modtage diplomater, befæste sikkerheden og forhindre fjendtlige indfald. Den anden kaldes den dømmende magt (*la puissance de juger*) og indeholder afstraffelsen af forbrydere og pådømmelsen af private retstvister. <sup>48)</sup>

Montesquieus bestemmelse af den udøvende magt kompliceres imidlertid, da han når frem til sin afgørende tese om de forskellige magters adskillelse. Det er denne adskillelse, han hævder som en afgørende nødvendighed

-----

48) Montesquieu 1956 I, p. 163-164.

for friheden. Ved friheden forstår han retten til at gøre, hvad lovene tillader - altså hvad vi idag ofte kalder retssikkerhed: borgeren skal, hvis han retter sig efter lovene, kunne stole på, at man ikke vil ramme ham. Set fra den anden side bliver dette til et krav om, at myndighederne holder sig inden for lovenes rammer.<sup>49)</sup>

Montesquieu anfører, at hvis man forener den lovgivende magt og den udøvende magt hos samme person eller gruppe af personer, kan man frygte, at han eller de vil gøre lovene tyranniske for at fuldføre dem tyrannisk. Tilsvarende siges, at hvis den dømmende magt sammenføjes med den udøvende magt, vil dommeren få magt til at undertrykke. Den blotte mulighed for det tyranniske og for undertrykkelsen medfører, at der ikke er nogen frihed eller retssikkerhed.<sup>50)</sup> De to begrundelser for en uafhængig udøvende magt er ikke umiddelbart klare. Meget tyder dog på, at Montesquieu her ikke forstår den udøvende magt i den ovenfor gengivne betydning, men at han her ved den udøvende magt forstår magten til at eksekvere dommene. En funktion, som i den oprindelige tredeling var omfattet af den dømmende magt. Muligvis skal fremstillingen læses således, at han ved den udøvende magt forstår både den domseksekverende og den udenrigspolitiske magt.<sup>51)</sup>

-----  
49) Montesquieu 1956 I p. 162 og 164. Der er også på dette sted en vis tvetydighed i Montesquieus fremstilling. Der er på den ene side næppe tvivl om, at hans frihedsbegreb svarer til det ovenfor skildrede retssikkerhedsbegreb. Imidlertid kan udtalelsen om frihed p. 164 også læses som en bestemmelse af et retssikkerhedsbegreb, der ikke primært er rettet mod overgreb fra staten men fra medborgerne. ("... qu'un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen"). I så fald er det altså et krav om retssikkerhed i betydningen lov og orden - altså om effektiv kriminalitetsbekæmpelse. Begrebet retssikkerhed anvendes også herhjemme i denne betydning, der er radikalt forskellig fra den første, og ofte er direkte modsatrettet, se f.eks. H. Munch-Petersen: Retspleje og Kultur, Kbh. 1913 (Festskrift udgivet af Københavns Universitet i Anledning af Universitetets Aarsfest November 1913) og Hans Gammeltoft-Hansen: Varetægtsfængsling, Kbh. 1976 p. 106.

50) Der er væsensforskell på denne formulering og den formulering, der hævder, at retssikkerhedskravet er opfyldt, blot der rent faktisk ikke foretages overgreb. Forskellen vil vise sig særlig markant i de tilfælde, hvor magten eller en del af den betros en person, der nyder almindelig tillid. For Montesquieu er det afgørende den institutionelle mulighed for misbrug. Er der sådan mulighed, er der ingen frihed, uanset om der konkret er grund til at tro, at indehaveren vil misbruge sin magt. Spørgsmålet vil blive taget op igen i afsnittet om den dømmende magt. Det er karakteristisk for teoriens behandling af denne funktion, at den i vidt omfang lader systemet hvile på en næsten ubegrænset tillid til domstolene (og dommerne).

51) Jfr. således J. Hvas' kommentar i Montesquieu 1770 p. 393-395, noterne (3), (1), (1).

Som nævnt er Montesquieus begrundelse for kravet om den udøvende magts adskillelse fra den lovgivende og den dømmende magt uklar. Til gengæld kan det have en vis interesse at undersøge, om der overhovedet er nogen ræson i hans krav, da den retlige teori ikke mener, at der i grl. § 3 kan indfortolkes noget krav om den udøvende magts uafhængighed.

Såfremt adskillelseskravet skal forstås som et funktionelt krav, er det næppe muligt at mobilisere overbevisende argumenter for den del af kravet, der vedrører forholdet mellem lovgiver og den udøvende magt, med mindre man udvider området for den udøvende magt til også at omfatte visse tilfælde, hvor den udøvende magt træder i forbindelse med borgeren, uden at det sker til fuldbyrdelse af en dom. Der findes i teksten antydninger af disse tilfælde. Således synes Montesquieu f.eks. at forudsætte et vist behov for, at den udøvende magt kan foretage en midlertidig indespærring (varetægtsfængsling)<sup>52)</sup>, ligesom han tilsyneladende opfatter anklagefunktionen som en del af den udøvende magt - eller en del af magten hos den udøvende magts indehaver.<sup>53)</sup> I det omfang den udøvende magt således handler direkte på grundlag af loven, kan man nok begrunde, at de to funktioner: lovens udstedelse og dens anvendelse bør adskilles. En sådan adskillelse kan sikre, at der er en lov, og at den overholdes. Måske vil man også gennem adskillelsen sikre, at loven ikke giver mulighed for tyranniske pressionsmidler eller sanktioner. Lovgiver vil, når andre skal træffe den endelige afgørelse, vel være mindre tilbøjelig til at give dem magt til sådanne foranstaltninger. Derimod er det sjældent, at folk er betænkelige ved at give sig selv sådanne beføjelser!

Den anden del af Montesquieus krav om den udøvende magts uafhængighed må funktionelt være et krav om adskillelse mellem domsafsigelse og afstraffelse.<sup>54)</sup> Det er nærliggende at sammenligne kravet med det ofte fremførte krav: ingen straf uden dom. Det er vel netop for at sikre sig imod, at der

-----

52) Jfr. 1956 I p. 166.

53) Jfr. 1956 I p. 84.

54) Der kan skimtes andre muligheder, f.eks. bemærkningen om, at den samme person ikke må være anklager og dommer, da han i så fald ville være dommer i sin egen sag, jfr. I p. 84. Af andre mere specielle begrundelser kan nævnes, at medens domsfunktionen bedst varetages med den fornødne neutralitet af et betydeligt antal personer, må regeringen (les ministres du prince) handle engageret og derfor bedst udgøres af få personer, I p. 87. En tredje mulig forklaring er, at hvis de myndigheder, der har de militære kommandobeføjelser skal afsige dommene, er der risiko for, at der snarere bliver tale om voldsudøvelse end om lovlige domsafsigelse, I p. 188 og muligvis p. 164.

sker afstraffelse uden, at der er afsagt dom, at Montesquieu kræver de to funktioner adskilt ved fordeling på to forskellige organer. På denne måde kan man sikre sig, at enhver afstraffelse er følgen af en dom.<sup>55)</sup> Hvis derimod samme organ var kompetent til både at afsige dommen og til at foretage afstraffelsen, kunne man frygte, at det ikke altid ville tage det så tungt med, om dommen nu også var afsagt, inden man påbegyndte indespærringen. I hvert fald ville det være vanskeligt for udenforstående at afgøre, om der var tale om fuldbyrdelse af en dom, eller om der blot var tale om en eller anden opportun indespærring. Denne udlægning harmonerer med Montesquieus fremhævelse af, at det er nødvendigt, at de forskellige magter eller organer har afgrænsede områder, og at den ene magt sætter en skranke for den anden. Denne hævvelse af grænsernes nødvendighed fortolkes undertiden som et krav om statsmagtens deling mellem forskellige politiske kraftfaktorer.<sup>56)</sup> Svagheden ved denne opfattelse er, at den intet indeholder til belysning af, hvorfor grænsedragningen er foretaget som den er. I stedet kan Montesquieus krav opfattes således, at man for at sikre, at straffen følger af dommen, afgrænser domstolenes magt til at dømme, og den udøvende magts ret til at foretage afstraffelse begrænses samtidig til, at den kun må ske efter et andet organs afgørelse. Montesquieus krav til sikring af, at ingen straffes uden efter dom, går altså videre end til det forfatningsretligt traditionelle krav om domstolenes uafhængighed af den udøvende magt. Han kræver også den udøvende magt gjort uafhængig af domstolene.<sup>57)</sup>

-----  
55) Jfr. Gwyn p. 103: "Although he did not say so explicitly, Montesquieu seems to have believed that normally the executive power could not harm a person's life, liberty, or property until after a final decision."

56) Jfr. således helt ensidigt Ross 1966 I p. 203.

57) Man kunne have forventet, at norsk statsretsteori i fortolkningen af den norske grundlovs § 96 om, at ingen kan straffes uden efter dom, havde været inde på de nævnte betragtninger. En mulighed for, at domstolene selv kan foretage domseksekveringen, vil indebære fare for, at dommen ikke altid kommer før afstraffelsen. Den norske teori synes entydigt at opfatte det som afgørende for reglens overholdelse, at dommene afsiges af uafhængige domstole. Den mulighed, Montesquieu tager højde for - en afstraffelse uden domfældelse - ligger antagelig uden for juristernes fantasi og nok også uden for det idag relevante. Jfr. Friederich Stang: Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovbestemte Ret, Christiania 1833 omtaler så vidt ses ikke specielt denne del af § 96, jfr. p. 565 og p. 538-542, T. H. Aschehoug: Norges nuværende Statsforfatning, III, Christiania 1893 p. 16-18 holder sig til detailniveauet. Bredo Morgenstjerne: Lærebog i Den norske Statsforfatningsret, Kristiania 1900 p. 629 slår derimod tonen an for de senere fremstillinger: "... vigtige Princip, at Udøvelsen af Statens Straffemyndighed skal ske i Retsafgjørelsernes Former, saaledes at ingen kan straffes ifølge et af en Forvaltningsmyndighed i administrative Former afgivet Dekret.", Jfr. Andenæs 1945 p. 291-295 og Frede Castberg: Norges Statsforfatning II, Oslo 1964 p. 176-187.

Såfremt man vil anskue Montesquieus fremstilling som en teori om retssikkerhed gennem magtadskillelse, er der næppe anden mulighed end at opfatte den udøvende magt som den domseksekverende magt. At det primært er strafferetten, Montesquieu har i tankerne, kræver næppe særlig dokumentation, ligesom det er en almindelig accepteret tankegang, at risikoen for politiske overgreb er betydelig større inden for strafferetten end inden for civilretten. Dette på en gang at kunne stemple en politisk modstander som kriminel og afskære ham fra fysisk kontakt med omverdenen må virke tiltrækkende på adskillige magthavere. I civilretlige sager vil regeringen kun yderst sjældent have en tilsvarende interesse. Det er rimeligt at læse Montesquieu således, at den funktion, han under betegnelsen den udøvende magt kræver adskilt fra den dømmende magt, er eksekveringen af straffedomme. Han mener, at en sådan adskillelse er den eneste eller bedste måde, hvorpå man kan sikre sig, at det kun er de dømte, der straffes. Hovedindvendingen imod denne fortolkning er, at det da bliver uforståeligt, hvorfor han undertiden helt tydeligt med den udøvende magt mener beføjelsen til at handle i udenrigspolitiske anliggender. I det følgende skal det forklares, at denne tilsyneladende forvirring i Montesquieus tankegang antagelig dækker over en for datiden ganske banal forudsætning.

Ofte sammenholdes Montesquieus fremstilling med Lockes afhandling om regeringsformen fra 1690: *An Essay concerning the true original extent and end of civil government*. Ofte tages Locke til indtægt for en magtadskillelse, der er væsensforskellig fra Montesquieus, idet det hævdes, at Locke opererer med tre andre funktioner eller magter: nemlig den lovgivende, den udøvende og den føderative magt. Således siges i kapitel XII om *The Legislative, Executive, and Federative Power of the Commonwealth*, at medens den lovgivende magt alene er forsamlet i kortere perioder, er det nødvendigt, at den udøvende magt hele tiden er funktionsdygtig, og derfor må de to funktioner adskilles.<sup>58)</sup> Derefter introduceres en tredje magt: den føderative, hvorved han forstår:

"the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth, ..."

Endelig fastslår Locke, at den executive og den føderative omend forskellig dog bør samles på samme hånd, da de begge "requiring the force of the society for their exercise".<sup>59)</sup> Man kan ved isoleret læsning af kapitlet

-----  
58) Locke 1966 p. 190. Ofte henvises til Lockes egen nummerering af afsnittene. I det følgende sker dette derfor i parentes efter sidetallet, her (143).

59) p. 192 (148).

få det indtryk, at Locke ved den executive magt forstår magten til at afsige domme og exekvere dem. Når han undertiden anskues på denne måde, hænger det antageligt sammen med, at overskriften til kap. XII unægtelig frister den, der søger efter hans opfattelse eller fremstilling af statsmagtens tredeling.<sup>60)</sup>

For forståelsen af Lockes magtadskillelse er det imidlertid nødvendigt at inddrage afhandlingens øvrige kapitler, i særdeleshed kapitel IX : Of the Ends of Political Society and Government, der i vidt omfang er et resume af kapitlerne I-VIII. I dette kapitel fastslår Locke, at der i det førststatslige samfund er forskellige behov. Dels en "established, settled, known law", og dels "a known and indifferent judge, with authority to determine all differences according to the established law". Endelig hævdes der at være behov for "power to back and support the sentence when right".<sup>61)</sup>

På dette punkt svarer Lockes fremstilling til en anden af hans samtidiges:

"For if Law makers, be Judges, of Those that break their Laws; they seem to judg in their Own Causes: Which our Law, and Nature it self, so much avoydeth and abhorreth. So it seemeth also to forbid, both the Law maker, and the Judg, to Execute: & by express Act of Parliament, it is provided, that Sheriffs be not Justices, where they be Sheriffs. But if Execution, be always consonant to judgment; and This, to the Law; there is still, most sweet Harmony; and as I may say, a kinde of Sacred Unity, in Trinity".<sup>62)</sup>

Der er således ingen tvivl om, at også Locke regner domseksekutionen for en selvstændig funktion. Når han mener, at den måtte placeres hos det organ, som har den udenrigspolitiske kompetence, skyldes det, at begge funktioner er betinget af fysisk magt. At der ofte ikke anvendes fysisk magt ved straffedommenes eksekution skyldes alene, at truslen om fysisk magt er indlysende. Det påfaldende er vel, at den udenrigspolitiske kompetence primært anskues som et spørgsmål om fysisk magt. Tankegangen er vel ganske enkelt denne: at den, der kan befale soldaterne kan dermed beslutte, om landet skal gå i krig. Samtidig indebærer denne ret jo naturligt også en ret til at beslutte, at landet ikke skal i krig, eller at en allerede indledt krig skal afsluttes. Under dette område falder naturligt også afgørelsen af, hvem man vil støtte i krig o. s. v., altså retten til at indgå venskabstraktater m. v. Da det karak-

-----

60) Jfr. således Max Sørensen 1973, p. 166-167 og p. 272.

61) p. 180 (124-126)

62) John Sadler: Rights of the Kingdom, London 1649, p. 87 efter Gwyn p. 55.

teristiske for såvel den domseksekverende som den udenrigspolitiske aktivitet er besiddelsen af et fysisk magtapparat, er det nærliggende at samle disse to funktioner på en og samme hånd. Forholdet er formuleret klart af en anden af Lockes samtidige:

"One and the same sword must protect from enemies without and unjust subjects within. For the sword of war and justice are both one sword." 63)

Der er således på det ideologiske plan væsentlige argumenter for at henføre domseksekveringen og den udenrigspolitiske kompetence til den udøvende magt. 64) Dog således, at når kravet om magtadskillelse fremhæves, er det domseksekveringen der tænkes på. Den udenrigspolitiske funktion er i denne henseende alene vedhæng. Den har, som Rousseau har understreget, ikke væsentlig betydning i relation til spørgsmålet om borgernes retssikkerhed. 65)

Foruden domseksekutionen og den udenrigspolitiske funktion er det nærliggende at anføre forvaltningen som en del af den udøvende magt. Som nævnt ovenfor er der i den retlige teori almindelig enighed om at anse forvaltningen for en del af den udøvende magt. På det ideologiske plan er der ikke nogen direkte parallellitet. Hverken Montesquieu eller Locke omtaler en forvaltningsfunktion, der kan sammenholdes med forvaltningen i det moderne vesteuropæiske samfund. Dette kan næppe undre. Der er i datidens samfund kun en meget begrænset administration. Statens opgaver er begrænset til at beskytte borgerne mod ydre og indre fjender. Dette kræver love, domstole og en vis fysisk magt. Det er nødvendigt med en vis skatteopkrævning, men så længe forvaltningen har et så ubetydeligt omfang, er det nærliggende ikke at betragte den som en selvstændig funktion eller måske bedre: forvaltningsfunktionerne er så ubetydelige i både Lockes og i Montesquieus samtid, at de ikke har nogen interesse. Det afgørende for dem begge er, at borgerne sikres mod overgreb fra statsmagten. De ansatser til for-

-----

63) G. Lawson: An Examination of the Political Part of Mr. Hobbs his Leviathan, London 1657 p. 8, her citeret efter Vile p. 56.

64) Det hævdes undertiden, at den udenrigspolitiske kompetence ikke kan regnes til den udøvende magt, fordi den slet ikke er udøvelse - underforstået af andres beslutninger. Argumentet anvendes f.eks. af Ross: 1966 p. 240-241 og ses også hos Locke 1966 p. 191 (147). Gwyn p. 101 note 3 derimod: "The conduct of foreign relations was thought of as being executive in the sense that it executed the law of nations". En bemærkning, der nok vil skure lidt i en lovpositivists øre!

65) Jfr. Poul Andersen 1954, p. 479. Se i øvrigt det afsluttende kapitel i Rousseau: Du Contrat Social, oprindeligt 1762, her Paris 1966 p. 181, hvor det siges, at den givne fremstilling har holdt sig til de indenrigske forhold.

valtningsfunktioner, der er tale om på denne tid, har ingen relevans i denne sammenhæng.<sup>66)</sup>

I forbindelse med spørgsmålet om en forvaltningsfunktioners forhold til magtadskillelæren kan det være rimeligt at inddrage Rousseau: *Du Contrat Social*, 1762. Ofte fremhæves denne bog som modstykket til magtfordelingslæren; anskues primært som en modsætning til Montesquieus fremstilling om magtens fordeling. Rousseau hævdes i stedet at plædere for folkesuverænitetsprincippet. I et særskilt kapitel om statsmagtens udelelighed benægter Rousseau således klart, at statsmagten kan deles i en lovgivende, en dømmende og en udøvende magt.<sup>67)</sup> Hans begrundelse har en metafysisk og i dag måske uacceptabel form. Han hævder, at da almen- eller fællesviljen<sup>68)</sup> er suveræn, kan man ikke tænke sig suverænen delt. I så fald var der nemlig ikke tale om en almenvilje, men om særviljer. Som ovenfor nævnt bruger Rousseau også lovens eller suverænenes karakter af almenvilje som argument for, at loven må være generel. Man kan nemlig ikke tænke sig en almenvilje om noget ikke-almment.<sup>69)</sup> Når Rousseaus fremstilling drages frem i denne sammenhæng, er det fordi, der er åbenbare ligheder mellem Montesquieus, Lockes og Rousseaus statsteorier.

Rousseau benægter som nævnt, at statsmagten kan deles. Dette er ikke udtryk for væsensforskel mellem hans fremstilling og de to øvrige. Tværtimod accepterer Rousseau ikke alene, at en vis arbejdsdeling kan finde sted. Hans fremstilling indeholder flere steder lige så klare krav som hos Locke og Montesquieu om en vis adskillelse mellem de forskellige funktioners udøvelse. Hans begrundelse for at benægte en magtadskillelse er, at lovgiver er den eneste magt, og at de øvrige "magter" i staten er bundet af loven og derfor er undergivet lovgivers bestemmelser. Dette er ikke i modstrid med hverken Montesquieus eller Lockes lære, tværtimod har det en ganske klar

-----  
66) Se f.eks. Ross 1959 p. 25 og C. A. Fleischer: *Grunnlovens § 97. Jussens venner* 1975 p. 189.

67) Rousseau 1966 p. 64-66, 2. bog, kapitel II "Que la Souveraineté est Indivisible".

68) Hvad dette begreb ("volonté générale") dækker over, er der ikke enighed om, se f.eks. Svend E. Stybe 1972 p. 132, Fink 1975 p. 47, Hofding 1912 p. 126-127 og Ross 1967 p. 69-75; ingen af disse fremstillinger anser begrebet for klart afgrænset. En særlig variant findes hos Macpherson: *Demokratiets ansigter*, Kbh. 1970 p. 46-49, hvor spørgsmålet, om U-landenes styreform er demokratisk, behandles ud fra en analyse af, om der findes - og følges - en almenvilje i U-landene.

69) P. 74 "J'ai déjà dit qu'il n'y avait point de volonté générale sur un objet particulier."

parallel i Lockes udtalelse om lovgiver som den øverste magt.<sup>70)</sup> Hvis man betragter Montesquieus teori som en teori om magtens politiske fordeling, er den væsensforskellig fra Rousseaus understregning af, at folket er den eneste suveræn, og vel også fra Lockes teori med dens klare anerkendelse af parlamentets overherredømme. Hvis man derimod forsøger at analysere Montesquieus krav om de tre funktioners adskillelse, kan man ikke undgå at bemærke, at også Rousseau kræver en adskillelse mellem lovgiver og udøvende magt.

Rousseau påpeger indledningsvis, at det kunne synes at være ideelt, om den lovgivende og den udøvende magt var forenet på samme hånd. Lovgiver er den, der bedst forstår lovene og vel derfor også den bedste til at føre dem ud i livet. Heroverfor indvender Rousseau imidlertid, at man i så fald ville sammenblande ting, som bør adskilles. Begrundelsen er her, at lovgiver ikke bør beskæftige sig med privatanliggender, da det meget let vil medføre lovgivers fordærv.<sup>71)</sup> At loven ikke kan beskæftige sig med enkelte borgeres forhold, understreger Rousseau adskillige steder.<sup>72)</sup> Lovens generellitet fremhæves ligeledes klart i hans bestemmelse af loven som den afgørende og eneste suverænitetssagt, hvor loven netop hævdes at være retfærdig, fordi den stiller alle lige.<sup>73)</sup> Når Rousseau er inddraget i denne fremstilling er det fordi, han er den af datidens store statsteoretikere, der kommer nærmest et krav om adskillelse mellem lovgivning og en funktion, der svarer til den, vi kalder forvaltning. Hans udøvende magt er vel primært en dømmende magt,<sup>74)</sup> men hans stærke understregning af kravet om lovens generellitet har også relation til det, vi kalder administrative afgørelser. Der bør måske gøres den tilføjelse, at alle de afgørelser, Rousseau omtaler som en del af den udøvende magt, retter sig mod enkelte borgere. Den del af forvaltningens aktivitet, som ikke ytrer sig over for borgerne, er næppe omfattet af hans be-

70) Således siger Rousseau p. 65: "En suivant de même les autres divisions on trouverait que toutes les fois qu'on croit voir la souveraineté partagée on se trompe, que les droits qu'on prend pour des parties de cette souveraineté lui sont tous subordonnés, et supposent toujours des volontés suprêmes dont ces droits ne donnent que l'exécution." Locke udtaler tilsvarende p. 193 (150): "In all cases whilst the government subsist, the legislative is the supreme power. For what can give laws to another must needs be superior to him, and since the legislative is no otherwise legislative of the society but by the right it has to make laws for all the parts, and every member of the society prescribing rules to their actions, and giving power of execution must needs be supreme, and all other powers in any members or parts of the society derived from and subordinated to it."

71) P. 107.

72) Jfr. p. 69, 72 og 75.

73) P. 70.

74) Jfr. p. 117.

grebsverden. Ligeledes bør det pointeres, at den udenrigspolitiske funktion bevidst er udeladt i hans fremstilling.<sup>75)</sup>

Det kan for mange forekomme overraskende, at se også Rousseau blive taget til indtægt for en magtadskillelse. Til gengæld lader det sig ikke bestride, at Rousseau kræver den lovgivende funktion adskilt fra den udøvende magt. Ud over de allerede nævnte steder i: *Du Contrat Social* kan citeres. "Nous avons vu que la puissance législative appartient au peuple, et ne peut appartenir qu'à lui. Il est aisé de voir au contraire, par les principes ci-devant établis, que la puissance exécutive ne peut appartenir à la généralité comme législatrice ou souveraine; parce que cette puissance ne consiste qu'en des actes particuliers qui ne sont point du ressort de la loi, ni par conséquent de celui du souverain, dont tous les actes ne peuvent être que des lois." p. 97. La puissance législative er "la volonté" og la puissance exécutive er "la force". Det er overraskende at Rousseaus fremstilling kun læses som modsætningen til Montesquieus magtadskillelse. Således skriver en så kyndig som Svend Erik Stybe enslydende i 1964 p. 39 og 1972 p. 133: "Mens statsmagten hos Rousseau var hel og udelelig, idet den var identisk med almenviljen, ser vi hos franskmændene Montesquieu teorien om statsmagtens tredeling, som også mange steder fik stor betydning for forsøgene på at opbygge demokratiske stater."

Fremstillingen er måske ikke positiv urigtig. Den er imidlertid misvisende. Som nævnt er det alene Rousseaus opfattelse, at selve statsmagten er udelelig. Han accepterer fuldt ud, at dens udøvelse kan deles. Der er her alene tale om en nuanceforskel, der i hvert fald ikke får konsekvenser for udformningen af en funktionel magtadskillelse. Rousseaus opfattelse har tydelige paralleller herhjemme. Således kritiserer Sneedorff 1757 p. 67 tilhængerne af statsmagtens tredeling for undertiden at have overset sondringen mellem magt og udøvelse af magt: "Der maa altsaa i en Stat kuns være een Magt, og enten Regieringen føres af een Person, eller af flere, saa maa Majesteten kun være een; Denne Magt maa være den allerhøieste i Staten; den maa ene have Magt til at befale og til at tvinge; alle andre Magter maae have deres Oprindelse af den; den maa ikke kunne dømmes, og ikke modstaaes. Den Allerhøieste Magt i en Stat bør ikke deles; men Udøvelsen deraf kan deles."

Lige så tydelig er formuleringen hos F. C. Bornemann: Foredrag over den almindelige Rets- og Statslære, udgivne ved Goos og Krieger (Samlede Skrifter, 1. bind), Kbh. 1863 p. 352-353: "Som al Villie er ogsaa Samfundsvillien individuel. Samfundsmagten, Statsmagten, er derfor efter sit Væsen udelelig, den kan ikke, opløst i Bestanddele, udstykes til flere, af hinanden uafhængige Subjekter. Den hele Statsmagt maa residere hos eet Subject, een fysisk eller politisk Personlighed. Saaledes er Statsmagten Souverainitet. Men Udøvelse af Statsmagten forudsætter dog en Fleerhed af Organer, udsondrede efter Funktionernes Forskjellighed. Disse Organer, for Statsmagtens Udøvelse maae nu ikke blot være uafhængige af hinanden, men der kan endog efter deres Funktioners Natur tilkomme dem en større eller mindre Selvstændighed i Forhold til Souverainen; dog aldrig nogen fuldstændig Uafhængighed. Souverainiteten er den Alt omfattende, og som saadan alle Funktioner bestemmende eller begrænsende, men ikke Alt absorberende Magt."

Hos Schlegel 1805 tales derimod om deling af selve den "høieste Magt i Staten", dog med en understregning af, at lovgiver er den "øverste Magt" eller "Souverainen", p. 68. Til gengæld betragter han tilsyne-

-----  
75) P. 181.

ladende både Montesquieu og Rousseau som fortalere for en magtadskillelse. Dog således at den førstes adskiller sig fra den sidstes ved at bygge på en politisk magtfordeling - hvad Schlegel udtrykker således, at han bygger på "de blandede Statsformer, og blandt disse især den der er sammensat af Demokratie, Aristokratie og Monarkie, fordi der ved denne Sammensætning skulle indføres en Balance af Magt, der forebyggede alle muelige Misbrug, ..." p. 154, jfr. p. 74.

Af nyere danske fremstillinger, der fremhæver magtadskillelsen som en del af Rousseaus teori, kan kun nævnes Sven Clausen: De vestlige Statsteorier, Kbh. 1952 p. 157-159.

De misvisende fortolkninger af Rousseaus teorier, som Stybes fremstilling er et eksempel på, har bidraget til at folkesuverænitetetsprincipet - demokratiet - og magtadskillelenslæren er blevet opfattet som modsætninger. Opstillingen af denne modsætning har naturligt medført, at magtadskillelsen er blevet betragtet som en forældet teori, der ikke har synderlig interesse i et demokratisk samfund. Det kan ikke udelukkes, at dette har haft betydning for fortolkningen af grl. § 3.

For så vidt angår Ross' fortolkning af grl. § 3 kan der påvises en klar forbindelse mellem en positiv urigtig fortolkning af Rousseaus teorier og en total forkastelse af at tillægge Montesquieus magtadskillelsesdoktrin nogen som helst betydning.

Det positivt urigtige i Ross' gengivelse af Rousseaus ideer kan belyses ved følgende citater:

"Den suveræne magt ligger derfor udeleligt og umisteligt hos almenviljen. Hvad den og kun den bestemmer er lov. Lovgivningsmagten tilhører altid udelt og uden nogen skranker folket", og "Som nævnt er almenviljen altid rigtig i den forstand, at den vil det fælles bedste. Rousseau anerkender derfor ingen som helst grænser for lovgivningsmagten, ingen magtdeling og ingen frihedsrettigheder. Folkemagten er lige så absolut som kongemagten nogensinde havde været det." 76)

Ross støtter sig på dette sted på 2. bog, men nævner ikke kap. 4 om "Des Bornes du Pouvoir Souverain". Der er næppe grund til yderligere dokumentation for påstanden om, at Ross' Rousseau fortolkning er positiv urigtig: Rousseau mente, at suverænen var afskåret fra at udstede regler rettet mod den enkelte borger. Dette af Rousseau flere gange fremhævede synspunkt nævner Ross alene i sin ene variant: at almenviljen ifølge sin natur må dreje sig om noget alment. Det er netop dette Rousseau-citat, Ross allerede i 1929 har forkastet som ubegrundet ordspil. 77) Velviljen over for Rousseau er ikke steget i 1946, hvor Ross giver en samlet skildring af Du Contrat Social. De forhold i Rousseaus teori, som er fremhævet her, kaldes for "metafysisk Iklædning og fiktive Konstruktioner, der maa kastes paa Videnskabens Mødding." 78) Havde Ross haft et mere afslappet forhold til

-----  
76) Ross 1967 p. 69 og p. 73. I den oprindelige udgave Hvorfor Demokrati, Kbh. 1946 p. 117 og p. 124. Der er ingen relevant forskel på beskrivelsen i de to fremstillinger.

77) P. 378.

78) Ross 1946 p. 129. Jfr. Alf Ross: Demokrati, magt og ret, Kbh. 1974 p. 35, hvor der tales om "Rousseaus romantiske primitivisme".

metafysikken, havde han ikke kunnet undgå at se, at Rousseau kræver visse funktioner adskilt, uden at det begrundes i ønsket om en politisk magtfordeling. Rousseau kræver ikke engang funktionerne adskilt ved fordeling på uafhængige organer. Tværtimod står det suverænen frit for at afskedige regenten og udnævne en ny. 79) Suverænen må altså blot ikke selv udøve dens funktioner. Rousseau opnår herved, at der ikke kan træffes konkrete afgørelser uden, at de følger af loven.

Det er denne problemstilling, Ross overser, når han hævder, at det er bedst stemmende med demokratisk ideologi, at folketinget (og kongen) har enhver kompetence, der ikke udtrykkeligt er henlagt til et andet organ. Som bekendt har hverken domstole eller forvaltning ret til at træffe konkrete ulovhjemlede afgørelser. Altså må denne kompetence tilkomme lovgiver. 80) At kompetencen måske slet ikke fandtes, ligger uden for Ross' muligheder - hans demokratibegreb er det rent formelle.

Forvaltningsfunktionen - eller noget der svarer til den - er kun i meget begrænset omfang omtalt hos Montesquieu, Locke og Rousseau. Dette er naturligt, uanset om man betragter deres teorier som beskrivelser af datidens engelske eller franske faktiske politiske forhold eller om man betragter dem som udtryk for en reaktion mod en undertrykkelse i de nævnte politiske systemer. I begge tilfælde må forvaltningsfunktionerne være helt sekundære. Det vanskelige er for så vidt ikke at påvise, at forvaltningen ikke har nogen funktion i de oprindelige magtadskillelseteorier men at forklare, hvordan forvaltningsfunktionen er blevet en del af magtadskillelses- eller magtfordelingsteoriene. ^

Der kan næppe påvises nogen entydig forklaring på, at forvaltningsfunktionen anses for den væsentligste - eller den eneste - funktion, som er indeholdt i den udøvende magt. Forholdet betragtes øjensynligt som så selvfølgelig, at der ikke er nogen grund til at argumentere for, at forvaltningen er indeholdt i den udøvende magt. Til belysning heraf kan nævnes, at Vezanis i en fremstilling af magtfordelingslæren i retsdogmatisk udformning indledningsvis gennemgår Montesquieus lære og fastslår: "So wird das grosse Feld der Verwaltungstätigkeit ausser Betracht gelassen." 81) I det følgende lader han imidlertid den udøvende magt i retsdogmatisk forstand være lig med forvaltningen. Der gives ikke nogen begrundelse for dette betydningssskifte. Det er åbenbart for indlysende, at forvaltningen er det samme som den udøvende magt. Problemet er derfor nærmest, hvorfor det er så indlysende, at forvaltningen er en del af den udøvende magt.

-----  
79) Rousseau p. 98.

80) Ross 1959 p. 49 og p. 68-70.

81) Demetrius Vezanis: "Kritik der Gewaltenteilungslehre" i Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, Band XIV, Wien 1964 p. 284.

På det tidspunkt, hvor kravet om de tre statsfunktioners adskillelse rejses, er statens opgaver i al væsentligt begrænset til at beskytte borgerne mod indre og ydre fjender.<sup>82)</sup> De tre funktioner: at give love, at afsige domme og at eksekvere dommene får i en sådan natvægterstat naturligt en central placering i den ideologiske bevidsthed. Der opstår derfor let en tilbøjelighed til dels at bruge denne tredeling som udgangspunktet for enhver analyse af statens funktioner og endvidere en tilbøjelighed til at anse de tre funktioner for tilsammen at udgøre alle statens funktioner. Der sker senere en ændring i opfattelsen af statens opgaver og formål, og der bliver dermed behov for, at staten påbegynder nye aktiviteter. Når staten således varetager nye funktioner, er det nærliggende at spørge, hvilken funktion der egentlig er tale om. Hvis tankegangen i så fald er blokeret af ideen om, at magtadskillelseslæren omfatter samtlige statens funktioner, er spørgsmålet om den nye funktions nærmere karakter automatisk blevet til et spørgsmål, om den er lovgivende, dømmende eller udøvende. I langt de fleste af disse tilfælde er det åbenbart, at der ikke er tale om lovgivning. Ofte har det været ligeså indlysende, at der ikke har været tale om nogen domsfunktion. Der har således ikke været anden mulighed end at henføre den nye funktion til den udøvende magt. Ikke fordi den skal adskilles fra de to øvrige funktioner, men alene fordi den ikke kan udøves af de organer, der varetager de to nævnte funktioner. Magtadskillelsen bliver til en magtfordeling.<sup>83)</sup> Den udøvende magt kan derfor alene bestemmes negativt. Og den eneste teoretiske grund til overhovedet at bestemme den er, at systemet gerne skal være altomfattende.

Til gengæld kan der være en politisk interesse i at få flest mulige anliggender henført til den udøvende magt. Dermed er det jo samtidig afgjort, at kompetencen tilkommer kongen - eller embedsstanden. Jo flere områder, der således placeres hos den udøvende magt, desto sværere bliver det at forstå eller opretholde et krav om dens funktionelle adskillelse.

Kravet om funktionel adskillelse, som ses hos både Rousseau, Locke og Montesquieu, mister efterhånden sin store betydning. I stedet opstilles et krav om organernes indbyrdes uafhængighed. De to krav har nær forbindelse. Man kan således sige, at såfremt organerne ikke er indbyrdes uafhængige, er der særlig risiko for, at det ene organ blander sig i, hvorledes det andet organ udøver sin magt. Uafhængigheden kan altså hævdes at være en forud-

-----  
82) Jfr. Ross 1959 p. 25 og Fleischer: Grunnlovens § 97 i Jussens venner 1975 p. 189.

83) Disse betragtninger er væsentligst inspireret af Viles og Gwyns ovenfor omtalte værker om magtadskillelsesdoktrinens udformning. Springet fra magtadskillelse til magtfordeling kan måske også ses som et udtryk for, at statskundskaben i sin oprindelse - i hvert fald i Tyskland - er en videreudvikling af forfatningsretten, se Andrén, Georg 1928 om hovedstrømningerne i tysk statskundskab.

sætning for en betryggende funktionsadskillelse.

Flere og flere områder, hvor der ikke er behov for nogen funktionsadskillelse, henlægges til den udøvende magt. Det bliver derfor sværere og sværere at se en funktionel begrundelse for forvaltningens uafhængighed. Uafhængighedskravet er imidlertid rejst og fremhæves fortsat, da den politiske interesse i at hævde dette ikke er blevet mindre - tværtimod.

Det problem, der hos Rousseau vedrørte spørgsmålet, om visse funktioner kun kunne udøves i henhold til lov og ikke ved lov, bliver således til et spørgsmål om parlamentet kan kræve, at en bestemt regering går af. Kravet om funktionel adskillelse bliver omformuleret til et spørgsmål om organernes indbyrdes uafhængighed. I det øjeblik praksis tvinger teorien til at opgive kravet om organuafhængighed - og altså at acceptere parlamentarismen - er magtfordelingen ophævet, og den bagvedliggende magtadskillelse er glemt.

Ross fremstilling er det mest markante udtryk for den ovenfor nævnte tankegang. Han hævder direkte, at parlamentarismens indførelse betyder, at forudsætningerne for en magtfordeling efter Montesquieus mønster er faldet bort,<sup>84)</sup> og han ser ikke, at andre - Rousseau - har en magtadskillelse, hvor den udøvende magt - regeringen - klart kan afskediges af folket. Ross står således med et magtfordelingsprincip, der efter hans egen opfattelse har meget nær tilknytning til grl. § 3, men til gengæld tilsyneladende er uden indhold, da dets forudsætninger ikke længere er til stede.

Det er denne tolkning, der åbner mulighed for, at Ross kan give magtfordelingslæren et nyt indhold. Det karakteristiske for Montesquieus magtfordeling er - ifølge Ross - ideen om en politisk bestemt sammenhæng mellem organ og funktion. Dette kan - ifølge Ross - idag tolkes derhen, at der består en "saglig, arbejdsteknisk bestemt sammenhæng mellem organ og funktion." Ideen i magtfordelingen er altså, at der er tre organer eller grupper af organer, og at der er tre forskellige former for funktioner, således at en given funktion skal varetages af det organ, der er bedst egnet dertil.<sup>85)</sup> Denne fortolkning udmærker sig ved, at den norm, der opstilles, er ubestridelig. Ingen vil hævde, at en funktion skal varetages af et organ, der ikke er kvalificeret dertil. Til gengæld er det vanskeligt at se, hvilken forbindelse denne norm egentlig har til grl. § 3.

Det bør nævnes, at selv i Ross' helt frie fortolkning bliver reglen om, at den udøvende magt er hos kongen, nærmest betydningsløs. Den udøvende magt består af alle de funktioner, der ikke henhører under den lovgivende og den dømmende magt. Den omfatter derfor så forskelligeartede funktioner, at det ikke har mening at hævde en organtype som særligt kvalificeret til deres varetagelse.<sup>86)</sup> Ross' fortolkning af

-----  
84) Ross 1966 p. 206-207.

85) Ross 1966 p. 207-208.

86) Ross 1966 p. 240.

grl. § 3 bliver da, at lovgivningen må varetages af et særligt kvalificeret organ, dommene afsiges af særligt egnede organer og hver enkelt af de øvrige funktioner skal varetages af et organ, der besidder de relevante kvalifikationer. Det er således lykkedes Ross at opstille en magtfordelingslære, der omfatter samtlige statens funktioner. Det sker ved, at den udøvende magt defineres som en residualkompetence. Til gengæld er det vanskeligt at se, at fortolkningen for så vidt angår den udøvende magt overhovedet har nogen som helst betydning.

Som eksempel på at man også efter parlamentarismens indførelse kan møde krav om en vis uafhængighed for administrationen, kan citeres følgende ret repræsentative udtalelse fra diskussionen på Nordisk administrativt Forbunds 3. almindelige møde i 1925 om forholdet mellem lovgivningsmagten og administrationen:

"..., har Spørgsmaalet om Rigsdagens Binden af Administrationen ved snævre Forhaandsforskrifter i den senere Tid været Genstand for megen Drøftelse.

...  
Embedsvæsenet møder disse Forskrifter med moralsk Uvilje, fordi de, naar Baandet snører altfor stramt, forvandler den administrative Gerning fra en intellektuel Virksomhed til en mekanisk Eksercits. Embedsvæsenet møder endvidere dette Forhold med en fagmæssig Kritik og tror sig istand til at paavise, at disse stramme Regler ofte virker mod deres Hensigt. De virker ikke regulerende, men hæmmende, ikke til Besparelse, men til Forøgelse af Udgifterne, og kan i grelle Tilfælde føre til Stagnation." 87)

Det uafhængighedskrav, der således rejses, er ikke af forfatningsretlig karakter. Det må "nærmest ses som et udtryk for den irritation, som altid følger med en indskrænkning i handlefriheden." 88) Der er det rigtige i uafhængighedskravet, at jo snævrere grænser lovgiver opstiller for forvaltningens virksomhed, desto oftere hindres forvaltningen i at træffe den helt ideelle løsning.

Det kan for så vidt hævdes, at ingen har haft større mulighed for at træffe de helt rigtige eller ideelle afgørelser end de enevældige konger. Magtadskillelsen er imidlertid udtryk for, at man ikke ønsker de optimale muligheder for ideelle løsninger. Det har blandt andet fundet udtryk hos Rousseau, der som nævnt kræver lovens anvendelse skilt fra lovens vedtagelse og hos Montesquieu, der hævder, at magten har tilbøjelighed til at korrumpere, og at det derfor er nødvendigt at opstille grænser for magten. 89)

-----

87) Aage Sachs' indledning, NAT 1925 p. 233.

88) Bent Christensens indlæg på Nordisk administrativt Forbunds 10. almindelige møde 1952 optrykt i NAT 1952 p. 327.

89) Se således Poul Meyer: Nordisk Folkestyre, Kbh. 1955 p. 19: "... den kerne af sandhed, som Montesquieu's lære indeholder, nemlig i kravet om at den udøvende magt i hvert fald ikke samtidig må kunne give de love, den selv skal føre ud i livet."

#### IV. Den udøvende magt og grl. § 3.

Som ovenfor nævnt fortolker den retlige teori den del af grl. § 3, der omhandler den udøvende magt således, at bestemmelsen bliver uden betydning. Man mener ikke, at begrebet omfatter andet end, hvad lovgivningen henlægger dertil. Videre mener man ikke, at den udøvende magt kan gøre krav på uafhængighed af lovgiver. Der er enighed om, at lovgivers kompetence ikke på nogen måde er begrænset af bestemmelsen om, at den udøvende magt er hos kongen. Endelig er teorien enig om, at forvaltningen kan bestemmes negativt som de funktioner, der ikke er lovgivning eller dømmende myndighed. På denne måde får man gjort grl. § 3 altomfattende.

Det har formodningen mod sig, at en bestemmelse, her grl. § 3, 2. pkt., er uden betydning. Hvis man er i tvivl om bestemmelsens indhold, er det nærliggende at skele til den ideologiske fremstilling, alle er enige om, er bestemmelsens baggrund. Som det fremgår af afsnittet om den executive magt ved Montesquieu, må den primært opfattes som straffedommenes eksekvering.

Når den domseksekverende magt skal henlægges til et særligt organ, er det for at sikre, at der virkelig træffes en afgørelse af skyldsspørgsmålet og foretages en udmåling af den skyldige straf. At der kan påvises væsentlige fordele ved at undlade at træffe de nævnte afgørelser, kan ikke berettige, at man undlader det. Denne del af bestemmelsen om den udøvende magt har næppe større interesse. Den væsentligste pointe i denne sammenhæng er påvisningen af forbindelsen mellem den executive magt og militæret og dermed den udenrigspolitiske funktion.

Den anden del af den udøvende magt er de meget svage ansatser, der er til en egentlig forvaltning. Den afgørende pointe i et magtadskillelseskrav er på dette punkt, at afgørelserne over for de enkelte borgere skal træffes ikke af lovgiver men med hjemmel i loven. Kun ved at henlægge de enkelte afgørelser til et andet organ end det organ, der har givet reglerne for afgørelserne, kan man sikre sig, at afgørelserne virkelig træffes ud fra reglerne.

Denne tankegang er også fremhævet i den nævnte diskussion på 3. almindelige møde i Nordisk administrativt Forbund i 1925:

"Ved at indrette et særligt Lovgivningsorgan, der er de andre Faktorer overordnet og som bestemmer de andres Myndighed ved Lov, har man opnaaet at skabe en Retsstat, hvilket var et af de vigtigste Idealer for de Kræfter, der i sin Tid kæmpede for det konst. Systems Gennemførelse.", NAT 1925 p. 224. Den udtalelse er ikke ligefrem repræsentativ for diskussionen på mødet. Det er vel også typisk, at den næste sætning er: "Dernæst baner Systemet Vej for en mere fuldkommen Arbejdsdeling." På samme forbunds møde 27 år efter er det sidste synspunkt blevet så godt som eneførende, jfr. Bent Christensens indledning, NAT 1952 p. 304 og J. B. Andersen p. 355.

Kun hvis dette krav opfyldes, har borgerne mulighed for på forhånd at kende sin retsstilling. Det er netop denne forhåndsviden, som hos Locke og Montesquieu er friheden - retssikkerheden - og dermed formålet med deres system.

Der kan således ikke ved lov træffes afgørelser vedrørende de enkelte borgers forhold. I hvert fald er der ingen grund til at opstille en formodning om lovgivers kompetence hertil. Det må tværtimod kræves i det enkelte tilfælde, at der kan påvises særlig grund til lovens vedtagelse, f.eks. for så vidt angår de finanslovsstøttede kunstnere, at der ikke er nogen betænkeligheder i retssikkerhedsmæssig henseende. I de tilfælde, hvor der er tale om en lov, der gør indgreb over for den enkelte borger, må der kræves positiv hjemmel. Særlig klart må dette være i de tilfælde, hvor loven vil afgøre en retstvist, som alene i kraft af særlig hjemmel henhører under forvaltningen, men som ellers ville henhøre under domstolene. For så vidt det er teoriens opfattelse, at lovgiver ikke selv kan træffe afgørelse i en domstolssag, må det samme vel gælde i de tilfælde, hvor området er flyttet til forvaltningen.

Denne sammenhæng mellem kravet om funktionel magtadskillelse for domme og forvaltningens afgørelser over for den enkelte borger er fremhævet i den nye svenske grundlov: Regeringsformen kap. 11 "Rättskipning och förvaltning.":

§ 2: "Ingen myndighet, ej heller riksdagen, får bestämma, hur domstol skall döma i det enskilda fallet eller hur domstol i övrigt skall tillämpa rättsregel i särskilt fall."

§ 7: "Ingen myndighet, ej heller riksdagen eller kommunens beslutande organ, får bestämma, hur förvaltningsmyndighet skall i särskilt fall besluta i ärende som rör myndighetsutövning mot enskild eller mot kommun eller som rör tillämpning av lag."

Når lovgivers kompetence er begrænset til at opstille de generelle regler for indgrebene over for de enkelte borgere, vil det være en omgåelse, om lovgiver fastsætter så løse regler, at borgeren ikke får kendskab til sin retsstilling. Lovgiver kan i særlige tilfælde være fristet til at vedtage sådanne regler og samtidig beslutte, at reglerne skal administreres af lovgiver selv eller et organ, som lovgiver har særlig indflydelse i.

Bent Christensen har behandlet spørgsmålet om rigsdagens medvirken i forvaltningen særdeles indgående i sin indledning til diskussionen om samme emne på 10. almindelige møde i Nordisk administrativt Forbund, optrykt i NAT 1952 p. 302-344. Bent Christensen forsøger i dette indlæg at opstille grænser for de tilfælde, hvor rigsdagen med fordel kan deltage i selve forvaltningen af lovene. Han tager sit udgangspunkt i, om en given "forvaltningsafgørelse er stærkt politisk præget". Hvis den er det, "er rigsdagens direkte medvirken aldrig af det onde og kan være et betydeligt gode." Er den derimod ikke politisk, bør den overlades til forvaltningen alene, p. 333.

Den nærmere afgrænsning bliver, at rigsdagen må repræsenteres i organet, der træffer afgørelser på "områder, der er underkastet aktuel politisk strid, uanset hvilke formål de forfølger, og uanset, hvilken slags akter de udsteder", p. 334.

Det ser ud til, at Bent Christensen i de tilfælde, hvor de forskellige partier ikke i rigsdagen har kunnet opnå enighed om en given lovgivning, accepterer, at de henskyder problemerne til konkret afgørelse. En sådan prisgivning af borgeren er ikke i overensstemmelse med magtadskillelesprincippet og grl. § 3. Imidlertid er der ifølge Bent Christensen ikke nogen grund til at tillægge et sådant forfatningsretligt dogme nogen betydning i denne sag, p. 328.

Det kan nævnes, at § 8 i det nævnte kapitel 11 i den svenske Regeringsformen lyder: "Rättskipnings- eller förvaltningsuppgift får ej fullgöras av riksdagen i vidare mån än som följer av grundlag eller riksdagsordningen."

Lovgivers indblanding i forvaltningen er kun den ene måde, hvorpå der kan ske en sådan sammenblanding af udfærdigelsen af retsreglerne og deres gennemførelse, at borgerens retssikkerhed anfægtes.

Hvis forvaltningen selv udsteder reglerne, er deres udstedelse og gennemførelse forenet på samme hånd. Der skulle derfor ifølge de gamle statsteoretikere være en risiko for, at de enkelte afgørelser ikke bliver truffet ud fra reglerne. At der er sådanne uheldige sider ved forvaltningens udstedelse af anordninger er velkendt: hvor ofte afgøres en sag om fortolkningen af en anordning ikke med, at meningen - altså forvaltningens - med netop denne formulering er ... Også på andre måder kan der påvises retsusikkerhed i forbindelse med forvaltningens gennemførelse af bekendtgørelser. Således er det på flere områder almindeligt, at den udstedende myndighed under visse - af de fleste totalt ukendte - betingelser er sindet at dispensere fra enkelte bestemmelser. Mere ubestemt og uvis er den tænkelige følge af, at den udstedende myndighed selv skal administrere reglerne: der er ingen anledning til at udstede alt for præcise regler. Myndigheden ville jo i så fald primært begrænse sine egne handlemuligheder.

Uanset der kan påvises væsentlige betænkeligheder ved, at forvaltningen i stadig større omfang bemyndiges til selv at udfærdige de regler, den handler efter, og uanset at disse betænkeligheder kan hævdes at have en nær forbindelse med grl. § 3, vil det være uacceptabelt virkelighedsfornægtende blot at antyde en grundlovsstridighed i denne praksis. Som modvægt til farerne ved sammenblandingen af regeludstedelse og regel anvendelse kan det dog være rimeligt at skærpe kravene til hjemmelens klarhed.

Det er ikke blot ved udstedelsen af anordninger eller bekendtgørelser, at forvaltningen gør brud på magtadskillelesprincippet. Det sker endnu tydeligere, når forvaltningen udsteder cirkulærer. Disse har ikke virkning over

for borgerne, men er alene interne forskrifter.

I forrige århundrede har det antageligt været berettiget at arbejde med en sondring mellem forvaltningens interne regler og de regler, der vedrørte forvaltningens forhold til borgerne. De sidstnævnte kunne kun udstedes med hjemmel i lov. De førstnævnte krævede derimod ikke lovhjemmel - de vedrørte jo ikke borgernes forhold: kunne hverken påberåbes af forvaltningen over for borgerne eller af borgerne over for forvaltningen. Det var et naturligt led i statsmagtens demokratisering, at kun de lovhjemlede anordninger vedrørte borgernes forhold. Borgerne havde således ikke særlig anledning til at skaffe sig kendskab til forskellige cirkulærer.

Idag er situationen på flere forvaltningsområder imidlertid den, at borgeren hvis han vil skaffe sig et reelt billede af sin retlige situation, må søge til cirkulærene. Særligt markant er dette inden for socialforvaltningen. Det vil i en række tilfælde være vildledende at hævde, at cirkulærene ikke har betydning for borgerens retsstilling. Muligvis vil socialforvaltningen over for borgeren ikke formelt kunne påberåbe sig f.eks. et lovfortolkende cirkulære. Det betyder blot intet reelt, da socialforvaltningen kan nøjes med at henvise til den fortolkede lovbestemmelse. Doktrinen om, at cirkulærer ikke har virkning i relation til borgerne, er reelt blevet til en regel om, at borgerne ikke kan støtte ret på cirkulærene. Forvaltningen vil altid kunne holde sig til et cirkulæres indhold, eventuelt under påberåbelse af en lovbestemmelse. Til gengæld bestemmer forvaltningen selv, om den vil fravige cirkulæret.

Denne opfattelse, at borgerne for domstolene ikke kan påberåbe sig cirkulærer, er mærkeligt nok i et vist omfang i teorien støttet på grl. § 64 om domstolenes funktionelle uafhængighed. Ifølge denne bestemmelse har dommeren i sit kald alene at rette sig efter loven, hvilket fortolkes som ensbetydende med gældende ret. Cirkulærer er åbenbart ikke en del heraf, og derfor regnes det for stridende mod dommernes uafhængighed, hvis de skulle være bundet af et cirkulære.<sup>90)</sup> Når en borger i en sag mod forvaltningen ønsker at påberåbe sig forvaltningsmyndighedens eget cirkulære, får han som svar, at det kan han ikke - det ville stride mod grl. § 64 om dommernes uafhængighed. Med lidt behændighed er reglen om dommernes funktionelle uafhængighed blevet til en sikring af forvaltningens uafhængighed.

-----

90) Se f.eks. Max Sørensen 1973 p. 156-157 og Ross 1966 p. 539-542.

## Kapitel VII

### DEN DØMMENDE MAGT. PRIVATRETTLIGE TVISTER.

#### I. Dualismen: Domstolenes kompetence - "Den dømmende magt"

I forbindelse med fortolkningen af udtrykket "den lovgivende magt" blev det påpeget, at "den lovgivende magt" ikke givetvis er identisk med lovgivers kompetence. Lovgiver kan have andre kompetencer end den lovgivende magt. Det er derfor nødvendigt at skelne mellem spørgsmålet om lovgivers kompetence efter gældende ret og spørgsmålet om lovgivers kompetence efter grl. § 3. Som påpeget af Ross er denne dualisme ikke fremhævet i teorien. <sup>1)</sup>

For så vidt angår den dømmende magt er teorien derimod mere åben over for spørgsmålet, om domstolenes kompetence ifølge gældende ret er sammenfaldende med deres kompetence ifølge grl. § 3.

Spørgsmålet er behandlet allerede af Holck, <sup>2)</sup> der tager det op i forbindelse med behandlingen af de tilfælde, hvor forvaltningen er tillagt en vis myndighed til at pålægge eller fastsætte straf. Han siger i denne forbindelse:

"Ligesom Grl. § 2 mere fremtræder som Udtalelsen af en almindelig statsretlig Grundsætning, end som en umiddelbart anvendelig Regel, saaledes maa det navnlig erindres, at det ikke er Hensigten med samme at give Regler for, hvilke Sager der høre under Domstolene, og hvilke under Øvrigheden, men at den i saa Henseende har henholdt sig til de før Grundloven gældende Regler. Efter disse maatte nu den i de omhandlede Undtagelsestilfælde Øvrigheden tillagte Myndighed til at fastsætte Straf paa samme Maade, som den Myndighed, der er tillagt samme til af afgjøre visse civilretlige Forhold, betragtes som en Øvrighedsmyndighed og ikke som en dømmende Myndighed, og den maa derfor fremdeles vedblive, forsaavidt den ikke er ophævet ved senere Lovbestemmelser." <sup>3)</sup>

I overensstemmelse hermed henviser Holck <sup>4)</sup> grænsedragningen mellem den udøvende og den dømmende magt til processen eller statsforvaltningsretten. Holdningen er altså for så vidt klar. Det tilkommer lovgiver at drage og flytte grænsen. J. Nellesmann er, omend hans fremstilling er mere detaljeret, på linje med Holck. Dog er der en nuanceforskel, idet Nellesmann ikke lægger vægt blot på den positive lovgivning, men også skeler til de enkelte embeds-

-----  
1) Ross 1959 p. 48-49.

2) Der er ikke i J. E. Larsen, 3. bind, 1857 sikre bidrag til løsningen af problemet.

3) Holck II 1869 p. 208.

4) Holck II 1869 p. 215.

forretningers indre natur. Dette resulterer i, at han som Holck nok mener, at lovgiver som udgangspunkt er frit stillet. Imidlertid er det ikke til hinder for, at han kan udtale, at lovgivningen i visse tilfælde er gået videre "end Forholdets Natur tilsteder" i retning af at give øvrigheden kompetence til at pådømme privatretlige tvister.<sup>5)</sup> Om dette er en nuance i den retlige fortolkning eller blot en retspolitisk betonet kritik, er vanskeligt at sige.

Holck og Nellesmanns formelle bestemmelse af begrebet dømmende myndighed fastholdes som udgangspunktet for fortolkningen også af Matzen.<sup>6)</sup>

Hos Berlin sker imidlertid en vis stramning eller tilnærmelse til en materiel bestemmelse af den dømmende magt:

"Da Grl.'s § 2 ved Udtrykket: "den dømmende Magt" saaledes ikke kunde antages at have villet give en helt ny Bestemmelse af de Funktioner, som skal tilkomme Domstolene, men maa antages her i det væsentlige at have henholdt sig til den i den bestaaende Lovgivning og Praxis fastslaaede Forstaaelse af dette Begreb, saa maa det ogsaa fremdeles antages at tilkomme Lovgivningsmagten til enhver Tid nærmere i det enkelte at drage Grænsen mellem Forvaltningens og Domstolenes Omraade." 7)

Der ligger sandsynligvis i de af mig fremhævede ord en vis indsnævring af lovgivers kompetence i forhold til Holcks fremstilling. Berlin adskiller sig også fra den ovenfor refererede teori ved at nævne, at "dømmende magt" rent sprogligt betyder det samme som afgørelsen af retstvister, i grundloven undertiden betegnet som retsplejen.

Hos Poul Andersen strammes grebet yderligere. Lovgivers kompetence tages nu ikke som udgangspunkt. Tværtimod fastslås det, at kernen i domstolenes sagsområde fra gammel tid har været "Afgørelsen af privatretlige Retstvister og Idømmelse af Straf", men at der er et spillerum for lovgiver til at foretage den nærmere afgrænsning af domstolenes kompetence.<sup>8)</sup>

Teorien har fra Holck til Poul Andersen stået i et dilemma. Man har på den ene side anset det for nærliggende at fortolke udtrykket "den dømmende magt" således, at grundloven kræver, at visse særligt indrettede organer - domstolene - skal varetage visse særligt fastlagte områder. I så fald vil der være givet borgerne en beskyttelse over for lovgivningsmagten. Imidlertid har det været vanskeligt at trænge igennem med en sådan tolkning, fordi ingen af

-----  
5) J. Nellesmann: Civilprocessens almindelige Deel, 3. udg., Kbh. 1887 p. 69 og p. 81.

6) Matzen 1895 III p. 254-259, dog med væsentlige forbehold p. 264.

7) Berlin 1939 II p. 311, jfr. p. 306-315.

8) Poul Andersen 1954 p. 571.

de tænkelige muligheder for at fortolke udtrykket "den dømmende magt" lader sig forene med de gældende love. Den anden mulighed er at fortolke bestemmelsen således, at den med "den dømmende magt" alene mener de anliggender, der ved lov - herunder muligvis særlige grundlovsbestemmelser - er henlagt til domstolene. Denne fortolkning kan ikke give borgerne nogen beskyttelse mod lovgivningsmagten. Det må tværtimod efter denne tolkning stå lovgiver frit for at fastlægge, hvilke anliggender der skal henhøre under domstolene, og hvilke der ikke skal. Denne tolkning indebærer en betydelig anomali. Man fortolker sætningen: "Den dømmende magt er hos domstolene", således at "domstolene" refererer til grl. kap. VI, og "den dømmende magt" refererer til de almindelige love. Grundloven opstiller følgelig en række krav på organsiden, men overlader det til lovgivningsmagten at fastlægge, hvad disse organer skal bruges til - for nu at udtrykke det lidt skarpt. For at give bestemmelsen blot et minimum af mening, må det fordres, at når man opstiller særlige krav til et givet organ eller en given organgruppe, så er der visse opgaver, der kræver, at disse organkrav opfyldes. Der er imidlertid ikke i nogen af de nævnte fremstillinger givet så meget som en antydning af, hvorledes grænsen for lovgivers frihed skal trækkes.

Max Sørensens fremstilling adskiller sig fra de tidligere ved, at den klart forsøger at opstille grænser for lovgivers frihed til at bestemme, hvilke anliggender der skal ordnes af domstolene. Det hævdes indledningsvis

at grundloven ikke indeholder "nogen udtømmende definition af begrebet dømmende myndighed", og at afgrænsningen derfor må ske "under hensyn til den retlige tradition og på grundlag af praksis og sædvaner." 9)

Den erklærede metode er som ved fortolkningen af udtrykket "den lovgivende magt" en anvendelse af den forfatningsretlige virkelighed (retlig tradition, praksis og sædvaner). Metoden har en vis overfladisk lighed med Holcks ovenfor refererede synspunkt. Forskellen er imidlertid, at Holck opfatter udtrykket "den dømmende magt" som en blanko-henvisning til den til enhver tid gældende lovgivning - altså egentlig opfatter udtrykket som indholdsløst. Max Sørensen hævder derimod, at man ud fra den foreliggende praksis kan give udtrykket "den dømmende magt" et indhold - altså opstille en grænse for lovgiver.

Det er flere gange påpeget, at hovedproblemet i forbindelse med en fortolkning af grl. § 3 ud fra praksis er, at praksis alene viser kompetenceforholdene. I hvilket omfang disse følger af grl. § 3, udtaler praksis sig ikke om.

-----

9) Max Sørensen 1973 p. 287.

Allerede fordi der i teorien er enighed om, at intet i grundloven er til hinder for, at forvaltningsanliggender henlægges til domstolene, og at det endda er sket,<sup>10)</sup> er det udelukket at sætte lighedstegn mellem domstolenes kompetence ifølge den retlige tradition, praksis og sædvane og indholdet af udtrykket "den dømmende magt". På grund af denne brist ved den empiriske metode fastslår Max Sørensen, at det ikke er afgørende at angive domstolenes arbejdsområde ved en udtømmende definition, men at bestemme

"hvilke funktioner, der er af en sådan karakter, at det ikke vil være hensigtsmæssigt eller principielt forsvarligt, at de udøves af andre led i statsstyret, ..." 11)

For overskuelighedens skyld kan dette kriterium nok reduceres til et spørgsmål om det principielt forsvarlige. At fremhæve hensigtsmæssigheden som et særskilt kriterium har næppe nogen betydning. Man har vist aldrig hørt, at det skulle være uhensigtsmæssigt at henlægge et domstolsanliggende til administrationen - skulle det ske, vil det imidlertid nok vise sig, at der menes, at det vil være principielt uforsvarligt.

Det påfaldende ved Max Sørensens forsvarligheds-kriterium er dets kraftige gerundiv. Det er vanskeligt - for ikke at sige umuligt - at bestride kriteriet. Ligesom ingen vedrørende lovgivers kompetence vil argumentere imod demokratiet, vil ingen hævde, at man skal henlægge opgaver til administrationen i tilfælde, hvor det er principielt uforsvarligt. Kriteriet har betydelig lighed med Ross' påstand om, at § 3 udtrykker, at hver af de tre i bestemmelsen nævnte funktioner skal varetages af det organ, der er bedst egnet hertil. Fortolkningerne af grl. § 3 er åbenbart fyldte med gerundivt formulerede kriterier, hvis indhold nærmer sig det tautologe og derfor det intetsigende. Det afgørende er kriteriernes anvendelse og relevans i den givne sammenhæng - her ved fortolkningen af grl. § 3.

Max Sørensens fremstilling er som nævnt den eneste, der forsøger at præcisere grænserne for lovgivers ret til at fastlægge domstolenes kompetenceområde, og dermed den eneste fremstilling der forsøger en fortolkning af udtrykket "den dømmende myndighed". Det er derfor rimeligt ved den nærmere gennemgang af den dømmende magt at tage udgangspunkt i Max Sørensens fortolkning.

Problemet omkring bestemmelsen af den dømmende magt i grl. § 3 er imidlertid videre end spørgsmålet om lovgivningsmagtens kompetence til at henlægge

-----

10) Se således Max Sørensen 1973 p. 287.

11) Max Sørensen 1973 p. 287.

afgørelser, der idag træffes af domstolene til forvaltningsorganer. Det rummer også spørgsmålet om, i hvilket omfang lovgiver er kompetent til selv at træffe afgørelser, der idag træffes af domstolene. Der må ihvertfald som udgangspunkt være sammenhæng mellem disse to problemers løsning. Begrundelsen for at afskære lovgiver fra at overføre en vis kompetence fra domstolene til forvaltningen må være, at funktionen er indeholdt i "den dømmende magt" i grl. § 3, og begrundelsen for at afskære lovgiver fra selv at træffe en afgørelse, der idag træffes af domstolene, må være den samme. Grunden til, at begge påstande må støttes på en fortolkning af udtrykket "den dømmende magt" er, at der i teorien er enighed om, at der ikke i begrebet "den dømmende magt" ligger nogen begrænsning af lovgivers kompetence, og at teorien heller ikke anerkender, at der ligger nogen begrænsning i udtrykket "den lovgivende magt". Enhver begrænsning i lovgivers kompetence kan følgelig kun støttes på udtrykket "den dømmende magt", og dette må vel som udgangspunkt betyde det samme i begge henseender.<sup>12)</sup> Dette aspekt komplicerer den følgende fortolkning af begrebet "den dømmende magt" yderligere.

Max Sørensen inddeler sin fremstilling af fortolkningen af "den dømmende magt" i fire dele: 1. den borgerlige retspleje, 2. strafferetsplejen, 3. borgernes retsforhold til administrative myndigheder og 4. efterprøvelse af loves grundlovsmæssighed. Denne inddeling vil blive fulgt i det følgende, således at 2. del behandles i næste kapitel og 3. og 4. del begge behandles i kapitel IX. I det følgende behandles først spørgsmålet, om grl. § 3 er til hinder for, at afgørelsen af privatretlige tvister henlægges til forvaltningen. Dernæst behandles spørgsmålet, om det er foreneligt med grl. § 3, at lovgiver selv tiltager sig afgørelsen af en privatretlig tvist.

## II. Privatretlige tvisters afgørelser af forvaltningsmyndigheder. Uafhængighed og upartiskhed.

Max Sørensen fastslår indledningsvis, at al retspleje oprindeligt vedrørte borgernes indbyrdes tvister eller trætter. Senere med indførelsen af offentlig tiltalerejsning skiltes strafferetsplejen ud som en selvstændig del. Men selv efter denne udskillelse forblev "afgørelsen af privatretlige tvister en væsentlig del af domstolenes opgave", Max Sørensen mener, at retssikkerhedssynspunkter tilsiger, at borgernes mellemværende afgøres af organer, der kan forventes at yde borgerne en upartisk behandling. Imidlertid

-----  
12) Jfr. Matzen 1895, III, p. 265 "at den lovgivningsmagten kan tiltage sig selv Afgjørelsen af visse Anliggender lige saa vel som at overgive den til Øvrigheden i stedet for at overlade den til Domstolene".

vil det være for rigoristisk at sige, at alle borgerlige retstvister henhører under domstolene. Dette skyldes to ting. Dels må det "indrømmes, at grundlovens begreb "dømmende magt" ikke har et så klart og præcist indhold, at lovgivningsmagten kan være afskåret fra at bestemme visse afvigelser." Dels "må det tages i betragtning, at sådanne afvigelser til stadighed har været gældende under det konstitutionelle styre". Efter en gennemgang af nogle af de områder, som lovgiver har lagt over til forvaltningen, konkluderes, at

"Medens der således er sædvaneretligt grundlag for, at lovgivningsmagten kan afgrænse, hvad der hører til den dømmende myndighed i tilfælde af privates retstvister, må det fastholdes, at der ikke er hjemmel til at unddrage domstolene denne funktion i dens helhed."

Den centrale del af argumentationen er vel påstanden om, at den uklarhed, der er i begrebet "dømmende magt" giver lovgivningsmagten en vis frihed til at bestemme visse afvigelser. Hvad er det, lovgiver kan afvige fra? Det er ikke således at forstå, at lovgiver kan bestemme, at en del af den dømmende magt skal overføres til forvaltningen. Det fremgår af sammenhængen, at der er tale om, at begrebets uklarhed giver lovgiver en vis mulighed for at afgrænse det således, at det ikke omfatter samtlige private retstvister. Det synes som om Max Sørensen fortolker ordet "dømmende magt" således, at det som udgangspunkt omfatter alle de privatretlige tvister. Dette medfører imidlertid den ovenfor omtalte vanskelighed, at man så skal kunne begrunde, hvorfor lovgiver har kunnet henlægge en række privatretlige tvister til forvaltningen. Man kunne her tænke sig anført, at lovgiver ifølge sædvane er berettiget hertil. Denne argumentation - som anføres af Max Sørensen - har imidlertid den gene, at den ikke kan forklare, hvorfor man siden 1849 har opfattet lovgiver som kompetent hertil. Dette forsøger Max Sørensen at rette op på ved at hævde, at begrebets uklarhed giver lovgiver en vis afgrænsningskompetence. Hvis dette skal være holdbart, må det imidlertid tilføjes, at lovgivers beføjelse ikke går videre end til at unddrage domstolene de tilfælde, hvor det er uklart, om der er tale om dømmende myndighed. Hvilke tilfælde der utvivlsomt er omfattet af "dømmende magt" siges der imidlertid intet om. Det siges alene, at domstolenes kompetence ikke må "udhules ved at kvantitativt eller kvalitativt vigtige grupper af borgerlige retstvister" overføres til forvaltningen. <sup>13)</sup>

Max Sørensens argumentation rejser flere spørgsmål. Først hvorledes det overhovedet kan tages som udgangspunkt, at privatretlige tvister er en del af "den dømmende magt" i grl. § 3. Max Sørensen anfører jo alene, at området traditionelt har været domstolenes. Men ikke alle anliggender, der er dom-

-----

13) Max Sørensen 1973 p. 288-289.

stolenes, henhører under "den dømmende magt".

Det andet hovedspørgsmål, Max Sørensens argumentation rejser, er, hvad det nærmere er for en retssædvane, der er tale om. Hvis hjemlen for de omtalte love, der i et vist omfang henlægger afgørelser af privatretlige tvister til administrationen, skal søges i en retssædvane, må det være fordi hjemlen ikke er i grundloven. Da lovgivers kompetence af Max Sørensen forudsættes som udgangspunkt at være altomfattende, er hans hævde af, at de omtalte love har sædvaneretligt grundlag ensbetydende med en hævde af, at de egentlig er i strid med grundlovens tekst. Det afgørende bliver derfor også i denne henseende, om de privatretlige tvister overhovedet er omfattet af "den dømmende magt" i grl. § 3, altså en tilbagevenden til det første spørgsmål.

Først skal dog kort behandles endnu et problem i forbindelse med Max Sørensens anvendelse af retssædvanen. Ideen i denne konstruktion er, at lovgiver, hvis det ikke var på grund af sædvanen, var afskåret fra at henlægge afgørelsen af privatretlige tvister til administrative organer. Sædvanen hævdes at være for begrænset til, at lovgiver kan henlægge kvantitativt eller kvalitativt vigtige grupper af de omtalte tilfælde til administrationen. Det rimelige ud fra almindelige sædvaneretlige betragtninger havde vel været at hævde, at sædvanen giver lovgiver ret til at unddrage domstolene de områder, lovgiver allerede har unddraget dem. Den retstilstand, der etableres ved en retssædvane, antages normalt at gå ud på en legitimering af en fortsættelse af den fulgte adfærd. Her generaliseres eller fortolkes sædvanen imidlertid til at have et langt større omfang. Det fastslås først som grænse for sædvanen, at lovgiver ikke har hjemmel til helt at unddrage domstolene afgørelsen af de privatretlige tvister. Dette omfortolkes så til, at kvantitativt og kvalitativt vigtige områder ikke må berøves domstolene. Det er uklart, hvad der nærmere menes med "kvalitativt vigtige grupper af borgerlige retstvister". Der er ingen oplysning om, hvad der nærmere ligger i denne betegnelse. Umiddelbart forekommer det vanskeligt at skille nogle sager ud som kvalitativt mere vigtige end andre sager. Er faderskabssager en kvalitativt mere vigtig gruppe end lejesager eller forsikringsager. Uden at kvalitetskravet er sat i relation til en eller anden given størrelse, er det, så vidt jeg kan se, umuligt at tage stilling til sådanne spørgsmål.

Det er vanskeligt at se begrundelsen for, at kvantitativt vigtige grupper af borgerlige sager ikke kan overføres til forvaltningen. De kvantitativt store grupper af borgerlige sager er vel karakteriseret ved, at de alene i kraft af deres antal undergives en ret rutinepræget behandling. Man kunne derfor synes, at der ikke var det store behov for et stort formelt sagsbehandlingsapparat. Jeg kan ikke se nogen grund til at hindre, at grupper af sager, der alene udmær-

ker sig ved kvantiteten, skulle kunne henlægges til forvaltningen. Omskrivningen fra, at lovgiver ikke helt kan unddrage domstolene afgørelsen af de privatretlige tvister til, at kvalitativt eller kvantitativt vigtige grupper af sager ikke kan henlægges til administrative organer er både uklar og lidet overbevisende, hvorfor det er rimeligt at koncentrere fremstillingen om det ene problem: om de privatretlige tvister overhovedet er omfattet af "den dømmende magt" i grl. § 3. Max Sørensens argumentation for, at disse sager skal afgøres af domstolene, er udover den retlige tradition:

"Fra et almindeligt retssikkerhedssynspunkt er det vigtigt, at denne funktion er henlagt til organer, som på grund af deres uafhængighed, upartiskhed og faglige skoling kan ventes at yde borgerne en ligelig behandling, uanset social og økonomisk status, og i det hele taget holde uvedkommende hensyn uden for deres overvejelser." 14)

Afgørende for Max Sørensens opfattelse er altså, at domstolsbehandlingen yder den største garanti for en saglig - upartisk og kyndig - afgørelse. Der er normalt enighed om at betragte dette som domstolenes væsensmærke. Diskussionen om reformer i retsplejen vil derfor ofte dreje sig om, om eventuelle ændringer vil medføre fare for dommernes upartiskhed.<sup>15)</sup> Domstolenes egnethed til at afgøre privatretlige tvister hænger, som Max Sørensen anfører, også sammen med dommernes faglige skoling. En række andre faktorer i det processuelle system taler i samme retning, f.eks. dommernes mulighed for at få oplysninger gennem vidneforklaring. Kort sagt er hovedformålet med retsplejelovgivningen at sikre, at dommerne træffer de rigtige afgørelser. Netop herved er problemstillingen imidlertid også markeret: Kan man fortolke grl. § 3 ved at hævde, at nogle funktioner bedst varetages af organer, der opfylder retsplejelovens krav til domstolene?

Ingen vil vel finde det rimeligt, om man som begrundelse for at henføre privatretlige tvister til "den dømmende magt" i grl. § 3 anførte, at domstolene kan lade parterne afgive forklaring under strafansvar. En sådan begrundelse ville naturligvis hurtigt blive mødt med den indvending, at dels er der intet i grundloven, som er til hinder for, at man ophæver reglerne om strafansvar for partsforklaring, og dels er der ingen hindring for, at man indfører tilsvarende regler ved forklaring afgivet over for andre organer. Man kan ikke afgøre spørgsmålet om, hvilke anliggender grundloven kræver henlagt til domstolene, ved at henvise til den gældende retsplejelov eller straffelov. Det afgørende må være

-----  
14) Max Sørensen 1973 p. 288.

15) Se f.eks. Finn Taksøe-Jensen: Materiel procesledelse i borgerlige sager, Kbh. 1975 p. 522-534, hvor det diskuteres, i hvilket omfang dommeren kan optræde aktivt i sager, uden at det vil anfægte hans upartiskhed - eller indtrykket heraf.

grundlovens egne krav til domstolene. <sup>15a)</sup>

Grundlovens bestemmelser om domstolene er minimumskrav. Den ifølge grundlovens § 64 afgørende karakteristik for en domstol er ikke dens upartiskhed, men dens uafhængighed. At der er meget nær forbindelse mellem disse to begreber <sup>15b)</sup>, ændrer ikke ved, at der er forskel på at kræve en sag afgjort af et uafhængigt organ og af et upartisk organ.

Den uafhængighed, grundloven sikrer domstolene, er primært en uafhængighed af de politiske organer - regeringen og folketinget. Formålet er at undgå, at den enkelte afgørelse påvirkes af politisk pression. Dette er det eneste punkt, hvor grundloven har sikret dommernes uafhængighed. <sup>16)</sup> Grunden til kravet om domstolenes uafhængighed af regeringen er ikke alene, at man finder regeringsindblanding forkert, men i lige så høj grad, at man frygter den, fordi man har set den på visse områder. Grundlovskravet om domstolenes uafhængighed er vendt imod, at en politisk indblanding i domstolenes afgørelser påvirker disse afgørelses indhold, således at borgernes krav på objektiv lovfortolkning og afgørelse af bevisspørgsmålene tilsidesættes. Den politiske indblanding i domstolsafgørelserne vil jo netop være motiveret med ønsker om at sikre en bestemt løsning - der ellers ikke ville være sikker eller overvejende sandsynlig. Hele problemstillingen om regeringens - eller statsmagtens - indblanding i de enkelte domstolsafgørelser er strafferetlig. <sup>17)</sup> At regeringen kan være tilbøjelig til at forsøge at påvirke udfaldet af civile sager er der hverken erfaring for eller særlig anledning til at tro. Allerede Frederich Stang (1833) siger således, omend i relation til en anden bestemmelse:

-----

- 15 a) Jfr. Ellen M. Basse: Nogle forfatningsretlige synspunkter vedrørende ægteskabssagernes fremtidige forum. UfR 1976 p. 45-49, særlig note 2: "En domstol karakteriseres ved, at den opfylder grundlovens organkrav..."
- 15 b) Se f.eks. Bent Christensen: Ankenævn eller Domstole i "Festskrift til Poul Andersen, Kbh. 1958, p. 100: "Årsagerne til domstolenes uantastede upartiskhed og den særlige tillid, der følger hermed, er mange og komplicerede. Blandt de vigtigste er grl.'s særlige uafhængigheds-garantier; .."
- 16) Den diskussion, der med mellemrum dukker op om dommernes afhængighed af klasseskel, og hvad man ellers ønsker at kalde det, har intet med domstolenes forfatningsretlige uafhængighed at gøre.
- 17) At domstolenes uafhængighed af regeringen eller forvaltningen også har betydning for deres prøvelse af forvaltningens aktivitet skal naturligvis ikke benægtes. Det har blot ikke betydning i denne relation.

"...saa vilde det dog være synderligt, at Grl. skulde have forudsat det som muligt, at en Regjeringsresolution, tvertimod den hele foregaaende Fremstilling af Statsmyndighedens Fordeling mellem de forskjellige Statsmagter og tvertimod den i § 95 udtalte grundsætning, nogensinde skulde emanere i det Øiemed at afgjøre en civil Sag, ..." 18).

Hvis man vil diskutere, om en given gruppes privatretlige tvister skal afgøres af forvaltningen eller domstolene, er det relevant at tillægges domstolenes upartiskhed en vis betydning. Hvis man imidlertid sammenblander spørgsmål om upartiskhed med spørgsmålene om sikringen af dommernes uafhængighed af de politiske organer og altså kræver uafhængige domstole til afgørelsen af privatretlige tvister, har man i væsentlig grad fjernet sig fra den relevante problemstilling.

Når grundloven føres i marken som hindring for, at privatretlige tvister henlægges til et andet organ end domstolene, skelnes der ikke mellem domstolenes forfatningsretlige status og deres karakter ifølge gældende ret - altså primært ifølge retsplejeloven. Problemstillingerne ved at anvende grl. § 3 i forbindelse med spørgsmålet om det forsvarlige i at overlade afgørelsen af privatretlige tvister til andre organer end domstolene kan belyses gennem en nyere debat:

På det 26. nordiske juristmøde i Helsingfors i 1972 var et af emnerne, hvorledes man kan ændre reglerne for afgørelsen af mindre formueretlige tvister. Baggrunden for at tage emnet op var en i de nordiske lande udbredt opfattelse af, at de eksisterende retssystemer medfører, at en række af dagligdagens retstvister ikke kommer til retslig afgørelse, men ender med, at den svagere part, - typisk en køber - opgiver at forfægte sin ret, væsentligst på grund af omkostningerne ved en retssag.

På denne baggrund rejstes det rimelige spørgsmål, om man kan mindske forbrugernes omkostninger ved afgørelsen af sådanne sager. Problemet kan groft sagt løses enten ved at domstolsbehandlingen gøres billigere eller ved, at sagerne overføres til andre organer med en billigere sagsbehandling.<sup>18 a)</sup> Det blev under diskussionen fra dansk side - E.A. Abitz - gjort gældende at det kunne tænkes at være i strid med grundloven, såfremt man overlod

-----  
18) Frederich Stang 1833 p. 538 om den norske 1814-grundlov § 96, 1. pkt.: "Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom."

18a) Problemet kan naturligvis også løses gennem offentlige tilskud.

til andre end domstolene at træffe eksigible afgørelser i disse sager.<sup>19)</sup>

Lignende tanker er fremsat af N. Ehrenreich i en artikel om forbruger-sager skal behandles af administrative klagenævn eller af domstole. Det nævnes her, at der er principielle indvendinger - omend af "lidt mindre håndgribelig art" - mod at gøre ankenævnskendelser eksigible. Indvendingerne er af forfatningsretlig karakter, og tankegangen er følgende:

"Forudsætningen i grundlovens § 3 om domstolene som led i statsstyret og dermed tilstedeværelsen af en selvstændig domstolskompetence, er ganske vist af en noget vag karakter, således at man må gå ud fra, at lovgivningsmagten har beføjelse til nærmere at afgrænse domstolenes forretningsområde, men det kan dog diskuteres, om det kan anses for at være i overensstemmelse med grundloven, hvis man udskilte et betydeligt antal privatretlige sager og henlagde dem til et administrativt organ til afgørelse i første instans." 20)

Ehrenreich hævder derfor, at det vil være forfatningsretligt betænkeligt,

"hvis man præceptivt foreskriver, at tvister i forbrugersager skal behandles ved et administrativt organ, forinden de kan indbringes for de almindelige domstole."

-----

19) Hele debatten er optaget i Förhandlingerna vid Det tjugosjätte nordiske juristmötet i Helsingfors den 24-26 augusti 1972, Vammala 1975 p. 249-332. I Nils Mangårds indlæg, der er udgangspunktet for debatten, diskuteres, i hvilket omfang der er behov for en forenklet domstolsbehandling af de nævnte sager. Mangård er i denne forbindelse inde på muligheden af at gøre de svenske reklamationsnævns afgørelser eksigible og således overflødiggøre domstolene på området, se særligt p. 291-293. Det er dette forslag, Abitz opponerer imod p. 310-317. Der er det specielle ved dette konkrete tilfælde, at de svenske organer næppe er offentlige myndigheder, jfr. p. 287-288. Der er altså for så vidt tale om at delegere retten til at afsige eksigible kendelser til private organisationer. Imidlertid er Abitz's formulering så bred - "må anses for at være forbeholdt domstolene"- at det er berettiget at læse den således, at den også dækker den situation at overgivelsen sker til en forvaltningsmyndighed.

Se i øvrigt Betænkning nr. 681, 1973 (Forbrugerkommissionens betænkning II, Markedsføring, Forbrugerombudsmand, Forbrugerklagenævn) p. 34, der bl.a. med henvisning til juristmötet i 1972 alene taler om, at der "ud fra forskellige synspunkter vil kunne rettes indvendinger imod" en ordning som den af Abitz omtalte. Den generelle problemstilling om delegation til private er ikke omtalt i denne afhandling.

Om det problematiske i at anse eksigibiliteten for at være afgørende for, om der er tale om domme, se Ross 1959 p. 57-59.

20) N. Ehrenreich: Skal forbrugersager behandles af klagenævn eller domstole? J. 1973 p. 217-224, særligt p. 221.

Der gives ingen forklaring på, hvorfor man ved grundloven skulle have forbudt administrativ afgørelse af disse sager. I stedet henvises til Max Sørensens ovenfor fremstillede fortolkning, og - med urette - til en udtalelse af Ross. <sup>21)</sup>

Grundlovens krav til domstolene er alene, at deres afgørelser skal være uafhængige af regeringen - eventuelt folketinget. Det spørgsmål, der diskuteres, er f.eks., om den ruskindsfrakke, NN købte, er af en tilstrækkelig god kvalitet, eller om den er solgt under falske forudsætninger. Naturligvis er det et fundamentalt krav for at acceptere en foreslået afgørelsesmåde, at den er upartisk. Det er f.eks. ikke acceptabelt, at den ene part har væsentlig større indflydelse på organets sammensætning end den anden part. Ligeledes er det rimeligt at debattere, hvor stor virksomhed organer kan udfolde, uden at det går ud over dets upartiskhed. En lang række spørgsmål er relevante i forbindelse med ønsket om at sikre en upartisk afgørelse, men en diskussion om, hvorledes man sikrede sig mod regeringens indblanding i afgørelserne vil de fleste vist finde malplaceret.

I øvrigt er det værd at notere, at en ordning, der har betydelig lighed med den af Abitz og Ehrenreich forfatningsmæssigt anfægtede findes i Norge. Enhver civil sag skal der - medmindre den særligt er undtaget - indbringes for forliksrådet som 1. instans. Dette råd består af 3 medlemmer, der vælges for en 4-årig periode af kommunestyret. Selv om organets oprindelige - og stadig primære - funktion er at skabe forlig, eventuelt afsige udeblivelsesdomme - har det dog en vis kompetence til også at afgøre tvister. <sup>22)</sup>

-----  
21) Ehrenreich anfører med en vis ret Ross til støtte for, at det må have karakter af undtagelse, at det overlades til administrationen at afsige domme. Imidlertid er det afgørende for, om der er tale om en dom, efter Ross ikke eksigibiliteten, (jfr. ovenfor note 19).

Endvidere henviser Ehrenreich til Mangårds bemærkning, (jfr. note 19) om, at civilretlige krav ifølge Europakonventionen om menneskerettighederne skal "afgøres af en uafhængig domstol". Også her er tale om uberegtiget støtte. Mangård siger alene "domstol" og tager altså ikke konventionen til indtægt for en sammenhæng mellem civile sager og uafhængigheden. Konventionens art. 6, afsnit 1 kræver ved afgørelse af civile sager (determination of his civil rights and obligations) og af straffesager, at der indrømmes borgeren "a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law." Jfr. Frede Castberg: Den europæiske Konvensjon om menneskerettighetene p. 106 og J.E.S. Fawcett: "The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford 1969 p. 155-159. Praksis vedrørende konventionen understøtter det her fremhævede synspunkt, at uafhængigheden har relation til straffesager, men ikke til civile sager. Således har uafhængighedskravet indtil nu været fremme i 4 sager, som alle er straffesager (Ann. 12, Vol. Special p. 147, Rec. 6 p. 41, Rec. 21 p. 34 og Rec. 13, p. 116), medens upartiskhedsspørgsmålet har været fremme i en række såvel civile som straffesager.

22) Jfr. Olav Lid: Kort proces. Oversyn over rettargangsmåten i tvistemål. Oslo 1968 p. 26-29 og 68-71.

Uanset forliksrådet i Norge regnes for en domstol, opfylder den ikke den danske grundlovs krav til en domstol.<sup>23)</sup> Det kan næppe være meningen, at man vil hævde, at indførelsen af en sådan ordning herhjemme er i strid med grundloven.<sup>24)</sup> En sådan konklusion er imidlertid følgen af den grundlovsfortolkning, Max Sørensen, Abitz og Ehrenreich har gjort sig til talsmænd for.

Debatten om en billigere behandling af dagligdagens retskonflikter giver ingen grunde til at hævde, at de privatretlige tvister er omfattet af bestemmelsen i grl. § 3. Debatten viser snarere, at alene begrebernes dobbelttydighed har gjort, at man har set et forfatningsretligt problem. Man har opfattet domstolene som statsmagtens upartiske organer og derfor naturligt krævet alle civilretlige sager henlagt til domstolene. At det grundlovsrelevante alene er uafhængigheden af de politiske organer er nærmest overset. Ligeledes har det nok haft en vis betydning, at man har talt om at henlægge afgørelserne til administration eller forvaltningen. Dette kan meget let vække en vis modvilje; reelt betyder det imidlertid intet, da forvaltning jo i denne som i de fleste andre tilfælde alene betyder ikke-domstole.

I det omfang, grundlovens § 3 betragtes som reglen til beskyttelse af borgernes retssikkerhed, er der ingen grund til at hævde, at "den dømmende magt" omfatter privatretlige tvister. Retssikkerhedskravet kan naturligvis rejses i relation til civilprocessen, men dets betydning for denne del af retsplejen er dog forsvindende lille i forhold til dets anvendelse i strafprocessen.

Det er ikke grundlovens formål at beskytte borgerne mod, at regeringen blander sig i afgørelsen af deres indbyrdes trætter. Dermed være ikke sagt, at sådan indblanding er ønskelig, men blot, at man ikke giver nogen garanti for retssikkerheden ved at hindre utænkelige overgreb.

-----

23) Den norske grundlov har ikke nogen bestemmelser, der svarer til grl. § 64.

24) Især bør nævnes, at Abitz i sit ovenfor nævnte indlæg omtaler den norske ordning særdeles positivt. I øvrigt omtales det norske system flere gange under den nævnte debat, se særlig Erling Tveitens indlæg p. 317-321. I øvrigt er ordningen omtalt i Sverige i Justitiedepartementet: Rättegången i mindre tvistemål, Ds Ju 1972: 6 Stockholm 1972 p. 28-30.

### III Lovgivers egen afgørelse af privatretlige tvister. Dom eller ekspropriation.

Om den anden side af domstolenes kompetence vedrørende privatretlige tvister siger Max Sørensen, at det ville være i strid med

"magtfordelingsprincippet i § 3, hvis en lov f.eks. bestemte en privat parts erstatningspligt over for en anden, efter en skadevoldende handling var foretaget. Endnu klarere ville det være, hvis en lov omgjorde en afsagt dom". 25)

Max Sørensen anser lovgiver for at være afskåret fra "at gribe ind i en konkret tvist, efter at parterne har formuleret deres krav og påstande under henvisning til gældende ret". Det hævdes nu øjensynligt, at enhver retstvist er en del af "den dømmende magt". Vanskeligst er problemet, såfremt det er Max Sørensens opfattelse, at lovgivningsmagten også er afskåret fra ved en konkret lov at afgøre en retstvist, som ifølge den gældende lovgivning er henlagt til administrative myndigheder, f.eks. en hegnssag. Men det er også vanskeligt ud fra de præmisser, hans egen teori bygger på, at forstå, hvorfor lovgivningsmagten ikke i alle de tilfælde, hvor den generelt kunne henlægge sagen til administrative myndigheder, selv skal kunne træffe afgørelsen. Ligeledes er det ikke helt let at forklare, hvorfor lovgiver af afskåret fra at ændre en afsagt dom. Også disse tilfælde kan jo vedrøre områder, hvor lovgivningsmagten ville kunne have overført området til administrationen.

For at belyse problemerne nærmere skal i det følgende forholdsvist udføreligt refereres to tilfælde, hvor problemstillingen omkring lovgivers egen afgørelse af en privatretlig tvist har været fremme i folketinget. Det er i forrige afsnit hævdet, at de politiske organer: folketing og regering må antages at være uinteresserede i privatretlige tvisters afgørelser. Det kan derfor virke overraskende, at der findes tilfælde, hvor folketinget har drøftet endog at afgøre en sådan sag. I begge tilfælde har staten imidlertid været part i sagen.

Det første tilfælde er en pensions sag fra forrige århundrede. En embedsmand var af regeringen blevet afskediget efter pensionsloven af 5. januar 1851 § 6 med den pension, som måtte blive fastsat ved lov. Vedkommende indbragte imidlertid denne afgørelse for domstolene med krav om fuld pension. Regeringen påstod primært sagen afvist og subsidiært frifindelse. Landsover- samt Hof- og Stadsrettens Dom, som blev stadfæstet af Højesteret <sup>26)</sup>, anser domstolene for kompetente, idet pensionsspørgsmålet falder uden for kongens ret efter grl. § 22 om kongens udnævnelse og

-----  
25) Max Sørensen 1973 p. 290, jfr. helt på linie hermed Poul Andersen 1954 p. 565.

26) Højesteretstidende, 1862, 6. Aargang p. 578.

og afskedigelse af embedsmændene. Det fremhæves i præmisserne som argument for domstolenes kompetence, at der er tale om at tilføje den afskedigede et straffeonde. Dommen gav dernæst embedsmanden medhold i hans krav på fuld pension.

Problematikken omkring de konkrete love kom ind i billedet ved, at et folketingsmedlem under folketingets behandling af finansloven, hvor en række pensionssager behandlede (dels § 6-sager og dels billighedspensioner), forespurgte finansministeren, om han agtede at stille forslag til lov om nedsat pension for den omtalte tjenestemand. Der var altså tale om en lov, der skulle ophæve dommen og tillægge tjenestemanden pension i overensstemmelse med regeringens opfattelse af sagen. Den debat, der derefter udspandt sig om dette forslag, udmærker sig ikke ved nogen klarhed.<sup>27)</sup> Tre deltagere går ind for lovligheden af forslaget. Det eneste, de derudover er enige om, er imidlertid, at den omtalte højesteretsdom er i strid med grundlovens kompetenceregler. Den ene, R. Jensen, støtter dette på grl. § 19 (nu § 14), hvilket der ikke er grund til at komme nærmere ind på. Tscherning mener ikke, at kongen er underlagt domstolsprøvelsen efter grl. § 77 (nu § 63). Denne opfattelse deles øjensynligt af Winther. I øvrigt er det Tschernings opfattelse, at domstolene ikke har nogen prøvelsesret over for lovene, og hvis lovgiver beslutter sig til at vedtage en sådan lov, er det derfor den, der bestemmer retstilstanden. Dette støtter han også på, at ingen udgift kan afholdes uden hjemmel i finansloven. Imidlertid mener han ikke, at det vil være klogt at vedtage en sådan lov.

Rimestad er ene om at udtale sig mod en sådan lovs grundlovsforenelighed. Til støtte for denne opfattelse nævner han foruden grl. § 77 (nu § 63) læren om statsmagternes adskillelse. Han lægger i denne forbindelse afgørende vægt på, at dommen er afsagt, og at det ikke primært er et økonomisk spørgsmål, men en æressag for den afskedigede. Hverken justits- eller finansministeren, der begge ytrer sig om sagen, siger noget om den diskuterede lovs forhold til grundloven. Finansministeren tager dog afstand fra at vedtage en sådan lov, men næppe fordi han anser den for at være i strid med grundloven.

-----  
27) Rigsdagstidende. Forhandlinger på Folketinget 14. session, 1862, sp. 2376-2396.

Winthers ide er taget op til analyse af V. C. Ussing.<sup>28)</sup> Ussing konkluderer, at det omtalte lovforslag ikke kan anses for en kompetenceoverskridelse i forhold til domstolene. Spørgsmålet om vedkommendes ret til pension efter den gældende lovgivning er afgjort endeligt af domstolene. En lov af det angivne indhold kan derfor alene betragtes som en fratagelse af den ret, den afskedigede havde erhvervet efter den hidtil gældende lovgivning. Såfremt en sådan lov skulle være i strid med grundloven, anser han det for mest nærliggende at anvende grl. § 87 om ejendomsrettens beskyttelse (nu § 73), men anser det for tvivlsomt, hvor langt denne bestemmelse kan strækkes. Havde man derimod vedtaget lovforslaget, inden domstolene havde afgjort sagen, mener Ussing, at man havde tilsidesat domstolens kompetence efter grundloven. Hvorfor det er grundlovsstridigt, begrundes ikke nærmere med henvisning til en regel eller et princip. Ussings tidligere redegørelse<sup>29)</sup> tyder dog nærmest i retning af den generelle magtfordeling.

Hos Matzen er holdningen den stik modsatte: Der er intet i grundloven, der hindrer, at lovgiver før dommens afsigelse beslutter, at den afskedigede skal have en bestemt pension, omend det erkendes at være en noget inhuman fremgangsmåde. Det synes derimod at være Matzens opfattelse, at lovgiver er afskåret fra at ændre en afsagt dom.<sup>30)</sup>

For at vise, hvor uenig teorien er, kan citeres Berlins opfattelse:

"Ligeledes maa det sikkert antages, at da den dømmende Magt ifølge Grl. § 2 er hos Domstolene, ville det være grundlovsstridigt, om en Lov kasserede en Højesteretsdom eller uden at tillade Appel til Domstolene afgjorde en individuel Retstvist." 31)

Berlin nævner iøvrigt, at lovgivningsmagten i et tilfælde positivt har forbeholdt sig at afgøre en individuel retstvist. Han tænker her på Tjenestemandsløvslov nr. 98 af 31. marts 1931 § 61, der svarer til den ovenfor omtalte pensionslov af 1851 § 6. Det er i denne bestemmelse hensluttet til lovgivningsmagten at afgøre, hvor stor pension den enkelte tjenestemand skal have.<sup>32)</sup>

-----  
28) V. C. Ussing 1863 p. 242-244.

29) Jfr. V. C. Ussing 1863 p. 218-219.

30) Matzen 1895, III p. 264-266.

31) Berlin 1939, II p. 9.

32) Den nævnte bestemmelse lyder i 1851-pensionsloven § 6: "Naar en Embedsmand afskediges paa Grund af Misligheder, der uden at medføre Embedets Forbrydelse, svækker den for hans Stilling nødvendige Agtelse og Tillid, bestemmes hans Pension ved Lov." Det oprindelige forslag henlagde afgørelsen til Statsrådet. Dette blev under 2. behandlingen i Folketinget fra privat side foreslået ændret til ved lov. Rigsdagstidende. Forhandlingerne paa Folketinget l. Session 1850,

fortsat

- 32) sp. 5985. Ændringen vedtoges, men der er så vidt ses ikke foretaget nogen principielle overvejelser angående bestemmelsens forhold til grundloven. Man kunne tænke sig, at grunden hertil er, at man opfatter forholdet således, at der var tale om tildeling af en nådesgave, billighedspension eller lignende. Der er imidlertid hverken i betænkningerne eller i forhandlingerne givet udtryk for en sådan holdning. Se også Holck 1879, p. 68, hvor det siges: "en Formindskelse af Pensionen kan kun skee, under visse særegne Betingelser og da kun ad Lovgivningsveien, s. Lov 5. Jan. 1851 § 6, ..."

Iøvrigt er Berlins synspunkt anlagt allerede hos L. N. Friis: Nogle Bemærkninger om Betydningen af særegne Formforskrifter i Forfatningslovene til lagttagelse ved Grundlovsforandringer, TfR 1866 p. 49.

Et andet tilfælde, hvor loven direkte foreskriver, at en konflikt løses ved lov, er § 17, stk. 3 i lov nr. 169 af 18. april 1969 om vandforsyning (ophævet ved lov nr. 373 af 13. juni 1973 § 28):

"Skønner landvæsensretten, efter at der er afgivet en udtalelse fra vandforsyningsrådet, at en afgørelse, der ville være nærliggende som teknisk hensigtsmæssig og økonomisk rimelig, vil komme i strid med andre, særdeles betydelige samfundsmæssige hensyn, udsætter retten sagens behandling og underretter indenrigsministeren herom. Ministeren bestemmer herefter, om han vil søge interessekonflikten løst ved lov og fremsætter i givet fald inden 6 måneder lovforslag for folketetinget. Når en eventuel lov er trådt i kraft, eller lovforslaget er forkastet eller er bortfaldet med folketingsårets udløb, såvel som når ministeren tilkendegiver, at han ikke vil søge spørgsmålet afgjort ved lov, eller fristen er udløbet, uden at lovforslag er fremsat, fortsætter retten sin behandling af sagen."

Det er ikke i lovens forarbejder nævnt, at bestemmelsen kan rejse principielle spørgsmål. Muligheden for løsning ved lov er alene fremhævet ved lovforslagets førstebehandling i folketingssamlingen forud for den folketingssamling, der vedtog loven, jfr. Folketingstidende 1967-68, 2. samling, sp. 1134 og sp. 1136. Se iøvrigt Flemming Tolstrup: Vand og vandløb, Kbh. 1970 p. 150, der under henvisning til bestemmelsen alene nævner, at det kan forekomme, "at man søger en egns vandforsyning ordnet gennem en særlig lov." At der ikke hævdes betænkeligheder i relation til denne lov, skyldes antagelig, at den ikke er konkret i den i denne afhandling anvendte betydning - en forskrift, der vedrører individuelt bestemte borgere.

De tre nævnte opfattelser i teorien dækker de tænkelige muligheder for at begrænse lovgivers kompetence i relation til disse konkrete love. Først hævdes, at en lov, der kommer før domsafsigelsen, er grundlovsstridig. Dernæst det modsatte: loven, der kommer efter domsafsigelsen, er i strid med grundloven, og endelig hævder Berlin, at loven i begge tilfælde er i strid med grundlovens magtfordeling. Bag uenigheden ligger imidlertid en afgørende forskel i opfattelsen af lovforslaget. Ussing mener overhovedet ikke, at man ved lov vil kunne ændre den afsagte dom - han opfatter det tilsyneladende som umuligt. Matzen synes derimod at ville forbyde en sådan lov, netop fordi den ændrer dommen. Ligeledes kan man diskutere, om loven, hvis den vedtages før domsafsigelsen, indeholder afgørelsen af en privatretlig tvist. Lovgiver kan hævdes blot at beslutte, hvem der skal gøre hvad uden at være bundet hverken af loven eller af parternes formulering af en tvist. Ross har endog hævdet, at lovgiver af den anførte grund logisk set end ikke kan afgøre en retstvist.<sup>33)</sup> Ross har samtidig bestemt dommen som den endelige normering af retten i en konkret situation ved at bedømme kendsgerningerne i henhold til retsregler. Det er derfor efter Ross også logisk umuligt for lovgiver at afsige en dom.<sup>34)</sup> Denne problemstilling er tydelig i det andet tilfælde, hvor folketinget har drøftet et lovforslag af den nævnte konkrete karakter:

Antagelig som følge af en konstruktionsfejl styrtede i 1972 en nyanlagt motorvejsbro (Fiskebækbro) sammen. Staten havde kontraheret med Københavns Amt om udførelsen af et motorvejsprojekt, hvoraf broen var en del. Amtet havde igen kontraheret med et rådgivende ingeniørfirma om projekteringen. Dette firma var imidlertid trådt i likvidation, således at der - i hvert fald i første omgang - kun var amtet og staten til at bære tabet, der var anslået til ca. 35 mill. kr. Amtet afviste ethvert ansvar, og staten traf derfor forberedelse til et erstatningssøgsmål mod amtet. For at undgå en sådan retssag - eller mere præcist omkostningerne ved en sådan retssag - stillede Fremskridtspartiet et lovforslag om, at amt og stat delte tabet. Rent teknisk skete dette ved, at det i forslaget § 1 bestemtes, at statens refusion til Københavns amt nedsattes med 17,5 mill. kr. og i § 2, at statens eventuelle erstatningskrav mod Københavns amt vedrørende den sammenstyrtede vejbro bortfaldt. Det pointeredes i bemærkningerne til forslaget, at der ikke var taget stilling til, om der kunne rejses krav mod nogen enkeltperson.

Bortset fra ordføreren for forslagstillerne, Hölge, er samtlige deltagere i

-----  
33) Ross 1959 p. 54-55.

34) Ross 1959 p. 59-62 og p. 68-70.

debatten modstandere af forslaget.<sup>35)</sup> De begrundet alle deres modstand med principielle betragtninger. Ministeren for offentlige arbejder siger, at forslaget "rører ved fundamentale statsretlige principper. Det måtte være yderst betænkeligt, såfremt lovgivningsmagten skulle søge at gribe ind og træffe en endelig afgørelse i en verserende retslig tvist af den foreliggende art mellem staten og en amtskommune." Når amtet ikke har villet anerkende noget ansvar, henhører sagen retligt under domstolene eller en voldgiftsret. Ministeren mener, at konsekvenserne af lovgivningsmagtens indgriben er betænkelige, for hvor går grænsen for lovgivningsmagtens indgriben?

Flere af de andre folketingsmedlemmer holder deres argumentation på samme meget abstrakte plan. Kristine Heltberg (SF) mener, forslaget er i strid med et eller flere juridiske grundprincipper i et retssamfund, og Svend Erik Sørensen (KrF) mener ikke, at det kan være folketetinget, der skal afgøre, hvad der er ret eller ikke ret i den konkrete sag. Samme høje leje befinder Hovmand (V) sig på, når han siger, at det er et retssikkerhedsprincip, at man uanset omkostningerne forsøger at finde den rette skyldige. Der er her givetvis tale om en vis misforståelse. At det drejer sig om en erstatningssag, og der derfor muligvis skal foretages en vis skyldbedømmelse, får Hovmand til at argumentere i strafferetlige kategorier. Muligvis er det overvejelser i samme retning, der får Bilgrav-Nielsen (RV) til at sige, at demokratiet ganske enkelt fordrer, at ansvaret må og skal placeres.

Mest præcis er Annelise Gotfredsen (KF), der nævner, at grundloven fastslår en nøje fordeling mellem den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt og alene af denne grund finder det "betænkeligt, måske direkte grundlovsstridigt, om et tilfældigt flertal i folketetinget griber ind i en påtænkt eller verserende retssag, det være sig mellem offentlige personer eller mod enkeltpersoner."

Kampmann (S) fremhæver, at forslaget har placeret det halve ansvar hos amtet og derfor er en domstolsafgørelse. Iøvrigt er Kampmann inde på den tanke, at man må lade sagen køre for "én gang for alle at få placeret ansvaret ved rådgivnings- og tilsynsvirksomhed." En lignende tankegang mødes i ministerens indlæg: "Samtidig vil det være af vigtighed, at man ved en retslig afgørelse i denne konkrete sag får retningslinjer for afklaring af forskellige ansvarsproblemer inden for byggeriet".

-----

35) Folketingstidende 1974-75, 2. samling, sp. 5413-5420 (1. behandling). Jfr. Folketingstidende 1975-76, sp. 3344-3347, hvor ministeren fastholder sin begrundelse.

Det er særdeles vanskeligt på grundlag af den refererede debat at drage nogen slutninger om, hvorledes folketinget fortolker grundloven. Hovedgrunden hertil er, at folketingsmedlemmerne i en debat som den refererede ikke føler det som en primær opgave at tage stilling til forslaget forenelighed med grundloven. Man er primært interesseret i at få forslaget forkastet. Der er derfor ingen anledning til at tage stilling til, om det kan vedtages. Den eneste af deltagerne i diskussionen, som hævder at være tiltalt af forslaget, men går imod det af principielle grunde, er Kristine Heltberg. Debatten er for så vidt udmærket til at illustrere de flere gange tidligere fremhævede vanskeligheder ved at foretage en empirisk orienteret fortolkning af grundloven; ganske specielt vanskelighederne ved gennem en sådan metode at påvise begrænsningerne i lovgivers kompetence.

Hvis man imidlertid anskuer de citerede argumenter som forfatningsretlige, er det iøjnefaldende, hvor vage de er. I enkelte tilfælde er argumenterne endog af utvivlsom fejlagtig karakter. Jeg tænker her på ministerens og Kampmanns bemærkninger om, at man må lade sagen køre for at få fastlagt retningslinjer for erstatningsansvaret i fremtidige sager. Det forekommer grotesk, at lovgivningsmagten skulle forholde sig passiv for at domstolene kan få lejlighed til at udstikke sådanne retningslinjer. Der er åbenbart visse tilfælde, hvor lovgiver foretrækker at overlade lovgivningen til domstolene. Dette kan i hvert fald ikke let kaldes en forfatningsretlig nødvendighed.

De øvrige bemærkninger om, hvorfor man må afholde sig fra at vedtage forslaget, er så vage, at det er vanskeligt at se, hvilke bestemmelser i grundloven de antages at referere til. De fleste henholder sig til begreber som demokratiets krav, retssikkerhedsprincipper, fundamentale statsretlige principper, juridisk grundprincip. Disse begreber kan ikke i den løsrevne form, hvori de præsenteres, give væsentlige bidrag til fortolkningen af grundloven. Dermed være ikke sagt, at de ikke har deres plads i en given fortolkningssammenhæng. Det er karakteristisk, at man i sin iver for at tage afstand fra forslaget antageligt udstrækker principperne til et større område, end de egentlig kan bære. Hvis nu forslaget alene havde indeholdt dets § 2 og altså alene havde været udtryk for, at staten afskrev sit krav mod amtet, havde der næppe ud fra et forfatningsretligt synspunkt kunnet være rejst nogen form for betænkeligheder. Imidlertid har de fleste af debattørerne udformet deres bemærkninger således, at de opstillede principper kræver, at sagen føres igennem ved domstolene. Det synes nærliggende at anse deres tankegang på dette punkt for at være inspireret af nogle strafferetlige principper. At det offentlige ikke ud fra økonomiske opportunitetshensyn kan undlade at påtale straffelovsovertrædelser, er både i overensstemmelse med dansk strafferetspleje og nok også almindelige forestillinger i befolkningen.

For så vidt angår statens borgerlige krav kan det ikke være noget højere princip, at disse skal forsøges inddrevet. I bedste fald et princip om, at statens tab skal begrænses til det mindst mulige. Dette er hverken et fundamentalt juridisk princip, et særligt demokratisk krav eller lignende.

Over for denne massive modstand mod forslaget indvender ordføreren for forslagsstillerne, Hölge, at forslaget ikke går ud på at bestemme, hvad der er ret og ikke ret. Forslaget er efter hans opfattelse heller ikke udtryk for en placering af ansvaret. Det foreslår simpelthen blot, at amt og stat bærer lige dele af smerten. Det afgørende synspunkt i denne argumentation er, at der ikke er tale om at træffe en afgørelse ud fra gældende ret. Grundlaget for at vedtage forslaget er ene og alene folketingets og kongens grundlovsumiddelbare kompetence til at udstede formelle love. Hölges argumentation kan ikke helt afvises. Havde han i stedet foreslået, at staten gav afkald på ethvert krav mod Københavns amt i anledning af brostyrtet, er der ingen holdbare argumenter for, at forslaget ville være i strid med grundloven. Måske kan dette forklares ved påberåbelse af grundlovens bestemmelse om lovgivers kompetence i bevillingsspørgsmål. Men også i forhold til grl. § 3 er det vanskeligt at se, hvorfor det skulle være ulovligt, at staten undlod at gøre et krav gældende mod Københavns amt.

Det, der gør grundlovsmæssigheden af Hölges forslag tvivlsom, er alene dets bestemmelse om, at Københavns amt skal betale halvdelen af tabet ved brostyrtet. Som Hölge påpeger, kan pålæggelsen af denne betalingspligt anskues som originær, - således at den ikke betragtes som produktet hverken af en eksisterende tvist eller af gældende ret. I så fald er forslaget ikke i strid med bestemmelsen i grl. § 3 om, at domstolene har den dømmende magt. Til gengæld er der tale om originær pålæggelse af en betalingspligt. Hvis et sådant pålæg alene rettes mod bestemte personer, er der utvivlsomt tale om en ekspropriation, og adressaten er derfor beskyttet efter grl. § 73. Måske kan det virke lidt kunstigt at betragte det nævnte forslag som et ekspropriationsforslag, da det jo vitterligt er foranlediget af, at Københavns amt muligvis er ifaldet et erstatningsansvar. Når denne betragtning må afvises, skyldes det, at accepten af forslagets forenelighed med grundloven netop er betinget af, at der ses bort fra det reelt underliggende forhold.<sup>36)</sup>

-----  
36) Dette samspil mellem § 3 og § 73 er i dansk ret påpeget af Ross 1959, p. 70 og Poul Andersen 1954 p. 307. I norsk forfatningsret er der en righoldig litteratur om et analogt problem, nemlig forholdet mellem grl. § 97 om forbudet mod tilbagevirkende love og § 105 om fuld erstatning for ekspropriation.

Den foreliggende teori må føre til, at de to nævnte forslag enten betragtes som ulovlige efter grl. § 3 om, at domstole har den dømmende magt, eller som omfattet af grl. § 73 om, at der kan foretages indgreb i den private ejendomsret ifølge lov, hvor almenvellet kræver det og mod fuldstændig erstatning. Allerede den sidste betingelse gør forslagene utænkelige.<sup>37)</sup>

Der er i denne forbindelse ikke taget stilling til, at det sidste lovforslag muligvis kan hævdes ikke at være et ekspropriationsforslag, da man kan diskutere, om Københavns amt er omfattet af § 73-beskyttelsen.

Normalt hævdes amter og kommuner at være juridiske personer, ligesom det normalt hævdes, at grl. § 73 beskytter juridiske personer. Om disse hovedregler skal anvendes i det foreliggende tilfælde er tvivlsomt. Hævdelsen af, at en kommune er en juridisk person kan således være rigtig i relation til f.eks. legalitetsprincippet. Dette understøttes af grl. § 82 om det kommunale selvstyre.

Imidlertid kan det virke meget kunstigt overalt at sidestille kommuner og borgere. Især er det besynderligt at sidestille borgere og kommuner i relation til almindelige retssikkerhedskrav. Det er ovenfor flere gange hævdet, at grl. § 3 vedrører forholdet mellem staten og borgerne, - og derfor indirekte at det kommunale selvstyre helt falder uden for reglens område.

Specielt i relation til grl. § 73 kan hævdes, at det er urimeligt at ligestille Københavns amt med en borger. Et grundlæggende kriterium for, om et givet indgreb i ejendomsretten er ekspropriativt er, om indgrebet er generelt eller konkret, - om det rammer en ubestemt flerhed af borgere eller enkelte. Ud fra traditionel teori er det omtalte forslag konkret, da det alene rammer ét forvaltningssubjekt: Københavns amt. At dette subjekt i denne relation måske ikke er andet end en samlebetegnelse for en kasse for tusindvis af borgere, ser man helt bort fra. Et indgreb er efter teorien konkret, hvis det rammer én person, ikke hvis det rammer 10.000 personer. Og 10.000 personer kan godt kaldes én person - eller rettere et subjekt - og så er der slet ingen forskel! Havde man gennemført realiteten i loforges forslag: at hver borger i Københavns amt var blevet pålagt en forhøjelse af statskassen, var man næppe blevet mødt med en påstand om, at det var ekspropriation.

#### IV. Privatretlige tvister, magtadskillelseskæren og grl. § 3.

Det blev ovenfor i afsnittet om dualismen mellem domstolenes kompetence og "den dømmende magt" nævnt, at teorien mener, at det i grl. § 3 alene er bestemmelsen om, at domstolene har den dømmende magt, der begrænser lovgivers kompetence. Hvis et anliggende ikke kan afgøres af lovgiver selv, må det derfor skyldes denne bestemmelse. Det samme er tilfældet, såfremt

-----

37) Det er ikke ulovligt at ekspropriere penge, blot uinteressant hvis der er erstatningspligt. Det er derfor særdeles problematisk, når Max Sørensen 1973 p. 300 hævder, at højesteret i U 71.299 (den anden sag om de islandske håndskrifter) har tilsidesat lov nr. 194 af 26. maj 1965. Det er naturligvis godt at kunne hævde, at højesteret har tilsidesat en lov som grundlovsstridig - et sådant ønske gør blot ikke påstanden rigtig.

anliggendet ikke af lovgiver kan overføres til forvaltningen. Da argumentet i begge tilfælde er, at anliggendet er omfattet af "den dømmende magt", må man forvente, at teorien har samme afgrænsning af de anliggender, der ikke kan afgøres ved lov, og de anliggender, der ikke kan afgøres af forvaltningen.

Som ovenfor belyst er det imidlertid teoriens opfattelse, at ingen privatretlige tvister kan afgøres ved lov, mens de i et vist omfang kan overlades forvaltningen til afgørelse. I førstnævnte henseende fortolkes udtrykket "den dømmende magt" således, at det omfatter enhver privatretlig tvist, i det andet tilfælde således, at det alene omfatter en del af tvisterne.

Problemet er hos Max Sørensen tilsyneladende løst ved, at begrebet "den dømmende magt" først hævdes at omfatte enhver privatretlig tvist. Disse kan derfor ikke afgøres ved lov men i kraft af sædvane kan deres afgørelse i et vist omfang overføres til forvaltningen. Max Sørensens fremstilling er således - når bortses fra Ross' teori - den eneste teori der har harmoniseret løsningen af de to problemer. Til gengæld er der - som ovenfor påpeget - ikke meget, der taler for, at fremstillingen har forbindelse med den retlige virkelighed.

Den nævnte inkonsekvens i teorien skal næppe løses ved at harmonisere de to kategorier af retstvister, som afgøres af andre end domstolene. Tværtimod er denne tankegang udtryk for en fornægtelse af en funktionel magtadskillelse. Som det fremgår af den ovenstående gennemgang af magtadskillelsen hos Locke, Montesquieu og Rousseau <sup>38)</sup>, er det afgørende, at borgeren sikres mod vilkårlighed fra statsmagtens side, - at borgerens frihed sikres. Måden hertil er, at indgreb over for den enkelte borger kun sker i henhold til en generel regel, som borgeren kender. Kun på denne måde har han virkelig frihed til at gøre det, lovene tillader, og det er for dem ensbetydende med, at han har frihed.

Når magtadskillelsen kræver lovenes udstedelse adskilt fra dens anvendelse over for de enkelte borgere, er det fordi man ellers frygter, at lovfortolkningen - lovanvendelsen - vil blive tilfældig: lovgivers fortolkning vil ikke være tro mod lovens tekst. Den primære mening med magtadskillelsen er at sikre en objektiv lovfortolkning i de konkrete sager. Det er naturligvis i denne tankegang forudsat, at loven ikke kan gribe ind over for den

-----

38) Især p. 148-162.

enkelte borger. Ellers er hele systemet absurd. Der er da heller ingen tvivl om, at Locke, Montesquieu og Rousseau betragter loven som generel.

I den forfatningsretlige teori herhjemme hævdes lovgiver imidlertid at være omnipotent; bortset fra særlige begrænsninger ifølge forskellige bestemmelser. Lovgiver anses derfor for beføjet til også at udstede konkrete retsakter. Man henviser f.eks. til lovgivers kompetence til at vedtage et givet anlægsarbejde eller til at ophøje et arbejdsmarkedsforlig til lov - altså retsakter, der ikke er konkrete i den her angivne betydning. Videre henviser man til, at lovgiver jo er berettiget til ved lov at bestemme, om hver enkelt udlænding skal have dansk indfødsret eller til, at lovgiver utvivlsomt er berettiget til at tildele enkeltpersoner - f.eks. finanslovskunstnerne - økonomiske ydelser. På dette spinkle grundlag slutter man, at lovgiver generelt er berettiget til at udstede konkrete love.

Man har derved nået den absurde situation, at den regel, der skal beskytte borgeren imod statsmagten, alene beskytter mod at hans gods fratages ham på grund af vilkårlige fortolkninger, - derimod er der intet til hinder for, at statsmagten helt ser bort fra lovene og bare tager hans gods. For til en vis grad at råde bod på disse uheldige følger af en kompetencedeling, hvor lovgiver til en begyndelse er tillagt hele kompetencen, forsøger teorien at hævde en begrænsning i lovgivers ret ud fra bestemmelsen om, at domstolene har den dømmende magt.

Til illustration af, hvilke metodemæssige vanskeligheder denne tankegang kan resultere i, kan nævnes Poul Andersens stillingtagen til lovligheden af en lov, der træffer bestemmelse om skilsmisse mellem to navngivne personer.<sup>39)</sup> Poul Andersen må på grund af sit udgangspunkt indskrænke sig til at fastslå, at lovgiver ikke kan annullere en afsagt skilsmisshedom og heller ikke kan opløse et ægteskab, som domstolene ved dom har afslået at opløse. Det generelle udsagn, at lovgiver ikke kan opløse et ægteskab mellem navngivne personer, kan Poul Andersen ikke fastslå. Det kan nemlig kun gøres ved at hævde, at lovgiver - som udgangspunkt - er inkompetent til at udstede konkrete retsakter, - retsakter rettet mod eller til individuelt bestemte personer. I så fald ville Poul Andersen også have gjort lovgiver inkompetent til at ændre en forvaltningsakt, f.eks. en af amtet meddelt skilsmisse! Hele denne diskussion skyldes, at lovgiver af Poul Andersen nærmest i kraft af sædvane anses for berettiget til at vedtage love af et hvilket som helst indhold. Det vil uundgåeligt medføre bety-

-----

39) Jfr. Poul Andersen 1954, p. 565.

delige vanskeligheder, når et eksempel, der aldrig har foreligget i praksis, skal diskuteres med udgangspunkt i, at der er sædvaneretlig hjemmel for, at lovgiver kan afgøre tilfældet.

Den eneste retligt tilfredsstillende løsning på spørgsmålet om lovgivers kompetence til at afgøre civile tvister ved lov er at hævde, at lovgiver som udgangspunkt er afskåret fra at vedtage konkrete love. Lovgiver kan altså kun træffe afgørelse i civile tvister i de tilfælde, hvor der kan påvises særlig hjemmel hertil. F.eks. må lovgiver kunne afgøre en erstatningssag mellem to parter ved i kraft af sin bevillingsmyndighed at tildele sagsøgeren det påståede beløb af statskassen. Bortset fra sådanne både upraktiske og uinteressante tilfælde må det fastholdes som stemmende både med grl. § 3's ordlyd og ideologiske baggrund og med den forfatningsretlige virkelighed, at lovgiver i kraft af den almindelige regel om sin kompetence kun kan udstede regler rettet til en ubestemt flerhed af personer.

Om den anden problemstilling vedrørende de privatretlige tvister - om deres afgørelse kan overlades til forvaltningen - er magtfordelingslæren så godt som tavs. Dette hænger sammen med dens manglende beskæftigelse med forvaltningsfunktioner, hvilket naturligt medfører, at heller ikke forvaltningsorganer omtales.

Umiddelbart kunne magtadskillelærens tavshed på dette punkt synes at medføre en opgivelse af det hidtil fastholdte fortolkningsprincip: at fortolkningen af grl. § 3 i de tilfælde, hvor teoriens opfattelse ikke er dokumenteret, eller hvor den er selvmodsigende, sker under hensyn til magtadskillelæren. Imidlertid kan netop tavsheden være en gavnlig tilskyndelse til at se på, hvorledes magtadskillelæren stiller sig til realiteten. Spørgsmålet, om afgørelserne skal træffes af domstole eller af forvaltningsorganer er abstrakt set uinteressant. Det væsentlige er, hvilke krav ideologien stiller til de organer, der varetager funktionen; om de kaldes forvaltningsorgan eller domstole er mindre væsentlig. For Montesquieu er domstolsfunktionen uvæsentlig, fordi den på grund af lovenes præcision er mekanisk. Locke kræver derimod lovanvendelse henlagt til "a known and indifferent judge".<sup>40)</sup> Det svarer nøje til den ovenfor fremførte argumentation for, at det afgørende i relation til de privatretlige tvister er organets upartiskhed. Som nævnt er der ingen anledning til at tro, at det i denne

-----

40) Jfr. ovenfor p. 153.

relation har nogen betydning, om organet efter grl. § 64 er uafhængigt af regeringen. Til gengæld er det væsentligt, at organet er bundet af loven. Der er derfor intet i grl. § 3, der er til hinder for, at afgørelsen af privatretlige tvister henlægges til ikke-grundlovsmæssige domstole, - blot organerne er upartiske.

Dette er naturligvis ingen argumentation for, at man i større omfang flytter afgørelserne fra domstolene til andre organer. Det er udelukkende en benægtelse af, at det skulle være i strid med grundloven.

## Kapitel VIII

### DEN DØMMENDE MAGT. STRAFFERETSPLEJEN.

Det fremgår af den i forrige kapitel givne oversigt over udviklingen i teoriens fortolkning af udtrykket "den dømmende magt", at tendensen klart er gået i retning af at tillægge udtrykket en selvstændig betydning. "Den dømmende magt" opfattes nu altså ikke som en henvisning til de gældende love, men som en norm for, hvad der kan vedtages ved lov. Udviklingen er forløbet gradvis, og den foreløbige slutsten er Max Sørensen's forsøg på nærmere at opstille grænserne for lovgivers kompetence. Det er imidlertid ikke alene ved at foretage dette forsøg, at Max Sørensen's fremstilling adskiller sig fra de tidligere. Som det fremgår af oversigten, er der i teorien til og med Poul Andersen ingen forskelsbehandling på "den dømmende magt" i relation til henholdsvis den borgerlige retspleje og strafferetsplejen.<sup>1)</sup> Max Sørensen placerer imidlertid strafferetsplejen som særlig central. Det viser sig tydeligt i måden, hvorpå han afgrænser lovgivers mulighed for at flytte anliggender fra domstolene til administrationen. Medens han ved de privatretlige tvister opstiller meget vagt formulerede grænser for lovgiver<sup>2)</sup>, er, som det vil fremgå af det følgende, de tilsvarende grænser for strafferetsplejen skarpt formulerede - i hvert fald tilsyneladende.

Max Sørensen's argumentation er for så vidt angår de tilfælde, hvor der idømmes frihedsberøvelse, også knyttet til grl. § 71. Når det i denne bestemmelse er fastsat, at den foreløbige frihedsberøvelse i strafferetsplejen kun kan bestemmes af en dommer, og "når frihedsberøvelse uden for strafferetsplejen kan forlanges efterprøvet af domstolene, ville det være en uacceptabel inkonsekvens, om frihedsstraf skulle kunne pålægges administrativt."<sup>3)</sup> Max Sørensen hævder imidlertid også, at hans fortolkning af strafferetsplejen som særlig central for den dømmende magt har idehistorisk støtte, således fastslår han om denne magts nærmere indhold:<sup>3 a)</sup>

- 
- 1) At dette heller ikke er tilfældet hos Ross, se 1966 p. 531.
  - 2) "ikke udhules ved at kvantitativt eller kvalitativt vigtige grupper", Max Sørensen 1973 p. 289.
  - 3) 1973 p. 290. Max Sørensen hævder i denne forbindelse, at der ikke efter dansk ret kan blive tale om administrativt pålagt frihedsstraf, bortset fra visse disciplinærstraffe inden for den militære retspleje, jfr. grl. § 85. Se nu U 1973.824 II, hvor domstolene endog nægter at efterprøve en straffeafsoners disciplinære hensættelse i straffecelle. Der er altså således et hul i systemet.
- 3 a) Max Sørensen 1973, p. 150.

"..., at der historisk i første række er sigtet til ikendelse af straf for lovovertrædelser. At denne funktion blev henlagt til uafhængige og upartiske organer blev anset som en væsentlig garanti mod magtmisbrug. Denne forgrening af magtfordelingskæren har derfor en nær tilknytning til kravet om sikring af menneskerettighederne."

En række faktorer taler for Max Sørensens fortolkning på dette punkt. Således er der i flere strafferetlige og strafprocessuelle fremstillinger henvisninger til Montesquieus magtadskillelseskære.<sup>4)</sup> Ligeledes er det almindeligt kendt, at retssikkerhedskravet - som det er Montesquieus erklærede primære formål at sikre - rejses langt hyppigere i forbindelse med straffesager end i forbindelse med andre sager. Endelig er der en udbredt tendens til på det forfatningsretlige niveau at fastslå særlige regler for strafferetsplejen. Herhjemme fastslår grl. § 65, stk. 2, således, at lægmænd skal medvirke i strafferetsplejen.<sup>5)</sup> Ligeledes er der i flere tilfælde tendenser til at fortolke forskellige forfatningsbestemmelser således, at de enten kun anvendes i relation til strafferetsplejen, eller således at de hævdes med særlig styrke vedrørende strafferetsplejen.<sup>6)</sup>

- 
- 4) Jfr. således Goos: Den danske Strafferet, Første Del: Indledning til den danske Strafferet, Kbh. 1875 p. 179-188 og Krabbe: Borgerlig Straffelov udgivet med Kommentarer, Kbh. 1947 p. 102-105, Hother Hage: De faste Statsdommere og Edsvorneretten, Kbh. 1847 p. 1.
  - 5) Se iøvrigt den norske grundlov § 96: "Ingen kan dømmes uden efter Lov, eller straffes uden efter Dom. Pinligt Forhør maa ikke finde Sted." Den svenske Regeringsformen, kap. 11, § 3, stk. 2: "Innan myndighet an domstol berövat någon friheten med anledning av brott eller misstanke om brott, skall den beslutet rör kunna få saken prövad av domstol utan öskaligt drojsmal." Dog tilføjes: "Det samma gäller om svensk medborgere av annan anledning an nu sagts har blivit omhandlertagen tvangsvis." Den amerikanske forfatning indeholder en række bestemmelser af særlig strafferetlig og strafprocessuel betydning. Iøvrigt kan nævnes Den europæiske Menneskerettigheds-kommission, der i art. 6, stk. 1, indeholder fællesregler for civile sager og straffesager, men i stk. 2 og stk. 3 og art. 7 har særlige regler for den sidstnævnte kategori.  
Se W. R. Cornish: The Jury, Middlesex 1971, p. 10 om, hvorledes udviklingen i det engelske jury-system går mod at jurien kun bringes i anvendelse overfor "major criminal offences". Jfr. p. 139 om problemerne med regeringspres på domstolene.
  - 6) Det er i denne forbindelse nærliggende at pege på grl. § 61, 2. pkt. om forbud mod særdomstole med dømmende myndighed. Uanset denne bestemmelse gælder både civile sager og straffesager, er der ikke tvivl om, at dens primære sigte er straffesager. Jfr. således Ross 1966 p. 536, der sammenligner særdomstole og straffelove med tilbagevirkende kraft. Samme holdning har Poul Andersen: Rigsdagen og domstolene i Den danske Rigsdag 1849-1949, Bd. V, Kbh. 1953 p. 489-495. Også grl. § 62 om retsplejens adskillelse fra forvaltningen ses undertiden anført som særligt vendt imod inkvisitorisk strafproces og altså dermed som en særlig straffeprocessuel regel. Jfr. Max Sørensen 1973 p. 151. Iøvrigt kan nævnes, at U 1976.184 H synes at pege i retning af, at grl. § 72 om boligens ukrænkelighed alene vedrører strafferetsplejen. Se iøvrigt om fortolkningen af forbud mod love med tilbagevirkende kraft Frede Castberg: Norges Statsforfatning. II, Oslo 1964 p. 189-233 for norsk ret og American Bar Association. Committee to Co-operate with the International Commission of Justices: The Rule of Law in the United States: A Survey, Haag 1962 (?) p. 24 for amerikansk ret.

Der er, som Max Sørensen skriver, en nær sammenhæng mellem strafferetsplejen og magtadskillelærelære. Netop straffesystemet er kendt som et af de totalitære systemers mest anvendte undertrykkelsesmidler. <sup>7)</sup> Magthaverne kan, hvis de sidder på retsvæsenet, på en gang stemple uønskede individer som forbrydere og gennem indespærring uskadeliggøre dem. I mindre målestok kan straffesystemet bruges som afskrækkelsesmiddel over for oppositionelle kræfter, eventuelt alene gennem chikanerier.

Det vil i det følgende blive påvist, hvorledes magtadskillelærelære i sin opfattelse er en reaktion netop mod de anførte overgreb; det viste sig i form af det engelske parlaments straffedomme (bill of attainder). Dette medførte en ideologisk kamp dels mod disse konkrete love og dels mod upræcise straffebestemmelser. Først vil det imidlertid være rimeligt at se nærmere på, i hvilket omfang der i dansk ret er hjemmel til, at administrationen pålægger borgerne straf.

#### I. Administrativt pålagt straf. Bøder.

Som nævnt er der ikke i dansk ret - bortset fra særlige disciplinærsager - hjemmel for administrativt besluttet frihedsstraf. Der er derimod i forskellige lovbestemmelser hjemmel for, at administrationen kan idømme bøder. Max Sørensen nævner fire sådanne hjemler <sup>8)</sup> og fortsætter:

"I det ret snævre omfang, som angives af denne lovgivningspraksis, må det anses for sædvaneretligt hjemlet, at pålæggelse af straf kan holdes uden for begrebet dømmende myndighed. Hvis en lov i videre omfang gav en administrativ myndighed kompetence til at pålægge straf, ville den derimod komme i strid med det retssikkerhedshensyn, som må anses for tilgodeset ved grl. § 3".

Afgrænsningen af de tilfælde, hvor lovgiver kan overlade administrationen at pålægge straf, foretages på samme måde som den ovenfor refererede afgrænsning af lovgivers kompetence til at henlægge afgørelsen af privatretlige tvister til forvaltningsmyndigheder: Ethvert strafpålæg er omfattet af begrebet "den dømmende magt", men bestemmelsen er modificeret i den forfatningsretlige

- 
- 7) Jfr. Mao Tsetung: "statsapparatet, der omfatter hæren, politiet og retsvæsenet, er det instrument, som en klasse bruger til at undertrykke den anden med." ! Citeret efter Groissant, Groenewold, Schily, og Strobele: Politiske processer uden forsvar. Retssagen mod Baader-Mein Hof-gruppen (Røde Armé Fraktion) i Vesttyskland. Oversat og kommenteret af Finn Barlby, Kbh. 1975.
- 8) Max Sørensen 1973 p. 291. 1. Lovbek. nr. 37 af 9. februar 1972 (ændret ved lov nr. 177 af 21. marts 1973) om skattekontrol § 26, nu lovbek. nr. 496 af 19. september 1975 § 20. 2. Lovbek. nr. 241 af 7. maj 1973 om almindelig omsætningsafgift § 36, 3. Retsplejeloven § 931, beløbsgrænsen senest ændret ved lov nr. 285 af 14. juni 1975 § 1 til 2.000 kr. 4. Færdselsloven som ændret ved lov nr. 162 af 28. april 1971, § 69 b, nu lov nr. 287 af 10. juni 1976 § 121, jfr. bkg. nr. 68 af 20. februar 1976, - beløbsgrænse 110 kr.

virkelighed.<sup>9)</sup>

Bortset fra, at sædvanekonstruktionen også på dette punkt har den brist, at den er uhistorisk, er problemet, hvilken afgrænsning der ligger i den foreliggende lovgivningspraksis. Max Sørensens formulering er ikke præcis på dette punkt, da han kun nævner en del af den foreliggende lovgivningspraksis, som gør administrationen kompetent til at afgøre bødespørgsmål. Det fremgår af en afhandling af Mogens Moe om Administrative bøder (Roskilde 1973), at der i dansk ret er ca. 40 hjemler for administrative bøder.<sup>10)</sup> Der skal altså en betydelig fortolkning til for at bringe harmoni mellem Max Sørensens 4 fremhævede eksempler og den foreliggende lovgivningspraksis. Endnu engang viser det sig, hvor store vanskeligheder der er forbundet med at inkorporere den forfatningsretlige virkelighed i fortolkningen af grl. § 3, - og lige så klart fremtræder nødvendigheden af at forsøge.

Den snævrreste grænse for lovgivers frihed til at henlægge bødespørgsmål til administrationen opnås ved at hævde, at lovgiver kan fortsætte med at give administrationen kompetence på de områder, hvor den hidtil har haft det, men ikke på andre områder. En sådan fortolkning vil imidlertid virke vilkårlig, - man fastlåser pludselig uden særlig grund retstilstanden. I stedet må man søge en fællesnævner for den foreliggende praksis og lade dennes fælles karakteristika indgå i afgrænsningen. I to af de fire nævnte bestemmelser er der beløbsmaksimering, henholdsvis 2.000 kr. og 110 kr. Det kan imidlertid ikke fastholdes, at administrationen kun kan overlades at træffe afgørelse vedrørende mindre bøder. Fra praksis kendes bødeforlæg på godt en halv million kr.<sup>11)</sup>

Tre af de fire nævnte hjemler vedrører bødeforlæg, - altså tilfælde, hvor formen for administrationens afgørelse nærmest er et tilbud om, at sagen kan ordnes uformelt, såfremt borgeren erkender sin skyld og accepterer bøden. I det fjerde tilfælde, hvor der ikke er tale om bødeforlæg, er beløbet til gengæld ganske ubetydeligt, - 110 kr. Imidlertid er der i anden lovgivning - f.eks. lov nr. 109 af 10. april 1926 om Tillæg til Lov af 12. April 1911 om Handel

-----

9) Afgrænsningen har altså også her den uklarhed, at Max Sørensen synes at mene, at de nævnte tilfælde ikke er omfattet af begrebet "den dømmende magt", selv om de i relation til spørgsmålet om lovgivers ret til selv at afgøre tilfældene medregnes til begrebet. Det havde været mere præcist at hævde, at alle strafpålæg er omfattet af "den dømmende magt", men at der er sædvaneretlig hjemmel for at de i et vist omfang kan foretages af administrationen. Måske er dette problem søgt løst ved formuleringen "dømmende myndighed". Dette begreb har imidlertid ikke direkte forbindelse til grundlovens § 3, - til gengæld en klar tvetydighed da det både kan referere til organ og funktion. I den givne sammenhæng må der dog menes funktion, - og altså "dømmende magt".

10) p. 9, jfr. Mogens Moe: Administrative bøder, J 1975 p. 6-17.

11) Jfr. Moe 1973 p. 114.

med Smør og fremmede Landbrugsprodukter m.m. § 3 - hjemmel for bødepålæg, der er retskraftige, medmindre den skyldige reagerer inden en vis tid. Det er derfor ikke holdbart at hævde, at administrationen alene kan gives kompetence til at foretage bødeforlæg, omend der siden 1963 har været en klar og bevidst tendens i lovgivningen til at foretrække bødeforlæg frem for bødepålæg.<sup>12)</sup>

Det synes vanskeligt at påvise nogen begrænsning i lovgivers hidtidige praksis for og dermed ret til at flytte afgørelsen af bødespørgsmål fra domstolene til administrationen. Dog er det ikke foreneligt med grundloven, såfremt administrationens ikendelse af bøder gøres endelig, altså at borgeren afskæres fra at få bødens berettigelse prøvet ved domstolene. Imidlertid er det et spørgsmål, om dette resultat ikke mest hensigtsmæssigt rubriceres under grl. § 63 om domstolenes ret til at efterprøve øvrighedsmyndighedens grænser. Selvom man antager, at denne bestemmelse i et vist omfang kan fraviges ved lov, er der ingen grund til at hævde, at dette også er tilfældet, når det drejer sig om administrationens ret til at ikende bøder.

Bestemmelsen i grl. § 3 om, at "den dømmende magt" er hos domstolene, må under hensyn til den forfatningsretlige virkelighed fortolkes således, at frihedsberøvelse som straf kun kan beslattes af domstolene, medens bøder ved lov kan henlægges til administrativ afgørelse.<sup>13)</sup>

Om dette er en hensigtsmæssig afgrænsning er tvivlsomt. Ud fra almindelige retssikkerhedsbetragtninger, som § 3 normalt sættes i relation til, må det afgørende være, hvor indgribende straf, der er tale om. Som nævnt kan der blive tale om bøder på flere hundrede tusinde kroner. At skulle udrede sådanne beløb vil af langt de fleste blive opfattet som et betydeligt stærkere indgreb end f.eks. 14 dages hæfte. Der er dog næppe tvivl om, at fundamentale ideologiske forestillinger betinger, at folk generelt betragter bøder som betydeligt mindre alvorlige end frihedsstraf, uden at man finder det nødvendigt med nogen konkret afvejning.<sup>14)</sup> Dette hænger sammen med den defami, der knytter sig til friheds-

-----  
12) Jfr. Moe 1973 p. 76 og 191.

13) Dette svarer til den tolkning, Moe når frem til, jfr. 1973 p. 9. Tilsvarende Busk: Retssikkerhed og fængselsstraf, J 75 p. 109-110. I øvrigt synes tolkningen at harmonere med Max Sørensen 1959 p. 452.

14) Jfr. således Straffelovrådets udtalelse om økonomisk kriminalitet, Kbh. 1974, p. 31: "Det er givet, at de strafferetlige og politiske fordringer med hensyn til straffebestemmelseres klarhed historisk set er udviklet med henblik på at skabe et værn mod vilkårlig anvendelse af frihedsstraf. Det er på den anden side klart, at der her er tale om principper, der også har gyldighed i relation til bødedelikter." Tilsvarende opfattelse er udtrykt af Knud Waaben: Judiciel og administrativ kompetence i kriminalretten. Festskrift til Poul Andersen, Kbh. 1958, p. 433.

berøvelsen. Også den indespærredes hjælpeløshed har betydning i denne sammenhæng.

Det er i denne forbindelse interessant, at man ikke altid har opfattet det som en betryggelse af retssikkerheden, at strafspørgsmålene henlægges til domstolenes afgørelse. Ganske tankevækkende i denne henseende er folketingets behandling af et ændringsforslag, DKP stillede under behandlingen af Forslag til Lov om Selvangivelsen af Indkomst og Formue, om Foranstaltninger til Kontrol med Selvangivelsen og om Straffen for Skattesvig m.v. Ændringsforslaget gik ud på, at de i loven hjemlede straffe ikke som efter regeringsforslaget skulle kunne ikendes administrativt, men at afgørelsen heraf skulle henhøre under domstolene. Dette forslag mødte ikke megen velvilje i folketinget. Jfr. Rigsdagstidende 1945-46. Forhandlinger i Folketinget, 97. Samling, sp. 6635-6647. Mest kategorisk i sin afvisning er Victor Larsen, der om forslaget siger: det "er i hele sin Tendens Udtryk for en Brutalitet, som er mig ganske fremmed, og jeg synes heller ikke, at det sagligt i nogen som helst Henseende er forsvarligt." Denne udtalelse kan forekomme noget overraskende for den, der i den almindelige statsretlige teori har lært, at borgeren er bedst tjent med at få sin sag behandlet ved domstolene. Det er imidlertid værd kort at referere kommunisternes begrundelse, som primært er, at så længe skattesvigssagerne behandles administrativt, vil befolkningen bevare den holdning, at skattesvig er en mildere forbrydelse end almindelig svig efter straffeloven. Når man henlægger alvorlige sager til særligt betryggende behandling ved domstolene, vil det let få den følge, at netop det, at en sag afgøres af disse organer, medfører at den opfattes som alvorlig. Borgeren kan altså have interesse i alene af denne grund at undgå domstolsbehandling.

Som nævnt har Mogens Moe givet en indgående behandling af de administrative bøder. Det er derfor nærliggende kort at referere hans syn på valget mellem administrativ eller judiciel behandling af bødesager. Moe ser ikke så meget betænkelighederne ved administrative bøder deri, at forvaltningens personel ikke nyder samme beskyttelse og har samme uafhængighed som dommerne. Han mener, at betænkelighederne først og fremmest skal søges i, at den administrative afgørelsesform giver en tendens til skabelonprægede afgørelser, hvilket dog også kendes inden for strafferetsplejen, f.eks. vedrørende særdselssager. Videre medfører den administrative afgørelsesform typisk, at afgørelserne ikke offentliggøres. Det kan medføre en vis risiko for magtovergreb, men han anser det for langt væsentligere, at almenpræventionen forringes. Den mulighed, den offentlige opinion har for at influere på reglerne, mindskes også betydeligt i det omfang, offentligheden ikke får oplysning om de enkelte sager. Det er typisk ad denne kanal, at offentligheden bliver opmærksom på og kritisk over for de gældende regler. <sup>15)</sup>

Det er karakteristisk for Moes betænkeligheder, at de ikke bevæger sig på et forfatningsretligt plan. Det er i det hele taget et spørgsmål, om den i forfatningsteorien almindelige betænkelighed over for de administrative bøder og sy-

-----  
15) Moe 1973 p. 220-229.

net på domstolsbehandlingen som den for borgeren eneste betryggende afgørelsesmåde kan og bør opretholdes. Frygten for, at de administrative bødepålæg skal medføre tilsidesættelse af retssikkerheden i form af forvaltningens overgreb over for den enkelte borger, er nok af mere teoretisk end reel interesse.<sup>16)</sup> Til gengæld er der nok en vis risiko for, at de enkelte grene af administrationen har en tendens til at overvurdere betydningen af reglerne på deres eget sagsområde og derfor muligvis vil være tilbøjelige til generelt at følge en hårdere kurs ved pålæggelse af bøder, end den kurs domstolene ville slå ind på.<sup>17)</sup> Dette er imidlertid, så vidt jeg kan se, ikke direkte udtryk for nogen tilsidesættelse af retssikkerheden, men snarere et spørgsmål om den generelle normdannelse i samfundet. Altså i forfatningsretlig forstand egentlig en opgave for lovgivningen snarere end for forvaltning eller domstole.<sup>18)</sup> Imidlertid er det nærmest blevet et dogme herhjemme, at det er domstolenes opgave at bedømme, hvilken straf der skal følge af de forskellige arter af lovovertrædelser. Spørgsmålet behandles imidlertid mest naturligt i forbindelse med problemerne om domstolenes normskabende virksomhed, der bliver taget op i et senere afsnit.

-----

- 16) Jfr. Jørgen Smith: Skatteunddragelser, efterbetaling og straf, Kbh. 1961, p. 151: "Deres [forvaltningstjenestemændenes] afsættelighed kan i virkeligheden være en lige så stærk ansporing til en uangribelig behandling af det, de har med at gøre, som domernes uafsættelighed." Smith fortsætter imidlertid med at fastslå om befolkningens holdning til de administrative bøder, at man ikke kan "gøre regning på synderlig tillid til en retshåndhævelse, der bygger på forhandlinger mellem forvaltningsmyndigheder og interesserede parter, hvis indhold og resultat holdes fuldstændigt hemmelige".
- 17) Jfr. Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning, 1. Bind, Kbh. 1965, p. 115-116 og Jørgen Smith 1961 p. 151-155.
- 18) Man møder undertiden den opfattelse, at det ud fra en statsretlig synsvinkel er særdeles betænkeligt, at der i et vist omfang gives forvaltningen adgang til at udstede de nærmere regler med hensyn til særlovgivningens straffebestemmelser. Jfr. Ø. Ahnfelt-Rønnes indlæg i diskussionen om nulla poena sine lege på 17. nordisk juristmøde p. 73. Dette problem behandles traditionelt som en del af spørgsmålet om lovgivers adgang til delegation af sin lovgivende kompetence. Dette problem er ikke forsøgt medtaget i denne afhandling, da det falder uden for afhandlingens emne. Dog kan så meget siges, at det ud fra denne afhandlings opfattelse af grl. § 3 ikke er et centralt problem, hvem der fastlægger de generelle regler, der binder retsansværelsen. Det centrale er, at de fastlægges.

## II. Lovgivers egen afgørelse af straffesager.

Det er i forrige kapitel hævdet, at lovgiver er afskåret fra selv af afgøre en privatretlig tvist - eller rettere overhovedet uden særlig hjemmel at lovgive om enkeltpersoners forhold. Samtidig er det påpeget, at kravet om domstolenes uafhængighed ligesom retssikkerhedskrav i almindelighed gør sig særligt gældende inden for strafferetsplejen. Heraf følger, at lovgiver givetvis er afskåret fra selv af idømme en bestemt borger - eller flere individuelt bestemte borgere - en straf. Når spørgsmålet til trods herfor i det følgende behandles selvstændigt, er det dels for at dokumentere den særlige forbindelse mellem magtadskillelæren og strafferetsplejen, og dels for nærmere at analysere magtadskillelærens implikationer for strafferetsplejen. Der gives først en kort oversigt over teoriens stilling til problemet om lovgivers kompetence til at afsige straffedomme og på denne baggrund analyseres et tilfælde fra praksis, hvor man behandlede et lovforslag rettet mod en bestemt borger på grund af hans strafværdige optræden. Dernæst vil det blive dokumenteret, at magtadskillelæren i sin oprindelse er en strafferetlig eller strafprocessuel ideologi, og at denne del af læren er en forudsætning for Montesquieus magtadskillelærelære. Endelig vil det blive påvist, hvorledes denne forståelse af Montesquieus tekst - i harmoni med praksis - fører til en i forhold til hidtidig teori udvidet fortolkning af grl. § 3. Udvidelsen ligger især i det velkendte problemkompleks omkring straffelove med tilbagevirkende kraft, og dels i det i den forfatningsretlige teori nærmest negligerede problem om domstolenes normskabende funktion eller lovgivende magt.

### A. Teori og praksis.

Den statsretlige litteratur er ikke overfyldt med analyser af det måske noget teoretiske problem om lovgivers kompetence til selv at afsige straffedomme. De ovenfor under gennemgangen af den borgerlige retspleje nævnte steder hos C. V. Ussing og Matzen berører ikke specielt strafpålæg ved konkret lov, men henholder sig til problemet omkring konkrete love uden videre specification. Ussing skal antagelig forstås således, at loven alene er grundlovsstridig, såfremt man ikke afventer domstolenes afgørelse af sagen. Derimod kan det ikke efter Ussing være i strid med grl. § 3, såfremt lovgiver beslutter, at en af domstolene frifundne person skal "indtænke" nogle år. Matzens opfattelse er som nævnt den modsatte: Loven skal udstedes, før domstolene har talt, ellers er den i strid med grl. § 3, da lovgiver ikke kan tilsidesætte domstolenes afgørelse. Den mest radikale støtte for lovgivers kompetence findes hos Friis,<sup>19)</sup> som hævder, at det føl-

-----  
19) Friis 1866 p. 47-50.

ger af lovgivers statsretlige almagt, at lovgiver selv kan tiltage sig afgørelsen af en forbryders skæbne, omend det nutildags vil forekomme påfaldende. <sup>20)</sup> Den "legislative Terrorisme", som dette kan medføre, modvirkes i den konstitutionelle stat ved "den konstitutionelle Lovgivers høiere Form, mere adækvate og mere til Tid svarende Indretning." <sup>21)</sup>

Hos Berlin fremhæves derimod i en note, at parlamentet i England oprindeligt var øverste domstol, og at "Lov og Dom derfor fra først af flød i ét", og parlamentet kan "endnu ved Act of Attainder fastsætte Straffelov og Dom i en og samme Akt". Berlin er af den opfattelse, at en sådan fremgangsmåde herhjemme ville være i strid med grl. § 3. <sup>22)</sup>

På dansk findes i Poul Svejstrup (udgiver): Bestående Forfatningslove, Valglove og Forretningsordener i forskellige Lande, Tredje Del, Kbh. 1885, en udmærket illustration af det engelske parlaments brug af dette institut. Det fremgår heraf med al ønskelig tydelighed, at parlamentet i tiden fra 1460 og fremefter hyppigt udstedte Bills of Attainder for at uskadeliggøre politiske modstandere, jfr. sp. 827-842 og 845-846. Den sidste dødsstraf, det engelske parlament afsagde i denne form, rettede sig mod en deltager i et mordkomplot mod William III, 1696. Endnu i 1723 anvender Walpole-ministeriet Bill of Attainder over for politiske modstandere, jfr. Gwyn, 1965 p. 106. I engelsk forfatningsret omtales instituttet meget kortfattet. Selvom det ikke er afskaffet, betragtes det som forældet; jfr. E. C. S. Wade and A. W. Bradley, Thetford 1973, p. 47 og O. Hood Phillips Constitutional and Administrative Law, London 1967, p. 98. I Holberg: Engelsk Parlamentarisme, Kbh. 1884 nævnes Bill of Attainder p. 289. Videre Ernst Andersen: Fra juraens overdrev, Kbh. 1953, p. 95-108 om amerikansk ret på dette punkt.

Poul Andersen tilslutter sig fuldt ud Berlins synspunkt, endog med en begrundelse, der ligger så tæt op ad den ovenfor givne gennemgang af magtadskillelæren hos Locke, Montesquieu og Rousseau som overhovedet tænkeligt:

"I en Retsstat med Magtadskillelse er Forskellen mellem Fastsættelse af Retsregler og Retsanvendelse af afgørende Betydning. Den bærende Idé i et saadant Statsstyre er, at Retsudøvelsen sker på Grundlag af forud givne og bekendtgjorte Love. Disse er generelt bindende for Domstolene, men det er disse, som bringer Loven til Anvendelse under de særlige for deres Virksomhed, delvis i selve Grundloven opstillede Garantier. Formaålet med en saadan Ordning er fra Frihedens Synspunkt, at Magten ikke skal falde med Døren ind i Huset. Borgerne skal vide, hvad de under de og de Forudsætninger, navnlig deres egne Handlinger og Undladelser, kan vente sig fra Domstolenes Side, og kunne indrette sig derefter. Naar det er blevet anset

----- .  
20) Formuleringen belyser udmærket, hvorledes hele problemet kan sløres. Spørgsmalet er jo netop primært, om der er tale om en forbryder eller en skyldig.

21) Om denne demokratiske optimisme se ovenfor om demokratibegrebet som begrundelse for lovgivers omnipotens p. 45-53.

22) Berlin II, 1939 p. 9 note 7.

for stemmende med Grundloven, at en Person, som af Højesteret er blevet dømt til Fængsel, ved Lov fritages for Straffen <sup>2)</sup>, lyder det taaleligt, fordi det er en slags Benaadning <sup>3)</sup>. Men lad os sætte, at en Lov idømmer en frifunden Straf eller (herunder nævner Poul Andersen en række civilretlige eksempler). Det forekommer klart, at noget saadan vilde være i Strid med Grundlovens § 3 <sup>4)</sup>, der maa forstaas under Hensyntagen til den forfatningshistoriske Tradition, hvoraf den er fremgaaet." <sup>23)</sup>

Poul Andersen anfører yderligere en udtalelse af justitsministeren i et tilfælde, hvor rigsdagen tog afstand fra et lovforslag om at skærpe en given straffedom og at en accept af de omdiskuterede loves grundlovsforenelighed ville medføre, at man også ville kunne ændre en straffedom ved foreløbig lov, "hvilket dog vel alle vilde tage Afstand fra". Det sidste argument viser måske netop, hvilken tendens der visse steder i teorien er til at lade det formelle demokrati legitimere den rene terrorisme. Hos Max Sørensen siges ligeledes, at det ville være i strid "med det retssikkerhedshensyn, som må anses for tilgodeset ved grl. § 3", "hvis lovgivningsmagten i et konkret tilfælde selv ville tage stilling til skyldspørgsmålet og fastsætte straffen". Også han henviser til den nævnte udtalelse i rigsdagen. <sup>24)</sup>

En fortolkning, som er væsensforskellig fra Berlin, Poul Andersen og Max Sørensens opfattelse, hævdes af Ross. Som ovenfor nævnt under gennemgangen af det tilsvarende problem vedrørende privatretlige tvister bestemmer Ross den dømmende magt, som "magten til definitivt at normere retten i en konkret situation ved at bedømme kendsgerninger i henhold til retsregler." Om det her behandlede problem kan Ross derfor fastslå:

"Det afgørende kendetegn for de fuldbyrdende retsakter er at de sker i henhold til lov, bundet af loven og til fyldbyrdelse 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 sker jo ikke i henhold til lov og bundet af lov, men som en grundlovsumiddelbar initialbeslutning." <sup>25)</sup>

Således har logikken endnu engang løst et retligt problem ved ganske enkelt at påvise, at det ikke eksisterer. At kræve, at lovgiver ikke må dømme borgerne, er meningsløst, da det er logisk umuligt for lovgiver overhovedet at afsige dom. Hvis en person ved domstolene er blevet frifundet, kan det derfor ikke hævdes at være i strid med grundlovens § 3, om lovgiver beslutter, at han alligevel skal have et par år i fred for sine omgivel-

-----  
23) Poul Andersen 1954 p. 565.

24) Max Sørensen 1973 p. 291.

25) Ross 1959 p. 68.

ser. Ross når imidlertid til, at den anførte lov vil være grundlovsstridig, idet den personlige frihed er ukrænkelig efter grl. § 71.<sup>26)</sup>

Forskellen mellem den traditionelle teorier - Berlin, Poul Andersen og Max Sørensens - opfattelse og Ross' opfattelse kommer tydeligt frem i rigsdagens behandling af det nævnte lovforslag. Således afviser Ross at tage hensyn til justitsministerens udtalelse om dette forslag, fordi han har begået den fejl, der uden metodisk gennemført analyse og argumentation er nærliggende; nemlig at anse en lov rettet mod en bestemt person som udslag af dømmende myndighed.<sup>27)</sup> Den nævnte udtalelse faldt under behandlingen af et lovforslag, som kommunisterne i 1948 havde forelagt folketinget. Forslaget lød:

"Lensgreve Heinrich Carl Schimmelmänn, født den 13. Juni 1890 i Ahrensburg, Holsten, fratages den ham ved Lov meddelte danske Statsborgerret. Hans Ejendom konfiskeres til Fordel for den danske Stat efter Reglerne i Lov Nr. 132 af 30. Marts 1946 om Konfiskation af tysk og japansk Ejendom." 28)

Forhistorien er den, at Schimmelmännns forhold til besættelsesmagten blev undergivet forundersøgelse i 1945. Denne forundersøgelse resulterede i tiltale for ialt 6 punkter af overtrædelse i forhold til straffelovstillægget. Ved byrettens dom af 19. november 1946 idømtes han 2 års fængsel og fortabelse af almen tillid i 5 år. Anklagemyndigheden fik ikke medhold i sin påstand om konfiskation af Schimmelmännns ejendom. Denne afgørelse appelleredes til landsretten, der forlængede fængselsstraffen til 3 år, men ellers lod straffen være uændret. Schimmelmännns adfærd både før og under besættelsen havde givet anledning til megen uvilje. Bl. a. havde han haft åben omgang med de tyske nazistiske ledere og utvivlsomt ydet disse væsentlig hjælp og støtte. Landsrettens dom blev derfor i vide kredse betragtet som latterlig mild - ikke mindst fordi man betragtede Schimmelmänn som en af de store fisk blandt landsforræderne. Kommunisterne fandt dommen direkte forkastelig og så den som udslag af en "stigende Tendens hos Domstolene til at praktisere den [straffelovstillægget] mod dens Hensigt". Man mente især, at domstolene viste en tendens til at lade de store landssviger slippe for billigt i forhold til de små. Især hæftede man sig ved, "at da Straffelovstillægget blev udformet af Samlingsregeringen, var der Enighed om, at Hensigten med dets Formulering var, at navnlig de ledende Lands-

-----  
26) At bestemmelsen, der først blev optaget i grundloven i 1953, ikke er tillagt et sådant indhold af forfatningskommissionen, se Betænkning afgivet af Forfatningskommissionen af 1946, Kbh. 1953.

27) Ross 1966 p. 245.

28) Fremsættelsen findes i Rigsdagstidende, Folketingets Forhandlinger 1947/48, sp. 1270-1276.

fornædere skulle straffes meget strengt, og at Folk som Schimmelmänn absolut skulde have deres Gods og øvrige Formue konfiskeret til Fordel for Statskassen."

Kommunisternes begrundelse for at fremsætte forslaget er for så vidt, at domstolene klart har tilsidesat straffelovstillægget af 1945. Det bør imidlertid pointeres, at lovforslaget ikke er udformet som en skærpelse af den afsagte dom. Ja, det er endog ikke engang udformet som en straf ifølge straffelovstillægget.

Inden forslaget kommer til forhandling i folketinget, foreligger højesterets dom i sagen. Denne er en væsentlig skærpelse. Fængselsstraffen fastsættes til 4 år, fortabelsen af almen tillid til 10 år, og endelig bestemmes det, at halvdelen af Schimmelmänn's gods skal konfiskeres til fordel for statskassen. <sup>29)</sup>

Under forslagens behandling i folketinget, <sup>30)</sup> tager justitsministeren først ordet. Han behandler først spørgsmålet om, hvilke muligheder man ved udarbejdelsen af straffelovstillægget havde for at ramme Schimmelmänn. Ministeren fastslår, at der, da man udformede straffelovstillægget, var "3-4 Medborgere, som Konfiskationsbestemmelsen særlig var møntet paa, og af dem var Schimmelmänn den ene". Han fastslår imidlertid, at det ikke er nogen tilfældighed, "at Lovbudet om Konfiskation blev formet saadan, at det blev lagt i Domstolenes Haand, om Konfiskationsbestemmelsen skulde anvendes i den enkelte Sag og i bekræftende Fald, hvor stor en Del af Formuen der skulde konfiskeres." I sit andet indlæg uddyber justitsministeren dette med, at man nok kunne have tvunget domstolene til fuldstændig konfiskation ved at fastslå dette som obligatorisk for visse af forbrydelserne. Han mener imidlertid ikke, man uden at komme i strid med grundloven kunne have sikret sig, at en eller flere bestemte personer havde fået deres gods konfiskeret. Dette må antagelig forstås som en henvisning til, at det er domstolenes sag at afgøre, om en given person har handlet på den beskrevne måde, <sup>31)</sup> at lovgiver ikke uden at komme i strid med grundloven selv kan afgøre bevisspørgsmålene. <sup>32)</sup> Man kan efter justitsministerens opfattelse øjensynligt nå et stykke ad vejen, da grundloven ikke er til hinder for en generalbestemmelse om, at de, der er dømt for en bestemt overtrædelse af straffelovstillægget, skal have konfiskeret deres ejendom, man kan blot

-----  
29) U 1948.406 H.

30) Sp. 3616-3643.

31) Det er imidlertid tydeligt, at ministeren også anvendte den ovenfor nævnte betragtning, at domstolene skal (eller bør) have et væsentligt spillerum for udmålingen af de konkrete sanktion.

32) Sp. 3632.

ikke vedtage en sådan lov for Schimmelmänn alene. Teknikken i denne måde at få ram på Schimmelmänn er altså, at man vedtager en generel regel med en tilbagevirkende skærpelse, som man kan se, hvem der vil blive ramt af.

Derefter behandler justitsministeren det stillede forslags forhold til grundloven. Hans udførlige behandling falder i to dele. Først spørgsmålet om at fratage Schimmelmänn hans danske indfødsret og dernæst spørgsmålet om at konfiskere hans gods.

Justitsministeren nævner, at der så vidt ham bekendt ikke tidligere har været tale om at "fradømme eller på anden Maade fratage en dansk Statsborger hans Indfødsret som Led i en strafferetlig Forfølgning", men i en række demokratiske stater kendes dette institut. Man kunne efter ministerens opfattelse overveje at indføre generelle regler herom også i Danmark. Dernæst udtales uden nogen særlig behandling af det konkrete indgreb, at han vil nære afgørende betænkelighed ved at fratage en enkelt mand hans indfødsret. Bemærkningen må opfattes og ses da også af de øvrige ordførere at være blevet opfattet således, at det ikke er i strid med grundloven, om man vedtager denne del af kommunisternes forslag.

Udtalelsen synes at have fået generel tilslutning i folketinget, måske bortset fra Thisted Knudsen, der generelt fastslår, at det ikke er folketingets opgave hverken at revidere afsagte domme eller at lovgive specielt for en enkelt person.<sup>33)</sup> Han mener, at det er det, der er realiteten i det forelagte lovforslag og slutter med at "Det er Rigsdagens Opgave at lovgive og aldrig at dømme".

Behandlingen af den sidste del af forslaget indleder justitsministeren med den af Max Sørensen og Poul Andersen påberåbte passus:

"Saadan som Statsmagtens Funktioner er fordelt ved Grundloven, er den dømmende Magt hos Domstolene, altsaa hverken hos Administrationen eller hos de lovgivende Myndigheder. Der er i vor Retspraksis ingen Tvivl om, at ligesom Loven giver de almindelige Regler, er det Domstolenes Sag at anvende dem paa det enkelte Tilfælde. Det er et af vor demokratiske Retsordens fundamentale Retsgoder, at Domstolene er den enkeltes - ogsaa Lovovertræderens - Værn mod andre Statsmyndigheders Vilkaarlighed, og der er ingen Tvivl om, at vi staar os ved at bøje os for en endelig Dom, ogsaa naar vi maa-  
ske kunde have ønsket os den strengere. Det staar for mig som utvivlsomt, at det vilde være stridende mod Bestemmelsen i Grundlovens § 2, hvis vi vilde give os til ved Lov at ændre en Straffedom, som ellers efter de gældende Regler er endelig." 34)

-----  
33) Sp. 3627.

34) Sp. 3620.

Også denne del af justitsministerens redegørelse synes at have fundet tilslutning fra samtlige andre ordførere end kommunisternes. Dog med det ovenfor givne forbehold for så vidt angår Thisted Knudsens bemærkninger, der er mere generelt formulerede end justitsministerens.

Over for disse synspunkter står forslagsstillernes opfattelse. Den fremføres af Aksel Larsen. Han fremhæver dels, at højesterets afgørelse er forkert, og at det derfor må være folketingets eller lovgivningsmagts opgave at revidere den. Dette er den eneste måde at sikre sig mod, at domstolene tilsidesætter lovene. Imidlertid er det værd at bemærke, at Aksel Larsen også gør en anden opfattelse gældende. At man vil fratage Schimmelmans hans danske indfødsret skyldes ikke, at man ønsker hævn, men simpelthen blot, at det var en fejltagelse, at han i sin tid blev naturaliseret. Dette har dels eftertiden vist, og i øvrigt var det i strid med datidig praksis, at man naturaliserede en person ved lov, der ikke havde opholdt sig længere tid i landet. Den anden del af forslaget, konfiskationen, er blot en følge af fratagelsen af indfødsretten, idet Schimmelman herved bringes ind under den i forslaget nævnte lov om Konfiskation af tysk og japansk Ejendom. <sup>35)</sup>

Når denne debat er refereret så forholdsvis udførligt, som det er tilfældet, er det, fordi den dels viser noget om, hvilke midler man kan tænkes at ville bringe i anvendelse i ekstraordinære situationer, og dels viser hvilken forvirring der præger ministerens - og dermed antageligvis også en stor del af teoriens - fremstilling af, hvilke midler der er grundlovsforenelige, og hvilke der er grundlovsstridige.

Den citerede del af ministerens udtalelse slutter med at fremhæve det grundlovsstridige i at ændre en endelig straffedom ved lov. Man kunne heraf foranlediges til at tro, at blot forslaget var kommet til behandling, før højesterets afgørelse forelå, havde det kunnet vedtages. Også andre dele af ministerens redegørelse kan tydes i denne retning. Ved velvillig læsning af den nævnte passus kommer man derimod nok til, at blot domstolene har afsagt en straffedom, vil det være i strid med grundloven, om lovgiver gav sig til at ændre denne. Forslaget skulle altså i så fald blot have været fremsat, før underrettens afgørelse forelå. Det svage punkt i denne del af ministerens redegørelse er her begrundelsen for, at der overhovedet er tale om at ændre den afsagte dom. Som nævnt er forslaget ikke formelt et

-----

35) Sp. 3621-3626.

forslag til straf efter straffelovstillægget. Og dommen afgjorde ifølge anklageskriftet kun Schimmelmans overtrædelser af denne lov. Det synes som om ministeren og flere andre ordførere har den opfattelse, at når forslaget går ud på konfiskation, og når højesteret har taget stilling til konfiskationsspørgsmålet, da vil en vedtagelse af forslaget være udtryk for en ændring af dommen. Dommen har imidlertid ikke taget stilling til spørgsmålet om anvendelse af den i forslaget nævnte lov. Den har ikke haft mulighed herfor, da Schimmelman jo på domstidspunktet havde dansk indfødsret. Formelt set er der altså ikke tale om en ændring af dommen. Der kan højst være tale om tilsidesættelse af visse strafprocessuelle krav til en tiltales omfang og virkninger af, at tiltalen ikke er fuldt ud dækkende.

Også på andre punkter er ministerens redegørelse for de forfatningsretlige problemer uklar. Hvorfor nævner han overhovedet spørgsmålet, om der er faldet dom som noget afgørende for forholdet mellem kommunisternes forslag og grundloven? Han har tidligere i sin redegørelse sagt, at lovgiver ikke ved lov kan sikre sig, at bestemte personer dømmes. Hvis lovgiver gjorde dette, ville man have taget stilling til bevisspørgsmål, og disse spørgsmål henhører under domstolene. Det fremgår heraf, at det er ministerens opfattelse, at det stillede lovforslag heller ikke kunne vedtages, selv om det var sket, før domstolene havde truffet deres afgørelse.

Det næste spørgsmål, der naturligt vil melde sig, er: kan lovgiver, hvis der ikke tages stilling til bevisspørgsmål, gribe ind over for den enkelte. Ministerens udtalelser er på dette punkt uklare. Og med rette. Den teori, han kan støtte sig til, kan nok tages til indtægt for, at det vil være grundlovsstridigt, om lovgiver gav sig til at afsige straffedomme. Den giver derfor intet holdepunkt for at antage, at lovgiver er afskåret fra at vedtage love om enkelte personer ej heller love, der gør indgreb i den enkeltes frihed eller ejendom. Det bliver altså afgørende for ministerens stillingtagen til forslaget, om der er tale om at straffe Schimmelman eller ikke. Imidlertid er selve strafbegrebet ikke noget klart afgrænset begreb. Hvis man søger dets bestemmelse i den strafferetlige teori, vil man se, at dets afgrænsning sker ud fra den gældende lovgivning. Ligeså uanvendelig er den, når det drejer sig om at fastlægge et strafbegreb til afgrænsning af lovgivers kompetence. Det kan derfor være rimeligt at søge en bestemmelse i den almindelige retsteori. Således siger Holberg, at "Straf beskrives af Grotio og Pufendorff, at være en Lidelse, som bliver paaførdt formedelst sin onde Gierning, ..." <sup>36)</sup> Det afgørende er altså, hvorfor man griber ind.

-----  
36) Ludvig Holberg: Naturens og Folke-Rettens Kundskab (1. udg. 1716), Værker i tolv Bind, I, Kbh. 1969 p. 301.

Er det på grund af en handling, foretaget af den man griber ind over for, er der tale om straf, men er det ikke på grund af en sådan handling, er der ikke tale om straf. Netop dette "hvorfor" gør afgrænsningen problematisk. Som analog eksempel kan nævnes den franske nationalforsamlings proces mod Ludvig XVI (januar 1793). Der bliver her rejst det spørgsmål, om man overhovedet kan dømme (eller straffe) Ludvig XVI. På den ene side hævder en af de deputerede - Morrison - at man ikke kan dømme kongen, da han ikke har overtrådt nogen lov. Heroverfor indvender Saint-Just, at dette er udtryk for en liggen under for juridisk subtilitet, for vel kan man ikke dømme kongen. Dette ville indebære, at man brugte loven. Men det er efter Saint-Just heller ikke formålet. Man vil alene bekæmpe kongen eller, som Robespierre udtrykker det, gennemføre en forholdsregel til almenvellets vel.<sup>37)</sup> Klarere kan problemet næppe trækkes op.

Når man ser nærmere på debatten om kommunisternes lovforslag, kan man se, hvorledes denne problemstilling - der tydelig har berøring med forskellen mellem den traditionelle teoris synspunkter og Ross' specielle fortolkning - træder frem. Som nævnt er justitsministerens væsentligste argument mod lovforslaget, at dets vedtagelse vil være vedtagelsen af en straffedom. Som ovenfor anført argumenterer Aksel Larsen imidlertid bl.a. ud fra det synspunkt, at der ikke er tale om at straffe Schimmelmann - man vil ikke opnå hævn. Man må blot konstatere, at Schimmelmann har fået indfødsret ved en fejltagelse og så rette denne fejltagelse ved at fratage ham indfødsretten igen. Derefter kan man konfiskere hans gods efter den nævnte lov, der ikke fremtræder som nogen straffelov. Der bliver altså overhovedet ikke tale om nogen skyldbedømmelse.<sup>38)</sup>

Tilsyneladende volder det ministeren betydelige vanskeligheder at gå imod denne del af Aksel Larsens argumentation. Ministeren finder det ikke grundlovsstridigt at fratage Schimmelmann hans indfødsret ved lov. Som argument herfor angiver han, at der i flere andre lande - som vi regner for demokratiske - er lovhjæmmel for administrativ fratagelse af indfødsretten. Tankegangen må her være, at da administrativ fratagelse kendes i flere demokratiske lande, kan der heller ikke i Danmark være nogen grundlovshindring for et sådant forslag. Man har så den traditionelle teoris opfattelse af forholdet mellem lovgiver og den udøvende magt. Som flere gange nævnt bestemmes den udøvende magt som de anliggender, loven henlægger til kongen, og det hævdes, at den udøvende magt ikke på nogen måde - bortset fra prærogativerne - begrænser lovgivers kompetence. Når man kan vedtage

-----  
37) Jfr. Vergés Jacques M: Den politiske retssagens politik, Kbh. 1971 p. 58-59.

38) Selv om Schimmelmann ikke opnår tysk indfødsret ved fratagelse, kan man antagelig anvende loven mod ham, jfr. § 2, stk. 1, litra 3 og 6.

en lov om indfødsretsfratagelse ved forvaltningsakt, kan man også fratage indfødsretten ved lov direkte. Dette gælder tilsyneladende uanset ministeren selv omtaler tilfældet som en fratagelse som led i en strafferetlig forfølgelse. Der er altså på dette punkt efter ministerens opfattelse ikke nogen grundlovmæssig hindring for en straf direkte ved lov, uden at han på nogen måde omtaler bevisspørgsmål i denne forbindelse. Ministerens udtalelser om dette spørgsmål har muligvis sammenhæng med en anden forestilling. Aksel Larsen har også hævdet, at når det følger af grundloven, at man kan give en enkeltperson indfødsret direkte ved lov, kan man også ved konkret lov fratage ham indfødsretten. Der er næppe grund til nærmere at dokumentere, at hvis man godtager dette ræsonnement, har man ophævet så godt som enhver retssikkerhedsgaranti. 39)

Den eneste i debatten som klart og konsekvent hævder, at forslaget er grundlovsstridigt er Thisted Knudsen, der holder sig fri af alle konstruktioner. Han hævder ganske enkelt, at realiteten er, at man vil dømme Schimmelmänn, og det kan man ikke. Justitsministeren er derimod tydeligt havnet i en række konstruktioner, som vanskeligt kan føre til en acceptabel begrundelse for, at forslaget er i strid med grundloven, men til gengæld kan give hans argumentation den kompleksitet, der giver den et tilstrækkeligt slør til, at den kan virke overbevisende - måske endda for nogen som særlig juridisk. Når ministeren ikke kan komme med et afgørende argument for, at lovforslaget er grundlovsstridigt, hænger det antagelig sammen med, at han er bundet af og derfor tvunget til at argumentere uden om tre sætninger fra den retlige litteratur:

1. der er intet i grundloven til hinder for anden konkret lovgivning - end ikke konkrete indgreb ved lov - end den, der er udtryk for udøvelse af dømmende magt,
2. der er ingen hindring for tilbagevirkende love, end ikke straffelove.
3. hvad der kan fastsættes ved forvaltningsakt (indfødsretfortabelse i visse demokratiske lande) kan også fastsættes direkte ved lov, da lov-

-----  
39) At der skulle være særlige regler for netop indfødsretsfratagelse ved konkret lov, ses ikke berørt i dansk teori, jfr. K. Larsens hovedværk om reglerne omkring dansk indfødsret (Indfødsretslovene I-II, Kbh. 1948). Rent bortset fra, at der ifølge ministerens egen redegørelse er tale om en strafferetlig fratagelse og argumentet derfor uholdbart, synes holdningen at være den gængse; hvad der ikke er forbudt lovgiver er tilladt. Derimod bør citeres fra Deuntzer: Om Statsborger- og Undersaatsforholdet, især dets Stiftelse og Ophør, p. 39: "Endelig medfører det ovenfor fremsatte, at det ikke kan erkjendes for rigtigt, at Staten ensidigt frakjender Individet hans Statsborgerret, være sig om Straf eller af andre Grunde, uden Hensyn til, om han har erhvervet en ny, hvorimod vel enkelte af de Rettigheder, der flyde af Statsborgerforholdet, maa kunne forbydes, f.eks. Valgret."

givers kompetence ikke på nogen måde er begrænset af bestemmelsen om, at kongen har den udøvende magt, eventuelt bortset fra visse i forfatningen til kongen særligt henlagte beføjelser.

Forudsætningen for alle disse tre sætningers afgørende betydning for ministerens besvarelse er naturligvis teorien om lovgivers almindelige omnipotens.

Man kan måske undre sig over, at ministeren ikke anvender grl. § 80 (nu § 73) om ejendomsrettens beskyttelse. Det ville være forholdsvis enkelt at henvise til, at hvis der ikke er tale om at ændre straffedommen, er indgrebet i Schimmelmans ejendom af ekspropriativ karakter. Når dette argument ikke nævnes, er det måske fordi det netop på grund af sin enkelthed er forholdsvis let at gennemskue. Det er ikke sandsynligt, at ministeren i rigsdagen kunne finde støtte for, at der er tale om ekspropriation. Det vil de fleste af medlemmerne antagelig opfatte som konstruktions-juristeri. Der kan imidlertid være andre grunde til, at han ikke anfører grl. § 80. Da man behandlede lovforslaget om konfiskation af tysk og japansk ejendom, blev der i folketinget rejst tvivl om forslaget forenelighed med grundloven, Rigsdagstidende, 97. Samling 1945-46, Folketinget sp. 2269-2271. Dette bevirkede, at der gennem ministeren for handel, industri og søfart blev indhentet et responsum om bl.a. dette spørgsmål. Responsummet er ikke optaget i folketingsudvalgets betænkning, og udvalgets referat er kortfattet:

"... , at man maa anse den nu foreliggende Situation, som er fremkaldt af Begivenhederne under den anden Verdenskrig, som saa ekstraordinær og indeholdende saa mange hidtil ukendte Momenter, at den falder ganske uden for, hvad man har haft for Øje ved Affattelsen af Hovedregelen i Grundlovens § 80.", Tillæg B. sp. 419-420. Under andenbehandlingen i folketinget uddyber udvalgets formand, Hjerminde, imidlertid denne argumentation: "... fremgaar af dette Responsum, at § 80, der sikrer Ejendomsrettens Ukrænkelighed, ikke afskærer Lovgivningsmagten fra at give Regler om Konfiskation, hvor pønale eller generalpræventive, politimæssige Hensyn kan motivere Anvendelse af Konfiskation.", Folketinget sp. 3389.

Man havde altså netop som argument for, at loven ikke var en ekspropriationslov, henvist til, at den havde pønalt karakter. Det kunne derfor være uheldigt over for samme folketing at hævde, at nu var der tale om en ekspropriation.

Redegørelsen for lovens forhold til grl. § 80 viser forøvrigt, hvor vanskeligt det er at opstille et forfatningsretligt relevant strafbegreb. Som nævnt fremtræder loven ikke som en straffelov. Konfiskation er ikke i loven betinget af en bestemt dadel- eller strafværdig opførsel. Der skal således ikke foretages nogen skyld- eller bevisbedømmelse. Omvendt påpeger man for at få loven fri af grl. § 80, at den er af pønalt karakter. Ligeledes fremhæves det i forbindelse med gennemgangen af lovens bestemmelser om dispensation fra konfiskation, at der i visse tilfælde skal foretages en undersøgelse af, om man "har opført sig ordentligt.", Folketinget sp. 2298.

Loven må nærmest opfattes som en straffelov, hvor man har afgjort skyldspørgsmålene og derfor overflødiggjort en bevisbedømmelse.

Se iøvrigt Ross 1966 p. 660, hvor ethvert indgreb i den private ejendom, der sker uden noget skyldgrundlag, hævdes at være ekspropriation. Poul Andersen 1954 p. 730 hævder derimod uden noget forbe-

hold, at uden for ekspropriation falder konfiskation af pønal eller ikke-pønal karakter. Max Sørensen er skarpest i sin afgrænsning af, hvornår konfiskation kan holdes uden for ekspropriationsbegrebet. Den skyldbedømmelse, der skal foretages, skal ske "under iagttagelse af det minimum af judicielle garantier, som kan udledes af andre grundlovsbestemmelser og den forfatningsretlige tradition." jfr. 1973 p. 407.

For en teori, der som den nyere danske forfatningsretlige, hævder, at forbindelsen til den retlige virkelighed er af afgørende betydning for udsagn om gældende ret, må justitsministerens udtalelser om forholdet mellem kommunisternes lovforslag og grundloven frembyde vanskeligheder. Udtalelserne er så uklare, at det eneste, der er klart, er, at han og resten af rigsdagen mener, at forslaget er i strid med grundloven. Såfremt man antager, at folketinget vil have samme holdning til et lignende lovforslag idag, kunne man slutte debatten med at konkludere, at et sådant forslag ikke vil kunne vedtages. Imidlertid er det som flere gange påpeget nødvendigt at fortolke den slags enkelttilfælde fra praksis. Uden en sådan generalisering har de ingen værdi som udsagn om gældende ret. Uanset om man måtte hævde selve retsanvendelsen som eneafgørende for, hvad der er gældende ret,<sup>40)</sup> eller om man som Ross lægger afgørende vægt på den bagved dommerens handlemåde liggende ideologi,<sup>41)</sup> er en sådan generalisering af praksis nødvendig. Når Ross i dette tilfælde som ovenfor fremhævet afviser, at rigsdagens stillingtagen kan tillægges nogen betydning for gældende ret, hviler dette ikke på en analyse af ideologien bag ministerens svar, men ganske enkelt på en forkastelse af ministerens begrundelse. Det er vanskeligt at acceptere en teori, der som sin afgørende force hævder sin binding til praksis, herunder folketingets praksis, og samtidig afviser at tillægge forskellige tilfælde fra folketinget betydning, alene med den begrundelse, at der er tale om fejltagelser.

Når det er vanskeligt at fortolke ministerens svar, hænger det sammen med, at han er bundet af en række sætninger fra den forfatningsretlige teori, som ved nærmere analyse må medføre, at forslaget er lovligt, samtidig med, at det er hans egen bestemte opfattelse, at forslaget ikke er grundlovsforeneligt. Man kan således tage ministerens svar til indtægt for, at der er et vist svælg mellem teoriens opfattelse og praktikerens opfattelse af gældende ret. Denne modsætning kan teorien ikke - såfremt den fortsat

-----

40) Kendt for denne rene behavioristiske realisme er Oliver Holmes, se *The Path of the Law*, Collected Legal Papers, New York 1920.

41) Ross: *Om ret og retfærdighed* 1966 p. 85-93.

ønsker at kalde sig realistisk - fjerne ved blot at afvise praktikerens som en stor misforståelse. Tværtimod må teorien forsøge at revidere sin udlægning af gældende ret. Til dette formål kan det være gavnligt med et vist kendskab til den bagved grundlovens § 3 liggende ideologi - altså magtadskillelærelsen.

## B. Ideologien.

Ovenfor er under gennemgangen af legalitetsprincippet nævnt striden i 1600-tallets England mellem kongen, Karl I, og parlamentet.<sup>42)</sup> Som nævnt er det i første omgang kongen, der ved Hampden-sagens afgørelse trækker det længste strå. Dette tilskynder øjensynligt kongen til at forstærke sine enevoldsbestræbelser. Til sidst slipper parlamentets tålmodighed over for kongen op, og resultatet bliver den store borgerkrig, der bryder ud i 1642. Borgerkrigen er en konfrontation mellem de kongetro kavallerer (katolikker og anglikanere) og de parlamentstro rundhoveder (puritanere) under ledelse af Oliver Cromwell. I Cromwells hær findes en fraktion af særlig radikal karakter. Denne fraktion, der kaldes leveller - af 'level down' -<sup>43)</sup> bliver ledet af John Lilburne. Bevægelsen kommer på grund af sine radikale synspunkter mod monarkiet, for almindelig valgret og for social udjævning i modsætningsforhold til Cromwell og den største del af hæren og parlamentet. Dette resulterer i, at parlamentet i sidste halvdel af 1640'erne lader flere af lederne dømmes ved Bill of Attainder, efter at man forgæves har søgt en jury, som ville dømme Lilburne.<sup>44)</sup> At dette af leveller bliver opfattet som et rent politisk overgreb kan næppe undre. Derimod er det interessant at se, hvilken udformning leveller giver sit forsvar mod parlamentets angreb. På grund af sin radikalt republikanske holdning er der for le-

-----

42) P. 74.

43) Skierbekk: Politisk Filosofi, Innføring i filosofihistorie med særlig vekt på politisk teori, II, Oslo 1974 p. 7. Fremstillingen er iøvrigt typisk ved, at det her fremdragne aspekt af levellers statsteori ikke er omtalt. I stedet fremhæves bevægelsens økonomiske politik. Jfr. iøvrigt Erik Rasmussen 1969 p. 13, hvor bevægelsen alene nævnes som forløber for nutidens demokrati. Herimod Macpherson: The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke, Oxford 1962, p. 107-159, hvor det på sociologisk grundlag søges påvist, at leveller ikke var nogen særlig demokratisk bevægelse, men primært en liberal. Dog fremhæves p. 119-120 og 142-143 det ovenfor nævnte aspekt af bevægelsens politik. Undertiden betegnes bevægelsen herhjemme som 'lighedsmændene', jfr. Hartvig Frisch: Europas Kulturhistorie, III, Kbh. 1962.

44) Jfr. Cornish 1971 p. 141.

veller ingen mulighed for at søge beskyttelse gennem et krav om, at den lovgivende magt skal deles mellem konge og parlament. Dette ville netop svare til den mixed-monarchy-konstruktion, som er kendt og til en vis grad har både Cromwells og kongens sympati. Leveller fastholder kravet om parlamentets supremacy (folkesuverænitetsprincippet) men kræver, at også parlamentet respekterer rule-of-law-doktrinen. På grund af manglende tillid til, at parlamentet vil opfylde dette krav, finder man ikke anden mulighed end at forlange, at parlamentet ved en forfatning gøres inkompetent til at afsige domme. Dette understøttede man ud fra en samfundspagt-teoretisk <sup>45)</sup> synsvinkel med, at folket nok har givet parlamentet magt til at lovgive, men at intet menneske kan være så tåbelig at give det bemyndigelse til at regere frit, ubundet af lovreglerne. Således bliver levellers andet forfatningsudkast (Second Agreement of the People, 1648) det første skrevne dokument, hvor man ser kravet om en egentlig magtadskillelse. Denne lære er klart funktionelt orienteret. Leveller lægger ikke hovedvægten på personadskillelsen mellem de to organer - parlament og domstole - men tillægger den alligevel en vis vægt. Dette er imidlertid primært begrundet i en anden problemstilling; nemlig den specielt siden Jacob I's tronbestigelse i 1603 stærkt udbredte korrupsion.

Leveller er fuldt ud klar over de begrebsmæssige vanskeligheder, man løber ind i, såfremt man alene hævder, at lovgiver ikke må afsige domme:

"To say that a freeman of England by Law may be tried by a Bill of Attainder, is irrational and unjust; for such a proceeding is no trial, but rather a sentence, and is no act of jurisdiction, but an act of the legislative power, but no sentence can be past against an offender, but by some fore-declared visible, known rule of law; of which the supposed offender, either actually had, or might have had knowledge." 46)

Kravet er ganske klart: man kan ikke ramme den enkelte, der har forbrudt sig, uden at det sker, fordi han har forbrudt sig i forhold til en på forhånd kendt lovregel. Straffedommen må altså følge af loven, og funktionerne: at udstede love og at afsige domme, må adskilles, for at man kan sikre sig, at kravet opfyldes. Det er ganske enkelt en grundnorm, at dommen følger af loven. Det kan derfor være nærliggende at definere dommen ud fra dens binding til loven. Man kan blot ikke herfra slutte, at er reaktionen overfor  
-----

45) Om levellers forhold til denne konstruktion jfr. J. W. Gough: *The Social Contract. A Critical Study of its Development*, Oxford 1967 p. 94-99. Her fremhæves udtrykkeligt levellers krav om - og baggrunden herfor - begrænsninger i parlamentets beføjelser, p. 94.

46) *A Plea at large For John Lilburne Gentleman*, (London 1653) p. 21 citeret efter Gwyn 1965 p. 39.

den enkelte ikke en følge af loven, da er den ikke nogen dom og derfor ikke forbeholdt domstolene. Den er i så fald ganske enkelt utilladelig. At borgerens frihed over for statsmagten således sikres gennem en begrænsning i statsmagts magt over for ham er vel kun naturligt. <sup>47)</sup>

Som bekendt sejrer levellers ideer ikke. Allerede i 1660 er England igen et monarki. Cromwell og monarkernes mixed-constitution-teori har sejret i det politiske liv. Også på det ideologiske plan trænges den funktionelle magtadskillelse tilbage. Imidlertid tyder meget på, at den nyder en vis almindelig accept, den bliver blot ikke betragtet som fundamentet for statsteoriene i en tid, hvor man primært interesserer sig for magts fordeling mellem de forskellige grupper i samfundet. Undertiden møder man således spor af magtadskillelsen, som nærmest bærer præg af indforståethed: således siger digteren Milton i Eikonoklastes:

"In all wise nations the legislative power, and the judicial execution of that power, have been most commonly distinct, and in several hands; but yet the former supreme, the latter subordinate."

Der siges intet om, hvorfor denne adskillelse er vis. Det forudsættes tilsyneladende bekendt, som senere i Montesquieus fremstilling.

At der er betydelig lighed mellem levellers magtadskillelse og den magtadskillelse, der ovenfor under gennemgangen af den udøvende magt er tilskrevet Locke, <sup>48)</sup> er let iagttagelig. For at påvise ligheden på en anden måde kan Lilburnes frihedsbegreb sammenlignes med Lockes:

"freedom of men under government is to have a standing rule to live by, common to every one of that society, and made by the legislative power erected in it. A liberty to follow my own will in all things where that rule prescribes not, not to be subject to the inconstant, uncertain, unknown, arbitrary will of another man, ..." <sup>49)</sup>

-----

47) På nutidsdansk lyder tankegangen: "Der er så meget desto mere grund til i definitionen af retten at gå ud fra menneskets ret som det først er begrænsningen af de styrendes magt, der overhovedet gør det rimeligt at tale om ret. Ellers er der kun tale om magt.", Willy Sørensen: Uden mål - og med, Kbh. 1973.

48) P. 152-154.

49) Locke 1966 p. 127 (22). Se iøvrigt p. 180:

"124. The great and chief end, therefore, of men uniting into commonwealths, and putting themselves under government, is the preservation of their property; to which in the state of Nature there are many things wanting.

Firstly, there wants an established, settled, known law, received and followed by common consent to be the standard of right and wrong, and the common measure to decide all controversies between them. For though the law of Nature be plain and intelligible to all rational creatures, yet man, being biased by their interest, as well as ignorant for want of study of it, are not apt to allow of it as a law binding to them in the application of it to their particular cases.

Omend Montesquieus formulering af friheden er kortere og Rousseaus har en tilføjelse, er de tydeligt sammenfaldende med levellers og Lockes:

"La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent" 50)

"l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite est liberté." 51)

Såvel levellers som Lockes, Montesquieus og Rousseaus fremstillinger kræver lovens herredømme og ikke lovgiveres herredømme. Kun ved at skille den dømmende magt fra den lovgivende magt kan man sikre sig, at loven overholdes, når der gribes ind over for den enkelte. Hvis lovgiver selv kan afsige dommene, må man frygte, at han ikke vil respektere lovene, men fortolke dem efter forgodtbefindende i det enkelte tilfælde. Kun ved en adskillelse kan man sikre sig, at indgrebene over for den enkelte er retlige og ikke blot udslag af magt. Den enkeltes sag må ikke blive en politisk kamp, hvis resultat er afhængig af tilfældige luner og blinde instinkter. Kun på denne måde kan man sikre, at sagerne får et forudsigeligt udfald, hvilket er en grundbetingelse for borgernes frihed - eller retssikkerhed. 52)

### C. Grundlovens § 3 og konkrete straffelove.

Det ovenfor behandlede lovforslag fra kommunisterne vedrører en enkelt person, der i forslaget er nævnt ved navns nævnelser. Grunden til forslaget er - hvad ingen reelt kan være i tvivl om - den pågældendes opførsel i årene forud. Vedkommende er blevet dømt ved domstolene, men efter manges mening for mildt. Hvis forslaget bliver vedtaget, vil den pågældende blive udsat for et betydeligt ekstra indgreb. Der er i rigsdagen - bortset fra kommunisterne - enighed om, at det vil være i strid med grundloven, om man vedtager forslaget; i hvert fald for så vidt angår konfiskationen. Begrundel-

-----  
49) fortsat

125. Secondly, in the state of Nature there wants a known and indifferent Judge, with authority to determine all differences according to the established law. For every one in that state being both judge and executioner of the law of Nature, men being partial to themselves, passion and revenge is very apt to carry them too far, and with too much heat in their own cases, as well as negligence and unconcernedness, make them too remiss in other men's." og p. 189 (142): "They (lovgiver) are to govern by promulgated established laws, not to be varied in particular cases, but to have one rule for rich and poor, for the favourite at Court, and the countryman at plough."

50) Montesquieu, I, 1956 p. 162.

51) Rousseau 1966 p. 56.

52) Jfr. Hother Hage 1847 p. 1 og p. 6. Påvisningen af udviklingen fra og sammenhængen mellem levellers teori og Montesquieus magtadskillelærelære er hovedtemaet i såvel Gwyn 1966 som Vile 1969.

sen for denne opfattelse er imidlertid uklar. Som nævnt skyldes dette i vidt omfang, at forslaget formelt ikke fremtræder som en konstatering af, at vedkommende har overtrådt nogle straffebestemmelser. Hvis straf bestemmes som en følge af lovovertrædelser, er der altså ikke tale om straf. I forslaget henvises ganske vist til en lov - loven om konfiskation af tysk og japansk ejendom - men denne lov er ikke nogen straffelov - i hvert fald ikke i normal forstand. Den foreskriver visse indgreb i forskellige persons ejendomsret, men betinger ikke disse indgreb af, at de pågældende har gjort sig skyldig i overtrædelser. At loven ikke er en ekspropriationslov, er ved dens vedtagelse forklaret ved dens pønale karakter. Altså er det alligevel en slags straffelov.

Som analysen af justitsministerens redegørelse for forslagets forhold til grundloven viser, kan man på det logiske plan føre lange - antagelig endeløse - diskussioner om, hvorvidt der er tale om en straffedom eller ej. Dette skyldes, at domsbegrebet kan bestemmes på forskellige måder, alt afhængig af, hvilken synsvinkel den udspringer af.

Hvis man sammenholder diskussionen om Schimmelman-forslaget med den ovenfor givne redegørelse for magtadskillelseskæren, er det iøjnefaldende, hvilken forskel der er mellem justitsministerens evne til at arbejde sig igennem den ene retlige konstruktion efter den anden og levellers-bevægelsens klare formulering af kravet om, at det engelske parlament standser sine domsafsigelser - udstedelsen af Bill of Attainder. Man hævder ganske enkelt, at parlamentet må indskrænke sig til at give lovene, og at andre må anvende dem over for den enkelte. Baggrunden for levellers krav var, at man i utallige tilfælde havde set, hvorledes parlamentet forbeholdt sig at afsige domme over politiske modstandere. Parlamentet gjorde det for anstændighedens skyld således, at indgrebene hævdedes at være begrundede i de domfældtes strafværdige opførsel. Efter formuleringerne under diskussionen om Schimmelman-sagen, havde det adækvate svar på levellers krav været ganske enkelt: der er hverken tale om straf eller domfældelse - det er en almindelig beslutning, som parlamentet træffer i kraft af sin almindelige omnipotens. Således kunne man have afværget et klart formuleret krav ved et par logiske ræsonnementer. Det ville dog næppe have virket overbevisende, dertil har det ligget for langt på den anden side af, hvad man mente at kunne foretage sig.

Imidlertid er den forfatningsretlige teoris holdning til det foreliggende problem af ganske tilsvarende karakter. Man har en forfatning, som man er enige om kræver visse regler overholdt for, at de der mistænkes for at have forbrudt sig mod lovene har et vist mindstekrav på ordentlig behandling ved afgørelsen af, om de har overtrådt lovene. Altså kan man ikke affærdige

dem med en beslutning fra lovgiver. På denne måde tvinges man i Schimmelmans-sagen ud i betragtninger om forslaget går ud på at straffe ham eller ej - altså om forslaget er en følge af hans opførsel under besættelsen og dermed omfattet af den afsagte dom. Det interessante ved denne diskussion er imidlertid, at medens det normalt vil være en fordel i en sådan situation, om sagen faldt ud til, at han intet havde begået, der kunne begrunde sanktioner over for ham, så er det her Schimmelmans redning, at han ganske klart har gjort sig skyldig i forhold, der kan motivere forslaget. Hvis Schimmelman nemlig intet havde begået, kunne der ikke være tale om at straffe ham, lige så lidt som der kunne være tale om at ændre dommen, hvis han ikke var dømt. I så fald kunne man efter teorien vedtage forslaget i kraft af lovgivers almindelige kompetence. Man har jo flere eksempler - omend af en noget anden karakter - på, at lovgiver kan lovgive om enkelte personer.

Fortolkningskunsten har bragt fortolkerne langt væk fra fortolkningsobjektet. Uden nogen videre fortolkning kan man konstatere, at det fremlagte lovforslag er udtryk for, at man vil dømme - og straffe - Schimmelman hårdere end sket ved domstolene. Justitsministeren kunne have stået fast ved dette, og kun logikere, som ikke vil acceptere forskel på logik og normer, ville kunne anfægte hans argument. Ligeledes kunne han uden større undersøgelser af teorien hævde, at grundloven forbeholder domstolene at afsige straffedomme.

Som ovenfor i forbindelse med spørgsmålet om lovgivers adgang til selv at afgøre privatretlige tvister nævnt, er den mest nærliggende fortolkning af § 3 imidlertid ganske enkelt at hævde, at lovgiver uden særlig hjemmel er afskåret fra at lovgive om enkeltpersoners forhold. Formålet med grl. § 3 er at beskytte den enkelte mod statsmagts vilkårlighed. Dette søges opnået ved at dele statsmagten i denne henseende mellem lovgiver og domstole, således at domstolene dømmer efter de regler, lovgiver har opstillet. Hvis lovgiver efter denne deling også kan gribe ind over for den enkelte, er det vanskeligt at se, at borgeren har fået nogen sikkerhed mod statsmagts overgreb.

Den fremhævede problemstilling: i hvilket omfang kan grundloven fortolkes således, at den beskytter den, der mistænkes for at have begået et strafværdigt forhold og samtidig prisgive den, der intet har begået og intet mistænkes for, er omtalt ovenfor under gennemgangen af den traditionelle teoris hævde af lovgivers omnipotens, jfr. p. 52-53. Det blev her i tilslutning til en udtalelse af Peter Germer om fortolkningen af grl. § 72 om boligens ukrænkelighed hævdet, at en sådan fortolkning kan være uacceptabel.

Samme problemstilling spores også i diskussionen om den nævnte konfiskationslov. For at indgrebene efter denne lov ikke skal betragtes

som omfattet af grl. § 80 (nu § 73) om ejendomsrettens beskyttelse, hævdes loven at være at pønål karakter. For at undgå den sædvanlige domstolsbedømmelse af, om der er anledning til at straffe - konfiskere hos - forskellige personer, vedtager man imidlertid en absolut regel om konfiskation for visse personer eller selskabers ejendomsret. Der skal altså ikke foretages nogen skyldbedømmelse. Til gengæld åbner man mulighed for dispensationer, således at der kan tages hensyn til tilfælde, hvor der ikke er noget at bebrejde vedkommende. På denne måde har man konstrueret sig gennem de juridiske begreber til en lov, der kan administreres efter visse af de strafferetlige principper - en skyldbedømmelse - men hverken opfylder grundlovens krav til idømmelse af straf eller til foretagelse af ekspropriation.

Som endnu et eksempel på den anførte problemstilling kan nævnes Troels G. Jørgensens forsvar for interneringen af kommunisterne efter lov nr. 349 af 22. august 1941. I sin argumentation for, at denne lov er grundlovsforenelig nævner Troels G. Jørgensen en udtalelse fra Hurwitz: Den danske strafferetspleje (1940) p. 659-551, hvor det hævdes, at når grundloven giver en retskontrol - fængslingskompetencens henlæggelse til domstolene - til bedste for personer, der forfølges til straf, må den så meget mere udelukke, at personer i rent politisk øjemed berøves friheden uden retsforfølgning, og da fremstilling for en dommer og afsigelse af fængslingskendelse i disse forhold ville være en tom og formålsløs akt, forsåvidt at der ikke ville være visse legale forskrifter at kontrollere for dommeren, må resultatet være, at grundloven overhovedet ikke vil tillade, at der foretages frihedsberøvelser på det anførte grundlag. Heroverfor indvender Troels G. Jørgensen, at man ikke fra kravet om judiciel kontrol med frihedsberøvelsen kan slutte til, at der overhovedet ikke må gives love om præventiv frihedsberøvelse og nævner her sindsygelove. Hvad der imidlertid viser, at der er tale om en omgåelse af grundlovens § 78, er, Troels G. Jørgensens understregning af, at de personer, der indespærres, ikke alene tages i forvaring på grund af deres overbevisning, men fordi denne overbevisning "har et kriminelt tilsnit", jfr. Troels G. Jørgensen: Dansk Lov mod Kommunisterne J. 41 p. 497-504.

Justitsministeren nøjes ikke i sin redegørelse med at hævde, at kommunisternes lovforslag er grundlovsstridigt, fordi det går ud på en ændring af den afsagte højesteretsdom. Han giver også en redegørelse for, hvilke muligheder der efter grundloven er for at opnå det formål, kommunisterne forfølger med lovforslaget. En justitsministeriel redegørelse for mulighederne for at omgå forfatningens beskyttelse af borgerne har vel særlig interesse. Teknikken i ministerens forslag er ganske enkelt, at man nu, hvor domstolene har talt, ved hvem der er dømt. Lovgiver kan da vedtage et forslag, der med tilbagevirkende kraft forhøjer straffen. Dette forslag vil ikke kunne rettes mod Schimmelmänn, men skal være generelt i sin formulering. Imidlertid har man nu, hvor man kender domstolenes afgørelser, særlige muligheder for at udforme forslaget hensigtsmæssigt - man kan nemlig indskrænke sig til at nævne de, der er straffet for at have overtrådt en bestemt bestemmelse i straffelovstillægget.

Justitsministeren peger her på en tydelig sammenhæng mellem lovgivers egen afgørelse af strafspørgsmål og hans vedtagelse af straffelove med tilbage-

virkende kraft. Det, der undrer, er imidlertid hans opfattelse af, hvad forbuddet mod den første slags love fører til. Ud fra almindelig juridisk tankegang er det nærliggende at sige, at når lovgiver i grundloven er afskåret fra at ramme den enkelte borger ved selv at afsige dom, er lovgiver også afskåret fra at ramme den enkelte borger gennem en formelt generelt formuleret tilbagevirkende straffelov. Ministerens muligheder for at drage denne slutning er imidlertid politisk blokeret. Dels har han klart erkendt, at man ved udformningen af straffelovstillægget tænkte specielt på Schimmelman. Det kan således ikke skjules, at man har haft til hensigt at ramme individuelt bestemte personer. Samtidig har man netop vedtaget straffelovstillægget, der havde karakter af en straffelov med tilbagevirkende kraft. Altså er det umuligt for ministeren at hævde, at der er noget grundlovsforbud mod straffelove med tilbagevirkende kraft. Til gengæld er problemerne ved straffelove med tilbagevirkende kraft særdeles grundigt behandlet netop i forbindelse med diskussionen om straffelovstillægget og dets revision.

Den nævnte sammenhæng mellem en lov rettet imod en bestemt person og tilbagevirkende straffelove er særligt fremtrædende i forbindelse med den såkaldte Berning-sag. Forholdet var der det, at en lærer ved navn Berning i 1924 havde udstået en straf på 3 års forbedringshusarbejde for uterlighed mod småpiger. Berning var tidligere dømt for lignende forhold, og der var i visse befolkningkredse en stærk uvilje mod, at han blev sluppet fri til nye forbrydelser. Den daværende justitsminister K. K. Steincke havde den opfattelse, at det var administrationens opgave at beskytte befolkningen mod Berning. Han lod ham derfor tilbageholde efter en bestemmelse i Danske Lov 1-19-7 eller et reskript fra 1793 om tvangsindespærring af "rasende og galinde". Højesteret fastslog imidlertid, at der ikke i de nævnte bestemmelser var fornøden hjemmel for indespærring, U 1925.277 H, hvorfor Steincke måtte løslade sit offer. 3 måneder efter vedtog rigsdagen en lov om sikkerhedsforanstaltninger mod visse personer, der udsætter retssikkerheden for fare (nr. 133 af 11. april 1925). Loven fik tilbagevirkende kraft, således at den kunne anvendes over for alle, der var blevet løsladt inden for det sidste år før lovens vedtagelse. Der var således ingen tvivl om, at loven kunne anvendes over for Berning - de færreste vil heller ikke være i tvivl om, at dette netop var hovedformålet med at give loven tilbagevirkende kraft. Imidlertid undlod Steincke at anvende loven mod Berning. Steincke har selv kommenteret denne del af loven så malende som vel muligt. "I saa Henseende bør det navnlig fremhæves, at jeg gennemtvang, at loven fik tilbagevirkende Kraft, idet det bestemtes, at paa Personer, som inden denne Lovs Ikrafttræden er dømt for Sædelighedsforbrydelser, kan Foranstaltninger bringes til Anvendelse, naar Sag derom rejses, inden der er forløbet et Aar efter Løsladelsen. Naar man tager i Betragtning, hvilket Brud dette var på almindelige strafferetlige Principper og erindrer sig, hvilken Diskussion der havde været efter Besættelsens Ophør om Utilladeligheden af at give Straffelove tilbagevirkende Kraft, hvor selv ansete Jurister har hævdet, at det var en hidtil ufravigelig Grundsætning ikke at gøre dette, hvilket altså er positivt urigtigt, saa vil man forstaa, hvilken Triumf det var for mig at gennemføre denne Bestemmelse. Det var ikke pænt gjort, men det var unægtelig et passende Svar paa den Behandling, jeg havde været udsat for i denne Sag. Rode og Zahle var rasende over denne Bestemmelse, og da jeg umiddelbart efter Lovens Vedtagelse passerede

deres Pladser, "hvæsedede" Rode til mig: "Nu vover De ikke at internere Berning igen". Jeg svarede: "Ja, nu er det noget, jeg bestemmer og med Loven i hånd." K. K. Steincke: Fra hele Valpladsen. Ogsaa en Tilværelse, II, Kbh. 1956 p. 174-175. En knapt så begejstret fremstilling, se Morten Rand Jensen m.fl.: "Dømt på fremtiden. Om tidsubestemt internering af såkaldt farlige. (Krim-Kritik nr. 2), Aarhus 1973 p. 14-20.

### III. Skærpende straffelove med tilbagevirkende kraft.

Som nævnt i sidste afsnit vedtog man efter besættelsen en straffelov med tilbagevirkende kraft, lov nr. 259 af 1. juni 1945 om tillæg til Borgerlig Straffelov angående forræderi og anden landsskadelig virksomhed. Forud for denne lovs vedtagelse og i årene efter førtes en meget omfangsrig diskussion netop om problemerne i forbindelse med lovens tilbagevirkende kraft. Et af de vægtigste indlæg i denne debat leveredes af Stephan Hurwitz allerede i 1944 i en artikel i Svensk Juristtidning.<sup>53)</sup>

Hurwitz fastslår indledningsvis, at der ikke i Danmark er nogen grundlovsbestemmelse, som opstiller en udtrykkelig hindring for straffelove med tilbagevirkende kraft. Ligeledes kan der ikke af grundloven indirekte udledes noget forbud mod sådan lovgivning. I denne forbindelse nævnes, at spørgsmålet kun er strejft i den juridiske litteratur. Derefter gennemgås de strafferetlige hovedværker på området og på denne baggrund konkluderer Hurwitz, at den foreliggende teori ikke giver "nogen logisk begrundelse for helt og ubetinget at udelukke nye eller strengere strafbestemmelser." Vægten må lægges på en afvejning af modstående hensyn, og det er ikke givet, at denne afvejning altid vil falde ud til fordel for princippet om, at skærpende straffelove ikke bør gives tilbagevirkende kraft. I det foreliggende tilfælde risikerer man, ifølge Hurwitz, ved ikke at give straffeloven tilbagevirkende kraft, at der vil opstå en kløft mellem den umiddelbare retsfølelse og den juridiske doktrin. En kløft, der kan resultere i private blodige opgør.

Dernæst nævnes, at der i Lockes lære ikke kan være nogen hindring for sådanne love, da straffeloven ifølge Locke er gennemførelsen af en allerede naturretlig eksisterende norm. Ligeledes må det antages at harmonere med Montesquieus lære, om man med tilbagevirkende kraft kriminaliserer en begået handling, "som strider imod retlig skyldighed", omend det erkendes,

-----

53) Hurwitz: Om strafforfølgning efter okkupationen, S. J. 1944 p. 833-852.

at netop Montesquieus lære i adskillige lande har givet anledning til kodificeringen af forbud mod tilbagevirkende straffelovgivning. Videre hævdes, at de omtalte straffelove som regel ikke er udtryk for

"en ændret vurdering af en vis handletypes strafværdighed, men formålet er at udfylde et hul i lovgivningen med henblik på en særlig situation."

Endelig lægger Hurwitz betydelig vægt på situationens anormalitet. Lovgiver har således fra besættelsens begyndelse været afskåret fra at vedtage de love, der var hensigtsmæssige eller påkrævede for at beskytte landets interesser over for landsforrædere og medløbere. Hvis man i denne situation giver en straffelov tilbagevirkende kraft, er der derfor ikke tale om en forkastelse af princippet om, at straffelove ikke bør gives tilbagevirkende kraft.

Forsvarerne for, at straffelovstillægget fik tilbagevirkende kraft, er mange, men Hurwitz' indlæg rummer de fleste af de argumenter, der anføres i den senere debat. Især det sidste argument - lovgivers lammelse - ses hyppigt fremført,<sup>54)</sup> ofte med en diskussion af, om lovgiver var lammet under hele besættelsen eller kun fra bruddet med tyskerne den 29. august 1943. Også andre nuancer er gennemgående: forskellen mellem at skærpe straffen for allerede strafbare forhold og at kriminalisere ikke-strafbare forhold. Inden for den sidste kategori skelnes igen mellem tidligere retsmæssige forhold og tidligere uretsmæssige forhold. I forbindelse med spørgsmålet om den sidste forskels betydning siger Trolle:

"Hertil er at sige, at det ikke kan og bør være strafbart at handle mod Folkestemningen. Det værdifulde ved den personlige Frihed i en demokratisk Stat er netop, at den enkelte kan gøre alt det, han vil, som ikke er forbudt. Han behøver ikke spørge Folkestemningen til Raads, saalænge han holder sig inden for Lovene." 55)

Hurwitz' argumentation for at give straffeloven tilbagevirkende kraft adskiller sig måske fra flertallet af de senere indlæg ved at tillægge selve prin-

-----  
54) Således O. A. Borum: Okkupation og Retsstaten, J. 1945 p. 124-126, F. Lucas i Forhandlingerne paa Dansk Kriminalistforenings Aarsmøde 1945, i NKÅ 1944-1945 p. 208, Hartvig Jacobsen samme sted p. 213, Oluf Krabbe samme sted p. 250, H. Østergaard-Nielsen: Retsgrundlaget for Udrensningen, Tidehverv, 19. årgang, nr. 6-7 1945, citeret efter Tidehverv, en antologi ved Leif Grane, Kbh. 1967 p. 284. Samme holdning Rigsdagstidende 1945, Folketingets Forhandlinger sp. 113-227 og Landstingets Forhandlinger sp. 78-200. Se iøvrigt v. Eyben: Thi kendes for ret. Retsopgøret efter besættelsen, Kbh. 1968.

55) Jørgen Trolle: Omkring Højesteretsdommen i Frikorpssagen, J. 46 p. 29.

cippet om, at straffelove ikke bør gives tilbagevirkende kraft, forholdsvis ringe vægt. Sagt på en anden måde; medens de fleste øvrige indlæg er rettet mod at begrunde, hvorfor princippet skal fraviges i denne helt ekstraordinære situation, indleder Hurwitz sin behandling af spørgsmålet med en anfægtelse af princippet. Netop derfor har hans indlæg særlig interesse i denne sammenhæng.

Den indledende påstand om, at spørgsmålet om skærpende tilbagevirkende straffeloves forhold til grundloven kun er sporadisk behandlet i litteraturen, er dristigt. Således skriver Berlin klart i 1939 under behandlingen af lovgivers kompetence:

"Selv Love med tilbagevirkende Kraft er derfor, da vor Grundlov ikke saaledes som den norske Grundlovs § 97 forbyder saadanne, i Almindelighed ikke udelukkede.<sup>2</sup> Dog maa det vistnok, skønt ikke udtrykkeligt udtalt i Grundloven, anses for forudsat i denne, at mod almindeligt anerkendte Retsprincipper aabenlyst stridende Love ikke kan anses for retsforbindende<sup>3</sup>, hvorfor der f. Ex. ikke kan gives skærpende Straffelove tilbagevirkende Kraft<sup>4</sup>, ..." 56)

Påstanden om, at det er fuldt foreneligt med Lockes lære, at man giver straffelove tilbagevirkende kraft, da lovene alene er udtryk for allerede gyldige naturlove, er ikke mere holdbar. Som det fremgår af den ovenfor refererede del af Lockes fremstilling, kræver han netop "an established, settled, known law", fordi naturrettens nærmere indhold er uklart og manipulerbart.<sup>57)</sup> Den nævnte fortolkning af foreneligheden med Montesquieus fremstilling virker heller ikke overbevisende, tværtimod er der, som han selv flere gange påpeger, en nær sammenhæng mellem forbuddet mod at lovgiver afgør foreliggende straffesager og forbuddet mod tilbagevirkende straffelovgivning.

Når Hurwitz med fremhævede typer konkluderer, at der ikke er nogen logisk hindring for at give skærpende straffelove tilbagevirkende kraft, må der derimod fuldt og helt gives ham medhold. Til gengæld burde det ikke tillægges nogen betydning, at man kan påvise, at der intet ulogisk er i at tilsidesætte et retsprincip eller en retsregel. Hvis det ikke forholdt sig sådan, var der næppe grund til at opretholde princippet eller reglen. Endnu engang er diskussionen om fundamentale retsprincipper gjort til et spørgsmål om logik, uanset der ikke er nogen iøjnefaldende lighed. Hurwitz' argumentation mod princippet om at skærpende straffelove ikke bør gives

-----

56) Berlin, II, 1939 p. 8.

57) P. 214, note 49.

tilbagevirkende kraft er mindre overbevisende end hans argumentation for, at princippet bør fraviges i det givne tilfælde.

Den i debatten om straffelovstillæggets tilbagevirkende kraft i så godt som hvert indlæg hævdede opfattelse af forbuddet mod at straffelove gives tilbagevirkende kraft som et fundamentalt retsprincip viser både, i hvilket omfang dette princip opleves som bindende og i generationer har været oplevet således. Dette kan tydes som en følelse af retlig forpligtelse. Det er samtidig iøjnefaldende, at - bortset fra den i diskussionen tilsyneladende helt oversete interneringslov fra 1925 - har der ikke her i landet været givet straffelove med tilbagevirkende kraft. Forudsætningen for at kunne tale om en sædvaneretlig hjemmel for et forbud mod denne lovgivning er da meget tæt ved at være opfyldt. Som betingelse for at hævde, at der ved sædvane er dannet en undladelsespligt, vil normalt yderligere kræves, at de relevante personer eller organer har afstået fra en vis hændelse på grund af en følelse af retlig forpligtelse. Det er næppe muligt at dokumentere, at lovgiver i visse tilfælde har ønsket at give skærpende straffelove tilbagevirkende kraft. Dette kan imidlertid meget vel skyldes, at der er tale om en særdeles indgroet opfattelse af, at det er man ganske enkelt afskåret fra. Man er for så vidt i en situation, som har betydelig lighed med den af Ross påpegede vedrørende helt klare retsspørgsmål - eller rettere vedrørende retsspørgsmål, der opleves som helt klare. Disse bringes aldrig for domstole, da ingen part vil finde anledning hertil. Dette kan være en anomali for en teori, der anser det for afgørende for, om en regel gælder, at den anvendes af domstolene. Disse regler anvendes netop ikke af domstolene. Alligevel er de vel gældende.

Et sædvanedannet forbud mod straffelove med tilbagevirkende skærpende må nødvendigvis være på forfatningsplan, da det vedrører lovgivers kompetence. Imod en sådan sædvanedannelse står den traditionelle teoris hævdel- se af lovgivers omnipotens i kraft af sædvane - og demokratisk legitimation. Denne påstand synes svagere funderet, idet den efter almindelige sædvaneretlige betragtninger skulle kunne anføre en faktisk fulgt adfærd og en overbevisning hos de relevante aktører om, at de har været berettiget hertil. I diskussionen i forbindelse med straffelovstillægget og dets revision er der ikke argumenteret i denne retning.

Det har i teorien - Ernst Andersen 1947 p. 98-101 - været anført som argument imod, at der efter dansk ret er et forbud mod straffelove med tilbagevirkende kraft, at en række domme efter besættelsen har accepteret straffelovstillæggets tilbagevirkende kraft, og at Berlins hævdel- se af et sådant forbud derfor ikke er holdbar. Lidt polemisk

kunne man måske formulere udviklingen således, at først fortier man Berlins standpunkt, dernæst kan man afvise det, fordi man har handlet i strid med det. Imidlertid er problemstillingen om straffelovstillægget er til hinder for at anse et sådant forbud for gældende en generel problemstilling. Til gengæld er den også generel i den forstand, at spørgsmålet drejer sig om, i hvilket omfang man vil fortolke forfatningen således, at samtlige de i forbindelse med besættelsestiden vedtagne love og afsagte domme er forenelige med grundloven. Næppe nogen vil hævde dette. Undertiden forklarer man visse af fænomenerne med, at en fravigelse af grundloven er nødretligt hjemlet. Også i dette tilfælde kan med en vis ret hævdes, at lovgiver, fordi han blev tvunget ud af funktion, senere var nødt til at give straffelovene tilbagevirkning. Som nævnt er dette det helt gennemgående tema i diskussionen om straffelovstillægget. Mest malende har Svend Clausen udtrykt det: "Et Ting er i Ophavet en Domstol (nemlig fordi ingen Love kunne skrives forud). Tvinges nu Tinget med vold tilbage til en Tilstand, hvor det ikke kan skrive Lovene forud, da er Tinget i sin ny frihed atter en domstol over det skete, og alle har at bøje sig for retten, som sker på Tinge." Essays om Naturet, Kbh. 1954 p. 79.

Om man vil hævde, at straffelovstillægget er nødretligt hjemlet, eller at nøden tvang til at bryde loven, er dybest set en smagssag. Næppe andre end jurister vil hævde, at nødret også er ret - måske har juristen vanskeligt ved at acceptere, at det ulovlige kan være nødvendigt!

Formålet med grl. § 3 er gennem en adskillelse - her mellem lovgiver og domstole - at sikre borgerens retssikkerhed. Borgeren skal ved at overholde lovene være sikret, at statsmagten ikke skrider ind over for ham - på grund af hans opførsel. For at nå dette mål kræves lovgivningsmagten adskilt fra domsmagten - der er nemlig ingen garanti for, at lovgiver som dommer vil rette sig efter de love, borgeren har handlet i tillid til. Lovgiver kan ikke bryde denne adskillelse og gribe ind i borgernes forhold enten ved at bestemme, at en af dem skal afstraffes eller ved at give strafbestemmelser med tilbagevirkende kraft. <sup>58)</sup>

#### IV. Domstolenes lovgivningskompetence.

Den statsretlige teori herhjemme har beskæftiget sig en del med spørgsmålet, om grl. § 3 i sit krav om adskillelse mellem den dømmende og den lovgivende magt indeholder et krav om, at lovgiver ikke må dømme. Der ses så godt som ikke antydning af den modsatte problemstilling: er grl. § 3 til

-----  
58) Sammenhængen mellem disse to spørgsmål ses i den norske grundlov, der i § 96 udtaler, at ingen må dømmes uden efter lov og i den følgende paragraf forbyder tilbagevirkende lovgivning. Tilsvarende er der i den amerikanske forfatning art. 1 § 9 forbud mod såvel Bill of Attainder som "ex-post-facto-law". Om første del af bestemmelsen se Ernst Andersen 1953 p. 107-108. Om forbindelsen mellem Bill of Attainder-forbuddet og magtadskillelsen se Edward H. Levi: Some Aspects of Separation of Powers i Columbia Law Review, Vol. 76, 1976 p. 384.

hinder for, at domstolene både lovgiver og dommer, om domstolene selv opstiller de regler, hvorefter de dømmer. Med denne lidt kategoriske formulering menes, om der ud fra et forfatningsretligt synspunkt er noget betænkeligt i, at lovgivningen formulerer sig så løst, at der efterlades et sådant spillerum til dommerne, at deres afgørelser reelt bliver normdannende.

Det ses i teorien en sjælden gang påpeget, at noget sådant er i strid med grl. § 3. Således bemærker - omend lidt uklart - Jørn-Ulrik Kofoed Hansen i en artikel om domstolenes fortolkning af afbetalingsloven § 1, stk. 2:

"På den anden side må forfatningsretlige betragtninger give anledning til visse betæneligheder over omtalte kursændring. Hvad enten man nu accepterer grundlovens traditionelle tredeling af samfundets magt-funktioner (udøvende, lovgivende og dømmende magt, jfr. grundlovens § 3) som udtømmende eller ej, må det være åbenbart, at domstolene ikke er tillagt lovgivende magt. Ikke desto mindre har de tiltaget sig denne på nævnte punkt. Sådanne tendenser er ikke acceptable." 59)

Spørgsmålet om domstolenes normdannende virksomhed har meget nær tilknytning til spørgsmålet, om domstolene er politiske organer. Det karakteristiske for de politiske organer er i betydelig grad, at de gennem generel normdannelse påvirker samfundets styring.<sup>60)</sup> Det er derfor nærliggende at se en sammenhæng mellem spørgsmålet om domstolene er politiske organer og spørgsmålet om de har kompetence til at deltage i den almindelige statslige dannelse af generelle normer. Imidlertid er den ovenfor nævnte problemstilling uomtalt i den forfatningsretlige litteratur herhjemme, uanset man i et vist omfang har drøftet spørgsmålet om domstolenes rolle som politiske organer i relation til diskussionen om domstolenes prøvelsesret med lovens grundlovsforenelighed, især spørgsmålet om en sådan prøvelses intensitet. Det er her den traditionelle teoris opfattelse, at domstolene må være tilbageholdende med at tilsidesætte en lov som grundlovsstridig. I tvivls-tilfælde må der gives lovgiver fortrinsret som grundlovsfortolker.<sup>61)</sup> Opfattelsen begrundes netop i lovgivers demokratiske mandat. Tankegangen

59) Jørn-Ulrik Kofoed Hansen: Om beviskravet i afbetalingsloven § 1, stk. 2, J. 73 p. 413. Se også Preben Stuer Lauridsen: Studier i retspolitisk argumentation, Kbh. 1974 p. 212, hvor det siges, at strfl. § 1 som udtryk for "fundamentale metodeprincipper" næppe uden videre kan ændres ved lovgivningsindgreb, jfr. p. 623-626 om straffelovrådets betæneligheder ved vage straffebestemmelser.

60) Jfr. ovenfor p. 135-148 om begrebet politisk organ i forbindelse med analysen af Ross' regeringsmagt.

61) Således Max Sørensen: Anmeldelse af Peter Germer: Ytringsfrihedens væsen, J. 73 p. 359-360. Modsatte opfattelse i den anmeldte bog p. 93-110.

er vel derfor den, at man i tvivlstilfælde må erkende, at der er tale om at udøve en politisk funktion, og at lovgivers demokratiske mandat taler for, at funktionen udøves af lovgiver, medens domstolene som en særlig uafhængig embedsmandsstand ikke besidder nogen legitimation til at udøve politisk aktivitet.

Som nævnt har man i den forfatningsretlige litteratur behandlet dette spørgsmål indgående, medens man ikke har interesseret sig for den her skitserede problemstilling, om domstolene i kraft af lovgivningens manglende præcision udøver en generelt normdannende funktion, en politisk funktion, med andre ord en egentlig lovgivningsfunktion. Grunden til denne manglende interesse skal antagelig søges i den forfatningsretlige teoris tendens til at betragte grl. § 3 som en magtfordelingslære og ikke som en magtadskillelærelære. Man har primært interesseret sig for spørgsmålene om de forskellige magters indbyrdes rangforhold. Når man har diskuteret domstolenes rolle som politiske organer, har man været tilbøjelig til at betragte spørgsmålet udelukkende som et spørgsmål om deres ret til at tilsidesætte lovgivers - og forvaltningens - beslutninger. Den her behandlede problemstilling vedrører ikke spørgsmålet, om domstolene i visse henseender står over lovgiver, altså er der intet magtfordelingsproblem.

Den forfatningsretlige teoris tavshed på det her behandlede område er så meget mere overraskende som såvel den bagved liggende ideologi, den strafferetlige teori som praksis erkender en sammenhæng mellem magtadskillelsen og spørgsmålet om domstolene tillægges en normskabende rolle i kraft af lovenes løshed.

På det ideologiske plan er kravet om, at der ikke overlades domstole et spillerum, allerede udtalt ved magtadskillelsens oprindelse i leveller-bevægelsen, hvis leder udtrykte forholdet således, at "judges being no more than "cyphers to pronounce sentence"". <sup>62)</sup> Den samtidige Isaac Pennington den Yngre (1650) krævede the legislative og the executive power adskilt for at hindre "arbitrary government, the foundation of tyranny." I denne forbindelse fremhæver han udtrykkeligt kravet om "an exact Rule or Way", som kan lede dommerens hånd. <sup>63)</sup>

Locke behandler problemet i afsnittet om lovgivers kompetence (Kap. XI Of the Extent of the Legislative Power):

-----

62) Citeret efter Gwyn 1965 p. 49.

63) Citeret efter Gwyn 1965 p. 57.

"And, therefore, whatever form the commonwealth is under, the ruling power ought to govern by declared and received laws, and not by extemporary dictates and undetermined resolutions, for then mankind will be in a far worse condition than in the state of Nature ..." 64)

Mest kendt er imidlertid Montesquieus udtalelse om, at domstolene ikke er andet end lovens mund - "la bouche qui prononce les paroles de la loi". 65)

Det er almindeligt accepteret, at Montesquieu med denne bemærkning hentyder til lovens bestemthed og den deraf følgende normering af dommerens fortolkning som en på forhånd givet. Ofte er hans udtalelser imidlertid blevet opfattet som en beskrivelse af det givne system, og som sådan helt urealistiske, hvorfor man har måttet afvise dem. 66)

Montesquieus krav til straffelovgivningen er fulgt op af den italienske strafferets-teoretiker Beccaria, der i indledningen til sit værk Om Forbrydelser og Straffe proklamerer, at han vil følge i Montesquieus fodspor. Han ana-

-----

64) Locke 1966 p. 189 (137).

65) Montesquieu, I, 1956 p. 171. Vile 1969 p. 89-90 udlægger baggrunden for dette krav således: "But Montesquieu insists that to allow the judge to exercise discretion is to expose the people to the danger that the private opinions of the judges might render the laws uncertain, and the people would then live in society without exactly knowing the nature of their obligations." Vile nævner, at Montesquieu muligvis har overtaget dette krav fra Lilburne (levellers leder) og Harringtons skrifter under den engelske borgerkrig.

66) Således Ørsted - iøvrigt i forbindelse med den nedenfor omtalte tillid til domstolene, jfr. Ditlev Tamm: Fra "Lovkyndighed" til "Retsvidenskab". Studier over betydningen af fremmed ret for Anders Sandøe Ørsteds privatretlige forfatterskab p. 368-369. Jfr. Vezanis 1964 p. 284: "ist es klar, dass er den Wert der Rechtssprechung unterschätzt und ihren schöpferischen Charakter verkennt." På samme linje ligger Ole Krarup og Jørgen Mathiasen 1972 p. 36-37: "en af retslivets grundlæggende retlige fiktioner 5), nemlig fiktionen om at domstolene ikke er retsskabende." Jfr. også Eckhoff 1971 p. 191-194 og 333: "I lys av denne ideologi (maktfordelingsideologien) kan det at avgjørelserne influeres av personlige vurderinger fremtre som noe halvveis illegitimt, som man helt vil skule." Citatet viser for så vidt udmærket, hvorledes man kan fordreje magtadskillelærelæren, når man anskuer den som en magtfordelingslære. Montesquieus opfattelse er naturligvis ikke, at man skal skjule de personlige vurderinger, men at man i den 'borgerlige friheds' navn (retssikkerheden) skal mindske deres spillerum. Samme misopfattelse er tydelig hos Evers: Argumentationsanalys för jurister, Lund 1970, der hævder, at i Frankrig herskede i slutningen af 1700-tallet Montesquieus lære "om den mekanisk lagtillämpande domaren", p. 44. At det ikke er korrekt at betragte det som primært fransk er belyst i foranstående note. Om tesens opståen siger Evers p. 46: "Tolknings- och kommentarforbuden var riktade mot alltför självständiga - "självsväldiga" - domarna som visse lagstiftare önskade binda vid förfatningarna, framst lagen. Domarna skul-la vara lagstiftarnas osjälvständiga redskap. För att denna på bl.a. maktfordelingsideal grundade ideologi skulle kunna realiseras måste det givetvis för domarna vara möjligt att fungera som 'la bouche de la loi'. Vore dette inte faktiskt möjligt skulle ideologien inte kunna omsättas i handling. Som så ofta tänkta man "du bör, alltså kan du" och glömt satsens omvänding "om du inte kan, så bör du inte".

lyserer kravet til lovenes bestemtthed og hævder, at de skal være således affattede, at der ikke levnes dommeren noget spillerum for fortolkning. <sup>67)</sup>

Også den strafferetlige teori behandler problemet. Allerede i 1866-straffeloven knæstattes princippet om nulla poena sine lege; at enhver straf skulle have lovhjemmel. Princippet er nu udmøntet i straffelovens § 1, 1. pkt.: "Straf kan kun oplægges for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske må sidestilles med et sådant". Dette krav er i teorien opfattet som nært knyttet til kravet om lovens præcisering af det strafbare gerningsindhold. <sup>68)</sup>

Der er i denne sammenhæng grund til at påpege, at både Goos <sup>69)</sup> og Krabbe forbinder præciseringskravet med Montesquieus magtfordelingsteori. Mest præcist er i denne forbindelse Krabbe:

"Til forebyggelse af Magtmisbrug og vilkaarlig Behandling krævede Montesquieu (L'esprit des lois, 1748) Statsmagten delt i den lovgivende, den dømmende og den udøvende Myndighed; Lovgivningen skulde afgive klar Hjemmel for Straffen og Domstolene skulde, uafhængige af Regeringen, nøje følge Loven." <sup>70)</sup>

"Gennemførelsen af Sætningen nulla poena sine lege <sup>1)</sup>, der skulle tilsikre Individet Beskyttelse overfor arbitrær Vilkaarlighed fra de af Regeringen afhængige Domstoles Side (Straffeloven skulde være Forbryderens "magna carta"), maatte - foruden de politiske Krav om uafhængige Domstole (Montesquieu) - have til Forudsætning en Lovgivning, der i hvert Fald indenfor det Omraade, hvor Sætningen tænkes praktiseret, tilstræber bl.a. ved abstrakte Definitioner af Forbrydelsesbegreberne at give en udtømmende Opregning af de strafbare Handlinger med nøjagtig Bestemmelse af deres Indhold og indbyrdes Afgrænsning samt de for dem fastsatte Straffe." <sup>71)</sup>

-----

- 67) Oversat af det Italienske ved Andreas Christian Alstrup, Kbh. 1796 p. 4 og 10-19.
- 68) Jfr. således Goos: Den danske Strafferet, Første Del: Indledning til den danske Strafferet, Kbh. 1875 p. 174-207, Krabbe: Borgerlig Straffelov, udgivet med Kommentar, Kbh. 1947 p. 102-105, Hurwitz: Den danske Kriminalret, almindelig del, revideret udgave ved Knud Waaben, hæfte 1 p. 80-81, Vagn Greve, Unmack Larsen og Per Lindgaard: Straffeloven. Almindelig del, Kbh. 1976 p. 104, Torp: Den danske Strafferets almindelige Del, Kbh. 1905 synes derimod ikke at fremhæve dette aspekt, jfr. p. 65-89.
- 69) Goos 1875 p. 179-188.
- 70) Krabbe 1947 p. 16.
- 71) Krabbe 1947 p. 102. En noget speciel holdning til disse problemer findes i Henrik Zahle: Kritisk Proces, 1. hæfte, Kbh. 1974. Det hævdes her i et afsnit, der kaldes 'Træk af dommerideologien', at kravet om dommenes forudberegnelighed er den ideologiske (retlige) overbygning til den kapitalistiske markedsøkonomi, der kræver at parterne skal kunne beregne virkningerne af deres økonomiske dispositioner. Man slører dette under dække af at ville sikre retfærdigheden, p. 48-49. At dette i sin generelle form må karakteriseres som et rent vildskud, er givet. Marxismens baggrund for at afvise det vesteuropæiske retssikkerhedskrav inden for strafferetten er helt anderledes funderet. Af hensyn til den ovenfor givne begrundelse for ikke at inddrage marxistisk litteratur skal nævnes, at Zahles syn på magtadskillelsen fremgår af p. 65, jfr. p. 11. Det er her klart, at han opfatter Montesquieus fremstilling som en magtfordeling og helt overser den funktionelle magtadskillelse.

Endelig skal nævnes et eksempel fra lovgivers praksis til belysning af, at kravet om straffeloves præcision og dets forbindelse med magtadskillelærelæren også anerkendes i praksis.

Sagen indledtes juni 1971 med, at justitsministeriet anmodede statsadvokat Grell om at udarbejde en rapport om en række større sager om bedrageri, underslæb og mandatsvig. November 1971 afleveredes rapporten til justitsministeriet. Rapporten, Bagmandsrapporten, munder ud i et forslag om en generel regel om straf for den, der forfølger egne økonomiske interesser med tilsidesættelse af rimelige samfundsmæssige, herunder sociale, hensyn. Det røre, denne rapport vakte i offentligheden, forårsagede en forespørgselsdebat i folketinget. Med henblik på justitsministerens redegørelse for folketinget anmodede justitsministeriet Straffelovrådet om en udtalelse om den skitse til en generel straffelovsbestemmelse, som Grell havde udformet. I Straffelovrådets udtalelse af 9. maj 1973 frarådes det at vedtage en lovbestemmelse efter de nævnte retningslinjer. Det begrundes bl.a. med følgende:

"Det er et grundlæggende retssikkerhedsprincip med hensyn til udformningen af straffebestemmelser, at man så nøjagtigt som muligt bør beskrive de gerningstyper, for hvilke der foreskrives straf. Dette strafferetlige legalitetsprincip er navnlig begrundet med hensyn til borgerne, som har et rimeligt krav på at kunne skaffe sig kendskab til afgrænsningen af det strafbare område. Dette synspunkt har bl.a. fundet udtryk i straffelovens § 1, som fastslår det for strafferetten særegne retsprincip, at der kun kan pålægges straf for et forhold, hvis strafbarhed er hjemlet ved lov, eller som ganske kan ligestilles med et sådant forhold. For begrundelsen af legalitetsprincippet er det uden primær betydning, om man har større eller mindre sympati for personer, som er interesserede i at anstille beregninger over, hvad de straffrit kan foretage sig på kanten af loven. Princippetets formål er i første række at forhindre, at nogen rammes af straf, uden at han i forvejen gennem regelfastsættelsen er advaret om, at den pågældende handlemåde er kriminaliseret.

Det er desuden vigtigt, at domstolene ikke bringes i den situation at skulle udøve den faktiske lovgivende virksomhed, for så vidt angår spørgsmålet om, hvad der skal anses for kriminelt. Særlig på områder, hvor reglernes anvendelse forudsætter, at der anlægges moralske eller politiske målestokke på en vis handlemåde, er det vigtigt, at lovgivningsmagten i videst muligt omfang har truffet bestemmelse om arten og indholdet af disse målestokke. (Straffelovrådets udtalelse om økonomisk kriminalitet, Kbh. 1974, p. 43).

Justitsministerens redegørelse for folketinget er i fuld overensstemmelse med straffelovrådets udtalelse.<sup>72)</sup> Han påpeger sammenhængen mellem nulla poena sine lege-grundsætningen, præcisionskravene til straffelovsbestemmelser og arbejds- eller magtfordelingen mellem domstole og lovgiver.<sup>73)</sup>

-----

72) Folketingstidende. Forhandlingerne 1972/73 sp. 5950-5957.

73) Særlig sp. 5955-5956.

Debatten omkring denne redegørelse sp. 6061-6140) er ikke ligefrem præget af udelt tilslutning til ministerens synspunkter. <sup>74)</sup> Imidlertid er der næppe væsentlige afvigelser på det berørte punkt: præcisionskrav i straffeloven; dog synes N. Helveg Petersen at hævde, at domstolenes uafhængighed er fornøden garanti for en fornuftig administration af en generel straffebestemmelse. <sup>75)</sup>

Under folketingets senere behandlinger af forskellige ændringsforslag til borgerlig straffelov synes holdningen at være mere positiv over for en anerkendelse af præciseringskravet. Det bør bemærkes, at straffelovrådet afgav en ny og mere detaljeret udtalelse forud for disse behandlinger. Denne udtalelse er imidlertid med hensyn til det her omhandlede spørgsmål uden væsentligt nyt i forhold til den ovenfor citerede udtalelse. Dog bør bemærkes, at det om følgerne af en eventuel vedtagelse af Grells forslag udtrykkeligt fremhæves:

"Domstolene vil med andre ord komme til at udøve den faktiske lovgivende virksomhed på disse områder." <sup>76)</sup>

Der er under folketingets behandlinger af disse forskellige forslag støttepunkter for den af straffelovrådet hævdede opfattelse. <sup>77)</sup> Måske bør det nævnes, at Ole Espersen ikke finder, at afgørende interesser taler imod gennemførelsen af en bestemmelse som den af Grell foreslåede. <sup>78)</sup> Dog stiller Socialdemokratiet i næste folketingssamling under debatten af samme emne forslag om en generel straffebestemmelse efter straffelovrådets model og anerkender altså for så vidt kravet om en fastere formuleret regel end den af Grell skitserede. <sup>79)</sup>

Fra debatten i denne samling kan nævnes, at både Brusvang og justitsministeren påpeger magtfordelingsspørgsmålet. <sup>80)</sup> Resultatet af disse forhand-

-----  
74) Sp. 6061-6140.

75) Sp. 6129.

76) Denne udtalelse er optrykt samme sted som den førstnævnte udtalelse, jfr. p. 39.

77) Folketingstidende. Forhandlingerne 1973/74 sp. 1050 og 1053.

78) Sp. 1046.

79) Jfr. Betænkning afgivet den 27. maj 1975 over forslag til Lov om ændring af borgerlig straffelov, aftaleloven m.v., ændringsforslag 5, Folketingstidende 1974/75, 2. samling sp. 538-550.

80) Folketingstidende. Forhandlingerne 1974/75 sp. 590 og 594.

linger i folketinget bliver vedtagelsen af et lovforslag, senere stadfæstet som lov nr. 250 af 12. juni 1975 om ændring af borgerlig straffelov, aftaleloven m.v. (Bekæmpelse af skadelig økonomisk virksomhed m.v.). Loven indeholder en ændring af nogle af straffelovens bestemmelser, men indfører ikke en generel straffebestemmelse hverken efter Grells skitse eller straffelovrådets model. Videre indeholder loven en ændring af aftaleloven, således at denne får indført en generalklausul.

Der er grund til at fastslå, at såvel teori som praksis opfatter præciseringskravene til lovgivningen som væsentligt stærkere i strafferetten end i civilretten. Videre er der begge steder en ikke ubetydelig tendens til at forbinde kravene med magtfordelingslæren, hvilket i relation til traditionel statsretlig teori er ensbetydende med grl. § 3. Der er imidlertid grund til at påpege, at den nærmere begrundelse for præciseringskravet er nuanceret. I straffelovrådets udtalelse lægges vægt på, at borgeren skal have mulighed for at kende reglerne for sine eventuelle handlinger, således at han kan vurdere disse handlingers retlige følger. Altså et klart retssikkerhedssynspunkt. Der lægges særlig vægt på præciseringskravet i relation til politisk - eller moralsk - betonedede vurderinger. Man kan opfatte dette sidste på to måder. Dels således at politiske spørgsmål bør afgøres af lovgiver - vel fordi denne er demokratisk legitimeret i højere grad end domstolene. Dette synspunkt, som synes at svare ret nøje til straffelovrådets bemærkninger, er nærmest et spørgsmål om, hvem der skal udøve hvilken magt, altså det der ovenfor flere gange er beskrevet som magtfordelingssynspunktet. Man kan imidlertid også anskue de politisk betonedede strafspørgsmål under en lidt anden synsvinkel. Man kan hævde, at jo større spillerum domstolene får på dette område, jo større risiko er der for, at domstolene vil tage politiske hensyn og dermed altså større risiko for politiske overgreb mod hævdede lovovertrædelser. Denne betragtningsmåde kan forenes med straffelovrådets udtalelser. Når den ikke er udtalt udtrykkeligt i disse udtalelser, kan det tænkes at hænge sammen med, at den let vil kunne opfattes som en mistillidserklæring til domstolenes uafhængighed og upartiskhed. Den er imidlertid klart fremhævet i folketinget, hvor Thestrup under forespørgselsdebatten udtaler:

"Man kunne endog tænke sig, at en sådan lovbestemmelse kunne anvendes politisk, og det må vi i hvert fald tage bestemt afstand fra." 81)

Omvendt kan man se, at det udelukkende er dette aspekt N. Helveg Petersen tænker på, når han afviser betænkelighederne mod en generel straffebestemmelse med en henvisning til noget i retning af en tillidserklæring til

-----  
81) Folketingstidende. Forhandlingerne 1972/73 sp. 6072.

til vore domstole. <sup>82)</sup>

Bortset fra, at Helveg Petersen helt overser de muligheder en regeringsstyret anklagemyndighed - jfr. rpl. § 712 - har med vagt formulerede straffebestemmelser, <sup>83)</sup>udtrykker han en i teorien udbredt holdning. Nyere forfatningsretlige teori ser netop garantien for borgerens retssikkerhed i, at straffesagerne afgøres af uafhængige domstole.

Der er to helt ledende principper for teorien. Lovgivers demokratiske mandat taler for en som udgangspunkt ubegrænset kompetence, til trods for at grl. § 3 bygger på en adskillelse af statsmagts funktioner, og altså synes at forudsætte, at der er forskellige funktioner, og at lovgiver kun skal udøve den ene. Denne tillid til det formelle demokrati er ovenfor behandlet i afsnittet om demokratiet som trøsteargument. <sup>84)</sup> Det andet ledende princip er, at retssikkerheden garanteres ved, at sager afgøres af domstolene. Domstolene er i grundloven i et vist omfang sikret mod regeringspression. Denne uafhængighed gør, at der er basis for en betydelig tillid til, at domstolene vil modstå eventuelle forsøg på politisk pression. Dette ræsonnement er givetvis korrekt. Spørgsmålet er imidlertid, om det ikke er overspillet i teorien. Som det fremgår af den forudgående gennemgang af magtadskillelenslærer, specielt hos Montesquieu, bygger denne ikke på en sådan tillid. Dens krav om funktionernes adskillelse er tværtimod begrundet med, at man ikke bør give noget organ magt til at udøve flere af funktionerne. Hvis man muliggør en sådan funktionssammenblanding, er der risiko for magtmisbrug, og selve risikoen er tilstrækkelig til at retssikkerhedskravet ikke er opfyldt. <sup>85)</sup> At tillægge domstolenes begrænsede uafhængighed efter grl. § 64 en sådan vægt, at man afviser behovet for og nødvendigheden af de øvrige garantier borgeren har, er at overspænde buen. Det kan ikke tjene

-----  
82) Sp. 6129.

83) Se herom B. Unmack Larsen: Anklagemyndighedens forhold til advokatstanden, J. 74 p. 69-81. Retsstaten siges her at opstille et krav til lovgiver om: "en nogenlunde skarp og velafgrænset beskrivelse af, hvad der skal anses for strafbart, er nødvendig, hvis man vil beskytte borgerne, og vel at mærke de borgere, som er i mindretal med en bestemt opfattelse af, hvad samfundsmæssige hensyn kræver, mod statsmagten. Uden sådanne af lovgivningsmagten fastsatte grænser ville enhver være nådeløst prisgivet politi- og anklagemyndighedens undersøgelsesvirksomhed og politistaten dermed være rykket et skridt nærmere", p. 72. P. 77 viser, at vage og upræcise straffebestemmelser alene anses for et 'praktisk besvær's problem i forhold til domstolene. Garantierne hævdes her at være lægdommere, processuelle garantier og fuld offentlighed. Disse gør, "at der ikke fra den side lurer nogen større fare for den enkelte borger." Betænelighederne knytter sig altså til anklagemyndighedens anvendelse af de vage regler. Se iøvrigt Venstres forslag i Betænkning af Forfatningskommissionen af 1937 p. 2431 om en uafhængig anklagemyndighed.

84) P. 45-53.

85) Jfr. p. 149 med note 50.

som legitimation for Helveg Petersens synspunkt, at man netop ved forholdsvis vagt formulerede strafferegler giver domstolene de bedste muligheder for at træffe den rigtige afgørelse. Dertil er dette argument i for åbenlys modstrid med hele magtfordelingsideologien. <sup>86)</sup>

Imidlertid er problemerne i forbindelse med vagt formulerede straffebestemmelser, som straffelovrådets ovenfor citerede udtalelse viser, ikke udelukkende et spørgsmål om risikoen for politiske overgreb. Det er desuden et spørgsmål om borgerens mulighed for at kende de regler, han skal rette sig efter, og et spørgsmål om det er domstolene eller lovgiver, der afgør det politiske spørgsmål om, hvad der er ulovligt, og i hvilken grad forskellige forhold skal sanktioneres.

I det omfang lovgiver overlader den nærmere præcisering af lovene til domstolene, er borgerens muligheder for at få kendskab til reglerne betydeligt forringede. Rent bortset fra, at der indtil domstolene har afgjort en række sager, ingen regler findes. I et vist omfang kan reglerne fortolkes ud fra de afsagte domme, i et vist omfang fremgår de alene af højesterets voteringsprotokoller. Borgerens krav på, at lovene kundgøres, som har nær tilknytning til magtadskillelsen, tilsidesættes i jo højere grad loven efterlader fortolkningstvivil. Det er i denne forbindelse en anomali, at landets øverste domstol, når den skal tage stilling til fortolkningstvivil, søger oplysning i egne hemmelige voteringsprotokoller. <sup>87)</sup> Man afgør fuldt bevidst sagerne

-----

86) Se iøvrigt Wright: The Federalist 1966 p. 356 (no. 51): "If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.", Viggo Hørup: Retning til venstre. Artikler og taler ved Ebbe Reich, Kbh. 1968 p. 187-188: "Vor kriminelle Retspleje hviler paa det skændigste af alle Principper, paa Tillid til Dommerne. Medens et System er honnet i samme Grad som det er gennemtrængt af Mistænksomhed, omgærdet af Garantier, underkastet Kontrol, aabenlyst, offentligt, ansvarligt, ligger hele Strafferetsplejens Sikkerhed i Tilliden til Personerne." Måske Holberg 1969, I, p. 301: "Her er dog at merke, at udi nogle Lande den Kongelige Magt er absolut, saa at en Monarch kand forrette alle Sager efter eget Tykke, ikke efter visse foreskrevne Love, alleeneste at han i Agttager Naturens Ret. Saadan absolut Magt haver udi sig selv intet ubilligt, men overdrages Regenterne udi den Henseende, at Regieringen derved kand blive des beqvemmere og tryggere." !

87) Jfr. om voteringsprotokollerne Jørgen Mathiassen: Højesterets voteringer som retskilde, U 1976 B. p. 61-75, der slår til lyd for øget adgang til protokollerne.

delvis ud fra regler, som offentligheden nægtes adgang til. Forholdet har en vis lighed med den ovenfor omtalte cirkulæreproblematik: hvis borgeren ønsker at påberåbe sig et cirkulære ved domstolene, kan administrationen blot henvise til, at det vil være i strid med domstolenes uafhængighed, om man rettede sig efter cirkulæret. Her har man altså også sine egne regler - og vel at mærke sine egne.

Den anden problemstilling er ikke i samme grad af retssikkerhedsmæssig karakter. Det betragtes nærmest som et grunddogme, at domstolene skal tillægges ganske betydelig spillerum ved straffastsættelsen. Således siger v. Eyben i sin disputats om strafudmåling:

"Spørgsmålet er, om ikke udmåling i sit inderste væsen er et dommeranliggende, som lovgiver kun kan gribe ind i med fare for, at der i det enkelte tilfælde opstår uretsfærdigheder, eller at domstolene drives til mere eller mindre fromme bedrag for at opnå heldige resultater." 88)

Det, der her kaldes et dommeranliggende ifølge sit inderste væsen, er spørgsmålet om, i hvilken grad samfundet bør reagere over for forskellige forbrydelser. Det synes ifølge sit inderste væsen at være et endog centralt politisk spørgsmål.

Også fra anden kompetent side er det hævdet, at domstolene bør gives betydeligt spillerum ved straffenes udmåling. Således udtaler Waaben:

"Hvorfor skal vi på forhånd afskæres fra at udforme sanktioner, der kan anvendes bl.a. under hensyntagen til deres formålstjenlighed i de enkelte tilfælde?" 89)

Også her gøres de politiske spørgsmål til teknisk-juridiske, uanset det teknisk-juridiske kun eksisterer i kraft af, at loven ved ikke at efterlade noget

-----

88) v. Eyben: Strafudmåling, Lovens Rammer og Dommerens Udfyldning, Kbh. 1950 p. 5.

89) Waaben: Andre sider af "strafferettens forfald", Bemærkninger til lektor Bent Unmack Larsens omtale af forslagene vedrørende særforanstaltninger, J. 73 p. 140. Indlægget er som titlen angiver rettet mod Bent Unmack Larsen: Strafferettens forfald. Bemærkninger til straffelovrådets forslag om de strafferetlige særforanstaltninger, J. 73 p. 121-133, hvor garantier mod misbrug stilles op mod muligheder for konkrete rimelighedshensyn. Specielt bemærkes, at retssikkerhedsproblemet også ses i lyset af ønsket om at sikre mod politisk forfølgelse. Den ideologiske baggrund for de skønmæssige bestemmelser er i vidt omfang en special-præventiv grundholdning, jfr. Honkasalo: Nulla poena sine lege, Indlæg på 17. nordisk juristmøde, 1937. Optaget i Forhandlingarna å det sjuttonde nordiske Juristmötet, Helsingfors 1938, p. 37-50 og Ross: Skyld, ansvar og straf, Kbh. 1970, p. 101-154. Gennemslagskraften i denne holdning hænger antagelig sammen med en anden holdning, at retssikkerhedskravet primært er begrundet i problemerne omkring de uskyldigt dømte. Således Lars Busk: Retssikkerhed og fængselsstraf, J. 75 p. 110 og p. 129, note 23 og Troels G. Jørgensen: Om Retter i Mod-sætning til Domstole og administrative Myndigheder, Kbh. Nat 1927 p. 12.

spillerum gør sin anvendelse til en teknisk-juridisk opgave. Faren for, at en person eller et organ tiltager sig en politisk rolle, bliver ikke mindre ved, at det hævdes, at hans eller dets funktion alene er teknisk - snarere tvært imod.

Også i den forfatningsretlige litteratur findes opfattelsen af, at strafudmålingen er domstolenes sag. Således citerer Max Sørensen - med tilsyneladende tilslutning - en justitsministers udtalelse.<sup>90)</sup> Udtalelsen er foranlediget af et spørgsmål til ministeren, om han ikke finder anledning til en skærpet domspraksis over for biltyve m.fl. Ministeren svarer, at domstolene selvstændigt udmåler straffene inden for de i lovgivningen fastsatte rammer og fortsætter:

"Ønsker man på det politiske plan at påvirke denne strafudmåling, må det ske ved lovgivning. At et lands justitsminister ikke gennem generelle eller konkrete påbud kan eller bør dirigere domstolenes udmåling, er en selvfølge i en retsstat."

Justitsministeren har ret i, at han ikke kan foranledige en skærpelse af domspraksis. Dette skyldes imidlertid, at han efter det traditionelle legalitetsprincip ikke har hjemmel hertil.

Løvrigt vil det være direkte i strid med loven, om justitsministeren gav sig til at indskrænke den ramme, lovgiver udtrykkeligt har givet domstolene. At hævde, at enhver justitsministeriel ændring af domstolenes praksis er i strid med retsstatens princip, er imidlertid for vidtgående. Hvis lovgiver giver ministeren bemyndigelse til i bekendtgørelsesform at fastsætte generelle regler om straffens størrelse, vil dette ikke på nogen måde indskrænke retssikkerheden. Tværtimod vil borgeren have rimelige muligheder for at få viden om straffens størrelse og lovgiver større mulighed for at kontrollere, at de forskellige straffe er i overensstemmelse med befolkningens og folketingets holdning til de forskellige forbrydelser og forseelsers dadelværdighed. Alternativet til sådanne bekendtgørelser er i et vist omfang, enten at man på nye områder må prøve køre en række sager op til landsretterne, eventuelt højesteret, for at få fastlagt niveauet for straffen eller, at landsretterne, eventuelt højesteret, underhånden må meddele underretterne, hvor man mener niveauet skal ligge. Der er for så vidt intet odiøst i det sidste, tværtimod må det hævdes at være en styrkelse af retssikkerheden, at domstolene hurtigst muligt får fastlagt et niveau. Imidlertid vil en sådan niveaufastlæggelse næppe komme til borgernes kundskab. Man opfatter måske forholdet således, at hvis man i generel form meddelte offentlig-

-----  
90) Max Sørensen 1973 p. 157.

heden, hvor niveauet skulle ligge, havde man overskredet sin kompetence, idet man klart havde fremtrådt som lovgiver.

At domstolene må overlades et vist spillerum ved fastlæggelsen af den enkelte sanktion, skal ikke bestrides. Et sådant spillerum er ganske enkelt nødvendigt, da straffelovgivningen i modsat fald ville blive helt uoverskuelig. Det har alene været formålet at påpege, at den ovenfor citerede argumentation ikke har forfatningsretlig karakter, men at den tværtimod i et vist omfang hindrer en forfatningsmæssigt forsvarlig løsning af problemerne. Det kan i denne forbindelse nævnes, at det norske Storting i 1950 forsøgte at skærpe straffen for skattesnyderi ved at forhøje strafferammen, men at for- søget mislykkedes! <sup>91)</sup>

#### V. Strafferetsplejen og grl. § 3.

Som nævnt lægger Max Sørensen i sin fortolkning af grl. § 3 særlig vægt på bestemmelsens betydning inden for strafferetsplejen. Dette sker ved en skarpere afgrænsning end i hidtidig teori af de tilfælde, hvor lovgiver kan overlade til forvaltningen at idømme straf. <sup>92)</sup> Han fastslår her, at det kun er pålæggelsen af bøder, der kan overlades til administrationen. Den måde, Max Sørensen anskuer forholdet mellem grl. § 3 og strafferetsplejen, er altså den fra magtfordelingslæren velkendte, at en funktion henlægges til det organ, der må anses for bedst egnet til at varetage funktionen. I disse tilfælde er der væsentlige retssikkerhedshensyn, og disse bevirker, at sagerne skal afgøres af domstolene. Dette får også den virkning, at lovgiver ikke selv kan afgøre skyldsspørgsmål og altså dømme den enkelte.

-----

- 91) Jfr. Eckhoff: Juss og politikk (Kritisk juss ved Bratholm og Sundby, Oslo 1976) p. 43-44.
- 92) Spørgsmålet er diskuteret bredere i Johannes Ussing: Om Afgjørelsen af Tvistigheder med Forvaltningen, særlig om Administrative Retter, Kbh. 1893 p. 48-51, hvor det siges: "Idømmelse af Straf er ifølge Nutidens Lovgivninger Domstolenes Sag. Statens Tvangsmyndighed ytrer sig her paa en saa indgribende Maade, at det maa opstilles som en Fordring baade, at Straf ikke paalægges uden i Kraft af en Lov, og at Myndigheden, der ikender den, frembyder den størst mulige Garanti for Lovens rette Anvendelse." Ussing fortsætter med at fastslå, at administrative myndigheder kun i undtagelsestilfælde er kompetente til at idømme straf. Dernæst inddeles disse undtagelser i tre kategorier: 1) disciplinærstraffe over for embedsmænd, 2) visse ordensstraffe. F.eks. akademiske myndigheders disciplinærmyndighed, fattigvæsnets myndighed og i strafanstalter og tvangsarbejdsanstalter, 3) vedrørende afgiftsovertrædelser (typisk foreløbige).

Det er ovenfor påvist, hvorledes Max Sørensens fortolkning - og dermed den tidligere forfatningsretlige teori - er utilstrækkelig både, fordi den er uklar i afgrænsningen af lovgivers kompetence, og i særdeleshed fordi den ikke yder borgeren nogen reel sikkerhed mod overgreb fra lovgivers side. Den er i sit udgangspunkt bundet til at betragte spørgsmålet om grl. § 3 og retssikkerheden som et spørgsmål om forholdet mellem funktionen og organet. Ved grundlovens givelse har hovedproblemet i denne relation givetvis været at beskytte borgeren mod overgreb fra regeringens side. Det væsentlige har derfor været, at funktionen henlægges til organer, der er uafhængige af regeringen. Man fortolker derfor grl. § 64 om, at dommerne i deres kald alene har at rette sig efter loven, således at det primært er de formelle love, der hentydes til. Dog accepterer man naturligvis, at også bekendtgørelser og retssædvaner er omfattet af udtrykket loven. Bestemmelsen fortolkes med andre ord som en henvisning til en ny retskildelære, hvor reglerne - i fuld overensstemmelse med enevældens afskaffelse - udgår fra det folkevalgte organ.

Efter parlamentarismens indførelse er det nærliggende i et vist omfang at betragte lovgiver og regering under ét. Der er således behov for en beskyttelse af domstolenes uafhængighed ikke blot over for regeringen, men også over for folketinget. Dette bevirker, at justitsministeren - med Max Sørensens tilslutning - udtaler, at det vil være i strid med retsstatens principper, om domstolene var bundet af folketingets udtalelser om straffens størrelse, det være sig generelle som konkrete. Som nævnt er denne opfattelse ikke holdbar for så vidt angår folketingets generelle udtalelser. Omvendt er folketingets udtalelser om, hvilken straf der bør tildeles i en konkret sag, lige såvel i strid med retsstatens princip, som lovgivers udtalelse i lovsform om samme spørgsmål, ganske enkelt fordi "loven" i grl. § 64 betyder lov i material forstand, altså en generel retsforskrift. Når domstolene skal være funktionelt uafhængige, er det for at deres afgørelse over for den enkelte borger ikke skal påvirkes af de politiske organer. Grl. § 64 er således ikke en regel om lovgivers primære kompetence til at udstede retsforskrifter, men primært en regel om begrænsninger i lovgivers adgang hertil. Domstolenes afgørelser skal træffes efter generelle regler, således at borgeren ikke bliver offer for en politisk magtkamp.

Problemet om forholdet mellem folketingets udtalelser og domstolenes uafhængighed har været fremme i en dagbladss Diskussion mellem Ole Krarup og Stig Jørgensen. Omend spørgsmålet ikke vedrører en privatretlig tvist, belyser den problemet på en udmærket måde. Ole Krarup gør i denne Diskussion gældende, at en folketingsvedtagelse af 30. marts 1976, som bl.a. udtaler: "Folketinget konstaterer, at aftalen mellem staten og Christiania udløber 1. april 1976" er i strid med grundlovens magtadskillelærelære, fordi den fremsættes ca. 14 dage efter, at Østre Landsret ved kendelse har bestemt, at retssagen mellem Christiania

og staten skal realitetsbehandles. Det centrale spørgsmål i denne sag er ifølge Krarup netop, hvorvidt Christianias brugsret ophører 1. april 1976. Selve argumentet for grundlovsstridigheden lyder: "Det korte af det lange er, at Folketinget udøver et grundlovsstridigt pres mod domstolene. Selv om kammeradvokaten i retten har bedyret, at denne folketingsbeslutning ikke er bindende, har den alligevel på trods af sin retsstridighed en enorm påvirkningseffekt: Det hører ikke til dagens orden, at domstolene tilsidesætter Folketingets vedtagelser; det har domstolene ikke indladt sig på de sidste 50 år. Hvorfor skulle de så gøre det nu?"

Heroverfor indvender Stig Jørgensen: "Selv om man nu skulle forudsætte, at Grundloven var gældende dansk ret og ikke bare en politisk tilkendegivelse, ville der ikke efter nogen lærebog i statsret være noget til hinder for, at folketetinget vedtager, at en sådan aftale ikke længere skal stå ved magt. Det har ikke det fjerneste med magtfordelingen at gøre; folketetinget kan så at sige vedtage alting, når det ikke ligefrem er forbudt i Grundloven."

Ole Krarup svarer med henvisning til Max Sørensen 1973 p. 157 om det grundlovsstridige i, at folketetinget "eller nogen anden politisk instans" forsøger at øve indflydelse på domstolenes afgørelser, også selv om det sker i erkendelse af, at der alene er tale om et politisk pres.

Det af Ole Krarup påberåbte citat fra Max Sørensen understreger netop, at det ikke alene er folketetinget, der er afskåret fra at øve indflydelse på domstolenes afgørelser, men enhver politisk instans. At også lovgivningsmagten er en politisk instans, vil ingen bestride. Alttså må domstolene også være beskyttet mod, at lovgiver øver indflydelse på deres afgørelse. Samtidig skal domstolene rette sig efter "loven". Den eneste mulighed for at harmonisere disse ting er at læse § 64 således, at generelle forskrifter er bindende for domstolene, medens lovgiver er afskåret fra at vedtage love om, hvorledes den enkelte sag skal afgøres. Som det kan ses af diskussionen, forsvinder dette retssikkerhedssynspunkt helt i Stig Jørgensens formelle demokratiske udredninger. Det bør iøvrigt bemærkes, at medens Krarup taler om "magtadskillelse", bruger Stig Jørgensen termen "magtfordeling". Jfr. Ole Krarup: Medens vi venter på dommen, Aarhus Stiftstidende 18. januar 1977, Stig Jørgensen: Juristen som politiker, samme sted den 22. januar 1977 og Ole Krarup: Diskussionsteknik og mistænkeliggørelse, samme sted den 29. januar 1977.

Se iøvrigt Marshall 1971 p. 120-121 om et tilfælde fra Ceylon, hvor man fra parlamentets side efter et mislykket kupforsøg i 1962 gennem tilbagevirkende procesregler forsøgte at påvirke domstolenes afgørelse af retssagerne mod kupmagerne.

Efter parlamentarismens indførelse er det som nævnt i et vist omfang nødvendigt at betragte folketeting og regering under ét. Det ligger netop i systemet, at regeringen som oftest vil have et flertal i folketetinget bag sig. Det er derfor nødvendigt, hvis borgeren skal beskyttes mod vilkårlighed fra de politiske organer, at beskyttelsen også rettes mod lovgiver. Dette er ensbetydende med en begrænsning af lovgivers kompetence. Som ovenfor påvist er denne begrænsning tydeligt fremhævet i magtadskillelslæren, i et vist omfang i teorien og i folketingets - rigsdagens - praksis. Begrænsningens formål er, som af Poul Andersen klart formuleret som den bærende

ide i magtadskillelsen: at borgeren sikres mod uforudseelige følger af sine handlinger.<sup>93)</sup> Dette sker dels ved et forbud mod, at lovgiver selv afgør straffesager mod den enkelte borger - eller overhovedet uden særlig hjemmel lovgiver for den enkelte borger. Desuden opstilles et forbud mod, at der gives skærpende straffelove tilbagevirkende kraft, og endelig opstilles et forbud mod vage straffebestemmelser, hvilket sidste dog i sig selv er upræcist og derfor i de fleste tilfælde alene vil fremtræde som et retspolitisk princip.<sup>94)</sup>

-----  
93) Jfr. ovenfor p. 201-202.

94) Der er en lidt besynderlig argumentation i Forfatningen til Debat, Socialdemokratiets forfatningsudvalg, 1971 p. 33, hvor man foreslår forbud mod straffelove med tilbagevirkende kraft bl.a. med den begrundelse, at man i fredelige tider må udforme de nødvendige straffebestemmelser. Som forbillede nævnes revisionen i 1952 af straffeloven, kapitlerne 12 og 13. Disse bestemmelser udmærker sig nærmest ved deres betænkelige vaghed! Det synes som om, man ikke anerkender enheden i de ovenfor tre refererede axiomer.

## Kapitel IX

### DEN DØMMENDE MAGT OG CHECKS AND BALANCES

I de to foregående kapitler er behandlet domstolenes kompetence i forhold til borgerne. Først om domstolenes ret til at afgøre borgernes indbyrdes retstvister er en del af den dømmende magt i grl. § 3. Dernæst er det tilsvarende spørgsmål behandlet for så vidt angår domstolenes ret til at idømme borgerne straf.

I det følgende vil det blive undersøgt, om domstolenes kompetence til at efterprøve andre statsorganers beslutninger er en del af den dømmende magt i grl. § 3.

De afgørelser, der kommer på tale i denne forbindelse, er dels forvaltningens og dels lovgivers. At domstolene har en kompetence til at efterprøve forvaltningens beslutninger følger af grl. § 63. Der er således ingen tvivl om, at den ikke kan berøves dem ved lov. Det kan derfor være nærliggende helt at undlade at tage stilling til, om denne kompetence er indeholdt i den dømmende magt eller ej. Det er imidlertid allerede flere gange i denne afhandling søgt påvist, at en række spørgsmål om forskellige kompetencers henførelse til grl. § 3 er uden direkte betydning for den gældende retstilstand. Når disse spørgsmål alligevel er søgt besvaret, er det fordi, deres besvarelse er nødvendig for at nå en helhedsopfattelse af grl. § 3. Når § 63-prøvelsens forhold til grl. § 3 i det følgende bliver taget op, er det fordi, formålet med dette kapitel er videre end overskriften om emnet umiddelbart antyder. En væsentlig grund til en særlig behandling af domstolenes kompetence til at prøve de andre organers beslutninger er, at disse kompetencer er grundigt analyserede i teorien. Det er derfor rimeligt at bruge den som udgangspunkt for en generel stillingtagen til spørgsmålet, om grl. § 3 omfatter de forskellige organers kompetencer over for hinanden. I denne relation har det interesse at se på den del af teorien, der har argumenteret for § 63-prøvelsens indfortolkning i grl. § 3.

Domstolenes kompetence til at efterprøve lovgivers beslutninger adskiller sig fra kompetencen over for forvaltningens afgørelser ved, at den ikke har direkte hjemmel i grundlovens ordlyd. Det kan derfor hævdes at være et åbent spørgsmål, om man ved lov kan berøve domstolene prøvelsesretten. Som værn mod en sådan lov har været anført, at prøvelsesretten er indeholdt i grl. § 3 og derfor ikke kan ophæves uden ved grundlovsændring. Dette er

det eneste sted, hvor spørgsmålet om en relation mellem organerne er indeholdt i grl. § 3, har betydning for den forfatningsretlige tilstand.

Før parlamentarismen stadfæstedes i § 15 i 1953-grundloven kunne man måske have forventet en diskussion af, om folketingets ret til at kræve regeringens afgang, var en del af folketingets ret efter magtadskillelsen (grl. § 3). Måske skulle man snarere have forventet en principiel diskussion af, om ikke grl. § 3 er til hinder for en anerkendelse af parlamentarismen, der altså så måske efter 1920 måtte accepteres som en sædvane mod grundloven og derfor var på grundlovsplan. Når man hos Ross læser, hvorledes parlamentarismen fuldstændigt fjerner forudsætningen for grl. § 3,<sup>1)</sup> er det påfaldende, at bestemmelsen ikke er ført i marken imod parlamentarismen. Måske skyldes det, at spørgsmålet jo ikke var et spørgsmål, om rigsdagen skulle have indflydelse på regeringens sammensætning. Det var alene et spørgsmål, om det var folketinget eller landstinget, der skulle have den afgørende indflydelse. Diskussionen i forrige århundrede stod nærmest mellem, om grundlovens bestemmelse om kongens ret til at udnævne ministrene - 1866-grl. § 13 - indrømmede kongen en suveræn ret hertil, eller om folketingets placering i forfatningen, specielt vedrørende finanslovsbehandlingen, retfærdiggjorde, at folketinget krævede indflydelse på regeringens sammensætning.<sup>2)</sup>

Hvilke vanskeligheder, det kan medføre at sætte parlamentarismen i forhold til grl. § 3, er Max Sørensen's fremstilling et klart eksempel på.<sup>3)</sup> Det hævdes her, at magtfordelingen muliggør, at det ene organ kan drage det andet organ til ansvar. Næste side hævdes det at være et eksempel på brud på en principiel magtfordeling, at folketinget kan drage regeringen til ansvar. Der er næppe nogen mulighed for at fjerne denne modsigelse.<sup>4)</sup>

- 
- 1) Ross' fremstilling er langt fra ene om dette synspunkt. Se f.eks. Orlrik: Domstolene og Loves Grundlovmæssighed, TfR 1921 p. 228 og Claus Haagen Jensen & Carl Aage Nørgaard 1973 p. 23. For norsk ret se Per Stavang: Parlamentarismen i Norge, TfR 1976 p. 424.
  - 2) Jfr. Damm: Statsretlige Betragtninger, Kbh. 1884 p. 9-11, Per Salmonsson (red.): Den politiske magtkamp 1866-1901, Kbh. 1973 p. 73-74 og Claus Friiberg (red.): Forfatningskampen i Danmark 1866-1901 (Historiske kilder), Kbh. 1974 p. 38-41. Se iøvrigt Himmelstrup, 1948.
  - 3) Max Sørensen 1973 p. 166-167.
  - 4) Muligvis er forklaringen, at Max Sørensen går over til at betragte den specielle amerikanske version af magtfordelingen som udgangspunktet. Ifølge USA's forfatning har kongressen ingen mulighed for at kræve præsidentens afgang. Man kunne således fristes til at generalisere, at det er i strid med denne version af magtfordelingen, at det ene organ har indflydelse på det andet organs konstituering. Også en sådan slutning er imidlertid fejlagtig. Som bekendt har både præsident og kongres væsentlig indflydelse på konstitueringen af den amerikanske højesteret. En anden mulighed for at læse Max Sørensen's fremstilling, så selvmodsigelsen ophæves, er i den første passus at fortolke ordene "ansvar" som "retligt ansvar". Modsigelsen er da ophævet. Max Sørensen mener da, at fordelingen af de forskellige funktioner på forskellige organer muliggør en retlig kontrol med funktionernes udøvelse. Denne kontrol er altså betinget af en magtfordeling. Den politiske kontrol, som bl.a. parlamentarismen er udtryk for, er derimod et brud på magtfordelingen eller magtadskillelsen. Dette er ikke overbevisende. For det første er også den politiske kontrol betinget af en magtfordeling. For det andet er den retlige kontrol alene betinget af uafhængige domstole og ikke af nogen yderligere magtfordeling. Desuden er folketinget ikke undergivet noget retligt ansvar. Hvis Max Sørensen med ansvar mener retligt ansvar, er det altså ikke rigtigt, når han sammesteds hævder, "at al offentlig myndighed bør udøves under ansvar"

Man kunne mene, at spørgsmålet om domstolenes prøvelsesret med loves grundlovsforenelighed er så uddebatteret, at emnet er bedst tjent med at hvile. Det er rigtigt, at ikke mange forfatningsretlige spørgsmål er behandlet mere udførligt. Dette bevirker da også, at den foreliggende fremstilling helt undlader at omtale de fleste problemer i forbindelse med domstolenes prøvelse. Således er der ikke længere anledning til at diskutere, om domstolene har en prøvelsesret, lige så lidt som der i denne sammenhæng er grund til at behandle den foreliggende retspraksis. Også det idag måske mest interessante og betydningsfulde spørgsmål om intensiteten i domstolenes prøvelse lades uomtalt.<sup>5)</sup> Det er alene formålet at analysere de argumenter, der i teorien er fremført for, at prøvelsen er indeholdt i grl. § 3.

Som det har været tilfældet tidligere i denne fremstilling, giver også denne uklarhed eller uenighed i teorien anledning til en analyse af bestemmelsens ideologiske baggrund for her eventuelt at finde bidrag til fortolkningen af bestemmelsen.

#### I. Domstolsprøvelse af forvaltningens afgørelser.

Spørgsmålet om domstolenes kompetence efter udkastets § 63 til at prøve forvaltningens afgørelser er indeholdt i bestemmelsen i udkastets § 3 om, at de har den dømmende magt, er uomtalt på den grundlovgivende rigssamling.<sup>6)</sup> Ligeledes er spørgsmålet ubehandlet i J. E. Larsens Statsret.<sup>7)</sup> Bortset fra en enkelt undtagelse<sup>8)</sup> er det imidlertid opfattelsen i teorien i forrige århundrede, at § 63-prøvelsen ikke er indeholdt i grl. § 3.<sup>9)</sup>

-----

- 5) Jfr. Ernst Andersen 1953 p. 62-129, om "Revisionen af læren om domstolenes prøvelsesret over for love" og Peter Germer: Ytringsfrihedens væsen, Kbh. 1973 p. 93-110. Selv om domstolenes prøvelsesret her behandles også ud fra generelle synsvinkler såsom "demokrati" og "politisk tolerance", er der ikke noget bidrag til behandlingen af grl. § 3-problematikken.
- 6) Jfr. Beretning om Forhandlingerne paa Rigsdagen 1849, sp. 1527-1529 (Kommiteens betænkning), sp. 2465-2474 (1. bhd.) og sp. 3333-3336 (2. bhd. og afstemning).
- 7) Endvidere uomtalt i C. Goos og H. Hansen 1890.
- 8) V. C. Ussing 1863 p. 299, hvor prøvelsen hævdes at være en "lige-frem Anvendelse af Bestemmelsen i Grl. § 2. "Den dømmende Magt er hos Domstolene.""
- 9) Jfr. Nellesmann: Civilprocessens almindelige Deel, 3. udg., Kbh. 1887 p. 131 og p. 135-137, L. N. Friis: Nogle Bemærkninger om Betydningen af særegne Formforskrifter i Forfatningslovene til Iagttagelse ved Grundlovsforandringer TfR 1866, p. 51 og Holck 1869, II p. 247. H. Matzen 1895, I p. 278 og 282-283 er noget uklar på dette punkt.

Hos Berlin hævdes på en gang, at domstolenes prøvelse af anordningers lovlighed følger af sagens natur, og at domstolenes prøvelse efter grl. § 70 (nu § 63) er et brud på magtadskillelsesprincippet efter grl. § 2 (nu § 3) <sup>10)</sup>

Poul Andersen omtaler ikke forholdet. <sup>11)</sup> Ved Ross er der imidlertid ikke tvivl om, at kompetencen er omfattet af begrebet "den dømmende magt" i grl. § 3. Denne bestemmelse er jo ifølge Ross altomfattende og må derfor også omfatte denne kompetence. Til gengæld er Ross' bestemmelse af den dømmende magt alene en retspolitisk definition og kan derfor ikke uden videre sammenlignes med den øvrige teoris definition og bestemmelse af kompetencen. <sup>12)</sup>

Det er således kun en meget begrænset del af teorien, der henregner domstolsprøvelsen efter grl. § 63 til "den dømmende magt" i grl. § 3. Det er derfor overraskende at se Peer Lorenzen i afhandlingen om domstolenes prøvelsesret over for lovens grundlovsmæssighed hævde, at "det er almindelig anerkendt, at domstolene i kraft af Grl. § 3 ville have beføjelse til at tilsidesætte anordninger selv om Grl. § 63 ikke fandtes." <sup>13)</sup> Dokumentationen indskrænker sig forståeligt nok til henvisning til Berlin og Ross' fremstillinger. <sup>14)</sup>

Den eneste forfatningsretlige fremstilling, som uforbeholdent anser domstolenes prøvelsesret efter grl. § 63 for indeholdt i grl. § 3 er Max Sørensens Statsforfatningsret. <sup>15)</sup>

-----

10) Berlin 1939, II p. 71 og p. 65.

11) Dette gælder både Dansk Statsforfatningsret, 1954 og Dansk Statsforvaltningsret 1964.

12) Jfr. Ross 1966, II p. 532-535 og I, p. 231.

13) Studenterafhandlinger til Ugeskrift for Retsvæsen ved 100-års jubilæet 1967, Kbh. 1967 p. 127.

14) Som det fremgår af ovenstående udtaler Berlin ikke, at prøvelsen er indeholdt i grl. § 2 (nu § 3) men alene, at den følger af sagens natur.

15) Ud over de ovenfor nævnte fremstillinger kan nævnes, at i Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard 1973 p. 23 hævdes, at § 63-prøvelsen ikke er indeholdt i grl. § 3. Samme opfattelse er gjort gældende i Ole Krarup og J. Mathiasen 1973 p. 23. Derimod er forholdet ikke omtalt i sammes Prøvelse af forvaltningsakter, Kbh. 1972. I Ole Espersen 1973 omtales forholdet ikke udtrykkeligt - af p. 30-33 fremgår dog, at fremstillingen i vidt omfang bygger på Ross' specielle system. I Ole Krarup: Øvrighedsmyndighedens Grænser, Kbh. 1969, siges intet direkte om forholdet, dog nævnes p. 422-423, at man i Frankrig har benyttet magtadskillelse som dække for at nægte domstolene prøvelsesretten (revolutionslovgivningen). Bent Christensen resumerer i en artikel om Domstolskontrol med forvaltningen i U 76.109-118 argumenterne for domstolsprøvelsen i 3 grupper 1) retsstatstanken, 2) domstolenes stilling som øverste statsorgan og 3) en af utallige retssikkerhedsgarantier. Omend han flere steder anlægger forfatningsretlige synsvinkler på emnet, er det vanskeligt at sætte disse i relation til grl. § 3.

Max Sørensen behandler spørgsmålet i tre stadier: det ideologiske, grundloven ved dens givelse og endelig grundloven af idag. Således siges, at "problemet om retsforholdet mellem borgerne og offentlige myndigheder uden for strafferetsplejen" er "et problem, som ikke er klart placeret i den klassiske magtfordelingslære, men som i vor tid er rykket frem i forgrunden".<sup>16)</sup> Videre anføres, at grundlovens § 3 i sin oprindelse næppe har "taget sigte på spørgsmålet, om domstolene er kompetente til at afgøre en borgers retstvist med en administrativ myndighed i anledning af dennes myndighedsudøvelse."<sup>17)</sup>

Max Sørensen har utvivlsomt ret i de to fremsatte påstande. Desto mere overraskende er det, at han umiddelbart efter omtalen af § 3 med dens oprindelige indhold fortsætter: "Ikke desto mindre må denne funktion nu siges at være omfattet af begrebet "dømmende magt" i § 3."

Der angives ingen begrundelse for påstanden. Iøvrigt må det vel antages, at påstanden er af en art, der umuliggør argumentation. Der vil ifølge påstandens egen natur aldrig kunne påvises praksis til støtte for den, og selv om der kunne påvises en vis teoretisk opbakning bag påstanden, er det meget tvivlsomt, om teorien på et sådant område kan tillægges nogen som helst retskildemæssig betydning. Påstanden har alle de karakteristika, der tidligere i afhandlingen er blevet tilskrevet de vægtløse lodder.

Der er ikke i teorien leveret nogen overbevisende argumentation for, at domstolenes prøvelsesret efter grl. § 63 er indeholdt i "den dømmende magt" i grl. § 3. Ikke nok hermed, det er tilsyneladende meget vanskeligt at forestille sig, hvorledes en sådan argumentation skulle kunne gives.

## II. Domstolsprøvelse af love.

Spørgsmålet om grl. § 3 og domstolenes prøvelse af lovene adskiller sig fra spørgsmålet om forholdet mellem grl. § 3 og § 63 ved at dets besvarelse har forfatningsretlig betydning. Medens der i teorien alene findes uargumenterede påstande om forholdet mellem § 3 og § 63, er der gjort flere forsøg på at argumentere for, at domstolenes prøvelsesret mod love er indeholdt i grl. § 3. Det må netop, når henses til den foreliggende uenighed, være rimeligt at forvente, at argumenterne for, at grl. § 3 omfatter domstolenes kompetence over for lovgivers beslutninger, er så velovervejede som over-

-----  
16) Max Sørensen 1973 p. 151.

17) Max Sørensen 1973 p. 292.

hovedet muligt. Omvendt er der en række opfattelser, der ikke har nogen betydning - de tidligere omtalte vægtløse lodder - og derfor aldrig er blevet modsagt. De lever i vidt omfang som uovervejede og uargumenterede overleveringer.

Det er, fordi man må forvente en mønsterargumentation for, at domstolenes prøvelsesret er indeholdt i grl. § 3, at det kan være rimeligt at generalisere herudfra: Hvis det ikke lykkes teorien at argumentere overbevisende for denne påstand, kan der næppe argumenteres for, at andre relationer mellem organerne skulle være indeholdt i grl. § 3.

Påstandene om og argumenterne for, at domstolenes prøvelsesret er indeholdt i begrebet "den dømmende magt" er i vidt omfang foranlediget af en artikel, Ross skrev i 1958: Kan domstolenes kompetence til at prøve loves grundlovsmæssighed berøves dem ved lov? <sup>18)</sup> Spørgsmålet har hidtil alene været diskuteret af Poul Andersen.

Det er Poul Andersens opfattelse, at prøvelsesretten ikke kan ophæves ved lov, da den enten hviler på en grundlovsfortolkning, en principiel opfattelse af forholdet mellem lov og grundlov eller en retssædvane <sup>19)</sup>.

Heroverfor hævder Ross, at domstolenes prøvelsesret alene hviler på en retspraksis, idet den ikke er accepteret af samtlige de relevante aktører. Ifølge Ross' opfattelse må en retspraksis altid vige for en almindelig lovbestemmelse. Prøvelsesretten vil derfor efter Ross' opfattelse kunne ophæves ved almindelig lov. <sup>20)</sup>

Ross udtaler p. 180, at "det følger af almindelige retskildeprincipper, at retspraksis må vige for lovgivning og ikke omvendt. Afgørende er rangforholdet, ikke tidsforholdet". Hvad menes med "almindelige" principper? Menes der almindeligt anvendte eller almindeligt accepterede? Der er altid anledning til en vis skepsis, når vanskelige grænsetilfælde søges løst ved hjælp af almindelige principper eller regler. Ofte er situationen nærmest den, at medens der fra en side argumenteres for en undtagelse, hævdes det fra den anden side, at man bør følge hovedreglen. Ross' formulering virker elegantere, men dækker næppe over andet end en tom påberåbelse af retskildelæren. Hans argumentation kan dog også ses som et produkt af og en henvisning til synspunkterne i Theorie der Rechtsquellen fra 1929. Som flere

-----  
18) Oprindeligt offentliggjort i festskriftet til Poul Andersen, 1958. Samme år trykt i Statsretlige Studier, hvortil der i det følgende henvises.

19) Poul Andersen, 1954, p. 460-461. Jfr. 1944 p. 150, hvor prøvelsen antages at hvile på en retspraksis, men ikke en retssædvane.

20) Jfr. 1958 p. 175-181.

gange nævnt, er en af hovedteserne i denne afhandling, at en retskilde alene kan bestemmes ud fra sin placering i en retlig trinfølge. At der ud fra en sådan abstrakt retskildelære ikke er mulighed for en retspraksis ved siden af eller over loven er ikke overraskende. Det sjove er imidlertid, at en så abstrakt og retsfilosofisk begrundet retskildelære skal kunne give svaret på et omstridt forfatningsretligt spørgsmål.

Grundloven tillægger efter den helt overvejende opfattelse i teorien domstolene en kompetence ved siden af lovgivers således, at visse afgørelser alene kan træffes ved dom. Det er ud fra denne grundlovsfortolkning meningsløst ubetinget at hævde, at dom og lov kan placeres i en retlig trinfølge. Et sådant retsdogmatisk problem kan ikke løses med henvisning til en abstrakt teori.

Ross går imidlertid det skridt videre at fastslå, at selv om man måtte mene, at prøvelsesretten hviler på en retssædvane, ændrer det intet på det forhold, at prøvelsesretten vil kunne ophæves ved lov.

At en sådan retssædvane vil kunne ophæves ved lov, begrunder Ross med en henvisning til sondringen mellem sædvaner, der ændrer (eller præciserer)<sup>21)</sup> grundloven og de, der alene supplerer grundloven. Da den om diskutererede sædvaner alene er supplerende, må den sidestilles med de almindelige love, der supplerer grundloven, f.eks. valglov og ministeransvarlighedslov, og vil derfor som disse kunne ophæves ved almindelig lov.

I sin anmeldelse af Ross' Statsretlige Studier og Dansk Statsforfatningsret I tager Max Sørensen afstand fra påstanden om, at prøvelsesretten kan ophæves ved lov:

"Der foreligger en fast retspraksis, som forudsætter prøvelsesretten. I modsætning til Ross, der anser denne retspraksis som fritstående i forhold til grundlovens bestemmelser, mener jeg, at den kan og må anses som en fortolkning af grl. § 3, nemlig en præcisering af, hvilke beføjelser der omfattes af udtrykket "den dømmende magt". Den fortolkning, som domstolene anlægger af en grundlovsbestemmelse, supplerer og udfylder bestemmelsen og må derfor i den retlige trinfølge stå på samme trin som grundloven".<sup>22)</sup>

Max Sørensen anfører som argument for påstanden om trindhøjden, at man i forbindelse med 1915-grundlovsændringen anså det for umuligt ved almindelig lov at fastslå en fortolkning, der var i strid med højesterets fortolkning af hjemlen for Estrup-tidens foreløbige love og om rigsdagsmændenes immunitet.

Der er heri en vis afstandtagen fra Ross' mere logiske end juridiske sondring mellem retspraksis og domstolsfortolkning. Imidlertid er der - som Ross påpeger<sup>23)</sup> - ikke nogen argumentation for, at domstolenes praksis -----

21) Præciserende sædvaner omtales ikke i 1958, men er medtaget i 1966, p. 198-201.

22) J 59.450.

23) 1966 p. 199.

er resultatet af en fortolkning af grl. § 3. Max Sørensen siger alene, at der kan og må være det.

I den senere fremstilling i statsforfatningsret har Max Sørensen uddybet og delvis ændret begrundelsen for, at domstolenes prøvelsesret er indeholdt i grl. § 3. Det siges således:

"Spørgsmålet om prøvelsesretten er et spørgsmål om domstolenes forfatningsretlige kompetence. Det er følgelig et spørgsmål om, hvad der henhører under begrebet "dømmende magt" i grl. § 3. Den foreliggende sædvane går ud på, at domstolene er kompetente til at foretage efterprøvelsen, hvilket med andre ord vil sige, at prøvelsesretten er en del af den "dømmende magt". Sædvanen indebærer således en fortolkning af dette led i grl. § 3 og må derfor ligestilles med en grundlovsbestemmelse." 24)

Allerede i anden sætning når Max Sørensen til den afgørende konklusion: nemlig at spørgsmålet om prøvelsesretten er et spørgsmål om, hvad der skal forstås ved "dømmende magt" i grl. § 3. Den første sætning - eller påstand - er således argumentationen. 25)

Alene det forhold, at argumentationen indledes med den bestemte form af ordet 'spørgsmål', giver anledning til en vis skepsis. Der er jo nemlig flere spørgsmål om prøvelsesretten: om den eksisterer, på hvilket grundlag den eksisterer, og hvilket omfang den har - intensiteten i domstolenes prøvelse. Alle de nævnte spørgsmål kan imidlertid hævdes at være spørgsmål om domstolenes forfatningsretlige stilling. Det centrale begreb i begrundelsen er således ordet "forfatningsretlige".

Som Max Sørensen gør opmærksom på, kan ordet "forfatningsret" referere til to forskellige fænomener. 26) Man taler dels om forfatning i materiel forstand og forstår herved normerne for de øverste statsorganers tilblivelse og virksomhed. Endvidere anvendes begrebet i formel forstand som refererende til det i et enkelt dokument fikserede sæt af forfatningsbestemmelser. Selv om en formel forfatningsbestemmelse ofte indeholder en materiel forfatningsbestemmelse og omvendt, er der tale om to forskellige betydninger af ordet 'forfatning'.

-----

24) 1973 p. 306.

25) Der anføres således kun en præmis til støtte for konklusionen. Dette indebærer, at der må være forudsat en ikke omtalt præmis, da ingen konklusion kan drages af mindre end to præmisser, jfr. Jon Espersen: Logik og argumenter, en hjælp til kritisk tænkning, Kbh. 1971, p. 34-36, Jan Evers: Argumentationanalys för jurister, Lund 1970, p. 62-78.

26) 1973, p. 17-18.

Såfremt Max Sørensen i den første sætning anvender begrebet "forfatningsretlige" i dets formelle betydning, er sagen klar. Så er præmissen ensbetydende med en påstand om, at prøvelsesretten er en del af den skrevne forfatning. Der er da ingen grund til yderligere diskussion, for det er jo netop dette, Max Sørensen hævder at argumentere for.

Hvis Max Sørensen derimod antages at anvende ordet i dets materielle betydning, er præmissen ensbetydende med en påstand om, at domstolenes kompetence til at efterprøve loves forenelighed med grundloven er et spørgsmål om de øverste statsorganers virksomhed. Herom kan der ikke være andre meninger. Læser man videre, ser man imidlertid, at den næste sætning er udtryk for, at man herfra kan slutte til, at prøvelsesretten henhører under begrebet "dømmende magt" i grl. § 3. Denne slutning er isoleret set ikke på nogen måde gyldig. Den forudsætter nemlig en påstand om, at domstolene ikke kan have eller har kompetencer over for andre af de øverste statsorganer i medfør af andet retsgrundlag end grl. § 3.

På denne baggrund får det i foregående afsnit omtalte vægtløse lod betydning. Havde Max Sørensen ikke på dette sted påpeget, at domstolsprøvelsen med forvaltningen i dag er indeholdt i grl. § 3, havde hans argumentation for, at prøvelsesretten med love er indeholdt i bestemmelsen, ingen som helst gyldighed. Hvis man nemlig hævder, at § 63-prøvelsen ikke er omfattet af grl. § 3, ja, så er der overhovedet ingen grund til at slutte, som Max Sørensen gør: at den diskuterede prøvelse også er indeholdt i grl. § 3. Man kan altså med rette hævde, at værdien af den citerede argumentation fuldstændig afhænger af, om det er lykkedes Max Sørensen at argumentere for, at § 63-prøvelsen er indeholdt i grl. § 3. Som nævnt forsøgte Max Sørensen end ikke at argumentere herfor.

Max Sørensen har ikke på overbevisende måde argumenteret for, at domstolenes prøvelsesret er en del af den dømmende magt i grl. § 3.

Et andet forsøg på at henføre prøvelsesretten til grl. § 3 er gjort af Peter Germer i følgende:

"Det rigtige må efter min mening være, at udtrykket "den dømmende magt" i grl. § 3 indeholder en "fast kerne" 4, som unddrager sig regulering fra lovgivningsmagtens side, og når det først gennem retspraksis er fastslået, at domstolenes prøvelsesret over for loves grundlovsmæssighed kan indfortolkes i udtrykket "den dømmende magt", vil jeg mene, at denne fortolkning efter sin karakter må falde ind under den faste kerne i dette udtryk". 27)

-----  
27) Anmeldelse af studenterafhandlinger til Ugeskrift for Retsvæsen ved 100-års jubilæet 1967. J. 68, p. 357-358.

Germer omtaler her to problemer: 1) er domstolenes prøvelsesret en del af "den dømmende magt" i grl. § 3? og 2) hvis den er en sådan del, vil den da kunne ophæves ved almindelig lov i medfør af lovgivers almindelige adgang til nærmere at regulere, hvad der skal forstås ved "dømmende magt". Når det sidste problem behandles her, skyldes det, at Lorenzen i sin tidligere omtalte afhandling om domstolenes prøvelsesret hævder, at hvis prøvelsesretten alene er fæstnet ved en præcisering i retspraksis af udtrykket "den dømmende magt", vil den kunne ophæves ved lov.<sup>28)</sup>

Om det første spørgsmål siger - eller forudsætter - Germer alene, at det "gennem retspraksis er fastslået", at prøvelsesretten "kan" indfortolkes i "den dømmende magt" i grl. § 3.

Domstolene har som nævnt ikke udtalt sig om spørgsmålet. Når Germer heraf udleder, at det gennem retspraksis er fastslået, at man kan indfortolke prøvelsen, er der mildt sagt tale om en lettere omskrivning: retspraksis siger intet om emnet, altså siger retspraksis, at man godt kan. Der er hverken i Germers eller Lorenzens fremstilling argumenteret for, at prøvelsesretten hviler på en præcisering af "den dømmende magt" i grl. § 3. Det er alene hævdet, at det ikke er i strid med retspraksis. Det har det aldrig været, heller ikke før den første dom, hvor man foretog en prøvelse.

Den anden del af Germers argumentation er lige så interessant. Det hævdes her, at udtrykket "den dømmende magt" indeholder en kerne, og at man, når det er fastslået, at prøvelsesretten kan (eller skal) indfortolkes i grl. § 3, må anse prøvelsen for at tilhøre denne kerne. Det forekommer unægtelig noget besynderligt. Først er der tvivl om prøvelsen overhovedet er omfattet af bestemmelsen. Denne uklarhed afklares af retspraksis. Derefter er prøvelsesretten en del af kernen i udtrykket. Grunden til, at denne tankerække er påfaldende, er, at det vel er normalt at anse kernen af et givet udtryk for at udgøres af de tilfælde eller fænomener, der utvivlsomt er omfattet af bestemmelsen. Omvendt er det vel karakteristisk for de tilfælde eller fænomener, hvor der er tvivl, om de hører til et vist begreb, at tvivlen skyldes, at de ligger i periferien af begrebet. Hermed være ikke hævdet, at den fremsatte udtalelse ikke kan forsvares. Man kan nemlig opfatte 'kernen' som ensbetydende med alle de tilfælde eller fænomener, hvor der enten aldrig har været tvivl om deres forhold til begrebet, eller hvor en eksisterende tvivl er afklaret. Den sidstnævnte del af kernen er da blot udtryk for, at hvis domstolene har taget stilling

-----

28) Peer Lorenzen 1967 p. 128-130.

til fortolkningstvivilen, da er domstolenes afgørelse bindende for lovgiver.

Der har i Norge været ført en meget livlig debat om et tilfælde, hvor lovgiver ønsker at ophæve virkningen af domstolenes stillingtagen til en række tvivlsomme grundlovsspørgsmål.

Ved lov af 26. januar 1973 fik man bestemmelser om erstatning ved ekspropriation af fast ejendom. Før denne lov havde domstolene i en række sager været henvist til at bestemme erstatningen alene ud fra forfatningens § 105's krav om 'fuld Erstatning'. Domstolene havde således afgjort en række principielle spørgsmål, om lovgiver var bundet af domstolenes fortolkning. Når problemet kom skarpt frem, skyldes det, at de norske domstole kun mener sig berettiget til at tilsidesætte love, der er klart grundlovsstridige. Jeg skal ikke referere debatten udførligt, men alene nævne, at flertallet i Husaas-komitéen (komitéen, der forberedte loven), Fleischer og Eckhoff er enige i, at domstolene ikke i forhold til lovgiver kan have fortrinsstilling til at afgøre de forfatningsretlige fortolkningstvivil, men at lovgiver netop i kraft af begrænsningen i domstolenes prøvelsesintensitet har fortrinsret. End ikke Andenæs, der er den eneste opponert herimod, vil gå så langt som til at erklære de love, der strider mod en præjudikat-fortolkning, for grundlovsstridige. Jfr. Carl August Fleischer: Husaas-komitéens forslag til lovbestemmelser om skjønnsordning og erstatningsfastsættelse ved ekspropriation p. 27-28, Husaas: Husaas-utvalget - forholdet til grunnloven p. 31-33, Andenæs: Grunnlov og ekspropriationserstatning p. 248-251, Eckhoff og Wilberg: Grunnlov og ekspropriationserstatning p. 364-366, Andenæs: Grunnlov, politikere og domstoler p. 384-386. Norges Høyesterett afsagde den 27.1.1976 dom i en sag om lovens grundlovsforenelighed. Afgørelsen resulterede i en forkastelse af visse af lovens bestemmelser, men der var enighed om, at bestemmelserne alene kunne erklæres ugyldige, hvis de stred mod selve grundloven og ikke blot fordi de stred mod domstolenes hidtidige praksis og fortolkning af § 105, jfr. særlig udskriftens p. 11, 39 og 62.

I den introducerende note til udtrykket "fast kerne" gives en henvisning til tysk teoris Wesengehaltslehre. Det er imidlertid ikke let at se nogen sammenhæng med det anvendte begreb, "fast kerne", bortset fra en ren sproglig lighed.

Den vesttyske kerneteori har sit udspring i Bonn-forfatningens art. 19, stk. 2. Det siges her, at i de tilfælde, hvor det følger af forfatningen, at der ved lov kan gøres indskrænkninger i en af forfatningens menneskerettigheder (Grundrechte), kan disse rettigheder dog aldrig "in seinem Wesensgehalt angetastet werden". Kerneteoriens placering i denne relation er følgende. Når man skal fortolke begrebet "Wesensgehalt" i denne bestemmelse, hævdes det fra den ene side af teorien, at der i det enkelte tilfælde - ved den enkelte indskrænkning i en menneskerettighed - må foretages en afvejning. Jfr. Eike von Hippel: Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte (Schriften zum öffentlichen Recht, Band 19), Berlin 1965 p. 57: "In keinem Falle darf ein grundsätzlich geschütztes Freiheitsinteresse stärker beeinträchtigt werden, als dies zum Schutze höherwertiger Rechtsgüter erforderlich ist". Det er over for denne teori hævdet, at der findes en grænse for, hvor meget en menneskerettighed kan indskrænkes ud fra disse interesseafvejninger. At enhver Grundrechte har en kerne, som der ikke kan gøres indskrænkninger i ved lov, uanset hvilke interesser der kunne tale for en sådan indskrænkning.

Den tyske kerneteori er altså karakteriseret ved at være en direkte fortolkning af udtrykket Wesensgehalt i Bonn-forfatningen. Det er videre karakteristisk, at teoriens funktion alene er at udpege en del af en given menneskerettigheds indhold som særlig væsentligt. Det er denne teori, Germer overfører til grundlovens § 3, og som han hævder vil kunne "få betydning for dansk forfatningsret på mange områder. Dog bør man undgå de indviklede konstruktioner, der opstilles i tysk forfatningsteori". Når man ser, hvilken anvendelse han har gjort af kerneteorien, må man befrygte, at der med den sidste passus menes, at man ikke skal gøre for meget ud af at argumentere for, at et givet anliggende virkelig hører til kernen. Det vil altid være nødvendigt for at kunne udsondre en del af en bestemmelse først at have erhvervet et nøje kendskab til bestemmelsens område og formål. Uden sådan viden er det umuligt at argumentere for, hvad der tilhører bestemmelsens kerne. Det er en i forhold til den tyske teori fuldstændig fremmed anvendelse af kernebegrebet at hævde, at prøvelsesretten er en del af kernen i "dømmende magt" i grl. § 3 samtidig med, at alle andre ivrigt diskuterer, om funktionen overhovedet er omfattet af bestemmelsen.

En påstand om, at prøvelsesretten er en del af kernen i udtrykket "den dømmende magt" kan aldrig tælle som argument for, at prøvelsesretten er indeholdt i grl. § 3. 29)

Ole Espersen har anført en begrundelse for, at prøvelsesretten er indeholdt i grl. § 3, som har væsentlig lighed med Germers. Således siger Espersen med tilslutning til Max Sørensens opfattelse:

"Der er jo simpelthen tale om et meget væsentligt led i begrebet "den dømmende magt" og en så væsentlig fortolkning af en betydningsfuld grundlovsbestemmelse bør ikke kunne tilsidesættes af lovgivningsmagten". 30)

Som Germer ovenfor postulerede, at prøvelsen er indeholdt i selve kernen af begrebet den dømmende magt, postulerer Espersen her, at prøvelsen er et væsentligt led i begrebet den dømmende magt. Hvad der menes med "væsentlig" siger han lige så lidt om, som Germer oplyser om det nærmere indhold af sin kerne. Begge synes at være tilfredse med at overtale læserne. I hvert fald forsøger de knapt nok at overbevise læserne om, at prøvelsen er indeholdt i grl. § 3. Deres fremstillinger bygger tværtimod begge på den effekt, der er i at afvise spørgsmålet under henvisning til, at domstolsprøvelsen ikke alene er indeholdt i grl. § 3, men at den endog er en meget central del af begrebet "den dømmende magt".

-----

29) I Ole Krarup og Jørgen Mathiassen 1972 p. 23 siges: "Straffesager og tvister henhører traditionelt under domstolene og udgør kernen i i begrebet "dømmende magt"". Se iøvrigt Andenæs 1945 p. 187: "Men enhver avgrensning av en slik kjerne av den utøvende makt må nødvendigvis bli nokså vilkårlig", jfr. p. 210.

30) Ole Espersen 1973 p. 85.

En tredje form for argumentation for at henføre prøvelsesretten til grundlovens § 3 bygger på, at det er domstolens funktion eller opgave at fortolke retsregler. Prøvelsesretten anses netop som udtryk for, at domstolene skal fortolke loven og grundloven og derefter tage stilling til, om loven er i overensstemmelse med grundloven. Denne argumentation tangeres i hvert fald af Louis le Maire :

"Man kan vist med fordel holde sig til det nævnte ledende synspunkt, at prøvelsesretten af en lovs grundlovsmæssighed er et spørgsmål om lovfortolkning, fortolkning af såvel lov som grundlov, set i sammenhæng, og dermed en domstolsopgave, så vidt som det er folketingets sag at give lovene, domstolenes at tolke dem". 31)

Allerede i forrige århundrede fremførte V.C. Ussing en lignende begrundelse :

"Det Spørgsmaal, om den lovgivende Magt i et foreliggende Tilfælde har været kompetent, er altsaa et Spørgsmaal om, hvorledes den gjældende Rets Bestemmelser om hine Grændser skulde forstaaes med Hensyn til, og anvendes paa dette Tilfælde, et Spørgsmaal om, hvad der i dette Tilfælde i saa Henseende er Ret. Men er dette først givet, da er det med det Samme givet, at den endelige Afgjørelse af dette Spørgsmaal ikke kan henhøre under den lovgivende Magt, men maa henhøre under Domstolene som den Statsmagt, hvis Hverv det netop er at afgjøre de Spørgsmaal, der opstaae om, hvorledes den gjældende Ret skal forstaaes og anvendes med Hensyn til enkelte foreliggende Tilfælde, med andre Ord om, hvad der i disse Tilfælde er Ret." 32)

At prøvelsen, fordi den forudsætter en fortolkning, er omfattet af udtrykket "den dømmende magt", kan ikke tiltrædes. Det må tværtimod fastholdes, at også de øvrige organer skal beskæftige sig med loven og dermed med dens fortolkning. 33)

31) Anmeldelse af Festskrift til professor, dr. juris Poul Andersen, NaT 1959, p. 84.

32) 1863 p. 224.

33) I Bent Unmack Larsen: Kritik af straffelovrådets udtalelse om visse strafferetlige spørgsmål i forbindelse med arbejdskonflikter, J. 1976 p. 185-190, kritiseres at Straffelovrådet er anmodet om og har foretaget en fortolkning af de gældende love. Unmack Larsen anvender i denne forbindelse betegnelsen "domstolsfunktion" og udtaler, "at man vel endda kunne hævde, at man med den opgave, straffelovrådet her har fået stukket ud, er kommet betænkeligt nær til en anfægtelse af den enekompetence, som traditionelt antages at tilkomme domstolene i henhold til grundlovens § 3". Dette er udtryk for en ganske anden fortolkning af grl. § 3 end den, der forsøges i denne afhandling, hvor kravet om domstolens uafhængighed søges begrundet i, at deres afgørelser vedrører bestemte borgere. Se i øvrigt Ross' imødegåelse: En uberettiget kritik af straffelovrådet, J. 76.318.

At bestemme domstolenes funktion som lovfortolkning er iøvrigt udtryk for en sammenblanding af domstolenes funktion og måden, hvorpå de udøver den. 34)

Der er ikke i dansk teori præsteret et argument, som på afgørende måde taler for at henregne domstolenes prøvelsesret til "den dømmende magt" i grl. § 3. 35)

- 
- 34) Allerede Holck 1869, II p. 240 udtaler klart dette. Jfr. Steincke: Domstolenes Kompetence over for formentlig grundlovsstridige Love, J. 60 p. 231.
- 35) Det er ikke hermed hævdet, at prøvelsesretten kan ophæves ved lov. Se således norsk teori, hvor det står fast, at den sædvane, der hjemler domstolene prøvelsesret, ikke kan ophæves ved lov, f.eks. Finn Hiortshøy 1959 p. 340: "I motsetning til hva forholdet synes å være i Danmark, har norsk teori ikke følt behov for ved mere eller mindre overbevisende fortolkningskunster - å knytte prøvelsesretten til specielle paragraffer i Grunnloven. Det har været ansett tilstrekkelig å slå fast, at der foreligger en konstitusjonell sædvanerett, dvs. en sædvanerettsdannelse, som angår forholdet mellem de højeste statsorganer". Jfr. sammes: Norges Høyesterett 150 år. Noen betraktninger i anledning av jubileet, NaT 1965 p. 294. Overensstemmende hermed: Andenæs 1945, p. 227 og Frede Castberg 1964 p. 169. Iøvrigt benægter begge, at prøvelsen følger af magtfordelingsprincippet, henholdsvis p. 226 og 167. Denne afslappede norske holdning er måske grunden til, at Opsahl 1962, 1. artikel, p. 319, erklærer sig enig med Max Sørensen, selv om han p. 313 har taget afstand fra den danske konstruktivisme med dens sondring mellem fortolkende og supplerende sædvaner. Der findes også i dansk teori synspunkter, der som de norske forsøger at afgøre spørgsmålet ud fra mindre konstruerede betragtninger: Nordskov Nielsen 1961 p. 339, Borum: Domstolenes ret til prøvelse af loves grundlovsmæssighed - endnu en gang, Festskrift til professor, dr. jur. & dr. phil. Alf Ross, Kbh. 1969 p. 61. Muligvis er Ernst Andersen 1947 p. 88 en tilslutning til friere overvejelser. Ligeledes Thorkild-Hansen 1959 p. 291. Særlig åben - nærmest befriende selvaflørende er Stephan Hurwitz og Bernhard Gomard: Tvistemål, Kbh. 1968, p. 19, hvor argumenter for, at prøvelsesretten er på grundlovsplan, er, at ellers ville den kunne ophæves ved lov, hvilket aldrig er sket og næppe heller vil ske. Iøvrigt er den ikke-nævnte litteratur om emnet yderst broget i sin holdning til hjemmelsmuligheder. En række fremstillinger siger dog udtrykkeligt, at prøvelse ikke følger af grl. § 3. Holck 1869, II p. 236, J. Nellesmann 1887 p. 131, L. N. Friis 1866 p. 43-45 og 69, Matzen 1895, I p. 278-281, Berlin 1939, II p. 65, Kock-Nielsen: Anm. af studenterafhandlinger til Ugeskrift for Retsvæsen ved 100 års jubilæet 1967, UfR 1968 p. 78. Resten af fremstillingerne er uden indbyrdes ligheder: Claus Haagen Jensen og Carl Aage Nørgaard 1973, p. 20 omtaler ikke § 3. Bang: Anm. af Festskrift til professor Poul Andersen, J. 1959 p. 93 mener, at grundlovgiver i 1953 har accepteret prøvelsesretten. Poul Andersen: Kan Domstolenes Kompetence til at prøve Loves Grundlovsmæssighed frakendes dem ved Lov? J. 1960 p. 115 støtter prøvelsen på § 3 og § 88. Eyvind Olrik: Domstolene og Loves Grundlovsmæssighed, TfR 1921 p. 222 lægger meget vægt på § 3 og § 63 analogt. Specielle betragtninger omkring supplerende sædvaner anvendes som begrundelse af Søren Skov Knudsen: Kan domstolenes ret til at prøve grundlovsstridige love fratages dem ved lov? J. 1959 p. 148-150. Herimod Ross: Replik i spørgsmålet om domstolenes prøvelsesmagt, J. 1959 p. 205-208. Zahle: Kritik af en retsteori (Om Alf Ross' opfattelse af retsvidenskaben), TfR 1974 p. 368, indskrænker sig til at erklære spørgsmålet om trindhøjden for åbent. H. Gammeltoft-Hansen synes i Berufsverbot, J. 1976 F p. 164 at sætte lighedstegn mellem domstolenes kompetence ifølge forfatningen og ifølge magtfordelingskeren.

Hvor lidt sammenhæng, der er i de forskellige fortolkninger af grl. § 3, ses måske bedst netop af den foreliggende debat om prøvelsesretten. Diskussionen i nyere tid startes af Ross' indlæg i festskriftet til Poul Andersen i 1958. Reaktionen herpå er fra flere sider forsøg på at henføre prøvelsen til grl. § 3. Disse forsøg afvises af Ross, fordi han ikke mener, at det er lykkedes nogen at godtgøre, at prøvelsesretten vedrører grl. § 3. Det paradoksale i hele denne debat er, at Ross jo netop hævder, at § 3 er altomfattende og således omfatter enhver statsfunktion. Der er altså efter Ross' fortolkning af grl. § 3 overhovedet ikke mulighed for at benægte, at prøvelsesretten er indeholdt i grl. § 3.

### III. Prøvelsesretten i magtadskillelses- eller magtfordelingsteoriene.

Hverken Montesquieu eller Locke skriver noget om, at der skal tilkomme domstolene en ret til at prøve, om lovene er i overensstemmelse med grundloven. Det er nærliggende herfra at slutte til, at domstolene ikke - i hvert fald ikke i kraft af magtfordelingslæren - har nogen prøvelsesret.

Heroverfor står imidlertid, at den amerikanske højesteret siden 1803 har anset sig for kompetent til at foretage den omhandlede prøvelse. Det er en meget udbredt opfattelse, at netop den amerikanske forfatning er en af de mest radikale magtadskillelsesmodeller. Dette kunne tale for at forbinde domstolsprøvelse med magtadskillelse. At man i USA ikke begrundede prøvelsen i selve magtadskillelsen, har nok haft en vis betydning for dansk teori, men dog ikke afholdt flere fra at henføre prøvelsen til selve magtfordelingen - grl. § 3.

Det er, når hverken Montesquieu eller Locke omtaler prøvelsesretten, nærliggende at se, om den er omtalt i andre magtadskillelsteorier.

Det er tidligere påpeget, at de ældste spor af magtadskillelsen som en funktionel doktrin findes i skrifter fra levellers, altså i 1600-tallets England. Det er nævnt, at ideologien på dette trin er vendt imod parlamentet. Det vil derfor være nærliggende at tro, at man kræver en kontrol af den engelske lovgivning. Essensen i levellers krav er, at også parlamentet er undergivet rule-of-law-doktrinen, og det er derfor særdeles nærliggende at indrømme domstolene en kompetence til at efterprøve lovligheden af parlamentets beslutninger. Når leveller ikke indtager dette standpunkt, hænger det sammen med bevægelsens radikale republikansk-demokratiske holdning. Man kan ud fra denne ikke acceptere nogen magt hverken ved siden af eller over parlamentet.

Til gengæld er hele ideen i bevægelsens forfatningsprogram, at der skal vedtages en agreement, og at denne skal begrænse lovgivers kompetence. Man når i sit tredje forfatningsforslag (Agreement) frem til den løsning, at ethvert parlamentsmedlem, som ikke aktivt bekæmper forslag, der er i strid med Agreement, har gjort sig skyldig i højforræderi. Ansvar et skal antageligt gøres gældende over for en folkevalgt jury. Få år efter udvides denne jurys beføjelser til også at omfatte retten til at erklære enhver parlamentsakt, der strider mod common law for ugyldig. Det er i denne forbindelse måske værd at påpege, at leveller ikke betragter den funktion at erklære en parlamentsakt for ugyldig som en "power of judges". Det er påfaldende, at der ikke i nogen af de 3 Agreements, leveller udarbejder, er antydning af et checks and balances-system. <sup>36)</sup>

Det er ovenfor hævdet, at der i engelsk statsteori foruden magtadskillelsesdoktrinen findes en magtfordelingslære. Denne læres hovedide er, at såfremt en person gives den uindskrænkede statsmagt, er der betydelig risiko for, at han vil anvende magten tyrannisk. Det er derfor en vis betryggelse af borgernes frihed eller retssikkerhed, at magten deles mellem flere. Tanken findes helt tilbage til Aristoteles og Platon. Særlig kendt er dens anvendelse i den romerske republik efter år 510 f. Kr. Man havde her to konsuler, der hver var i besiddelse af det fulde imperium og den dermed følgende myndighed til at befale i krig og fred. Den ene konsul kunne nedlægge veto mod den andens befalinger og beslutninger, således at disse blev sat ud af kraft. Stig luul siger om baggrunden for dette system:

"Ved en streng Gennemførelse af dette Princip: Kollegialitets- eller par potestas-Princippet, undgik man de farer for Republikkens Sikkerhed, som en Indrømmelse af det fulde Imperium til en Enkeltperson måtte medføre." <sup>37)</sup>

I hele perioden indtil det 17. århundrede er det kun få steder, såsom hos Aquinas, man ser magtfordelingstanken fremført. I det 17. århundrede opnår den til gengæld en meget væsentlig udbredelse i Europa.

Som tidligere fremhævet er den engelske borgerkrig et forsøg fra parlaments side, støttet af Cromwell, på at få Karl I til at opgive sine enevoldstilbøjeligheder. Da Cromwells hær får overtaget i krigen, sender parlamen-

-----  
36) Jfr. Gwyn 1965 p. 39-51. Se iøvrigt Frede Castberg: Riksretten i norsk historie, Samtiden 1976 p. 513-531, hvor forfatteren argumenterer for, at rigsretten har eller bør tillægges en væsentlig funktion som grundlovsfortolker.

37) Stig luul: Grundrids af den romerske formueret, Kbh. 1944 p. 2.

tet i 1642 19 krav til kongen, herunder naturligvis et krav om, at parlamentet indrømmes den øverste magt i den engelske stat. I sit svar afslår kongen at give parlamentet denne status og henviser til, at hensynet til forfatningens stabilitet og borgernes frihed nødvendiggør en vis deling af magten. Kongen mener derfor, at den suveræne magt må deles mellem Underhus, Overhus og konge. Kongen skal forestå regeringen (Government), som skal udøves efter den tribunale suveræns love. Underhuset skal forelægge finansbudgettet og forestå impeachment. Overhuset skal have den dømmende magt. <sup>38)</sup>

Netop fordi mixed constitution-læren er monarkisternes reaktion på republikanernes magtadskillelseskraav, er de to ideologiers tidsmæssige udbredelse nogenlunde sammenfaldende. Videre minder de om hinanden derved, at de begge proklamerer sikringen af borgernes frihed som deres formål. At der er væsentlige forskelle, er imidlertid klart. Magtadskillelsen er baseret på en analyse af statsmagtens funktioner. Mixed constitution derimod på en analyse af de tre organers - dermed delvis også sociale grupper - indflydelse på statsstyret. Magtadskillelsen fornægter i sin oprindelse klart enhver form for checks and balances og understreger parlamentets supremacy. For magtfordelingsideologierne er disse relationer mellem organerne derimod helt afgørende, da beskyttelse af borgernes frihed er betinget af, at det lykkes at skabe en ligevægt mellem de forskellige organer, således at ingen af dem bliver overmægtige.

Montesquieus afsnit om den engelske forfatning kan med fordel læses ud fra kendskabet til kampen i 1600-tallets England mellem magtadskillelses- og magtfordelingstilhængere.

Kapitlet indledes med påstanden om, at der i enhver stat er tre slags magt. Disse magter bestemmes nærmere. Efter at Montesquieu har givet en bestemmelse af den borgerlige frihed som retssikkerhed, hævder han, at såfremt hver af disse magter ikke adskilles, vil der ikke være nogen borgerlig frihed. Til sidst konkluderes:

"Tout serait perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers." <sup>39)</sup>

-----

38) Jfr. Gwyn 1965 p. 24-27.

39) Montesquieu 1956, I p. 164.

Det kan næppe betvivles, at der her kræves en adskillelse af magterne; at stedet med andre ord er nøglested for forståelsen af Montesquieus magtadskillelærelære. Senere i fremstillingen præciseres det imidlertid, at de forskellige magter ikke skal udøve deres funktioner uafhængigt af hinanden, men at de tværtimod i et vist omfang skal fungere som check på hinanden. Disse tanker er væsentlige for spørgsmålet om Montesquieus forhold til checks and balances-læren. Det på dette punkt klareste sted er følgende:

"Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutrice, qui le sera elle-même par la législative". 40)

Den måde, hvorpå de forskellige magter skal begrænse hinanden er forklaret på de foregående sider. Montesquieu mener dels, at den udøvende magt skal have en vetoret over for lovgiver. Videre skal den udøvende magt have kompetence til at bestemme, hvornår det lovgivende organ skal være samlet. Videre svækkes den lovgivende magt ved, at den deles i to kamre: et for adelen og et for borgerskabet. Adelen skal have sit eget kammer, fordi den i kraft af sine standskvaliteter er værdifuld for samfundet. Hvis den skulle optræde i samme kammer som borgerskabet, ville den ikke gide forsøge at gøre sin indflydelse gældende, da dens synspunkter hele tiden ville komme til kort. Videre er det klart formålet med dette førstekammer, at det skal virke modererende på den samlede lovgivende forsamling. Disse tre faktorer skulle efter Montesquieus mening begrænse lovgivers magt tilstrækkeligt. Han kan derfor ikke give lovgiver nogen vetoret over for den udøvende magt. Men lovgiver får til gengæld til opgave at overvåge den udøvende magts aktiviteter, og i denne forbindelse kan andetkammeret anklage embedsmændene for embedsforbrydelser, som så pådømmes af førstekammeret.

Efter den citerede konklusion tilføjer Montesquieu dog, at lovgiver en gang om året vedtager budgettet. Ligeledes må lovgiver årligt give de for krigsmagten gældende forordninger. Til gengæld bør arméen ikke stå under lovgiver, men være underlagt den udøvende magt.

At det er Montesquieus formål med disse relationer mellem de forskellige magter at skabe en balance mellem magterne, er åbenbart. Det er derfor fuldt ud berettiget at hævde, at Montesquieu i et vist omfang er talsmand for et checks and balances-system. Det fremgår vel også af det foregående, at Montesquieu i vidt omfang er inspireret af og hylder en mængde af de forestillinger, der er grundlæggende i den flere gange omtalte magtfordelingslære - mixed monarchy, mixed constitution og lignende. Hans fremstilling

-----  
40) Montesquieu 1956, I p. 172.

har på dette punkt en tydelig konservativ faktor i l. kammerets indbygning i systemet.

Forvirringen omkring Montesquieus fremstilling og dermed også i vidt omfang omkring fortolkningen af grl. § 3 kommer ind i billedet, når man begynder at diskutere, om Montesquieu hævdede en adskillelse mellem magterne, eller om han ikke snarere hævdede en vis indbyrdes afhængighed mellem magterne. Omend dette tema har været et meget fremtrædende aspekt, i hvert fald i danske fremstillingerens behandling af magtadskillelsen og Montesquieus værk, må det hævdes at være udtryk for en misvisende udlægning af problemstillingen.

Montesquieu kræver ganske vist først magternes adskillelse og uafhængighed, og senere at de gøres afhængige af hinanden. Når dette ikke er selvmodsigende, skyldes det primært, at der ikke i de to sammenhænge er tale om de samme magter. I den første del af afsnittet om den engelske forfatning, hvor magtadskillelsen fremstilles, er der tale om tre magter: en lovgivende magt, en udøvende magt og en dømmende magt. I det andet afsnit, magtfordelingsafsnittet, er de tre magter: kongen, adelen og borgerskabet.<sup>41)</sup>

Der er to væsentlige forskelle på magtfordelingen og magtadskillelsen hos Montesquieu. Den første doktrin vedrører funktioner, den anden organer. Medens den dømmende magt er væsentlig for magtadskillelsen, har den ingen betydning for magtfordelingen. Denne forskel er væsentlig for forståelsen af magtadskillelsen. Det er karakteristisk for magtadskillelsen, at domstolene kun skal være lovens mund. Dette medfører naturligvis, at de ikke bliver nogen politisk faktor.<sup>43)</sup> Retssikkerheden består netop i, at dommene følger af lovene uden spillerum for nogen vurdering.

Når man tager i betragtning, at magtadskillelsideologien og magtfordelingsideologien omkring midten af det 17. århundrede forfægtedes af direkte modstridende parter, kan det undre, at Montesquieu øjensynligt hylder dem begge og opstiller dem som ligeværdige. Montesquieu har imidlertid ikke overtaget magtadskillelseskæren i levellers rent republikanske udformning. Han har alene overtaget dens kerne: kravet om at visse bestemte funktioner skal adskilles ved fordeling på flere organer. Den væsentligste forandring på organsiden er bevarelsen af monarkiet, men også tokammersystemet er et brud på levellers krav om en etkammer-lovgiver som ubetinget øverste magt

-----

41) Jfr. Gwyn 1965 p. 110 og Vile 1969 p. 86-87, der også påpeger et funktionsskifte på det sted, hvor Montesquieu går over til relationerne mellem organerne.

42) Gwyn p. 111 mener derimod, at grunden til, at domstolene ikke har nogen rolle i balance-systemet, er deres ikke permanente karakter.

i staten. Montesquieus fremstilling har på denne måde fået en langt større mulighed for at opnå resonans i datiden, uden at det forskubber den afgørende retssikkerheds-konstruktion i levellers program.

Når Montesquieu efter at have fremstillet sit magtadskillelsesprincip går over til at behandle relationerne mellem de tre magter, er formålet nok som for mixed-constitution-tilhængerne gennem en balancering at opnå, at ingen af de tre magter - interessegrupper - opnår væsentlig større magt end de øvrige. Heri, og alene heri, så magtfordelingstilhængerne en betryggelse af borgernes sikkerhed og frihed. Jo flere der skal være enige om at foretage et indgreb eller overgreb, jo mindre sandsynlighed er der for, at det vil blive foretaget; ganske specielt såfremt de, der skal være enige, repræsenterer hver sine interesser, som det netop var tilfældet med kongen, adelen og borgerskabet. Det er på dette punkt Montesquieu afgørende adskiller sig fra de tidligere magtfordelingsteoretikere. Han ser ikke afbalanceringen som et formål i sig selv. Han fremhæver udtrykkeligt, at formålet er at sikre, at ingen af de organer, der har fået de funktioner tillagt, som skal udøves adskilt, må kunne opnå en sådan position, at de vil kunne tiltage sig de øvrige funktioner. Magtfordelingen skal med andre ord tjene til sikring af magtadskillelsen.<sup>44)</sup> De beføjelser, Montesquieu ind-

- 
- 43) Af Vile fremhævet p. 93: "Having shown that all the elements of the pure doctrine of the separation of powers are to be found, if not always clearly worked out, in Montesquieu's thought, can we simply label him as a protagonist of the pure doctrine? Clearly not, for he went further, and added to these ideas the further dimension of a theory of checks and balances between the legislative and executive powers, drawn largely from the theory of mixed government." og Gwyn meget kategorisk p. 110: "In keeping with the theory of the mixed constitution, Montesquieu insisted that the aristocracy and the common people be given a coordinate part in law-making to allow each group to protect itself from the other. This notion, so important in the doctrine of the mixed constitution, has absolutely nothing to do with the separation of powers." Jfr. dog næste side, hvor Montesquieus bemærkning om, at det er erfaringens vidnesbyrd, at en magthaver vil forsøge at tilrane sig yderligere magt, nævnes. Dette citat anvendes af Gwyn netop til at begrunde, at balance-overbygningen er nødvendig for at opretholde magtadskillelsen. Omvendt er Gellhorn og Byse: Administrative Law. Cases and Comments, Brooklyn 1960 p. 82 åbenbart af strikt modsat opfattelse: "The theory of checks and balances and its corollary the separation of powers, advocated by Madison have been generally adopted in American state and national governments."

Se Max Imboden: Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, Berlin 1959, hvor der sondres mellem en funktionel magtadskillelse og en organorienteret lære. Imboden mener ikke, at den funktionelle lære er væsentlig for Montesquieu - derimod nok for Locke. Han mener, at det afgørende for Montesquieu er foreningen af demokrati (lovgiver), aristokrati (dømmende magt) og monarki (forvaltning), p. 14-18. Se også Martin Göhring: Montesquieu. Historismus und moderner Verfassungsstaat, Wiesbaden 1956, der også behandler begge sider af Montesquieus teori, men går meget let hen over den funktionelle del, jfr. p. 27-28.

rømmer de tre magter over for hinanden, er ikke undtagelser til magtadskillelsen.

Montesquieu betragter alene domstolene som lovens mund. Formålet med hans magtadskillelse er netop, at lovene skrives og anvendes således, at borgeren på forhånd kan se, hvad afgørelse domstolene vil komme til i forskellige tilfælde. Dette nås netop ved, at der ikke levnes domstolene noget spillerum ved fortolkningen af lovene. Domstolene kan derfor ikke let blive politiske organer,<sup>44)</sup> der kan medvirke til at begrænse de to øvrige magter. Omvendt kan de to øvrige magter nok have en interesse i at tilrane sig domstolenes funktioner. Det er derfor væsentligt, at de to øvrige magter svækkes. Montesquieu ser den største risiko i, at lovgiver bliver for mægtig og indfører derfor tokammer-systemet og giver monarken en vetoret. Men til gengæld giver han lovgiver mulighed for at sikre sig, at udøveren overholder lovene.

At Montesquieus fremstilling af magtadskillelses- eller magtfordelingslæren har haft så stor gennemslagskraft, kan netop forklares ved, at den har bud til både magtfordelingstilhængerne og magtadskillellestilhængerne - til både monarkister og republikanere. Dette har til gengæld medført visse uklarheder i teksten, men disse er dog ikke uovervindelige, hvis den læses ud fra kendskabet til dens idehistoriske forudsætninger. Det har der imidlertid været en meget begrænset interesse for.<sup>45)</sup> Man har derfor været tilbøjelig til at overse magtadskillelsens begrundelse<sup>46)</sup> og dens forhold til magtfordelingen. Magtfordelingen er hos Montesquieu en overbygning til magtadskillelsen. Hans fremstilling indrømmer lovgiver og den udøvende magt beføjelser over for hinanden, men dette system af checks and balances er ikke en del af selve magtadskillelsen, og domstolene har ingen rolle i systemet.

Ofte nævnes i forbindelse med diskussionen om domstolenes prøvelse af loves forfatningsmæssighed, at den amerikanske højesteret har en sådan prøvel-

-----

44) Jfr. Gwyn 1965 p. 103, der mener, at når Montesquieu tillægger domstolene så lille betydning, hænger det sammen med hans tilbøjelighed til at identificere dem med de engelske Petty Juries.

45) Jfr. Gwyn 1965 p. 4.

46) Jfr. Macpherson: *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford 1962 p. 4-6, hvor det hævdes, at der er en særlig fare ved at læse 1600- og 1700-tallets samfundsteoretikere deri, at de ofte ikke nævner de for dem mest banale forudsætninger, og at disse derfor let overses idag, hvor de ikke er så banale.

sesret. Den amerikanske forfatning regnes ofte for en af de mest radikale magtadskillelsesforfatninger. Den magtadskillelse, den amerikanske forfatning indeholder, er ikke alene inspireret af Montesquieus fremstilling; også f.eks. Bolingbrokes fremstillinger, som Montesquieu nok har kendt, men ikke fulgt, har spillet en betydelig rolle. Bolingbroke sammenblandede magtadskillelses-, magtfordelings- og checks and balances-synspunkterne, og hans fremstillinger er derfor ofte meget komplekse og vanskeligt tilgængelige. <sup>47)</sup>

Den amerikanske forfatning kan ikke regnes for en model af Montesquieus teorier. Den er tværtimod udtryk for en kraftig bearbejdelse og udbygning af Montesquieus system; en udvikling, der bl.a. er befordret af John Adams, der omtaler domstolene som en del af balance-systemet :

"A legislature, an executive, and a judicial power comprehend the whole of what is meant and understood by government. It is by balancing each of these powers against the other two, that the efforts of human nature towards tyranny can alone be checked and restrained, and any degree of freedom preserved in a constitution." <sup>48)</sup>

I skriftserien *The Federalist* behandler Madison magtadskillelsen (*The Separation of Powers*) udførligt i No. 47 og 48. Han indleder No. 47 med at fastslå, at det er ensbetydende med tyranni, hvis man placerer the legislative, the executive og the judiciary powers på samme hænder, uanset om det er en enkelt mands eller fleres hænder, og uanset hvorledes den eller disse mænd er udpeget. Der er altså her en klar parallel til Montesquieu, der netop indleder sit kapitel om Englands forfatning med en lignende konstatering. Madison henviser da også på dette sted til Montesquieu.

Efter konstateringen af, at magtadskillelsen er nødvendig, fortsætter Madison med en indgående argumentation for, at adskillelsen ikke er ensbetydende med et krav om, at organerne skal være helt uafhængige af hinanden. I det følgende nummer hævdes så endelig, at det er nødvendigt, at hver organ tillægges beføjelser over for de andre organer, således at det vil kunne modstå et andet organs forsøg på at tiltage sig dets funktioner.

Det er først i No. 78, at domstolenes prøvelsesret med lovene omtales. Hamilton behandler her spørgsmålet om, hvem der skal sikre, at forfatningen

-----  
47) Jfr. Gwyn 1965 p. 117, 126-127 og Vile 1969 p. 119-175.

48) John Adams i C. F. Adams (ed.): *The Works of John Adams* (Boston 1865), vol. IV p. 186 efter Gwyn 1965 s. 117.

overholdes. Der er ikke længere tale om at bestemme forfatningens fordeling af kompetencer på de forskellige organer for at skabe et afbalanceret system. Det drejer sig nu om den endelige afgørelse af, om denne forfatning er overtrådt. En ret til at foretage den endelige fortolkning af forfatningen er imidlertid en så stærk magt, at der er iøjnefaldende mulighed for politisk misbrug. Det organ, der har denne afgørelse, kan ligefrem legitimere sit eget overgreb på de andre organer ved ganske enkelt at erklære, at det er i overensstemmelse med forfatningen.

Når denne beføjelse skal henlægges til domstolene, skyldes det:

"that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power (henvisning til Montesquieus udtalelse om, at domstolene er intet); that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attack." 49)

At det er domstolene, der skal have kompetencen til at foretage den definitive fortolkning af forfatningen, begrundes Hamilton yderligere med, at det er domstolenes normale opgave at fortolke lovene, og at de også i andre situationer er ude for at skulle sammenholde to retsforskrifter, der ikke er forenelige.

Domstolenes prøvelsesret med lovens forfatningsmæssighed er ikke en del af magtadskillelæren, hverken i Locke-Montesquieu-udformningen eller i den specielle amerikanske version af læren. 50)

#### IV. Domstolenes prøvelsesret, checks and balances og grl. § 3.

Der kan vælges forskellige udgangspunkter for analyser af forholdet mellem checks and balances og grl. § 3. Man kan som Ross tage sit udgangspunkt i, at grl. § 3 er altomfattende. Bestemmelsen omfatter efter Ross' mening samtlige statsmagts funktioner. Herved forstår han funktioner, der varetages af et statsorgan. 51) Der er ud fra en sådan opfattelse ikke tvivl om, at grl. § 3 også omfatter de funktioner, de tre organer eller organgrupper har i forhold til hinanden. Det er tidligere påpeget, hvor uholdbar og ufrugtbar Ross' funktions-forudsætning er.

-----  
49) Her citeret efter Benjamin F. Wright (editor): The Federalist by Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, Cambridge, Massachusetts 1966 p. 491.

50) Se således f.eks. Geoffrey Marshall: Constitutional Theory, Oxford 1971 p. 108. Jfr. iøvrigt indledningen i Wright 1966 p. 59-77.

51) Ross 1959 p. 23, jfr. p. 7-19.

Som et andet udgangspunkt kan tages, at grl. § 3 udtrykker en tredeling af statsmagten, - altså at lægge vægten på det flere gange omtalte begreb "statsmagten". Dette kan hævdes ved rene deduktioner at føre til, at grl. § 3 alene omfatter forholdet mellem statsorganerne og borgerne. Synspunktet kan imidlertid også ses i bredere perspektiv. Således er V.C. Ussings argumentation på dette punkt en mønstermodel på foreningen af de rene deduktioner og et bredere idehistorisk perspektiv:

"Medens det absolute Monarkies Væsen bestaaer i, at den hele Statsmagt er samlet i Fyrstens Person, er det i Modsætning hertil et Særkjende for den konstitutionelle Stats Forfatning, at Statsmagten er delt, idet dens forskjellige Hovedgrene - den lovgivende, den udøvende og dømmende Magt - ere udskilte fra hinanden som selvstændige, uafhængige Statsmagter, hver med sit begrænsede Omraade... hos os er det udtrykkelig og klart udtalt i den 2den Paragraf af Grundloven af 5te Juni 1849: "Den lovgivende Magt er hos Kongen og Rigsdagen i Forening. Den udøvende Magt er hos Kongen. Den dømmende Magt er hos Domstolene". Med Statsmagts Deling opstaaer imidlertid ogsaa Muligheden af en Kollision mellem dens forskjellige Dele. I det absolute Monarki kunne vel på lignende Maade Kollisioner finde Sted mellem de forskjellige Autoriteter, f. Ex. mellem Øvrighederne og Domstolene; men da de forskjellige Autoriteter her kun ere forskjellige Organer for den ene og udelte Statsmagt, ville alle saadanne Kollisioner ialtfald i sidste Instans kunne finde deres Løsning hos Monarken som Indehaver af denne ene og udelte Statsmagt. Først i den konstitutionelle Stat kan der derimod opstaae Kollisioner mellem Statsmagter, og her paatrænger sig da det Spørgsmaal, hvorledes saadanne Kollisioner mellem selvstændige og uafhængige Statsmagter skulle løses." 52)

Under enevælden er den samlede magt hos monarken. Denne magt deles ved grl. § 3 og der opstår derved spørgsmål om relationerne mellem de forskellige organer. Magts deling i grl. § 3 er forudsætningen for spørgsmålet om organernes indbyrdes forhold, men bestemmelsen indeholder ikke selv nogen stillingtagen til spørgsmålet om, og i givet fald i hvilket omfang, de forskellige organer skal have indflydelse på hinanden. Dette er løst ved en række særlige bestemmelser i grundloven.

Som argument for at henføre checks and balances-systemet til grl. § 3 kan tænkes anført, at Montesquieu klart indrømmer organerne visse funktioner over for hinanden. Der er almindelig enighed om at betragte Montesquieus afsnit om den engelske forfatning som forbilledet for grl. § 3. Det er således nærliggende at se checks and balances-systemet som en del af grl. § 3.

Det er en af denne afhandlings hovedteser, at man, når der er tvivl om fortolkningen af grl. § 3, bør søge en vis vejledning i Montesquieus fremstilling. Dette kan meget let opfattes som en støtte til det ovenfor anførte argument for at anse organernes indbyrdes relationer for at være indeholdt i grl. § 3. Når det er en misforståelse at anvende Montesquieus fremstilling på denne måde, er

det fordi, man i så fald helt overser de begrænsninger, der er i ligheden mellem grl. § 3 og Montesquieus kapitel om den engelske forfatning. Som nævnt indleder Montesquieu sin fremstilling med at fastslå, at de tre angivne funktioner skal adskilles ved fordeling på tre sæt af organer. Han behandler derefter en række spørgsmål om hvert enkelt organ eller beskriver nærmere, hvorledes hvert enkelt organ er beskaffent i England, og hvilken magt der tilkommer det.

På samme måde fastslår den danske grundlov i § 3, at de tre magter er fordelt på tre forskellige organer. Derefter indeholder den i kapitlerne II-VI en - undertiden detaljeret - gennemgang af de forskellige organers konstituering, procedure og kompetencer. Der omtales her andre organer end de i § 3 nævnte, f.eks. ministrene, ombudsmanden, rigsretten og statsrevisorerne.

Som magtadskillelsesprincippet kun optager en lille del af Montesquieus beskrivelse af den engelske forfatning, således optager grl. § 3 kun en begrænset del af den danske grundlovs normering af statsstyret. At sammenligne grl. § 3 med hele Montesquieus kapitel om den engelske forfatning, er nærmest at hævde, at grl. § 3 ophøjer hele det engelske statssystem til dansk ret. Det vil ingen hævde - man nøjes med at påberåbe sig Montesquieus kapitel, hvor det er opportunt.

Det fremgår af det foranstående afsnit om domstolenes prøvelsesret med loves grundlovsforenelighed, at det i teorien fra en side har været hævdet, at prøvelsesretten er i strid med grl. § 3 og fra anden side, at den er indeholdt i grl. § 3. Grl. § 3 udtrykker alene en funktionel magtadskillelse, og spørgsmålet om domstolenes prøvelsesret kan derfor lige så lidt som andre spørgsmål om organernes indbyrdes forhold henføres til grl. § 3.

## Kapitel X

### FRA DEMOKRATI TIL RETSSIKKERHED

I analysen af den ideologiske baggrund for grl. § 3 - primært Montesquieus afsnit om den engelske forfatning i De L'Esprit des Lois - er det påvist, hvorledes der ikke er én ideologi, men tværtimod to ideologier: magtadskillelsen og magtfordelingen. De har begge som hovedformål at sikre borgerens retssikkerhed. Da der også er et vist sammenfald i tidsmæssig henseende mellem dem, er der betydelig risiko for, at de sammenblandes. I hvilket omfang en sådan sammenblanding kan forvirre billedet ses vel bedst deraf, at de to ideologier i deres oprindelse netop er modsætninger: magtadskillelslæren er i sin oprindelse en ren republikansk ideologi, der konsekvent hylder parlamentet som statens øverste organ. For at sikre borgeren mod statsmagten, kræver den visse begrænsninger i statsmagts ret - eller snarere magt - over for borgerne. Netop fordi lovgiver er det øverste organ, må disse begrænsninger primært rette sig mod lovgivers magt.

Magtfordelingslæren er kongens og hans tilhængeres svar på magtadskillelslæren. Ideen er, at man ikke kan gøre parlamentet til absolut øverste magt, da det i så fald vil få en så betydelig magtposition, at der er risiko for overgreb mod borgerne. For at begrænse statsmagts muligheder over for den enkelte, må man derfor dele magten mellem forskellige politiske kræfter, hvilket i datidens England vil sige parlamentet - overhuset og underhuset - og kongen. Som bekendt bliver det i den politiske kamp monarkisterne, der sejrer. Til gengæld sætter magtadskillelslæren sig tydelige spor. Dens fundamentale krav om en adskillelse mellem lovenes udstedelse og dommenes afsigelse spores tydeligt i senere magtfordelingsideologier. Ofte endda således, at der ikke nærmere gøres rede for selve adskillelsens ratio, der tilsyneladende betragtes som en banalitet.

Selv om magtadskillelslæren og magtfordelingslæren således i deres oprindelse repræsenterer politiske modpoler lader de sig forene. Montesquieus fremstilling er et klart eksempel herpå. Han indleder med at fastslå at der i enhver stat er tre funktioner, som skal adskilles, hvis man vil undgå tyranni. Argumentationen herfor er meget kort og indforstået. Oven på denne magtadskillelse bygger han dernæst en magtfordeling. Formålet hermed er at sikre, at magtadskillelsen overholdes. Det er ikke tilstrækkeligt at adskille de tre nævnte funktioner ved at fordele dem på tre forskellige organer, hvis der ikke er en balance mellem disse tre organers politiske styr-

ke. Hvis det ene organ i politisk henseende er det andet organ overmægtigt, vil det efter Montesquieus opfattelse meget let bevirke, at det foretager overgreb på de andre organers magt, og altså blander sig i disses funktioner eller ganske enkelt tiltager sig udøvelsen af de andre funktioner. I så fald ville magtadskillelsen ikke blive realiseret.

Magtfordelingslæren eller magtadskillellestanken kommer herhjemme som i det øvrige Vesteuropa ind i forfatningsretten og dermed ind i det politiske liv i forbindelse med enevældens afskaffelse. I en sådan situation er det altoverskyggende problem ganske naturligt: demokrati eller enevælde. Interessen må derfor samle sig om at sikre folkets indflydelse over for kongen og hans mænd. Problemstillingen vedrører spørgsmålet om statsmagts fordeling mellem forskellige grupper i samfundet. Det er nærliggende, at magtfordelingslæren i en sådan situation får overvældende betydning. Følgen heraf er, at man fra demokratisk hold ser hovedopgaven i at sikre folket den afgørende indflydelse på statsmagts udøvelse - dette anses ganske enkelt for ensbetydende med en sikring af borgernes frihed. Ud fra denne tankegang bliver det afgørende at fastslå lovgivningsmagts omnipotens. På den anden side har det for regeringen - kongen - væsentlig betydning at bevare en rest af magten. Igennem opstillingen af et materielt lovsbegreb efter preussisk mønster - Laband - når man frem til en fortolkning af grundloven, hvorefter regeringen uden lovhjælp kan udstede forskrifter, der ikke berører borgerne. På den anden side erkender man, at regeringen - bortset fra begrænsede beføjelser ifølge specielle grundlovsbestemmelser - ikke har nogen kompetence til at konkurrere med lovgiver. Imellem eller ved siden af disse to grupper: rigsdagen og regeringen, står domstolene, som må sikres mod regeringen - ellers ville enevældens mænd have for store muligheder for at styre udviklingen. Dette sikrer man gennem en bestemmelse om, at domstolene alene har at rette sig efter loven.

Senere med parlamentarismens indførelse ophæves disse politiske spændingsforhold, og grl. § 3 mister, i det omfang den betragtes som en regel om den politiske magtfordeling i samfundet, sin betydning. Man kan ikke længere - med nogen form for troværdighed - påberåbe sig, at kun ved opretholdelse af de politiske spændingsforhold vil borgerens retssikkerhed kunne bevares. Hvis bestemmelsen fortsat skal fortolkes således, at den har betydning, bliver det derfor nødvendigt, at den fortolkes på en anden måde. Nødvendigheden heraf afspejler sig i den forfatningsretlige teori stadigt stigende tendens til en materiel fortolkning af kompetencerne. Mest tydelig har udviklingen været vedrørende den dømmende magt, som man i forrige århundredes teori i overvejende grad frakendte selvstændig betyd-

ning. Imidlertid er der også en udvikling, omend meget usikker og springende, mod at fortolke lovgivers kompetence som begrænset. Dette er dog sket netop ved en fortolkning af udtrykket "den dømmende magt". For så vidt angår den udøvende magt er der ingen tendenser til en materiel fortolkning. Man har i forbindelse med sin tidligere koncentration omkring magtfordelingen fastslået stadig klarere, at den udøvende magt er underlagt lovgiver, og altså ikke må handle uden lovhjemmel. Bestemmelsen om, at den udøvende magt er hos kongen - eller regeringen - har således mistet enhver selvstændig betydning. Den udøvende magt er alene, hvad lovgiver bestemmer, at den er.

De forsøg, teorien gør på denne omfortolkning, er ikke vellykkede. Max Sørensens fremstilling er som nævnt den, der går længst i retning af en materiel fortolkning af grl. § 3. Metoden for denne fortolkning er imidlertid bundet til at betragte sammenhængen mellem organ og funktion som det afgørende. Når retssikkerheden skal sikres, sker det derfor udelukkende ved at diskutere, hvilke anliggender der er forbeholdt domstolene. Tesen om lovgivers omnipotens fastholdes, fordi lovgiver er det demokratisk legitimerede organ i forfatningen. Det er påvist, hvorledes denne fortolkning dels bygger på en meget dristig anvendelse af sædvanen som forklaringsmodel for forskellige fortolkninger, og hvorfor den derfor aldrig når til nogen påvisning af, at de givne udsagn om de forfatningsretlige kompetencer knytter sig netop til grundlovens § 3.

Poul Andersens fortolkning har betydelig lighed med Max Sørensens fortolkning. Det er imidlertid bemærkelsesværdigt, at Poul Andersen et enkelt sted - jfr. ovenfor p. 229 - klart formulerer sammenhængen mellem en funktionel magtadskillelse og grl. § 3. Denne påvisning giver sig imidlertid ikke væsentlige udslag i hans fortolkning af grl. § 3.

Ross forsøger at påvise, hvilke mangler de traditionelle teorier - herunder de to nævnte - er behæftet med. Han foretager derfor en radikal nyfortolkning af bestemmelsen. Denne fortolkning hævdes at måtte tage sit udgangspunkt i Montesquieus magtadskillelseskære, da alle er enige om, at denne lære er bestemmelsens ideologiske baggrund. Ross ser det afgørende i denne lære som dens fordeling af statsmagten mellem politiske organer. Under hensyn til den ovenfor skitserede udvikling mod parlamentarisme, må denne lære imidlertid omformes således, at det afgørende bliver organernes egnethed til at varetage forskellige funktioner. Det er blevet påvist, at denne fortolkning både er selvmodsigende og uden væsentlig forbindelse med den forfatningsretlige virkelighed. Således afvises flere af fortidens hovedspørgsmål med en henvisning til, at det logisk kan påvises, at de ikke ekssi-

sterer. Mest markant er dette, hvor Ross under diskussionen om Schimmelmann-sagen - altså spørgsmålet om lovgiver selv kan tiltage sig afgørelsen af dommene - erkender, at det følger af domsbegrebet, at noget sådant er logisk umuligt. Ross' teori er en meget teknisk betonet lære, der ofte er meget vanskeligt gennemskuelig, fordi den så godt som udelukkende er bygget op omkring en retsfilosofisk opfattelse, der har sit udspring netop i det preussiske forfatningsliv.

Det er ovenfor påvist, at manglerne ved de nævnte fremstillinger i vidt omfang skyldes, at man ikke har analyseret magtadskillelærelære nøjere. Man har derfor været nødsaget til at fortolke grl. § 3 ud fra en meget abstrakt formuleret formålsangivelse: nemlig sikringen af retssikkerheden. Montesquieus primære krav om, at de tre funktioner adskilles, lades uomtalt. Derfor fastholder man som det afgørende, at det demokratisk valgte organ er omnipotent, og at de øvrige organer kun kan handle, når de har den fornødne hjemmel i lovgivers beslutninger. Dog fremhæves kravet ikke med samme styrke i forhold til domstole og forvaltning eller regering. Kravet blev oprindeligt rejst med særlig styrke overfor forvaltningen på grund af den politiske dualisme mellem rigsdag og regering. Der var ikke den samme anledning til at præcisere kravet i forhold til domstolene. Dette fastholdes nu, uanset regeringen idag i højere grad er demokratisk legitimeret end domstolene.

På denne måde fastholdes også, at legalitetsprincippet - princippet der skal sikre borgerens frihed - primært er et krav om hjemmel i de formelle love. Oprindeligt - allerede i Kriegers afhandling fra stænderforsamlingernes tid - rejstes dette krav vedrørende samtlige beslutninger, der berører borgerne. I Max Sørensens fremstilling er kravet indskrænket til at vedrøre indgreb i borgernes frihed og ejendom. På denne måde bliver Max Sørensens forfatningsret den første danske teori, der hævder en selvstændig ret for administrationen til at udstede retsfor skrifter, rettede til borgerne. Det er ovenfor påvist, at begrundelsen for denne anordningsmyndighed ikke er holdbar. Til gengæld er Max Sørensens fortolkning antagelig et langt stykke hen ad vejen i bedre overensstemmelse med nutidens politiske forhold end tidligere fortolkninger. Som nævnt krævede teorien oprindeligt legalitetsprincippet udstrakt til alle retsakter vedrørende borgerne. Dette var nødvendigt for at sikre demokratiet. Idag har denne problemstilling ikke samme betydning. At kalde regeringen udemokratisk vil være i strid med den forfatningsretlige virkelighed. Legalitetsprincippets formål er derfor i overensstemmelse med Max Sørensens fremstilling idag ikke primært at sikre demokratiet, men primært at sikre retssikkerheden, hvilket ikke givetvis er det samme.

Det er ovenfor søgt påvist, at grl. § 3 må fortolkes og i overensstemmelse med praksis kan tolkes således, at den udtrykker en funktionel magtadskillelse. Legalitetsprincippet er ikke alene et spørgsmål om lovhjemmel, men i lige så høj grad et spørgsmål om hjemmel i love, der giver borgeren mulighed for på forhånd at beregne resultaterne af sine handlinger. Ganske særlig betydning har dette inden for strafferetsplejen. En sådan fortolkning kræver imidlertid, at der stilles krav til lovgivningen og opstilles begrænsninger i lovgivers kompetence.

Kort formuleret kan grundlovens § 3 fortolkes som et krav ikke alene om lovgivers herredømme, men om lovens herredømme.

LITTERATURFORTEGNELSE

- ABITZ, E.A.: Ændring af regler for afgørelse af mindre formueretlige tvister. Indlæg på det 26. nordiske juristmøde i Helsingfors 1972, optaget i "Forhandlingerna vid Det tjugosjätte nordiske juristmotet i Helsingfors den 24-26 augusti 1972", Vammala 1975, p. 310-317.
- AGER SNAP, Ole: Om domsbegrundelsen U 70 B. 271-272.
- AHNFELT-RØNNE, Ø.: Nulla poena sine lege, indlæg på 17. nordiske juristmøde, 1937. Optaget i Forhandlingerna å det sjuttonda nordiske juristmotet, Helsingfors 1938.
- ALGREEN-USSING, T.(udg.):Kongelige Reskripter og Resolutioner, Reglementer, Instruxer og Fundatser samt Ministerialskrivelser, med flere Danmarks Lovgivnings vedkommende offentlige Aktstykker for Aaret 1850, Kbh. 1856.
- ALTHUSSER, Louis: Montesquieu la politique et l'histoire, Paris 1969.
- AMERICAN BAR ASSOCIATION: Committee to co-operate with the International Commission of Justices: The Rule of Law in the United States: A Survey, Haag, 1962 (?)
- AMERY, L.S.: Thoughts on the Constitution (with a new introduction by Geoffrey Marshall). Oxford 1964.
- ANDENÆS, Johs.: Statsforfatningen i Norge, Oslo 1945.
- ANDENÆS, Johs.: Spørgsmålet om rigsdagens medvirken i forvaltningen. Indlæg på Nordisk administrativt Forbunds 10. almindelige møde 1952. NaT 1952.
- ANDENÆS, Johs.: Parlamentarisme, jus og statsvitenskap, Lov og Rett 1964, p. 56-65.
- ANDENÆS, Johs.: Grunnlov og ekspropriasjonserstatning. Lov og Rett 1975, p. 243-274.
- ANDENÆS, Johs.: Grunnlov, politikere og domstoler. Lov og Rett, 1975, p. 380-386.
- ANDERSEN, Ernst: Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen. En Studie indenfor den offentlige Ret. Kbh. 1940.
- ANDERSEN, Ernst: Forfatning og Sædvane, Studier over nogle af Forfatningsrettens Hovedspørgsmål, Kbh. 1947.
- ANDERSEN, Ernst: Fra Juraens Overdrev, Kbh. 1953.
- ANDERSEN, Poul: Hovedpunkter af Forvaltningsretten, I, Kbh. 1930.
- ANDERSEN, Poul: En forvaltningsretlig Disputats. Ernst Andersen: Administrativt Tilsyn med Kommunalforvaltningen. U 1940 B. 189-210.
- ANDERSEN, Poul: Politik og forvaltning, NaT 1943, p. 175.

- ANDERSEN, Poul: Dansk Statsforfatningsret, I, Kbh. 1944.
- ANDERSEN, Poul: Amnesti. Indlæg i De nordiska Kriminalistföreningarnas årsbok 1946-47, p. 137.
- ANDERSEN, Poul: Rigsdagen og domstolene i Den danske Rigsdag 1849-1949, Bd. V, Kbh. 1953.
- ANDERSEN, Poul: Dansk Statsforfatningsret, Kbh. 1954.
- ANDERSEN, Poul: Kan Domstolenes Kompetence til at prøve Loves Grundlovs-mæssighed frakendes dem ved Lov? J. 60.111.
- ANDERSEN, Poul: Dansk Forvaltningsret. Almindelige Emner, 5. udg. Kbh. 1965.
- ANDERSEN, Lissi Ørvad m.fl.: Tegneserier. En ekspansionshistorie, 1973.
- ANDREN, Georg: Huvudströmningar i tysk statsvetenskap. Från tyska rikets grundläggning till 1900-tallets början och deras förberedelse i 1800-tallets tidligare politiska tänkande, Malmö 1928.
- ANSCHÜTZ, Gerhard: Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz, Leipzig 1891.
- ASCHEHOUG, T.H.: Norges nuværende Statsforfatning, III, Christiania 1893.
- BANG, C.: Anmeldelse af Festskrift til professor Poul Andersen, J. 59.81-93.
- BASSE, Ellen Margrethe: Nogle forfatningsretlige synspunkter vedrørende ægteskabssagernes fremtidige forum. U 1976 B p. 45-49.
- BECCARIA: Om Forbrydelser og Straffe. Oversat af det Italienske ved Andreas Christian Alstrup. Kbh. 1796.
- BENZON-BUCHWALD, J.: Kongeriget Danmarks Statsret. 1ste Del. Statsforfatningsret, Kbh. 1846.
- BERLIN, Knud: Opløsningsretten overfor lovgivende Forsamlinger. En sammenlignende retshistorisk og dogmatisk Undersøgelse, Kbh. 1906.
- BERLIN, Knud: Den danske Statsforfatningsret, 2. udg., I-II, Kbh. 1937 og 1939.
- BERNING, Jesper: Domsbegrundelsen som retskilde, U 71 B. 17-22.
- BERNING, Jesper: Folketinget og domstolene. Berlingske Tidende den 14. marts 1975.
- BETÆNKNING afgivet af Forfatningskommissionen af 1937, Rigsdagstidende, Tillæg A, 91. samling, 1938-39 sp. 2342-2550.
- BETÆNKNING afgivet af Forfatningskommissionen af 1946, Kbh. 1953.
- BETÆNKNING nr. 681, 1973 (Forbrugerkommissionens betænkning II, Markedsføring, Forbrugerombudsmand, Forbrugerklagenævnet).
- BETÆNKNING nr. 740, 1975 om Lovtidende og Ministerialtidende.

- BJØRN, Ole, HULGAARD, Lida og MICHELSEN, Aage: Skatteforvaltningsret, Århus, 1974.
- BORNEMANN, F.C.: Foredrag over den almindelige Rets- og Statslære, udgivne ved Goos og Krieger (Samlede Skrifter, 1. bind), Kbh. 1863.
- BORNEMANN, F.C.: Samlede Skrifter, Udgivne efter Forfatterens Død, 3. bd. Forelæsninger over den danske Criminalrets almindelige Deel, Kbh. 1866.
- BORUM, O.A. og IUUL, Stig: Juridisk Ordbog, Kbh. 1965.
- BORUM, O.A.: Domstolenes ret til prøvelse af loves grundlovsmæssighed - endnu en gang. Festskrift til Alf Ross, Kbh. 1969, p. 49-61.
- BRATHOLM, Anders: Randbemærkninger til artiklene om Kings-Bay-saken, Lov og Rett, 1963 p. 399-404.
- BRITTH, G.: Regering och förvaltning. Indlæg på Nordisk administrativt Forbunds 11. møde, optrykt i NaT 1955 p. 272.
- BRUEL, Erik: Nogle Bemærkninger om Domstolenes saakaldte Uafhængighed, U 1953 B p. 235.
- BUKDAHL, Jørgen K.: Karl Marx, Kbh. 1970.
- BUSK, Lars: Retssikkerhed og fængselsstraf. J. 1975.109-131.
- CASTBERG, Frede: Noen Ord om Magtfordelingsprincippet og dets Stilling i fransk og norsk Statsret. Tfr 1918, p. 243-296.
- CASTBERG, Frede: Grunnlovens forbud mot å gi lover tilbakevirkende kraft. Kristiania 1919.
- CASTBERG, Frede: Kommentar til artiklene om Kings-Bay-saken. Lov og Rett 1963, p. 350-353.
- CASTBERG, Frede: Norges Statsforfatning, I-II, 3. udg., Oslo 1964.
- CASTBERG, Frede: Den europeiske Konvensjon om Menneskerettighetene, Oslo 1971.
- CASTBERG, Frede: Riksretten i norsk historie, Samtiden 1976 p. 513-531.
- CHRISTENSEN, Bent: Spørgsmålet om rigsdagens medvirken i forvaltningen. Indlæg på Nordisk administrativt Forbuds 10. almindelige møde 1952, NaT 1952 p. 327.
- CHRISTENSEN, Bent: Ankenævn eller domstole, i "Festskrift til Poul Andersen", Kbh. 1958.
- CHRISTENSEN, Bent: Nævn & Råd, Kbh. 1958.
- CHRISTENSEN, Bent: Departement og Direktorat i dansk Statsadministration. NaT 1963 p. 103-123.
- CHRISTENSEN, Bent: Forvaltningens grænseområder, NaT 1969 p. 239-253.
- CHRISTENSEN, Bent: Det offentliges virksomhed, Forvaltningens indretning, Forvaltningens virkemidler, Kbh. 1973.

- CHRISTENSEN, Bent: Domstolskontrol med forvaltningen, U 76 B p. 109-118.
- CHRISTOPHERSEN, Jens A.: Forholdet Storting-Regjering, Lov og Rett 1964, p. 26-31.
- CLAUSEN, Sven : De vestlige Statsteorier, Kbh. 1952.
- CLAUSEN, Sven: Essays om Naturret, Kbh. 1954.
- COLBAN, Erik: Stortinget og Utenrikspolitikken, Oslo 1961.
- CORNISH, W.R.: The Jury, Middlesex 1971.
- CROISSANT, GROENEWOLD, SCHILY og STRÖBELE: Politiske processer uden forsvar. Retssagen mod Baader-Meinhof-gruppen (Røde Armé fraktion) i Vesttyskland. Oversat og kommenteret af Finn Barly, Kbh. 1975.
- DAMM, J.F. Utke: Statsretlige Betragtninger, Kbh. 1884.
- DAVID, C.G.N.: Om de preussiske Provindsialstænders Væsen, Kbh. 1831.
- DAVID, C.G.N. og TSCHERNING, A.F.v.: Ueber das Wesen und die Geschichte der Preussischen Provinzialstände. Mit einem Vorworte herausgegeben von N. Falck, Schleswig 1831.
- DEUNTZER, J.H.: Om Statsborger- og Undersaatsforholdet, især dets Stiftelse og Ophør. Indlæg på det fjerde nordiske juristmøde 1881. Optaget i Forhandlingerna paa det fjerde nordiske juristmøde, Kbh. 1882.
- DOISTER, Ralf Roister: Kedsommeligheden - en politisk magt, i Kulturkampen 1937, nr. 1. Citeret efter Kulturkampen, En antologi af tidsskriftet Kulturkampen, redigeret af Ole Grunbaum og Henrik Stangerup, Kbh. 1968.
- DUUS, Aage: Anmeldelse af Johannes Ussing: Om Afgjørelsen af Tvistigheder med Forvaltningen, særligt om administrative retter. TFR 1895.300-309.
- ECKHOFF, Torstein: Legalitetsprinsippet. TFR 1963.225-285.
- ECKHOFF, Torstein: Rettskildelære, Oslo 1971.
- ECKHOFF, Torstein: Uttalelser, tilsagn, avtaler og vilkår i forvaltningsretten. Jussens venner 1975, p. 133-182.
- ECKHOFF, Torstein: Juss og politikk i Kritisk juss ved Bratholm og Sundby, Oslo 1976.
- ECKHOFF, Torstein og WILBERG, Ingeborg: Grunnlov og ekspropriationserstatning. Lov og Rett, 1975.363-370.
- EHRENREICH, N.: Skal forbrugersager behandles af klagenævn eller domstole? J. 1973 p. 217-224.
- ERIKSSON, Lars D.: För ett dynamiskt legitimitetsbegreb, TFR 1975.145-157.
- ESPERSEN, Jon: Logik og argumenter. En hjælp til kritisk tænkning, Kbh. 1971.
- ESPERSEN, Ole: Indgåelse og opfyldelse af traktater, Kbh. 1970.

- ESPERSEN, Ole: Elementær Statsforfatningsret, 1973.
- EVERS, Jan: Argumentationsanalys för jurister, Lund 1970.
- EYBEN, W.E.v.: Amnesti. Indlæg i De nordiska Kriminalistföreningarnas årsbok 1946-47 p. 142.
- EYBEN, W.E.v.: Strafadmåling. Lovens Rammer og Dommerens Udfyldning, Kbh. 1950.
- EYBEN, W.E.v.: Thi kendes for ret. Retsopgøret efter besættelsen, Kbh. 1968.
- FAVRHOLT, David: Filosofi og Samfund, Kbh. 1968.
- FAWCETT, J.E.S.: The Application of the European Convention on Human Rights, Oxford 1969.
- FENGER, Ole: Den juridiske Paddehat, Stud.jur. 1974 p. 209-214.
- FINK, Hans: Samfundsfilosofi, Århus 1975.
- FLEISCHER-MICHAELSEN: Ministrene overtræder grundloven hver dag. (Jyllands-Posten den 15.2.1976).
- FLEISCHER, Carl August: Husaas-komitéens forslag til lovbestemmelser om skjønnsordning og erstatningsfastsettelse ved ekspropriation. Lov og Rett, 1970 p. 25-33.
- FLEISCHER, Carl August: Grunnlovens § 97. Jussens venner 1975 p. 183-251.
- FRIIBERG, Claus (red.): Forfatningskampen i Danmark 1866-1901 (Historiske kilder) Kbh. 1974.
- FRIIS, L.N.: Nogle Bemærkninger om Betydningen af særegne Formforskrifter i Forfatningslovene til lagttagelse ved Grundlovsforandringer. TFR 1866 p. 43-77.
- FRISCH, Hartvig: Europas kulturhistorie, bd. 3 (Fra Renæssancen til Enevældens Ophør). Kbh. 1962.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Hans: Varetægtsfængsling, Kbh. 1976.
- GAMMELTOFT-HANSEN, Hans: Berufsverbot, J. 1976 F p. 164.
- GELLHORN, Walter og BYSE, Clark: Administrative Law. Cases and Comments. 4. udg. Brooklyn 1960.
- GERMER, Peter: Anmeldelse af Studenterafhandlinger til Ugeskrift for Retsvæsen ved 100-års jubilæet 1967. J. 68.356-360.
- GERMER, Peter: Ytringsfrihedens væsen, Kbh. 1973.
- GERMER, Peter: Boligens ukrænkelighed - uden for strafferetsplejen. J. 1975. 93-100.
- GERMER, Peter: Politikerne må lære lidt forfatningsret. Aalborg Stiftstidende, 16. februar 1975.
- GERMER, Peter: Regeringsdannelsen og grundloven. J. 1975.346-349.

- GJERULFF, Th.: Endnu en tilføjelse. U 70 B. 271.
- GOOS, C.: Den danske Strafferet, Første Del: Indledning til den danske Strafferet, Kbh. 1975.
- GOOS, C. og HANSEN, Henrik: Grundtræk af den danske Statsret, Kbh. 1890.
- GOUGH, J.W.: The Social Contract. A Critical Study of its Development, Oxford 1967.
- GOYARD-FABRE, Simone: La Philosophie du droit de Montesquieu, Paris 1973.
- GREVE, Vagn, LARSEN, B. Unmack og LINDEGAARD, Per: Straffeloven. Speciel Del, Kbh. 1976.
- GREVE, Vagn, LARSEN, B. Unmack og LINDEGAARD, Per: Straffeloven. Almindelig Del, Kbh. 1976.
- GÖHRING, Martin: Montesquieu. Historismus und moderner Verfassungsstaat. Wiesbaden 1956.
- GWYN, W.B.: The Meaning of the Separation of Powers, an Analysis of the Doctrin from its Origin to the Adoption of the US-Constitution, Tulane 1965.
- HAENEL, Albert: Studien zum Deutschen Staatsrechte, Zweiter Band, Die organisatorische Entwicklung der deutschen Reichsverfassung. Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, Leipzig 1880 og 1888.
- HAGE, Hother: De faste Statsdommere og Edsvorneretten, Kbh. 1847.
- HAMBRO, Edvard: Hypotetiske betragtninger om den parlamentariske situation, Lov og Rett, 1963 p. 347-350.
- HARTNACK, Justus: Politik og Filosofi, Kbh. 1966.
- HARTNACK, Justus: Filosofiske problemer, Kbh. 1966.
- HECKSCHER, G.: Regering och förvaltning. Indlæg på Nordisk administrativt Forbunds 11. møde, optrykt i NaT 1955 p. 244-245.
- HERLITZ, N.: 1969 års regeringsform? Kommentarer til författningsutredningens förslag, Stockholm 1963.
- HERLITZ, N.: Förslaget til ny regeringsform. Några statsrätliga kommentarer. S.J. 1963 p. 385-426.
- HIMMELSTRUP, Jens: Den provisoriske lovgivning i Danmark. Kbh. 1948.
- HIMMELSTRUP, Jens og MØLLER, Jens: Danske Forfatningslove 1665-1953, Kbh. 1958.
- HIORTHØY, Finn: Norges Høyesterett 150 år . Noen betraktninger i anledning av jubileet. NaT 1965, p. 293-305.
- HIORTHØY, Finn: Anmeldelse af Alf Ross:  
1) Statsretlige studier (Kbh. 1959, 204 pp.)  
2) Dansk statsforfatningsret I (Kbh. 1959, 390 pp.)  
NaT 1959 p. 339-342.

- HIPPEL, Eike v.: Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte (Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 19), Berlin 1965.
- HOLBERG, Ludvig: Epistler, Udgivne med Kommentar af F.J. Billeskov Jansen I-VIII, Kbh. 1945-1954.  
Nr. 111, 514, 516, 517, 518 og 519 oversatte Holberg og udgav under titlen: Remarques sur quelques positions, qui se trouvent dans l'Esprit des Loix par M. le baron de Holberg, Copenhague 1753. Kun enkelte ændringer i denne oversættelse, se bibliografiske noter VI, p. 182 ff. og VII, p. 464 ff.
- HOLBERG, Ludvig: Naturens og Folke-rettens Kundskab, Værker i tolv Bind, I, Kbh. 1969.
- HOLBERG, Ludvig: Engelsk Parlamentarisme, belyst ved Kongemagtens, Ministeriets og Parlamentets forfatningsmæssige Stilling før og nu, Kbh. 1884.
- HOLCK, C.G.: Den danske Statsforfatningsret. Udgivet efter Forfatterens Død ved C. Goos og J. Nellesmann, I-II, Kbh. 1869.
- HOLCK, C.G.: Den danske Statsforvaltningsret. Udgivet efter Forfatterens Død ved C. Goos og J. Nellesmann, Kbh. 1870.
- HOLMBERG & STJERNQUIST. Vår nya författning, Stockholm 1974.
- HOLMES, Oliver Wendell: The Path of the Law, Collected Legal Papers, New York 1920, p. 167-202.
- HONKASALO. Nulla poena sine lege, indlæg på 17. nordiske juristmøde, 1937. Optaget i Forhandlingarna å det sjuttonde nordiske juristmötet, Helsingfors 1938.
- HURWITZ, Stephan: Den danske kriminalret, Almindelig del, 4. reviderede udgave ved Knud Waaben, hæfte 1.
- HURWITZ, Stephan og GOMARD, Bernhard: Tvistemål, 5. oplag, Kbh. 1968.
- HUSAAS, Halvor: Husaasutvalget - forholdet til grunnloven. Lov og Rett 1975, p. 31-33.
- HVIDT, Vald.: Om retsbevidsthed, TfR 1963 p. 286-302.
- HØFFDING, Harald: Jean Jacques Rousseau og hans Filosofi. Kbh. 1912.
- HØRUP, Viggo: Retning til venstre. Artikler og taler. (Udvalg, indledning og kommentarer ved Ebbe Reich), Kbh. 1968.
- ILLUM, Knud: Lov og Ret, Kbh. 1945.
- ILLUM, Knud: Dansk Tingsret, Kbh. 1966.
- ILLUM, Knud: Om domsbegrundelsen U 70 B. 245-256.
- ILLUM, Knud: Et gensvar. U 71 B. 65-68.
- IMBODEN, Max: Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, Berlin 1959.

- IUUL, Stig: Grundrids af den romerske formueret, Kbh. 1944.
- JELLINEK, Georg: Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf Rechtsgeschichtlicher und Rechtsvergleichender Grundlage. Aalen 1964 (oprindeligt Freiburg 1887).
- JENSEN, Claus Haagen og NØRGAARD, Carl Aage: Administration og borger, Forvaltningsret i grundtræk, Kbh. 1973.
- JENSEN, Morten Rand, JESPERSEN, Jes, GRØNBORG, Jørgen U., UFER, Niels, SKARP, Peter: Dømt på fremtiden. Om tidsubestemt internering af såkaldt farlige. Krim-Kritik nr. 2, Århus 1973.
- JENSEN, Hans: De danske Stænderforsamlings Historie 1830-1848, I-II, Kbh. 1931-1934.
- JENSEN, H. Funch: Om grundlaget for kritik af domsbegrundelsen. U 70 B. 279-280.
- JENSEN, Sv. Gram: Lovens strengeste straf, Kbh. 1974.
- JUSTITIEDEPARTEMENTET: Rättegången i mindre tvistemål, Ds Ju 1972: 6 Stockholm 1972.
- JUSTITMINISTERIET: Redegørelse for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med en dansk tiltrædelse af de europæiske fællesskaber, Kbh. 1972.
- JYLLANDS-POSTEN: Leder den 17. februar 1976: Tænk på Struense.
- JØRGENSEN, Harald (udg.): Statsrådets forhandlinger 1848-1863, I-VIII, Kbh. 1956-1968.
- JØRGENSEN, Stig: Ret og samfund, Kbh. 1970.
- JØRGENSEN, Stig: Kontraktsret, 2. bind, Kbh. 1972.
- JØRGENSEN, Stig: Juristen som politiker. Kronik i Aarhus Stiftstidende den 22. januar 1977.
- JØRGENSEN, Troels G.: A.F. Krieger som Jurist, Kbh. 1923.
- JØRGENSEN, Troels G.: Om Retter i Modsætning til Domstole og administrative Myndigheder. NaT 1927 p. 1-13.
- JØRGENSEN, Troels G.: Andreas Frederik Krieger. Juristen-Politikerens Borgeren, Kbh. 1956.
- KELSEN, Hans: Zur Lehre vom Gesetz im formellen und materiellen Sinn, mit besonderer Berücksichtigung der österreichischen Verfassung, Juristische Blätter, Jahrgang 42, 1913, p. 229-232.  
Her citeret efter optryk i Die Wienerrechtstheoretische Schule, bd. 2, Frankfurt, Zürich, Salzburg, München, 1968 p. 1533-1543.
- KNUDSEN, Søren Skov: Kan domstolens ret til at prøve grundlovsstridige love fratages dem ved lov? J. 59. 145-150.
- KOCK, Hal: Hvad er demokrati, Kbh. 1970.

- KOCH-NIELSEN, Anton: Anmeldelse af Studenterafhandlinger til Ugeskrift for Retsvæsen ved 100-års jubilæet 1967. U 68 B p. 76-81.
- KOFOED-HANSEN, Jørn-Ulrik: Om beviskravet i afbetalingslovens § 1, stk. 2. J. 1973.409-413.
- KOKTVEDGAARD, Mogens: Lærebog i den danske Strafferetspleje, Kbh. 1968.
- KRABBE, Oluf H.: Borgerlig Straffelov, udgivet med Kommentar, Kbh. 1947.
- KRARUP, Ole : Øvrigsmyndighedens grænser, Kbh. 1969.
- KRARUP, Ole : Om den offentlige rets grundbegreber, J. 1974.350-364.
- KRARUP, Ole : Mens vi venter på dommen. Kronik i Aarhus Stiftstidende den 18. januar 1977.
- KRARUP, Ole og MATHIASSEN, Jørgen: Forvaltningens retlige afhængighed, Kbh. 1972.
- KRARUP, Ole og MATHIASSEN, Jørgen: Elementær forvaltningsret, 2. udg., Kbh. 1972.
- KRARUP, Ole og MATHIASSEN, Jørgen: Elementær forvaltningsret, 3. udg. Kbh. 1975.
- KRARUP, Søren: Demokratisme. En kritik. Kbh. 1968.
- LABAND, Paul: Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes, Berlin 1871.
- LABAND, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I-III, 2. Tübingen 1876-1882.
- LABAND, Paul: Deutsches Reichsstaatsrecht, Tübingen 1907.
- LARSEN, Bent Unmack: Strafferettens forfald. Bemærkninger til Straffelovrådets forslag om de strafferetlige særforanstaltninger. J. 73 p. 121-133.
- LARSEN, Bent Unmack: Anklagemyndighedens forhold til advokatstanden, J. 1974. 69-81.
- LARSEN, Bent Unmack: Kritik af straffelovrådets udtalelse om visse strafferetlige spørgsmål i forbindelse med arbejdskonflikter, J. 1976.185-190.
- LARSEN, J.E.: Statsretlige Foredrag og Afhandlinger før 1848. Samlede Skrifter, 1. Afd., 2. Bind, Kbh. 1857.
- LARSEN, J.E.: Statsretlige Foredrag og Afhandlinger efter 1848, Samlede Skrifter, 1. Afd., 3. Bind, Kbh. 1857.
- LARSEN, Knud: Indfødsretslovene I-II, Kbh. 1948.
- LAURIDSEN, Preben Stuer: Studier i retspolitisk argumentation, Kbh. 1974.
- LAVIN, Rune: Lagprövningsrätten i en ny regeringsform. Förvaltningsrättslig Tidsskrift 1973, p. 11-26.
- LEVI, Edward H.: Some Aspects of Separation of Powers, Columbia Law Review, April 1976, vol. 76, p. 371-391.

- LID, Olav: Kort proces. Oversyn over rettargangsmåten i tvistemål. Oslo 1968.
- LOCKE, John: Two Treatises of Civil Government, London 1966.
- LORENZEN, Aage: Lidt om forældelse og om professor Illums kritik af domsbegrundelser. U 70 B. 277-278.
- LORENZEN, Peer: Domstolenes prøvelsesret over for loves grundlovmæssighed, i Studenterafhandlinger til Ugeskrift for Retsvæsen ved 100-års jubilæet 1967, Kbh. 1967, p. 117-131.
- LORENZEN, Peer: Anmeldelse af Max Sørensen: Statsforfatningsret, J. 72.420-429.
- LUND-SØRENSEN, A: Vetoretten over for lovforslag. J. 64. 353-360.
- LUNDQUIST, Lennart: Förvaltningen i det politiska systemet, Lund 1972.
- LØGSTRUP, K.E.: Den etiske fordring, Kbh. 1966, p. 108.
- MACPHERSON, C.B.: Demokratiets ansigter, Kbh. 1970.
- MACPHERSON, C.B.: The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke, Oxford, 1962.
- le MAIRE, Louis: Anmeldelse af Festskrift til Poul Andersen, NaT 1959.79-86.
- MANGÅRD, Nils: Ændring af regler for afgørelse af mindre fornærrelige tvister. Indlæg på det 25. nordiske juristmøde i Helsingfors 1972, optaget i "Forhandlingerna vid Det tjugosjätte nordiske Juristmotet i Helsingfors den 24-26 augusti 1972", Vammala 1975 p. 291-293.
- MARCUSE, Herbert: Frigørelsen, Kbh. 1969.
- MARSHALL, Geoffrey: Constitutional Theory, Oxford 1971.
- MARX, Karl: Samfunn og frihet. En antologi ved Jon Elster, Oslo 1965.
- MATHIASSEN, Jørgen: Aftaler i forvaltningsretten med særlig henblik på aftaler mellem forvaltningsmyndigheden og private, Kbh. 1974.
- MATHIASSEN, Jørgen: Højesterets voteringer som retskilde. U 76.61-75.
- MATZEN, H.: Den danske Statsforfatningsret, 2. udg., Kbh. 1887-1895. I-III.
- MERIKOVSKI, V.: Nutidsperspektiv på Finlands statsrätt, anmeldelse af Ross: Dansk Statsforfatningsret, I-II, anden utg. TfR 1967, p. 474-487.
- MEYER, Georg: 'Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats' i Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, Achter Band, Wien 1881.
- MEYER, Poul: Centraladministrationens adgang til udstedelse af retsordninger. Hovedtræk af udviklingen i Danmark efter 1849. I. Centraladministrationen 1848-1948. Kbh. 1948, p. 179-277.
- MEYER, Poul: Nordisk folkestyre. Nogle hovedtræk af dansk, norsk og svensk statsstyre, Kbh. 1955.

- MEYER, Poul: Politik. Statskundskab i grundtræk. Kbh. 1959.
- MEYER, Poul: Begrebsforvirring i statsretten . UFR 1959 B. 257-260.
- MEYER, Poul: Retspolitik og gældende forfatningsret. Statsvetenskapelig Tidsskrift 1960 p. 200-213.
- MEYER, Poul: Politisk Videnskab, Kbh. 1962.
- MEYER, Poul: Offentlig Forvaltning, Kbh. 1970.
- MOE, Mogens: Administrative Bøder, Roskilde Universitetscenter, 1973.
- MOE, Mogens: Administrative bøder. J. 75.6-17.
- MOGENSEN, Kristian: Om at kommentere domme. U 70 B. 272-273.
- MONRAD, D.G.: Udkast til Grundloven. (Materiale til en Forfatning) . Rigsarkivet.
- MONTESQUIEU: De L'Esprit des Lois, udgivet ved G. Truc, I-II, Paris 1956.
- MONTESQUIEU: Om Lovenes Natur og Aarsag. Kommenteret oversættelse ved J. Hvas, I-III, Kbh. 1770.
- MORGENSTIERNE, Bredo: Lærebog i den norske Statsforfatningsret, Kristiania 1900.
- MUNCH-PETERSEN, H.: Retspleje og Kultur, Kbh. 1913.
- MØLLER, Poul: Politik, Parlamentarismens sejr og krise, Kbh. 1972.
- NELLEMAN, J.: Civilprocessens almindelige Deel, 3. udg., Kbh. 1887.
- NIELSEN, Lars Nordskov: Anmeldelse af Alf Ross: Statsretlige Studier og Dansk Statsforfatningsret I og II. U 61 B.337-355.
- NIELSEN, Thøger: Indkomstbeskatning. Systematisk fremstilling af lovgivning og retspraksis på indkomstbeskatningens område, Kbh. 1965.
- NORDISK UTREDNINGSSERIE 1975:4 : Nordisk Kommunal rösträtt och valbarhet, Oslo 1975.
- OLRIK, Eyvind: Domstolene og Loves Grundlovsmæssighed. TFR 1921.
- OPSAHL, Torkel: En moderne forfatning under debatt. Anmeldelse af Ross: Dansk Statsforfatningsret I og II, 1959 og 1960, og Statsretlige Studier, 1959. TFR 1962.282-319 og 369-412.
- OPSAHL, Torkel: Reform av statsrettslige grunnprinsipper. TFR 1969.150-188.
- PEDERSEN, Axel H.: En Rettens Tjener, C.B. Henriques, Kbh. 1964.
- PERELMAN, Ch.: The Idea of Justice and the Problem of Argument, London 1963.
- PETERSEN, Harald: Om Domstolenes Uafhængighed, J. 64.521.
- PHILIPS, O. Hood: Constitutional and Administrative Law, London 1967.
- PLAMENATZ, John: Ideologi - et aktuelt begreb i kritisk belysning, Kbh. 1972.

- POULSEN, Bjørn: Ideernes Krise i Åndsliv og Politik, Kbh. 1965.
- RASMUSSEN, Erik: Komparativ Politik, I-II, Kbh. 1968 og 1969.
- RASMUSSEN, Erik: Ideologi og politik, Kbh. 1969.
- RASTING, Carl: Bidrag til Læren om Regeringens Anordningsmyndighed efter dansk ret. TFR 1934.52-96.
- REEH, Rasmus: Regering och förvaltning. Indlæg på Nordisk administrativt Forbunds 11. møde, optrykt i NaT 1955 p. 272-276.
- ROSS, Alf: Theorie der Rechtsquellen, Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen, Leipzig og Wien, 1929.
- ROSS, Alf: 'Sondringen mellem privat og offentlig Ret' i TFR 1936, s. 109-25.
- ROSS, Alf: Statsretlige studier, Kbh. 1959.
- ROSS, Alf: Replik i spørgsmålet om domstolenes prøvelsesmagt. J. 59.205-208.
- ROSS, Alf: Hvorfor demokrati, Kbh. 1962.
- ROSS, Alf: Dansk Statsforfatningsret I-II, Kbh. 1966.
- ROSS, Alf: Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi, Kbh. 1966.
- ROSS, Alf: Skyld, ansvar og straf, Kbh. 1970.
- ROSS, Alf: Demokrati, magt og ret, Kbh. 1974.
- ROSS, Alf: Folketingets formand bør altiv være forhandlingsleder. "Midtpunkt", Jyllands-Posten den 6. februar 1975.
- ROSS, Alf: En uberettiget kritik af straffelovrådet, J. 76.318.
- ROUSSEAU, J.J.: Cu Contrat Social, Paris 1966.
- ROUSSEAU, J.J.: Samfundspagten eller Statsrettens Grundsætninger (Contrat Social) oversat af L. Leerbeck, Kbh. 1889.
- SACHS, Aage: Indledning ved Nordisk administrativt Forbunds 3. almindelige møde i 1925 om forholdet mellem lovgivningsmagten og administrationen. NaT 1925 p. 233.
- SALMONSSON, Per (red.): Den politiske magtkamp 1866-1901, Kbh. 1973.
- SAWICKI, Jerzy: Polsk statsforfatningsret, stencileret.
- SCHEEL, A.W.: Privatrettens almindelige Deel, fremstillet efter den danske Lovgivning, Kbh. 1865.
- SCHLEGEL: Naturrettens eller den almindelige Retskæres Grundsætninger, Kbh. 1805.

- SCHLYTER, Karl: Amnesti. Indlæg i De nordiske Kriminalistforeningernes årsbok 1946-47, p. 165.
- SCHMIDT, Erik Ib: Eksperternes rolle i politik, NaT 1961 p. 112-127.
- SCHNEIDER, Hans-Peter: Die Gesetzmässigkeit der Rechtsprechung in die öffentliche Verwaltung, 28. årg. 1975.
- SEIP, Jens Arup: 'Frihetens tre stadier' i TFR 73.612-625.
- SELIGMANN, Ernst: Beiträge zur Lehre vom Staatsgesetz und Staatsvertrag. I. Der Begriff des Gesetzes im materiellen und formellen Sinne, Berlin og Leipzig 1886.
- SKIERBEKK, Gunnar: Politisk Filosofi, Innføring i filosofihistorie med særlig vekt på politisk teori, 1-2, Oslo, 1974.
- SMITH, Jørgen: Skatteunddragelser, efterbetaling og straf, Kbh. 1961.
- SNEEDORFF, Jens Schielderup: Om Den Borgerlige Regiering, Kbh. 1757.
- SOCIALDEMOKRATIETS FORFATNINGSUDVALG: Forfatningen til Debat, 1971.
- SOU 1958: 14 Författningsutredningen : II. Regeringsarbetet.
- SOU 1963:17. Författningsutredningen: VI, Sveriges Statskick, Del 2. Motiv.
- SPLETH, P.: Tilføjelse til foranstående. U 70 B.267-270.
- STANG, Friederich: Systematisk Fremstilling af Kongeriget Norges constitutionelle eller grundlovsbestemte Ret, Christiania 1833.
- STARCK, Christian: Der Gesetzbegriff des Grundgesetzes, Ein Beitrag zum juristischen Gesetzgebung, Baden-Baden 1970.
- STAVANG, Per: Parlamentarismen i Noreg, TFR 1976 p. 424.
- STEINCKE, K.K.: Fra Valgpladsen: Ogsaa en Tilværelse II, Kbh. 1956.
- STEINCKE, K.K.: Domstolenes kompetence overfor formentlig grundlovsstridige love. J. 60.228.
- STRAFFELOVRÅDET's udtalelse om økonomisk kriminalitet, Kbh. 1974.
- STRÖMBERG, H.: Sveriges författning, Malmö 1974.
- STYBE, Svend Erik: Demokratiets principper, Kbh. 1964.
- STYBE, Svend Erik (red.): Politiske ideologier. Fra Platon til Mao, Kbh. 1972.
- SUNDBERG, Halvar G.F.: Förfvaltningsrätten och de juridiska studierna. Några reflexioner i anledning av Nils Herlitz' Forelasningar i förvaltningsrätt II och III. SJ 1951 p. 81-96.
- SVEISTRUP, Poul (udg.): Bestaaende Forfatningslove, Valglove og Forretningsordener i forskjellige Lande, Tredje Del, Kbh. 1885.
- SØRENSEN, Max: Responsum vedrørende de problemer, der knytter sig til grundlovens § 18. Bilag 6 i betænkning afgivet af Forfatningskommissionen af 1946, Kbh. 1953.

- SØRENSEN, Max: Et nyt forfatningsretligt værk. Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret I og Statsretlige Studier. J. 59.441.
- SØRENSEN, Max: En berigtigelse. U 71 B.17.
- SØRENSEN, Max: Anmeldelse af Ole Espersen: Indgåelse og opfyldelse af traktater. J. 71.144-148.
- SØRENSEN, Max: Statsforfatningsret, 2. udg. ved Peter Germer, Kbh. 1973.
- SØRENSEN, Willy: Uden mål - og med. Moralske tanker, Kbh. 1973.
- TAKSØE-JENSEN, Finn: Materiel procesledelse i borgerlige sager. Kbh. 1975.
- TAMM, Ditlev: Fra "Lovkyndighed" til "Retsvidenskab". Studier over betydningen af fremmed ret for Anders Sandøe Ørstedes private retlige forfatterskab, Kbh. 1976.
- TAXELL, Lars Erik: Rätt och Demokrati, Åbo 1976. (Acta Academiae Aboensis, ser. A. Humaniora, Vol. 52).
- TOFT-NIELSEN, B.G.: Regering och Förvaltning. Indlæg på Nordisk administrativt Forbunds 11. møde. Optrykt i NaT 1955, p. 256.
- TOLSTRUP, Flemming: Vand og vandløb, Kbh. 1970.
- TORGENSEN, R.N.: Forvaltningsreformer og Konsentrasjon av regeringsmakten, NaT 1950, p. 9.
- TORKILD-HANSEN, Carl: Anmeldelse af Statsretlige Studier i Advokatbladet 1959, p. 290-292.
- TORP, Carl: Den danske Strafferets almindelige Del, Kbh. 1905.
- TROLLE, J.: Magtfordrejning og det offentliges "private Ejendomsret" i Festskrift til Poul Andersen, Kbh. 1958.
- TROLLE, Jørgen: Om at læse domme. U 70 B. 261-267.
- TROLLE, Jørgen: Duplik til professor Il lum. U 71 B. 85.
- TSCHERNING, A.F.: De preussiske Provindsialstænders Historie i korte Træk, Kbh. 1831.
- TSCHERNING, A.F.: Til Bedømmelse af Forfatningsstriden, Kbh. 1865.
- TVETEN, Erling: Ændring af regler for afgørelse af mindre formueretlige tvister. Indlæg på det 26. nordiske juristmøde i Helsingfors 1972, optaget i "Förhandlingarna vid Det tjugosjätte nordiske juristmötet i Helsingfors den 24-26 augusti 1972, Vammala 1975, p. 317-321.
- USSING, Johs.: Om Afgjørelsen af Tvistigheder med Forvaltningen, særlig om Administrative Retter, Kbh. 1893
- USSING, V.C.: Om Domstolenes Forhold til den lovgivende Magt efter Grundloven, TFR 1863 p. 214-252.
- VERGES, Jacques M.: Den politiske retssag og retssagens politik, Kbh. 1971.

- VEZANIS, Demetrius: 'Kritik der Gewaltenteilungslehre' i *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, Band XIV, Wien 1964.
- VILE, M.J.C.: *Constitutionalism and The Separation of Powers*, Oxford 1969.
- VINDE, Pierre: *Hur Sverige styres. Centralförvaltningen och statens budget*. Falköping 1968 p. 48-68.
- WAABEN, Knud: *Betingede Straffedomme*, Kbh. 1948.
- WAABEN, Knud: *Judiciel og administrativ kompetence i kriminalretten*. Festskrift til Poul Andersen, Kbh. 1958, p. 432-446.
- WAABEN, Knud: *Andre sider af "strafferettens forfald"*. Bemærkninger til lektor Bent Unmack Larsens omtale af forslagene vedrørende straffereftlige særforanstaltninger. J. 73.134-143.
- WADE, E.C.S. og PHILIPS, Godfrey: *Constitutional Law*, 8. udg. ved E.C.S. Wade og A.W. Bradley, Thetford 1973.
- WEBER, Max: *Makt og byråkrati, Essays om politikk og klasse, samfundsforskning og verdier*. Udvalg og innledning ved Egil Fivelsdal. Oversatt av Dag Østerberg. Oslo 1971.
- WILBERG, Ingeborg: *Kings-Bay-saken i forfatningsrettslig og parlamentarisk perspektiv*, *Lov og Rett* 1963, p. 337-341.
- WRIGHT, Benjamin F. (udg.): *The Federalist* by Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, Cambridge, Massachusetts 1966.
- WÜRTZEN, Hans m.fl.: *Prøvelse af forvaltningsakter II Rekurs*, Kbh. 1972.
- ZAHLE, Henrik: *Kritik af en retsteori, Om Alf Ross' opfattelse af retsvidenskaben*. *TfR* 1974 p. 333-403.
- ZAHLE, Henrik: *Kritisk Proces*, 1. hæfte, *Juridiske Arbejdstekster* 1, Kbh. 1974.
- ØRSTED, Anders Sandøe: *Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, med stadigt Hensyn til afdøde Etatsraad og Professor Hurtigkarls Lærebog*. I-VI, Kbh. 1822-1835.
- ØRSTED, A.S.: *Prøvelse af de Rigsforsamlingen forelagte Udkast til en Grundlov og en Valglov*, Kbh. 1849.
- ØRSTED, A.S.: *Arbejder om Trykkefriheden* (ved Harald Jørgensen) Kbh. 1947.
- BORUM, O. A.: *Okkupation og Retsstaten*, J. 1945 p. 124-126.
- HANSEN, Jørgen-Ulrik Kofoed: *Om beviskravet i afbetalingsloven, § 1, stk. 2*, J. 73 p. 409-413.
- HURWITZ, Stephan: *Om Strafforfølgning efter okkupationen*, S. J. 1944 p. 833-852.

JACOBSEN, Hartvig: Retsspørgsmål vedrørende Straffelovstillæggene af 1945. Indlæg i NKÅ 1944-1945 p. 212-223.

JØRGENSEN, Troels G.: Dansk Lov mod Kommunisterne, J. 41 p. 497-504.

KRABBE, Oluf: Retsspørgsmål vedrørende Straffelovstillæggene af 1945. Indlæg i NKÅ 1944-1945 p. 249-252.

KRARUP, Ole: Diskussionsteknik og mistænkeliggørelse, Aarhus Stiftstidende den 29. januar 1977.

LUCAS, F.: Retsspørgsmål vedrørende Straffelovstillæggene af 1945. Indlæg i NKÅ 1944-1945 p. 207-212.

SØRENSEN, Max: Anmeldelse af Peter Germer: Ytringsfrihedens væsen, J. 73 p. 358-361.

TROLLE, Jørgen: Omkring Højesteretsdommen i Frikorps-sagen, J. 46 p. 21-33.

ØSTERGAARD-NIELSEN, H.: Retsgrundlaget for Udrensningen, Tidehverv, 19. årgang, nr. 6-7, 1945, citeret efter Tidehverv, en antologi ved Leif Grane, Kbh. 1967 p. 276-291.