

RESUMÉ AF HENRIK HJORT ELMQUISTS AFHANDLING:

”Regeringsprærogativerne – regeringsmagten eller et levn fra enevælden?” Jurist- og Økonomforbundet Forlag 2013.

1. Afhandlingens emne

Grundlovens § 3 indeholder magtfordelingslæren. Den lovgivende magt er henlagt til kongen, dvs. regeringen, og Folketinget i forening, den udøvende magt til kongen og den dømmende magt til domstolene. Opregningen i grundlovens § 3 fremstår umiddelbart udtømmende i den forstand, at bestemmelsen overordnet synes at indeholde samtlige kompetencer i den danske stat. Bestemmelsen suppleres imidlertid af andre bestemmelser i grundloven, hvor det nærmere indhold uddybes. Grundloven indeholder eksempelvis regler om lovgivningsproceduren.

Grundloven indeholder endvidere en række bestemmelser, som udtrykkeligt tillægger kongen og dermed regeringen en række beføjelser såsom den udenrigspolitiske kompetence, adgangen til at fremsætte og stadfæste lovforslag, retten til at benåde og give amnesti, muligheden for at udskrive valg m.fl. Spørgsmålet er dog, hvilken karakter disse kompetencer har.

Kompetencerne omtales typisk som ”regeringsprærogativer”, ”kongelige prærogativer” eller ”grundlovsprærogativer”. Fælles for alle tre samlebetegnelser er endelsen, ”prærogativer”. Et naturligt spørgsmål er derfor, hvad fællesbetegnelsen dækker over. Prærogativ betyder et ”fortrin” eller en ”forrettighed”, men begrebet angiver ikke fortrin i forhold til hvem. Begrebet forbindes ofte i nutidig sammenhæng med regeringsmagten og i historisk sammenhæng med enevældige konger. Tilbage står dog, hvilken rolle disse beføjelser generelt tillægges i en indskrænket monarkisk retsstat med demokratisk-parlamentarisk styre.

I de sammenhænge, hvor prærogativerne praktiseres, giver betydningen af kompetencerne løbende anledning til tvivl. Ikke sjældent anføres det i Folketinget som argument for at gøre det ene eller andet, at der er tale om et ”regeringsprærogativ”. Betydningen af, at der er tale om et prærogativ, er imidlertid typisk forbundet med tvivl. Afskærer det Folketinget fra at behandle en sag, herunder debattere den, at der er tale om udøvelse af et regeringsprærogativ? Er det grundlovsstridigt for Folketinget at vedtage et lovforslag, der berører regeringens prærogativer? Kan en folketingsbeslutning pålægge regeringen at udøve prærogativet på særlig vis? Disse – og andre – spørgsmål giver jævnligt anledning til tvivl i Folketinget.

Tilsvarende viser retspraksis, at prærogativernes mulige særegne natur giver anledning til overvejelser ved domstolene. På det udenrigspolitiske område er det for eksempel flere gange (af den sagsøgte) blevet anført, at domstolene må være afskåret fra at foretage prøvelse, da der er tale om et regeringsprærogativ. At domstolene også selv i et vist omfang synes at tillægge det en betydning, om regeringen handler i henhold til et regeringsprærogativ, fremgår bl.a. af Irak-sagen, hvor Højesteret ved bedømmelsen af spørgsmålet om retlig interesse tillagde det vægt, at der var

tale om en beslutning på et område, ”hvor regeringen i grundloven er tillagt den umiddelbare kompetence til at handle på rigets vegne”.

Også hos Folketingets Ombudsmand har betydningen af prærogativerne for ombudsmandens prøvelse givet anledning til tvivl. På baggrund af en artikel af Gorm Toftegaard Nielsen afholdt ombudsmanden således for få år siden et fagligt seminar, hvor bl.a. betydningen af prærogativerne for ombudsmandens kontrol med den offentlige forvaltning udgjorde et centralt tema.

I den juridiske litteratur har spørgsmålet ligeledes givet anledning til tvivl. Ifølge Ross udgjorde prærogativerne en fjerde statsmagt, ”regeringsmagten”, som i et vist omfang begrænsede Folketinget (lovgiver), domstolene og ombudsmanden. Max Sørensen var i vidt omfang enig med Ross, hvorimod Peter Germer og (i nyere tid) Henrik Zahle har argumenteret for, at prærogativerne skal anskues enkeltvist. Dette er imidlertid sket uden et egentlig opgør med Ross’ regeringsmagt, herunder afprøvning af begrebet, som blot er blevet beskrevet som irrelevant eller ikke-dækkende. Angivelsen (i nyere tid) af, at prærogativerne skal anskues enkeltvis, er endvidere alene i begrænset omfang ledsaget af henvisninger til selvstændige retlige analyser af regeringsprærogativernes forarbejder, den samlede retspraksis på området, studier af prærogativernes anvendelse eller lignende. Betydningen af *lex superior* omtales i den sammenhæng kun på et meget overordnet niveau, ligesom prærogativernes nærmere betydning i forhold til eksempelvis domstolenes prøvelsesmuligheder og Folketingets muligheder for styring fremstår uafklarede, bortset fra at der altså skal foretages en konkret vurdering. Det er således uafklaret, hvad denne differentierede tilgang indebærer, og den juridiske litteratur har dermed i vidt omfang forsømt at give brugbare svar på ovennævnte konkrete problemstillinger fra den politiske og juridiske verden. Der eksisterer på den baggrund et behov for afklaring af disse og andre spørgsmål vedrørende prærogativernes retlige betydning, ligesom en samlet og tilbunds gående analyse af prærogativerne - hvilket er en forudsætning for en korrekt og fyldetsgørende besvarelse af ovenstående spørgsmål - er udeblevet. I denne afhandling foretages disse analyser. Dette sker med henblik på at afklare prærogativernes retlige betydning, herunder verificere eller afvise de omtalte udsagn fra den juridiske litteratur mv.

Formålet med denne afhandling er således at undersøge, om der kan udledes en prærogativlære af gældende dansk ret. Med prærogativlære menes en række fælles normer for prærogativernes retlige betydning, herunder deres forhold til lovgiver, Folketinget, domstolene og Folketingets Ombudsmand. Såfremt det ikke er muligt at udlede en lære gældende for samtlige eller udvalgte prærogativer, vil afhandlingen analysere forholdet mellem de enkelte prærogativer og de anførte organer. Et grundlæggende spørgsmål i afhandlingen vedrører, om og i givet fald i hvilket omfang prærogativerne er immune overfor udefrakommende styring og kontrol.

2. Prærogativernes ideologiske grundlag

Grundlovens prærogativer har en forløber i majestætsrettighederne i kongeloven af 1665. Flere af prærogativerne er således direkte at genfinde i kongeloven. Det naturlige udgangspunkt for afhandlingen er derfor en undersøgelse af kongeloven, herunder dens historiske og ideologiske baggrund.

Kongeloven opstillede en enevældig kongemagt baseret på Bodins statsmodel, hvorefter den samlede suverænitet bestående i majestætsrettighederne skulle samles hos kongen. Grundloven er derimod ikke baseret på Bodin, men indledes med en angivelse af en magtfordelingslære efter Montesquieus forbillede. Grundloven indeholder imidlertid på prerogativområdet elementer fra kongeloven, hvilket rejser spørgsmål om, hvilken tolkning der skal anlægges i forhold til disse dele. Det har i den forbindelse betydning, at Bodin og Montesquieu umiddelbart fremstår som modsætninger. Bodin ønsker således at samle magten, hvorimod Montesquieu anviser en deling af magten.

Generelt set kan de kongelige prerogativer i grundloven næppe siges at hvile på et entydigt ideologisk grundlag. For så vidt angår de prerogativer, der har rod i kongeloven, og dermed Bodins tanker om suverænitet, hindrer gennemførelsen af systemskiftet i 1849, som havde magtfordeling som parameter, at disse fortolkes ud fra deres oprindelige ideologiske baggrund. Magtfordelingslæren lader sig imidlertid heller ikke anvende som forståelsesramme, da der er tale om, hvad man kan kalde gammel vin på nye flasker. Der kan således langt fra siges at være tale om et entydigt ideologisk grundlag.

Tilsvarende lader grundlovens øvrige prerogativer sig naturligvis ikke fortolke under inddragelse af Bodins lære. Det samme gælder imidlertid Montesquieu, som ikke i sit værk om lovenes ånd opstiller en prerogativlære eller et katalog over majestætsrettigheder med krav om, at disse skal ligge hos indehaveren af regeringsmagten. Afgørende for Montesquieu er således ikke den præcise fordeling af de enkelte kompetencer, men at magten overordnet set er fordelt på ligeværdig vis mellem den lovgivende, udøvende og dømmende magt, og at borgernes retssikkerhed herigennem sikres. Dette udgør den bærende konstruktion. Den nærmere fordeling af kompetencerne mellem de tre magter er derimod ikke bindende, men en markant ændring vil naturligvis indebære, at den overordnede idé med magtens tredeling ikke lader sig realisere. Dette vil således være tilfældet, hvis kernen af det enkelte magtområde bliver omfordelt. Enkelte af prerogativerne udgør muligvis en del af denne kerne. Det gælder imidlertid ikke alle prerogativer, hvorfor Montesquieu heller ikke i den sammenhæng generelt lader sig inddrage i forhold til prerogativerne.

Grundlovens prerogativer lader sig således ikke fastlægge med hverken Bodin eller Montesquieu som forståelsesramme. Det er derfor ikke muligt at opstille en prerogativlære i relation til grundloven baseret på disse to ideologiske retninger og som udgangspunkt heller ikke muligt at analysere det enkelte prerogativ ud fra et sådant grundlag. I relation til grundlovens forarbejder i form af forhandlingerne på den grundlovgivende rigsforsamling, som er genstand for en omfattende analyse i afhandlingen, bidrager viden om kongeloven, Bodin og Montesquieu imidlertid til forståelse af grundlovgivers baggrund og hensigt.

3. Grundlovens forarbejder

I dette ideologiske tomrum må lovforarbejderne til grundloven umiddelbart antages at få en særlig betydning. Forhandlingerne på den grundlovgivende rigsforsamling indtager imidlertid i alle

tilfælde en særlig plads ved fortolkningen af grundloven, og en nærmere gennemgang af disse er selvskreven i en afhandling som denne. De udgør således grundlaget for forståelsen af grundlovsbestemmelserne og udgangspunktet for enhver retlig analyse heraf. Hverken grundloven eller forhandlingerne i rigsforsamlingen angiver imidlertid på generel vis forholdet mellem de specifikke kompetencer, som grundloven tillagde kongen, og statsmagten i øvrigt. Forhandlingerne viser dog med al tydelighed, at betydningen af, at et prerogativ er angivet i grundloven, er, at lovgiver ikke kan regulere området, medmindre grundloven forbeholder lovgiver en sådan adgang.

De kongelige prerogativer tillagt kongen af den grundlovgivende rigsforsamling kan inddeles i tre kategorier. Den første gruppe udgøres af dem, der direkte hjemler lovgiver indflydelse på prerogativets udøvelse gennem lovregulering. Den anden gruppe består i dem, der på anden vis tillægger Rigsdagen en vis kompetence i forhold til udøvelsen af prerogativet, typisk via et samtykkekrav. Den tredje gruppe består i de prerogativer, der umiddelbart er fritaget for Rigsdagens indvirkning på deres udøvelse. Fritagelsen for Rigsdagens indvirkning på udøvelsen af prerogativerne gælder imidlertid alene umiddelbart. Der kan i den forbindelse sondres mellem to typer påvirkning. Den første relaterer sig alene til det enkelte prerogativ, hvorimod den anden er af mere generel karakter, og således hverken er begrænset til at gælde det enkelte prerogativ eller den enkelte gruppe, men gælder for enhver udøvelse af kongelig myndighed.

For så vidt angår den første type påvirkning, giver denne sig udslag på forskellig vis og relaterer sig, som nævnt, alene til det enkelte prerogativ. Den anden type påvirkning er derimod generel og gælder derfor al udøvelse af kongelig myndighed. Central er i den sammenhæng Rigsdagens mulighed for indflydelse via adgangen til at opkræve skatter og fastlægge budgettet. Dette blev fremhævet udtrykkeligt i forhold til visse af prerogativerne under forhandlingerne i rigsforsamlingen, men gælder generelt. Ud over bevillingsmagten kan Rigsdagen kontrollere regeringens brug af prerogativerne gennem brug af forespørgsler, undersøgelseskommissioner mv. Endelig kan den lovgivende magt, som bl.a. består af Rigsdagen, i et vist omfang – også uden udtrykkelig hjemmel – foretage supplerende regulering i forhold til prerogativerne.

Bevillingsmagten og deltagelsen i lovgivningsprocessen udgør centrale magtmidler i forhold til regeringen, som modsvares af kongens vetoret i forhold til vedtagne love og mulighed for at udskrive valg. Den magtbalance, som disse midler udtrykker, var den grundlovgivende rigsforsamling særdeles bevidst.

Forhandlingerne viste i øvrigt, at prerogativerne ikke var immune i forhold til grundlovens øvrige bestemmelser, herunder frihedsrettighederne, som skal overholdes ved udøvelse af prerogativerne. Forholdet til den dømmende magt gav derimod ikke anledning til særlige overvejelser, for så vidt angik prerogativerne.

Grundlovens forarbejder indeholder således generelle og mere principielle udsagn om de kongelige prerogativer, men de udgør alene brudstykker, og det er ikke muligt at opstille en egentlig prerogativlære på denne baggrund. Det undersøges derimod i afhandlingen, om en sådan kan

udledes af praksis samt retskilderne i øvrigt. Litteraturen inddrages i den forbindelse og tillægges – henset til fraværet af retskilder inden for statsretten – betydelig vægt.

4. Den juridiske litteratur

Litteraturens behandling af prærogativerne har været meget forskellig. Savnet af generelle udsagn om forståelsen af prærogativerne og tilbundsgående analyser af området karakteriserer imidlertid alle forfattere. Fraværet af tilbundsgående analyser præger hele perioden fra grundlovens givelse til i dag, hvorimod savnet af generelle udsagn særligt vedrører perioden frem til den seneste grundlovsændring i 1953.

De første juridiske beskrivelser af grundloven (Larsen, Bornemann, Holck, Goos og Hansen samt Matzen) viste en kongemagt, der havde mange fællestræk med enevældens. Magten var kongens, på nær det han havde givet bort. Kongens magt skulle således fastlægges negativt, og interessen for prærogativerne, herunder en egentlig retlig kvalifikation af disse, var derfor begrænset hos de statsretlige forfattere i 1800-tallet. Prærogativerne udgjorde således alene eksempler på kongens nu indskrænkede enevælde. De udgjorde derimod ikke en udtømmende beskrivelse af kongens magt, og det var svært at se, hvilken betydning de egentlige skulle tillægges, udover at de naturligvis forhindrede lovgiver i ved lov mere generelt at begrænse brugen af disse beføjelser. I det hele taget var behandlingen i teorien præget af en vis pragmatisme i relation til forholdet mellem kongen og den lovgivende magt. Hvis kongen fandt, at et lovforslag gik ind på hans område, kunne han vælge at nægte at stadfæste det. Fokus vedrørte derfor snarere en (materiel) afgrænsning af området for lovgivers på flere punkter begrænsede mulighed for at vedtage love, og Rigsdagens tilkendegivelser i øvrigt blev mest betragtet som gode råd. Domstolskontrol med prærogativerne var i et vist omfang mulig med hjemmel i grundlovens § 63.

Med systemskiftet i 1901, dvs. parlamentarismens indførelse, kunne det ventes, at beskrivelsen af kongens magt i litteraturen ville ændre karakter. Det skete også, men ikke med det første. Henning Matzen fastholdt således kongens centrale placering. Knud Berlins og eftertidens fremstillinger af statsforfatningsretten var derimod på en række punkter væsentlig forskellige fra Matzens og forfatterne før systemskiftet. De anerkendte således nærmest alle parlamentarismen som en retlig størrelse, der indebar, at regeringen skulle være i overensstemmelse med flertallet i Folketinget, og dette gav et andet styrkeforhold mellem kongen og Rigsdagen og et andet syn på kongen. Rigsdagen fik nu en mere central betydning, og med parlamentarismens indførelse udgjorde dennes meddelelser til regeringen ikke længere blot gode råd, men kunne få betydning for regeringens overlevelse. Der kunne sættes magt bag ord.

Vedrørende prærogativerne tillagdes disse heller ikke hos Matzens efterfølgere karakter af en udtømmende opregning af den udøvende magt. Derimod blev angivelsen af, at et prærogativ indebar et forbud mod (generel) indskrænkning af kompetencen ved lov, suppleret. Det skete med et forbud mod, at afgørelser omfattet af prærogativet kunne træffes ved lov, og i øvrigt blev sporet en mindre pragmatisk tilgang til prærogativerne. Prærogativerne havde således en særlig betydning og

hos Alf Ross og Ernst Andersen blev prærogativerne sågar udsondret fra den udøvende magt i øvrigt. Fokus i relation til prærogativerne vedrørte imidlertid fortsat alene deres forhold til lovgiver.

Hvor perioden fra grundlovens givelse til den seneste grundlovsændring var præget af mangel på generelle udsagn om prærogativernes betydning, var perioden fra 1953 mere rig på sådanne. Poul Andersen indledte denne periode, men tilføjede ikke væsentligt nyt set i forhold til tiden før grundlovsændringen i 1953. Det gjorde derimod hans efterfølger, Alf Ross, der introducerede en egentlig prærogativlære i dansk ret.

Alf Ross havde sammen med Ernst Andersen, som nævnt, angivet, at prærogativerne måtte udsondres fra den udøvende magt, da de i modsætning til denne indebar begrænsninger af den nu formelt, og ikke længere materielt, afgrænsede lovgivende magt. Disse begrænsninger eksisterede på to niveauer, konkret og generelt. Et prærogativ kunne således ikke udøves af lovgiver konkret, og på det generelle plan kunne lovgiver ikke regulere udøvelsen af prærogativet (på indskrænkende vis). Da Alf Ross et årti senere opstillede sin prærogativlære var alene begrænsningen på det generelle niveau bevaret, hvorimod forfatteren tillod konkret udøvelse af et prærogativ ved lov under henvisning til, at regeringen medvirkede ved denne udøvelse via stadfæstelsesretten og kunne ændre loven ved simpel regeringsbeslutning. Den begrænsende virkning blev imidlertid udvidet med en mulig begrænsning af – eller relevans for – domstolene, når det gjaldt kontrol med udøvelsen af et prærogativ og en (anbefalet) begrænsning af Folketingets Ombudsmands mulighed for at kontrollere prærogativernes anvendelse. Med udvidelsen opstillede Alf Ross en egentlig prærogativlære, og til klar og tydelig markering af dette samlede forfatteren prærogativerne under betegnelsen ”regeringsmagten”.

Eftertidens tilgang til prærogativerne kom i vidt omfang til at dreje sig om en stillingtagen til Ross’ lære. Max Sørensen roste Alf Ross for den ”systematiske nydannelse”, hans regeringsmagtsbegreb udgjorde, men valgte dog ikke i sin egen fremstilling af statsforfatningsretten at benytte begrebet. Max Sørensen inddrog i øvrigt kun prærogativerne i begrænset omfang. For så vidt angik deres generelle betydning, var han dog i vidt omfang på linje med Alf Ross.

Kritikken af Ross’ prærogativlære kan i øvrigt deles i to. Den ene gruppe af kritikere anførte, at regeringsmagtsbegrebet ikke var politisk dækkende. En anden gruppe kritikere mente, at Ross’ regeringsmagtsbegreb kunne lede til den, ifølge dem, fejlagtige antagelse, at ”[d]en forfatningsretlige løsning, der gælder i relation til det ene prærogativ...gælder i relation til de andre”. Disse forfattere argumenterede i stedet for en mere differentieret tilgang til prærogativerne. For begge grupper af kritikere gjaldt det dog, at de var enige i Ross’ sondring mellem prærogativer og den udøvende magt, hvor den første gruppe kunne indebære begrænsninger af lovgiver, mens dette ikke var tilfældet for den sidstnævnte.

Efterfølgerne til henholdsvis Max Sørensen og Alf Ross, Peter Germer og Henrik Zahle, er begge tilhængere af en mere differentieret tilgang til prærogativerne. De er således skeptiske overfor at betragte prærogativerne som retlige størrelser med fælles virkning, men argumenterer i stedet for en

konkret vurdering i forhold til det enkelte prerogativ. Henrik Zahle kritiserer endvidere Ross' beskrivelse af regeringsmagten, som han ikke finder giver "nogen indholdsmæssig mening" og "ikke dækker de funktioner, som regeringen faktisk udøver".

Selv om begge er fortalere for en mere differentieret tilgang, er det "generelle" indhold de tillægger prerogativerne hos dem forskelligt. Hos Peter Germer består dette primært i en gentagelse af sin forgængers og Ross' opfattelse af forholdet mellem prerogativerne og den lovgivende magt, dvs. et forbud for lovgiver mod at regulere prerogativerne generelt (på indskrænkende vis), men ikke et forbud mod konkret udøvelse ved lov. Det anførte "generelle" indhold hos Germer er imidlertid (i og med at der er tale om en differentieret tilgang) undergivet undtagelser. Lovgivningsinitiativet, stadfæstelsesretten og opløsningsretten er således immune overfor lovgivers indblanding såvel generelt som konkret, mens visse prerogativer nærmest frit lader sig regulere og andre kun lader sig regulere på forskellig nærmere angivet vis. Germer opstiller således (mindst) tre grupper prerogativer. Henrik Zahle opererede oprindeligt med fem grupper, men ændrer siden opfattelse og anviser i stedet, at der i relation til det enkelte prerogativ skal foretages en konkret vurdering.

At betegne den differentierede tilgang til prerogativerne som en prerogativlære giver ikke mening. Det "generelle" indhold er således af meget begrænset omfang. Germer fremkommer med "generelle" anvisninger i relation til forholdet til lovgiver, men sonderer i den forbindelse mellem (mindst) tre typer prerogativer. Zahle tilkendegiver blot, at det "generelle" indhold består i, at regeringen har en personel kompetence på visse punkter, men i hvilket omfang denne kan styres og kontrolleres afhænger af en konkret vurdering. I forhold til Folketinget, ombudsmanden og domstolene indtager prerogativerne generelt set ingen særstilling. Samlet set kan den differentierede tilgang til prerogativerne således ikke betegnes som en prerogativlære. Den juridiske litteratur har dermed reelt alene budt på ét forsøg på at opstille en prerogativlære, nemlig Alf Ross', og dette er blevet skudt ned fra litteraturens aktører i øvrigt.

5. Praksis

Afhandlingens analyse af praksis giver ligeledes begrænsede generelle udsagn om prerogativerne. For så vidt angår retspraksis, spænder de foreliggende domme fra tilfælde, hvor domstolene (nærmest) fuldstændig afviser domstolsprøvelse, til situationer, hvor domstolene prøver. Herimellem findes tilfælde, hvor domstolene enten henviser skønsmæssig prøvelse til rigsretten eller accepterer domstolsprøvelse, men kun foretager denne i meget begrænset omfang. Endelig optræder sager, hvor de processuelle betingelser ikke er opfyldt, men hvor domstolene anerkender, at prøvelse er mulig.

En sådan variation vidner om, at domstolene ikke agerer ud fra en fast overbevisning om prerogativers betydning for domstolsprøvelsen. Der synes således ikke at ligge en prerogativlære bag. Derimod behandles prerogativerne på samme vis som domstolsprøvelse af love og forvaltningsudøvelse, og elementer af disse typer prøvelse er at genfinde i sagerne om prøvelse af prerogativer. Analysen af retspraksis synes altså at lede til den konklusion, at domstolene ikke generelt anser prerogativerne for immune i forhold til domstolskontrol, og at de ikke opererer ud

fra en særlig prærogativlære, men at de derimod foretager en prøvelse af det enkelte prærogativ under hensyntagen til prærogativets politiske og skønsmæssige elementer, hvilket imidlertid typisk resulterer i en begrænset domstolsprøvelse eller nærmest ingen.

I lighed med analysen af retspraksis giver en gennemgang af praksis fra Folketinget et diffust billede af prærogativernes generelle betydning. Gennemgangen viser, at særligt statsministerens ret til at fordele forretningerne, herunder udnævne ministre, og opløse Folketinget nyder respekt. En vis respekt knytter sig også til udenrigspolitikken (og i nyere tid lovgivningsinitiativet og stadfæstelsesretten), hvorimod de øvrige prærogativer kun i minimal grad tillægges begrænsende virkning i forhold til Folketinget. Generelt set viser gennemgangen, at praksis fra Folketinget ikke giver et tilstrækkeligt klart billede, der lader sig sammenfatte i en prærogativlære. Der er således ikke tale om et mønster, og Folketinget synes på ingen måde at agere ud fra en fælles opfattelse af prærogativernes betydning generelt. Det samme gælder i vidt omfang det enkelte prærogativs betydning. Det nærmeste, man kommer en prærogativlære, består i en konstatering af, hvad der allerede følger af lex superior-princippet, nemlig at grundlov går forud for lov, som går forud for bekendtgørelse osv., hvilket indebærer at lovgiver, herunder Folketinget, ikke må foretage sig noget, der (direkte) strider mod grundloven. Grundloven kan imidlertid ændres og ikke blot ved formel grundlovsændring, men også via retssædvaner. Det er dog ikke muligt at konstatere, at der skulle gælde visse sædvaner i forhold til prærogativerne generelt.

En analyse af praksis fra Folketingets Ombudsmand viser, at ombudsmanden generelt set ikke anser sig for afskåret fra at undersøge regeringens udøvelse af prærogativer. Sagerne er imidlertid få og vedrører alle benådningsretten.

Samlet set viser analysen af praksis dog med al tydelighed, at Ross' udlægning af regeringsprærogativernes betydning i forhold til andre organer end regeringen ikke lader sig genfinde i praksis, dvs. hverken i domstolene, Folketingets eller ombudsmandens. Såvel hos domstolene som hos ombudsmanden foretages således prøvelse (i et vist omfang) af regeringens udøvelse af regeringsprærogativerne, og i Folketinget synes regeringsprærogativerne ikke generelt at udgøre en skranke for tingets arbejdsområde.

Ross' prærogativlære må derfor alene på denne baggrund afvises. Det samme gør sig endvidere gældende, hvis man inddrager fremmed ret samt politologien, hvor Ross' angiveligt fandt inspiration til sin prærogativlære.

6. Fremmed ret

En analyse af norsk, svensk, engelsk og amerikansk ret viser såvel forskelle som ligheder mellem de enkelte lande indbyrdes og i forhold til dansk ret. I alle lande kender man til særlige beføjelser tillagt det udøvende organ, som er direkte hjemlet i forfatningen. Dette gælder, hvad enten forfatningen er skreven eller uskreven, indebærer en konge eller præsident, eller er baseret på et parlamentarisk princip eller ej. De særlige beføjelser har endvidere ligheder, hvad angår såvel emne som udformning. Det er således kendetegnende, at de i alle lande i vidt omfang består af såvel rene

som delte kompetencer. Henset til de mange ligheder ville man forvente, at tilgangen til de anførte prerogativer fra lovgivers, parlaments, domstoles og den juridisk litteraturs side i de enkelte lande ville være tilnærmelsesvis ens. Dette er imidlertid ikke tilfældet. På trods af de anførte ligheder er der således ikke tale om en ensartet tilgang til prerogativerne. Det eneste punkt, hvor der er tale om lighed i tilgangen til prerogativerne, består i, at denne ikke kan siges at være udslag af en underliggende prerogativlære. Studiet af fremmed ret viser således, at fraværet af et generelt syn på prerogativerne ikke er særegent for dansk ret, men præger alle de undersøgte lande.

Retstilstanden i de udvalgte lande giver således ikke egentlige bidrag til en dansk prerogativlære. Derimod kan tilgangen til prerogativerne i de beskrevne lande give væsentlige bidrag til brug for fortolkningen af de enkelte prerogativer i dansk ret. Det drejer sig bl.a. om inddragelse af demokrati- og effektivitetshensyn, en særlig respekt for politiske spørgsmål, en sondring mellem retssikkerhed og kompetencespørgsmål, et fokus på mulighederne for at foretage egentlig domstolsprøvelse ("justiciable") samt en sondring mellem generel og konkret påvirkning af prerogativerne.

Herudover synes retstilstanden i de udvalgte lande i et vist omfang at vise prerogativernes historiske udviklingstrin på det generelle plan. I England har man indtil for nylig haft en prerogativlære. I Norge har man en differentieret tilgang til prerogativerne og har derfor reelt set forladt tanken om en prerogativlære. I Sverige har man ikke blot reelt, men også formelt forladt de kongelige prerogativer og tanken om disse, og i USA har man bortset fra kolonitiden aldrig haft egentlige prerogativer som udtryk for en selvstændig magtsfære for kongen og regeringen.

Prerogativerne er i Danmark (og de fleste andre steder) historisk set forankret i enevælden. De blev introduceret som led i en prerogativlære. En prerogativlære har i mange år været retstilstanden i England. Med konstitutionalismens indførelse i Danmark skete en indskrænkning af kongens magt, men prerogativerne udgjorde fortsat et område, der generelt set var præget af immunitet. Herefter skete en opblødning, hvor den generelle immunitet blev afløst af en mere differentieret tilgang præget af det enkelte prerogativ. Dette udviklingstrin genfindes i norsk ret. Overgangen til den differentierede tilgang kan i fremtiden føre til, at prerogativerne bliver ophævet, hvilket skete i Sverige, og på et tidspunkt kan det ligefrem føles, som om de aldrig har eksisteret, hvilket er tilfældet i USA. Tilbage står dog, at alle de undersøgte lande - på trods af forskelle i historisk udvikling og indretning af det forfatningsretlige system - indeholder beføjelser tillagt regeringsindehaveren, som er hjemlet umiddelbart i forfatningen. Begrundelsen herfor er formentlig simpel. Det udgør således en nødvendig bestanddel af en funktionsdygtig regering.

7. Politik

En undersøgelse af prerogativernes betydning i den politiske verden påviser ligeledes fraværet af en prerogativlære. En række interview er foretaget med forhenværende ministre (Niels Helveg Petersen, Poul Schlüter og Poul Nyrup Rasmussen), og disse synes alle at indikere, at der i den praktiske politiske verden ikke eksisterer en generel opfattelse af betydningen af prerogativerne i grundloven, og et lignende resultat fremkommer ved en gennemgang af beskrivelserne i den

politiske videnskab af regeringsmagten. Alf Ross' ønske om, at forfatningsretten ikke adskilles fra statskundskaben, er ikke at genfinde i politologien, ligesom en prærogativlære, endsige generelle udtalelser om prærogativerne i grundloven, heller ikke er det. Prærogativerne generelt er således hverken i den teoretiske eller praktiske politiske verden undergivet et særligt fokus, og en prærogativlære er derfor ikke mulig at udlede af disse to kilder.

8. En prærogativlære

I afhandlingens afsluttende kapitler omtales mulighederne for i dansk ret at opstille en prærogativlære. Dette sker på baggrund af analyserne i de foregående kapitler og således under inddragelse af grundlovens tekst, forarbejder og forudsætninger, praksis ved domstolene og andre relevante statsorganer, den juridiske teori, politologi samt fremmed ret. Det afvises i den forbindelse at opstille en prærogativlære udelukkende baseret på (én kilde i form af) ideologi, forarbejder, praksis, den juridiske litteratur, fremmed ret eller politiske hensyn. Ingen af de seks kilder giver således et selvstændigt grundlag for at opstille en lære om prærogativernes generelle betydning, og primært én, nemlig grundlovens forarbejder, giver egentlige bidrag til en sådan lære. Indholdet af praksis, herunder retspraksis, gør det imidlertid ikke muligt at opstille en generel lære om prærogativernes forhold til den lovgivende magt, den dømmende magt, Folketinget eller Folketingets Ombudsmand.

Et sidste forsøg på at opstille en prærogativlære består i at anvende en mere dynamisk tilgang til prærogativerne. Variationen i såvel prærogativernes genstand som retskildernes indhold på prærogativområdet muliggør imidlertid heller ikke en generel tilgang til prærogativerne baseret på mere dynamiske eller formålsorienterede elementer.

Det overvejes derefter, om der bør gøres et forsøg på at opstille en differentieret prærogativlære. En sådan lære vil imidlertid ikke være holdbar. Den nødvendige variation i tilgangen til de forskellige prærogativer gør, at fire grupper af prærogativer ikke vil være tilstrækkeligt, og med mere end fire mister forsøget på at opstille en prærogativlære sin betydning henset til den begrænsede mængde prærogativer, grundloven indeholder. Bliver antallet af grupper af prærogativer blot tilnærmelsesvis lig antallet af prærogativer i grundloven (eller i øvrigt stort), giver det således ikke mening at opstille sådanne grupper, og man bør i stedet betragte prærogativerne enkeltvis. Et forsøg på at opstille disse grupper, herunder fordele prærogativerne, vil endvidere henset til indholdet af praksis være behæftet med betydelig usikkerhed, og vil derfor alene bidrage til yderligere retsusikkerhed på dette i forvejen til en vis grad diffuse område.

Tilbage står derfor alene begrebet ”prærogativer”, som beskriver visse kompetencer i grundloven, men uden at have et juridisk indhold, der strækker sig udover netop denne konstatering af, at kompetencerne er hjemlet i grundlov og ikke blot i almindelig lov. Den betydning, der følger af dette, fremgår imidlertid allerede af princippet om *lex superior*, hvorefter en bestemmelse i grundloven har højere rang end en bestemmelse i lov, bekendtgørelse mv. Et prærogativ kan således ikke begrænses eller ophæves ved lov, medmindre bestemmelsen indeholder en udtrykkelig hjemmel til dette, eller der er skabt en særlig praksis på området. Betegnelsen ”prærogativ” har

således ikke et selvstændigt indhold, der strækker ud over, hvad der allerede følger af *lex superior*. Det har ingen selvstændig betydning og kan derfor alene føre til vildfarelser, hvis det forsøges tillagt et selvstændigt indhold. Løsningen er derfor at aflive begrebet. Dette indebærer, at der herefter ved anvendelse af den enkelte grundlovskompetence skal foretages en konkret vurdering, og at prerogativbegrebet ikke anvendes fremover. Derved mister to klassiske spørgsmål med relation til ”prerogativerne” deres betydning. Det ene angår ”prerogativernes” forhold til grundlovens § 3, 2. pkt., om den udøvende magt, det andet antallet af ”prerogativer”.

Det påvises således i afhandlingen, at det ikke er muligt at opstille en egentlig ”prerogativlære”. I stedet må den enkelte kompetence fortolkes separat. Denne fortolkning foretages i afhandlingens to afsluttende kapitler om henholdsvis forholdet til den lovgivende magt og Folketinget samt domstolene og Folketingets Ombudsmand.

Ved fortolkningen inddrages en række hensyn. Disse vedrører bl.a. den forfatningsretlige udvikling, grundlovens magtbalance og udformning samt hensyn til demokrati og parlamentarisme. Betydningen af disse forhold varierer fra kompetence til kompetence. Hertil kommer to (meget elementære) grundbetragtninger, som vedrører alle regeringens grundlovskompetencer (men har en sådan banalitet, at de ikke kan siges at udgøre en prerogativlære). Grundbetragtningerne består i en pointering af, at de omtalte kompetencer er tillagt regeringen og har grundlovskraft. Ovenstående hensyn peger i forskellig retning. Alle hensyn er imidlertid tilgodeset og afmålt i grundlovens regulering. En fravigelse eller supplerende af grundlovens regler, som vedrører de anførte hensyn, vil således indebære en ændring af den vægtning, som grundlovgiver har besluttet, og bør derfor ske med betydelig varsomhed, ligesom det må kræve klare holdepunkter i retskilder med tilsvarende vægt.

9. Lovgiver og Folketinget

I relation til forholdet mellem regeringskompetencerne og den lovgivende magt, herunder regeringskompetencernes begrænsende effekt, sondres mellem tre situationer. Den første vedrører lovgivers eventuelle ønske om at begrænse eller indskrænke en regeringskompetence. Den næste består i lovgivers ønske om at udvide eller supplere kompetencen. Hvor disse to situationer vedrører lovgivers ønske om at foretage en vis generel regulering i forhold til regeringskompetencen, kan der endvidere på det konkrete plan bestå et ønske fra lovgivers side om, at kompetencen skal udøves på en bestemt måde. Den konkrete udøvelse af regeringskompetencerne i lovsform udgør den tredje situation.

Analysen viser, at lovgiver ikke kan indskrænke regeringskompetencerne ved almindelig lov. Dette følger allerede af princippet om *lex superior*, og herom synes der i øvrigt at være enighed i den juridiske litteratur og på den grundlovgivende rigsforsamling. Fremmed ret peger endvidere i samme retning.

Hvor indskrænkende lovgivning således er udelukket, er det derimod muligt for lovgiver at foretage supplerende lovgivning. Praksis viser eksempler på dette, og allerede på den grundlovgivende

rigsforsamling var man opmærksom på behovet for supplerende af regeringskompetencerne ved lov. I den juridiske litteratur har man ligeledes omtalt eksempler på supplerende lovgivning og i den forbindelse argumenteret for, at lovgiver må besidde en sådan adgang. Endelig kendes også fra fremmed ret til supplerende regulering ved lov.

Den tredje og sidste situation, for så vidt angår forholdet mellem regeringskompetencerne og den lovgivende magt, angår mulighederne for at udøve kompetencerne ved lov. Det antages, at lovgiver i kraft af regeringens deltagelse i den lovgivende magt via stadfæstelsesretten kan foretage udøvelse af regeringskompetencerne ved lov. Regeringskompetencen er således udøvet i kraft af stadfæstelsen af lovforslaget. Regeringen kan efterfølgende ændre den beslutning, som udøvelsen indebærer, men de nærmere muligheder for at foretage ændringer afhænger af indholdet af den enkelte regeringskompetence. En sådan konklusion understøttes af praksis, den juridiske litteratur og i et vist omfang af fremmed ret.

Folketingets påvirkning af regeringsførelsen sker på forskellig vis. Der sondres i afhandlingen mellem situationer, hvor Folketinget afkræver regeringen visse oplysninger, og situationer, hvor Folketinget tilkendegiver sin opfattelse vedrørende forskellige forhold. Den første situation vedrører f.eks. folketingsspørgsmål og samråd. Den anden situation angår bl.a. folketingsbeslutninger og udvalgsberetninger. Et centralt spørgsmål er i den forbindelse i hvilket omfang Folketinget på bindende vis kan styre udøvelsen af regeringskompetencerne.

I forhold til Folketingets mulighed for at føre tilsyn med regeringens politik, herunder modtage de nødvendige informationer, er konklusionen den, at denne generelt set ikke er begrænset, som følge af, at der er tale om en regeringskompetence. Derimod vil visse regeringskompetencer i en række situationer være uegnet til parlamentarisk kontrol af denne art. Det drejer sig dels om den udenrigspolitiske kompetence, men det angår også benådningsretten samt grundlovens § 27 om tjenestemænd. Hertil kommer, at regeringen af politiske grunde ofte kun i begrænset omfang vil udtale sig om spørgsmål, der vedrører regeringens sammensætning og udskrivning af valg. Det bemærkes i den forbindelse, at Folketingets muligheder for direkte at afkræve oplysninger af regeringen er forholdsvis få og i sidste ende primært består af interpellationsretten i grundlovens § 53. I et parlamentarisk styre vil en regering imidlertid også i mange andre situationer, end der hvor den er direkte forpligtet, vælge at give parlamentet de oplysninger, som parlamentet ønsker. Dette gælder, hvad enten det drejer sig om oplysninger, der vedrører regeringskompetencer, er af fortrolig karakter eller lignende.

I forhold til Folketingets tilkendegivelser vedrørende udøvelsen af regeringskompetencerne er retstillingen klar, i det omfang disse har udtrykkelig hjemmel i grundloven. Derimod har det i nyere tid givet anledning til tvivl, hvilken retsvirkning beslutninger uden særlig hjemmel i grundloven må antages at have, og denne tvivl har ligeledes vedrørt beslutninger, som angik regeringskompetencerne. I lighed med den overvejende del af den juridiske litteratur antages det, at folketingsbeslutninger uden særlig hjemmel ikke er bindende for regeringen hverken generelt eller i forhold til udøvelsen af regeringskompetencerne. Der lægges i den forbindelse vægt på, at der

hverken i lovgivningen eller praksis eksisterer et tilstrækkeligt hjemmelsgrundlag. Folketingsbeslutninger følges, men ikke altid, og skiftende regeringer har klart givet udtryk for, at de ikke anser sådanne beslutninger for bindende, hvilket Folketinget har taget til efterretning. Fraværet af et egentligt hjemmelsgrundlag kan ikke erstattes af mere overordnede betragtninger om betydningen af parlamentarisme, ministeransvar eller lignende. Spørgsmålet er endvidere om disse betragtninger er rigtige og dækkende.

For så vidt angår udvalgsberetninger, er konklusionen den samme. Disse antages således heller ikke at være retligt bindende, og konklusionen gælder også Europaudvalgets beretninger mv. Europaudvalget har en væsentlig funktion, og efter fast praksis orienteres udvalget om regeringens oplæg til forhandlinger i EU-regi, ligesom det kan konstateres, at regeringen typisk følger indholdet af disse oplæg. Der er således tale om en praksis, som har været fulgt længe af de relevante aktører i statsretlig forstand. Det er imidlertid tvivlsomt, om dette er sket ud fra en retlig overbevisning. Reglerne om forhandlingsoplæg fremgår således ikke af hverken grundlov eller lov. De er derimod indeholdt i en række udvalgsberetninger. Det bemærkes endvidere, at Folketinget på trods af overvejelser herom ikke har valgt (at stille forslag om) at lovfæste proceduren vedrørende forhandlingsoplæg. Efter en samlet vurdering er der således ikke et tilstrækkeligt retskildemæssigt grundlag for at antage, at der via en retssædvane er skabt en forpligtelse for regeringen til at indhente forhandlingsmandater og følge disse. Dette er endvidere antaget af store dele af den juridiske litteratur og understøttes ligeledes i et vist omfang af en besvarelse fra Justitsministeriet.

Konklusionen for så vidt angår forholdet mellem Folketingets meningstilkendegivelser og regeringskompetencerne er således, at Folketinget ved særligt hjemlede folketingsbeslutninger i et vist omfang kan styre regeringsførelsen på bindende vis. Derimod kan Folketinget ikke i øvrigt ved brug af almindelige folketingsbeslutninger og udvalgsberetninger, herunder fra Europaudvalget, forpligte regeringen på bindende vis i forhold til udøvelsen af regeringskompetencerne. Denne konklusion, som er i overensstemmelse med den overvejende del af den juridiske litteratur, indebærer imidlertid ikke, at de anførte virkemidler er uden betydning. De har således stor politisk betydning og vil derfor i det store og hele blive fulgt af en regering, ligesom en manglende efterlevelse kan resultere i et (bindende) mistillidsvotum, men ikke et ministeransvar.

I forlængelse af ovenstående konklusioner vedrørende forholdet mellem regeringskompetencerne samt henholdsvis lovgiver og Folketinget antages det i afhandlingen, at der gælder en informationspligt i forhold til Folketinget, hvis en regering vælger ikke at følge tingets ønsker. Dette er primært begrundet i, at skiftende regeringer overfor Folketinget har tilkendegivet, at en regering er retligt forpligtet til at underrette Folketinget i de situationer, hvor den ikke har tænkt sig, at følge en folketingsbeslutning. En sådan pligt må antages at gælde såvel i forhold til vedtagne beslutnings- som lovforslag. Derimod kan en sådan pligt ikke antages at eksistere i forhold til udvalgsberetninger, men det vil stemme overens med parlamentariske principper, såfremt regeringen underretter et folketingsudvalg, hvis den ikke agter at følge udvalgets beslutning.

10. Domstolene og Folketingets Ombudsmand

Domstolskontrollen med regeringskompetencerne rejser en række spørgsmål. Et grundlæggende spørgsmål er således, om domstolene overhovedet har hjemmel til at foretage kontrol med regeringens udøvelse af de omhandlede grundlovskompetencer. Praksis fra domstolene viser, at en sådan kontrol forekommer, men hvori består domstolenes hjemmel til at foretage denne kontrol. Udover dette grundlæggende spørgsmål rejser domstolenes prøvelse umiddelbart en række spørgsmål vedrørende de nærmere muligheder for prøvelse samt indholdet og udfaldet af denne. På det formelle plan kan det således overvejes, hvilke betingelser der skal være opfyldt, hvis domstolene skal tage en sag under påkendelse. Det drejer sig om de såkaldte søgsmålsbetingelser, hvis opfyldelse erfaringsmæssigt giver anledning til problemer, når det drejer sig om regeringskompetencerne. På det materielle plan består den centrale problemstilling i, i hvilket nærmere omfang domstolene har mulighed for at foretage prøvelse af regeringskompetencerne. Der tænkes således på spørgsmålet om intensitet i prøvelsen. Endelig kan det give anledning til overvejelser, hvad udfaldet af domstolenes prøvelse af regeringens udøvelse af grundlovskompetencerne kan tænkes at blive, dvs. spørgsmålene om reaktionsmuligheder.

Det antages, at domstolenes prøvelse af regeringskompetencerne må være hjemlet i domstolenes almindelige adgang til at foretage prøvelse af forvaltningens og lovgivers forskrifter og beslutninger. Grundlovens §§ 14, 19, 24, 25, 26, 27 og 32 må således kunne prøves med hjemmel i grundlovens § 63, hvilket bl.a. understøttes af dele af den juridiske litteratur samt til en vis grad af retspraksis, hvorimod §§ 20, 21 og 22 må være genstand for prøvelse i henhold til den i praksis skabte adgang til at prøve loves grundlovmæssighed, herunder grundlovmæssigheden af deres tilblivelse. Også i forhold til §§ 20-22 bakkes konklusionen op af retspraksis samt den juridiske litteratur. Derimod kan det give anledning til tvivl, om § 23 om foreløbige love skal omfattes af hjemlen i § 63 eller retssædvanen.

I forhold til spørgsmålet om søgsmålskompetence antages det, at sagsøger for at anlægge sag ved domstolene som udgangspunkt skal have en retlig interesse i sagens afgørelse, som udspringer af, at der foreligger en konkret retstvist. Dette gælder såvel regeringskompetencer, hvor hjemlen til prøvelse er grundlovens § 63, som regeringskompetencer, hvor prøvelsesadgangen er hjemlet i retspraksis vedrørende loves grundlovmæssighed. Kravene til den almindelige søgsmålskompetence er dog suppleret ved Højesterets afgørelse i Maastricht-sagen, som ligeledes finder anvendelse ved domstolenes prøvelse af regeringskompetencerne med hjemmel i såvel grundlovens § 63 som den ulovbestemte adgang til at prøve loves grundlovmæssighed. Det almindelige krav om retlig interesse er med Maastricht-sagen suppleret, således at kravet er opfyldt, hvis der er tale om forhold "af indgribende betydning for den danske befolkning i almindelighed". Ved sager om grundlovens § 19 skal der imidlertid endvidere lægges vægt på, "at der er tale om en beslutning på det udenrigspolitiske område, hvor regeringen i grundloven er tillagt den umiddelbare kompetence til at handle på rigets vegne", hvilket taler imod at tillægge sagsøger udvidet søgsmålsret efter Maastricht-kriterierne. Muligvis skal dette hensyn også inddrages i forhold til andre sager, hvor prøvelsesgrundlaget er grundlovens § 63. Der synes således for nuværende at være en vis forskel i betingelserne for udvidet retlig interesse, når det gælder prøvelse af regeringskompetencer med

hjemmel i henholdsvis grundlovens § 63 og den ulovbestemte adgang til at prøve loves grundlovmæssighed.

Sondringen mellem henholdsvis grundlovens § 63 og den ulovbestemte adgang for domstolene til at prøve loves grundlovmæssighed er ligeledes af betydning, når det drejer sig om intensiteten af domstolenes prøvelse.

Prøvelsen af regeringens deltagelse i den lovgivende magt via grundlovens §§ 20-22 antages at have samme intensitet som prøvelsen af loves grundlovmæssighed i øvrigt, hvilket vil sige, at prøvelsen er intens, men at der skal være sikkerhed for grundlovsstridighed, hvis domstolene skal tilsidesætte en lov.

For så vidt angår grundlovens §§ 14, 19, 23-27 samt 32, må bestemmelserne antages at være genstand for en prøvelse af varierende, men samlet set meget begrænset intensitet. Dette er udtryk for almindelig forvaltningsretlig prøvelse efter grundlovens § 63, hvilket tillige afspejles af begrebsanvendelsen i de få eksisterende afgørelser på området. Domstolene kan således prøve regeringens retsanvendelse, herunder om der er inddraget ulovlige hensyn, men må afstå fra at prøve hensigtsmæssigheden af regeringens skøn. Dette giver kun begrænsede muligheder for at foretage prøvelse af udøvelsen af de anførte bestemmelser. Årsagen hertil er, at der efter den almindelige forvaltningsret er tale om meget vage og elastiske bestemmelser, hvor de retlige rammer, og dermed domstolenes mulighed for prøvelse, som udgangspunkt er meget begrænsede. Hertil kommer endvidere i forhold til visse bestemmelser, at den nærmere genstand for beføjelsen har en karakter, der i visse tilfælde gør domstolene uegnede til at foretage en nærmere prøvelse. Visse beføjelser angår således i særlig grad politiske vurderinger, hvor domstolene typisk udviser en særlig tilbageholdenhed. Dette er imidlertid ikke særegent for domstolenes prøvelse efter grundlovens § 63, men gælder tillige prøvelse i henhold til domstolenes ulovbestemte adgang til at prøve loves grundlovmæssighed.

Retspraksis synes at indikere, at domstolene helt generelt udviser en særlig respekt i forhold til skønsmæssige beslutninger fra politiske organer, og prøvelsen af ”politiske spørgsmål” indebærer derfor en vis tilbageholdenhed fra domstolenes side. Dette får en særlig betydning i forhold til prøvelsen af regeringskompetencerne. Udøvelsen af en regeringskompetence indebærer således ofte, at regeringen foretager politiske vurderinger, men ikke altid. Bestemmelserne, som vedrører regeringens deltagelse i den lovgivende magt (og brugen af foreløbige love), udenrigspolitikken, regeringens konstitution og opløsning af Folketinget, udgør alle regeringskompetencer, hvis udøvelse typisk indebærer, at regeringen foretager en politisk vurdering. En eventuel domstolsprøvelse af udøvelsen af disse bestemmelser må derfor forventes at være yderst begrænset, og det må kræve sikre holdepunkter, hvis domstolene skal tilsidesætte regeringens udøvelse af kompetencerne. Derimod involverer en udøvelse af grundlovens §§ 24-27 typisk ikke, at regeringen foretager politiske vurderinger.

En særlig respekt for politiske spørgsmål kendes særlig fra amerikansk ret. De overordnede hensyn, som ligger bag den amerikanske doktrin om politiske spørgsmål, tilgodeses allerede i dag i dansk retspraksis og fører til en vis grad til en mindre intensiv prøvelse fra domstolenes side. Et kendskab til doktrinen kan derved muligvis skabe en vis klarhed og orden i forhold til danske domstoles muligheder for og vilje til at prøve politiske spørgsmål. Generelt set består doktrinen af tre hovedpunkter. Omsat til sagstyper vedrører doktrinen sager, som angår udøvelsen af en kompetence, der efter forfatningen er henlagt til et politisk organ, sager afgjort af et politisk organ, hvor en prøvelse i særlig grad kompliceres af domstolenes arbejdsform, samt sager, der indebærer en risiko for, at domstolene skal tage stilling til en politisk vurdering. De tre typer sager vedrører politiske spørgsmål, hvor domstolene som udgangspunkt bør afholde sig fra at foretage prøvelse. Der er imidlertid alene tale om et udgangspunkt, og de tre sagstyper kan således ikke generelt antages at være undtaget fra domstolsprøvelse, men det bør i alle tilfælde give anledning til varsomhed i prøvelsen, hvis en konkret sag falder indenfor en af de tre kategorier, hvilket, retspraksis afspejler, i et vist omfang sker allerede i dag. Andre hensyn, eksempelvis til borgernes retssikkerhed, kan imidlertid modificere doktrinens konkrete betydning og begrunde en mere intensiv prøvelse. Overordnet set kan angivelsen af de tre sagstyper dog bidrage til en vis forståelse af domstolenes tilgang til politiske spørgsmål. I afhandlingen er sigtet med at angive de tre typer sager imidlertid (alene) at bidrage til en nærmere analyse af domstolenes forventede tilgang til regeringskompetencerne, herunder disses politiske elementer.

En anvendelse af doktrinen i forhold til regeringskompetencerne viser, at hovedparten af disse involverer politiske vurderinger, hvilket medfører, at domstolenes prøvelse af regeringens udøvelse af disse tilsvarende må antages typisk at være begrænset. Hertil kommer, at (alle) regeringskompetencerne fremgår udtrykkeligt af grundloven og tilføjer et politisk organ (regeringen) visse forholdsvis frie kompetencer. Endelig udgør domstolenes arbejdsform et problem i forhold til prøvelsen af flere regeringskompetencer. En direkte anvendelse af "the political question doctrine" i dansk ret vil således indebære, at prøvelsen af samtlige regeringskompetencer, som følger heraf, i større eller mindre omfang vil være mindre intens.

Sammenfattende konkluderes det, at regeringskompetencerne er undergivet domstolenes prøvelse, og at intensiteten heraf er udtryk for den prøvelsesintensitet, som følger af de almindelige principper om prøvelse efter henholdsvis grundlovens § 63 og den ulovbestemte prøvelsesret i forhold til love. For begge hjemmelsgrundlags vedkommende gælder det, at der ikke i dansk ret kan siges at eksistere egentlige forbudte områder for domstolene, hvor regeringens udøvelse af regeringskompetencer generelt er immun i forhold til prøvelse, således at domstolene på trods af at have hjemmel til at foretage prøvelse må forventes også i sager, hvor kravet om retlig interesse er opfyldt, helt at afstå fra at foretage prøvelse. Ved prøvelse af regeringens udøvelse af regeringskompetencer med hjemmel i grundlovens § 63 afhænger intensiteten bl.a. af, hvor vag og elastisk bestemmelsen er. Tilsvarende er domstolenes prøvelse af regeringens udøvelse af regeringskompetencer efter den ulovbestemte prøvelsesadgang i forhold til love præget af bl.a. sikkerhedsdoktrinen. Herudover gælder det dog for samtlige regeringskompetencer, at prøvelsen af udøvelsen af disse, hvad enten prøvelsen sker med i hjemmel i grundlovens § 63 eller den

ulovbestemte prøvelsesadgang i forhold til love (i større eller mindre omfang) er begrænset som følge af, at der er tale om bestemmelser, der vedrører politiske spørgsmål. Samlet set gør det, at domstolenes prøvelse af regeringens udøvelse af regeringskompetencerne i grundloven generelt set må antages at være af begrænset intensitet. En nærmere angivelse af prøvelsens indhold afhænger af den enkelte kompetence.

Analysen viser endvidere, at virkningen af et søgsmål ved domstolene vedrørende regeringens udøvelse af en regeringskompetence for det første kan være, at sagen afvises. Dette kan ske under henvisning til manglende retlig interesse eller udformningen af påstandene i sagen. Resultatet kan endvidere være frifindelse (stadfæstelse), eller at en lov eller en beslutning i forhold til sagens parter erklæres ugyldig. Denne ugyldighedsvirkning gælder, som udgangspunkt ikke andre end sagens parter. Præjudikatsvirkningen af dommen vil dog såvel i domstolssystemet som i forvaltningen føre til, at den pågældende retsakt bliver uanvendelig og dermed ugyldig også i andre sammenlignelige sager, end dem der vedrører sagens parter. Ugyldighedsvirkningen følger i øvrigt som udgangspunkt de i retspraksis udviklede regler, der gælder indenfor forvaltningsretten, for så vidt angår prøvelse i medfør af grundlovens § 63, og som er beskrevet i statsretten i relation til den ulovbestemte prøvelsesadgang i forhold til loves grundlovmæssighed. Herudover kan det forekomme, at dommen fører til øvrige reaktioner såsom pålæggelse af erstatningsansvar eller ministeransvar ved relevante instanser, ligesom en regering muligvis kan opleve visse politiske reaktioner under henvisning til regeringens handlinger i den konkrete sag. Det kan dreje sig om almindelig parlamentarisk kontrol og regeringen kan endda modtage et mistillidsvotum i den anledning.

Såfremt domstolene konstaterer, at regeringen ved udøvelsen af en regeringskompetence har overtrådt grundlovens bestemmelser, må udfaldet være, at regeringens beslutning eller produktet af regeringens beslutning erklæres for ugyldig. Er der derimod tale om modstrid med en (almindelig) lov, må udfaldet imidlertid være, at regeringsbeslutningen opretholdes. Hvis en lov skal binde regeringen i dens udøvelse af en regeringskompetencer, skal den således have specifik og særlig hjemmel i grundloven. Herudover kan det ikke udelukkes, at en lov har opnået grundlovskraft via en retssædvane og dermed binder regeringens udøvelse af en regeringskompetence, ligesom der i øvrigt kan eksistere retssædvaner, som binder regeringen. Det bemærkes dog i den forbindelse, at dansk ret alene indeholder få eksempler på retssædvaner med grundlovsrang, hvorfor det klart må have formodningen imod sig, at der i det konkrete tilfælde skulle eksistere en sådan, som eventuelt kunne medføre ugyldighed ved domstolene, for så vidt angår en regeringsbeslutning. Ugyldighed ved domstolene må således som udgangspunkt forventes alene at komme på tale i forhold til en regeringsbeslutning, hvis grundlovens bestemmelser er overtrådt.

I relation til Folketingets Ombudsmand konkluderes det i afhandlingen, at ombudsmandens kompetence efter såvel grundloven som ombudsmandsloven som udgangspunkt omfatter ministrene som leder af forvaltningen, herunder udøvelsen af regeringskompetencerne. Praksis viser således, at regeringskompetencerne i grundloven i et vist omfang er genstand for prøvelse. Det gælder således

benådningsretten i grundlovens § 24, og udgangspunktet må være, at regeringskompetencerne samlet set er omfattet.

Ikke alle regeringskompetencer kan imidlertid være omfattet af ombudsmandens kontrol. Ombudsmandens kompetence omfatter således ikke Folketinget, eftersom ombudsmanden udnævnes af Folketinget, som anført i grundlovens § 55, og netop udgør Folketingets ombudsmand. Begrænsningen i ombudsmandens kompetence indebærer, at han ikke kan behandle klager over indholdet af de love, som Folketinget har vedtaget, ligesom ombudsmanden heller ikke i øvrigt kan beskæftige sig med lovgivningspolitiske spørgsmål.

Ombudsmandens praksis viser endvidere, at ombudsmanden har undladt at behandle sager vedrørende ministre, hvis Folketinget enten direkte eller indirekte har forholdt sig til eller må forventes at forholde sig til den pågældende sag. I tilknytning hertil kommer hensynet til ombudsmandens politiske neutralitet, som kan føre til, at ombudsmanden afstår fra at behandle sagen. Det sker bl.a., hvis den har været genstand for omfattende behandling i Folketinget.

I forhold til grundlovens regeringskompetencer antages det således i afhandlingen, at grundlovens §§ 20-22 falder uden for ombudsmandens kompetence, og det samme gælder de øvrige regeringskompetencer, såfremt Folketinget har taget stilling til regeringens udøvelse af disse.

Herudover bør ombudsmanden imidlertid i en række situationer, som nævnt, afstå fra at foretage prøvelse af hensyn til ombudsmandens politiske neutralitet. Dette gælder for det første, hvis ombudsmandens stillingtagen i sagen vil indebære, at ombudsmanden placeres som led i en politisk konflikt mellem Folketinget og regeringen. Dernæst er det afgørende, i hvilket omfang sagen involverer henholdsvis politiske og juridiske elementer. Såfremt sagen ikke indeholder juridiske elementer, men alene politiske, skal ombudsmanden naturligvis ikke foretage prøvelse.

Grundlovens §§ 14 og 32 antages altid at have Folketingets bevågenhed og rummer potentielt altid en politisk konflikt mellem tinget og regeringen. Hertil kommer, at de retlige elementer i sager vedrørende udøvelsen af disse bestemmelser er meget få. Ombudsmanden bør derfor formentlig altid afholde sig fra at foretage prøvelse af sager af denne art, når det drejer sig om selve udøvelsen af regeringskompetencen og ikke afledte forhold, herunder eksempelvis en aktindsigtsbegæring i den pågældende sag, hvor ombudsmanden kan undersøge om eksempelvis offentlighedslovens regler er overholdt. Samme overvejelser antages endvidere at gøre sig gældende i forhold til grundlovens § 19, hvor Folketingets andel i kompetencen er betydelig, og de politiske elementer ligeledes har særlig vægt.

Vedrørende grundlovens §§ 23-27 må udgangspunkt derimod være, at ombudsmanden kan foretage prøvelse af regeringens udøvelse af kompetencerne af egen drift eller på begæring (medmindre Folketinget har taget stilling til den konkrete sag eller lignende). Intensiteten af ombudsmandens prøvelse vil dog være reduceret som følge af, at der også i forhold til (nogle af) disse bestemmelser indgår visse politiske elementer. Hertil kommer særligt, at der er tale om vage og elastiske

bestemmelser, som overlader regeringen et betydeligt frit skøn, som kun i begrænset omfang er egnet til prøvelse. Dette er imidlertid velkendt hos ombudsmanden fra andre områder, og prøvelsen vil i den forbindelse alene bestå i at undersøge, om der foreligger ”særlige omstændigheder”, herunder om der eksempelvis er lagt vægt på ulovlige hensyn, der kan have haft betydning for sagens udfald.

Ombudsmanden kan behandle sager om regeringskompetencernes udøvelse på baggrund af en klage eller af egen drift. Udfaldet af prøvelsen kan alene være kritik, og ombudsmanden har således heller ikke i forhold til regeringskompetencerne mulighed for at tilsidesætte de afgørelser, som er genstand for prøvelse. Det bemærkes i øvrigt, at regeringskompetencernes udøvelse alene er undergivet de begrænsninger, som følger af grundloven samt øvrige retskilder på grundlovsniveau. Regeringen vil normalt søge at overholde forvaltningslovens regler også ved anvendelsen af regeringskompetencerne, men en manglende overholdelse kan som udgangspunkt ikke føre til en regeringsbeslutnings ugyldighed. Ombudsmanden kan imidlertid udtale kritik, herunder påpege at myndigheden ikke har iagttaget god forvaltningsskik eller lignende.

11. Afhandlingens betydning

Samlet set bidrager afhandlingen til at afklare en række væsentlige statsretlige spørgsmål vedrørende den retlige betydning af grundlovens regeringskompetencer og af forholdet mellem i første række regeringen og Folketinget, herunder den retlige virkning af folketingsbeslutninger, udvalgsberetninger mv. Herudover bidrager afhandlingen til en afklaring af forholdet mellem regeringen og domstolene, herunder domstolens mulighed for at foretage prøvelse af regeringsførelsen og politiske spørgsmål. Endelig indeholder afhandlingen en nærmere analyse af forholdet mellem regeringen og henholdsvis den lovgivende magt og Folketingets Ombudsmand, ligesom betydningen af *lex superior*, henset til at regeringskompetencerne er hjemlet i grundloven, vil være genstand for en række overvejelser.

Litteraturens omtale af regeringskompetencerne, herunder særligt forholdet mellem disse og domstolene (og ombudsmanden), har således været præget af forholdsvis få og uklare udtalelser. Der har endvidere været tale om sporadiske synspunkter, som kun i begrænset omfang er underbygget med henvisninger til retskilder. Tilbundsgående analyser af området og den eksisterende praksis findes således ikke, og der er endvidere stor forskel i tilgangen til spørgsmålet, hvor forfatternes fokus synes at ændre sig med tiden. I forhold til spørgsmålet om prøvelse har regeringskompetencerne særligt været hæmmet af, at forvaltningsretten typisk ikke særskilt beskæftiger sig med prøvelsesadgangen i forhold til de grundlovshjemlede regeringskompetencer. Dette skyldes formentlig, at den nærmere betydning af disse grundlovshjemlede kompetencer betragtes som et særegent statsretligt emne. Det skaber imidlertid et vist tomrum, for så vidt angår en beskrivelse af domstolenes og ombudsmandens prøvelse af regeringskompetencernes udøvelse, eftersom statsretlige fremstillinger i nyere tid ofte henviser spørgsmålet om domstolenes prøvelsesret til forvaltningsretten. I denne afhandling udfyldes dette tomrum i form af en mere samlet analyse af domstolenes og ombudsmandens prøvelse af regeringskompetencernes udøvelse.

Samlet set viser afhandlingen i øvrigt, at tanken om ”regeringsprærogativer” som udtryk for regeringsmagten ikke harmonerer med tidens udvikling, og at disse i vidt omfang må betegnes som levn fra enevælden af varierende betydning.