

Gorm Toftegaard Nielsen

Retsstaten. Idé og praksis

Retsstatsbegrebet har fået fornyet aktualitet. Begrebet er overtaget fra Tyskland, men ideerne har rod i oplysningstidens magtadskillelseteori. Denne er grundlaget for vores grundlov, men den forfatningsretlige teori efter Ross har nærmest bortfortolket ideen i en tro på, at alt kan besluttes ved lov, og har således delvis legitimeret Tvind-særloven. Domstolenes beskyttelse af borgerne har indtil nu haft begrænset betydning. Dommerne har i vidt omfang bidraget hertil ved at behandle mange af sagerne som bijobs. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vil nok tvinge Højesteret over i en mere grundlovsorienteret rolle.

Retsstaten synes som begreb at have trukket sig opmærksomhed i de senere år. Jeg vil i det følgende kort se på, om der kan påvises nærliggende grunde til dette. Næppe mange har en helt klar forestilling om, hvad begrebet dækker. Jeg vil derfor foretage en rimelig kort analyse af det, man kunne kalde ideologien bag begrebet. Med udgangspunkt heri vil jeg prøve at markere retsstatens placering i vores oprindelige grundlov fra 1849 og dernæst se, hvilke ændringer der er sket i de forfatningsretlige regler. Formålet med artiklen er at konfrontere denne analyse af reglerne og deres formål med den politiske virkelighed. Dette vil ske ved at behandle nogle få, aktuelle spørgsmål.

I en netop foretaget evaluering af den juridiske uddannelse ved Københavns og Aarhus Universiteter indledes styregruppens analyse og anbefalinger med sætningen: „Juristuddannelserne må tage deres udgangspunkt i retsstaten som politisk ideal“ (Evalueringencentret, 1996: 25).

Synspunktet er spændende, da ordet „retsstat“ næppe siger dagens jurister så meget. Det er således karakteristisk, at ordet øjensynlig ikke optræder i Germers Statsforfatningsret, som anvendes i Århus, medens det forekommer nogle steder i Zahles *Dansk Forfatningsret I-III*, for eksempel I, pp. 36 og 117. Zahle bruger begrebet som modsætning til social-

staten og anfører sidstnævnte sted, at retsstaten var den afgørende model i 1849 og indebar, at statens funktioner skulle være begrænsede til navnlig at løse konflikter mellem private og at sikre staten udadtil (politi, domstole, forsvar). Under socialstaten anskues staten som en enhed, der også gør noget konstruktivt for borgerne, for eksempel deres sundhed og uddannelse. Retsstatsbegrebet anføres således langt fra som et grundlæggende ideal for den moderne danske stat.

Ofte er retsstatsbegrebet i den politiske debat i Norden blevet anvendt som argument mod, at staten påtog sig sociale opgaver (Fogelklou, 1996: 16). Om end i en noget vanskeligere forståelig form er dette konservative indhold vel også essensen i Ib Martin Jarvads analyse (1993: 170 ff). Den manglende anvendelse af retsstatsbegrebet kan have sammenhæng med, at vi herhjemme i første halvdel af dette århundrede havde et politisk parti, Retsforbundet, der netop havde retsstaten som et af sine hovedformål. Begrebet blev således for mange knyttet til dette partis program. For mange har begrebet af denne grund fået noget næsten latterligt over sig (Dalberg-Larsen, 1984: 30).

Begrebet retsstat har således haft en meget begrænset rolle i den juridiske litteratur. De bagvedliggende ideer om borgernes retssikkerhed har imidlertid haft

Gorm Toftegaard Nielsen

Retsstaten. Idé og praksis

Retsstatsbegrebet har fået fornyet aktualitet. Begrebet er overtaget fra Tyskland, men ideerne har rod i oplysningstidens magtadskillelseteori. Denne er grundlaget for vores grundlov, men den forfatningsretlige teori efter Ross har nærmest bortfortolket ideen i en tro på, at alt kan besluttes ved lov, og har således delvis legitimeret Tvind-særloven. Domstolenes beskyttelse af borgerne har indtil nu haft begrænset betydning. Dommerne har i vidt omfang bidraget hertil ved at behandle mange af sagerne som bijobs. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vil nok tvinge Højesteret over i en mere grundlovsorienteret rolle.

Retsstaten synes som begreb at have trukket sig opmærksomhed i de senere år. Jeg vil i det følgende kort se på, om der kan påvises nærliggende grunde til dette. Næppe mange har en helt klar forestilling om, hvad begrebet dækker. Jeg vil derfor foretage en rimelig kort analyse af det, man kunne kalde ideologien bag begrebet. Med udgangspunkt heri vil jeg prøve at markere retsstatens placering i vores oprindelige grundlov fra 1849 og dernæst se, hvilke ændringer der er sket i de forfatningsretlige regler. Formålet med artiklen er at konfrontere denne analyse af reglerne og deres formål med den politiske virkelighed. Dette vil ske ved at behandle nogle få, aktuelle spørgsmål.

I en netop foretaget evaluering af den juridiske uddannelse ved Københavns og Aarhus Universiteter indledes styregruppens analyse og anbefalinger med sætningen: „Juristuddannelserne må tage deres udgangspunkt i retsstaten som politisk ideal“ (Evalueringencentret, 1996: 25).

Synspunktet er spændende, da ordet „retsstat“ næppe siger dagens jurister så meget. Det er således karakteristisk, at ordet øjensynlig ikke optræder i Germers Statsforfatningsret, som anvendes i Århus, medens det forekommer nogle steder i Zahles *Dansk Forfatningsret I-III*, for eksempel I, pp. 36 og 117. Zahle bruger begrebet som modsætning til social-

staten og anfører sidstnævnte sted, at retsstaten var den afgørende model i 1849 og indebar, at statens funktioner skulle være begrænsede til navnlig at løse konflikter mellem private og at sikre staten udadtil (politi, domstole, forsvar). Under socialstaten anskues staten som en enhed, der også gør noget konstruktivt for borgerne, for eksempel deres sundhed og uddannelse. Retsstatsbegrebet anføres således langt fra som et grundlæggende ideal for den moderne danske stat.

Ofte er retsstatsbegrebet i den politiske debat i Norden blevet anvendt som argument mod, at staten påtog sig sociale opgaver (Fogelklou, 1996: 16). Om end i en noget vanskeligere forståelig form er dette konservative indhold vel også essensen i Ib Martin Jarvads analyse (1993: 170 ff). Den manglende anvendelse af retsstatsbegrebet kan have sammenhæng med, at vi herhjemme i første halvdel af dette århundrede havde et politisk parti, Retsforbundet, der netop havde retsstaten som et af sine hovedformål. Begrebet blev således for mange knyttet til dette partis program. For mange har begrebet af denne grund fået noget næsten latterligt over sig (Dalberg-Larsen, 1984: 30).

Begrebet retsstat har således haft en meget begrænset rolle i den juridiske litteratur. De bagvedliggende ideer om borgernes retssikkerhed har imidlertid haft

en fremtrædende rolle i megen juridisk litteratur. Det har dog i mange årtier været kendetegnende for juraen herhjemme, at den primært har interesseret sig for det enkle spørgsmål: Hvilket udfald vil en given sag ved Højesteret få? Danske domstole er meget kortfattede i deres begrundelser. Den, der har slået op i den juridiske litteratur for at læse længere analyser af fundamentale retlige problemer, er oftest blevet skuffet.

Det er på denne baggrund særligt opsigtsvækkende, at et evalueringsudvalg bestående af praktikere så kraftigt markerer behovet for et kursskifte, således at de centrale, retlige værdier indlæres på uddannelsen. Den markante ændring skyldes muligvis dels den øgede interesse for menneskerettighedsspørgsmål og dels Tamil-sagen. Især den øgede betydning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har tvunget mange juristers øjne op. Juraen har pr. tradition vel været det mest nationale fag overhovedet. Næsten alle holdt sig til studier af det danske retssystem og fik den naturlige opfattelse, at dette var verdens bedste. Man støttede varmt internationale konventioner om menneskerettigheder i sikker forvisning om, at mange andre lande havde behov for et pres for at opnå et lige så godt system som vores.

I flere tilfælde har vi til næsten alles overraskelse måttet konstatere, at de organer - først og fremmest Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol - som skulle forbedre disse systemer, også har fundet fejl og mangler i vores system. Vi har set en domstol, som griber sin juridiske analyse an på en helt anden måde med en langt større respekt for principper, end vi er vant til her. Vores Højesteret har altid loyalt fortolket loven i lyset af lovgivers vilje. På denne måde har lovgiver aldrig haft anledning til dybere fundering

over, om man risikerede problemer ved at gå for tæt på grundloven. Nu må Højesteret imidlertid se i øjnene, at den risikerer at få sin godkendelse af dansk lovgivning og administrativ praksis tilsidesat i Strasbourg som stridende imod den europæiske minimumsgrænse for retlig beskyttelse af individet.

Dette må få betydning for Højesterets opfattelse af retssikkerhedsproblemer. Højesteret synes i flere tilfælde at have signaleret, at man er klar over, at der i flere henseender kan være behov for en vis selvransagelse. Som eksempel kan nævnes den situation, at A er dømt for at have solgt narko til B. B er nu tiltalt for at have købt narko fra A. B opdager, at den dommer, der skal behandle hans sag, er samme dommer, som netop har dømt A for at have solgt til B, og B føler sig dømt på forhånd. Han ønsker en ny, upartisk dommer. Dette spørgsmål blev den 21.12.1989 afgjort af Højesteret (*Ugeskrift for retsvæsen*, 1990:181 H), der blandt andet anfører:

„Det har hidtil her i landet været anset for mest betryggende, at en straffesag - også ved dommerembeder, hvor der er mere end én dommer til rådighed - under hele dens forløb ved retten så vidt muligt behandles af en og samme dommer, som derved bedst muligt opnår det sikre kendskab til sagen, som er nødvendig for at træffe en rigtig afgørelse. Denne fremgangsmåde, der også er i høj grad tids- og arbejdsbesparende, er navnlig anset hensigtsmæssig i sager, der omfatter et stort antal forbrydelser og/eller flere tiltalte. ...

I lyset af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24.05.1989 i Hauschildt-sagen må det stille sig tvivlsomt, om denne praksis er i overensstemmelse med art. 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.“

Sådanne udtalelser fra Højesteret gør det ret åbenbart for alle jurister, at man er

nødt til at rette blikket mod Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det interessante er imidlertid, at den ideologi, der ligger bag menneskerettighederne, i meget vidt omfang er den samme ideologi, som ligger bag grundloven, specielt dennes regler om frihedsrettighederne. For at forstå konventionen bliver juristerne nødt til at interessere sig for ideologien, der bærer retsstatstanken. Lidt hårdt trukket op har vores tiltræden af menneskerettighedskonventionen tvunget os til at tage de forfatningsretlige principper lige så seriøst som udlandet (Werlauff, 1996: 21).

Ideologien

Ordet retsstat er tysk (Rechtsstaat) og meget muligt fra midten af 1800-tallet, men der er ingen grund til at tro, at ideen er tysk. Som anført af Frändberg (1996: 25) er ideen, at staten skal beskytte den enkelte mod staten selv. Dette forhold kalder han retsstatens paradoks, som er retsstatsideologiens alvorligste problem. Netop for at løse dette problem udviklede Locke og Montesquieu som retsstatsideologiens klassikere deres magtfordelingslære, med Locke som den „främsta“. Angelsakserne har da også deres egen term, „rule of law“, uden at denne term givetvis har nøjagtig samme indhold (Fogelklou, 1996: 14).

Interessen for John Lockes fremstilling kan måske overraske danske jurister. Han nævnes ikke i de forfatningsretlige fremstillinger af magtfordelingslæren. Germers fremstilling udmærker sig ved end ikke at nævne Montesquieus navn eller fremstilling (Germer, 1995: 12-23), medens Zahle dog refererer Montesquieu (Zahle, 1989-1995: 229-236). Locke nævnes alene som en af kapitalismens fædre (pp. 23 og 119) og for et forbud

mod delegation af lovgivningsmagt (p. 324). Ligeledes nævner heller ikke Ross Locke i sin analyse af magtfordelingslæren (Ross, 1959; 1966).

John Locke: Two Treatises of Civil Government, 1690

Kap. XII i Lockes anden afhandling har overskriften: „The Legislative, Executive, and Federative Power of the Commonwealth“. Den, der søger efter hans fremstilling af magtadskillelselæren, vil derfor nok umiddelbart starte her. Det relevante kapitel er imidlertid kap. IX „Of the Ends of Political Society and Government“, der i afsnit 124-126 indeholder opregning af tre funktioner:

„124 ...Firstly, there wants an established, settled, known law, received and allowed by common consent to be the standard of right and wrong, and the common measure to decide all controversies between them....

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. ...

126. Thirdly, in the state of Nature there often wants power to back and support the sentence when right, and to give it due execution.“

Klarere kan man næppe se de tre kendte funktioner opstillet: Den lovgivende, den dømmende, som anvender loven, og den eksekutive magt. I det oven for nævnte kapitel XII introduceres imidlertid i afsnit 145 en fjerde statsfunktion, som præciseres i afsnit 146:

„146. This, therefore, contains the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions with all persons and communities without the commonwealth, and may be called federative if any one pleases. So the thing be understood, I am indifferent as to the name.“

I sin analyse gør Locke imidlertid rede for, at den føderative magt bør placeres på samme hænder som den eksekutive magt.

„148. Though, as I said, the executive and federative power of every community be really distinct in themselves, yet they are hardly to be separated and placed at the same time in the hands of distinct persons. For both of them requiring the force of the society for their exercise, it is almost impracticable to place the force of the commonwealth in distinct and not subordinate hands, or that the executive and federative power should be placed in persons that might act separately, whereby the force of the public would be under different commands, which would be apt some time onother to cause disorder and ruin.“

Her markeres tydeligt, at hær og politi er de organer, der agerer ved fysisk magtandvendelse. Deler man statens fysiske styrke, risikerer man, at de to parter kommer op at slås, og det kan ødelægge staten. Som en af Lockes forgængere, Lawson, der i 1657 havde udgivet *An Examination of the Political Part of Mr. Hobbs his Leviathon*, udtrykte det: „One and the same sword must protect from enemies without and unjust subjects within. For the sword of war an justice are both the same sword.“ Her citeret efter Vile (1969: 56).

Det er et klart mønster i Lockes fremstilling: Lovgiver giver loven. Overtræder en borger denne, kan han dømmes. Er han dømt, kan han straffes. Det svarer meget nøje til de klassiske sætninger: Ingen dom uden efter lov, ingen straf uden efter dom. Dette svarer helt til hans opfattelse af friheden som en ret til at leve efter loven og uden frygt for statens arbitrære indgreb, jf. afsnit 57-59:

„Freedom of man 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,“ afsnit 22.

For den aktuelle debat kan det være væsentligt at se på spørgsmålet om lovgivers kompetence. Der er ingen tvivl om, at det var afgørende for Locke, at lovgiver kun kunne give generelle regler, og altså ikke vedtage en lov vendt mod en eller flere individuelt bestemte borgere: Dette udtrykkes i flere afsnit, for eksempel 131, 135, 136, 137 og her fra afsnit 142: „First: They 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.“

Denne klare begrænsning i lovgivers kompetence er som nævnt markeret adskillige gange. Dette er ikke nogen tilfældighed. Tværtimod synes det dokumenteret, at magtadskillelsen hos Locke har sine rødder i tanker udgået fra en minoritetsgruppe - kaldet levellers - i Cromwells hær. Denne gruppe var efter Cromwells sejr kommet i opposition til Cromwell og efter flere forgæves forsøg på at få bevægelsens leder, John Lilburne, dømt af en jury, vedtog parlamentet en såkaldt Bill of Attainder; en lov om at han skulle straffes. Det er i reaktion mod dette eklatante overgreb, at magtadskillelseskrauet rejses: Borgerne kan ikke dømmes ved lov, men kun ved dom efter at have overtrådt loven. Pladsen tillader ikke en udførligere dokumentation af dette, hvorfor der henvises til Nielsen, 1977: 212 ff, med henvisninger til angelsaksisk litteratur.

Montesquieu: De l'Esprit de Lois, 1748

Der foreligger en forholdsvis upåagtet, dansk oversættelse af dette værk: Montesquieu, *Om Lovenes Natur og Aarsag*, kommenteret oversættelse ved J. Hvas fra 1770. Det er en ganske klar fordel, at teksten her er undergivet en næsten samtidig oversættelse og kommentering.

Magtadskillelseslæren er en meget lille del af Montesquieus værk: Kapitel 6 i 1. del, 11. bog, om statsforfatningen i England. Kapitlet dækker vel ti sider i en almindelig udgave. Hans fremstilling af selve magtadskillelsen fylder imidlertid langt mindre.

Kapitlet indledes:

„Der er i enhver Stat tre Slags Magt: Magt at give Love; Magt at fuldføre de Ting, som høre under Folkeretten, og Magt at fuldføre de Ting, som henhøre under den borgerlig Ret.

I Kraft af den første giver Prinsen eller Øvrigheden Love, som gielde enten for en vis Tid eller bestandig, og forbedrer eller afskaffer dem, som ere giorte. I Kraft af den anden gjør han Fred eller fører Krig, afsender eller imodtager Gesandter, setter den almindelig Sikkerhed paa fast Fod, forekommer fiendtlig Indfald. Formedelst den tredie straffer han Misgierninger eller dømmer paa private Personers Stridigheder. Man vil kalde denne Sidste, *Magten at dømme*, og den anden blot *Statens lovhaandhævende Magt* (1).

Den borgerlige Frihed hos en Borger er den Sindsrolighed, som fremkommer af den Tanke, enhver har om sin Sikkerhed, og paa det man kan nyde denne Frihed, saa maa Regjeringen være saaledes, at en Borger ikke har nodig at frygte en anden Borger.

Naar Magten at give Love er forened med den lovhaandhævende Magt i een og den selvsamme Person eller i et og det samme Selskab af Øvrigheds Personer, er der ingen Frihed, fordi man kan frygte, at den

samme Monark eller det samme Raad skal gjøre tyranniske Love for at fuldføre dem tyrannisk.

Der er endnu ingen Frihed, dersom Magten at dømme er ikke adskilt fra Magten at give Love, og fra den lovhaandhævende Magt. Dersom den var sammenføied med den lovgivende Magt, saa skulde Magten over Borgernes Liv og Frihed blive saa vilkaarlig, at man kunde drive den hvor man vilde; thi Dommeren skulde være Lovgiver. Dersom magten at dømme var sammenføied med den lovhaandhævende Magt, kunde Dommeren have Magt til at undertrykke.

Alle Ting skulde nærme sig til sin Undergang, dersom det samme Menneske, det samme Selskab af de Fornemteste, af Adelen eller Folket udøvede disse trede Magter: den at gjøre Love, den at fuldføre de offentlige Beslutninger, og den at dømme Privat Personers Misgierninger og Stridigheder.“

Så kort er Montesquieus præsentation af og begrundelse for selve magtadskillelsen. Arven fra Locke er meget tydelig. Locke opererede med fire statsfunktioner, men lod blot de to funktioner (*executive* og *federative power*) udøve af samme organ. Montesquieu opererer med de samme fire funktioner, men roder tydeligt lidt rundt i dem, fordi han også vil holde sig til tre funktioner. Hvas har da også en forklarende note til det andet afsnit:

„Men da det i det følgende af dette Kapitel bliver klart, at Forfatteren ikke følger det han her fastsetter, og at han ikke tager Magten at dømme for at dømme og straffe, men derimod i den blotte og simple Mening at sige en Dom af, uden at straffe og fuldføre Dommen; ligeledes tager han ikke den lovhaandhævende Magt for Magten at fuldføre de Ting som henhøre under Folkeretten, men forstaar derved undertiden alene Magten at straffe eller fuldføre en afsagt Dom; saa vil jeg tillegge en Oplysning, hvormed jeg haaber, at endeel Steder i dette Kapitel, som ellers vilde foraarsage Læse-

ren Tvivl, skulde blive klare og tydelige. I enhver Regiering kan man merke tre Slags Magt, som er: Den lovgivende Magt; den dømmende Magt og den lovhaandhævende Magt. Ved den første giver Prinsen eller Magistraten Love; ved den anden dommer han Borgernes Gierninger efter Lovene; ved den tredje fuldfører han sin Dom. Hvad den første angaaer, nemlig den lovgivende Magt, da beholder den stedse hos Forfatteren sin fastsatte Bemærkelse; men den anden og tredje skal man befinde, at Forfatteren endeel Steder tager i den Mening jeg her har anført“ (Montesquieu, 1770: 393).

I resten af kapitlet drøftes, hvilke organer de fire nævnte funktioner skal overlades til. Det siges senere i denne sammenhæng: „Af de trede Magter vi tale om, er den at afsige Domme i visse Maader at regne for intet“ (p. 406). Hermed menes, at domstolene var uden betydning, når man ville diskutere fordelingen af den politiske magt. Dette hænger sammen med en bemærkning side 399 om, at dommen „ingensinde besindes at være andet end Lovens klare og tydelige Text“. Idealet er for så vidt klart: Loven skal være så præcis, at borgeren og dermed dommeren klart kan se, hvad der er ulovligt. Hvis den samme har dømmende og lovgivende magt, har borgeren ingen sikkerhed for, at dommen holder sig inden for loven. Dommeren kan jo selv lave loven om og kan derfor ikke være bundet af loven.

Rousseau: Du contrat social, 1762

Det hævdes ofte, at Rousseau gik imod enhver magtadskillelse. På afgørende punkter svarer Rousseaus fremstilling til Lockes og Montesquieus. Han har samme frihedsbegreb: „at give efter for den blotte drift er slaveri, og at adlyde de love, man selv har foreskrevet, er frihed.“

I kapitel 4 om grænserne for den suveræne magt siges:

„at almenviljen for virkelig at være således skal være det i såvel objekt som i sit væsen, at den skal udgå fra alle for at kunne gælde for alle, og at den mister sin naturlige retsind, når den stræber efter et eller andet individuelt og givet objekt; ...“ (Rousseau, 1987: 105).

I det næste kapitel om retten over liv og død anføres, at domfældelse over en forbryder ikke tilkommer suverænen, men er en ret, den overdrager uden selv at kunne udøve den. Derimod anføres, at suverænen kan benåde den dømte for straffen (p. 110). I kapitel 6 om loven siges, at „enhver funktion, der angår et individuelt objekt, hører ikke ind under den lovgivende magt“. I kapitel 16 om indsættelsen af en regering anføres om den udøvende magt: „thi denne, som kun fungerer ved enkelthandlinger, er af naturen adskilt fra den lovgivende magt, idet den ikke indgår i dennes væsen“ (p. 188).

Der optræder ikke en selvstændig, dømmende funktion hos Rousseau - den er en del af den udøvende magt (*puissance exécutive*).

Fællesideologien og grundloven

Det har været nødvendigt at referere de tre oplysningsfilosoffers fremstillinger forholdsvis udførligt. Det er efter min opfattelse givet, at alle tre krævede lovens vedtagelse skarpt adskilt fra dens anvendelse. Både Locke og Montesquieu markerer også klart behovet for adskillelse mellem domsafsigelsen og domsfuldbyrdelsen. Ellers kan man jo ikke være sikker på, at kun dømte straffes. Man kan undre sig over, at magtadskillelsesideologien i så høj grad som her synes rettet mod straffeprocessen. Det var

imidlertid almindeligt at anvende straffesager til at uskadeliggøre politiske modstandere. Dette fungerer stadig fint i totalitære systemer. Et af de berømteste eksempler i nyere tid er vel nok Nelson Mandela. Det bør imidlertid ikke overraske, at der ikke er nogen større udredning af opgavefordelingen i en moderne velfærdsstat. Teorien er opstået i det, vi kalder natvægterstaten. Og den gør intet krav på at kunne anvendes på den moderne stat med et overvældende administrativt system.

Både Locke, Montesquieu og Rousseau taler om nogle funktioner, der nærmest ifølge deres natur bør adskilles. Men de har også - selv om de ikke er medtaget ovenfor - alle tre meget udførlige redegørelser for, hvem disse funktioner skal tildeles. Dette spørgsmål er i høj grad politisk, et spørgsmål om magtfordelingen i samfundet. Der er umiddelbart næppe nogen grund til at tro, at tekster fra 1600- og 1700-tallet kan tillægges afgørende betydning, når vi i dag diskuterer fordelingen af magten i samfundet.

Billedet af selve magtadskillelsen er ret klart: Lovgiver kan kun give love, der gælder generelt for borgerne, og når disse love skal anvendes over for borgerne, sker det hos andre organer. Disse er altid bundet af loven: The Rule of Law. Når loven kaldes retsregler, bliver det til retsstaten: Den stat, der styres ved retsregler og ikke ved tilfældige afgørelser.

Som bekendt fastslår grundlovens § 3: „Den lovgivende magt er hos kongen og folkettinget i forening. Den udøvende magt er hos kongen. Den dømmende magt er hos domstolene“. Ingen kan være i tvivl om, at magtadskillelsen, Rule of Law-princippet eller retsstatsideen, herved i en eller anden grad er gjort til dansk statsret. Det er imidlertid lykkedes nyere statsretlig teori helt at bortfortolke dette.

Det er ikke muligt her at gennemgå de juridiske finesser i det spil, der har ført frem til, at den forfatningsretlige teori i dag overvejende mener, at lovgiver kan gøre næsten hvad som helst. En del af forklaringen findes ved læsning af Ross' specielle analyser (Ross, 1959: 23 ff). Jeg har andetsteds redegjort for min kritik heraf og også for, at Ross' tolkning ikke var eller er generelt accepteret (Nielsen, 1977: 35 ff; Knudsen; 1995: 202 ff).

Administrationen blev ved 1849-grundloven opbygget, således at hver minister personligt ledede sin fagligt afgrænsede administration. Han var ansvarlig over for folkettinget, der eventuelt kunne tiltale ham for Rigsretten. Denne måde at sikre, at administrationen handlede efter loven, blev aldrig effektiv. Dog havde Rigsdagens medlemmer mindre drastiske muligheder så som at stille spørgsmål vedrørende ministerens handlinger - altså administrationen. En anden kontrol med administrationen bestod i, at man indførte en regel - jf. nu § 63 - om, at domstolene er berettiget til at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser. Den borger, der følte sig gået for nær, kunne altså få sin sag prøvet ved de uafhængige domstole. Der var derimod ikke ved grundlovens vedtagelse enighed om, hvorvidt domstolene skulle have ret til at prøve loves grundlovsmæssighed, og grundloven indeholdt ingen bestemmelse om dette spørgsmål.

Domstolene skulle så i øvrigt behandle straffesager og borgernes civile sager. Også i forhold til straffesager var det ud fra et ideologisk synspunkt væsentligt, at domstolene var uafhængige af regeringen.

Domstolskontrollens effektivitet

Som nævnt var domstolene allerede ved 1849-grundloven tillagt betydelige befø-

jelser. Det karakteristiske for domstolernes arbejdsmåde er en meget høj grad af sikkerhed for, at der opnås et rigtigt resultat. Grundloven bestemte, at deres sagsbehandling i videst muligt omfang skulle ske mundtligt og offentligt (§ 79, stk. 1, nu § 65, stk. 1). Samtidig var der mulighed for at appellere en domstolsafgørelse til en højere retsinstans. Disse forhold har naturligvis bevirket en særdeles dyr og langsommelig afgørelsesmåde.

Vedrørende civile sager har disse forhold bevirket, at mange sager i dag ikke behandles ved domstolene. Sager, der udspringer af erhvervsforhold og vedrører store beløb, afgøres tit ved en eller anden form for voldgift. Opstår der for eksempel problemer mellem bygherren og entreprenøren i Storebælts-byggeriet, er det på forhånd aftalt, at disse spørgsmål afgøres ved voldgift. I disse tilfælde ledes sagsbehandlingen ofte af en højesterets- eller en landsdommer. I større sager optræder der endog tre af disse. Der er en langvarig tradition for, at dommere som bibeskæftigelse medvirker til, at disse sager afgøres på denne måde, jf. Betænkning nr. 1319 fra domstolsudvalget, pp. 348.

Også i den anden ende af tabellen er domstolernes sagsområde begrænset. Mange mindre sager har vist sig meget dyre at behandle ved domstolene. Er en forsikringskunde utilfreds med, at hans forsikringsselskab afslår at dække en skade, kan han anlægge sag mod selskabet. I praksis involverer dette en udgift til hans advokat, afgift til retten for at behandle sagen og, hvis han taber, eventuelt også udgifter til forsikringsselskabets advokat. Sagen vil givetvis blive behandlet efter alle kunstens regler, men udgifterne risikerer i mange tilfælde at blive større end det beløb, sagen handler om. Der er oprettet en række klageorganer til at behandle disse tvister, for eksempel

Ankenævnet for Forsikring. Også her sidder en dommer som formand.

I den oven for nævnte betænkning anføres, at der ikke er forfatningsretlige problemer ved, at dommere i så høj grad, som det er tilfældet, udøver disse funktioner som bibeskæftigelse. Det bør nok bemærkes, at udvalget specielt afviser, at det skulle være uheldigt, at højesteretsdommere sidder som formænd for mange nævn, hvis afgørelse kan indbringes for byretterne. Det afvises, at højesteretsdommeres tilstedeværelse vil give afgørelsen en autoritet, som påvirker den eventuelt senere byretsdommer. Det bør også nævnes, at udvalget vedrørende undersøgelsesorganer i sin betænkning anser det for afgørende, at der ikke i undersøgelse af disse politisk betændte sager medvirker højesteretsdommere, fordi det giver undersøgelserne for stor tyngde (Betænkning nr. 1315: 13, 109). Det kan forekomme mærkeligt, at en sag om en rejsebureaukundes klage over for dårlig balkonudsigt på feriehotellet skal behandles med en højesteretsdommer som formand (eksemplet er fra mindretallet i Betænkning nr. 1319: 389), medens en undersøgelse af, om en minister har handlet ulovligt, bedst foretages af en byretsdommer. Vel er problemerne forskellige i de to slags sager, men man kunne også få mistanke om, at Højesteret nødigt vil involveres i de politisk ofte kontroversielle undersøgelsessager, men gerne beholde en række nævnsposter af fredelig karakter.

Det andet kerneområde i den dømmende magt er straffesager. På dette område er det helt centralt, at sagerne afgøres af regeringsuafhængige dommere. Det er da også få straffesager, som ikke afgøres af domstolene. Bødesager afgøres typisk ved, at politiet tilbyder, at sagen kan afgøres uden en dommer, hvis den skyldige ønsker det. Heri er intet forfatnings-

retligt betænkeligt. Imidlertid har lovgiver besluttet, at visse sager er for små til, at man vil give borgeren denne ellers tilsyneladende grundlovssikrede ret til at få sin sag prøvet ved domstolene. Så kalder man det bare ikke straf, men afgift, for eksempel for ulovlig parkering eller for at snyde sig til gratis ture i den kollektive trafik.

Det tredje og sidste led i domstolens funktioner efter grundloven er kontrollen med administrationen. Det blev anset for afgørende, at den borger, der føler, at administrationens afgørelse over for ham er ulovlig, kan gå til domstolene. Den, der har læst forvaltningsret, er ikke i tvivl om, at domstolsprøvelsen med forvaltningen har haft væsentlig betydning. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at den indeholder en generelt set reel beskyttelse. Hvis NN mener, at han ikke får den ydelse, han har krav på, er det en ringe trøst, at han kan gå til sin advokat og få ham til at anlægge sag mod det offentlige. I virkelighedens verden er det få borgere, der er i stand til at betale for domstolsprøvelsen, og som har tid til at vente flere år på en afgørelse. Domstolskontrollen er væsentlig for skatteydere, der bliver uenige med skattevæsnet om større beløb. Det er da også typisk skattesager, der føres mod administrationen. Den begrænsede anvendelse af domstolsprøvelsen hænger nok sammen med, at vi ikke har nogen forvaltningsdomstol. I stedet for domstolsprøvelsen har vi oprettet en række administrative ankenævn, der er uafhængige af ministeren, ofte med en dommer som formand (Betænkning nr. 1319: 382 ff). Desuden har borgerne som nævnt mulighed for at klage til ombudsmanden.

Domstolens opfattelse af deres rolle

Efter grundlovens § 3 hører den dømmende magt under domstolene. Efter grundlovens § 64 er dommerne sikret uafhængighed ved, at de som udgangspunkt ikke kan afskediges uden ved dom. Ideen synes klart at være, at den, der afsiger domme, skal være beskyttet mod administrativ afskedigelse. Ikke desto mindre indeholder retsplejeloven hjemmel for, at dommerfuldmægtige, retsassessorer og universitetslærere kan konstitueres som dommere. Med udgangen af 1993 var der ca. 200 grundlovsbeskyttede byretsdommere og et lignende antal dommerfuldmægtige og assessorer, der uden nogen grundlovsmæssig afskedigelsesbeskyttelse havde fast konstitution til i et varierende antal dage årligt at virke som dommer. Denne praksis har udviklet sig langsomt og eksisterede i mindre målestok før 1953-grundloven.

En tiltalt følte sig noget ilde til mode ved at skulle dømmes af en sådan konstitueret dommer, der ikke alene ikke nød nogen grundlovsmæssig beskyttelse, men i en betydelig del af sin arbejdstid arbejdede i det kontor i justitsministeriet, der havde anklagemyndigheden som område. Sagen blev afgjort af Højesteret den 18.04.1994 (*Ugeskrift for retsvæsen*, 1994: 536 H). Højesteret citerer indledningsvis de relevante bestemmelser i grundloven og retsplejeloven og konstaterer dernæst på baggrund af den lovhjemlede (retsplejeloven), mangeårige praksis for anvendelse af konstituerede dommere, at grundloven må fortolkes således, at ikke-grundlovssikrede dommere i et vist omfang kan dømme. Højesteret finder heller ikke, at den pågældende dommerfuldmægtig reelt var så afhængig af justitsministeriet, at der forelå en krænkelse af Den Europæiske Menneskerettigheds-

konventions krav om en uafhængig og upartisk domstol (artikel 6, stk. 1). Højesteret fandt dog, at i det foreliggende tilfælde, hvor den pågældende noget af dagen sad i det kontor, der varetog den overordnede forbindelse til anklagemyndigheden og noget af dagen sad og afgjorde straffesager rejst af samme anklagemyndighed, var der grund til en svækket tillid til, at den pågældende var uafhængig. Netop dette tillidskrav indfortolkes af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i uafhængighedskravet. På dette grundlag nåede Højesteret til, at den konkrete sag skulle gå om.

Afgørelsen er refereret forholdsvis udførligt, fordi den nok er central for forståelsen af domstolenes og især Højesterets situation i dag. En forholdsvis klar tilsidesættelse af grundlovens ordlyd har fået lov til at udvikle sig igennem mange år, uden at Højesteret på noget tidspunkt ses at have gjort noget for at få standset tilsidesættelsen af grundloven. Tværtimod tog Højesteret i *Ugeskrift for retsvesen*, 1976: 836 H klart afstand fra, at der kunne være problemer ved at lade en konstitueret dommer deltage i en så kontroversiel sag som Christianias sag mod regeringen.

Der har altid været fornuftige argumenter for at bruge konstitutioner. Man har først og fremmest brugt konstitution i uddannelsesøjemed og i landsretterne for at prøve, hvilke fuldmægtige og assessorer der var egnet til at blive forfremmet til en dommerstilling. Udviklingen har også været båret af andre, mere ressourcebetingede forhold.

Den underliggende holdning er ramme beskrevet af en ikke-jurist (Knudsen, 1995: 399, 400): „Dansk retstradition er i sammenligning med mange andre retssystemer mindre principfast, moderet som den er af pragmatisme“, og

„at vi danskere har et særligt elastisk forhold til formalia parret med en gennemsnitlig, demokratisk holdning, som gør, at vi godt kan leve lidt længere med den grundlov, som mange måske nok tager seriøst, men bestemt ikke bogstaveligt. Den slags tanker bygger på en til dumdanskhed grænsende national selvsikkerhed.“

Det har været svært for Højesteret pludselig at ændre kurs og fastslå, at det, man har accepteret i et halvt århundrede, er grundlovsstridigt. Omvendt var det ikke muligt længere at se rent pragmatisk på tingene; for så måtte man forvente, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ville statuere et brud på konventionen. Afgørelsen viser således meget godt det indledningsvis anførte om, at internationale konventioner tvinger os til at tage vores egen grundlov højtideligt. Flere statsretsfolk har kritiseret, at Højesteret i 1994 ikke valgte til dels at støtte sit resultat på grundloven (Zahle, 1995; Germer, 1995: 166). Det bør bemærkes, at grundlovens ordlyd er betydeligt klarere end menneskerettighedskonventionens tekst. I domstolsudvalgets betænkning (nr. 1319: 44) foreslås indført et værn mod uansøgt afskedigelse og forflyttelse for alle, der udøver domsmyndighed uden at være udnævnt som dommere. Samtidig foreslås deres ansættelsesområde indskrænket, og at kompetencen vedrørende disse konstitutioner henlægges til et nyt organ, domstolsstyrelsen. På denne måde vil man opnå et system, der både tilfredsstiller grundloven og menneskerettighedskonventionen.

Dommeres, specielt højesteretsdommeres, deltagelse i de såkaldte undersøgelsesretter har været af særlig interesse de sidste år. Højesteretsdommer Hornslet afleverede den 14.01.1993 sin beretning i Tamil-sagen. Beretningen var resultatet af den vel hidtil mest dybtgående dom-

merundersøgelse. Rettens bevisbedømmelse var meget velargumenteret, ligesom rettens udredninger omkring juridiske spørgsmål var mere præcise og skarpe end sædvanligt. Oplysningerne i beretningen var usædvanlig belastende både for Erik Ninn-Hansen, statsministeren, folketingets formand, Justitsministeriets topembedsmænd og statsministerens departementschef. Indtil Tamil-rapporten havde kritikken af dommerundersøgelser været forholdsvis moderat. For eksempel fandt domstolene ikke anledning til nogen større selvransagelse, fordi to undersøgelser efter redningsskibet RF 2's forlis frikendte de involverede embedsmænd, og nærmest placerede ansvaret hos redningsfolkene, medens først en tredje undersøgelse viste forlisets sammenhæng med fatale svigt hos embedsmænd. Meget belejligt fremkom denne tredje undersøgelse så sent, at der ikke var mulighed for at gøre ansvar gældende.

Også senere har det vist sig, at rapporter, der frikender de involverede, ikke giver anledning til synderlig kritik. I beretning afgivet den 14.11.1995 i den tjenstlige undersøgelse i Tamil-sagen anfører de tre dommere side 80 (to fra Højesteret og en landsretspræsident), som også Rigsretten havde fastsat, at berestillelsen var „klart ulovlig“. Alligevel når de tre dommere til, at de tre højt placerede embedsmænd ikke vidste, at berestillelsen var ulovlig (pp. 88, 102, 114). Der kan angives gode grunde til, at de tre embedsmænd var straffet hårdt nok, men at statuere, at nogle af landets præsumptivt bedste juridiske hjerner ikke kunne se en klar ulovlighed, er vel ret exceptionelt. Der er ikke tale om en detalje, som de måske ikke har tænkt over, men tværtimod et spørgsmål, de havde diskuteret indgående i længere tid. Rigsrettens flertal (15 af 20) dømte Erik Ninn-Hansen

for forsætlig overtrædelse af udlændingeloven. De tre dommere fandt ikke grundlag for at statuere, at de højt placerede embedsmænd havde samme juridiske evner vedrørende dette spørgsmål. Denne bevisbedømmelse har ikke givet anledning til nær samme kritik som Hornslets rapport, hvis indhold fuldt ud blev bakket op af Rigsretten i det omfang, Rigsretten tog stilling. Jens Peter Christensen har dog klart påpeget forholdet (Christensen, 1996: 133 f). Tværtimod godtager Folketinget et halvt år senere, at når justitsministerens embedsmænd fastslår, at Tvind-loven ikke var i strid med grundloven, så må man henholde sig til dette.

Der er næppe tvivl om, at Højesteret har opfattet kritikken af Hornslets undersøgelse som meget ubehagelig. Dette er forståeligt, for så vidt som Hornslet blev beskyldt for som særdommer nærmest at have dømt de i Tamil-rapporten kritiserede. Hans fremgangsmåde blev betegnet som retssikkerhedsmæssig betænkelig og som hvilende på et tyndt juridisk grundlag. Advokatrådet arrangerede i april 1993 en stor høring på Christiansborg, hvor man nærmest fik indtrykket af, at Hornslet var den skyldige. Der var forbløffende tavst blandt dommerne. Stort set ingen dommer har offentligt forsvaret Hornslets arbejde. Ingen fortalte, at det betænkelige ved en særdommer er, at regeringen kan udpege den dommer, man foretrækker, og at Hornslet, så vidt vi ved, reelt blev udpeget af Højesterets præsident, fordi han stod for tur.

Der har været en meget større opbakning fra domstolene bag en anden undersøgelse. Som rigsadvokat udarbejdede Asbjørn Jensen som bekendt en omstridt redegørelse for Nørrebro-uroighederne. Undersøgelsen er udarbejdet af en person i administrationen og således under-

givet ombudsmandens kontrol. Ombudsmanden har i hårde vendinger kritiseret undersøgelsen. Rigsadvokaten er i mellemtiden blevet højesteretsdommer. I dette tilfælde har Højesterets præsident imidlertid i dagspressen (*Weekend-avisen*, 05.-11.07.1996, forsiden) forsvaret undersøgelsen og angrebet ombudsmanden. Det er vel tvivlsomt, om det er Højesterets opgave at tage stilling til to reddegørelser udarbejdet af henholdsvis en rigsadvokat og ombudsmanden. Der er i hvert fald ikke tale om et indgreb til forsvaret for borgernes retsstilling.

I november 1993 skrev Højesterets præsident til Folketingets Præsidium i forbindelse med, at Folketinget behandlede et spørgsmål om nedsættelse af en undersøgelsesret vedrørende Himmerlandsbanken. Problemet var, at Sparekassen Nordjylland hævdede, at man i forbindelse med overtagelsen af engagementer fra Himmerlandsbanken havde fået tilladelse til at fradrage 173 mio. kr. Skatteministeriet nægtede, at der var givet en sådan tilladelse. Det var kendt, at den telefax, sparekassen påberåbte sig, var afgivet efter telefonisk drøftelse med skatteministeren. Sagen var politisk betændt, og beskyldningerne fra sparekassen var en belastning for regeringen. Den 30.10.1993 opfordrede regeringen sparekassen til at anlægge sag ved de almindelige domstole. Justitsministeriet tilkendegav endog, at man var indstillet på at give sparekassen fri proces (Beretning om Sparekassen Nordjylland, 1994: 4). Sparekassen ønskede ikke at modtage dette generøse tilbud, som ellers kun gives til dårligt bemidlede. Baggrunden herfor kan have været tidsperspektivet. En almindelig civil sag kunne meget let tage fem år, hvilket ikke var acceptabelt for sparekassen, men af regeringen muligvis netop blev betragtet som en fordel. Så var rege-

ringens problem løst for de næste år, og i politik er tidshorisonten i den slags sager sjældent længere.

På grund af sparekassens modvilje blev regeringen presset til at foreslå en dommerundersøgelse. Den 03.11.1993 fremsattes forslag om, at præsidenten for Sø- og Handelsretten, Frank Poulsen, skulle undersøge sagen så hurtigt som muligt. Det blev tilkendegivet, at undersøgelsesretten skulle vurdere sparekassens retsstilling, og påpeget, at der skulle „indgå eventuelle berettigede forventninger, som fra statens side måtte være skabt hos sparekassen“. Det væsentligste var vel således ikke den strikte jura, men om sparekassen virkelig havde fået det løfte eller den tilladelse, man påstod. Det var samtidig tilkendegivet ret klart, at regeringen, hvis den „tabte sagen“, ville følge afgørelsen.

Den, der virkelig kender og behersker forvaltningsretten, kan finde mange kroge eller tvivlsspørgsmål i en sådan sag. Hvis det var bevismæssigt klart, at skatteministeriets top, inklusive ministeren, havde givet sparekassen den omtalte tilladelse, ville det ikke være acceptabelt for regeringen, at sparekassen på grund af juridiske finesser, som for eksempel at man burde have set, at landets skattetop misforstod loven, ikke skulle have fradraget. Det afgørende var således det faktiske spørgsmål: Fik sparekassen det omtalte tilsagn eller ej? Frank Poulsens beretning synes også at vise, at han opfattede sagen således. Også modtagelsen af beretningen synes at bekræfte det. Det kan derfor virke noget skolemesteragtigt, når professor i forvaltningsret, Karsten Revsbech, i en forvaltningsretlig analyse af Frank Poulsens arbejde indledningsvis anfører, at det ikke er helt korrekt, når Poulsen behandler spørgsmålet, om der er givet en „tilladelse“. Efter reglerne er det en forhånds-

besked. Poulsen forholdt sig til virkeligheden. Revsbech analyserer, som om man havde fulgt lovens procedure (Revsbech, 1995: 275).

Samme dag, som forslaget om dommerundersøgelsen blev fremsat, skrev Højesterets præsident til Folketingets Præsidium. Det anføres: „Efter gældende forfatningsretlige regler hører en sådan tvist under de almindelige domstole, jf. Grundlovens § 3.“ Det påstås altså, at Folketinget her næsten bryder grundlovens § 3 ved at lade Frank Poulsen afgøre tvisten mellem sparekassen og staten. Synspunktet er bemærkelsesværdigt, fordi Højesteret kun yderst sjældent har anvendt grundlovens § 3. I nyere tid findes to Højesteretsafgørelser, der nævner § 3. Den oven for refererede afgørelse, hvor det klart siges, at grundlovens § 3 og § 64 på grund af langvarig praksis ikke er til hinder for konstituerede dommere. Også § 3 er citeret i *Ugeskrift for retsvesen*, 1978: 315 H, hvor Højesteret siger, at domstolen efter § 3 er udelukket fra, ud fra påberåbte menneskelige og sociale hensyn, at tilkende Christiania brugsret til området af samme navn.

Det spændende er, at i sparekassesagen ønsker både sparekassen og regeringen (om end nødtvungen) at lade sagen afgøre med Frank Poulsens som opmand. Sagen har meget stor lighed med en voldgiftsafgørelse, men det var ikke aftalt under forhandlingerne, om skattefradraget af en eventuel uenighed skulle løses på denne måde. Det er vel heller ikke muligt at indgå sådanne aftaler i forbindelse med myndighedsudøvelse. Reelt ligner hele afgørelsesmåden dog en voldgiftssag. Netop med henvisning til denne sag anfører udvalget vedrørende undersøgelsesorganer da også, at den slags sager bør forelægges „de almindelige domstole eller for en voldgift“ (Betænkning nr. 1315:

46). Det fremgår tydeligt af Domstolsudvalgets betænkning, at flertallet med Højesterets præsident anser det for væsentligt, at dommere kan fortsætte deres bijobs ved voldgiftsretter (Betænkning nr. 1319: 389 ff). Disse voldgiftsretter vedrører naturligvis ikke skattesager. Det afgørende er imidlertid, at man ønsker, at erhvervslivet skal have mulighed for at vælge voldgift fremfor en almindelig domstolsafgørelse. Ingen vil vist hævde, at dette er i strid med grundlovens § 3. Det, der bør give anledning til overvejelse, er, at Højesterets præsident finder, at § 3 er til hinder for, at regeringen efterkommer sparekassens ønske om dommerundersøgelse. Grundlovens eller retsstatens idé er, at den borger, der ønsker domstolens vurdering af sin sag, kan få den. At hævde, at domstolene har krav på at behandle disse sager, er at vende sagen på hovedet.

I samme skrivelse går præsidenten afslutningsvis så vidt som til at sige, af man ikke vil modsætte sig Frank Poulsens undersøgelse, men at man „må ... forbeholde sig sin stilling til fremtidige tilsvarende undersøgelser“, hvis man ikke gennem et udvalgsarbejde vil søge en afklaring om brugen af undersøgelsesretter (Beretning om Sparekassen Nordjylland, 1994: 7 ff). Det bør nævnes, at der ikke var tvivl om lovligheden af den påtænkte undersøgelse. Skrivelsen fremprovokerede et indlæg fra Folketingets tidligere formand, Svend Jakobsen, der blandt andet spørgende skrev, om han muligvis havde mistolket skrivelsen: „for det må da være utænkeligt, at domstolene i Danmark vil aktionere mod beslutninger, som man ikke kan lide, men som er truffet af Folketingets flertal i overensstemmelse med grundlov og retsplejelov!“ (Jakobsen, 1994: 4 f). Udvalgsbetænkningen foreligger nu, og præsidentens trussel må

anses for bortfaldet, men han besvarede aldrig Svend Jakobsens spørgsmål, om det var en trussel om ikke at ville følge loven.

Folketingets kontrol med forvaltningen

Parlamentarismens indførelse medførte, at Folketinget fik mere magt bag sin kontrol med regeringen. Også indførelsen af ombudsmandsembedet i 1954 og af stående udvalg i 1972 trak i samme retning. Der er ingen tvivl om, at indførelsen af de stående udvalg medførte, at Folketinget fik bedre indsigt i administrationens aktiviteter og altså bedre mulighed for at føre kontrol. Dette er imidlertid ingen garanti for, at denne mulighed udnyttes i retsstatens tjeneste. Man kan ikke bebrejde folketingsmedlemmer, at de er politikere og mere interesseret i politik end i retlig kontrol, som denne artikel handler om. Er der en flertalsregering, er der vel heller ingen grund til at tro, at et udvalgsflertal er interesseret i at få afdækket eventuelle ulovligheder.

Formelt set er Folketinget med parlamentarismen styrket, men reelt kan en regering vel også profilere af, at modsætningen mellem regering og folketing oftest er ophævet. Et menigt medlem i et folketingsudvalg kan formelt forsøge at afdække handlinger foretaget af en partifælle, der er minister. En smule politisk realisme gør nok, at man i sådanne tilfælde vil stille spørgsmålstejn ved, hvad der egentlig foregår. Der er ingen grund til at tro, at Grethe Fenger Møller er det eneste folketingsmedlem, der har stillet spørgsmål til ministeren i regeringens og ikke i kontrollens interesse. Selv om regeringen måske ikke har et flertal bag sig, er det ikke sikkert, at udvalget primært er interesseret i en legalitetskontrol.

I den juridiske litteratur udtrykkes undertiden en utryghed ved, at justitsministeren er øverste anklager herhjemme. At der altså er en risiko for politisk betingede tiltalebeslutninger. I den førende danske fremstilling af disse problemer anfører Gammeltoft-Hansen „muligheden for i givet fald at gøre et politisk og parlamentarisk ansvar gældende over for justitsministeren, formentlig vil være tilstrækkelige korrektionsmidler over for risikoen for politisk misbrug“ (Gammeltoft-Hansen, 1991: 159 f). I virkelighedens verden er dette nok lidt for optimistisk. Således pressede flere medlemmer af folketingets erhvervsudvalg nærmest justitsministeren til at bede Rigsadvokaten om at genoverveje, om en frifindelse i en meget omtalt sag om skibsfinansiering på Færøerne skulle ankes. Justitsministeren bad Rigsadvokaten om det, og denne skyndte sig at meddele, at han allerede havde besluttet sig for at søge sagen anket (*Information*, 23.01.1996, Lederen; *Jyllands-Posten*, 30.05.1996, Lederen).

Eksemplet viser meget klart, at folketingsmedlemmer af politiske grunde ofte er mere interesseret i at påvirke den administrative beslutning end i efterfølgende at kontrollere, om den er lovlig. Ministeren kan omvendt også have betydelig interesse i at høre på udvalgets opfattelse, før han træffer sin administrative afgørelse. For ham er den reelle risiko langt snarere kritik fra folketingsudvalget end en dom, der forudsætter, at en borger rejser sag og i givet fald får medhold ved en dom flere år senere.

Det blev i Tamil-sagen meget klart belyst ved den såkaldte telefax-sag, hvorledes drøftelse i udvalget også kunne sikre ministeren mod kritik fra ombudsmanden. I dette tilfælde tydede alt på, at metoden blev anvendt, uden at flertallet af udval-

gets medlemmer var klar over det. For at undgå gentagelser har Folketingets Udvalg for Forretningsordenen i oktober 1989 indført det system, at hvis udvalget træffer en beslutning, der hindrer ombudsmandens kontrol, skal dette tilføres udvalgets protokol (Betænkning 1272: 86).

Et helt specielt tilfælde, hvor folketinget på forhånd gav tilslutning til en administrativ afgørelse forelå i den meget omtalte særlov om Tvind-skolerne. Den 08.05.1996 fremsatte undervisningsministeren forslag til lov om ændring af lov om folkehøjskoler mv. Lovforslagets § 7 og § 8 opregnede en række individuelt bestemte skoler, for eksempel Den rejssende Højskole, Skovkærvej 8, Tvind, 6990 Ulfborg, og foreslog, at disse skoler efter den 31.12.1996 ikke kunne modtage statslige og kommunale tilskud efter den ellers gældende lovgivning. Det blev anført i lovforslaget, at ministeren administrativt kunne standse tilskuddene til disse skoler. Imod en sådan løsning var imidlertid blandt andet anført:

„Hertil kommer at en administrativ løsning mere sandsynligt end en lovgivningsmæssig løsning vil resultere i et stort antal retssager, der i en årrække vil betyde store og mangeartede omkostninger for samfundet. Også af denne grund bør beslutningen træffes af Folketinget.“

Efter at der i pressen var sat spørgsmålstegn ved forslaget forenelighed med grundloven, bad Socialistisk Folkeparti folketingets formand om at søge spørgsmålet afklaret. Han meddelte, at han som sådan ikke havde mulighed herfor og rådede SF til selv at rekvirere et responsum (Formandens skrivelse optrykt i *Politiken*, 11.05.1996, 1. sektion). I det herefter rekvirerede responsum af 19.05.1996 konkluderede professor Claus Haagen Jensen, at lovforslaget i

strid med grundlovens § 3 afskar skolerne fra at få en domstolsprøvelse af, om de havde overtrådt lovgivningen. Dette fandt han også stridende mod Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Justitsministeriets lovafdeling havde da allerede den 13.05.1996 afleveret et notat om, at forslaget hverken var i strid med grundloven eller menneskerettighedskonventionen. Ministeriet fandt dog anledning til at udtale, at den form for lovgivning kun bør anvendes, „når der foreligger tungtvejende grunde hertil“.

Alt var glemt om, at tre højtestimerede dommere seks måneder før var nået frem til, at andre topembedsmænd i dette ministerium ikke havde kunnet se selv klare ulovligheder. Folketinget fulgte ministeriet og gennemførte en udvalgsbehandling, hvor de forskellige skoler var tildelt et kortere tidsrum til at bevise deres uskyld, hvorefter udvalget traf sin afgørelse.

Dette er ikke stedet for nærmere diskussion af lovforslagets grundlovsmæssighed og overensstemmelse med menneskerettighederne. Spørgsmålet er meget kompliceret, og næppe nogen kan med rimelig sikkerhed forudsige resultatet af en eventuel retssag. Dog måske bortset fra Hans Engell:

„Kritikken er noget sludder. Domstolene skal ikke bestemme, hvem staten skal give tilskud til. Folketinget laver de generelle regler og kan også beslutte, at nogle overtræder dem så groft, at de ikke kan få tilskud mere“ (*Politiken*, 09.05.1996).

Oprindeligt var retsstaten og ideen om domstolsbeskyttelse nok et borgerligt ideal.

Litteratur

- Beretning afgivet af undersøgelsesretten vedrørende visse forhold i forbindelse med Sparekassen Nordjyllands overtagelse af engagementet fra Himmerlandsbanken, bind I-II (1994).
- Beretning om indstilling i den tjenstlige undersøgelse i Tamil-sagen, afgivet den 14.11.1995 (utrykt).
- Betænkning nr. 1272, afgivet af det af Folketingets Præsidium nedsatte udvalg vedrørende ændringer i ombudsmandsloven (1994).
- Betænkning nr. 1315 om undersøgelsesorganer (1996), København.
- Betænkning nr. 1319 fra domstolsudvalget (1996), København.
- Christensen, Jens Peter (1996). „Embedsmands-ansvar“, *Juristen* pp. 121-139.
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1984). *Retsstaten, vel-færdsstaten og hvad så?*, København: Akademisk Forlag.
- Evalueringscenteret (1996). Rapport udgivet af Evalueringscenteret (1996).
- Fogelklou, Anders (1996). „Rättsstaten - idé-historisk exposé“, pp. 11-20 i Fredrik Sterzel (red.), *Rättsstaten - rätt, politik och moral*, Uppsala: 31 Rättsfondens Skriftserie.
- Frändberg, Åke (1996). „Begreppet rättsstat“, pp. 21-41 i Fredrik Sterzel (red.), *Rättsstaten - rätt, politik och moral*, Uppsala: 31 Rättsfondens Skriftserie.
- Gammeltoft-Hansen, Hans (1991). *Strafferetspleje I*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Germer, Peter (1995). *Statsforfatningsret*, 2. udg., København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Hansen, Holger (1985). *Folketingets stående udvalg*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Jakobsen, Svend (1994). „Vil Højesteret aktionere mod Folketingets flertal?“, *Lov og Ret*, nr. 4, pp. 4 f.
- Jarvad, Ib Martin (1993). *Ret og stat, tværvidenskab*, København: Christian Ejlers' Forlag.
- Knudsen, Tim (1995). *Dansk Statsbygning*, København: Jurist- & Økonomforbundets Forlag.
- Locke, John (1966). *Two Treatises of Civil Government*, London: Everyman's Library.
- Montesquieu (1770). *Om Lovenes Natur og Aarsag*, Kommenteret oversættelse ved J. Hvas, I-III, København.
- Nielsen, Gorm Toftegaard (1977). „Grundlovens § 3, retssikkerhed eller demokrati“, utrykt licentiatafhandling.
- Revsbech, Karsten (1995). „Himmerlandsbankberetningen; en forvaltningsretlig synsvinkel“, *Tidsskrift for Skatter og Afgifter*, pp. 494-502.
- Ross, Alf (1959). *Statsretlige Studier*, København: Nyt Nordisk Forlag - Arnold Busk.
- Rousseau, Jean-Jacques (1987). *Samfundspagten*, med Indledning ved Mihail Larsen, København: Rhodos.
- Ugeskrift for retsvæsen*. H angiver, at det er afgørelse fra Højesteret.
- Vile, M. J. C. (1969). *Constitutionalism and the Separations of Powers*, Oxford.
- Werlauff, Erik (1996). „Dommeren skal ikke være linjevogter“, *Lov og Ret*, nr. 5, pp. 17-29.
- Zahle, Henrik (1989-1995). *Dansk Statsforfatningsret*, bd. 1 (1995), bd. 2 (1989), bd. 3 (1989), København: Christian Ejlers' Forlag.
- Zahle, Henrik (1995). „Er brug af konstituerede dommere brud på grundloven?“, *Lov og Ret*, nr. 4, pp. 10-13.