

Dommerne, skønnet og klogskabsspørgsmålet

Dommerne er hverken læger, ingeniører, socialrådgivere, landmålere eller biologer – der skal en solid advokatindsats til, for at dommerne kan bide spids på klogskabsspørgsmålet, skriver Jens Peter Christensen. *Advokaten* har bedt højesteretsdommeren forholde sig til, om domstolene vægrer sig ved at efterprøve forvaltningens skøn.

AF JENS PETER CHRISTENSEN, HØJESTERETSDOMMER, DR. JUR.

ADVOKATRÅDET HAR MED rapporten 'Retssikkerhed i forvaltningen' rejst en række væsentlige spørgsmål om borgernes rettigheder i mødet med forvaltningen. Parallelt med udarbejdelsen af rapporten satte *Advokaten* i årets første nummer af bladet fokus på samme emne.

Man kunne her læse, at domstolene efter en række advokaters opfattelse er for tilbageholdende med at prøve forvaltningens skøn, og at domstolene i så henseende ikke lever op til deres grundlovsbestemte opgave. Domstolene "vægrer [...] sig ved at efterprøve forvaltningens skøn," hed det i daværende advokatrådsformand Søren Jenstrup's leder.

Redaktionen har bedt mig give et bud på, om det nu kan have sin rigtighed?

Grundloven

Grundloven først. Dens bestemmelse om domstolenes kompetence til at kontrollere, at forvaltningen holder sig inden for lands lov og ret, har stået uforandret siden Juni Grundloven af 1849, hvor man fandt bestemmelsen i § 77. I dag finder man den med samme ordlyd i § 63. Bestemmelsens stk. 1, 1. pkt., lyder i al sin lakoniske enkelthed: "Domstolene er berettigede til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser."

På Den Grundlovgivende Rigsforsamling i 1848-1849 var der enighed om, at den nye grundlovsbestemmelse tog sigte på et opgør med enevældens domstolsprøvelse. Men der var ikke enighed om, hvor vidtgående

domstolskontrollen fremover skulle være. Man var enige om, hvor man kom fra, og man var enige om, at man skulle væk derfra, men man var ikke enige om, hvor man skulle hen.

Under enevældens sidste tid havde en egentlig domstolskontrol med forvaltningen i princippet været udelukket i kraft af § 29 i den såkaldte Magistratsinstruks af 28. august 1795. Instruksen, der var udstedt af Christian VII, bestemte, at klager over øvrighedsembedernes førelse skulle rettes til kongen. Kongen afgjorde så enten selv klagen eller henviste den til domstolene, så Højesteret fik den endelige afgørelse.

På Den Grundlovgivende Rigsforsamling fandt man i enighed, at Magistratsinstruksens ordning var uforenelig med den nye statsforfatning. Men man kunne ikke nå til enighed om, hvor vidtgående domstolskontrollen skulle være i medfør af den nye grundlovsbestemmelse om prøvelse af 'øvrighedsmyndighedens grænser'.

Blandt grundlovgiverne blev to modstridende synspunkter gjort gældende. Ifølge det ene, hævded stærkest af Anders Sandøe Ørsted, måtte domstolene og forvaltningen betragtes som sideordnede organer med hver sine, indbyrdes uafhængige, sagsområder. Domstolenes opgave i forhold til forvaltningen var alene at afgøre, om et spørgsmål faldt inden for forvaltningens eller domstolenes kompetence. Faldt spørgsmålet inden for forvaltningens kompetence, var domstolene inkompetente, og yderligere domstolsprøvelse var udelukket. Domstolenes opgave

var alene at afgøre kompetencetvister. Dette hovedsynspunkt fik derfor betegnelsen 'kompetencetvistlæren'.

Ifølge det andet hovedsynspunkt betød den nye grundlovsbestemmelse derimod, at domstolene skulle være kompetente til at efterprøve lovligheden af forvaltningens afgørelser. Domstolene skulle foretage en såkaldt legalitetsprøvelse. Heri lå modsætningsvis, at domstolene ikke kunne efterprøve forvaltningens fagligt prægede skøn. Rent skønsmæssige afgørelser skulle med andre ord være immune for domstolsprøvelse. Som ordføreren for den komité, der havde forfattet bestemmelsen, A.F. Krieger, udtalte på Den Grundlovgivende Rigsforsamling, skulle "Conduitespørgsmålet, Skjønssomheds- eller Klogskabsspørgsmålet [ligge] aldeles uden for Domstolenes Undersøgelse."

Domstolsprøvelsens udvikling

– de dommerskabte retsgrundsætninger

I årene efter Juni Grundlovens ikrafttræden blev det i praksis domstolene selv, der kom til at bestemme indholdet af domstolsprøvelsen og denne prøvelses nærmere omfang. I de første tiår efter 1849 var domstolsprøvelsen endnu præget af kompetencetvistlæren, men efter 1870 blev legalitetsprøvelsen dominerende. I slutningen af 1800-tallet var domme, der prøvede, om forvaltningens afgørelser havde den fornødne hjemmel i lov, blevet det normale.

Endnu nogle årtier op i 1900-tallet havde forestillingen om, at domstolene kun kunne efterprøve legalitetsspørgsmål og ikke

skønsspørgsmål, betydelig magt over sindene. Efterhånden udviklede der sig imidlertid i retspraksis en række såkaldt 'uskrevne krav' til forvaltningens skønsmæssige afgørelser. Disse uskrevne krav består i en række dommerskabte retsgrundsætninger, som forvaltningens skønsmæssige afgørelser skal respektere.

Blandt de væsentligste af de dommerskabte retsgrundsætninger er forbuddet mod magtfordrejning, kravet om lovlige hensyn, lighedsgroundsætningen, forbuddet mod at sætte skøn under regel og kravet om proportionalitet mellem mål og middel. Det nærmere indhold af disse retsgrundsætninger og af domstolsprøvelsen efter grundlovens § 63 er der som bekendt skrevet tykke lærebogsmæssige fremstillinger om. I relation til Højesterets prøvelse af forvaltningens afgørelser, er den nyeste fremstilling at finde i bogen 'Højesteret – 350 år', side 259-292, hvor jeg nogenlunde kortfattet har forsøgt at sammenfatte en status for retsudviklingen.

Fælles for de nævnte retsgrundsætninger er, at de er udviklet af domstolene selv. Der er tale om dommerskabt ret inden for rammerne af grundlovens bestemmelse om domstolenes kompetence til at efterprøve 'øvrighedsmyndighedens grænser'. Domstolene har på denne måde underkastet forvaltningens skønspregede afgørelser en stadig tættere kontrol.

Retstilstanden vedrørende domstolenes prøvelse af forvaltningens virksomhed er ikke så meget resultatet af en fortolkning af grundlovens tekst og motiver, som af en retsudvikling, der i første række har ligget i domstolenes og specielt Højesterets hånd. Domstolene har dermed påtaget sig en betydelig mere fremskudt rolle som selvstændig statsmagt end den, der var tiltænkt dem med Junigrundlovens bestemmelse om prøvelse af øvrighedsmyndighedens grænser.

Er domstolene for tilbageholdende?

Men selvom domstolene således utvivlsomt er gået længere, end der var lagt op til med grundlovens § 63, kan man jo godt mene, at domstolene burde gå endnu længere i prøvelsen af forvaltningens skøn.

Sagens kerne er i så henseende fortsat den, A.F. Krieger gav ord for mere end 150 år

siden: Hvem er de nærmeste til at afgøre 'Conduitespørgsmålet, Skjønssomheds- eller Klogskabsspørgsmålet'? Forvaltningens fagfolk eller domstolenes jurister?

På Kriegers tid anså man disse spørgsmål for at være noget, der med Kriegers ord, lå 'aldeles uden for Domstolenes Undersøgelse'. Sådan er det ikke længere. I kraft af de uskrevne retsgrundsætninger har domstolenes jurister lagt snævrere og snævrere grænser for forvaltningens faglige skøn.

Og nye indsnævring vil måske fremover føje sig til, for eksempel i form af en grundsætning om tilsidesættelse af 'åbenbart urigtige' afgørelser, et krav om forvaltningsafgørelser 'egnethed' og en grundsætning om tilsidesættelse af afgørelser, der strider mod 'berettigede forventninger'. I hvert fald har både den forvaltningsretlige teori og det praktiske rets liv sine fortalere for en sådan udvikling. Som dommer kan man måske nok mene, at de allerede udviklede retsgrundsætninger giver fuldt tilstrækkeligt med muligheder for at efterprøve og tilsidesætte skønnet, og at eventuelt nye grundsætninger mest vil have karakter af terminologisk knopskydning. Men ligegyldigt hvordan man nu måtte se på det spørgsmål, er kerne i sagen under alle omstændigheder, at det først og fremmest beror på advokatens sagsførelse, hvor dybtgående dommerens prøvelse af forvaltningens skøn kan blive. Det er advokaterne, der fører sagerne, ikke dommerne.

Skal en skønsmæssig afgørelse tilsidesættes på grundlag af grundsætningen om saglige hensyn, må advokaten gøre noget ud af, hvorfor den trufne afgørelse ikke er saglig. Det er ikke nok bare at hævde det – der skal mere til. Hvilke er den kreds af hensyn, der bærer den pågældende skønsmæssige bestemmelse? Og hvorfor tilhører de hensyn, der faktisk er blevet varetaget, ikke denne kreds?

Skal en skønsmæssig afgørelse tilsidesættes på grundlag af grundsætningen om forbud mod subjektiv magtfordrejning, må der gøres noget ud af dokumentationen for, hvilke hensyn der reelt har ligget forvaltningen på sinde, da man under påberåbelse af saglige hensyn traf sin afgørelse. Det er ikke nok at hævde, at det er ens sikre overbevisning, at

forholdene er misliebige.

Skal en skønsmæssig afgørelse tilsidesættes på grundlag af lighedsgroundsætningen, må der gøres noget ud af at fremfinde afgørelser, der bygger på tilsvarende fakta, men alligevel er faldet ganske anderledes ud. Lighed er godt, men det afgørende er, om der kan dokumenteres en forskellighed, der ikke juridisk kan begrundes.

Skal en afgørelse anfægtes på grundlag af forbuddet mod at sætte skøn under regel eller kravet om proportionalitet mellem mål og middel, må advokaten på tilsvarende vis lægge fakta frem, der kan overbevise dommeren om, at det forholder sig som hævdet; at afgørelsen er hentet i afdelingen for stangtøj og ikke skræddersyet efter lovens mål, eller at det valgte middel er at skyde med kanoner, og at lettere våben ville have været fuldt tilstrækkelige.

Det forholder sig kort sagt således, at det først og fremmest beror på advokatens sagsoplysning og procedure, hvor langt dommerne i praksis kan bevæge sig ind i prøvelsen af forvaltningens faglige skøn. Dommerne er jurister, og de er præsumptivt de bedste til såvel abstrakt regelfortolkning som til at subsumere et kompliceret faktum under en vag og elastisk eller skønsmæssig lovbestemmelse. Men dommerne er hverken læger, ingeniører, socialrådgivere, landmålere eller biologer – der skal en solid advokatindsats til, for at dommerne kan bide spids på klogkabsspørgsmålet. ●

Jens Peter Christensen

Højesteretsdommer siden 2006. Tidligere professor i stats- og forvaltningsret ved Aarhus Universitet. Har skrevet bøger om grundlovsfortolkning og ministres og embedsmænds ansvar. Har været formand for en lang række lovforberedende udvalg mv. [om embedsmænd og ministre, 'spindoktorer', ministrenes særlige rådgivere, offentligt ansattes ytringsfrihed, åbenhed i den kommunale forvaltning m.m.] Han er uddannet som cand. scient.pol. (1982), lic.jur. (1990), cand. jur. (1992) og dr.jur. (1997).