

Indledning

1.1. Offentligretlige retssager

Denne bog handler om domstolskontrol med forvaltningen og de regler der gælder for retssagsførelsen, når det offentlige optræder som procespart. Med civile retssager menes her alle retssager hvor det offentlige er procespart, som ikke er straffesager, og som føres til hovedforhandling ved de almindelige domstole.

Staten er den hyppigst optrædende part i civile retssager ved de danske domstole. I 2019 førte Kammeradvokaten 2543 sager i byretten, 639 retssager i landsretten og 99 sager i Højesteret.¹ Kommuner og regioner er normalt ligeledes repræsenteret ved advokat ved domstolene. Selvom der ikke findes nærmere statistik over, hvor mange retssager kommunerne fører, er der ingen tvivl om, at både de statslige og de kommunale retssager har en meget vidtrækkende betydning for retsudviklingen på hele det offentligretlige område.

Når private parter går til domstolene i civile retssager om myndighedsudøvelse, udnytter de den ret til domstolsprøvelse, der følger af grundlovens § 63. En realisering af domstolsprøvelsen kræver, at det offentlige så vidt muligt medvirker til, at retten kan træffe afgørelse på et fuldt og oplyst grundlag. Ikke desto mindre har advokater, som repræsenterer borgere i retssager mod myndigheder, undertiden gjort gældende, at det offentlige i rollen som procespart ikke optræder med samme imødekommenhed og hensynsfuldhed, som borgeren ellers er vant til fra det offentliges side. En erfaren skatteretsadvokat har formuleret det på den måde, at det offentlige, inden en sag er indbragt for retten, har »en så at sige faderlig pligt til at medvirke til oplysning af sagen i dennes

1. Om statens forbrug af Kammeradvokaten se www.oes.dk.

helhed ...« Indbringes sagen for domstolene, forvandles det offentlige derimod til en »stejl modpart«.²

Den citerede oplevelse af det offentliges optræden ved domstolene har sammenhæng med at civile retssager, hvori det offentlige er part, som de fleste andre civile retssager afvikles efter det såkaldte *forhandlingsprincip*. Efter dette princip, hviler ansvaret for retssagens oplysning, forberedelse og tilrettelæggelse på sagens parter. Forhandlingsprincipets modsætning er officialprincippet, hvorefter dommeren har ansvaret for sagens oplysning og mulighed for procesførelse af egen drift.

Forhandlingsprincippet og det dertil knyttede *dispositionsprincip* giver parterne frie hænder til at fastlægge retssagens indhold og ramme. Dispositionsprincippet udlægges normalt på den måde, at tvistens parter har mulighed for at disponere over deres respektive rettigheder. Med udgangspunkt i dispositionsprincippet har parterne i øvrigt mulighed for at indgå procesaftaler om faktum og sagsgenstand mv., før, under og efter retssagsførelsen. I den juridiske teori er der overvejende enighed om det rationelle og ressourcebesparende i en procesform, der baserer sig på forhandlingsprincippet, når sagen drejer sig om *jævnbyrdige parter* økonomiske mellemværender.³ Men i mange tilfælde vil der ikke være tale om jævnbyrdige parter, når den ene part er det offentlige og den anden part er en almindelig borger eller virksomhed. Borgeren vil ofte opleve, at det offentlige nærmest har ubegrænsede ressourcer til rådighed, når der føres retssag mod en privat part. Den private part vil på den anden side ofte være begrænset af økonomiske grunde. Også i tilfælde hvor en borger har fri proces eller adgang til retshjælp fra et forsikringsselskab, er der grænser for, hvor stort et beløb den pågældende har til rådighed til at føre sag for. Hertil kommer risikoen for, at en tabt sag medfører, at der skal betales sagsomkostninger til modparten. Mens pligten til at udrede sagsomkostninger i værste fald kan være ruinerende for en privat part, er risikoen for at skulle udrede sagsomkostninger ikke noget, der har væsentlig indflydelse på det offentliges muligheder for at føre proces. Endvidere kan det ses som en *systemsvaghed*, at man i Danmark gennemfører den grundlovssikrede domstolskontrol med forvaltningen på den måde, at det er den, der er genstand for undersøgelse (myndigheden) der har ansvaret for sagens oplysning (sammen med modparten). Derfor er det for så vidt nærliggende, at stille spørgsmålet, om forhandlingsprincippet overhovedet er egnet som grundlag for be-

2. Aage Spang-Hanssen, TfS 2000, 372.

3. Jf. således Bernhard Gomard og Michael Kistrup, *Civilprocessen*, 8. udgave, side 502f. samt Lars Lindencrone og Erik Werlauff, *Dansk retspleje*, 8. udgave, side 314f.

handlingen af retssager om domstolsprøvelse af myndighedsudøvelse. Dette også set i lyset af, at sager om prøvelse af myndighedsudøvelse som hovedregel afvikles efter et officialprincip ved udenlandske forvaltningsdomstole.

Den *asymmetri*, der ligger i partsrelation mellem myndighed og borger under procesførelsen i en civil retssag, er dog langt fra et enestående nationalt problem. Den norske professor Frederik Zimmer gennemgik i 2013 en række skattesager, der havde været indbragt for den norske Høyesterett, som han mente baserede sig på en urimelig procedure fra statens advokats side.⁴ Zimmer afsluttede gennemgangen med at konstatere, at Regjeringsadvokaten og andre advokater i større udstrækning end i dag burde se det som deres opgave at vejlede domstolen frem til et »holdbart« resultat.⁵ Om retssagsbehandlingen af skattesager anførte Frederik Zimmer nærmere bestemt, at der var tendenser til en »strukturell skjævhed ... Dommerne kan normalt ikke faget, staten har ikke sjelden best advokater, og staten har gennemgående større troverdighed hos domstolene.«⁶

Zimmer betegnede dette som et »retssikkerhedsmæssigt problem«, og påpegede bl.a., at de norske dommere var »allmennpraktikere« og at der kunne gå år mellem de gange, en dommer havde en skattesag til behandling. Han påpegede videre, at »Processfullmektigenes evne til å fremlegge saken på en klar måte i hovedforhandlingen [derfor] var svært viktig«. Det var således Frederik Zimmers »klare inntrykk at statens procesfullmektiger, hva enten det er Regjeringsadvokaten eller andre, ser det som sin oppgave å vinne saken helt på linje med en prosessfullmektig i en hvilken som helst sivil sak.«. En dommer, som følte sig usikker i faget, ville kunne have en tendens til at stole på staten »som vår alles gode mor«,⁷ hellere end skatteyderen, som jo utvilsomt var ude i egeninteresse«.

I svensk ret har Justitiekanslerens særlige rolle som part i civile retssager ligeledes været genstand for nogen opmærksomhed. Forhenværende Justitieskansler Göran Lambertz har om Justitiekansleren udtalt, at denne »ska se till att den enskilde kommer till sin rätt, utan att statens intressen träds för när ... og at »[u]dgångspunktet för agerandet är ... att staten inte ska vinna orätmtigt ...«⁸

4. Ibid., side 406ff.

5. Frederik Zimmer, Noe om staten som part i skattesaker for domstolene, Forsker og formidler, Festskrift til Erik Magnus Boe på 70-årsdagen 17. april 2013, side 415.

6. Ibid., side 405.

7. Ibid.

8. Göran Lambertz, Tanker om Justitiekanslern, Festskrift til Johan Hirschfeldt, 2008, side 21.

Den svenske advokat Anne Ramberg anfører nærmere om Justitiekansleren, at et normalt advokatopdrag bygger på en i det nærmeste absolut loyalitetspligt i forhold til klienten. Denne pligt er ifølge Ramberg begrænset i forhold til, hvad der følger af lov og regler om god advokatskik. Som regeringens rådgiver og statens advokat skulle den svenske Justitiekanslern imidlertid lige som øvrige myndigheder varetage objektivitetspligten. Anne Ramberg pegede på den iboende modsætning, som fandtes mellem på den ene side at stå for statens økonomiske interesser og på den anden side samtidig at forholde sig korrekt til retsstatslige principper. Dette indebar ifølge Ramberg en rollekonflikt, og det skabte samtidig et forklaringsproblem.⁹ Tilsvarende skriver tidligere Justitiekansler Johan Hirschfeldt om den svenske stats retssagsførelse, at staten ikke skal forsvares for enhver pris.¹⁰ Havde staten handlet erstatningspådragende, skulle den udbetale erstatning. Det betød at det var Justitiekanslerens opgave at bedømme, hvad der var sket og tage bekræftende til genmæle, hvis dette var »sakligt och rättsligt riktigt«.¹¹

I 2002 kritiserede Jörg Schmith, der var dommer i en tysk forvaltningsdomstol i Baden Württemberg, at tyske myndigheder i stigende grad var begyndt at bruge private advokater ved forvaltningsdomstolene.¹² Schmith stillede spørgsmål ved, hvorfor forretningsadvokater skulle overtage sager fra offentligt ansatte sagsbehandlere og påpegede, at antagelsen af dyre advokater kunne afholde borgeren fra at anlægge sag af frygt for at blive ramt af høje sagsomkostninger, hvis sagen blev tabt. Endvidere fandt han det svært at forstå, hvorfor private advokater blev engageret med henblik på at vinde sagen, når det var den tyske forvaltningsdommers opgave at foretage en fuldstændig oplysning af sagen.

Betragtninger svarende til dem, vi kender fra de tre nabolande, kan genfindes i amerikansk ret. I den amerikanske proceslitteratur har problemet været behandlet under overskriften: *Must government lawyers seek justice in civil litigation*. Meningerne om dette emne er her stærkt polariserede inden for den amerikanske retsvidenskab. På den ene side er det blevet gjort gældende, at jurister, der fører retssager på vegne af offentlige myndigheder, grundlæggende er underlagt de samme standarder som private advokater, hvorfor de i overensstemmelse

9. Anne Ramberg, Justitiekanslern – med oppdrag i statens, regeringens och den enskildes tjänst, Justitiekanslern 300 år, side 179f.

10. Johan Hirschfeldt, Justitiekansler 1992-1996, Justitiekanslern 300 år, 2013, side 195ff.

11. Ibid.

12. Jörg Schmitt, Verwaltungsblätter für Baden Württemberg (VBIBW), 2002, side 422.

med de advokatetiske regler er berettigede til at optræde dedikeret og »ensidigt stræbende« (*zealous*) på vegne af den offentlige myndighed.¹³ Det offentliges jurister repræsenterer efter denne anskuelse klienter på samme måde, som private advokater repræsenterer private klienter.¹⁴ Spørgsmålet om statens advokaters optræden er ifølge denne opfattelse ultimativt et spørgsmål, der må afklares af de folkevalgte eller de embedsmænd, de folkevalgte har delegeret deres beføjelser til. Statsadministrationen må således afgøre, hvilke offentlige hensyn der skal varetages i retssagsførelsen, og uanset at den enkelte retssagsjurist har en betydelig selvstændighed i opgaveudførelsen, måtte denne (naturligvis) ikke på grundlag af egne overvejelser fravige de beslutninger, der er truffet af klienten (embedsmænd højere oppe i bureaukratiet).

Fra den anden side i debatten er det blevet gjort gældende, at de embedsmænd, der forestår retssagsførelse, har *særlige* pligter over for deres arbejdsgiver, når denne er en offentlig myndighed. Der opereres her med en analogi til anklagerens rolle i straffeprocessen. Mens advokater normalt skal være ensidige partsrepræsentanter, der optræder i klientens interesse, har staten visse forpligtelser af hensyn til offentligheden. Det er derfor ikke givet, at statens jurister skal forfølge ethvert muligt krav eller føre »urimelige« sager. Det er en konsekvens af disse retspolitiske overvejelser, at statens civilprocessuelle repræsentanter efter omstændighederne skal afholde sig fra at udnytte rettens eller modpartens fejl i jus og faktum til statens fordel i videre omfang, end tilfældet er i retssager mellem private parter.¹⁵

Det er kendetegnende for de citerede repræsentanter for andre retssystemer, at de indgående diskuterer i hvilket omfang, der må stilles særlige krav til det offentliges optræden som procespart. Ingen af de nævnte forfattere formulerer dog direkte disse krav som forvaltningsretlige forpligtelser.

I Danmark står forhandlingsprincippet meget stærkt og man kan argumentere for, at princippet virkninger, bliver yderligere forstærket, når både stat, kommune og region som altovervejende hovedregel overlader deres retssagsførelse til private advokater. Denne udlicitering er, som belyst i kapitel 5 ganske enestående, eftersom langt de fleste øvrige vestlige lande lader det offentlige repræsentere ved embedsmænd. Man kan derfor stille spørgsmålet, om brugen advokater i Danmark i

13. Catherine Lanctot, *The duty of Zealous Advocacy*, side 951ff.

14. *Ibid.*

15. Bruce Green, *Must Government Lawyers Seek Justice in Civil Litigation*, 9, *Widener J. Pub.* 235, 2000, side 15ff.

en ordning, der er underlagt forhandlingsprincippet, har ført til et (for) ensidigt ønske hos det offentlige om at en sag om domstolsprøvelse af en forvaltningsakt for enhver pris skal vindes. Dette fører tilbage til det allerede stillede spørgsmål ovenfor, om forhandlingsprincippet er egnet til behandling af sager om myndighedsudøvelse.

1.2. Det dobbelte regelsæt

Men forhandlingsprincippet er aldrig blevet fortolket uden indskrænkninger i dansk ret. Selvom det offentliges rettergangsfuldmægtige optræder som ensidige partsrepræsentanter ved domstolene efter retsplejelovens regler, er forvaltningsretten ikke sat ud af kraft under processen. I civilprocessen er forvaltningen således underlagt et »dobbelt regelsæt«, eftersom både de almindelige forvaltningsretlige regler, og retsplejelovens regler gælder på samme tid, når det offentlige er procespart.¹⁶ Anerkendelsen af det dobbelte regelsæt indebærer, at vi i dansk ret i vid udstrækning kan løse de retlige problemer, som den asymmetriske partsrelation mellem myndighed og borger giver anledning til.

De processuelle beslutninger der træffes af en myndighed under en civil retssag er normalt ikke afgørelser i forvaltningslovens forstand.¹⁷ Derfor finder forvaltningslovens partsbeføjelser (f.eks. partshøring og klagevejledning) normalt ikke anvendelse under retssagsbehandlingen. Derimod gælder de forvaltningsretlige principper, der i vid udstrækning overlapper med forvaltningsloven. At dette er tilfældet har forudsætningsvis været anerkendt i retspraksis gennem mange år. Som et klassisk eksempel på forvaltningsrettens virkning i civilprocessen kan nævnes Højesterets afgørelse i U 1956.289 H. I sagen havde Københavns Havnevæsen – en offentlig myndighed – nedlagt påstand om, at en cigarhandler var uberettiget til at udlevere spirituøse drikke fra en vej ejet af havnevæsenet. Leverancerne skete til ansatte på et privat skibsværft i frokostpausen, og Højesteret lagde til grund, at sagen var blevet rejst på det private værfts foranledning, det var altså for myndigheden uvedkommende private interesser, som havde bevæget myndigheden til at skride ind over for cigarhandleren, og benyttelsen af vejen gik ikke ud over, hvad der opfattedes som almindelig færdsel. Højesteret fandt, at

16. Jf. Sune Fugleholm og Steffen Sværke, Statens førelse af retssager, Retsplejeloven 100 år, 2019, side 541 og Frederik Waage, Det offentlige som procespart, 2017, side 513f.

17. Om procesledende beslutninger og afgørelsesbegrebet, se kapitel 3.

havnevæsenet med påstanden over for cigarhandleren forfulgte et formål, som det ikke naturligt påhvilede havnevæsenet at varetage, og cigarhandleren blev derfor frifundet. Dommen bliver ofte citeret i den forvaltningsretlige litteratur som et eksempel på magtfordrejningslærens anvendelse, når en myndighed optræder som grundejer.¹⁸ Litteraturen fokuserer derimod ikke på, at eksemplet i processuel henseende adskiller sig fra typetilfældet af magtfordrejning, nemlig når en myndighed træffer en *forvaltningsafgørelse* under indflydelse af usaglige eller uvedkommende hensyn. Ved dommen slås det nemlig fast, at magtfordrejningsforbuddet *også* gælder, når det offentlige nedlægger en påstand i en civil retssag. En offentlig myndighed kan ikke via sin retssagsførelse opnå et resultat, som myndigheden ville være afskåret fra at opnå ved en forvaltningsafgørelse, der er truffet i strid med magtfordrejningsforbuddet. Det forvaltningsretlige forbud mod magtfordrejning gælder altså også i civilprocessen. At der gælder et dobbelt regelsæt er endvidere blandt andet bekræftet eksplicit i dommene U 1984.149 V og U 2011.1616 H, der er omtales nærmere nedenfor i afsnit 8.4.1. At myndighedens forpligtelse efter det dobbelte regelsæt i dag må anses for fuldt ud anerkendt, også af centraladministrationen, blev i 2020 bekræftet af justitsministeren, som i svaret på et udvalgsspørgsmål til Folketingets Retsudvalg slog fast, at de centrale forvaltningsretlige principper gælder, når det offentlige optræder i civile retssager. Det skete med følgende formulering:

»En forvaltningsmyndighed er også underlagt forvaltningsretlige principper som legalitetsprincippet, princippet om saglig forvaltning, lighedsgrundsætningen, officialmaksimen og proportionalitetsprincippet, når myndigheden optræder som part i en civil retssag. Myndigheden skal således overholde forvaltningsretlige principper, f.eks. når myndigheden stævnes eller træffer beslutning om sagsanlæg eller om anke eller kære. Myndigheden skal også overholde principperne, når myndigheden nedlægger påstande, fremsætter anbringender eller fremkommer med beviser. Det gælder også i forbindelse med edition.«¹⁹

Justitsministeren bemærkede i et supplerende svar om samme tema, at han ikke så noget behov for en lovregulering af de forvaltningsretlige principper, særligt i relation til forvaltningsmyndigheders procesførelse i

18. Se f.eks. Ole Krarup, Øvrighedsmyndighedens grænser, side 24 og 93, Poul Andersen, U 1964B.245 og Jørgen Trolle, Magtfordrejning og det offentliges »private Ejenomsret«, Festskrift til Poul Andersen, side 414ff.

19. Justitsministerens svar af 27. februar 2020 på Spørgsmål nr. 895 og 896 (Alm. del) fra Folketingets Retsudvalg.

civile retssager. Ministeren anså det for gældende ret, at de forvaltningsretlige regler havde virkning under retssagen.²⁰

1.3. Plan for fremstillingen

Denne bog, der er en forkortet og omarbejdet udgave af doktordisputatsen *Det offentlige som procespart* fra 2017, er inddelt i to dele.

I bogens første del introduceres den ordning, der gælder for domstolsprøvelse af myndighedsudøvelse i Danmark og de offentlige myndigheders repræsentation ved domstolene.

Kapitel 2 belyser hvordan domstolene med udgangspunkt i grundlovsbestemmelsen om prøvelse af øvrighedsmyndighedens grænser gradvist har opløst det offentliges immunitet mod søgsmål.

I *kapitel 3* afgrænses forvaltningslovgivningens organisatoriske område med henblik på nærmere at afklare hvorvidt de centrale forvaltningslove (forvaltningsloven, offentlighedsloven og ombudsmandsloven) gælder i forhold til procesførelsen. *Kapitel 4* behandler spørgsmålet om, på hvilken måde det offentliges retssagsførelse adskiller sig fra det offentliges administrative sagsbehandling. Endelig behandles det i *kapitel 5*, hvorledes det offentliges retssager nærmere bestemt er organiseret, herunder retsreglerne bag statens repræsentation ved domstolene både ved myndighedens egne medarbejdere og ved advokat.

I bogens anden del behandles retssagsbehandlingens enkelte faser. *Kapitel 6* belyser spørgsmålet om den forvaltningsretlige regulering af selve beslutningen om at føre retssag. I *kapitel 7* belyses retsmægling og forligsforhandling nærmere. Herefter behandles i *kapitel 8* retssagens forberedelse og i *kapitel 9* hovedforhandlingen. I *kapitel 10* belyses det nærmere hvilke umiddelbare konsekvenser en tilsidesættelse af de forvaltningsretlige regler i procesførelsen kan have for myndigheden.

20. Ibid.

DEL I.
DET OFFENTLIGES
RETSSAGSFØRELSE

Kapitel 2

Den danske ordning for domstolsprøvelse og de forvaltningsretlige grundsætninger

2.1. Indledning. Opløsningen af statens immunitet mod søgsmål¹

Som juridisk aktør indtager det offentlige en særstilling. Det gælder også når staten, kommunerne og regionerne optræder som parter i civile retssager. Etableringen af en proces for domstolskontrol med forvaltningen forudsætter, at private overhovedet er beføjede til at sagsøge det offentlige. Før afskaffelsen af enevælden var danske offentlige myndigheder immune over for søgsmål fra private parter i sager om myndighedsudøvelse. Det fulgte af to af enevældens helt centrale retsakter, henholdsvis magistratinstruksen fra 1795, der fastholdt kongens immunitet når det kom til prøvelsen af retsakter, og 1828-reskriptet, der fastholdt kongens og statskassens immunitet, når det kom til erstatningssøgsmål.

Udviklingen i det offentliges fortabelse af immunitet over for domstolskontrol har betydning for forståelsen af offentlige myndigheders retstilling som parter i civile retssager i dag. Selvom kongemagten i det 19. århundrede var immun over for søgsmål, anså domstolene sig generelt for kompetente til uden tilladelse fra kongen at prøve retssager, hvor

1. I dette kapitel gengives dele af kapitel 1 fra bogen Frederik Waage, Forfatningsret, 2. udgave, 2019.

kongen optrådte som part i rent privatretlige retsforhold. Opfattelsen af kongen som processuelt ligestillet med en privat part i privatretlige anliggender, er blevet videreført frem til i dag. Hvis en privat part sagsøger en myndighed angående misligholdelse af en kontrakt eller et andet rent privatretligt anliggende, er søgsmålsretten således ikke begrundet i den grundlovssikrede ret til domstolsprøvelse, men en generel antagelse om, at kongen (staten, kommunen, regionen) i privatretlige anliggender er processuelt ligestillet med borgeren.

2.2. Retssager, hvor det offentlige optræder som myndighedsudøver

I langt de fleste tilfælde, hvor det offentlige optræder som parter ved de almindelige domstole i dag, sker det imidlertid i sager om prøvelse af myndighedsudøvelse. Begrebet myndighedsudøvelse er ikke entydigt defineret i forvaltningsretten. Derimod opererer retsplejeloven med et fast myndighedsudøvelsesbegreb, som benyttes i denne fremstilling, og som nærmere er præsenteret nedenfor i afsnit 8.2 angående retsafgifter. Inden for området for prøvelse af myndighedsudøvelse i retsplejelovens forstand, vil der i dag blandt andet blive ført retssager mod det offentlige i sager om gyldigheden af en *forvaltningsakt* (f.eks. en afgørelse, en bekendtgørelse eller en vedtaget kommunalplan), såkaldt *faktisk forvaltningsvirksomhed*; f.eks. politiets konkrete magtudøvelse, eller en læges behandling af en patient. Med til området for prøvelse af myndighedsudøvelse i retsplejelovens forstand, hører tillige det offentliges *erstatningsansvar for myndighedsudøvelse*.

De nævnte forskellige former for domstolsprøvelse kan siges at have et fælles udgangspunkt i 1849-grundlovens § 77 hvorefter domstolene blev berettigede til at »paakjende ethvert Spørgsmaal om Øvrighedsmyndighedens Grændser.« I 1953-grundloven fik bestemmelsen sin nuværende formulering i § 63, ligesom den fik tilføjet en ny sætning om muligheden for at oprette forvaltningsdomstole. Grundlovens § 63 henviser alene til »øvrighedsmyndigheden«, men kontrollen omfatter også forskellige organer, der ikke henhører under det, man historisk har betegnet som øvrighedsmyndighed. Det mest betydningsfulde eksempel på en prøvelse uden for § 63's område er den i retspraksis anerkendte mulighed for prøvelse af loves grundlovsmæssighed. I retspraksis er det endvidere anerkendt, at der kan ske domstolsprøvelse af den lovgivende magts overholdelse af normer, der alene kan udledes på et folkeretligt grundlag. Med udgangspunkt i den grundlovssikrede prøvelsesret og i

overensstemmelse med den unionsretlige retspleje understøtter civilprocessen tillige søgsmål om danske myndigheders og EU-myndigheders overholdelse af EU-retten.

2.3. Nærmere om domstolskontrollen med forvaltningsakter efter grundlovens § 63

Reglen om at påkende ethvert spørgsmål om øvrighedsmyndighedens grænser, forstås i dag sådan, at den giver borgeren en generel ret til at sagsøge både statslige, kommunale og regionale myndigheder i civile retssager om myndighedsudøvelse. Borgeren kan i dag, på baggrund af grundlovens § 63, anlægge en retssag ved byretten om legaliteten af enhver statslig myndighedsbeslutning (en forvaltningsakt) eller bedømmelse af enhver påstået erstatningspådragende handling, der måtte være begået af det offentlige. En så generel ret til søgsmål, er ikke en selvfølgelig forudsætning for en moderne retsstat. Som eksempel på en vestlig forfatning hvor man ikke giver borgeren en generel, grundlovssikret ret til domstolsprøvelse, kan nævnes den amerikanske, hvor udgangspunktet for ethvert erstatningssøgsmål mod den føderale stat er common law princippet om suverænitets immunitet, *The king can do no wrong*.² Kun hvor det helt konkret er hjemlet ved lov, er borgeren i det amerikanske retssystem således sikret en ret til at føre erstatningssager mod staten.

Den nugældende retstilstand, hvorefter man som borger i medfør af grundlovens § 63 har en generel ret til at sagsøge det offentlige i sager om myndighedsudøvelse, er kulminationen på en hundrede år lang retsudvikling. Grundlovsbestemmelsens indhold har undergået en forvandling så den i dag må forstås helt løsrevet fra ordlyden.³ En fyldestgørende forklaring på den grundlovsbaserede domstolskontrol med den udøvende magt, kræver imidlertid, at man fastholder opmærksomheden på bestemmelsens formulering om påkendelse af øvrighedsmyndighedens grænser. Men hvad betyder ordene »påkendelse af øvrighedsmyndighedens grænser« nærmere bestemt? Når grundlovens § 63 som nævnt i dag sikrer borgeren en generel beføjelse til at sagsøge det offentlige kunne man godt forledes til at tro, at det har været grundlovgivers intention

2. Frederik Waage, *Det offentlige som procespart*, 2017, side 49ff.

3. Se på den anden side Ole Krarup, *Øvrighedsmyndighedens grænser*, 1969, side 435ff., hvor der med støtte i grundlovens forarbejder og retspraksis argumenteres for at domstolene kunne foretage en fuldstændig kontrol med forvaltningen allerede i medfør af 1849-grundlovens § 77.

med sætningen, at den skal sikre at domstolene kan prøve om øvrighedsmyndigheden (den udøvende magt), har overtrådt *lovens* grænser i sin virksomhed. Men en sådan forståelse af ordlyden af grundlovens § 63, 1. pkt. er forkert. Skal man forstå den egentlige mening bag formuleringen om »påkendelse af øvrighedsmyndighedens grænser« må man starte ved den retstilstand, der var gældende i den sene enevælde, hvor kongen i overvejende grad var immun i forhold til søgsmål.

Samtidig er det vigtigt at fremhæve den ovenfor nævnte modifikation ved enevældens immunitetsopfattelse, hvorefter private parter kunne sagsøge kongen i rent privatretlige forhold. I den sene enevælde var ansvaret for afgørelse af retstvister mellem borger og stat således organiseret så domstolene havde kompetence til at prøve et meget lille antal privatretlige sager mod kongen ved domstolene, mens kongen selv havde enekompetence til at bedømme alle de offentligretlige sager. Og selvom enevælden blev afskaffet og ansvaret for rigets førelse med 1849-grundloven overgik til et ministerialstyre, blev statens generelle immunitet over for retssager om myndighedsudøvelse ved de almindelige domstole til at begynde med opretholdt af domstolene. Bestemmelsen om påkendelse af øvrighedsmyndighedens grænser indebar dermed nok, at både magistratinstruksen og 1828-reskriptet måtte anses for ophævet.⁴ Men med formuleringen om øvrighedsmyndighedens grænser fastholdt man udtrykkeligt den gamle grænsedragning mellem sager mod staten, der kunne behandles af domstolene, og sager mod staten, som fortsat (kun) skulle behandles af staten selv. Dette betegnes i teorien som kompetencetvistlæren. Den helt afgørende ændring som grundlovsbestemmelsen førte med sig, bestod i, at det nu blev domstolene der fik det sidste ord i forhold til at afgøre hvilken statsmagt der var kompetent til at pådømme tvister mod ministeriet – de uafhængige domstole eller staten (øvrighedsmyndigheden) selv? Var staten selv kompetent til at bedømme retstvisten opretholdt man immuniteten, og retstvisten blev løst på samme måde, som retstvister blev behandlet før grundloven, nemlig gennem en klage til Kongen (nu ministeren), som *endeligt* afgjorde sagen.

2.4. Procesformen for domstolsprøvelsen

Grundlovgivers referenceramme var enevældens ordning, og de nærmere procesregler for behandling af retssager af offentligretlig karakter omtales ikke i grundlovens forarbejder. Der blev heller ikke fra grundlov-

4. Poul Andersen, Dansk Forvaltningsret, 4. udgave, side 577f.

givers side udstukket nogen retningslinjer for domstolenes bedømmelse af hvilke typer af sager, der skulle henhøre under øvrighedsmyndigheden, og hvilke, der skulle henhøre under domstolene. Den Grundlovgivende Forsamling forholdt sig endvidere ikke til spørgsmålet om, hvorvidt det, at en retssag omhandlede myndighedsudøvelse, skulle få indflydelse på behandlingen af retssagen ved domstolene. I 1819 havde de juridiske forfattere I.O Hansen og Anders Sandøe Ørsted adopteret det i tysk ret definerede *forhandlingsprincip* som betegnelse for den procesordning, der siden 1700-tallet havde været gældende ved de danske domstole i sager mellem private parter.⁵ Forhandlingsprincippet dominerede den ordinære civile retspleje da grundloven blev indført, men det kan ikke anses for forudsat som et krav i 1849-grundloven, at sager om myndighedsudøvelse, som domstolene skulle prøve, skulle føres i den ordinære retsplejes former, efter forhandlingsprincippet.⁶ Hvilken procesform der skulle gælde for retssager om myndighedsudøvelse, måtte derfor afklares inden for de fremtidige proceslovgivninger, som det var foreskrevet i 1849-grundlovens § 62, hvorefter retsplejen blev at adskille fra forvaltningen efter de regler, der fastsættes ved lov.

Når domstolene i medfør af kompetencereglen om øvrighedsmyndighedens grænser skulle afgøre om de selv eller ministeriet skulle have det sidste ord, havde de altså ikke noget pejlemærke i grundloven. Men de kunne for det første tage udgangspunkt i lovbestemmelser. Det fulgte nemlig direkte af flere love, som blev vedtaget efter 1849, at domstolene havde kompetence til at bedømme tvister med forvaltningen på lovenes område.

Omvendt vedtog Rigsdagen også lovregler, som fastslog det modsatte – altså at domstolene *ikke* var kompetente til at behandle bestemte klager over forvaltningen, idet forvaltningens afgørelser var »endelige«. I den moderne lovgivning findes der fortsat mange lovbestemmelser, som foreskriver, at klager på lovens områder kan indbringes for domstolene, se f.eks. retsplejelovens § 121, stk. 4 eller godskørselslovens § 13. Bestemmelserne omtales nærmere nedenfor i afsnit 2.12. Der forefindes ligeledes bestemmelser, der fastslår det modsatte og *indskrænker* prøvelsesmulighederne ved domstolene, selvom de rene endelighedsbestemmelser nu er en sjældenhed; det i praksis eneste relevante eksempel i dag er udlændingelovens § 56, stk. 8.

5. Om forhandlingsprincippets udvikling og betydning for behandling af myndigheds-sager i tysk og dansk ret, se Frederik Waage, *Det offentlige som procesret*, 2017, side 125ff.

6. Johannes Nellemann, *Den ordinaire civile Procesmaade*, side 62.